



Revue 2015

Automne 2015 - Tome 74

La confidentialité du processus de nomination des juges
Luc HUPPÉ

La défense de renonciation au Canada : le legs de l'arrêt
Gauthier
Maxime RAYMOND

La discrimination fondée sur le handicap ou le moyen
pour y pallier : concepts fondamentaux et évolution
nécessaire
Maurice DRAPEAU et Alexis AUBRY

L'obligation de notification en cas de violation de
la confidentialité pour une entreprise du secteur privé
Antoine AYLWIN

Pratique du droit et influence du comportement
Mani ALLAMEHZADEH

L'art et la science de la négociation à l'ère du *Nouveau
Code de procédure civile*. Les stratégies essentielles
pour le juriste
Jean-François ROBERGE et Véronique FRASER

Chronique – Procédure civile. Communications entre
avocats et experts : le privilège relatif au litige et les
devoirs des experts

Sébastien C. CARON, Elisabeth NEELIN
et Marie-Noël ROCHON

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

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

M^e Michel Deschamps, président

M^e Élise Charpentier

M^e Pierre Giroux

M^e Claude Laferrière

M^e François Montfils

M^e Alain-Robert Nadeau

M^e Hubert Reid

M^e Pierre Séguin

M^e Marie-Ève Tremblay

M^e Marc Sauvé, secrétaire

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

Dans les études ou articles, l'exactitude des citations, des lois, des codes
et de toute autre note ou référence relève de la seule responsabilité de
l'auteur. Les opinions émises doivent être considérées comme propres
  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 fid commiss 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  ditions 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
 dition: Les  ditions Yvon Blais Inc.

ISSN-383669-X
Dépôt légal
Bibliothèque et Archives nationales du Québec, 2016
Bibliothèque et Archives Canada, 2016



La confidentialité du processus de nomination des juges

Luc HUPPÉ 343

La défense de renonciation au Canada :
le legs de l'arrêt *Gauthier*

Maxime RAYMOND 379

La discrimination fondée sur le handicap ou le moyen pour
y pallier : concepts fondamentaux et évolution nécessaire

Maurice DRAPEAU et Alexis AUBRY 415

L'obligation de notification en cas de violation de la
confidentialité pour une entreprise du secteur privé

Antoine AYLWIN 465

Pratique du droit et influence du comportement

Mani ALLAMEHZADEH 503

L'art et la science de la négociation à l'ère du *Nouveau Code de
procédure civile*. Les stratégies essentielles pour le juriste

Jean-François ROBERGE et Véronique FRASER 531

CHRONIQUE

Procédure civile. Communications entre avocats et experts :
le privilège relatif au litige et les devoirs des experts

Sébastien C. CARON, Elisabeth NEELIN et
Marie-Noël ROCHON 557

Liste des mémoires de maîtrise et thèses de doctorat
déposés en 2014-2015 573

Index des auteurs 587

Index analytique 589

Table de la jurisprudence commentée 599

Table de la législation commentée 603

ERRATUM

Une erreur s'est glissée dans la préparation du numéro Printemps 2015 de la *Revue du Barreau* sur la page couverture en regard du nom de l'un des auteurs de l'article intitulé « Étude de la décision *Gagné c. Société de l'assurance automobile du Québec* : pourquoi la S.A.A.Q. devra modifier ses façons de faire en matière de saisie automobile ». Il s'agit de **Jean-Gabriel Vigneault** (et non Vignault), avec la collaboration de Charles A. Ashton. Nous sommes désolés de ce contretemps.

La confidentialité du processus de nomination des juges

LUC HUPPÉ

Résumé

Les modalités du processus de nomination des juges constituent un facteur important pour le maintien de la confiance du public dans les institutions judiciaires. L'un des aspects peu étudiés de ce processus consiste dans la confidentialité qui, à des degrés divers, entoure le dépôt des candidatures, leur évaluation par un comité spécialisé et le choix final des juges par le gouvernement. Après avoir identifié les principes fondamentaux de ce processus, le présent texte souligne l'utilité que présente la confidentialité dans la mise en œuvre de ces principes. Il analyse ensuite, à chacune des phases du processus suivi à l'égard des juges de nomination provinciale au Québec et des juges de nomination fédérale, le degré de confidentialité requis de la part des divers participants, ainsi que les conséquences qui en découlent quant à la finalité du processus.

La confidentialité du processus de nomination des juges

LUC HUPPÉ*

Introduction	347
1. Les assises de la confidentialité	349
1.1. Les principes fondamentaux du processus	350
1.2. L'utilité de la confidentialité à l'égard de ces principes	357
2. La portée de la confidentialité	360
2.1. La confidentialité exigée du candidat	361
2.2. La confidentialité imposée au comité d'évaluation	366
2.3. La confidentialité attendue du ministre de la Justice.	373
Conclusion	377

* LL.D., avocat.

Introduction

En octobre 2014, des médias révélèrent que la ministre de la Justice du Québec aurait bloqué la nomination, à la chambre criminelle et pénale de la Cour du Québec, d'un candidat recommandé par un comité de sélection¹. Comme elle se retranchait derrière la confidentialité du processus de nomination des juges pour refuser de donner des explications, un commentateur spéculait sur les raisons de cette décision² : « Y a-t-il eu violation de la confidentialité ? C'est manifestement le cas maintenant, mais un candidat doit-il être puni parce qu'un membre du comité – par exemple – a parlé ? ». Identifié par les médias, le candidat est néanmoins nommé à la Cour du Québec quelques mois plus tard³.

Le 23 juin 2015, en s'appuyant sur « une source bien informée », un média divulguait la nomination prochaine de plus d'une dizaine d'avocats à la Cour supérieure et à la Cour d'appel en les identifiant nommément⁴. Trois jours plus tard, le ministre de la Justice du Canada annonçait effectivement la nomination de l'ensemble de ces personnes à ces postes⁵.

Ces épisodes inusités mettent en lumière l'un des aspects sensibles du processus de nomination des juges : la confidentialité entourant les candidatures, leur évaluation par un comité

1. Geneviève LAVOIE, « La ministre de la Justice a bloqué la nomination de Steve Magnan au poste de juge », *Journal de Québec*, 24 octobre 2014 ; « La ministre de la Justice a bloqué la nomination d'un juge », *Droit-inc*, 27 octobre 2014 (en ligne : <http://www.droit-inc.com>). La ministre exerçait sans doute la discrétion qui lui est conférée par l'article 33 du *Règlement sur la procédure de sélection des candidats à la fonction de juge de la Cour du Québec, de juge d'une cour municipale et de juge de paix magistrat*, RLRQ, c. T-16, r. 4.1. Cette disposition énonce que si le ministre estime, après avoir reçu le rapport du comité de sélection et tenu compte de la liste des candidats proposés qu'il ne peut, dans le meilleur intérêt de la justice, choisir à l'égard d'un poste un candidat en vue d'une recommandation au Conseil des ministres pour une nomination, il peut demander au comité de proposer le nom d'autres candidats aptes à être nommés juges pour ce poste.
2. Yves BOISVERT, « Le silence de la ministre Vallée », *La Presse*, 31 octobre 2014.
3. *Décret 468-2015 concernant la nomination de monsieur Steve Magnan comme juge de la Cour du Québec*, 3 juin 2015, (2015) 147 *G.O.Q.* II, p. 1870.
4. Céline GOBERT et Emeline MAGNIER, « Grosses pointures à la magistrature », *Droit-inc*, 23 juin 2015 (en ligne : <http://www.droit-inc.com>).
5. MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU CANADA, *Communiqué* du 26 juin 2015 (mis en ligne au site Internet du ministère : <http://www.justice.gc.ca>).

spécialisé⁶ ainsi que le choix final d'un candidat⁷ par le gouvernement. Les mesures destinées à contrôler l'entrée dans la magistrature représentent un enjeu de taille pour le système juridique. En raison des pouvoirs dont ils sont investis, non seulement les juges prennent-ils des décisions qui affectent la vie, la fortune et la situation des justiciables qui s'adressent à eux, mais ils contribuent également à façonner le type de société dans laquelle ceux-ci évoluent. La manière dont les juges sont choisis constitue ainsi un élément crucial dans l'ensemble des mécanismes mis en place afin de préserver la confiance des justiciables dans les institutions judiciaires.

La plupart des juges accèdent à la magistrature au sein d'un tribunal de première instance⁸. Au Québec, des normes législatives et réglementaires détaillées encadrent le choix des juges de nomination provinciale. L'article 88 de la *Loi sur les tribunaux judiciaires*⁹ énonce que les juges nommés à la Cour du Québec sont préalablement choisis suivant la procédure de sélection établie par règlement du gouvernement. Un processus élaboré est ainsi mis en place par le *Règlement sur la procédure de sélection des candidats à la fonction de juge de la Cour du Québec, de juge d'une cour municipale et de juge de paix magistrat*¹⁰. Lorsque le ministre de la Justice du Québec annonce son intention de combler un poste vacant, il constitue un comité de sélection afin d'évaluer et de rencontrer les candidats à ce poste et de lui recommander trois d'entre eux.

C'est plutôt au moyen d'un énoncé de politique¹¹ que le gouvernement fédéral a fait connaître la pratique qu'il entendait

6. Au Québec, ce comité est nommé « comité de sélection », alors qu'au niveau fédéral, il est appelé « comité consultatif ». Afin d'uniformiser la présentation, l'expression « comité d'évaluation » sera utilisée dans le présent texte pour désigner de manière générale ces deux types de comités.
7. Dans le présent texte, le masculin est utilisé uniquement pour alléger le texte, étant bien entendu que la magistrature est ouverte tant aux hommes qu'aux femmes.
8. Bien que quelques personnes accèdent directement à la Cour suprême du Canada ou à une cour d'appel, les juges des tribunaux d'appel sont principalement promus à partir d'un poste qu'ils occupent au sein d'un autre tribunal.
9. RLRQ, c. T-16. Il en est de même pour la nomination des juges de paix magistrats (*id.*, art. 163) et des juges des cours municipales (*Loi sur les cours municipales*, RLRQ, c. C-72-01, art. 34).
10. Précité, note 1, adopté par le *Décret 14-2012*, 11 janvier 2012, (2012) 144 G.O.Q., Partie II, p. 49A (appelé le « Règlement sur la procédure de sélection » dans le présent texte).
11. MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU CANADA, *Le nouveau régime de nomination des juges*, 1988. Modifié à certains égards depuis cette époque, le processus suivi au

suivre à propos du choix des juges des cours supérieures et des tribunaux fédéraux. La personne souhaitant devenir juge pose sa candidature – qu'un poste soit alors vacant ou non – en transmettant une demande au bureau du Commissariat à la magistrature fédérale¹². Examinée sur dossier par un comité consultatif régional dont les membres sont nommés par le ministre de la Justice du Canada, la candidature est ensuite remise à ce dernier avec leur évaluation.

Bien qu'ils poursuivent le même objectif, soit de nommer comme juges des personnes pleinement aptes à exercer la fonction judiciaire, ces deux modèles présentent des différences substantielles de structure et de fonctionnement. C'est notamment le cas en ce qui a trait à la confidentialité des candidatures et de leur traitement par le comité d'évaluation et le ministre de la Justice. Afin de déterminer s'il est avantageux pour la société que la nomination des juges soit entourée d'une certaine mesure de secret, il convient de définir d'abord les assises conceptuelles de la confidentialité dans le processus de nomination des juges (partie 1). Cet exercice permettra ensuite de mettre en lumière les limites concrètes ou souhaitables de la confidentialité dans les modèles québécois et fédéral (partie 2).

1. Les assises de la confidentialité

C'est par l'identification des principes fondamentaux sur lesquels repose le processus de nomination des juges (section 1.1.) que l'on peut cerner l'utilité que présente la confidentialité entourant ce processus (section 1.2.).

niveau fédéral est expliqué au site Internet du Commissariat à la magistrature fédérale : <<http://www.fja.gc.ca>>. On y trouve notamment une *Fiche de candidature* pour les candidats, ainsi qu'un *Code d'éthique* et des *Lignes directrices* à l'attention des membres des comités consultatifs. Pour une description de ce processus, voir aussi : André S. MILLAR, « The "New" Federal Judicial Appointments Process: The First Ten Years », (2000) 38(3) *Alberta Law Review* 616 ; David GOURDEAU, « Le processus de nomination à la magistrature fédérale : Confidentialité et transparence », (2006) 36 *Revue générale de droit* 765. Pour un historique de l'évolution des pratiques fédérales à ce sujet, voir : Martin L. FRIEDLAND, *Une place à part : l'indépendance et la responsabilité de la magistrature au Canada*, Ottawa, Conseil canadien de la magistrature, 1995, p. 260-267.

12. Le Commissaire à la magistrature fédérale est nommé par le gouverneur en conseil après consultation du Conseil canadien de la magistrature par le ministre de la Justice : *Loi sur les juges*, L.R.C. (1985), c. J-1, art. 73. Il a notamment pour fonction d'accomplir les missions que lui confie le ministre pour la bonne administration de la justice au Canada : *id.*, art. 74d).

1.1. Les principes fondamentaux du processus

La Commission d'enquête sur le processus de nomination des juges établie en 2010 par le gouvernement du Québec¹³ a identifié des « principes directeurs » et des « valeurs fondamentales » qui devraient guider le processus de nomination des juges¹⁴ : la sélection en fonction de la compétence, l'imputabilité politique de la nomination, l'encadrement de la discrétion de l'Exécutif, la transparence du processus et la promotion d'une magistrature représentative et diversifiée. De tels principes et valeurs peuvent utilement servir d'inspiration pour orienter la conduite et les décisions des divers participants à ce processus. Cependant, il apparaît aussi nécessaire d'ancrer dans les règles existantes du droit positif les composantes générales du cadre juridique qui régit la nomination des juges. Ce cadre n'a pas encore été systématisé par la doctrine ou la jurisprudence¹⁵. Quatre principes fondamentaux en délimitent les contours.

En premier lieu, la nomination des juges relève de la prérogative gouvernementale¹⁶. Au plan constitutionnel, on peut la

13. *Décret 322-2010*, 14 avril 2010, (2010) 142 *G.O.Q.* II, p. 1721. La Commission avait notamment pour mandat de formuler des recommandations au gouvernement sur d'éventuelles modifications à apporter au processus de nomination des juges de la Cour du Québec, des juges des cours municipales et des membres du Tribunal administratif du Québec.
14. Michel BASTARACHE, *Rapport de la Commission d'enquête sur le processus de nomination des juges de la Cour du Québec, des cours municipales et des membres du Tribunal administratif du Québec*, Publications du Québec, 2011, p. 271-279 (appelé le « Rapport Bastarache » dans le présent texte). Le rapport indique que l'identification de ces principes et valeurs a été faite sur la base de l'analyse critique des systèmes de nomination des juges dans la littérature juridique et de science politique, des rapports des experts entendus, des mémoires déposés, ainsi que des commentaires et représentations faites lors des audiences publiques de la Commission (*id.*, p. 271).
15. Dans ses deux arrêts concernant les conditions d'éligibilité à la Cour suprême du Canada et à la Cour d'appel du Québec, la Cour suprême du Canada n'a fait aucun commentaire à propos des principes fondamentaux qui encadrent le processus menant à la nomination des juges : *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême*, art. 5 et 6, [2014] 1 R.C.S. 433, 2014 CSC 21 (CanLII) ; *Québec (Procureure générale) c. Canada (Procureur général)*, [2015] 2 R.C.S. 179, 2015 CSC 22 (CanLII), endossant les motifs de la Cour d'appel du Québec : *Renvoi sur l'article 98 de la Loi constitutionnelle de 1867*, 2014 QCCA 2365 (CanLII).
16. *Minc c. Procureur général du Québec*, [2003] R.J.Q. 1510 (C.S.), p. 1526, 2003 CanLII 26996 (QC CS), par. 93 (la question n'a pas été traitée dans les arrêts rendus en appel de ce jugement : *Minc c. Procureur général du Québec*, [2004] R.J.Q. 1475 (C.A.), 2004 CanLII 39119 (QC CA) ; *Minc c. Québec (Procureur général)*, [2005] 2 R.C.S. 286, 2005 CSC 44 (CanLII)) ; Henri BRUN, Guy TREMBLAY, Eugénie BROUILLET, *Droit constitutionnel*, 6^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2014, p. 747.

considérer comme un attribut de la souveraineté de l'État, que la société exerce par l'intermédiaire de ses représentants. Tant pour les juges de nomination fédérale¹⁷ que pour les juges de nomination provinciale au Québec¹⁸, c'est au gouvernement qu'est attribué le pouvoir de choisir les personnes qui occupent des fonctions judiciaires, aux conditions fixées par la loi ou par la Constitution. La discrétion accordée à ce sujet au gouverneur général du Canada par la *Loi constitutionnelle de 1867* à l'égard des juges des cours supérieures ne pourrait pas lui être retirée par une loi¹⁹. Elle ne pourrait vraisemblablement pas non plus, sans un amendement constitutionnel, être substantiellement réduite par des dispositions législatives ou réglementaires attribuant des fonctions prépondérantes à un comité d'évaluation externe. De même, on peut s'interroger sur la possibilité de limiter, par voie réglementaire et sans assise législative explicite, le pouvoir accordé au Gouvernement du Québec par la *Loi sur les tribunaux judiciaires* et la *Loi sur les cours municipales* à l'égard des juges de nomination provinciale²⁰.

L'une des conséquences de ce principe est que la magistrature ne possède, quant à la nomination des juges, aucune autorité autre que celle que le législateur ou le gouvernement décide de

17. Aux termes de l'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, il incombe au gouverneur général du Canada de nommer les juges des cours supérieures. Ceux de la Cour fédérale sont désignés par le gouverneur général en conseil, aux termes des articles 5.2 à 5.4 de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), c. F-7.
18. Les articles 86 et 161 de la *Loi sur les tribunaux judiciaires*, précitée, note 9, prévoient que le gouvernement nomme par commission les juges de la Cour du Québec et les juges de paix magistrats. Il en est de même pour les juges municipaux, en vertu de l'article 32 de la *Loi sur les cours municipales*, précitée, note 9.
19. Le ministre de la Justice du Canada a exprimé le point de vue qu'une modification constitutionnelle serait requise pour conférer le pouvoir de nomination des juges des cours supérieures à toute autre entité que le gouverneur général : *Le nouveau régime de nomination des juges*, précité, note 11, p. 8. Par ailleurs, la Cour suprême du Canada a déjà décidé que l'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867* est impératif et que le Parlement fédéral ne peut priver le gouverneur général du pouvoir de nomination conféré par cette disposition : *McEvoy c. Procureur général du Nouveau-Brunswick*, [1983] 1 R.C.S. 704, p. 719-721.
20. Un ministre de la Justice du Québec a émis des réserves concernant la capacité juridique du gouvernement du Québec de déléguer son pouvoir de nommer les juges : « Il ne serait pas conforme à ses responsabilités constitutionnelles que le gouvernement délègue entièrement sa fonction de nommer les juges, car c'est là une matière dont il doit porter la responsabilité devant le parlement et l'électorat » (Jérôme CHOQUETTE, *La justice contemporaine*, 1975, p. 163). Le Rapport Bastarache adopte un point de vue similaire : « L'imputabilité politique du choix des membres de la magistrature est donc, à mon avis, une composante importante du processus de nomination des juges. D'ailleurs, tout transfert des membres du politique à des membres d'une commission qui ne répond pas de ses décisions au public serait discutable » (précité, note 14, p. 276).

lui accorder²¹. Quoique la participation de membres de la magistrature au processus puisse être souhaitable en raison de leur connaissance irremplaçable des exigences de la fonction et du fonctionnement des institutions judiciaires, elle n'est pas constitutionnellement requise. De même, un candidat à la magistrature n'a aucun droit d'être nommé juge²². Une entente qu'il conclurait avec un membre du gouvernement à ce sujet ne serait pas exécutoire²³. La compétence des tribunaux pour réviser la nomination des juges ou le processus suivi pour y parvenir demeure très limitée²⁴, notamment en raison de la nature même du pouvoir gouvernemental qui est exercé²⁵.

21. *Discepolo c. Corte*, [2010] R.J.Q. 673 (C.S.), p. 679-682, 2010 QCCS 648 (CanLII), par. 32, 38, 44, 46-47 et 58. Un juge en chef du Québec a exprimé un point de vue similaire : « Je ne vois aucun organisme, aucun regroupement, ou aucune classe – y compris la magistrature elle-même – qui soit apte à répondre des nominations, sinon le pouvoir exécutif lui-même. C'est une des façons dont la démocratie fonctionne. Transférer cette responsabilité nous conduirait à une oligarchie » (Claude BISSON, « Les nominations aux cours supérieures du Canada, où allons-nous ? », (1994) 25 *Revue générale de droit* 277, p. 279). Dans un document d'information émis après une modification à l'énoncé de politique fédéral qui réduisait la participation de la magistrature au sein des comités consultatifs, le Conseil canadien de la magistrature reconnaissait que « la responsabilité de nommer les juges des cours supérieures appartient au gouverneur en conseil » et que « c'est le gouvernement qui a le pouvoir et le mandat de choisir et de nommer les juges » : *Communiqué du 20 février 2007* (mis en ligne au site Internet du Conseil : <https://www.cjc-ccm.gc.ca>).
22. « Lorsque l'appelant se présente devant le comité de sélection en 1996, il n'est pas là pour faire valoir son droit à être nommé juge. Une nomination à la magistrature relève davantage d'un « privilège » accordé à une personne qui réunit les qualités jugées nécessaires pour occuper la fonction » : *Re Therrien*, [2001] 2 R.C.S. 3, p. 85, 2001 CSC 35 (CanLII), par. 126. Au niveau fédéral, les *Lignes directrices*, précité, note 11, précisent qu'il n'y a pas de droit acquis à une nomination judiciaire.
23. « A judicial appointment is a discretionary, executive function of Cabinet, and of no one else. Such a contract would impair judicial independence, would fetter the government's discretion to act in the best interests of the public, and would undermine public confidence in the judicial system. Because of these factors, a contract of this kind would be contrary to public policy and thus unenforceable, if not illegal » : *Angevine v. The Queen*, 2011 ONSC 4523 (CanLII), par. 8.
24. *Stoddart v. Prentice*, (1897-1899) 6 B.C.L.R. 308 (B.C. Sup. C.), p. 315. Plus récemment, une demande visant à faire annuler la nomination de juges de la Cour de justice de l'Ontario et à soumettre la nomination des juges de cette Cour à un processus comportant des examens écrits a été considérée comme un abus de procédure et rejetée pour ce motif : *Jayaraj v. Her Majesty the Queen*, 2014 ONSC 6367 (CanLII). La Cour suprême du Canada a aussi rejeté une demande de permission d'en appeler d'un arrêt de la Cour d'appel fédérale à l'égard d'un recours visant à faire annuler l'accès à la magistrature de plusieurs juges de nomination fédérale : *Jayaraj c. Le Gouverneur général du Canada*, 2015 CanLII 11713 (CSC).
25. Le juge dissident dans le *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême*, art. 5 et 6, précité, note 15, a exprimé l'avis que « ce n'est pas le rôle de la Cour de faire des commentaires sur l'opportunité d'une nomination ou sur le processus de sélection qui l'a précédé. Ce sont là des questions d'ordre politique qui relèvent du pouvoir exécutif. Elles n'entrent pas dans notre mandat » (p. 479, par. 110). Le choix des

En deuxième lieu, les personnes qui accèdent à la magistrature doivent être suffisamment qualifiées pour exercer des fonctions judiciaires. Ces qualifications vont bien au-delà des conditions minimales d'éligibilité fixées par la loi ou la Constitution comme, par exemple, d'être avocat et d'avoir exercé sa profession pendant au moins dix ans²⁶, ou encore d'être membre du Barreau de la province où se trouve le tribunal auquel la personne est nommée²⁷. Les qualifications requises des candidats sont dictées par la nature intrinsèque de la fonction judiciaire, par les compétences et les habiletés qu'elle requiert de la part de ceux qui l'exercent, ainsi que par les exigences inhérentes au statut de juge. Toutes les personnes éligibles ne satisfont pas au même degré à ces critères²⁸.

Selon la Cour suprême du Canada²⁹, la magistrature occupe une place à part dans la société et elle doit se conformer aux exigences requises par ce statut exceptionnel. Les justiciables sont en droit d'exiger de la part des juges « une conduite quasi irréprochable ». Ceux-ci doivent « être et donner l'apparence d'être un exemple d'impartialité, d'indépendance et d'intégrité », de sorte que les exigences à l'endroit d'un juge « se situent à un niveau bien supérieur à celui de ses concitoyens ». En outre, les juges étant nommés durant bonne conduite³⁰, une telle notion pose une exigence de base quant au type de candidats recherchés et fournit une orientation générale quant aux qualités requises de leur part.

juges de la Cour suprême du Canada, de même que la composition du groupe de personnes responsables de ces nominations, ont été considérés comme des questions politiques ne relevant pas des tribunaux : *Ellis v. Chrétien*, (2002) 210 Sask. R. 138 (Sask. Q.B.), 2001 SKQB 378 (CanLII), par. 5 et 13, confirmé par *Ellis v. Chrétien*, (2002) 223 Sask. R. 117 (Sask. C.A.), 2002 SKCA 35 (CanLII).

26. C'est une condition fixée pour les juges de la Cour du Québec (*Loi sur les tribunaux judiciaires*, précitée, note 9, art. 87), des cours municipales (*Loi sur les cours municipales*, précitée, note 9, art. 33), des cours supérieures (*Loi sur les juges*, précitée, note 12, art. 3) et de la Cour fédérale (*Loi sur les Cours fédérales*, précitée, note 17, art. 5.3).
27. L'article 98 de la *Loi constitutionnelle de 1867* exige que les juges de nomination fédérale des tribunaux du Québec soient choisis parmi les membres du Barreau de la province.
28. Il ne semble pas encore avoir été envisagé, afin d'accroître la séparation des institutions législatives et gouvernementales et des institutions judiciaires, de rendre certains membres des milieux politiques inéligibles à un poste de juge. Ce pourrait être le cas, par exemple, d'un ministre ou d'un député en fonction ou d'une personne ayant antérieurement été ministre ou député au cours d'une période définie précédant la nomination.
29. *Re Therrien*, précité, note 22, p. 74 à 77, par. 108 à 112.
30. *Loi constitutionnelle de 1867*, art. 99 ; *Loi sur les Cours fédérales*, précitée, note 17, art. 8 ; *Loi sur les tribunaux judiciaires*, précitée, note 9, art. 86 et 161 ; *Loi sur les cours municipales*, précitée, note 9, art. 38.

Ces principes d'ordre constitutionnel restreignent forcément la discrétion gouvernementale aux seuls candidats dont le profil satisfait aux exigences de la fonction. Les critères de sélection énumérés au *Règlement sur la procédure de sélection*³¹ ou à l'énoncé de politique fédéral³² définissent ainsi la longue liste des compétences, expériences et traits de caractère recherchés chez les candidats.

En troisième lieu, il doit exister une égalité des chances entre les candidats à la magistrature. Au niveau international, cette exigence a été formulée par deux déclarations de principes auxquelles la Cour suprême du Canada a déjà eu recours, à d'autres égards, pour élaborer le droit canadien à propos de l'indépendance judiciaire³³. Les articles 2.11 et 2.13 de la *Déclaration universelle sur l'indépendance de la justice* adoptée à Montréal en 1983³⁴ énoncent que les personnes aspirant à devenir juge « jouissent de l'égalité d'accès à la magistrature » et que « le processus et les critères de choix des juges visent à assurer une représentation équitable dans la magistrature de toutes les classes sociales ». Par ailleurs, selon l'article 10 des *Principes fondamentaux relatifs à l'indépendance de la magistrature* adoptés par l'assemblée géné-

31. L'article 25 du *Règlement sur la procédure de sélection*, précité, note 1, énumère une série de critères dont le comité de sélection tient compte dans l'évaluation d'une candidature, soit les compétences du candidat (dont, notamment, ses qualités personnelles et intellectuelles, ses connaissances et sa capacité de jugement), la conception qu'il se fait de la fonction de juge, sa motivation pour exercer cette fonction, ses expériences humaines, professionnelles, sociales et communautaires, son degré de conscience à l'égard des réalités sociales et la reconnaissance par la communauté juridique de ses qualités et de ses compétences.
32. L'énoncé de politique fédéral, précité, note 11, contient une liste non exhaustive de critères d'évaluation relatifs à la compétence et à l'expérience professionnelles d'un candidat (par exemple sa compétence générale en droit, ses capacités d'analyse et d'écoute, son objectivité, sa réputation professionnelle et communautaire, son bilinguisme) de même qu'à ses qualités personnelles (par exemple, sa patience, sa courtoisie, son honnêteté ou son sens des responsabilités) et fait aussi état d'obstacles possibles à une nomination (par exemple, une condition mentale ou physique pouvant compromettre l'exercice du rôle de juge, des actions criminelles ou civiles ou des difficultés financières).
33. *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673, p. 691-692, 1985 CanLII 25 (CSC) ; *La Reine c. Beauregard*, [1986] 2 R.C.S. 56, p. 74-75, 1986 CanLII 24 (CSC) ; *R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114, p. 153, 1990 CanLII 18 (CSC) ; *Ruffo c. Conseil de la magistrature*, [1995] 4 R.C.S. 267, p. 331, 1995 CanLII 49 (CSC), par. 108 ; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3, p. 116, 1997 CanLII 317 (CSC), par. 194 ; *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*, [2002] 1 R.C.S. 405, p. 426, 2002 CSC 13 (CanLII) par. 35.
34. Le texte de cette déclaration est reproduit dans Shimon SHETREET et Jules DESCHÊNES, *Judicial Independence: The Contemporary Debate*, Dordrecht, Boston, Lancaster, Martinus Nijhoff Publishers, 1985, p. 462 et suivantes.

rale de l'O.N.U. en 1985³⁵, toute méthode de sélection des juges doit prévoir des garanties contre les nominations abusives et cette sélection doit être opérée sans distinction de race, de couleur, de sexe, de religion, d'opinion politique ou autre, d'origine nationale ou sociale, de richesse, de naissance ou de situation³⁶. Le principe de l'égalité des candidats à la magistrature a aussi été évoqué par le ministre de la Justice du Canada au moment de la mise en place du processus actuel de nomination des juges³⁷.

Les juges occupent une fonction publique, rémunérée par l'État à même les fonds publics, de sorte que la magistrature ne peut être réservée à certains groupes au sein de la société, ni à ceux qui entretiennent des liens privilégiés avec les instances gouvernementales³⁸. Plusieurs règles favorisent l'égalité des candidats à l'étape du dépôt de leur candidature et à celle de leur évaluation par un comité spécialisé. En droit québécois, l'intention du ministre de la Justice de combler un poste est publicisée et toute personne éligible peut poser sa candidature. C'est aussi le cas au niveau fédéral, bien que la réception des candidatures ne soit pas reliée à un poste vacant préalablement identifié. Le processus défini par le *Règlement sur la procédure de sélection* ou l'énoncé de politique fédéral s'applique uniformément à tous les candidats, qui sont donc évalués à partir de données similaires.

35. Résolutions 40/32 du 29 novembre 1985 et 40/146 du 13 décembre 1985. Le préambule de ces *Principes* énonce qu'ils ont été élaborés pour aider les États membres à assurer et à promouvoir l'indépendance de la magistrature et qu'ils devraient être pris en considération et respectés par les gouvernements dans le cadre de la législation et de la pratique nationales.
36. Cette disposition établit aussi que les personnes sélectionnées pour remplir les fonctions de juge doivent être intègres et compétentes et justifier d'une formation et de qualifications juridiques suffisantes, ce qui sert également à fonder l'exigence de qualification des candidats.
37. Selon le ministre de la Justice du Canada, le Commissaire à la magistrature « doit s'acquitter de ses responsabilités de manière à garantir que tous les candidats à la magistrature sont traités équitablement et placés sur un pied d'égalité » : *Le nouveau régime de nomination des juges*, précité, note 11, p. 11. Une auteure écrit aussi que « les candidats n'ont pas un droit à la nomination, mais ils ont le droit d'être traités équitablement » : GENEVIÈVE CARTIER, *Dire pourquoi : plaider en faveur de la motivation des nominations à la magistrature*, (2011) 13 *Éthique publique* 215, par. 12.
38. L'article 26 du *Règlement sur la procédure de sélection*, précité, note 1, établit que « l'allégeance politique ne doit pas être considérée par le comité lorsqu'il évalue les candidatures et fait des propositions au ministre ni par celui-ci lorsqu'il choisit un candidat en vue d'une recommandation au Conseil des ministres ». Cette disposition donne suite à une recommandation du *Rapport Bastarache*, précité, note 14, p. 285. Au niveau fédéral, l'article 3 du *Code d'éthique* des comités consultatifs, précité, note 11, interdit aux membres de poser des questions sur les idées ou les allégeances politiques du candidat ; les *Lignes directrices*, précité, note 11, prévoient que, lors des consultations faites par le comité consultatif, aucune question ne doit être posée sur les idées ou les allégeances politiques du candidat.

En quatrième lieu, il faut que le processus de nomination des juges présente un degré de transparence compatible avec le caractère démocratique de la société³⁹. Commentant le régime mis en place par le législateur québécois avant la réforme de 2012, la jurisprudence est d'avis que le processus doit être « le plus transparent possible, indépendant de toute influence politique, avec comme seul objectif l'identification des meilleurs candidats possibles pour occuper un tel poste »⁴⁰. La Cour suprême du Canada a rappelé à de nombreuses reprises le besoin de maintenir la confiance du public dans les institutions judiciaires⁴¹, au point où l'on peut considérer qu'il s'agit désormais d'un principe constitutionnel implicite du droit canadien. Tant la jurisprudence⁴², que la doctrine⁴³ et le *Rapport Bastarache*⁴⁴ ont souligné le lien qui

39. La Cour suprême du Canada a établi que la démocratie compte parmi les principes constitutionnels fondamentaux du Canada et que « l'assentiment des gouvernés est une valeur fondamentale dans notre conception d'une société libre et démocratique » : *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, p. 256, 1998 CanLII 793 (CSC), par. 67.
40. *Discepola c. Corte*, précité, note 21, p. 680 (par. 44). Selon un communiqué du ministre de la Justice du Québec, la réforme consécutive au dépôt du *Rapport Bastarache* visait entre autres à rendre le processus plus transparent : MINISTRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, *Nomination des juges – de nouvelles règles*, 22 septembre 2011 (mis en ligne au site Internet du ministère : <http://www.justice.gouv.qc.ca>).
41. À titre d'exemple, elle a repris à son compte la position du Conseil canadien de la magistrature selon laquelle « la confiance et le respect que le public porte à la magistrature sont essentiels à l'efficacité de notre système de justice et, ultimement, à l'existence d'une démocratie fondée sur la primauté du droit » : *Re Therrien*, précité, note 22, p. 75 (par. 110), citant CONSEIL CANADIEN DE LA MAGISTRATURE, *Principes de déontologie judiciaire*, 1998, p. 14.
42. « Il est incontestable que la perception selon laquelle la nomination à une charge judiciaire est de nature politique mine la confiance du public dans l'administration de la justice » : *Ell c. Alberta*, [2003] 1 R.C.S. 857, p. 879, 2003 CSC 35 (CanLII), par. 45 ; « It is clear that the provincial appointment process is meant to be free from political interference, as it is crucial to maintain public confidence in the judicial system » : *Angevine v. The Queen*, précité, note 23, par. 10. La Cour d'appel du Québec a considéré que l'existence d'un processus de présélection réalisé par un comité indépendant pour la réaffectation par le gouvernement des juges municipaux touchés par la fusion de municipalités représentait un « élément de transparence » : *Ville de Westmount c. Procureur général du Québec*, [2001] R.J.Q. 2520 (C.A.), p. 2555, 2001 CanLII 13655 (QC CA), par. 240, autorisation d'appel refusée [2001] 3 R.C.S. xi.
43. « The belief that confidence can be separated from the substantive quality of the system fails to appreciate that confidence in the appointments process is a key feature of confidence in the judiciary as a whole. [...] At a time of increasing judicial power and decreasing public deference, the link between confidence in the appointments process and the legitimacy of the judiciary is very clear » : Kate MALLESON, *The New Judicial Appointments Commission in England and Wales: New Wine in New Bottles?*, dans Kate MALLESON et Peter H. RUSSELL, *Appointing Judges in an Age of Judicial Power: Critical Perspectives from around the World*, Toronto, Buffalo, London, University of Toronto Press, 2006, p. 39, 52.
44. « La confiance du public dans l'administration de la justice est le fondement de la garantie d'indépendance judiciaire. La transparence dans le processus de

existe entre cette confiance et le processus de nomination des juges.

Pour assurer cette confiance, il est nécessaire que le processus de nomination des juges comporte certaines caractéristiques minimales : qu'il permette aux justiciables de connaître la façon dont les juges sont choisis, ainsi que les critères utilisés pour apprécier le mérite des candidats, mais aussi qu'il leur donne la possibilité de constater la régularité du processus qui mène à une nomination. En fournissant publiquement un cadre détaillé quant au fonctionnement de ce processus, le *Règlement sur la procédure de sélection*, de même que l'énoncé de politique fédéral, s'inscrivent manifestement dans un objectif de transparence de la part des autorités gouvernementales à ce sujet.

1.2. L'utilité de la confidentialité à l'égard de ces principes

La perspective fournie par ces principes fondamentaux permet de justifier de plusieurs façons qu'une règle de confidentialité puisse contraindre les participants au processus de nomination des juges⁴⁵.

La justification la plus évidente de cette confidentialité concerne la protection des candidats – particulièrement la vaste majorité d'entre eux, qui n'accèdent pas à la magistrature à l'issue du processus – à l'égard des risques associés à la divulgation publique de leur candidature. Bien que l'accession à la magistrature constitue la consécration sociale d'une carrière juridique, des raisons tout à fait légitimes peuvent inciter un avocat à préférer que ses démarches en ce sens demeurent dans la sphère privée ; à titre d'exemples : des clients pourraient perdre confiance dans sa

sélection et de nomination des juges aide à maintenir cette confiance. [...] La légitimité du processus de sélection et de nomination des juges dépend en grande partie de la transparence avec laquelle ce processus est mis en œuvre » : *Rapport Bastarache*, précité, note 14, p. 278.

45. L'un des experts consultés par la Commission d'enquête sur le processus de nomination des juges écrivait que « des éléments de confidentialité dans le processus de nomination des juges peuvent être justifiés s'ils servent une finalité publique importante comme le recrutement des meilleurs candidats et s'ils n'ouvrent pas pour autant la porte au favoritisme et aux considérations partisans » : Jocelyn MACLURE, *Entre l'imputabilité démocratique et l'indépendance judiciaire. La nomination des juges dans la perspective de l'éthique et de la philosophie politique*, 7 septembre 2010, reproduit en annexe au *Rapport Bastarache*, précité, note 14, Annexe XVII, p. 13-14.

capacité de mener à terme leur dossier et mettre fin au mandat qu'ils lui ont accordé ; sa loyauté envers l'organisation dont il fait partie pourrait être remise en question à la suite d'une telle divulgation, entraînant une précarisation de sa situation professionnelle ; il pourrait aussi simplement vouloir éviter de subir, auprès de son entourage, l'humiliation d'un échec si sa candidature n'est pas retenue.

Dans la mesure où la confidentialité trouve sa raison première dans le secret souhaité par les candidats eux-mêmes, elle est de nature à favoriser le dépôt d'un plus grand nombre de candidatures. La confidentialité des candidatures favorise donc l'égalité des chances entre les candidats, en leur donnant toute la latitude voulue pour soumettre leur candidature sans encourir de risques inutiles. En élargissant le bassin de personnes susceptibles d'être considérées pour une nomination, elle accroît ainsi la possibilité de trouver des candidats possédant à un haut niveau les qualifications requises pour occuper une charge judiciaire.

La confidentialité sert aussi à mettre en œuvre un autre aspect du principe de l'égalité des chances entre les candidats. Si leur identité était publiquement connue, la présence de quelques noms prestigieux parmi la liste des aspirants à la magistrature pourrait décourager d'autres personnes par ailleurs tout aussi qualifiées de poser leur candidature. La confidentialité permet donc d'attirer des candidats de mérite qui, dans un contexte différent, hésiteraient peut-être à se placer publiquement en concurrence avec des confrères disposant d'une meilleure notoriété.

Mais les intérêts personnels des candidats ne constituent pas la seule justification de la confidentialité. Elle consolide aussi l'intégrité même du processus de nomination des juges. En exigeant que les candidatures soumises demeurent secrètes, une règle de confidentialité réduit le risque que des pressions soient exercées, tant à l'endroit des membres du comité d'évaluation qu'à l'endroit du ministre de la Justice, en faveur ou à l'encontre des candidats qui auraient fait connaître leur démarche à des tiers. De telles pressions entravent l'appréciation objective des qualifications et de l'aptitude des candidats à partir de critères préalablement établis. La confidentialité favorise l'équité et la neutralité du processus en empêchant que la divulgation des candidatures ne procure à un candidat un avantage indu par rapport à ses concurrents. Pour assurer la transparence du processus

de nomination des juges, un candidat doit faire valoir sa candidature en se conformant à un cadre officiel, fixé par les autorités gouvernementales pour l'ensemble des candidats, et non par d'autres voies⁴⁶.

Si le *Règlement sur la procédure de sélection* requiert du candidat à un poste de nomination provinciale qu'il prenne l'engagement de « n'exercer directement ou indirectement aucune influence en vue de sa nomination à la fonction de juge »⁴⁷, en revanche on n'y trouve aucune restriction semblable pour les tiers. Cette lacune pourrait découler de l'engagement de confidentialité exigé du candidat : s'il ne peut révéler sa candidature à des tiers, en toute logique ceux-ci ne peuvent user de leur influence en sa faveur⁴⁸.

Enfin, la confidentialité des candidatures et de leur appréciation par un comité d'évaluation empêche que ne soit débattu, sur la place publique, le mérite respectif des candidats à un poste de juge. Un tel débat aurait pour conséquence de court-circuiter la fonction spécialisée attribuée au comité d'évaluation. De plus, les remarques et les commentaires exprimés publiquement, pouvant aller jusqu'à des prises de positions tranchées en faveur ou à l'encontre de certains candidats, pourraient nuire à la crédibilité du juge ultimement choisi. Qu'elle survienne pendant que se déroule le processus de sélection ou après la nomination par le gouvernement, il existe un risque que la comparaison publique des diverses candidatures à un poste de juge puisse affecter la confiance des justiciables dans leurs institutions judiciaires.

46. Dans un contexte voisin, le Conseil de la magistrature du Québec a considéré que la divulgation par un juge de sa candidature à une fonction administrative au sein du tribunal ne constituait pas une tentative d'influence de sa part. Il a rejeté une plainte concernant un juge ayant indiqué à un avocat actif en politique, et en relation avec le ministre de la Justice, son intérêt à devenir juge en chef du tribunal dont il faisait partie. Le Conseil a considéré que la conduite du juge ne constituait pas une faute déontologique, précisant toutefois qu'« une intensité dans les démarches qui irait au-delà du désir de faire connaître son intérêt pour une fonction de juge en situation de gestion pourrait peut-être constituer un manquement au *Code de déontologie de la magistrature* » : *Rapport d'examen* [Parties anonymes], Dossier 2010 CMQC 55, 10 mars 2011 (C.M.Q.), 2011 CanLII 100056 (QC CM), par. 70 et 71. Cette distinction entre la notion d'influence et celle de manifestation d'intérêt paraît bien délicate. Tous les moyens ne sont pas également acceptables pour manifester l'intérêt d'un candidat.

47. Précité, note 1, art. 11.

48. Une telle prohibition demeure toutefois pertinente puisque c'est un tiers qui pourrait prendre l'initiative d'inciter une personne à poser sa candidature (par exemple un membre de sa famille) et ensuite tenter de faire jouer son influence au bénéfice de ce candidat.

À la différence d'autres pays, les juges du Canada ne sont pas élus, mais nommés par le gouvernement. Cette caractéristique de la Constitution canadienne a pour conséquence que les justiciables ne participent pas au processus de sélection des juges autrement que dans les conditions prévues par la loi ou la pratique gouvernementale : c'est notamment le cas des membres du public appelés à faire partie des comités d'évaluation, ainsi que des personnes consultées sur une base confidentielle pendant l'évaluation des candidatures. La confidentialité contribue ainsi à éviter que des pressions populaires – particulièrement celles de puissants groupes d'intérêts – n'interfèrent avec le libre exercice par le gouvernement, dans l'intérêt public et le respect de la loi, de sa prérogative quant à la nomination des juges. Elle limite la possibilité que les justiciables et les médias puissent publiquement émettre des doutes quant au fait que le juge nommé compte bien parmi les meilleurs candidats ayant manifesté leur intérêt. C'est dans le cadre des mécanismes d'imputabilité démocratique, et non par un débat lors de la nomination d'un juge en particulier, que le gouvernement peut être rendu redevable de ses décisions à ce sujet.

En revanche, une confidentialité trop prononcée du processus de nomination des juges est susceptible de faire échec à la mise en œuvre de certains des principes qui fondent ce processus. Afin d'assurer une véritable transparence, condition essentielle à la légitimité du pouvoir gouvernemental dans un régime démocratique, la règle de confidentialité doit être adéquatement dosée. Appliquée trop strictement, elle empêche les justiciables de développer une confiance minimale quant au fait que le processus produit des nominations appropriées, respectueuses des règles juridiques qui l'encadrent.

2. La portée de la confidentialité

La confidentialité entourant le processus de nomination des juges présente des aspects différents selon qu'elle s'applique au candidat (section 2.1.), au comité qui évalue sa candidature (section 2.2.), ou au ministre de la Justice qui prend la décision finale quant au choix d'un candidat (section 2.3.).

2.1. La confidentialité exigée du candidat

Dans le régime québécois, l'article 11 du *Règlement sur la procédure de sélection* exige d'un candidat qu'il prenne l'engagement de « préserver la confidentialité du dépôt de sa candidature et celle de toute décision prise à l'égard de celle-ci »⁴⁹. Cette obligation ne comporte aucune limite quant à sa durée. Elle s'étend donc autant à la période pendant laquelle se déroule le concours qui permet de combler un poste vacant, qu'à la période subséquente à la nomination d'un juge à ce poste⁵⁰.

En apparence absolue, cette disposition ne peut, selon toute vraisemblance, être interprétée littéralement. L'accession à la magistrature entraîne des changements considérables dans la vie du candidat. Elle affecte sa rémunération, à la hausse ou à la baisse, ce qui peut provoquer des modifications importantes dans son train de vie et celui de sa famille. Elle entraîne son assujettissement à des contraintes déontologiques – comme le devoir de réserve⁵¹ ou l'obligation de se consacrer exclusivement aux fonctions judiciaires⁵² – qui limitent la vie publique du juge et peuvent réduire son implication sociale et celle de ses proches. Elle prive le cabinet d'avocats dans lequel il pratique, ou encore l'organisme au sein duquel il œuvre, de son apport personnel et financier, de son

49. Précité, note 1. Les règlements précédents ne comportaient pas une telle exigence : *Règlement sur la procédure de sélection des personnes aptes à être nommées juges*, R.R.Q., c. T-16, r. 5 ; *Règlement sur la procédure de sélection des personnes aptes à être nommées juges municipaux*, R.R.Q., c. C-19, r. 1.2. Bien que cette exigence constitue une restriction à la liberté d'expression du candidat, et qu'à ce titre elle pourrait présenter une faiblesse d'ordre constitutionnel, la confidentialité n'est pas établie à son seul bénéfice. Les considérations d'intérêt public évoquées plus haut peuvent servir à justifier qu'une personne aspirant à la magistrature ne puisse unilatéralement renoncer à la confidentialité de sa candidature.

50. Bien que cette disposition ne fasse pas la nuance, on comprend que le candidat nommé par le ministre de la Justice est délié de son obligation de confidentialité quant à cette décision.

51. Au Québec, ce devoir de réserve est expressément consacré à l'article 8 du *Code de déontologie de la magistrature*, RLRQ, c. T-16, r. 1 et à l'article 8 du *Code de déontologie des juges municipaux du Québec*, RLRQ, c. T-16, r. 2.

52. L'article 129 de la *Loi sur les tribunaux judiciaires*, précitée, note 9, prévoit que la fonction de juge doit être exercée de façon exclusive et l'article 6 du *Code de déontologie de la magistrature*, précité, note 51, ajoute que le juge doit se consacrer entièrement à ses devoirs judiciaires. L'article 45.1 de la *Loi sur les cours municipales*, précitée, note 9, limite cette obligation aux juges exerçant leurs fonctions dans une cour municipale à laquelle un juge-président a été nommé. En ce qui concerne les juges de nomination fédérale, l'article 55 de la *Loi sur les juges*, précité, note 12, énonce que les juges se consacrent à leurs fonctions judiciaires à l'exclusion de toute autre activité, qu'elle soit exercée directement ou indirectement, pour leur compte ou celui d'autrui.

rayonnement professionnel, et possiblement aussi de la clientèle qu'il a développée. Il n'est tout simplement pas soutenable de donner à l'engagement de confidentialité du candidat une portée qui l'empêcherait de discuter de ses démarches avec les membres de son entourage susceptibles d'être directement affectés par son éventuelle entrée dans la magistrature.

Tel que formulé, l'engagement requis du candidat à un poste de nomination provinciale ne lui permettrait pas même de prendre conseil, à propos de sa candidature, auprès de personnes qui le connaissent bien ou auprès de membres de la magistrature ayant passé avec succès à travers le même processus. Pourtant leur avis pourrait s'avérer déterminant à propos de l'opportunité qu'il se porte candidat, quant à la présentation des informations qu'il doit fournir au soutien de sa candidature, ou encore relativement à la façon d'aborder son entrevue avec le comité de sélection. Confiné à un isolement total, le candidat devrait vivre dans une solitude complète les espoirs, les doutes et les désillusions reliés à « la réalisation des rêves d'une vie »⁵³.

On ne peut légitimement dénier au candidat la possibilité de consulter des personnes de confiance à propos de certains sujets sensibles. Ainsi, en remplissant le formulaire de candidature utilisé au Québec⁵⁴, il doit notamment divulguer s'il a eu des « démêlés avec la justice »⁵⁵, et, de manière générale, s'il y a « un fait ou une situation qui se déroule actuellement ou qui fait partie de votre passé qui risque d'avoir des conséquences négatives pour vous-même ou pour la magistrature et qui devrait être dévoilé ». La *Fiche de candidature* utilisée au niveau fédéral suscite des

53. C'est ainsi que la Cour suprême du Canada décrit ce moment solennel au cours duquel le juge prête serment lors de son entrée en fonction : *R. c. S. (R.D.)*, [1997] 3 R.C.S. 484, p. 533, 1997 CanLII 324 (CSC), par. 116.

54. Il est reproduit en annexe au *Règlement sur la procédure de sélection*, précité, note 1. Selon ce formulaire, le candidat doit aussi révéler s'il a déjà été déclaré coupable d'un acte criminel ou d'une infraction criminelle, s'il a fait une faillite ou une cession de biens, s'il se trouve ou s'il s'est trouvé au cours des cinq années antérieures face à une situation financière précaire et s'il a des problèmes de santé susceptibles de l'empêcher de remplir la fonction de juge.

55. Dans *Re Therrien*, précité, note 22, p. 84 (par. 124), la Cour suprême du Canada a donné une portée très large à cette expression lorsqu'elle est utilisée dans une question posée par un comité de sélection à un candidat à un poste de juge : « L'expression « démêlés avec la justice » peut inclure bon nombre de situations, de la simple arrestation au fait d'être inculpé pour une infraction et dans l'attente d'un procès ou au fait d'être inculpé et, par la suite, acquitté à l'issue de ce procès. Elle peut aussi faire référence à des instances disciplinaires entamées par l'ordre professionnel auquel on appartient. À la limite, elle peut inclure le fait d'être partie à une cause civile ou familiale ».

interrogations de même nature⁵⁶, exigeant notamment du candidat qu'il révèle s'il existe quelque chose dans son passé ou son présent qui pourrait avoir une conséquence négative pour lui ou la magistrature et qui devrait être dévoilé.

Des questions formulées au moyen de concepts aussi vagues, qui ne délimitent aucune période précise dans le passé du candidat, placent ce dernier dans une situation très ambiguë, pour laquelle il peut lui être nécessaire de consulter des tiers. Car une réponse inadéquate à ces questions, même donnée de bonne foi, risque d'entraîner des conséquences désastreuses pour le candidat. Comme le montrent avec éloquence des enquêtes disciplinaires du Conseil de la magistrature du Québec⁵⁷ et du Conseil canadien de la magistrature⁵⁸, un juge risque la privation de sa

-
56. Cette *Fiche de candidature*, précitée, note 11, exige entre autres que le candidat réponde aux questions suivantes : Êtes-vous personnellement partie à un procès, comme plaignant ou défendeur, actuellement ? Si non, prévoyez-vous intenter pareille procédure ou être cité comme défendeur ? Êtes-vous insolvable, avez-vous des difficultés financières ou risquez-vous de faire l'objet de réclamations financières éventuelles formulées contre vous ou vos associés en droit ou en affaires ? Avez-vous subi des problèmes de santé débilissants d'ordre physique ou mental, y compris des problèmes d'alcool ou de drogues, au cours des dix dernières années ?
57. Nommé à la Cour du Québec, le juge Richard Therrien a fait l'objet d'une recommandation de destitution pour ne pas avoir divulgué au comité de sélection une condamnation criminelle remontant à plusieurs années, et ce, malgré qu'il avait obtenu un pardon. La Cour suprême du Canada a considéré que « le fait qu'il ait volontairement tu l'existence de sa condamnation et privé le comité de sélection d'informations pertinentes quant à sa capacité d'être nommé juge justifie de recommander la révocation de sa commission » : *Re Therrien*, précité, note 22, p. 96 (par 146).
58. Au cours des dernières années, trois comités d'enquête ont été formés par le Conseil canadien de la magistrature pour étudier des plaintes déposées contre des juges de nomination fédérale à propos d'événements qui seraient survenus avant leur accession à la magistrature et qui, de toute évidence, n'auraient pas été divulgués lors du dépôt de leur candidature : la juge Lori Douglas (photographies la montrant nue), le juge Michel Girouard (transaction de stupéfiants) et le juge Michel Déziel (participation à des contributions illégales à un parti politique). Le site internet du Conseil donne le détail des manquements qui leur sont reprochés : www.cjc-ccm.gc.ca. L'un de ces comités d'enquête écrit ainsi que « rien dans la *Loi* n'exclut du champ juridictionnel d'un Comité d'enquête ou du Conseil canadien de la magistrature une conduite reprochable antérieure à la nomination à la magistrature » : *Rapport au Conseil canadien de la magistrature du comité d'enquête constitué en vertu du paragraphe 63 (3) de la Loi sur les juges pour enquêter sur la conduite du juge Michel Déziel de la Cour supérieure du Québec*, 3 juin 2015, par. 6 (cette idée est reprise aux paragraphes 113 à 118) ; dans le même sens, voir aussi : *Décision du comité d'enquête à l'égard de l'honorable Michel Girouard relative aux requêtes préliminaires*, 8 avril 2015, par. 34-41. Le Conseil a aussi pris la position que « dans certains cas, la conduite d'un juge avant sa nomination peut ébranler la confiance du public dans la magistrature » : *Rapport du Conseil canadien de la magistrature à la ministre de la Justice concernant l'honorable Michel Déziel de la Cour supérieure du Québec*, 2 décembre 2015, motifs de la majorité, par. 2.

charge pour avoir omis de divulguer des informations considérées pertinentes à sa candidature. Une obligation de confidentialité qui empêcherait les candidats de prendre conseil à ce sujet nuirait fondamentalement à l'objectif même de la procédure de sélection des juges, qui vise à identifier les personnes les plus aptes à occuper une charge judiciaire.

On peut donc conclure qu'il existe des exceptions implicites à l'engagement de confidentialité requis du candidat à la magistrature de nomination provinciale au Québec. Les conséquences inévitables qu'entraîne l'accession à la magistrature, de même que les caractéristiques mêmes du processus de sélection⁵⁹, qui peuvent rendre nécessaire ou souhaitable la divulgation à des tiers des intentions et des démarches d'un candidat, servent à justifier ces exceptions. Il en serait de même pour un candidat qui voudrait faire déterminer judiciairement ses droits ou qui dénoncerait des irrégularités dans le processus de sélection : bien que son identité et certains aspects de ce processus puissent ainsi être publiquement révélés, la confidentialité ne pourrait empêcher, dans le cadre de procédures judiciaires⁶⁰ ou d'une enquête disciplinaire reliées à une candidature⁶¹, la révélation de faits qui devraient autrement demeurer secrets.

Par ailleurs, le maintien de cet engagement de confidentialité après la fin du processus de sélection, une fois que le poste vacant a été comblé, paraît difficile à soutenir. Chaque candidat reçoit alors un avis⁶² du Secrétaire à la sélection des candidats à la

59. Dans *Re Therrien*, [1998] R.J.Q. 2956 (C.A.), p. 2966, 1998 CanLII 12509 (QC CA), la Cour d'appel écrivait que « le processus de sélection des personnes aptes à être nommées juges est si intrinsèquement lié à cette fonction qu'il ne peut en être dissocié ». Cette façon de voir a été expressément entérinée en appel par la Cour suprême du Canada : *Re Therrien*, précité, note 22, p. 45-46 (par 58).

60. Par exemple, dans *Discepola c. Corte*, précité, note 21, un juge de la Cour municipale de la Ville de Montréal souhaitant devenir juge à la Cour du Québec a fait établir par la Cour supérieure qu'il n'avait pas à soumettre sa candidature à l'évaluation d'un comité de sélection.

61. Ainsi, dans le dossier du juge Therrien, le rapport du comité d'enquête du Conseil de la magistrature du Québec (*Bégin c. Therrien*, Dossier CM-8-96-39, 11 juillet 1997 (C.M.Q.), 1997 CanLII 4665 (QC CM)), de même que le rapport de la Cour d'appel, précité, note 59, font longuement et publiquement état des dossiers de candidature de ce dernier et du contenu de ses entrevues avec des comités de sélection, sans que la confidentialité de ces données ne soit abordée. À cette époque, l'article 27 du *Règlement sur la procédure de sélection des personnes aptes à être nommées juges*, précité, note 49, prévoyait pourtant que « le nom des candidats à la procédure de sélection, le rapport d'un comité ainsi que la documentation se rattachant à une inscription sont confidentiels ».

62. Selon l'article 34 du *Règlement sur la procédure de sélection*, précité, note 1, le candidat est informé du fait qu'il a été proposé ou non par le comité de sélection.

fonction de juge⁶³. Il apprend s'il fait partie des personnes recommandées par le comité de sélection et peut constater – peut-être en vue d'une nouvelle tentative de sa part – si sa candidature a été jugée suffisamment intéressante. Néanmoins, tenu au secret pour un temps indéfini, il contreviendrait à son engagement de confidentialité en révélant, même plusieurs années plus tard, qu'il a un jour aspiré sans succès à la magistrature. On peut comprendre que la confidentialité exigée du candidat immédiatement après la fin du concours limite les risques d'un débat public à propos de l'opportunité de la nomination qui a été faite. Il ne serait pas souhaitable que la position du juge choisi par le gouvernement puisse être fragilisée au moyen d'une comparaison publique de son mérite par rapport à celui des candidats non retenus par le comité de sélection ou par le ministre de la Justice. Au-delà d'une courte période de temps après cette nomination, une telle justification perd toutefois son sens.

En ce qui concerne les juges de nomination fédérale, aucune disposition législative ou réglementaire n'exige d'une personne qui soumet sa candidature d'en préserver la confidentialité⁶⁴. En outre, la *Fiche de candidature* qu'elle soumet lui demande de fournir le nom d'au moins six personnes références et de les aviser qu'elles peuvent être contactées par le comité consultatif. En plus de ces références, le candidat doit identifier un nombre non défini de personnes familières avec son genre de travail et qui ont eu l'occasion de l'observer dans l'exercice de ses compétences. Il doit aussi préciser s'il autorise le comité à consulter les avocats mem-

Cette modalité faisait l'objet d'une recommandation du *Rapport Bastarache*, précité, note 14, p. 286, Recommandation n° 23. Par ailleurs, le *Règlement* ne reconnaît au candidat aucun droit d'obtenir des informations au sujet des aspects positifs ou négatifs de son dossier. Ce dernier n'a aucun moyen de savoir pourquoi sa candidature a été ou n'a pas été retenue par le comité de sélection parmi les propositions soumises au ministre, ni du rang qui lui a été attribué parmi l'ensemble des candidatures reçues.

63. Appelé le « Secrétaire » dans le présent texte. Le secrétariat à la sélection des candidats à la fonction de juge est établi au sein du ministère de la Justice en vertu de l'article 3 du *Règlement sur la procédure de sélection*, précité, note 1. Le Secrétaire agit sous l'autorité du sous-ministre, qui le désigne après consultation du juge en chef de la Cour du Québec et du Barreau du Québec. Il est lui-même assujéti à un serment de discrétion. En outre, le secrétariat doit, selon l'article 4 du *Règlement*, prendre les mesures requises pour assurer la confidentialité du nom des candidats, du rapport du comité de sélection, de la liste des candidats proposés ainsi que des documents se rattachant à une candidature.

64. La *Fiche de candidature* que doit remplir le candidat, précité, note 11, porte la mention « Confidentiel », ce qui ne semble pas suffisant pour entraîner une obligation de confidentialité de la part du candidat. Cette mention semble plutôt s'adresser aux destinataires de la *Fiche de candidature*.

bres de son bureau ou d'autres associés proches, en plus de ceux qu'il énumère. Il serait paradoxal que le candidat ne puisse lui-même divulguer ses démarches à des personnes qui seront informées de sa candidature par le comité consultatif. La *Fiche de candidature* l'autorise aussi à joindre des lettres de recommandation à sa demande, ce qui sous-entend nécessairement la possibilité de discuter de sa candidature avec des tiers.

À la différence du régime québécois, le régime fédéral laisserait donc le candidat entièrement libre de faire connaître ses démarches. Compte tenu des changements majeurs que provoque l'accession à la magistrature dans la vie d'un candidat et de sa famille, l'énoncé de politique fédéral lui recommande d'ailleurs expressément de consulter les personnes susceptibles d'être affectées par sa décision⁶⁵. La confidentialité des candidatures fédérales trouverait concrètement sa source dans le secret que les candidats choisissent eux-mêmes de respecter sur une base volontaire, à moins que l'on ne considère cette confidentialité comme une exigence implicite découlant des considérations d'intérêt public qui encadrent la nomination des juges.

2.2. La confidentialité imposée au comité d'évaluation

Au Québec, la mission des comités de sélection⁶⁶ formés par le ministre de la Justice comporte deux volets depuis la réforme de 2012 : évaluer les candidatures à la fonction de juge⁶⁷ et proposer

65. Au moment de la mise en place du processus actuel, le Commissaire à la magistrature fédérale avisait les personnes intéressées à devenir juge que « la décision de se porter candidat à un poste de juge et de l'accepter, ne devrait être prise qu'après consultation intensive avec ceux et celles qui seront directement touchés par les bouleversements qu'elle apportera » : COMMISSAIRE À LA MAGISTRATURE FÉDÉRALE, *Guide à l'intention des candidats à la magistrature*, 1988, p. 20. Le site internet du Commissaire, précité, note 11, les prévient encore que « la décision de solliciter et d'accepter une nomination à la magistrature ne doit se prendre qu'après consultation de toutes les personnes qui seront directement affectées par ces changements ».

66. Ces comités, formés de membres nommés par le ministre de la Justice, sont composés du juge en chef de la Cour du Québec (ou, selon le cas, du juge en chef adjoint de la Cour du Québec responsable des cours municipales) ou d'un juge qu'il désigne, de deux personnes désignées par le Barreau du Québec (un avocat et une personne œuvrant dans le domaine du droit, mais dont les activités professionnelles n'incluent pas la représentation devant les tribunaux) et de deux personnes désignées par l'Office des professions (à l'exclusion des juges et des membres du Barreau du Québec ou de la Chambre des notaires du Québec) : *Règlement sur la procédure de sélection*, précité, note 1, articles 14, 15 et 16.

67. *Règlement sur la procédure de sélection*, précité, note 1, art. 14.

au ministre de la Justice le nom de trois candidats qu'ils considèrent aptes à être nommés juges et dont ils donnent une appréciation personnalisée⁶⁸. Ce système est fondé sur deux prémisses de base : d'une part, qu'un comité externe spécialisé est mieux placé que le gouvernement pour apprécier le mérite des candidatures à la fonction de juge ; d'autre part, qu'il est préférable que ce soit le comité de sélection, plutôt que le ministre, qui détermine parmi l'ensemble des candidats aptes à être nommés juges la courte liste des personnes susceptibles d'être choisies pour combler le poste. Les autres candidats demeurent inconnus du ministre, et ce, malgré qu'ils puissent satisfaire aux critères fixés par le *Règlement sur la procédure de sélection* tout autant que ceux recommandés par le comité⁶⁹. Une part non négligeable de la prérogative gouvernementale relative à la nomination des juges est ainsi transférée aux comités de sélection⁷⁰.

Le comité de sélection procède à l'évaluation du candidat à partir de sources d'information endogènes : ses membres apprécient le candidat uniquement à partir des renseignements fournis par ce dernier et des constatations qu'ils peuvent eux-mêmes faire lors d'une entrevue tenue privément⁷¹ avec celui-ci. Bien que la *Loi sur les tribunaux judiciaires* envisage la possibilité que le comité de sélection puisse se livrer à des consultations externes à propos des candidats⁷², le *Règlement sur la procédure de sélection* ne mentionne rien à ce sujet. Il faut donc en conclure que, en raison de la confidentialité qui s'attache aux candidatures, le comité de sélection n'est pas autorisé à procéder à de telles consultations externes.

Les membres d'un comité de sélection prêtent un serment de discrétion par lequel ils s'engagent à ne pas révéler ou faire connaître, sans y être dûment autorisés, quoi que ce soit dont ils

68. *Id.*, art. 26.

69. La seule option du ministre, lorsque les propositions du comité de sélection ne lui conviennent pas, consiste à demander au comité de lui proposer le nom d'autres candidats aptes à être nommés juges pour le poste ouvert : *id.*, art. 33.

70. Un tel transfert soulève évidemment des interrogations quant à la représentativité, au plan démocratique, des comités de sélection.

71. *Règlement sur la procédure de sélection*, précité, note 1, art. 24.

72. L'article 88 al. 5 de la *Loi sur les tribunaux judiciaires*, précitée, note 9, énonce que le règlement du gouvernement établissant la procédure de sélection des personnes aptes à être nommées juges peut notamment « déterminer les renseignements que le comité peut requérir d'un candidat et les consultations qu'il peut faire ». Il en est de même pour les juges municipaux : *Loi sur les cours municipales*, précitée, note 9, art. 34.

auront eu connaissance dans l'exercice de leur charge⁷³. Il leur est aussi imposé de prendre les mesures requises pour assurer la confidentialité du nom des candidats, du rapport du comité de sélection, de la liste des candidats proposés et des documents se rattachant à une candidature⁷⁴. L'obligation de confidentialité imposée aux membres du comité de sélection trouve application pour l'ensemble des phases des travaux du comité⁷⁵.

Le niveau élevé de confidentialité établi relativement aux activités du comité de sélection, tant à l'égard des candidats, que du gouvernement et du public, lui confère une liberté d'action considérable. Ses membres ne sont pas redevables de la manière dont ils évaluent les dossiers des candidats, du contenu du questionnaire standardisé qu'ils développent pour les fins des rencontres avec eux, de l'application des critères d'évaluation énoncés dans le *Règlement sur la procédure de sélection*, de la pondération de ces critères les uns par rapport aux autres⁷⁶, du déroulement des rencontres avec les candidats, de la façon dont ils leur attribuent un pointage, etc.⁷⁷. Un candidat qui souhaiterait faire réviser par un tribunal la conformité des travaux du comité de sélection affronterait dans la confidentialité qui les entoure un obstacle sérieux à l'exercice de ses droits⁷⁸. La Commission d'en-

73. *Règlement sur la procédure de sélection*, précité, note 1, art. 19 et Annexe B. Le *Règlement* ne précise pas qui pourrait donner une telle autorisation, ni dans quelles situations et à quelles conditions.

74. *Id.*, art. 19 et 34. L'accès aux documents recueillis par un comité d'évaluation peut générer des litiges : *Walmsley v. Ontario (Attorney General)*, (1997) 34 O.R. (3d) 611 (Ont. C.A.), 1997 CanLII 3017 (ON CA).

75. « Tout le processus du concours de sélection et des recommandations à la ministre est hautement confidentiel » : *Discepola c. Corte*, précité, note 21, p. 683 (par. 66).

76. À titre d'exemple, le comité doit-il accorder la même importance aux « connaissances juridiques » des candidats et à ses expériences « sociales et communautaires », deux critères énumérés à l'article 25 du *Règlement sur la procédure de sélection*, précité, note 1 ?

77. Le *Rapport Bastarache* a souligné cette caractéristique : « La deuxième critique la plus importante du système de sélection et de nomination des juges par l'exécutif porte sur le caractère opaque de ce système. Mis à part l'avis de sélection, l'ensemble des étapes ultérieures du processus de sélection et de nomination des juges est tenu secret et aucune information n'est transmise sur la manière dont le comité de sélection procède pour évaluer les candidatures soumises. De plus, aucune information n'est disponible, que ce soit sur l'Internet ou ailleurs, sur les personnes qui siègent aux comités de sélection et sur la manière dont ces personnes sont choisies. Sous le couvert de la protection de la confidentialité des candidatures, il est pratiquement impossible de savoir comment les candidatures sont évaluées par les comités de sélection et comment la liste des personnes déclarées aptes à être nommées juges est établie » : précité, note 14, p. 277.

78. Dans *Bégin c. Therrien*, précité, note 61, la juge dissidente du comité d'enquête du Conseil de la magistrature du Québec écrit que « compte tenu de la confidentialité entourant le processus de nomination des juges, toute tentative pour faire

quête sur le processus de nomination des juges s'est d'ailleurs butée à cet obstacle lorsqu'elle a cherché à consulter les dossiers des processus de sélection tenus pendant la période couverte par son mandat, dans le but de vérifier le respect des obligations légales et réglementaires, ainsi que l'efficacité générale du processus⁷⁹.

Bien que le Secrétariat à la sélection des candidats soit tenu de rendre public un rapport annuel relatif aux travaux des comités de sélection⁸⁰, les trois rapports établis depuis l'entrée en vigueur du *Règlement sur la procédure de sélection* ne contiennent aucune analyse de leurs activités⁸¹. Ils mentionnent seulement le nombre de candidatures reçues pour chaque concours, le nom des membres des comités de sélection alors formés, les dates de formation des comités et de remise de leurs rapports, ainsi que l'identité des candidats choisis pour combler les postes. De plus, ils font état de la représentation respective des hommes et des femmes, ainsi que celle des membres de communautés culturelles, au sein des comités de sélection et parmi les nominations. De telles informations minimales ne permettent pas une appréciation qualitative du travail accompli par les comités de sélection.

Ces rapports du Secrétariat montrent aussi que la plupart des appels de candidatures attirent des dizaines de candidats, parfois même plus d'une centaine. Il doit donc fréquemment arriver que, parmi toutes les candidatures reçues, il en existe plus de trois provenant de personnes aptes à être nommées juges, selon les critères énoncés au *Règlement sur la procédure de sélection*. La

contrôler la légalité du rejet de sa candidature, au regard de la Charte du Québec ou de la Charte canadienne, se serait vraisemblablement heurtée à des difficultés de preuve pour ainsi dire insurmontables » (p. 64).

79. *Rapport Bastarache*, précité, note 14, p. 30. Avec l'autorisation du gouvernement et après signature d'un protocole d'entente, une étude confidentielle a néanmoins pu être réalisée pour une partie de cette période. Cette ouverture démontre que la confidentialité du processus n'empêche pas nécessairement la mise en place de mécanismes de vérification des activités des comités de sélection.

80. *Règlement sur la procédure de sélection*, précité, note 1, art. 6.

81. Andrée GIGUÈRE, *Rapport annuel des activités du secrétariat à la sélection des candidats à la fonction de juge (1^{er} février 2012 au 31 janvier 2013)*, 1^{er} mai 2013 ; Andrée GIGUÈRE, *Rapport annuel des activités du secrétariat à la sélection des candidats à la fonction de juge (1^{er} février 2013 au 31 janvier 2014)*, 13 février 2014 ; Andrée GIGUÈRE, *Rapport annuel des activités du secrétariat à la sélection des candidats à la fonction de juge (1^{er} février 2014 au 31 janvier 2015)*, 18 février 2015. Ces rapports sont publiés au site internet du ministère de la Justice : <<http://www.justice.gouv.qc.ca>>.

règle de confidentialité retenue au Québec empêche pourtant le ministre de la Justice de savoir s'il existe d'autres candidats tout aussi qualifiés que ceux qui lui sont proposés et sur quelle base le comité de sélection a choisi de recommander les uns et d'écarter les autres.

La réforme de 2012 a opéré un changement majeur du rôle des comités de sélection au Québec. Dans la procédure antérieure, le rapport du comité de sélection ne contenait aucun nombre minimal ou maximal de candidats : il indiquait au ministre de la Justice le nom de tous les candidats que le comité avait rencontrés et qu'il estimait aptes à être nommés juges⁸². Le *Règlement sur la procédure de sélection* attribue maintenant au comité de sélection un pouvoir prépondérant quant à la courte liste des candidats susceptibles d'être nommés juges. Cette nouvelle procédure ne prend cependant pas en compte le fait que, plus on concentre au sein du comité de sélection un pouvoir public de cette nature, plus la confidentialité totale de ses travaux à l'endroit de la société devient problématique.

Ainsi, bien que le processus d'évaluation soit connu, la règle de confidentialité empêche qui que ce soit de vérifier comment les comités de sélection appliquent les critères établis par le *Règlement sur la procédure de sélection*. Cette situation suscite des interrogations quant à la suffisance du degré de transparence du processus. Il manque au modèle québécois un mécanisme de révision des activités des comités de sélection, qui préserverait la confidentialité des candidatures tout en permettant de vérifier la conformité et la régularité du travail qu'ils accomplissent⁸³.

82. *Règlement sur la procédure de sélection des personnes aptes à être nommées juges*, précité, note 49, art. 20 ; *Règlement sur la procédure de sélection des personnes aptes à être nommées juges municipaux*, précité, note 49, art. 17. Quoique cette modification ait été recommandée par le *Rapport Bastarache*, précité, note 14, p. 285, Recommandations n^{os} 19 et 20, elle prenait place dans le cadre plus large d'une restructuration majeure des comités de sélection, à laquelle le gouvernement n'a pas donné suite.

83. On pourrait envisager la création d'un poste de vérificateur indépendant, chargé de procéder annuellement à l'analyse des activités des comités de sélection et du processus suivi par le gouvernement pour la nomination des juges, afin de faire rapport à l'Assemblée nationale à ce sujet. Le rapport de ce vérificateur, qui devrait préserver la confidentialité des informations nominatives des candidats, pourrait avoir comme objectif d'apprécier de façon globale, de manière dépersonnalisée, les considérations et critères concrètement utilisés à chaque étape du processus. Il serait ainsi en mesure de recommander des améliorations, le cas échéant.

Au niveau fédéral, le *Code d'éthique* des comités consultatifs formés par le ministre de la Justice du Canada⁸⁴ prévoit que ses membres doivent faire preuve de discrétion tout au long des travaux du comité, que toutes leurs discussions et leurs délibérations sont strictement confidentielles et qu'elles ne peuvent être divulguées qu'au ministre de la Justice⁸⁵. Les *Lignes directrices* élaborées à leur attention ajoutent notamment que les documents et les renseignements soumis ou obtenus dans le cadre d'une candidature sont strictement confidentiels et que l'obligation de confidentialité des membres du comité perdure au-delà de la fin du mandat du comité ou du mandat des membres⁸⁶. Cette confidentialité du processus est portée à l'attention des candidats dans la *Fiche de candidature*⁸⁷.

Les mesures de confidentialité entourant le comité consultatif comportent cependant une limitation de taille. Contrairement au modèle utilisé à l'égard des juges de nomination provinciale au Québec, dans le modèle fédéral le comité consultatif procède à l'évaluation des candidats à partir de sources d'information exogènes : en plus de l'analyse des informations soumises par ceux-ci, il doit procéder à des consultations externes à l'égard des candidatu-

84. Selon l'énoncé de politique fédéral, précité, note 11, chaque comité consultatif est composé de huit membres : un membre est désigné par le Barreau de la province, un membre est désigné par l'Association du Barreau canadien, un juge est désigné par le juge en chef de la province, un membre est désigné par le procureur général ou le ministre de la justice de la province et un membre est désigné par la collectivité des responsables de l'application de la loi. Le ministre de la Justice du Canada invite ces personnes et organismes à lui fournir une liste de personnes qui peuvent être membres du comité. Avec l'aide du Commissaire à la magistrature fédérale, il choisit ensuite les personnes qui y siégeront. Trois membres sont aussi désignés par le ministre de la Justice du Canada pour représenter le public.

85. Précité, note 11, art. 3 et 5. Le *Code d'éthique* interdit aussi aux membres des comités consultatifs de discuter avec un candidat, formellement ou autrement, par quelque moyen que ce soit, au sujet de sa candidature, sauf dans le cadre d'une entrevue organisée par le comité, et de communiquer à un candidat ou à toute autre personne, pendant son mandat ou par la suite, la teneur des entrevues effectuées, des discussions au sein du comité et des recommandations faites par ce dernier. Le président d'un comité consultatif peut cependant faire part au juge en chef des noms des candidats qui ont été recommandés par le comité.

86. Précité, note 11.

87. La *Fiche de candidature* énonce que tous les renseignements fournis par le candidat resteront confidentiels, que les évaluations du comité consultatif sont confidentielles et qu'elles sont communiquées seulement au ministre. Elle annonce au candidat que le comité consultatif consulte un éventail de personnes identifiées ou non identifiées sur la *Fiche de candidature* et « fait tout en son possible pour assurer la confidentialité lors de ces consultations ». Par ailleurs, la *Fiche de candidature* prend aussi soin de spécifier que le comité consultatif « ne peut cependant se tenir responsable de toute fuite non autorisée concernant le nom d'un candidat ou d'une candidate ».

res reçues. Les *Lignes directrices* énoncent qu'il y a lieu pour le comité de consulter non seulement les personnes identifiées par le candidat dans la *Fiche de candidature*, mais aussi d'autres sources⁸⁸. Chaque candidat fait ainsi l'objet de consultations exhaustives. Bien que les *Lignes directrices* ajoutent qu'il est essentiel que les personnes consultées s'engagent à respecter le caractère confidentiel des renseignements communiqués avant que ne leur soit révélé quoi que ce soit au sujet du candidat, y compris le nom de ce dernier, il n'existe aucune obligation légale pour ces personnes de préserver cette confidentialité.

De telles consultations constituent une composante importante du processus. En effet, tant le comité consultatif que le ministre de la Justice ont intérêt à obtenir des informations cruciales à propos de la situation présente ou passée du candidat, que ce dernier pourrait vouloir taire ou qu'en toute bonne foi il n'a pas jugé approprié de révéler. Ces consultations servent aussi à obtenir des informations d'ordre subjectif que le candidat lui-même n'est pas en mesure de fournir ; par exemple : la perception que d'autres personnes ont de son intégrité, de sa capacité de se maîtriser, de la valeur de son jugement, des préjugés qui pourraient l'animer, etc. De telles informations permettent aux membres du comité consultatif de confirmer, de nuancer ou de compléter les constatations qu'ils peuvent eux-mêmes tirer de leur analyse du dossier.

Toutefois, ces consultations se déroulent sans que le candidat ne sache qui est contacté par le comité et quelles questions sont posées, ou encore si des vérifications sont faites à propos des informations ainsi obtenues. Tout comme les membres du comité, le candidat dépend entièrement de la bonne foi des personnes consultées et de leur volonté de donner de lui un portrait juste et véridique. En raison de la confidentialité de ces consultations, il ne peut corriger les informations erronées ou incomplètes qui auraient pu de bonne foi être obtenues par le comité⁸⁹, ni répondre aux commentaires partiels de personnes qui auraient intérêt à faire obstacle à sa candidature.

88. Aux termes de ces *Lignes directrices*, les comités sont « encouragés à consulter un grand nombre d'autres sources à l'intérieur et à l'extérieur de la communauté juridique qui ont des renseignements sur les aptitudes des candidats et des candidates ». L'identité de ces sources est révélée au ministre de la Justice.

89. L'une des illustrations de ce risque concerne les recherches dans l'Internet à propos d'un candidat : Karen ELTIS, « L'impact des nouvelles technologies sur les tribunaux et sur le processus de nomination des juges : un premier survol », (2011) 41 *Revue générale de droit* 267.

Tout comme dans le modèle québécois, il n'existe au niveau fédéral aucun mécanisme de révision des évaluations réalisées par les comités consultatifs. En outre, leurs rapports annuels⁹⁰ sont tout aussi succincts que ceux du Secrétariat québécois. Cependant, les *Lignes directrices* prévoient que ces comités jouent un rôle consultatif seulement et que leurs recommandations ne s'imposent pas au ministre de la Justice. Ce dernier apprécie lui-même le mérite des candidatures et son implication accrue dans le processus de nomination tempère ainsi les inconvénients résultant de la confidentialité des travaux des comités consultatifs.

2.3. *La confidentialité attendue du ministre de la Justice*

À la différence de la situation des candidats et des membres des comités de sélection, le *Règlement sur la procédure de sélection* ne traite pas spécifiquement de la confidentialité que devrait respecter le ministre de la Justice du Québec dans le cadre du processus de nomination des juges. Comme les autres participants à ce processus, le ministre est cependant lié par la disposition générale préservant la confidentialité du nom des candidats, du rapport du comité de sélection, de la liste des candidats proposés, ainsi que des documents se rattachant à une candidature⁹¹. De plus, il prend un engagement général de confidentialité en prêtant serment lors de son entrée en fonction⁹².

90. Ils sont publiés au site du Commissariat à la magistrature fédérale : <<http://www.fja.gc.ca>>.

91. *Règlement sur la procédure de sélection*, précité, note 1, art. 34. Étant donné que le ministre de la Justice a notamment pour fonction de veiller à ce que les affaires publiques soient administrées conformément à la loi, on peut en déduire qu'une discrétion semblable à celle dont les autres participants au processus doivent faire preuve est aussi attendue de sa part : *Loi sur le ministère de la Justice*, RLRQ, c. M-19, art. 3b).

92. Le ministre de la Justice est nommé en vertu de l'article 4 de la *Loi sur l'Exécutif*, RLRQ, c. E-8. Le serment qu'il prête à ce titre prévoit notamment que le ministre ne fera connaître, sans y être dûment autorisé, quoi que ce soit dont il aura eu connaissance dans l'exercice de sa charge : *Serment de membre du Conseil exécutif*, reproduit en annexe au *Rapport Bastarache*, précité, note 14, Annexe VI, p. 39. Les ministres de la Justice ayant témoigné devant la Commission d'enquête sur le processus de nomination des juges avaient été spécifiquement relevés de leur serment aux fins de ce témoignage : *Décret 507-2010*, 23 juin 2010, (2010) 142 G.O.Q. II, p. 2932. Dans une affaire connexe à l'enquête de cette commission, la tentative de l'un d'eux de se prévaloir de ce serment pour refuser de se plier à une assignation à comparaître du directeur général des élections a été rejetée : *Bellemare c. Directeur général des élections*, [2010] R.J.Q. 760 (C.S.), 2010 QCCS 3399 (CanLII) ; appel rejeté : *Bellemare c. Directeur général des élections*, 2010 QCCA 1560 (CanLII).

Après avoir transité par le bureau du Secrétaire et du sous-ministre, le rapport du comité de sélection est remis au ministre de la Justice⁹³. Pour chacun des trois candidats proposés, le Secrétaire procède aux vérifications utiles auprès des organismes disciplinaires, des ordres professionnels, des autorités policières et des agences de crédit⁹⁴. Il appartient ensuite au ministre de la Justice de considérer les recommandations du comité de sélection pour faire les suggestions appropriées au gouvernement⁹⁵, sans tenir compte de l'allégeance politique des candidats⁹⁶.

À s'en tenir au texte du *Règlement sur la procédure de sélection*, la fonction du ministre de la Justice du Québec consisterait à choisir l'un des trois candidats proposés à partir des seules informations transmises par le comité de sélection et le Secrétaire. Pourtant, il est éminemment souhaitable qu'il puisse procéder à diverses consultations à propos de ces candidats⁹⁷, et ce, d'autant plus que le *Règlement* n'en prévoit aucune à l'étape du comité de sélection.

En tant que représentant élu de la société, le ministre de la Justice doit pouvoir obtenir toutes les informations pertinentes avant de procéder à la nomination d'un juge. L'autorité des institutions judiciaires et la confiance publique nécessaire à la pleine réalisation de leur mission sont si fondamentales que la règle de

93. *Règlement sur la procédure de sélection*, précité, note 1, art. 28.

94. *Id.*, art. 29. L'article 11 du *Règlement sur la procédure de sélection* exige que les candidats consentent à ce que des vérifications soient faites à leur sujet auprès de tout organisme disciplinaire, de tout ordre professionnel, des autorités policières et des agences de crédit. La Cour suprême du Canada a considéré que l'existence d'antécédents judiciaires est un critère pertinent pour déterminer la capacité d'une personne à être nommée juge : *Re Therrien*, précité, note 22, p. 86 (par. 129). Elle a aussi déterminé que le dossier constitué par les forces policières constitue un moyen d'information complémentaire pour le ministre, mais qu'il ne saurait remplacer le comité de sélection : *id.*, p. 91 (par. 139).

95. *Discepola c. Corte*, précité, note 21, p. 679 (par. 34).

96. *Règlement sur la procédure de sélection*, précité, note 1, article 26.

97. Le *Rapport Bastarache* suggère que « sauf le respect des garanties de confidentialité prévues au *Règlement sur la procédure de sélection des personnes aptes à être nommées juges*, le ministre de la Justice peut faire les consultations qu'il juge nécessaires » : précité, note 14, p. 217 ; voir aussi la Recommandation n° 29, p. 287. Dans un communiqué annonçant des mesures intérimaires à la suite du dépôt du *Rapport Bastarache*, le ministre de la Justice du Québec indiquait que « le ministre ne fera aucune consultation auprès de personnes en raison de leur appartenance à un parti politique », ce qui sous-entend l'existence d'autres types de consultations : *Procédure intérimaire concernant le processus de sélection et de nomination des juges*, 15 février 2011 (mis en ligne au site internet du ministère : <http://www.justice.gouv.qc.ca>).

confidentialité ne peut entraver la faculté du gouvernement de s'informer adéquatement à propos d'un candidat pressenti à la magistrature. Une telle nomination entraîne des conséquences importantes pour la société puisque, en raison des exigences constitutionnelles de son statut, le juge nommé jouira ensuite de l'inamovibilité jusqu'à l'âge de la retraite et de l'indépendance la plus élevée dans l'exercice de ses fonctions. Il est donc impératif que le gouvernement puisse mesurer avec toute l'acuité possible l'opportunité d'une nomination.

Le gouvernement assume la responsabilité publique de la nomination des juges auprès des justiciables et des institutions judiciaires. Il incombe donc au ministre de la Justice de prendre toutes les mesures nécessaires pour parvenir au choix le plus judicieux, dans le meilleur intérêt de la société⁹⁸. Étant donné que le pouvoir de nomination des juges repose sur une prérogative gouvernementale, on peut considérer qu'il n'est pas nécessaire que le droit du ministre de la Justice de procéder à toute consultation pertinente soit expressément consacré. Il constitue plutôt un attribut inhérent à ce pouvoir.

Par contraste, l'énoncé de politique fédéral reconnaît au ministre de la Justice du Canada une large faculté de consultation à propos des candidats évalués par les comités consultatifs, bien qu'il soit lui aussi tenu à un engagement général de confidentialité dans l'exercice de ses fonctions⁹⁹. Le rapport qui lui est remis comprend la décision du comité quant à la recommandation du candidat, ainsi qu'un résumé à l'appui de son évaluation¹⁰⁰. Il

98. C'est d'ailleurs pourquoi l'article 33 du *Règlement sur la procédure de sélection*, précité, note 1, lui permet de demander au comité de sélection de proposer le nom d'autres candidats aptes s'il ne peut, dans le meilleur intérêt de la justice, choisir parmi les trois noms proposés.

99. Aux termes du *Règlement sur les serments d'office*, C.R.C., ch. 1242, toute personne nommée à une charge qui relève de l'autorité législative du Parlement du Canada doit, si aucune autre formule de serment n'est prévue, prêter un serment comprenant notamment l'obligation de ne pas révéler ni faire connaître, sans y être dûment autorisé, rien de ce qui viendra à sa connaissance en raison du fait qu'elle remplit cette charge. De façon plus spécifique, le commissaire à la magistrature fédérale note que « le ministre de la Justice a un devoir de confidentialité envers le candidat » : David GOURDEAU, précité, note 11, p. 772. Le ministre de la justice du Canada a aussi pour rôle de veiller à ce que les affaires publiques soient administrées conformément à la loi : *Loi sur le ministère de la Justice*, L.R.C. (1985), c. J-2, art. 4a).

100. Le ministre peut demander au comité consultatif de fournir des renseignements additionnels relativement à un candidat évalué, ou encore de réévaluer le candidat lorsque les renseignements recueillis d'autres sources vont à l'encontre de l'évaluation faite par le comité.

n'est pas accessible au candidat¹⁰¹, que l'on avise néanmoins de la date à laquelle l'évaluation a été complétée et transmise au ministre¹⁰².

Outre la vérification des antécédents judiciaires, financiers¹⁰³ et professionnels¹⁰⁴ du candidat, l'énoncé de politique prévoit qu'avant de faire une recommandation au cabinet, le ministre peut consulter des représentants institutionnels, soit des membres de la magistrature et du Barreau, de même que le procureur général de la province où se trouve le poste à pourvoir. Les consultations du ministre peuvent cependant aussi être élargies à « des membres du grand public »¹⁰⁵, sans que l'énoncé de politique ne limite autrement la portée de cette expression : le ministre de la Justice possède donc une liberté d'action illimitée pour demander des avis de toutes natures à propos d'une nomination envisagée¹⁰⁶.

101. Les dossiers des candidats sont conservés au Commissariat à la magistrature fédérale, dans une banque de données confidentielles séparée à l'usage exclusif du ministre de la Justice : David GOURDEAU, précité, note 11, p. 770 ; André S. MILLAR, précité, note 11, p. 622.

102. La seule information fournie aux candidats est que le comité consultatif a remis son rapport au ministre de la Justice, sans qu'on leur indique si la recommandation est favorable ou non. Étant donné que cette évaluation est valable pour deux ans, les candidats traversent cette période sans savoir s'ils peuvent espérer une nomination (au cas de recommandation favorable) ou s'il leur est inutile de fonder de tels espoirs (au cas contraire). En devant composer simultanément avec ces deux éventualités, ils se trouvent placés dans une situation ambivalente quant à l'organisation de leur pratique professionnelle et de leur vie personnelle.

103. Les candidats doivent signer un formulaire de consentement à la vérification des antécédents comprenant 1) une vérification auprès de la Gendarmerie royale du Canada des dossiers policiers les concernant, ainsi que des enquêtes auprès des services de police provinciaux et municipaux ; 2) une évaluation de sécurité par le Service canadien du renseignement de sécurité ; 3) une vérification auprès de l'Agence de revenu du Canada et 4) une vérification auprès du Bureau du Surintendant des faillites.

104. Le candidat du Québec remplit aussi un *Formulaire d'autorisation et clause exonératoire* par lequel il autorise le Barreau du Québec et le Fonds d'assurance responsabilité professionnelle de l'Ordre à fournir au Commissaire à la magistrature fédérale, à tout comité consultatif et au ministre de la Justice du Canada tout document, dossier ou autre renseignement concernant sa conduite et ses activités professionnelles et à répondre à leurs questions à ce sujet.

105. L'énoncé de politique ajoute que le ministre peut également recevoir les avis des groupes ou personnes qui veulent faire valoir leur point de vue quant aux facteurs dont il faudrait tenir compte pour combler les vacances existantes. Cette mention semble viser des facteurs autres que l'opportunité de choisir un candidat en particulier.

106. La liberté d'action du ministre comporte certains risques. Ainsi, la pratique du procureur général d'une province d'informer les candidats proposés par le comité d'évaluation qu'il entendait recommander leur nomination au gouvernement a donné lieu à une poursuite par l'un des candidats n'ayant par la suite pas été nommé : *Angevine v. The Queen*, précité, note 23.

Au surplus, le *Formulaire d'autorisation et clause exonératoire* que le candidat doit remplir exige de celui-ci qu'il dégage de toute responsabilité les personnes impliquées dans le processus de consultation, y compris quiconque aura pu être consulté relativement à sa candidature¹⁰⁷. C'est donc le candidat qui assume les risques reliés à de telles consultations. Bien qu'il soit nécessaire à un exercice judicieux du pouvoir de nomination des juges que le ministre de la Justice puisse procéder à des consultations externes, il manque au modèle fédéral – tout comme au modèle québécois – un encadrement législatif ou réglementaire destiné à orienter le sens de ces consultations afin qu'elles demeurent cohérentes avec la finalité du processus et les principes fondamentaux qui le sous-tendent.

Conclusion

Au Québec, la nomination des juges de première instance représente l'aboutissement de processus diamétralement opposés au plan de la confidentialité, selon que le candidat dépose sa demande auprès du gouvernement provincial ou du gouvernement fédéral.

D'une part, le modèle provincial repose sur un système fermé, opérant à partir des seules informations fournies par le candidat ou obtenues de lui lors de son entrevue avec le comité de sélection, exigeant de tous ses participants une confidentialité absolue, ne reconnaissant expressément aucune possibilité de consultations externes à son sujet. Il ne s'entrouvre qu'à la fin du processus, à l'égard des trois candidats proposés par le comité de sélection, puisque c'est à cette étape que certaines vérifications limitées sont effectuées auprès d'organismes professionnels, policiers et financiers. Pour l'essentiel, la candidature doit se révéler suffisamment probante par elle-même pour convaincre les membres du comité de sélection et le ministre de la Justice.

107. Le candidat « libère et décharge à tout jamais le Barreau du Québec, son Fonds d'assurance responsabilité professionnelle et leur personnel, le ministre de la Justice du Canada, le Commissaire à la magistrature fédérale Canada, leur personnel, les comités consultatifs sur les nominations à la magistrature fédérale et leurs membres ainsi que quiconque aura pu être consulté relativement à ma dite candidature, de toutes réclamations, causes d'action, poursuites, actions et responsabilités de quelque nature que ce soit découlant de la diffusion des renseignements susmentionnés ou y étant reliés de quelque façon, ainsi que de l'examen et de l'évaluation de ma dite demande de candidature ».

Ce modèle assure aux candidats un degré élevé de discrétion à l'égard de leurs démarches, ce qui constitue un incitatif certain au dépôt de nombreuses candidatures et favorise donc l'égalité des chances entre les candidats. Il réduit considérablement la prérogative gouvernementale de nomination des juges en attribuant une fonction décisive au comité de sélection quant à l'évaluation des candidats. À cette étape, la confidentialité limite toutefois la transparence du processus puisque les activités des comités de sélection échappent au regard public.

D'autre part, le modèle fédéral repose sur un système ouvert, laissant le candidat libre de faire connaître ses démarches, puisant dans de multiples consultations externes des informations complémentaires à celles fournies par le candidat, n'exigeant expressément la confidentialité que des membres des comités consultatifs. À toutes les étapes du processus, de nombreuses personnes sont susceptibles d'apprendre l'existence d'une candidature et cette diffusion élargie crée une possibilité accrue d'influences quant aux nominations. Outre la valeur intrinsèque de la candidature, la perception qu'en ont divers membres de la société représente un élément capital dans l'appréciation du ministre de la Justice.

Ce modèle privilégie une circulation extensive d'informations à propos des candidats, au lieu d'une stricte confidentialité des candidatures. L'évaluation réalisée par le comité consultatif ne possède qu'un poids relatif dans le processus, étant donné la faculté que se réserve le ministre de procéder à ses propres consultations. La prérogative gouvernementale de nomination des juges demeure prépondérante, ce qui peut, selon la situation de chaque candidat, déterminer les uns à poser leur candidature ou, au contraire, dissuader les autres de tenter leur chance.

Ces deux modèles appréhendent différemment les enjeux reliés à la confidentialité du processus de nomination des juges. L'emphasis mise plus particulièrement sur l'un ou l'autre des principes fondamentaux de ce processus – que ce soit la volonté d'assurer l'égalité des candidatures ou encore la préservation de la prérogative gouvernementale – a pour conséquence d'attribuer une fonction variable à la règle de confidentialité, selon le modèle choisi. Un point d'équilibre reste encore à atteindre.

La défense de renonciation au Canada : le legs de l'arrêt *Gauthier*

Maxime RAYMOND

Résumé

En 2013, la Cour suprême se saisissait d'un pourvoi dans lequel l'accusée, Cathie Gauthier, contestait le verdict de culpabilité de meurtre au premier degré de ses trois enfants. Elle demandait l'ordonnance d'un nouveau procès pour qu'un jury puisse apprécier sa défense de renonciation, ce qui lui avait été refusé en première instance par le juge du procès. La Cour suprême, en confirmant le verdict de culpabilité de l'appelante, modifia cette défense peu invoquée devant les tribunaux et dont les conditions d'ouverture n'avaient pas été révisées depuis 1940. La Cour ajouta une condition d'ouverture à la défense, soit la prise de mesures raisonnables pour annuler ou neutraliser la participation. Partant, un accusé devra dorénavant répondre à cette nouvelle exigence, en sus des exigences établies en 1940, soit un changement d'intention, accompagné d'une communication non équivoque et donnée en temps opportun aux autres participants.

L'article est divisé en deux parties : d'abord, une partie théorique dans laquelle les objectifs et les fondements de la défense sont explicités. Puis, le champ d'application de la défense est examiné pour déterminer quelles infractions et quels modes de participation criminelle peuvent bénéficier de la défense. Finalement, les origines et l'historique de la défense sont tracés. Dans la seconde partie, la décision de la Cour suprême de modifier les conditions d'ouverture est remise en question. La rédaction de la décision majoritaire ne permet pas de cerner si elle souhaite que la nouvelle exigence s'applique indistinctement à toutes les formes de participation. Il s'agit pour l'instant de l'interprétation des tribunaux ayant eu à appliquer l'arrêt *Gauthier*. L'article cherche

à démontrer qu’au contraire, l’état du droit commande des gestes différents selon le degré d’implication du participant et le type d’aide consenti. Il est soutenu, d’une part, que la nouvelle exigence devrait s’appliquer en s’attardant au degré d’aide consenti et, d’autre part, uniquement au paragraphe 21(1) du Code criminel. Il est ultimement démontré que le maintien des trois conditions d’ouverture en vigueur depuis 1940 aurait dû être réaffirmé puisque les tribunaux seront face à des problèmes d’application considérables.

La défense de renonciation au Canada : le legs de l'arrêt *Gauthier*

Maxime RAYMOND*

1. Fondements, objectifs, champ d'application et historique de la défense	385
1.1 Fondements et objectifs de la défense de renonciation	385
1.2 Champ d'application	392
1.3 Origine et développement en droit interne.	395
2. L'arrêt <i>Gauthier</i> : l'obligation d'altérer la participation antérieure lors du retrait.	398
2.1 La décision de la Cour suprême du Canada	398
2.2 Les erreurs de la Cour suprême et l'obligation d'altérer la participation	401
2.3 Les problèmes d'application du quatrième critère ajouté par la Cour suprême	405
Conclusion	411

* <maxime.raymond3@gmail.com> ; l'auteur remercie M^{es} Khalid M'Seffar, Nicholas St-Jacques et Lida Sara Nouraie, ayant encadré l'équipe de l'UQAM au concours de plaidoirie George A. Gale 2015 lors duquel l'arrêt *R c Gauthier* avait été choisi. Un remerciement particulier à Elsa Acem, docteure en droit et professeure au Département des sciences juridiques de l'Université du Québec à Montréal pour ses judicieux conseils dans l'élaboration de l'article.

*« It is better that Ten Guilty Persons Escape
than One Innocent Suffer »*

-Sir William Blackstone (1765)

En juin 2013, la Cour suprême du Canada rendait l'arrêt *R c Gauthier*, dans lequel l'accusée invoquait une défense de renonciation. Le 24 octobre 2009, un jury déclarait Cathie Gauthier coupable de trois chefs d'accusation de meurtre au premier degré. Cette dernière, selon la thèse retenue par les jurés, a participé à un pacte de meurtre-suicide visant ses trois enfants, son conjoint et elle-même. L'accusée aurait renouvelé, de manière anticipée et par subterfuge, sa prescription d'Oxazépam¹ et celle de son conjoint. Elle aurait par la suite fourni les médicaments à ce dernier et aurait omis d'intervenir lors de l'empoisonnement.

Seule survivante, M^{me} Gauthier subira son procès quelques mois plus tard. Elle soulèvera alors deux moyens de défense : d'abord, elle soutiendra qu'elle n'a jamais participé à l'empoisonnement de ses enfants². À titre de moyen subsidiaire, elle maintiendra que, si le jury ne retient pas sa défense principale, elle s'est néanmoins désistée du projet en confrontant son mari³. Lors de son procès, le juge refusera de soumettre la défense subsidiaire au jury en raison de son incompatibilité théorique avec la défense principale, celle de l'absence d'intention coupable⁴. Déboutée à la Cour d'appel du Québec, l'appelante s'adressera à la Cour suprême en fondant son pourvoi sur deux motifs distincts de ceux invoqués en appel⁵ : elle soutiendra que le juge du procès a erré en

1. *R c Gauthier*, 2013 CSC 32, au para 10 : il s'agit d'un « somnifère utilisé pour traiter les crises d'anxiété ».

2. De sa version, les médicaments n'auraient pas été renouvelés dans un dessein criminel, mais plutôt parce que la consommation des antidépresseurs était accrue en raison de moments difficiles pour la famille.

3. Selon les faits rapportés par l'accusée, son conjoint lui aurait dicté des lettres et celle-ci, prise dans un épisode de dissociation, aurait rédigé les dires de son conjoint comme une automate. Ce dernier aurait quitté la maison après la rédaction des lettres. Reprenant ses esprits dans l'après-midi, elle aurait confronté son conjoint en déchirant certains des documents rédigés précédemment tout en lui indiquant qu'ils ne devaient pas mettre le plan à exécution.

4. *R c Gauthier*, précité, au para 19.

5. *R c Gauthier*, précité, au para 22.

droit en refusant de soumettre la défense de renonciation en raison de son incompatibilité théorique avec la défense primaire. Ensuite, elle affirmera que cette erreur est importante, car il existait une vraisemblance à cette défense, rendant obligatoire pour le jury de l'apprécier.

Modifiant les conditions d'ouverture de cette défense méconnue, la majorité du plus haut tribunal canadien confirma le verdict de culpabilité de meurtre au premier degré de l'appelante. Se détachant d'une règle jurisprudentielle établie en 1940 au Canada, la Cour suprême affirma qu'il n'est plus suffisant pour un participant à une infraction de communiquer à ses complices sa volonté de se retirer de l'infraction ; il doit dorénavant poser des gestes pour neutraliser sa participation ou pour empêcher le crime.

Jusqu'à présent, cette défense n'a pas su susciter un intérêt remarquable pour la communauté juridique – peu d'avocats, de juges et d'auteurs se sont attardés sur celle-ci⁶. Ce constat s'infère possiblement du faible contentieux concernant la défense et du peu de développements en droit interne avant l'arrêt de 2013. Par tant, le présent article s'inscrit comme une tentative de préciser la défense, principalement dans le contexte canadien : définir d'abord son champ d'application, ses fondements et objectifs, ainsi que son historique. Ensuite, celui-ci vise à donner des pistes de solution à la communauté juridique, alors que l'arrêt recèle des questions irrésolues et des réponses incomplètes. De la lecture de la décision de la Cour, il s'avère difficile de circonscrire le champ d'application de la nouvelle condition d'ouverture. La Cour souhaite-t-elle que l'obligation de poser des gestes positifs soit d'application générale à toutes les formes de participation ? Au contraire, doit-on uniquement appliquer cette nouvelle exigence aux participations actives ? En raison d'opinions doctrinales et de l'interprétation de l'article 21 Ccr, il sera établi que seules les participations visées par le paragraphe 21(1) Ccr doivent être soumises à l'application du nouveau critère. De plus, il sera soutenu que l'exigence de poser des gestes variera en fonction de l'aide apportée. En effet, le retrait à un encouragement au crime (art 21(1)c) Ccr) ne devrait pas être soumis à un standard aussi

6. Le juge Fish, dissident dans l'arrêt *Gauthier*, cite la totalité de la jurisprudence relative à la défense, soit une vingtaine de décisions depuis 1940. Au Canada, seul l'auteur Marc Campbell a rédigé un article concernant la défense : « Turning Back the Clock: Aiders and the Defence of Abandonment » (2010) 14 Rev Can DP 1.

élevé que dans le cas d'une renonciation à une aide matérielle (art 21(1)b) Ccr).

Finalement, une critique touchant la solution retenue par la Cour suprême sera formulée ; il sera démontré que la réflexion de la Cour est partiellement fondée en droit, mais que son application pratique n'aura possiblement pas l'effet de réduire le nombre d'infractions perpétrées. D'abord, l'obligation augmente les chances de représailles à l'encontre de celui qui se retire, réduisant l'incitatif au retrait. Ce faisant, la société bénéficie d'une manière plus limitée des conséquences positives de renonciations. Puis, la formulation et l'explication de la nouvelle exigence dans *Gauthier* ont pour effet d'induire les tribunaux en erreur quant à la qualité des gestes que doit poser le participant pour se retirer. Ensuite, dans certains cas, une impossibilité d'agir condamnera un participant animé d'une réelle volonté de se désister. Ultimement, il sera démontré que les mesures raisonnables, sans être une condition d'ouverture, étaient déjà analysées par le juge des faits. Conséquemment, la Cour suprême aurait dû réaffirmer les conditions d'ouverture appliquées depuis 70 ans.

1. Fondements, objectifs, champ d'application et historique de la défense

1.1 Fondements et objectifs de la défense de renonciation

En droit pénal, la majorité des défenses peuvent être classifiées comme des défenses d'excuse ou de justification⁷. La plupart des défenses entrent dans l'une des deux catégories. Les défenses justificatives ont l'effet de repousser le caractère répréhensible du geste⁸. La société ne punira pas un individu qui a eu une conduite justifiée, et même parfois encouragée, lors des gestes reprochés. L'article 25 Ccr, permettant à certaines personnes l'utilisation de la force pour des motifs raisonnables s'avère un exemple de justifi-

7. Voir par ex la classification expliquée par le juge Dickson dans *Perka c La Reine*, [1984] 2 RCS 232 ; voir également Chevrette, Cyr et Tanguay-Renaud, *Charte canadienne des droits et libertés*, Gérard-A. Beaudoin et Errol P. Mendes, dir, aux pp 754-774, LexisNexis, 2005. L'erreur de fait et la provocation policière en sont des exceptions. Pour l'erreur de fait, voir : Hugues Parent, *Traité de droit criminel*, t 1, 3^e éd, Montréal, Éditions Thémis, 2009, aux pp 393-400 ; concernant la provocation policière, voir la trilogie de la Cour suprême : *R c Mack*, [1988] 2 RCS 903, *R c Jewitt*, [1985] 2 RCS 128, *Amato c La Reine*, [1982] 2 RCS 418.

8. *Perka c La Reine*, précité, à la p 246.

cation. Pour reprendre un exemple du juge en chef Dickson, un policier qui abat l'auteur d'une prise d'otage ne sera pas puni pour son geste⁹. Les défenses d'excuse, quant à elles, permettent à l'auteur de prouver qu'au moment des faits reprochés, des circonstances l'empêchaient de formuler la *mens rea* requise¹⁰. Lorsqu'elles peuvent s'appliquer, l'intoxication (volontaire ou non), les troubles mentaux ou l'automatisme sont des défenses qui permettent à l'accusé de nier l'élément mental de l'infraction. À l'instar des justifications, les excuses empêchent la condamnation en raison d'un état d'esprit insuffisamment blâmable. Néanmoins, une grande distinction s'impose entre les deux types de défense : alors que les justifications neutralisent le caractère répréhensible du geste, les excuses ne détiennent pas cette faculté. L'intoxication volontaire d'un individu ne justifie pas une infraction, mais elle lui permet, lorsque les conditions d'ouvertures sont remplies, de ne pas encourir de sanctions pénales. De ces classifications, comment peut-on catégoriser la défense de renonciation ? L'exercice s'avère important, car l'articulation des conditions d'ouverture doit découler des objectifs de la défense.

Nombre d'auteurs ont tenté de catégoriser la défense de renonciation, sans jamais arriver à retenir un fondement unique¹¹. L'auteur K.J.M. Smith a probablement formulé le commentaire le plus approprié face à cette tâche ardue : « The most vulnerable aspect of the case for some form of withdrawal defence is the substantially speculative nature of its supporting rationales »¹². Malgré le caractère hautement incertain des résultats de cet exercice, un amalgame de raisons permet la sauvegarde de ce moyen de défense disculpatoire.

Dès 1940, le juge Sloan traçait les grandes lignes de ces fondements : d'abord, permettre aux autres participants de réfléchir à leur volonté d'aller de l'avant et les notifier que s'ils vont de l'avant, ce sera sans autre aide (« without the further aid and

9. *Ibid.*

10. *Ibid.*

11. Voir David Lanham, « Accomplices and withdrawal » (1981) LQR 97: 575 ; Martin Wasik, « Abandoning Criminal Intent » (1980) Crim L Rev 785 ; Marc Campbell, « Turning Back the Clock: Aiders and the Defence of Abandonment », précité ; Keith J. Smith, « Withdrawal from criminal liability for complicity and inchoate offences » Common Law World Review July 1983 vol. 12 no. 3 200-219 ; Keith J. Smith « Withdrawal in Complicity: A Restatement of Principles », [2001] Crim LR 769.

12. Keith J. Smith, « Withdrawal from Criminal Liability for Complicity and Inchoate Offences », précité, à la p 214.

assistance »)¹³. Ensuite, les critères d'ouverture servent à briser le lien de causalité et de responsabilité (« break the chain of causation and responsibility ») qui existe entre le participant et le crime qui sera perpétré¹⁴. Il s'agit d'un lien de causalité juridique – non pas scientifique ou factuel¹⁵.

Le premier objectif peut être reformulé de la manière suivante : le retrait sert à réduire le capital humain, rendant possiblement plus complexe la perpétration de l'infraction pour les participants souhaitant aller de l'avant¹⁶. Incidemment à la diminution du capital humain, le retrait inciterait les autres participants à remettre le projet infractionnel en cause, ce qui réduirait incidemment la probabilité de sa perpétration. En raison de l'augmentation de difficulté de l'infraction et de la réduction de la probabilité de perpétration du crime, le caractère dangereux de la participation initiale de l'individu serait neutralisé. Cet objectif aurait pour conséquence d'apposer le label de justification sur la défense de renonciation¹⁷.

Ce premier fondement est insatisfaisant en soi. D'abord, le retrait n'a pas la faculté de constamment neutraliser le caractère répréhensible des gestes posés ou le danger généré par l'assistance : un individu s'étant engagé à fournir des informations se retirant après les avoir délivrées n'annihile pas sa conduite antérieure, et le danger généré par sa conduite reste inchangé. Une réflexion similaire s'applique à l'encouragement : puisque le crime est déjà planifié et sera perpétré par l'auteur principal, le retrait ne génère aucun incitatif tangible auprès de ce dernier. Le découragement de l'infraction n'influence ni les probabilités de perpétration de l'infraction ni la difficulté de commission de l'infraction.

La deuxième grande problématique découle de l'utilité variable d'une participation dans la perpétration d'un crime. Cette

13. Voir la citation de *R v Whitehouse*, [1940] BCJ no. 46, reproduite dans le corps du texte dans la section *Origine et développement en droit interne*.

14. *Ibid.*

15. Les motifs concordants rendus par les juges Lebel, Fish et Binnie dans l'arrêt *R c Pickton*, 2010 CSC 32, au para 60, permettent de discerner les deux concepts : « Selon les juges majoritaires de notre Cour dans *R. c. Nette*, 2001 CSC 78 (CanLII), [2001] 3 R.C.S. 488, la causalité factuelle s'entend plus exactement de la cause scientifique – “n'eût été” ou “*sine qua non*” – du décès, alors que, dans le cas de la causalité juridique, il s'agit de déterminer “si l'accusé devrait être tenu criminellement responsable des conséquences qui ont résulté” ».

16. Keith J. Smith « Withdrawal in complicity: a restatement of principles », précité, aux pp 772-774 ; David Lanham, « Accomplices and withdrawal », précité.

17. *Ibid.*

assertion se reflète particulièrement dans le cadre de l'article 21(1)b) Ccr : par exemple, quatre individus s'entendent pour commettre un vol dans une banque et employer la force lors de celui-ci. Sur les quatre individus, A possède une vaste expérience en matière de vol, alors que B est un jeune délinquant violent et inexpérimenté. Si A se retire avant la commission du vol, le groupe peut prendre conscience que la chute d'expérience soudaine au sein du groupe augmente les chances que le vol soit infructueux. Les trois individus devront alors s'interroger avant d'aller de l'avant. Au contraire, si B se retire, le groupe peut voir le retrait comme un facteur neutre, sinon un facteur positif, alors que les risques de débordements une fois à l'intérieur de la banque diminuent. Donc, compte tenu du degré d'utilité de l'aide, le fondement ne sera pas constamment respecté.

Ce premier fondement reste néanmoins convaincant dans le contexte particulier de l'article 21(2) Ccr, car il est en accord avec le désaveu du législateur à l'endroit des fins illégales communes. Puisque l'infraction en est une incidente, l'aide potentielle qu'aurait pu offrir l'individu ne pourra se matérialiser si l'infraction se déroule après le retrait de celui-ci. Dans ces circonstances, la renonciation retire des ressources au regroupement illicite, car aucune aide ne peut être apportée par celui qui s'est retiré. L'efficacité du regroupement en cas de complication est alors réduite. Reprenant l'exemple du vol, si le jeune délinquant se retire, ses complices ne pourront compter sur celui-ci pour offrir une éventuelle résistance non-planifiée aux corps policiers.

Le deuxième fondement identifié vise plus spécifiquement l'état d'esprit de l'individu. Se retirant d'un projet infractionnel, le participant démontre qu'il n'a pas franchi la barrière psychologique de la criminalité¹⁸. Partant, une condamnation reviendrait à pénaliser un individu qui ne dispose pas d'une *mens rea* suffisante et qui a démontré son manque de dangerosité présent et futur pour la société¹⁹. Ce fondement s'avère également discutable sur plusieurs plans : d'abord, rien n'empêche que l'individu

18. Martin Wasik, « Abandoning Criminal Intent », précité, citant Glanville Williams : « since most of us have inhibitions about criminality there is no telling that such a person will get much further, though the further he proceeds the less likely it becomes that he will repent. It is not reasonable to punish a man for an attempt until he has gone far enough to show that he has broken through the psychological barrier to crime ».

19. Keith J. Smith, « Withdrawal in Complicity: a Restatement of Principles », précité, aux pp. 772-774.

renonce à cette infraction précise, tout en s'avérant un danger potentiel pour la société. Cette hypothèse est renforcée par une lutte doctrinale et jurisprudentielle au sujet de l'importance à accorder au motif du retrait²⁰. En effet, des auteurs ont rapporté que les diverses instances qui acceptent la défense traitaient du motif du retrait d'une manière plus qu'hétéroclite. Qu'il s'agisse d'une présence policière, d'une augmentation soudaine de la difficulté ou d'une réelle volonté de se dissocier du crime, le participant peut soulever la défense dans la majorité des cas. Ensuite, des gestes parfois indispensables ont été posés pour faciliter une infraction. Par exemple, un expert en informatique, chargé de fournir à ses comparses des renseignements privilégiés pour la commission d'un crime, n'altère pas sa participation si le retrait intervient après que les informations aient été dispensées. Étant le seul détenant les capacités d'accéder à ces données, son retrait n'altère pas sa participation et le crime qui n'aurait pu être achevé sans son apport peut dorénavant se matérialiser.

De plus, au moment où l'aide est dispensée, la concomitance entre l'*actus reus* et la *mens rea* de la participation est établie chez le participant. Soutenir une absence de dangerosité par la suite revient à accepter que les éléments constitutifs d'une infraction puissent varier dans le temps. Or, ce principe s'avèrerait contraire aux principes élémentaires du droit pénal. L'acte d'accusation ne sera pas modifié si un meurtrier exprime des regrets sincères après le crime. Ces remords n'ont aucune influence sur la présence des éléments constitutifs de l'infraction au moment des faits reprochés. Finalement, tel que mentionné plus haut, les excuses découlent souvent de circonstances particulières empêchant l'accusé de formuler la *mens rea* de l'infraction et donc, d'orienter volontairement ses actions. Or, une renonciation s'avère un geste réfléchi où, suivant les conditions d'ouverture de la défense, l'individu doit poser des gestes actifs pour pouvoir invoquer la défense dans un procès subséquent.

Ce fondement s'avère néanmoins des plus persuasifs dans le cadre de l'article 21(1)c) et 21(2) Ccr. Effectivement, tel que soutenu précédemment, le législateur cherche à dissuader les entre-

20. *Weaver v State*, 42 SE 745 (1902) à la p 747, place une importance sur la raison du retrait. Au contraire, Keith J. Smith indique l'absence d'importance en raison de la terminologie utilisée dans les jugements, notamment dans l'arrêt de principe en Angleterre *Becerra and Cooper*, voir « Withdrawal in complicity: a restatement of principles », précité.

prises criminelles en pénalisant les complices de la même manière que l'auteur réel²¹. Dès lors, si les dispositions pénalisent principalement l'état d'esprit chez le criminel, il appert convaincant de permettre la défense de renonciation, où il est offert à l'individu de démontrer l'insuffisance de son état d'esprit.

La Cour suprême, quant à elle, retient des objectifs similaires dans l'arrêt *Gauthier* :

Il n'est pas inutile de réitérer les raisons qui justifient, en droit canadien, la reconnaissance de la défense d'abandon d'intention. Deux raisons de politique générale en matière criminelle expliquent la possibilité pour les participants à des infractions criminelles d'invoquer cette défense. D'une part, il y a l'impératif de veiller à ce que seules les personnes moralement coupables soient punies et, d'autre part, il y a l'avantage que tire la société du fait d'encourager les individus impliqués dans des activités infractionnelles à s'en désister et à les dénoncer.²²

Ces objectifs reviennent largement à ceux énumérés plus haut, tout en étant incorrects à certains égards. De la formulation retenue par la Cour suprême, les individus ayant renoncé au crime ne sont pas moralement blâmables. Or, ils sont moralement blâmables, simplement dans un degré insuffisant pour justifier une condamnation. Ensuite, bien qu'il puisse être conçu comme légitime d'encourager les individus à dénoncer les crimes, le droit pénal n'impose généralement pas ce fardeau²³.

Soutenu précédemment, l'importance de catégoriser les défenses provient de la nécessité d'avoir des conditions d'ouverture liées aux fondements de la défense. Dans le cadre de la défense de renonciation, la prépondérance d'un des deux objectifs aurait nécessairement un effet sur les conditions d'ouverture. Par exemple, si le fondement de la justification doit primer, il devrait être démontré que l'accusé a eu un effet sur l'efficacité ou les chances de commission du crime²⁴. Bien que minime, cet effet doit pouvoir être prouvé concrètement pour permettre à l'accusé d'invoquer la défense. En absence d'une incidence sur les probabi-

21. Allan Manson, « Re-codifying Attempts, Parties, and Abandoned Intentions », *Queen's law journal* 1989 vol 14.

22. *R c Gauthier*, précité, au para 41.

23. *Ibid.* ; outre les devoirs légaux qui incombent à certaines personnes définies, le *Code criminel* ne pénalise pas l'omission de reporter un crime aux autorités.

24. Il s'agit du postulat de Keith J. Smith dans « Withdrawal from Criminal Liability for Complicity and Inchoate Offences », précité.

lités de commission de l'infraction, la chaîne de causalité et de responsabilité entre le participant et l'infraction demeure intacte. Dans ces circonstances, il pourrait être exigé davantage qu'un simple retrait verbal donné en temps opportun.

Au contraire, si le fondement d'excuse devait prévaloir, les actions que devrait poser l'individu pour se retirer devraient être réduites au strict minimum, car la défense ne s'attarderait qu'à ce dernier et à son intention de participer au crime²⁵. Dès lors, il est possible qu'un geste non équivoque posé par le participant ait l'effet de démontrer une absence de culpabilité suffisante pour entraîner une condamnation, même en absence d'une communication verbale aux autres participants. Un appel à une victime ou l'absence au lieu de rencontre avant un crime, mais après la fourniture d'une aide quelconque, pourrait s'avérer suffisant pour disculper un individu.

Il est possible que, plutôt que d'être complémentaires, l'un ou l'autre des fondements ne trouvent application qu'à l'égard de certains modes de participation. Dans le cadre de l'encouragement et de la participation imputée à une infraction incidente, seul le fondement de la dangerosité trouverait application, alors que l'imputabilité de l'individu découle principalement de son état d'esprit blâmable. Étant avant tout des modes de participation où la *mens rea* joue un rôle prépondérant, les exigences de la défense seraient alors davantage axées sur la démonstration de l'insuffisance de la *mens rea*. Puis, dans le cadre d'une participation active, puisque les gestes ont une incidence concrète sur la perpétration de l'infraction, créant un lien de responsabilité avec l'auteur réel, il devra être démontré que ce lien a été brisé par des gestes. Cette assertion privilégierait alors le fondement de la justification.

Il appert que le droit canadien, avant l'intervention de la Cour suprême en 2013, retenait une conception hybride de la défense. Les conditions d'ouverture permettaient de répondre aux deux fondements : d'abord, le changement d'intention sincère venait répondre au besoin de punir uniquement les individus suffisamment moralement coupables. Ensuite, l'avis non équivoque donné en temps opportun incitait les autres individus à remettre en cause leur propre volonté d'aller de l'avant dans la commission

25. *Ibid.*

de l'infraction. Or, les motifs majoritaires rendus par le juge Wagner en 2013 placent le fondement de la justification à l'avant-plan, laissant l'excuse sur le siège arrière.

1.2 *Champ d'application*

Au Canada, seules certaines formes de participation à un crime permettent aux accusés d'invoquer une défense de renonciation. Il s'agit de celles visées aux sous-paragraphe 21(1)b) et c) Ccr, ainsi que par le paragraphe 21(2) Ccr. L'incitation au crime²⁶, la complicité après le fait²⁷, ainsi que la participation à titre d'auteur réel²⁸ se retrouvent à l'extérieur du champ d'application de la défense²⁹. Alors qu'il est évident que les deux dernières ne peuvent bénéficier de la défense, la raison interdisant son application dans le cadre de l'incitation au crime est moins certaine. Cette raison doit possiblement se rattacher au manque d'application des fondements de la défense. En effet, dans le cadre d'une incitation fructueuse au crime, l'infraction perpétrée provient du conseil de l'incitateur. Dès lors, un retrait ne répond pas au fondement de la justification : le retrait n'augmente pas la difficulté de l'infraction et n'agit pas à titre d'incitatif aux autres participants puisque l'instigateur ne participe aucunement à l'infraction. S'il était participant, il engagerait sa responsabilité sous le paragraphe 21(1) ou 21(2) Ccr. De plus, puisque le crime est commis en raison de l'incitation, on ne saurait identifier un bris du lien de causalité et de responsabilité entre l'instigateur et les auteurs de l'infraction. Néanmoins, le fondement de la dangerosité saurait trouver application puisque la sanction de l'instigation découle de la forte réprobation du législateur à l'endroit des incitateurs³⁰. La démonstration d'une *mens rea* insuffisante serait alors en lien avec l'objectif législatif si une communication non équivoque

26. Art 22 Ccr.

27. Art 23 Ccr.

28. Art 21(1)a) Ccr.

29. La défense de changement d'intention n'existe pas en droit canadien : *R v Kosh*, [1965] 1 CCC 230.

Au para 47 de l'arrêt *Gauthier*, la majorité de la Cour suprême erre en prenant pour exemple l'archer qui, voyant sa flèche décochée dans les airs, regrette son geste et souhaite qu'elle ne frappe pas sa cible. Cet exemple est inexact, car un auteur réel ne peut invoquer une défense de renonciation. Dans ces circonstances, il s'agirait d'une défense de changement d'intention, qui est proscrite en droit canadien. Puis, même s'il pouvait invoquer la défense, le retrait serait tardif, car l'infraction est tentée.

30. Côté-Harper, Rainville et Turgeon, *Traité de droit pénal canadien*, 4^e édition (1999), à la p 757.

donnée en temps opportun servait à tenter de décourager les auteurs.

Certaines infractions sont également à l'extérieur du champ d'application de la défense. Tel est le cas des infractions de possession³¹ et de complot³². L'interdiction dans le cadre du complot s'explique probablement par la jonction de trois raisons : d'abord, la tentative de complot n'existe pas en droit canadien³³. Il est donc impossible d'avoir des gestes plus que préparatoires constituant un début d'*actus reus*. Ensuite, le droit criminel ne peut simplement pénaliser un esprit criminel en absence d'une infraction substantielle³⁴. Puis, finalement, puisque l'infraction inchoative de complot existe en raison du danger généré par une entente de poursuivre une fin criminelle à plusieurs, l'infraction ne se concrétise que lors de l'acceptation entre deux personnes ou plus³⁵. Donc, un retrait serait soit à l'égard d'un complot déjà cristallisé (critère du temps opportun non respecté) ou à l'égard d'un complot inexistant.

Se retirer du projet à la suite de la tentative de l'infraction par l'auteur principal demeure une question partiellement irrésolue. Bien que la jurisprudence rejette la défense de renonciation après le début de l'*actus reus* par l'auteur réel, il semble qu'une exception puisse subsister. Dans le cadre des participations de l'article 21(1) Ccr, dès que l'infraction projetée est tentée par l'auteur réel, la défense ne peut être invoquée³⁶. Cette assertion est en accord avec les conditions d'ouverture de la défense (la communication est tardive), ainsi qu'avec la *mens rea* exigée. Effectivement, puisque le participant doit détenir une connaissance subjective des intentions de l'auteur principal, il doit l'avertir de son retrait avant la tentative de l'infraction substantive pour répondre aux fondements de la défense.

Or, dans le cadre de l'article 21(2) Ccr, la connaissance est imputée au participant en raison des termes : « chacune d'elles qui

31. *R v DP*, 2014 SKQB 72.

32. *R v O'Brien*, (1954) 110 CCC 1 (CSC).

33. *R c Déry*, 2006 CSC 53.

34. *Ibid.*, juge Fish au para 47 : « Et même si cela était possible, le droit criminel n'a jamais eu pour objectif de réprimer "dans l'œuf" tout projet de crime, comme l'a indiqué le procureur général du Canada (mémoire, par. 58). En ce sens, le complot devient criminel lorsqu'il éclot. Et seule une entente peut le faire éclore. »

35. *Ibid.*

36. *R v Gonzague*, (1983) 34 CR (3d) 169.

savait ou devait savoir que la réalisation de l'intention commune aurait pour conséquence probable la perpétration de l'infraction »³⁷. Dans ces circonstances, l'infraction incidente, bien que probable, n'est pas toujours subjectivement prévue par le participant. Bien qu'une renonciation avant la tentative de l'infraction incidente puisse permettre une atteinte optimale des fondements de la défense, il n'est pas incohérent d'invoquer tardivement la défense. La Cour suprême semble admettre une telle possibilité depuis 1990. Dans l'arrêt *Kirkness*, deux individus, Snowbird et Kirkness, pénétrèrent dans une maison d'habitation pour y commettre un vol. Durant celui-ci, Snowbird agressa sexuellement l'occupante des lieux. Kirkness resta passif lors de l'agression sexuelle en attendant à l'extérieur de la pièce. Néanmoins, lorsque Snowbird tira l'occupante à l'extérieur de la chambre en l'étranglant, Kirkness lui indiqua clairement de cesser de l'étrangler, car il allait la tuer. En l'espèce, l'article 21(2) Ccr trouvait application, car Kirkness n'était pas au fait des intentions de son complice et ne l'a pas aidé ou encouragé. Dans de pareilles circonstances, il est cohérent de laisser une période au participant d'assimiler l'action qui se déroule devant ses yeux et de s'y opposer en se retirant³⁸.

Le champ d'application de la défense n'est pas aussi vaste qu'il pourrait être possible de croire puisque les défenses d'absence de *mens rea* ou d'*actus reus* peuvent toujours s'appliquer. La défense d'absence de *mens rea* existera principalement dans le cadre de l'article 21(2) Ccr : il est possible, sans être un retrait, de nier les éléments constitutifs de la participation criminelle en soutenant, par exemple, que l'infraction n'était pas probable. Donc, même en absence d'un retrait, un accusé pourrait nier sa participation à l'égard d'un crime incident à la fin illégale commune.

Puis, dans le cadre de l'article 21(1) Ccr, l'absence de *mens rea* prendra principalement la forme de négation de la volonté d'aider l'auteur principal ou de la connaissance suffisante de l'infraction. Un individu pourrait soutenir que des gestes posés ne furent pas orientés en faveur de la commission d'une infraction. À même titre, il serait possible pour la défense de démontrer que

37. Mes soulignements.

38. Voir néanmoins la dissidence de la juge Wilson dans l'arrêt *R c Kirkness*, [1990] 3 RCS 74 qui permet de comprendre qu'elle aurait probablement catégorisé la participation de Kirkness au meurtre sous l'article 21(1) Ccr.

l'infraction qu'on cherche à imputer à l'accusé n'était pas subjectivement connue³⁹.

Dans le cadre de l'article 21(1) Ccr, une défense d'absence d'*actus reus* pourrait également intervenir si le participant, avant la tentative de l'infraction, a complètement neutralisé son aide⁴⁰. Si une arme fournie a été reprise, le principe de cristallisation énoncé plus haut permettrait à l'individu d'échapper à la responsabilité pour l'infraction reprochée. Car si l'aide, l'omission ou l'encouragement n'existe plus lors de la commission du crime, on ne saurait être en mesure d'établir le lien de responsabilité entre la commission de l'infraction et le participant.

1.3 Origine et développement en droit interne

La défense de renonciation tire ses origines d'un jugement de la Cour du Banc de la Reine de 1576 :

if I command one to kill J. S. and before the fact done go to him and tell him that I have repented, and expressly charge him not to kill J.S. and he afterwards kills him, there I shall not be accessory to this murder, because I have countermanded my first command, which in all reason shall discharge me, for the malicious mind of the accessory ought to continue to do ill until the time of the act done, or else he shall not be charge.⁴¹

Au Canada, par l'adoption de l'article 8(3) Ccr, les défenses de common law qui existaient avant l'entrée en vigueur du Code criminel et qui ne furent pas abrogées par le législateur demeurent valides. En 1940, la défense fit son apparition dans la jurisprudence canadienne dans l'arrêt *R v Whitehouse*, rendu par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique⁴². Dans le cadre d'un vol dans un commerce, deux complices (Morgan et Haile) apportaient leur aide à un auteur principal (Whitehouse). Lors de la commission du crime, les deux complices quittèrent les lieux au moment, ou juste avant, qu'un coup mortel soit assené au propriétaire du commerce par Whitehouse⁴³. Dans ces circonstances, la Cour dut développer les conditions d'ouverture du moyen de défense. Sous

39. Voir *R c Trudeau*, 2007 QCCA 505.

40. Keith J. Smith défend notamment cette position dans « Withdrawal in Complicity: A Restatement of Principles », à la p 778.

41. *The Queen v Saunders & Archer*, 2 Plowd. 473, à la p 477.

42. *R v Whitehouse*, précité.

43. *Ibid.*, à la p 424.

la plume du juge Sloan (avant qu'il ne devienne juge en chef), les critères d'ouverture de la défense furent rédigés en ces termes :

After a crime has been committed and before a prior abandonment of the common enterprise may be found by a jury there must be, in my view, in the absence of exceptional circumstances, something more than a mere mental change of intention and physical change of place by those associates who wish to dissociate themselves from the consequences attendant upon their willing assistance up to the moment of the actual commission of that crime. I would not attempt to define too closely what must be done in criminal matters involving participation in a common unlawful purpose to break the chain of causation and responsibility. That must depend upon the circumstances of each case but it seems to me that one essential element ought to be established in a case of this kind : where practicable and reasonable there must be timely communication of the intention to abandon the common purpose from those who wish to dissociate themselves from the contemplated crime to those who desire to continue in it. What is «timely communication» must be determined by the facts of each case but where practicable and reasonable it ought to be such communication, verbal or otherwise, that will serve unequivocal notice upon the other party to the common unlawful cause that if he proceeds upon it he does so without the further aid and assistance of those who withdraw. The unlawful purpose of him who continues alone is then his own and not one in common with those who are no longer parties to it nor liable to its full and final consequences.⁴⁴

Pour que la défense puisse bénéficier à un accusé, la trame factuelle doit donc révéler : (1) un changement sincère d'intention, accompagné par (2) une communication non équivoque donnée aux autres participants et que cette communication ait été donnée (3) en temps opportun⁴⁵. Les cinq juges indiquaient unanimement que c'était tout ce qui était nécessaire pour briser « the chain of causation and responsibility ». Condamnés en première instance par un jury présidé par le juge Murphy, les deux complices de Whitehouse, Morgan et Haile, cherchaient à être acquittés du meurtre qui leur était imputé par l'équivalent de l'article 21(2) Ccr. Ces derniers, n'ayant pas communiqué leur retrait, ne rem-

44. *Ibid.*, à la p 425.

45. La jurisprudence et la doctrine parlent parfois de deux conditions d'ouverture (voir par ex la dissidence du juge Fish dans *Gauthier*). Néanmoins, il ne s'agit que d'une différence de forme et non de fond, alors que la communication non équivoque est jumelée au temps opportun en un seul critère. Pour une étude jurisprudentielle détaillée de ces trois critères, voir Marc Campbell, « Turning Back the Clock: Aiders and the Defence of Abandonment », précité.

plirent pas les conditions d'ouverture établies. Huit ans plus tard, la Cour suprême reconnut implicitement les conditions d'ouverture dans un contexte de participation visée par le paragraphe 69(2) du Code criminel (aujourd'hui l'article 21(2) Ccr)⁴⁶. Les conditions d'ouverture dans un contexte de l'article 21(2) Ccr furent donc confirmées par les cours d'appel. Vient donc la question des conditions d'ouverture dans le cadre du premier paragraphe de l'article 21 Ccr ; les tribunaux doivent-ils appliquer les mêmes conditions d'ouverture dans le cadre d'une participation active ?

Jusqu'à l'arrêt *Gauthier* en 2013, les tribunaux appliquaient les trois conditions d'ouverture, sans égard au mode de participation⁴⁷. Bien que la Cour suprême n'ait jamais explicitement ou tacitement reconnu la suffisance des conditions à l'égard d'une aide active, elle refusa d'entendre des appels où la question était soulevée⁴⁸. Elle acceptait donc implicitement que les cours continuent d'appliquer les critères de l'arrêt *Whitehouse* aux différents modes de participation⁴⁹.

D'ailleurs, en 2009, pour la première fois, le plus haut tribunal acceptait tacitement les conditions d'ouverture dans un contexte de participation active. Dans l'arrêt *Bird* (*R v SRB* en Cour d'appel⁵⁰), la Cour confirmait les motifs minoritaires du juge Costigan⁵¹. Contrairement à l'opinion majoritaire des juges Berger et Sulyma en Cour d'appel, ce premier ne voyait aucune possibilité pour l'accusée d'invoquer une défense de renonciation. Saisie d'un

46. *The King v Henderson*, [1948] SCR 226.

47. Pour une participation visée par le paragraphe 21(1) Ccr, voir *Fournier c R*, 2007 QCCA 1822 ; *R v KKP*, 2006 ABCA 299 ; *Regina v Joyne & al.*, (1978) 42 C.C.C. (2d) 141. La juge Wilson, dissidente dans l'arrêt *R c Kirkness*, précité, ne qualifie pas la participation de l'accusé. À la lecture de ses motifs, cette retenue est due à sa déférence à l'égard des conclusions de fait du jury. Néanmoins, peu importe la qualification, elle indiquait que les conditions d'ouverture étaient celles de l'arrêt *Whitehouse*, bien qu'il était parfois exigé davantage pour qu'un retrait soit adéquat. Pour une participation visée par le paragraphe 21(2) Ccr, voir *Henderson, Whitehouse, R c Wagner*, (1978) 8 BCLR 258.

48. L'exemple le plus convaincant relève du refus de la Cour suprême d'entendre l'appel de Monique Fournier (*Fournier c R*, précité) en provenance de la Cour d'appel du Québec. La défense de renonciation représentait l'un des trois motifs d'appel invoqués par l'Appelante. Appel rejeté le 18 décembre 2007 par les juges Binnie, LeBel et Deschamps (500-10-002753-042). Pour d'autres demandes refusées : *R v Joyce*, précité ; *R v Forknall*, 2003 BCCA 43.

49. Dans le cas contraire, il aurait s'agi d'un motif suffisant pour permettre à la Cour suprême de se saisir sur autorisation.

50. *R v SRB*, 2009 ABCA 45.

51. *R c Bird*, [2009] 3 RCS 638 ; pour une étude critique de l'arrêt, voir Marc Campbell, « Turning Back the Clock: Aiders and the Defence of Abandonment », précité.

pourvoi de plein droit, la Cour suprême confirma les motifs dissidents et substitua un verdict de culpabilité. Elle n'adressera toutefois pas la suffisance des conditions d'ouverture de la défense⁵².

2. L'arrêt *Gauthier* : l'obligation d'altérer la participation antérieure lors du retrait

2.1 *La décision de la Cour suprême du Canada*

Les motifs majoritaires furent rendus par le juge Wagner, appuyé des juges LeBel, Abella, Rothstein, Moldaver et Karakatsanis. Le juge répondra d'abord à la question de l'incompatibilité théorique. Rapidement, il en vint à la conclusion qu'il n'existe pas de « règle cardinale » interdisant la présentation de moyens de défense théoriquement incompatibles⁵³. Se fondant sur la jurisprudence de la Cour suprême, le juge Wagner réitérera la règle voulant que dès qu'une base factuelle permet de rejoindre le fardeau de présentation, une défense doit être laissée à l'appréciation du jury.

S'attardant ensuite au fardeau de vraisemblance, le juge écrira qu'une défense doit être soumise au jury s'il existe, suivant l'arrêt *Cinous*, « une preuve susceptible d'étayer les inférences nécessaires, quant à l'existence de chacun des éléments de ce moyen de défense »⁵⁴. Mais avant d'évaluer la preuve au dossier, le juge rétorque : « Cela dit, encore faut-il dégager les éléments essentiels de la défense d'abandon »⁵⁵.

Ouvrant son analyse par une étude historique de la défense de renonciation au Canada, il conclura que la jurisprudence est claire à l'égard des conditions d'ouverture dans le contexte de l'article 21(2) Ccr, mais des plus incertaines dans le cadre de l'article 21(1) Ccr. Le juge Wagner entamera son analyse en mentionnant qu'il existe une distinction importante entre les paragraphes 21(1) et 21(2) Ccr. Il s'avère d'ailleurs utile de reproduire certains passages des paragraphes 45 à 47 de la décision :

Le paragraphe 21(2) du *Code criminel* [...] Sa participation est la conséquence de sa promesse de fournir des ressources physiques et

52. *R c Bird*, précité, au para 2.

53. *R c Gauthier*, précité, au para 34.

54. *R c Gauthier*, précité, au para 35 ; *R c Cinous*, [2002] 2 RCS 3.

55. *R c Gauthier*, précité, au para 35.

intellectuelles pour la réalisation du projet commun. En conséquence, sa responsabilité à l'égard de l'infraction incidente découle de sa décision de participer au projet d'infraction et d'apporter des ressources destinées à la réalisation de ce projet. Dans ce contexte, la volonté de se retirer du projet commun [...] sera suffisante pour permettre à l'accusé d'invoquer avec succès la défense d'abandon. La communication de l'intention d'abandonner le projet commun réduit les ressources disponibles pour la réalisation de la fin illégale et, par le fait même, a pour résultat d'annuler les effets de la participation de celui qui se désiste ou abandonne.⁵⁶

La situation est tout autre dans le contexte de la participation criminelle prévue au par. 21(1) du *Code criminel*. Ceux qui apportent aide ou encouragement à la commission d'une infraction font généralement beaucoup plus que promettre leur soutien à la réalisation d'une fin illégale dans le futur [...] En conséquence, la simple communication [...] ne sera pas suffisante [TRADUCTION] « pour briser le lien de causalité et de responsabilité », pour reprendre les propos du juge Sloan dans l'arrêt *Whitehouse*. Lorsque la participation criminelle va au-delà du simple engagement de poursuivre un projet d'infraction commun, dans le cas de la participation criminelle envisagée au par. 21(1) du Code criminel par exemple, la communication en termes non équivoques de la volonté de ne plus participer à la commission de l'infraction (analyse de *Whitehouse*) entraîne pour l'accusé l'obligation de démontrer les gestes raisonnables qu'il a entrepris pour neutraliser les effets de sa participation.⁵⁷

En raison de cette distinction, le juge Wagner se propose de reformuler le moyen de défense « afin de répondre aux particularités qui marquent les différents degrés et formes de participation criminelle »⁵⁸. Prenant appui sur la dissidence de la juge Wilson dans *Kirkness*⁵⁹ et sur l'arrêt *Fournier*⁶⁰ de la Cour d'appel du Québec, il fondera sa décision d'ajouter une nouvelle condition d'ouverture au moyen de défense. Au paragraphe suivant, il ajoute cette quatrième condition d'ouverture aux trois critères de l'arrêt *Whitehouse* en ces termes : « l'accusé a pris, proportionnellement à sa participation à la commission du crime projeté, les mesures raisonnables, dans les circonstances, soit pour neutraliser ou autrement annuler les effets de sa participation soit pour empêcher la perpétration de l'infraction »⁶¹. Au paragraphe 50,

56. L'ensemble des passages de la décision soulignés sont mes soulignements.

57. *R c Gauthier*, précité, aux paras 45 à 47.

58. *R c Gauthier*, précité, au para 49.

59. *R c Kirkness*, précité.

60. *Fournier c R*, précité.

61. *R c Gauthier*, précité, au para 50.

tout en énonçant le nouveau critère, le juge indique que celui-ci vaut tant à l'égard du paragraphe 21(1) qu'au paragraphe 21(2) Ccr. Au paragraphe 51, il reconnaît qu'il existera « et ce, même selon le mode de participation mentionné au par. 21(1) du *Code criminel* »⁶² des situations où les trois critères seront suffisants pour exonérer un accusé de sa responsabilité criminelle. Il continue en soutenant que « principalement dans les cas où une personne aide à la commission de l'infraction » il semble qu'il est rare que les trois critères de l'arrêt *Whitehouse* soient suffisants pour permettre à l'accusé d'invoquer une défense de renonciation. Il termine son analyse théorique par une autre remarque : « En conclusion et plus particulièrement dans le cadre du par. 21(1) du Code criminel, la trame factuelle devra révéler des gestes pris par l'accusé pour qu'une défense de renonciation puisse être soumise à un jury »⁶³.

De ces huit paragraphes, comment interpréter la volonté de la majorité de la Cour suprême ? Est-ce qu'elle incite les cours à appliquer le nouveau critère à l'égard de toutes les formes de participation ? Il s'agit de l'interprétation de la Cour supérieure de justice de l'Ontario dans la décision *R v Sidhu* et de la Cour du Québec dans *R c Blacksmith*, rendues en 2014⁶⁴. Pourtant, elle débute son analyse en soulignant la distinction entre les deux paragraphes, en insistant sur le degré d'aide consenti par le participant à l'auteur de l'infraction dans le cadre de l'article 21(1) Ccr. Elle réitère que la participation de l'accusé dans le cadre de l'article 21(2) est engagée pour une infraction incidente en raison de sa participation à un projet illégal commun. Elle soutient que le seul retrait de l'accusé dans le cadre de l'article 21(2) Ccr est suffisant pour réduire les ressources et annuler la participation antérieure. Puis, quelques phrases plus loin, la majorité souligne qu'il sera possible, « et ce, même selon le mode de participation mentionné au par. 21(1) du *Code criminel* », sous-entendant que l'exception peut bénéficier dans le cadre d'une participation découlant de 21(1) ou de 21(2) Ccr.

En se fondant sur l'intention du législateur, sur l'interprétation de l'article 21 Ccr et sur des opinions doctrinales, l'exigence

62. *R c Gauthier*, précité, au para 51.

63. *R c Gauthier*, précité, au para 52.

64. *R v Sidhu*, 2014 ONSC 904 ; *R c Blacksmith*, 2014 QCCQ 6029, juge Paradis : « Dans la décision de *R. c. Gauthier*, la Cour suprême du Canada établit les éléments essentiels à l'existence d'une défense de renonciation à la participation criminelle (art. 21(1) et 21(2) du Code criminel) ».

de poser des gestes ne devrait exister qu'à l'égard d'une participation active visée par le sous-paragraphe 21(1) Ccr.

2.2 Les erreurs de la Cour suprême et l'obligation d'altérer la participation

L'article 21(2) Ccr engage la responsabilité de l'accusé pour une infraction incidente, commise dans la poursuite d'une fin illégale commune. L'infraction imputée par le paragraphe 21(2) Ccr doit obligatoirement différer de celle du projet illégal commun. Cette participation est imputée, peu importe la prévision subjective de l'accusé. Le libellé du quatrième critère de la Cour suprême s'applique donc uniquement au paragraphe 21(1) Ccr : « l'accusé a pris, proportionnellement à sa participation à la commission du crime projeté, les mesures raisonnables, dans les circonstances, soit pour neutraliser ou autrement annuler les effets de sa participation soit pour empêcher la perpétration de l'infraction. » D'abord, les termes « crime projeté » renvoient directement à des notions de connaissance et de planification, principalement d'applications au paragraphe 21(1) Ccr⁶⁵. En effet, ces termes cadrent mal avec les principes du deuxième paragraphe, alors que la participation visée n'est pas directe ; elle est imputée au participant en raison de sa participation au projet infractionnel. Il est vrai qu'un accusé peut parfois connaître les infractions incidentes qui seront commises, mais pas à tout coup. Dans ces circonstances, on ne saurait parler d'un « crime projeté ». Puisqu'il est possible qu'une infraction soit commise sans qu'elle ait été prévue par l'accusé, il devient hasardeux de lui commander de prévenir un crime qu'il ignore.

Ensuite, au-delà du manque de connaissance de l'infraction et de la possibilité de prévenir un crime parfois inconnu, la participation matérielle de l'accusé est inexistante. Dans le contexte de ce paragraphe, la responsabilité d'un participant ne découle pas de gestes posés pour faciliter la perpétration d'une infraction ; si tel était le cas, le mécanisme du paragraphe 21(1) Ccr entrerait en jeu. En raison de leur efficacité et de leur danger, le législateur

65. La connaissance subjective du participant n'a pas à être établie dans le cadre de l'article 21(2) Ccr. *R c Simon*, (2010) 263 CCC (3d) : « Under s. 21(2), the liability of a party to a common unlawful purpose for an incidental crime committed by another participant requires proof of the party's participation in the original unlawful purpose, the commission of the incidental crime by another participant and the required degree of foresight of the likelihood that the incidental crime will be committed. »

identifie dans les associations criminelles un danger accru pour le public en comparaison à un criminel seul⁶⁶. La mise en place de l'article 21(2) Ccr, issu des principes de common law de la participation criminelle, vise à imposer une obligation de « diligence » aux participants d'une fin illégale⁶⁷. En effet, ces derniers doivent s'assurer, sous peine d'engager leur responsabilité, que l'infraction planifiée ne se transforme pas en une pluralité d'infractions. L'article 21(2) Ccr vise donc à protéger le public contre un mal plus grand que celui déjà engendré par le projet illégal des complices.

Puisque l'accusé n'a aucune participation directe dans cette infraction précise, il est difficile de concevoir pour lui de poser des gestes pour annuler une participation inexistante. Le retrait est également suffisant eu égard à l'objectif législatif du paragraphe 21(2) Ccr, alors que le retrait aura pour effet de neutraliser l'aide potentielle future que l'individu pourrait apporter aux autres infractions qui seraient commises. Partant, le retrait diminue la dangerosité et l'efficacité du regroupement criminel.

En somme, dans le cadre de l'article 21(2) Ccr, un retrait sera valide s'il comprend les trois exigences de l'arrêt *Whitehouse*. C'est ce que la Cour suprême indique : « Le paragraphe 21(2) du *Code criminel* [...] Dans ce contexte, la volonté de se retirer du projet commun [...] sera suffisante pour permettre à l'accusé d'invoquer avec succès la défense d'abandon »⁶⁸.

Dans le cadre de l'article 21(1) Ccr, la Cour suprême mentionne, avec raison, que l'accusé fait beaucoup plus que promettre une aide future. S'il ne s'agissait que d'une promesse, il serait uniquement question d'un complot. Or, lorsqu'un individu oriente volontairement ses gestes en faveur de la commission de l'infraction, ces gestes influencent la commission de l'infraction⁶⁹. Dès que l'encouragement est dispensé, que l'acte est posé ou que le geste est omis, le retrait subséquent selon les modalités de *White-*

66. Voir la dissidence de la juge Wilson dans *R c Kirkness*, précité ; voir également les auteurs Côté-Harper, Rainville et Turgeon, *Traité de droit pénal canadien*, précité, aux pp 758-759.

67. *R c Kirkness*, précité ; *R c Logan*, [1990] 2 RCS 731.

68. *R c Gauthier*, précité, aux paras 44-45.

69. Il est à mentionner que l'aide inefficace est punie en droit canadien ; voir Côté-Harper, Rainville et Turgeon, *Traité de droit pénal canadien*, précité. Néanmoins, pour les fins du présent article, il est tenu pour acquis que l'aide a une certaine incidence dans la commission du crime.

house n'a pas la faculté de briser le lien de causalité et de responsabilité. Puisque la participation reste disponible aux autres participants, l'individu doit faire davantage pour influencer l'efficacité de l'infraction. Ce « davantage » ne doit pas être équivalent à annuler l'*actus reus* de la participation ; si tel était le cas, il s'agirait de présenter une défense d'absence d'*actus reus* à procès. Ce « davantage » variera plutôt en fonction du degré d'assistance pourvu.

Concernant l'encouragement, un consensus doctrinal existe quant à la norme qui devrait être exigée : tenter de décourager les autres participants d'aller de l'avant sera suffisant pour enrayer la participation antérieure⁷⁰. Il est à mentionner que l'encouragement n'influence pas matériellement l'efficacité ou les chances de réussite de l'infraction. Dès lors, puisque la responsabilité découle de la réprobation sociétale à l'égard de l'encouragement au crime⁷¹, il est disproportionné de commander à l'individu d'en faire davantage que sa participation antérieure ; cela reviendrait à exiger davantage que l'annulation de l'*actus reus*. Puisque l'infraction sera perpétrée sans égard à la présence de l'encouragement⁷², le participant a une incidence limitée sur la commission du crime. Il est alors proportionnel à l'encouragement de décourager le crime dans ces circonstances.

Ces principes sont différents lorsque l'aide résulte d'un geste ou d'une omission. En comparaison à l'encouragement, le potentiel d'influencer le crime est plus élevé. Partant, un simple découragement ne saurait être proportionnel. Prenons l'exemple d'un individu s'étant engagé à fournir le code de la porte de garage de son voisin pour la commission d'un vol. S'il se retire après avoir donné le code, son retrait n'altère aucunement sa participation

70. Voir les textes des auteurs David Lanham, Marc Campbell et Keith J. Smith, précités.

71. Voir *R c Trudeau*, précité, au para 5, où la Cour d'appel du Québec, citant un auteur, indique : « En droit pénal canadien, il n'existe pas différents degrés de responsabilité criminelle selon la plus ou moins grande participation d'une personne à la perpétration d'un crime. La loi ne fait aucune distinction entre celui qui commet réellement l'acte et celui qui l'encourage. C'est pourquoi ce dernier sera accusé de l'infraction substantive et non de complicité ». Voir également Allan Manson, « Re-codifying Attempts, Parties, and Abandoned Intentions », précité, à la p 85 : « Party liability, in general, makes a lesser participant equally responsible for the ultimate offence. While this can produce a commensurate punitive response, the rationale lies in deterrence through the discouragement offered by painting all parties with the same brush that tars the principal ».

72. Ceci s'explique par le fait qu'il ne s'agit pas d'une incitation au crime, mais bien d'un encouragement.

antérieure ni les probabilités que le crime soit commis avec succès. Modifier le code avant la journée du vol ou prévenir les corps policiers se révèleront être des mesures proportionnelles à la participation antérieure, influençant directement les probabilités de succès de l'infraction. Ces commentaires valent également à l'égard du participant par omission : il est cohérent d'exiger du garde de sécurité qui a volontairement laissé une porte déverrouillée qu'il tente de neutraliser sa participation ou qu'il contacte les autorités dès qu'il choisit de se retirer du projet.

Il pourrait être soutenu que le droit pénal ne pénalise généralement pas les omissions d'agir et que pénaliser un individu pour son absence de gestes ne respecte pas ces principes⁷³. Or, dans le cadre de la défense de renonciation, ce principe ne saurait trouver d'application. La responsabilité criminelle qui y est associée n'est pas le résultat de l'inertie d'un individu. Au contraire, l'obligation découle directement de la conduite infractionnelle d'un participant et de son apport au succès d'un crime. Une omission est punissable lorsque l'État juge qu'une criminalisation de l'inaction répond à l'impératif d'éradiquer une conduite dangereuse pour la société⁷⁴. Dans le contexte de la défense de renonciation, le fardeau est imposé au participant en raison du danger objectif délibérément créé par ce dernier. Lorsque la conduite d'un individu crée une situation dangereuse, l'obligation de neutraliser ou de minimiser les incidences de cette conduite lui revient de manière primaire : « If D did the dangerous act knowing of the danger or, worse, intending to create a danger, then clearly D would have the duty to prevent the danger from materialising or to minimise its effects »⁷⁵.

En somme, la Cour suprême devait discriminer les différents modes de participation lorsqu'il est question d'une défense de renonciation. Par la volonté du législateur et de l'interprétation de l'article 21 Ccr, la qualité du retrait doit varier en fonction du mode de participation. La juge Wilson, soutenue par sa collègue la juge l'Heureux-Dubé, favorisait cette approche dès 1990 dans l'arrêt *Kirkness*. Malgré que la variabilité des conditions d'ouverture en fonction des modes de participation soit fondée en droit,

73. Voir par exemple l'ouvrage d'Andrew Ashworth, *Positive obligations in Criminal Law*, Bloomsbury Publishing, 2013. Les infractions pénalisant l'inaction sont souvent relatives à des crimes de négligence, voir les articles 215 à 221 Ccr.

74. Andrew Ashworth, *Positive obligations in Criminal Law*, précité.

75. *Ibid.*, à la p 54.

des problématiques de deux ordres découleront de l'application de la décision de la Cour. D'abord, l'ambivalence de la Cour suprême à l'égard des conditions d'ouverture et de leur application a pour effet d'affecter la portée de son jugement. Puis, l'application pratique du quatrième critère soulève de sérieux doutes en ce qui concerne la prévention et la réduction du crime. De ces critiques, il appert que l'application des trois conditions d'ouverture pour toutes les formes de participation aurait dû être réaffirmée.

2.3 Les problèmes d'application du quatrième critère ajouté par la Cour suprême

Comme établi plus haut, la Cour indique qu'il sera parfois possible pour un accusé d'invoquer la défense selon les modalités de l'arrêt *Whitehouse* :

Je reconnais que, dans certaines circonstances, et ce, même selon le mode de participation mentionné au par. 21(1) du *Code criminel*, la communication en temps utile par l'accusé de son intention non équivoque d'abandonner l'entreprise illégale sera jugée suffisante pour neutraliser les effets de sa participation criminelle.

La Cour suprême accepte donc certaines exceptions à l'imposition d'un quatrième critère. Néanmoins, elle n'offre aucun exemple permettant d'identifier les situations où l'exception saurait trouver application. Hypothétiquement, on peut penser à une situation où l'individu, après avoir dénoncé à ses complices sa volonté d'abandonner le crime, se retrouve dans une situation précaire où il est dans l'impossibilité de poser des gestes ou de communiquer avec les corps policiers pour prévenir le crime. Une autre situation où l'individu est berné par ses complices lorsque ceux-ci lui mentent quant à leur volonté d'abandonner l'infraction semble pouvoir bénéficier de cette exception. À titre d'*obiter dictum*, la Cour aurait pu suggérer quelques exemples non limitatifs pour exprimer avec précision la portée de cette exception.

Au-delà de cette problématique en découle une autre : l'identification de l'entité responsable du choix du nombre de critères. En d'autres mots, à qui incombera la responsabilité de choisir entre trois ou quatre conditions d'ouverture ? Au juge du droit ou au juge des faits ? La Cour suprême l'a souvent réitéré : la séparation des rôles du juge du droit et du juge des

faits, vitale et intrinsèque au système pénal, est enchâssée dans la Constitution⁷⁶. Étant juge du droit, le juge du procès devra choisir le nombre de conditions d'ouverture à satisfaire par un accusé afin que la défense de renonciation soit soumise au jury. Afin de statuer sur le nombre de critères applicables par le jury, le juge devra analyser la preuve au dossier, notamment les circonstances du retrait, la nature de la relation entre les parties, l'aide en cause ou l'influence du désistement. L'exercice se révélera aussi aléatoire d'un procès à l'autre, alors qu'un juge pourrait décider que la preuve commande l'application de quatre critères alors que son collègue dans la salle d'audience adjacente en déciderait autrement. Puis, dans l'éventualité où la décision d'imposer trois ou quatre critères revenait au jury, le problème serait similaire : le jury aurait la tâche de statuer sur les conditions d'ouverture de la défense, un rôle qui revient au juge du droit. La question de la norme de révision applicable est également soulevée, car une question de droit n'est pas soumise au même standard de révision qu'une question de fait.

Le quatrième critère est également problématique dans la mesure où sa simple exigence n'aura pas constamment la conséquence de réduire l'efficacité du crime ou ses chances de perpétration. L'utilité de l'aide aux complices aura une incidence sur le degré d'atteinte des objectifs de la défense dans le contexte de 21(1)b) Ccr. Un participant fournissant une aide peu utile n'influencera pas nécessairement la commission de l'infraction et ne forcera pas obligatoirement les autres participants à reconsidérer leur volonté. Fournir des cagoules et des vêtements noirs, une arme supplémentaire ou des munitions supplémentaires lors d'un vol qualifié sont des exemples d'aide qui ne bénéficient pas constamment aux auteurs de l'infraction. Par exemple, si le participant se retire et cache ces objets, il n'est pas erroné de croire que les complices pourront tout de même aller de l'avant dans la commission du crime. Dès lors, même en cas de retrait, les objectifs de la défense ne seront pas nécessairement atteints. Au contraire, le conducteur du véhicule utilisé pour le vol qualifié qui se retire et, sachant que ses complices n'ont pas accès à un autre véhicule, cache les clés quelques minutes avant le moment fixé pour le vol a un potentiel significatif d'influencer l'infraction. Il est alors possible de croire que des individus qui ont fourni des aides superfi-

76. *R c Gunning*, [2005] 1 RCS 627 ; *R c Morgentaler*, [1988] 1 RCS 30 ; *R c Turpin*, [1989] 1 RCS 1296.

cielles au crime auront une plus grande difficulté à affecter le lien de causalité à l'infraction en comparaison aux participants plus impliqués.

Le quatrième critère élaboré par la majorité de la Cour suprême entraîne également une augmentation des risques de lésions ou de mort pour le participant qui se retire. Le droit tient pour acquis que les individus connaissent la loi et régulent leur conduite en fonction de celle-ci ; il s'agit de la maxime « Nul n'est censé ignorer la loi ». Partant de cette prémisse, les participants – ceux qui se retirent et ceux qui continuent dans le crime – sont réputés connaître les conditions d'ouverture de la défense de renonciation. Devant des exigences trop élevées pour invoquer la défense, les participants pourraient choisir de demeurer dans le projet illégal plutôt que de se retirer en tentant de convaincre verbalement leurs complices d'en faire autant. En effet, le retrait selon les modalités de *Whitehouse* entraînait d'ores et déjà des risques pour le participant alors que ses complices pouvaient craindre que l'infraction soit dénoncée aux corps policiers. L'individu s'exposait alors à des risques de représailles, immédiates ou futures. Par l'ajout d'un quatrième critère, ce risque accroît puisque les participants savent qu'un retrait doit dorénavant comprendre des mesures actives pour influencer le crime. Dans un contexte où des tempéraments violents des complices sont connus par un individu, ce dernier pourrait décider que le retrait apporte un lot d'inconvénients plus important que la condamnation pour le crime projeté.

La Cour suprême a choisi un critère en apparence suffisamment souple pour s'adapter aux différentes situations qui pourraient être soumises à l'attention des tribunaux : « l'accusé a pris, proportionnellement à sa participation à la commission du crime projeté, les mesures raisonnables, dans les circonstances, soit pour neutraliser ou autrement annuler les effets de sa participation soit pour empêcher la perpétration de l'infraction »⁷⁷. La Cour a évité la solution retenue par certains pays, notamment certains États des États-Unis, lesquels exigent la prise de toutes les mesures possibles. Dans ces circonstances, comme développé plus haut, on ne saurait parler d'une défense de renonciation ; il s'agit d'une défense de négation d'*actus reus*.

77. *R c Gauthier*, précité, au para 51.

Néanmoins, même la Cour suprême semble exiger davantage que des gestes proportionnels. Le juge Wagner décrit en ces termes les gestes qu'aurait pu poser l'accusée : « Elle aurait pu, par exemple, cacher ou détruire les médicaments achetés, demeurer vigilante et emmener les enfants dans un endroit sûr pour la soirée, insister pour obtenir une confirmation verbale de son époux au sujet de ses intentions ou tout simplement faire appel aux autorités ». Une destruction des médicaments s'apparente à une négation de l'*actus reus*, dépassant la simple prise de mesures proportionnelles. C'est d'ailleurs une avenue que les tribunaux doivent se garder d'emprunter : la défense de renonciation existe lorsque, malgré un retrait, l'infraction est tout de même perpétrée avec une participation plus ou moins importante de l'accusé. En exigeant la destruction des médicaments, non seulement la Cour suprême mêle la défense avec une défense d'absence d'*actus reus*, mais elle envoie le message aux tribunaux que l'obligation qui incombe aux accusés n'en est pas une de moyens, mais bien de résultat. La décision *Blacksmith*, rendue par la Cour du Québec en 2014 démontre cette assertion.

Blacksmith et son complice, Gendron, planifient ensemble un vol qualifié dans une maison funéraire. Bien que l'accusé soutiendra qu'il n'a jamais eu connaissance des intentions de son complice, la simple lecture de la décision rend évident l'aveuglement volontaire qu'il a exercé. En somme, Blacksmith s'est engagé à fournir le véhicule, mais il était passager dans celui-ci alors que Gendron conduisit jusqu'à la maison funéraire. Une fois sur les lieux, des témoins oculaires auraient vu les complices dans le stationnement se disputer à l'extérieur du véhicule. Pendant plusieurs minutes, il semble que Blacksmith aurait tenté de dissuader son complice, en vain. Ce dernier entrera ultimement dans la maison pour commettre le vol alors que Blacksmith s'enfuira à pied. La juge Paradis condamnera l'accusé en indiquant : « il lui fallait de plus prendre des mesures raisonnables pour empêcher la perpétration de l'infraction. Or, selon son témoignage, la seule solution qu'il a trouvée a été de se sauver après être demeuré sur les lieux jusqu'à ce que les deux individus [Gendron et le propriétaire pris en otage] sortent du salon funéraire, ce qui n'était ni raisonnable ni suffisant suivant les termes utilisés par la Cour suprême »⁷⁸. Fait important à mentionner, Gendron avait une arme dans le véhicule et Blacksmith en avait connaissance⁷⁹.

78. *R c Blacksmith*, précité, aux paras 108-109.

79. *Ibid*, au para 113.

Dans ces circonstances, est-ce que restreindre physiquement Gendron aurait été proportionnel suivant le risque que cette avenue représentait pour Blacksmith ? Il était impossible pour lui d'annuler l'aide qu'il avait dispensée, car les complices étaient sur les lieux du crime et Gendron détenait les clés du véhicule. Bien qu'il soit possible que cette décision soit une mauvaise application des intentions de la Cour suprême, aucune demande d'appel ne fut déposée. Puisque cette décision est l'une des premières depuis l'arrêt *Gauthier*, il est possible que les cours se fondent erronément sur celle-ci.

De la rédaction du quatrième critère de la majorité de la Cour suprême, un questionnement sur la durée de l'obligation se pose. Un vol dans une résidence privée qui est abandonné par tous, suite au retrait d'un participant, mais qui est tout de même commis quelques jours plus tard selon les modalités prévues et avec l'aide précédemment dispensée par l'individu en est un exemple. Est-ce que ce dernier verra sa responsabilité engagée ? La réponse semble être affirmative en raison de principes de l'article 21(1) Ccr, alors que la *mens rea* exige une connaissance suffisante de l'infraction et non une connaissance précise. La date de perpétration et les modalités précises n'ont pas à être connues du participant. Dans ces circonstances, l'aide dispensée est toujours présente et la responsabilité du participant devrait se cristalliser. Les critères de *Whitehouse* ne posaient pas cette problématique puisque le retrait avait pour effet de briser le lien de causalité pour le futur, peu importe le choix des participants par la suite. La défense de renonciation telle qu'énoncée dans l'arrêt *Whitehouse* ne s'attardait qu'à un seul aspect de la *mens rea* du participant : sa volonté d'abandonner son intention d'aider, peu importe le choix subséquent de l'auteur réel.

En exigeant la prise de mesures raisonnables, il incombe dorénavant à l'individu de s'assurer de connaître les volontés réelles des auteurs réels. Il doit s'assurer que ses complices abandonnent le projet pour de bon. Or, comment est-il possible pour l'individu de s'en assurer ? Les complices peuvent réellement abandonner l'infraction, puis finalement aller de l'avant plusieurs mois ou années après. De même, l'auteur réel peut choisir de mentir au participant pour s'assurer d'éviter une dénonciation aux corps policiers. Il est inconcevable de maintenir indéfiniment l'obligation de la prise de mesures raisonnables alors que le complice a une croyance sincère du retrait de ses comparses.

Ces exemples ont tous un point en commun : le participant est subjectivement convaincu qu'il n'existe aucun impératif de faire quelque chose pour enrayer sa participation. Il croit erronément qu'il n'a pas besoin de poser des gestes pour neutraliser sa participation puisque celle-ci ne sera pas orientée en faveur de la commission du crime. Au même titre que la croyance sincère, mais erronée d'un accusé peut mener à un acquittement pour faute d'intention criminelle, le complice devrait pouvoir invoquer qu'il n'a pas pris de mesures raisonnables en raison de sa conviction que l'auteur principal ne poserait pas les gestes condamnables⁸⁰. Sinon, suivant le nouveau critère développé par les juges majoritaires, l'accusé serait dans l'obligation de vérifier constamment la volonté de ses anciens complices de perpétrer l'infraction, de demeurer sur les lieux du crime pour une période indéterminée ou de dénoncer un crime abandonné par tous. Il s'agit possiblement d'une situation où un accusé pourrait bénéficier de l'exception de l'inapplication du 4^e critère énoncée par la Cour suprême.

Ultimement, la problématique la plus importante est soulevée par le juge Fish en dissidence : quel était l'impératif de modifier la défense ? Si des accusés avaient été acquittés à la suite de renoncements frivoles, la société aurait été fondée à exiger l'intervention du plus haut tribunal. Or, la Cour suprême n'a pas pu donner un seul exemple d'acquittement infondé dans la jurisprudence. Comme l'indiquait le juge Fish, la prise de mesures raisonnables a toujours été une notion liée à la défense, sans être une condition d'ouverture. L'absence de celles-ci n'a pas toujours été fatale à l'accusé, mais leur existence a permis d'éclairer les tribunaux quant à la qualité du désistement et au caractère non équivoque de la communication. À l'instar du droit canadien, les tribunaux d'Angleterre ont récemment réaffirmé que la prise de mesures raisonnables, bien que pertinente à l'appréciation du moyen de défense, ne devait pas en être un critère d'ouverture⁸¹.

En parlant de l'arrêt *Fournier*, le juge Wagner semble indiquer que les tribunaux canadiens exigeaient déjà des mesures raisonnables : « En raison des nombreux gestes accomplis pour aider à la commission du meurtre, la simple communication par l'accu-

80. Il s'agirait d'invoquer une situation s'approchant d'une erreur de fait subjective. Voir *R c Pappajohn*, [1980] 2 RCS 120, 52 CCC (2d) 481 ; Hugues Parent, *Traité de droit criminel*, précité, aux pp 393-400.

81. *R c O'Flaherty*, [2004] EWCA Crim 526 au para 60 ; *R c Otway*, [2011] EWCA Crim 3 au para 32 (BaiLII).

sée de sa volonté de se désister, en laissant sur le répondeur de l'assassin le message « annule », n'a pas été jugée suffisante pour la disculper. Les gestes d'abandon n'étaient pas proportionnels à ceux faits dans l'accomplissement de l'infraction criminelle »⁸². Or, il n'est pas possible d'inférer que l'absence de mesures raisonnables a entraîné la condamnation de l'accusée. L'arrêt *Fournier* indique simplement que la défense composée de trois critères permettait au jury d'évaluer l'ensemble des circonstances. Dans cette affaire, l'accusée avait tenté d'annuler le meurtre de son mari en laissant tardivement un message sur la boîte vocale du tueur à gages. La défense fut effectivement soumise au jury, laissant ainsi ce dernier apprécier la qualité du retrait au regard des circonstances particulières.

Dans la décision *Edwards*⁸³, c'est d'ailleurs ce qui a convaincu le juge que les coaccusés avaient abandonné le projet commun. Dans cette affaire, trois accusés attaquèrent un individu sur une piste cyclable. Une fois les lésions infligées, deux des accusés quittèrent les lieux. Voyant le troisième participant sauter sur la tête de la victime, les deux revinrent à la course pour stopper l'attaque. À procès, le juge Josephson acquitta les accusés de meurtre et les trouva coupables de l'infraction moindre d'homicide involontaire coupable.

Conclusion

Lorsqu'il est question d'une défense de renonciation, il doit exister une distinction dans les conditions d'ouverture pour répondre à l'adéquation des paragraphes 21(1) et 21(2) Ccr. Eu égard à la connaissance, aux gestes posés et aux fondements de la défense, seul un participant actif qui aide, omet d'agir ou encourage doit faire davantage que communiquer son retrait. La distinction opérée par la majorité est parcimonieuse, alors qu'elle semble discriminer les participations avec une certaine difficulté. Commander des gestes positifs dans le cadre de l'article 21(2) Ccr est difficilement défendable sur le plan juridique. L'interprétation de l'article 21(2) Ccr, conjuguée aux opinions doctrinales et aux prescriptions de la Cour suprême maintient les conditions d'ouverture telles qu'elles étaient avant l'arrêt *Gauthier*.

82. *R c Gauthier*, précité, au para 48.

83. *R v Edwards & all*, 2001 BCJ no. 367.

La Cour suprême reste imprécise quant au champ d'application et aux exceptions qui semblent pouvoir exister à l'exigence de poser des gestes. La Cour suprême a probablement décidé de faire passer le fondement de la justification à l'avant-plan : dorénavant, un individu posant des gestes pour briser le lien de causalité verra sa défense être appréciée par le jury, même en présence d'un motif de retrait discutable. Au contraire, un individu animé d'une profonde volonté de se retirer, mais qui ne pose aucun geste, ne pourra bénéficier de l'examen de la défense par le juge des faits. L'arrêt *Whitehouse* plaçait justement ces deux accusés sur le même pied, en leur permettant tous deux de soumettre la défense au juge des faits.

Dans le cadre de l'encouragement, une tentative de dissuasion verbale devrait suffire pour invoquer la défense. En l'absence d'une dissuasion verbale, un participant pourrait également tenter de prévenir le crime ou le dénoncer. Dans le cadre de l'article 21(1)b) Ccr, le participant devra faire davantage que d'indiquer verbalement son retrait, sans pour autant annuler l'*actus reus* de sa participation. Quant aux exceptions, un participant visé par le paragraphe 21(1) Ccr devrait pouvoir invoquer la défense selon les modalités de l'arrêt *Whitehouse* dans certaines situations. Par exemple, une impossibilité matérielle de poser des gestes devrait bénéficier de l'exception. De manière similaire, celui qui, en raison d'un mensonge ou d'une erreur sincère quant aux intentions de l'auteur réel, omet de faire davantage que de se retirer, devrait pouvoir invoquer la défense à trois critères.

Bien que la Cour suprême puisse motiver l'ajout du quatrième critère en droit, les résultats ne seront peut-être pas ceux escomptés. D'abord, les juges majoritaires indiquent que les gestes raisonnables seront suffisants pour décharger un individu de sa responsabilité, puis ils donnent l'exemple d'une neutralisation de l'*actus reus*. Il est à craindre que la défense de renonciation soit transformée, à tort, en une défense d'absence d'*actus reus*. La décision *Blacksmith* acerbise d'ailleurs cette crainte. Il deviendra alors difficile pour un accusé d'invoquer la défense en absence d'une annulation complète de sa participation. Puis, deux problèmes concrets se posent : premièrement, l'individu aura de la difficulté à estimer ce que pourront constituer des gestes suffisants pour un jury. Il reste toutefois vrai que l'examen de la proportionnalité ne revient pas à l'accusé, mais au jury. Néanmoins, devant une situation où tous les gestes possibles peuvent sembler insuffi-

sants, le participant pourrait se rabattre sur l'immobilisme. Puis, il est à rappeler que le retrait entraîne un risque accru de représailles des autres participants en comparaison à l'arrêt *Whitehouse*. Devant une exigence trop élevée, couplée à un risque de lésions ou de mort, la société ne pourra bénéficier des effets du retrait de certains participants. Il n'est pas impossible de croire que la Cour suprême est d'avis que, sans circonstances exceptionnelles, des individus qui s'engagent dans des fins criminelles ne doivent pas bénéficier d'une seconde chance.

La discrimination fondée sur le handicap ou le moyen pour y pallier : concepts fondamentaux et évolution nécessaire

Maurice DRAPEAU et Alexis AUBRY

Résumé

La protection contre la discrimination fondée sur le handicap a grandement évolué au cours des dernières années. Étonnamment, celle contre la discrimination fondée sur le « moyen pour pallier le handicap » semble tirer de l'arrière. Dans ce texte, les auteurs proposent d'interpréter ce motif en conformité avec l'évolution de la notion de handicap. Dans la première partie, ils établissent l'état du droit concernant la protection contre la discrimination en vertu de la Charte québécoise pour ensuite, dans la seconde, se concentrer sur la discrimination fondée sur le handicap ou le moyen pour y pallier, comme motifs de discrimination distincts. Ils proposent alors une définition de la notion de « moyen pour pallier le handicap » devant couvrir tout moyen permettant à une personne de favoriser son autonomie et d'alléger la situation de handicap dont elle est l'objet. En fonction de celle-ci, ils critiquent un courant jurisprudentiel tendant à appliquer restrictivement cette notion. Ils examinent cinq situations pouvant faire entrer en jeu la protection contre la discrimination fondée sur le moyen pour pallier le handicap : (1) la personne en situation de handicap qui utilise un moyen pour y pallier, (2) la personne qui utilise un moyen pour pallier la possibilité de développer un handicap, (3) la personne qui, bien que n'étant pas en situation de handicap, a la responsabilité d'un moyen utilisé pour pallier un handicap, (4) la personne qui est elle-même un moyen pour pallier un handicap ainsi que (5) la personne qui subit une différence de traitement due à l'utilisation d'un moyen pour pallier un handicap par une autre personne.

Abstract

Protection against handicap-based discrimination has greatly evolved in recent years. Surprisingly, the one against discrimination based on “any means to palliate a handicap” seems to lag behind. In this text, the authors propose to interpret it in accordance with the evolution of the concept of handicap. In the first part, they establish the state of the law concerning the protection against discrimination in the Quebec Charter and, in the second, they focus on discrimination based on handicap or the means to palliate it, as distinct grounds of discrimination. They offer a definition of the concept of «means to palliate a handicap» to cover any means which help a person to be autonomous and to alleviate his or her handicap situation. Upon this definition, the authors criticize some restrictive interpretations of this concept adopted by our courts. They examine five situations implicated in the protection against discrimination based on means to palliate a handicap: (1) a person with a handicap using a means to palliate it, (2) a person who uses a means to palliate the possibility to develop a handicap in the future, (3) a person who has the responsibility of a means used to palliate a handicap even though he or she doesn't personally have a handicap, (4) a person being itself the means to palliate the handicap of another person and (5) the person excluded due to the use of a means to palliate a handicap by another person.

La discrimination fondée sur le handicap ou le moyen pour y pallier : concepts fondamentaux et évolution nécessaire

Maurice DRAPEAU* et Alexis AUBRY**

Introduction	419
A. Le droit à l'égalité dans la Charte québécoise	420
1. La protection contre la discrimination	421
2. Les éléments constitutifs de l'atteinte au droit à l'égalité	426
3. L'obligation d'accommodement raisonnable	432
4. L'exigence professionnelle justifiée	436
B. Le handicap ou le moyen pour y pallier comme motifs de discrimination distincts	437
1. La notion de handicap.	437
2. La notion de moyen pour pallier le handicap	443

* Avocat plaideur à la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse et docteur en droit, spécialiste en droits de la personne. Notamment auteur de *Contre l'exploitation des personnes âgées ou handicapées !* (Wilson & Lafleur, 2014), *Grossesse, emploi et discrimination* (Wilson & Lafleur, 2003) et *Le harcèlement sexuel au travail* (Éditions Yvon Blais, 1991).

** Baccalauréat en droit (LL.B.), Juris Doctor (Common Law), Harvard graduate Summer-School Legal Studies, Maîtrise (LL.M.)/Master 2 (cotutelle) en droits de l'Homme (en cours).

Les auteurs tiennent à remercier M^e Christine Rousseau, qui a fait son stage du Barreau à la Commission des droits de la personne et qui rédige actuellement son mémoire de maîtrise portant sur le droit international en matière de discrimination fondée sur le handicap.

a.	Vers une définition de moyen pour pallier le handicap	443
b.	Les situations d'application possibles	446
i.	La personne en situation de handicap qui utilise un moyen pour y pallier	446
ii.	La personne qui utilise un moyen pour pallier la possibilité de développer un handicap	447
iii.	La personne qui, bien que n'étant pas en situation de handicap, a la responsabilité d'un moyen utilisé pour pallier un handicap	448
iv.	La personne qui est elle-même un moyen pour pallier un handicap	452
v.	La personne qui subit une différence de traitement due à l'utilisation d'un moyen pour pallier un handicap par une autre personne	457
	Conclusion	461

« Qu'est-ce qu'un handicapé ?
Celui qui te fait croire que tu es normal. »

Simone Korff Sausse¹

INTRODUCTION

La protection contre la discrimination fondée sur le handicap a grandement évolué au cours des dernières années, ne protégeant initialement que le handicap entraînant des limitations fonctionnelles pour désormais englober à la fois des handicaps physiques ou mentaux², réels ou perçus³, permanents ou temporaires⁴, avec ou sans limitation fonctionnelle⁵. Étonnamment, celle contre la discrimination fondée sur le « moyen pour pallier le handicap » semble tirer de l'arrière. Dans ce texte, nous proposons d'interpréter ce motif en conformité avec l'évolution de la notion de handicap qui est désormais centrée sur les barrières sociétales plutôt que sur un constat biomédical.

Dans la première partie, nous établirons l'état du droit concernant la protection contre la discrimination en vertu de la Charte québécoise. Dans la seconde, nous nous concentrerons sur la discrimination fondée sur le handicap ou le moyen pour y pallier, comme motifs de discrimination distincts.

Nous proposerons alors une définition de la notion de « moyen pour pallier le handicap » qui, sans être étanche et dépourvue de souplesse, doit permettre de couvrir *tout moyen permettant à une personne de favoriser son autonomie et d'alléger la situation de handicap dont elle est l'objet*.

1. Simone KORFF SAUSSE, *Le miroir brisé*, Ed. Calmann-Lévy, 1996.
2. *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Institut Demers Inc.*, [1999] R.J.Q. 3101 (par. 50 et 51).
3. *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville)* ; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Boisbriand (Ville)*, 2000 CSC 27, par. 79 à 81.
4. *Granovsky c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration du Canada*, [2000] 1 R.C.S. 703, par. 53.
5. *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville)* ; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Boisbriand (Ville)*, préc. note 3, par. 41.

Enfin, dans l'optique de répondre à un courant jurisprudentiel qui tend à appliquer restrictivement cette notion, nous examinerons cinq situations susceptibles de faire entrer en jeu la protection contre la discrimination fondée sur le moyen pour pallier le handicap.

A. LE DROIT À L'ÉGALITÉ DANS LA CHARTE QUÉBÉCOISE

Préambule de la *Charte des droits et libertés de la personne* :

Considérant que tous les êtres humains sont égaux en valeur et en dignité et ont droit à une égale protection de la loi ;

Considérant que le respect de la dignité de l'être humain, l'égalité entre les femmes et les hommes et la reconnaissance des droits et libertés dont ils sont titulaires constituent le fondement de la justice, de la liberté et de la paix ;

Article 4 de la *Charte des droits et libertés de la personne* :

Toute personne a droit à la sauvegarde de sa dignité, de son honneur et de sa réputation

Article 10 de la *Charte des droits et libertés de la personne* :

Toute personne a droit à la reconnaissance et à l'exercice, en pleine égalité, des droits et libertés de la personne, sans distinction, exclusion ou préférence fondée sur [...] le handicap ou l'utilisation d'un moyen pour pallier ce handicap.

Il y a discrimination lorsqu'une telle distinction, exclusion ou préférence a pour effet de détruire ou de compromettre ce droit.

1. La protection contre la discrimination

Les concepts d'égalité et de discrimination sont les deux côtés d'une même médaille : du côté de l'égalité – l'absence de discrimination ; du côté de la discrimination – la négation de l'égalité.

La Cour suprême mentionne que l'objet du droit à l'égalité est de « favoriser l'existence d'une société où tous ont la certitude [d'être reconnus] comme des êtres humains qui méritent le même respect, la même déférence et la même considération »⁶. Autrement dit, le droit à l'égalité est le droit à un mode de vie en société où toutes les personnes sont traitées avec le respect de leur dignité dans la reconnaissance de leurs droits en tenant compte des différences qui les caractérisent. En ce sens, le préambule de la Charte déclare que « tous les êtres humains sont égaux en valeur et en dignité »⁷.

Quant à la discrimination, la meilleure compréhension que l'on puisse avoir se trouve dans l'observation de ses manifestations. Dans son expression par paroles et gestes, elle est la manifestation directe du refus d'admettre les différences entre les êtres humains. Dans ses expressions plus indirectes et souvent inconscientes, elle révèle une attitude d'incompréhension des personnes qui ne sont pas reconnues comme semblables, ce qui entraîne la non-reconnaissance de leurs besoins particuliers et le refus de composer avec leurs différences.

Parmi les définitions judiciaires, citons celle de la Cour suprême dans l'arrêt *Andrews* :

[...] la discrimination peut se décrire comme une distinction, intentionnelle ou non, mais fondée sur des motifs relatifs à des caractéristiques personnelles d'un individu ou d'un groupe d'individus, qui a pour effet d'imposer à cet individu ou à ce groupe des fardeaux, des obligations ou des désavantages non imposés à d'autres ou d'empêcher ou de restreindre l'accès aux possibilités, aux bénéfices et aux avantages offerts à d'autres membres de la société.⁸

6. *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, p. 171 (le juge McIntyre s'exprimant au nom des juges majoritaires au sujet de la question de l'art. 15). Cette interprétation a été reprise dans l'arrêt *Law c. Canada (Ministre de l'emploi et de l'immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497, 529 ainsi que dans l'arrêt *R. c. Kapp*, 2008 CSC 41, par. 15.

7. RLRQ, c. C-12.

8. *Andrews c. Law Society of British Columbia*, préc., note 6, p. 174.

Ainsi, « l'analyse est centrée sur l'effet réel de la mesure [...] compte tenu de l'ensemble des facteurs sociaux, politiques, économiques et historiques inhérents au groupe »⁹. Pour éradiquer la discrimination, il faut donc s'attaquer à toutes ses formes¹⁰. À cet égard, tant la discrimination directe, indirecte que systémique est prohibée par l'article 10 de la Charte¹¹.

La discrimination est directe lorsque l'exclusion a un lien exprès et manifeste avec l'un des motifs prohibés. Par exemple, « je ne vous embauche pas en raison de votre handicap »¹². Elle se reconnaît à sa face même¹³ puisqu'elle impose directement un traitement différent à certains groupes en raison des caractéristiques visées par l'interdiction de la discrimination, dont le handicap ou le moyen pour y pallier.

La discrimination est indirecte lorsque l'exclusion résulte de règles apparemment neutres (puisqu'elles s'appliquent à tous), mais qui, lorsqu'elles sont soumises à un examen critique de leurs conséquences, présentent un effet discriminatoire sur certains groupes en raison d'un motif prohibé¹⁴. Ainsi, la différence de trai-

-
9. *Withler c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 12, par. 39 (bien que rendu sous l'article 15 de la Charte canadienne, ce passage concernant l'égalité réelle peut s'appliquer à la Charte québécoise).
 10. *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Bombardier Inc. (Bombardier Aéronautique Centre de formation)*, 2015 CSC 39, par. 32.
 11. Cela dit, comme le mentionne Béatrice Vizkelety, « Si nous avons retenu à des fins de discussion [...] les trois formes de discrimination habituellement identifiées, c'est parce que le maintien de ces distinctions nous paraît encore utile à des fins analytiques. Toutefois, il s'agit d'une énumération qui est forcément incomplète et qui ne tient pas compte de la complexité de certaines autres formes de discrimination liées par exemple au profilage racial ou aux stéréotypes. » Béatrice VIZKELETY, « Les développements jurisprudentiels relatifs à l'« égalité réelle » en emploi : maintenant aux employeurs d'agir », dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, *Le Tribunal des droits de la personne – 25 ans d'expérience en matière d'égalité*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2015, p. 11.
 12. *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears*, [1985] 2 R.C.S. 536, par. 18 ; Christian BRUNELLE, « Les droits et libertés dans le contexte civil », dans Collection de droit 2014-2015, École du Barreau du Québec, vol. 7, *Droit public et administratif*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2014, p. 65 ; Daniel PROULX, « Le droit à l'égalité », dans JurisClasseur Québec, coll. « Droit constitutionnel », fasc. 9, Montréal, LexisNexis Canada, 2014, par. 92-93 ; Daniel PROULX, « Le droit à l'égalité : pierre angulaire de la Charte québécoise ? » (2015) hors-série *R.Q.D.I.* 61, p. 75 et 76.
 13. *Withler c. Canada (Procureur général)*, préc., note 9, par. 64.
 14. *Id.*, par. 64 ; Daniel PROULX, « Le droit à l'égalité », préc., note 12, par. 92-93 ; Daniel PROULX, « Le droit à l'égalité : pierre angulaire de la Charte québécoise ? », préc., note 12, p. 75 et 76.

tement relève ici d'un autre facteur neutre et non directement du motif prohibé¹⁵.

Comme discrimination indirecte fondée sur le handicap, pensons notamment à une politique d'indemnité de licenciement lors de la fermeture d'une entreprise visant uniquement « les employés actifs et présents au travail lors de la cessation des opérations »¹⁶ qui a pour effet d'exclure les personnes absentes pour cause de maladies reliées au handicap¹⁷. De la même manière, une politique d'évaluation de rendement ayant comme facteur « l'assiduité » qui a pour effet de diminuer les bonus des employés en situation de handicap pourrait également être jugée indirectement discriminatoire¹⁸.

La discrimination est systémique lorsqu'un « nombre disproportionné d'individus appartenant à un groupe identifiable par l'un des motifs énumérés »¹⁹ subit une différence de traitement résultant « de l'effet conjugué d'attitudes empreintes de préjugés et de stéréotypes, souvent inconscients, et de politiques et pratiques généralement adoptées sans tenir compte des caractéristiques des membres de groupes visés par l'interdiction de la

15. À cet effet, tel que soutenu dans un article antérieur, nous sommes d'avis que, comme « l'intention n'a rien à voir avec la notion d'égalité » (*Commission scolaire St-Jean-sur-Richelieu c. Québec (Commission des droits de la personne)*, 1994 CanLII 5706, p. 25 (QC CA)) et que « what matters is the concrete result of the discrimination, rather than the motives which found it » (*Desroches c. Québec (Commission des droits de la personne)*, 1997 CanLII 10586, p. 15 (QC CA)), l'intention ne devrait pas constituer le cœur de la distinction entre les deux catégories de discrimination. Celui-ci devrait plutôt se situer au niveau du type de lien, direct ou indirect, entre le motif prohibé et l'exclusion subie. Ainsi, il s'agira d'une discrimination directe non pas parce que le décideur avait l'intention d'exclure une personne sur la base d'un motif prohibé, mais plutôt parce que l'exclusion était directement liée à l'un de ces motifs. De la même manière, il ne s'agira pas de discrimination indirecte parce que le décideur n'avait pas l'intention de l'exclure en se fondant sur un motif prohibé, mais plutôt parce que l'exclusion relevait d'un autre facteur et non pas directement de ce motif. Voir Alexis AUBRY, « CDPDJ c. Bombardier inc. : réflexion sur le lien requis entre la différence de traitement et le motif illicite de discrimination », (2014) 44:2 *Revue générale de Droit* 505, p. 513, 514.
16. *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Cambior inc.*, 2007 QCTDP 20, par. 85.
17. *Id.*
18. *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Société des casinos du Québec inc.*, 2011 QCTDP 17 : bien que le Tribunal ait conclu à l'absence de preuve individualisée de handicap, il souligna le « caractère intrinsèquement discriminatoire de la clause d'assiduité » (par. 125).
19. Daniel PROULX, « Le droit à l'égalité », préc., note 12, par. 94.

discrimination »²⁰. L'effet d'exclusion est alors « érig[é] en système »²¹. Celle-ci « peut aussi bien comporter des éléments directement discriminatoires que des éléments qui le sont indirectement »²².

S'inspirant d'un rapport de la *Commission sur l'égalité en matière d'emploi*²³, la Cour suprême a reconnu ce concept dès 1987, soulignant que :

la discrimination systémique en matière d'emploi, c'est la discrimination qui résulte simplement de l'application des méthodes établies de recrutement, d'embauche et de promotion, dont ni l'une ni l'autre n'a été nécessairement conçue pour promouvoir la discrimination. La discrimination est alors renforcée par l'exclusion même du groupe désavantagé, du fait que l'exclusion favorise la conviction, tant à l'intérieur qu'à l'extérieur du groupe, qu'elle résulte de forces naturelles », par exemple que les femmes « ne peuvent tout simplement pas faire le travail ». [...] La discrimination systémique est souvent involontaire. Elle résulte de pratiques et de politiques établies qui, en fait, ont une incidence négative sur les perspectives d'embauche et d'avancement d'un groupe particulier.²⁴

Dans l'affaire *Gaz métropolitain*, l'organisme *Action travail des femmes du Québec* avait déposé une plainte à la Commission des droits de la personne, au nom de plusieurs femmes, alléguant notamment que « les exigences, critères et façons de procéder de Gaz Métro rendaient le processus de sélection de l'entreprise

20. *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Gaz métropolitain inc.*, 2008 QCTDP 24, par. 36 ; *Gaz métropolitain inc. c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2011 QCCA 1201, par. 47 ; *Commission scolaire des Phares c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2012 QCCA 988, par. 177.

21. Daniel PROULX, « Le droit à l'égalité », préc., note 12, par. 94.

22. Béatrice VIZKELETY, « Les développements jurisprudentiels relatifs à l'« égalité réelle » en emploi : maintenant aux employeurs d'agir », préc., note 11, p.10.

23. Rosalie S. ABELLA, « Rapport de la Commission sur l'égalité en matière d'emploi », Ottawa, Ministère des approvisionnements et Services Canada, 1984.

24. *CN c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1987] 1 R.C.S. 1114, 1139 et 1143. Comme le souligne la Cour dans l'arrêt *Gaz métropolitain inc. c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse* (préc., note 20), la discrimination systémique reposera généralement sur un « ensemble de faits tels que des politiques institutionnelles, des processus décisionnels, des comportements et des attitudes qui, souvent inconscients et anodins en apparence, produisent et maintiennent, lorsque conjugués les uns aux autres, des effets disproportionnés d'exclusion pour les membres de groupes visés par l'interdiction de la discrimination ; malgré son utilité lorsqu'elle est disponible et pertinente, la preuve statistique n'est pas pour autant indispensable à sa démonstration » (par. 47). Voir également : *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Gaz métropolitain inc.*, préc., note 20, par. 67.

discriminatoire dans son ensemble à l'égard des femmes »²⁵. Reconnaisant que la quasi-totalité des postes en question était occupée par des hommes²⁶, le Tribunal s'est ensuite demandé si cette disproportion était imputable au phénomène de la discrimination systémique.

À cet effet, la preuve démontrait entre autres que l'absence de description des tâches²⁷, l'exigence inutile de « posséder le permis de conduire de classe 3 »²⁸, l'exigence uniquement appliquée aux femmes de posséder une expérience dans un emploi non traditionnel²⁹, le « caractère préalable de l'entrevue pour les femmes seulement, [...] l'évaluation discrétionnaire de leur performance, l'imposition d'exigences supplémentaires non requises des hommes [...] »³⁰ ainsi que « l'absence de mesures d'accommodement adaptées aux caractéristiques physiques des candidates lors de l'examen pratique »³¹ ont tous contribué à engendrer un effet disproportionné d'exclusion discriminatoire à l'égard des femmes. C'est donc naturellement que le Tribunal, et la Cour d'appel ensuite, a conclu à la présence d'une discrimination systémique.

En matière de handicap, il a par exemple été reconnu que l'impossibilité pour les personnes en situation de handicap d'avoir accès à un service de taxi 24 heures dans la Ville d'Edmonton constituait de la discrimination systémique en ce que :

The system surrounding the funding, regulation and provision of 24 hour accessible transportation acts to entrench the discriminatory practice of not providing 24 hour accessible taxi cab services. [...] [T]here is systemic discrimination in the provision of taxi cab services to the disabled in the City of Edmonton. [...] [T]he discriminatory practices are so pervasive and so permanent and deeply rooted in the system itself as to co-exist with it. [...] [T]he bylaws in place for the regulation of the taxi industry fail to meet positive obligations to ensure equality for all Edmontonians and it is required of the governing body to take positive steps to effect quality.³²

25. *Gaz métropolitain inc. c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, préc., note 20, par. 10.

26. *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Gaz métropolitain inc.*, préc., note 20, par. 109 à 111.

27. *Id.*, par. 142.

28. *Id.*, par. 161.

29. *Id.*, par. 184.

30. *Id.*, par. 287.

31. *Id.*, par. 389.

32. *Martyn v. Laidlaw Transit Ltd.*, 2005 AHRC 12, par. 376 à 381.

2. Les éléments constitutifs de l'atteinte au droit à l'égalité

Dans un arrêt récent, la Cour suprême s'est prononcée sur l'application des éléments constitutifs de l'atteinte au droit à l'égalité en vertu de la Charte québécoise³³. Cette affaire impliquait un pilote d'avion d'origine pakistanaise, M. Latif, ayant fait une demande à Bombardier pour suivre une formation de pilotage. On l'informa, sans avoir effectué préalablement de vérification, que comme les autorités américaines l'avaient précédemment refusé, aucune formation ne pouvait lui être offerte au Canada³⁴. Cette décision de Bombardier a été fondée uniquement sur le fait que les autorités américaines l'avaient précédemment refusé et que, en raison de ce refus, M. Latif constituait un « terroriste potentiel »³⁵. Bien que concluant à l'absence de preuve factuelle de discrimination, la Cour est venue préciser certains éléments du fardeau de preuve en la matière.

Que la discrimination soit directe, indirecte³⁶ ou systémi-

33. *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Bombardier Inc. (Bombardier Aéronautique Centre de formation)*, préc., note 10, par. 35.

34. *Id.*, par. 15.

35. *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Bombardier inc. (Bombardier Aerospace Training Center)*, 2010 QCTDP 16, par. 136 et 137 ; *Bombardier inc. (Bombardier Aerospace Training Center) c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2013 QCCA 1650, par. 81.

36. Dans le passé, les tribunaux distinguaient le fardeau de preuve applicable en fonction du fait qu'il s'agissait d'une discrimination directe ou indirecte. Dans un véritable bilan, la Cour suprême dans l'arrêt *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU* ([1999] 3 R.C.S. 3) a délaissé la méthode d'analyse conventionnelle pour en adopter une nouvelle qu'elle a qualifiée d'unifiée, soulignant que :

« La distinction entre une norme qui est discriminatoire à première vue et une norme neutre qui a un effet discriminatoire est difficile à justifier pour la simple raison que peu de cas peuvent être aussi clairement identifiés. [...] »

La distinction entre la discrimination directe et la discrimination indirecte est non seulement malléable, mais encore irréaliste : l'employeur qui, de nos jours, aurait l'intention de faire preuve de discrimination formulerait rarement la règle de manière directement discriminatoire, si le même effet, voire un effet encore plus large, pouvait facilement être obtenu au moyen d'une formulation neutre.

La proposition selon laquelle des résultats diamétralement opposés devraient découler d'une classification initiale précaire du moyen de discrimination est déconcertante parce que l'effet d'une norme discriminatoire ne change pas sensiblement selon la manière dont celle-ci est exprimée. [...] » (par. 27, 29 et 31)

Bien que portant sur les moyens de défense, l'on constate que l'essence de ce passage a une portée beaucoup plus large et remet en question la pertinence d'un fardeau de preuve distinct en fonction de la forme (directe/indirecte) que prend la

que³⁷, trois éléments essentiels devront être présents afin d'établir une atteinte au droit à l'égalité³⁸ : 1) une distinction ou exclusion qui a pour objet ou pour effet d'imposer une différence de traitement, 2) qui est fondée sur un motif illicite et 3) qui compromet l'exercice des droits et libertés de la personne³⁹.

À cette étape, le fardeau incombe à celui qui allègue l'atteinte⁴⁰. Si celui-ci parvient à établir que les trois éléments constitutifs du test de l'article 10 de la Charte sont plus susceptibles d'exister que le contraire, il y aura atteinte au droit à l'égalité⁴¹. C'est ce que les tribunaux appellent la preuve *prima*

discrimination. À cet effet, dans l'arrêt *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Bombardier Inc. (Bombardier Aéronautique Centre de formation)* (préc., note 10), la Cour suprême mentionne que : « quelle que soit la forme que prend la discrimination, l'analyse à deux volets applicable en cas de plainte fondée sur la Charte ne change pas » (par. 34). Dans cette même perspective, Béatrice VIZKELETY (« Les développements jurisprudentiels relatifs à l'égalité réelle » en emploi : maintenant aux employeurs d'agir », préc., note 11, p. 6 et 11) mentionne qu'il y a lieu « d'éviter une méthode d'analyse à deux vitesses, en favorisant une seule méthode d'analyse axée, comme pour les autres formes de discrimination, sur les effets. [...] [L']analyse des différentes formes de discrimination permet de souligner qu'une approche axée sur les effets devrait être retenue dans tous les cas sans égard à la forme de discrimination en cause. » Voir également : *Conseil des Montagnais de Natashquan c. Malec*, 2010 CF 1325, par. 24 et Alexis AUBRY, « CDPDJ c. Bombardier inc. : réflexion sur le lien requis entre la différence de traitement et le motif illicite de discrimination », préc., note 15.

37. Comme l'a rappelé la Cour suprême dans l'arrêt *Moore c. Colombie-Britannique (Éducation)* ([2012] 3 R.C.S. 360) : « une pratique est discriminatoire, et ce, que ses conséquences préjudiciables injustifiables affectent soit une seule personne, soit plusieurs personnes de façon systémique. Il va de soi que les considérations et les éléments de preuve en cause dans une plainte collective peuvent différer de ceux d'une plainte individuelle, mais l'analyse demeure toujours axée sur la question de savoir si le plaignant a subi des effets préjudiciables qui lui ont été causés de façon arbitraire pour un motif de distinction illicite. [...] Il s'agit de décider s'il y a discrimination, point à la ligne. La question est la même dans chaque cas : La pratique impose-t-elle au plaignant des obstacles arbitraires du fait de son appartenance à un groupe protégé ? Dans l'affirmative, la discrimination a été établie. » (par. 58 à 60).
38. Pour une opinion divergente, voir : Daniel PROULX, « Le droit à l'égalité », préc., note 12, par. 95 et Daniel PROULX, « Le droit à l'égalité : pierre angulaire de la Charte québécoise ? », préc., note 12, p. 75 et 76.
39. *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Bombardier Inc. (Bombardier Aéronautique Centre de formation)*, préc., note 10, par. 35. Notamment mentionné dans *Forget c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 90 et *Devine c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 790, p. 817.
40. *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville)*, préc., note 3, par. 65 ; *Moore c. Colombie Britannique (Éducation)*, préc., note 37, par. 33.
41. *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Bombardier Inc. (Bombardier Aéronautique Centre de formation)*, préc., note 10, par. 64 ; *Ont. Human Rights Comm. v. Simpsons-Sears*, préc., note 12, par. 28. Également mentionné dans l'arrêt *C.O.D.P. c. Etobicoke*, [1982] 1 R.C.S. 202, 208.

facie, ou à première vue, de discrimination⁴². Rejetant l'idée qu'il s'agisse d'un allègement du degré de preuve requis, la plus haute Cour du pays vient associer cette notion à la norme civile de prépondérance des probabilités⁴³.

Évidemment, le défendeur pourra tenter de rendre plus improbable que probable l'existence de ceux-ci. Par contre, « il ne s'agit pas à proprement parler d'un renversement du fardeau de preuve, celui-ci demeurant sur les épaules du demandeur »⁴⁴. Ce n'est qu'une fois la preuve *prima facie* établie qu'il y aura effectivement déplacement du fardeau de preuve et que le défendeur pourra tenter de « justifier » la situation par certains moyens de défense prévus dans la Charte⁴⁵.

42. *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Bombardier Inc. (Bombardier Aéronautique Centre de formation)*, préc., note 10, par. 56 à 59, 64, 65.
43. *Id.*, par. 56 à 59, 65. Bien que ne s'agissant pas de l'objet du présent texte, cette assimilation de la preuve *prima facie* à la prépondérance des probabilités peut soulever certains questionnements. Effectivement, il pourrait être souligné que la preuve *prima facie* en matière de discrimination avait précisément comme finalité d'éviter l'application de la norme civile usuelle. Par exemple, une simple preuve à l'effet que, suite à l'intégration d'un nouveau test physique, une forte proportion de femmes ont été congédiées pourrait satisfaire la preuve de discrimination *prima facie* en l'absence de preuve contraire de l'employeur. Cependant, est-ce que cet unique élément de preuve peut satisfaire à lui seul l'exigence de prépondérance des probabilités telle que définie en droit civil québécois ? Voir également : Stéphane BERNATCHEZ, « Un Tribunal spécialisé pour résister à l'approche civiliste en matière de droits de la personne », (2012) 42 *R.D.U.S.* 203 ; Louis LEBEL, « La protection des droits fondamentaux et la responsabilité civile », (2004) 49 *R.D. McGill* 231.
44. Alexis AUBRY, « CDPDJ c. Bombardier inc. : réflexion sur le lien requis entre la différence de traitement et le motif illicite de discrimination », préc., note 15, p. 523.
45. *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Bombardier Inc. (Bombardier Aéronautique Centre de formation)*, préc., note 10, par. 37 et 64 ; *Centre universitaire de santé McGill (Hôpital général de Montréal) c. Syndicat des employés de l'Hôpital général de Montréal*, 2007 CSC 4, par. 50 ; *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, préc., note 36, par. 19. Également à cet effet, Alexis AUBRY, « CDPDJ c. Bombardier inc. : réflexion sur le lien requis entre la différence de traitement et le motif illicite de discrimination », préc., note 15, p. 523-524. Quant aux « justifications possibles » nous pouvons penser à la contrainte excessive ou à l'exigence professionnelle justifiée que nous aborderons plus loin. Il faut bien distinguer ces moyens de défense, alors que le fardeau se trouve sur les épaules du défendeur, de l'établissement *prima facie* de discrimination. Prenons par exemple une personne n'étant pas embauchée pour un poste de serveuse dû au fait qu'elle a de graves problèmes de vision. Dans ce cas, celle-ci sera en mesure d'établir que son handicap constituait l'un des fondements de son exclusion. Cela dit, l'employeur pourra par la suite démontrer que cette exclusion découlait plutôt des « aptitudes ou qualités requises par un emploi » (art. 20 de la Charte) et ainsi « justifier » l'exclusion. À cette étape, le fardeau de preuve est sur les épaules de l'employeur et les éléments de preuve sont distincts de ceux requis lors de l'établissement d'une exclusion à première vue discriminatoire.

Le premier élément constitutif de la discrimination consiste à « prouver l'existence d'une différence de traitement, c'est-à-dire qu'une décision, mesure ou conduite le touche d'une manière différente par rapport à d'autres personnes auxquelles elle peut s'appliquer »⁴⁶.

Quant au second, le demandeur doit établir que la distinction, l'exclusion ou la préférence qu'il subit est fondée sur un motif énuméré à l'article 10 de la Charte⁴⁷. À cet effet, comme « la jurisprudence en matière de droits de la personne s'attache aux effets discriminatoires [...] plutôt qu'à l'existence d'une intention discriminatoire ou de causes directes »⁴⁸, l'exigence d'un « lien causal » entre la différence de traitement et le motif est désormais écartée. Un simple lien suffit⁴⁹. En outre, le motif prohibé ne doit pas nécessairement constituer l'unique motif de l'exclusion : « il suffit qu'[il] ait contribué aux décisions ou aux gestes reprochés pour que ces derniers soient considérés comme discriminatoires »⁵⁰.

Réitérant que « le demandeur n'est pas tenu de démontrer que le défendeur avait l'intention de commettre un acte discriminatoire »⁵¹, la Cour établit ainsi que :

relativement au deuxième élément constitutif de la discrimination *prima facie*, le demandeur a le fardeau de démontrer qu'il existe un lien entre un motif prohibé de discrimination et la distinction, l'exclusion ou la préférence dont il se plaint ou, en d'autres mots,

46. *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Bombardier Inc. (Bombardier Aéronautique Centre de formation)*, préc., note 10, par. 42. Voir également à cet effet : *Ont. Human Rights Comm. v. Simpsons-Sears*, préc., note 12, par. 18.

47. *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Bombardier Inc. (Bombardier Aéronautique Centre de formation)*, préc., note 10, par. 43 ; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville)*, préc., note 3, par. 84 ; *Centre universitaire de santé McGill (Hôpital général de Montréal) c. Syndicat des employés de l'Hôpital général de Montréal*, préc., note 45, par. 49-50.

48. *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Bombardier Inc. (Bombardier Aéronautique Centre de formation)*, préc., note 10, par. 49.

49. *Id.*, par. 46 à 51.

50. *Id.*, par. 47, 48. Nous avons également soutenu cette thèse dans Alexis AUBRY, « CDPDJ c. Bombardier inc. : réflexion sur le lien requis entre la différence de traitement et le motif illicite de discrimination », préc., note 15, p. 520 à 522.

51. *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Bombardier Inc. (Bombardier Aéronautique Centre de formation)*, préc., note 10, par. 40.

que ce motif a été un facteur dans la distinction, l'exclusion ou la préférence.⁵²

Ce lien pourra être établi par divers moyens de preuve, tant directs qu'indirects⁵³. C'est ainsi que, par exemple, dans l'arrêt *Meiorin*, celui-ci a été constaté par la preuve que l'intégration d'un test de capacité aérobique avait eu pour effet d'exclure 65 % des femmes contre seulement 35 % des hommes⁵⁴.

Enfin, quant au troisième et dernier élément constitutif, il faut comprendre que « le droit à l'égalité prévu à l'article 10 n'est pas un droit autonome ; il doit être rattaché à un autre droit »⁵⁵. Le demandeur devra donc démontrer que « la distinction, l'exclusion ou la préférence affecte l'exercice en pleine égalité de l'un de ses droits ou libertés garantis par la Charte »⁵⁶. Cela dit, « la Charte

52. *Id.*, par. 52. La Cour suprême avait déjà mentionné que le motif illicite n'a qu'à être « un facteur » de l'effet préjudiciable dans l'arrêt *Moore c. Colombie-Britannique (Éducation)*, préc., note 37, par. 33. Également à cet effet : *Peel Law Assn. c. Pieters*, 2013 ONCA 396, par. 59-60.

53. Daniel PROULX, « Le droit à l'égalité », préc., note 12, par. 104. À titre d'exemple : *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears*, préc., note 12 ; *CN c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, préc., note 24 ; *Colombie-Britannique c. BCGSEU*, préc., note 36. Mélanie SAMSON, « Le droit à l'égalité dans l'accès aux biens et aux services : L'originalité des garanties offertes par la Charte québécoise », (2008), 38 *R.D.U.S.* 413, par. 17 ; Alexis AUBRY, « CDPDJ c. Bombardier inc. : réflexion sur le lien requis entre la différence de traitement et le motif illicite de discrimination », préc., note 15, p. 517.

54. *Colombie-Britannique c. BCGSEU*, préc., note 36, par. 11, 69.

55. *Velk c. Université McGill*, 2011 QCCA 578, par. 42 ; *Côté c. Commission de la santé et de la sécurité du travail*, 2012 QCCA 1146, par. 37 ; *Commission scolaire des Phares c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, préc., note 20, par. 36. Voir également Mélanie SAMSON, « L'interprétation harmonieuse de la Charte québécoise et du Code civil du Québec : un sujet de discord pour le Tribunal des droits de la personne et les tribunaux de droit commun ? », dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, *Le Tribunal des droits de la personne – 25 ans d'expérience en matière d'égalité*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2015, p. 18 et Christian BRUNELLE, « Les droits et libertés dans le contexte civil », préc., note 12, p. 34.

56. *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Bombardier Inc. (Bombardier Aéronautique Centre de formation)*, préc., note 10, par. 53. Constituant deux modèles distincts, l'on doit éviter d'intégrer le critère constitutionnel de la « perpétuation de préjugés et de stéréotypes » ou encore l'atteinte à la dignité au troisième élément constitutif de la discrimination au sens de la Charte québécoise. Voir entre autres à cet effet : *Université de Sherbrooke c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2015 QCCA 1397 ; Béatrice VIZKELETY, « Impact de la Charte canadienne sur la Charte québécoise : affirmation ou négation des droits et libertés prévus dans la Charte du Québec ? », dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, *Les 25 ans de la Charte canadienne des droits et libertés*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007 ; Daniel PROULX, « Le concept de dignité et son usage en contexte de discrimination : deux Chartes, deux modèles », (2003) *Revue du Barreau du Québec* (numéro spécial) 485.

n'exige pas une "double violation" (droit à l'égalité et, par exemple, liberté de religion), ce qui rendrait l'art. 10 superflu »⁵⁷.

En matière de discrimination fondée sur le handicap ou le moyen pour y pallier, la preuve que la différence de traitement subie a eu pour effet de détruire ou de compromettre le droit à l'égalité se fera généralement via quatre articles. Au niveau des biens et services, l'article 12 interdit de refuser de conclure un acte juridique ayant pour objet des biens ou services ordinairement offerts au public et l'article 15 interdit de refuser l'accès aux moyens de transport ou aux lieux publics⁵⁸. L'article 16 vient quant à lui prohiber la discrimination dans le domaine de l'emploi. Et, dans tous les cas, l'article 4 consacre le droit fondamental à la dignité⁵⁹.

Prenons comme exemple une personne à mobilité réduite se déplaçant en fauteuil roulant qui se fait refuser l'entrée sur une terrasse. Cette dernière devra être en mesure de démontrer, de

57. *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Bombardier Inc. (Bombardier Aéronautique Centre de formation)*, préc., note 10, par. 54. Ce passage semble toutefois contredire un passage de l'arrêt *Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville)*, 2015 CSC 16 qui mentionne que « Dans une plainte de discrimination fondée sur la religion visant une pratique de l'État [...], le manquement reproché au devoir de neutralité exige la preuve que l'État professe, adopte ou favorise une croyance à l'exclusion des autres et que l'exclusion engendre une atteinte à la liberté de conscience et de religion » (par. 83). Nous croyons cependant que ce dernier passage est susceptible d'engendrer une confusion. À cet effet, comme le mentionne le professeur Christian BRUNELLE dans « Pour une restructuration de la Charte québécoise ? », (2015) hors-série *R.Q.D.I.* 199, 213 : « Il devrait pourtant suffire que l'atteinte discriminatoire coïncide avec l'exercice (ou une quête de reconnaissance) d'un autre droit pour que la norme québécoise d'égalité puisse être juridiquement activée. Il n'est donc nullement nécessaire de démontrer que deux droits distincts ont été violés. » Autrement, comme le souligne le professeur Daniel PROULX dans « Le droit à l'égalité : pierre angulaire de la Charte québécoise ? » (préc., note 12, p. 73) « À quoi bon soulever le droit à l'égalité si, de toute façon, il faut démontrer qu'un autre droit ou liberté garanti par la Charte a été violé ? ». Voir également Daniel PROULX, « Le concept de dignité et son usage en contexte de discrimination : deux Chartes, deux modèles », préc., note 56, p. 516-517.

58. Mélanie SAMSON, « Le droit à l'égalité dans l'accès aux biens et aux services : L'originalité des garanties offertes par la Charte québécoise », préc., note 53.

59. La dignité occupe une place au centre de la Charte comme droit inaliénable de chaque être humain. Elle y consacre dans le préambule deux alinéas qui fondent les droits et libertés qu'elle garantit et l'article 4 l'élève au niveau de droit fondamental de la personne. À cet effet, voir entre autres : Maurice DRAPEAU, *Contre l'exploitation des personnes âgées ou handicapées !*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2014, p. 101 et Christian BRUNELLE, « La dignité dans la Charte des droits et libertés de la personne : de l'ubiquité à l'ambiguïté d'une notion fondamentale », dans Alain-Robert NADEAU (dir.), *La Charte québécoise : origines, enjeux et perspectives*, (2006) *R. du B.* 143, 152.

manière *prima facie*, (1) qu'elle a subi une différence de traitement, (2) que son handicap ou son moyen pour y pallier a été l'un des facteurs de cette différence de traitement et que (3) cette distinction a eu pour effet de compromettre le droit d'accès aux lieux publics sans discrimination, selon l'article 15. À ce moment, le fardeau de preuve se déplacera et le propriétaire en question pourra tenter de justifier la situation par certains moyens de défense prévus dans la Charte que nous aborderons plus loin⁶⁰.

* * *

Le fardeau de preuve n'est donc plus orienté vers l'intention du défendeur, mais sur l'établissement d'un constat d'inégalité de traitement⁶¹. Ainsi, quelle que soit la forme de discrimination, le demandeur devra établir que le motif prohibé a été l'un des fondements ou, en d'autres mots, qu'il a été un facteur de l'exclusion subie et que cela a compromis l'exercice de l'un des droits et libertés conférés par la Charte⁶².

3. L'obligation d'accommodement raisonnable

L'égalité ne résulte pas toujours d'un traitement identique. En effet, il est des circonstances où « le respect des différences, qui est l'essence d'une véritable égalité, exige [...] que des distinctions soient faites »⁶³. L'objectif des Chartes est précisément « de parvenir à une égalité réelle »⁶⁴.

60. Pensons notamment à la contrainte excessive ou à l'exigence professionnelle justifiée.

61. Voir également à cet effet : Béatrice VIZKELETY, « Les développements jurisprudentiels relatifs à l'« égalité réelle » en emploi : maintenant aux employeurs d'agir », préc., note 11, p. 6 et 11.

62. *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Bombardier Inc. (Bombardier Aéronautique Centre de formation)*, préc., note 10, par. 34, 52. Également soutenu dans Alexis AUBRY, « CDPDJ c. Bombardier inc. : réflexion sur le lien requis entre la différence de traitement et le motif illicite de discrimination », préc., note 15, p. 525.

63. *Andrews c. Law Society of British Columbia*, préc., note 6, p. 164. Voir également *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, préc., note 6, p. 517.

64. *Gaz métropolitain inc. c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, préc., note 20, par. 36. À cet effet, bien que le présent texte ne porte pas sur cet aspect précis, il sera intéressant de voir l'impact qu'aura le jugement *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Bombardier Inc. (Bombardier Aéronautique Centre de formation)* (préc., note 10) sur la notion d'égalité réelle. Béatrice VIZKELETY souligne que, en fonction du principe de l'égalité réelle, l'employeur « ne peut plus se contenter d'une position passive ». Or, dans l'affaire *Latif*, il semble que Bombardier se soit justement contenté d'une position passive. Effectivement, sans avoir effectué préalablement de vérification, Bombardier informa tout simplement M. Latif que comme les autorités

À ce propos, l'égalité formelle, qui n'implique qu'un traitement égal de toute personne, peut engendrer de la discrimination⁶⁵. Par exemple, le refus de tout chien dans un hôtel entraîne de la discrimination pour une personne aveugle qui utilise un chien guide pour pallier son handicap. L'égalité réelle pour sa part implique des traitements différents – comme l'admission du chien guide – qui permettent d'atteindre une véritable égalité prenant en compte la réalité du handicap visuel⁶⁶. Nous sommes tous égaux, semblables et différents à la fois : semblables comme êtres humains et différents comme individus⁶⁷.

On trouve là le fondement de l'obligation d'accommodement raisonnable⁶⁸. Nous pouvons définir celle-ci comme la nécessité d'adapter une règle conçue pour une majorité dans le but de répondre aux besoins spécifiques de certaines personnes et d'éviter ainsi qu'elles ne soient victimes de discrimination liée à ce qui les différencie de cette majorité⁶⁹. Il ne s'agit pas simplement de

américaines l'avaient précédemment refusé, aucune formation ne pouvait lui être offerte au Canada. Voir : Béatrice VIZKELETY, « Impact de la Charte canadienne sur la Charte québécoise : affirmation ou négation des droits et libertés prévus dans la Charte du Québec ? », préc., note 56, p.12.

65. Daniel PROULX, « Le droit à l'égalité », préc., note 12, par. 92-93. Comme vue d'ensemble du droit à l'égalité voir également Christian BRUNELLE, « Les droits et libertés dans le contexte civil », préc., note 12.

66. *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Montuori Holdings Corporation (Pizzeria Napoli enr.)*, 2008 QCTDP 2, par. 37. Également, la Cour suprême mentionne dans l'arrêt *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU* (préc., note 36) qu'interpréter « les lois sur les droits de la personne principalement en fonction de l'égalité formelle mine la promesse d'égalité réelle qu'elles comportent et empêche l'examen des effets » (par. 41).

67. À cet effet, la Cour suprême mentionne dans l'arrêt *Withler c. Canada (Procureur général)*, préc., note 9 que : « L'égalité réelle, contrairement à l'égalité formelle, n'admet pas la simple différence ou absence de différence comme justification d'un traitement différent. Elle transcende les similitudes et distinctions apparentes. Elle demande qu'on détermine non seulement sur quelles caractéristiques est fondé le traitement différent, mais également si ces caractéristiques sont pertinentes dans les circonstances. L'analyse est centrée sur l'effet réel de la mesure législative contestée, compte tenu de l'ensemble des facteurs sociaux, politiques, économiques et historiques inhérents au groupe. Cette analyse peut démontrer qu'un traitement différent est discriminatoire en raison de son effet préjudiciable ou de l'application d'un stéréotype négatif ou, au contraire, qu'il est nécessaire pour améliorer la situation véritable du groupe de demandeurs. » (par. 39)

68. *Gaz métropolitain inc. c. CDPDJ*, préc., note 20, par. 36. Également, dans *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Québec (Procureur général)*, 2005 CanLII 8547 (QC TDP), le Tribunal des droits de la personne énonce que « Lorsqu'un traitement identique engendre des inégalités reliées à un motif interdit de discrimination, la recherche d'un accommodement raisonnable constitue un corollaire inhérent au droit d'une personne d'exercer, de manière réelle et effective, ses droits en pleine égalité. »

69. Voir également *Gaz métropolitain inc. c. CDPDJ*, préc., note 20, par. 36.

tolérer la différence, mais de favoriser une société où l'on reconnaît l'égalité de chaque être humain⁷⁰.

À cet égard, la « [...] conséquence naturelle de la reconnaissance d'un droit doit être l'acceptation sociale de l'obligation générale de le respecter et de prendre des mesures raisonnables afin de le protéger »⁷¹. Ceci « oblige donc l'employeur à tenir compte de la diversité, de façon à concevoir le droit à l'égalité non pas comme une exception à la règle, mais comme une façon d'accepter la différence »⁷².

Quant aux limites à l'obligation d'accommodement, la Cour suprême parle de « contrainte excessive » :

L'obligation [d'accommodement] consiste à prendre des mesures raisonnables pour s'entendre avec le plaignant, à moins que cela ne cause une contrainte excessive : en d'autres mots, il s'agit de prendre les mesures qui peuvent être raisonnables pour s'entendre sans que cela n'entrave indûment l'exploitation de l'entreprise de l'employeur et ne lui impose des frais excessifs.⁷³

Or, qui dit excessif dit d'emblée un certain niveau de contrainte : « [il] faut plus que de simples efforts négligeables pour remplir l'obligation d'accommodement. L'utilisation de l'adjectif « excessive » suppose qu'une certaine contrainte est acceptable ; seule la contrainte « excessive » répond à ce critère »⁷⁴.

L'effort d'accommodement doit donc être réel et suffisant. La Cour suprême a précisé que « [...] le coût financier, l'atteinte à la convention collective, le moral du personnel et l'interchangeabilité des effectifs et des installations »⁷⁵ devaient notamment être

70. Ainsi, contrairement à l'état du droit français par exemple, il y a une obligation de traiter différemment des personnes se trouvant dans des situations différentes en raison d'un motif prohibé de discrimination. Voir notamment à cet effet : *Gaz métropolitain inc. c. CDPDJ*, préc., note 20, par. 35-36.

71. *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears*, préc., note 12, par. 22.

72. *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Systèmes de drainage Modernes inc.*, 2009 QCTDP 10, par. 97.

73. *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears*, préc., note 12, par. 23.

74. *Central Okanagan School District No. 23 c. Renaud*, [1992] 2 R.C.S. 970, 984 (discrimination indirecte attribuable aux conséquences de l'horaire de travail sur les obligations religieuses des employés).

75. *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 R.C.S. 489, p. 520-521.

appréciés dans l'évaluation du degré de contrainte. Également, « [l]orsque la sécurité est en jeu, l'ampleur du risque et l'identité de ceux qui le supportent sont des facteurs pertinents »⁷⁶.

Pour que les coûts de l'accommodement soient considérés comme excessifs, ils doivent être réellement trop élevés pour l'entreprise dans les circonstances⁷⁷. Quant à l'effet sur les autres employés, il doit constituer une atteinte réelle à leurs droits ou une dérogation importante à la convention collective⁷⁸. Ainsi, « [i]l y aura contrainte excessive si le compromis sollicité entraîne des coûts exorbitants pour l'employeur ou une ingérence excessive dans l'exploitation de ses établissements »⁷⁹.

En outre, comme l'a souligné le professeur Christian Brunelle, certains facteurs sont peu probants dans la détermination de la contrainte excessive. Tel est notamment le cas « des arguments fondés sur la simple commodité administrative, les préférences de la clientèle, la crainte de créer un précédent ou encore la menace d'être exposé à un recours civil »⁸⁰.

À l'impossible nul n'est tenu, certes, mais encore faut-il démontrer que des efforts sérieux ont été consentis avant d'invoquer la contrainte excessive. Comme exemple d'accommodement en matière de discrimination fondée sur le handicap, donnons celui de l'affaire *Vaast*⁸¹.

Madame Vaast est en situation de handicap et se déplace à l'aide de béquilles⁸². Elle travaillait comme préposé aux commandes dans le service à la clientèle de la défenderesse. Une partie de sa tâche consistait à aller dans des classeurs situés sur le même étage que son poste de travail. Dans le cadre d'un réaménagement de l'espace, les classeurs ont été déplacés au second étage et ne

76. *Id.*

77. *O'Malley c. Simpson's-Sears*, préc., note 9, p. 556-559.

78. *Central Okanagan School District No. 23 c. Renaud*, préc., note 74, p. 984-987.

79. Christian BRUNELLE, « Les droits et libertés dans le contexte civil », préc., note 12, p. 54.

80. Christian BRUNELLE, *Discrimination et obligation d'accommodement en milieu de travail syndiqué*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001, p. 251.

81. *CDPDJ c. Emballage Polystar Inc.*, 1996 CanLII 3306 (QC TDP) – que nous avons plaidé pour la Commission.

82. *Id.*, p. 3.

lui étaient plus accessibles compte tenu de son handicap⁸³. Pour cette raison, elle a été congédiée⁸⁴.

D'entrée de jeu, il a été convenu que l'installation d'un ascenseur aurait imposé une contrainte excessive pour l'employeur compte tenu du coût exorbitant. En revanche, il a été démontré que la compagnie aurait pu demander aux deux collègues de travail de madame Vaast d'aller chercher les dossiers pour elle lorsqu'elles y allaient pour elles-mêmes, sans que cela entraîne une surcharge de travail⁸⁵. Un tel accommodement n'imposait donc pas de contrainte excessive et aurait été raisonnable⁸⁶.

4. L'exigence professionnelle justifiée

Dans le domaine de l'emploi, l'article 20 de la Charte prévoit explicitement que, comme moyen de défense, une exclusion qui est fondée sur les aptitudes ou qualités requises par l'emploi est réputée non discriminatoire. Une exigence ne sera considérée comme telle que si elle est (1) rationnellement liée à l'exécution du travail en cause et (2) raisonnablement nécessaire pour réaliser le but légitime lié au travail⁸⁷.

Le premier volet consiste à « identifier l'objet général de la norme contestée et [de] décider s'il est rationnellement lié à l'exécution du travail en cause »⁸⁸. Quant au second, « l'employeur doit démontrer que la norme contestée est raisonnablement nécessaire pour qu'il puisse atteindre l'objet qu'elle vise et il doit établir qu'il lui est impossible de composer avec le demandeur et les autres personnes lésées par la norme sans subir une contrainte excessive »⁸⁹.

83. *Id.*

84. *Id.*

85. *Id.*, p. 8-9.

86. *Id.*, p. 13.

87. *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, préc., note 36, par. 54 ; *Gaz métropolitain inc. c. CDPDJ*, préc., note 20, par. 40, 42 ; *Hôpital général juif Sir Mortimer B. Davis c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2010 QCCA 172, par. 20 à 22.

88. *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, préc., note 36, par. 57.

89. Alexandre MORIN, *Le droit à l'égalité au Canada*, 2^e éd., Montréal : Lexis Nexis, 2012, par. 505. Voir également *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, préc., note 36, par. 67.

À cet effet, la Cour suprême⁹⁰ a précisé que : « [l'exigence professionnelle] doit [...] se rapporter objectivement à l'exercice de l'emploi en question, en étant raisonnablement nécessaire pour assurer l'exécution efficace et économique du travail sans mettre en danger l'employé, ses compagnons de travail et le public en général »⁹¹.

La défense d'exigence professionnelle justifiée renvoie à celle de contrainte excessive puisque, pour prouver la nécessité de la norme, le défendeur devra démontrer qu'il ne pouvait accommoder l'employé sans engendrer de contrainte excessive⁹². Ainsi, « s'il est possible de trouver une solution raisonnable qui évite d'imposer une règle donnée aux membres d'un groupe, cette règle ne sera pas considérée comme une [exigence professionnelle justifiée] »⁹³. Cela entraînera incidemment une obligation d'accommodement raisonnable.

Pour être justifiée, la norme d'emploi doit donc être nécessaire pour assurer l'exécution efficace et sûre du travail en question. Une situation de handicap n'entraînera pas inéluctablement une incapacité si, en fonction des accommodements auxquels elles ont droit, on parvient à éliminer les barrières environnementales dont elles sont l'objet.

B. LE HANDICAP OU LE MOYEN POUR Y PALLIER COMME MOTIFS DE DISCRIMINATION DISTINCTS

1. La notion de handicap

Passant « d'invalidé », de « déficient », de « handicapé » à « personne handicapée », le modèle individuel biomédical qui a prévalu jusqu'à récemment avait un intérêt presque exclusivement de réadaptation. La personne était alors réduite à son diagnostic. Dans ce modèle, le handicap appartient à la personne. Cette der-

90. *Commission ontarienne des droits de la personne c. Etobicoke (Municipalité d')*, préc., note 41 qui portait sur la retraite obligatoire de pompiers et où la Cour a jugé que l'employeur n'avait pas prouvé qu'il s'agissait d'une exigence professionnelle justifiée.

91. *Id.*, p. 208.

92. *Hydro-Québec c. Syndicat des employé-e-s de techniques professionnelles et de bureau d'Hydro-Québec, section locale 2000 (SCFP-FTQ)*, 2008 CSC 43, par. 12, 16 ; Alexandre MORIN, *Le droit à l'égalité au Canada*, préc., note 89, par. 505.

93. *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission)*, préc., note 75, 518 ; *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, préc., note 36, par. 55.

nière est la seule responsable de son intégration sociale et elle est beaucoup plus souvent objet que sujet de droit. En utilisant cette terminologie, nous continuons d'accoler cet adjectif à la personne et, ce faisant, nous la définissons de cette manière. Le handicap devient ainsi synonyme de déficience ou d'incapacité.

Dans notre société, plusieurs stigmates sont associés à cette réalité. La personne qui vit une situation de handicap est très souvent perçue comme étant incapable de travailler ou même d'atteindre un niveau de scolarité décent. Elles sont vues comme ayant besoin de charité. Ceci alors que plusieurs personnes handicapées ont énormément de capacités, tant qu'elles ne se retrouvent pas en situation de handicap.

En droit international, il est reconnu que « la notion de handicap évolue et que le handicap résulte de l'interaction entre des personnes présentant des incapacités et les barrières comportementales et environnementales qui font obstacle à leur pleine et effective participation à la société sur la base de l'égalité avec les autres »⁹⁴.

De plus en plus, la société québécoise s'ouvre à la réalité que le handicap n'est pas uniquement une caractéristique personnelle, mais plutôt « le résultat situationnel de l'interaction entre une personne différente sur le plan corporel ou fonctionnel et un environnement physique et social spécifique »⁹⁵. La réalité biomédicale de la personne ne disparaît pas. Toutefois, en éliminant les barrières environnementales, le handicap, lui, s'estompe⁹⁶. Pour en arriver là, un grand changement de mentalité a dû s'opérer.

94. *Assemblée générale des Nations Unies, Convention relative aux droits des personnes handicapées*, adoptée le 13 décembre 2006, entrée en vigueur le 3 mai 2008 et ratifiée par le Canada le 11 mars 2010. Également, dans la recommandation 1592 (2003) intitulée « *Vers la pleine intégration des personnes handicapées* », l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe constate « avec satisfaction que certains États membres sont progressivement passés d'une approche institutionnelle, selon laquelle les personnes handicapées étaient considérées comme des « patients », à une approche plus globale, selon laquelle elles sont considérées comme des « citoyens » qui ont droit à une aide et à l'autodétermination. »

95. Patrick FOUGEYROLLAS, « L'évolution conceptuelle internationale dans le champ du handicap : enjeux socio-politiques et contributions québécoises », *Perspectives interdisciplinaires sur le travail et la santé*, 2002.

96. Au même effet, dans l'arrêt *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville)* (préc., note 3, par. 79) la Cour mentionne que le handicap peut résulter « aussi bien d'une limitation physique que d'une affection, d'une construction sociale, d'une perception de limitation ou d'une combinaison de tous ces facteurs ».

C'est en 1996, alors que l'état du droit favorisait le modèle individuel biomédical, que le professeur Daniel Proulx en vint à proposer une définition large et libérale du handicap comme motif de discrimination⁹⁷. Dans une perspective sociale évolutive, s'inspirant notamment d'un rapport de l'Organisation mondiale de la santé⁹⁸, il souligna que :

la question de savoir si une anomalie comporte des limitations susceptibles de nuire à l'exécution efficace et sécuritaire du travail ne peut être posée que pour déterminer si l'employeur était justifié, au sens de l'article 20, d'exclure un employé ou de le défavoriser. Au stade de l'article 10, la seule question pertinente est celle de savoir si l'employeur a fondé sa décision, en tout ou en partie, sur le fait réel ou présumé que tel individu avait une anomalie physique ou mentale constitutive de handicap. [...] La question de l'existence ou de l'inexistence de limitations fonctionnelles ou encore celle de savoir si ces dernières sont pertinentes ou importantes sont donc au cœur du processus de justification. Ces considérations n'ont rien à voir avec l'établissement de la preuve de discrimination et du motif sur lequel elle repose qui est exigé du demandeur en vertu de l'article 10.⁹⁹

97. Daniel PROULX, « La discrimination fondée sur le handicap : étude comparée de la Charte québécoise », (1996) 56 *R. du B.* 317.

98. Organisation Mondiale de la Santé, « Classification internationale des handicaps : déficiences, incapacités et désavantages : Un manuel de classification des conséquences des maladies », Paris : INSERM, 1988, que le professeur PROULX présente ainsi (*id.*, p. 330-331) :

« Cherchant manifestement à déborder du cadre strictement médical pour traiter de la question sous l'angle social, l'O.M.S. présente ici le handicap comme étant le désavantage ou le préjudice subi par quelqu'un en raison de sa condition physique ou mentale. Il ne s'agit pas de savoir si la déficience ou l'incapacité entraîne une limitation fonctionnelle ou une réduction des activités de la vie quotidienne d'un individu. À ce stade d'analyse, on se demande plutôt quelle est la réaction de la société (la famille, les employeurs, les législateurs, etc.) par rapport à une déficience ou à une incapacité. Si la société tend à exclure un individu, à le marginaliser ou à le repousser à cause de sa déficience ou de son incapacité, cette personne subit un « préjudice [...] qui limite ou interdit l'accomplissement d'un rôle considéré comme normal [...] », lequel préjudice transforme sa déficience ou son incapacité en désavantage, c'est-à-dire en handicap.

Le désavantage, qui caractérise le handicap, correspond donc essentiellement au phénomène social de la discrimination qui afflige ceux qui sont atteints d'une déficience (avec ou sans limitation fonctionnelle) ou d'une incapacité (légère ou grave). Il se détermine par rapport aux autres. Ce désavantage social – ou cette discrimination – est en conséquence lié à la perception qu'a la société de la déficience ou de l'incapacité d'un individu. Si celle-ci ou celle-là est perçue comme étant un problème, il y a par le fait même création et attribution d'un handicap. Dans ce contexte, un individu peut être considéré comme ayant un handicap sans présenter aucune incapacité. Il en est ainsi, signale l'O.M.S., de celui qui est exclu, parce que considéré comme « malade mental », alors qu'il a été guéri d'un épisode psychotique aigu. »

99. Daniel PROULX, « La discrimination fondée sur le handicap : étude comparée de la Charte québécoise », *préc.*, note 97, p. 420.

Dans l'arrêt *Ville de Montréal et Ville de Boisbriand*¹⁰⁰, la Cour suprême est venue reconnaître pour la première fois ce postulat. Cette affaire impliquait le refus d'embauche de deux candidats suite à un examen médical préembauche qui avait, dans les deux cas, révélé la présence d'une anomalie à la colonne vertébrale¹⁰¹. Les villes de Montréal et de Boisbriand soutenaient que, comme les candidats refusés ne souffraient d'aucune limitation fonctionnelle et étaient pleinement capables d'exécuter les fonctions du poste, il ne pouvait s'agir de discrimination fondée sur le handicap. La notion de handicap devant, selon eux, nécessairement comprendre des limitations fonctionnelles¹⁰².

En réponse à cette prétention, le plus haut tribunal du pays souligna que

le droit à l'égalité et la protection contre la discrimination ne sauraient se réaliser à moins que l'on reconnaisse que les actes discriminatoires puissent être fondés autant sur les perceptions, les mythes et les stéréotypes que sur l'existence de limitations fonctionnelles réelles. La nature même de la discrimination étant souvent subjective, imposer à la victime de discrimination le fardeau de prouver l'existence objective de limitations fonctionnelles est lui imposer une tâche pratiquement impossible, car les limitations fonctionnelles n'existent souvent que dans l'esprit d'autres personnes [...]¹⁰³

Il ne s'agit pas « d'écarter les fondements biomédicaux »¹⁰⁴, mais de prendre acte que la notion de handicap n'y est pas restreinte¹⁰⁵. À cet effet, la situation de handicap « peut résulter aussi bien d'une limitation physique que d'une affection, d'une construction sociale, d'une perception de limitation ou d'une combinaison de tous ces facteurs »¹⁰⁶.

100. *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville)*, préc., note 3.

101. *Id.*, par. 3.

102. *Id.*, par. 71.

103. *Id.*, par. 39.

104. *Id.*, par. 77.

105. *Id.* Dans l'arrêt *Granovsky* (préc., note 4), la Cour suprême ajoute que « [l']analyse de la déficience [...] porte véritablement non pas sur les affections en tant que telles, ni même sur des limitations fonctionnelles connexes, mais plutôt sur la réaction problématique de l'État face à l'une ou l'autre de ces situations, ou aux deux à la fois. C'est l'action étatique qui stigmatise les affections ou qui attribue une importance erronée ou exagérée aux limitations fonctionnelles (s'il en est) [...] » (par. 26)

106. *Id.*, par. 79. À cet effet, encore dans l'arrêt *Granovsky* (préc., note 4), il a été précisé que, bien que la notion de handicap comporte trois facettes, l'accent doit être mis « sur la réaction de l'État face à l'affection physique ou mentale d'une personne » (par. 80).

Cela dit, les « caractéristiques personnelles quelconques ou les affections normales »¹⁰⁷ ne sauraient en général constituer un handicap « puisqu'il n'existe pas normalement de préjugés négatifs »¹⁰⁸ à l'égard de ceux-ci. En conséquence, le simple rhume ou encore la couleur des yeux seront forcément exclus de la portée du motif handicap¹⁰⁹.

Bref, comme le mentionne le professeur Proulx lorsqu'il résume l'état du droit actuel en la matière :

dans la mesure où un employeur par exemple refuse d'embaucher un candidat parce qu'il le croit handicapé, [...] il y a discrimination interdite par l'article 10 même si l'employeur s'est trompé sur les caractéristiques personnelles du candidat. Le fait est qu'il a écarté un candidat sur la base d'un motif énuméré et, dès lors, que cela corresponde à une réalité objective ou à une perception erronée n'a plus aucune importance. Cette approche est tout à fait cohérente avec le but de l'article 10 qui n'est pas de protéger les handicaps, [...] comme tels, mais bien de combattre les distinctions de traitement arbitraires fondées sur des généralisations et des préjugés. [...]¹¹⁰

Au fil des ans, avec l'évolution de la société, la protection envers les personnes en situation de handicap a évolué. Ne protégeant initialement que le handicap constituant une limitation fonctionnelle pour englober désormais à la fois des handicaps physiques ou mentaux¹¹¹, réels ou perçus¹¹², permanents ou temporaires¹¹³, actuels ou futurs¹¹⁴, avec ou sans limitation fonctionnelle¹¹⁵.

Comme en fait mention le professeur Christian Brunelle, les tribunaux ont, entre autres, reconnu comme handicap les « affections diverses telles des malformations physiques congénitales¹¹⁶,

107. *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville)*, préc., note 3, par. 82.

108. *Id.*

109. *Id.*

110. Daniel PROULX, « Le droit à l'égalité », préc., note 12, par. 106, 108.

111. *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Institut Demers Inc.*, préc., note 2, par. 50 et 51.

112. *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville)*, préc., note 3, par. 79 à 81.

113. *Granovsky c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration du Canada*, préc., note 4, par. 53.

114. *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville)*, préc., note 3, par. 81.

115. *Id.*, par. 41.

116. *Id.*, par. 48.

l'asthme¹¹⁷, des difficultés d'élocution verbale¹¹⁸, l'obésité¹¹⁹, l'acné¹²⁰, l'état de séropositivité¹²¹, l'autisme¹²², la trisomie¹²³, la dépression nerveuse¹²⁴, les troubles de la personnalité¹²⁵, le diabète¹²⁶, la dyslexie¹²⁷, la douleur chronique¹²⁸ ou la fibromyalgie¹²⁹, l'épilepsie¹³⁰, l'eczéma¹³¹, la leucémie¹³², l'alcoolisme¹³³ ou la toxicomanie¹³⁴, pour ne citer que ces exemples »¹³⁵. À cette énumération, on voit la large panoplie de handicaps déjà reconnue par les tribunaux. Et cette liste est appelée à s'allonger¹³⁶.

117. *Id.*

118. *Id.*

119. *Id.*

120. *Id.*

121. *Id.*

122. *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Côté (Matins de Victoria)*, 2013 QCTDP 35.

123. *Commission scolaire des Phares c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, préc., note 20.

124. *Syndicat des infirmières du Nord est québécois (SINEQ) (FIIQ) c. Sylvestre*, [2003] R.J.Q. 1392, par. 45.

125. *Hydro-Québec c. Syndicat des employées et employés de techniques professionnelles et de bureau d'Hydro-Québec, section locale 2000 (SCFP-FTQ)*, [2008] 2 R.C.S. 561.

126. *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. 9054-2473 Québec Inc.*, REJB 2002-34222 (T.D.P.Q.).

127. *Moore c. Colombie-Britannique (Éducation)*, préc., note 37, par. 34.

128. *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin*, [2003] 2 R.C.S. 504, par. 75.

129. *Syndicat des employées et employés professionnels-les et de bureau, section locale 571, CTC-FTQ (SEPB) c. Barreau du Québec*, 2007 QCCA 64, par. 27.

130. *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Emballage Graham du Canada Ltée*, [1999] R.J.Q. 897.

131. *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Centre hospitalier de l'Université de Montréal (CHUM)*, D.T.E. 2000T-1006, REJB 2000-20091 (T.D.P.Q.).

132. *Commission scolaire de la Rivière-du-Nord c. Syndicat des professionnelles et professionnels de l'éducation de Laurentides-Lanaudière (SPPELL-CSQ)*, 2013 QCCS 5763, par. 51.

133. *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Centre hospitalier universitaire de Sherbrooke*, 2012 QCCA 306, par. 24 et 40.

134. *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Doucet*, [1999] R.J.Q. 2151 (T.D.P.Q.) ; *Procureur général du Québec c. Poulin*, REJB 2004-61130, par. 28 (C.S.) ; *Section locale 143 du Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier c. Goodyear Canada Inc.*, J.E. 2008-97, EYB 2007-127002, par. 15 (C.A.).

135. Christian BRUNELLE, « Les droits et libertés dans le contexte civil », préc., note 12, p. 41, 42 et 43.

136. C'est notamment dans cette optique que la Cour suprême mentionna dans l'arrêt *Ville de Montréal* (préc., note 3, par. 76) que « compte tenu de l'avancement rapide de la technologie biomédicale et, plus particulièrement, de la technologie génétique et du fait que ce qui aujourd'hui constitue un handicap peut l'être ou ne pas l'être demain, une définition trop étanche ne servirait pas nécessairement l'objet de la Charte en cette matière. » Voir également : Jocelin LECOMTE et Chantal CAUX, « La Convention relative aux droits des

2. La notion de moyen pour pallier le handicap

Non seulement la discrimination fondée sur le handicap est prohibée, mais le législateur a aussi fait des moyens pour pallier le handicap un motif illicite de discrimination distinct¹³⁷. Étonnamment, peu de jugements ou d'auteurs ont tenté de définir la notion de « moyens pour pallier le handicap ». La plupart du temps, on englobe la discrimination fondée sur le handicap et celle fondée sur le moyen pour y pallier. Comment interpréter ce motif en conformité avec l'évolution de la notion de handicap ?

a. Vers une définition de moyen pour pallier le handicap

En 1994, le Tribunal des droits de la personne proposa une définition de la notion de moyen pour pallier le handicap :

Cette expression [moyen pour pallier le handicap] doit [...] inclure non seulement de l'équipement quelconque, tel un fauteuil roulant, mais aussi toutes formes de mesures raisonnables nécessaires pour qu'une personne handicapée puisse exercer en toute égalité ses droits.¹³⁸

Bien qu'imparfaite, cette proposition avait comme principal avantage d'offrir une définition systémique de la notion de moyen pour pallier le handicap. Malheureusement, celle-ci fut très peu reprise dans la jurisprudence subséquente. Si bien que, jusqu'à présent, il semble que les tribunaux reconnaissent les moyens de pallier le handicap au cas par cas, sans véritable ligne directrice, en fonction des faits de l'espèce.

Néanmoins, quelques principes perdurent. Ainsi, il est reconnu dans l'état du droit actuel que la notion de moyen pour

personnes handicapées et la déficience intellectuelle : enjeux et défis pour le Québec », dans Tribunal des droits de la personne et Barreau du Québec, *Race, femme, enfant, handicap : les conventions internationales et le droit interne à la lumière des enjeux pratiques du droit à l'égalité*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2010 ; Frédéric MÉGRET, « Handicap et droits humains au Canada : quel horizon après la ratification de la Convention sur les droits des personnes handicapées ? », dans Tribunal des droits de la personne et Barreau du Québec, *Race, femme, enfant, handicap : les conventions internationales et le droit interne à la lumière des enjeux pratiques du droit à l'égalité*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2010.

137. RLRQ, c. C-12, art. 10 : « [...] sans distinction, exclusion ou préférence fondée sur [...] le handicap ou l'utilisation d'un moyen pour pallier ce handicap ».

138. C.D.P. c. *Restaurant Scampinata Inc.*, T.D.P.Q. Laval, 1994 CanLII 2338 (QC TDP).

pallier le handicap doit être interprétée de manière large et libérale¹³⁹ et que le choix du moyen revient à la personne en situation de handicap elle-même¹⁴⁰.

À cet effet, il a par exemple été établi sans trop de difficulté que les chiens-guides¹⁴¹ et les chiens d'assistance¹⁴² constituaient des moyens pour pallier le handicap. Il en a été de même pour les restrictions médicales¹⁴³, les cannes¹⁴⁴ ainsi que les fauteuils roulants¹⁴⁵. En outre, les tribunaux ont parfois été jusqu'à reconnaître que la notion de moyen pour pallier le handicap pouvait non

-
139. *Id.* Il existe un lien étroit entre le moyen de pallier le handicap et l'accommodement qui forment une paire inséparable. Le moyen que la personne utilise pour pallier son handicap doit être accepté ou même, dans certains cas, lui être fourni comme dans l'affaire *Vaast* dont nous avons discuté.
140. Voir en ce sens : *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Coopérative d'habitation L'Escale de Montréal*, 2008 QCTDP 1, par. 29 à 31 ; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Syndicat des copropriétaires « Les Condominiums Sainte-Marie »*, 2010 QCTDP 1, par. 102-103.
141. Notamment dans *C.D.P. c. Bar La Divergence*, T.D.P.Q. MONTRÉAL, 1994 CanLII 3187 (QC TDP) ; *CDPDJ c. Spa Bromont Inc.*, 2013 QCTDP 29, par. 152 (confirmé en appel) ; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Charbel*, 2003 CanLII 11612, par. 22 (QC TDP) ; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Macrisopoulos*, 1998 CanLII 5977, par. 26 (QC TDP) ; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Kayode*, 2007 QCTDP 25, par. 20 ; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. 9185-2152 Québec inc. (Radio Lounge Brossard)*, 2013 QCTDP 5 [maintenue en Cour d'appel] ; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Centre Latitude Fitness inc.*, 2013 QCTDP 27, par. 76 ; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Anwar*, 2015 QCTDP 6, par. 31 ; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. 9107-9194 Québec inc.*, 2005 CanLII 48891, par. 16 (QC TDP).
142. Notamment dans *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. 9096-4545 Québec Inc.*, 2003 CanLII 34451, par. 15, 17 (QC TDP) ; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Montuori Holdings Corporation (Pizzeria Napoli enr.)*, préc., note 66, par. 37 ; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. 9051-5396 Québec inc. (Camping Plage de la baie)*, 2011 QCTDP 16, par. 39 ; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. 9157-6652 Québec inc. (Restaurant Le Coin Grec)*, 2008 QCTDP 16, par. 41 ; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Coopérative de taxis de Montréal*, 2008 QCTDP 10, par. 63, 72.
143. *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Emballage Graham du Canada Ltée*, préc., note 130.
144. *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Québec (Procureur général)*, préc., note 68.
145. *CDPDJ c. Restaurant Scampinata Inc.*, préc., note 138 ; *Québec (Commission des droits de la personne) c. Hôtel Villa de France*, 1998 CanLII 43, par. 25 (QC TDP).

seulement englober des objets, mais également des personnes, telles une agente de réadaptation¹⁴⁶, une aidante¹⁴⁷ ou une interprète¹⁴⁸.

Face au développement important de la notion de handicap qui a permis de faire tomber de nombreuses barrières, celle de moyen pour pallier le handicap semble tirer de l'arrière. Dans l'optique de favoriser l'inclusion des personnes en situation de handicap dans la société et le respect du droit à l'égalité, il nous semble primordial d'adopter une définition qui, sans être étanche et dépourvue de souplesse, permet de circonscrire de manière systémique la notion de moyen pour pallier le handicap. En ce sens, celle-ci doit couvrir *tout moyen permettant à une personne de favoriser son autonomie et d'alléger la situation de handicap dont elle est l'objet*.

Toutefois, le fait qu'un moyen soit susceptible d'être ultérieurement utilisé à cette fin ne saurait suffire. Prenons l'exemple d'un chiot de la Fondation Mira qui, dans les premiers mois de son existence, est pris en charge bénévolement par une famille d'accueil. Ce dernier pourrait difficilement être considéré à ce moment-là comme un « moyen pour pallier le handicap » au sens de l'article 10. En effet, il n'est alors que susceptible d'être, une fois plus vieux, sélectionné pour devenir un chien d'assistance ou un chien-guide (suite à plusieurs évaluations).

Il s'agit donc de déterminer si un moyen pour pallier un handicap, tel que défini ci-haut, a été l'un des facteurs de l'effet préjudiciable subi par le demandeur. Cela dit, comme nous le verrons, ce dernier n'a pas nécessairement à établir l'existence d'une situation de handicap actuelle ou personnelle afin de bénéficier de la protection. Enfin, il faut garder à l'esprit que le défendeur pourra toujours tenter de nier l'existence des éléments constitutifs de cette preuve *prima facie* ou de justifier la différence de traitement par certains moyens de défense prévus dans la Charte¹⁴⁹.

146. *CDPDJ c. Garderie du Couvent*, 1997 CanLII 59 (QC TDP), autorisation de pourvoi à la Cour d'appel refusée, n° 500-09-004533-972 (4 mars 1997).

147. *P.L. c. Québec (Emploi et Solidarité sociale)*, 2005 CanLII 71238 (QC TAQ).

148. *Centre de la communauté sourde du Montréal métropolitain inc. c. Régie du logement*, 1996 CanLII 19 (QC TDP).

149. Pensons notamment à la contrainte excessive ou à l'exigence professionnelle justifiée abordées précédemment.

b. Les situations d'application possibles

Dans l'optique de répondre à un courant jurisprudentiel qui tend à appliquer restrictivement la notion de « moyen pour pallier le handicap »¹⁵⁰, examinons maintenant cinq situations susceptibles de faire entrer en jeu la protection contre la discrimination fondée sur un moyen pour pallier le handicap.

i. La personne en situation de handicap qui utilise un moyen pour y pallier

Il s'agit de la situation la plus commune. Les tribunaux ont maintes fois reconnu qu'une personne en situation de handicap qui utilise un moyen pour y pallier bénéficiait de la protection contre la discrimination fondée sur ce moyen¹⁵¹. Il s'agit par exemple de la personne non voyante utilisant un chien-guide ou encore celle qui, étant paraplégique, utilise un fauteuil roulant pour se déplacer.

150. Le professeur Brunelle rapporte également cette interprétation restrictive lorsqu'il énonce qu'il « semble que les personnes qui prennent soin d'un enfant handicapé ne bénéficieront pas elles-mêmes de la protection de la Charte parce que celle-ci « ne permet pas à une personne d'invoquer pour elle-même le handicap d'une autre ou le fait d'être le moyen utilisé par cette autre personne, le cas échéant, pour pallier son handicap ». L'on a d'ailleurs jugé que les parents qui se consacrent à l'entraînement d'un chien d'assistance destiné à pallier le handicap de leur enfant ne bénéficient pas de la même protection que celle reconnue à la personne handicapée elle-même ». Christian BRUNELLE, « Les droits et libertés dans le contexte civil », préc., note 12, p. 43.

151. Notamment dans *C.D.P. c. Bar La Divergence*, préc., note 141 ; *CDPDJ c. Spa Bromont Inc.*, préc., note 141 ; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Charbel*, préc., note 141 ; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Kayode*, préc., note 141 ; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. 9185-2152 Québec inc. (Radio Lounge Brossard)*, préc., note 141 ; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Centre Latitude Fitness inc.*, préc., note 141 ; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Anwar*, préc., note 141 ; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. 9107-9194 Québec inc.*, préc., note 141 ; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. 9096-4545 Québec Inc.*, préc., note 142 ; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Montuori Holdings Corporation (Pizzeria Napoli enr.)*, préc., note 66 ; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. 9051-5396 Québec inc. (Camping Plage de la baie)*, préc., note 142 ; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. 9157-6652 Québec inc. (Restaurant Le Coin Grec)*, préc., note 142 ; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Coopérative de taxis de Montréal*, préc., note 142 ; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Québec (Procureur général)*, préc., note 68 ; *CDPDJ c. Restaurant Scampinata Inc.*, préc., note 138 ; *Québec (Commission des droits de la personne) c. Hôtel Villa de France*, préc., note 145.

À cet égard, il est important de favoriser une interprétation qui va de pair avec le développement de la notion de handicap, qui englobe désormais à la fois des handicaps physiques ou mentaux¹⁵², réels ou perçus¹⁵³, permanents ou temporaires¹⁵⁴, avec ou sans limitation fonctionnelle¹⁵⁵.

Ainsi, un vêtement particulier utilisé par une personne afin de dissimuler une malformation physique pourrait, par exemple, être considéré comme un moyen pour pallier le handicap malgré l'absence de limitation fonctionnelle. Effectivement, il permet à cette personne d'être la plus autonome possible et de soulever les barrières que la société tend trop souvent à imposer en présence de différences. Comme l'a souligné la Cour suprême, la question est celle de savoir si l'affection engendre « la perte ou la diminution des possibilités de participer à la vie collective au même titre que les autres »¹⁵⁶. Lui refuser reviendrait dans les faits à l'exclure et à l'ostraciser davantage, allant ainsi à l'encontre de la dignité inhérente à chaque être humain.

ii. *La personne qui utilise un moyen pour pallier la possibilité de développer un handicap*

Dans un deuxième temps, nous soumettons que la protection contre la discrimination fondée sur le moyen utilisé pour pallier un handicap vise également les traitements ayant pour objet de prévenir l'apparition ou le développement d'un handicap ou d'une maladie qui y est reliée. Jusqu'à maintenant, les tribunaux n'ont pas eu la chance d'examiner ce type de situation. Cependant, avec les développements de la médecine préventive, nul doute que de tels cas d'application verront le jour dans les prochaines années.

Prenons l'exemple d'un employé qui, suite à une analyse génétique, est amené à suivre des traitements préventifs. Bien que n'étant atteint d'aucune maladie, si son employeur prenait une mesure défavorable à son égard en raison de ces traitements,

152. *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Institut Demers Inc.*, préc., note 1, par. 50 et 51.

153. *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville)*, préc., note 3, par. 79 à 81.

154. *Granovsky c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration du Canada*, préc., note 4, par. 53.

155. *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse du Québec c. Montréal (Ville)*, préc., note 3, par. 41.

156. *Id.*, par. 80.

l'employé pourrait valablement soutenir avoir été victime de discrimination fondée sur le moyen pour pallier le handicap.

À cet effet, la Cour suprême a reconnu que comme « l'accent est mis sur les effets de la distinction, exclusion ou préférence, [...] une distinction fondée sur la possibilité réelle ou perçue que l'individu puisse développer un handicap dans l'avenir est prohibée par la Charte »¹⁵⁷. Par analogie, la discrimination fondée sur les traitements préventifs, comme moyen de pallier la possibilité de développer un handicap, doit également être prohibée.

Autrement, l'on viendrait interdire la discrimination fondée sur la « possibilité réelle ou perçue que l'individu puisse développer un handicap dans l'avenir »¹⁵⁸ tout en permettant celle fondée sur le moyen utilisé pour en pallier l'apparition ou le développement. Ainsi, un employeur ne pourrait pas refuser d'embaucher un candidat en raison du fait que ce dernier est susceptible de développer une maladie, mais rien ne prohiberait un tel geste sur la base du fait que ce dernier suit des traitements visant précisément à prévenir son apparition. Cette situation nous apparaît incohérente et contraire à l'objet même de l'article 10.

iii. *La personne qui, bien que n'étant pas en situation de handicap, a la responsabilité d'un moyen utilisé pour pallier un handicap*

Dans un troisième temps, nous soutenons que la protection contre la discrimination fondée sur un moyen pour pallier un handicap englobe la situation où, bien que n'étant pas elle-même en situation de handicap, une personne a la responsabilité d'un moyen utilisé pour pallier un handicap et subit une différence de traitement fondée sur ce moyen. Or, jusqu'à tout récemment¹⁵⁹, la jurisprudence québécoise ne reconnaissait pas la possibilité d'une telle application.

À cet égard, dans l'affaire *Matins de Victoria*¹⁶⁰, les parents d'un enfant souffrant d'autisme avaient réservé un séjour dans

157. *Id.*, par. 81. Repris notamment dans *Syndicat des infirmières, inhalothérapeutes, infirmières auxiliaires du Cœur du Québec (SIIACQ) c. Centre hospitalier régional de Trois-Rivières*, 2012 QCCA 1867, par. 49.

158. *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse du Québec c. Montréal (Ville)*, préc., note 3, par. 81.

159. *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Côté*, 2015 QCCA 1544.

160. *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Côté (Matins de Victoria)*, préc., note 122.

une auberge. Leur fils, quant à lui, devait séjourner dans un camp spécialisé. Entre temps, ils ont eu la chance d'avoir un chien d'assistance pour leur fils. Ils ont alors contacté les propriétaires de l'auberge pour les informer que lors de leur séjour, ils seront accompagnés d'un chien Mira et que, comme maîtres du chien, ils ont comme consigne de le garder avec eux en tout temps¹⁶¹. Les propriétaires ont tout de même refusé la présence du chien¹⁶².

Le Tribunal a jugé qu'il n'y avait pas eu de discrimination étant donné « [qu'] aucune disposition de cette loi [*Loi assurant l'exercice des droits des personnes handicapées*¹⁶³] pas plus que la Charte ne viennent donner la protection reconnue à la personne handicapée en matière d'utilisation d'un moyen pour pallier son handicap, aux personnes qui ont la responsabilité de celle-ci »¹⁶⁴.

En fonction de l'article 10, le lien devant être prouvé est celui entre (1) un moyen utilisé pour pallier un handicap et (2) la différence de traitement subie par le demandeur. Autrement dit, est-ce qu'un moyen pour pallier un handicap fut un facteur de l'effet préjudiciable ? Il ne s'agit pas de prouver que (1) le demandeur est personnellement en situation de handicap, (2) qu'il utilise lui-même un moyen pour pallier son propre handicap et (3) qu'il a subi une différence de traitement en raison de ce moyen. Une telle interprétation s'avère contraire aux principes d'interprétation des droits fondamentaux, à l'objet de l'intervention du législateur et rend superflu ce motif distinct de discrimination.

Premièrement, comme nous l'avons déjà mentionné, la Charte « commande une méthode d'interprétation large et libérale, qui permet d'atteindre, autant que possible, les objectifs visés »¹⁶⁵. Rien dans le texte de l'article 10 ne vient exiger la preuve d'un handicap personnel afin de bénéficier de la protection contre la discrimination fondée sur un moyen utilisé pour pallier

161. *Id.*, par. 9.

162. *Id.*, par. 6, 7, 12.

163. RLRQ, c. E-20.1.

164. *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Côté (Matins de Victoria)*, préc., note 122, par. 85.

165. Notamment dans *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville)*, préc., note 3, par. 29 à 32 ; *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics inc.*, [1996] 2 R.C.S. 345, par. 116 ; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Bombardier Inc. (Bombardier Aéronautique Centre de formation)*, préc., note 10, par. 103.

un handicap¹⁶⁶. Il s'agit là d'une distinction fondamentale entre ces deux motifs distincts. Effectivement, comme l'a rappelé la Cour suprême, « le seul motif énuméré qui puisse être relié à l'état de santé est celui du handicap »¹⁶⁷. Autrement, il s'agirait d'une interprétation s'éloignant de la lettre de la loi, non pas pour en élargir la portée en fonction du caractère fondamental du droit à l'égalité, mais plutôt pour la restreindre en exigeant la preuve d'un handicap personnel que même la discrimination fondée sur le handicap ne requiert désormais plus¹⁶⁸.

Deuxièmement, tirant son origine de l'idée que « le législateur ne parle pas pour ne rien dire »¹⁶⁹, la Cour suprême a souligné dans l'arrêt *Ville de Montréal* qu'une « modification législative est réputée avoir été faite en vue d'introduire un changement dans la signification du texte »¹⁷⁰. À cet effet, l'on remarque que, dans sa version antérieure, l'article 10 de la Charte prohibait la différence de traitement fondée sur « le fait qu'elle est une personne handicapée ou qu'elle utilise quelque moyen pour pallier son handicap »¹⁷¹. Or, ce motif a été modifié par le législateur en 1982, adoptant désormais une expression plus libérale prohibant toute distinction, exclusion ou préférence fondée sur « le handicap ou l'utilisation d'un moyen pour pallier ce handicap [“any means to palliate a handicap” dans la version anglaise] »¹⁷². Cette intervention du législateur avait précisément pour objet d'élargir la protection contre la discrimination¹⁷³.

166. Ce constat a été reconnu récemment par la Cour d'appel dans l'arrêt *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Côté*, préc., note 159, par. 26.

167. *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville)*, préc., note 3, par. 69.

168. Il est reconnu que le droit à l'égalité « confère des droits à tous et non pas à toute personne atteinte d'une déficience physique ou mentale [...] » ainsi « le centre de l'analyse n'est pas tant la notion de handicap, en soi, que celle de la discrimination fondée sur le handicap. » Voir à cet effet : *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville)*, préc., note 3, par. 49 et 78, citant LEPOFSKY et BICKENBACH, « Equality Rights and the Physically Handicapped », dans Anne F. BAYEFSKY et Mary EBERTS (éd.), *Equality Rights and the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Toronto, Carswell, 1985, 323, p. 346 et Daniel PROULX, « La discrimination fondée sur le handicap : étude comparée de la Charte québécoise », préc., note 97, p. 416.

169. *P.G. (Qué.) c. Carrières Ste-Thérèse Ltée*, [1985] 1 R.C.S. 831, p. 838 ; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, [2002] 2 RCS 559, par. 37.

170. *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville)*, préc., note 3, par. 60.

171. *Id.*, par. 54.

172. RLRQ, c. C-12, art. 10.

173. *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville)*, préc., note 3, par. 60.

Troisièmement, les tribunaux ont maintes fois reconnu que l'on doit « présumer que chaque terme [a] été rédigé délibérément en vue de produire quelque effet »¹⁷⁴. Au même titre, « il existe une présomption contre la redondance législative, c'est-à-dire que le législateur n'est pas censé utiliser des mots ou expressions superflus dans le texte de loi »¹⁷⁵. S'il fallait exiger la preuve d'un handicap personnel afin de bénéficier de la protection contre la discrimination fondée sur le « moyen pour pallier le handicap », l'ajout de ce motif ne viendrait offrir aucune protection supplémentaire. Il serait en quelque sorte superflu. Effectivement, comme le droit à l'égalité protège tant la discrimination directe qu'indirecte, toutes situations de discrimination directe fondée sur le « moyen pour pallier le handicap » seraient également protégées par la discrimination indirecte fondée sur le handicap.

Prenons l'exemple d'une personne qui se fait exclure d'un restaurant en raison de l'utilisation d'un fauteuil roulant. Il s'agirait ici tant d'une discrimination indirecte fondée sur le handicap que d'une discrimination directe fondée sur le moyen pour y pallier. Pourquoi alors avoir ajouté le motif « moyen pour pallier le handicap » si la discrimination fondée sur le handicap protégeait déjà l'utilisation de tels moyens ? À notre avis, l'utilité de l'ajout de ce motif distinct de discrimination est justement d'offrir une protection aux personnes qui ne sont pas elles-mêmes en situation de handicap, mais qui ont tout de même subi une différence de traitement fondée sur un « moyen pour pallier le handicap ».

En l'espèce, n'eût été l'utilisation par leur fils d'un chien d'assistance pour pallier sa situation de handicap, les parents n'auraient pas eu à demander un tel accommodement et, incidemment, ils n'auraient pas subi de refus de la part des propriétaires de l'auberge en question. Or, au moment de la soumission de cet article pour publication, la Cour d'appel du Québec est venue infirmer le jugement du Tribunal dans l'affaire *Matins de Victoria*¹⁷⁶.

174. P.-A. CÔTÉ, *Interprétation des lois*, 3^e éd., Montréal : Thémis, 1999, p. 350 ; *Schreiber c. Canada (P.G.)*, [2002] 3 R.C.S. 269, par. 73.

175. Stéphane BEAULAC et Frédéric BÉRARD, *Précis d'interprétation législative*, 2^e éd., Montréal : LexisNexis, 2014, p. 107 ; *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, par. 38.

176. *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Côté*, préc., note 159.

Confirmant l'approche large et libérale soutenue dans le présent texte, elle mentionne que :

[...] la protection afférente au handicap est apparue après l'adoption de la CDLP. Un peu plus de cinq ans plus tard, le législateur en élargissait la portée en dissociant la personne handicapée et le moyen pour pallier le handicap. Il est certain que, même prise au pied de la lettre ou envisagée littéralement, la version anglaise et actuelle de l'article 10 décrit avec exactitude la situation des plaignants : le chien dont ils ont la garde est un moyen de pallier le handicap de leur fils, un handicap qui, ce n'est pas contesté, est visé par l'article 10. Si ambiguïté il y a entre ces deux versions, ce qui n'est pas démontré, on devrait préférer celle qui attribue la portée la plus large à la protection que confère la disposition. [...]

En ayant recours à un procédé d'interprétation inapproprié lorsqu'une interprétation large et libérale s'impose, en s'en tenant strictement au texte de la disposition sans s'interroger autrement sur l'intention du législateur [...] le Tribunal s'est éloigné de sa mission au point de rendre une décision que l'on peut qualifier de déraisonnable. En l'espèce, il aurait dû donner raison à l'appelante et aux plaignants.¹⁷⁷ [Notre soulignement]

Nous accueillons avec optimisme cette avancée jurisprudentielle qui semble confirmer qu'une personne qui, bien que n'étant pas en situation de handicap, a la responsabilité d'un moyen pour pallier le handicap bénéficie de la protection contre la discrimination fondée sur ce moyen. Ne reste plus qu'à souhaiter que le futur réponde positivement à cet optimisme.

iv. La personne qui est elle-même un moyen pour pallier un handicap

Dans un quatrième temps, nous soumettons que la protection contre la discrimination fondée sur un moyen pour pallier un handicap vise également les aidants de personnes en situation de handicap. Effectivement, l'on doit reconnaître que ces derniers jouent un rôle primordial dans l'autonomie et l'allègement des barrières environnementales dont sont l'objet les personnes en situation de handicap. Or, il semble que les tribunaux soient malheureusement réticents à reconnaître une telle application.

177. *Id.*, par. 26 et 28.

À cet effet, dans l'arrêt *Beauchesne*¹⁷⁸, une dame a été exclue d'une entente visant à faciliter la titularisation dans diverses fonctions permanentes à la Ville de Montréal en raison de restrictions d'horaire afin de s'occuper de son fils atteint de fibrose kystique¹⁷⁹. Elle n'était disponible que la semaine durant le quart de jour¹⁸⁰. Elle ira jusqu'en Cour d'appel qui maintiendra la décision selon laquelle il n'y avait pas de discrimination au sens de la Charte, mentionnant que :

Beauchesne n'est pas handicapée et elle ne fait pas usage d'un moyen pour pallier un handicap. C'est son fils qui est handicapé et pour qui sa présence représente un moyen de pallier. Or, [...] la Charte québécoise ne permet pas à une personne d'invoquer pour elle-même le handicap d'une autre ou le fait d'être le moyen utilisé par cette autre personne, le cas échéant, pour pallier son handicap.¹⁸¹ [Notre soulignement]

Madame Beauchesne invoquait, entre autres, que la Charte québécoise était pertinente puisque ses contraintes d'horaire de travail découlaient directement de ses obligations à l'endroit de son fils en situation de handicap. Elle mettait de l'avant trois motifs de discrimination : l'état civil, le handicap et le moyen pour pallier un handicap¹⁸².

Concentrons-nous, aux fins de ce texte, sur l'analyse entourant la discrimination fondée sur le moyen pour pallier un handicap¹⁸³. Comme personne aidante, favorisant l'autonomie et l'allègement des barrières environnementales dont son fils est l'objet, madame Beauchesne doit pouvoir bénéficier de la protection contre la discrimination fondée sur ce motif.

Rappelons que, pour établir l'atteinte au droit à l'égalité, la Charte québécoise requiert la présence de trois éléments : 1) une

178. *Beauchesne c. Syndicat des cols bleus regroupés de Montréal (SCFP-301)*, 2013 QCCA 2069, par. 103.

179. *Id.*, par. 20-21.

180. *Id.*

181. *Id.*, par. 103.

182. *Id.*, par. 88.

183. Bien qu'il ne s'agisse pas de l'objet de la présente analyse, soulignons que les faits de l'affaire *Beauchesne* sont également susceptibles de constituer de la discrimination par association fondée sur le handicap. Au surplus, comme mère d'un enfant en situation de handicap, engendrant des obligations parentales particulières, la protection contre la discrimination fondée sur son état civil pourrait également entrer en jeu.

distinction ou exclusion qui a pour objet ou pour effet d'imposer une différence de traitement, 2) qui est fondée sur un motif illicite, et 3) qui compromet l'exercice des droits et libertés de la personne¹⁸⁴. Or, en l'espèce, ces trois éléments sont effectivement présents. Madame Beauchesne a subi une différence de traitement en ce qu'elle a été exclue de l'entente visant à accélérer et faciliter la titularisation dans diverses fonctions permanentes. Cette différence de traitement a été fondée sur le fait qu'elle était l'un des moyens de pallier le handicap de son enfant et, qu'en fonction de cette réalité, elle avait certaines restrictions d'horaire. Enfin, cette exclusion vient, entre autres, porter atteinte à l'article 16 de la Charte qui stipule que « Nul ne peut exercer de discrimination dans [...] la durée de la période de probation, [...] la promotion [...] ou les conditions de travail d'une personne »¹⁸⁵.

À cet effet, une interprétation limitant la notion de moyen pour pallier le handicap aux objets ou, comme nous l'avons vu, aux personnes en situation personnelle de handicap s'avèrerait contraire à l'objectif même de l'ajout de ce motif de discrimination distinct.

Premièrement, rien dans l'article 10 de la Charte ne vient limiter la notion de moyen pour pallier le handicap aux objets. La version anglaise est même davantage explicite à ce sujet, référant expressément à « any means to palliate a handicap ». Évidemment, pour être reconnu comme tel, il doit s'agir d'un moyen qui permet à une personne de favoriser son autonomie et d'alléger la situation de handicap dont elle est l'objet¹⁸⁶. Cela dit, du moment où ces éléments sont rencontrés, l'on doit constater qu'il s'agit d'un moyen pour pallier le handicap et ce, peu importe la nature de ce dernier¹⁸⁷.

Autrement, il s'agirait d'une interprétation s'éloignant de la lettre de la loi, non pas pour élargir la portée de la notion de

184. *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Bombardier Inc. (Bombardier Aéronautique Centre de formation)*, préc., note 10, par. 35. Également mentionné dans *Forget c. Québec (Procureur général)*, préc., note 39 et *Devine c. Québec (Procureur général)*, préc., note 39, p. 817.

185. RLRQ, c. C-12.

186. Définition proposée dans la section « Vers une définition de moyen pour pallier le handicap ».

187. L'étape suivante sera alors de déterminer si ce motif fut l'un des facteurs de la différence de traitement subie.

« moyen pour pallier le handicap » en fonction du caractère fondamental du droit à l'égalité, mais pour la restreindre en excluant les personnes aidantes.

Par ailleurs, les tribunaux reconnaissent que la notion de « moyen pour pallier le handicap » peut englober non seulement des objets, mais également des personnes. Il a par exemple été établi qu'une aidante¹⁸⁸ ou une interprète pour personnes malentendantes¹⁸⁹ pouvaient constituer des moyens pour pallier le handicap. De la même manière, dans une affaire impliquant une agente de réadaptation qui accompagnait un enfant souffrant d'une déficience visuelle à la garderie, le Tribunal mentionna que :

La Charte interdit non seulement la discrimination fondée sur le handicap, mais également la discrimination fondée sur l'utilisation d'un moyen pour pallier ce handicap. La présence à la garderie de madame Savoie, une agente de réadaptation fournie par l'Institut Nazareth et Louis-Braille, était le moyen choisi pour pallier le handicap de Daniel. On ne peut refuser des services à une personne handicapée en lui disant : « Toi, je t'accepte, mais il n'est pas question que tu entres dans mon établissement avec ta chaise roulante ». ¹⁹⁰

Deuxièmement, comme nous l'avons mentionné plus haut, l'une des distinctions entre la discrimination fondée sur le handicap et celle fondée sur le moyen pour y pallier est que, dans la seconde, il n'est pas nécessaire de prouver l'existence d'un handicap personnel afin de bénéficier de la protection. Ce constat a

188. *P.L. c. Québec (Emploi et Solidarité sociale)*, préc., note 147, par. 84, 88 et 90 : « [...] le requérant est d'abord allé demeurer chez la requérante pour pallier son handicap. [...] Le requérant a besoin d'aide pour pratiquement toutes ses activités quotidiennes. S'il ne va pas chercher cette aide auprès de la requérante, il devra la trouver, puisqu'il n'a pas les moyens financiers de se payer des services, auprès des quelques services sociaux et organisations communautaires existants dont les moyens sont très limités et à moyen terme, recourir à l'hébergement en institution. Obliger le requérant à un tel choix constitue une atteinte à la dignité de la personne. [...] Considérant ce qui précède, le Tribunal est d'avis que le requérant habitait avec la requérante avant tout pour pallier son handicap et non en raison de lien effectif [sic] qui les unissait. »

189. *Centre de la communauté sourde du Montréal métropolitain inc. c. Régie du logement* (préc., note 148) où le Tribunal souligne que : « lorsque le justiciable impliqué est une personne sourde gestuelle qui [...] ne s'exprime et ne comprend que la langue québécoise des signes et que la Régie refuse de fournir les services gratuits d'un interprète dans cette langue, la Régie offre ses services en faisant une distinction, une exclusion ou une préférence fondée sur le handicap et sur l'utilisation d'un moyen pour pallier ce handicap ».

190. *CDPDJ c. Garderie du Couvent*, préc., note 146, p.5.

récemment été reconnu dans l'arrêt *Matins de Victoria* alors que la Cour d'appel est venue préciser qu'en « dissociant la personne handicapée et le moyen pour pallier le handicap »¹⁹¹, le législateur a élargi la protection aux personnes qui ne sont pas personnellement en situation de handicap, mais qui ont la responsabilité d'un moyen pour y pallier¹⁹².

Enfin, à l'international, la Cour de Justice européenne a souligné que l'interdiction de la discrimination en raison d'un handicap ne se limite pas uniquement aux personnes handicapées, mais peut également s'appliquer aux parents d'un enfant en situation de handicap qui prodiguent l'essentiel des soins à son enfant¹⁹³. Cette affaire impliquait une dame qui fournissait l'essentiel des soins que son enfant en situation de handicap requérait. Elle soutenait avoir subi un traitement défavorable de la part de son employeur, en raison du fait qu'elle a la charge principale d'un enfant handicapé. La Cour de Justice mentionna que :

si [...] la personne qui a fait l'objet d'une discrimination directe fondée sur le handicap n'est pas elle-même handicapée, il n'en demeure pas moins que c'est bien le handicap qui [...] constitue le motif du traitement moins favorable dont elle allègue avoir été la victime. [...] Dès lors qu'il est établi qu'un employé [...] est victime d'une discrimination directe fondée sur le handicap, une interprétation de la directive 2000/78 [principe de l'égalité de traitement] limitant l'application de celle-ci aux seules personnes qui sont elles-mêmes handicapées serait susceptible de priver cette directive d'une partie importante de son effet utile et de réduire la protection qu'elle est censée garantir.¹⁹⁴

191. *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Côté*, préc., note 159, par. 26.

192. *Id.*, par. 26 et 28.

193. *Coleman c. Attridge Law*, affaire C-303/06, arrêt de la Cour (grande chambre) du 17 juillet 2008. Pour une étude détaillée de la protection internationale contre la discrimination fondée sur les responsabilités familiales, voir également : Kerri BENNET, « Family Responsibilities Discrimination: Towards a Universal International Claim », (2010) 7 *Journal of Law and Equality* 1. De la même manière, la Cour suprême dans l'arrêt *Ville de Montréal* (préc., note 3) a reconnu que la discrimination pouvait résulter « de distinctions fondées sur des caractéristiques personnelles attribuées à un individu [ou encore] de caractéristiques présumées. Les objectifs de la Charte [...] ne sauraient se réaliser à moins que l'on reconnaisse que les actes discriminatoires puissent être fondés [...] sur les perceptions, les mythes et les stéréotypes. » (par. 38-39).

194. *Coleman c. Attridge Law*, préc., note 193, par. 50-51. Voir également à cet effet : Jean HAUSER, « Discrimination indirecte pour cause d'exécution d'une obligation familiale », *RTD Civ.*, 2008, p. 653 qui souligne que : « la décision revient à affirmer que les textes européens prohibant la discrimination au travail et dans l'emploi sont applicables [...] quand une personne en est victime parce qu'elle est liée à une autre laquelle est handicapée ».

Ainsi, en fonction de l'objet du droit à l'égalité, la Cour mentionne qu'il n'est pas souhaitable d'exiger la preuve d'un handicap personnel pour bénéficier de protection contre la discrimination fondée sur le handicap. Or, limiter la discrimination fondée sur le moyen pour y pallier aux personnes handicapées serait *a fortiori* susceptible de priver l'article 10 « d'une partie importante de son effet utile et de réduire la protection qu'elle est censée garantir »¹⁹⁵. L'enjeu n'est pas de déterminer si la personne est en situation de handicap ou non, mais bien si un moyen pour pallier un handicap a été un facteur de la différence de traitement subie. Nous croyons donc que les tribunaux québécois devraient revenir sur les principes établis dans l'arrêt *Beauchesne* afin de reconnaître le rôle essentiel des aidants des personnes en situation de handicap.

- v. *La personne qui subit une différence de traitement due à l'utilisation d'un moyen pour pallier un handicap par une autre personne*

Enfin, dans un cinquième temps, nous soutenons que la protection contre la discrimination fondée sur l'utilisation d'un moyen pour pallier un handicap s'applique à la personne qui, bien que n'étant pas en situation de handicap, subit une différence de traitement due à l'utilisation d'un tel moyen par une autre personne. Or, les tribunaux refusent ici aussi de reconnaître la possibilité d'une telle application.

À ce propos, les faits de l'affaire *Acoca*¹⁹⁶ démontrent à nouveau un cas classique de discrimination fondée sur un moyen pour pallier le handicap. Madame Acoca est la mère de A.-G.A. qui est atteinte d'un trouble envahissant du développement. Afin de pallier son handicap, A.-G.A. utilise un chien d'assistance nommé Mao de la Fondation Mira¹⁹⁷. Madame Acoca a l'habitude de récompenser sa fille lorsqu'elle a un bon comportement en l'amenant à un magasin pour lui acheter un cadeau. Lorsqu'elle s'est présentée chez *Destination Dollar Plus* avec sa fille accom-

195. *Coleman c. Attridge Law*, préc., note 193, par. 50-51

196. *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Destination Dollar Plus inc.*, 2014 QCTDP 15 – que nous avons plaidé pour la Commission.

197. *Id.*, par. 5 et 8.

pagnée de Mao, on lui refusa l'accès parce que les chiens, sauf ceux d'aveugles, y sont interdits¹⁹⁸.

Le Tribunal a conclu que la jeune fille a fait l'objet d'une exclusion en raison de la présence de son chien d'assistance, qui est un moyen utilisé pour pallier un handicap¹⁹⁹. Ayant ainsi décidé, il a toutefois estimé que, depuis les arrêts *Beauchesne*²⁰⁰ et *Potvin*²⁰¹, « les parents de l'enfant handicapé n'ont pas droit à une réparation en raison de la discrimination dont leur enfant aurait été l'objet »²⁰².

À notre avis, c'est l'ensemble du groupe qui a collectivement fait l'objet de refus d'accès fondé sur l'utilisation d'un moyen pour pallier le handicap. Il y a ici une situation de « discrimination par association ». À cet effet, le professeur Proulx mentionne que :

Si une exclusion ou une préférence doit être fondée directement ou indirectement sur l'un des motifs énumérés à l'article 10, cela ne signifie pas pour autant que le demandeur doit obligatoirement

-
198. Cela démontre d'ailleurs l'importance des efforts de la Fondation Mira et de la Commission des droits de la personne pour sensibiliser la population à la réalité de chiens d'assistance pour d'autres handicaps, comme l'autisme. Le Tribunal reconnaît non seulement le droit d'une personne souffrant d'une déficience visuelle d'avoir recours à un chien-guide comme moyen de pallier cette déficience, mais aussi que ce droit s'applique également aux personnes souffrant d'une déficience physique ou cognitive qui utilisent un chien d'assistance. Notamment dans *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. 9096-4545 Québec Inc.*, préc., note 142, par. 15, 17 (QC TDP) ; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Montuori Holdings Corporation (Pizzeria Napoli enr.)*, préc., note 66, par. 37 ; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. 9051-5396 Québec inc. (Camping Plage de la baie)*, préc., note 142, par. 39 ; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. 9157-6652 Québec inc. (Restaurant Le Coin Grec)*, préc., note 142, par. 41 ; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Coopérative de taxis de Montréal*, préc., note 142, par. 63, 72.
199. *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Destination Dollar Plus inc.*, préc., note 196, par. 105.
200. *Beauchesne c. Syndicat des cols bleus regroupés de Montréal (SCFP-301)*, préc., note 178.
201. *Commission scolaire des Phares c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, préc., note 20, par. 179 et s. Dans cette affaire, la Cour d'appel a jugé qu'il n'y avait pas eu discrimination fondée sur le handicap (déficience intellectuelle) en matière de droit à l'égalité dans les services éducatifs par le refus de la Commission scolaire d'intégrer le jeune Potvin dans une classe ordinaire. La question s'arrêtait là. Pourtant, la Cour d'appel va plus loin, sans donner de motifs élaborés. Selon celle-ci, seul leur fils affecté de trisomie aurait eu droit à des dommages s'il avait été victime d'exclusion discriminatoire, puisque ses parents n'ont pas subi d'atteinte personnelle.
202. *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Destination Dollar Plus inc.*, préc., note 196, par. 106.

faire partie d'un des groupes visés par l'énumération pour invoquer son droit à la non-discrimination. Dans la mesure où il demeure la victime immédiate de la décision discriminatoire, un individu touché par une décision discriminatoire pourra invoquer l'article 10. On pense ici au cas d'un locateur qui refuse de louer un logement à quelqu'un non pas parce qu'il est noir, mais parce qu'il a un conjoint de couleur. Le candidat à la location est ici victime de discrimination par association puisqu'il subit personnellement les effets négatifs d'une décision fondée sur la race, bien que ce soit la race d'un autre.²⁰³

Qui plus est, la Cour suprême a souligné que : « [b]ien qu'il soit également clair que, pour que le plaignant bénéficie de la protection du par. 5(1)²⁰⁴, la discrimination doit être fondée sur l'un des motifs énumérés, il ne s'ensuit pas que l'acte discriminatoire doive être dirigé contre un groupe identifiable visé par le motif en question »²⁰⁵.

Ce principe a également été reconnu, comme nous l'avons mentionné précédemment, par la Cour de Justice européenne dans l'arrêt *Coleman*²⁰⁶. À cet effet, « the principle of equal treatment [...] does not apply to a particular category of persons but by reference to the grounds mentioned in article 1 [prohibited grounds of discrimination]. Consequently, employees who are not disabled but who are discriminated against because of the disability of a person connected with them fall within the personal scope of the directive »²⁰⁷. Ainsi, « la dignité humaine et l'autonomie personnelle qui fondent la lutte contre la discrimination ne s'attachent pas aux seules personnes cristallisant les facteurs discriminants, mais s'étendent également à leurs proches »²⁰⁸.

203. Daniel PROULX, « Le droit à l'égalité », préc., note 12, par. 105.

204. Art. 5(1) du *Code des droits de la personne*, LRO 1990, c. H-19, qui est similaire à l'article 10 de la Charte québécoise, mentionne que : « Toute personne a droit à un traitement égal en matière d'emploi, sans discrimination fondée sur la race, l'ascendance, le lieu d'origine, la couleur, l'origine ethnique, la citoyenneté, la croyance, le sexe, l'orientation sexuelle, l'âge, l'existence d'un casier judiciaire, l'état matrimonial, l'état familial ou un handicap. »

205. *B. c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, 2002 CSC 66, par. 40. Au même effet, le professeur Proulx mentionne également que « Les tribunaux en sont venus à la conclusion qu'il importe peu que la victime d'un traitement soit réellement handicapée, réellement célibataire ou autochtone pour bénéficier de la protection contre la discrimination. » (« Le droit à l'égalité », préc., note 12, par. 106).

206. *Coleman c. Attridge Law*, préc., note 193, par. 50-51.

207. Andrea ERIKSSON, « European Court of Justice : Broadening the scope of European nondiscrimination law », (2009) 7 *Int'l J. Const. L.* 731, p. 750.

208. Augustin BOUJEKA, « Le handicap par association », *RDSS*, 2008, p. 865, à la p. 866.

Par analogie, madame Acoca s'est vue refuser l'accès parce qu'elle était accompagnée de sa fille en situation de handicap qui utilise un chien d'assistance pour y pallier. L'équation est complète : par association madame Acoca a subi un refus discriminatoire qui aurait dû lui donner droit à des dommages.

De la même manière, prenons l'exemple d'une mère et de sa jeune fille se rendant au restaurant. Si cette dernière, qui se déplace en fauteuil roulant, se fait refuser l'accès en raison de son moyen pour pallier le handicap, nous soumettons qu'autant la jeune fille que la mère devraient pouvoir obtenir réparation. Effectivement, ce sont les deux personnes qui ont subi une différence de traitement dû à l'utilisation d'un moyen pour pallier le handicap.

Il pourrait être soulevé que la personne n'utilisant pas le fauteuil roulant n'a pas réellement subi de différence de traitement, étant donné qu'elle pouvait toujours décider d'aller seule au restaurant. Cependant, cette position ne peut être retenue. En effet, l'on contraindrait ainsi la personne à choisir entre abandonner la personne en situation de handicap ou subir également l'exclusion en quittant le restaurant. En fonction de l'objet du droit à l'égalité, ce choix ne devrait tout simplement pas exister. En effet, envisager la première possibilité reviendrait à considérer comme légitime une situation qui ne l'est pas. Abandonner à elle-même la personne en situation de handicap, venant de subir une exclusion discriminatoire, n'est pas une option concevable.

* * *

Autant la notion de handicap a été interprétée de manière large et libérale à partir de recherches sociales, autant celle de « moyen pour pallier le handicap » à partir des réalités sociales de la vie quotidienne doit l'être afin d'assurer aux personnes en situation de handicap le maximum d'autonomie et ainsi favoriser leur inclusion dans la société.

CONCLUSION

Débutant par les bases conceptuelles du droit à l'égalité en vertu la Charte québécoise pour ensuite nous concentrer sur la discrimination fondée sur le handicap ou l'utilisation d'un moyen pour y pallier, nous avons établi d'entrée de jeu l'état du droit actuel. Partant de là, il a été proposé une définition de la notion de « moyen pour pallier le handicap » qui, sans être étanche et dépourvue de souplesse, doit permettre d'englober *tout moyen permettant à une personne de favoriser son autonomie et d'alléger la situation de handicap dont elle est l'objet*.

Enfin, nous avons critiqué les applications restrictives de cette notion adoptées par nos tribunaux en examinant cinq situations qui sont susceptibles de faire entrer en jeu la protection contre la discrimination fondée sur le moyen pour pallier le handicap :

- i. la personne en situation de handicap qui utilise un moyen pour y pallier
- ii. la personne qui utilise un moyen pour pallier la possibilité de développer un handicap
- iii. la personne qui, bien que n'étant pas en situation de handicap, a la responsabilité d'un moyen utilisé pour pallier un handicap
- iv. la personne qui est elle-même un moyen pour pallier un handicap
- v. la personne qui subit une différence de traitement due à l'utilisation d'un moyen pour pallier un handicap par une autre personne.

Cette marche, qui est un marathon, pour l'intégration des personnes en situation de handicap est loin d'être terminée²⁰⁹. En raison de la nature systémique de la problématique, l'obligation d'accommodement individualisée ne peut à elle seule contrecarrer

209. Au cours de l'année 2013-2014, il y a eu 280 plaintes à la Commission des droits de la personne pour discrimination fondée sur le handicap ou sur le moyen pour y pallier, la plupart dans le domaine de l'emploi. Elles arrivent ainsi au premier rang puisqu'elles représentent 33 % de l'ensemble des plaintes, tous motifs confondus. Voir : Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, *Rapport d'activités et de gestion 2013-2014*, <http://www.cdpedj.qc.ca/Publications/RA_2013_2014.pdf>, à la p. 52.

les barrières sociétales auxquelles font face les personnes en situation de handicap. À cet égard, un second pas reste à franchir, celui de l'obligation légale d'accessibilité universelle²¹⁰.

Lorsque l'on examine la notion d'accessibilité universelle, nous découvrons qu'il s'agit d'élargir notre définition de ce qui constitue « la norme ». Il s'agit de penser dès le départ aux besoins de chacun afin d'éliminer « the artificial barriers which limit the lives of people with disabilities »²¹¹. De cette manière nous agissons en amont et ne créons pas de barrières qui devront être éventuellement surmontées. Même si elle est progressive dans sa mise en œuvre et conditionnelle aux ressources disponibles, cette façon de faire se doit d'être traduite en obligation juridique²¹².

Une interprétation large et libérale de la Charte québécoise doit permettre d'inclure cette obligation d'accessibilité universelle en tant que second corollaire du droit à l'égalité réelle et prolongement de l'obligation d'accommodement raisonnable qui peut avoir une portée systémique²¹³.

À cet effet, dans l'arrêt *Latif*, la Cour suprême souligne que le pouvoir de rendre des ordonnances enjoignant de prendre de telles mesures est prévu par la Charte :

Au-delà de l'interprétation large et libérale que commande la *Charte*, une lecture attentive de ses dispositions révèle la volonté

-
210. En droit international, cette notion s'entend par : « la conception de produits, d'équipements, de programmes et de services qui puissent être utilisés par tous, dans toute la mesure possible, sans nécessiter ni adaptation ni conception spéciale. La « conception universelle » n'exclut pas les appareils et accessoires fonctionnels pour des catégories particulières de personnes handicapées là où ils sont nécessaires » (*Convention relative aux droits des personnes handicapées*, Nations Unies, 2006, art. 2, al. 5).
211. Melinda JONES and Lee Ann BASSER MARKS, « Law and the Social Construction of Disability », dans *Disability, Diversity, and Legal Change*, Martinus Nijhoff Publishers, 1999, p. 5.
212. À cet effet, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe souligne dans la recommandation 1592 (2003) intitulée « *Vers la pleine intégration des personnes handicapées* » qu'il « ne suffit pas d'apporter aux personnes handicapées un soutien et une assistance, même si ces prestations sont indispensables à l'amélioration de la qualité de la vie. Il conviendrait de se fixer pour objectif politique commun, pour la prochaine décennie, de faire en sorte qu'elles puissent exercer les mêmes droits politiques, sociaux, économiques et culturels que les autres citoyens. »
213. *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, préc., note 36, par. 68, ainsi que Béatrice VIZKELETY, « Les développements jurisprudentiels relatifs à l'« égalité réelle » en emploi : maintenant aux employeurs d'agir », préc., note 11, p. 11-12.

du législateur de permettre à la Commission de prendre des mesures nécessaires pour éliminer la discrimination et ainsi protéger l'intérêt public. Plus particulièrement, l'art. 71 de la *Charte* précise que la Commission doit assurer « par toutes mesures appropriées, la promotion et le respect des principes contenus dans la présente Charte ». En outre, aux termes de l'art. 80, la Commission peut s'adresser à un tribunal « en vue d'obtenir, compte tenu de l'intérêt public, toute mesure appropriée contre la personne en défaut ou pour réclamer, en faveur de la victime, toute mesure de redressement qu'elle juge alors adéquate ». Cette disposition prévoit que les ordonnances que le Tribunal peut prononcer ne sont pas limitées à la réparation du préjudice subi par le demandeur, mais peuvent également inclure des mesures nécessaires dans l'intérêt public. [...]

Notre Cour a déjà insisté sur « la nécessité de la flexibilité et de la créativité dans la conception des réparations à accorder pour les atteintes aux droits fondamentaux de la personne ». Elle a en outre explicitement reconnu que la mise en œuvre de ces droits sous le régime de la Charte « peut conduire à l'imposition d'obligations de faire ou de ne pas faire, destinées à corriger ou à empêcher la perpétuation de situations incompatibles avec [celle-ci] ». ²¹⁴

Les groupes de défense des personnes en situation de handicap réclament l'adoption d'une loi-cadre sur l'accessibilité universelle ²¹⁵. Nous ne pouvons qu'appuyer cette revendication légitime

214. *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Bombardier Inc. (Bombardier Aéronautique Centre de formation)*, préc., note 10, par. 103-104. Pour illustrer cette application, prenons l'exemple d'un dossier impliquant l'Agence métropolitaine de Transport où la Commission a obtenu un jugement sur acquiescement. L'Agence ayant aboli les fonctions de guichetiers pour les titres de transport qui ne devenaient disponibles que par des distributrices, les personnes aveugles ou malvoyantes se retrouvaient sans accès aux trains de banlieue. Ce jugement sur acquiescement a prévu que l'Agence adapte l'environnement des gares pour les rendre plus accessibles et remplace les distributrices par d'autres adaptées comportant la technologie sonore. Ces mesures allaient dans le sens de l'intégration des personnes ayant un handicap visuel en éliminant les obstacles à leur accessibilité au niveau des trains de banlieue. Plutôt que de répondre à une problématique sociétale par une solution individuelle, les mesures de redressement systémiques permettent de tendre davantage vers l'objectif d'accessibilité universelle. Voir *CDPDJ c. Agence métropolitaine de Transport*, T.D.P., district de Montréal, n° 500-53-000203-032, 8 février 2006 – que nous avons plaidé pour la Commission. Voir également Béatrice VIZKELETY, « Les développements jurisprudentiels relatifs à l'« égalité réelle » en emploi : maintenant aux employeurs d'agir », préc., note 11, p. 21-22.
215. Ces revendications s'inspirent notamment de législations en ce sens en Ontario (*Loi de 2005 sur l'accessibilité pour les personnes handicapées de l'Ontario*, L.O. 2005, chap. 11 et le *Règlement sur les normes d'accessibilité intégrées de l'Ontario*, Règl. de l'Ont. 191/11) et aux États-Unis (*Americans with Disabilities Act Amendments Act of 2008* qui modifie l'*Americans with Disabilities Act of 1990*) pour protéger les personnes en situation de handicap.

qui viendrait renforcer l'obligation d'accommodement raisonnable découlant de la Charte²¹⁶. À ce niveau, le Québec a un retard à rattraper. La *Loi assurant l'exercice des droits des personnes handicapées*²¹⁷ est insuffisante puisqu'elle ne prévoit pas d'obligation de résultat et ne s'applique pas au secteur privé²¹⁸.

En somme, comment déclarer les droits à la dignité et à l'égalité d'une personne si l'on ne cesse de la désigner par des termes empreints de stigmates élevés ? Comment déclarer son droit à l'égalité dans l'exercice de ses droits si aucune obligation légale n'existe pour enrayer à leurs sources les nombreux obstacles environnementaux qui se posent sur leur route au quotidien ? L'on doit socialement aller plus loin. L'histoire est donc à suivre et reste à écrire. La défense du droit à l'égalité est une quête continue et constante contre la discrimination.

216. Une loi-cadre pourrait par exemple inclure une obligation, faite à la Société de Transport de Montréal, de rendre toutes ses stations de métro accessibles aux personnes en situation de handicap dans un délai raisonnable.

217. RLRQ, c. E-20.1.

218. Quant au domaine de l'emploi, comme loi contraignante, donnons l'exemple du Code du travail français qui prévoit que tout employeur occupant au moins 20 salariés depuis plus de 3 ans est tenu d'employer à plein temps ou à temps partiel des travailleurs handicapés dans une proportion de 6 % de l'effectif total de l'entreprise. Les établissements ne remplissant pas ou que partiellement cette obligation doivent s'acquitter d'une contribution à l'Agefiph, le fonds pour l'insertion professionnelle des personnes handicapées. Voir les articles L5212-1, L5212-2 et L5212-9 du Code du travail (France).

L'obligation de notification en cas de violation de la confidentialité pour une entreprise du secteur privé

Antoine AYLWIN

Résumé

Les entreprises privées gèrent une quantité importante de renseignements personnels dans le cadre de leurs activités. Afin de protéger les personnes concernées, plusieurs mesures législatives ont été mises en place. À l'ère des banques de données informatiques connectées, la pression augmente pour une transparence accrue lorsque la confidentialité des renseignements personnels n'est pas préservée.

Le texte s'attarde à l'obligation de notification en cas de violation de la confidentialité des renseignements personnels. Au moment où le législateur québécois se questionne sur l'opportunité d'ajouter une telle obligation pour les organismes publics au Québec, nous abordons certaines lignes directrices et législations au Canada et à l'étranger. Ce texte traite ainsi des différentes modalités potentielles et l'auteur suggère un modèle approprié.

L'obligation de notification en cas de violation de la confidentialité pour une entreprise du secteur privé

Antoine AYLWIN*

I. INTRODUCTION	469
II. LIGNES DIRECTRICES AU CANADA	470
1. Au niveau fédéral	470
A. Limitation dans l'atteinte à la vie privée et évaluation préliminaire.	470
B. Évaluation des risques associés à la brèche dans la protection des données	471
C. Notification.	472
D. Prévention	474
2. Au Québec	474
A. Lignes directrices et recommandations de la CAI	475
B. Orientations gouvernementales de 2015	477
3. Autres provinces	478

* L'auteur tient à remercier l'étudiant en droit Jonathan Raizenne pour sa contribution dans le cadre de la recherche et de la rédaction du présent article, ainsi que Karl Delwaide et Francis Barragan pour leurs commentaires.

III. OBLIGATIONS LÉGISLATIVES AU CANADA	479
1. La <i>Personal Information Protection Act</i> de l'Alberta (« PIPA »)	479
2. La <i>Loi sur la protection des renseignements personnels et la prévention du vol d'identité</i> du Manitoba (« LPRPPVI »)	481
3. La <i>Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques</i> fédérale (« LPRPDE »)	482
4. Les obligations de notification dans les lois sectorielles sur la santé	485
A. Ontario	485
B. Terre-Neuve-et-Labrador	486
C. Nouveau-Brunswick	488
IV. CERTAINS MODÈLES INTERNATIONAUX	489
1. La Californie	489
2. Les autres États américains.	491
3. L'Union européenne	492
V. IMPACTS D'UNE VIOLATION DE LA CONFIDENTIALITÉ	495
VI. LES MODALITÉS POTENTIELLES	497
VII. CONCLUSION.	500

I. INTRODUCTION

L'utilisation des technologies de l'information ne cesse de s'étendre et les violations de la confidentialité de renseignements personnels hébergés sur support informatique ont naturellement suivi la même tendance. Il suffit de mentionner la découverte de la vulnérabilité logicielle « Heartbleed » au mois d'avril 2014 pour saisir l'ampleur des risques d'accès aux renseignements personnels recueillis par les entreprises. La faille Heartbleed a affecté les données de millions d'internautes abonnés aux populaires sites web SoundCloud¹ et Reddit², ainsi que les utilisateurs des systèmes d'exploitation Android³.

Plusieurs juridictions légifèrent pour obliger les entreprises à notifier les victimes d'un accès non autorisé à leurs renseignements personnels. De telles obligations commencent à être mises en place au Canada. Toutefois, plusieurs questions concernant les modalités de cette notification demeurent sans réponse. Les violations de la confidentialité devraient-elles être portées à la connaissance des victimes dans tous les cas ? À défaut d'une notification systématique, selon quels critères la violation de la confidentialité devrait-elle être évaluée ? Devrait-on notifier un organisme de réglementation ?

Afin d'approfondir la réflexion sur ces questions, cet article traite des sujets suivants :

- Une révision des lignes directrices au Canada en matière de violation de la confidentialité ;
- Un recensement des obligations législatives de notification en cas de violation de la confidentialité existant au Canada ;

1. Brendan Codey, « Security Update: We're Going to Sign out Everyone, Here's Why » (9 avril 2014), *The SoundCloud Blog* (blogue), en ligne : <<https://blog.soundcloud.com/2014/04/09/heartbleed/>>.

2. alienth, « we Recommend That You Change Your Reddit Password » (14 avril 2014), publié sur *Announcements*, en ligne : Reddit <http://www.reddit.com/r/announcements/comments/231hl7/we_recommend_that_you_change_your_reddit_password>.

3. Charles Arthur, « Heartbleed makes 50m Android phones vulnerable, data shows » (15 avril 2014), *The Guardian*, en ligne : <<http://www.theguardian.com/technology/2014/apr/15/heartbleed-android-phones-vulnerable-data-shows>>.

- L'identification de certains modèles internationaux sur la notification en cas de violation de la confidentialité ;
- Une discussion sur les impacts d'une violation de la confidentialité pour une organisation ;
- Un résumé des différentes modalités potentielles et nos commentaires sur le modèle approprié.

II. LIGNES DIRECTRICES AU CANADA

1. Au niveau fédéral

En 2007, le Commissariat à la protection de la vie privée du Canada a publié certaines directives destinées aux entreprises du secteur privé⁴. Pour le Commissariat, il y a atteinte à la vie privée lorsqu'il y a une collecte ou un accès non autorisé de renseignements personnels en violation des lois applicables en la matière⁵. Ces lignes directrices encouragent les organisations à prendre certaines mesures lors d'une violation de la confidentialité.

Les lignes directrices adoptées n'ont aucune portée obligatoire, mais servent de guide sur les meilleures pratiques à adopter selon le Commissariat à la protection de la vie privée du Canada.

Voici les quatre étapes du processus proposé dans ces lignes directrices :

A. Limitation dans l'atteinte à la vie privée et évaluation préliminaire

Le Commissariat recommande tout d'abord aux entreprises de mettre fin le plus rapidement possible à la violation de la confidentialité. Ainsi, la pratique qui a permis l'accès non autorisé aux renseignements personnels doit cesser immédiatement⁶. Les systèmes de sécurité en place doivent être inspectés pour corriger les

4. Canada, Commissariat à la protection de la vie privée du Canada, *Lignes directrices : Principales étapes à suivre par les organisations en cas d'atteintes à la vie privée*, Gatineau, 1^{er} août 2007. Rappelons que la loi fédérale s'applique à toutes les entreprises au Canada, à l'exception des activités d'une entreprise dans une province pour laquelle un décret d'exclusion a été adopté, soit principalement la Colombie-Britannique, l'Alberta et le Québec.

5. *Ibid* à la p 1.

6. *Ibid* à la p 2.

lacunes qui ont permis la violation de la confidentialité. À partir du moment où l'accès non autorisé est arrêté, l'entreprise doit mener un processus d'enquête pour évaluer la situation. À cette fin, il est recommandé de désigner une personne ou une équipe chargée d'enquêter sur les circonstances entourant la violation de la confidentialité. De plus, les personnes concernées au sein de l'organisation devraient être mises au courant de la survenance de la violation de la confidentialité (départements informatique, juridique et de communication par exemple)⁷.

Les organismes publics canadiens ont une obligation supplémentaire découlant de la *Trousse d'outils pour la gestion des atteintes à la vie privée* publiée par le Secrétariat du Conseil du Trésor du Canada en 2014⁸. En complément à ce qui précède, ces organismes doivent rédiger un rapport préliminaire dans le cadre de cette première étape⁹. La préparation d'un tel rapport pourrait également être utile pour une entreprise privée, pour mieux documenter la violation de la confidentialité, faciliter les communications avec les autorités de réglementation et les personnes concernées. Un tel exercice est utile dans l'objectif de limiter la responsabilité civile de l'entreprise.

B. Évaluation des risques associés à la brèche dans la protection des données

Afin de déterminer si les victimes doivent être notifiées, la deuxième étape propose l'identification des éléments suivants :

- **L'évaluation de la sensibilité des renseignements personnels en cause.** Certains renseignements sont plus sensibles que d'autres, tels que les données sur la santé, les pièces d'identité émises par le gouvernement ainsi que les numéros de comptes financiers¹⁰. Toutefois, une analyse contextuelle s'impose puisque le même type d'information pourrait être considéré plus ou moins sensible selon le contexte. Par exemple, la liste des noms et adresses des abonnés d'un journal ne serait pas aussi sensible que la liste des abonnés qui ont demandé une interruption de service pendant une période donnée pour leurs

7. *Ibid.*

8. Canada, Secrétariat du Conseil du Trésor du Canada, *Trousse d'outils pour la gestion des atteintes à la vie privée*, Ottawa, SCT, 20 mai 2014, en ligne : <<http://www.tbs-sct.gc.ca/atip-aiprp/tools/pbmt-togap/pbmt-togappr-fra.asp>>.

9. *Ibid.*

10. *Supra* note 4 à la p 3.

vacances¹¹. En matière de violation de la confidentialité, plus l'information est sensible, plus les risques de préjudice augmentent.

- **La cause et l'étendue de l'accès aux renseignements personnels.** La découverte de la cause et de l'étendue pourrait servir à déterminer s'il y a un risque que la violation de la confidentialité se reproduise dans le futur¹². Dans le cas d'un problème systémique, le risque de récurrence est beaucoup plus prononcé que dans les cas d'incidents isolés.
- **Les personnes concernées par l'accès.** Il faut identifier les renseignements personnels compromis et déterminer qui sont les personnes touchées par cette divulgation : des employés de l'entreprise, des fournisseurs de services, des clients ou d'autres individus.
- **Les préjudices prévisibles découlant de la violation de la confidentialité.** Est-ce que la violation de la confidentialité peut entraîner des risques pour la sécurité de la victime, des pertes financières ou bien une atteinte à sa réputation ? Le contexte peut aider à évaluer les préjudices potentiels plus précisément. Par exemple, la perte d'une liste d'abonnés à une publication spécialisée pour les personnes atteintes d'une maladie causerait un préjudice plus important que la perte d'une liste similaire d'abonnés à un journal national¹³. Les dirigeants de l'entreprise concernée doivent aussi anticiper la réaction du public au moment où les victimes seront notifiées de la divulgation non autorisée. Dans les cas extrêmes, les dirigeants doivent déterminer si la notification en elle-même poserait un risque pour la santé ou la sécurité publique.

C. Notification

Le Commissariat ne suggère aucune obligation systématique de notifier les personnes victimes d'une violation de la confidentialité. Il recommande plutôt de traiter la notification des violations de la confidentialité au cas par cas. Toutefois, le Commissariat demande à être avisé par l'entreprise dans tous les cas, même si les victimes ne sont pas notifiées¹⁴.

11. *Ibid.*

12. *Ibid.*

13. *Ibid.* à la p 4.

14. *Ibid.*

Afin de déterminer s'il faut notifier les individus victimes de violations de la confidentialité, les entreprises doivent considérer plusieurs facteurs. Tout d'abord, dans les cas où l'entreprise a une obligation contractuelle de notification, elle doit respecter cette obligation. Le Commissariat recommande également de notifier les personnes visées dans les cas où il existe un risque raisonnable de vol d'identité ou de fraude et lorsque la personne concernée risque de subir un dommage physique¹⁵. Un autre facteur identifié par le Commissariat est la capacité de l'individu, une fois informé de la violation de la confidentialité, d'éviter ou d'atténuer les dommages éventuels. Ainsi, dès que la violation de la confidentialité cause tous les dommages prévisibles avant que la victime puisse en être informée, la notification subséquente par l'organisation privée n'aurait aucun effet de prévention.

Lorsque l'entreprise décide d'informer les victimes de la violation de la confidentialité, la notification devrait être effectuée le plus rapidement possible afin que ces victimes puissent prendre les mesures nécessaires pour se protéger¹⁶. Il est à noter que dans les cas de vols ou d'activités criminelles présumés, le Commissariat suggère à l'entreprise d'aviser les services policiers de la faille de sécurité informationnelle.

Dans certaines circonstances, le Commissariat est d'avis que les organisations privées peuvent avoir tout intérêt à notifier les victimes d'une violation de la confidentialité, puisque le fait pour une entreprise de procéder à la notification des personnes concernées lui permet de démontrer sa transparence dans la gestion de l'incident. Ces actions pourraient ainsi avoir un impact favorable sur l'opinion et la confiance du public envers l'entreprise en question. L'opinion publique étant susceptible d'influencer concrètement les résultats financiers d'une entreprise, une notification rapide et efficace aux victimes pourrait s'avérer bénéfique pour l'entreprise¹⁷.

Finalement, la notification est un mécanisme approprié afin de réduire la responsabilité civile de l'entreprise. Il est raison-

15. *Ibid* à la p 5.

16. *Ibid* aux pp 4-5.

17. Éloïse Gratton et Frédérick Néron, « Bris de sécurité informationnelle : étapes à suivre et gestion de risques » dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, *Les 20 ans de la Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé (2014)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2014, à la p 45.

nable de penser qu'à partir du moment où l'entreprise divulgue la violation de la confidentialité, les individus ne pourront plus se plaindre devant le tribunal d'avoir été laissés dans l'ignorance, sans pouvoir agir.

D. Prévention

Une fois la violation de la confidentialité contenue et les victimes informées, le Commissariat suggère l'élaboration d'un plan de prévention. Ce plan pourrait contenir plusieurs éléments tels qu'une vérification de la sécurité physique et technique de l'entreprise, un examen des pratiques de formation des employés ou une inspection des prestataires de services¹⁸. Il serait également pertinent pour les entreprises de mettre en place un registre des divulgations non autorisées afin de compiler les atteintes à la vie privée et d'atténuer les risques de récidive.

Ceci étant dit, il nous semble évident que la mise en place d'un plan de prévention proactive avant l'existence d'une violation de la confidentialité s'impose pour le prévenir, plutôt que la prise de mesures réactives après un tel événement.

2. Au Québec

Deux lois québécoises réglementent la protection des renseignements personnels, soit la *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels*¹⁹ et la *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*²⁰. Ces lois ne comportent pas actuellement d'obligation de notification aux victimes d'une violation de la confidentialité. La Commission d'accès à l'information (« CAI ») invite toutefois le gouvernement québécois à ajouter une telle obligation de notification dans la législation.

Dans l'intervalle, la CAI a publié en avril 2009 des lignes directrices sous la forme d'un « Aide-mémoire ».

18. *Supra* note 4 à la p 8.

19. RLRQ c A-2.1 [*Loi sur l'accès*].

20. RLRQ c P-39.1 [*Loi sur le secteur privé*].

A. Lignes directrices et recommandations de la CAI

Les entreprises au Québec ont l'obligation de prendre les mesures de sécurité nécessaires pour assurer la protection des renseignements personnels qu'elles détiennent²¹. Lorsque ces mesures de sécurité ne parviennent pas à prévenir une violation de la confidentialité, la CAI identifie six étapes pour réagir à la situation :

- i. évaluation préliminaire de la situation ;
- ii. limiter l'atteinte à la vie privée ;
- iii. évaluer les risques ;
- iv. aviser les organisations et les personnes concernées ;
- v. évaluation approfondie de la situation et prévention ; et
- vi. suivi²².

Les entreprises et les organismes peuvent également, sur une base volontaire, aviser la CAI de la survenance d'une violation de la confidentialité impliquant des renseignements personnels²³.

L'évaluation préliminaire se veut une étape d'enquête pour identifier les renseignements personnels concernés, les victimes, le contexte et les circonstances entourant la violation de la confidentialité. À cette étape, les autorités externes (service de police, la CAI) ainsi que les intervenants concernés à l'interne (dirigeants de l'entreprise, conseillers juridiques, etc.) peuvent être informés de la violation de la confidentialité²⁴. En parallèle et en utilisant les résultats de l'enquête, la violation de la confidentialité doit être arrêtée. Ensuite, les risques d'effets préjudiciables sont évalués et l'entreprise doit décider s'il convient d'informer les personnes concernées de la violation de la confidentialité. La CAI recommande que les victimes reçoivent une notification dans les

21. *Ibid*, art 10.

22. Québec, Commission d'accès à l'information, *Aide-mémoire à l'intention des organismes et des entreprises : Que faire en cas de perte ou de vol de renseignements personnels ?*, Montréal, CAI, 2009.

23. Québec, Commission d'accès à l'information, *Rapport quinquennal 2011 : Technologies et vie privée à l'heure des choix de société*, Montréal, CAI, 2011 à la p 38.

24. *Supra* note 22 à la p 2.

cas où la perte ou le vol de renseignements personnels présente un risque de préjudice²⁵. Le terme « préjudice » n'est cependant pas défini dans cet *Aide-mémoire*. La Commission recommande d'envisager d'entrer en contact avec certains autres intervenants, tels que les agences de crédit, un cocontractant, ou un ordre professionnel²⁶. Suite aux diverses notifications, il importe d'approfondir l'analyse des circonstances entourant la perte ou le vol, de formuler des recommandations relatives aux stratégies de prévention et de prévoir le suivi devant être effectué²⁷.

La CAI aborde la question de la notification des violations de la confidentialité de manière plus précise dans son rapport quinquennal publié en 2011²⁸. Elle propose l'adoption d'une obligation de déclaration des violations de la confidentialité à la CAI et, dans certaines circonstances, aux victimes²⁹. L'obligation de déclarer les violations de la confidentialité aurait un caractère curatif et renforcerait l'obligation préventive de mise en place des mesures de sécurité adéquates³⁰. Pour la CAI, l'instauration de cette obligation aurait plusieurs effets bénéfiques tels que la réduction des répercussions négatives relatives au vol d'identité et l'amélioration de la confiance des citoyens envers les entreprises qui collectent leurs renseignements personnels³¹.

La Commission propose un mécanisme en deux étapes. En premier lieu, la *Loi sur l'accès* et la *Loi sur le secteur privé* créeraient l'obligation de déclarer à la Commission toute violation de la confidentialité présentant un risque pour des renseignements personnels³². En deuxième lieu, la CAI déterminerait si les victimes doivent être notifiées compte tenu des mesures prises pour limiter la violation de la confidentialité et de la sensibilité des renseignements personnels en question³³. Seule la CAI serait habilitée à ordonner une telle notification ; les entreprises et organismes conserveraient par contre la liberté de notifier les victimes de leur propre chef.

25. *Ibid* à la p 4.

26. *Ibid*.

27. *Ibid* aux pp 5-6.

28. *Supra* note 23.

29. *Ibid* à la p 37.

30. *Ibid* à la p 39.

31. *Ibid* à la p 41.

32. *Ibid* à la p 42.

33. *Ibid*.

B. Orientations gouvernementales de 2015

En 2015, le gouvernement québécois a diffusé de nouvelles orientations relatives au respect du droit à la vie privée³⁴. Ce communiqué expose uniquement les positions du gouvernement quant aux devoirs des organismes publics en matière de protection des renseignements personnels. Le gouvernement mentionne qu'il entend poursuivre sa réflexion au sujet d'une modification éventuelle de la *Loi sur le secteur privé* afin de moderniser le régime de protection des renseignements personnels détenus par les entreprises³⁵. Nous croyons que certaines orientations relatives aux organismes publics indiquent les approches que le gouvernement provincial risque de favoriser lors de sa réflexion sur la législation du secteur privé.

La 17^e recommandation des orientations gouvernementales est la suivante : « Obliger les organismes publics à gérer de façon transparente les incidents de sécurité portant sur des renseignements personnels »³⁶. Plus précisément, le gouvernement annonce vouloir inclure une nouvelle section dans la *Loi sur l'accès* qui porterait sur la déclaration des violations de la confidentialité ainsi que des dispositions pour obliger les organismes publics à informer les victimes et la CAI de la survenance de tels événements³⁷. Les individus victimes d'une violation de la confidentialité seraient ainsi notifiés dès que l'incident pose un risque d'atteinte à la vie privée et à la protection des renseignements. La Commission aurait de son côté l'obligation de publier un répertoire des violations de la confidentialité présentant un risque d'atteinte significative aux droits des victimes sur son site Web³⁸. Ainsi, le gouvernement ne semble pas retenir la possibilité d'imposer une notification automatique.

Le Québec semble donc être sur le point d'adopter des modifications législatives qui s'inscrivent dans un courant de trans-

34. Québec, Ministère du Conseil exécutif, *Orientations gouvernementales pour un gouvernement plus transparent, dans le respect du droit à la vie privée et la protection des renseignements personnels*, Québec, Secrétariat à l'accès à l'information et à la réforme des institutions démocratiques, 2015.

35. *Ibid* à la p 8.

36. Québec, Ministère du Conseil exécutif, *Orientations gouvernementales pour un gouvernement plus transparent, dans le respect du droit à la vie privée et la protection des renseignements personnels : Synthèse*, Québec, Secrétariat à l'accès à l'information et à la réforme des institutions démocratiques, 2015 à la p 24.

37. *Supra* note 34 à la p 109.

38. *Ibid*.

parence modelé sur la législation albertaine³⁹, qui prévoit une obligation de divulgation des violations de la confidentialité des renseignements détenus par les entreprises du secteur privé. Un projet de loi est attendu dans les prochains mois pour en dévoiler les modalités particulières, suite aux travaux de la Commission des institutions, qui a tenu des consultations publiques tenues durant le mois de septembre 2015.

3. Autres provinces

D'autres provinces ont publié des directives destinées tant aux organismes publics qu'aux entreprises du secteur privé relativement aux étapes à suivre lors d'une violation de la confidentialité. En général, les orientations des gouvernements provinciaux en question s'inspirent des directives publiées par le Commissariat fédéral en 2007. Par exemple, la Colombie-Britannique identifie les mêmes quatre étapes : (i) limitation de la violation de la confidentialité, (ii) évaluation des risques y associés, (iii) notification, et (iv) prévention⁴⁰. Cependant, le gouvernement de la Colombie-Britannique fournit des explications supplémentaires relatives aux cas où la notification des victimes affectées devient nécessaire. Les lignes directrices prévoient une notification obligatoire (« notification of the individuals affected *must occur* ») dans tous les cas où la loi ou un contrat impose une telle notification⁴¹. En l'absence d'une obligation légale ou contractuelle, les organisations ont le choix de faire une notification ou non. Pour prendre cette décision, l'organisation devrait évaluer la possibilité d'un risque de vol d'identité, de préjudice physique, d'humiliation, d'atteinte à la réputation, ou de perte d'opportunités d'affaires.

Quant à lui, le gouvernement ontarien identifie seulement deux étapes à suivre en cas de violation de la confidentialité : (i) maîtrise de la situation, et (ii) notification⁴². Le contenu de ces

39. *Supra* note 34 à la p 107.

40. Colombie-Britannique, Office of the Information and Privacy Commissioner for British Columbia, *Privacy Breaches: Tools and Resources*, Victoria, OIPC, 2 avril 2012 à la p 3.

41. *Ibid* à la p 21.

42. Ontario, Commissaire à l'information et à la protection de la vie privée de l'Ontario, *Protocole en cas de violation de la vie privée Lignes directrices pour les institutions gouvernementales*, Toronto, CIPVPO, 1^{er} décembre 2006 (révisé mai 2014). Malgré son titre, le commissaire précise que ces directives peuvent être utilisées par toute organisation.

deux étapes reflète grandement les étapes correspondantes dans les lignes directrices exposées jusqu'à présent. Toutefois, lorsque des informations financières sont concernées, les directives ontariennes prévoient que l'entreprise encourage les individus affectés à contacter leurs institutions financières directement⁴³. En Colombie-Britannique, les orientations gouvernementales suggèrent aux entreprises de contacter les assureurs et les institutions financières des victimes⁴⁴, et cela même à l'insu de celles-ci. L'approche de l'Ontario semble reposer davantage sur le consentement des victimes et leur donner un rôle actif dans la réparation.

Certaines juridictions ont décidé d'introduire des obligations légales afin d'encadrer le processus de notification des personnes concernées par les violations de la confidentialité. C'est ce que nous allons voir dans la prochaine section.

III. OBLIGATIONS LÉGISLATIVES AU CANADA

1. La *Personal Information Protection Act* de l'Alberta (« PIPA »)

L'Alberta est la première juridiction canadienne à avoir implanté en mai 2010 une obligation de notification des violations de la confidentialité. La PIPA prévoit un mécanisme en deux étapes. En premier lieu, l'entreprise doit en informer le commissaire à la vie privée de l'Alberta, lorsqu'il y a un « réel risque de préjudice grave » :

34.1 (1) An organization having personal information under its control must, without unreasonable delay, provide notice to the Commissioner of any incident involving the loss of or unauthorized access to or disclosure of the personal information where a reasonable person would consider that there exists a real risk of significant harm to an individual as a result of the loss or unauthorized access or disclosure⁴⁵. (nos soulignements)

En deuxième lieu, dès que l'entreprise avise le commissaire à la vie privée de l'Alberta de la violation de la confidentialité, ce dernier doit décider s'il convient d'obliger l'entreprise en question

43. *Ibid* à la p 2.

44. *Supra* note 42 à la p 11.

45. *Personal Information Protection Act*, SA 2003, c P-6.5, art 34.1.

à notifier les victimes⁴⁶. Le législateur albertain a décidé de renforcer cette obligation avec la possibilité d'imposer une pénalité pouvant s'élever à 100 000 \$ dans les cas où les entreprises manquent à leur devoir d'informer le commissaire à la vie privée⁴⁷. Les entreprises peuvent également décider d'informer les victimes de la violation de la confidentialité avant même de notifier le commissaire à la vie privée de l'Alberta⁴⁸.

Afin d'interpréter le critère de « réel risque de préjudice grave », le gouvernement albertain a publié des directives d'interprétation.

D'une part, le préjudice grave (« significant harm ») réfère à un préjudice qui a des conséquences importantes pour la victime, notamment une perte de revenus, un vol d'identité, une atteinte à l'intégrité physique, ou une atteinte à la réputation personnelle ou professionnelle⁴⁹. Par exemple, le préjudice qui pourrait découler de la perte d'un numéro d'assurance sociale (NAS) peut être considéré comme grave, puisque la victime s'expose à un risque de fraude ou de vol d'identité. Le paragraphe 34.1(1) prévoit un critère objectif pour déterminer si la violation de la confidentialité doit être communiquée au commissaire : une personne raisonnable considérerait-elle que le préjudice en question comporte des conséquences graves pour les victimes⁵⁰ ? Puisqu'il s'agit d'un critère objectif, l'identité de la victime importe peu. Cependant, le contexte général et les circonstances de la violation de la confidentialité doivent tout de même être appréciés. Ainsi, la perte d'une liste de clients appartenant à un refuge pour femmes victimes de violence conjugale comporterait des conséquences beaucoup plus importantes que la perte d'une liste de membres d'un centre de conditionnement physique⁵¹.

D'autre part, le concept du risque réel (« real risk ») équivaut à un degré raisonnable de probabilité que le préjudice grave en question surviendra. Par exemple, dans la mesure où les données

46. Terry Gao et Rahim Esmail, « Clotting Heartbleed: Guidance on Privacy Breaches, Notification Obligations and Proposed Amendments to Privacy Legislation » (6 mai 2014), *Canadian Tech Law Blog* (blogue), en ligne : <<http://www.canadiantechlawblog.com/2014/05/06/clotting-heartbleed-guidance-on-privacy-breaches-notification-obligations-and-proposed-amendments-to-privacy-legislation>>.

47. *Supra* note 45, art 59(1)(e.1), art 59(2)(b).

48. Alberta, Service Alberta, *Notification of a Security Breach : Personal Information Protection Act Information Sheet 11*, Edmonton, avril 2010 à la p 1.

49. *Ibid.*, note 48 à la p 2.

50. *Ibid.*, à la p 3.

51. *Ibid.*

sont recouvrées avant qu'un tiers puisse y accéder, ce critère ne serait pas rempli. Le risque réel ne peut être hypothétique, théorique ou spéculatif⁵². Tout comme le critère pour la gravité du préjudice, il s'agit d'un critère objectif. Les dirigeants de l'entreprise concernée doivent se demander si une personne raisonnable considérerait que la divulgation des renseignements en question comporte un risque réel d'occasionner un préjudice grave⁵³.

Entre mai 2010 et avril 2012, le commissaire à la vie privée de l'Alberta a reçu un total de 151 déclarations de violation de la confidentialité. 63 de ces violations de la confidentialité présentaient un risque réel de préjudice grave et ont nécessité la notification des victimes⁵⁴. Les motifs soutenant les décisions du commissaire de traiter ces violations de la confidentialité varient selon les circonstances. Cependant, dans la plupart des cas où l'information divulguée était hautement sensible, notamment la perte d'un NAS en combinaison avec un autre identifiant personnel, le commissaire a décidé qu'il existait un risque réel de préjudice grave et a ordonné que les victimes soient informées⁵⁵. Au contraire, dans le cas de renseignements sensibles cryptés ou protégés d'une manière similaire, le commissaire a généralement conclu qu'il n'y avait aucun risque réel de préjudice grave⁵⁶.

2. La Loi sur la protection des renseignements personnels et la prévention du vol d'identité du Manitoba (« LPRPPVI »)

En 2013, la *Loi sur la protection des renseignements personnels et la prévention du vol d'identité* du Manitoba a reçu la sanction royale, mais n'est toujours pas en vigueur à ce jour. Cette loi contient une obligation de notification des violations de la confidentialité pour les entreprises privées. L'obligation contenue dans la LPRPPVI diffère de celle contenue dans la PIPA de l'Alberta :

34. (2) Une organisation doit, dès que possible et de la manière prescrite, aviser un particulier si des renseignements personnels le

52. *Ibid.*

53. *Ibid.*

54. Alberta, Office of the Information and Privacy Commissioner of Alberta, *Personal Information Protection Act: A Snapshot – Two Years of Mandatory Breach Reporting (May 2010 to April 2012)*, Calgary, OIPCA, 2012 à la p 1.

55. *Ibid.*, à la p 3.

56. *Ibid.*

concernant et qui relèvent d'elle sont volés ou perdus ou si ces renseignements font l'objet d'un accès non autorisé⁵⁷.

Il appert que la législation manitobaine n'impose aucun devoir de notification à un organisme de réglementation, tel le Bureau de l'Ombudsman de la province. La disposition prévoit plutôt l'obligation de l'organisation privée de notifier directement les victimes.

L'obligation de divulgation proposée par la LPRPPVI ne comporte aucune balise quant au type de violation de la confidentialité qui doit faire l'objet d'une notification. Ainsi, le critère du risque réel de préjudice grave contenu dans la PIPA de l'Alberta n'est pas été repris par le législateur manitobain, ce dernier optant plutôt pour une obligation générale de notification. Les entreprises seraient alors contraintes de notifier les victimes de façon systématique.

La législation prévoit toutefois une exception à cette obligation de notification. Si l'entreprise privée « est convaincue que l'utilisation illégale des renseignements personnels est pratiquement impossible », elle n'est pas obligée de déclarer la violation de la confidentialité aux victimes⁵⁸. Compte tenu du vocabulaire utilisé dans cette disposition, il est probable que l'emploi de cette exception pour éviter l'obligation de divulgation soit peu fréquent. Ainsi, la grande majorité des violations de la confidentialité devraient être communiquées aux victimes. On peut se questionner sur l'effet désensibilisant d'une obligation aussi étendue de notification auprès de la population de la province. De plus, l'utilisation d'un critère différent d'une province à l'autre risque de causer des maux de tête aux entreprises ayant des activités à l'échelle canadienne.

3. La Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques fédérale (« LPRPDE »)

Le 18 juin 2015, la *Loi sur la protection des renseignements personnels numériques* a reçu la sanction royale. Cette loi modifie

57. *Loi sur la protection des renseignements personnels et la prévention du vol d'identité*, CPLM c P33.7, art 34(2).

58. *Ibid*, art 34(3)(b).

plusieurs dispositions de la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*⁵⁹. Entre autres, le gouvernement fédéral a instauré une obligation de notification des violations de la confidentialité pour les entreprises privées. À l'instar de la loi manitobaine, les dispositions relatives à cette obligation ne sont pas en vigueur à ce jour. Les dispositions relatives à l'obligation de notification entreront en vigueur à une date ultérieure proclamée par décret.

Le législateur fédéral s'est inspiré du texte de la PIPA de l'Alberta pour élaborer le processus de notification de la LPRPDE :

10.1 (1) L'organisation déclare au commissaire toute atteinte aux mesures de sécurité qui a trait à des renseignements personnels dont elle a la gestion, s'il est raisonnable de croire, dans les circonstances, que l'atteinte présente un risque réel de préjudice grave à l'endroit d'un individu⁶⁰.

Ainsi, nous retrouvons le même critère du « risque réel de préjudice grave » pour baliser l'obligation de notification. Contrairement à la législation albertaine, la notion du « préjudice grave » est définie à même la loi fédérale. Il est indiqué qu'un tel préjudice vise notamment la lésion corporelle, l'humiliation, le dommage à la réputation, la perte financière, le vol d'identité ainsi que la perte de possibilités d'emploi ou d'occasions d'affaires ou d'activités professionnelles⁶¹. Le législateur fédéral a donc cru bon d'adopter une définition étendue afin d'assujettir les entreprises privées à une obligation de notification étendue.

Les facteurs servant à établir si une violation de la confidentialité présente un « risque réel » de préjudice grave sont identifiés comme étant : le degré de sensibilité des renseignements personnels en question, la probabilité que les renseignements aient été mal utilisés ou soient en train ou sur le point de l'être, ainsi que tout autre élément prévu par règlement⁶².

59. LC 2000, c 5.

60. PL S-4, *Loi sur la protection des renseignements personnels numériques*, 2^e sess, 41^e parl, 2014, art 10.1(1) (sanction royale le 18 juin 2015).

61. *Ibid*, art 10.1(7).

62. *Ibid*, art 10.1(8).

Bien que l'obligation de notification contenue dans la LPRPDE soit similaire à celle de la PIPA de l'Alberta, elle comporte néanmoins quelques différences :

- La loi énonce deux obligations de notification distinctes et indépendantes. Le premier paragraphe de l'article 10.1 de la LPRPDE prévoit que l'entreprise victime de l'atteinte aux mesures de sécurité doit notifier le Commissariat à la protection de la vie privée dans les cas où elle juge qu'il existe un risque réel de préjudice grave à l'endroit des individus concernés. En parallèle, l'entreprise doit également notifier directement les victimes, à moins qu'une règle de droit ne l'interdise⁶³ ;
- La LPRPDE prévoit une obligation de notification sous-jacente à des tiers. Lorsque l'entreprise est d'avis que la violation de la confidentialité présente un risque réel de préjudice grave et notifie les victimes, elle doit également aviser toute autre organisation ou institution gouvernementale susceptible d'être en mesure de réduire le risque ou d'atténuer le préjudice en question⁶⁴. D'autres organisations, notamment les agences de crédit et les institutions financières, pourront alors avoir accès à certains renseignements personnels de la victime sans consentement ;
- La LPRPDE oblige les entreprises à tenir un registre de toutes ses violations de la confidentialité⁶⁵. Cette disposition ne fait aucune distinction entre les violations de la confidentialité comportant des risques réels de préjudice grave et les événements ne satisfaisant pas ce critère. Ainsi, l'organisation doit cataloguer chaque violation de la confidentialité qu'elle subit, peu importe son importance à l'égard des victimes. On peut penser que le contenu de ce registre pourrait être potentiellement invoqué contre l'entreprise dans le cadre d'un litige portant sur une atteinte aux mesures de sécurité dans la mesure où l'avocat du plaignant requiert la production du registre pendant le processus de communication de la preuve⁶⁶.

63. *Ibid*, art 10.1(3).

64. *Ibid*, art 10.2(1).

65. *Ibid*, art 10.3(1).

66. Alex Cameron, Antoine Aylwin et Myriam Robichaud, « Loi sur la protection des renseignements personnels numériques : modifications importantes apportées à la législation canadienne en matière de protection des renseignements personnels » (6 juillet 2015), *Bulletin Protection de l'information et de la vie privée* (blogue), en ligne : <<http://www.fasken.com/fr/loi-protection-renseignements-personnels-numeriques-modifications-importantes-legislation-canadienne-protection-renseignements-personnels/>>.

4. Les obligations de notification dans les lois sectorielles sur la santé

Afin de faire un tour d'horizon complet des obligations de notification de violation de la confidentialité, nous tenons à mentionner au passage les trois lois sectorielles provinciales qui s'appliquent à des renseignements sur la santé principalement détenus par des organismes du secteur public.

A. Ontario

La *Loi de 2004 sur la protection des renseignements personnels sur la santé*⁶⁷ de l'Ontario prévoit une obligation de notification à son article 16(2) :

16(2) Le dépositaire de renseignements sur la santé qui utilise ou divulgue des renseignements personnels sur la santé sans le consentement du particulier qu'ils concernent d'une manière qui ne correspond pas à l'exposé de ses pratiques relatives aux renseignements visés à l'alinéa (1)a) prend les mesures suivantes :

- a) il informe le particulier des utilisations et des divulgations à la première occasion raisonnable, sauf si, en application de l'article 52, le particulier n'a pas le droit d'avoir accès à un dossier des renseignements ;
- b) il prend note des utilisations et des divulgations ;
- c) il verse la note aux dossiers de renseignements personnels sur la santé concernant le particulier, dont il a la garde ou le contrôle, ou la consigne sous une forme qui est liée à ces dossiers.

Il est intéressant de noter que ce mécanisme prévoit une notification systématique de toute utilisation ou divulgation des renseignements personnels sans consentement. C'est le mécanisme le plus étendu dans les obligations législatives recensées. La loi ne prévoit aucun critère relatif à l'existence d'un préjudice et on inclut sans ambiguïté l'utilisation sans consentement pour déclencher l'obligation de notification. De plus, une autre obligation s'ajoute, soit celle de documenter au dossier du patient la violation de la confidentialité. Cette obligation peut se comprendre dans un contexte de dossier de santé, mais est probablement difficilement applicable en dehors de ce contexte.

67. LO 2004, c 3, ann A.

B. Terre-Neuve-et-Labrador

La *Personal Health Information Act*⁶⁸ de Terre-Neuve-et-Labrador adoptée en 2008 prévoit ce qui suit à son article 15(3) à (7) au sujet de l'obligation de notification :

(3) Except as otherwise provided in subsections (6) and (7), a custodian that has custody or control of personal health information shall notify the individual who is the subject of the information at the first reasonable opportunity where the information is

(a) stolen;

(b) lost;

(c) disposed of, except as permitted by this Act or the regulations; or

(d) disclosed to or accessed by an unauthorized person.

(4) Where a custodian reasonably believes that there has been a material breach as defined in the regulations involving the unauthorized collection, use, or disclosure of personal health information, that custodian shall inform the commissioner of the breach.

(5) Notwithstanding a circumstance where, under subsection (7), notification of an individual by a custodian is not required, the commissioner may recommend that the custodian, at the first reasonable opportunity, notify the individual who is the subject of the information.

(6) Where a custodian is a researcher who has received personal health information from another custodian under section 44, he or she may not notify an individual who is the subject of the information that the information has been stolen, lost, disposed of in an unauthorized manner or disclosed to or accessed by an unauthorized person unless the custodian who provided the information to the researcher first obtains the individual's consent to contact by the researcher and informs the researcher that the individual has given consent.

(7) Subsection (3) and subsection 20(3) do not apply where the custodian reasonably believes that the theft, loss, unauthorized disposition, or improper disclosure or access of personal health information will not have an adverse impact upon

68. SNL 2008, c P-7.01.

- (a) the provision of health care or other benefits to the individual who is the subject of the information; or
- (b) the mental, physical, economic or social well-being of the individual who is the subject of the information.

La notion de « material breach » est définie à l'article 5 du *Personal Health Information Regulations*⁶⁹ :

5. The factors that are relevant to determining what constitutes a material breach for the purpose of subsection 15(4) of the Act include the following:

- (a) the sensitivity of the personal health information involved;
- (b) the number of people whose personal health information was involved;
- (c) whether the custodian reasonably believes that the personal health information involved has been or will be misused; and
- (d) whether the cause of the breach or the pattern of breaches indicates a systemic problem.

Nous notons que la liste des incidents donnant lieu à une obligation de notification est spécifiquement prévue. On prévoit une notification à la personne concernée à la première éventualité et la notification au Commissaire à la vie privée provincial en cas de « material breach », tel que défini par règlement. Il est intéressant de noter les quatre critères retenus : la sensibilité des renseignements, le nombre de victimes, le risque d'utilisation préjudiciable et la présence d'un problème systémique. On peut toutefois critiquer le fait que la pondération de ces différents critères ouvre la porte à des difficultés d'application pratique afin de savoir quelle combinaison de ces facteurs entraîne l'obligation de notification.

Il y a une exception à l'obligation de notification en l'absence de préjudice. Le Commissaire à la vie privée se réserve toutefois la discrétion de recommander la notification aux victimes de la violation de la confidentialité.

69. NLR 38/11.

C. Nouveau-Brunswick

En 2010, la *Loi sur l'accès et la protection en matière de renseignements personnels sur la santé*⁷⁰ du Nouveau-Brunswick est entrée en vigueur avec une obligation de notification prévue à l'article 49(1)c) :

49(1)c) de notifier, la personne physique visée par les renseignements personnels sur la santé et le commissaire, à la première occasion raisonnable et conformément aux règlements, que ces renseignements ont été :

- (i) volés,
- (ii) perdus,
- (iii) éliminés, sauf dans les cas permis par la présente loi,
- (iv) communiqués par une personne non autorisée ou que celle-ci y a eût accès ; »

Cette disposition est complétée par l'article 19 du *Règlement général*⁷¹ adopté en vertu de cette loi :

19(1) Si survient un cas de violation de la vie privée mentionnée au sous-alinéa 49(1)c)(i), (ii) ou (iii) de la Loi, le dépositaire des renseignements personnels sur la santé en avise à la première occasion raisonnable les personnes suivantes :

- a) celle qui est visée par les renseignements, que ce soit en personne, par téléphone ou par écrit ;
- b) le commissaire.

19(2) Lorsqu'il donne un avis en vertu du paragraphe (1), le dépositaire fournit les renseignements suivants :

- a) le nom du dépositaire ;
- b) le nom et les coordonnées de la personne désignée par le dépositaire pour répondre aux demandes de renseignements concernant les pratiques relatives aux renseignements qu'a adoptées le dépositaire ;

70. LN-B 2009, c P-7.05.

71. Règl du N-B 2010-112.

- c) une description de la nature de la violation de la vie privée ;
- d) la date et le lieu de la violation de la vie privée ;
- e) la date à laquelle le dépositaire a pris connaissance de la violation de la vie privée.

Dans cette obligation, on note une obligation systématique de notification, sans exception, dans des cas prévus spécifiquement à la loi. La notification se fait à la fois à la victime et au Commissaire à l'accès aux renseignements personnels sur la santé et à la protection de la vie privée de la province. Il est intéressant de noter que le règlement prévoit le contenu de l'avis envoyé aux victimes.

Il est légitime de se questionner sur la nécessité d'assujettir les organismes publics à une obligation de notification similaire à celle des entreprises privées. Il faut également se rappeler que les renseignements visés par ces lois sont sensibles, puisqu'ils portent sur la santé des personnes concernées. Nous retenons toutefois que ces trois mécanismes sont intéressants et ajoutent à la réflexion sur les modalités potentielles de la mise en place d'une obligation de déclarer les violations de la confidentialité.

IV. CERTAINS MODÈLES INTERNATIONAUX

1. La Californie

En 2002, la Californie fait figure de pionnière en se dotant d'une législation qui impose aux organismes publics et aux entreprises une obligation de notification des violations de la confidentialité aux victimes. En effet, le *California Civil Code* prévoit que toute entreprise qui détient des renseignements personnels numériques doit déclarer toute violation de la confidentialité aux personnes qui en sont victimes⁷². Le législateur californien y précise également les renseignements personnels assujettis à l'obligation de notification. L'entreprise doit informer une victime d'une violation de la confidentialité si son nom, en combinaison avec un autre élément d'information confidentielle (son numéro d'assurance sociale, son permis de conduire, ses données médicales, etc.), fait l'objet d'une violation de la confidentialité⁷³.

72. Cal. Civ. Code § 1798.82(a) (1872).

73. *Ibid.*, § 1798.82(h).

Bien que la loi impose une obligation de notification au bénéfice de toutes les victimes de toute violation de la confidentialité, il est à noter que les autorités publiques sont informées uniquement dans certains cas. Seules les violations de la confidentialité affectant plus de 500 résidents californiens doivent être signalées au procureur général de la Californie⁷⁴. La loi prévoit la notification du public en général dans les trois éventualités suivantes : la notification individuelle des victimes excède un coût de 250 000 \$, le nombre de personnes à être notifiées dépasse 500 000, ou l'entreprise ne possède pas les informations de contact suffisantes⁷⁵. Ces cas sont identifiés par le Code civil californien comme des incidents de notification alternative (« substitute notice »). La notification au public doit se faire à la fois par : (i) courriel aux personnes concernées, (ii) avis sur le site Web de l'entreprise affectée, (iii) déclaration de la violation de la confidentialité aux médias californiens d'envergure, et (iv) envoi de l'avis au *California Office of Privacy Protection*⁷⁶.

Chaque année, le procureur général, en collaboration avec le *California Office of Privacy Protection*, recense les données recueillies en vertu de l'obligation de notification des violations de la confidentialité. En 2013, la procureure générale de la Californie a reçu un total de 167 notifications de violation de la confidentialité impliquant les renseignements personnels de plus de 500 résidents californiens⁷⁷, ce qui représente une augmentation de 28 % par rapport aux données de l'année précédente. Le nombre de déclarations auprès de la procureure générale en 2014 a totalisé 187, une augmentation supplémentaire de 12 %⁷⁸. Les violations de la confidentialité demeurent un problème important en Californie, plus de 10 ans après la mise en place d'une obligation de notification. Le bureau de la procureure générale recommande l'implantation de mesures de sécurité plus efficaces et des solutions de cryptage plus avancées pour encoder les données personnelles recueillies. Il est également proposé à la législature

74. *Ibid.*, § 1798.82(f).

75. *Ibid.*, § 1798.82(j)(3).

76. É.-U., California Office of Privacy Protection, *Recommended Practices on Notice of Security Breach Involving Personal Information*, janvier 2012, à la p 14.

77. É.-U., Office of the Attorney General, California Department of Justice, *California Data Breach Report : October 2014* à la p iv.

78. É.-U., Office of the Attorney General, *California Data Breach Statistics : January 2015*, à la p 1.

californienne d'étendre l'obligation de notification des violations de la confidentialité à la procureure générale⁷⁹.

2. Les autres États américains

Depuis l'instauration du régime californien en 2002, 47 États américains ont adopté des lois similaires visant à encadrer la procédure appropriée de notification des violations de la confidentialité aux victimes. En général, les standards édictés par chacune des législatures ne diffèrent pas de façon importante. Toutefois, certains législateurs préfèrent l'adoption d'un standard d'application générale qui remplacerait les procédures de notification propres à chaque État. Lors du discours de janvier 2015 sur l'état de l'Union des États-Unis, le président Obama a incité le Congrès américain à adopter un règlement fédéral pour encadrer les violations de la confidentialité :

No foreign nation, no hacker, should be able to shut down our networks, steal our trade secrets, or invade the privacy of American families, especially our kids [...] I urge this Congress to finally pass the legislation we need to better meet the evolving threat of cyber attacks.⁸⁰

Le gouvernement américain a présenté un projet de loi au mois de mars 2015 intitulé *Personal Data Notification and Protection Act of 2015* (« PDNPA »). La PDNPA est présentement à l'étude par le sous-comité de la Constitution et de la justice civile. Il est proposé dans ce projet de loi de contraindre toute entreprise qui recueille des données personnelles d'au moins 10 000 personnes au cours d'une période donnée de 12 mois d'informer les victimes de toute violation de la confidentialité⁸¹. La PDNPA prévoit également plusieurs exceptions à l'obligation de notification, telle que l'inexistence d'un risque raisonnable de préjudice à l'endroit des victimes⁸², ou l'implantation par l'entreprise d'un programme de sécurité qui bloque la transmission non autorisée de renseignements personnels⁸³.

79. *Supra* note 77 à la p v.

80. Le président Barack Obama, allocution sur l'état de l'Union (2015), 20 janvier 2015 [non publiée], en ligne : <<https://www.whitehouse.gov/the-press-office/2015/01/20/remarks-president-state-union-address-january-20-2015>>.

81. É.-U., Bill HR 1704, *The Personal Data Notification and Protection Act of 2015*, 114^e Cong, 2015, § 101(a).

82. *Ibid.*

83. *Ibid.*, § 102(c)(1)(A).

Les partisans de la PDNPA font valoir que la mise en place d'un standard national pour la gestion des violations de la confidentialité aura des effets bénéfiques pour les entreprises qui desservent des clients domiciliés dans plusieurs États⁸⁴. Bien que les différentes lois étatiques sont souvent similaires, il existe plusieurs différences au niveau pratique. Par exemple, les entreprises localisées à Washington D.C. qui recueillent les informations de clients résidant au Maryland ou en Virginie, des États voisins, doivent être au courant de trois régimes législatifs comportant tous leurs propres exigences réglementaires. En effet, le *District of Columbia Official Code* ne donne aucune indication quant au contenu de la notification à être faite aux victimes d'une violation de la confidentialité⁸⁵. Au contraire, la *Personal Information Protection Act* du Maryland⁸⁶ et le *Code of Virginia*⁸⁷ prévoient des exigences précises quant au contenu de l'avis à être communiqué aux victimes (l'inclusion des détails de la violation de la confidentialité et des renseignements divulgués, les coordonnées de l'entreprise, le numéro de téléphone de la Federal Trade Commission, etc.). Le projet de loi fédérale, quant à lui, exige un contenu prédéterminé, de manière semblable aux lois du Maryland et de la Virginie. Ainsi, l'instauration d'un seul régime de notification des violations de la confidentialité uniformiserait les pratiques commerciales dans chaque État, ce qui créerait sans doute des gains en efficacité pour les entreprises.

3. L'Union européenne

Le système de protection de la vie privée présentement en vigueur dans l'Union européenne (« l'UE ») occasionne certains problèmes pour les entreprises assujetties. En raison de la proximité des pays, les entreprises européennes doivent connaître et s'adapter à chacun des 27 différents régimes et organismes de réglementation nationaux. Sur un territoire géographique restreint, cette fragmentation de la réglementation applicable entre les pays membres de l'UE entraîne des coûts administratifs importants pour les petites et moyennes entreprises (« PME »)

84. Karla Grossenbacher, « Businesses need a preemptive federal law on data breach notification » (24 juillet 2015), *The Hill*, en ligne : <<http://thehill.com/blogs/congress-blog/judicial/248978-businesses-need-a-preemptive-federal-law-on-data-breach>>.

85. D.C. Code, tit 28 § 3852.

86. Md. Code, Com. Law § 14-3504 (2010).

87. Va Code Ann. § 18.2-186.6.

ainsi qu'une difficulté supplémentaire pour ces dernières lorsque vient le temps de percer de nouveaux marchés⁸⁸. En parallèle, les données révélées par la plus récente étude ordonnée par la Commission européenne indiquent un sérieux manque de confiance à l'endroit des compagnies qui détiennent les renseignements personnels de leur clientèle. En effet, les deux tiers (67 %) des personnes sondées se disent préoccupées par le manque de contrôle qu'elles peuvent exercer au niveau des renseignements communiqués sur l'Internet⁸⁹. Qui plus est, sept citoyens sur dix (70 %) craignent que leurs renseignements personnels soient utilisés à des fins différentes de celles auxquelles ils ont consenti⁹⁰.

En 2012, la Commission européenne a entrepris un processus de modernisation du régime de protection de la vie privée avec un projet de règlement. Il y est proposé de réunir toutes les juridictions membres de l'UE sous une seule législation. Pareillement, les entreprises européennes seraient redevables à une seule entité de réglementation, soit celles du pays où est situé leur siège social⁹¹. De cette manière, les coûts administratifs et les délais de nature bureaucratique attribuables à une violation de la confidentialité touchant des victimes résidant dans plusieurs pays membres de l'UE seraient réduits considérablement. Il est estimé que cette harmonisation représenterait une épargne de 2,3 milliards d'euros par année⁹². À ce jour, le projet de règlement n'est pas en vigueur. Věra Jourová, Commissaire à la Justice, les Consommateurs et l'Égalité des Genres, annonçait en juin 2015 que la réforme sur la protection des renseignements personnels en question sera adoptée avant la fin de l'année 2015⁹³, ce qui n'est pas le cas.

La réglementation proposée inclut un nouveau régime de notification des violations de la confidentialité. En effet, l'article

88. CE, Commission, *Comment la réforme de la protection des données dans l'Union sera-t-elle profitable aux entreprises européennes ?*, Bruxelles, CE, à la p 1.

89. CE, Commission, « Data protection Eurobarometer out today » (24 juin 2015), CE, en ligne : <http://ec.europa.eu/justice/newsroom/data-protection/news/240615_en.htm>.

90. *Ibid.*

91. *Supra* note 88 à la p 2.

92. *Ibid.*

93. CE, Commission, « Remarks by Commissioner Jourová after the launch of the Data protection regulation trilogue » (24 juin 2015), CE, en ligne : <http://europa.eu/rapid/press-release_STATEMENT-15-5257_en.htm>.

31 de la proposition de règlement présentée en janvier 2012 énonce :

31 (1) En cas de violation de données à caractère personnel, le responsable du traitement en adresse notification à l'autorité de contrôle sans retard injustifié et, si possible, 24 heures au plus tard après en avoir pris connaissance. Lorsqu'elle a lieu après ce délai de 24 heures, la notification comporte une justification à cet égard⁹⁴.

Le règlement identifie le « responsable du traitement » comme étant la personne, l'entreprise ou l'agence qui détient les renseignements personnels et qui en détermine la finalité⁹⁵. Pareillement, l'« autorité de contrôle » est définie comme l'organisme de réglementation responsable de l'application de la législation dans le pays où se trouve le siège social de l'entreprise⁹⁶. Il semble que l'obligation de notification proposée indique alors que *toute* violation de la confidentialité doit être communiquée à l'autorité compétente du pays où est domiciliée la compagnie. En effet, le modèle européen ne prévoit ni une balise au niveau du préjudice subi par la victime ni une au niveau de la sensibilité des renseignements concernés.

Une violation de la confidentialité ne devrait pas faire l'objet d'une notification systématique aux victimes. Le législateur européen n'impose ce fardeau aux entreprises que dans le cas où la violation de la confidentialité pose un risque pour la protection des renseignements personnels en question :

32 (1) Lorsque la violation de données à caractère personnel est susceptible de porter atteinte à la protection des données à caractère personnel ou à la vie privée de la personne concernée, le responsable du traitement, après avoir procédé à la notification prévue à l'article 31, communique la violation sans retard indu à la personne concernée⁹⁷.

Le critère proposé par le projet de règlement semble difficile d'interprétation. La méthode d'évaluation de la possibilité qu'une violation de la confidentialité porte atteinte à la protection des

94. CE, *Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données*, [2012], art 31.

95. *Ibid*, art 4(5).

96. *Ibid*, art 4(19).

97. *Ibid*, art 32(1).

renseignements ou à la vie privée d'un individu n'est pas définie au règlement. Qui plus est, certains pourraient même considérer que toute violation de la confidentialité peut « potentiellement porter atteinte aux données à caractère personnel ». Si la volonté du législateur européen est en fait d'obliger une notification systématique aux victimes, les conséquences pourraient être importantes pour les PME.

L'expérience aux États-Unis et au Canada semble démontrer que l'imposition de cette obligation vient augmenter le nombre de notifications, le risque de poursuites et de recours collectifs intentés par les victimes, ainsi que la demande pour des produits d'assurance en cyber-responsabilité⁹⁸. Par ailleurs, l'instauration d'une telle obligation de divulgation pourrait même aller à l'encontre de l'objectif général de la réforme du régime de protection de la vie privée, soit la réduction d'obstacles administratifs et bureaucratiques imposés aux entreprises. Il est à noter que le projet de règlement prévoit une exception particulière à l'obligation de notifier les victimes. Si l'entreprise peut démontrer, à la satisfaction de l'autorité de réglementation, qu'elle a mis en œuvre des mesures de protection technologiques et que les renseignements divulgués bénéficient de ces mesures, la communication d'une violation de la confidentialité aux personnes concernées ne serait pas nécessaire⁹⁹. Ce critère risque de poser de sérieux défis d'application.

V. IMPACTS D'UNE VIOLATION DE LA CONFIDENTIALITÉ

La notification d'une violation de la confidentialité aux victimes est une arme à double tranchant pour les entreprises. D'une part, une réaction rapide et efficace peut avoir pour effet de mitiger les dommages, notamment en communiquant aux victimes les mesures de prévention nécessaires afin d'éviter un préjudice.

D'autre part, la notification donnera bien souvent des munitions à qui souhaite intenter une action en justice contre l'entreprise, y compris une action collective. Au cours des dernières années, plusieurs actions en justice relatives à l'accès

98. *Supra* note 76 à la p 2.

99. *Supra* note 76, art 32(3).

inapproprié à des renseignements personnels ont été intentées devant les tribunaux, incluant dans les circonstances suivantes :

1. En décembre 2006, l'accès sans autorisation aux numéros de carte de crédit de près de 2 millions de Canadiens détenus par les compagnies TJX (Winners, HomeSense, TJ Maxx)¹⁰⁰ ;
2. Entre 2011 et 2012, un conseiller de la Banque de Nouvelle-Écosse aurait transmis des renseignements confidentiels de 643 clients à sa copine¹⁰¹ ;
3. Entre 2011 et 2012, l'accès sans autorisation à 280 dossiers de patients du Peterborough Regional Health Center et la communication de certaines informations à des tiers¹⁰² ;
4. En novembre 2012, le gouvernement fédéral aurait perdu un disque dur non crypté contenant les informations personnelles de 583 000 étudiants participant au programme de prêts et bourses. L'information contenue dans le disque dur inclut notamment les noms, dates de naissance et numéros d'assurance sociale des victimes¹⁰³ ;
5. Entre 2009 et 2013, près de 8 300 patients de l'hôpital Rouge Valley (en majorité des mères venant d'accoucher) ont vu leurs informations personnelles transmises à des entreprises privées impliquées dans la vente de régimes enregistrés d'épargne-étude¹⁰⁴ ;
6. À partir de novembre 2013, Bell Canada aurait recueilli les renseignements personnels et les données relatives à la navigation Internet de ses clients de téléphonie cellulaire sans leur consentement. Bell aurait ensuite procédé à la vente de ces informations à des compagnies publicitaires¹⁰⁵ ;

100. *Wong v The TJX Companies Inc., Winners Apparel Inc.*, 2008 CanLII 3421 (ON SC).

101. *Evans v The Bank of Nova Scotia*, 2014 ONSC 2135.

102. *Hopkins v Kay*, 2014 ONSC 321 et 2015 ONCA 112. La demande d'autorisation d'appel à la Cour suprême a été rejetée le 29 octobre 2015.

103. *Condon c Canada*, 2014 CF 250 et 2015 CAF 159.

104. Commissariat à l'information et à la protection de la vie privée de l'Ontario, *PHIPA Order HO-013*, 16 décembre 2014, <<https://www.ipc.on.ca/images/Findings/ho-013.pdf>>.

105. Commissariat à la protection de la vie privée du Canada, *Résultats de l'enquête sur le Programme de publicité pertinente de Bell lancée par le commissaire*, rapport n° 2015-001, 7 avril 2015 <https://www.priv.gc.ca/cf-dc/2015/2015_001_0407_f.asp>.

7. À la fin 2013, la compagnie Target a subi une violation de la confidentialité impliquant les numéros de carte de crédit et de débit de près de 40 millions de ses clients¹⁰⁶. Un règlement a été entériné le 19 mars 2015 pour un montant de 10 millions de dollars¹⁰⁷ ;
8. En avril 2014, des pirates informatiques ont accédé à l'information associée aux cartes de crédit et de débit de près de 4 millions de clients de Home Depot¹⁰⁸ ;
9. Durant l'été 2015, les renseignements personnels et financiers de 1,2 million d'utilisateurs du site Web controversé AshleyMadison.com ont été rendus publics sans consentement par des pirates informatiques¹⁰⁹.

Des actions collectives ont été intentées dans tous ces dossiers pour des montants de plusieurs millions de dollars.

L'obligation de notifier devrait ainsi normalement mettre de la pression sur les entreprises pour les forcer à exercer une meilleure prévention des risques de violation de la confidentialité. Cela s'applique dans un domaine où la jurisprudence n'est pas encore fixée sur la part de responsabilité que l'entreprise doit assumer dans le cadre d'une action en dommages.

D'un autre côté, il serait important de réfléchir à la façon appropriée de favoriser la collaboration des entreprises par certains incitatifs, afin d'éviter qu'elles fassent le calcul qu'il serait plus « payant » de ne pas divulguer une violation de la confidentialité, étant donné les conséquences potentielles au niveau civil.

VI. LES MODALITÉS POTENTIELLES

En résumé de ce qui précède, nous avons tenté de rassembler dans le tableau suivant les différentes modalités possibles d'une obligation de notification potentielle et nous avons indiqué en

106. *Zuckerman v Target Corporation*, 2015 QCCS 1285.

107. Hiroko Tabuchi, *\$10 Million Settlement in Target Data Breach Gets Preliminary Approval*, New York Times, 19 mars 2015 <<http://www.nytimes.com/2015/03/20/business/target-settlement-on-data-breach.html>>.

108. *Yves Thériault c The Home Depot Inc.*, C.S.M. 500-06-000711-149 (désistement entériné par la Cour le 1^{er} septembre 2015).

109. Gabrielle Duchaine, *Affaire Ashley Madison : vers un recours collectif au Québec*, 28 août 2015, LaPresse.ca <<http://www.lapresse.ca/actualites/justice-et-affaires-criminelles/actualites-judiciaires/201508/28/01-4895984-affaire-ashley-madison-vers-un-recours-collectif-au-quebec.php>>.

caractère gras les modalités qui nous semblent les plus intéressantes :

QUAND notifier ?	• Tous les cas • Lorsque l'autorité de réglementation l'ordonne • Si la divulgation est utile • Risque de préjudice • Lorsque des renseignements sensibles sont en cause (selon une liste précise) • Risque sérieux de préjudice grave • Préjudice spécifique prévu : financier/physique/réputation • Lorsqu'il y a une obligation contractuelle
À QUI notifier ?	• <u>Et</u> lorsque les démarches de confinement n'ont pas permis de limiter substantiellement les risques • <u>Et</u> critère de balance des inconvénients de la divulgation • Registre interne • Organisme de réglementation • Institutions gouvernementales • Tiers privés (assureur, banque, agence de crédit) • Victimes • Grand public
QUOI notifier ?	• L'existence du bris • Transparence sur la nature du bris et les informations connues • Instructions pour réduire les impacts (banque, dossier de crédit, etc.) • Coordonnées pour avoir plus d'informations
COMMENT notifier ?	• Lettre • Courriel • Téléphone • Avis public

À l'instar de la législation albertaine et de la législation fédérale, nous privilégions l'option prévoyant que l'obligation de notification existe lorsque la violation de la confidentialité donne lieu à un risque sérieux de préjudice grave. Tout d'abord, nous ne croyons pas qu'il soit opportun qu'une entreprise doive notifier les victimes en l'absence de préjudice. Considérant les ressources nécessaires pour respecter cette obligation, cela nous semble un mauvais investissement. Ensuite, nous croyons utile de noter l'existence d'un risque sérieux, encore une fois afin d'éviter de créer un sentiment de panique chez les victimes, alors que la survenance d'un préjudice éventuel serait au mieux hypothétique. Étant donné que chaque violation de confidentialité diffère, il nous semble hasardeux de vouloir définir plus précisément le type de bris donnant lieu à une obligation de notification. L'expérience albertaine paraît fonctionner, ce qui démontre que ce critère semble un bon équilibre afin d'atteindre l'objectif poursuivi. Toutefois, pour des considérations pratiques, notamment au niveau du délai, nous croyons que l'entreprise devrait être en mesure de prendre la décision de notifier elle-même, sans attendre la décision d'un organisme de réglementation.

Nous estimons que les victimes devraient être notifiées en premier lieu. En effet, nous croyons que l'obligation de notification doit d'abord servir à notifier ces personnes, afin qu'elles puissent prendre les mesures qui s'imposent et être sur leurs gardes, et ainsi réduire tout potentiel de préjudice, dans la mesure du possible. Puisque la prévention du préjudice (fonction curative) est selon nous au cœur de l'obligation de notification, nous ne croyons pas que cet objectif pourrait être rempli de façon aussi efficace autrement.

Nous sommes d'avis que la notification devrait être suffisamment détaillée afin que les personnes concernées comprennent le risque en cause. En effet, une invasion dans une base de données par des pirates qui ont annoncé vouloir utiliser les données à mauvais escient ne comporte pas le même risque que la perte d'une clé USB dans un endroit inconnu. Il nous semble que la transparence sur les informations connues constitue également la meilleure façon de gérer les attentes des personnes concernées envers l'entreprise. À cela peuvent s'ajouter d'autres informations complémentaires afin de réduire les risques ou obtenir des ressources, mais cette portion de la notification peut être appelée à varier selon les circonstances. Nous croyons que des lignes directrices

pourraient être développées par les organismes de réglementation afin de s'adapter au contexte changeant de la technologie. Nous trouvons intéressante l'approche préconisée au Nouveau-Brunswick et dans certains États américains, où la réglementation prévoit spécifiquement certaines informations à être divulguées dans l'avis de notification.

La notification peut se faire selon les moyens de communication accessibles à l'entreprise, selon les coordonnées qu'elle possède sur le client. Entre différentes options, nous croyons que c'est le moyen le plus rapide qui doit être privilégié. Considérant l'utilisation importante du courriel dans les affaires, il nous semble que ce moyen serait vraisemblablement approprié dans de très nombreux cas afin d'atteindre l'objectif de célérité désiré.

Bien que certaines modalités doivent être prévues dans la législation, nous croyons important de rappeler que les organisations concernées doivent faire preuve de jugement et évaluer les mesures additionnelles requises dans les circonstances, comparativement au minimum prévu par la loi.

VII. CONCLUSION

La notification des violations de la confidentialité aux victimes de ceux-ci est un enjeu réglementaire pouvant être analysé de plusieurs perspectives. Du point de vue des victimes, toute divulgation des violations de la confidentialité à l'endroit de leurs renseignements personnels est souhaitable. Cette réalité est renforcée par la méfiance du public envers les entreprises qui récoltent des renseignements personnels. Du point de vue de ces entreprises, la notification aux victimes de chaque violation de la confidentialité, indépendamment de la gravité du bris en question, provoquerait des dépenses importantes et augmenterait les risques de poursuites mal fondées.

À notre avis, les modalités de notification doivent plutôt être établies en considérant conjointement les priorités des victimes et des entreprises.

Dans cet ordre d'idées, nous suggérons l'adoption d'une obligation de notification inspirée des différents modèles exposés jusqu'à présent, tant canadiens qu'internationaux. Afin de desservir les intérêts à la fois des victimes et des entreprises, il nous appa-

raît logique d'établir deux critères distincts relatifs à la notification à être faite à un organisme de réglementation et aux personnes victimes de la violation de la confidentialité.

En premier lieu, il reviendrait à l'entreprise d'évaluer non seulement la gravité du préjudice potentiel, mais également son risque de survenance. Tout comme ce que prévoient les modifications récentes à la loi fédérale (LPRPDE), l'entreprise informerait directement les victimes de la violation de la confidentialité si elle est d'avis que ce bris peut causer un préjudice grave. Ainsi, l'approche de la Commission d'accès à l'information exposée dans son rapport quinquennal en 2011 nous semble inadéquate. La décision de notifier les victimes de la violation de la confidentialité ne devrait pas incomber à la Commission, mais plutôt à l'entreprise qui a subi le bris en question et qui doit assumer ses responsabilités. De cette manière, l'entreprise pourrait éviter certaines dépenses supplémentaires relatives à la communication du bris à la Commission (temps consacré à la compilation de documents à être envoyés, obtention de rapports d'experts en cyber-technologie, autres coûts administratifs, etc.). Qui plus est, la notification directe aux victimes par l'entreprise serait nécessairement plus rapide que de passer par l'intermédiaire de la Commission, notamment dans un contexte où les ressources allouées aux activités de la Commission sont limitées. L'efficacité qui en résulterait s'inscrit dans un des objectifs identifiés par la Commission, soit celui de minimiser les conséquences qu'une violation de la confidentialité pourrait avoir pour les victimes et donner une chance à ces dernières de prévenir toute aggravation du préjudice déjà subi¹¹⁰.

Nous sommes également d'avis que les violations de la confidentialité divulguées aux victimes doivent se limiter à ceux qui comportent un risque réel de préjudice grave. Ce critère d'inspiration albertaine représente l'équilibre idéal entre les intérêts des victimes et ceux des entreprises qui détiennent leurs renseignements personnels. Si chaque violation de la confidentialité était communiquée aux victimes, peu importe la gravité des dommages qui pourraient en découler, ces dernières risqueraient de devenir désensibilisées aux violations de la confidentialité qui les concernent, ce qui constitue une critique fréquente du modèle californien qui prévoit une obligation de notification plus étendue. En

110. *Supra* note 22 à la p 41.

limitant le nombre de violations de la confidentialité communiqué, le risque de désensibilisation serait donc limité.

Enfin, les violations de la confidentialité représentent un problème important. En raison des développements au niveau des technologies de l'information, l'incitation pour les citoyens de communiquer leurs renseignements personnels sur une plateforme technologique ne cessera d'augmenter dans les prochaines années. Dans cette optique, plusieurs entreprises songent déjà à mettre en œuvre des mesures de sécurité responsables telles que la modernisation de l'infrastructure informationnelle, l'embauche et la formation de personnel qualifié, ainsi que l'élaboration de nouvelles politiques internes¹¹¹. Quoi qu'il en soit, les législatures provinciales devraient songer, lorsqu'elles adoptent des modifications à la réglementation en matière de protection des renseignements personnels, comme ce sera le cas sous peu au Québec, à y inclure une obligation de notification appropriée à la réalité des entreprises et des citoyens qui y sont assujettis. Finalement, l'harmonisation des dispositions à l'échelle nationale devrait être un objectif sérieusement envisagé pour simplifier et améliorer la conformité à de telles obligations.

111. Voir Hernan Barros et Walid Hejazi, « 2014 TELUS-Rotman IT Security Study », 2015 [non publié], en ligne : <<http://business.telus.com/en/campaigns/rotman-study-2014>> et Verizon, « 2015 Data Breach Investigations Report », 2015 [non publié], en ligne : <<http://www.verizonenterprise.com/DBIR/2015/>>.

Pratique du droit et influence du comportement

Mani ALLAMEHZADEH

Résumé

Depuis maintenant plusieurs années, nous assistons à un virage en procédure civile québécoise, qui a pour objet la valorisation des modes privés de règlement des différends, tels que la médiation. Dans ce contexte, le pouvoir d'influence des divers acteurs du système de justice prend une importance de premier plan.

Par ailleurs, la théorie de l'engagement, issue de la psychologie sociale, est remarquable à plusieurs égards dans le domaine de l'influence du comportement. Il existe, de surcroît, un lien étroit entre cette théorie et la médiation, qu'elle soit judiciaire ou extrajudiciaire. Elle sera donc utilisée en tant que base analytique du premier article du *Code de procédure civile* et comme source de réflexions ontologiques.

Pratique du droit et influence du comportement

Mani ALLAMEHZADEH*

INTRODUCTION	507
1. Développements récents en procédure civile	508
1.1 Droit positif	508
1.2 <i>Getting to yes</i>	509
2. Théorie psychosociologique de l'engagement	510
2.1 Engagement	510
2.2 Question éthique	513
2.3 Techniques d'influence du comportement	514
2.3.1 Le « pied-dans-la-porte » et les actes préparatoires	514
2.3.2 L'évocation de la liberté et le sentiment perçu de liberté	514
2.3.3 Le toucher et le contexte émotionnel ou cognitif	516
3. Importance de l'influence dans le travail des acteurs du système de justice	518

* Mani ALLAMEHZADEH est avocat et doctorant à l'Université de Montréal. Il est associé au Centre de recherche en droit public (CRDP) et concentre ses recherches sur la procédure civile québécoise et la culture juridique. Son mémoire de maîtrise, dirigé par la professeure Sylvette GUILLEMARD est intitulé : « Organisation légale de la médiation extrajudiciaire en procédure civile québécoise : Concordance avec la théorie psychosociologique de l'engagement ».

3.1	Influence et impartialité.	518
3.2	Acteurs	518
3.2.1	L'État / le législateur	518
3.2.2	Le juge.	520
3.2.3	Les parties au différend et le procureur . . .	520
3.2.4	Le médiateur	520
4.	Médiation et théorie psychosociologique de l'engagement	521
4.1	Harmonie des concepts	521
4.2	Techniques d'influence du comportement et médiation	522
4.2.1	Le « pied-dans-la-porte »	522
4.2.2	L'évocation de la liberté.	523
4.2.3	Le toucher	524
5.	Article 1 du Cpc et théorie de l'engagement	524
5.1	Article 1	524
5.2	Application d'une analyse basée sur l'engagement	528
	CONCLUSION	529

INTRODUCTION

« It was more difficult for me to secure this concession of payment by instalments than to get the parties to agree to arbitration. But both were happy over the result, and both rose in the public estimation. My joy was boundless. I had learnt the true practice of law. I had learnt to find out the better side of human nature and to enter men's hearts. I realized that the true function of a lawyer was to unite parties riven asunder. The lesson was so indelibly burnt into me that a large part of my time during the twenty years of my practice as a lawyer was occupied in bringing about private compromises of hundreds of cases. I lost nothing thereby – not even money, certainly not my soul »¹.

Durant le dernier siècle, nous avons eu l'occasion d'observer les limites du positivisme juridique. L'interdisciplinarité s'est rapidement imposée comme une alternative pour outrepasser le positivisme juridique².

Par ailleurs, les lois procédurales, les nombreuses directives aux juges, les règles de pratique, les mœurs et les coutumes des procureurs, sans compter la diversification des besoins des justiciables, participent à faire du droit procédural, un domaine vivant, en mutation.

L'objectif de ce texte sera de présenter les grandes lignes d'une analyse qui combine interdisciplinarité et procédure civile. Interdisciplinaire car elle consiste en l'application d'un cadre analytique tiré d'une discipline autre que le droit (la psychologie sociale) pour effectuer une analyse en droit et en politiques publi-

1. M.K. GANDHI, *An Autobiography: The Story of My Experiments with Truth*, Beacon Press, Boston, 1957. Traduction du Gujarati à l'anglais par M. DESAI, p. 134.

2. « L'interdisciplinarité constitue la manière la plus spontanée de projeter le juriste au-delà du texte. Quelle que soit la discipline à laquelle on recourt, elle suppose inévitablement le passage de l'étude du *quoi* à celle du *comment* ou du *pourquoi* ». P. NOREAU, « L'épistémologie de la pensée juridique : de l'étrangeté... à la recherche de soi », (2011) 52 *C. de D.* 671, p. 696.

ques³. Il s'agit donc d'exposer une analyse fondée sur une approche psychosociologique du droit.

Afin de présenter cette analyse, nous opterons pour un programme en cinq actes. (1) Nous débiterons par exposer succinctement certains développements en droit procédural québécois en lien avec les modes privés ou alternatifs des règlement de différends⁴. (2) Ensuite, nous présenterons la théorie psychosociologique de l'engagement. (3) Dans une troisième partie, nous traiterons de l'importance de l'influence dans le travail des acteurs du système de justice, pour ensuite (4) aborder la concorde qui existe entre la médiation et la théorie de l'engagement, et finalement, (5) donner un exemple d'application de cette théorie à une disposition légale, soit le premier article du *Code de procédure civile*⁵.

1. Développements récents en procédure civile

1.1 Droit positif

L'*Avant-projet de loi instituant le nouveau Code de procédure civile*⁶ fut une initiative mise de l'avant en 2011 pour remplacer l'ancien *Code de procédure civile*⁷. On y trouvait une volonté de tabler sur les modes PRD. Mais ce dessein n'est pas unique. Il semble en effet exister une récurrence de la volonté de favoriser les modes PRD à travers le temps. Citons à titre d'exemple la « faveur accordée à l'arbitrage » sous l'ancien régime en France et en Nouvelle-France⁸.

Le gouvernement du Québec a tenu en 2012 des auditions publiques à la suite du dépôt devant l'Assemblée nationale de

3. Il s'agit donc d'une approche psychologique du droit. Voir notamment : C. RÉGIS « L'approche psychologique du droit – Vers une meilleure compréhension des processus décisionnels » dans G. AZZARIA (dir.), *Les cadres théoriques et le droit : Actes de la 2^e Journée d'étude sur la méthodologie et l'épistémologie juridique*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2013, p. 301-322.

4. Ci-après : « modes PRD ».

5. *Loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, L.Q. 2014, c. 1. Ci-après : « Cpc ».

6. GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *Avant-projet de loi instituant le nouveau code de procédure civile*, Assemblée nationale, deuxième session, trente-neuvième Législature, 2011.

7. RLRQ, c. C-25.

8. A. DECROIX, D. GILLES, M. MORIN, *Les tribunaux et l'arbitrage en Nouvelle-France et au Québec de 1740 à 1784*, Montréal, Éditions Thémis, 2012, p. 15 et s. et p. 109.

l'Avant-projet. Ces débats ont abouti à l'adoption de ce qu'il convient maintenant d'appeler le Cpc.

Parallèlement, depuis 2015, le *Code de déontologie des avocats* requiert du procureur en exercice d'informer et de conseiller son client tout au cours de son mandat « sur l'ensemble des moyens disponibles pour régler son différend, dont l'opportunité de recourir aux modes de prévention et de règlement des différends »⁹.

Néanmoins, le changement de paradigme de résolution des différends désiré, d'un environnement antagoniste vers un espace participatif, outre des modifications au droit positif, impliquera nécessairement un mouvement dans les manières de procéder, dans les mœurs des différents acteurs du système. Car « [...] les changements formels perdent une partie de leur importance si on constate que la pratique ne change pas »¹⁰.

1.2 *Getting to yes*

Dans le domaine des résolutions alternatives des conflits, le livre « *Getting to yes: Negotiating Agreement without Giving In* »¹¹ a fait école. Issus de la prestigieuse université Harvard au Massachusetts, les auteurs mettent de l'avant une méthode non-antagoniste de négociation notamment axée sur la recherche des gains mutuels et réciproques (*win-win*)¹².

Prenons quelques instants pour penser à la première partie du titre de cet ouvrage. Dans le contexte des processus participatifs de règlement des différends, que signifie « *Getting to yes* » ? Le *oui* (*yes* en anglais) est utilisé comme métaphore de la transaction. Parvenir au *oui* signifie parvenir à une entente, à l'acceptation d'une offre de contracter.

Le dictionnaire Petit Robert¹³ dit à propos de ce petit mot à trois lettres : « Adverbe équivalent à une proposition affirmative qui répond à une affirmation non accompagnée de négation ».

9. RLRQ, c. B-1, r. 3.1, art. 42.

10. D. FYSON, « Les historiens du Québec face au droit », (2000) 34 *R.J.T.* 314.

11. R. FISHER et W.L. URY, *Getting to yes: Negotiating Agreement without Giving In*, New-York, Penguin Group, 1981, 200 p.

12. *Id.*, p. 56.

13. Le Petit Robert, *Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, Paris, SEJER, 2014.

Pour simplifier, nous pouvons dire qu'il s'agit d'une réponse positive à une question affirmative : « Acceptez-vous ? *Oui*, oui, certainement ». À l'inverse, à la question négative « Ne voulez-vous pas ? », il conviendrait de répondre « *Si*, si, je le veux ».

En outre, le mot *oui* revêt juridiquement une grande importance, notamment du fait qu'il peut exprimer la volonté d'un individu à être lié. Dans la mesure où un contrat est un accord de volontés¹⁴, il symbolise cet accord. Nous savons que le contrat « se forme par le seul échange de consentement entre des personnes capables de contracter »¹⁵ et cet échange « se réalise par la manifestation, expresse ou tacite, de la volonté d'une personne d'accepter l'offre de contracter que lui fait une autre personne »¹⁶.

Une offre peut donc, par le mot oui, être acceptée. Par exemple, aux célébrations des unions sacrées du mariage, ne s'immisce-t-il pas toujours impudiquement durant l'échange des consentements préalable à celui des alliances ? Par ailleurs, *oui* est un mot clair, dépourvu de nuances. Oui, c'est oui ! Cet aspect de ce mot est très apprécié lors de la mise en œuvre du droit. Dans sa mission de décantation des faits dans le but de ne retenir que ceux qui lui sont pertinents, l'admission que peut représenter le *oui* lui est fort utile. « Avez-vous, oui ou non, [...] » demandera l'avocat. Finalement, contrairement au *non*, qui divise, fâche, envenime, le *oui* unit, réconcilie, guérit. Tout un chacun voudrait entendre ce doux mot. Mais comment y arriver en conservant ses objectifs et en protégeant ses intérêts ?

2. La théorie psychosociologique de l'engagement

2.1 Engagement

La théorie de l'engagement, développée dans le domaine de la psychologie sociale¹⁷, repose notamment sur la prémisse simple selon laquelle une personne « engagée » dans un certain chemin

14. Art. 1378 *Code civil du Québec*. Ci-après : « CcQ ».

15. Art. 1385 CcQ.

16. Art. 1386 CcQ.

17. Voir notamment : G.-N. FISHER, *Les concepts fondamentaux de la psychologie sociale*, 4^e éd., Paris, Dunod, 2010 ; A. LÉVY et S. DELOUVÉE (dir.), *La psychologie sociale, Textes fondamentaux anglais et américains*, Paris, Dunod, 2010 ; G. PAICHELER, *Psychologie des influences sociales : Contraindre, convaincre, persuader*, Neuchâtel, Delachaux et Niestlé, 1985.

aura tendance à continuer dans ce sens. L'observation par Kurt Lewin¹⁸ du phénomène qu'il appela « effet de gel » a été le premier pas vers l'articulation de la théorie de l'engagement. Il observa qu'avec la prise d'une décision par un individu, naît un effet d'adhésion à cette décision incitant l'individu à agir dans le sens de cette dernière. L'engagement expliquerait l'effet de gel. La décision prise, la personne se sent engagée à adopter le comportement en question. Une personne est « engagée » lorsqu'elle est liée à une décision ou à un acte : « L'engagement correspond, dans une situation donnée, aux conditions dans lesquelles la réalisation d'un acte ne peut être imputable qu'à celui qui l'a réalisé »¹⁹. Dans un contexte juridique, « L'engagement correspond aux conditions de réalisation d'un acte qui, dans une situation donnée, permettent à un attributeur d'opposer cet acte à l'individu qui l'a réalisé »²⁰.

La théorie de l'engagement, à l'instar de la théorie de la dissonance cognitive²¹, considère l'individu comme un être *rationalisant*. C'est-à-dire que l'homme agit, puis se construit un système de pensée qui tente de donner une cohérence à cette action par un processus de rationalisation *a posteriori*.

Certaines conditions particulières favorisent l'engagement. Ces conditions ont été circonscrites par diverses études qui portent sur la matière²², dont notamment le nombre de comporte-

-
18. « Freud le clinicien et Lewin l'expérimentaliste – voici les deux hommes dont les noms se distingueront de tous les autres dans l'histoire de la psychologie de notre époque. Car c'est leurs points de vue opposés mais complémentaires qui ont fait de la psychologie une science applicable à de réels êtres humains et à une société humaine authentique. C'est ainsi que Edwards C. Tolman résume la valeur de Kurt Lewin dans l'éloge funèbre prononcé en 1947 au cours d'une session de l'*American Psychological Association* peu après la mort de Lewin, à 56 ans. » A.J. MARROW, *Kurt Lewin, sa vie et son œuvre*, Paris, Éditions E S F, 1972, p. 1.
 19. R.-V. JOULE et J.-L. BEAUVOIS, *La soumission librement consentie*, Paris, Presses universitaires de France, 2009, p. 60.
 20. *Id.*
 21. Les bases de cette théorie ont été jetées par l'auteur de cet ouvrage : L. FESTINGER, *A theory of cognitive dissonance*, Stanford, Stanford University Press, 1957. Voir aussi : J.-L. et R.-V. JOULE (1982), Dissonance versus self-perception theories: A radical conception of Festinger's theory. *Journal of Social Psychology*, v. 117 ; E. ARONSON (1968), « Dissonance theory: Progress and problems », dans *Theories of cognitive consistency : a source book*, Chicago, Rand McNally.
 22. Voir à cet effet : N. GUÉGUEN, *Psychologie de la manipulation et de la soumission*, 2^e éd., Paris, Dunod, 2011, p. 165.

ments du sujet²³, le caractère explicite (public, non ambigu) du comportement²⁴ et le caractère de liberté perçue par le sujet.

Il convient ici d'aller plus en détail sur la question du sentiment de liberté lors de la prise de décision comme *facteur d'accroissement de l'engagement*. À ne pas amalgamer avec l'évocation de la liberté qui est une technique de manipulation dont il sera question ultérieurement.

Ainsi, une personne se sentira plus engagée par une décision si celle-ci est prise dans un contexte de liberté perçue : « La liberté d'agir est un facteur prédisposant à l'engagement »²⁵.

Un contexte perçu de coercition ou de non-liberté lors de la prise de décision par un individu porte atteinte à l'adhésion du sujet envers ladite décision. L'engagement de l'individu vis-à-vis celle-ci est amoindri car celui-ci aura tendance à lier le comportement adopté à cette pression externe lors de la rationalisation *a posteriori*.

À l'opposé, un contexte de liberté perçue lors de la prise de décision augmente l'adhésion du sujet envers cette dernière. Conséquemment, l'engagement de l'individu envers celle-ci est rehaussé. Cela s'explique par le fait que le sujet aura tendance à relier cette décision (ou comportement) à une *cause interne*, étant survenue *librement*. Ainsi, lorsque la prise de décision ou la production d'un comportement est accompagnée d'une perception de liberté, l'adhésion envers la décision ou le comportement est amplifiée²⁶.

Donc, le sentiment de liberté lors de la prise d'une décision, à l'instar des autres facteurs qui favorisent l'engagement, lie la

23. Plus un sujet adopte un certain comportement, plus il y aura un effet d'engagement envers celui-ci.

24. Ainsi, une personne se sentira d'autant plus engagée par une décision si celle-ci est annoncée publiquement et qu'elle n'est pas ambiguë. Nous l'avons tous vécu, annoncer à l'entourage un nouvel amour produit un effet d'engagement envers la nouvelle relation.

25. N. GUÉGUEN, *supra*, note 22, p. 115.

26. « Pour que le sujet perçoive le lien qu'il y a entre lui et son acte, il faut que l'accomplissement de cet acte s'accompagne d'une perception de la liberté de choix ou de décision de sa part. Ainsi, si le comportement est obtenu par pression externe (par exemple une rémunération) le sujet expliquera son acte par cette pression et non par une cause interne relevant de son intérêt propre, de sa motivation personnelle ». N. GUÉGUEN, *supra*, note 22, p. 166.

décision à la personne-même du décideur, créant ainsi un effet d'adhésion de la personne vis-à-vis celle-ci. « En effet, qu'il soit énoncé sous une forme explicite ou implicite, le libre choix permet au sujet de se reconnaître dans son acte et d'en assumer la signification »²⁷. Plusieurs facteurs peuvent influencer le sentiment de liberté, incluant la simple mention de celle-ci²⁸.

2.2 Question éthique

Mais avant de présenter les trois techniques d'influence du comportement qui vont servir de base à notre analyse juridique, il convient de se poser la question préliminaire de l'éthique. Peut-on se baser sur des principes qui découlent de techniques assimilables à la manipulation pour fonder une analyse juridique ?

Un certain courant de pensée condamne toutes les formes d'influence du comportement (ou manipulations) comme étant négatives et indésirables. Par contre, il semble impossible de concevoir des relations sociales (dans des systèmes simples ou complexes) exemptes de toute influence. Accepter cette prémisse nous oblige à vouloir conserver les influences exercées à des fins constructives et rejeter celles qui sont nuisibles.

Mais, surtout de nos jours, on frappe de condamnation, comme mal-honnête, *toute* forme d'influence, et en particulier tout ce que l'on peut ranger sous le titre de « manipulation ». On ne se contente pas d'attaquer les abus que l'on peut en faire – lesquels sont bien entendu toujours possibles –, on s'en prend à la manipulation en tant que telle. Cette hostilité semble provenir de la croyance aveugle et utopique en la possibilité d'une coexistence humaine reposant soit sur une absence totale d'influence réciproque, soit, du moins, sur cet idéalisme si manifeste qu'exprime la « *Gestalt Prayer* » (prière *Gestalt*) de Fritz Perls : « *I do my thing and you do your thing...* ».²⁹

27. S. HALIMI et L. MAUROUARD, *Effet d'une cognition à la fois engageante et consonante dans le paradigme de la soumission forcée*, Mémoire de maîtrise, Aix-en-Provence, Université de Provence, 2002, p. 18.

28. « Enfin, on sait que l'engagement est d'autant plus fort que la liberté d'accomplir l'acte est laissée au sujet (Joule et Beauvois, 1998, 2002). On sait d'ailleurs [...] que la simple évocation de la liberté prédispose à la soumission (Guéguen et Pascual, 2000 ; Pascual et Guéguen, 2002) ». N. GUÉGUEN, *supra*, note 22, p. 115.

29. P. WATZLAWICK, *Le langage du changement : Éléments de communication thérapeutique*, Paris, Éditions du Seuil, 1980. Traduction de l'américain par Jeanne Wiener-Renucci et Denis Bansard, p. 18 [les caractères italiques sont dans le texte original].

2.3 Techniques d'influence du comportement

2.3.1 Le « pied-dans-la-porte » et les actes préparatoires

La technique du « pied-dans-la-porte » est un procédé de manipulation « voulant que la réalisation d'actes anodins nous prédispose à accepter plus favorablement une requête ultérieure plus onéreuse »³⁰. Abondamment documentée³¹, elle est basée sur la théorie psychosociologique de l'engagement.

À titre d'exemple, cette technique consiste à « [...] obtenir de la cible un comportement qui représente une adhésion relativement anodine pour en préparer d'autres plus substantielles. Ainsi, pour obtenir 20 centimes d'un passant, mieux vaut commencer par lui demander l'heure »³². La réalisation de ces actes (qui peuvent par ailleurs sembler sans importance) créerait un effet d'engagement et participerait à installer un certain *momentum* ou une dynamique qui favorise les acceptations subséquentes.

2.3.2 L'évocation de la liberté et le sentiment perçu de liberté

La liberté, mot évocateur, utilisé abondamment dans nos démocraties occidentales. « Tous les humains naissent libres [...] » scandait la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* de 1789³³. Mais qu'est-ce que la *liberté* au juste ? Laissant à d'autres le soin de faire le tour de cette question complexe, regardons une chose : la nature apparemment paradoxale de l'effet du sentiment de liberté (ou son absence) sur l'humain : son sentiment prédispose à la soumission.

L'enseignement des recherches de Nicolas Guéguen, premier chercheur à s'intéresser de près aux techniques de manipulation basées sur l'évocation de la liberté : « On gagne toujours à déclarer libre la personne dont on souhaite infléchir le comporte-

30. N. GUÉGUEN, *supra*, note 22, p 91.

31. « De toutes les techniques de manipulation sans pression mises au point ou étudiées par les psychologues sociaux, la technique du Pied-dans-la-Porte est certainement celle qui a fait l'objet du plus grand nombre de recherche. Le nom donné à cette technique de manipulation est indissociable du travail initial mené par Freedman et Fraser (1966) [...] ». N. GUÉGUEN, *supra*, note 22, p 91.

32. J. CRUYPLANTS, M. GONDA et M. WAGEMANS, *Droit et pratique de la médiation*, Bruxelles, Éditions Brylant, 2008, p. 278.

33. Art. 1.

ment »³⁴. Ainsi, l'évocation même de la liberté met dans des dispositions favorables à la soumission. « La liberté d'agir dans nos démocraties avancées ne serait-elle pas l'arme absolue des manipulateurs ? Croyant agir en toute liberté, nous serions, en fait, manipulés par celle-ci »³⁵.

Le mécanisme de ce paradoxe s'explique ainsi : le sentiment de liberté perçue³⁶ lie en un même ensemble le décideur et la décision, par une réduction de la dissonance³⁷. Cela a pour effet d'augmenter l'engagement du décideur vis-à-vis ladite décision. De plus, il a été constaté que la simple référence à un sentiment de liberté mettrait en branle le mécanisme d'engagement : « [...] il se pourrait que la simple référence verbale de la liberté soit une condition suffisante d'influence de nos actes »³⁸. Qu'elle soit utilisée dans un cadre organisé d'influence du comportement ou dans le langage quotidien, cette évocation est monnaie courante :

De fait, les techniques d'influence [étudiées] utilisent souvent une référence à la liberté du sujet : « je ne veux pas vous obliger », « c'est à vous de voir », « vous êtes libre ». De plus, nos interactions sociales quotidiennes emploient des phrases qui ont pour objet de rendre le sujet responsable de décider de ce qu'il doit faire : « je ne veux pas te forcer mais... », « vous faites comme vous voulez », « c'est toi qui décides ».³⁹

34. R.-V. JOULE et J.-L. BEAUVOIS, *Petit traité de manipulation à l'usage des honnêtes gens*, 2^e éd., Grenoble, Presses Universitaires de Grenoble, 2002, p. 160.

35. N. GUÉGUEN, *supra*, note 22, p. 181.

36. Le caractère de liberté perçue est une condition qui favorise l'engagement.

37. Nous constatons ici un rapprochement de la théorie de l'engagement avec notamment des théories de l'attribution : « Les théories de l'attribution causale (cf. Deschamps et Beauvois, 1996 ; Beauvois, Deschamps et Schadrion, 2005) s'attachent à rendre compte de la façon dont les gens expliquent les conduites et autres événements psychologiques (émotions, opinions, renforcements) par des facteurs supposés causaux. Lorsque ces événements sont expliqués par le sujet lui-même on parle d'auto-attribution, lorsqu'ils le sont par un autre que le sujet lui-même (un observateur) on parle d'hétéro-attribution. Depuis Heider (1958), les théories de l'attribution sont particulièrement concernées par la classification des facteurs causaux. Un critère important répartit les causes en causes internes et causes externes. Les premières relèvent de la personne elle-même (ses dispositions, ses intentions, son comportement antérieur : Jacques a aimé le dernier Spielberg parce que c'est un amateur d'émotions fortes), les secondes moins homogènes, relèvent de l'environnement (la situation : Jacques a aimé le dernier Spielberg parce qu'il l'a vu avec des copains dans une bonne ambiance) ou de l'incontrôlable (destin, chance...). Les sujets des sociétés occidentales apprennent à devenir amateurs de causes internes qui font l'objet d'une valorisation sociale (cf. Doubois, 2009, 2005) ». R.-V. JOULE et J.-L. BEAUVOIS, *supra*, note 19, p. 56.

38. R.-V. JOULE et J.-L. BEAUVOIS, *Petit traité de manipulation à l'usage des honnêtes gens*, 2^e éd., Grenoble, Presses Universitaires de Grenoble, 2002, p. 161.

39. R.-V. JOULE et J.-L. BEAUVOIS, *supra*, note 38, p. 161.

Cependant, pourquoi prêter une attention toute particulière à la *perception de liberté* plutôt qu'à la *liberté réelle*. En un mot, ne devrait-on pas s'évertuer à instaurer comme paramètre la liberté « réelle » plutôt qu'un environnement favorisant la perception de liberté chez les acteurs ? La citation suivante du constructiviste Paul Watzlawick explique bien ce choix :

Pour mieux situer ma position, je voudrais signaler encore une autre utopie qui s'apparente de très près au culte de la sincérité : comme un courant souterrain qui rejaillirait régulièrement dans toute sa majestueuse puissance de conviction depuis les anciens philosophes jusqu'à nos jours, court l'idée-force qui veut que la raison soit la plus haute faculté de l'homme et que, grâce à elle, l'homme puisse saisir la vraie réalité, celle qui existe objectivement, « dehors ». Au cours de ce livre, il me faudra revenir sur la persistance de ce mythe dans la psychiatrie moderne, où la croyance inébranlable en une réalité objective, et dont les propriétés seraient accessibles aux gens normaux, détermine les concepts de santé mentale et de folie. Il faudra démontrer que cette conception est insoutenable et que l'on peut seulement parler d'interprétation de la réalité, d'*images du monde*, et non de la réalité *en tant que telle*.⁴⁰

Ainsi, cet extrait illustre l'importance de la *perception* de la réalité en psychologie et en psychiatrie, sur la *réalité* objective. Pour chacun de nous, la *perception* du réel constitue notre « réalité », et c'est en fonction de cette dernière que nous réagissons. La théorie de l'engagement s'inscrit donc dans ce courant comportementaliste et constructiviste par le biais de la prémisse de la rationalisation *a posteriori*.

2.3.3 *Le toucher et le contexte émotionnel ou cognitif*

La technique du toucher est la technique d'influence du comportement voulant qu'une requête, si elle est accompagnée d'un toucher, sera plus facilement acceptée. D'ailleurs, l'influence du toucher a été étudiée dans un contexte simulé de médiation⁴¹.

Dans le cadre de cette recherche, le médiateur effectuait une intervention tactile au moment de la présentation du compromis aux parties. « Comme on peut le voir, les sujets qui ont été touchés sont plus nombreux à parvenir à un accord (ici adopter la proposi-

40. P. WATZLAWICK, *supra*, note 29, p. 19 [les caractères italiques sont dans le texte original].

41. N. GUÉGUEN, *supra*, note 22, p. 229.

tion du médiateur) que ceux qui ne l'ont pas été. Il semble donc que le pouvoir d'influence du médiateur est renforcé lorsque son argumentation s'accompagne d'un contact tactile »⁴².

Plusieurs recherches ont porté sur le sujet : « Depuis les années 70, les effets du toucher sur l'acceptation d'une requête ont été observés dans les contextes les plus divers. [...] La première (Guéguen, 2001) a la rue pour décor. Sa simplicité n'ôte rien à sa qualité démonstrative. – « Auriez-vous une ou deux petites pièces pour me dépanner ? » Taux d'acceptation : 28 %. On passe tout bonnement à 47 % lorsque la demande est accompagnée d'un bref toucher de l'avant-bras ! »⁴³.

Mais le plus important n'est pas tant la question du toucher en soi, que les fondements d'une telle observation : le toucher instaure un *contexte émotionnel* favorisant l'acceptation d'une requête subséquente.

Or, toutes les recherches modernes montrent l'importance fondamentale de la situation (du contexte, de l'environnement...) sur l'apparition du sens des conduites humaines. Il apparaît, à la lumière de ces recherches, que le sens de la conduite d'un acteur n'est pas exclusivement donné en référence à des facteurs psychologiques internes à cet acteur.⁴⁴

Aussi, toutes les techniques d'influence du comportement que nous avons identifiées ont notamment comme objectif d'influer sur le *contexte émotionnel ou cognitif* entourant la demande⁴⁵. Dans notre fort intérieur, nous savons que ce contexte n'est pas à prendre à la légère. Enfants, n'attendions-nous pas naturellement le moment propice où nos parents seraient dans de bonnes dispositions avant de leur formuler une requête onéreuse ?

42. *Id.*, p. 230.

43. R.-V. JOULE et J.-L. BEAUVOIS, *supra*, note 19, p. 148.

44. A. MUCCHIELLI, *L'art d'influencer, Analyse des techniques de manipulation*, 2^e éd., Paris, Armand Colin, 2004, p. 21.

45. « Les techniques que nous venons de décrire ont une même fin : agir sur le contexte émotionnel ou cognitif dans lequel la requête va pouvoir être formulée. Le toucher est ainsi supposé créer un contexte d'intimité et affecter l'humeur, encore que toutes les parties du corps ne soient pas porteuses des mêmes connotations et puissent, de ce fait, susciter des représentations différentes de la demande (Guéguen, sous presse) ». R.-V. JOULE et J.-L. BEAUVOIS, *supra*, note 19, p. 159.

3. Importance de l'influence dans le travail des acteurs du système de justice

3.1 *Influence et impartialité*

Avant toute chose, il convient de distinguer l'*influence* de la *partialité*. Dans un contexte judiciaire, l'*impartialité* signifie notamment pour le décideur de baser sa décision sur la preuve et non sur ses préconceptions⁴⁶.

L'impartialité que l'on requiert des médiateurs peut se résumer ainsi : « L'impartialité est le contraire de la partialité. Le médiateur ne peut donc avoir aucun parti pris pour l'une ou l'autre des parties et pour la position qu'elle défend »⁴⁷.

Mais faire preuve d'influence ne signifie pas nécessairement être partial. En réalité, tous les acteurs du système de justice usent du mieux qu'ils peuvent de leur pouvoir d'influence afin d'atteindre les buts visés par l'objet de leur fonction. Voyons l'importance que revêt l'influence du comportement pour certains de ceux-ci.

3.2 *Acteurs*

3.2.1 *L'État / le législateur*

Gouverner, légiférer, sont des prérogatives qui permettent à l'État de modeler les comportements de ses sujets. Les lois sont notamment des instruments de changements comportementaux des acteurs de la société. À titre d'exemple, la *Loi sur les impôts*⁴⁸ est utilisée, certes pour remplir les caisses de l'État, mais aussi pour diriger la population vers certaines pratiques ou comportements au détriment d'autres.

Les incitations fiscales visant à manipuler les comportements des agents économiques, occupent une place de plus en plus importante dans les politiques fiscales. L'interventionnisme fiscal est pratiqué, de manière massive, depuis très longtemps, mais il avait surtout

46. Pour une définition de l'impartialité, voir : *R. c. S. (R.D.)*, [1997] 3 R.C.S. 484.

47. P.-P. RENSON, « Le droit de la médiation et le droit des biens ; Analyse à la croisée des chemins », dans P.-P. RENSON (dir.), *La médiation, voie d'avenir aux multiples facettes ou miroir aux alouettes ?*, Louvain-la-Neuve, Éditions Athémis, 2008, p. 18.

48. RLRQ, c. I-3.

une vocation économique et sociale. Dans la période récente les incitations fiscales sont de plus en plus utilisées pour décourager les activités nuisibles ou encourager les activités socialement appréciées de manière positive.⁴⁹

Ainsi, le pouvoir d'influence de l'État est d'abord basé sur la force ou l'autorité. De nos jours, celui-ci s'en remet aussi beaucoup à l'éducation, à la sensibilisation et à l'information de la population afin de modifier certains comportements jugés nuisibles et conforter d'autres jugés souhaitables. Dans tous les cas, l'État se doit de provoquer certains changements comportementaux dans la population afin de mieux accomplir son mandat.

Comme nous venons de le mentionner, l'autorité et la persuasion⁵⁰ ont traditionnellement été les outils utilisés par les États afin de modifier les comportements de leurs sujets. La première, efficace sur le comportement à court terme, ne conduit pas vers une véritable transition idéologique, faisant ainsi obstacle à un changement profond et durable du comportement.

Au contraire, la persuasion peut aboutir à des changements d'idéaux. Toutefois, elle ne débouche que difficilement sur des changements comportementaux, particulièrement si d'anciennes habitudes y sont attachées : « Si la communication, centrée sur les processus socio-sémantiques et discursifs, est susceptible de faire évoluer les attitudes, croyances et opinions, comme on le sait, des idées aux actes, il peut y avoir un décalage, voire, dans certains cas un gouffre »⁵¹.

Afin d'optimiser la réalisation de sa mission de façonner les comportements des membres de la population, il est donc important pour le législateur de tenir compte des théories de l'influence du comportement (notamment celles portant sur l'engagement) qui ne font appel ni à l'autorité, ni à la persuasion.

49. J.-M. MONNIER, « La politique fiscale : objectifs et contraintes », *Cahiers français*, La Documentation Française, 2008, p. 03-08 [en ligne : http://hal.archives-ouvertes.fr/docs/00/27/72/21/PDF/La_politique_fiscale.pdf], (page consultée le 1^{er} octobre 2015). Voir aussi G. ORSONI, *L'interventionnisme fiscal*, Paris, Presses universitaires de France, 1995.

50. R.H. GASS et J.S. SEITER, *Persuasion, Social Influence and Compliance gaining*, 4^e éd., Pearson Education Inc., 2011 p. 27 et s.

51. F. BERNARD et R.-V. JOULE (2004). Lien, sens et action : vers une communication engageante. *Communication et organisation*, v. 24, par. 16 [en ligne : <http://communicationorganisation.revues.org/2918>], (page consultée le 1^{er} octobre 2015).

3.2.2 *Le juge*

Tout d'abord, il convient de rappeler que la mission du juge en droit civil au Québec ne se limite pas à appliquer le droit positif. Soit, le jugement est un moyen efficace d'influence du comportement.

Mais le juge a de plus en plus comme mission de concilier la position des parties : éviter une solution externe aux parties et en favoriser une interne à celles-ci. D'ailleurs, le magistrat peut même quelquefois revêtir son chapeau de médiateur, comme lors des conférences de règlement à l'amiable, afin d'appliquer une médecine participative.

Il est donc au cœur de la mission du juge de rapprocher les positions des parties par son influence. Cela ne met aucunement en question l'impartialité de celui-ci. D'ailleurs, nous aurons brièvement l'occasion de revenir sur cette notion erronée selon laquelle la fonction de juge et celle de médiateur s'excluent mutuellement.

3.2.3 *Les parties au différend et le procureur*

L'importance de l'influence du comportement se présente à son état brut lors des procédures de négociation directe entre les parties à un différend. En effet, chacun tentera d'influencer la position adverse afin de la rapprocher de ce qu'il perçoit comme étant la sienne.

Cela reste vrai lorsque les parties sont assistées de leurs procureurs lors de ces négociations. Chacun tentera d'influencer l'autre, d'obtenir un *oui*, une reconnaissance.

3.2.4 *Le médiateur*

Pour le médiateur aussi, le pouvoir d'influence occupe une place déterminante. D'ailleurs, chaque partie choisit le médiateur entre autres en fonction du pouvoir d'influence que celui-ci pourrait avoir sur la partie adverse. Ainsi, un médiateur chevronné utilisera son pouvoir d'influence pour faciliter un accord, sans favoriser la position d'une partie par rapport à l'autre.

Autrement dit, un médiateur expérimenté saura utiliser efficacement ce pouvoir d'influence dans un but de rapprocher les positions des protagonistes, de ramener le débat sur les points importants du conflit ou d'inventer et suggérer des options qui amènent aux parties des gains mutuels et réciproques. D'ailleurs, « [...] des recherches expérimentales ont montré qu'un médiateur de haut statut accroît son pouvoir d'influence sur les parties (Idaszak et Carnevale, 1989 ; Harris et Carnevale, 1990 ; McGillicuddy, Welton et Pruitt, 1989) »⁵². Ainsi, le pouvoir d'influence du médiateur devient capital car c'est l'outil que détient ce dernier pour diriger les parties vers une solution commune.

4. Médiation et théorie psychosociologique de l'engagement

4.1 Harmonie des concepts

Il existe un lien étroit entre la théorie de l'engagement et le processus de médiation. La médiation, par essence, repose sur les préceptes de cette théorie. En effet, la théorie de l'engagement apporte plusieurs explications sur la dynamique de la médiation et ce, à toutes les étapes du processus.

Ainsi, elle trouve application depuis l'apparition des circonstances entourant la décision initiale de participer à une médiation, en passant par le déroulement de celle-ci, jusqu'à la phase d'exécution d'une éventuelle entente.

Concernant la décision initiale de participer à une médiation, elle est cruciale : « Un premier effet positif d'entraînement est toutefois à rechercher dans l'institution même du processus de médiation, c'est-à-dire dans l'engagement initial des parties qui acceptent de tenter de régler leur différend dans le cadre d'une médiation »⁵³. Ensuite, lors de la médiation à proprement parler, la théorie de l'engagement explique l'effet d'entraînement qui peut survenir : « À l'engrenage et à l'escalade qui caractérisent le passage de la crise au conflit et qui étouffent le dialogue, peut correspondre une "désescalade" qui se met progressivement en place avec le retour au dialogue. Par un effet d'entraînement inverse, les parties au différend peuvent redescendre marche à marche

52. N. GUÉGUEN, *supra*, note 22, p. 229.

53. J. CRUYPLANTS, M. GONDA et M. WAGEMANS, *supra*, note 32, p. 280.

l'escalier qu'elles avaient grimpés quatre à quatre... »⁵⁴. Cet effet d'entraînement est assimilable à la première condition qui tend à favoriser l'engagement, c'est-à-dire le nombre de comportements du sujet. « L'idée est en tout état de cause de faire fructifier leur élan initial »⁵⁵.

Finalement, la théorie de l'engagement joue un rôle crucial dans l'exécution d'une entente survenue à la suite d'une médiation. Comme nous l'avons déjà mentionné, lorsqu'une décision est prise, il survient un « effet de gel » qui éclipse l'éventail des possibilités considérées chez la personne qui l'a prise, augmentant d'autant sa propension à s'y conformer. Dans le cas d'une médiation, chacune des parties se sentant impliquée dans la décision d'être liée par l'entente, il en résulte une meilleure adhésion⁵⁶ des parties à celle-ci. Cela a pour effet d'augmenter les probabilités d'une exécution volontaire.

4.2 Techniques d'influence du comportement et médiation

4.2.1 Le « pied-dans-la-porte »

Quel rapprochement pouvons-nous effectuer entre cette technique d'influence du comportement et la médiation ? Qu'avons-nous retenu de cette technique ? Qu'une personne aura une plus grande propension à effectuer une chose, si une requête en ce sens est précédée d'un ou de plusieurs actes préparatoires. Ces actes peuvent paraître sans importance (par exemple donner l'heure), mais ils prédisposent à accepter des demandes subséquentes plus onéreuses (par exemple donner de l'argent). En effet, ces décisions préparatoires auraient un réel pouvoir de renforcement de l'engagement.

54. J. CRUYPLANTS, M. GONDA et M. WAGEMANS, *supra*, note 32, p. 280.

55. *Id.*

56. Dans le cas d'une adhésion à un groupe : « Les conséquences de l'adhésion sont multiples et on peut les considérer en quelques points essentiels : la réduction de dissonance est à analyser tout d'abord dans la mesure où l'insertion dans un nouveau groupe, un parti, une idéologie amène à transformer des valeurs et normes anciennes et à éventuellement changer d'attitude, l'affiliation étant surtout synonyme pour l'individu d'une rationalisation *a posteriori* d'un choix groupal. » B. ORFALI, *L'adhésion, Militer, s'engager, rêver*, Bruxelles, Groupe de boeck, 2010, p. 91.

De même, les principes qui sous-tendent la technique du « pied-dans-la-porte » jouent aussi un grand rôle dans cette escalade des engagements que représente la médiation. En effet, cette dernière table sur un changement de la dynamique de conflit entre les parties. Ainsi, tous les actes et toutes les décisions des parties à une médiation sont autant d'actes préparatoires qui pourraient mener à un changement dans la dynamique du conflit et à l'acceptation du compromis ultime : l'entente de médiation en tant que *modus vivendi*.

Ainsi, toutes les décisions prises par les parties lors de la médiation sont importantes. La détermination du calendrier, de la procédure applicable, du lieu de la médiation, du partage des frais liés à la médiation : autant de décisions qui pourraient sembler secondaires ou anodines, mais qui en réalité jouent un grand rôle dans le processus de transformation des perceptions et des relations qu'est la médiation.

4.2.2 L'évocation de la liberté

Nous savons que la médiation est une procédure volontariste et basée sur le principe d'autodétermination. Dans ce sens, le concept de liberté y joue un grand rôle. La pertinence du paradoxe de l'effet du sentiment de liberté sur la soumission se fait sentir à toutes les phases de la médiation : lors de la prise de la décision initiale d'aller en médiation, lors de son déroulement et finalement lors de l'acceptation et de l'exécution de l'entente de médiation. Durant tout ce processus, les parties ont un sentiment de liberté perçue. Théoriquement, ils sont libres d'aller en médiation, de continuer le processus, de conclure une transaction et finalement, de l'exécuter.

Mais, tel que nous l'enseigne la technique du « mais vous êtes libre de », l'évocation (directe ou indirecte) de la liberté d'agir augmente la perception de ce sentiment⁵⁷, favorisant ainsi l'engagement des acteurs dans le succès du processus. Pour ces raisons, *le caractère de liberté perçue* lors de la prise d'une décision ou lors de l'accomplissement d'un acte est un facteur important à considérer lors des processus participatifs de règlement des différends.

57. En référence au sentiment de liberté perçue.

4.2.3 *Le toucher*

Ce qui nous intéresse dans la technique de manipulation basée sur le toucher c'est l'importance du *contexte émotionnel ou cognitif* lors de la demande onéreuse. Tout d'abord, concernant la demande initiale de procéder par médiation, il convient de se questionner sur ce contexte. Est-ce qu'une offre d'aller en médiation inscrite dans une mise en demeure contient les germes de son acceptation ? À fortiori, est-il logique de prévoir une offre de médiation dans un formulaire de demande en justice, à la suite des allégués à la base de la demande introductive d'instance⁵⁸ ? À la lumière de ce qui précède, il ne semblerait pas que le contexte émotionnel soit propice à l'acceptation de ces demandes⁵⁹.

Ensuite, le contexte émotionnel ou cognitif joue un rôle essentiel pendant le déroulement de la médiation. Le médiateur chevronné influera sur ce contexte afin de mettre en branle la succession intermittente d'acceptations que représente la médiation réussie. Ainsi, le lieu, la durée, la présence d'autres personnes, etc. sont autant de manières de peser sur le contexte émotionnel et ultimement, sur le résultat de celui-ci.

5. Article 1 du Cpc et théorie de l'engagement

5.1 *Article 1*

L'idée, pour l'État, de prescrire des procédures inspirées de la philosophie de la justice participative n'est pas nouvelle. Pensons notamment à l'imposition des modes PRD suite à la révolution française⁶⁰.

58. Voir à titre d'exemple : MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, « Demande aux petites créances (SJ-870) », Québec, 2004.

59. M. ALLAMEHZADEH, *Organisation légale de la médiation extrajudiciaire en procédure civile québécoise : Concordance avec la théorie psychosociologique de l'engagement*, Mémoire de maîtrise, Sainte-Foy, Université Laval, 2013, p. 44.

60. J.-P. ALLINNE, C. GAUVARD et J.-P. JEAN (dir.), *Le peuple en justice*, La documentation française, Paris, 2014, 304 p. ; C. JALLAMION, « Arbitrage forcé et justice d'État pendant la révolution française d'après l'exemple de Montpellier », (2007) *A.H.R.F.*, v. 4, n. 350, p. 69-85 ; V. DEMARS-SION, « Une expérience d'arbitrage forcé : les tribunaux de famille révolutionnaires », (2005) 83(3) *R.H.D.* 385-420.

Ou plus proche de nous, le *projet de loi 65*⁶¹ en droit de la famille qui voulait, dans certaines circonstances, qu'aucune demande ne soit recevable devant la Cour, « à moins que les parties n'aient préalablement soumis leur différend à un médiateur »⁶².

Par contre, il existe à tout le moins deux apparences de paradoxes dans l'idée d'imposer des modes PRD préalables à la procédure adjudicatrice publique. Le premier, que nous n'allons qu'effleurer dans ce texte, pourrait se traduire ainsi : le paradoxe d'*ajouter* une procédure supplémentaire préalable ; dans le but d'*augmenter l'accessibilité* à la justice. Accroître la procédure afin de la décroître.

La deuxième apparence de paradoxe tient du fait qu'il existe une dichotomie entre « obligatoire » et « volontaire ». Cette dichotomie est basée sur la prémisse selon laquelle une chose qui est sur une base « obligatoire » ne peut en même temps être sur une base « volontaire ». Ainsi, l'on ne saurait rendre obligatoire la médiation qui est une procédure volontaire par nature. Dans cette perspective, la médiation obligatoire, qu'elle soit prévue dans la loi ou imposée par un juge, représenterait un oxymoron.

Toutefois, il est évident que ce point de vue est un raccourci un peu simpliste. Il ne prend pas en compte la complexité du travail du juge et, par extension, des avocats. « This view of judicial mediation as an oxymoron falsely assumes that the functions of judging and mediation are mutually exclusive. It is also out of touch with the modern realities of national court systems »⁶³.

Dans le cas de la médiation familiale, il a été convenu de rendre obligatoire, dans certaines circonstances particulières, non pas la participation à une séance de médiation, mais la présence à une séance d'information sur le sujet. En ce qui concerne le Cpc, une nouvelle approche a été adoptée. Reproduisons pour les fins de la discussion son premier article.

61. GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *Projet de loi n° 65 : Loi instituant au Code de procédure civile la médiation préalable en matière familiale et modifiant d'autres dispositions de ce code*, deuxième session, trente-cinquième Législature, 1996.

62. *Id.*, art. 6, al. 1.

63. H.E. CHODOSH (1999) « Judicial Mediation and Legal Culture », *Issues of Democracy* 4, n. 3, p. 6.

Les modes privés de prévention et de règlement des différends sont choisis d'un commun accord par les parties intéressées, dans le but de prévenir un différend à naître ou de résoudre un différend déjà né.

Ces modes privés sont principalement la négociation entre les parties au différend de même que la médiation ou l'arbitrage dans lesquels les parties font appel à l'assistance d'un tiers. Les parties peuvent aussi recourir à tout autre mode qui leur convient et qu'elles considèrent adéquat, qu'il emprunte ou non à ces modes.

Les parties doivent considérer le recours aux modes privés de prévention et de règlement de leur différend avant de s'adresser aux tribunaux.

Comme nous pouvons le voir, en vertu du troisième alinéa, les parties « doivent considérer le recours » aux modes PRD avant d'introduire une demande en justice. Le législateur a donc décidé de préserver le caractère volontaire du recours aux modes privés de règlement des différends préalable à une instance judiciaire⁶⁴. En effet, il est très difficile pour l'État, à l'aide de la coercition ou de l'autorité, d'obliger des individus à participer à des processus qui sont volontaires par essence.

Par contre, il existe des moyens de concilier ces deux concepts qui semblent *a priori*, contraires. La liberté et la soumission se côtoient plus qu'on ne voudrait le croire.

Ainsi, la soumission peut-elle s'accompagner d'un sentiment de liberté ? À cet égard, il faut savoir que c'est dans des situations initialement qualifiées de *soumission forcée* que fut introduite à titre de variable la distinction *libre choix / non libre choix*. On en arrive alors à la situation, on ne peut plus paradoxale, de *soumission forcée avec libre choix*.⁶⁵

Aussi, est-il encore utile de rappeler que le sentiment de liberté est une condition qui milite fortement en faveur de l'enga-

64. « *Le caractère volontaire*. Il est essentiel que les parties puissent faire des choix éclairés quant à leur participation à des initiatives de justice réparatrice ou consensuelle, afin d'en garantir le succès. La participation obligatoire ne doit être envisagée que dans des conditions précises et limitées. » COMMISSION DU DROIT DU CANADA, « La transformation des rapports humains par la justice participative », Ottawa, 2003, p. xxiv.

65. R.-V. JOULE et J.-L. BEAUVOIS, *supra*, note 34, p. 81 [Les caractères italiques sont dans le texte original].

gement et représente une composante essentielle de l'escalade des engagements qui caractérise les modes PRD tels que la médiation.

Le premier article du Cpc sera-t-il efficace dans sa version actuelle ? Va-t-il rediriger un nombre significatif de justiciables vers la médiation ou vers d'autres modes PRD alors qu'ils auraient autrement utilisé les tribunaux ? Il est vrai que le premier article du Cpc conserve le caractère volontaire du recours à la médiation. Par contre, l'obligation de « considérer » ces modes de résolution des différends reste vague et son application semble ardue.

L'affirmation de l'existence de ces modes comme justice civile privée se concrétise particulièrement par la place qui leur est donnée dans l'économie générale de l'Avant-projet, notamment par l'art. 1, dernier alinéa, qui édicte que « les parties doivent considérer le recours aux modes privés de prévention et règlement de leur différend avant de s'adresser aux tribunaux. » Bien que l'obligation de *considérer* nous semble nébuleuse, cette disposition avalise l'importance de la justice civile privée et situe le procès comme dernier recours dans le règlement des conflits.⁶⁶

L'imposition qu'il y est faite de « considérer » les modes privés de règlement des différends (et non d'y participer) est le compromis adopté par le Cpc pour outrepasser les paradoxes prémentionnés. L'effet de cet article est plus incitatif que coercitif.

En réalité, cet article joue un rôle de sensibilisation et de persuasion des acteurs du système de justice (incluant les justiciables), afin de les diriger vers les modes PRD. À terme, cela pourrait changer les mentalités, la culture. Ce changement pourrait alors se refléter dans les comportements (c'est-à-dire, observer une augmentation du recours à la médiation ou aux autres modes PRD). Par contre, nous savons que les habitudes sont difficiles à modifier. Est-ce que le premier article du Cpc va assez loin ? Cela reste à voir⁶⁷.

66. L. LALONDE, *Mémoire portant sur l'avant-projet de loi instituant le nouveau code de procédure civile : Plus spécifiquement, concernant les dispositions relatives à la Conférence de règlement à l'amiable (CRA) et à la médiation comme mode de justice civile privée*, Mémoire déposé à la commission des institutions de l'assemblée nationale du Québec, Québec, 2011, p. 29 [les caractères italiques sont dans le texte original].

67. Il est à noter que cet article s'inscrit dans une série d'initiatives et ne devrait donc pas être considérée isolément.

5.2 Application d'une analyse basée sur l'engagement

Nous allons maintenant analyser cette disposition à la lumière de qui précède. Tout d'abord, nous retenons de la technique de manipulation « pied-dans-la-porte » l'importance des *actes préparatoires* à l'acceptation de la demande subséquente plus onéreuse. Ainsi, il ne peut y avoir d'acte préparatoire dans le sens où on l'entend, s'il n'y a pas de demande subséquente.

L'obligation de « considérer » les modes PRD que l'on retrouve au premier article du Cpc n'est accompagnée d'aucune demande formelle de prise de position, d'aucun cadre particulier à l'intérieur duquel le justiciable serait invité à se prononcer officiellement sur le sujet. Vu ceci, il nous est impossible d'affirmer que cette disposition reconnaît l'importance des actes préparatoires à l'acceptation de l'offre de procéder par modes PRD.

Ensuite, est-ce que le premier article du Cpc reconnaît l'importance du sentiment de *liberté perçue* lors de la décision initiale de procéder à la médiation extrajudiciaire ? Nous pouvons affirmer que oui : d'abord dans le choix qu'il offre de participer ou non à une procédure privée préalable à une instance judiciaire (maintien du caractère volontaire) et ensuite dans le choix du mode PRD à proprement parler. Ceci a pour conséquence d'engendrer un haut niveau de perception de liberté dans la décision initiale de procéder par une procédure extrajudiciaire.

Cette liberté aura pour effet d'augmenter l'adhésion du décideur à la décision, celle-ci n'étant imputable qu'à lui-même. Par contre, cette adhésion et l'effet d'engagement sous-jacent s'opèrent, que la personne décide d'essayer un mode alternatif de règlement des différends ou non.

Dans ce contexte de liberté de choix, il est d'autant plus important de mettre en place un contexte cognitif qui favorise et dirige les justiciables vers l'acceptation d'une éventuelle requête de tenter une procédure extrajudiciaire, expression de la volonté du législateur de favoriser la participation aux modes PRD.

Mais encore une fois, afin de pouvoir parler d'environnement émotionnel ou cognitif entourant une décision, il faut que celle-ci soit circonscrite dans un cadre déterminé. La présence d'une requête de participer à une médiation extrajudiciaire plus struc-

turée permettrait au législateur d'influer sur le résultat de celle-ci, notamment en ayant une prise sur le *contexte émotionnel ou cognitif*.

Nous avons déjà vu que l'obligation de « considérer » du premier article du Cpc est floue. Comment s'acquitter de celle-ci et comment le prouver ? Le risque que représente cette approche n'est-il pas finalement qu'elle se traduise par des constats d'échec anachroniques exprimés dans des phrases génériques figurant aux demandes introductives d'instance, telles que : « J'ai considéré les modes privés de règlement des différends ... » ?

CONCLUSION

À l'aune des derniers développements du droit procédural québécois, les acteurs du système de justice sont appelés à modifier leur conception du rôle qu'ils peuvent occuper dans ce système et à approfondir la mise en application des préceptes qui sous-tendent les modes PRD.

Arriver à régler un différend à l'amiable, c'est parvenir au *oui*, à la transaction. Mais il existe un champ d'étude spécifique en psychologie sociale, qui, à l'instar de bien d'autres, se consacre à étudier les phénomènes qui conduisent au *oui*. Conséquemment, il nous a paru très pertinent de nous y référer dans le cadre de notre analyse en adoptant une approche psychologique du droit. Ce faisant, nous avons aussi souligné l'importance de l'influence du comportement pour les divers acteurs du système de justice et le lien étroit qui existe entre l'engagement et la médiation.

Conclusions de l'application de la grille analytique extra-juridique à l'article 1 Cpc : Quoique le maintien du caractère volontaire du recours aux modes PRD favorise le *sentiment de liberté perçue*, cette disposition néglige de prendre en considération l'importance des *actes préparatoires* à une demande subséquente plus onéreuse (en l'occurrence de participer à un mode PRD) et le *contexte émotionnel ou cognitif* entourant cette demande, en omettant de prévoir un cadre déterminé (une offre de recourir aux modes PRD) sur lequel il serait possible d'influer. En d'autres termes, puisque les justiciables ne sont pas invités à se prononcer sur une offre claire de recourir aux modes PRD, dans un cadre bien établi et prédéterminé, nous ne pouvons affirmer

que cette disposition prend en compte les *actes préparatoires* et le *contexte émotionnel* entourant une telle demande.

Par contre, dans le cadre de notre exposé, l'important n'est pas tant la destination, que le chemin emprunté. Pour l'heure, gardons en tête qu'il ne faut pas exagérer la différence qui existe dans l'art de juger en droit civil et celui de mener une médiation à bien, particulièrement à la lumière de la mission générale de conciliation qui incombe aux juges.

L'art et la science de la négociation à l'ère du *Nouveau Code de procédure civile*. Les stratégies essentielles pour le juriste

Jean-François ROBERGE et Véronique FRASER

Résumé

Savoir négocier est une compétence essentielle pour le juriste. Elle sera de plus en plus importante avec le changement de culture porté par le *Nouveau Code de procédure civile* du Québec et les perspectives anticipées pour l'évolution de la prestation des services juridiques au Canada. Quelles sont les stratégies essentielles à connaître pour le juriste négociateur ? Qu'est-ce que la recherche a prouvé comme étant des comportements efficaces en négociation ? L'objectif de notre article est de conseiller le juriste sur l'approche à adopter pour être un négociateur efficace et être en mesure d'obtenir les meilleurs résultats possibles pour son client. Nous explorons un profil professionnel misant sur la négociation comme expertise principale : le juriste « conseiller en règlement ». Notre article recommande trois stratégies que le juriste négociateur aura avantage à développer puisqu'elles ont fait leur preuve selon la recherche empirique scientifique en négociation.

L'art et la science de la négociation à l'ère du *Nouveau Code de procédure civile*. Les stratégies essentielles pour le juriste

Jean-François ROBERGE et Véronique FRASER*

Introduction	535
1. Être flexible quant à son style de négociation	541
2. Reconnaître les approches éthiques de la négociation . .	545
3. Viser l'équité et la confiance en négociation	551
Conclusion	554

* M^e Jean-François Roberge LL.D, est professeur et dirige les programmes en prévention et règlement des différends (PRD) de la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke.
M^e Véronique Fraser Ph.D. est professeure aux programmes en prévention et règlement des différends (PRD) de la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke.
Nous remercions M^{me} Tessa Manuello, candidate à la maîtrise en prévention et règlement des différends et à l'École du Barreau du Québec, pour son excellent travail d'assistance de recherche.

Introduction

1. Dans son rapport sur l'avenir des services juridiques paru en 2014¹, l'Association du Barreau Canadien (ABC) invite les juristes à faire preuve d'« innovation » afin que la profession juridique puisse « progresser de manière viable, concurrentielle, proche de la réalité et représentative au Canada »². Elle invite la profession juridique à s'adapter aux attentes de la clientèle des services juridiques. Qu'attendent exactement les justiciables ? L'étude de l'ABC conclut qu'ils veulent « [...] des services plus performants, moins chers et plus fiables. Ils veulent plus de transparence et d'engagement et ils veulent demeurer connectés en tout temps »³. Parmi ses recommandations, l'ABC suggère que les juristes devraient développer des compétences multidisciplinaires afin de se spécialiser en « résolution de problèmes », ce qui suppose d'agir plus largement que sur le règlement du strict litige juridique⁴. Cette approche se développe notamment avec la pratique juridique du droit collaboratif⁵ et le profil professionnel en

1. Association du Barreau Canadien, *Avenirs en droit – Transformer la prestation des services juridiques au Canada* (Ottawa, août 2014), en ligne : [cbafutures.org](http://www.cbafutures.org) <<http://www.cbafutures.org/The-Reports/Futures-Transforming-the-Delivery-of-Legal-Service?lang=fr-CA>>.
2. Association du Barreau Canadien, *Avenirs en droit – Transformer la prestation des services juridiques au Canada* (Ottawa, août 2014) à la p. 6, en ligne : [cbafutures.org](http://www.cbafutures.org) <<http://www.cbafutures.org/The-Reports/Futures-Transforming-the-Delivery-of-Legal-Service?lang=fr-CA>>. Voir aussi Comité d'action national sur l'accès à la justice en matière civile et familiale, *L'accès à la justice en matière civile et familiale. Une feuille de route pour le changement*, octobre 2013 ; Canada, Association du Barreau Canadien, Rapport du Comité de l'accès à la justice, *Atteindre l'égalité devant la justice : une invitation à l'imagination et à l'action*, 2013 ; Barreau du Québec, Rapport du Comité sur les problématiques actuelles reliées à la pratique privée et l'avenir de la profession, *Les avocats de pratique privée en 2021*, juin 2011, Canadian Bar Association, *Report of the Canadian Bar Association Task Force on Systems of Civil Justice*, 1996.
3. Association du Barreau Canadien, *Avenirs en droit – Transformer la prestation des services juridiques au Canada* (Ottawa, août 2014), à la page 6 en ligne : [cbafutures.org](http://www.cbafutures.org) <<http://www.cbafutures.org/The-Reports/Futures-Transforming-the-Delivery-of-Legal-Service?lang=fr-CA>>.
4. Association du Barreau Canadien, *Avenirs en droit – Transformer la prestation des services juridiques au Canada* (Ottawa, août 2014), à la p. 67 ; en ligne : [cbafutures.org](http://www.cbafutures.org) <<http://www.cbafutures.org/The-Reports/Futures-Transforming-the-Delivery-of-Legal-Service?lang=fr-CA>>.
5. Pour avoir un portrait de l'état de la pratique au Québec, voir : Nathalie CROTEAU, « Le droit collaboratif », dans Pierre Claude LAFOND, *Régler autrement les différends*, Lexis Nexis, 2015 ; Martha SHEA, Suzanne CLAIRMONT, « Le droit collaboratif. La diversification de la pratique », dans Barreau du Québec, *Développements*

émergence du « conseiller en règlement » (settlement counsel)⁶. Avec le *Nouveau Code de procédure civile* et son approche unique en matière de prévention et résolution des litiges hors cour, les juristes québécois sont en bonne position pour développer un leadership sur la scène canadienne et mondiale considérant la prépondérance que les modes privés de prévention et de règlement des différends⁷ pourraient jouer dans les futures pratiques juridiques. Nous devons réaliser qu'il s'agit d'une opportunité à saisir maintenant.

2. Au cœur de l'approche en résolution de problèmes pour le juriste se trouvent ses compétences en négociation. L'avocat est déjà traditionnellement appelé à négocier dans sa pratique courante de façon accessoire. L'avocat négocie sur une base quotidienne avec ses clients au sujet du mandat qui lui est confié et de ses conditions, modalités et étendue⁸. Il négocie avec ces derniers les honoraires, la gestion de la représentation (incluant des représentations auprès de l'autre partie), l'ajustement des factures, etc. Il est appelé aussi à négocier avec ses fournisseurs de services, que ce soit les huissiers, les enquêteurs, les sténographes, les experts, d'autres professionnels tels que ses conseillers fiscaux ou financiers, ainsi que ses collègues, partenaires et employés⁹. Ce rôle de négociateur prendra davantage de place avec le *Nouveau Code de procédure civile* (N.C.p.c.) qui prévoit plusieurs moments de négociation entre les juristes, notamment lors de la rédaction du protocole d'instance¹⁰.

récents en justice participative : la diversification de la pratique de l'avocat, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2006, 107-135. Pour avoir un portrait de la pratique du droit collaboratif dans le monde, voir : Paola CECCHI DIMEGLIO, Peter KAMMINGA, « The Changes in Legal Infrastructure: Empirical Analysis of the Status and Dynamics influencing the Development of Collaborative Law Around the World » (2014) 38:2 *The Journal of the Legal Profession* 191-229.

6. Pour de plus amples renseignements sur le concept de « settlement counsel », nous référons le lecteur à Kathy A. BRYAN, « Why Should Business Hire Settlement Counsel? » (2008) *J. Disp. Resol.* 195 ; William F. COYNE JR., « The Case for Settlement Counsel » (1999) 14 *Ohio State J. on Dispute Resolution* 367.
7. Disposition préliminaire et articles 1 à 7. Voir notamment les commentaires de la ministre de la Justice pour l'article 1 : « Cet article établit dès le départ que les modes privés de prévention et de règlement des différends sont inclus dans la notion de justice civile. Ils ont donc pour vocation de favoriser la recherche et la reconnaissance de la justice comme élément fondamental de la société. » Commentaires de la ministre de la Justice, Montréal, Wilson & Lafleur, 2015.
8. Voir par ex. *Nouveau Code de déontologie des avocats*, article 28.
9. John LANDE, « Lessons from Teaching Students to Negotiate Like a Lawyer » (2013) 15(1) *Cardozo Journal of Conflict Resolution* 1 à la p. 4 et n^{os} 19-22.
10. L'article 148 du *Nouveau Code de procédure civile* (N.C.p.c.) impose notamment une obligation aux parties de coopérer pour régler le litige : « Les parties sont *tenu*es de coopérer pour régler l'affaire . . . » (nos italiques). L'utilisation du mot

3. Dans une période où l'économie est en pleine croissance, l'avocat peut possiblement se rabattre sur son rôle traditionnel de représentant résolvant les problèmes juridiques de son client par la voie du processus judiciaire¹¹. Mais comment peut-il survivre en période de rigueur budgétaire publique ou d'incertitude économique, lorsque les justiciables résistent à recourir au système judiciaire et cherchent des solutions rapides à faibles coûts¹² ? Comment l'avocat peut-il subsister dans un contexte où on s'inquiète du fait qu'il y ait trop d'avocats ? La solution repose-t-elle sur les facultés de droit et la réduction du nombre d'admissions¹³ ? Appartient-elle au juriste qui peut choisir d'élargir et d'adapter sa pratique aux besoins des justiciables en fonction du contexte socioéconomique¹⁴ ?

« tenues » présuppose une obligation imposée par le législateur. Le protocole de l'instance implique une négociation entre juristes notamment sur les sujets suivants : les moyens préliminaires et les mesures de sauvegarde ; l'opportunité de recourir à une conférence de règlement à l'amiable ; les interrogatoires écrits ou oraux préalables à l'instruction, leur nécessité et, s'il y a lieu, leur nombre et leur durée anticipés ; l'opportunité de procéder à une ou plusieurs expertises, etc.

11. D'ailleurs, des études révèlent que « [l]es avocats sont conservateurs de nature et peu disposés à courir des risques. . . Les avocats ou les cabinets ne sont peut-être pas incités à innover compte tenu du succès qu'ils ont connu (« Si ça marche, pourquoi changer ? »). Ils croient que les efforts, le temps et le coût que représentent les ajustements nécessaires n'en valent pas la peine. », voir : Association du Barreau Canadien, *Avenirs en droit – Transformer la prestation des services juridiques au Canada*, Projet de l'ABC Avenirs en droit (Ottawa, août 2014) à la p. 29, en ligne : <http://www.cbafutures.org/The-Reports/Futures-Transforming-the-Delivery-of-Legal-Service?lang=fr-CA>.
12. L'exemple des effets importants de la crise économique de 2008 sur le contexte juridique en Islande peut être un point de repère. En effet, l'Islande, suite à la crise financière de 2008, a connu une augmentation fulgurante du nombre de réclamations du fait de la liquidation de banques, de la faillite de compagnies et de dettes variées. Craignant que l'augmentation du nombre de litiges civils engendre une surcharge des tribunaux et multiplie les coûts du système judiciaire, l'État islandais a amendé sa législation et les règlements des tribunaux et des cours afin de diminuer, avec succès, le nombre de procédures judiciaires. Sigurdur Tomas Magnusson se questionne sur la manière dont ces réclamations ont été gérées, soit qu'elles aient été perdues ou demeurées non résolues ou encore qu'elles aient été réglées par d'autres moyens. Nous posons l'hypothèse que la négociation ait pu être utilisée, ce que Sigurdur Tomas Magnusson présente comme un mode plus désirable dans un État de droit que des moyens de pression. Pour plus d'informations, voir : Sigurdur TOMAS MAGNUSSON, « Is There a Snake in an Icelandic Paradise? The Abuse of the "Ideal" System », dans Laura ERVO et Anna NYLUND (éd.), *The Future of Civil litigation. Access to Courts and Court-annexed Mediation in the Nordic Countries*, Heidelberg, Springer, 2014, 307-324 à la page 315.
13. Voir notamment : Association du Jeune Barreau de Montréal, *Situation de l'emploi chez les jeunes avocats au Québec*, Rapport intérimaire 29 mai 2015 aux p. 6-7. En ligne : <http://www.ajbm.qc.ca/documents/file/etats-generaux/rapport-interimaire-situation-de-l-emploi-chez-les-jeunes-avocats-du-quebec.pdf>.
14. Le rapport du Comité d'action sur l'accès à la justice notait que selon une étude américaine récente, « de 70 à 90 % des besoins juridiques dans la société ne sont

4. Dans un milieu de plus en plus concurrentiel et combinant les forces de la mondialisation, de la technologie et de la libéralisation des marchés, le juriste a avantage à se réapproprier son « terrain de jeu » naturel : celui du conflit et de la résolution de problèmes¹⁵. L'identité professionnelle traditionnelle de l'avocat semble davantage proche d'un spécialiste du litige judiciaire qui utilise la négociation comme compétence accessoire pour résoudre les problèmes. Peut-être est-il temps d'inverser les perspectives pour que le juriste se voie davantage comme un spécialiste de la négociation dont l'expertise est la création de solutions adaptées aux besoins concrets et prioritaires de ses clients ?

5. Inspiré par une tendance nord-américaine en développement, nous proposons que le juriste québécois envisage d'explorer le profil professionnel du conseiller en règlement¹⁶. Dans un contexte où une majorité importante des litiges se résout hors cour, le juriste peut se présenter avant tout comme un expert qui saura conseiller son client pour une résolution efficace, stratégique et satisfaisante de ses conflits. Ainsi, le rôle du conseiller en

pas satisfaits. . . Au Canada, plus de 20 % de la population ne prennent aucune mesure concrète relativement à leurs problèmes juridiques et plus de 65 % de la population pensent que rien ne peut être fait, sont incertains quant à leurs droits, ne savent pas quoi faire, pensent que cela prendra trop de temps, coûtera trop cher ou ont simplement peur », voir Comité d'action sur l'accès à la justice en matière civile et familiale, *L'accès à la justice en matière civile et familiale. Une feuille de route pour le changement* (Ottawa, octobre 2013) à la p. 5, en ligne : http://www.cfcj-fcjc.org/sites/default/files/docs/2013/AC_Report_French_Final.pdf. Voir aussi Association du Barreau Canadien, *Avenirs en droit – Transformer la prestation des services juridiques au Canada* (Ottawa, août 2014), à la p. 30 en ligne : [cbafutures.org](http://www.cbafutures.org) <<http://www.cbafutures.org/The-Reports/Futures-Transforming-the-Delivery-of-Legal-Service?lang=fr-CA>>.

15. Association du Barreau Canadien, *Avenirs en droit – Transformer la prestation des services juridiques au Canada* (Ottawa, août 2014) en ligne : [cbafutures.org](http://www.cbafutures.org) <<http://www.cbafutures.org/The-Reports/Futures-Transforming-the-Delivery-of-Legal-Service?lang=fr-CA>>. Ce rapport souligne notamment que « [l]a mondialisation, la nouvelle concurrence ainsi que le développement d'une culture d'efficacité (faire plus avec moins) contribuent à l'érosion de la part du marché qu'occupent les avocats ». De plus, « [l]'écart se creuse entre les avocats et les clients quant à la valeur accordée aux services fournis par les avocats » (p. 31). D'autres professions ont été confrontées à des enjeux similaires à ceux de la profession juridique et ont choisi de recadrer leurs offres de services en fonction de l'offre et de la demande variable dans leurs domaines spécifiques, voir : Carrie MENKEL-MEADOW, « Too Many Lawyers? Or Should Lawyers be Doing Other Things? » (2012) 19:2-3 *International Journal of the Legal Profession* 147-173.
16. Sur le concept du « new lawyer », voir : Julie MACFARLANE, *The New Lawyer*, Vancouver, UBC Press, 2008. Sur le concept de « settlement counsel », voir : Kathy A. BRYAN, « Why Should Business Hire Settlement Counsel? » (2008) *J. Disp. Resol.* 195 ; William F. COYNE JR., « The Case for Settlement Counsel » (1999) 14 *Ohio State J. on Dispute Resolution* 367.

règlement est appelé à dépasser celui de fournir des conseils et services juridiques. Le juriste devient un spécialiste en résolution de conflits qui est capable de guider et de conseiller effectivement son client par rapport aux modes de prévention et règlement des conflits les mieux adaptés dans le contexte, que ce soit la négociation, la médiation ou l'arbitrage pour n'en nommer que quelques-uns. Cela est cohérent avec les responsabilités déontologiques énoncées dans le nouveau *Code de déontologie des avocats* et le *Code de déontologie des notaires*¹⁷. La pertinence du rôle de conseiller en règlement repose sur la prémisse que, dans bien des cas, ce que le client recherche dépasse ce que le cadre du droit peut lui offrir. C'est pourquoi en pratique le conseiller en règlement, qui est un spécialiste de la négociation, travaillera en équipe avec un juriste dont la spécialité est la procédure judiciaire. Chacun joue un rôle différent. Le juriste spécialisé en litige aura la tâche exclusive de préparer le dossier d'un point de vue juridique et engager des procédures judiciaires alors que le juriste conseiller en règlement tentera de résoudre l'affaire exclusivement par des moyens extrajudiciaires, notamment par la négociation. Cette complémentarité d'expertise se fonde sur la prémisse que le comportement traditionnel adversatif de l'avocat n'est pas toujours adapté pour aider son client à obtenir ce qu'il désire réellement. Le conseiller en règlement vient donc offrir une prestation juridique complémentaire pour mieux accompagner et servir un client grâce à ses compétences en négociation de solutions adaptées sur mesure aux besoins des clients¹⁸.

6. Agir à titre de juriste « maître en solutions »¹⁹, comme le suggère le Barreau du Québec, pourrait-il ainsi permettre à la fois de développer et fidéliser une clientèle tout en contribuant à relever le défi social de l'accès à la justice ? L'évolution du profil professionnel du juriste vers la « résolution de problèmes » au sens plus

17. Article 42 du *Code de déontologie des avocats* (RLRQ, c. B-1, r. 3.1) ; article 3 du *Code de déontologie des notaires* (RLRQ, c. N-3, r. 2).

18. Benoît MOORE, Catherine PICHE et Marie-Claude RIGAUD (dir.), *L'avocat dans la cité : éthique et professionnalisme*, Montréal, Éditions Thémis, 2012 aux p. 3-6 ; Julie MACFARLANE, *The New Lawyer*, Vancouver, UBC Press, 2008.

19. Voir notamment l'opinion de la bâtonnière M^e Claudia P. Prémont commentant le virage vers les modes de prévention et règlement des différends amené par le *Nouveau Code de procédure civile*. Emmanuelle GRIL « Entrée en vigueur du nouveau *Code de procédure civile*. Le Barreau du Québec est fin prêt ! », *Journal du Barreau* (décembre 2015 et janvier 2016) aux pages 1 et 3. En ligne : <<http://www.barreau.qc.ca/fr/publications/journal/archives/volume-47/201510/#>>. Voir aussi la campagne publicitaire lancée en juin 2014 par le Barreau du Québec : « Votre avocat, maître en solutions ! », en ligne : <<http://www.barreau.qc.ca/fr/videos/publicites/2014/index.html>>.

large que le strict litige juridique est cohérente avec l'approche du *Nouveau Code de procédure civile* qui prévoit notamment un devoir pour les parties, et leurs avocats le cas échéant, de coopérer pour choisir le mode adéquat et efficient en vue de régler l'affaire ou à défaut de poursuivre la procédure judiciaire de manière proportionnée et économique²⁰. L'évolution de la culture de traitement des différends encouragée par la réforme de la procédure civile québécoise²¹ se présente comme une occasion en or pour le juriste de venir bonifier son offre de services juridiques vers celui de « maître en solutions ».

7. L'objectif de notre article est de conseiller le juriste sur l'art et la science de la négociation. Quelles sont les stratégies essentielles à connaître pour être un négociateur efficace ? Nous recommandons au juriste de développer trois habiletés en négociation qui ont fait leur preuve puisqu'elles sont fondées sur la recherche empirique scientifique en négociation. En résumé : (1) le négociateur efficace est flexible quant à son style de négociation, (2) le négociateur efficace adopte un comportement éthique et (3) le négociateur efficace vise l'équité et le développement de la confiance. Nous explorons maintenant en détail ces recommandations qui pourront guider le juriste dans ses négociations autant pour régler un litige à l'amiable, comme dans une pratique de droit collaboratif, que pour négocier les bases d'une relation contractuelle (d'affaires, de travail, etc.).

20. Voir notamment les principes directeurs de la disposition préliminaire, l'obligation de considérer les modes privés de prévention et de règlement des différends de l'article 1, l'invitation à régler l'affaire dès l'avis d'assignation joint à la demande introductive d'instance (145-146), la réponse à l'avis (147) et le protocole d'instance (148). Voir notamment : Catherine PICHE, « La disposition préliminaire du *Code de procédure civile* » (2014) 73 R. du B. 135 ; Jean-François ROBERGE, S. Axel-Luc HOUNTOHOTTEGBÈ, Elvis GRAHOVIC, « L'article 1^{er} du *Nouveau Code de procédure civile du Québec* et l'obligation de considérer les modes de PRD : des recommandations pour réussir un changement de culture » (2016) 49(2) R.J.T. (à paraître). Sur le devoir de coopération, voir : Anne A. LAVERDURE, « La coopération au cœur du *Code de procédure civile* », [2015] AZ-40024528.

21. Voir les communiqués du 20 février 2014 et les propos de l'ex-ministre de la Justice Bertrand Saint-Arnaud sous lequel le projet de loi fut adopté : <<http://communiqués.gouv.qc.ca/gouvqc/communiqués/GPQF/Avril2013/30/c2042.html>>. Voir les propos de la bâtonnière M^e Johanne Brodeur en poste à la présidence du Barreau du Québec au moment de l'adoption du *Nouveau Code de procédure civile* en février 2014 : Johanne LANDRY, « Un Barreau visionnaire qui relève les défis », *Journal du Barreau*, juin 2014, p. 12-13 ; Voir aussi le module « Le *Nouveau Code de procédure civile* : pour une nouvelle culture » de la formation continue du Barreau du Québec. En ligne : <<http://www.barreau.qc.ca/formation>>.

1. Être flexible quant à son style de négociation

8. Les styles de négociation et les techniques qui ont un impact positif sur l'efficacité de la négociation font partie des sujets les plus discutés en pratique, enseignés dans les formations et mesurés par la recherche. Les styles de négociation, aussi parfois appelés « styles de gestion de conflit », présentent généralement une dichotomie entre deux styles (ou approches) distincts et complémentaires qui sont nommés de différentes façons dans la littérature : distributif ou intégratif²², classique basé sur les positions ou raisonné basé sur les intérêts²³, compétitif ou coopératif²⁴, adversarial ou de résolution de problèmes²⁵, résolution prudente de problèmes (cautious problem solving) et résolution véritable de problèmes (true problem solving)²⁶, etc.

9. L'approche distributive de la négociation sera généralement favorisée dans une situation d'interdépendance « fixe » (zero-sum) qui se caractérise par un but recherché qui ne peut être atteint par toutes les personnes en situation d'interdépendance. Pensons par exemple aux parties qui désirent chacune avoir la majorité des ressources disponibles (argent, temps, marchandises, espace physique, position professionnelle, etc.). Une analogie avec le sport permet l'illustration évidente qu'il ne peut y avoir qu'un nombre fixe de trois résultats : soit tu gagnes, soit tu perds ou il y a égalité entre les parties. Les parties prennent des positions différentes et les défendent. L'enjeu est la distribution proportionnelle au rapport de force exercé par des stratégies de négociation qui visent à réclamer le maximum de valeur pour soi (value-claiming). Le rapport de force sera représentatif des leviers de persuasion que possède chacune des parties. À titre d'exemple de leviers de pouvoir souvent présents dans un litige juridique, notons les capacités financières, le temps, la force de la preuve en

22. Richard E. WALTON et Robert B. MC KERSIE, *A Behavioral Theory of Labor Negotiations*, Cornell University Press, 1965 ; Howard RAIFFA, *Negotiation Analysis: The Art and Science of Collaborative Decision Making*, Belknap Press, 1982.

23. Robert FISHER, William L. URY et Bruce PATTON, *Getting to yes*, New York, Penguin Group, 1991.

24. Gerald R. WILLIAMS, *Legal negotiation and settlement*, West Publishing Company, 1983, p. 18-42 ; David LAX et James SEBENIUS, *The manager as negotiator: Bargaining for cooperation and competitive gain*, NY : Free Press, 1986.

25. Carrie MENKEL-MEADOW, « Toward Another View of Legal Negotiation: The Structure of Problem Solving » (1984) 31 UCLA Law Review 754-842.

26. Andrea KUPFER SCHNEIDER, « Shattering Negotiation Myths : Empirical Evidence on the Effectiveness of Negotiation Style » (2002) 7 Harvard Negotiation Law Review 143.

droit, la réputation, le réseau de contacts qui peut nous appuyer ou encore récompenser ou sanctionner l'autre partie, une disparité entre les pouvoirs hiérarchiques des parties (par exemple un supérieur vs un subordonné), l'attrait des solutions alternatives à un règlement négocié, etc. Le juriste qui négocie dans une situation d'interdépendance fixe cherchera à augmenter ses leviers de pouvoir et à diminuer ceux de l'autre. Le rapport de force entre les parties est donc dynamique et évolutif en faveur de l'une ou de l'autre. On recherche l'exclusivité du pouvoir.

10. L'approche intégrative de la négociation sera généralement encouragée dans une situation d'interdépendance « ouverte » (positive sum) où les parties poursuivent un ou plusieurs buts qui sont liés et complémentaires de manière à ce que chaque but atteint contribue à l'atteinte des autres buts. Pensons par exemple à un salarié et un employeur qui désirent chacun rompre le lien d'emploi et qui auront tous les deux besoin de préserver leur réputation pour soit trouver le meilleur emploi ou attirer le meilleur candidat possible. Pensons encore aux parents qui se séparent pour refaire leur vie et qui auront tout de même besoin de la collaboration de chacun pour assurer le meilleur intérêt de l'enfant (choix des sports pratiqués par l'enfant, choix des écoles, vacances scolaires, etc.). Une situation d'interdépendance ouverte existera également pour deux entreprises concurrentes qui désirent avoir la meilleure rentabilité possible et qui pourront envisager un partage de brevets ou de s'engager dans un partenariat d'affaires où le réseau de distribution étendu de l'un sera combiné au leadership en recherche et développement de l'autre. L'enjeu d'une situation d'interdépendance ouverte est l'atteinte du maximum d'objectifs pour chacune des parties par des stratégies de négociation qui visent à créer le maximum de valeur commune (value-creating). Les parties identifient leurs objectifs et envisagent une diversité de moyens possibles pour les atteindre. Chacune des parties tentera d'atteindre ses objectifs soit en s'aidant à identifier plus de ressources pour satisfaire leurs besoins ou en partageant et coordonnant leurs efforts pour l'utilisation des ressources existantes.

11. Quelle approche de la négociation est la meilleure ? En règle générale, les auteurs en négociation reconnaissent l'importance de demeurer flexible dans son style et de développer

de la polyvalence dans ses habiletés de négociation²⁷. La littérature reconnaît d'ailleurs l'importance pour le négociateur d'être formé à la négociation afin d'être efficace²⁸. Sur la base de résultats empiriques provenant d'une étude sur la négociation entre avocats, la professeure Kupfer Schneider suggère que la formation du négociateur devrait porter sur le développement des habiletés par rapport à un « triangle d'efficacité » (triangle of effectiveness) qui correspond à trois compétences : (1) l'affirmation (i.e. saisir l'opportunité de se faire entendre et de persuader), (2) l'empathie (l'écoute, le questionnement et l'ouverture d'esprit) et (3) la flexibilité (i.e. l'inventivité et l'adaptabilité)²⁹. Elle suggère que la formation des négociateurs devrait aussi les sensibiliser à deux autres compétences personnelles, soit : (1) l'intuition sociale (i.e. avoir une personnalité attachante et des habiletés d'interaction sociale) et (2) la sensibilité éthique (i.e. la volonté de respecter l'éthique et d'agir avec authenticité).

12. Les recherches empiriques de Kupfer Schneider ont permis de classer les adjectifs suivants par ordre d'importance pour qualifier les comportements des avocats les plus efficaces : éthique, expérimenté, agréable, rationnel, confiant, réaliste, perspicace, contrôle de soi, fiable, communicatif, astucieux par rapport à la loi, respecte la dignité, équitable, sociable, accommodant, posé,

-
27. Voir notamment : Andrea KUPFER SCHNEIDER, « Teaching a New Negotiation Skills Paradigm » (2012) 39 Wash. U.J.L. & Poly 13, 15 ; Jennifer GERARDA BROWN, *Empowering Students to Create and Claim Value through the Thomas-Kilmann Conflict Mode Instrument*, (2012) 28 Negotiation J. 79 ; Andrea KUPFER SCHNEIDER et Jennifer GERARDA BROWN, « Negotiation Barometry: A Dynamic Measure of Conflict Management Style » (2013) 28:3 Ohio State Journal on Dispute Resolution 557-580. Les professeurs Schneider et Brown ont développé le « Dynamic Negotiating Approach Diagnostic » (DYNAD) qui permet d'identifier les préférences pour les styles de gestion de conflit en début du conflit et ensuite lorsque le conflit s'intensifie, reflétant ainsi le caractère dynamique de la gestion des conflits et plus largement des négociations.
28. La recherche empirique démontre que des négociateurs formés sont plus performants : voir : Christina J. TAYLOR et Sharon M. DAWID, « Bargaining for a new car: The knowledgeable versus the naive consumer » (1986) 59 Psychological Reports 284-286 ; Catherine H. TINSLEY, Kathleen M. O'CONNOR et Brando A. SULLIVAN, « Tough guys finish last: The perils of a distributive reputation » (2002) 88 Organizational Behavior and Human Decision Processes 621-642.
29. Andrea KUPFER SCHNEIDER, « Teaching a New Negotiation Skills Paradigm » (2012) 39 Wash U.J.L. & Poly 13, 15 à la p. 26. Le triangle d'efficacité est inspiré de sa recherche empirique antérieure portant sur la négociation entre avocats. Voir : Andrea KUPFER SCHNEIDER, « Shattering Negotiation Myths: Empirical Evidence on the Effectiveness of Negotiation Style » (2002) 7 Harvard Negotiation Law Review 143. Voir aussi : Robert H. MNOOKIN, Scott R. PEPPET et Andrew S. TULUMELLO, « The Tension Between Empathy and Assertiveness » (1996) 12 Negotiation J. 217.

agréable, flexible, sage, analytique, prudent, aidant, loyal, etc.³⁰. On peut noter que plusieurs de ces adjectifs sont davantage associés à une approche intégrative de la négociation. À l'inverse, les comportements les moins efficaces sont les suivants par ordre d'importance en commençant par le moins efficace : têtue, obstiné, irritant, affirmatif, confiant, argumentateur, arrogant, exigeant, égoïste, querelleur, expérimenté, ambitieux, ferme, autoritaire, méfiant, etc.³¹. L'étude de la professeure Kupfer Schneider s'inspire fortement des études pionnières de Gerald Williams et elles convergent toutes vers le résultat que les avocats ayant des comportements intégratifs sont perçus comme étant plus efficaces que leurs confrères adoptant des comportements que l'on peut associer davantage à une approche distributive de la négociation³².

13. Quel est le défi pour le juriste maître en solutions ? Choisir la négociation intégrative, par rapport au réflexe distributif dominant dans le domaine juridique, demandera davantage de compétences³³. Le juriste devra reconnaître les situations d'interdépendance ouvertes, c'est-à-dire qu'il devra, en pratique, voir au-delà de l'aspect économique du dossier. En complément de l'aspect matériel, d'autres objectifs peuvent être poursuivis par le client, tels que préserver son estime de soi et la réputation de ses

30. Andrea KUPFER SCHNEIDER, « Shattering Negotiation Myths: Empirical Evidence on the Effectiveness of Negotiation Style » (2002) 7 Harvard Negotiation Law Review 143.

31. Andrea KUPFER SCHNEIDER, « Shattering Negotiation Myths: Empirical Evidence on the Effectiveness of Negotiation Style » (2002) 7 Harvard Negotiation Law Review 143.

32. En 1976, une première étude empirique portant sur les styles de négociation et leur efficacité a été menée aux États-Unis, à Phoenix, par Gerald R. Williams. Le chercheur est arrivé à la conclusion qu'il est plus difficile pour un avocat distributif d'être un négociateur efficace, étant donné la proportion plus grande d'avocats intégratifs ayant été évaluée par leurs pairs comme des négociateurs efficaces. Voir : Gerald R. WILLIAMS, *Legal negotiation and settlement*, 1983, à la page 15-46. Cette étude a été mise à jour en 1986 par Williams et ses collègues dans « Phoenix II ». Voir : Lloyd BURTON et al., « Feminist Theory, professional ethics, and gender-related distinctions in attorney negotiating styles », (1991) J. Disp. Resol. 199. En 1999, la professeure Andrea Kupfer Schneider a conduit une recherche empirique similaire menée à Milwaukee et à Chicago aux États-Unis. Sa recherche confirme que le degré de compétition des avocats en négociation est corrélativement perçu par les pairs comme inefficaces. Voir : Andrea KUPFER SCHNEIDER, « Shattering Negotiation Myths : Empirical Evidence on the Effectiveness of Negotiation Style » (2002) 7 Harvard Negotiation Law Review 143 aux pages 152-157.

33. Voir : Jean-François ROBERGE, *La justice participative. Changer le milieu juridique par une approche intégrative de règlement des différends*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2011.

proches par exemple. Le juriste qui négocie plusieurs objectifs se met dans une position plus favorable pour être créatif. Le terrain de jeu est plus grand. Plus les sujets de négociation sont variés, plus il y a de valeur à échanger et plus fréquentes sont les opportunités pour poser un comportement réciproque. La valeur revêt plusieurs formes pour un client : temps, respect, profit matériel, réseau, reconnaissance du talent ou des sacrifices, etc. Chaque client n'accorde pas la même valeur au même sujet négocié. Par exemple, un même montant d'argent n'aura pas la même valeur s'il est versé par (ou pour) un particulier ou une entreprise et selon la richesse économique de chacun. Négociateur c'est relever le défi de la coopération par la poursuite d'un accord fondé sur un échange de valeur équivalente. Le rôle de l'avocat, en particulier s'il privilégie une approche intégrative, est de négocier la valeur que son client considèrera « équivalente » donc juste et équitable dans la manière dont elle se distribue entre les négociateurs.

2. Reconnaître les approches éthiques de la négociation

14. Plusieurs recherches ont été conduites pour mieux comprendre l'importance de l'éthique en négociation et la dynamique de la confiance en négociation. Les codes professionnels de déontologie de même que le sens commun par rapport à la responsabilité personnelle demandent aux négociateurs avocats d'être francs, honnêtes et sincères dans leurs interactions³⁴. Or l'éthique de la négociation est un défi en pratique. On remarque un dilemme pour les avocats qui pratiquent le litige juridique. Certains avocats ont la perception que ne pas négocier de manière honnête et sincère peut permettre d'atteindre de meilleurs résultats pour leur client. Mentir en négociation pourrait augmenter le pouvoir d'un négociateur sur l'autre. Les fausses informations communiquées seront souvent destinées à mal informer l'autre partie, éliminer et obscurcir ses choix d'alternatives, ou manipuler les coûts et bénéfices des options qu'elle pourrait souhaiter poursuivre. Certains clients s'attendraient même à ce qu'un avocat loyal à leur égard utilise de telles tactiques discutables sur le plan éthique si nécessaire. Comment la recherche empirique nous éclaire-t-elle sur ce dilemme de l'éthique en négociation ?

34. Voir le nouveau *Code de déontologie des avocats*, préambule, par. 4 et articles 4 et 119 ; *Code de déontologie professionnelle* de l'Association du Barreau Canadien, Chapitre 1, règles 1 et 2, Chapitre XVI et Annexe, Partie I ; *Code de déontologie des notaires*, articles 1, 7 et 13.

15. Le défi de l'éthique en négociation est souvent associé à la définition que l'on accorde au « mensonge » et à son expression³⁵. Qu'est-ce qu'un « mensonge » ou la « vérité » dans un contexte de négociation ? Une recherche menée par Lewicki et Robinson a exploré comment les négociateurs perçoivent et discriminent différentes tactiques de négociation malhonnêtes du point de vue de l'éthique³⁶. Les auteurs concluent qu'il n'existe pas de standards absolus en ce qui concerne la morale, les tactiques de négociation étant perçues et discriminées différemment selon le genre, la nationalité, l'origine ethnique et le style de négociation³⁷. On ne pourrait donc affirmer qu'il existe un standard universel du mensonge en négociation.

16. En pratique, il semble exister trois écoles éthiques en négociation : (1) l'approche du jeu, (2) l'approche de l'harmonie sociale et (3) l'approche pragmatique³⁸. Ce sont trois visions différentes de la dynamique de négociation et de l'usage du mensonge. Le négociateur qui s'inscrit dans une vision de « jeu » cherchera à gagner plus que l'autre. Dans cette « partie de poker », tromper l'autre sur ce que nous possédons dans notre « main de négociateur » est acceptable. Seuls sont interdits les comportements qui ne respectent pas les règles du jeu, ce qui dans le contexte correspondrait à ce qu'il est légal de faire ou non. Le bluff est légal. La fausse représentation ne l'est pas. L'enjeu éthique est de savoir où tracer la ligne... Dans la vision de la négociation poursuivant « l'harmonie sociale », le négociateur agira comme il le fait dans les autres sphères de sa vie en recherchant un équilibre entre l'affirmation de son intérêt individuel et le respect des intérêts

35. Voir notamment Richard G. SHELL, *Bargaining for Advantage. Negotiation Strategies for Reasonable People*, 2^e éd., New York, Penguin, 2006, 215-220.

36. Roy L. LEWICKI et Robert J. ROBINSON, « Ethical and unethical bargaining tactics: an empirical study » (1998) 17(6) *Journal of Business Ethics* 665. L'étude couvre dix-huit tactiques classées sous cinq thèmes : Mauvaises représentations, marchandage compétitif traditionnel, « bluff », manipulation du réseau de l'adversaire, collecte inappropriée d'informations.

37. Roy L. LEWICKI et Robert J. ROBINSON, « Ethical and unethical bargaining tactics : an empirical study » (1998) 17(6) *Journal of Business Ethics* 665 aux p. 677-679.

38. Voir Richard G. SHELL, « Bargaining with the Devil without Losing Your Soul », dans Carrie MENKEL-MEADOW et Michael WHEELER (éd.), *What's Fair, Ethics for Negotiators*, San Francisco, Jossey Bass, 2004, p. 58-74 ; Richard G. SHELL, *Bargaining for Advantage : Negotiation Strategies for Reasonable People*, 2nd ed., New York, Penguin Books, 2006, p. 215-220. Voir également Jean-François ROBERGE, *La justice participative. Changer le milieu juridique par une culture intégrative de règlement des différends*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2011 aux p. 164-175.

des autres dans le contexte des normes morales qui s'appliquent à eux. Le mensonge n'étant pas valorisé en principe dans nos relations personnelles et professionnelles, il n'est pas davantage opportun de « mentir » à nos vis-à-vis en négociation. Dans une approche éthique visant l'harmonie sociale, le négociateur préférera refuser de répondre plutôt que de mentir. En ce qui concerne le négociateur qui s'inscrit dans une école « pragmatique », son objectif sera de faire balancer le rapport coûts/bénéfices à son avantage à long terme. C'est ainsi que le négociateur sera transparent sur les faits vérifiables par l'autre partie car une tromperie le ferait passer pour un manipulateur et entacherait sa réputation pour le futur. Toutefois, ce négociateur pourrait préférer ne présenter qu'un côté de la médaille si l'autre partie ne peut faire la contre-vérification, et miser sur les critères d'équité qui l'avantagent pour justifier une offre et obtenir ce qu'il désire en négociation. Laquelle approche est la meilleure ? Pour répondre à cette question, il faut prendre en compte le contexte de la négociation. En fonction des contextes (personnes concernées, type de négociation, probabilité d'une relation future ou non, etc.), un négociateur pourrait adopter une ou plusieurs approches éthiques différentes.

17. Peut-on poser le constat général que les avocats agissent de manière éthique en négociation ? La réponse est non si l'on se fie à une étude empirique américaine qui a évalué si des avocats-praticiens rencontraient les normes minimales d'éthique prévues dans les *American Bar Association's Model Rules of Professional Conduct (Model Rules)*³⁹. Les chercheurs ont interrogé les avocats-praticiens en leur demandant de choisir s'ils étaient prêts à prendre part ou non à un stratagème de règlement hors

39. Voir Art HINSHAW et Jess K. ALBERTS, « Doing the Right Thing: An Empirical Study of Attorney Negotiation Ethics » (2011) 16 *Harvard Negotiation Law Review* 95 à la p. 99. Voir : *American Bar Association's Model Rules of Professional Conduct*, en ligne : ABA <http://www.americanbar.org/groups/professional_responsibility/publications/model_rules_of_professional_conduct/model_rules_of_professional_conduct_table_of_contents.html>, règle 4.1 prévoit : « In the course of representing a client a lawyer shall not knowingly: (a) make a false statement of material fact or law to a third person; or (b) fail to disclose a material fact to a third person when disclosure is necessary to avoid assisting a criminal or fraudulent act by a client, unless disclosure is prohibited by Rule 1.6. ». Cette règle, controversée en raison de son standard d'éthique très bas, est interprétée comme autorisant l'utilisation de certaines tactiques de tromperie en négociation (« deceitful negotiation techniques »), mais interdit toute représentation frauduleuse relative à des questions matérielles, voir Art HINSHAW et Jess K. ALBERTS, « Doing the Right Thing: An Empirical Study of Attorney Negotiation Ethics » (2011) 16 *Harvard Negotiation Law Review* 95 à la p. 99.

cour frauduleux si un client leur demandait de le faire⁴⁰. Près du tiers des répondants ont indiqué qu'ils accepteraient la proposition de leur client et seulement la moitié ont répondu qu'ils la refuseraient respectant ainsi les standards des *Model Rules*. En posant des questions additionnelles pour tenter de comprendre les raisons qui sous-tendent ce choix, les auteurs relèvent qu'un nombre important d'avocats s'engageraient dans de telles tactiques déloyales si c'est dans l'intérêt de leur client. L'étude relève une confusion sur la compréhension de la responsabilité professionnelle que l'avocat doit assumer quand il négocie avec son vis-à-vis⁴¹. En outre, certains avocats croient que d'autres règles, incluant d'autres sections des *Model Rules*, soit leur permettent ou les obligent à prendre part à ce stratagème frauduleux, en particulier leurs obligations de confidentialité et de secret professionnel face aux confidences d'un client et le fait que le client ait spécifiquement demandé que l'information ne soit pas révélée⁴². Cette vision utilitariste portée par certains avocats semble en partie supportée par la recherche empirique⁴³. En effet, des

40. Dans les faits de l'étude en question l'avocat représente un client qui croit que son ancienne copine l'a infecté du virus DONS, une maladie transmise sexuellement hypothétique qui est incurable et fatale. En réponse à une lettre de son ancienne copine admettant qu'elle avait la maladie durant leur relation, le client a passé deux tests maison qui se sont avérés positifs. Suite à une menace de poursuite, les avocats des deux parties se rencontrent afin de négocier le montant approprié des dommages-intérêts. Le questionnaire de l'étude empirique place l'avocat participant seulement quelques instants avant le début de la négociation hors cour où son client lui révèle un nouveau fait critique : les deux tests maison étaient erronés et, après tout, il n'est pas porteur de la maladie. Cependant, le client toujours furieux contre son ancienne copine en raison de l'agonie causée par son comportement téméraire demande à son avocat de ne pas révéler le fait qu'il n'est pas porteur de la maladie durant la négociation. À ce point, le questionnaire débute et demande à l'avocat participant s'il acquiescerait à la demande de son client. Pour plus de détails relativement au questionnaire, voir : Art HINSHAW et Jess K. ALBERTS, « Doing the Right Thing: An Empirical Study of Attorney Negotiation Ethics » (2011) 16 *Harvard Negotiation Law Review* 95 aux p. 116-20.
41. Les avocats semblent considérablement confus quant à la signification à donner à l'expression « material fact » prévue à l'article 4.1 des *American Bar Association's Model Rules of Professional Conduct*, en ligne : ABA <http://www.americanbar.org/groups/professional_responsibility/publications/model_rules_of_professional_conduct/model_rules_of_professional_conduct_table_of_contents.html>, aux p. 121-123.
42. *American Bar Association's Model Rules of Professional Conduct*, en ligne ABA <http://www.americanbar.org/groups/professional_responsibility/publications/model_rules_of_professional_conduct/model_rules_of_professional_conduct_table_of_contents.html>, aux p. 124-26.
43. Dans une étude empirique de Kupfer Schneider conduite aux États-Unis à Milwaukee et Chicago, 36 % des avocats pratiqueraient la négociation de manière adversariale et non éthique. Voir : Andrea KUPFER SCHNEIDER, « Shattering Negotiation Myths : Empirical Evidence on the Effectiveness of Negotiation Style » (2002) 7 *Harvard Negotiation Law Review* 143 à la page 163.

recherches concluent que le négociateur qui trompe la confiance de l'autre partie bénéficie souvent : (1) d'une augmentation de son pouvoir relatif⁴⁴, (2) d'une augmentation de la perception de l'autre partie quant à son pouvoir⁴⁵ et (3) d'une amélioration de ses résultats tangibles⁴⁶.

18. Qu'est-ce qui amène un avocat à poser un comportement non éthique ? La recherche terrain dégage que le meilleur indicateur d'un comportement compétitif non éthique d'un négociateur est l'interaction entre deux variables, soit : (1) l'attitude d'un négociateur par rapport au comportement compétitif non éthique et (2) le comportement de l'autre partie⁴⁷. Ainsi, le négociateur emploiera des tactiques compétitives et non éthiques s'il perçoit qu'elles sont appropriées et si l'autre partie emploie de telles tactiques⁴⁸. Ce constat suggère donc que le comportement du négociateur aura un impact éthiquement positif ou négatif sur le comportement de l'autre partie⁴⁹. Plus précisément, l'utilisation de tactiques compétitives non éthiques tôt dans le processus de négociation par un négociateur entraînera une utilisation plus fréquente de ces tactiques qui, à leur tour, augmenteront les chances de provoquer un comportement réciproque par l'autre partie⁵⁰. Ainsi, une attitude favorable envers des tactiques compétitives non éthiques peut s'avérer être une « prophétie auto-réalisatrice » : le comportement réciproque de l'autre partie se justifiera

44. Roy J. LEWICKI et Robert ROBINSON, « A factor-analytic study of negotiator Ethics » (1998) 18 *Journal of Business Ethics* 211.
45. Debra I. SHAPIRO et Robert J. BIES, « Threats, bluffs, and disclaimers in negotiation » (1994) 60 *Organizational Behavior and Human Decision Processes* 14-35
46. Jerome M. CHERTKOFF et Suzanne L. BAIRD, « Applicability of big lie technique and last clear chance doctrine to bargaining » (1971) 20(3) *Journal of Personality and Social Psychology* 298-303 ; Kathleen M. O'CONNOR et Peter J. CARNEVALE, « A nasty but effective negotiation strategy: Misrepresentation of a common-value issue » (1997) 23(5) *Personality and Social Psychology Bulletin* 504-505.
47. Roger VOLKEMA, Denise FLECK et Agnes HOFMEISTER, « Predicting Competitive-Unethical Negotiating Behavior and Its Consequences », *Negotiation Journal*, 07/2010, Volume 26, Numéro 3, p. 263-286 à la p. 279.
48. Roger VOLKEMA, Denise FLECK et Agnes HOFMEISTER, « Predicting Competitive-Unethical Negotiating Behavior and Its Consequences », *Negotiation Journal*, 07/2010, Volume 26, Numéro 3, p. 263-286 à la p. 279.
49. Ce constat est cohérent avec les prévisions d'autres chercheurs, voir : Linda KLEBE TREVINO, « Ethical decision making in organizations: A person-situation interactionist model » (1986) 11(3) *Academy of Management Review* 601-617 ; Roger VOLKEMA and Maria Teresa LEME FLEURY, « Alternative negotiating conditions and the choice of negotiation tactics: A cross-cultural comparison » (2002) 36(4) *Journal of Business Ethics* 381-398.
50. Roger VOLKEMA, Denise FLECK et Agnes HOFMEISTER, « Predicting Competitive-Unethical Negotiating Behavior and Its Consequences », *Negotiation Journal*, 07/2010, Volume 26, Numéro 3, p. 263-286 à la p. 278.

en raison du comportement initial du premier négociateur et entraînera ainsi une intensification de comportements compétitifs non éthiques de la part de l'un et l'autre.

19. Est-ce que le juriste négociateur peut être désavantagé d'adopter un comportement éthique ? Il semble que la réponse soit à la fois oui et non. Tromper la confiance de l'autre partie peut avoir les effets suivants : (1) une augmentation de son pouvoir relatif⁵¹, (2) une augmentation de la perception de l'autre partie quant à son pouvoir⁵² et (3) une amélioration de ses résultats tangibles⁵³. Toutefois, le comportement non éthique en négociation entraîne une perte de confiance qui pourrait handicaper la poursuite des négociations et mener à une impasse. Le juriste négociateur devrait être conscient qu'adopter un comportement compétitif non éthique entraînera l'autre partie à agir avec réciprocité⁵⁴. Par logique auto-réalisatrice, cela augmentera l'emploi de tactiques compétitives non éthiques de la part des deux parties. À l'opposé, une partie qui ne réplique pas par des tactiques compétitives non éthiques pourrait entraîner la réduction de l'emploi de telles tactiques par l'autre partie⁵⁵. De plus, la recherche a démontré que l'usage de la franchise en négociation peut avoir un impact positif. Le juriste négociateur trouvera utile de savoir que, dans le cas d'une situation de déséquilibre de pouvoir entre les parties, l'usage de la franchise peut modérer ce déséquilibre et faciliter une coopération accrue entre les négociateurs⁵⁶.

51. Roy J. LEWICKI et Robert ROBINSON, « A factor-analytic study of negotiator Ethics » (1998) 18 *Journal of Business Ethics* 211.
52. Debra I SHAPIRO et Robert J. BIES, « Threats, bluffs, and disclaimers in negotiation » (1994) 60 *Organizational Behavior and Human Decision Processes* 14-35.
53. Jerome M. CHERTKOFF et Suzanne L. BAIRD, « Applicability of big lie technique and last clear chance doctrine to bargaining » (1971) 20(3) *Journal of Personality and Social Psychology* 298-303 ; Kathleen M. O'CONNOR et Peter J. CARNEVALE, « A nasty but effective negotiation strategy: Misrepresentation of a common-value issue » (1997) 23(5) *Personality and Social Psychology Bulletin* 504-515.
54. Roger VOLKEMA, Denise FLECK et Agnes HOFMEISTER, « Predicting Competitive-Unethical Negotiating Behavior and Its Consequences », *Negotiation Journal*, 07/2010, Volume 26, Numéro 3, p. 263-286 à la p. 279.
55. Roger VOLKEMA, Denise FLECK et Agnes HOFMEISTER, « Predicting Competitive-Unethical Negotiating Behavior and Its Consequences », *Negotiation Journal*, 07/2010, Volume 26, Numéro 3, p. 263-286 à la p. 280.
56. En effet, les chercheurs ont démontré que la franchise est une approche ou comportement important pour modeler le processus de négociation ainsi que son résultat. Le désir de développer une relation sincère et honnête avec l'autre partie entraîne une plus grande préoccupation pour l'autre partie et résulte souvent en de plus grandes concessions par rapport aux positions campées au départ. Ainsi, considérant ce lien entre la franchise et la préoccupation de l'autre partie, la franchise peut aussi avoir l'effet de modérer un déséquilibre de pouvoir en facilitant

3. Viser l'équité et la confiance en négociation

20. Le *Nouveau Code de procédure civile du Québec* oriente la négociation pour qu'elle soit pratiquée par les parties et leurs avocats dans un esprit de coopération et d'équilibre et selon les exigences de la bonne foi⁵⁷. Les parties ont un devoir de coopération l'une à l'égard de l'autre, autant dans la pratique des modes privés de prévention et règlement des différends que lors des procédures judiciaires⁵⁸. Cette orientation vise à offrir des garanties procédurales aux procédés de justice privés et étatiques dans le but de favoriser l'accès, la célérité et la qualité de la justice civile⁵⁹.

21. Est-ce que le fait de traiter équitablement la partie adverse influence le résultat de la négociation ? Est-ce que cela peut nuire au négociateur dans certaines situations ? C'est ce que les chercheurs Hollander-Blumoff et Tyler ont voulu vérifier. Ils ont conduit deux études corrélationnelles⁶⁰ pour tester leur hypothèse que la justice ou l'équité procédurale joue un rôle positif dans l'acceptation d'une entente lors d'une négociation bilatérale. L'équité procédurale réfère à la qualité du processus et de l'interaction lorsque des personnes prennent une décision. Les deux études ont mesuré la relation entre l'équité du processus utilisé pour régler un différend et trois facteurs : (1) les résultats monétaires objectifs⁶¹, (2) l'évaluation subjective des participants par

une plus grande coopération entre les négociateurs, voir D. Scott DERUE et al., « When is Straightforwardness a Liability in Negotiations? The Role of Integrative Potential and Structural Power » (2009) 94 *Journal of Applied Psychology* 1032-1047.

57. Disposition préliminaire, articles 2 et 3 NCPC.

58. Articles 2, 19, 20 NCPC. Voir également Anne A. LAVERDURE, « La coopération au cœur du *Code de procédure civile* », [2015] AZ-40024528.

59. Jean-François ROBERGE, article 2. Dans Luc CHAMBERLAND (dir.), *Le grand collectif. Code de procédure civile. Commentaires et annotations*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2015.

60. Une étude corrélationnelle peut suggérer qu'une relation existe entre différentes variables. Cependant, elle ne peut pas prouver qu'une variable est la cause d'un changement dans une autre variable. Pour comprendre les implications de cette méthodologie sur les résultats des deux études conduites par Rebecca HOLLANDER-BLUMOFF et Tom R. TYLER, « Procedural Justice in Negotiation: Procedural Fairness, Outcome Acceptance, and Integrative Potential » (2008) 33(2) *Law & Social Inquiry* 473 à la p. 492.

61. Chacun des résultats de la négociation expérientielle a été coté en fonction de la valeur de neuf éléments du questionnaire différents pour en obtenir une valeur nette. Ensuite, les chercheurs ont attribué une cote z à chacun des résultats qui reflète la valeur monétaire de ces résultats en fonction des résultats obtenus par d'autres participants représentant le même client, voir Rebecca HOLLANDER-BLUMOFF et Tom R. TYLER, « Procedural Justice in Negotiation: Procedural Fairness, Outcome Acceptance, and Integrative Potential » (2008) 33(2) *Law & Social Inquiry* 473 à la p. 481.

rapport à leur bénéfice personnel atteint par le résultat et (3) leur évaluation subjective des participants par rapport à l'équité du résultat. La première étude a évalué l'impact de l'équité procédurale dans le cadre d'une négociation en contexte d'interdépendance fixe (zero-sum), alors que la deuxième étude a permis en plus de mesurer l'effet de l'équité procédurale au niveau de la négociation intégrative dans le contexte d'une situation d'interdépendance ouverte (positive sum).

22. Les résultats de la première étude révèlent que l'équité procédurale, i.e. la perception d'une partie d'avoir traité équitablement l'autre partie ou d'avoir été traitée équitablement par l'autre partie, n'a aucun impact sur le résultat monétaire de l'entente⁶². Ainsi ce résultat suggère que les négociateurs ne bénéficient pas, tout comme ils ne sont pas non plus désavantagés, d'agir équitablement envers l'autre partie. Dans ce contexte, traiter l'autre partie équitablement ne garantit donc pas un avantage financier, mais ne condamne pas non plus le négociateur à un résultat financier moins avantageux. En ce qui concerne la deuxième étude menée dans un contexte d'interdépendance ouverte permettant un potentiel intégratif bien que les participants n'en aient pas été informés, les résultats révèlent qu'un degré élevé d'équité procédurale est associé à une plus grande probabilité que l'information soit divulguée. Par conséquent, cela peut mener à une opportunité accrue de créer de la valeur ajoutée à l'entente. De plus, un degré élevé d'équité procédurale entraîne des résultats combinés plus élevés et qui sont répartis plus également entre les parties⁶³. Ainsi, il peut être conclu que l'utilisation de procédures équitables est une façon de faciliter le développement de la négociation intégrative et cela prévient qu'une partie accapare à elle seule l'excédent de valeur que la négociation intégrative a créé. En outre, les résultats des deux études sont cohérents avec la suggestion que les parties seront plus disposées à accepter une entente suivant une procédure selon laquelle elles se sont senties traitées équitablement⁶⁴.

62. Rebecca HOLLANDER-BLUMOFF et Tom R. TYLER, « Procedural Justice in Negotiation: Procedural Fairness, Outcome Acceptance, and Integrative Potential » (2008) 33(2) *Law & Social Inquiry* 473 à la p. 490.

63. Rebecca HOLLANDER-BLUMOFF et Tom R. TYLER, « Procedural Justice in Negotiation: Procedural Fairness, Outcome Acceptance, and Integrative Potential » (2008) 33(2) *Law & Social Inquiry* 473 à la p. 490.

64. Rebecca HOLLANDER-BLUMOFF et Tom R. TYLER, « Procedural Justice in Negotiation: Procedural Fairness, Outcome Acceptance, and Integrative Potential » (2008) 33(2) *Law & Social Inquiry* 473 à la p. 491.

23. Comment peut-on atteindre l'équité procédurale en négociation ? Trois facteurs jouent un rôle important quant à l'évaluation des parties par rapport à l'équité globale du processus de négociation. Nous les présentons en ordre décroissant d'importance : (1) la confiance, c'est-à-dire faire affaire avec des personnes fiables, qui agissent de bonne foi avec des motivations sincères (« trustworthiness »), (2) le respect ou la politesse, c'est-à-dire être traité avec dignité et courtoisie et voir ses droits reconnus, ce qui reflète un souci de son statut aux yeux des autres et (3) l'apport ou la contribution (« input ») de chaque partie, c'est-à-dire une opportunité de faire valoir ses arguments et de faire en sorte que ceux-ci soient entendus et reconnus⁶⁵.

24. Quel est l'impact d'agir équitablement à l'égard de l'autre partie ? Selon l'état des connaissances empiriques actuelles, le juriste négociateur devrait savoir qu'il ne sera pas désavantagé s'il traite équitablement l'autre partie⁶⁶. Tel que démontré par Hollander-Blumoff et Tyler, le traitement équitable de l'autre partie peut même avoir un impact positif sur l'acceptation des ententes négociées⁶⁷. En outre, en contexte d'interdépendance ouverte, traiter l'autre partie équitablement favorisera la création de valeur ajoutée et l'établissement d'une relation de confiance entre les parties⁶⁸. Comment le juriste négociateur peut-il s'assurer de traiter équitablement l'autre partie ? Il pourra le faire en agissant de bonne foi, en traitant l'autre partie avec respect et politesse et en lui donnant l'opportunité de faire valoir ses arguments tout en les écoutant attentivement et en les reconnaissant⁶⁹. De surcroît, dans le cadre d'une négociation multipartite,

65. Rebecca HOLLANDER-BLUMOFF et Tom R. TYLER, « Procedural Justice in Negotiation: Procedural Fairness, Outcome Acceptance, and Integrative Potential » (2008) 33(2) *Law & Social Inquiry* 473 aux p. 492-93 et 495.

66. Rebecca HOLLANDER-BLUMOFF et Tom R. TYLER, « Procedural Justice in Negotiation: Procedural Fairness, Outcome Acceptance, and Integrative Potential » (2008) 33(2) *Law & Social Inquiry* 473 à la p. 490.

67. Rebecca HOLLANDER-BLUMOFF et Tom R. TYLER, « Procedural Justice in Negotiation: Procedural Fairness, Outcome Acceptance, and Integrative Potential » (2008) 33(2) *Law & Social Inquiry* 473 à la p. 491.

68. Rebecca HOLLANDER-BLUMOFF et Tom R. TYLER, « Procedural Justice in Negotiation: Procedural Fairness, Outcome Acceptance, and Integrative Potential » (2008) 33(2) *Law & Social Inquiry* 473 à la p. 490 ; William D. LEACH et Paul A. SABATIER, « To Trust an Adversary: Integrating Rational and Psychological Models of Collaborative Policymaking » (2005) 99(4) *American Political Science Review* 491-503.

69. Rebecca HOLLANDER-BLUMOFF et Tom R. TYLER, « Procedural Justice in Negotiation: Procedural Fairness, Outcome Acceptance, and Integrative Potential » (2008) 33(2) *Law & Social Inquiry* 473 aux p. 492-493 et 495. Ces résultats empiriques confirment ainsi certains principes de négociation intégrative

le juriste négociateur devra s'assurer que le processus est perçu comme étant juste, que les règles sont claires quant à la façon dont les décisions seront prises s'ils ont à poursuivre une relation d'affaires dans le futur et que les décisions sont prises au sein de petits groupes stables⁷⁰.

Conclusion

25. Savoir négocier est à la fois un art et une science. Par notre article, nous avons voulu rendre accessible ce que la recherche empirique a prouvé comme étant des comportements efficaces en négociation, en particulier dans le contexte juridique. Nos trois recommandations permettent d'orienter les compétences que le juriste « maître en solutions » doit maîtriser pour régler un litige ou développer une relation contractuelle de confiance et de collaboration. Notre revue de la littérature démontre que la négociation est une pratique professionnelle diversifiée que le juriste peut investir pour se réorienter et redéfinir son offre de services au bénéfice du client dont les attentes de justice évoluent, comme l'ont constaté les études récentes sur le défi de l'accès à la justice. Notre portrait des résultats empiriques en négociation démontre aussi que le juriste efficace sera celui qui aura le courage de surmonter les préjugés. Ce qui a fait ses preuves scientifiquement ne cadre pas nécessairement avec l'image traditionnelle de l'avocat.

26. Puisque la négociation est en évolution constante, nous encourageons les milieux professionnels (milieu des affaires, des assurances et bancaire, des relations de travail, de l'environnement, de la propriété intellectuelle, etc.) à soutenir la recherche empirique sur la négociation afin de contribuer à développer des pratiques dont l'efficacité est fondée sur des preuves scientifiques. Nous encourageons également le Barreau du Québec et la Chambre des notaires à adopter un leadership préventif pour clarifier l'éthique en négociation et les obligations déontologiques de leurs membres à cet égard. Très peu d'études terrain en négocia-

retrouvés dans l'ouvrage de renommée internationale *Getting to Yes* qui recommandent de séparer les personnes du problème et suggèrent de faire usage d'écoute active et de courtoisie, voir Roger FISHER, William L. URY et Bruce PATTON, *Getting to Yes*, New York, Penguin Group, 1991 aux p. 17 et 32-35.

70. William D. LEACH et Paul A. SABATIER, « To Trust an Adversary: Integrating Rational and Psychological Models of Collaborative Policymaking » (2005) 99(4) *American Political Science Review* 491-503.

tion ont été réalisées au Canada ou au Québec. Prendre ce virage est particulièrement prometteur pour le milieu juridique québécois compte tenu de la place que la justice participative occupe dans le *Nouveau Code de procédure civile* du Québec. Les juristes québécois peuvent saisir l'occasion de devenir des professionnels de référence en négociation qui améliorent leurs compétences en continu en se fondant sur des bases scientifiques, ce qui leur permettra de se démarquer et ainsi d'assumer un leadership sur le plan mondial.

CHRONIQUE

PROCÉDURE CIVILE

Sébastien C. CARON, Elisabeth NEELIN
et Marie-Noël ROCHON*

Communications entre avocats et experts : le privilège relatif au litige et les devoirs des experts

INTRODUCTION

Le privilège relatif au litige offre une protection relative et restreinte à un litige qui a pour effet de faire entrer l'ensemble des travaux et communications en vue d'un litige prévisible ou en cours à l'intérieur d'une « zone de confidentialité ». Au Québec, il est généralement reconnu que cette « zone de confidentialité » fait en sorte que l'expert dont les services sont retenus dans le cadre d'un litige bénéficie d'une immunité de divulgation à l'égard de ses projets et brouillons de rapports et de ses communications avec l'avocat avec lequel il collabore.

En conséquence, les plaideurs québécois révisent et commentent régulièrement des projets de rapports d'experts et ces communications sont pour l'essentiel protégées par le privilège relatif au litige. De manière générale, il est

convenu qu'une telle façon de procéder sert les fins de la justice puisque l'avocat joue un rôle important en assistant l'expert dans le but de fournir un rapport qui soit utile pour le tribunal et qui satisfasse les critères d'admissibilité.

Le privilège relatif au litige tire sa source de la *common law* et, en conséquence, les décisions rendues dans d'autres provinces canadiennes au sujet de l'interprétation et de l'application de ce privilège peuvent avoir une incidence même au Québec. Or, l'arrêt récent de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *Moore c. Getahun* (ci-après « *Moore* »)¹ apporte un éclairage important sur la façon dont les tribunaux appliquent le privilège relatif au litige dans le contexte des communications avocats-experts. Cet arrêt pourrait amener les tribunaux québécois à considérer une approche plus interventionniste afin de s'assurer

* Sébastien C. Caron est un des associés fondateurs du cabinet LCM Avocats inc., Elisabeth Neelin et Marie-Noël Rochon sont des avocates de l'équipe de LCM Avocats inc.

1. 2015 ONCA 55 ; demande d'autorisation d'appel à la Cour suprême du Canada rejetée le 17 septembre 2015.

de l'indépendance et de l'impartialité de l'expert. En effet, l'approche suggérée par cet arrêt dans l'application du privilège relatif au litige nous semble s'inscrire dans un mouvement de fond en ce qui a trait aux limites de ce privilège et à l'importance grandissante apportée aux devoirs d'indépendance et d'impartialité de l'expert. Nous analysons donc ci-après l'affaire *Moore* et ses implications potentielles au Québec, de même que les devoirs d'indépendance et d'impartialité de l'expert.

1) L'AFFAIRE MOORE

Cette affaire découle d'un recours en responsabilité professionnelle médicale. Le demandeur avait subi une fracture du poignet suite à un accident de moto et le défendeur avait appliqué un type particulier de plâtre. Le demandeur alléguait que le défendeur n'avait pas respecté le standard de prudence et de soins d'un chirurgien orthopédique prudent et diligent et que l'application du plâtre par le défendeur avait permis au syndrome des loges de se développer, lui causant des lésions permanentes.

Des experts furent appelés de part et d'autre afin d'évaluer si le défendeur s'était conformé aux standards de prudence et de soins attendus d'un chirurgien orthopédique exerçant dans des circonstances similaires et si le traitement proposé par le défendeur avait causé les lésions dont se plaignait le demandeur.

La crédibilité des experts a été un élément central du procès et de la décision de première instance².

a) **Décision de première instance : l'ordonnance de dévoiler les projets de rapports**

Au cours de son contre-interrogatoire, un des experts retenus par le défendeur a indiqué qu'il avait transmis un projet de son rapport à l'avocat du défendeur pour révision et qu'il avait produit son rapport final suite à une conversation téléphonique d'une durée de quatre-vingt-dix minutes avec le procureur du défendeur. Bien que l'avocat du demandeur n'ait pas questionné davantage le témoin expert suite à cette affirmation, la juge de première instance a exprimé son inquiétude à l'égard de cette conversation téléphonique. Elle a demandé au témoin expert de fournir à la Cour ses projets de rapports, toutes les lettres d'instructions ainsi que tout document ou note faisant état des conférences téléphoniques ayant eu lieu avec l'avocat du défendeur.

La juge a par la suite questionné le témoin expert au sujet de ses projets de rapports, des rencontres qu'il a eues avec l'avocat du défendeur et des modifications qu'il avait apportées à son rapport. Cet interrogatoire mené par la juge de première instance a conduit à un examen détaillé des projets de rapports du témoin expert ainsi qu'à une revue exhaustive des annotations et changements

2. *Moore c. Getahun*, 2014 ONSC 237.

apportés par le témoin expert à son rapport à la suite de ses discussions avec l'avocat du défendeur.

La juge détermina que la crédibilité et la neutralité de cet expert avaient été atteintes négativement par la conversation téléphonique d'une durée de quatre-vingt-dix minutes avec le procureur du défendeur. Dans son jugement, la juge critiqua fortement cette pratique des avocats de revoir les projets de rapports avec le témoin expert.

La juge proposa une interprétation que plusieurs ont par la suite qualifiée de stricte de l'article 53.03 des *Règles de procédure civile*³, concluant ainsi au paragraphe 520 de la décision :

[Traduction libre] L'objectif de l'article 53.03 des *Règles de procédure civile* est d'assurer l'indépendance et l'intégrité du témoin expert. Le devoir premier de l'expert est envers la Cour. À la lumière de ce changement dans le rôle du témoin expert en vertu de cette nouvelle règle, je conclus que la pratique de l'avocat de revoir les projets de rapports devrait cesser. Il devrait y avoir une divulgation complète par écrit de tout changement dans le rapport final de l'expert à la suite de corrections, de suggestions ou de clarifications proposées par l'avocat, afin d'assurer la transparence du processus et de veiller à ce que le témoin expert soit neutre.

La juge conclut que les changements apportés au rapport du témoin expert suite à sa conversation téléphonique avec l'avocat du

défendeur n'étaient pas simplement cosmétiques et que l'opinion du témoin expert avait été façonnée (« shaped ») par les suggestions de l'avocat. La juge conclut que la pratique de revoir les projets de rapports avec les témoins experts place les avocats dans une position de conflit à titre de témoins potentiels et porte atteinte à l'indépendance des témoins experts.

**b) Décision de la Cour
d'appel : maintien du
privilège relatif au litige**

Les commentaires de la juge de première instance, combinés au déroulement de l'interrogatoire du témoin expert du défendeur, ont donné lieu à de nombreux débats au sein de la communauté juridique. Six groupes représentant tant des avocats en demande et en défense que des experts ont obtenu le statut d'intervenant et ont présenté des observations dans le cadre de l'appel.

La Cour d'appel, par l'entremise du juge Sharpe, conclut que la juge de première instance avait erré en concluant qu'il était inacceptable pour les procureurs de réviser et discuter les projets de rapports d'experts avec ces derniers. D'un point de vue purement factuel, le juge Sharpe conclut que rien dans les projets de rapports et les notes de l'expert ne démontrait qu'il y ait eu des changements majeurs dans le rapport de l'expert. Ainsi, rien n'indiquait que la conversation téléphonique et les échanges entre l'avocat du défen-

3. R.R.O. 1990, Règl. 194, art. 53.03.

deur et l'expert aient été inappropriés ou aient modifié l'opinion de l'expert.

Quant au droit, le juge Sharpe exprima son désaccord avec la proposition de la juge de première instance à l'effet que les amendements de 2010 à l'article 53.03 des *Règles de procédure civile* aient opéré un changement dans le rôle de l'expert, prohibant les interactions entre ce dernier et les procureurs d'une partie. Au contraire, selon le juge Sharpe, les amendements n'avaient pour but que de codifier les règles de *common law* existantes, plus précisément le principe selon lequel l'expert doit fournir une preuve d'opinion qui soit juste, objective et non-partisane, conformément aux enseignements de l'arrêt anglais connu comme *The Ikarian Reefer*⁴.

À la lumière de l'arrêt *Moore*, certains observateurs ont conclu que la Cour d'appel n'a pas, en définitive, introduit de nouvelles règles mais a aidé à préciser le droit applicable et à mieux délimiter les obligations des experts et des avocats⁵.

i) Les principes applicables favorisent la protection du privilège

Bien que le juge Sharpe ait confirmé qu'il faille éviter que les

interventions des avocats façonnent l'opinion des experts, il a néanmoins reconnu qu'il existe des fins légitimes pour lesquelles l'avocat doit examiner et répondre à des préoccupations soulevées par un projet de rapport d'expert. Ces fins légitimes incluent notamment les cas où l'expert commet une erreur de faits dans son projet de rapport, lorsque l'expert commente sur des questions qui sont en dehors de la portée de son expertise, lorsque certains commentaires contenus dans le projet de rapport peuvent être sujets à interprétation, lorsque l'expert semble avoir une mauvaise compréhension d'un critère juridique ou lorsque le projet de rapport contient des erreurs d'orthographe ou de grammaire⁶.

Selon le juge Sharpe, interdire toute discussion non documentée entre les avocats et les témoins experts ou forcer la divulgation de toutes les communications écrites serait contraire à la jurisprudence existante, selon laquelle l'avocat joue un rôle en assistant les experts en vue de fournir un rapport qui réponde aux critères de recevabilité⁷.

Quant à la crainte que ce processus de révision entraîne une perte d'objectivité de la part de l'expert, le juge Sharpe nota que

4. *National Justice Compania Naviera S.A. c. Prudential Assurance Co.*, [1993] 2 Lloyd's Rep. 68 (Q.B.) (confirmé en appel [1995] 1 Lloyd's Rep. 455 (C.A.)) (« *The Ikarian Reefer* »), p. 81.

5. Voir entre autres Paul J. POPE et Joanna NAIRN, « *Moore v. Getahun*: Practical Questions About Expert Witness Interactions », dans *The Advocates' Journal*, Summer 2015, p. 24.

6. *Moore*, *op. cit.*, note 1, par. 63.

7. *Ibid.*, par. 55.

les normes éthiques et professionnelles interdisent aux avocats de se livrer à des pratiques susceptibles d'interférer avec l'indépendance et l'objectivité des témoins experts. Le juge Sharpe réfère notamment aux *Principes directeurs relatifs aux communications avec les témoins experts* soumis par The Advocate's Society, dont le Principe 3 qui souligne que l'avocat, malgré son devoir de présenter une preuve d'expert qui soit claire, compréhensible et pertinente, ne doit pas communiquer avec un témoin expert d'une manière susceptible d'interférer avec les devoirs d'indépendance et d'objectivité de ce dernier⁸.

Citant les principes établis par la Cour suprême dans l'affaire *Blank*, le juge Sharpe indiqua par ailleurs que : « [Traduction libre] La préparation minutieuse et approfondie d'un dossier en vue du procès nécessite une protection parapluie qui permet aux avocats de travailler avec des tiers tels que des experts pendant qu'ils prennent des notes, testent des hypothèses et écrivent et modifient des projets de rapports. »⁹ Le juge Sharpe rappela donc que les projets de rapports, notes et dossiers relatifs à toute consultation entre un expert et un avocat sont généralement protégés par le privilège

relatif au litige, même dans les cas où l'expert est appelé à témoigner lors du procès, sauf exceptions.

ii) Les cas d'exception

Parmi ces exceptions spécifiques au régime ontarien, l'article 31.06(3) des *Règles de procédure civile* prévoit l'interrogatoire du témoin expert appelé à témoigner lors du procès et permet à la partie adverse d'obtenir la divulgation des résultats, opinions et conclusions de l'expert engagé par ou au nom d'une partie. Une seconde exception concerne ce qui est appelé la « foundational information » sur laquelle s'est basé l'expert dans l'élaboration de son rapport. En effet, l'article 53.03(2.1) des *Règles de procédure civile* permet d'obtenir la divulgation des faits et documents sous-jacents au rapport d'expertise¹⁰. Il s'agit donc d'une renonciation implicite au privilège relatif au litige.

Plus important pour nos fins, le juge Sharpe rappela également que le privilège relatif au litige n'est pas absolu et qu'il ne peut être utilisé comme bouclier afin de cacher un comportement répréhensible. Pour cette raison, lorsqu'une partie est en mesure de démontrer des bases raisonnables d'interférence dans le devoir

8. *Moore, op. cit.*, note 1, par. 57.

9. *Ibid.*, par. 69.

10. Cette règle législative n'existe pas au Québec, mais la jurisprudence a élaboré une norme équivalente et les experts appelés à témoigner devant les tribunaux québécois sont tenus à des obligations très similaires, sinon identiques. En effet, les experts doivent divulguer les informations sur lesquelles ils se sont basés aux fins de la rédaction de leur rapport d'expertise. Voir notamment : Léo DUCHARME, *L'administration de la preuve*, 4^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2010 au paragraphe 416 et *Nadeau c. Nadeau*, J.E. 2003-245 (C.S.).

d'indépendance et d'impartialité du témoin expert, le tribunal peut passer outre le privilège relatif au litige et ordonner la divulgation de certains documents ou communications. Le privilège relatif au litige ayant été édicté afin de servir les fins de la justice, il peut de même être restreint pour les mêmes fins.

Ainsi, le juge Sharpe conclut qu'en présence d'un fondement factuel permettant de soutenir un soupçon raisonnable qu'un avocat a indûment influencé un expert, une partie peut être autorisée à exiger la production des projets de rapports et des notes d'un témoin expert. Selon le juge Sharpe, une conférence téléphonique de quatre-vingt-dix minutes ne rencontre toutefois pas le seuil constituant un fondement factuel suffisant pour une allégation d'influence indue de la part de l'avocat à l'endroit de l'expert. La Cour d'appel conclut donc que la juge de première instance n'aurait pas dû ordonner la production des projets de rapports et des notes du témoin expert du défendeur.

2) L'APPLICATION DES PRINCIPES DE L'ARRÊT MOORE AU QUÉBEC

Bien qu'émanant d'une province de *common law*, l'arrêt *Moore* est pertinent à l'application du privilège relatif au litige au

Québec. Bien entendu, une partie de l'analyse de la Cour d'appel de l'Ontario repose sur les dispositions procédurales ontariennes qui ne trouvent pas application au Québec. Cependant, l'analyse que fait le juge Sharpe de la protection accordée aux travaux préparatoires des experts ainsi qu'aux communications entre les experts et les avocats se fonde en grande partie sur le privilège relatif au litige. Or, le privilège relatif au litige existe au Québec tout comme dans les autres provinces canadiennes et est issu de la *common law*¹¹. L'arrêt *Moore* a donc une application au moins potentielle au Québec, notamment dans l'appréciation de l'étendue du privilège relatif au litige.

a) La protection des communications entre un expert et un avocat était initialement perçue comme le corollaire du secret professionnel de l'avocat

La protection accordée aux communications entre un expert et un avocat ainsi qu'aux notes, brouillons ou projets de rapports est reconnue depuis longtemps au Québec. À l'origine, cette protection était considérée comme tributaire du secret professionnel¹². On considérait alors que les communications – et les documents échangés – entre un avocat et un expert

11. *Globe and Mail c. Canada (Procureur général)*, [2010] 2 R.C.S. 592, par. 26 et s.

12. *Poulin c. Prat*, J.E. 94-450, AZ-94011268. Le secret professionnel est un droit substantif du client à la protection de ses communications avec son avocat. Ce droit est reflété dans le *Code des professions*, RLRQ, c. C-26, et est élaboré dans les règles de déontologie applicables aux avocats. Ce droit est également protégé par les chartes canadienne et québécoise.

bénéficiaient de la protection du secret professionnel existant entre l'avocat et son client.

Dans *Poulin c. Prat*, la Cour d'appel s'interrogeait quant à la portée de la protection accordée à l'expert et à son travail. La Cour s'y questionnait sur l'étendue du droit de contre-interroger un expert et sur la légitimité du refus d'un expert de communiquer des informations et des documents sous prétexte que ceux-ci auraient été préparés pour l'usage d'un avocat en vue d'un litige et seraient donc de nature confidentielle. La Cour conclut que les communications entre l'expert et l'avocat ainsi que les documents préparés lors de la poursuite de l'étude du dossier et la réflexion de l'expert (notamment les notes, brouillons et projets de rapports) étaient couverts par le secret professionnel, et ce même si le rapport final était produit au dossier¹³.

La Cour, sous la plume du juge Chamberland, considérait alors que l'avocat qui traite avec un expert exerce le rôle de mandataire de son client et élargit ainsi l'étendue du secret professionnel¹⁴. La jurisprudence qui a suivi cette décision repose pour l'essentiel sur ce même fondement. En fait, même la Cour suprême a précisé en 2004 que les documents qui auraient été

considérés protégés par le privilège relatif au litige de la *common law* devaient être considérés en droit de la preuve civile québécois comme confidentiels et protégés par une immunité de divulgation ayant été absorbée dans l'institution du secret professionnel¹⁵.

Sur la base d'une instruction claire du juge Chamberland dans *Poulin c. Prat* invitant les tribunaux québécois à « se méfier de la jurisprudence et de la doctrine » émanant des provinces de *common law* qui ne partagent pas la même institution du secret professionnel¹⁶, les tribunaux québécois ont généralement ignoré la jurisprudence des provinces de *common law* à l'égard de la protection des communications avec les experts. Toutefois, les enseignements de la Cour suprême dans l'affaire *Blank* en 2006 ont modifié considérablement cette approche.

b) L'arrêt *Blank* : la protection des communications entre un expert et un avocat relève du privilège relatif au litige

L'arrêt *Blank* de la Cour suprême rendu en 2006¹⁷ est l'arrêt de principe ayant distingué le privilège relatif au litige du secret professionnel. Ce privilège se rattache à la nature contradic-

13. *Poulin c. Prat*, op. cit., note 12, p. 14.

14. *Ibid.*, p. 11 citant notamment *Sous-ministre du Revenu du Québec c. Fava*, [1984] R.D.J. 486.

15. *Société d'énergie Foster Wheeler ltée c. Société intermunicipale de gestion et d'élimination des déchets (SIGED) inc.*, [2004] R.C.S. 18, par. 44. Notons que l'énoncé de la Cour cite, entre autres, les décisions *Sous-ministre du Revenu du Québec c. Fava* et *Poulin c. Prat*.

16. *Poulin c. Prat*, op. cit., note 12, p. 10.

17. *Blank c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2006 CSC 39 (« *Blank* »).

toire de la procédure, tant celle des provinces de *common law* que celle du Québec. Le privilège est lié à un seul litige (dans certains cas à des litiges étroitement connexes) et a une durée de vie qui s'y rattache. Il existe pour assurer le droit des parties de travailler durant le litige dans une « zone de confidentialité » et touche l'ensemble des travaux, documents et communications générés ou effectués en vue du litige. La Cour suprême a confirmé dans l'arrêt *Blank* que les travaux des experts et leurs communications avec le ou les avocats avec lesquels ils collaborent sont protégés par ce privilège et non par le secret professionnel, tel qu'on le concevait jusqu'alors au Québec.

En conséquence, même si les communications faisant l'objet de l'immunité de divulgation demeurent essentiellement les mêmes, la jurisprudence québécoise reconnaît maintenant que l'immunité n'est pas fondée sur le secret professionnel – lequel prévaut uniquement dans le cadre de la relation avocat-client – mais plutôt sur le privilège relatif au litige¹⁸.

La Cour d'appel a rendu trois décisions en 2012 qui réitèrent et renforcent la distinction entre le secret professionnel et le privilège relatif au litige, particulièrement relativement aux communications

entre avocats et experts et aux documents de travail des experts¹⁹. À cet égard, la Cour a cité un article rédigé par le juge Sharpe et publié avant sa nomination dans lequel il faisait déjà état de la distinction claire entre les deux types de protection, tant au niveau de leur portée que de leur objet²⁰.

À première vue, l'importance de cette distinction peut apparaître minime, voire même théorique. Or, la distinction entre un droit protégé par la Charte au bénéfice d'un individu (le client) et un privilège restrictif reconnu par les tribunaux comme existant pour faciliter le processus contradictoire et permettre à un avocat ou un justiciable de préparer sa cause est fondamentale : le premier ne peut pas être facilement limité, tandis que le second sert les fins de la justice et peut être restreint au service de ces mêmes fins :

Quoi qu'il en soit, le privilège relatif au litige ne saurait protéger contre la divulgation d'éléments de preuve démontrant un abus de procédure ou une conduite répréhensible similaire de la part de la partie qui le revendique. Il ne s'agit pas d'un puits sans fond duquel la preuve que l'on s'est mal conduit ne pourra jamais être extraite pour être exposée au grand jour.²¹

18. *Informatique Côté, Coulombe inc. c. Groupe Son X Plus inc.*, 2012 QCCA 2262 (« *Informatique Côté* »), par. 23 et s.

19. *Union canadienne (L'), compagnie d'assurances c. St-Pierre*, 2012 QCCA 433 (« *Union canadienne* ») ; *Informatique Côté, op. cit.*, note 18 ; et *Imperial Tobacco Canada Ltée c. Létourneau*, 2012 QCCA 2260 (« *Imperial Tobacco* »). Voir également *Desjardins Assurances générales inc. c. Groupe Ledor inc.*, 2014 QCCA 1501, par. 8.

20. Le même extrait a été cité par la Cour suprême dans la décision *Blank, op. cit.*, note 17, par. 28, et repris dans *Informatique Côté, op. cit.*, note 18, par. 19.

21. *Blank, op. cit.*, note 17, par. 44 (cité par le juge Sharpe dans *Moore* au par. 74).

Sur la base de ces enseignements, le juge Sharpe a reconnu dans l'arrêt *Moore* que le privilège relatif au litige ne peut pas protéger de tout examen une conduite qui peut soulever un doute raisonnable sur le rôle de l'avocat et l'ingérence dans les devoirs d'indépendance et d'impartialité de l'expert. Lorsqu'il existe une preuve supportant un doute ou un soupçon raisonnable (« reasonable suspicion ») d'ingérence de la part de l'avocat, ce privilège ne devrait pas empêcher la divulgation du contenu des communications entre l'avocat et l'expert ainsi que les brouillons ou projets de rapports.

3) L'INDÉPENDANCE ET L'IMPARTIALITÉ DE L'EXPERT

a) Jurisprudence récente

Afin de mieux cerner l'exception au privilège relatif au litige soulevée par le juge Sharpe dans l'affaire *Moore* – soit l'influence induite d'un procureur sur un témoin expert – il est impératif de comprendre l'étendue des devoirs d'indépendance et d'impartialité de l'expert.

Au cours de la dernière décennie, la Cour suprême a joué un rôle particulièrement actif à cet égard en traitant des critères d'admis-

sibilité des rapports d'experts et de leurs témoignages.

Dans *Mouvement laïque québécois c. Saguenay*²², la Cour suprême rappelle que l'expert doit fournir une opinion indépendante, impartiale et objective²³. La Cour indique que le caractère indépendant, impartial et objectif de l'opinion influencera la valeur probante du témoignage de l'expert mais ne sera pas toujours un obstacle à l'admissibilité du témoignage. Pour qu'un témoignage d'expert soit inadmissible, la Cour précise qu'il faut déterminer si le manque d'indépendance de l'expert le rend de fait incapable de fournir une opinion impartiale dans les circonstances propres à l'instance²⁴.

Dans l'arrêt *White Burgess Langille Inman c. Abbott and Haliburton Co.*²⁵, rendu quinze jours après *Mouvement laïque québécois*, la Cour suprême reconnaît que la jurisprudence a depuis un certain temps resserré graduellement les règles d'admissibilité des rapports d'expertise et insiste sur le « rôle de gardien » du juge de première instance²⁶.

Dans cette affaire, la Cour suprême rappelle avec une certaine insistance que l'expert a l'obligation de fournir une aide

22. 2015 CSC 16 (« *Mouvement laïque québécois* »).

23. *Ibid.*, par. 106.

24. *Mouvement laïque québécois*, *op. cit.*, note 22, par. 106. La Cour suprême précise également dans cet arrêt que pour qu'un témoignage d'expert soit inadmissible, il faut une preuve de partialité, et non seulement une apparence de partialité. Ceci a soulevé la critique de certains auteurs, voir entre autres Bryan FINLAY, Q.C. « The Independent expert witness : How did we get here ? », dans *The Advocates' Journal*, Fall 2015, p. 36.

25. 2015 CSC 23 (« *White Burgess* »).

26. *Ibid.*, par. 1.

indépendante au tribunal sous la forme d'avis objectif et exempt de parti pris et ce, aussi bien dans les provinces de *common law* qu'au Québec. La Cour suprême réfère d'ailleurs spécifiquement à l'article 235 de la *Loi instituant le nouveau code de procédure civile* au soutien de son analyse²⁷. La Cour détermine que la démarche permettant de déterminer l'admissibilité du témoignage d'opinion de l'expert doit maintenant être scindée en deux.

Dans un premier temps, les quatre critères de l'arrêt *R. c. Mohan*²⁸, à savoir la pertinence, la nécessité, l'absence de toute règle d'exclusion et la qualification suffisante de l'expert, doivent être rencontrés. Au regard du critère de la « qualification suffisante de l'expert », le juge de première instance doit déterminer si l'expert peut ou veut s'acquitter de son devoir d'indépendance et d'impartialité envers le tribunal, en tenant compte notamment de la situation particulière de l'expert et de la teneur du témoignage proposé. Ce critère, selon le juge Cromwell, s'avère peu exigeant et ne permettra d'écarter que les cas les plus manifestes²⁹. L'arrêt *White Burgess* renvoie à plusieurs décisions canadiennes dans lesquelles l'indépendance de l'expert a été remise en question par différents indices liés particulièrement à la nature et au degré de l'intérêt ou

des rapports entre l'expert et la partie³⁰.

Quant au déroulement pratique de cette évaluation, la Cour suprême note que dans les cas où l'indépendance et l'impartialité de l'expert ne sont pas contestées, le dépôt d'une attestation ou l'affirmation lors d'une déposition ou d'un témoignage à l'effet que l'expert reconnaît et accepte ses devoirs permet généralement de satisfaire ce critère. Ainsi, « il incombe à la partie qui s'oppose à l'admission de démontrer un motif réaliste de le juger inadmissible au motif que l'expert ne peut ou ne veut s'acquitter de son obligation »³¹.

Dans un deuxième temps, la Cour suprême ajoute que le juge doit exercer « son pouvoir discrétionnaire en soupesant les risques et les bénéfices éventuels que présente l'admission du témoignage, afin de décider si les premiers sont justifiés par les seconds »³². Ce second volet du critère permet au juge d'exclure la preuve d'expert à l'issue d'une analyse coût-bénéfices³³. Lors de cette seconde étape de l'analyse, même si le cas sous étude ne s'avère pas l'un des cas manifestes de manquement au devoir d'indépendance et d'impartialité dont nous avons discuté en lien avec la qualification de l'expert, le tribunal conserve le pouvoir de s'assurer que l'expert dont

27. *White Burgess*, *op. cit.*, note 25, par. 29.

28. [1994] 2 R.C.S. 9.

29. *White Burgess*, *op. cit.*, note 25, par. 49 et 53.

30. *Ibid.*, par. 37.

31. *Ibid.*, par. 47-48.

32. *Ibid.*, par. 24.

33. *Ibid.*, par. 19-20, 24, 40, 45-46.

la recevabilité du témoignage est en jeu se conforme à ses obligations envers le tribunal. À ce titre, le juge de première instance doit jouer un rôle de gardien et s'assurer de l'indépendance et de l'impartialité du témoin expert³⁴.

Indépendamment du moment auquel l'évaluation se fait (au stade de l'admissibilité ou au procès), tous s'entendent pour reconnaître que ce devoir de l'expert de rendre une opinion indépendante, impartiale et objective est bien établi en *common law* ainsi qu'en droit civil québécois. Les tribunaux souhaitent s'assurer de l'indépendance de l'expert, qui n'a pas subi d'influences dictées par les exigences du litige, et de l'impartialité de son opinion, laquelle doit être objective et exempte de parti pris³⁵.

L'indépendance et l'impartialité de l'expert peuvent être indûment influencées de plusieurs façons. Le cas des « hired guns » – ces experts qui épousent la cause du client ayant retenu leurs services – est un exemple classique du manque d'indépendance et d'impartialité³⁶. L'expert qui signe un rapport rédigé par l'une des parties, sans que le rapport ne représente les fruits de sa propre

réflexion, manque également à ses devoirs³⁷. De la même manière, l'intérêt d'un expert dans le sort du litige, des liens familiaux étroits avec une partie ou toute autre forme de conflit d'intérêts affectera son indépendance et son impartialité³⁸. Ces facteurs pourraient rendre l'expert incapable de fournir une opinion impartiale, pour reprendre le critère établi par la Cour suprême dans l'affaire *Mouvement laïque québécois*.

Dans certaines circonstances, la nécessité de vérifier ou de confirmer l'indépendance et l'impartialité de l'expert pourrait même primer sur le privilège relatif au litige qui protège les communications entre experts et avocats. Tel que mentionné par le juge Sharpe dans l'arrêt *Moore*, lorsqu'une partie est en mesure d'établir un soupçon raisonnable d'interférence dans le devoir d'indépendance et d'objectivité du témoin expert, il peut devenir nécessaire, dans certaines circonstances, de passer outre le privilège relatif au litige afin de s'assurer que l'expert respecte effectivement ses devoirs³⁹.

Dans ce contexte, il pourrait s'avérer nécessaire dans certaines circonstances d'ordonner la divulgation de documents, tels les pro-

34. Dans l'affaire *Masterpiece c. Alavida*, [2011] 2 R.C.S. 387, la Cour suprême avait déjà précisé que le juge de première instance ne devait pas admettre de preuve d'expert peu utile qui, entre autres, risquait de le distraire de son analyse des questions à trancher et de gaspiller des ressources considérables. Voir aussi *Videotron, s.e.n.c. c. Bell ExpressVu, l.p.*, 2015 QCCA 422, par. 133 et ss.

35. *White Burgess*, op. cit., note 25, par. 32.

36. Voir notamment les affaires *Dupuis Magna Cosmétiques International inc. c. Citadelle compagnie d'assurances générales*, J.E. 2006-193 (C.S.) et *Fortin c. Compagnie d'assurances Wellington*, B.E. 2000BE-416 (C.S.).

37. *Lessard c. Université du Québec à Hull*, EYB 2005-85838 (C.S.), par. 19.

38. *White Burgess*, op. cit., note 25, par. 49.

39. *Moore*, op. cit., note 1, par. 77-78.

jets de rapports, ou communications entre l'expert et l'avocat qui seraient autrement couverts par le privilège relatif au litige.

b) Le Nouveau Code de procédure civile – l'expert au service ultime du tribunal

Le Sous-Comité Magistrature-Justice-Barreau a soumis son rapport sur les expertises en juillet 2007. Plusieurs des recommandations contenues à ce rapport ont été incorporées dans le *Nouveau Code de procédure civile* (« NCPC »). Parmi les orientations soumises par le Sous-Comité, le rapport énonce :

Il serait opportun d'indiquer clairement au code qu'il est du devoir de l'expert d'éclairer la cour, et que ce devoir prime les intérêts de la partie qui retient ses services. Pour garantir les effets réels de cette règle, il y a lieu d'y indiquer aussi diverses mesures plus techniques d'engagement de la part de l'expert et d'obligations diverses, telles la divulgation des instructions de la partie qui a retenu ses services et l'absence de lien entre la rémunération et l'issue du procès.⁴⁰

Cet énoncé s'inscrit parfaitement dans l'évolution de la jurisprudence et n'est pas sans rappeler les amendements qui ont eu lieu en 2010 en Ontario et sur lesquels se fonde l'arrêt *Moore*. L'expert est au service du tribunal et le juge de

première instance doit s'assurer que l'expert comprend et respecte ses devoirs d'indépendance et d'impartialité.

Sur la base de cette recommandation, l'article 22 NCPC, qui se situe dans le chapitre II sur les principes directeurs de la procédure, précise que la mission de l'expert d'éclairer le tribunal prime sur les intérêts des parties :

22. L'expert dont les services ont été retenus par l'une des parties ou qui leur est commun ou qui est commis par le tribunal a pour mission, qu'il agisse dans une affaire contentieuse ou non contentieuse, d'éclairer le tribunal dans sa prise de décision. Cette mission prime les intérêts des parties.

L'expert doit accomplir sa mission avec objectivité, impartialité et rigueur.

L'article 235 NCPC précise quant à lui que l'expert devra informer le tribunal et les parties du déroulement de ses travaux et des instructions qu'il a reçues d'une partie. L'expert devra également souscrire à une déclaration dont le modèle est établi par le ministre de la Justice. Le contenu de la déclaration, qui a été récemment dévoilée, est similaire au contenu des déclarations présentement en vigueur dans les autres provinces canadiennes et en Angleterre⁴¹. L'objectif d'une telle déclaration est de rappeler à l'expert qu'il doit accomplir son man-

40. Rapport du Sous-Comité Magistrature-Justice-Barreau sur les expertises, Juillet 2007, p. 36.

41. Consulter à cet égard les recommandations du Sous-Comité Magistrature-Justice-Barreau dans son rapport, p. 40. Voir également le *Form 53 of Ontario Rules – Acknowledgment of Expert's Duty*.

dat avec objectivité, impartialité et rigueur⁴². Outre son engagement à respecter ses obligations au meilleur de ses compétences, l'expert doit déclarer qu'il informera sur demande le tribunal et les parties de ses compétences professionnelles, du déroulement de ses travaux et, le cas échéant, des instructions qu'il a reçues d'une partie⁴³.

Le *Nouveau Code de procédure civile* ne balise cependant pas directement le privilège relatif au litige qui, rappelons-le, est issu des principes de la *common law*. Bien que le législateur n'ait finalement pas jugé opportun d'imposer l'expert unique, l'expertise commune sera néanmoins favorisée. Les questions précédemment soulevées s'imposeront différemment dans le contexte d'une expertise commune, bien que l'étendue et la manière d'interagir avec cet expert commun susciteront sans aucun doute d'autres questionnements⁴⁴.

Notons finalement que l'article 241 NCPC permet à une partie de demander, avant l'instruction, le rejet du rapport « pour cause d'irrégularité, d'erreur grave ou de partialité », ce qui sou-

lèvera des questions intéressantes quant à l'étendue du privilège et du voir-dire dans un tel contexte. Cet article doit être lu en parallèle avec l'article 235 NCPC, qui donne accès sur demande aux instructions reçues par l'expert. Il reviendra aux tribunaux de déterminer la portée du terme « instructions » dans le cadre du voir-dire ou des demandes de rejet du rapport d'expert, aux fins de s'assurer que l'expert respecte ses devoirs d'indépendance et d'impartialité⁴⁵.

À cet égard, soulignons la décision récente *Canada (Procureur général) c. Construction Da-Gar 2000 inc.*⁴⁶, où le tribunal a ordonné à une partie, par voie de précisions, d'identifier la personne qui aurait indûment influencé l'expert de la partie défenderesse afin que le débat sur l'impartialité et l'objectivité de l'expert soit fait avant le procès.

CONCLUSION

L'emphasis que le législateur québécois a choisi de mettre sur l'indépendance et l'impartialité de l'expert appelé à donner son opinion dans le cadre de procédures

42. Luc CHAMBERLAND, *Le nouveau Code de procédure civile commenté*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2014, p. 121.

43. Pour consulter la Déclaration relative à l'exécution de la mission d'un expert, consulter le site web : <http://www.justice.gouv.qc.ca/francais/themes/ncpc/pdf/235_Declaration_mission_expert.pdf>.

44. En vertu de l'article 233 du *Nouveau Code de procédure civile*, en cas d'expert commun, les parties déterminent de concert les paramètres que l'expertise doit couvrir, l'expert qui y procédera, ses honoraires et les modalités de paiement de ceux-ci. En cas de mésentente entre les parties, le tribunal statuera. L'article 240 ajoute que l'expert commun peut être appelé à fournir des précisions sur certains aspects de son rapport et qu'il peut rencontrer les parties afin de discuter de ses opinions en vue de l'instruction.

45. Luc CHAMBERLAND, *Le nouveau Code de procédure civile commenté*, op. cit., note 42, p. 119.

46. 2015 QCCS 5388. Voir notamment les paragraphes 23 et 24 de la décision.

judiciaires est conforme à ce qui se fait ailleurs au Canada. En Ontario, les *Règles de procédure civile* ont été amendées en 2010 afin d'encadrer les obligations et le rôle d'un expert⁴⁷. Les experts y sont appelés à signer un formulaire intitulé « Acknowledgement of Expert's Duty » et à l'inclure avec le rapport déposé. Un tel formulaire est exigé dans plusieurs autres provinces canadiennes⁴⁸ et, tel que mentionné précédemment, le sera également au Québec avec l'entrée en vigueur de la *Loi instituant le nouveau Code de procédure civile* (art. 235).

Cette exigence, qui découle de l'importance accordée aux devoirs d'indépendance et d'impartialité de l'expert dans la procédure civile canadienne, requiert que ce dernier certifie à la Cour qu'il est informé de ses obligations envers le tribunal et s'en acquittera. Les règles en vigueur en Ontario énoncent « le plus succinctement et complètement l'obligation de l'expert envers le tribunal, en l'occurrence celle de rendre un témoignage d'opinion qui soit équitable, objectif et impartial (art. 4.1.01(1)a) »⁴⁹.

Les *Règles de procédure civile* ontariennes, telles qu'amendées en 2010, prévoient également expressément que cette obligation l'emporte sur toute obligation que l'expert pourrait avoir envers la partie qui l'a engagé (art.

4.1.01(2)). Le *Nouveau Code de procédure civile*, à son article 22, prévoit aussi que cette obligation de l'expert envers le tribunal prime sur les intérêts des parties.

L'importance accordée par les législateurs et par nos tribunaux supérieurs aux devoirs d'indépendance et d'impartialité de l'expert est telle que, dans certaines circonstances, le privilège relatif au litige devra céder le pas. Ce privilège, dont la portée et l'étendue ont été développées par une jurisprudence qui s'est cristallisée avec l'arrêt *Blank*, n'est pas de nature absolue et doit servir les fins de la justice avant tout. Dans un contexte où le législateur et les tribunaux choisissent de mettre l'accent sur les devoirs d'indépendance et d'impartialité de l'expert, force est de reconnaître que le privilège relatif au litige peut être modulé ou même limité afin de s'assurer du respect de ces devoirs.

Face aux développements des dernières années en droit de la preuve relativement aux experts appelés à témoigner devant les tribunaux, il est fort probable que les juges québécois procéderont désormais à une analyse plus rigoureuse de l'admissibilité des rapports et des témoignages d'experts. Il est maintenant indéniable – ce qui aurait toujours dû être le cas – que les devoirs des experts envers le tribunal doivent avoir préséance sur les intérêts des parties ayant

47. *Règles de procédure civile* de l'Ontario, par. 53.03(2.1).

48. *Règles de la Cour du Banc de la Reine* de la Saskatchewan, art. 5-37(3) ; *British Columbia Supreme Court Civil Rules*, par. 11-2(2) ; *Règles de procédure civile de la Nouvelle-Écosse*, al. 55.04(1)a) ; *Rules of Civil Procedure* de l'Île-du-Prince-Édouard, al. 53.03(3)(g) ; *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, al. 52.2(1)c).

49. *White Burgess*, op. cit., note 25, par. 30.

requis leurs services. Plus encore, l'avocat et l'expert retenu dans le cadre d'un litige doivent considérer les enseignements de l'arrêt *Moore*, à savoir la possibilité qu'un tribunal, en exerçant son rôle de gardien, permette exceptionnellement de lever le « voile » du privilège relatif au litige afin d'approfondir son enquête sur le respect des devoirs d'indépendance et d'impartialité de l'expert.

L'équilibre demeure délicat par contre puisque l'avocat joue un rôle important en s'assurant de l'utilité du rapport et du témoignage de l'expert. L'avocat peut – et doit – intervenir afin que tant le rapport que le témoignage de l'expert soient admissibles, concis, clairs et bien organisés afin de permettre au juge d'accéder au savoir

de l'expert. Le rôle de l'avocat est de rendre les rapports et les témoignages d'experts intelligibles pour le juge, qui peut avoir peu ou pas de formation pertinente sur les matières en question. Tout cela peut et doit toutefois être accompli sans modifier ou influencer indûment l'analyse et l'opinion des experts témoignant devant le tribunal⁵⁰. L'immunité de divulgation fondée sur le privilège relatif au litige devrait donc demeurer la règle et ce n'est que dans les cas exceptionnels et en présence de soupçons raisonnables d'ingérence de la part de l'avocat que le tribunal devrait restreindre l'application de cette immunité de divulgation afin de s'assurer de l'indépendance et de l'impartialité de l'expert.

50. *Moore, op. cit.*, note 1, par. 63-65 ; The Advocates' Society, *Position Paper on Communication with Testifying Experts*, Toronto, June 2014, p. 13.

LISTE DES MÉMOIRES DE MAÎTRISE ET THÈSES DE DOCTORAT DÉPOSÉS EN 2014-2015

UNIVERSITÉ LAVAL

Doctorat en droit

BARRUÉ-BELOU, Rémi, Analyse des outils fédératifs aux États-Unis, au Canada et au Brésil. Contribution à l'étude du fédéralisme.

BURKE, Tanaquil, L'âge et le droit du travail au Québec: vers un milieu de travail égalitaire et pluriactif pour les personnes salariées de tous âges.

LEHAIRE, Benjamin, L'action privée en droit des pratiques anti-concurrentielles. Pour un recours effectif des entreprises et des consommateurs en droits français et canadien.

TACHOU SIPOWO, Alain-Guy, Contribution à l'étude du droit au secret en droit international pénal. Pour une conciliation de la confidentialité avec l'effectivité substantielle de la Cour pénale internationale.

YAO, Odile, Le rôle de la chambre de compensation dans l'usage du chèque au regard de la bancarisation. Étude comparée Canada – France – UEMOA.

Maîtrise en droit avec mémoire

BAMBERY LAMOTT, Yamilet, La prévention des agressions sexuelles contre les enfants: perspectives juridiques.

CÔTÉ, Martin, Les mécanismes d'indemnisation des consommateurs dans l'industrie des services financiers au Québec.

DORCIN, Marc Emmanuel, De l'effectivité du droit d'auteur par la mise en œuvre du statut juridique de l'artiste et la gestion collective: une appréciation du cas haïtien.

DUMAIS-MICHAUD, Félix-Antoine, Pour une catégorisation et une classification critique des majorités renforcées au Canada.

GOSSELIN, Jessica, Égalité, gouvernance et analyse différenciée entre les sexes: étude de la constitutionnalité du processus d'élaboration du Plan Nord.

- LAUZON, Julie Marguerite Marie, Le rôle de la logique formelle dans le raisonnement judiciaire.
- MOTULSKY-FALARDEAU, Antoine, Le délai de prescription applicable à l'exécution d'une sentence arbitrale étrangère au Québec.
- NADEAU, Jennifer, Le harcèlement psychologique en milieu de travail: l'accès difficile à l'indemnisation.
- PARADIS, Jérôme, La rémunération des acteurs de l'industrie de l'épargne collective au regard de la protection des épargnants.
- TURGEON-DORION, Louis, La qualification du préjudice en droit civil québécois.

Maîtrise en droit avec essai

- AKOTO, Evelyne, Tallinn, Tbilisi, Natanz... Les cyberattaques étatiques constituent-elles des actes d'agression en vertu du droit international public?
- BITTER, Sarah, Les immunités du président d'un état non partie au Statut de Rome de la Cour pénale internationale.
- BLAQUIÈRE, Leslie, Le contrôle des dérives dans l'exercice des droits de propriété intellectuelle par le droit de la concurrence: droits canadien et de l'Union Européenne.
- BOUCHARDEAU, Théo, Le renforcement de la protection de l'environnement par le recours collectif lors d'un trouble anormal de voisinage. Une analyse comparative France – Québec.
- CHAREST, Stéphanie, L'attribution d'un droit d'usage exclusif de la «résidence familiale» à un conjoint non marié ayant la garde des enfants au Québec. Comparaison avec les provinces de common law; recherche de solutions légales et contractuelles.
- DALLAIRE, Anne-Sophie, La responsabilité environnementale accrue des administrateurs, des dirigeants et des actionnaires d'entreprises selon la Loi sur la qualité de l'environnement.
- DAYE WAYOU, Francine Carolle, Les ententes sur les répercussions et avantages et le développement durable.
- DESMEULES, Sara-Lucie, La protection de l'environnement et les droits de la personnalité.
- EBOB ASHU, Jannet, L'appel abusif des garanties bancaires autonomes.

- FANIDJI KASSIGNI, Kawodjou, Les clauses ambiguës dans les contrats électroniques.
- FERNANDEZ, Anne-Noëlle, La brevetabilité des gènes humains – entre découverte et invention.
- FOISSARD, Cécilia, La navigation dans les passages du Nord-Ouest et du Nord-Est par les navires battant pavillon d'un État membre de l'Union européenne: entre possibilités et illusions.
- FREISS, Kintxo, Les incertitudes relatives au mandat d'arrêt européen à la lumière de l'affaire Aurore Martin.
- GAKWAYA, Aurélie-Zia, Développement durable et réformes législatives du secteur minier: regards croisés Québec-France.
- GAUTHIER, Adrien, L'avenir juridique des prisonniers de Guantanamo.
- HARVEY, Marie-Josée, Les droits à la liberté et à la sécurité des demandeurs d'asile arrivés de façon irrégulière: la catégorie des «étrangers désignés» contrevient-elle à la Charte canadienne des droits et libertés?
- LOKOTO, François Osamalo, La responsabilisation des entreprises transnationales pour les violations des droits de l'homme: quelle solution en droit international?
- LOM, Maly Aboubacry, Le contrôle des concentrations dans l'espace UEMOA.
- MANDOKO MA BONGOY, Junior, Les droits des femmes rurales en Afrique subsaharienne: des droits à deux vitesses.
- MÉNÉDJIAN, Taline, Le rôle du droit dans la lutte contre le trafic illicite des biens culturels.
- MILLARE, Karine, Les droits et libertés fondamentaux susceptibles de renonciation: en quête d'une approche juridique repensée.
- PÉLOQUIN, François-Xavier, L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'Homme.
- QUILLEC, Mathilde, Les clauses d'exclusivité dans les contrats de haute technologie.
- RIZZOLI, Fabien, L'entrée en vigueur du Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels: les conséquences sur le droit international de l'environnement.

SECK, El Hadji Malick, Le traitement spécial et différencié en droit de l'OMC: le difficile accès des pays en développement aux bénéfices du TSD.

TAPSOBA, Éléonore Laure Judicaële, L'Article 2.A de la Convention des Nations unies sur la vente internationale de marchandise.

THIBEAULT, Frédéric, Adoption de normes de plus en plus strictes dans le domaine des droits d'auteur: une analyse de l'ACTA, de SOPA et de PIPA.

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Maîtrise en droit et politiques de la santé : les essais

BEKE, Claudia, Le retour des résultats de recherche individuels et les découvertes fortuites en génomique : Quelles sont les obligations juridiques du médecin-chercheur envers les participants adultes au Québec ?

BIBEAU, Karine, La complémentarité entre les normes de prévention et de protection en santé publique : regard sur l'éclosion de légionellose à Québec en 2012.

CHARTRAND, Karine, La responsabilisation du patient envers son état de santé et l'insuffisance du droit en regard du problème de l'obésité – Droit comparé France – Québec.

LAFLEUR, Marie-Claude, Rôles et obligations des organismes communautaires en matière de prestation de services de santé et de services sociaux : les maisons de soins palliatifs en exemple.

OUMET-COMTOIS, Annie-Pierre, Criminel ou patients ? La non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux : Le difficile mariage entre justice et santé.

PACK, Amy, Médecine personnalisée et tests génétiques offerts directement aux consommateurs : éléments de l'obligation de soigner des omnipraticiens au Québec.

POIRIER, Nathalie Nicole, L'utilisation de la preuve par l'ADN et ses impacts sur notre société.

RAINVILLE, Annie, Le droit d'être entendu des personnes vulnérables : recommandations pour sauvegarder et améliorer ce droit fondamental.

ST-LAURENT, Maude, Prévention de l'obésité et intervention étatique paternaliste.

ST-PIERRE, Annie, Les effets juridiques de l'urgence sur la responsabilité médicale et hospitalière.

VIENS, Emy-Jade, Le consentement des personnes vulnérables à la recherche : Regard sur les amendements et les omissions de l'article 21 du *Code civil du Québec*.

Les mémoires

PAILLART, Anne, L'indemnisation du traumatisme psychique chez les vétérans : un parcours difficile.

PASCHALI, Catherine, L'exigence de maintien de traitement chez le patient à l'inconscience irréversible.

UNIVERSITÉ DE MONTRÉAL

Mémoires de maîtrise

ALOE, Benito, Le jeu en ligne: une analyse comparative du statut juridique du jeu en ligne et des cadres juridiques adoptés pour règlementer et gérer ses risques.

BARRÈRE, Graciela, L'interaction entre le droit civil et le droit du travail: le rôle du contrat dans l'accès aux régimes de protection des travailleurs.

DJEMBA KANDJO, Joseph, L'étendue de la compétence ratione materiae du juge étatique dans le règlement des différends nés de l'exécution d'un contrat complexe.

FORTIER-LANDY, Florence, La diffamation sur Internet: actualiser la responsabilité en droit civil et en common law au Canada.

GAUTHIER, Julie M., Cadre juridique de l'utilisation de la biométrie au Québec: sécurité et vie privée.

TREMBLAY, Mélanie, In search of protection: sexual minority women in Canadian refugee determination.

Thèses de doctorat

CARON, Vincent, Jalons pour une théorie pragmatique de l'interprétation du contrat: du temple de la volonté à la pyramide de sens.

da SILVA MERCER, Henrique, L'accès et le partage des avantages des savoirs traditionnels en Amérique latine: comment les droits de propriété intellectuelle peuvent empêcher la biopiraterie.

LAW, Alexandra, Social Movement Casework and the Law and Organizing Ideal: Toward a modified law and organizing model.

PARÉ, Frédéric, Le droit du travail américain: un droit plus favorable à l'investissement que le droit du travail québécois? Une étude de la question...

UNIVERSITÉ DU QUÉBEC À MONTRÉAL

Maîtrise en droit (droit social) (mémoire)

CORRIVEAU, Stéphan, Le droit aux prestations d'assurance-emploi soumis à l'épreuve du processus de contestation avant et après la réforme de 2013.

DENAULT, Vincent, L'incidence de la communication non verbale lors de procès : une menace à l'intégrité du système judiciaire ?

Maîtrise en droit (droit privé) (mémoire)

DERRAZ, Khalid, Principe de précaution et sécurité des produits de consommation : regards sur la loi canadienne sur la sécurité des produits de consommation.

Maîtrise en droit (droit international) (mémoire)

BENGHELLAB, Nour, Des influences politiques sur le développement de la doctrine juridique en droit international aux États-Unis entre 1940 et 1960 Le tournant pragmatique.

DUFRESNE, Jessica, Les limites du rôle de la société civile dans la recherche d'une mise en œuvre effective du droit à l'alimentation : l'exemple indien.

HAMILTON, Karen, Savoir, pouvoir et standpoint institutionnel : l'impact de la philanthropie minière sur la production du savoir dans les universités canadiennes.

HENNINGSSON, Sara Monika, La Cour pénale internationale face à l'immunité des hauts fonctionnaires de l'état en droit international.

LAGACÉ, Hugo, Les spécificités du processus judiciaire à la Cour pénale internationale : le cas de la norme 55 du Règlement de la Cour.

TITORENKO, Serhiy, Les fonctions de la coutume internationale et son application partielle par les tribunaux canadiens.

TREMBLAY-HUET, Sabrina, Le respect du droit international des droits humains au sein du système de la Commission inter-américaine des droits de l'homme : la pertinence d'une analyse constructiviste.

UNIVERSITÉ MCGILL

Doctor of Civil Law

CHOKO, Maude, L'autonomie collective au service de la protection des travailleurs autonomes: comment favoriser leur accès à un travail décent à la lumière du cas des artistes au Québec.

FITZGERALD, Paul, A level playing field for "open skies": the need for consistent and harmonized regulation of Aviation.

HARRINGTON, Alexandra, Anomalies of territory: examining the relationship between territory, sovereignty, and statehood.

HASTIE, Bethany, Migrant labour and the making of unfreedom: How the law facilitates exclusion and exploitation under Canada's temporary foreign worker programs.

HOWARD, Diane, The emergence of an effective national and international spaceport regime of law.

PARENT, Alain, L'imprévision en droit comparé: une analyse normative économique.

PIERA VALDES, Alejandro Jose, Greenhouse gas emissions from international aviation: legal and policy challenges.

LEHUN, Richard, The emancipatory justice claim.

PURKEY, Anna Lise, Legal empowerment for a dignified life: fiduciary duty and human rights-based capabilities in protracted refugee situations.

ZHANG, Ruiqiao, A better understanding of dual ownership of trust property and its introduction in China through comparative studies.

Master of Laws

ADEBIYI, Tomilola, “Copyright protection and the ‘balance’ question in the digital age – an analysis of member states” compliance with universally-agreed standards in international copyright treaties.

BATEMAN, Eliza, “His Garden a Wilderness” – the balance between equality and freedom of religion in Australia and Canada.

DAVID-COOPER, René, Implementing safety management systems in aviation: The legal impact on Canadian commercial air carriers.

DAVIS, Simone, Controlled airspace: a constitutional analysis of state attempts to regulate unmanned aircraft systems.

DAWSON, Paul, The legality of self-defense regarding dual-use space objects.

GREEN, Brian, Space situational awareness data sharing: safety tool or security threat?

HENRI, Vanessa, Is there a duty of allegiance towards the state? The legitimacy of disloyalty as a rationale for treason law in the social contract paradigm.

HIRIART, Marion, Introduction of metal neutrality on the transatlantic air market: antitrust and regulatory concerns.

IAVARONE-TURCOTTE, Anne, La Charte des illusions: mythes et limites du droit dans la rhétorique du projet de loi 60.

JOLY HÉBERT, Jessica, States’ obligations toward their own civilian population and military forces in times of armed conflict according to international humanitarian and human rights law.

LAFERRIÈRE, Ariane, After rana plaza: women’s labour rights in the Bangladesh garment export industry.

LE BRETON-PRÉVOST, Caroline, Loyalty in Quebec private law.

LEACH, Michael, Transplant delirium: a multi-layered approach to studying domestic legal reform inspired by external models, using Afghanistan’s “Law of Banking” as a case study.

- LIN, Rung-Guang, Nurturing religious citizens for the public sphere: an examination of the public regulation of religious schools in Taiwan.
- MARCHISIO, Giacomo, The validity of the arbitration agreement in international commercial arbitration.
- PAILHASSAR, Cécilia, La protection des investissements étrangers face aux abus de droits de l'homme: et si les tribunaux arbitraux adoptaient un nouveau prisme de lecture?
- POR, Bradley, The tent city as a place of power: homeless political actors and the making of "public space".
- RAIMONDO, Giulia, Redress for victims of enforced disappearances: a comparative perspective.
- RODRIGUEZ ALARCÓN, Juan Sebastian, Beyond discrimination: a reading from the social model of disability to the mental health conditions of LGBTQ people.
- ROY, Stéphanie, La répartition des risques liés à l'exploitation des hydrocarbures d'Old Harry: étude de la responsabilité en cas de déversement.
- SALMAN, Shahad, De certains enjeux en responsabilité médicale des oncologues médicaux: les décisions collectives dans le traitement individualisé du cancer.
- TAKEUCHI, Yu, Legal aspects of international regime for space traffic management.
- VANHONNAEKER, Lukas, Intellectual property investments. How to apply international investment law's standard of protection against expropriation to intellectual property rights investments?
- VAUGEOIS, Mathieu, Vers l'adhésion de l'union européenne à l'organisation de l'aviation civile internationale?

UNIVERSITÉ D'OTTAWA

Thèses de doctorat

- ARBAN, Erika, Italian Regionalism and the Federal Challenge.
- FRASER, Véronique, The Legitimacy of the World Trade Organization Rulemaking Processes: A Case Studies Analysis.
- HOOLE, Grant, Judicial Inquiries and the Rule of Law.

PEARCE, Maryanne, *An Awkward Silence: Missing and Murdered Vulnerable Women and the Canadian Justice System*.

OVALLE DIAZ, Nelson, *La production pluraliste du droit transnational contemporain*.

SIKKA, Anette, *Trafficking in Persons and the Canadian Response: Looking for a "Victim"*.

STEVENSON, Stephen Ronald, *The Political Theory of Aboriginal Rights Law in Canada: Prospects for Reconciliation*.

WERELEY, James, *The Legal Position of the Time Chartered Operator: Evaluating the Legal Risks and Potential Responses of the Time Charterer which Sub-Charters on Voyage Terms*.

Thèses de maîtrise

KATZ, Rebecca, *Gendered Bullying and Cyberbullying: Assessing Ontario's New Legislation*.

Mémoires de maîtrise en droit (LL.M.)

ARATHOON, Godwin, *Rethinking Squatting: The Complexity and Usefulness of Squatters*.

BEAUCHAMP, Danica, *The Presumption of Guilt: The Degradation of Accused Persons in Canadian Courtrooms*.

CHUKWUONWE, Ebele Alexandra, *Modern Biotechnology and Nigeria's Agricultural Sector: An Examination of Emergent Policy and Legal Framework*.

CLAMADIEU, Sophie, *La protection internationale des personnes déplacées en situation de crises internes*.

DENIS-BOILEAU, Marie-Andrée, *Droit et science : le point de vue de la Cour Suprême du Canada sur l'expertise psychiatrique*.

DUGGINS, David, *Justiciability of Canadian Armed Forces Decisions*.

EAPEN, Anita, *Health Canada Advertisements and the Legend of the Canadian Mother*.

FEZZANI, Nadia, *CEDAW as a Tool for Promoting Women's Reproductive Health in Tunisia: Grass Roots Mobilizing as an Effective Tool for Linking National Realities and International Norms*.

- GONDAL, Rizwan Ahmad Khan, Rizwan Ahmed Khan Gondal v The Governor and the Company of the Merchants of England. Trading into the East-Indies et al, 2015 Court of Public Opinion 1: a treatise.
- GUAN, Jiachen, Is Fake Louis Vuitton a Disaster to China? Research on Counterfeit Luxury Goods in China.
- JOYCE, Christian, On the Origins of the Fiduciary Theme of Aboriginal Law.
- KENNEDY, Alison Joanna, Examining the Effects of the Designated Country of Origin Policy on Women Fleeing Domestic Violence.
- KHULLAR, Saurabh, Sex Selective Abortion in Canada: the Gender Equality Paradox in Canada.
- KUPRIEIEVA, Ana, Regulatory freedom indirect expropriation seeking compatibility with sustainable development in new generation bilateral investment treaty.
- LERROY, Guillaume, L'adaptation du droit au fait : étude d'une catégorie argumentative.
- NDIAYE, Sabine Bernadette, L'application des normes du droit international dans la protection de la santé humaine au regard des transferts des déchets toxiques des pays développés vers les pays en voie de développement.
- NGUYEN, Hong, Transfer Pricing and the Valuations of Derivate Instruments in the Context of Off-Shore Hedging Transactions.
- NURMOHAMED, Sameer, Sequential or Simultaneous: Transfer Pricing in a Post-Glaxo World.
- ODEPE, Olajumoke, Impact of Under Representation of Women in Canadian Legislature on Pro Women Law Reforms and the Fight for Gender Equality: Case 50/50 Gender Representation in Canadian Parliament.
- PATUANO, Marine, Les droits des passagers aériens en cas de retard et d'annulation de vol.
- PELLETIER, Karine, Private Labour Arbitrators in Saskatchewan: Why do they think the way they think ? A Case Study.
- POLISZOT, Anna Marta, The Capacity of the Precautionary Principle to Guide the GM Food Safety Assessment Process in Canada.

SAMPSON, Robert, Disability and Elections: Recommendations for Legislative Change.

SHIPLEY, Heather, Negotiating Religion and Sexual Orientation: Trinity Western University's Law School.

TZVETANOV, Jordan, Compensating Automobile Accident Victims: A Comparative Study of the Compensation Offered by Public Insurers Versus Ontario's Private Insurers.

YAZDANI, Sherri, In the Wake of Carter: Organ Donation in the Context of Physician-Assisted Death (PAD).

ZHANG, Ran, Legal Concerns of Renminbi Internationalization under International Monetary Fund Framework.

Mémoires de maîtrise en droit avec concentration en droit notarial

COUILLARD, Josiane, La responsabilité civile du notaire face à l'évaluation de l'aptitude de son client.

VU DUC, Khanh, Les concepts de « résidence familiale » en droit civil Québécois et de « foyer conjugal » en droit de la famille en Ontario.

Mémoires de maîtrise en droit humanitaire et droit de la sécurité internationale

HANNA, Jessica, The Ability of States to rely on Self Defence to justify the use of force against terrorist groups in the territory of another State post 9/11.

KIRSCH KARAR, Isabelle, Preventing Mass Atrocities in Non-International Armed Conflicts: Obligations of States beyond their Borders.

Mémoires de maîtrise en droit et technologie

BARAN-PLOTKIN, James, The Impact of 3D Printing on Canadian Trademark Law.

GARCIA, Laura, Copyright, E-Learning and the Need to Abolish the Multiplicity of Applicable Jurisdictions.

GALLEY, Margaret, Revenge Porn: An Examination of the Phenomenon and Existing Responses.

HADJIREZAIE, Attila, Feeding Hungry Mouths or Fueling Empty Tanks? Agro – Biofuels' Food Security & Energy Security Crossroad.

JANKOWSKI, Krzysztof, The Principle of Technological Neutrality in European Union Law.

LITHWICK, Dara, Privacy and Politics.

Mémoires de maîtrise en droit de l'environnement et du développement durable

EBANAHITA, Joan Edeko, Environmental Protection in Nigeria: Making a Case for the Constitutional Right to a Healthy Environment.

EKANEM, Victor, Oil Spill Compensation: A Comparative Study of Regimes in Nigeria and the United States.

FANNON, Damien, Which Road Should it Take: Evolution or Design?

Mémoires de maîtrise en droit de commerce international et des investissements étrangers

HE, Xiangyu, On the Legal Framework Construction of Political Risk Insurance for Chinese Outward Foreign Direct Investment.

KUANZHANOVA, Gulmira, Legal Aspects of Integration of the Eurasian Customs Union with the Multilateral Trading System.

Mémoire de maîtrise en droit et justice sociale

MILLER, Samantha, The Development and Potential Implications of a Dual-Narrative Framework on Women, Peace and Security.

INDEX DES AUTEURS

Note : Sous chaque entrée de l'index des auteurs vous trouverez les informations nécessaires pour repérer les articles ou les chroniques de la *Revue du Barreau*, soit le titre suivi, en caractères gras, des pages.

ALLAMEHZADEH, Mani, Pratique du droit et influence du comportement, **503-530**

AYLWIN, Antoine, L'obligation de notification en cas de violation de la confidentialité pour une entreprise du secteur privé, **465-502**

BOUCHARD, Charlaïne, Chronique jurisprudentielle sur les sociétés de personnes : histoire d'une anomalie, **39-72**

CARON, Sébastien C., Elisabeth NEELIN et Marie-Noël ROCHON, Communications entre avocats et experts : le privilège relatif au litige et les devoirs des experts, **557-571**

CHÊNEVERT, Paul, L'indépendance des tribunaux administratifs fédéraux et le lien avec le pouvoir exécutif : une relation parfois empreinte de friction, **159-186**

DENIS, Pascale L., Sophie ASSELIN, Myriam SIMARD, Frédéric PARÉ et Gabrielle BENOIT-CHABOT, L'interdiction de la discrimination en emploi et les pratiques de recrutement et de sélection des PME assujetties au droit du travail québécois, **187-218**

DRAPEAU, Maurice et Alexis AUBRY, La discrimination fondée sur le handicap ou le moyen pour y pallier : concepts fondamentaux et évolution nécessaire, **415-464**

FAURE, Gabriel et Noah ZUCKER, La convocation de témoins extraprovinciaux : vers une meilleure harmonisation avec le reste du Canada ?, **75-94**

- GINGRAS, Patrick et François SENÉCAL, Métadonnées : plaider pour des mal aimées et des incomprises, **249-305**
- HUPPÉ, Luc, La confidentialité du processus de nomination des juges, **343-378**
- MIGNON, Natacha et Xavier Philippe VUITTON, Regards croisés sur l'application de l'entente Franco-Québec du 9 septembre 1977 en matière de reconnaissance et d'exécution des jugements, **329-341**
- PRÉVOST, Alain, La cession de contrats d'assurance par l'assureur : le chaînon manquant, **119-157**
- RAYMOND, Maxime, La défense de renonciation au Canada : le legs de l'arrêt *Gauthier*, **379-414**
- ROBERGE, Jean-François et Véronique FRASER, L'art et la science de la négociation à l'ère du Nouveau *Code de procédure civile* : les stratégies essentielles pour le juriste, **531-555**
- SHUANG, Shuang, Emmanuelle LÉVESQUE et Karine SÉNÉCAL, Quels changements pour la recherche avec les modifications au *Code civil du Québec* ?, **95-117**
- TALARICO, Andrea, Le maintien des services essentiels à la lumière de Saskatchewan Federation of Labour, **219-248**
- THÉRIAULT, Michelle, Le défi du passage vers la nouvelle culture juridique de la justice participative, **1-38**
- VIGNEAULT, Jean-Gabriel et Charles A. ASHTON, Étude de la décision *Gagné c. Société de l'assurance automobile du Québec* : pourquoi la S.A.A.Q. devra modifier ses façons de faire en matière de saisie automobile, **307-327**

INDEX ANALYTIQUE

Note : Sous chaque entrée de l'index analytique vous trouverez les informations nécessaires pour repérer les articles ou les chroniques de la *Revue du Barreau*, soit le titre suivi, en caractères gras, des pages.

ACCÈS À L'ÉGALITÉ – PROGRAMME

L'interdiction de la discrimination en emploi et les pratiques de recrutement et de sélection des PME assujetties au droit du travail québécois, **187-218**

ACCÈS À LA JUSTICE

Le défi du passage vers la nouvelle culture juridique de la justice participative, **1-38**

ADMINISTRATION DE LA JUSTICE

Le défi du passage vers la nouvelle culture juridique de la justice participative, **1-38**

AVOCAT – RÔLE

Le défi du passage vers la nouvelle culture juridique de la justice participative, **1-38**

CODE CIVIL DU QUÉBEC

Quels changements pour la recherche avec les modifications au *Code civil du Québec* ?, **95-117**

CODE CRIMINEL

La défense de renonciation au Canada : le legs de l'arrêt *Gauthier*, **379-414**

CODE DE PROCÉDURE CIVILE

La convocation de témoins extraprovinciaux : vers une meilleure harmonisation avec le reste du Canada ?, **75-94**

Le défi du passage vers la nouvelle culture juridique de la justice participative, **1-38**

Pratique du droit et influence du comportement, **503-530**

COMMISSION CANADIENNE DE SÛRETÉ NUCLÉAIRE

L'indépendance des tribunaux administratifs fédéraux et le lien avec le pouvoir exécutif : une relation parfois empreinte de friction, **159-186**

COMPAGNIE ET SOCIÉTÉ

Chronique jurisprudentielle sur les sociétés de personnes : histoire d'une anomalie, **39-72**

L'interdiction de la discrimination en emploi et les pratiques de recrutement et de sélection des PME assujetties au droit du travail québécois, **187-218**

CONFÉRENCE DE RÈGLEMENT À L'AMIABLE (CRA)

Le défi du passage vers la nouvelle culture juridique de la justice participative, **1-38**

CONSEIL DE LA RADIODIFFUSION ET DES TÉLÉCOMMUNICATIONS CANADIENNES

L'indépendance des tribunaux administratifs fédéraux et le lien avec le pouvoir exécutif : une relation parfois empreinte de friction, **159-186**

COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Chronique jurisprudentielle sur les sociétés de personnes : histoire d'une anomalie, **39-72**

CRÉANCIER – OBLIGATIONS

Chronique jurisprudentielle sur les sociétés de personnes : histoire d'une anomalie, **39-72**

DÉCLARATION UNIVERSELLE DES DROITS DE L'HOMME

Le maintien des services essentiels à la lumière de Saskatchewan Federation of Labour, **219-248**

DISCRIMINATION – EMPLOI

La discrimination fondée sur le handicap ou le moyen pour y pallier : concepts fondamentaux et évolution nécessaire, **415-464**

L'interdiction de la discrimination en emploi et les pratiques de recrutement et de sélection des PME assujetties au droit du travail québécois, **187-218**

DISCRIMINATION – HANDICAP

La discrimination fondée sur le handicap ou le moyen pour y pallier : concepts fondamentaux et évolution nécessaire, **415-464**

DISCRIMINATION – PERSONNE HANDICAPÉE

La discrimination fondée sur le handicap ou le moyen pour y pallier : concepts fondamentaux et évolution nécessaire, **415-464**

DROIT À L'INTÉGRITÉ DE LA PERSONNE

Quels changements pour la recherche avec les modifications au *Code civil du Québec* ?, **95-117**

DROIT DE GRÈVE

Le maintien des services essentiels à la lumière de Saskatchewan Federation of Labour, **219-248**

DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

Regards croisés sur l'application de l'entente Franco-Québec du 9 septembre 1977 en matière de reconnaissance et d'exécution des jugements, **329-341**

DROIT PÉNAL

La défense de renonciation au Canada : le legs de l'arrêt *Gauthier*, **379-414**

DROITS ET LIBERTÉS

Le maintien des services essentiels à la lumière de Saskatchewan Federation of Labour, **219-248**

ÉGALITÉ

La discrimination fondée sur le handicap ou le moyen pour y pallier : concepts fondamentaux et évolution nécessaire, **415-464**

EMBAUCHE

L'interdiction de la discrimination en emploi et les pratiques de recrutement et de sélection des PME assujetties au droit du travail québécois, **187-218**

FONCTION PUBLIQUE

Le maintien des services essentiels à la lumière de Saskatchewan Federation of Labour, **219-248**

FONCTIONNAIRE

Le maintien des services essentiels à la lumière de Saskatchewan Federation of Labour, **219-248**

GARDE DE L'ENFANT

Regards croisés sur l'application de l'entente Franco-Québec du 9 septembre 1977 en matière de reconnaissance et d'exécution des jugements, **329-341**

GRÈVE ET LOCK-OUT

Le maintien des services essentiels à la lumière de Saskatchewan Federation of Labour, **219-248**

INFORMATION ÉLECTRONIQUE

Métadonnées : plaidoyer pour des mal aimées et des incomprises, **249-305**

INFRACTION

Étude de la décision *Gagné c. Société de l'assurance automobile du Québec* : pourquoi la S.A.A.Q. devra modifier ses façons de faire en matière de saisie automobile, **307-327**

INTERPRÉTATION – PERSONNE MORALE DE DROIT PUBLIC

Chronique jurisprudentielle sur les sociétés de personnes : histoire d'une anomalie, **39-72**

INTERPRÉTATION DES LOIS – CHARTE DES DROITS ET LIBERTÉS DE LA PERSONNE

La discrimination fondée sur le handicap ou le moyen pour y pallier : concepts fondamentaux et évolution nécessaire, **415-464**

JUGE – SÉLECTION ET NOMINATION

La confidentialité du processus de nomination des juges, **343-378**

JUGEMENT ÉTRANGER – RECONNAISSANCE ET EXÉCUTION

Regards croisés sur l'application de l'entente Franco-Québec du 9 septembre 1977 en matière de reconnaissance et d'exécution des jugements, **329-341**

JUSTICE PARTICIPATIVE

Le défi du passage vers la nouvelle culture juridique de la justice participative, **1-38**

LIBERTÉ D'ASSOCIATION

Le maintien des services essentiels à la lumière de Saskatchewan Federation of Labour, **219-248**

MAJEUR INAPTE

Quels changements pour la recherche avec les modifications au *Code civil du Québec* ?, **95-117**

MÉDIATION

Pratique du droit et influence du comportement, **503-530**

MINISTRE DE LA JUSTICE DU CANADA

La confidentialité du processus de nomination des juges,
343-378

MINISTRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC

La confidentialité du processus de nomination des juges,
343-378

MODE PRIVÉ DE PRÉVENTION ET DE RÈGLEMENT DE DIFFÉRENDS

L'art et la science de la négociation à l'ère du Nouveau *Code
de procédure civile* : les stratégies essentielles pour le juriste,
531-555

Le défi du passage vers la nouvelle culture juridique de la
justice participative, **1-38**

Pratique du droit et influence du comportement, **503-530**

MOYEN DE DÉFENSE

La défense de renonciation au Canada : le legs de l'arrêt *Gau-
thier*, **379-414**

MOYEN POUR PALLIER LE HANDICAP

La discrimination fondée sur le handicap ou le moyen pour y
pallier : concepts fondamentaux et évolution nécessaire,
415-464

NÉGOCIATION

L'art et la science de la négociation à l'ère du Nouveau *Code
de procédure civile* : les stratégies essentielles pour le juriste,
531-555

NÉGOCIATION COLLECTIVE

Le maintien des services essentiels à la lumière de Saskat-
chewan Federation of Labour, **219-248**

OBLIGATION ALIMENTAIRE

Regards croisés sur l'application de l'entente Franco-Québec du 9 septembre 1977 en matière de reconnaissance et d'exécution des jugements, **329-341**

OBLIGATION D'ACCESSIBILITÉ UNIVERSELLE

La discrimination fondée sur le handicap ou le moyen pour y pallier : concepts fondamentaux et évolution nécessaire, **415-464**

OBLIGATION D'ACCOMMODEMENT

La discrimination fondée sur le handicap ou le moyen pour y pallier : concepts fondamentaux et évolution nécessaire, **415-464**

OFFICE DES TRANSPORTS DU CANADA

L'indépendance des tribunaux administratifs fédéraux et le lien avec le pouvoir exécutif : une relation parfois empreinte de friction, **159-186**

POLICE – POUVOIR

Étude de la décision *Gagné c. Société de l'assurance automobile du Québec* : pourquoi la S.A.A.Q. devra modifier ses façons de faire en matière de saisie automobile, **307-327**

POLICE D'ASSURANCE

La cession de contrats d'assurance par l'assureur : le chaînon manquant, **119-157**

PREUVE ÉLECTRONIQUE

Métadonnées : plaider pour des mal aimées et des incomprises, **249-305**

PREUVE PROVENANT D'ORDINATEUR

Métadonnées : plaider pour des mal aimées et des incomprises, **249-305**

PRÉVENTION ET RÈGLEMENT DE DIFFÉRENDS

Voir **Mode privé de prévention et de règlement des différends**

PRIVILÈGE RELATIF AU LITIGE

Communications entre avocats et experts : le privilège relatif au litige et les devoirs des experts, **557-571**

PROCÈS – CITATION

La convocation de témoins extraprovinciaux : vers une meilleure harmonisation avec le reste du Canada ?, **75-94**

PROTECTION DU MAJEUR INCAPABLE – ÉTATS-UNIS

Quels changements pour la recherche avec les modifications au *Code civil du Québec* ?, **95-117**

RECHERCHE MÉDICALE

Quels changements pour la recherche avec les modifications au *Code civil du Québec* ?, **95-117**

RENSEIGNEMENT PERSONNEL – OBLIGATION DE NOTIFICATION EN CAS DE BRIS DE CONFIDENTIALITÉ

L'obligation de notification en cas de violation de la confidentialité pour une entreprise du secteur privé, **465-502**

RENSEIGNEMENT PERSONNEL – SECTEUR PRIVÉ

L'obligation de notification en cas de violation de la confidentialité pour une entreprise du secteur privé, **465-502**

SAISIE

Étude de la décision *Gagné c. Société de l'assurance automobile du Québec* : pourquoi la S.A.A.Q. devra modifier ses façons de faire en matière de saisie automobile, **307-327**

SECRET PROFESSIONNEL – AVOCAT

Communications entre avocats et experts : le privilège relatif au litige et les devoirs des experts, **557-571**

SERVICES ESSENTIELS

Le maintien des services essentiels à la lumière de Saskatchewan Federation of Labour, **219-248**

SOCIÉTÉ DE L'ASSURANCE AUTOMOBILE DU QUÉBEC

Étude de la décision *Gagné c. Société de l'assurance automobile du Québec* : pourquoi la S.A.A.Q. devra modifier ses façons de faire en matière de saisie automobile, **307-327**

SOCIÉTÉ EN COMMANDITE

Chronique jurisprudentielle sur les sociétés de personnes : histoire d'une anomalie, **39-72**

SOCIÉTÉ EN NOM COLLECTIF

Chronique jurisprudentielle sur les sociétés de personnes : histoire d'une anomalie, **39-72**

TECHNOLOGIE

Métadonnées : plaidoyer pour des mal aimées et des incomprises, **249-305**

TÉMOIN

La convocation de témoins extraprovinciaux : vers une meilleure harmonisation avec le reste du Canada ?, **75-94**

TÉMOIN EXPERT – RAPPORT ÉCRIT

Communications entre avocats et experts : le privilège relatif au litige et les devoirs des experts, **557-571**

TÉMOIN EXPERT – RÔLE

Communications entre avocats et experts : le privilège relatif au litige et les devoirs des experts, **557-571**

THÉORIE PSYCHOSOCIOLOGIQUE DE L'ENGAGEMENT

Pratique du droit et influence du comportement, **503-530**

TRAVAIL

L'interdiction de la discrimination en emploi et les pratiques de recrutement et de sélection des PME assujetties au droit du travail québécois, **187-218**

Le maintien des services essentiels à la lumière de Saskatchewan Federation of Labour, **219-248**

TRIBUNAL ADMINISTRATIF

L'indépendance des tribunaux administratifs fédéraux et le lien avec le pouvoir exécutif : une relation parfois empreinte de friction, **159-186**

VÉHICULE – CONFISCATION

Étude de la décision *Gagné c. Société de l'assurance automobile du Québec* : pourquoi la S.A.A.Q. devra modifier ses façons de faire en matière de saisie automobile, **307-327**

TABLE DE LA JURISPRUDENCE COMMENTÉE

Note : Sous chaque entrée de la table de jurisprudence commentée, vous trouverez, en caractères gras, les pages pour repérer les articles ou les chroniques de la *Revue du Barreau*.

9171-3990 Québec inc. c. 9086-4752 Québec inc., 2014 QCCA 2258, **39-72**

9086-4752 Québec inc., 9171-3990 Québec inc. c., 2014 QCCA 2258, **39-72**

Abbott and Haliburton Co., White Burgess Langille Inman c., 2015 CSC 23, [2015] 2 R.C.S. 182, **557-571**

Andrews c. Law Society of British Columbia, [1989] 1 R.C.S. 143, **415-464**

BCGSEU, Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c., [1999] 3 R.C.S. 3, **415-464**

Bird, R. c., 2009 CSC 60, [2009] 3 R.C.S. 638, **379-414**

Blank c. Canada (Ministre de la Justice), 2006 CSC 39, [2006] 2 R.C.S. 319, **557-571**

Boisbriand (Ville), Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. ; Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville), 2000 CSC 27, [2000] 1 R.C.S. 665, **415-464**

Boivin-Carrier, Roy c., 2006 QCCS 2663, **39-72**

Bombardier Inc. (Bombardier Aéronautique Centre de formation), Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c., 2015 CSC 39, [2015] 2 R.C.S. 789, **415-464**

Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), Granovsky c., 2000 CSC 28, [2000] 1 R.C.S. 703, **415-464**

Canada (Ministre de la Justice), Blank c., 2006 CSC 39, [2006] 2 R.C.S. 319, **557-571**

Charlebois, Ferme Jolis-Bois, S.E.N.C. c., J.E. 2003-932 (C.S.), REJB 2003-38156 (C.S.), **39-72**

Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU, [1999] 3 R.C.S. 3, **415-464**

Corte, Discepola c., 2010 QCCS 648, **343-378**

Discepola c. Corte, 2010 QCCS 648, **343-378**

Duval-Hesler c. Lalande, EYB 1996-87802 (C.Q.), J.E. 97-8 (C.Q.), **39-72**

Ferme Jolis-Bois, S.E.N.C. c. Charlebois, J.E. 2003-932 (C.S.), REJB 2003-38156 (C.S.), **39-72**

Gagné c. Société de l'assurance automobile du Québec, 2014 QCCS 6168, **307-327**

Gauthier, R. c., 2013 CSC 32, [2013] 2 R.C.S. 403, **379-414**

Getahun, Moore c., 2014 ONSC 237, **557-571**

Getahun, Moore c., 2015 ONCA 55, 381 D.L.R. (4th) 471 (Ont. C.A.), **557-571**

Granovsky c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration du Canada, 2000 CSC 28, [2000] 1 R.C.S. 703, **415-464**

Groupe Son X Plus inc., Informatique Côté, Coulombe inc. c., 2012 QCCA 2262, **557-571**

Informatique Côté, Coulombe inc. c. Groupe Son X Plus inc., 2012 QCCA 2262, **557-571**

Lalande, Duval-Hesler c., EYB 1996-87802 (C.Q.), J.E. 97-8 (C.Q.), **39-72**

Law Society of British Columbia, Andrews c., [1989] 1 R.C.S. 143, **415-464**

Mandeville et al. v. Manufacturers Life Insurance Company, 2012 ONSC 4316, **119-157**

Mandeville v. Manufacturers Life Insurance Company, 2014 ONCA 417, 120 OR (3d) 81 (Ont. C.A.), **119-157**

Manufacturers Life Insurance Company, Mandeville et al. v., 2012
ONSC 4316 (CanLII), **119-157**

Manufacturers Life Insurance Company, Mandeville v., 2014
ONCA 417, 120 OR (3d) 81 (Ont. C.A.), **119-157**

*Montréal (Ville), Québec (Commission des droits de la personne et
des droits de la jeunesse) c. ; Québec (Commission des droits
de la personne et des droits de la jeunesse) c. Boisbriand
(Ville)*, 2000 CSC 27, [2000] 1 R.C.S. 665, **415-464**

Moore c. Getahun, 2014 ONSC 237, **557-571**

Moore c. Getahun, 2015 ONCA 55, 381 DLR (4th) 471 (Ont. C.A.),
557-571

Paul, Société de l'assurance automobile du Québec c., 2012 QCCA
1627, JE 2012-1831 (C.A.), **307-327**

Poulin c. Prat, J.E. 94-450 (C.A.), **557-571**

Prat, Poulin c., J.E. 94-450 (C.A.), **557-571**

*Québec (Commission des droits de la personne et des droits de
la jeunesse) c. Bombardier Inc. (Bombardier Aéronautique
Centre de formation)*, 2015 CSC 39, [2015] 2 R.C.S. 789,
415-464

*Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la
jeunesse) c. Montréal (Ville) ; Québec (Commission des droits
de la personne et des droits de la jeunesse) c. Boisbriand
(Ville)*, 2000 CSC 27, [2000] 1 R.C.S. 665, **415-464**

Québec (Société de l'Assurance automobile), Sproule c., 2004
CanLII 7441 (QC C.A.), [2004] R.J.Q. 2115 (C.A.), **307-327**

R. c. Bird, 2009 CSC 60, [2009] 3 R.C.S. 638, **379-414**

R. c. Gauthier, 2013 CSC 32, [2013] 2 R.C.S. 403, **379-414**

R. v. Whitehouse, (1940) 55 B.C.R. 420 (B.C.C.A.), [1940] BCJ No
46 (B.C.C.A.), **379-414**

Re Therrien, 2001 CSC 35, [2001] 2 R.C.S. 3, **343-378**

Roy c. Boivin-Carrier, 2006 QCCS 2663, J.E. 2006-1203 (C.S.),
39-72

Sarwar v. Société de l'assurance automobile du Québec, 2006 QCCQ 975, JE 2006-544 (C.Q.), **307-327**

Saskatchewan Federation of Labour c. Saskatchewan, 2015 CSC 4, [2015] 1 R.C.S. 245, **219-248**

Société de l'assurance automobile du Québec, Gagné c., 2014 QCCS 6168, **307-327**

Société de l'assurance automobile du Québec c. Paul, 2012 QCCA 1627, JE 2012-1831 (C.A.), **307-327**

Société de l'assurance automobile du Québec, Sarwar v., 2006 QCCQ 975, JE 2006-544 (C.Q.), **307-327**

Sproule c. Québec (Société de l'Assurance automobile), 2004 CanLII 7441 (Q.C.C.A.), [2004] R.J.Q. 2115 (C.A.), **307-327**

White Burgess Langille Inman c. Abbott and Haliburton Co., 2015 CSC 23, [2015] 2 R.C.S. 182, **557-571**

Whitehouse, R. v., (1940) 55 B.C.R. 420 (B.C.C.A.) ; [1940] BCJ no 46 (B.C.C.A.), **379-414**

TABLE DE LA LÉGISLATION COMMENTÉE

Note : Sous chaque entrée de la table de la législation commentée, vous trouverez, en caractères gras, les pages pour repérer les articles ou les chroniques de la *Revue du Barreau*.

CONSTITUTION

Charte canadienne des droits et libertés dans Loi de 1982 sur le Canada, (L.R.C. 1985, app. II, n° 44, annexe B, partie I), **187-218**

Constitutionnelle de 1867 (Loi), (L.R.C. 1985, app. II, n° 5) art. 96, 98, et 99, **343-378**

CODE CIVIL DU QUÉBEC*

Code civil du Québec, (RLRQ), **39-72, 95-117, 219-248**

CODE DE PROCÉDURE CIVILE

Code de procédure civile, (RLRQ, c. C-25), **1-38, 75-94**

Code de procédure civile, (RLRQ, c. C-25.01), Disposition préliminaire, **531-555**

Code de procédure civile, (RLRQ, c. C-25.01), art. 1, **503-530**

Code de procédure civile, (RLRQ, c. C-25.01), art. 1 à 7, **531-555**

Code de procédure civile, (RLRQ, c. C-25.01), art. 22, 233, 235, 240 et 241, **557-571**

CODE CRIMINEL

Code criminel, (L.R.C. 1985, c. C-46), art. 21, 21(1), 21(1)b), 21(1)c) et 21(2), **379-414**

* « Dans les textes non intégrés au Recueil, on utilise « Code civil du Québec (RLRQ) ». L'acronyme RLRQ ne sert qu'à identifier le Recueil des lois et règlements du Québec dans lequel se retrouve la version officielle du Code civil. » *Politique sur le recueil des lois et des règlements du Québec*, (2014) 146 *G.O.* II, 1303, 1304.

LÉGISLATION FÉDÉRALE

Cours fédérales (Loi sur les), (L.R.C. 1985, c. F-7), art. 5.2, 5.3, 5.4 et 8, **343-378**

Juges (Loi sur les), (L.R.C. 1985, c. J-1), art. 3 et 73, **343-378**

Protection des renseignements personnels et les documents électroniques (Loi sur la), (L.C. 2000, c. 5), **465-502**

Protection des renseignements personnels numériques (Loi sur la), (L.C. 2015, c. 32), **465-502**

Sociétés par actions (Loi canadienne sur les), (L.R.C. 1985, c. C-44), **39-72**

LÉGISLATION PROVINCIALE QUÉBÉCOISE

Assurances (Loi sur les), (RLRQ, c. A-32), **119-157**

Cadre juridique des technologies de l'information (Loi concernant le), (RLRQ, c. C-1.1), **249-305**

Code civil et d'autres dispositions législatives en matière de recherche (Loi modifiant le), (L.Q., 2013, c. 17), **95-117**

Code de la sécurité routière, (RLRQ, c. C-23-2), **307-327**

Cours municipales (Loi sur les), (RLRQ, c. C-72.01), art. 32, 34 et 38, **343-378**

Charte des droits et libertés de la personne, (RLRQ, c. C-12), **95-117, 187-218**

Charte des droits et libertés de la personne, (RLRQ, c. C-12), art. 10, 12, 16 et 20, **415-464**

Protection des renseignements personnels dans le secteur privé (Loi sur la), (RLRQ, c. P-39.1), **465-502**

Sociétés par actions (Loi sur les), (RLRQ, c. S-31.1), **39-72**

Tribunaux judiciaires (Loi sur les), (RLRQ, c. T-16), art. 86, 87, 88 et 161, **343-378**

RÉGLEMENTATION PROVINCIALE

Procédure de sélection des candidats à la fonction de juge de la Cour du Québec, de juge d'une cour municipale et de juge de paix magistrat (Règlement sur la), (RLRQ, c. T-16, r. 4.1), art. 11, 14, 15, 16, 24, 25 et 33, **343-378**

LÉGISLATION ET RÉGLEMENTATION PROVINCIALE – AUTRES PROVINCES

Personal Information Protection Act [Alberta], (S.A. 2003, c. P-6.5), **465-502**

Personal Information Protection and Identity Theft Prevention Act [Manitoba], (C.C.S.M., c. P-33.7), **465-502**

Procédure civile (Règles de) [Ontario], (R.R.O. 1990, Règl. 194), art. 4.1.01(1)a), 4.1.01(2), 31.06(3), 53.03, 53.03(2.1), **557-571**

Public Service Essential Services Act [Saskatchewan], (S.S. 2008, c. P-42.2), **219-248**

TRAITÉS ET CONVENTIONS

Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail et son suivi (CIT/1998/PR20A), **219-248**

Pacte international relatif aux droits civils et politiques, (1966) 999 U.N.T.S. 171, Can T.S. 1976 No. 47, **219-248**

Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (1976 R.T. Can. 46), **219-248**

Barreau
du Québec



445, boulevard St-Laurent
Montréal (Québec) H2Y 3T8
514-954-3400 1 800 361-8495
www.barreau.qc.ca