



Revue 2019

Printemps et automne 2019

Tome 78

Inégalités dans la progression des avocates au sein des cabinets québécois : vers une démarche de changement

Anne-Marie LAFLAMME, Antoine PELLERIN et Sophie BRIÈRE

La renonciation aux droits et libertés et le consentement « libre et éclairé » : fondements, exigences et incertitudes

Karine MILLAIRE

L'éducation des enfants : une concurrence de droits et devoirs entre les établissements scolaires et les titulaires de l'autorité parentale ?

Josiane LANDRY et Jean-Sébastien SAUVÉ

Les minorités linguistiques et l'accès à la justice : pour une pratique conforme aux Chartes

Yeong Gin Jean YOON

Détermination d'une modalité de garde en contexte de violence familiale : un casse-tête loin d'être un jeu d'enfants

Vanessa LÉ

Enfin une réforme de la *Loi sur le divorce*

Pierre J. DALPHOND et Anushua NAG

Les rôles de ministre de la Justice, de procureur général et de juriconsulte au Québec

Yan PAQUETTE

« L'étoffement » des motifs en contrôle judiciaire : la délicate quête de l'implicite !

Denis NADEAU

Le droit disciplinaire à l'ère du mouvement #MoiAussi (#MeToo)

Nicolas LE GRAND ALARY et Fanie PELLETIER

L'histoire d'une confusion interprétative : la douloureuse interaction entre le principe de l'interprétation bilingue et le principe de l'interprétation bijuridique en contexte de droit fédéral

François VILLENEUVE

La preuve d'expertise en droit disciplinaire : type d'infraction et contexte

David E. ROBERGE

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, Ad. E., président (Montréal)

M^e Pierre Giroux, Ad. E. (Québec)

M^e Claude Laferrière (Longueuil)

M^e Pierre Séguin (Montréal)

M^e Ana Victoria Aguerre, secrétaire

avec la collaboration de M^{me} Galina De Repentigny,
du Secrétariat de l'Ordre et Affaires juridiques,
Barreau du Québec

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

L'abonnement annuel à la version électronique est gratuit pour les membres du
Barreau du Québec qui en font la demande. Le montant de l'abonnement est
prélevé à même le Fonds d'études juridiques composé des intérêts des comptes
en fidéicommis des avocats. L'abonnement annuel à la version papier est
de 168 \$. Vous pouvez vous abonner en communiquant avec le service à la
clientèle des Éditions Yvon Blais au 1 800 363-3047.

Envoi de Poste-publications
Enregistrement n° 40013642

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

Barreau du Québec
Service des communications
Édition : Éditions Yvon Blais

ISSN-383669-X

Dépôt légal

Bibliothèque et Archives nationales du Québec, 2020

Bibliothèque et Archives Canada, 2020

Imprimé aux États-Unis par Thomson Reuters.



Revue 2019
Printemps et automne 2019
Tome 78

Inégalités dans la progression des avocates au sein des
cabinets québécois : vers une démarche de changement

Anne-Marie LAFLAMME, Antoine PELLERIN
et Sophie BRIÈRE 1

La renonciation aux droits et libertés et le consentement
« libre et éclairé » : fondements, exigences et incertitudes

Karine MILLAIRE 39

L'éducation des enfants : une concurrence de droits et
devoirs entre les établissements scolaires et les titulaires
de l'autorité parentale ?

Josiane LANDRY et Jean-Sébastien SAUVÉ 81

Les minorités linguistiques et l'accès à la justice :
pour une pratique conforme aux Chartes

Yeong Gin Jean YOON 141

Détermination d'une modalité de garde en contexte de
violence familiale : un casse-tête loin d'être un jeu d'enfants

Vanessa LÉ 215

Enfin une réforme de la *Loi sur le divorce*

Pierre J. DALPHOND et Anushua NAG 255

Les rôles de ministre de la Justice, de procureur général
et de jurisconsulte au Québec

Yan PAQUETTE 357

« L'étoffement » des motifs en contrôle judiciaire :
la délicate quête de l'implicite !

Denis NADEAU 377

Le droit disciplinaire à l'ère du mouvement
#MoiAussi (#MeToo)

Nicolas LE GRAND ALARY et Fanie PELLETIER 423

L'histoire d'une confusion interprétative :
la douloureuse interaction entre le principe de
l'interprétation bilingue et le principe de l'interprétation
bijuridique en contexte de droit fédéral

François VILLENEUVE.....469

La preuve d'expertise en droit disciplinaire :
type d'infraction et contexte

David E. ROBERGE 509

Liste des mémoires de maîtrise et thèses de doctorat
déposés en 2018-2019 549

Index des auteurs 567

Index analytique 569

Table de la jurisprudence commentée 579

Table de la législation commentée 583

Inégalités dans la progression des avocates au sein des cabinets québécois : vers une démarche de changement

M^e Anne-Marie LAFLAMME, M^e Antoine PELLERIN
et M^{me} Sophie BRIÈRE

Résumé

Bien que la profession d'avocat ne cesse de se féminiser, il existe encore des écarts importants entre les hommes et les femmes à plusieurs niveaux au sein des cabinets. Pour mieux comprendre ce phénomène, le présent texte fait un survol de la littérature sur le sujet et analyse les résultats d'une recherche réalisée dans le milieu juridique québécois afin de bien cerner le contexte organisationnel entourant le parcours des avocates, de répertorier les résistances au changement et d'identifier des pistes de solution.

Inégalités dans la progression des avocates au sein des cabinets québécois : vers une démarche de changement

M^e Anne-Marie LAFLAMME*, M^e Antoine PELLERIN**
et M^{me} Sophie BRIÈRE***

INTRODUCTION	7
REVUE DE LA LITTÉRATURE.....	9
CADRE THÉORIQUE.....	14
MÉTHODOLOGIE.....	18
RÉSULTATS	19
Analyse stratégique du milieu juridique et profil des cabinets.	19
Préoccupation première des gestionnaires de cabinet pour l'équilibre basée sur le trio client-service- rentabilité	20

* Elle est doyenne de la Faculté de droit de l'Université Laval, professeure titulaire, membre du Barreau du Québec et chercheuse au Centre de recherche inter-universitaire sur la mondialisation et le travail (CRIMT).

** Professeur à la Faculté de droit de l'Université Laval et membre du Barreau du Québec.

*** Professeur titulaire, Département de management FSA ULaval – Faculté des sciences de l'administration. Directrice de l'Institut EDI2 (équité, diversité, inclusion, intersectionnalité). Titulaire de la Chaire de leadership Femmes et organisations. Responsable de la maîtrise en développement international et action humanitaire, Université Laval.

Rentabilité financière avant tout.	20
Dévouement total à la clientèle	21
Horaires de travail excessifs et peu flexibles	22
Opposants au changement : préserver le climat de travail, les acquis et la recette initiale	22
Ancrage du modèle actuel jugé performant	23
Continuer comme avant même avec le congé parental.	23
Phases de changement : stade de l'éveil.	24
Les partisans réservés du changement : remise en question des façons de faire	24
Progression de carrières avec une famille.	25
Mode de tarification	26
Gestion du stress et culpabilité	26
Harcèlement psychologique et sexuel	27
Culte de la performance.	27
Stéréotypes et rapports sociaux de sexe	28
Les partisans actifs : possibilités de modifier les pratiques organisationnelles	28
Retour progressif d'un congé parental.	29
Activités de réseautage entre avocates	29
Mentorat	29
Soutien organisationnel	30

Travail en équipe et nouveau mode de partenariat	30
Nouveaux modes de rémunération	31
Gestion des situations de harcèlement psychologique et sexuel	31
DISCUSSION ET CONCLUSION	32
Une lecture opposée du problème : l'égalité perçue comme un frein à la performance	32
L'égalité : un changement idéologique et polarisant au plan des valeurs	33
Des espaces de discussion insuffisants pour s'informer, échanger et mobiliser la masse critique	34
Le positionnement peu documenté du client/cliente et de l'environnement	35
Projets pilotes et nouveaux chantiers pour modifier les pratiques organisationnelles	36

INTRODUCTION

Malgré les nombreuses études réalisées sur la situation des femmes qui sont avocates et les multiples solutions proposées dans la littérature scientifique et professionnelle pour favoriser leur progression, les inégalités dans la profession juridique sont encore bien présentes aujourd'hui. Alors que la profession ne cesse de se féminiser au niveau du bassin d'étudiantes¹, chez les finissantes de l'École du Barreau du Québec² et au sein de l'ordre professionnel qui compte, depuis 2015, plus de femmes que d'hommes³, les statistiques montrent encore des écarts importants à plusieurs niveaux.

Sur le plan de la rémunération, les hommes gagnent environ 20 000 \$ de plus par année que les femmes et le taux horaire médian des avocates demeure inférieur de 50 \$ à celui de leurs confrères⁴. Si une partie du différentiel entre le revenu des avocats et des avocates peut s'expliquer par le nombre d'années d'expérience, la quantité d'heures travaillées et le domaine de pratique, 30 % de cet écart de revenu demeure inexplicable⁵. En somme, l'expérience d'une avocate n'est pas rémunérée de la même façon que celle d'un avocat.

-
1. À titre d'exemple, elles formaient 72,6 % de la nouvelle cohorte admise au baccalauréat en droit à l'Université Laval à l'automne 2017.
 2. (66,47 % des diplômés) Barreau du Québec, « Projet Justicia – Équité et diversité au sein de l'Ordre », en ligne : Barreau du Québec <<http://www.barreau.qc.ca/fr/avocats/equite/justicia/index.html>> (consulté le 23 août 2017).
 3. Barreau du Québec, *Barreau-Mètre 2015 – La profession en chiffres*, Montréal, 2015.
 4. Selon les données colligées par le Barreau du Québec pour l'année 2013-2014, l'échelle salariale médiane était de 90 001 \$ à 110 001 \$ chez les avocates comparativement à une échelle de 110 001 \$ à 130 000 \$ chez les hommes. Quant au taux horaire médian, il était entre 101 \$ et 150 \$ chez les avocates comparativement à un taux entre 201 \$ et 250 \$ chez les hommes : *Ibid*, aux pages 32 et 34 .
 5. Claude Montmarquette et Nathalie Viennot-Briot, *Enquête socio-économique auprès des membres du Barreau du Québec*, Montréal, CIRANO, 2009. Pour en arriver à cet écart, les chercheurs qui ont mené cette étude ont fait « appel à un modèle économétrique qui relie la variable à expliquer, soit le logarithme du revenu à diverses variables explicatives. L'idée est de comprendre les déterminants des revenus des avocats et des avocates de [la] population de répondants » (p. 52).

En ce qui concerne la rétention, bien que les femmes soient de plus en plus nombreuses à rejoindre la profession, elles n'y demeurent pas aussi longtemps que leurs confrères. L'âge moyen des femmes au moment où elles quittent la profession est de 49 ans comparativement à 61 ans chez les hommes⁶. Le taux de retrait durant les 10 premières années de pratique, une période charnière, demeure supérieur chez les femmes⁷.

La pratique privée demeure plus attirante pour les hommes. Parmi les membres du Barreau, 49 % des hommes déclarent exercer en pratique privée comparativement à 32 % chez les femmes⁸. Les dernières données compilées par le Barreau du Québec montrent également que les femmes accèdent moins aux postes de décision en cabinet. Alors que près de la moitié (44 %) des membres du Barreau qui exercent en pratique privée sont des femmes, seulement le tiers (33 %) des associés et associées sont des femmes⁹. Ce pourcentage ne révèle pas s'il s'agit d'associées « participantes » ou non¹⁰. La situation s'explique notamment par le fait que les femmes abandonnent la pratique privée plus tôt, souvent au moment où survient la question de l'accès au statut d'associé¹¹.

Alors que les obstacles à la rétention et à la progression des avocates sont documentés depuis des décennies comme le montre la revue de littérature présentée dans la section suivante, la profession juridique reste très inégalitaire, particulièrement en pratique privée. Ces constats amènent le questionnaire suivant : *comment expliquer cette résistance au changement et favoriser concrètement de nouvelles pratiques organisationnelles dans les cabinets privés ?* Afin de répondre à cette question, une recherche

6. Barreau du Québec, *supra* note 3.

7. Barreau du Québec, *Les avocats de pratique privée en 2021*, Rapport du Comité sur les problématiques actuelles reliées à la pratique privée et l'avenir de la profession, Montréal, 2011. Il est aussi intéressant de souligner que le départ d'un avocat salarié coûterait 315 000 \$ à une organisation : Catalyst, *Beyond a Reasonable Doubt: Building the Business Case for Flexibility*, coll The Catalyst series on flexibility in Canadian law firms, Toronto, 2005.

8. Barreau du Québec, *Sous la loupe des Barreaux de section 2017 – Édition spéciale du Barreau-Mètre : La profession en chiffres*, Montréal, 2017.

9. *Ibid.*

10. Un associé ou une associée est « participant.e » lorsqu'il y a participation aux revenus, aux décisions et aux orientations du cabinet. Il s'agit des véritables dirigeant.e.s.

11. Fiona M. Kay, Stacey L. Alarie et Jones K. Adjei, « Undermining Gender Equality: Female Attrition from Private Law Practice » (2016) 50:3 *Law Soc Rev* 766-801.

a été réalisée dans le milieu juridique québécois afin de mieux comprendre le contexte organisationnel entourant le parcours des avocates, de répertorier les résistances au changement et d'identifier des pistes de solution.

Le présent article se divise comme suit : (1) revue de la littérature portant sur la progression et la rétention des avocates ; (2) présentation du cadre théorique mobilisé pour répondre à la question de recherche ; (3) présentation de la démarche méthodologique et des résultats de recherche et (4) identification d'une démarche de transformation du discours sur l'égalité dans les pratiques organisationnelles.

REVUE DE LA LITTÉRATURE

La situation des avocates a fait l'objet de diverses études que ce soit sous la forme de rapports produits par les ordres professionnels ou d'articles de nature scientifique. Ces études ont permis d'identifier plusieurs obstacles à la rétention et à la progression des avocates au sein de cabinets, tels qu'un système de rémunération basé sur le nombre d'heures facturables¹², un « éthos professionnel » valorisant un dévouement total à la profession et aux clients¹³ et une difficulté à concilier travail et famille, notamment en raison des conséquences liées à la prise du congé parental et au partage inégalitaire des responsabilités familiales et domestiques¹⁴. Des enjeux de discrimination, un langage inapproprié et du harcèlement sexuel¹⁵ ont aussi été recensés dans la littérature. Des études ont souligné les occasions moins fréquentes pour

12. Association du Barreau canadien et Bertha Wilson, *Les assises de la réforme : égalité, diversité et responsabilité : aperçu et recommandations*, Ottawa, Association du Barreau canadien, 1993 (ci-après : le « Rapport Wilson »). Ce rapport est le fruit d'une importante enquête sur les pratiques, politiques et règles en vigueur touchant de près ou de loin à la situation des femmes dans la profession juridique au Canada. Il fait également état des consultations menées auprès de nombreux acteurs du milieu et contient une série de recommandations.

13. Jean McKenzie Leiper, *Bar Codes: Women in the Legal Profession*, Vancouver, UBC Press, 2006 ; Barreau du Québec, précité note 7, Rapport du Comité sur les problématiques actuelles reliées à la pratique privée et l'avenir de la profession, Montréal, 2011 ; Diane-Gabrielle Tremblay et Elena Mascova, *Les avocates, les avocats et la conciliation travail-famille*, Montréal, Éditions du remue-ménage, 2013.

14. Joan Brockman, *Gender in the Legal Profession: Fitting or Breaking the Mould*, Vancouver, UBC Press, 2001.

15. *Ibid* ; Barreau du Québec, *supra* note 7 ; Kay, Alarie et Adjei, *supra* note 11.

les femmes de collaborer avec les juristes les plus chevronnés du cabinet et d'obtenir les mandats les plus importants¹⁶, de même que l'existence de biais inconscients les cantonnant dans des positions d'exécutantes¹⁷. Or, les avocats et avocates qui parviennent à développer une clientèle ont plus de chances de progresser en pratique privée et par le fait même, d'y demeurer¹⁸.

En 2011, le *Comité sur les problématiques actuelles reliées à la pratique privée et l'avenir de la profession*, mis sur pied par le Barreau du Québec et composé de représentants de bureaux de toutes tailles, a énoncé plusieurs raisons pouvant expliquer la difficulté des cabinets à retenir leurs talents féminins : le modèle masculin de la pratique privée, le rythme de travail effréné, l'isolement, le mur de la maternité, la gestion déficiente des départs et des retours de congés de maternité, les conflits intergénérationnels, les barrières liées au développement des affaires, les possibilités d'avancement, les objectifs d'heures facturables, la vie de famille, les horaires flexibles, les iniquités salariales et le harcèlement sexuel et psychologique¹⁹.

Sur le plan de la conciliation travail-famille plus précisément, la littérature insiste sur le fait que les premières années de pratique sont celles où les avocats et les avocates travaillent le plus intensément²⁰. C'est une période critique où ils doivent faire leurs

16. Kay, Alarie et Adjei, *supra* note 11.

17. Savita Kumra, « Busy doing nothing: an exploration of the disconnect between gender equity issues faced by large law firms in the United Kingdom and the diversity management initiatives devised to address them. (The Challenge of Equity in the Legal Profession: An International and Comparative Perspective) » (2015) 83:5 *Fordham Law Rev* 2277-2299 ; Justin D Levinson et Danielle Young, « Implicit Gender Bias in the Legal Profession: an Empirical Study. » (2010) 18:1 *Duke J Gend Law Policy* 1.

18. Amanda J. Albert, « The Use of MacKinnon's Dominance Feminism to Evaluate and Effectuate the Advancement of Women Lawyers as Leaders Within Large Law Firms » (2006) 35:1 *Hofstra Law Rev* 291-325.

19. Barreau du Québec, *supra* note 7.

20. Les premières années sont également déterminantes sur le plan de la perception de la réalité professionnelle. Lorsqu'une personne en début de carrière est déçue des dossiers qui lui sont confiés ou des valeurs véhiculées par son organisation, elle remettra en question son appartenance à la profession plutôt que d'envisager un changement d'employeur ou un nouveau domaine de pratique du droit. Voir Tremblay et Mascova, *supra* note 13. Dans cet ouvrage, les auteures rendent compte de l'étude qu'elles ont faite, à partir d'une recherche qualitative, des temporalités professionnelle et familiale des membres du Barreau du Québec. Elles se sont plus particulièrement intéressées aux contraintes de la pratique, à l'organisation quotidienne de la vie familiale, à l'articulation travail-famille ainsi

preuves pour pouvoir gravir les échelons de leur organisation. Or, la possibilité de fonder une famille survient généralement au même moment. Les hommes et les femmes ne réagissent pas de la même façon à ce phénomène de « télescopage des calendriers productif et reproductif »²¹. Les femmes sont parfois prêtes à changer d'emploi, voire de domaine de pratique, afin de concilier travail et famille. Les hommes sont beaucoup moins enclins à renoncer à des occasions d'avancement de carrière au profit d'un plus grand investissement familial. Quant à la question de l'âge idéal pour avoir des enfants, il s'agit d'une préoccupation constante chez les femmes. Certaines d'entre elles adoptent des stratégies telles que de retarder la maternité de manière à progresser plus tôt dans leur carrière. D'autres préfèrent mettre leur carrière en veilleuse le temps de fonder leur famille²².

Sur la question des différences soi-disant intrinsèques entre les hommes et les femmes, les travaux de la professeure Joan Brockman montrent que les avocates ne sont pas si différentes de leurs confrères²³. Ayant mené une centaine d'entretiens auprès de jeunes avocats et avocates membres du Barreau de la Colombie-Britannique, celle-ci conclut que les motivations qui guident leur décision de s'inscrire en droit sont relativement similaires. Ils et elles vivent sensiblement les mêmes insatisfactions quant à la pratique du droit en cabinet privé. La professeure Brockman fait toutefois remarquer que ces insatisfactions ont un impact plus important sur la rétention des femmes et sur leur progression. Autant les hommes que les femmes mentionnent le stress comme un élément insatisfaisant de leur pratique, mais les avocates sont toutefois plus nombreuses à identifier ce facteur comme ayant été à la source de leur départ de la pratique privée. Il en va de même en ce qui a trait aux objectifs élevés d'heures facturables.

qu'aux dispositifs publics et privés visant à concilier la vie professionnelle et le travail tels que les congés parentaux.

21. L'expression est ici empruntée à Nathalie Lapeyre, « Comprendre les temporalités de la féminisation des groupes professionnels. Méthodes et schémas d'analyse » dans *Méthodologies d'analyses du temps de travail*, coll MSH-T, Toulouse, Octarès, 2006, 133-148.
22. Tremblay et Mascova, *supra* note 13. Voir également Brockman, *supra* note 14, qui est d'avis que le « moule traditionnel » de la profession juridique ne changera pas tant et aussi longtemps que perdurera le partage inégalitaire des responsabilités familiales entre les hommes et les femmes.
23. Brockman, *supra* note 14.

De façon plus générale, il a été montré que les normes qui régissent la profession juridique – lesquelles ne sont pas étrangères à d'autres professions libérales – ont tendance à mettre de l'avant un modèle qui valorise la carrière avant toute chose²⁴. La culture de travail de plusieurs cabinets a reproduit l'idée qu'une pratique juridique exemplaire exige un dévouement total envers l'organisation et la clientèle. De telles exigences sont difficilement compatibles avec les projets de ceux et celles qui aspirent à un équilibre entre la vie professionnelle et la vie personnelle. Ces difficultés sont exacerbées du fait que la culture organisationnelle des cabinets d'avocats repose sur un paradigme de la performance et des valeurs conservatrices masculines²⁵.

Cela étant, il s'avère que les études menées sur la situation des avocates ont aussi permis d'identifier certaines pratiques organisationnelles susceptibles de remédier aux problèmes précités, comme la modification du système de rémunération selon une approche par compétences²⁶, la mise sur pied de programmes de sensibilisation au harcèlement sexuel²⁷ et l'implantation d'horaires de travail flexibles²⁸. L'analyse et la documentation de la situation réelle d'égalité à l'interne²⁹, la formation sur les questions d'égalité et sur la déconstruction des biais inconscients³⁰, les pratiques axées sur la collégialité³¹ et une meilleure gestion des congés parentaux³² sont également proposées³³. De façon plus globale, la possibilité d'adopter une législation pour inclure des

24. Ce que les auteures Tremblay et Mascova nomment l'« éthos professionnel », voir Tremblay et Mascova, *supra* note 13.

25. Leiper, *supra* note 13.

26. Rapport Wilson, *supra* note 12.

27. *Ibid.*

28. Tremblay et Mascova, *supra* note 13.

29. Zahir Yanat, « Diagnostic d'entreprise : une démarche humaniste dans un monde normatif » (2004) 1:1 *Manag Avenir* 43 ; Damon Golsorkhi et Isabelle Huault, « Pierre Bourdieu : critique et réflexivité comme attitude analytique » (2006) 32:165 *Rev Fr Gest* 15-34 ; Jean-Michel Moutot et David Autissier, *Méthode de conduite du changement: Diagnostic – Accompagnement – Pilotage*, Paris, Dunod, 3^e éd., 2013.

30. Wendy Baker, « Women's Diversity: Legal Practice and Legal Education – a View From the Bench. (Canada) (Viscount Bennett Memorial Lecture) » (1996) 45 *Univ N B Law J* 199-208.

31. Swethaa Ballakrishnen, « Why is Gender a Form of Diversity?: Rising Advantages for Women in Global Indian Law Firms » (2013) 20:2 *Indiana J Glob Leg Stud* 1261-1289.

32. Barreau du Québec, *supra* note 2.

33. Voir notamment les guides disponibles sur le site Web du Barreau du Québec : <<https://www.barreau.qc.ca/fr/ressources-avocats/>>.

dimensions liées à la participation des femmes dans les exigences contractuelles liées aux marchés publics, comme cela s'est fait en Allemagne, est aussi avancée³⁴.

De nombreuses recherches ont été menées sur les impacts du mentorat dans la profession juridique³⁵. De façon générale, ceux et celles qui bénéficient des conseils de mentors au cours de leur carrière en retirent de grands avantages³⁶. Les bons mentors positionneront favorablement leurs protégés auprès de la clientèle, mettront en valeur les qualités de leurs juniors auprès des collègues et des clients et les feront profiter de leur réseau de contacts³⁷. Le mentorat informel est plus efficace que le mentorat formel, puisqu'il résulte d'alliances volontaires entre des personnes qui partagent des visions et des intérêts similaires. Les programmes de mentorat auraient par conséquent avantage à permettre aux avocates de choisir leurs mentors plutôt que de les imposer³⁸.

Malgré ces multiples solutions, la profession juridique, particulièrement en pratique privée, demeure profondément inégalitaire comme en témoignent les statistiques mentionnées en introduction. Bien qu'il existe plusieurs travaux sur les obstacles et sur les solutions à préconiser, peu d'études ont été menées sur la question de la résistance au changement à l'intérieur des organisations. Les problèmes liés à la progression et à la rétention des avocates sont largement documentés et les pistes de solutions sont connues, mais pourquoi tarde-t-on à passer à l'action ? Il s'avère également qu'outre les travaux de Diane-Gabrielle Tremblay et Éléna Mascova qui portaient sur la question de la conciliation travail-famille, la situation des avocates québécoises a été peu étudiée dans la littérature scientifique. C'est dans ce contexte qu'il est apparu utile d'examiner de façon plus spécifique la question de la résistance au changement en prenant en considération le point de

34. Martin Burgi, *Gender Procurement – A European Law Perspective, Based on Experiences in Germany*, Rome, 2nd Global Procurement Conference, 5 juillet 2017.

35. Fiona M. Kay, John Hagan et Patricia Parker, « Principals in Practice: The Importance of Mentorship in the Early Stages of Career Development » (2009) 31:1 *Law Policy* 69-110 ; Fiona M. Kay et Jean E. Wallace, « Is More Truly Merrier?: Mentoring and the Practice of Law » (2010) 47:1 *Can Rev Sociol-Rev Can Sociol* 1-26 ; Christina M. Underhill, « The effectiveness of mentoring programs in corporate settings: A meta-analytical review of the literature » (2006) 68:2 *J Vocat Behav* 292-307.

36. Kay et Wallace, *supra* note 35.

37. Kay, Hagan et Parker, *supra* note 35.

38. Underhill, *supra* note 35.

vue des avocates, mais aussi des gestionnaires des organisations dont elles font partie.

CADRE THÉORIQUE

Compte tenu de la littérature existante, et afin de documenter la résistance au changement dans les cabinets, une approche multidisciplinaire permettant de cerner à la fois les dimensions liées aux femmes, aux organisations et à la gestion du changement a été adoptée. La démarche repose sur la combinaison des *théories féministes*, de la *théorie institutionnelle* et de la *théorie du changement*.

Les théories féministes dans cette recherche étaient essentielles pour aborder le travail des cabinets au-delà de l'étude de trajectoires individuelles et pour prendre en compte les dimensions contextuelles et culturelles des organisations³⁹. L'étude des femmes dans les organisations s'est inscrite au départ dans des perspectives théoriques distinctes⁴⁰. Alors que la première, qualifiée de *traditionnelle*, est limitée par la non-considération des différences induites par les rapports sociaux de sexes dans le parcours des hommes et des femmes, la perspective *libérale* et la perspective *féministe poststructuraliste* ont contribué à pallier cette lacune.

Les études s'inscrivant dans la perspective *libérale*, bien qu'elles reconnaissent les différences genrées, se limitent généralement à une analyse comparative s'appuyant sur le profil masculin en tant que norme universelle⁴¹. Reconnaisant les spécificités des parcours des femmes ainsi que l'importance d'analyser ceux-ci à l'aune des systèmes sociaux dans lesquels ils s'inscrivent, la théorie *féministe poststructuraliste* permet de développer une réflexion intégrant l'analyse des différents systèmes et structures de discriminations systémiques dans une approche contextualisée, endo-

39. Hélène Lee-Gosselin, Sophie Briere et Hawo Ann, « Resistances to Gender Mainstreaming in Organizations: Toward a New Approach » (2013) 28:8 *Gender in Management* 468-485.

40. Marta B. Calás, Linda Smircich et Kristina A. Bourne, « Extending the Boundaries: Reframing Entrepreneurship as Social Change Through Feminist Perspectives » (2009) 34:3 *Academy of Management Review* 552-569.

41. Paul Braidford, Ian Stone et Besrat Tesfaye, « Gender, Disadvantage and Enterprise Support – Lessons from Women's Business Centres in North America and Europe » (2013) 20:1 *Journal of Small Business and Enterprise Development* 143-164.

gène et genrée pour mieux rendre compte de la réalité des femmes dans les organisations. Ainsi, la théorie *féministe poststructuraliste* a comme postulat que les organisations ne représentent pas naturellement des espaces ouverts et accessibles et où le succès repose uniquement sur les compétences, la volonté et les efforts personnels⁴². Comme mentionné par Calas, Smircich et Holvino⁴³, une nouvelle approche théorique est utile pour dénaturer le sens commun du genre en utilisant une approche constructiviste et sociale.

Cette perspective critique permet d'expliquer les inégalités systémiques et liées au genre qui se manifestent sur les plans structurel, normatif, organisationnel et comportemental. Elle favorise une analyse critique des rapports sociaux de sexe dans les processus et les pratiques organisationnelles⁴⁴. Plus spécifiquement, la théorie *féministe poststructuraliste* permet de comprendre les facteurs systémiques influençant leurs parcours⁴⁵ et d'analyser leurs décisions en les contextualisant localement et globalement⁴⁶. Ces théories conçoivent les pratiques organisationnelles comme le résultat de processus sensibles au genre et insistent sur l'importance de prendre en compte les dimensions contextuelles et culturelles des organisations⁴⁷. Cette posture insiste sur l'importance de revoir les rapports de pouvoirs, les normes et la culture dominante et cherche à dépasser le clivage entre les théories féministes aux accents économiques (socialiste versus libérale).

42. Kum-Kum Bhavnani et Molly Talcott, « Interconnections and Configurations: Toward a Global Feminist Ethnography » dans S N Hesse-Biber (dir), *Handbook of feminist research: Theory and praxis*, Thousand Oaks, CA: Sage, 2007, 639-649.

43. Marta B. Calás, Linda Smircich et Evangelina Holvino, « Theorizing Gender and Organization » dans Savita Kumra, Ruth Simpson et Ronald J Burke, *The Oxford Handbook of Gender in Organizations*, United Kingdom, Oxford University Press, 2014.

44. Lorraine Code (dir), *Encyclopedia of feminist theories*, Reprinted, London, Routledge, 2000.

45. Marta B. Calás et Linda Smircich, « Feminist Perspectives on Gender in Organizational Research: What is and is yet to be » dans David A Buchanan et Alan Bryman (dir), *The SAGE handbook of organizational research methods*, Thousand Oaks, California, SAGE, 2009, 246-269 ; Mark Lansky, « Gender, Women and All the Rest (Part I)* » (2000) 139:4 *Int Labour Rev* 481-504.

46. Carol Ekinsmyth, « Managing the Business of Everyday Life: the Roles of Space and Place in "Mumpreneurship" » (2013) 19:5 *Int J Entrep Behav Res* 525-546 ; Friederike Welter, Candida Brush et Anne de Bruin, « The Gendering of Entrepreneurship Context » (2014) SSRN Electron J.

47. Précité note 39.

Selon la *théorie institutionnelle*, les organisations sont socialement constituées et soumises à des pressions externes qui influencent leurs structures et pratiques et qui leur permettent de fonctionner légitimement dans un domaine particulier⁴⁸. L'organisation est définie comme « une structure sociale durable, aux multiples facettes, composée d'éléments symboliques (culturels/cognitifs, normatifs et régulateurs), d'activités sociales et de ressources matérielles »⁴⁹. La théorie institutionnelle propose l'utilisation d'un cadre d'analyse à trois piliers, soit le régulateur (lois, règles, protocoles, etc.) le normatif (attentes, emplois, rôles des autorités, etc.) et le culturel/cognitif (symboles, valeurs, croyances partagées, etc.). Dans cette perspective, la relation et l'implication mutuelle entre les structures et les acteurs sont importantes, car elles déterminent le fonctionnement de l'organisation et les sources de changement institutionnel. Le changement organisationnel peut se produire à travers les parties prenantes, car elles présentent les diverses façons de penser, les alternatives et les possibilités pour le changement, notamment sur les plans culturel/cognitif et des pratiques⁵⁰.

La *théorie du changement* offre la possibilité de faire une analyse stratégique de l'organisation et sa disposition au changement en plus de proposer une démarche permettant de mieux comprendre les résistances et les moyens pour favoriser sa mise en œuvre⁵¹. Les profils organisationnels (excellence, équilibre,

48. Jesse F. Dillard, John T. Rigsby et Carrie Goodman, « The Making and Remaking of Organization Context: Duality and the Institutionalization Process » (2004) 17:4 *Account Audit Account J* 506-542 ; Richard J. Martinez et M. Tina Dacin, « Efficiency Motives and Normative Forces: Combining Transactions Costs and Institutional Logic » (1999) 25:1 *J Manag* 75-96 ; W. Richard Scott, *Institutions and Organizations: Ideas, Interests and Identities*, 4^e éd., Thousand Oaks, California, SAGE Publications, 2014.

49. Rezki Lounnas, « Théorie des Institutions et Applications aux Organisations » (2004) 04:01 *Les Cahiers de la Chaire de management stratégique internationale W-J.- Somers* 33 à la page 10.

50. Nefertiti A. Walker et Melanie L. Sartore-Baldwin, « Hegemonic Masculinity and the Institutionalized Bias Toward Women in Men's Collegiate Basketball: What Do Men Think? » (2013) 27:4 *J Sport Manag* 303-315.

51. Pierre Collerette, Martin Lauzier et Robert Schneider, *Pilotage du changement*, 2^e éd, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2013 ; Michel Maletto, *La gestion du changement : comment faire adhérer le personnel*, Anjou, Québec, Éditions Saint-Martin, 2009 ; Richard Soparnot, *Le management du changement*, Paris, Vuibert, 2010 ; Alain Rondeau, « L'évolution de la pensée en gestion » (2008), en ligne : <http://cerberus.enap.ca/Telescope/docs/Index/Vol_14_no_3/Telv14n3_Rondeau.pdf> (consulté le 1^{er} septembre 2017).

vulnérabilité, inertie/tension, crise)⁵² sont particulièrement utiles afin de situer les différents enjeux liés aux phases de changement dans l’organisation et de mieux comprendre les résistances, le positionnement des acteurs et les stratégies de changement adaptées aux différents profils. La théorie du changement permet de porter un regard réaliste sur la nature et les exigences liées au changement souhaité.

Cette articulation de trois approches théoriques donne lieu à une combinaison cohérente de variables selon trois axes intégrés. Comme illustrée dans le tableau 1, cette intégration fournit une compréhension globale du phénomène, absente à ce jour dans les recherches liées à la profession juridique. Les variables présentées dans ce tableau résument les prémisses sur lesquelles le cadre de recherche et d’intervention a été bâti.

Tableau 1 : cadre d’analyse

Théories féministes	Théorie institutionnelle		
	Régulateur	Normatif	Culturel-cognitif
	Lois, règles et protocoles en matière d'égalité	Plan stratégique et structure organisationnelle	Valeurs et stéréotypes
		Système de gestion des ressources humaines Parcours de carrière (femmes/hommes)	Rapports sociaux de sexe
		Rôles des dirigeants en matière d'égalité	Comportements face aux changements
		Règles de fonctionnement et pratiques organisationnelles	Réseaux formels/informels
Profils organisationnels, phases de changement, résistances et stratégies de changement			
Théorie du changement			

52. Collerette, Lauzier et Schneider, *supra* note 51.

MÉTHODOLOGIE

Compte tenu de la question de recherche et du cadre conceptuel, l'étude exploratoire qualitative s'est avérée la plus appropriée. Reconnaisant l'importance de donner la parole aux femmes dans cette recherche, la théorie ancrée (*grounded theory*) et la théorie de la connaissance située (*standpoint theory*) ont été mobilisées. La théorisation enracinée permet de générer une théorie « ancrée » à partir des données empiriques et de refléter concrètement la réalité observée⁵³. La théorie de la connaissance située⁵⁴ permet de reconnaître toute personne en tant qu'agent social dont les opinions et les expériences s'inscrivent dans un contexte social, culturel et historique donné. Les histoires partagées par les participants et les participantes sont considérées comme une forme de connaissance qui ne peut être transmise que par des personnes qui ont vécu les événements narrés.

Les organisations qui ont accepté de prendre part à l'étude étaient situées à Montréal, à Québec et en région. La collecte s'est traduite par la consignation des points de vue d'avocates⁵⁵ et de gestionnaires pratiquant au sein de ces organisations (grâce à des entrevues semi-dirigées et des groupes nominaux). Un guide d'entretien semi-dirigé a été développé à partir du cadre conceptuel. Des questions ont été formulées autour de chacune des variables suivantes : motivations vis-à-vis de la profession ; motifs expliquant le maintien en emploi (individuels, structurels, organisationnels, institutionnels, contextuels) ; enjeux, défis, et obstacles rencontrés par les femmes avocates (individuels, structurels, organisationnels, institutionnels, contextuels) ; rôle joué par l'organisation sur le parcours professionnel des avocates ; nature des pratiques organisationnelles qui favorisent ou entravent la rétention et la

53. Juliet Corbin et Anselm Strauss, « Grounded Theory Methodology » dans Norman K. Denzin et Yvonna S. Lincoln (dir), *Handbook of qualitative research*, Thousand Oaks, Sage Publications, 1994, 273-285.

54. Sandra G. Harding (dir), *The Feminist Standpoint Theory Reader: Intellectual and Political Controversies*, New York, Routledge, 2004 ; Nira Yuval-Davis et Marcel Stoetzler, « Imagined Boundaries and Borders: A Gendered Gaze » (2002) 9:3 *Eur J Womens Stud* 329-344.

55. À noter que quelques avocats masculins et quelques étudiantes en droit ont participé aux groupes nominaux. Leurs commentaires ont été colligés et analysés. Tout extrait d'entrevue reproduit dans le cadre de la présentation des résultats et qui émane d'un avocat ou d'une étudiante en droit sera identifié à ce titre. Précisons également que les prénoms employés dans la section suivante sont fictifs afin de préserver l'anonymat des participant.es.

progression (existantes ou non). Une analyse documentaire a été effectuée en complément aux entrevues. Autant que possible, les avocates rencontrées étaient à différentes étapes de la carrière, œuvrant dans différents secteurs de pratique et présentant des profils sociodémographiques variés en matière de situation familiale, conjugale et d'âge. La collecte s'est concentrée auprès des avocates et des gestionnaires œuvrant en pratique privée étant donné l'intensité des obstacles et défis que présente ce secteur pour la progression et la rétention des femmes.

La collecte de données s'est échelonnée de mai 2016 à février 2017. Au cours de cette période, 59 personnes ont été rencontrées au total, par l'entremise de 12 groupes nominaux et deux entrevues individuelles. Le principe de saturation des données a déterminé le nombre d'entrevues requises.

Pour l'analyse des données, une analyse inductive de données brutes (documents, sondage, transcriptions d'entrevues et groupes nominaux) a été réalisée afin de faire émerger des catégories permettant d'interpréter les données⁵⁶. Sur cette base, des liens entre le cadre conceptuel et les catégories identifiées ont été établis. Dans chaque catégorie validée ou émergente, des sous-catégories, y compris des points de vue opposés et de nouvelles perspectives, ont été analysées. Un regroupement des données a ensuite été effectué afin d'identifier les variables dans le système de codage en fonction de la nature et de la fréquence de chaque citation. Des extraits ont par la suite été sélectionnés afin d'illustrer l'essence de chacune des catégories. Le traitement et l'analyse des données ont été effectués à l'aide du logiciel QDA Miner.

RÉSULTATS

Analyse stratégique du milieu juridique et profil des cabinets

À la lumière de la théorie du changement, les entrevues réalisées dans les cabinets montrent que, face au changement souhaité, ces organisations ne sont pas dans un état de vulnérabilité.

56. Mireille Blais et Stéphane Martineau, « L'analyse inductive générale : description d'une démarche visant à donner un sens à des données brutes » (2006) 26:2 *Rech Qual* 1-18.

bilité ou de crise. Actuellement, malgré les inégalités persistantes, force est de constater que les cabinets sont des organisations qui fonctionnent bien et obtiennent de bons résultats. De façon générale, le personnel s'implique pour que la performance de l'organisation soit bonne et, sur l'ensemble des autres indicateurs, le bilan est plutôt positif.

Préoccupation première des gestionnaires de cabinet pour l'équilibre basée sur le trio client-service-rentabilité

Les résultats montrent que les gestionnaires de cabinets sont plutôt dans une situation d'équilibre entre les services octroyés et les ressources disponibles et n'éprouvent pas, à première vue, de problèmes sur le plan de l'efficacité et de l'efficience. Selon cette perception, des changements ne seraient pas nécessaires, au plan interne, afin de favoriser la rétention et la progression des femmes puisque la préoccupation première des membres de l'organisation est la clientèle.

Rentabilité financière avant tout

Plusieurs participantes ont indiqué que la raison d'être de leur organisation et les pratiques qui en découlent sont guidées par un modèle d'affaires axé sur la rentabilité. Or, ce modèle est très difficile à changer : « Nous sommes une entreprise et l'objectif c'est la rentabilité. Pour qu'on puisse être rentable, on doit faire du temps et c'est ce qu'on vend, notre temps » (*Claire, Associée*). Les cabinets fonctionnent selon un système d'heures facturables travaillées par l'avocat ou l'avocate, en tenant compte de l'importance de la clientèle sous sa responsabilité.

L'enjeu financier apparaît comme un élément majeur qui prime sur les autres enjeux : « À l'heure actuelle, les propriétaires des cabinets sont des gens qui vivent pour leurs comptes de banque. C'est facile de dire qu'on a une belle politique de diversité sur notre page internet, mais quand vient le temps de partager les dossiers, c'est différent » (*Julie, Avocate salariée en congé de maternité*). Cet enjeu semble aussi avoir préséance sur les comportements : « Quelqu'un peut être quasiment un élément négatif dans une boîte, mal poli, mal élevé, vraiment éthique questionnable, mais

s'il rentre beaucoup d'argent, je pense qu'il y a bien du monde qui vont dire qu'il n'y a pas de problème » (*Diane, Associée*).

Ceux et celles qui se dévouent entièrement à leur pratique et génèrent de l'argent sont valorisés, comme l'illustre ce témoignage « Oui c'est un métier de gens performants, mais même là, il y a une course à celui qui est le plus performant. Ça se traduit avec de l'argent. On n'en fait jamais assez d'argent, il faut toujours en faire plus [...] On repart toujours à 0 au début de l'année et l'objectif c'est de refaire une aussi grosse année ou une plus grosse année » (*Marie, Associée*). Ceux et celles qui ne suivent pas le rythme en sont tout simplement exclus pour ne pas briser l'équilibre : « Au travail, je veux des gens qui ont la même passion et sur qui je peux compter, qu'ils soient homme ou femme. Je veux le même niveau de performance et de confiance. Je ne le vois pas comme un problème que les femmes quittent la profession » (*Florence, avocate salariée*).

Dans cette perspective financière, le principe du « chacun pour soi » transcende la plupart des règles et des pratiques en place : « Les bonifications sont toutes sur des bases d'évaluations individuelles et non pas d'équipe » (*Ghislain, Associé et gestionnaire d'un cabinet*).

Dévouement total à la clientèle

La satisfaction de la clientèle est aussi au cœur de la mission des cabinets. Leur existence et leur rentabilité en dépendent. L'importance de bien servir les clients et la nécessité de leur offrir une disponibilité à toute épreuve conditionnent les attentes à l'égard des employés : « Pour avoir une bonne relation, il faut être disponible. Si on présente à notre client un avocat qui n'est pas disponible, il va aller ailleurs » (*Aline, Associée*). L'organisation s'attend à un dévouement total de ses membres envers une clientèle qui est souvent exigeante, comme le montrent ces témoignages : « La plupart des clients ne sont pas respectueux des vacances, des fins de semaine » (*Sonia, Avocate et gestionnaire d'un cabinet*) ; « Ils t'appellent partout, tout le temps [...] Ce n'est pas pour tout le monde les grands cabinets » (*Aline, Associée*).

Horaires de travail excessifs et peu flexibles

Les résultats montrent également que ce dévouement exige des horaires de travail excessifs et peu flexibles : « Ton vendredi, tu ne sais pas il finit quand. Si à 17h un client appelle, on lui répond » (*Aline, Associée*). Le témoignage suivant illustre la réalité de plusieurs des personnes rencontrées : « Moi, mon horaire normal, c'est que je me lève à 5h [...] je fais pendant une heure et demie des courriels et je fais de la dictée. C'est toujours pas plus de 24 heures pour revenir à un client [...] Après tu arrives au bureau et tu as des entrevues, tu as du travail avec les gens, tu fais tes suivis, tu prépares tes procédures, tu prépares tes dossiers » (*Diane, Associée*).

Opposants au changement : préserver le climat de travail, les acquis et la recette initiale

Dans ce contexte de préoccupation première pour l'équilibre basée sur le trio client-service-rentabilité, lorsqu'un problème se présente, comme celui de la situation défavorable des avocates, des membres de l'organisation reconnaissent son existence et se montrent disposés à collaborer, mais ils cherchent surtout à préserver les acquis. Un des dangers qui a été constaté lors de la collecte des données consiste à vouloir protéger sa recette parce qu'elle a donné de bons résultats dans le passé. Dans ce climat de confort relatif et de résultats somme toute adéquats à leurs yeux, les enjeux d'inégalité deviennent progressivement un irritant plutôt qu'un moteur de changement.

Ainsi, le réflexe de se questionner est évacué par plusieurs. Lorsque des tensions se manifestent, on revient spontanément aux besoins ultimes de la clientèle. Le changement devient alors quasi impensable comme le montre ce témoignage : « Notre modèle c'est une société où l'on se partage des profits [...] On a un enjeu de profit. On ne peut pas le changer. Avant que ça change, il va falloir un enjeu majeur » (*Véronique, Associée*).

Pour les opposants, le changement au sein des cabinets est considéré comme une idée plutôt abstraite, comportant trop d'incertitudes ou de risques de pertes pour s'y engager. Ces per-

sonnes se montrent méfiantes et ne font rien pour favoriser son introduction. Au contraire, elles cherchent discrètement à s'y soustraire, car elles ne souhaitent pas abandonner des pratiques qui leur ont réussi dans le passé.

Ancrage du modèle actuel jugé performant

Cette opposition se traduit par la préservation du modèle axé sur la performance comme le montre ce témoignage : « Je ne diminuerai pas mon standard. C'est difficile de demander à des gens qui performant bien et qui sont ambitieux de moins en faire. J'ai fait tous les fameux forums de conciliation travail-famille, mais une fois qu'on a mis toutes ces techniques là en place, si la personne à la base n'a pas le goût de ça, ça ne fonctionnera pas » (*Véronique, Associée*).

Cette performance de tous les instants s'incarne jusque dans le maintien de l'image : « Si je peux me permettre, c'est archaïque, mais aussi très superficiel. Dans un bureau d'avocats, l'apparence est encore très importante » (*Mélissa, Associée*). Cela se manifeste également pour les autres tâches qui doivent continuer à se faire : « Je pense aussi que les femmes se mettent beaucoup de... maintenant, ce n'est plus juste que tu as une carrière et une famille. Il faut que tu ailles faire ton demi-marathon [...] Ta pédicure doit toujours être parfaite. Si elle n'est pas parfaite, tu ne peux pas sortir. Tu n'auras pas de clients [...] Et après la grossesse, deux semaines après, tu retrouves ta taille [...] » (*Rose, Gestionnaire d'un cabinet – non-avocate*).

Ce modèle est profondément ancré dans les fondations mêmes de l'organisation. « Le jour où je donne un dossier de litige et que j'ai le choix entre quelqu'un qui est là trois jours par semaine ou cinq jours par semaine, le choix est facile. Je veux quelqu'un sur qui je peux compter et je pense que chez nous c'est essentiel. C'est là-dessus que l'organisation est fondée » (*Florence, avocate salariée*).

Continuer comme avant même avec le congé parental

Les résultats montrent aussi que, sans s'opposer ouvertement au congé parental (qui constitue d'ailleurs un droit), les cabinets

n'adoptent pas de mesures concrètes pour faciliter et intégrer cette réalité dans le travail.

Les personnes qui se prévalent d'un congé parental peuvent être perçues comme ayant renoncé volontairement à la progression de carrière que leur offre l'organisation, comme le montre l'extrait suivant : « Si j'ai une excellente fiscaliste, mais qu'elle me dit qu'elle veut avoir des enfants, et qu'elle risque d'être moins disponible pendant quelques années, mais qu'en général, elle est excellente, peut-être que la journée qu'elle voudra devenir associée, ça va lui prendre quelques années de plus que les autres, parce qu'elle aura volontairement mis en péril la rapidité avec laquelle elle gère sa clientèle » (*Ginette, Associée*).

La possibilité d'un retour progressif après la naissance d'un enfant dérange aussi l'ordre établi : « J'ai des collègues qui ont pris des retours progressifs, à quatre jours par semaine, mais qui en faisaient finalement cinq. C'est difficile d'expliquer aux clients qu'on travaille quatre jours sur cinq » (*Julie, Avocate salariée en congé de maternité*).

Phases de changement : stade de l'éveil

Dans ce contexte d'opposition et de désir de préserver l'ordre établi, certaines personnes souhaitent néanmoins amorcer un changement et mettre en œuvre des stratégies concrètes pour favoriser la progression et la rétention des femmes dans les cabinets. Toutefois, cette volonté demeure au stade de l'éveil. Les propos recueillis ci-après de la part de certaines personnes favorables au changement (allant du « partisan réservé » au « partisan actif ») montrent un éveil des consciences, qui est la première étape vers une phase de transition.

Les partisans réservés du changement : remise en question des façons de faire

Notre étude a montré la présence de plusieurs partisans réservés au changement. Ces personnes voient des avantages au changement proposé, mais hésitent à rompre avec le statu quo qui leur apparaît comme un moindre risque. Ces partisans ne vont pas

jusqu'à implanter de nouvelles pratiques, mais ils contribuent à remettre en question des façons de faire existantes et à commencer un débat sur la pertinence d'en adopter de nouvelles.

Progression de carrières avec une famille

Certaines personnes l'ont dit candidement, une avocate qui a des enfants progresse moins rapidement : « Dans un bureau d'avocats, la situation des femmes, ça se traduirait par une progression moins rapide et des taux horaires moins élevés. [...] Si on sépare les femmes en deux, d'un côté, les femmes qui mettent de l'avant leurs carrières et de l'autre, les femmes qui priorisent la famille. Celles qui priorisent la famille, qui ont trois enfants avant 35 ans et qui prennent un an à chaque congé, inévitablement, ça va retarder la progression » (*Alain, Associé et gestionnaire d'un cabinet*).

La gestion du retour au bureau après un congé de maternité a été identifiée par plusieurs participantes comme un problème majeur. Une associée témoigne : « En attendant que ça reparte, je suis allée voir les avocats séniors et leur ai demandé s'il y avait des choses que je pouvais faire. Au début, c'est long, surtout pour moi, qui avant avais ma propre clientèle. Tu dois donc travailler dans les dossiers des autres. Ça doit faire quatre mois que je suis revenue et je sens que je commence à voir plus de dossiers à mon nom. On repart à zéro » (*Johanie, Avocate salariée*).

Le fait que la loi québécoise accorde dorénavant aux pères un congé parental et que le régime québécois d'assurance parentale (RQAP) offre une flexibilité quant à la répartition, entre le père et la mère, des prestations liées à ce congé, constitue une avancée importante. Ces mesures favorisent le partage des responsabilités familiales et légitiment les mesures de conciliation travail – famille : « C'est sûr que ça, c'est un élément. Ils n'ont pas le choix, parce que légalement ils sont obligés de s'y soumettre. Ça a deux effets : ça sensibilise l'organisation au fait que les pères aussi doivent parfois avoir des contraintes familiales et puis ça permet aussi aux pères d'être plus présents dans la vie des enfants » (*Pauline, Associée*).

Mode de tarification

Plusieurs participantes ont émis des réserves importantes sur le modèle de la tarification et se sont montrées perplexes quant à la capacité de celui-ci de favoriser la rétention et la progression des avocates en pratique privée. « Sur la tarification [...] cela n'a pas de sens. Cela va faire qu'un avocat, parce qu'il fait moins d'heures, va passer pour moins bon alors que finalement il est meilleur et là, le jeune va être obligé de rester au bureau sans travailler... » (*Diane, Associée*). Plusieurs témoignages montrent les limites de ce modèle et la nécessité de le remettre en question. « Le mode d'évaluation est énormément basé sur le nombre d'heures de présence. Quand on se fait rencontrer annuellement, on se fait dire qu'on est bien impliquée dans le bureau, mais ce qu'ils regardent réellement c'est le nombre d'heures qu'on a mis sur le papier et combien de clients on a fait rentrer » (*Anick, Avocate salariée en congé de maternité*).

Gestion du stress et culpabilité

Plusieurs témoignages ont également révélé que la pratique privée était source de stress important et que cela pouvait causer des départs : « Je demandais à un associé si un jour je cesserais d'être aussi stressée que je le suis présentement et il m'a dit que non, c'est comme ça jusqu'à la retraite » (*Meghan, Avocate salariée*) ; « À d'autres moments je me demande si je vais passer à travers la journée » (*Catherine, Avocate salariée*) ; « Tout récemment, nous en avons vu une autre quitter en disant «je ne suis plus capable» » (*Marguerite, Associée*).

L'idée qu'il faut « être faite » pour la pratique privée et que la rétention en emploi est par conséquent une question de personnalité ou physiologique a été mentionnée à quelques reprises. Les extraits suivants illustrent bien ce discours : « Il y a une constitution physique pour faire ça [beaucoup d'heures] [...] Peut-être que les scientifiques nous diront que les hommes sont plus forts que les femmes physiquement, mais il y a plus de femmes que d'hommes qui semblent en souffrir » (*Sonia, Avocate et gestionnaire d'un cabinet*) ; « Il faut être capable de le faire [gérer le stress] et ce n'est pas pour tout le monde » (*Aline, Associée*).

Plusieurs participantes ont rapporté vivre un fort sentiment de culpabilité en raison de la difficulté qu'elles éprouvent de s'investir autant qu'elles le voudraient dans leur carrière et dans leur vie familiale : « Ce n'est pas facile la pratique privée et la monoparentalité. Il y a la culpabilité qui est toujours présente » (*Sylvie, Avocate à son propre compte*). Une avocate a mentionné : « Je me sens coupable lorsqu'à la fin de la semaine ma fille ne veut plus que je la prenne. Elle a fait une crise. Je n'avais pas été là de la semaine et elle s'accrochait au jeans de son père, car je n'ai pas pu la voir beaucoup pendant la semaine. Ça, ça fait mal » (*Stéphanie, Avocate salariée*).

Harcèlement psychologique et sexuel

Les résultats indiquent que des enjeux de harcèlement psychologique et sexuel sont bien présents dans le milieu et mis en jeu dans la perspective du modèle d'affaires. « Mais j'ai vécu cela, j'ai vécu des personnalités difficiles et pas évidentes, que tout le monde garde malgré tous les coups un peu incorrects qu'ils peuvent faire à gauche et à droite, parce qu'en bout de ligne, ils rentrent de l'argent » (*Diane, Associée*). La non-dénonciation est aussi une problématique soulevée : « C'est sûr que ça me frustre de voir qu'une fois qu'on a toutes ces mesures-là et structures, les jeunes filles, soit qu'elles n'ont pas le courage ou qu'elles n'ont pas assez confiance pour aller de l'avant » (*Véronique, Associée*).

Culte de la performance

Des participantes se sont montrées inquiètes face aux conséquences du culte de la performance : « Absolument, il faut que l'émulation vienne d'en haut, puis je dirais aussi qu'il faut cultiver [...] une culture d'entreprise. En ce sens où si tu mises uniquement sur la performance comme vecteur d'appréciation du succès du cabinet, tu vas engendrer un certain succès, oui, mais l'inconvénient, un paquet de valeurs humaines qui sont nécessaires pour justement les sujets que l'on traite aujourd'hui, ne seront pas mis en place de la même façon » (*Pauline, Associée*).

Stéréotypes et rapports sociaux de sexe

La recherche a montré que certaines avocates remettent en question l'existence d'exigences différenciées de la part des clients et des collègues en raison du fait qu'elles sont des femmes : « L'associé du cabinet où j'ai effectué un emploi étudiant m'a dit, avant même mon stage, que je serais confrontée parce que je suis une femme. Il m'a expliqué que certains clients sont moins respectueux » (*Clara, étudiante au baccalauréat en droit*).

Plusieurs participantes ont rapporté des exemples très concrets d'exigences, de comportements et d'attitudes différenciés dans leur entourage professionnel : « Personnellement, même parfois devant la Cour, devant certains juges, j'ai l'impression qu'on doit en donner plus, être plus préparée, mieux organisée, parce qu'on s'attend à ça d'une femme [...] Les dirigeants d'entreprise se questionnent sur nos disponibilités, sur le fait qu'on comprend bien le mandat. Ils se questionnent sur notre capacité de rendre le travail et de mener le dossier jusqu'au bout, parce que parfois les dossiers peuvent durer trois ans » (*Christine, Associée*) ; « Je dois le dire à mes collègues que je ne suis pas leur assistante et je ne veux pas être perçue comme telle. Ils ont leur rôle à jouer dans la manière dont on va être vues par la clientèle et ils doivent démontrer que nous ne sommes pas leurs assistantes. Quand on fait une présentation, par exemple, on se partage le rôle de changer le PowerPoint. C'est des petites choses qui changent la vision que les clients ont de nous » (*Meghan, Avocate salariée*) ; « Si on invite un client pour dîner, ça doit être clair que c'est purement professionnel. Il faut établir le contexte du dîner, alors que pour nos collègues masculins, ce n'est pas nécessaire » (*Catherine, Avocate salariée*).

Les partisans actifs : possibilités de modifier les pratiques organisationnelles

Dans cette phase de l'éveil, c'est aussi la période où certaines personnes souhaitent introduire un changement et examiner la possibilité de modifier concrètement les pratiques de l'organisation. Les entrevues réalisées ont permis de constater la présence de quelques partisans actifs du changement au sein des cabinets et leur ouverture à expérimenter de nouvelles pratiques.

Retour progressif d'un congé parental

Afin de faciliter la conciliation travail – vie familiale, certains cabinets offrent la possibilité d'effectuer un retour progressif à la suite d'un congé parental : « Ils m'ont demandé combien d'heures je voulais travailler par semaine [...] Je n'ai pas fait ce choix, probablement à cause du stress de ne pas avoir de dossier, mais au moins ç'a été offert de bonne foi » (*Meghan, Avocate salariée*). Bien que cette option puisse présenter des inconvénients pour certaines, elle témoigne d'un esprit d'ouverture et peut constituer une solution intéressante pour d'autres.

Activités de réseautage entre avocates

Quelques cabinets ont aussi développé des activités de réseautage entre les avocates afin de faciliter les échanges et la prise en compte de leur réalité spécifique. « On fait des événements à Montréal et à Toronto pour les jeunes avocates. Ce sont des événements où il y a des femmes, par exemple, qui sont des modèles en termes de discours ou qui ont un parcours particulier. À l'interne, on a des réunions et on fait des affaires sociales. On va souper ou on fait des soupers entre nous, on est aussi allées à un cours de sport. Ça permet de réunir les femmes. On fait du développement des affaires pour les femmes aussi » (*Aline, Associée*).

Mentorat

Afin de faciliter l'intégration des jeunes avocates et avocats, certains cabinets instaurent un système de mentorat. « Par exemple, je mentore un jeune avocat que j'ai engagé [...] Ce système permet également un meilleur partage des dossiers. Donc si je suis malade ou je pars en voyage, c'est mon protégé si l'on veut qui va prendre la relève ou ma collègue. [...] Avec les jeunes, ils nous apportent leurs idées plus nouvelles et les notions qu'ils ont pu connaître dans d'autres cabinets et nous on leur apporte notre expérience et notre connaissance. Il s'agit d'un échange bilatéral » (*Francine, Associée*).

Le mentorat est aussi perçu comme un élément qui favorise la rétention. « Je pense qu'un des éléments importants au niveau

de la rétention [...] c'est le mentorat dès le début de la pratique. La première année de pratique, c'est la pire. Tu t'aperçois ce que c'est vraiment la pratique privée. C'est du stress, la clientèle, le fait que ça ne soit pas si prestigieux et c'est demandant. Personne ne le dit vraiment avant d'arriver en pratique et si tu n'as pas un mentor qui te dit que tu peux partir le soir avant 21h, tu ne le feras pas. Ça prend quelqu'un qui est prêt à te protéger » (*Christine, Associée*).

Certaines participantes ont lié le mentorat reçu à leur progression de carrière : « C'est pour ça que je suis encore là, j'ai eu des mentors exceptionnels. Des gens qui m'ont mis dans des dossiers, qui m'ont amenée dans des conseils d'administration où je n'avais aucune valeur ajoutée, qui m'ont amenée voir des clients. Tu deviens partie intégrante du dossier » (*Marie, Associée*).

Soutien organisationnel

Certains cabinets ont réalisé que l'organisation avait aussi une responsabilité dans le soutien aux personnes selon le témoignage de cette associée : « On me répète que ce n'est pas toujours de notre faute que quelqu'un parte, que c'est peut-être la pratique privée qui ne lui convenait pas, ou peut-être que c'est une raison personnelle. Moi je me dis, on a aussi un examen de conscience à faire et nous avons aussi une responsabilité. [...] Elle était tannée de faire son souper du lendemain à minuit et de plier du linge tard. Humainement, tu t'épuises. Je me dis qu'il faut être capable de se dire que notre organisation pourrait être en faute aussi » (*Marguerite, Associée*).

Travail en équipe et nouveau mode de partenariat

Les cabinets sont structurés en fonction du travail individuel effectué par les avocats et avocates. Il y a peu de place pour le travail collectif. Or, plusieurs pointent en direction du travail d'équipe pour changer les choses : « Plutôt de faire de la planification individuelle et le nombre d'heures, il faudrait penser plus en tant qu'équipe » (*Marguerite, Associée*). Cela nécessite une action concertée auprès des clients : « Pour changer l'organisation, il faut changer la nature du travail et changer la demande. Il faut aller dès le début. Lorsque le client fait la demande, comment on

va réagir à cette demande-là ? Si on s'entend tous pour réagir de la même façon, là on peut commencer à changer l'organisation » (*Aline, Associée*) ; « Cela, ça va favoriser l'équipe. Parce que je pense qu'il n'y a qu'une solution. Pour que l'équipe soit réelle. Pour qu'elle soutienne donc tout le monde et qu'il y ait un intérêt commun, il faut que les clients puissent se partager. Il faut que les clients puissent être échangeables » (*Francine, Associée*).

Certains cabinets ont même adapté leur système de rémunération pour favoriser le partage du travail : « C'est pour ça qu'on a changé la grille d'avocats salariés et d'associés, on a prévu un volet de transfert de clientèle, parce qu'il n'y avait pas d'intérêt pour les associés de déléguer. Par conséquent, ils n'avaient pas intérêt à mettre un collègue de l'avant. [...] on veut qu'il ne soit pas pénalisé, l'associé, alors il doit être encouragé. Une façon de l'encourager, c'est par l'argent » (*Jeanne, Avocate salariée*).

Nouveaux modes de rémunération

Pour les quelques partisans actifs au changement, des scénarios plus concrets sur des nouveaux modes de rémunération sont mis de l'avant. « Il faut essayer de trouver une manière de rémunérer les avocats sur le qualitatif, parce que demain matin je pourrais me mettre à faire 2 000 heures facturables et que mes clients soient insatisfaits, mais qu'ils finissent par payer quand même et j'aurais un énorme salaire » (*Anne, Avocate salariée*).

Gestion des situations de harcèlement psychologique et sexuel

Plusieurs cabinets ont adopté une politique de « tolérance zéro » face aux situations de harcèlement psychologique et sexuel. « Quand on entre dans ces questions-là de harcèlement sexuel et psychologique, c'est certain que ça peut être un obstacle à la réussite, mais il ne faut pas que ça existe. Ce n'est même pas une question d'organisation. Il faut agir promptement pour s'assurer que le message qu'on envoie c'est un « non, ça n'est pas accepté chez nous. Il y a certaines organisations, j'en suis certain, où ce type de comportements est toléré. Je suis content de dire que chez nous ce n'est pas le cas. Si on identifie les raisons pour lesquelles les jeunes femmes partent des bureaux d'avocats, il ne faut pas

que ça en fasse partie. Ça ne se corrige pas par une organisation plus flexible. Ça se corrige par des gestes juridiques » (*François, Associé et gestionnaire d'un secteur d'un cabinet*).

DISCUSSION ET CONCLUSION

Cette recherche visait à mieux comprendre le parcours des avocates dans leur contexte organisationnel, à expliquer la résistance au changement au sein des cabinets et à identifier les moyens concrets afin de favoriser la rétention et la progression des avocates.

Une lecture opposée du problème : l'égalité perçue comme un frein à la performance

Pour plusieurs personnes, l'égalité est vue comme un frein à la performance, comme un changement qui peut affecter, voire diminuer la rentabilité des services offerts à la clientèle. Cette recherche, tout comme d'autres⁵⁷, a montré les caractéristiques dominantes de ce type d'organisation basée notamment sur un dévouement total à la clientèle, sur la rentabilité financière et sur des horaires de travail excessifs.

Dans ce contexte, alors que les partisans du changement voient l'égalité comme un levier de développement organisationnel, les opposants considèrent que les mesures visant sa mise en œuvre peuvent entraver le bon fonctionnement de l'organisation et le service à la clientèle. Cet écart important dans l'identification même du problème constitue un enjeu majeur qui freine le changement, perçu comme étant injustifié par les opposants.

Cet écart de perception suscite un certain inconfort dont témoigne la présence d'une grande proportion de partisans réservés du changement. Tant que les personnes au sein des cabinets ne parviendront pas à une lecture partagée du problème⁵⁸, il sera très difficile de dépasser le stade de la remise en question et d'implanter de réelles modifications aux pratiques organisationnelles. Cela pourrait expliquer l'absence de changements significatifs

57. Brockman, *supra* note 14 ; Leiper, *supra* note 13 ; Tremblay et Mascova, *supra* note 13.

58. Prosci, *Best Practices in Change Management: 411 Companies Share Lessons from Best Practices*, Prosci, Denver, 2005.

malgré le fait que plusieurs répondants remettent en question le modèle et possèdent les outils nécessaires pour mettre en place certaines solutions (comme celles proposées par les guides Justicia⁵⁹, par exemple).

L'égalité : un changement idéologique et polarisant au plan des valeurs

Une autre contribution de cette recherche est de montrer que la mise en œuvre d'un changement visant à favoriser l'égalité interpelle les individus sur le plan de leurs valeurs et de leurs croyances. Comme le mentionne la littérature sur le changement⁶⁰, ces facteurs idéologiques sont probablement les plus difficiles à traiter.

Les entrevues ont mis en lumière les biais inconscients, les stéréotypes et les rapports sociaux de sexe persistants tant aux plans professionnel que familial. Les changements proposés viennent ainsi interpeller de façon systémique des croyances profondément ancrées et qui, on le voit bien avec les opposants, sont renforcées et entretenues par les personnes en place. Tout comme le montrent les théories féministes, ces biais et stéréotypes ancrés dans les pratiques organisationnelles influencent inévitablement de façon systémique le parcours des femmes⁶¹.

À ce débat déjà émotif sur le plan des valeurs, s'ajoute une polarisation des débats entre d'un côté, les quelques partisans actifs de l'égalité qui suggèrent des pistes substantielles de changements et, de l'autre, les opposants qui ont tendance à dramatiser les risques encourus par le changement. Ce mélange d'espoir, de méfiance, d'enthousiasme, voire d'exaspération, n'est pas sans affecter la mise en œuvre des changements souhaités. La recherche

59. Il est à noter que les personnes qui ont participé aux entrevues ont très rarement parlé des outils développés dans le cadre du programme Justicia, ce qui constitue un autre exemple de la réticence des cabinets à intégrer de nouvelles pratiques, d'autant plus que ces guides constituent de véritables « clés en main » pensés pour être faciles à implanter.

60. Allan M. Mohrman (dir), *Large-scale organizational change*, 1^{ère} éd., coll The Jossey-Bass management series, San Francisco, Jossey-Bass, 1989 ; Karen S. Whelan-Berry et Karen A. Somerville, « Linking Change Drivers and the Organizational Change Process: A Review and Synthesis » (2010) 10:2 *J Change Manag* 175-193 ; Collette, Lauzier et Schneider, *supra* note 51.

61. Code, *supra* note 44 ; Calás et Smircich, *supra* note 45 ; Lansky, *supra* note 45 ; Ekinsmyth, *supra* note 46 ; Welter, Brush et de Bruin, *supra* note 46.

a montré que la remise en question du fonctionnement des cabinets, tel que le système de rémunération, est perçue par plusieurs comme une perte des repères des automatismes et des sources usuelles de stabilité et de confort⁶².

Des espaces de discussion insuffisants pour s'informer, échanger et mobiliser la masse critique

Dans le contexte où les réactions idéologiques s'appuient sur des croyances difficiles à changer, les espaces de discussion sont plus rares. Des activités sont organisées par les partisans du changement, mais les problèmes identifiés ne semblent pas suffisamment partagés à l'intérieur des cabinets, et particulièrement chez les personnes qui occupent des postes de décision, pour démarrer la réflexion.

Les cabinets ne prennent pas le temps de s'interroger sur la situation des femmes qui y œuvrent au quotidien. Plusieurs concluent à l'atteinte de l'égalité en raison de la progression numérique des femmes dans la profession juridique. Toutefois, ils omettent de poser les questions suivantes : Au sein des associés de notre cabinet, combien sont des femmes ? Combien siègent au comité exécutif ? Combien quittent leur emploi et après combien de temps ? Les avocates sont-elles aussi bien rémunérées que leurs confrères ? En mettant l'accent sur le fait qu'ils recrutent maintenant plus de femmes que d'hommes, les cabinets occultent la question de la rétention et de la progression.

Une meilleure connaissance de la situation des femmes œuvrant au sein de leur organisation permettrait aux gestionnaires de mieux cibler leurs interventions. Par exemple, si un cabinet réalise que la plupart des départs de ses avocates coïncident avec le moment où elles ont des enfants, il y a de fortes chances que la gestion des congés parentaux ne soit pas adéquate ou que les mesures de conciliation travail-famille ne soient pas aussi favorables que prévu. L'établissement d'un diagnostic au sein de l'organisation permet également de légitimer les interventions auprès de l'ensemble des membres du cabinet.

62. Edgar Schein, « Three Cultures of Management: The Key to Organizational Learning » (1996) 38:1 *Sloan Management Review* 9-20.

Ces bilans et démarches pourraient mobiliser les opposants et les partisans réservés qui représentent la masse critique de supporteurs nécessaire à l'implantation des changements. Les résultats suggèrent, comme le soutiennent les théories du changement⁶³, que les partisans du changement auraient avantage à orienter leurs actions vers ceux dont les opinions sont moins cristallisées ou moins éloignées des leurs, particulièrement ceux qui remettent en question les façons de faire actuelles. Une démarche visant à recenser les incompréhensions et les pressions ressenties par les opposants et les partisans réservés et à manifester de l'empathie pour les craintes qu'ils expriment pourrait s'avérer utile dans ce contexte. Plutôt que de miser uniquement sur la promotion des valeurs liées à l'égalité, la question doit être examinée sous l'angle des rapports de force entre les groupes d'intérêt en présence, rapports qui ont pour effet de maintenir l'équilibre existant ou de le modifier⁶⁴.

Le positionnement peu documenté du client/cliente et de l'environnement

Dans ce positionnement des acteurs, le point de vue des clients sur les problèmes liés à l'égalité et les changements souhaités est peu documenté. Des partisans du changement ont mentionné que certains clients demandent dorénavant à leurs fournisseurs de services de respecter des critères d'égalité et de diversité.

Ce point de vue des clients sur les changements organisationnels favorisant l'égalité, tels que les modalités entourant le retour d'un congé parental, le travail en équipe et les nouveaux modes de rémunération, mériterait d'être documenté dans le cadre de recherches subséquentes. L'organisation de groupes de travail incluant des clients afin d'examiner les pratiques existantes et celles à envisager serait pertinente dans ce contexte. Cela permettrait, tout comme le soutient Colletterte⁶⁵, de documenter les véritables besoins et les attentes de la clientèle afin de contrer les idées préconçues de manière à justifier certains changements aux yeux des opposants.

63. Colletterte, Lauzier et Schneider, *supra* note 51.

64. *Ibid.*

65. *Ibid.*

Cette recherche a montré que le débat a tendance à se faire en vase clos dans les cabinets. Ce repli peut expliquer que le débat se positionne davantage en fonction des intérêts personnels ou professionnels qu'en fonction des besoins véritables de l'organisation⁶⁶.

Projets pilotes et nouveaux chantiers pour modifier les pratiques organisationnelles

La recherche a permis de constater, selon le profil des cabinets basé sur l'équilibre, que des changements radicaux ne pourront pas être implantés à court terme. Cela dit, les approches théoriques privilégiées dans cette recherche montrent que des changements sont possibles. Des expérimentations sont en cours dans certains cabinets et elles mériteraient d'être davantage partagées et documentées sous la forme de projets pilotes ou de nouveaux chantiers ciblés en fonction des enjeux jugés prioritaires⁶⁷.

Les cabinets pourraient aussi s'inspirer des activités de partage mises en place au sein d'organisations œuvrant dans d'autres secteurs. Par exemple, en matière de gestion de projets publics, GP-Québec⁶⁸, une branche du *Project Management Institute*, a notamment pour mission de réunir les différentes parties prenantes impliquées dans la réalisation de projets publics afin de stimuler l'innovation dans ce secteur par l'échange de bonnes pratiques. De telles activités seraient autant d'occasions, pour les membres du cabinet, d'ouvrir leurs horizons et de se former un jugement plus éclairé sur leurs propres pratiques.

Enfin, des recherches menées dans d'autres secteurs ont montré l'importance d'un engagement de la haute direction des organisations dans la mise en place de projets visant l'égalité. Les résultats de cette recherche ont permis de constater que cet engagement est loin d'être acquis et que plusieurs associées/associés se retrouvent dans les opposants réservés au changement plutôt que dans les partisans actifs.

L'exercice proposé peut s'avérer d'autant plus utile dans le contexte où la pratique du droit est appelée à changer de façon

66. *Ibid.*

67. *Ibid.*

68. Leur site Web est accessible à cette adresse : <<http://www.gp-quebec.net/>>.

radicale dans un avenir rapproché⁶⁹. L'émergence des technologies de l'information, l'externalisation et la globalisation des services juridiques, l'apparition de nouveaux secteurs de pratique, la pression exercée sur les entreprises pour qu'elles fassent preuve de responsabilité sociale et les attentes de plus en plus grandes en matière d'égalité et de diversité sont autant de raisons pour inciter les cabinets à prendre un temps d'arrêt et à réfléchir sur la façon dont ils devront s'adapter à ces changements et sur le rôle que devraient jouer les avocats dans une société en profonde mutation.

69. Voir notamment à ce sujet une étude réalisée par l'Association du Barreau canadien : Association du Barreau canadien, *L'avenir des services juridiques au Canada : tendances et enjeux*, Toronto, Association du Barreau canadien, 2013, en ligne : <<http://www.deslibris.ca/ID/241181>>.

La renonciation aux droits et libertés et le consentement « libre et éclairé » : fondements, exigences et incertitudes

Karine MILLAIRE

Résumé

Le droit reconnaît désormais la possibilité de renoncer à de multiples protections des droits et libertés enchâssés dans les Chartes canadienne et québécoise. Formuler une demande d'aide médicale à mourir. Consentir à la transmission d'informations personnelles sur un site Web. Accepter la clause d'un contrat de travail limitant sa liberté d'expression ou interdisant d'exprimer ses opinions politiques. Plaider coupable en échange de la promesse d'une peine d'emprisonnement moindre. Signer un contrat d'achat de copropriété dont le règlement de l'immeuble limite ses pratiques religieuses. Or, dans tous ces contextes, se pose la question fondamentale du consentement « libre et éclairé ».

Cet article présente une synthèse des exigences normatives du consentement libre et éclairé à la renonciation, à savoir (i) la pleine connaissance de la garantie en jeu ; (ii) la connaissance des conséquences de la renonciation ; (iii) l'existence d'options véritables ; (iv) la précision suffisante du consentement ; et (v) l'existence et la mise en œuvre de mécanismes de protection de second ordre. Il est démontré que la jurisprudence actuelle comporte de nombreuses incertitudes et incohérences qui interpellent les praticiens et les tribunaux dans l'avenir. Dans cette perspective, le principe juridique et constitutionnel d'autonomie personnelle est ensuite approfondi. L'autonomie constitue à la fois le fondement et la justification des limites du consentement, aussi « libre

et éclairé » puisse-t-il être. Toute zone d'ombre en matière de consentement doit donc être éclaircie en se tournant vers le principe constitutionnel d'autonomie qui en est à l'origine.

La renonciation aux droits et libertés et le consentement « libre et éclairé » : fondements, exigences et incertitudes

Karine MILLAIRE*

INTRODUCTION	43
1. LE CONSENTEMENT « LIBRE ET ÉCLAIRÉ » : EXIGENCES ET INCERTITUDES.....	47
1.1 La pleine connaissance de la protection en jeu	47
1.2 La connaissance des conséquences de la renonciation	51
1.3 L'existence d'options véritables.	61
1.4 Le consentement suffisamment précisé	64
1.5 L'existence et la mise en œuvre de mécanismes de protection de second ordre	66
2. L'AUTONOMIE PERSONNELLE : FONDEMENT ET LIMITE DU CONSENTEMENT	69
2.1 L'affirmation de l'autonomie comme prémisses du consentement	69

* Avocate, LL.M. (U. Laval), candidate au Ph.D. en droit (U. d'Ottawa). La présente recherche a été réalisée avec le soutien du Programme de bourses d'études supérieures du Canada Vanier (BESC Vanier – CRSH).

2.2 L'autonomie au-delà du consentement	73
CONCLUSION : AUTONOMIE ET CONSENTEMENT VÉRITABLEMENT « LIBRE ET ÉCLAIRÉ »	77

INTRODUCTION

Formuler une demande d'aide médicale à mourir. Consentir à la transmission d'informations personnelles sur un site Web. Accepter la clause d'un contrat de travail exigeant d'habiter sur le territoire de la municipalité qui nous emploie, interdisant d'exprimer ses opinions politiques ou de critiquer l'employeur. Plaider coupable en échange de la promesse d'une peine d'emprisonnement moindre. Signer un contrat d'achat de copropriété ou s'inscrire dans une université dont le règlement de l'immeuble ou le code de conduite institutionnel limite les pratiques religieuses. Le droit reconnaît désormais la possibilité de renoncer à de multiples protections des droits et libertés enchâssés dans la *Charte canadienne des droits et libertés*¹ et la *Charte des droits et libertés de la personne*² du Québec. Dans tous ces contextes, se pose la question fondamentale du consentement « libre et éclairé » de la personne qui renonce à un droit et *consent* à ce qui autrement constituerait une atteinte à ce droit. Malgré la multiplication des cas contemporains de renonciations, la littérature traite peu de la mesure selon laquelle il est possible de renoncer aux droits et libertés et de ce qui constitue dans ce contexte un consentement véritablement « libre et éclairé »³.

1. Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada (R-U)*, 1982, c 11 [Charte canadienne].

2. LRQ, c-12 [Charte québécoise].

3. Voir Karine Millaire, « Les droits et libertés fondamentaux susceptibles de renonciation : Une approche à repenser », (2019) 60:4 Les Cahiers de Droit 991 ; Maxime Lamothe, *La renonciation à l'exercice des droits et libertés garantis par les chartes*, coll Minerve, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2007 ; Peter Hogg, « Waiver of rights » dans *Constitutional Law of Canada*, 5^e éd, vol 2, Toronto, Thomson Reuters, 2016 aux p 37-42 à 37-56 ; Christian Brunelle et Mélanie Samson, « La renonciation aux droits et libertés » dans *Droit public et administratif*, Collection de droit 2018-2019, École du Barreau, vol 8, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2018 à la p 95 ; Louis-Philippe Lampron et Eugénie Brouillet, « La renonciation aux droits et libertés fondamentaux : interdite pour certains et permise pour d'autres ? » dans « Le principe de non-hiérarchie entre droits et libertés fondamentaux : l'inaccessible étoile ? », (2011) 41 RGD 93 aux p 125-130 ; Anne-Marie Boisvert, « La renonciation aux droits constitutionnels : quelques réflexions » dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, *Développements récents en droit criminel*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 1989 à la p 185 ; Luc Huppé, « La renonciation de l'individu aux droits et libertés qui lui garantit la Charte canadienne des droits et libertés », (1986) 46 R du B 684 ; Pierre-Olivier Laporte, « La Charte des

C'est historiquement quant aux garanties procédurales soulevées en matière criminelle et pénale que fut remise en question la possibilité de renoncer aux droits et libertés⁴, qu'il s'agisse du droit à l'avocat⁵, du droit d'être jugé dans un délai raisonnable⁶ ou devant jury⁷, du droit de garder le silence⁸, de la présomption d'innocence⁹, de la vie privée protégée par la protec-

droits et libertés de la personne et son application dans la sphère contractuelle », (2006) 40 RJT 287.

4. Voir Boisvert, *ibid.*
5. Sur le para 10b) de la Charte canadienne, voir notamment *Clarkson c La Reine*, [1986] 1 RCS 383 [Clarkson] ; *R c Manninen*, [1987] 1 RCS 1233 ; *R c Sinclair*, 2010 CSC 35, [2010] 2 RCS 310 ; *R c Willier*, 2010 CSC 37, [2010] 2 RCS 429. Voir également les articles 29 et 34 de la Charte québécoise.
6. Sur le para 11b) de la Charte canadienne, voir notamment *Mills c La Reine*, [1986] 1 RCS 863 ; *R c Rahey*, [1987] 1 RCS 588 ; *R c Brassard*, [1993] 4 RCS 287 ; *R c Williamson*, 2016 CSC 28, [2016] 1 RCS 741 ; *R c Jordan*, 2016 CSC 27, [2016] 1 RCS 631 ; *R c Cody*, 2017 CSC 31, [2017] 1 RCS 659. Voir également l'article 32.1 de la Charte québécoise.
7. Sur le para 11f) de la Charte canadienne, voir notamment *R c Lyons*, [1987] 2 RCS 309 ; *R c Lee*, [1989] 2 RCS 1384 ; *R c Turpin*, [1989] 1 RCS 1296.
8. L'article 7 de la Charte canadienne garantit ce droit avant le procès. Voir notamment *R c Hebert*, [1990] 2 RCS 151 (constitutionnalisation du droit précédemment protégé par la common law) ; *R c Singh*, 2007 CSC 48, [2007] 3 RCS 405. Le paragraphe 11c) de la Charte canadienne garantit plutôt le droit de ne pas être contraint de témoigner contre soi-même dans toute poursuite intentée pour l'infraction reprochée. Une personne peut donc choisir de témoigner de manière à s'incriminer, mais elle n'y est pas contrainte. Voir également l'article 33.1 de la Charte québécoise.
9. Sur le para 11d) de la Charte canadienne, voir notamment *R c Richard*, [1996] 1 RCS 896 ; *R c Wong*, 2018 CSC 25, [2018] 1 RCS 696 [R c Wong]. Voir également l'article 33 de la Charte québécoise.

tion contre les fouilles, les saisies et les perquisitions abusives¹⁰, du secret professionnel¹¹ ainsi que du droit à l'interprète¹².

Désormais, aucun domaine de la pratique du droit ne peut prétendre être épargné de cette question. De nombreuses renonciations interviennent dans le domaine biomédical, notamment la renonciation au droit à la vie en contexte d'aide médicale à mourir¹³ ainsi que lorsque le patient exprime son « consentement libre et éclairé » à ce qui constituerait sinon une atteinte à son autonomie et son intégrité¹⁴, voire des traitements cruels et inusités¹⁵. La renonciation pose des enjeux sensibles en matière de protection de la vie privée¹⁶ à l'ère de la portée toujours plus accrue des technologies de l'information et de la communication des informations personnelles. Les restrictions aux droits et

10. Sur l'article 8 de la Charte canadienne, voir notamment *R c Evans*, [1991] 1 RCS 869 ; *R c Mellenthin*, [1992] 3 RCS 615 ; *R c Borden*, [1994] 3 RCS 145 ; *R c Arp*, [1998] 3 RCS 339 ; *R c Patrick*, 2009 CSC 17, [2009] 1 RCS 579 ; *R c Cole*, [2012] 3 RCS 34 ; *R c Fearon*, 2014 CSC 77, [2014] 3 RCS 621 ; *R c Marakah*, 2017 CSC 59, [2017] 2 RCS 608 ; *R c Reeves*, 2018 CSC 56. Voir également l'article 24.1 de la Charte québécoise.
11. Le secret professionnel est protégé dans le cadre de la protection contre les fouilles et les saisies abusives de l'article 8 de la Charte canadienne. *Lavallée, Rachel & Heintz c Canada (Procureur général)* ; *White, Ottenheimer & Baker c Canada (Procureur général)* ; *R c Fink*, 2002 CSC 61, [2002] 3 RCS 209. Il est également protégé à l'article 9 de la Charte québécoise. Sur la renonciation au secret professionnel du médecin et la communication d'informations médicales, voir notamment *Glegg c Smith & Nephew Inc*, 2005 CSC 31, [2005] 1 RCS 724 et *Frenette c Métropolitaine (La), cie d'assurance-vie*, [1992] 1 RCS 647. Sur la renonciation au secret professionnel de l'avocat et la prise de connaissance d'avis et communications juridiques, voir notamment *Association des pompiers professionnels de Québec Inc c Québec (Ville de)*, JE 2014-36 (CA) ; 2013 QCCA 2084 (autorisation d'appeler refusée : [2014] 1 RCS VI) ; *Montréal (Ville) c Cordia Ltd*, 2003 CanLII 43968 (QC CA) ; *Chubb Insurance Company of Canada c Domtar Inc*, 2017 QCCA 1004 ; *Boisvert c Corp Planagex ltée*, 2000 CanLII 10570 (QC CA).
12. La Cour suprême a conclu qu'il n'est pas possible de renoncer au droit à un interprète garanti à l'article 14 de la Charte canadienne dans le contexte d'un procès criminel où le prévenu risquait l'emprisonnement. *R c Tran*, [1994] 2 RCS 951. Voir également l'article 36 de la Charte québécoise.
13. Dans l'arrêt *Carter c Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5, [2015] 1 RCS 331 [Carter], la Cour suprême a déclaré que les dispositions du *Code criminel* en cause portaient atteinte au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne de manière injustifiée, et cela, contrairement aux articles 7 et 1 de la Charte canadienne. Voir également *Truchon c Procureur général du Canada*, 2019 QCCS 3792.
14. Voir l'article 7 de la Charte canadienne et l'article 1 de la Charte québécoise. Peuvent également entrer en jeu les articles 4 et 5 de la Charte québécoise protégeant respectivement le droit à la sauvegarde de sa dignité, de son honneur et de sa réputation ainsi que le droit au respect de sa vie privée.
15. Voir particulièrement l'article 12 de la Charte canadienne.
16. Voir l'article 5 de la Charte québécoise.

libertés « consenties » dans les contrats de travail sont monnaie courante et remettent en question par exemple la portée de l'obligation de loyauté envers l'employeur ainsi que la protection de la vie privée¹⁷. Enfin, la contractualisation de garanties protégées par la liberté de religion¹⁸ pose des questions autant en matière de gestion de copropriétés¹⁹, de droit familial²⁰ ou dans le milieu de l'enseignement²¹.

La Cour suprême a « toujours insisté sur l'importance du caractère volontaire [de la] renonciation »²². Cela dit, comment s'assurer en pratique de ce caractère volontaire ? Qu'est-ce qui constitue un consentement véritablement « libre et éclairé » ? La présente contribution énonce dans un premier temps une synthèse des exigences normatives du consentement libre et éclairé dans le contexte spécifique de la renonciation. Nous démontrons que la jurisprudence actuelle comporte de nombreuses incertitudes ainsi que des incohérences qui interpelleront sans doute les praticiens et les tribunaux dans l'avenir.

Dans un deuxième temps, nous nous penchons sur le principe juridique d'autonomie, lequel est reconnu à titre de droit et de valeur constitutionnels. L'autonomie explique la reconnaissance par la jurisprudence de la possibilité de renoncer aux droits et libertés en certaines circonstances. Elle constitue le fondement de l'exigence fondamentale du consentement libre et éclairé. L'autonomie justifie également que la portée juridique du consentement, aussi « libre et éclairé » soit-il, comporte des limites. Cette analyse contribue à la réflexion, théorique comme pratique, sur ce

17. Voir par exemple Stéphane Lacoste et Catherine Massé-Lacoste, « Les développements récents en droit de la vie privée appliqués au droit du travail » dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, *Développements récents en droit du travail*, vol 454, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2019 à la p 89 ; Mélanie Samson et Christian Brunelle, « La liberté d'expression au travail et l'obligation de loyauté du salarié : étude empirique de l'incidence des chartes », (2007) 48 Les Cahiers de droit 281.

18. Voir le paragraphe 2a) de la Charte canadienne et l'article 3 de la Charte québécoise.

19. *Syndicat Northcrest c Amselem*, 2004 CSC 47, [2004] 2 RCS 551 [*Syndicat Northcrest c Amselem*] au para 92.

20. *Bruker c Marcovitz*, 2007 CSC 54, [2007] 3 RCS 607 (contexte de la détermination des droits et normes applicables entre époux en cas de rupture).

21. *Law Society of British Columbia c Trinity Western University*, 2018 CSC 32 (code de conduite obligatoire lié au respect de pratiques religieuses en contexte universitaire).

22. Soulignements de la Cour. *R c Richard*, [1996] 3 RCS 525 au para 22.

que constitue un consentement réellement libre et éclairé. Toute zone d'ombre en la matière doit être éclaircie en se tournant vers le principe d'autonomie qui en est à l'origine.

1. LE CONSENTEMENT « LIBRE ET ÉCLAIRÉ » : EXIGENCES ET INCERTITUDES

L'analyse de la jurisprudence pertinente de la Cour suprême permet de dégager cinq principes généraux découlant de la norme du consentement libre et éclairé, à savoir (i) la pleine connaissance de la protection en jeu ; (ii) la connaissance des conséquences de la renonciation ; (iii) l'existence d'options véritables offertes au renonçant ; (iv) la précision suffisante du consentement ; et (v) l'existence et la mise en œuvre de mécanismes de protection de second ordre. Comme nous le démontrons ci-après, il demeure que plusieurs incertitudes peuvent être relevées quant à l'état du droit en matière de consentement.

1.1 La pleine connaissance de la protection en jeu

Apparaît comme un truisme l'affirmation selon laquelle pour consentir à la renonciation d'un droit ou d'une liberté, encore faut-il avoir connaissance de bénéficier de cette garantie. En pratique toutefois, la connaissance véritable de la protection en jeu par le renonçant s'avère souvent incertaine et la mesure selon laquelle une telle connaissance sera jugée suffisante – voire possible – soulève des interrogations.

La norme juridique applicable est celle de la « pleine connaissance »²³ par le renonçant de la garantie protégée à laquelle il renonce. Le renonçant doit bien entendu être dans un état d'esprit conscient, mais cela ne suffit pas. Une connaissance suffisante de la protection en jeu en est une qui « doit satisfaire à une forme quelconque de critère de “connaissance des conséquences” »²⁴ et qui est éclairée par la communication de l'information nécessaire au choix du renonçant.

23. *Clarkson*, *supra* note 5 au para 18 citant *Korponay c Procureur général du Canada*, [1982] 1 RCS 41 à la p 49.

24. *Ibid* au para 20 (juge Wilson). Nous traitons plus précisément de la norme de la connaissance des conséquences de la renonciation au point 1.2.

L'exigence de connaissance a ainsi mené à reconnaître certains droits à l'information du renonçant ainsi que des obligations d'informer corrélatives. Dans le contexte des garanties procédurales, le respect de l'obligation d'information de la part des agents de l'État constitue ainsi une condition distincte de validité du consentement. Rappelons que les obligations d'informer peuvent découler du texte même des chartes comme de la jurisprudence et que ces différentes garanties ont des fonctions complémentaires.

Par exemple, le droit en cas d'arrestation ou de détention d'être informé dans les plus brefs délais des motifs de celle-ci²⁵ joue un rôle complémentaire au droit à l'avocat. De l'omission de rencontrer cette obligation d'informer pourra découler un choix potentiellement différent de la part d'un prévenu. Celui-ci pourrait renoncer à ses droits, dont le droit à l'avocat, en raison de l'ignorance de sa situation juridique particulière et de ses droits et libertés en jeu. Le droit de tout inculpé d'être informé sans délai anormal de l'infraction précise qu'on lui reproche²⁶ est, de manière similaire, fondé sur un principe d'équité devant permettre à l'accusé de préparer une défense pleine et entière²⁷ et d'effectuer des choix éclairés s'il devait renoncer à certaines garanties fondamentales.

L'obligation d'informer ne constitue-t-elle qu'une simple obligation de moyens ? La jurisprudence pourra fixer la barre plus haute. C'est clairement le cas du droit à l'avocat, dont le consentement à y renoncer ne sera valable que si le renonçant a été dûment informé de ses droits et qu'il aura eu la possibilité de demander conseil s'il le souhaite²⁸. L'obligation d'information n'est pas remplie par le simple fait que des policiers se soient « content[é] de la récitation rituelle »²⁹ : le détenu doit bénéficier de la « possibilité raisonnable »³⁰ d'obtenir les services d'un avocat.

25. Voir le para 10a) de la Charte canadienne et l'article 28 de la Charte québécoise.

26. Voir le para 11a) de la Charte canadienne et l'article 28.1 de la Charte québécoise.

27. Voir par exemple *R c Lucas*, (1984) 150 DLR (3d) 118 (CA N-É) au para 17 référant à *La Reine c Côté*, [1978] 1 RCS 8 à la p 13.

28. *R c Taylor*, [2014] 2 RCS 495.

29. *R c Evans*, [1991] 1 RCS 869 à la p 890.

30. *Ibid* référant à *R c Manninen*, [1987] 1 RCS 1233 ; *R c Ross*, [1989] 1 RCS 3 ; *R c Black*, [1989] 2 RCS 138. Une jurisprudence importante a également reconnu plusieurs garanties spécifiques liées au droit d'être informé du droit à l'avocat comme condition nécessaire au consentement exprimant une renonciation. Celles-ci incluent notamment le devoir de répéter l'information si la nature précise de l'infraction dont il est question ou si le risque couru change et le devoir de

Cela dit, la norme de la « pleine connaissance » de la protection en jeu demeure imprécise. Celle-ci fut fixée dans l'arrêt *Clarkson*³¹ mettant en cause la confession d'une prévenue en état d'ébriété privée de l'assistance d'un avocat. Pour trancher cette affaire, la Cour suprême n'avait pas à déterminer si la « pleine connaissance » exige « qu'on aille ou non jusqu'à exiger que l'accusé connaisse les complexités juridiques de son cas »³². La portée de ce principe normatif est donc demeurée en suspens.

Or, la norme de la connaissance véritable ou « pleine connaissance » de la protection en jeu soulève des interrogations dans bien d'autres cas concrets que ceux mettant en cause les garanties procédurales en matière criminelle et pénale. Pensons par exemple aux transactions impliquant les droits à la vie, la sécurité, l'intégrité et l'autonomie de la personne en contexte médical et bioéthique. Celles-ci pourront être de nature si complexe que s'en trouveront d'autant complexifiées les procédures applicables en matière de consentement. Dans certaines situations où l'ensemble des faits, des règles et des normes juridiques comme éthiques est particulièrement complexe, il devient légitime de remettre en question la *possibilité* même de formuler un consentement véritablement libre et éclairé. L'autonomie et le meilleur intérêt du patient pourront devoir exiger plus que la simple communication d'information au patient et l'obtention d'un consentement³³.

La jurisprudence en matière contractuelle permet également de soulever des incertitudes quant aux responsabilités réciproques des différents agents impliqués dans une transaction pouvant emporter renonciation. Par exemple, dans l'arrêt *Syndicat Northcrest c Amselem*³⁴, il fut argumenté qu'une clause d'une déclaration de copropriété ayant pour effet d'interdire la construction de souccahs sur les balcons constituait une renonciation à la liberté de religion des copropriétaires. Même si cette déclaration avait été jointe au contrat de vente de la copropriété signé par ceux-ci,

laisser le prévenu choisir son avocat et de bénéficier d'un délai raisonnable pour ce faire. Le refus du prévenu de contacter un autre avocat que le sien ne constitue pas en soi une renonciation à exercer ses droits. Voir respectivement *R c Black*, [1989] 2 RCS 138 ; *R c Paternak*, [1996] 3 RCS 607 et *R c Ross*, [1989] 1 RCS 3.

31. *Clarkson*, *supra* note 5.

32. *Ibid* au para 20 (juge Wilson).

33. Voir généralement Neil C Manson et Onora O'Neill, *Rethinking Informed Consent in Bioethics*, New York, Cambridge University Press, 2007.

34. 2004 CSC 47, [2004] 2 RCS 551.

et qu'elle avait été remise au moment de la transaction, les cinq juges majoritaires ont conclu que « rien ne démontr[ait] en l'espèce que les appelants savaient que, en signant la déclaration de copropriété, ils renonçaient à leur droit à la liberté de religion. En fait, [ils] n'ont pas pris connaissance de ces dispositions lors de l'achat de leur copropriété, bien qu'une copie de la déclaration de copropriété leur ait été dûment remise »³⁵. Cette ignorance de leurs droits fondamentaux en jeu a motivé la conclusion selon laquelle les plaignants n'avaient pas renoncé à l'exercice de leur liberté de religion. Dissident, le juge Binnie a notamment opiné ce qui suit :

Il est permis de s'attendre à ce que des personnes raisonnables effectuant un achat important, tel l'achat d'un appartement, lisent les conditions du contrat avant de le signer, y compris la déclaration de copropriété, qui régira leur vie collective.

Des acheteurs qui ne se sont pas donné pas la peine de lire les règles ne devraient pas bénéficier, en vertu du contrat, de droits plus étendus que les acheteurs diligents et consciencieux qui les ont lues.³⁶

Cette analyse pose bien la question de la diligence du présumé renonçant de prendre des mesures raisonnables de s'informer quant à ses droits et libertés fondamentaux. Suivant les faits et la garantie en cause, le renonçant possède-t-il une certaine responsabilité, ne serait-ce que minimale, d'agir ou d'être du moins réceptif aux communications effectuées dans l'objectif de lui permettre de connaître ses droits ?

Cela dit, le juge Binnie a pris soin de préciser qu'il formulait ces commentaires dans le cadre d'une analyse mettant en cause des garanties de la *Charte des droits et libertés de la personne* en contexte de droit *privé* : « Il existe selon moi une énorme différence entre le fait d'utiliser la liberté de religion comme un bouclier contre les atteintes portées par l'État à la liberté de religion et le fait de l'utiliser comme une épée contre des cocontractants

35. Nos soulignements. *Ibid* au para 99 (j Iacobucci, avec l'approbation de la juge en chef McLachlin et des juges Major, Arbour et Fish).

36. *Ibid* au para 209 (j Binnie). Notons par ailleurs que les trois autres juges dissidents, les juges Bastarache, LeBel et Deschamps, ont conclu qu'il n'y avait pas eu de violation à la liberté de religion des plaignants. Pour ces motifs, ils ont jugé inutile de traiter de la question de la présumée renonciation. *Ibid* au para 181 (j Bastarache).

dans un immeuble privé »³⁷. La question est donc ouverte : les responsabilités réciproques des agents d'une transaction emportant renonciation diffèrent-elles selon que l'État est partie ou non à cette transaction ? Par exemple, dans le cas du droit à l'assistance de l'avocat opposable à l'État, l'obligation d'information est si importante que le fait qu'un accusé affirme « connaître ses droits » ne peut y faire échec³⁸. Même si un prévenu affirme qu'il ne veut pas qu'on lui explique ses droits lors d'une arrestation, cela ne pourra pas constituer une renonciation³⁹. Autrement dit, le droit d'être informé du droit à l'assistance d'un avocat ne peut lui-même faire l'objet d'une renonciation. Un raisonnement similaire doit-il être appliqué à une renonciation intervenant en « contexte privé » ?

Enfin, ces paramètres jurisprudentiels agissant comme mesures de sauvegarde du caractère libre et éclairé du consentement contrastent particulièrement avec ceux applicables en matière de renonciation à la vie privée, notamment dans le contexte de la protection contre les fouilles et les saisies abusives⁴⁰. Dans ce cas, il n'existe aucun devoir d'informer de la part des agents de l'État. Plus encore, le fait que le renonçant ait connaissance des protections fondamentales spécifiques auxquelles il abdique apparaît ne pas peser dans la balance. Il est même possible de renoncer tout à fait implicitement à la protection de la vie privée s'il en découle une application régulière des règles de la common law en matière de saisies et perquisitions. La validité d'une telle renonciation est indépendante de la connaissance des garanties en jeu et des conséquences de la renonciation⁴¹. Ainsi, dans de tels cas mettant en cause la vie privée, c'est le rôle même du consentement qui s'avère avoir une importance relative en étant présumé exister de manière « implicite ».

1.2 La connaissance des conséquences de la renonciation

La connaissance des conséquences de la renonciation est intimement liée à la « pleine connaissance » de la garantie faisant l'objet de la renonciation. Le renonçant doit avoir un degré de

37. *Ibid* au para 185 (j Binnie).

38. *R c Harper* à la p 352.

39. *R c Bartle* à la p 204.

40. Art 8 de la Charte canadienne.

41. Voir par exemple *R c Patrick* et *R c Fearon*.

conscience suffisant quant aux conséquences de la renonciation, lequel varie selon les faits de chaque cas⁴². S'il s'avère impossible de connaître les conséquences d'une renonciation en raison de la nature même du droit en cause, comme dans le cas du droit à l'interprète, « il sera tout simplement impossible de renoncer à ce droit »⁴³. De la même façon qu'il est impossible de renoncer au *droit d'être informé* du droit à l'avocat avant de décider de renoncer à cette garantie⁴⁴, renoncer *complètement* au droit à l'interprète est pratiquement impossible⁴⁵.

Cela dit, le renonçant doit-il connaître en détail toutes les particularités de la transaction à laquelle il envisage de consentir ? En outre, doit-il à la fois connaître les conséquences non seulement directes et certaines, mais également indirectes, potentielles ou simplement possibles, de sa renonciation ? Dans quels cas et en vertu de quels principes une renonciation pourrait-elle être écartée après coup, le cas échéant, en raison du fait que le renonçant n'était pas alors conscient de certaines conséquences de sa renonciation ? Si, suivant l'adage, le diable est dans les détails, dans quelle mesure ces différents éléments portent-ils à conséquence quant à la validité de la renonciation aux droits et libertés ?

La Cour suprême a abordé en partie ces questions dans l'arrêt récent *R c Wong*⁴⁶. Celui-ci porte sur la méthode d'analyse permettant de déterminer si un plaidoyer de culpabilité peut être

42. *R c Borden*, [1994] 3 RCS 145 à la p 164.

43. *R c Tran*, [1994] 2 RCS 951 à la p 996. Le droit à l'interprète garanti à l'article 14 de la Charte canadienne était en cause dans le contexte d'un procès criminel où l'inculpé risquait l'emprisonnement et avait expressément *demandé* de tels services. La question de la renonciation ne se posait pas à l'égard du droit à l'interprète quant au procès dans son ensemble, comme lorsqu'un inculpé renonce à la présomption d'innocence en plaidant coupable. Elle visait la traduction d'un témoignage en particulier, lequel avait été résumé et non traduit mot à mot. L'accusé se trouvait ainsi privé d'une possibilité de défense pleine et entière. Il n'était donc pas possible de renoncer implicitement à la traduction intégrale du témoignage, de surcroît dans la mesure où le besoin de traduction avait été demandé et reconnu à l'accusé.

44. Voir notamment *R c Harper* à la p 352 et *R c Bartle* à la p 204.

45. Voir l'analyse du juge Lamer expliquant que même si une certaine renonciation au droit à l'interprète devait être possible dans certains cas circonscrits, celle-ci devrait nécessairement impliquer une traduction pour assurer le consentement. *R c Tran* aux p 996-997. À notre avis, une seule traduction minimale formulée à l'avance ne peut être suffisante puisqu'elle ne permet justement pas à l'inculpé d'en mesurer pleinement les conséquences.

46. *R c Wong*, *supra* note 9.

retiré au motif que l'accusé n'avait pas eu une pleine connaissance des conséquences de son plaidoyer⁴⁷. Il est plus particulièrement question des conséquences indirectes du plaidoyer, c'est-à-dire celles « qui sont secondaires ou parallèles au processus pénal et qui ont un effet sur le délinquant »⁴⁸. Les juges ont unanimement rejeté une certaine jurisprudence restrictive d'origine albertaine et québécoise⁴⁹ qui ne considérait comme requise que la connaissance des conséquences directes du plaidoyer de culpabilité. Ils ont toutefois été partagés sur la question visant à déterminer dans quels cas et en vertu de quels principes un plaidoyer peut être écarté lorsque le renonçant n'était pas conscient d'une conséquence indirecte *juridiquement pertinente*. Celle-ci est « habituellement imposée par l'État, découle de la déclaration de culpabilité ou de la peine et touche des intérêts sérieux de l'accusé »⁵⁰. Bien que la Cour se soit gardée d'établir à l'avance une liste exhaustive de telles conséquences⁵¹, les juges ont unanimement reconnu que, dans le cas de M. Wong, le fait que celui-ci ignorait que son plaidoyer de culpabilité ainsi que la peine spécifiquement consen-

47. De telle sorte qu'assujettir l'accusé à ce plaidoyer de culpabilité constitue une erreur judiciaire aux termes du sous-al 686(1) a)(iii) du *Code criminel*.

48. *R c Wong*, *supra* note 9 au para 68 (j Wagner) se référant à *R c Pham*, 2013 CSC 15, [2013] 1 RCS 739, au para 11.

49. L'actuel juge en chef Wagner, dissident mais non sur ce point, réfère au para 69 aux affaires *R c Slobodan* (1993), 135 AR 181 (CA) ; *R c Hunt*, 2004 ABCA 88, 346 AR 45 ; *R c Nersysyan*, 2005 QCCA 606 ; *R c Raymond*, 2009 QCCA 808. Il explique ce qui suit : « Le fait d'avaliser la conception étroite aurait pour effet de compromettre la faculté de l'accusé de prendre une décision éclairée. Une telle conception ne cadrerait pas avec les raisons de principe qui sous-tendent l'exigence d'un plaidoyer éclairé qui vise à garantir l'équité procédurale » nos soulignements. *Ibid* au para 71.

50. *R c Wong*, *supra* note 9 au para 9. « Je tiens également à souligner que l'accusé n'a pas à être informé de toutes les conséquences possibles d'un plaidoyer pour que celui-ci soit éclairé. [...] Certaines conséquences sont trop éloignées ou anodines pour constituer des renseignements dont l'accusé doit avoir connaissance pour que son plaidoyer de culpabilité soit éclairé. [...] Je signale que l'évaluation de la pertinence juridique ne nécessite pas que l'on mène une analyse, axée sur les faits, de l'importance d'une conséquence indirecte pour l'accusé qui comparait devant le tribunal. À cette étape de l'analyse, il s'agit plutôt uniquement de savoir si la conséquence est suffisamment grave pour constituer une conséquence juridiquement pertinente. Je suis convaincu qu'une conséquence imposée par l'État tel un risque d'expulsion sans droit d'appel, laquelle découle directement d'une déclaration de culpabilité et d'une condamnation au pénal, touche des intérêts sérieux et constitue une conséquence indirecte juridiquement pertinente » nos soulignements. *Ibid* aux para 77-78 (j Wagner, dissident mais non sur ce point).

51. « À mon avis, il ne serait ni nécessaire ni sage en l'espèce de circonscrire de façon exhaustive la portée des conséquences juridiquement pertinentes. La teneur de cette notion doit évoluer progressivement au fil de la jurisprudence ». *Ibid* au para 77.

tie emportaient de graves conséquences sur le plan de son statut juridique au Canada en matière d'immigration⁵² constituait une telle conséquence indirecte juridiquement pertinente.

Les juges majoritaires⁵³ ont conclu que dans un tel cas où un plaider de culpabilité n'a pas été consenti de manière éclairée, c'est une analyse purement subjective qui doit guider les tribunaux afin de déterminer s'il en découle une erreur judiciaire justifiant d'annuler le plaider. L'accusé doit ainsi démontrer qu'il découle un préjudice subjectif de sa renonciation à un procès en déposant « un affidavit attestant l'existence d'une possibilité raisonnable qu'ils auraient soit (1) opté pour un procès et plaidé non coupable, soit (2) plaidé coupable, mais à d'autres conditions »⁵⁴. Cette approche strictement subjective découle de l'opinion des juges selon laquelle la décision de plaider coupable et de renoncer aux droits fondamentaux en jeu « témoigne de considérations éminemment personnelles, comme le niveau subjectif de tolérance au risque, les priorités, la situation familiale et la situation en matière d'emploi, ainsi que les particularités de chacun »⁵⁵. Les juges majoritaires exposent ainsi « en termes simples [que selon eux], la décision de plaider coupable appartient à l'accusé »⁵⁶.

En pratique, cette approche appliquée au cas de M. Wong a mené au rejet de ses prétentions voulant que sa condamnation découlant de son plaider de culpabilité constitue une erreur judiciaire. Bien que l'absence de consentement éclairé ait été établie, que les juges majoritaires ont reconnu que le droit n'était pas alors tout à fait clair quant à ce que l'affidavit au soutien de la requête devait inclure et qu'ils ont conclu qu'une personne se trouvant dans la situation de l'inculpé aurait peut-être choisi d'aller à procès, ceux-ci ont rejeté la requête de M. Wong. Le motif ? Son affidavit ne contenait pas une mention expresse qu'il aurait agi différemment s'il avait connu les conséquences de son plaider sur son statut en matière d'immigration. Le préjudice subjectif découlant du consentement non éclairé n'était donc pas établi.

52. L'accusé est devenu interdit du territoire canadien pour grande criminalité. Il ne pouvait interjeter appel d'une mesure de renvoi prise contre lui parce qu'il était un résident permanent interdit de territoire en raison d'une infraction punie au Canada par un emprisonnement d'au moins six mois.

53. Il s'agit des juges Moldaver, Gascon et Brown, avec l'accord du juge Rowe.

54. *Ibid* au para 6.

55. Nos soulignements. *Ibid* au para 11.

56. Nos soulignements. *Ibid* au para 12.

L'actuel juge en chef Wagner, avec l'accord de la juge en chef McLachlin et de la juge Abella, a effectué une lecture différente des principes juridiques en jeu. Il a proposé dans sa dissidence une *analyse objective modifiée* remplaçant l'analyse purement subjective précédemment décrite. Ce modèle analytique implique qu'un plaidoyer de culpabilité pour lequel il est démontré que l'accusé n'était pas au courant d'une conséquence indirecte juridiquement pertinente peut être retiré s'« il existe une possibilité raisonnable que l'accusé aurait procédé différemment s'il avait été bien informé de cette conséquence »⁵⁷ :

Il faut l'établir en appliquant une norme objective qui soit modifiée de façon à permettre au tribunal de tenir compte de la situation et des caractéristiques de l'accusé qui comparaît devant lui. Ainsi, il ne s'agit pas de savoir si l'accusé qui comparaît devant le tribunal aurait effectivement refusé de plaider coupable. Le tribunal de révision doit évaluer *objectivement* l'incidence des renseignements manquants sur la situation particulière de l'accusé.⁵⁸

En dépit de l'absence de mention dans l'affidavit au soutien de la requête de M. Wong d'un préjudice subjectif, les juges dissidents se sont dits convaincus qu'une personne raisonnable placée dans la même situation que l'inculpé n'aurait pas renoncé à ses droits. Dès lors, ils leur apparaissaient juste de reconnaître qu'il en découlait une erreur judiciaire et que le plaidoyer de culpabilité devait conséquemment être écarté, considérant l'objectif d'un tel contrôle judiciaire visant à s'assurer que « l'accusé a renoncé à ses droits dans le cadre d'un processus foncièrement équitable »⁵⁹.

Les juges dissidents justifient la norme de l'analyse objective modifiée par le fait que l'ignorance d'une conséquence indirecte d'un plaidoyer de culpabilité potentiel influence l'ensemble du processus pouvant mener à ce plaidoyer, y compris la conduite des autres acteurs du processus pénal :

La connaissance de cette possibilité pourrait influencer le procureur du ministère public quand il décide de porter ou non certaines accusations, d'accepter ou non un plaidoyer de culpabilité à une infraction

57. Nos soulignements. *Ibid* au para 44.

58. *Ibid* au para 80. Notons que la norme de preuve de la « possibilité raisonnable » se situe entre la « simple possibilité » et la « probabilité ». *Ibid* au para 81.

59. Nos soulignements. *Ibid* au para 74.

moindre et incluse, ou encore la peine à laquelle il devrait convenir dans les observations conjointes. Tous ces aspects sont, à leur tour, pertinents quant à la stratégie et à la tactique de l'accusé.⁶⁰

Bref, les juges majoritaires ont opiné que la décision de plaider ou non coupable « appartient » à l'accusé et que cela justifie que l'annulation d'un plaidoyer ne relève que de la preuve d'un préjudice purement subjectif subi par le renonçant. Les juges dissidents soulignent plutôt que la décision de *radier un tel plaidoyer* et de rendre compte d'une erreur judiciaire quant à l'*ensemble du processus* ne relève pas que de l'accusé. Il en découle que l'examen judiciaire ne doit pas être lié à l'unique perspective subjective de l'accusé⁶¹.

La jurisprudence actuelle laisse donc ouvert à l'analyse contextuelle le fait de déterminer quelles conséquences juridiques indirectes seront suffisamment sérieuses pour influencer sur le caractère libre et éclairé d'une renonciation. L'arrêt *R c Wong* a certes tranché pour l'heure le débat quant à l'analyse à retenir afin de déterminer si un consentement non éclairé, emportant renonciation aux droits abdiqués dans le cadre d'un plaidoyer de culpabilité, peut entraîner la radiation de ce dernier. Cet arrêt oppose une conceptualisation selon laquelle la volonté purement subjective du renonçant justifie la transaction de la renonciation à une autre selon laquelle l'autonomie du choix effectué par le renonçant et la *justification* juridique de la renonciation doit prendre en compte, avec un certain degré d'objectivité, l'ensemble du processus. Cela dit, une question fondamentale n'a pas été répondue par les juges majoritaires : le renonçant possède-t-il la capacité de renoncer non seulement à ses droits fondamentaux, mais aussi à l'*équité* même du processus, laquelle intéresse l'ensemble de notre société démocratique ?

La question de la connaissance des conséquences de la renonciation par le renonçant se pose également eu égard à la protection de la vie privée garantie par l'article 8 de la Charte canadienne protégeant les individus contre les saisies ou les perquisitions abusives. Comme nous l'illustrons ci-après, la Cour suprême a appliqué avec le temps des principes distincts dans différents cas posant de manière similaire la question de la renonciation à la

60. *Ibid* au para 83.

61. Voir *ibid* aux para 84-87.

vie privée. Cette situation est problématique du point de vue de la primauté du droit et de son exigence de cohérence⁶².

En outre, la Cour suprême a conclu qu'il existe, de façon générale, une invitation implicite à cogner à la porte d'une résidence. Ainsi, une telle « invitation implicite [faite à des policiers], à moins d'être retirée expressément, est une renonciation effective au droit à la vie privée »⁶³. Toutefois, s'approcher de la porte pour y cogner et ainsi faciliter la communication est à distinguer du fait de s'approcher pour recueillir des informations, comme « sentir la marijuana ». « De toute évidence, on ne peut pas présumer que les occupants d'une maison invitent les policiers (ou qui que ce soit) à s'approcher de leur maison pour établir le bien-fondé d'une accusation portée contre eux »⁶⁴. Autrement dit, la renonciation ne peut être ici présumée.

Toutefois, les principes applicables diffèrent lorsque la renonciation à la vie privée intervient dans le contexte d'ordures ménagères laissées à la rue pour être recueillies par des éboueurs. Les juges majoritaires, dans l'affaire *R c Patrick*⁶⁵, ont opiné que puisque l'appelant « avait l'intention de renoncer à son droit de propriété sur les objets matériels eux-mêmes »⁶⁶, celui-ci « avait renoncé à son droit au respect de sa vie privée »⁶⁷ de façon implicite. Ce raisonnement est à notre avis problématique. Il serait souhaitable que la Cour distingue davantage, à l'avenir, les effets de l'abandon d'un objet, lié au droit de propriété, de la renonciation à une garantie protégée par un droit fondamental.

62. Nous référons ici au principe bien connu selon lequel la primauté du droit exige que les tribunaux effectuent une interprétation continue du droit de manière à ce que celui-ci évolue en formant un tout cohérent. Voir notamment Ronald Dworkin, *Law's Empire*, Cambridge (Mass), The Belknap Press of Harvard University Press, 1986.

63. *R c Evans*, [1996] 1 RCS 8 au para 13.

64. *Ibid.*

65. 2009 CSC 17, [2009] 1 RCS 579.

66. Nos soulignements. *Ibid* au para 54 (j Binnie, avec l'accord des juges McLachlin, LeBel, Fish, Charron et Rothstein. Notons que la Cour précise bien au paragraphe 63 de l'arrêt que « [...] les éboueurs pénètrent sur la propriété en vertu d'une autorisation [...] implicite du propriétaire [qui] ne s'étend pas aux policiers. Toutefois, lorsque les ordures sont placées à la limite de la propriété pour la collecte, [...] le propriétaire a suffisamment renoncé au droit et au contrôle qu'il avait à leur égard pour qu'il ne subsiste plus aucun droit objectivement raisonnable en matière de respect de sa vie privée. »

67. Nos soulignements. *Ibid* au para 73.

Dans ses motifs concordants, la juge Abella expose d'ailleurs que les renseignements personnels provenant de la demeure, laquelle est un lieu par excellence où règne une expectative de vie privée, doivent être protégés contre les intrusions aléatoires de l'État. Il en découle qu'on ne saurait amalgamer l'abandon d'un objet *dans l'objectif précis* qu'il soit détruit dans la collecte des ordures avec l'abandon de toute expectative de vie privée⁶⁸. Cet argument met en garde contre la possibilité d'une renonciation implicite à la valeur constitutionnelle de la vie privée alors que le renonçant pourrait n'avoir aucune connaissance des conséquences potentielles de sa renonciation. Pire, ladite renonciation implicite pourrait ne pas être *volontaire* du point de vue d'une personne qui croit raisonnablement que des objets laissés pour être éliminés le seront effectivement. La juge Abella conclut que dans un tel cas, il existe des attentes *réduites* en matière de vie privée vu l'abandon des objets. Ainsi, les policiers devraient avoir « à tout le moins des soupçons raisonnables » pour effectuer une fouille légalement justifiée⁶⁹.

En liant le droit de propriété à l'expectative raisonnable de vie privée, les motifs des juges majoritaires contredisent certains principes énoncés notamment dans l'arrêt *R c Evans*. La Cour a dans ce cas conclu qu'il y avait renonciation implicite au droit à la vie privée en invitant les policiers à entrer dans la demeure, tout comme il y a renonciation implicite à l'expectative raisonnable de vie privée à l'égard d'objets laissés à la rue pour être cueillis par les éboueurs. Toutefois, contrairement à l'arrêt *R c Patrick*, l'arrêt *R c Evans* tient compte de façon déterminante quant à l'issue du litige de la *connaissance des conséquences* de la renonciation alléguée, à savoir que les informations recueillies puissent servir de preuve pour une accusation criminelle. De la même façon qu'une personne qui invite implicitement un policier à cogner à sa porte et à entrer dans sa demeure ne consent pas nécessairement à ce que ce policier y recueille des informations incriminantes, une personne qui jette des ordures dans le but évident que celles-ci soient cueillies par les éboueurs et ensuite détruites ne consent pas forcément à ce qu'elles soient utilisées comme preuve incriminante. Comme nous en discutons d'ailleurs ci-après, la jurisprudence reconnaît par exemple que la propriété ou même la possession d'un objet de

68. Nos soulignements. *Ibid* au para 80.

69. *Ibid* aux para 89-90.

télécommunication n'est pas forcément liée à la question visant à déterminer s'il existe une expectative raisonnable de vie privée. Bref, il est souhaitable que la jurisprudence à venir soit davantage cohérente quant aux différents contextes d'application de l'article 8 de la Charte canadienne.

La jurisprudence plus récente sur les perquisitions et les fouilles d'ordinateurs et de téléphones cellulaires touche en effet tout particulièrement aux enjeux liés à la connaissance des conséquences de la renonciation à la vie privée. Dans l'affaire *R c Fearon*⁷⁰, la Cour suprême fut divisée quant à savoir dans quelle mesure le pouvoir de fouille accessoire à une arrestation légale permet la fouille de téléphones cellulaires et d'appareils similaires trouvés sur le suspect. Selon les juges majoritaires, une telle fouille est permise si celle-ci est strictement accessoire à une arrestation légale, c'est-à-dire si elle poursuit un motif valable en lien avec l'arrestation⁷¹.

En pratique, « seuls les courriels envoyés ou rédigés récemment, les photos et messages textes récents, ainsi que le registre des appels, pourront être examinés [par] une inspection rapide de l'appareil »⁷². Précisons que si une personne n'a pas protégé l'accès à son téléphone par un mot de passe, cela « n'indique pas qu'elle renonce en quelque sorte aux intérêts importants en matière de respect de sa vie privée qu'elle a généralement sur le contenu de son téléphone »⁷³. Qu'il s'agisse d'un téléphone cellulaire ou d'un ordinateur, même une fouille autorisée par mandat ne peut permettre aux policiers de « passer sans discernement les appareils au peigne fin »⁷⁴. Une fouille accessoire à une arrestation ne permet pas de « trifouiller l'appareil à volonté »⁷⁵. Voilà donc déterminés

70. 2014 CSC 77, [2014] 3 RCS 621.

71. Ces motifs valables sont les suivants : a) protéger les policiers, l'accusé ou le public ; b) conserver les éléments de preuve et c) découvrir des éléments de preuve, notamment trouver d'autres suspects, lorsque l'enquête sera paralysée ou sérieusement entravée si l'on n'effectue pas rapidement une fouille accessoire à l'arrestation à l'égard du téléphone cellulaire. De plus, la nature et l'étendue de la fouille doivent être adaptées à l'objectif poursuivi. Les policiers doivent prendre des notes détaillées lors de la fouille de ce qu'ils ont examiné dans l'appareil et de la manière dont ils l'ont fait. *Ibid* au para 83 (j Cromwell avec l'accord de la juge en chef McLachlin et des juges Moldaver et Wagner).

72. *Ibid* au para 76.

73. *Ibid* au para 53.

74. *R c Vu*, 2013 CSC 60, [2013] 3 RCS 657 au para 61, cité dans *ibid* au para 78.

75. *R c Fearon*, au para 78.

l'objet ainsi que la mesure de la renonciation implicite possible du détenteur d'un téléphone cellulaire quant à son contenu.

Pour leur part, les juges dissidents auraient limité la possibilité de telles fouilles accessoires de téléphones cellulaires aux cas d'urgence, à moins d'avoir obtenu un mandat spécifique. Cela est à leur avis nécessaire pour protéger adéquatement les individus contre les multiples renonciations implicites à la vie privée auxquelles nous convie l'ère des nouvelles technologies, et dont nous ignorons souvent l'étendue des conséquences :

Les appareils qui nous offrent cette liberté génèrent aussi d'énormes quantités de données sur nos déplacements et nos vies. La technologie de géolocalisation (GPS) toujours plus perfectionnée permet même de suivre les déplacements des propriétaires d'un appareil muni d'un système GPS. Les appareils numériques personnels enregistrent non seulement nos renseignements biographiques, mais aussi nos conversations, nos photos, les sites sur le Web qui nous intéressent, les données concernant nos achats ainsi que nos loisirs. Notre empreinte numérique est souvent suffisante pour reconstituer les événements de notre vie, nos relations avec les autres, nos goûts et nos aversions, nos craintes, nos espoirs, nos opinions, nos croyances et nos idées. Nos appareils numériques sont en quelque sorte des fenêtres sur notre vie privée intérieure.

En conséquence, au fur et à mesure qu'évolue la technologie, le droit doit lui aussi évoluer afin que les appareils portables ne deviennent pas les « télécrans » du roman *1984* de George Orwell.⁷⁶

Les juges dissidents soulignent également que les renonciations implicites approuvées par la position des juges majoritaires peuvent avoir une portée très large et s'étendre à des données et des fichiers que l'utilisateur croit avoir détruits, mais qui demeurent sauvegardés. Qui plus est, l'accès à un téléphone intelligent peut dans les faits constituer un accès à des *portails* de données stockées sur différents appareils et serveurs situés à l'extérieur de l'appareil fouillé et appartenant à des tiers⁷⁷.

76. Nos soulignements. *Ibid* aux para 101-102 (j Karakatsanis, avec l'accord des juges LeBel et Abella).

77. Voir *ibid* aux para 130-131.

L'arrêt *R c Marakah*⁷⁸ porte sur l'expectative raisonnable de vie privée à l'égard de messages textes. L'État peut-il prendre connaissance sans mandat de ces informations provenant de tiers ? Les juges majoritaires ont confirmé une telle expectative de vie privée, celle-ci pouvant permettre d'écarter des éléments de preuve ainsi découverts. « Même lorsque “la réalité technologique”^[79] l'empêche d'exercer un contrôle exclusif sur ses renseignements personnels, une personne peut malgré tout s'attendre raisonnablement à ce que ces renseignements soient à l'abri du regard scrutateur de l'État »⁸⁰. Précision intéressante : il n'est pas pertinent aux fins de l'évaluation de l'expectative de vie privée de savoir qui était *propriétaire* de l'appareil par lequel on accède aux informations. C'est le *contrôle* sur ces informations qui est déterminant⁸¹.

Ces exemples démontrent à la fois l'importance de la question de la connaissance des conséquences d'une renonciation quant à la validité du consentement véritablement libre et éclairé du renonçant ainsi que la difficulté pratique d'évaluer et de s'assurer de cette connaissance. Cette difficulté s'avère d'autant plus complexe lorsque la renonciation intervient par le jeu des nouvelles technologies de l'information.

1.3 L'existence d'options véritables

Le consentement du renonçant ne pourra être considéré véritablement *libre* si celui-ci n'est pas le fruit d'un choix véritable. Selon la Cour suprême, le « droit de choisir » implique « que la personne puisse exercer sa volonté de préférer une solution à une autre »⁸². Dans tous les cas, le renonçant doit bénéficier d'un *choix réel*. Un tel choix existe lorsque différentes options sont véritablement ouvertes au renonçant, dont au moins une impliquant la possibilité de ne *pas* renoncer au droit ou à la liberté en cause. Nous avons par exemple vu que la renonciation au droit

78. 2017 CSC 59, [2017] 2 RCS 608.

79. *R c Cole*, 2012 CSC 53, [2012] 3 RCS 34 au para 54.

80. *R c Marakah*, au para 41.

81. *Ibid* au para 43, discutant de l'opinion dissidente du juge Moldaver. Voir également l'arrêt *R c Reeves*, 2018 CSC 56 par lequel la Cour suprême a conclu qu'un tiers, à savoir la conjointe du détenteur d'un ordinateur, ne pouvait consentir à une renonciation à l'expectative raisonnable de vie privée à l'égard du contenu de l'ordinateur en autorisant les policiers à pénétrer la demeure et fouiller l'appareil.

82. *R c Borden*, [1994] 3 RCS 145 à la p 162.

à l'assistance d'un avocat ne peut être valable que s'il y a eu une « possibilité raisonnable » d'avoir recours à l'avocat d'abord⁸³. De plus, si différentes options sont bel et bien offertes au renonçant, mais que celles-ci impliquent toutes une certaine renonciation, on ne pourra affirmer que le renonçant était pleinement *libre de renoncer ou non*.

La Cour suprême a affirmé ce principe notamment dans l'affaire *Godbout c Longueuil (Ville)*⁸⁴ où il était question de la validité d'une renonciation à choisir son lieu de résidence en tant que potentielle garantie relevant du droit à la liberté garanti à l'article 7 de la Charte canadienne⁸⁵. Cette renonciation était enchâssée dans le contrat de travail individuel d'une employée de la municipalité de Longueuil à titre de condition d'obtention d'un statut permanent. L'exigence de résidence sur le territoire de la municipalité n'était donc pas nécessaire aux fins d'accomplir les tâches requises par l'emploi occupé. Évitant la question de savoir s'il était même possible de renoncer au droit fondamental allégué, le juge La Forest, avec l'approbation des juges L'Heureux-Dubé et McLachlin, a opiné que les conditions n'étaient pas réunies pour conclure à un consentement valable. M^{me} Godbout se trouvait devant l'alternative suivante : s'engager à maintenir sa résidence permanente à Longueuil pendant la durée de son emploi ou quitter son emploi et s'en trouver un autre. « Tout simplement, l'intimée n'a pas eu la possibilité de négocier la clause obligatoire de résidence et, par conséquent, on ne [pouvait] à toutes fins utiles considérer qu'elle a renoncé librement à choisir le lieu où elle veut vivre »⁸⁶.

83. Voir notamment *R c Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 RCS 353.

84. [1997] 3 RCS 844.

85. Trois des neuf juges ayant rendu l'arrêt ont conclu que le fait de choisir le lieu de résidence participe du droit à la liberté garanti à l'article 7 de la Charte canadienne, à savoir les juges La Forest, L'Heureux-Dubé et McLachlin. Les autres juges ne se sont pas prononcés sur cette question. Voir cependant l'affaire *Alberta (Affaires autochtones et développement du Nord) c Cunningham*, [2011] 2 RCS 670 au para 93 mettant en cause une interdiction législative pour les Métis également inscrits au sens de la *Loi sur les Indiens* d'être des membres officiels des établissements métis et de s'y installer. « Il n'est pas évident que le droit de choisir son lieu de résidence soit visé par le droit à la liberté garanti à l'art 7 de la Charte. Dans *Godbout c Longueuil (Ville)*, *supra* note 84, le juge La Forest, s'exprimant en son nom et en celui de deux autres juges de la Cour, a laissé entendre que ce l'était. Cependant, la question n'est toujours pas résolue » nos soulignements.

86. Nos soulignements. *Ibid* au para 72.

S'agissant des négociations touchant les droits et libertés qui interviennent à l'occasion du travail, la distinction entre les contextes juridiques propres aux relations individuelles et collectives pourra s'avérer déterminante de la validité de certaines renonciations. Dans le cas des conventions collectives, les tribunaux pourront reconnaître que le déséquilibre habituellement présent dans la négociation entre employeurs et employés est résorbé par le jeu du cadre juridique des relations collectives de travail. Les parties pourront être considérées comme étant en quelque sorte à armes égales, ce qui a notamment justifié la Cour suprême de confirmer la validité d'une convention collective intégrant une discrimination fondée sur l'âge dans l'arrêt *Dickason*⁸⁷. Le principe d'équité se révèle à nouveau fondamental quant à la validité du processus :

Il faut cependant prendre certaines précautions. Il faudrait par exemple démontrer que la convention collective a été négociée librement par des parties ayant un pouvoir de négociation relativement égal. Il faudrait prouver que la convention n'est pas injustement discriminatoire envers des minorités. Essentiellement, la convention elle-même doit témoigner d'une équité inhérente.⁸⁸

Dans l'arrêt *Syndicat Northcrest c Amselem*, la Cour suprême a évité, de manière similaire à l'arrêt *Godbout c Longueuil*, de répondre à la question – demeurée en suspens – concernant la possibilité de renoncer à la liberté de religion. Le contrat incluant la renonciation alléguée était une déclaration de copropriété dont une clause avait pour effet d'interdire la construction de souccahs sur les balcons, ce qui avait pour effet de limiter la liberté de religion de copropriétaires juifs orthodoxes. Après avoir reconnu que « [l]a question de savoir si quelqu'un peut renoncer à un droit constitutionnel comme la liberté de religion soulève encore des

87. *Dickason c Université de l'Alberta*, [1992] 2 RCS 1103. Voir en particulier les para 1130-1131 (j Cory). Les juges majoritaires semblent toutefois distinguer la discrimination fondée sur l'âge de celle fondée sur d'autres motifs : « Il faudrait par exemple étudier attentivement toute convention collective qui comprendrait des dispositions entraînant des conséquences préjudiciables pour une minorité de personnes en raison de leur race ou de leur religion. De même, on ne devrait pas accepter aisément comme preuve du caractère raisonnable d'une pratique discriminatoire la clause d'une convention collective qui serait discriminatoire pour les femmes au travail, lorsque celles-ci ne constituent pas la nette majorité des membres votants de l'unité de négociation » nos soulignements. *Ibid* à la p 1131.

88. Nos soulignements. *Ibid* à la p 1131.

interrogations »⁸⁹, les juges McLachlin, Iacobucci, Major, Arbour et Fish ont opiné qu'ils n'avaient pas à se pencher sur cette question en l'espèce. Rappelons que les plaignants affirmaient ne pas avoir pris connaissance de ces dispositions lors de l'achat, bien que la déclaration de copropriété leur ait été dûment remise. Selon les juges majoritaires, il en découle qu'ils « n'ont pas bien compris les conséquences de leur présumée renonciation »⁹⁰. Ainsi, si celui qui renonce à un droit n'avait « pas d'autre choix que de renoncer à celui-ci, il est impossible d'affirmer qu'il y a vraiment renoncé »⁹¹.

En pratique, il demeure que l'existence d'un tel choix véritable est difficile à évaluer. Par exemple, pourrait-on affirmer que les personnes les plus âgées, membres d'une unité d'accréditation dont les membres auraient majoritairement voté en faveur d'une convention collective portant atteinte au droit à l'égalité, ont *choisi* une discrimination fondée sur l'âge ? Si une personne ignore les conséquences d'une renonciation potentielle, par exemple en communiquant des informations personnelles par cellulaire ou ordinateur, peut-on affirmer qu'elle avait véritablement le choix d'effectuer la renonciation en question, bien qu'elle ait eu le « choix » de communiquer ou non les informations en cause ?

1.4 Le consentement suffisamment précisé

Pour être valable, le consentement doit être précisé. Il s'agit d'un corollaire logique d'un consentement véritablement libre et éclairé. Le consentement doit donc être le plus clair possible quant à la volonté spécifique du renonçant.

Une renonciation ne peut donc pas être formulée de manière générale. Par exemple, si la question en litige vise à déterminer si un copropriétaire a renoncé à la possibilité d'installer une souccah sur son balcon *en tant que pratique protégée par la liberté de religion*, « [i]l n'est pas question d'une renonciation "générale" »⁹² à cette même liberté de religion. Cette conclusion apparaît évidente. Elle découle en outre de l'impossibilité d'effectuer à l'avance un consen-

89. *Syndicat Northcrest c Amselem*, *supra* note 19 au para 92.

90. *Ibid* au para 99.

91. Nos soulèvements. *Ibid* au para 97, référant à *Godbout c Longueuil (Ville)*, *supra* note 84.

92. *Syndicat Northcrest c Amselem*, *supra* note 19 au para 206 (j Binnie, dissident mais non sur ce point).

tement exprimant le fruit d'une réflexion globale et synthétique sur toutes les situations hypothétiques qui pourraient constituer autant de renonciations à des exercices protégés par la liberté de religion du renonçant. Il en découle également logiquement que la mesure selon laquelle on pourra conclure qu'un consentement est véritablement précis est étroitement liée à l'éclairage que pourra avoir apporté au renonçant la connaissance de ses droits ainsi que des conséquences possibles de la renonciation.

Cela dit, la jurisprudence n'est justement pas claire dans tous les cas quant à la norme de précision requise pour conclure que le consentement à une renonciation est valable. De manière générale, la Cour suprême a affirmé que le consentement du renonçant doit être « suffisamment «clair et non équivoque» »⁹³. Dans les cas où une renonciation implicite est possible, l'examen du lien entre le comportement du renonçant et la déduction de l'existence de la renonciation s'avère d'autant plus important. Si cet exercice demeure une question d'appréciation factuelle, une analyse de la jurisprudence pertinente démontre que ce qui est *suffisamment clair* comme consentement dans certains cas ne l'est pas forcément pour d'autres.

La comparaison la plus frappante à cet égard est sans doute celle entre la renonciation à la protection de la vie privée et à la liberté de religion. La Cour suprême a exprimé clairement dans l'arrêt *Syndicat Northcrest c Amselem* que « la décision de renoncer à un droit fondamental comme la liberté de religion – à supposer qu'il soit même possible de le faire – doit non seulement être volontaire, mais doit aussi être formulée en termes clairs, précis et explicites »⁹⁴. Il est pourtant possible de renoncer à la vie privée de manière tout à fait implicite. Or, l'implicite est par nature forcément moins précis que l'explicite.

L'ouverture au consentement implicite s'illustre notamment dans la jurisprudence portant sur la protection du droit à l'image incluse dans la protection du droit à la vie privée garanti à l'article 5 de la Charte québécoise. L'absence de tout consentement à être photographié et à ce que son image soit diffusée dans un média peut engager la responsabilité civile de ce dernier si une

93. *R c Richard*, [1996] 3 RCS 525 à la p 542, référant à *R c Lee*, [1989] 2 RCS 1384.

94. Nos soulignements. *Syndicat Northcrest c Amselem*, *supra* note 19 au para 100.

pondération avec le droit du public à l'information ne peut le justifier⁹⁵. Toutefois, dans l'affaire *Journal de Québec (Le), division de Communications Québecor Inc c Beaulieu-Marquis*⁹⁶, la Cour d'appel a conclu que le consentement à être photographié lors d'une entrevue consentie à un journaliste emporte le consentement implicite à la diffusion de l'image. La conclusion du juge de première instance invitant à « être prudent en ce qui concerne le consentement aux atteintes à l'intégrité physique de la personne » et à requérir conséquemment que « [l]a renonciation [...] au droit à la vie privée doit être claire et faite en toute connaissance de cause, par une personne libre et bien informée »⁹⁷ a été expressément rejetée. La Cour a conclu qu'il était préférable d'analyser de manière globale chaque cas d'espèce pour déterminer s'il existe un consentement tacite plutôt que de nécessiter un « consentement spécifique »⁹⁸. Cela dit, même lorsqu'un consentement tacite est reconnu, la diffusion pourra être fautive et entraîner la responsabilité civile⁹⁹.

Force est donc de constater que si la précision du consentement exprimé et saisi se veut garante de la communication de la volonté véritablement libre et éclairée du renonçant, la norme jurisprudentielle en matière de précision est elle-même variable et conséquemment imprécise. Le praticien est d'autant plus justifié de soulever toute imprécision en matière de consentement, en outre lorsque les conséquences de la renonciation sont appréciables.

1.5 L'existence et la mise en œuvre de mécanismes de protection de second ordre

Dans certains cas, des mécanismes de second ordre pourront conférer une protection additionnelle au caractère libre et éclairé du consentement. Par « mécanismes de protection de second ordre »,

95. *Aubry c Éditions Vice-Versa*, [1998] 1 RCS 591 au para 61.

96. (2002) RRA 797, JE 2002-1722, REJB 2002-33702 (CA), 2002 CanLII 41223 (QC CA).

97. *Ibid* au para 23 citant le jugement de première instance (référence omise).

98. *Ibid* au para 33.

99. Voir les motifs de la juge Rousseau-Houle, dissidente pour d'autres motifs que la reconnaissance du consentement tacite. *Ibid* aux para 46-57. Dans l'arrêt *Bloc québécois c Sourour*, (2009) RRA 435 ; JE 2009-1038 (CA) ; 2009 QCCA 942, la Cour d'appel a plutôt conclu qu'il n'y avait pas de consentement tacite à ce qu'une photographie prise avec un politicien pendant une campagne électorale dont la captation a été consentie soit diffusée.

nous englobons les mesures et les obligations permettant de s'assurer que les « mécanismes de protection de premier ordre » ont été mis en place, c'est-à-dire en outre les obligations découlant du devoir d'informer¹⁰⁰.

Par exemple, les mécanismes de protection de second ordre pourront viser les mesures de sauvegarde du consentement enchâssées dans une législation comme la *Loi concernant les soins de fin de vie*¹⁰¹. Le paragraphe 26(1) de cette loi prévoit que pour obtenir une aide médicale à mourir au Québec, une personne doit remplir les conditions cumulatives suivantes : « 1^o elle est une personne assurée au sens de la *Loi sur l'assurance maladie* (c A-29) ; 2^o elle est majeure et apte à consentir aux soins ; 3^o elle est en fin de vie ; 4^o elle est atteinte d'une maladie grave et incurable ; 5^o sa situation médicale se caractérise par un déclin avancé et irréversible de ses capacités ; et 6^o elle éprouve des souffrances physiques ou psychiques constantes, insupportables et qui ne peuvent être apaisées dans des conditions qu'elle juge tolérables. La personne doit formuler elle-même sa demande *de manière libre et éclairée*¹⁰². Selon le paragraphe 29(1) de la loi, le médecin doit s'assurer que le patient remplit bien toutes les conditions prévues à l'article 26 « en s'assurant auprès d'elle du caractère libre de sa demande, en vérifiant entre autres qu'elle ne résulte pas de pressions extérieures »¹⁰³ et « en s'assurant auprès d'elle du caractère éclairé de sa demande, notamment en l'informant du pronostic relatif à la maladie, des possibilités thérapeutiques envisageables et de leurs conséquences »¹⁰⁴. Il s'agit d'exemples d'obligations d'informer constituant des mécanismes de protection de premier ordre.

100. Notre désignation de *mécanismes de protection de second ordre* s'inspire du concept éthique de *second-order informational obligation* de Neil C. Manson et Onora O'Neil. Les auteurs expliquent qu'en contexte biomédical, fournir les informations requises au patient afin qu'il exprime un consentement libre et éclairé constitue une *first-order informational obligation*. Une mesure visant à s'assurer que cette obligation d'information a été respectée constitue plutôt un mécanisme de protection de second ordre. Ce peut être le cas de l'obligation de créer et de tenir un registre consignait tous les consentements explicitement signés par les patients. Neil C Manson et Onora O'Neil, *Rethinking Informed Consent in Bioethics*, New York, Cambridge University Press, 2007 à la p 31.

101. RLRQ c S-32.0001.

102. *Ibid* au para 26(2).

103. Nos soulignements. *Ibid* à l'al 29(1) 1^oa).

104. Nos soulignements. *Ibid* à l'al 29(1) 1^ob).

Afin de s'assurer du respect de ces dernières obligations, la *Loi concernant les soins de fin de vie* prévoit également des mécanismes de protection de second ordre. Le médecin doit notamment inscrire ou verser au dossier du patient « tout renseignement ou document en lien avec la demande d'aide médicale à mourir, que le médecin l'administre ou non, dont le formulaire de demande d'aide médicale à mourir, les motifs de la décision du médecin et, le cas échéant, l'avis du médecin consulté »¹⁰⁵. De plus, le médecin qui administre l'aide médicale à mourir doit, dans les 10 jours qui suivent, en aviser la Commission sur les soins de fin de vie et lui transmettre les renseignements prévus par ce règlement¹⁰⁶. Conformément à son mandat, la Commission vérifie le respect de l'article 29, lequel a notamment pour objet de protéger le consentement libre et éclairé du patient¹⁰⁷.

Entre autres exemples, la validité de la renonciation à certaines garanties procédurales de l'inculpé en matière criminelle et pénale est sujette au respect de certaines procédures spécifiques. Le tribunal s'assurera en outre qu'un inculpé est informé de ses droits et, le cas échéant, consignera dans un enregistrement public tout plaider et toute renonciation afférente.

En pratique, il s'agira de vérifier s'il existe des mécanismes de protection de second ordre pour chaque cas d'espèce et de s'assurer que ceux-ci ont été mis en œuvre de manière à protéger la validité du consentement du renonçant. L'absence de tels mécanismes ou d'une preuve de leur mise en œuvre effective pourra remettre en cause le caractère pleinement « libre et éclairé » du consentement. Il est de même souhaitable que les mécanismes de protection de second ordre soient considérés dans l'aménagement législatif de différents régimes juridiques pouvant impliquer des consentements à renoncer à des droits et libertés fondamentaux.

105. *Ibid* au para 32(1). Ce dernier élément à consigner au dossier du patient est lié à l'exigence du médecin d'obtenir l'avis d'un second médecin confirmant le respect des conditions prévues à l'article 26, le cas échéant. *Ibid* à l'al 29(1) 3^o.

106. *Ibid* au para 46(1).

107. *Ibid* au para 47(1). Le para 47(2) prévoit par ailleurs ce qui suit : « Au terme de cette vérification, lorsqu'au moins les deux tiers des membres présents de la Commission estiment que l'article 29 n'a pas été respecté, la Commission transmet un résumé de ses conclusions au Collège des médecins du Québec et, lorsque le médecin a fourni l'aide médicale à mourir à titre de médecin exerçant sa profession dans un centre exploité par un établissement, à l'établissement concerné pour qu'ils prennent les mesures appropriées. »

Un consentement véritablement libre et éclairé à une renonciation doit donc rencontrer au mieux les cinq paramètres normatifs précédemment discutés, et ce, dans une approche contextualisée selon la garantie en cause et l'ensemble des faits pertinents. Nous avons cependant vu qu'il existe de nombreuses incertitudes quant à la portée de ces paramètres. Il est donc utile d'effectuer une analyse plus approfondie du principe juridique qui justifie à la fois le caractère fondamental ainsi que les limites du consentement, à savoir l'autonomie personnelle.

2. L'AUTONOMIE PERSONNELLE : FONDEMENT ET LIMITE DU CONSENTEMENT

L'autonomie de la personne constitue un fondement juridique justifiant la possibilité même de la renonciation aux droits et libertés et, plus particulièrement, du consentement à une telle renonciation. L'autonomie correctement comprise constitue également une norme juridique limitant le consentement exprimant n'importe quelle volonté purement subjective d'abdiquer toute garantie juridique fondamentale. La section qui suit effectue donc une analyse approfondie de la nature et de la portée de l'autonomie en tant que droit et valeur constitutionnels. Une compréhension juste de l'autonomie permet de mieux cerner ce que constitue un consentement véritablement libre et éclairé ainsi que de démontrer la nécessité tout comme les limites intrinsèques du consentement en matière de renonciation.

2.1 L'affirmation de l'autonomie comme prémisses du consentement

L'autonomie fonde le régime du consentement. Elle sous-tend la prémisse selon laquelle le consentement peut assurer l'expression de la volonté libre du renonçant. L'importance croissante du discours juridique fondé sur l'autonomie est d'ailleurs concomitante avec la présence accrue de cas d'espèce constituant des renonciations dans la jurisprudence.

L'autonomie individuelle est d'abord un droit constitutionnel. Il n'était pas clair historiquement que l'article 7 de la Charte canadienne garantissait au chapitre du « droit à la liberté » autre chose que la liberté physique, cette protection figurant parmi les

« garanties juridiques » de nature procédurale. La jurisprudence a cependant reconnu avec le temps que cette liberté de la personne va bien au-delà¹⁰⁸. Le droit à la liberté « garantit à chaque individu une marge d'autonomie personnelle sur ses décisions importantes touchant intimement à sa vie privée »¹⁰⁹. L'autonomie est comprise comme protégeant « le droit de faire des choix personnels fondamentaux »¹¹⁰, lesquels relèvent « de l'essence même de ce que signifie la jouissance de la dignité et de l'indépendance individuelles »¹¹¹.

Dans le contexte du choix d'avoir recours à un avortement, la juge Wilson a affirmé que le droit à la liberté, entendu comme la « capacité de réaliser sa propre conception d'une vie bien remplie, qui vaille la peine d'être vécue »¹¹², est étroitement lié à la notion de dignité humaine et au respect de soi. Le droit à l'autonomie n'est donc pas touché par tous les types de règles juridiques qui « imposent une certaine limite à la liberté au sens large »¹¹³, puisque « ce serait banaliser la Charte »¹¹⁴ d'en conclure ainsi¹¹⁵. La « liberté » protégée à l'article 7 « n'est pas synonyme d'absence totale de contrainte »¹¹⁶ et ne constitue donc pas un « droit illimité de faire des affaires toutes les fois qu'on le veut »¹¹⁷.

L'arrêt *Carter*, par lequel la Cour suprême a déclaré inconstitutionnelles les dispositions du *Code criminel* ayant pour effet

108. Pour une analyse sur la portée beaucoup plus large de l'art 7 de la Charte canadienne que ne le prédestinait son caractère procédural initialement pensé comme étant limité, voir Peter W Hogg, « The Brilliant Career of Section 7 of the Charter », (2012) 58 SCLR (2^e) 195.

109. *R c Morgentaler*, [1988] 1 RCS 30 à la p 171 (j Wilson).

110. *Carter*, *supra* note 13 au para 64, citant *Blencoe c Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, 2000 CSC 44, [2000] 2 RCS 307 au para 54.

111. *Godbout c Longueuil*, *supra* note 84 au para 66, citant *B (R) c Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 RCS 315.

112. *R c Morgentaler*, [1988] 1 RCS 30 au para 225 (j Wilson), citant Neil MacCormick, *Legal Right and Social Democracy: Essays in Legal and Political Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1982.

113. *R c Edwards Books and Art Ltd*, [1986] 2 RCS 713 au para 155 (j en chef Dickson).

114. *Ibid.*

115. En outre, elle n'entre pas en jeu au bénéfice d'une personne faisant l'objet d'un processus d'enquête et de plaintes pour harcèlement sexuel auprès d'un tribunal statutaire en matière de droits de la personne en raison du préjudice pouvant découler du délai encouru par ce processus. *Blencoe c Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, [2000] 2 RCS 307 au para 54.

116. *Ibid.*

117. *Ibid.*

de prohiber de manière absolue toute aide au suicide, a précisé encore davantage le concept d'autonomie. Les juges ont conclu que la prohibition absolue de l'aide à mourir constituait une atteinte à la liberté en ce que cela prive la personne capable de la « possibilité de faire un choix »¹¹⁸. Or, ce choix peut s'avérer être d'une très grande importance pour le « sentiment de dignité » de la personne. Plus particulièrement, l'atteinte réside dans l'impossibilité résultant de la prohibition absolue pour les personnes d'effectuer « un choix “compatible avec les valeurs qu'elles ont eues toute leur vie et qui reflète leur vécu” »¹¹⁹. Effectuer ce choix en conformité avec leurs valeurs personnelles et les principes selon lesquels elles ont choisi de gouverner leur vie « revêt une grande importance pour leur sentiment de dignité et d'autonomie »¹²⁰.

Parmi les autres « choix fondamentaux » protégés par le droit à l'autonomie, notons que ceux-ci pourraient inclure les droits du parent d'éduquer son enfant, de prendre soin de son développement et de prendre des décisions pour lui dans des domaines fondamentaux comme les soins médicaux¹²¹. Plus généralement, le droit à l'autonomie protège le droit fondamental de chacun de prendre des décisions concernant son propre corps, d'accepter ou de refuser un traitement médical. De ce droit découle l'obligation de divulgation envers le patient¹²². Rappelons que le choix de son lieu de résidence pourrait aussi être considéré comme un choix fondamental¹²³.

118. *Carter*, *supra* note 13 au para 65, citant *Carter v Canada (AG)*, 2012 BCSC 886 au para 1326 [*Carter BCSC*].

119. Nos soulignements. *Ibid.*

120. *Ibid* au para 68, citant *Carter BCSC*, *supra* note 118 au para 1326.

121. Cette conclusion repose en outre sur la jurisprudence de la common law reconnaissant que les parents sont généralement les mieux placés pour prendre soin de leurs enfants et pour prendre les décisions nécessaires à leur bien-être. *Blencoe c Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, [2000] 2 RCS 307 au para 83 (J Laforest, avec l'accord des JJ Gonthier et McLachlin).

122. *Ciarlariello c Schacter*, [1993] 2 RCS 119 à la p 135 (J Cory). Voir également *Nancy B c Hôtel-Dieu de Québec*, [1992] RJQ 361 (CS) ; *Marcoux c Bouchard*, 2001 CSC 50, [2001] 2 RCS 726 (article 1 de la Charte québécoise). La décision de l'adolescent mature pourra tout autant être protégée. *AC c Manitoba (Directeur des services à l'enfant et à la famille)*, 2009 CSC 30, [2009] 2 RCS 181. En contexte biomédical, l'urgence d'agir ou encore l'intérêt public pourra toutefois justifier d'outrepasser l'absence de consentement individuel. Par exemple, une restriction au droit à l'autonomie d'une personne obligée de recevoir un vaccin peut être justifiée par des motifs de santé publique conformément à l'article 9.1 de la Charte québécoise. *Charbonneau c Poupart*, (1990) RJQ 1136 (CS).

123. *Godbout c Longueuil (Ville)*, *supra* note 84. Voir nos commentaires à la note 85.

L'autonomie personnelle est également une valeur constitutionnelle, c'est-à-dire un principe constitutionnel non écrit, qui découle nécessairement du texte de la Charte canadienne. Cela signifie que l'autonomie *en tant que principe* juridique (et non uniquement en tant que droit) façonne l'architecture de la Constitution et de la Charte canadienne en particulier. Le principe d'autonomie doit à la fois être interprété à la lumière de la Constitution dans son ensemble et participer à l'interprétation de celle-ci comme un tout cohérent. Il en va par exemple de même de la valeur d'égalité¹²⁴ et des principes constitutionnels sous-jacents comme la démocratie, le constitutionnalisme et la primauté du droit¹²⁵. La règle de droit nécessite d'interpréter comme un ensemble tous les principes, normes, valeurs et règles constitutionnelles. Chacun des éléments de cet ensemble n'a pas de sens précis s'il est considéré isolément. Chaque élément doit plutôt s'interpréter par rapport aux autres. Les éléments normatifs spécifiques tirent leur normativité des valeurs ou principes plus généraux¹²⁶.

Cela dit, quels liens juridiques existent-ils entre l'autonomie et le consentement à une renonciation ? Dans une tradition de libéralisme des droits comme la nôtre, on s'expliquerait mal que l'individu n'ait aucune « liberté » face à ses droits, peu importe les circonstances. Comme l'affirmait la Cour suprême dans l'arrêt emblématique *Carter*, la sphère de protection du droit à la vie n'inclut pas un *droit à la mort ou un droit de mourir dans la dignité*¹²⁷. Cependant, cela ne signifie pas que « les personnes ne peuvent “renoncer” à leur droit à la vie. Il en résulterait une “obligation de vivre” plutôt qu’un “droit à la vie” »¹²⁸. L'autonomie en tant que droit et *valeur* transcende donc les motifs de la Cour.

Une des prémisses de l'assujettissement de la validité de la renonciation au consentement « libre et éclairé » réside dans

124. De manière similaire à l'autonomie, l'égalité est à la fois un droit et un principe constitutionnel non écrit découlant nécessairement du texte de l'article 15 de la Charte canadienne.

125. Voir notamment le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 RCS 217 aux para 49-82 ayant reconnu ces principes ainsi que le fédéralisme et la protection des minorités à titre de principes constitutionnels sous-jacents.

126. Sur la fonction normative des principes constitutionnels non écrits qui découlent nécessairement du texte de la Constitution, voir Luc B Tremblay, « Les principes constitutionnels non écrits », (2012) 17:1 *Review of Constitutional Studies* 15 à la p 20.

127. *Carter*, *supra* note 13 aux para 59-62.

128. *Ibid* au para 63.

l'hypothèse que c'est cette norme juridique qui garantirait au mieux l'autonomie personnelle. Le consentement de l'individu exprimerait dans tous les cas le choix véritable de l'individu, lequel serait garant de l'autonomie. La vigilance s'impose afin d'éviter de tels raccourcis.

Par exemple, dans l'arrêt *Carter*, la Cour suprême écrivait qu'« il est clair qu'une personne qui demande une aide médicale à mourir [...] "le fait à cause d'une croyance profondément personnelle et fondamentale sur la façon de vivre sa vie, ou de mourir" »¹²⁹. Or, il est impératif de replacer ces motifs dans leur contexte complet. La Cour citait ici expressément l'analyse du juge Binnie dans l'arrêt *AC c Manitoba* où il était question d'un refus de transfusion sanguine pour des motifs religieux. C'est dans ce contexte précis que le juge Binnie a opiné qu'une personne qui refuse, *pour des motifs religieux*, un traitement pouvant lui sauver la vie, le fait en raison d'une croyance sincère. Il n'y a pas lieu de remettre en question la sincérité de cette croyance religieuse pour faire échec au respect du droit à l'autonomie de la personne. Cela ne signifie évidemment pas que toute personne qui communique un consentement à une aide à mourir, renonçant ainsi au droit à la vie, communique dans tous les cas un choix réellement autonome.

Le consentement libre et éclairé joue donc un rôle fondamental dans le processus menant à déterminer si une renonciation à un droit fondamental est valable dans la mesure où il assure l'autonomie de la personne. Or, l'autonomie est une norme juridique allant au-delà du seul consentement, nous l'exposons ci-après.

2.2 L'autonomie au-delà du consentement

L'autonomie vise à garantir la possibilité pour les personnes de se gouverner elles-mêmes, de mettre en œuvre leur volonté quant à des dimensions fondamentales de la conduite de leur vie. Le consentement est un *moyen* de permettre aux individus d'exprimer, dans la mesure du possible, leurs volontés. L'autonomie englobe donc bien davantage que l'unique consentement, et ne saurait y être assimilée. Si l'autonomie justifie donc la prise

129. *Ibid* au para 68, citant le juge Binnie dans *AC c Manitoba (Directeur des services à l'enfant et à la famille)* au para 219.

en compte du consentement exprimant la volonté *subjective* du renonçant, nous verrons qu'elle limite également la portée du consentement en raison de sa composante *objective*.

L'autonomie comme principe à la fois juridique et éthique peut être conceptualisée selon trois modèles généraux : (i) l'autonomie objective nécessitant de fonder ses choix sur des principes partagés, voire universels ; (ii) l'autonomie subjective ou rationnelle posant que les choix véritablement autonomes de l'individu sont ceux qui lui permettent de se gouverner selon ses valeurs quant à la conduite générale de son existence ; et (iii) le pur « libre-choix » selon lequel l'expression de n'importe quelle volonté serait « autonome ». Or, seuls les deux premiers modèles comportent des caractéristiques valables du concept d'autonomie retenu par la jurisprudence de la Cour suprême¹³⁰.

Dans le récent arrêt *Carter* où l'autonomie fut l'objet d'une analyse approfondie, une conceptualisation à la fois objective et subjective de l'autonomie en fin de vie fut retenue. D'une part, le *droit à la liberté* protège le droit des personnes de demander en certaines circonstances une aide à mourir dans la mesure où il s'agit d'un « choix “compatible avec les valeurs qu'elles ont eues toute leur vie et qui reflète leur vécu” »¹³¹. Il s'agit donc d'une dimension subjective de l'autonomie. D'autre part, l'exclusion expresse par la Cour suprême d'un « droit à la mort » ou d'un « droit de mourir dans la dignité » de la sphère de protection du droit à la vie¹³² constitue une dimension objective du droit à l'autonomie en fin de vie. Si cette conception globale de l'autonomie a justifié l'ouverture légale à l'aide médicale à mourir, elle devra justifier également ses limites¹³³.

Bien avant l'arrêt *Carter*, la Cour suprême avait d'ailleurs reconnu une inévitable composante objective au droit à l'autonomie garanti à l'article 7 de la Charte canadienne. Ainsi, il ne suffit pas de démontrer qu'un choix est *subjectivement* fondamental pour un individu, voire qu'il est essentiel à son *sentiment subjectif* de

130. Voir Karine Millaire, « Le concept d'autonomie dans l'arrêt *Carter c Canada* : Au-delà du libre-choix », (2017) 63:2 *Revue de droit de McGill* 283 aux p 288-300.

131. *Carter*, *supra* note 13 au para 65 citant *Carter BCSC* au para 1326.

132. *Ibid* au para 59.

133. Voir généralement Millaire, « Le concept d'autonomie dans l'arrêt *Carter c Canada* : Au-delà du libre-choix », *supra* note 130.

dignité, pour que celui-ci soit protégé par l'article 7. La composante objective du droit à l'autonomie pourra exclure certaines prétentions de sa sphère de protection ou restreindre leur portée. Par exemple, même si consommer de la marijuana est considéré comme « un aspect central de son mode de vie [...] la portée de la Constitution ne saurait être élargie pour protéger toute activité qu'une personne choisit de définir comme essentielle à son mode de vie¹³⁴. Cette prétention a donc été exclue. De plus, le droit à l'autonomie protège le droit du parent de choisir un traitement médical pour son enfant et de l'éduquer *sans ingérence indue* de la part de l'État¹³⁵. N'est pas protégé le droit d'éduquer ses enfants « comme on l'entend »¹³⁶. La liberté parentale est donc limitée par la composante objective de l'autonomie.

Il est également pertinent de relever le rôle de l'autonomie à titre de valeur constitutionnelle dans certaines affaires menant à remettre en question l'idée de « choix véritable » exprimé par un consentement explicite ou tacite. Nous retenons deux exemples significatifs pour lesquels une atteinte à l'article 7 a invalidé des dispositions législatives portant sur d'importants enjeux sociaux. Bien que le *droit* à l'autonomie n'était pas en cause, la *valeur* de l'autonomie transcende l'analyse des juges. Dans l'affaire *Canada (Procureur général) c PHS Community Services Society*¹³⁷, la Cour suprême a conclu que le refus ministériel de renouveler une exemption à une législation interdisant la possession de certaines drogues, et ce, aux fins de permettre les activités d'un centre d'injection supervisée, portait atteinte aux droits des usagers du centre à la vie, à la liberté et à la sécurité de façon non conforme aux principes de justice fondamentale. De nombreux risques pour la santé, la sécurité, voire la vie, découlent de certaines pratiques liées aux drogues injectables et de matériel non hygiénique et non pas des drogues elles-mêmes¹³⁸. Le refus du ministre d'exempter le

134. *R c Malmo-Levine ; R c Caine*, 2003 CSC 74, [2003] 3 RCS 571 au para 86. Voir également *Association des juristes de justice c Canada (Procureur général)*, 2017 CSC 55, [2017] 2 RCS 456 aux para 48-52.

135. *B(R) c Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 RCS 315 au para 71 (j La Forest). Cette protection ne protège pas toutefois l'intégrité de la cellule familiale comme telle (para 72).

136. *Ibid* au para 74, référant aux motifs de la juge Wilson dans *La Reine c Jones*, [1986] 2 RCS 284 à la p 318.

137. *Canada (Procureur général) c PHS Community Services Society*, 2011 CSC 44, [2011] 3 RCS 134.

138. *Ibid* au para 93.

centre *Insite* avait ainsi pour effet que les clients étaient « privés de soins médicaux susceptibles de leur sauver la vie »¹³⁹. Le droit à la liberté n'entraînait directement en jeu qu'en ce que la prohibition législative prévoyait la possibilité de peines d'emprisonnement en cas d'infraction¹⁴⁰.

Toutefois, la nature de l'autonomie comme valeur a été abordée indirectement en réponse à un argument soumis par le Procureur général du Canada fondé voulant que la consommation de drogues constituerait un choix personnel. Dans cette perspective, les risques encourus par les toxicomanes quant à leur vie, leur liberté et leur sécurité découleraient de leur propre choix et ne pourraient être attribués à l'État. La Cour a rejeté cet argument en soulignant la « capacité limitée chez certaines personnes de choisir de ne pas consommer de drogue »¹⁴¹. Les juges ont également rejeté l'argument selon lequel la moralité même de l'activité réglementée, à savoir en l'espèce la consommation de drogues injectables, serait pertinente pour déterminer si une décision administrative ou une loi en restreignant l'exercice constitue une atteinte aux droits constitutionnels des personnes visées¹⁴².

Des arguments similaires ont été invoqués dans l'affaire *Bedford*¹⁴³ ayant déclaré inconstitutionnelles certaines dispositions du *Code criminel* interdisant la tenue de maisons de débauche¹⁴⁴, le proxénétisme¹⁴⁵ et la communication en public à des fins de prostitution¹⁴⁶, et ce, dans la mesure où la prostitution n'est pas un crime. Les procureurs généraux de l'Ontario et du Canada ont plaidé que les risques encourus par les prostituées découlaient de

139. *Ibid* au para 91.

140. *Ibid* au para 93.

141. Nos soulignements. *Ibid* au para 100.

142. *Ibid* au para 102.

143. *Canada (Procureur général) c Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 RCS 1101.

144. Cette interdiction est inconstitutionnelle dans la mesure où elle prive les prostituées d'effectuer leurs activités à l'intérieur dans un lieu sûr et peut les forcer à se prostituer dans des lieux risqués. *Ibid* aux para 61-67.

145. Cette interdiction est inconstitutionnelle dans la mesure où elle est si large qu'au-delà de contrer le « parasitisme » (*R c Downey*, [1992] 2 RCS 10), elle empêche les prostituées de prendre des mesures pouvant accroître leur sécurité, comme l'embauche d'un chauffeur, d'un réceptionniste ou d'un garde du corps. *Ibid* aux para 66-67.

146. Cette interdiction est inconstitutionnelle dans la mesure où elle empêche les prostituées d'évaluer leurs clients éventuels, ainsi que de convenir de l'utilisation du condom ou d'un lieu sûr, les rendant ainsi plus vulnérables. *Ibid* aux para 68-72.

leurs propres choix de se livrer à des activités risquées. La Cour suprême a rejeté cet argument puisque « de nombreuses prostituées n'ont pas vraiment d'autre solution que la prostitution »¹⁴⁷. Les juges ont ainsi rejeté que soit suffisant pour imputer un présumé « choix risqué » aux prostituées le fait qu'« elles peuvent conserver un certain pouvoir minimal de choisir [c'est-à-dire] “un choix limité”. [Ainsi,] on ne peut dire qu'elles “choisissent” véritablement une activité commerciale risquée (voir *PHS*, aux para 97-101) »¹⁴⁸.

Il découle de ces deux affaires qu'on ne peut imputer à une personne de *choisir* ou de *consentir* à des activités comportant des risques pour sa vie, sa liberté ou sa sécurité, si ce choix n'est pas *véritable*. Or, un choix véritable ne peut s'entendre d'un choix limité, d'une décision qui repose seulement sur un *certain pouvoir* de choisir. Dans ces cas, on ne pourra pas conclure que l'expression d'une certaine volonté de l'individu constitue véritablement un *choix autonome*. On ne pourra pas d'ailleurs opposer cette volonté en tant que *renonciation implicite* à la protection des droits à la vie, à la liberté et à la sécurité lorsqu'une règle législative les restreint.

En définitive, cette tension entre les nécessaires composantes à la fois objective et subjective de la valeur et du droit à l'autonomie était déjà bien exposée par les propos suivants de la juge Wilson dans l'affaire *Morgentaler* :

La *Charte* est fondée sur une conception particulière de la place de l'individu dans la société. Un individu ne constitue pas une entité totalement coupée de la société dans laquelle il vit. Cependant l'individu n'est pas non plus un simple rouage impersonnel d'une machine subordonnant ses valeurs, ses buts et ses aspirations à celles de la collectivité. L'individu est un peu les deux.¹⁴⁹

CONCLUSION : AUTONOMIE ET CONSENTEMENT VÉRITABLEMENT « LIBRE ET ÉCLAIRÉ »

L'existence d'un consentement véritablement libre et éclairé en matière de renonciation aux droits et libertés de la personne peut être évaluée à la lumière de cinq principes généraux, à savoir : (i) la pleine connaissance de la protection en jeu ; (ii) la

147. *Ibid* au para 86.

148. Nos soulignements. *Ibid*.

149. Nos soulignements. *R c Morgentaler*, [1988] 1 RCS 30 au para 224 (j Wilson).

connaissance des conséquences de la renonciation ; (iii) l'existence d'options véritables ; (iv) l'existence d'un consentement suffisamment précis ; et (v) l'existence et la mise en œuvre de mécanismes de protection de second ordre, le cas échéant.

L'état du droit actuel permet de relever plusieurs incertitudes quant à la portée précise de ces principes, lesquelles pourront être discutées notamment dans la jurisprudence à venir. Quelle est la portée de la norme de la « pleine connaissance »¹⁵⁰ ? Dans quelle mesure le renonçant doit-il connaître toutes les particularités de son cas¹⁵¹ ? Dans quelle mesure l'obligation d'informer constitue une obligation davantage de moyens ou de résultat ? L'obligation d'informer emporte-t-elle un devoir, ne serait-ce que minimal, de s'informer ou de ne pas empêcher la réalisation de l'obligation d'informer ? Les responsabilités réciproques des parties à cet égard sont-elles de nature différente lorsque la renonciation intervient en « contexte privé »¹⁵² ? Suivant l'arrêt *R c Wong*, le renonçant possède-t-il la capacité de renoncer non seulement à exercer ses droits fondamentaux, mais encore à l'équité même du processus, laquelle intéresse l'ensemble de notre société démocratique ?

Certaines questions touchent plus particulièrement la protection de la vie privée. Si une personne ignore les conséquences possibles d'une renonciation, peut-on affirmer qu'elle effectue un « choix véritable » au moment où elle pose un geste aussi banal qu'envoyer un message texte ou cocher une case d'acceptation de transmission d'informations personnelles par ordinateur¹⁵³ ? Comment justifier que la renonciation à certains droits soit possible par un consentement implicite, comme dans le cas de la vie privée, alors que la renonciation à d'autres droits serait protégée par un consentement *clair, précis et explicite*¹⁵⁴ ? L'exigence en matière

150. *Clarkson*, *supra* note 5 au para 18.

151. Cette question se pose toujours depuis *Clarkson*, *supra* note 5.

152. Cette question se dégage notamment des motifs du juge Binnie dans l'arrêt *Syndicat Northcrest c Amselem*, *supra* note 19. Voir notre analyse à la p 7.

153. Voir par exemple l'étude suivante démontrant que les contrats dans internet, même s'ils sont supposés avoir été lus, sont « largement ignorés ou mal connus ». Geroges Azzaria et Hélène Zimmermann, « Pratiques et représentations des internautes québécois en matière de consentement, de droit à la vie privée et de droit d'auteur », (2019) 24 *Lex-electronica* 1.

154. Nous référons aux propos de la Cour suprême sur la renonciation potentielle à la liberté de religion dans *Syndicat Northcrest c Amselem*, *supra* note 19 au para 100.

de précision devrait-elle être liée à la gravité des conséquences de la renonciation en cause plutôt qu'à la nature « théorique » d'un droit fondamental ?

Les incertitudes quant à ce qui constitue en théorie et en pratique un consentement véritablement libre et éclairé doivent être clarifiées à la lumière du principe constituant le fondement du régime général du consentement : l'autonomie. Une compréhension approfondie de l'autonomie mène à constater que celle-ci exige davantage que la simple « liberté » d'exprimer n'importe quel consentement et qu'elle comporte à la fois des composantes subjectives et objectives. L'autonomie exige davantage que le seul consentement, aussi « libre et éclairé » puisse-t-il être. C'est ce que confirment d'ailleurs certaines zones d'ombre et d'incertitudes de la jurisprudence en matière de consentement à la renonciation. L'autonomie fonde et limite à la fois la portée du consentement.

En définitive, c'est inévitablement vers une conceptualisation plus claire de la renonciation en tant que transaction et limitation aux droits et libertés qu'il faille se tourner pour mieux situer le rôle procédural du consentement. Une telle conceptualisation devrait permettre de mieux réconcilier la liberté subjective de choisir de renoncer à ses droits avec la nécessité d'une justification objective et cohérente de la renonciation au regard de la primauté du droit dans notre société libre et démocratique. Cette conceptualisation devrait combiner « un peu des deux ».

L'éducation des enfants : une concurrence de droits et devoirs entre les établissements scolaires et les titulaires de l'autorité parentale ?

Josiane LANDRY et Jean-Sébastien SAUVÉ

Résumé

Si les parents ont un rôle important à jouer dans la vie scolaire de leur enfant, il est également accordé aux établissements scolaires une marge de manœuvre afin de réaliser pleinement chacun des objectifs d'enseignements visés. Face à une judiciarisation accrue des rapports entre les familles et les écoles et dans le contexte d'une éventuelle réforme du droit de la famille et peut-être même du droit de la jeunesse, il est intéressant d'analyser certains aspects juridiques entourant cette relation tripartite entre les établissements scolaires, l'enfant et ses parents en tenant compte de la portée de leurs droits et devoirs ainsi que des événements susceptibles de se produire dans la vie scolaire de l'enfant.

L'éducation des enfants : une concurrence de droits et devoirs entre les établissements scolaires et les titulaires de l'autorité parentale ?

Josiane LANDRY et Jean-Sébastien SAUVÉ*

INTRODUCTION	85
1. LES DROITS ET DEVOIRS DU PARENT EN CONTEXTE ÉDUCATIF	88
A) La sphère privée	88
I) L'autorité parentale.....	89
II) L'autonomie parentale.....	95
B) La sphère publique	106
I) Le droit interne	106
1) Le droit scolaire	106
2) Le droit de la jeunesse	108

* M^e Josiane Landry est avocate (Barreau du Québec – 2007) et détient un D.E.S.S. en gestion (HEC Montréal – 2011). M^e Jean-Sébastien Sauvé est avocat (Barreau du Québec – 2010) et docteur en droit (Université de Montréal – 2017). Nous tenons à remercier chaleureusement M^e France Pedneault, M^e Michaël Lessard ainsi que M^e Marie-Ève Dufort pour les commentaires et suggestions formulés sur une version préliminaire de cet article. Bien que l'auteur et l'autrice travaillent tous deux pour des commissions scolaires, c'est à titre personnel qu'ils publient ce texte. Les opinions exprimées n'engagent qu'eux et non les organisations pour lesquelles ils travaillent.

II) Le droit international	112
2. ÉTUDES DE CAS EN CONTEXTE SCOLAIRE	113
A) Les éléments de contenu enseignés à l'enfant	114
I) Le contenu prescriptif	115
II) Les autres options	120
1) L'enseignement à la maison	120
2) L'obligation de fréquentation scolaire	124
B) Le fonctionnement de l'établissement scolaire	131
CONCLUSION	138
Note au lectorat	139

INTRODUCTION

Le droit québécois reconnaît le parent comme premier éducateur de son enfant. À titre de titulaire de l'autorité parentale, ce dernier a le droit et le devoir d'éduquer son enfant¹. Tôt ou tard, l'enfant intégrera un centre de la petite enfance, une garderie ou l'école, ce qui constituera un tournant, non seulement dans sa vie, mais aussi dans celle de ses parents. Cela ne signifie pas pour autant que ce changement majeur mettra fin au rôle d'éducateur ayant été attribué au parent, bien au contraire.

La *Loi sur l'instruction publique*² place le parent³ au cœur de la vie scolaire de son enfant. En effet, une place centrale lui est réservée pour plusieurs décisions qui concernent directement son enfant. C'est le parent qui choisit l'école⁴. C'est le parent, également, qui choisit, dans certaines situations et selon l'offre qui lui est faite, le programme pédagogique dans lequel évoluera son enfant⁵. Ce dernier étant soumis à l'obligation de fréquentation scolaire, il ne pourra s'absenter de l'école sans raison valable⁶. Conséquemment, le législateur compte sur l'appui du parent, qui doit prendre « les moyens nécessaires » pour que son enfant fréquente l'école⁷.

S'il le désire, le parent peut aussi s'impliquer dans la vie de l'établissement fréquenté par son enfant et influencer non seulement les décisions relatives à son enfant, mais également les décisions concernant l'ensemble des élèves. À titre de bénévole,

1. CcQ, art 599.

2. RLRQ, c I-13.3, ci-après nommée « LIP ».

3. Au sens du paragraphe 13(2) de la *Loi sur l'instruction publique*, « le titulaire de l'autorité parentale ou, à moins d'opposition de ce dernier, la personne qui assume de fait la garde de l'élève » est un « parent ». Cette définition est intéressante, puisque le terme « parent », tel que généralement compris en droit civil québécois, se réfère à deux personnes seulement, soit les père(s) et mère(s) de l'enfant. Voir à cet effet Robert Leckey, « The Practices of Lesbian Mothers and Quebec's Reforms », (2011) 23 CJWL 579, 588.

4. LIP, art 4.

5. LIP, art 4.

6. LIP, art 14 et 15.

7. LIP, art 17.

il pourra apporter son soutien aux activités organisées par l'établissement, à moins qu'il ait des antécédents judiciaires incompatibles avec ce rôle⁸. Chaque année, il sera invité à l'assemblée générale des parents – le nom de cette assemblée ne pourrait être plus explicite – où il élira, parmi ses pairs, ceux qui siégeront au conseil d'établissement et la personne qui, parmi elles, agira comme représentant au comité de parents⁹. Au cours de la même assemblée, les parents se prononceront également sur l'opportunité de créer ou non un organisme de participation des parents¹⁰. S'il est créé, cet organisme aura pour fonction « de promouvoir la collaboration des parents à l'élaboration, à la réalisation et à l'évaluation périodique du projet éducatif de l'école ainsi que leur participation à la réussite de leur enfant »¹¹. S'il le souhaite, le parent pourra aussi s'impliquer au sein de la commission scolaire, en se faisant élire commissaire-parent¹², ou encore en devenant membre du comité consultatif des services aux élèves handicapés et aux élèves en difficulté d'adaptation ou d'apprentissage (généralement appelé « comité ÉHDAA »), si toutefois il est le parent d'un tel élève¹³. Force est donc d'admettre, à la lumière de ce qui précède, que le parent est appelé à s'impliquer de près ou de loin dans la vie scolaire de son enfant.

Au premier regard, la place centrale qu'occupe le parent dans la vie scolaire de son enfant ne lui permet pas de déterminer ou d'influencer la matière enseignée en classe¹⁴ – nous y reviendrons en détail plus loin (voir à cet effet la section 2A). La *Loi sur l'instruction publique* reconnaît à l'enseignant-e le droit de diriger la conduite de chaque groupe d'élèves qui lui est confié, sous réserve, cependant, du projet éducatif de l'école et des dispositions de cette même loi. Ce droit lui permet notamment « de prendre les modalités d'intervention pédagogique qui correspondent aux besoins et aux objectifs fixés pour chaque groupe ou pour chaque élève qui lui

8. LIP, art 258.1 et s.

9. LIP, art 47.

10. LIP, art 96.

11. LIP, art 96.2.

12. LIP, art 143(2). Par ailleurs, sous réserve des critères d'éligibilité, tout parent peut, lors d'une élection scolaire, poser sa candidature afin de devenir commissaire scolaire, comme tout autre citoyen peut le faire. À cet effet, voir LIP, art 143(1).

13. LIP, art 185.

14. Dans les écoles publiques offrant des cheminements alternatifs (souvent appelées « écoles alternatives »), le parent sera toutefois appelé à s'impliquer davantage, en participant par exemple à la formation donnée par l'enseignant-e en classe.

est confié » et « de choisir les instruments d'évaluation des élèves qui lui sont confiés afin de mesurer et d'évaluer constamment et périodiquement les besoins et l'atteinte des objectifs par rapport à chacun des élèves qui lui sont confiés en se basant sur les progrès réalisés »¹⁵. Il ne revient pas non plus au parent de contrôler la qualité de la matière enseignée, pas plus qu'il ne lui revient de déterminer les sanctions applicables en cas de non-respect par son enfant des normes énoncées au code de vie de l'école. Ce rôle revient au directeur d'école, qui en « assure la direction pédagogique et administrative [...] et [qui] s'assure de l'application des décisions du conseil d'établissement et des autres dispositions qui régissent l'école »¹⁶, et à son équipe.

Force est donc de constater, à la lecture de la *Loi sur l'instruction publique*, que le législateur a souhaité donner au parent un rôle important à jouer dans la vie scolaire de son enfant. Ce rôle a toutefois été balisé de façon à laisser aux enseignant·e·s et aux directions d'école la marge nécessaire afin de réaliser pleinement chacun des objectifs poursuivis par l'école, c'est-à-dire « d'instruire, de socialiser et de qualifier les élèves, tout en les rendant aptes à entreprendre et à réussir un parcours scolaire »¹⁷. Cela ne signifie pas pour autant que le parent n'a aucun rôle à jouer à cet égard. Il a, à titre de titulaire de l'autorité parentale, le droit et le devoir d'éduquer son enfant¹⁸. Ses droits et libertés, garantis par la *Charte des droits et libertés de la personne*¹⁹ et la *Charte canadienne des droits et libertés*²⁰, lui permettent d'exercer une influence sur l'instruction que recevra son enfant. C'est cette concurrence de droits et de devoirs qui retient notre attention dans le cadre de cet article.

15. LIP, art 19. Ce droit s'exerce toutefois sous réserve des dispositions du *Régime pédagogique de l'éducation préscolaire, de l'enseignement primaire et de l'enseignement secondaire*, RLRQ, c I-13.3, r 8 et du *Programme de formation de l'école québécoise*, lequel peut être consulté à l'adresse suivante : <<http://www.education.gouv.qc.ca/enseignants/pfeq/>>.

16. LIP, art 96.12 al 2.

17. LIP, art 36 al 2.

18. CcQ, art 599. À moins qu'un tribunal prononce la déchéance de l'autorité parentale ou le retrait de cet attribut, le titulaire de l'autorité parentale sera obligé d'exercer ce droit et ce devoir d'éducation. Voir à cet effet les articles 606 à 610 du *Code civil du Québec*.

19. RLRQ, c C-12, art 41 (cette loi étant ci-après désignée « *Charte québécoise* »).

20. *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R-U), 1982, c 11, art 2 a) et 7 (cette loi étant ci-après désignée « *Charte canadienne* »).

Nous mettrons donc en lumière certains aspects juridiques découlant de cette relation tripartite entre l'établissement scolaire, l'enfant et le parent, en ciblant plus précisément l'éducation des enfants. Pour ce faire, dans la première partie, nous cernerons la portée des droits et devoirs du parent en contexte éducatif, lesquels doivent s'exercer conformément au cadre juridique applicable. Dans la deuxième partie, nous nous intéresserons à certains événements qui pourront se produire dans la vie scolaire de l'enfant. Dans un contexte où l'on observe, sur le terrain, une juridicisation accrue des rapports entre les familles et les établissements scolaires, une telle réflexion nous paraît opportune, surtout dans le contexte d'une éventuelle réforme du droit de la famille et peut-être même du droit de la jeunesse. Avant d'aller plus loin, nous précisons que ce texte a été rédigé en prenant, comme point de référence, la situation prévalant pour les écoles publiques québécoises, lesquelles sont régies par la *Loi sur l'instruction publique*. Bien que des liens puissent par moment être tissés entre les écoles publiques et les écoles privées, nous soulignons que les enjeux relatifs à la *Loi sur l'enseignement privé*²¹ n'ont pas été étudiés.

1. LES DROITS ET DEVOIRS DU PARENT EN CONTEXTE ÉDUCATIF

L'éducation relève à la fois de la sphère privée et de la sphère publique. La sphère privée, d'une part, puisque les père et mère de l'enfant, à titre de titulaires de l'autorité parentale, ont notamment un droit et un devoir d'éducation (Section A). La sphère publique, d'autre part, puisque l'État voit un intérêt dans la scolarisation de ses citoyen-ne-s (Section B). C'est par l'interrelation entre l'une et l'autre de ces sphères qu'il est possible, pour le parent, d'avoir un impact sur le cheminement scolaire de son enfant.

A) La sphère privée

Lorsqu'il est question d'éducation, la sphère privée touche deux acteurs clés, soit le parent et l'enfant. À titre de titulaire de l'autorité parentale, les père et mère ont notamment, à l'égard de leur enfant, le droit et le devoir d'éducation²² (Sous-section I).

21. RLRQ, c E-9.1.

22. CcQ, art 599 al 1.

L'enfant, en retour, leur doit respect²³. Jouissant également de son autonomie parentale (Sous-section II), le parent peut notamment faire des choix relatifs à l'éducation de son enfant. Avant d'atteindre la majorité ou d'être émancipé, ce dernier n'a pas la liberté de prendre les décisions importantes relatives à son éducation²⁴, ce qui ne signifie pas pour autant – à notre avis du moins – que le parent a carte blanche pour imposer à son enfant toutes ses croyances et tous ses désirs relatifs à l'éducation.

D) L'autorité parentale

Dans un article, M^e Nicole Roy remarquait avec justesse que « [l]a notion d'autorité parentale nous est maintenant si familière que l'on tend parfois à oublier qu'elle n'a pas toujours existé »²⁵. Ce n'est pourtant qu'en 1977 qu'elle fit son apparition dans la législation québécoise à titre de remplaçante de la puis-

23. CcQ, art 597. Voir aussi Comité consultatif sur le droit de la famille, sous la présidence de Alain Roy, *Pour un droit de la famille adapté aux nouvelles réalités conjugales et familiales*, Québec, Ministère de la Justice, 2015 à la p 204 ; Nicholas Kasirer, « Honour Bound », (2001) 47 McGill LJ 237.

24. Il est intéressant, ici, de constater l'omission ayant été faite par le législateur à l'article 156 du *Code civil du Québec*, qui énonce que « [l]e mineur de 14 ans et plus est réputé majeur pour tous les actes relatifs à son emploi, ou à l'exercice de son art ou de sa profession ». On constate également, à la lecture des articles 11 et suivants du même code, que le mineur de 14 ans et plus jouit d'une autonomie beaucoup plus grande en matière de santé, celui-ci pouvant consentir de façon autonome à certains soins le concernant. Cette autonomie se répercute également en matière d'accès aux documents. En effet, le deuxième alinéa de l'article 21 de la *Loi sur les services de santé et les services sociaux*, RLRQ, c S-4.2 énonce notamment qu'« [u]n établissement doit également refuser au titulaire de l'autorité parentale l'accès au dossier d'un usager âgé de 14 ans et plus lorsque, après avoir été consulté par l'établissement, cet usager refuse que le titulaire de l'autorité parentale reçoive communication de son dossier ». En contexte scolaire, la situation est tout autre, puisque le dossier du mineur de 14 ans et plus sera généralement accessible au titulaire de l'autorité parentale, sans qu'il soit nécessaire de consulter l'élève. À cette règle générale s'ajoutent trois exceptions. Les renseignements concernant le mineur de 14 ans et plus ne seront pas accessibles au titulaire de l'autorité parentale (1) si ceux-ci sont couverts par le secret professionnel relié aux services rendus à l'élève par un professionnel de l'établissement scolaire (pour autant que la consultation ait été amorcée par l'élève), (2) si ceux-ci sont de nature médicale ou psychosociale et que le mineur en refuse la communication ou (3) si ces renseignements concernant le mineur ou ses parents et permettant de les identifier ont été recueillis dans le cadre de l'application de la *Loi sur la protection de la jeunesse*, RLRQ, c P-34.1. Relativement à cette dernière exception, consulter l'article 72.5 de la loi précitée.

25. Nicole Roy, « L'autorité parentale et l'obligation alimentaire des parents envers leur enfant : deux institutions proposant une conception de l'intérêt de l'enfant et de la famille », (2001) 61 R du B 51, 62.

sance paternelle²⁶. Aussi familière cette notion puisse-t-elle nous paraître aujourd'hui, il semble encore difficile de cerner ce à quoi elle réfère précisément. Le *Code civil du Québec* indique certes que « [l]es père et mère ont, à l'égard de leur enfant, le droit et le devoir de garde, de surveillance et d'éducation » et qu'ils « doivent nourrir et entretenir leur enfant », mais à aucun endroit il ne précise le sens devant être accordé à l'expression « le droit et le devoir » d'une part, et le devoir seulement (« doivent ») d'autre part. Or, puisqu'une partie de l'autorité parentale est déléguée à l'école lorsque les élèves s'y trouvent, il n'est pas vain d'explorer ce qui est inclus dans « le droit et le devoir » d'éducation. En doctrine, on remarque à cet égard une certaine confusion, en ce sens que l'autorité parentale a été définie comme l'« ensemble des pouvoirs et des droits que la loi accorde aux père et mère sur la personne de leurs enfants mineurs non émancipés, pour leur permettre de remplir leur devoir de parents »²⁷, comme l'« [e]nsemble des pouvoirs que la loi reconnaît au père et à la mère ou, dans le cas d'une union civile, aux conjoints, sur la personne et les biens de leurs enfants mineurs qui ne sont pas émancipés »²⁸ ou encore comme l'« [e]nsemble des attributs conférés à une personne par la loi, à titre de parent, envers un enfant mineur ». Bien entendu, il s'agit d'un échantillon, nous ne prétendons pas ici présenter chacune des définitions qui ont pu être proposées par les autrices et auteurs depuis l'arrivée de l'autorité parentale dans notre droit civil.

Il est néanmoins intéressant de constater que chacune de ces définitions semble ajouter à la portée normative des mots ayant été

26. Pour un bref historique du passage de la puissance paternelle à l'autorité parentale, consulter Comité consultatif sur le droit de la famille, sous la présidence de Alain Roy, *Pour un droit de la famille adapté aux nouvelles réalités conjugales et familiales*, Québec, Ministère de la Justice, 2015 aux pp 19 et s. Voir également Nicole Roy, « L'autorité parentale et l'obligation alimentaire des parents envers leur enfant : deux institutions proposant une conception de l'intérêt de l'enfant et de la famille », (2001) 61 R du B 51, 62 et s.

27. Jean Pineau et Marie Pratte, *La famille*, Montréal, Éditions Thémis, 2006 à la p 823. Cette définition a par ailleurs été reprise dans deux rapports d'envergure en droit de la famille québécois. Voir Groupe de travail sur le régime québécois de l'adoption, sous la présidence de Carmen Lavallée, *Pour une adoption québécoise à la mesure de chaque enfant*, Québec, Ministère de la Justice et Ministère de la Santé et des Services sociaux, 2007 à la p 95 et Comité consultatif sur le droit de la famille, sous la présidence de Alain Roy, *Pour un droit de la famille adapté aux nouvelles réalités conjugales et familiales*, Québec, Ministère de la Justice, 2015 à la p 204.

28. Hubert Reid, *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, 3^e éd, Montréal, Wilson & Lafleur, 2004, *sub verbo* « autorité parentale ».

utilisés par le législateur, sans toutefois définir ces derniers. Les mots « droits », « devoirs » et « pouvoirs » ne sont pas, après tout, des synonymes²⁹, et l'on peut bien imaginer, ne serait-ce que par hypothèse, qu'un « droit et devoir » n'a pas la même portée qu'un simple « droit » ou qu'un simple « devoir ». Après tout, comme le veut l'adage, *le législateur ne parle pas pour ne rien dire*. Il peut donc apparaître légitime, sinon intéressant, pour le juriste, de s'interroger sur la portée de l'autonomie ayant été laissée au parent en pareille circonstance. Sachant que le titulaire de l'autorité parentale a un « droit et devoir » de garde, de surveillance et d'éducation, mais un « devoir » de nourrir et d'entretenir son enfant, est-ce dire que son autonomie est plus limitée dans ce second cas qu'elle ne l'est dans le premier cas³⁰ ? Dans un contexte où l'enfant soumis à l'autorité parentale est une personne en situation de besoin, on s'est intéressé, pour voir plus clair dans cette confusion terminologique, aux autres éventualités traitées dans le *Code civil du Québec*. L'une d'entre elles présente certaines similarités : celle du majeur protégé. Comme le mineur assujéti à l'autorité parentale, le majeur protégé se trouve en situation de vulnérabilité. Dans l'un et l'autre des cas, au moins une personne est désignée pour accomplir, à leur égard, certaines actions relatives à leur garde et entretien.

260. Le curateur ou le tuteur **599.** Les père et mère ont, à au majeur protégé a la **respon-** l'égard de leur enfant, **le droit**

29. Un « droit » se rapporte généralement à la personne elle-même, alors qu'un « devoir » la met en relation avec au moins une autre personne. Dans la deuxième édition du *Dictionnaire de droit privé*, on note que le « droit » est une « [p]rérogative que le droit objectif reconnaît à un sujet de droit, le titulaire, dans l'intérêt de ce dernier », alors que le « devoir » réfère au « [l]ien de droit entre deux ou plusieurs personnes, en vertu duquel l'une d'elles, le *débiteur*, est tenue envers une autre, le *créancier*, d'exécuter une prestation déterminée, qui consiste à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose ». Voir *Dictionnaire de droit privé*, 2^e éd, Montréal, Centre Paul-André Crépeau de droit privé et comparé, 2014, *sub verbo* « droit » et « devoir ». Le « pouvoir », quant à lui, « [c]oncerne la possibilité d'exercer les droits qui appartiennent à une autre personne, de gérer l'intérêt d'autrui ». Voir Dominique Goubeau, *Le droit des personnes physiques*, 5^e éd, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2014 au para 457.

30. Par ailleurs, la version anglaise de l'article ne nous permet pas plus de comprendre le sens et la portée des termes ayant été utilisés par le législateur. On lit, en effet :

599. The father and mother have the rights and duties of custody, supervision and education of their children.

They shall maintain their children. (nous soulignons)

sabilité de sa garde et de son entretien ; il a également celle d'assurer le bien-être moral et matériel du majeur, en tenant compte de la condition de celui-ci, de ses besoins et de ses facultés, et des autres circonstances dans lesquelles il se trouve. [...] (nous soulignons)

et le devoir de garde, de surveillance et d'éducation.

Ils **doivent** nourrir et entretenir leur enfant. (nous soulignons)

Cette mise en exergue des articles 260 et 599 CcQ permet de constater que le législateur ne s'est pas exprimé de la même façon lorsqu'il a formulé ses attentes par rapport à chacune des situations visées par les articles. Le curateur ou le tuteur au majeur protégé a été investi d'une « responsabilité »³¹, alors que le titulaire de l'autorité parentale, lui, a soit un « droit et [...] devoir », soit un « devoir » uniquement. Autrement dit, dans le premier cas, la garde et l'entretien sont une responsabilité du curateur ou du tuteur au majeur protégé, alors que dans le second cas, la garde est un droit et devoir du titulaire de l'autorité parentale. L'entretien, quant à lui, est un devoir seulement. Bien entendu, la situation du majeur protégé diffère de celle de l'enfant. Il n'est peut-être pas surprenant que le législateur ait formulé différemment ses attentes face au tuteur, au curateur et au titulaire de l'autorité parentale. On relève toutefois des similitudes dans les deux situations. Les décisions qui concernent le majeur protégé ou l'enfant soumis à l'autorité parentale « doivent être prises dans son intérêt »³², ce qui peut laisser croire, à tout événement, que la « responsabilité », « le droit et le devoir » ainsi que le « devoir » doivent notamment poursuivre un objectif commun : protéger la personne vulnérable. Nous sommes donc pleinement d'accord avec les membres du Comité consultatif sur le droit de la famille lorsque

31. Dans le contexte où nous utilisons ce terme, la responsabilité est définie, comme l'« [o]bligation de remplir un devoir, un engagement ». Voir Hubert Reid, *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, 3^e éd, Montréal, Wilson & Lafleur, 2004, *sub verbo* « responsabilité ».

32. CcQ, art 33 et 257. On constatera au passage qu'en matière de consentement aux soins, le législateur énonce, à l'article 12 CcQ, que « [c]elui qui consent à des soins pour autrui ou qui les refuse est tenu d'**agir dans le seul intérêt** de cette personne [...] ». Cette différence terminologique est aussi intéressante, puisque tant en jurisprudence qu'en doctrine, on a tendance à lire que les décisions prises à l'égard de l'enfant doivent favoriser « son meilleur intérêt », « son seul intérêt » ou encore son « intérêt supérieur », ce qui constitue, encore une fois, un ajout aux mots ayant été utilisés par le législateur.

ces derniers affirmaient que « [l']autorité parentale et les responsabilités qui s'y rattachent doivent être exercées dans l'intérêt de l'enfant et dans le respect de ses droits [...] »³³.

Dans le contexte qui nous occupe, le droit et devoir d'éducation « consiste à assurer le développement psychologique, moral et intellectuel de l'enfant mineur »³⁴ et comprend notamment le droit et devoir de déterminer le genre d'éducation que recevra l'enfant et le lieu où il la recevra, de surveiller l'éducation qu'il recevra et de participer aux décisions relatives à son éducation³⁵. Bien évidemment, cela comporte également la possibilité de choisir l'instruction publique ou privée³⁶ et de transmettre sa foi ainsi que ses croyances à son enfant. À cet effet, il convient de souligner la présence, dans la *Charte des droits et libertés de la personne*, du « droit [du parent ou des personnes qui en tiennent lieu] d'assurer l'éducation religieuse et morale de leurs enfants conformément à leurs convictions, dans le respect des droits de leurs enfants et de l'intérêt de ceux-ci »³⁷. Cet article, qui est en vigueur depuis le 1^{er} juillet 2005, consacre la déconfectionnalisation des écoles publiques québécoises. En effet, auparavant, on lisait plutôt que « [l]es parents ou les personnes qui en tiennent lieu ont le droit d'exiger que, dans les établissements d'enseignement publics, leurs enfants reçoivent un enseignement religieux ou moral conforme à leurs convictions, dans le cadre des programmes prévus par la

33. Comité consultatif sur le droit de la famille, sous la présidence de Alain Roy, *Pour un droit de la famille adapté aux nouvelles réalités conjugales et familiales*, Québec, Ministère de la Justice, 2015 à la p 204. À cela, nous pourrions également ajouter qu'idéalement, l'autorité parentale devrait être exercée dans une perspective de développement de l'enfant permettant de devenir un adulte autonome.

34. Centre Paul-André Crépeau de droit privé et comparé, *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues – Les familles*, 2^e éd, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2016, *sub verbo* « éducation ».

35. Dans l'arrêt *W(V) c S(D)*, l'honorable juge L'Heureux-Dubé citait Pierre-Basile Mignault qui écrivait, dans son ouvrage intitulé *Le droit civil canadien*, qu'il revenait aux parents de déterminer « le genre d'éducation [que l'enfant] recevra, le lieu où il doit résider pour son éducation ou pour son apprentissage ». Voir *W(V) c S(D)*, [1996] 2 RCS 108, citant Pierre-Basile Mignault, *Le droit civil canadien*, t 2, Montréal, Whiteford & Théorêt, 1986 à la p 145. Voir également Jean-Sébastien Vaillancourt, « Exercice de l'autorité parentale et intervention du tribunal. L'enfant : sujet ou objet de droit, qu'en est-il ? », Collection Blais, vol. 4, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2009, EYB2009CBL23.

36. Pour une revue du droit applicable à ce choix, consulter notamment Sylvie Schirm et Pascale Vallant, « L'exercice de l'autorité parentale : mariage à trois pour l'éducation » dans *Développements récents en droit familial (2004)*, coll Développements récents, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2004 à la p 3.

37. *Charte québécoise*, art 41.

loi »³⁸. La modification législative ayant été apportée le 1^{er} juillet 2005 n'a donc rien d'esthétique. Bien au contraire, elle « a eu pour effet d'opérer un changement de paradigme important en ce qu'elle ne met plus à la charge des écoles publiques l'obligation d'assurer aux parents que leurs enfants reçoivent un enseignement religieux ou moral conforme à leurs convictions religieuses »³⁹. Toutefois, le droit pour les parents « d'assurer l'éducation » religieuse de leurs enfants implique à tout le moins que les institutions chargées de veiller à l'éducation et à la garde de leurs enfants prennent les mesures nécessaires afin de ne pas entraver l'exercice de ce droit⁴⁰. C'est l'exercice périlleux que doivent faire tous les jours les intervenants scolaires. Ils doivent enseigner de la matière de façon impartiale, objective et neutre et, malgré toutes leurs précautions, certains faits peuvent tout de même être perçus comme étant contraires à certaines croyances⁴¹. Ce faisant, bien que l'école publique ne soit plus responsable d'offrir aux élèves un enseignement religieux ou moral conforme aux convictions des parents, elle pourra parfois se trouver dans une position délicate, par exemple lorsqu'un parent prétendra qu'une activité prévue au *Programme de formation de l'école québécoise*⁴² va à l'encontre de ses convictions religieuses ou morales. Nous y reviendrons dans la deuxième partie de cet article.

38. *Loi modifiant diverses dispositions législatives de nature confessionnelle dans le domaine de l'éducation*, LQ 2005, c 20, art 13, entré en vigueur le 1^{er} juillet 2005 en vertu de l'article 20 de la loi.

39. Québec (*Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*) c Centre à la petite enfance Gros Bec, 2008 QCTDP 14 au para 136.

40. Québec (*Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*) c Centre à la petite enfance Gros Bec, 2008 QCTDP 14 au para 137.

41. Par exemple, l'enseignement de la théorie de l'évolution de Darwin peut pour certaines personnes être perçu comme portant atteinte à l'enseignement biblique portant sur la création terrestre.

42. Selon le ministère de l'Éducation et de l'Enseignement supérieur, le *Programme de formation de l'école québécoise* « contient un ensemble structuré d'éléments qui permettent la réalisation du projet éducatif qu'il présente. Ses composantes sont ancrées dans les réalités culturelles, économiques, géographiques, historiques, sociales et politiques du Québec contemporain. Le *Programme de formation de l'école québécoise* constitue un repère commun à l'ensemble des acteurs scolaires et sociaux. Il s'agit d'un outil du quotidien pour l'enseignant-e et d'une référence incontournable pour la direction de l'école, l'ensemble du personnel, les membres du conseil d'établissement ainsi que les parents. Sa mise en œuvre repose sur le développement de compétences, c'est-à-dire sur l'acquisition et la mobilisation, par les élèves, de ressources au nombre desquelles se trouvent un ensemble de connaissances admises et partagées ». Voir Ministère de l'Éducation et de l'Enseignement supérieur, « Programme de formation de l'école québécoise », en ligne : <<http://www.education.gouv.qc.ca/enseignants/pfeq/>> (consulté le 12 août 2019).

Il conviendra de souligner, pour l'instant, que la nouvelle mouture de l'article 41 de la *Charte québécoise* innove face à l'ancienne version en ce qu'il prévoit une certaine protection pour l'enfant. En effet, les parents ont certes le droit d'assurer l'éducation religieuse et morale de leurs enfants conformément à leurs convictions, mais ce droit s'exerce « dans le respect des droits de leurs enfants et de l'intérêt de ceux-ci »⁴³. C'est ce qui fait dire au Tribunal des droits de la personne que cette disposition « vise à protéger un groupe vulnérable, les enfants, contre certaines convictions ou pratiques religieuses que leurs parents souhaitent leur imposer »⁴⁴. Elle consacre, d'une certaine façon, les propos des juges Iaccobucci et Major dans l'arrêt *B (R) c Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, selon lesquels il est vrai que « la liberté de croyance puisse être vaste, la liberté d'agir selon ces croyances est beaucoup plus restreinte »⁴⁵, surtout lorsque l'agissement selon cette croyance a un impact direct sur une tierce personne vulnérable, fût-elle l'enfant du parent⁴⁶. D'ailleurs, ce principe est bien illustré en jurisprudence, qu'il soit question d'un refus d'autoriser une transfusion sanguine⁴⁷, de l'imposition de croyances religieuses à un adolescent âgé de 16 ans⁴⁸, ou encore de l'inscription de ses enfants dans l'« école » d'un mouvement sectaire y prodiguant des enseignements⁴⁹.

II) L'autonomie parentale

En exerçant leur droit et devoir d'éducation, les titulaires de l'autorité parentale influencent le cheminement scolaire de leur enfant. Cette influence peut également être le résultat de l'exercice d'un autre droit, celui au respect de sa vie privée, ou d'une

43. *Charte québécoise*, art 41.

44. *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c Centre à la petite enfance Gros Bec*, 2008 QCTDP 14 au para 140.

45. *B (R) c Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 RCS 315 au para 226.

46. Rappelons que la *Convention relative aux droits de l'enfant*, 20 novembre 1989, [1990] 1577 RTNU 3, art 28 et 29 (Résolution 44/25), en ligne : <<https://www.ohchr.org/fr/professionalinterest/pages/crc.aspx>> (consulté le 18 juillet 2019) considère ce dernier comme véritable sujet de droit.

47. *B (R) c Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 RCS 315.

48. *P C (Dans la situation de)*, 2002 CanLII 6583 (CQ).

49. *Droit de la famille – 2494*, [1996] RDF 647 (CS) ; *Procureure générale du Québec c Mission de l'Esprit-Saint*, 2019 QCCS 4970 ; *Procureure générale du Québec c Mission de l'Esprit-Saint*, 2019 QCCS 5716 ; *Mission de l'Esprit-Saint c Procureure générale du Québec*, 2019 QCCA 2074.

autre liberté, la liberté de croyance et de religion, qui sont tous deux garantis tant par la *Charte québécoise*⁵⁰ que la *Charte canadienne*⁵¹. L'exercice de ce droit et de cette liberté constitue, dans le contexte qui nous occupe, « l'autonomie parentale », c'est-à-dire le cadre dans lequel les parents peuvent prendre des décisions par rapport aux affaires qui relèvent de leur famille. L'affaire *B (R) c Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*⁵² figure ici à titre d'exemple par excellence où il fut question d'autonomie parentale. Elle illustre bien, ne serait-ce que par analogie, comment une école pourra avoir du mal à déterminer si le respect des droits et libertés des parents entraînera la négation des droits et libertés de l'enfant, ou encore d'autres facettes du cadre normatif qui s'applique à elle. De telles situations sont particulièrement délicates, puisque si les décisions peuvent être considérées comme allant dans le sens de l'intérêt de l'enfant, mais contraires à la volonté des parents, on pourrait se questionner sur le pouvoir juridique des intervenants scolaires de prendre de telles décisions. Comme la Cour d'appel du Québec l'a déjà souligné, l'obligation d'agir dans le meilleur intérêt de l'enfant ne suspend pas le devoir d'agir conformément au cadre juridique applicable⁵³. Entre le droit et devoir des parents sur la personne de leur enfant, les droits et libertés de l'enfant et les obligations de l'école par rapport audit enfant, qu'est-ce qui aura préséance ?

Dans l'affaire *B (R) c Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, la Cour suprême du Canada devait décider si des parents avaient été illégalement privés de leur droit de choisir un traitement médical pour leur enfant. Cette enfant, prénommée Sheena, avait dû être transférée au *Hospital for Sick Children* de Toronto peu de temps après sa naissance, où elle a reçu plusieurs traitements médicaux. Survint alors la nécessité, selon l'équipe médicale, de procéder à une transfusion sanguine. Sans cette transfusion sanguine, la survie de Sheena était mise en péril.

50. *Charte québécoise*, art 3 et 5.

51. *Charte canadienne*, art 2 a) et 7. On constatera au passage que le droit à la vie privée n'est pas nommément inscrit à cet article. La Cour suprême du Canada a toutefois reconnu qu'il était une composante du droit à la liberté. Voir *Godbout c Longueuil (Ville)*, [1997] RCS 844, 891.

52. [1995] 1 RCS 315.

53. Dans certaines situations, le pouvoir de direction accordé au directeur d'école (voir 96.12 de la *Loi sur l'instruction publique*) permettra de dénouer l'impasse. Cependant, plus la matière touchée sera périphérique à la vie scolaire, plus il sera difficile de justifier une décision en invoquant ce pouvoir.

Ses parents, témoins de Jéhovah, s'y opposèrent néanmoins, invoquant notamment leurs croyances religieuses, en vertu desquelles aucune transfusion sanguine ne pouvait être réalisée. La Cour provinciale de l'Ontario (Division de la famille) fut alors saisie de l'affaire. Elle confia temporairement la tutelle de l'enfant à la Children's Aid Society. Cette dernière a ainsi pu consentir à ce que la transfusion sanguine soit réalisée, après quoi les parents ont pu récupérer leur enfant et retrouver l'ensemble de leurs droits. Les parents, qui depuis le départ contestaient cette façon de procéder, ont poursuivi leur bataille judiciaire jusqu'en Cour suprême du Canada. Le recours formé à cette instance visait notamment à déterminer si l'on avait porté atteinte à leurs droits constitutionnels⁵⁴. Ils soutenaient en effet que les dispositions de la *Child Welfare Act*⁵⁵, qui avaient permis de passer outre leur refus d'autoriser la transfusion sanguine, portaient atteinte à leur liberté de religion et à leur droit à la liberté, respectivement garantis par les articles 2 a) et 7 de la *Charte canadienne*, d'une façon qui ne saurait être justifiée en vertu de l'article premier de cette même loi. Bien que toute l'affaire soit pertinente, en raison des fins qui nous occupent, nous ne nous intéresserons qu'aux motifs ayant été rédigés par le juge La Forest (auxquels ont souscrit les juges Gonthier et McLachlin) ainsi qu'à ceux ayant été rédigés par les juges Iacobucci et Major (auxquels a souscrit le juge Cory).

D'une part, sur le droit à la vie privée (qui a été étudiée par le truchement du droit à la liberté), le premier groupe de juges a déterminé qu'afin de s'acquitter de leurs responsabilités, les parents devaient jouir d'une certaine liberté d'action. Ils écrivent :

Bien que je reconnaisse que les parents ont des responsabilités envers leurs enfants, il me semble qu'ils doivent jouir de droits corrélatifs de s'en acquitter. Une opinion contraire ferait fi de l'importance fondamentale du choix et de l'autonomie personnelle dans notre société. Comme je l'ai déjà mentionné, la common law a toujours présumé, en l'absence d'une démonstration de négligence ou d'inaptitude, que les parents devraient faire tous les choix importants qui touchent leurs enfants, et elle leur a accordé une liberté générale de le faire comme ils l'entendent. Ce droit à la liberté n'est pas un droit parental équivalent à un droit de propriété sur les

54. Considérant les fins de l'article, nous n'étudions pas le pourvoi incident, qui portait sur les dépens.

55. RSO 1980, c 66 (tel qu'elle s'appliquait à l'époque).

enfants. (Heureusement, nous nous sommes dissociés de l'ancienne conception juridique selon laquelle les enfants étaient les biens de leurs parents.) L'État est maintenant activement présent dans bon nombre de domaines traditionnellement perçus comme étant, à juste titre, du ressort privé. Néanmoins, notre société est loin d'avoir répudié le rôle privilégié que les parents jouent dans l'éducation de leurs enfants. Ce rôle se traduit par un champ protégé de prise de décision par les parents, fondé sur la présomption que ce sont eux qui devraient prendre les décisions importantes qui touchent leurs enfants parce qu'ils sont plus à même d'apprécier ce qui est dans leur intérêt et que l'État n'est pas qualifié pour prendre ces décisions lui-même. En outre, les individus ont un intérêt personnel profond, en tant que parents, à favoriser la croissance de leurs propres enfants. Cela ne signifie pas que l'État ne peut intervenir lorsqu'il considère nécessaire de préserver l'autonomie ou la santé de l'enfant. Cette intervention doit cependant être justifiée. En d'autres termes, le pouvoir décisionnel des parents doit être protégé par la Charte afin que l'intervention de l'État soit bien contrôlée par les tribunaux et permise uniquement lorsqu'elle est conforme aux valeurs qui sous-tendent la Charte.⁵⁶

Pour autant, cela ne signifie pas que les enfants ne jouissent pas des droits reconnus par la *Charte canadienne*, a-t-il précisé.

Les enfants bénéficient indéniablement de la protection de la Charte, plus particulièrement en ce qui concerne leur droit à la vie et à la sécurité de leur personne. Comme les enfants ne sont pas en mesure de faire valoir ces droits, notre société présume que leurs parents exerceront leur liberté de choix d'une manière qui ne violera pas les droits de leurs enfants. Si l'on considère la multitude de décisions que les parents prennent tous les jours, il est évident qu'en pratique l'intervention de l'État visant à soupeser les droits des parents et ceux des enfants n'aura lieu que dans des cas exceptionnels. En fait, nous devons convenir que les parents peuvent parfois prendre des décisions contraires aux vœux – et aux droits – de leurs enfants, du moment qu'ils n'excèdent pas le seuil prescrit par l'ordre public au sens large. Ainsi, on pourrait difficilement nier à un parent le pouvoir d'imposer à son enfant l'endroit où il vivra ou l'école qu'il fréquentera. Toutefois, l'État peut à bon droit intervenir dans les cas où le comportement des parents ne respecte pas la norme minimale socialement acceptable. Mais ce faisant, l'État restreint les

56. *B (R) c Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 RCS 315 au para 85 (nous soulignons).

droits constitutionnels des parents plutôt que de défendre les droits constitutionnels des enfants.⁵⁷

Conséquemment, « même en tenant pour acquis que les droits des enfants peuvent atténuer le droit à la liberté de leurs parents, ce droit existe néanmoins »⁵⁸. Pour le premier groupe de juges, ce droit a en l'occurrence été bafoué, puisque l'on a passé outre le refus des parents d'autoriser une transfusion sanguine pour leur enfant. Il a néanmoins décidé que l'atteinte était conforme aux principes de justice fondamentale, notamment parce que la *Child Welfare Act* prévoyait une procédure, qualifiée de rigoureuse, qui devait précéder toute ordonnance déposant les parents de leur droit de prendre des décisions pour leur enfant⁵⁹. Quant à liberté de religion, le premier groupe de juges a expliqué qu'elle comprenait notamment « le droit des parents d'éduquer leurs enfants selon leurs croyances religieuses »⁶⁰. L'application de la *Child Welfare Act* à leur égard avait donc porté atteinte à leur liberté de religion, puisque celle-ci avait eu pour conséquence d'outrepasser leur refus d'autoriser une transfusion sanguine pour des motifs d'ordre religieux. Toutefois, cette même loi était conforme aux exigences d'une société libre et démocratique, la protection des enfants en danger constituant un objectif urgent et réel⁶¹. L'atteinte à la liberté de religion des parents était donc, dans ce contexte, conforme à l'article premier de la *Charte canadienne*. Pour les raisons énoncées ci-dessus, le premier groupe de juges s'est montré d'avis qu'il fallait rejeter le pourvoi des parents.

À la lecture de ce qui précède, on constate que le premier groupe de juges a procédé à son analyse en prenant, comme point de départ, la situation des parents de Sheena, se demandant si l'État avait porté atteinte à leurs droits. C'est une tout autre approche qu'a empruntée le second groupe de juges. Selon eux, les parents de Sheena n'ont été victimes d'aucune atteinte à leurs droits garantis par la *Charte canadienne*. Il était donc inutile de

57. *B (R) c Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 RCS 315 au para 86 (nous soulignons).

58. *B (R) c Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 RCS 315 au para 87.

59. *B (R) c Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 RCS 315 au para 92 et s.

60. *B (R) c Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 RCS 315 au para 105. Voir également l'arrêt *R c Jones*, [1986] 2 RCS 284.

61. *B (R) c Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 RCS 315 au para 113.

se pencher sur la justice fondamentale ou sur ce que constitue une limite raisonnable dans une société libre et démocratique⁶². Cette conclusion s'explique par leur choix de prendre, comme point de départ, la situation de Sheena :

Il importe de garder à l'esprit que les dispositions contestées de la Child Welfare Act visent à promouvoir la santé, la sécurité et l'intégrité personnelle de l'enfant. À cette fin, bien que le présent pourvoi soulève des questions relatives au droit des parents d'éduquer leurs enfants sans influence indue de la part de l'État, il porte également sur le droit de l'enfant à la vie et à la sécurité de sa personne, que lui garantit l'art. 7. C'est cet aspect qui, à notre avis, fait défaut dans les motifs du juge La Forest. Voilà pourquoi, nous craignons que la décision de notre collègue crée une situation où le droit de l'enfant à la vie et à la sécurité de sa personne en sera réduit à une restriction de la capacité des parents, garantie par la Constitution, de refuser à leur enfant les choses nécessaires à la vie au nom de la liberté parentale et de la liberté de religion.⁶³

Il leur fallait donc, pour rejeter le pourvoi, tracer les balises de ce que constitue le droit à la liberté ainsi que la liberté de religion. À certains égards, leur analyse témoigne d'une gestion de risques, tentant de diminuer au maximum la possibilité de voir leur crainte se matérialiser. C'est ainsi qu'ils décidèrent que la liberté, quoiqu'elle ait une vaste portée, ne pouvait avoir pour effet de cautionner le refus des parents d'autoriser « un traitement médical jugé nécessaire par un professionnel de la santé »⁶⁴, puisqu'autrement, cela constituerait pour Sheena une atteinte à son propre droit à la vie et à la sécurité de sa personne, lesquels sont également garantis par l'article 7 de la *Charte canadienne*⁶⁵. Ce faisant, « la meilleure façon de garantir ce résultat est de considérer que l'exercice de la liberté parentale qui compromet sérieusement la survie de l'enfant n'est pas visé par l'art. 7 »⁶⁶. Un raisonnement similaire fut adopté par rapport à la liberté de religion. Ils ont reconnu que

62. *B (R) c Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 RCS 315 au para 208.

63. *B (R) c Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 RCS 315 au para 211.

64. *B (R) c Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 RCS 315 au para 212.

65. *B (R) c Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 RCS 315 au para 214.

66. *B (R) c Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 RCS 315 au para 215.

« [c]ette liberté constitutionnelle comprend le droit d'éduquer et d'élever leur enfant conformément aux principes de leur foi [celle des parents] »⁶⁷, avant d'ajouter que la liberté de religion ne peut toutefois avoir pour effet de permettre aux parents de refuser une transfusion sanguine requise par l'état de santé de leur enfant, « puisque la liberté de religion d'un parent ne l'autorise pas à imposer à son enfant des pratiques religieuses qui menacent sa sécurité, sa santé ou sa vie »⁶⁸. Cette façon de trancher le litige a suscité une vive réaction du juge La Forest, qui dénonça le caractère créatif de l'approche empruntée⁶⁹, sachant que les questions soumises à la Cour suprême du Canada n'abordaient pas, de façon expresse, les droits et libertés de Sheena. N'empêche, comme c'est à son égard que l'autonomie parentale était exercée, on peut difficilement reprocher aux juges Iacobucci et Major de s'être d'office saisis des enjeux qui touchaient d'abord l'enfant et ses intérêts. Ce dernier a, après tout, bien peu de moyens pour faire valoir ses droits et libertés, ou de façon plus globale, ses intérêts. Il est d'ailleurs intéressant de constater qu'aucun procureur à l'enfant n'avait été nommé pour représenter les intérêts de Sheena elle-même lors de l'audition.

Il est manifeste que les décisions concernant l'enfant doivent être prises dans son intérêt et dans le respect de ses droits⁷⁰. Il est aussi vrai que le tribunal doit, chaque fois qu'il est saisi d'une demande mettant en jeu l'intérêt d'un enfant, lui donner la possibi-

67. *B (R) c Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 RCS 315 au para 223.

68. *B (R) c Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 RCS 315 au para 225.

69. *B (R) c Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 RCS 315 au para 114 et s.

70. Au niveau provincial, l'article 33 du *Code civil du Québec* énonce clairement ce principe. Au niveau fédéral, soulignons au passage l'adoption de la *Loi modifiant la Loi sur le divorce, la Loi d'aide à l'exécution des ordonnances et des ententes familiales et la Loi sur la saisie-arrêt et la distraction de pensions et apportant des modifications corrélatives à une autre loi*, LC 2019, c 16. Cette loi modifie notamment la *Loi sur le divorce*, LRC (1985), c 3 (2^e suppl) pour y inclure un article sur l'intérêt de l'enfant. En plus d'énoncer l'obligation du tribunal de tenir « uniquement compte de l'intérêt de l'enfant à charge lorsqu'il rend une ordonnance parentale ou une ordonnance de contact », il prévoit une série de facteurs à considérer, au nombre desquels on ne retrouve pas la qualité de l'enseignement que l'enfant recevra à l'école. Il importe toutefois de souligner que la liste des facteurs à considérer n'est pas exhaustive. Au moment d'écrire ce texte, ce nouvel article n'était pas en vigueur. Par comparaison, le deuxième alinéa de l'article 33 du *Code civil du Québec* exige que les « besoins intellectuels » de l'enfant soient pris en considération lorsqu'une décision le concernant doit être prise.

lité d'être entendu si son âge et son discernement le permettent⁷¹. Cela dit, il n'en demeure pas moins que les litiges portant sur l'exercice de l'autorité parentale sont presque systématiquement étudiés à partir du point de vue du parent, puisque l'article 604 du *Code civil du Québec*, qui donne au titulaire de l'autorité parentale la possibilité de saisir le tribunal en cas de difficultés relatives à l'exercice de l'autorité parentale, n'offre pas une possibilité similaire à l'enfant, sauf dans les cas où l'article 612 du même code pourra trouver application. En rendant sa décision, le tribunal considérera certes l'intérêt de l'enfant. Il ne peut en être autrement en raison des articles 33, 34 et 604 du *Code civil du Québec*. Néanmoins, l'intérêt de l'enfant ne restera qu'un facteur, crucial il va sans dire, qui sera utilisé pour baliser l'exercice des droits ou devoirs des titulaires de l'autorité parentale⁷². Ce faisant, tout aussi périlleuse, d'un point de vue strictement juridique, l'approche des juges Iacobucci et Major ait-elle pu être, tout aussi intéressante et pertinente elle a été, puisqu'elle permettait d'observer la situation à partir du point de vue de la personne qui subit les conséquences de l'exercice de l'autorité parentale.

Nous verrons, dans la deuxième partie de cet article, comment la divergence d'opinions ayant été exprimée ci-dessus pourra se matérialiser au quotidien dans les établissements d'enseignement. Ces derniers, il va sans dire, n'ont pas à déterminer s'il est opportun de procéder à une transfusion sanguine. Ils doivent toutefois prendre des décisions relatives à la scolarisation des enfants ou

71. CcQ, art 34.

72. Notre commentaire s'inspire de cette observation du juge La Forest :

Mes collègues disent craindre que mes motifs créent une situation où le droit de l'enfant à la vie et à la sécurité de sa personne en sera réduit à une restriction du droit des parents garanti par la Constitution. Je tiens à souligner que ma position est dictée par la nature de l'affaire dont nous sommes saisis. L'unique question à trancher était celle qu'ont soulevée les parents, savoir que leurs droits constitutionnels ont été violés lorsqu'un traitement médical a été administré à l'enfant. Dans un tel cas, les droits des parents doivent, en vertu de l'article premier, être soupesés en fonction des droits d'autrui dans le cadre d'une société libre et démocratique — dans ce cas-ci, le droit de leur enfant. Il n'est donc guère surprenant que j'aie conclu qu'on a clairement passé outre aux droits des parents. Si on alléguait que le droit de l'enfant a été violé, d'autres droits pourraient être invoqués à titre de limites raisonnables, mais si le droit allégué était la sécurité de l'enfant, comme c'est le cas en l'espèce, alors celui-ci l'emporterait encore sur les droits des parents. Bref, la question soulevée régit la forme et non le fond de l'analyse.

Voir *B (R) c Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 RCS 315 au para 117 (juge La Forest).

des éléments de contenu qui leur seront enseignés, face auxquelles les parents pourront parfois manifester leur désaccord avec beaucoup d'insistance. Il pourra alors être difficile, pour les établissements scolaires, de déterminer le point de vue à partir duquel se positionner, celui des parents ou celui de l'enfant, surtout dans les contextes où l'on assistera à un différend entre les parents et l'enfant. Or, la détermination de ce point de vue est cruciale, en ce qu'elle détermine la question juridique qu'ils seront appelés à trancher. C'est dans ce contexte précis que l'analyse comprise dans l'affaire *B (R) c Children's Aid Society of Metropolitan Toronto* devient intéressante pour illustrer la difficulté qui se présente dans les établissements scolaires. Lorsqu'ils doivent trancher une question similaire, par exemple en contexte de demande visant à exclure leur enfant d'une séance où une notion quelconque sera enseignée, les établissements scolaires doivent non seulement étudier la situation en considérant leur mission⁷³ ainsi que les droits et libertés du parent, mais également ceux de l'enfant, sans oublier, il va sans dire, la législation qui leur est applicable en tant qu'organisme public.

Bien que le contexte dans lequel leur analyse se déploie est tout à fait différent de ce qui avait cours dans l'affaire *B (R) c Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, si les établissements scolaires utilisaient l'approche retenue par le juge La Forest, il serait possible de craindre que le droit des élèves de recevoir les services auxquels ils ont droit soit circonscrit uniquement en fonction des atteintes possibles aux droits et libertés des parents garantis par les Chartes canadienne et québécoise. Dans le contexte qui nous occupe, nous partageons donc pleinement les craintes ayant été exprimées par les juges Iacobucci et Major par rapport à l'approche ayant été retenue par le juge La Forest. Il nous apparaît donc que l'approche ayant été retenue par les juges Iacobucci et Major soit non seulement mieux adaptée au milieu scolaire, mais soit également celle qui favorise le mieux le respect des droits de l'élève, surtout dans un contexte où ni la *Charte canadienne* ni la *Charte québécoise* ne garantissent à l'élève le droit de recevoir une formation atteignant des standards de qualité définis. Le droit de recevoir une instruction publique gratuite, énoncé à l'article 40 de la *Charte québécoise*, ne saurait en effet avoir une telle portée. Qui plus est, aucune disposition législative ne crée de

73. LIP, art 36 al 2.

présomption voulant que tout élément de contenu ayant été intégré au *Programme de formation de l'école québécoise* soit conforme au droit des parents d'assurer l'éducation religieuse et morale de leurs enfants conformément à leurs convictions. Et contrairement à ce qu'il en va en matière de soins de santé (article 16 du *Code civil du Québec*), aucune disposition législative n'offre aux établissements scolaires un recours permettant d'obtenir rapidement l'autorisation d'un tribunal pour offrir des services à l'élève lorsque les parents s'y opposent.

De telles situations où l'école doit faire face à l'opposition des parents sont malheureusement aussi fréquentes que délicates. Au risque d'être accusée d'agir comme juge et partie, c'est généralement à elle qu'il reviendra de trancher cette épineuse situation. Le parent pourrait invoquer son autonomie parentale et prétendre qu'il a, à titre de parent, le droit de décider des notions qui seront enseignées à son enfant. Si tel était le cas, l'établissement scolaire pondérerait deux positions. La première est celle des parents, qui ont le droit de s'attendre à ce que les notions enseignées par l'établissement scolaire ne contreviennent pas à leurs croyances et valeurs. La seconde est celle de l'État, qui a un intérêt légitime à ce que les élèves reçoivent un enseignement remplissant certains standards de qualité minimaux. Si toutefois la liberté parentale était invoquée en faisant référence aux croyances religieuses, l'établissement scolaire devra alors se demander si l'action qu'il envisage de poser portera atteinte, de façon non négligeable, au droit des parents d'assumer sans entrave l'éducation religieuse et morale de leur enfant selon leurs convictions.

Or, il n'en demeure pas moins que la *Loi sur l'instruction publique* prévoit que l'école « a pour mission, dans le respect du principe de l'égalité des chances, d'instruire, de socialiser et de qualifier les élèves, tout en les rendant aptes à entreprendre et à réussir un parcours scolaire »⁷⁴. Les élèves – bien qu'ils soient soumis à l'autorité parentale – sont créanciers de cette obligation. C'est à eux, en effet, que l'école rend des services éducatifs, et non aux parents. Pour ce faire, l'école s'intéressera à la position exprimée par le parent dans une perspective que l'on pourrait qualifier de réaliste⁷⁵. Généralement, elle considérera la position

74. LIP, art 36 al 2.

75. Avec les adaptations qui s'imposent, nous reprenons ici ce que la professeure Diane Veilleux écrivait à propos de la vie privée. La citation originale est la suivante :

exprimée par le parent, qui invoquera son autonomie parentale et son autorité parentale pour prétendre qu'il a, à titre de parent, le droit de décider des notions qui seront enseignées à son enfant et de s'attendre à ce que les notions enseignées par l'école ne contreviennent pas à ses croyances et valeurs. L'école considérera également la position de l'État, qui a un intérêt légitime à ce que les élèves reçoivent un enseignement remplissant certains standards de qualité minimaux. Dans son analyse, l'école ne perdra donc pas de vue la mission lui ayant été confiée. Elle se doit, « dans le respect du principe de l'égalité des chances, d'instruire, de socialiser et de qualifier les élèves, tout en les rendant aptes à entreprendre et à réussir un parcours scolaire »⁷⁶. La situation de l'élève se trouve donc au cœur de l'analyse faite par l'école, celui-ci étant en droit de recevoir des services éducatifs adéquats. En outre, comme la décision que l'école devra prendre mettra en jeu une personne mineure, elle considérera l'intérêt de l'enfant, aussi floue cette notion puisse-t-elle être dans de telles circonstances. Au terme de cette analyse, l'école prendra sa décision. Bien que chaque cas soit unique, en ce qui nous concerne, au regard du cadre juridique applicable, nous imaginons mal comment il pourrait être approprié de soustraire un élève à l'enseignement de notions comprises dans le *Programme de formation de l'école québécoise*... Dans la pratique, plusieurs établissements, étant guidés par l'intérêt de l'enfant, offriront malgré tout le service en prenant le risque de faire face à un recours judiciaire intenté par les parents. Quoi qu'il en soit, nous ne pouvons imaginer un contexte où l'autonomie parentale et l'autorité parentale permettraient d'outrepasser l'intérêt de l'enfant, cela même si le sens à donner à l'intérêt de l'enfant peut certes faire également l'objet de débats⁷⁷.

« Issu d'une conception individualiste et collectiviste, le droit à la vie privée repose sur la pondération d'une attente subjective raisonnable de vie privée et sur le droit de s'y immiscer dans l'intérêt général ». Voir Diane Veilleux, « Le droit à la vie privée – sa portée face à la surveillance de l'employeur », (2000) 60 R du B 1, 45.

76. LIP, art 36 al 2.

77. C'est d'ailleurs ce qu'a avancé le juge La Forest dans l'addenda qu'il a rédigé après avoir pris connaissance de l'opinion de ses collègues Iacobucci et Major. Voir *B (R) c Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 RCS 315 au para 114 et s. En outre, sur le sens polysémique de la notion d'intérêt de l'enfant, consulter Andréanne Malacket, *L'intérêt de l'enfant : notion polymorphe susceptible d'instrumentalisation ou de détournement : l'exemple de l'avant-projet de Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption et d'autorité parentale*, mémoire de maîtrise en droit, Université de Montréal, 2010.

B) La sphère publique

Si l'éducation est une affaire de famille, elle est aussi une affaire de société, cette dernière ayant intérêt à ce que ses membres soient suffisamment éduqués et instruits. C'est pourquoi nous nous pencherons brièvement sur certains éléments de droit interne (Section I) et de droit international (Section II).

I) *Le droit interne*

Dans la sphère publique, lorsqu'il est question d'éducation, deux domaines de droit interne retiennent l'attention : le droit scolaire (Sous-section 1) et le droit de la jeunesse (Sous-section 2).

1) *Le droit scolaire*

Le droit scolaire se trouve majoritairement inscrit dans la *Loi sur l'instruction publique* et dans les règlements ayant été adoptés en vertu de cette dernière. Cette loi aborde plusieurs sujets, se penchant sur les droits et obligations des élèves (articles 1 à 18.2), des enseignant·e·s (articles 19 à 35), des écoles et des centres (articles 36 à 110.13), de la commission scolaire (articles 111 à 398), du comité de gestion de la taxe scolaire de l'Île-de-Montréal (articles 399 à 449) ainsi que du gouvernement et du ministre de l'Éducation (articles 447 à 479). Elle comporte également des dispositions pénales (articles 480 à 492). Il ne nous appartient pas, aux fins qui nous occupent, d'en brosser un portrait général.

La *Loi sur l'instruction publique* consacre, à son article premier, le droit de recevoir des services éducatifs. Sous réserve des conditions et modalités applicables, toute personne a droit au service de l'éducation préscolaire⁷⁸ et aux services d'enseignement

78. « Les services d'éducation préscolaire ont pour but de favoriser le développement intégral de l'élève par l'acquisition d'attitudes et de compétences qui faciliteront la réussite de ses parcours scolaire et personnel et de lui permettre de s'intégrer graduellement dans la société ». Voir le *Régime pédagogique de l'éducation préscolaire, de l'enseignement primaire et de l'enseignement secondaire*, RLRQ, c I-13.3, r 8, art 2 al 1 [le « Régime pédagogique »]. Au passage, il convient de souligner que bien que l'article premier de la *Loi sur l'instruction publique* n'y fasse pas référence, les adultes ont aussi le droit de recevoir certains services, lesquels sont précisés dans le *Régime pédagogique de la formation générale des adultes*, RLRQ, c I-13.3, r 9.

primaire⁷⁹ et secondaire⁸⁰. Toute personne a également droit, sous réserve, encore une fois, des conditions et modalités applicables, aux autres services éducatifs, complémentaires⁸¹ et particuliers⁸² qui sont donnés dans le cadre des programmes offerts par la commission scolaire, ainsi qu'aux services éducatifs prévus par le régime pédagogique applicable à la formation professionnelle⁸³.

La *Loi sur l'instruction publique* ne fait pas que consacrer le droit des élèves de recevoir des services éducatifs. Elle en oblige certains à recevoir de tels services. L'article 14 de cette loi prévoit que « [t]out enfant qui est résident du Québec doit fréquenter une école à compter du premier jour du calendrier scolaire de l'année scolaire suivant celle où il a atteint l'âge de 6 ans jusqu'au dernier jour du calendrier scolaire de l'année scolaire au cours de laquelle il atteint l'âge de 16 ans ou au terme de laquelle il obtient un diplôme décerné par le ministre, selon la première éventualité »⁸⁴. La marge de manœuvre des parents est à cet égard limitée, sachant qu'ils « doivent prendre les moyens nécessaires pour que leur enfant remplisse son obligation de fréquentation scolaire »⁸⁵

79. « Les services d'enseignement primaire ont pour but de permettre le développement intégral de l'élève et son insertion dans la société par des apprentissages fondamentaux qui contribueront au développement progressif de son autonomie et qui lui permettront d'accéder aux savoirs proposés à l'enseignement secondaire ». Voir le Régime pédagogique, art 2 al 2.

80. « Les services d'enseignement secondaire ont pour but de poursuivre le développement intégral de l'élève, de favoriser son insertion sociale et de faciliter son orientation personnelle et professionnelle. Ils complètent et consolident la formation de base de l'élève en vue d'obtenir un diplôme d'études secondaires ou une autre qualification et, le cas échéant, de poursuivre des études supérieures ». Voir le Régime pédagogique, art 2 al 3.

81. « Les services complémentaires ont pour but de favoriser la progression de l'élève dans ses différents apprentissages ». Voir le Régime pédagogique, art 3.

82. « Les services particuliers ont pour but de procurer une aide à l'élève qui, pour des raisons particulières, doit recevoir des services d'accueil et de soutien à l'apprentissage de la langue française ou des services d'enseignement à domicile ou en milieu hospitalier ». Voir le Régime pédagogique, art 6.

83. Voir le *Régime pédagogique de la formation professionnelle*, RLRQ, c I-13.3, r 10.

84. Considérant la formulation de cet article, l'éducation préscolaire n'est pas obligatoire. De plus, il est à noter que, par une certaine bizarrerie du législateur, l'enfant qui atteindra l'âge de six ans entre le 1er juillet et le 30 septembre n'a pas non plus d'obligation de fréquentation scolaire pour sa première année de l'enseignement primaire.

85. LIP, art 17.

et qu'ils ne peuvent, à l'instar de quiconque, « de quelque façon que ce soit, agir de manière à compromettre la possibilité pour un enfant de remplir son obligation de fréquentation scolaire »⁸⁶. Sauf s'ils choisissent de se charger eux-mêmes du cheminement scolaire de leur enfant en lui fournissant un enseignement approprié à la maison conformément aux normes en vigueur⁸⁷, la *Loi sur l'instruction publique* oblige les parents à envoyer leur enfant à l'école, que celle-ci soit publique⁸⁸ ou privée⁸⁹, ce qui implique, dans une certaine mesure, une délégation partielle de leur droit et devoir d'éduquer leur enfant⁹⁰.

2) *Le droit de la jeunesse*

La *Loi sur l'instruction publique* et les règlements ayant été adoptés en vertu de cette dernière comptent pour beaucoup dans l'encadrement de l'éducation et de l'instruction des enfants au Québec. Il ne s'agit cependant pas du seul instrument législatif pertinent en la matière. Les dispositions de la *Loi sur la protection de la jeunesse*⁹¹ doivent aussi être considérées, et ce, pour trois principales raisons.

86. LIP, art 18.0.1. Cet article, qui est du droit nouveau, est en vigueur depuis le 9 novembre 2017. Or, à la connaissance des auteurs du présent texte, cet article n'a pas encore été appliqué contre une personne comme fondement à l'imposition d'amendes prévues à l'article 488.1 de la *Loi sur l'instruction publique*.

87. LIP, art 15(4) et *Règlement sur l'enseignement à la maison*, RLRQ, c I-13.3, r 6.01. Nous y reviendrons dans la section 2)A)II)1) L'enseignement à la maison de ce texte.

88. LIP, art 4 et 239. Les parents doivent faire une demande d'admission de leur enfant à la commission scolaire dont il relève. Celle-ci procédera à son inscription conformément aux critères établis par la commission scolaire dans la politique à cet effet.

89. LIP, art 15 al 2. L'élève qui fréquenterait une école qui n'est pas reconnue par la *Loi sur l'enseignement privé*, RLRQ, c M-9 ou la *Loi sur le ministère des Relations internationales*, RLRQ, c M-25.1.1 ne sera pas exempté de fréquenter une école.

90. À cet effet, dans l'affaire *Glikstein c West Island College*, 2003 CanLII 1028 (CS), l'honorable juge St-Pierre écrivait ce qui suit :

[105] Le contrat de services éducatifs entre des parents et une école privée comporte une délégation partielle de certains attributs de l'autorité parentale, soit la surveillance et l'éducation. Cette délégation engendre, pour l'école, l'obligation d'agir dans l'intérêt de l'enfant, dans le respect de ses droits, avec prudence et diligence et conformément aux usages et règles de l'art en matière de services éducatifs.

91. RLRQ, c P-34.1, ci-après nommée « LPJ ».

Premièrement, la *Loi sur la protection de la jeunesse* confère à l'enfant le droit de recevoir d'un établissement scolaire des services d'éducation se matérialisant par un enseignement primaire et secondaire⁹². La rédaction de ce volet de la *Loi sur la protection de la jeunesse* est intéressante, puisqu'elle semble, en théorie du moins, offrir un contrepoids au droit des parents, reconnu par la *Loi sur l'instruction publique* et le *Règlement sur l'enseignement à la maison*, de ne pas envoyer leur enfant à l'école, pour autant qu'ils offrent à la maison un enseignement conforme aux critères établis par le ministre. En effet, on lit que l'enfant a « le droit de recevoir, aux mêmes conditions, des services d'éducation adéquats d'un organisme du milieu scolaire »⁹³, un tel organisme étant défini comme étant « tout établissement dispensant l'enseignement au niveau primaire, secondaire ou collégial »⁹⁴. Les « mêmes conditions » auxquelles il est fait référence réfèrent aux services d'éducation, qui doivent être « adéquats sur les plans à la fois scientifique, humain et social, avec continuité et de façon personnalisée, en tenant compte des dispositions législatives et réglementaires relatives à l'organisation et au fonctionnement de l'établissement qui fournit ces services ainsi que des ressources humaines, matérielles et financières dont il dispose »⁹⁵.

Deuxièmement, la *Loi sur la protection de la jeunesse* et la *Loi sur l'instruction publique* obligent les centres de protection de l'enfance et de la jeunesse⁹⁶ ainsi que les commissions scolaires⁹⁷ à conclure une entente permettant de mieux harmoniser certaines de leurs interventions auprès d'un enfant et de ses parents, lorsque l'enfant fait l'objet d'un signalement pour négligence sur le plan éducatif en lien avec l'instruction qu'il reçoit ou avec le respect de son obligation de fréquentation scolaire.

92. LPJ, articles 1 d.1) et 8 al 2. L'enseignement préscolaire n'étant pas obligatoire, on peut comprendre pourquoi celui-ci n'a pas été inclus dans ce droit conféré à l'enfant. Voir LIP, art 14.

93. LPJ, art 8 al 2.

94. LPJ, art 1 d.1).

95. LPJ, art 8 al 1.

96. LPJ, art 37.8.

97. LIP, art 214.3.

Troisièmement, la non-fréquentation scolaire est un motif de compromission de la sécurité ou du développement de l'enfant au sens de la *Loi sur la protection de la jeunesse*. De fait, il y aura « négligence » des parents lorsque ces derniers ne prendront « pas les moyens nécessaires pour que l'enfant reçoive une instruction adéquate et, le cas échéant, pour qu'il remplisse son obligation de fréquentation scolaire prévue par la *Loi sur l'instruction publique* (chapitre I-13.3) ou par toute autre loi applicable »⁹⁸. S'il reçoit le signalement d'un directeur d'école en cette matière, le directeur de la protection de la jeunesse devra considérer, dans son analyse de la situation, ce qui suit.

38.2.1. Pour l'application de l'article 38.2, toute décision visant un signalement pour une situation de négligence sur le plan éducatif en lien avec l'instruction que reçoit un enfant ou en lien avec le respect de son obligation de fréquentation scolaire doit notamment prendre en considération les facteurs suivants :

- a) les conséquences sur l'enfant de la non-fréquentation scolaire ou de l'absentéisme scolaire, notamment eu égard à sa capacité d'intégration sociale ;
- b) le niveau de développement de l'enfant en fonction de son âge et de ses caractéristiques personnelles ;
- c) les actions posées par les parents afin que l'enfant reçoive une instruction adéquate, notamment la supervision donnée à l'enfant sur le plan scolaire ainsi que la collaboration offerte aux ressources du milieu, dont celles du milieu scolaire ;
- d) la capacité des ressources du milieu de soutenir les parents dans l'exercice de leurs responsabilités et d'aider l'enfant à progresser dans ses apprentissages.

98. LPJ, art 38 al 2 par b) iii). Par ailleurs, la sécurité ou le développement de l'enfant pourra aussi être considéré comme compromis « si ses parents ne s'acquittent pas des obligations de soin, d'entretien et d'éducation qu'ils ont à l'égard de leur enfant ou ne s'en occupent pas d'une façon stable, alors qu'il est confié à un établissement ou à une famille d'accueil depuis un an ». Toutefois, considérant l'objet de notre article, nous ne nous y attardons pas. Voir LPJ, art 38.1 par c).

Lorsque la nature du signalement le justifie, l'appréciation de la capacité de l'enfant à réintégrer le système scolaire, l'évaluation de son développement sur le plan scolaire et les actions posées par les parents eu égard aux conditions dans lesquelles il doit réaliser ses apprentissages dans un contexte d'enseignement à la maison doivent également être prises en considération. Ces facteurs doivent être considérés selon les modalités prévues à l'entente visée à l'article 37.8.⁹⁹

On constate, à la lumière de ce qui précède, que la *Loi sur la protection de la jeunesse* ne crée aucun automatisme lorsqu'il est question de non-fréquentation scolaire. Autrement dit, ce n'est pas parce qu'un enfant s'absente souvent ou complètement de l'école sans raison valable que sa sécurité ou son développement sera considéré comme compromis, et ce, peu importe son âge. Cela ressort clairement de la jurisprudence. Par exemple, dans la décision *Protection de la jeunesse – 176071*, l'honorable Florence Lucas de la Cour supérieure exposait bien le raisonnement applicable.

[14] L'article 38 de la *Loi sur la protection de la jeunesse* prévoit :

38. Pour l'application de la présente loi, la sécurité ou le développement d'un enfant est considéré comme compromis lorsqu'il se retrouve dans une situation d'abandon, de négligence, de mauvais traitements psychologiques, d'abus sexuels ou d'abus physiques ou lorsqu'il présente des troubles de comportement sérieux.

On entend par : [...]

b) négligence :

1 lorsque les parents d'un enfant ou la personne qui en a la garde ne répondent pas à ses besoins fondamentaux : [...]

iii. soit sur le plan éducatif, en ne lui fournissant pas une surveillance ou un encadrement approprié ou en ne prenant pas les moyens nécessaires pour assurer sa scolarisation ;

99. Cet article est de droit nouveau. Il est entré en vigueur le 28 janvier 2019. Voir *Loi modifiant la Loi sur la protection de la jeunesse et d'autres dispositions*, LQ 2017, c 18, art 20, entré en vigueur le 28 janvier 2019 (décret), (2018) 150 GO II, 7855.

2 lorsqu'il y a un risque sérieux que les parents d'un enfant ou la personne qui en a la garde ne répondent pas à ses besoins fondamentaux de la manière prévue au sous-paragraphe 1^o ;

(nos soulignés)

[15] Selon la jurisprudence constante, l'expression « est considéré comme compromis » du paragraphe introductif crée une présomption simple de compromission. Ainsi, la Directrice a le fardeau de prouver, par prépondérance de preuve, l'une des situations de fait énoncées, en l'occurrence la négligence. Cependant, s'agissant d'une présomption simple, elle peut être repoussée par une preuve contraire, soit selon l'ensemble des circonstances.¹⁰⁰

Ceci étant dit, le directeur d'école n'a pas à faire lui-même cette analyse lorsqu'il fait face à un élève qui s'absente à répétition, ou complètement, sans motif valable. Il doit, chaque fois qu'il est confronté à une telle situation, suivre la démarche établie dans la *Loi sur l'instruction publique*, sans considérer ou présumer de ce que le directeur de la protection de la jeunesse pourrait décider en pareille situation.

II) *Le droit international*

Selon la Cour suprême du Canada, les valeurs exprimées dans le droit international des droits de la personne peuvent être utiles à l'interprétation du droit interne, notamment en matière de droits et libertés de la personne¹⁰¹. Il n'est donc pas vain de souligner au passage l'existence de dispositions, dans la *Convention relative aux droits de l'enfant*¹⁰² et dans le *Pacte international*

100. *Protection de la jeunesse* – 176071, 2017 QCCS 4415 au para 14 et 15 (notes omises).

101. *Baker c Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 RCS 817 au para 70.

102. 20 novembre 1989, [1990] 1577 RTNU 3, art 28 et 29 (Résolution 44/25), en ligne : <<https://www.ohchr.org/fr/professionalinterest/pages/crc.aspx>> (consulté le 18 juillet 2019). Elle a été ratifiée par le Canada le 13 décembre 1991. Voir Gouvernement du Canada, *Rapports sur les traités des Nations Unies relatifs aux droits de la personne*, en ligne : <<https://www.canada.ca/fr/patrimoine-canadien/services/systeme-canada-nations-unies/rapports-traites-nations-unies.html#a6>> (consulté le 18 juillet 2019). Deux jours plus tôt, le Québec s'y est déclaré lié, en adoptant le décret 91-1676.

*relatif aux droits civils et politiques*¹⁰³, qui traitent explicitement de l'éducation et reconnaissant explicitement des droits précis aux enfants en tant que sujets de droit.

2. ÉTUDES DE CAS EN CONTEXTE SCOLAIRE

Comme nous l'avons vu dans la première partie, l'éducation s'inscrit à la fois dans la sphère privée et la sphère publique, relevant à la fois des parents et de l'État québécois. Or, si tous les enfants doivent recevoir, sous une forme quelconque, une éducation remplissant certains critères établis par la législation, force est d'admettre que l'éducation, en tant que domaine de droit autonome, demeure sous-représentée en jurisprudence. On l'aborde généralement, lorsqu'il en est question, à l'aune du droit familial et du droit de la santé, ce qui laisse en sourdine une série de questionnements juridiques qui ne sont pas pour autant moins intéressants. Qui plus est, cela a pour effet que les questions relatives à l'implication possible du parent dans la vie scolaire de son enfant sont peu traitées, notamment en ce qui a trait aux éléments de contenus qui seront enseignés (Section A) et au fonctionnement général de l'établissement scolaire (Section B). À la lumière de situations se

103. 16 décembre 1966, [1976] 933 RTNU 3 (Résolution 2200A), en ligne : <<https://www.ohchr.org/fr/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>> (consulté le 18 juillet 2019). Par ailleurs, il est intéressant de souligner au passage que ce Pacte a exercé, quoiqu'indirectement, une certaine influence ayant justifié, sinon mené, à la modification de l'article 41 de la *Charte québécoise*. En effet, dans sa première mouture, le projet de *Loi modifiant diverses dispositions législatives de nature confessionnelle dans le domaine de l'éducation* ne ciblait pas l'article 41 de la *Charte québécoise*, qui octroyait alors au parent le droit « d'exiger que, dans les établissements d'enseignement publics, leurs enfants reçoivent un enseignement religieux ou moral conforme à leurs convictions, dans le cadre des programmes prévus par la loi ». À juste titre, la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse rappela, dans la commission parlementaire chargée d'étudier ce projet de loi, que cet article allait beaucoup plus loin que ce qui était prévu en droit international, dont ce qui se trouvait dans le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*.

[L']article 41 va au-delà de ce qui est requis par les engagements internationaux du Québec. Tout ce que le Québec s'est engagé à faire sur le plan international, c'est de respecter la liberté des parents de voir à ce que leurs enfants reçoivent un enseignement religieux conforme à leurs convictions. L'article 41 va plus loin parce qu'il crée... ou il vise à créer en tout cas des obligations à l'école publique dans ce domaine. On comprend qu'il y a un conflit entre l'esprit de cet article 41 et les principes du projet de loi actuellement à l'étude.

Voir Assemblée nationale, *Journal des débats* (2 juin 2005), 37^e légis, 1^{re} sess, en ligne : <http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/commissions/ce-37-1/journal-debats/CE-050602.html#_Toc114295334> (consulté le 18 juillet 2019).

présentant dans le quotidien des administrations scolaires (que ce soit de l'établissement scolaire ou de la commission scolaire), nous tenterons de mieux cerner la portée des droits et devoirs du parent en ce qui a trait à l'éducation de son enfant.

A) Les éléments de contenu enseignés à l'enfant

Au sein d'un établissement scolaire, la scolarisation des élèves est effectuée par l'enseignant·e, qui reçoit le soutien de différents technicien·ne·s et professionnel·le·s¹⁰⁴. L'enseignant·e a notamment « le droit de diriger la conduite de chaque groupe d'élèves qui lui est confié »¹⁰⁵. À cette fin, il peut notamment « prendre les modalités d'intervention pédagogique qui correspondent aux besoins et aux objectifs fixés pour chaque groupe ou pour chaque élève qui lui est confié »¹⁰⁶ et « choisir les instruments d'évaluation des élèves qui lui sont confiés afin de mesurer et d'évaluer constamment et périodiquement les besoins et l'atteinte des objectifs par rapport à chacun des élèves qui lui sont confiés en se basant sur les progrès réalisés »¹⁰⁷. Il exerce ses droits conformément aux devoirs que la *Loi sur l'instruction publique* lui confie, soit :

22. [...] 1^o de contribuer à la formation intellectuelle et au développement intégral de la personnalité de chaque élève qui lui est confié ;

2^o de collaborer à développer chez chaque élève qui lui est confié le goût d'apprendre ;

3^o de prendre les moyens appropriés pour aider à développer chez ses élèves le respect des droits de la personne ;

4^o d'agir d'une manière juste et impartiale dans ses relations avec ses élèves ;

5^o de prendre les mesures nécessaires pour promouvoir la qualité de la langue écrite et parlée ;

104. Nous pensons par exemple au technicien en éducation spécialisé (TES) ou encore au psychologue exerçant en milieu scolaire.

105. LIP, art 19 al 1.

106. LIP, art 19 al 2 au para 1.

107. LIP, art 19 al 2 au para 2.

6° de prendre des mesures appropriées qui lui permettent d'atteindre et de conserver un haut degré de compétence professionnelle ;

6.1° de collaborer à la formation des futurs enseignants et à l'accompagnement des enseignants en début de carrière ;

7° de respecter le projet éducatif de l'école.¹⁰⁸

Il exerce également ses droits en suivant le *Régime pédagogique de l'éducation préscolaire, de l'enseignement primaire et de l'enseignement secondaire*¹⁰⁹ ainsi que les programmes d'activités et d'études établis par le ministre de l'Éducation et de l'Enseignement supérieur¹¹⁰. Aucun de ces encadrements juridiques ne prévoit, pour les parents, la possibilité de s'ingérer dans le contenu enseigné à l'enfant. Ils ne peuvent donc pas, à première vue du moins, obtenir un service « à la carte », couvrant l'entièreté des notions devant être enseignées, sauf certaines exceptions. Est-ce dire, pour autant, que le parent est dénué de tout pouvoir d'influence ? Pour y voir plus clair, il convient de se pencher sur le contenu prescriptif, en prenant pour exemple deux cours ayant fait couler beaucoup d'encre ces dernières années au Québec (Sous-section I) et sur les autres options qui s'offrent au parent souhaitant préserver son enfant de cet enseignement (Sous-section II).

I) Le contenu prescriptif

Le *Régime pédagogique de l'éducation préscolaire, de l'enseignement primaire et de l'enseignement secondaire* précise non seulement les matières obligatoires devant être enseignées aux élèves, mais aussi le temps que les enseignant-e-s doivent y consacrer chaque semaine¹¹¹. C'est le cas, notamment, du cours « Éthique et culture religieuse ». Des contenus obligatoires peuvent également être édictés par le ministre, même s'ils ne sont pas rattachés

108. LIP, art 22.

109. RLRQ, c I-13.3, r 8, ci-après nommé « Régime pédagogique ». Voir également LIP, art 448.

110. LIP, art 461.

111. L'article 22 traite de l'enseignement primaire, tout cycle d'enseignement confondus. L'article 23, quant à lui, traite du premier cycle du secondaire (première et deuxième années), alors que l'article 23.1 porte sur le deuxième cycle du secondaire (troisième, quatrième et cinquième années). La formation axée sur l'emploi est abordée aux articles 23.3 à 23.5 de ce même régime.

à une matière en particulier. On pense, par exemple, aux contenus d'éducation à la sexualité. La sélection de ces deux exemples, parmi d'autres, n'est pas faite de façon innocente. L'un et l'autre continuent en effet de faire l'objet de certains débats au Québec, lesquels se répercutent nécessairement au sein des établissements scolaires. Ceux-ci mettent également sur la sellette les droits accordés au parent en ce qui a trait à l'éducation de son enfant.

D'une part, le cours « Éthique et culture religieuse » fait partie des matières obligatoires devant être enseignées au primaire et au secondaire depuis 2008¹¹². Comme son nom l'indique, il est divisé en deux volets, l'un portant sur l'éthique¹¹³, l'autre sur la culture religieuse¹¹⁴. Qu'il soit question d'éthique ou de culture religieuse, l'enseignant·e se doit d'adopter une posture d'impartialité et d'objectivité¹¹⁵. L'arrivée de ce cours dans les écoles québécoises ne s'est pas faite sans heurts. Plusieurs parents ont en effet formulé des demandes visant à exempter leur enfant de l'obligation de suivre ce cours¹¹⁶. Selon ces parents, les notions enseignées dans ce cours port(er)aient atteinte à leur droit, puisque « éduquer leurs enfants dans leur foi fait partie de la liberté de religion »¹¹⁷. Cette

112. Cette matière n'est cependant pas obligatoire dans le cadre de la formation axée sur l'emploi, comme on peut le constater à la lecture des articles 23.4 et 23.5 du Régime pédagogique.

113. Selon le ministère de l'Éducation et de l'Enseignement supérieur, ce volet permet à l'enfant d'apprendre à « réfléchir avec rigueur sur des aspects de certaines réalités sociales et sur des sujets tels que la justice, le bonheur, les lois et les règlements » et à « se poser des questions telles que : Quelle valeur devrait guider les gens dans leurs relations en société ? Qu'est-ce qui caractérise un comportement acceptable et un comportement inacceptable ? Comment peut-on reconnaître ces comportements ? ». Voir Ministère de l'Éducation et de l'Enseignement supérieur, *Programme Éthique et culture religieuse*, en ligne : <<http://www.education.gouv.qc.ca/de/contenus-communs/parents-et-tuteurs/programme-ethique-et-culture-religieuse/>> (consulté le 6 août 2019).

114. Selon le ministère de l'Éducation et de l'Enseignement supérieur, ce volet permet à l'enfant d'apprendre progressivement à « connaître la place importante du catholicisme et du protestantisme dans l'héritage religieux du Québec », « découvrir la contribution du judaïsme et des spiritualités des peuples autochtones à cet héritage religieux » et à « connaître des éléments d'autres traditions religieuses apparues récemment dans la société québécoise ». Voir Ministère de l'Éducation et de l'Enseignement supérieur, *Programme Éthique et culture religieuse*, en ligne : <<http://www.education.gouv.qc.ca/de/contenus-communs/parents-et-tuteurs/programme-ethique-et-culture-religieuse/>> (consulté le 6 août 2019).

115. Sur ce sujet, consulter Stéphanie Gravel, *Impartialité, objectivité et neutralité ? Étude de pratiques enseignantes en Éthique et culture religieuse au Québec*, thèse de doctorat en études religieuses, Université de Montréal, 2016.

116. LIP, art 222.

117. *SL c Commission scolaire des Chênes*, 2012 CSC 7 au para 50 (juge LeBel).

prétention, toutefois, a déjà été rejetée par la Cour suprême. En 2012, en effet, celle-ci fut saisie de l'affaire *SL c Commission scolaire des Chênes*. Les faits peuvent essentiellement être résumés de la façon suivante. Deux élèves fréquentent un établissement scolaire faisant partie de la Commission scolaire des Chênes. Au motif que le cours Éthique et culture religieuse porterait atteinte à leur liberté de religion et de conscience, les parents de ces élèves demandent qu'ils soient exemptés de le suivre. Après analyse, conformément au pouvoir qui lui est conféré, la directrice des services éducatifs de ladite commission scolaire rejette la demande d'exemption. Les parents demandent alors au conseil des commissaires de la commission scolaire de réviser la décision en vertu des articles 9 à 12 de la *Loi sur l'instruction publique*. C'est ce qu'il fit, en maintenant toutefois la décision initiale ayant été prise par la directrice des services éducatifs. C'est alors que les parents s'adressèrent à la Cour supérieure, afin que cette dernière révise la décision ayant été rendue par la Commission scolaire des Chênes. Or, elle aussi arrivera à la conclusion selon laquelle il n'y avait pas lieu de faire droit à l'exemption ayant été demandée par les parents. L'affaire cheminera jusqu'en Cour suprême, qui confirmera la décision de refuser l'exemption ayant été prise par la Commission scolaire des Chênes. Dans les motifs ayant été rédigés par la juge Deschamps, les juges majoritaires expliquent que bien que la sincérité de la croyance des parents de devoir enseigner les préceptes de la religion catholique¹¹⁸ ne soit pas remise en doute, le cours Éthique et culture religieuse ne porte pas atteinte à leurs droits fondamentaux puisque l'enseignement de celui-ci est conçu de manière à faire une présentation objective et factuelle des différentes réalités religieuses. Il est à noter que le jugement ne traite pas de la manière dont ce contenu doit être enseigné puisque les enfants n'ont jamais suivi le cours, les parents ayant retiré ceux-ci des établissements scolaires de la Commission scolaire des Chênes.

D'autre part, le ministre de l'Éducation et de l'Enseignement supérieur a récemment rendu obligatoires certains contenus en matière d'éducation à la sexualité. Bien que cela ne soit pas un

118. Ils allèguent également que l'enseignement des autres religions entraînerait de la confusion chez leurs enfants.

cours autonome¹¹⁹, chaque année, depuis la rentrée 2018, les élèves de niveau primaire jusqu'à la cinquième secondaire en apprennent davantage sur différents sujets relatifs à la sexualité¹²⁰. Le ministère de l'Éducation et de l'Enseignement supérieur a mis en place une procédure administrative dans laquelle il prévoit deux causes possibles d'exemption à un contenu ou une activité spécifique prévu dans le cadre de l'éducation à la sexualité¹²¹. Premièrement, l'exemption est possible si l'activité ou le contenu est susceptible de causer un tort psychologique à l'élève. Deuxièmement, l'exemption est aussi possible si l'activité ou le contenu est susceptible de porter atteinte à une liberté ou un droit fondamental garantis par les Chartes canadienne et québécoise¹²². Dans tous les cas, pour se prévaloir de l'exemption, la procédure gouvernementale prévoit que le parent doit d'abord rencontrer individuellement la direction afin de se renseigner sur les contenus, puis formuler une demande écrite expliquant les motifs et étant appuyée d'un affidavit ou d'un avis d'un professionnel de la santé compétent (psychologue ou sexologue) selon la cause de la demande afin d'attester du sérieux du motif invoqué avant de pouvoir recevoir une réponse. Un peu comme cela s'est produit avec l'insertion du cours Éthique et culture religieuse, les administrations scolaires reçoivent des demandes d'exemption qui sont notamment fondées sur l'allégation selon laquelle l'enseignement de ces contenus porterait atteinte à la liberté de religion des parents. Selon

-
119. La *Loi sur l'instruction publique* prévoit que les établissements d'enseignement publics doivent suivre le *Règlement édictant le régime pédagogique de l'éducation préscolaire, de l'enseignement primaire et de l'enseignement secondaire* ainsi que les programmes d'activités et d'études établis par le ministre en vertu de l'article 461 de la *Loi sur l'instruction publique*. Ces normes visent le contenu enseigné dans les cours suivis par les élèves au quotidien. En plus des contenus pour les matières obligatoires et à options, le ministre a également le pouvoir d'édicter des contenus obligatoires qui ne sont pas directement rattachés à une matière en particulier.
 120. Selon le ministère de l'Éducation et de l'Enseignement supérieur, l'éducation à la sexualité permet notamment aux élèves « de mieux se comprendre », « d'établir des relations affectives respectueuses pour eux-mêmes et les autres » et « de développer leur esprit critique, leur bon jugement et leur sens des responsabilités ». Voir Ministère de l'Éducation et de l'Enseignement supérieur, Éducation à la sexualité, en ligne : < <http://www.education.gouv.qc.ca/parents-et-tuteurs/education-a-la-sexualite/> > (consulté le 6 août 2019).
 121. Une telle procédure a été adoptée en vertu de l'article 461 de la *Loi sur l'instruction publique*.
 122. Cette information est tirée d'un document ayant pour titre « Conditions d'exemption en éducation à la sexualité ». Il a été produit par le ministère de l'Éducation et de l'Enseignement supérieur et transmis aux commissions scolaires le 18 mars 2019.

nos informations, ces demandes ont généralement été refusées et quelques-unes sont actuellement au stade du traitement local des plaintes ou des demandes de révision¹²³. À notre connaissance, aucun recours devant les tribunaux n'a pour le moment été entrepris à ce sujet, mais il y a fort à parier que cela viendra. Si tel est le cas, nous croyons que le litige sera traité de la même façon que l'a été celui portant sur le cours Éthique et culture religieuse, et plus précisément de la façon dont a tranché la juge Deschamps :

Les parents qui le désirent sont libres de transmettre à leurs enfants leurs croyances personnelles. Cependant, l'exposition précoce des enfants à des réalités autres que celles qu'ils vivent dans leur environnement familial immédiat constitue un fait de la vie en société. Suggérer que le fait même d'exposer des enfants à différents faits religieux porte atteinte à la liberté de religion de ceux-ci ou de leurs parents revient à rejeter la réalité multiculturelle de la société canadienne et méconnaître les obligations de l'État québécois en matière d'éducation publique. Bien qu'une telle exposition puisse être source de frictions, elle ne constitue pas en soi une atteinte à l'al. 2a) de la *Charte canadienne* et à l'art. 3 de la *Charte québécoise*.¹²⁴

Quoi qu'il en soit, il ne faudrait pas croire que l'arrêt précité a eu pour effet de régler une fois pour toutes l'ensemble des questions juridiques référant au cours « Éthique et culture religieuse » et plus globalement, à l'interaction entre les droits et devoirs du parent en matière d'éducation et ceux de l'établissement scolaire. Il laisse en suspens certaines questions fondamentales, telles que les suivantes : est-ce que les parents, lorsqu'ils formulent une demande d'exemption, sont en train de défendre leur propre intérêt plutôt que celui de leur enfant ? Ne sont-ils pas en train d'empêcher que leurs enfants détiennent les arguments pour déterminer ce à quoi ils croient à partir d'éléments objectifs ? Et quelle liberté de religion défendent-ils, la leur ou celle de leur enfant¹²⁵ ? Est-ce porter atteinte à la liberté de religion d'un enfant que de lui enseigner de façon neutre et objective l'existence de plusieurs

123. LIP, art 9 à 12.

124. *SL c Commission scolaire des Chênes*, 2012 CSC 7 au para 40 (juge Deschamps).

125. La juge Deschamps soulignait d'ailleurs que « [l]a liberté de religion que les appelants font valoir est la leur, non celle des enfants », puisque ces parents justifiaient leur demande d'exemption par « l'existence d'une entrave au respect de l'obligation qu'ils estiment avoir, soit celle de transmettre leur foi à leurs enfants ». Voir *SL c Commission scolaire des Chênes*, 2012 CSC 7 au para 29 (juge Deschamps).

d'entre elles ? Est-il possible de porter atteinte à la liberté de religion d'un enfant qui n'a pas encore en main suffisamment d'éléments pour choisir librement cette religion ? N'est-ce pas au contraire porter atteinte à la liberté de religion d'un enfant que de ne pas lui fournir l'information lui permettant de faire un choix éclairé sur la religion qu'il souhaite ou non adopter ? Si l'arrêt *SL c Commission scolaire des Chênes* a confirmé la validité du cours Éthique et culture religieuse, elle n'a pas permis d'apporter une réponse claire à chacune de ces questions. Celles-ci sont toutefois d'une importance capitale pour les administrations scolaires, qui doivent non seulement respecter les droits et libertés du parent, mais également ceux de l'enfant. Nous y reviendrons. Qu'il nous suffise, pour l'instant, de conclure cette sous-section en affirmant qu'au regard de l'arrêt *SL c Commission scolaire des Chênes*, nous ne croyons pas que l'enseignement de façon neutre et objective des contenus prescriptifs puisse porter atteinte à la liberté de religion des parents, et de façon plus globale, à leur droit d'éduquer leur enfant comme ils l'entendent.

II) Les autres options

Est-ce dire, pour autant, que les parents demeurent impuissants face aux établissements scolaires ? Est-ce dire que ces parents ne peuvent soustraire leur enfant de l'enseignement des contenus prescriptifs avec lesquels ils ne sont pas en accord ? Une réponse négative s'impose, à condition, toutefois, de prendre les grands moyens. Ces parents pourraient en effet eux-mêmes voir à l'instruction de leur enfant en faisant l'enseignement à la maison (Sous-section 1), en prenant bien soin, toutefois, de ne pas prendre cette responsabilité à la légère, considérant l'obligation de fréquentation scolaire de l'enfant (Sous-section 2).

1) L'enseignement à la maison

Comme nous l'avons vu précédemment, l'enfant qui reçoit à la maison un enseignement approprié est dispensé de l'obligation de fréquenter une école reconnue¹²⁶. Pour autant qu'ils soient en

126. LIP, art 15 al 1 au para 4. Soulignons au passage que cette option, qui existe depuis longtemps, a fait l'objet d'une importante réforme au cours des dernières années. Voir la *Loi modifiant la Loi sur l'instruction publique et d'autres dispositions législatives concernant principalement la gratuité des services éducatifs et l'obligation de fréquentation scolaire*, LQ 2017, c 23 (projet de loi 144).

mesure de satisfaire aux exigences énoncées à la *Loi sur l'instruction publique* et au *Règlement sur l'enseignement à la maison*, cette option offre aux parents la possibilité d'exercer leur autonomie en matière d'éducation en soustrayant leur enfant du réseau scolaire, qu'il soit privé ou public¹²⁷. Cela ne les dispense pas de respecter certaines exigences, puisque comme l'exprimait le professeur Patrice Garant, « l'État de son côté peut invoquer son intérêt à ce que ses citoyens reçoivent une éducation adéquate »¹²⁸. C'est d'ailleurs ce que le Québec a choisi de faire, en abordant le sujet dans la *Loi sur l'instruction publique*¹²⁹ et en adoptant le *Règlement sur l'enseignement à la maison*¹³⁰.

Pour satisfaire auxdites normes québécoises, les parents qui désirent procéder à l'enseignement à la maison doivent notamment soumettre au ministre un projet d'apprentissage conforme aux conditions et modalités applicables, à défaut de quoi ce dernier pourra demander que la situation soit régularisée¹³¹. Ces conditions prévoient notamment un certain minimum devant être enseigné aux enfants, en ce sens que le projet d'apprentissage auxquels ils seront soumis devra viser « à instruire, à socialiser et à qualifier l'enfant, par le développement de compétences fondamentales, notamment en littératie, en numératie et en résolution de problèmes, et par l'apprentissage de la langue française »¹³². Il est précisé, au *Règlement sur l'enseignement à la maison*, que dans l'éventualité où les programmes d'études établis par le ministre ne seraient pas suivis, ce projet d'apprentissage devrait comporter des activités variées et stimulantes visant l'acquisition d'un ensemble de connaissances et de compétences. Celles-ci incluront l'apprentissage de la langue française, d'une autre langue et de la mathématique ainsi que d'au moins une matière ou discipline appartenant au domaine d'apprentissage de la mathématique, de la science et de la technologie, des arts, du développement de la personne et de l'univers social, si toutefois l'enfant a atteint l'âge de neuf ans à la date du début de la mise en œuvre du projet d'apprentissage¹³³. Pour autant que le ministre reçoive les informa-

127. Voir notamment l'arrêt *R c Jones*, [1986] 2 RCS 284.

128. Patrice Garant, *Droit scolaire*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 1992, p 10.

129. LIP, art 15 al 1 au para 4.

130. RLRQ, c I-13.3, r 6.01.

131. *Règlement sur l'enseignement à la maison*, RLRQ, c I-13.3, r 6.01, art 7.

132. LIP, art 15 al 1 au para 4 b).

133. *Règlement sur l'enseignement à la maison*, RLRQ, c I-13.3, r 6.01, art 4 au para 2.

tions nécessaires en temps utile, les parents pourront donc enseigner à leurs enfants, dans le respect du cadre précité, les matières et notions qu'ils jugent utiles, de la façon qu'ils le choisissent.

La possibilité donnée aux parents d'offrir l'enseignement à la maison a déjà été étudiée par la Cour suprême. Dans son arrêt *R c Jones*¹³⁴, rendu en 1986, elle a tranché un litige dans lequel un pasteur albertain d'une église fondamentaliste s'était fait reprocher la façon dont il procédait à l'enseignement à la maison de ses trois enfants. Il refusait d'envoyer ses enfants à l'école publique ou d'obtenir une certification que l'enseignement à la maison était approprié, conformément à la législation qui était alors en vigueur dans cette province. Ainsi, conformément à l'article 180 (1) de la *School Act*¹³⁵, le pasteur Jones a été inculpé pour motif de non-fréquentation scolaire. En défense, il allègue la violation de ses droits et libertés fondamentaux, en l'occurrence sa liberté de religion (article 2 de la *Charte canadienne*) et son droit à la liberté (article 7 de la *Charte canadienne*). Concernant l'atteinte possible de la *School Act* à la liberté de religion, le juge en chef Dickson ainsi que les juges La Forest et Lamer se sont montrés d'avis que cette loi y portait atteinte dans une certaine mesure, mais que la nécessité d'obtenir une certification était une limite raisonnable aux convictions religieuses des parents et, par le fait même, justifiée dans le cadre d'une société libre et démocratique. De leur côté, les juges Beetz, McIntyre et Le Dain ont décidé que la *School Act* n'avait pas pour effet de restreindre la liberté de religion du pasteur Jones, mais plutôt de la favoriser, en offrant différentes possibilités aux parents. La juge Wilson a exprimé sur ce motif une opinion similaire. Quant à l'argument fondé sur l'article 7 de la *Charte canadienne*, qui, rappelons-le, énonce que « [c]hacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne », le pasteur Jones a soutenu que la *School Act* portait atteinte à son droit à la liberté d'éduquer comme il le souhaite ses enfants, d'une

134. [1986] 2 RCS 284.

135. Selon l'arrêt, l'article 180(1) de la *School Act* se lisait comme suit :

[Traduction] 180(1) Le parent dont l'enfant contrevient à l'une des dispositions de la présente loi relativement à la fréquentation scolaire est coupable d'une infraction et passible d'une amende d'au plus

a) 100 \$ pour une première infraction,

b) 250 \$ pour une deuxième infraction, et

c) 500 \$ pour une troisième infraction et pour chaque infraction subséquente, et, à défaut de paiement, d'une peine d'emprisonnement d'au plus 60 jours.

façon qui n'était pas conforme aux principes de justice fondamentale. Ici encore, les juges majoritaires ont rejeté les arguments du pasteur Jones, en décidant que même si l'on présumait que le droit à la liberté énoncé à l'article 7 de la *Charte canadienne* incluait la liberté des parents d'éduquer leurs enfants comme ils le souhaitent, sans présupposer qu'une loi qui encadrerait ce droit serait nécessairement contraire aux principes de justice fondamentale ou qu'elle ne pourrait être justifiée dans le cadre d'une société libre et démocratique. Ce faisant, bien qu'il soit possible, pour les parents, d'offrir à leurs enfants l'enseignement à la maison, cela ne signifie pas pour autant qu'ils peuvent agir sans rendre des comptes à l'État ou sans respecter le cadre normatif ayant été mis en place par ce dernier.

Qu'en est-il du devoir d'éducation conçu en tant que composante de l'autorité parentale lorsque le parent fait le choix de l'enseignement à la maison ? À qui appartient-il de déterminer quel est l'enseignement qui doit, de ce fait, être donné à la maison ? Bien que ces questions précises concernant les balises pouvant être mises en place par l'État dans un contexte d'enseignement à la maison n'aient pas été expressément traitées dans l'arrêt *Jones*, le juge La Forest a rappelé l'importance de s'en préoccuper :

Aucune preuve n'est nécessaire pour démontrer l'importance de l'éducation dans notre société ou son importance pour le gouvernement. Tous les citoyens informés savent et comprennent que l'État a un intérêt légitime, voire impérieux, à l'égard de l'éducation de la jeunesse. Aucune preuve n'est nécessaire non plus pour démontrer la difficulté d'appliquer un programme provincial d'éducation générale s'il incombe aux autorités en matière d'éducation d'en assurer le respect. Le moyen évident de l'appliquer consiste à exiger de ceux qui demandent d'être exemptés de ce programme général d'adresser une demande à cette fin. Une telle exigence constitue une limite raisonnable aux convictions religieuses des parents en ce qui a trait à la manière d'élever leurs enfants. La question de savoir dans quelle mesure l'État peut empiéter sur les convictions religieuses de l'appelant, en déterminant ce qui constitue un enseignement approprié, ne se pose pas en l'espèce. On ne peut tenter d'atteindre un certain équilibre que dans un contexte précis.¹³⁶

136. *R c Jones*, [1986] 2 RCS 284 au para 30 (juge La Forest).

On comprend donc, à la lumière de ce qui précède, qu'une province aura raison de définir les modalités d'éducation qu'elle juge appropriées et minimales sur son territoire.

En adoptant la *Loi modifiant la Loi sur l'instruction publique et d'autres dispositions législatives concernant principalement la gratuité des services éducatifs et l'obligation de fréquentation scolaire* en novembre 2017¹³⁷, le législateur québécois a établi des normes minimales applicables à l'enseignement à la maison. Il a récidivé, en 2019, en ajoutant notamment du contenu minimal devant être enseigné dans le cadre du projet d'apprentissage ainsi que l'obligation de soumettre l'enfant à des évaluations¹³⁸, au grand dam, encore une fois, de certaines associations de parents offrant l'enseignement à la maison¹³⁹.

2) *L'obligation de fréquentation scolaire*

D'ordinaire, tout enfant assujéti à l'obligation de fréquentation scolaire doit fréquenter une école reconnue¹⁴⁰. À certaines conditions, il peut en être exempté¹⁴¹. Comme nous l'avons vu précédemment, c'est le cas lorsqu'il reçoit, à la maison, un enseignement approprié conformément aux normes en vigueur. C'est aussi le cas lorsqu'il fréquente un établissement régi par la *Loi sur l'enseignement privé*¹⁴² ou un établissement dont le régime d'enseignement est l'objet d'une entente internationale au sens de la *Loi sur le ministère des Relations internationales*¹⁴³ qui offrent, en tout ou en partie, des services éducatifs visés par la *Loi sur l'instruction publique*¹⁴⁴. Malgré ces exigences, certains parents décident d'envoyer leur enfant dans une école non reconnue par l'une ou

137. LQ 2017, c 23 (projet de loi 144).

138. *Règlement modifiant le Règlement sur l'enseignement à la maison*, (2019) 151 GO II, 2861.

139. Par exemple, dans un communiqué de presse, l'Association québécoise pour l'éducation à domicile affirmait que « les faits ne justifient pas la nécessité de modifier le règlement actuel pour augmenter le contrôle sur l'enseignement à la maison ». Voir Association québécoise pour l'éducation à domicile, « Éducation à domicile – Le nouveau projet de règlement est très mal avisé », en ligne : <<https://www.aqed.qc.ca/fr/system/files/Comm-memoire-AQED-mai-2019.pdf>> (consulté le 14 août 2019).

140. LIP, art 14.

141. LIP, art 15.

142. RLRQ, c E-9.1.

143. RLRQ, c M-25.1.1.

144. LIP, art 15 al 2.

l'autre des lois précitées. Ces écoles sont généralement désignées dans les médias comme étant des « écoles illégales »¹⁴⁵. Souvent confessionnelles, elles offrent un enseignement qui se distingue, en tout ou en partie, du *Programme de formation de l'école québécoise*. L'élève qui fréquente cette école n'acquiert donc pas les notions que ce programme contient, ou encore, il les acquiert dans une moindre mesure. Ces écoles, généralement, justifient cette façon de faire afin de laisser un maximum d'heures d'études pour les enseignements religieux. Parfois, elles auront, par le passé, déjà été reconnues par le ministère de l'Éducation, qui leur aura remis le permis requis en vertu de la *Loi sur l'enseignement privé*¹⁴⁶. Toutefois, pour une raison ou une autre, ce permis aura été révoqué ou non renouvelé et malgré ce fait, elles continueront d'offrir des services éducatifs aux enfants qui la fréquentent. D'autres fois, ces écoles confessionnelles ne constitueront qu'un regroupement d'enfants bénéficiant de l'enseignement de certaines notions, religieuses ou autres, choisies par la communauté qui dirige l'école.

Malheureusement, il arrive que ces enfants, rendus adultes, ne soient pas en mesure de s'intégrer adéquatement dans la société ou qu'ils parviennent à le faire très difficilement, n'ayant pas eu accès à un enseignement minimal. C'est d'ailleurs la prétention principale de monsieur Yochonon Lowen et son épouse, madame Clara Wasserstein qui ont quitté la communauté Tosh de Boisbriand et qui ont décidé de poursuivre le gouvernement du Québec ainsi que leur communauté d'origine. Ces derniers, qui déclarent agir dans l'intérêt des générations futures, se sont adressés aux tribunaux afin d'obtenir un jugement déclaratoire. Ils demandent à la Cour supérieure de déclarer « que le gouvernement du Québec et la Commission scolaire de la Seigneurie-des-Mille-Îles, en tolérant que les enfants de la communauté Tosh fréquentent des écoles illégales, contreviennent à leurs obligations en vertu de la *Loi sur l'instruction publique*, de la *Loi sur l'enseignement privé*, de la *Charte de la langue française* et de la *Charte des droits et libertés de la personne* »¹⁴⁷. La Commission scolaire de la Seigneurie-des-Mille-

145. Par exemple, voir Rima Elkouri, « L'espoir de Yohan et Shifra », *La Presse* (19 mai 2016), en ligne : <<https://www.lapresse.ca/debats/chroniques/rima-elkouri/201605/16/01-4982098-lespoir-de-yohan-et-shifra.php>> (consulté le 14 août 2019).

146. RLRQ, c E-9.1, art 10.

147. Demande introductive d'instance en jugement déclaratoire dans *Yochonon Lowen et Clara Wasserstein c Procureur générale du Québec et al* (11 mai 2016),

Îles a été impliquée dans leur recours judiciaire, puisque c'est sur son territoire que se trouve la communauté Tosh. Cependant, une requête en irrecevabilité a été accueillie à son égard¹⁴⁸. La commission scolaire a démontré qu'en vertu de la *Loi sur l'instruction publique*, une commission scolaire n'a aucune obligation à l'égard d'un enfant résidant sur son territoire avant que les parents ne l'inscrivent à l'école. Le parent a donc le devoir de poser ce geste – inscrire son enfant à l'école – pour qu'une commission scolaire connaisse l'existence même de cet enfant et doive, par conséquent, lui fournir les services auxquels il a droit. Dans les circonstances, comme les parents de monsieur Lowen et de madame Wasserstein n'avaient pas inscrit leur enfant dans une école de la Commission scolaire de la Seigneurie-des-Mille-Îles, celle-ci ne pouvait avoir manqué à ses obligations¹⁴⁹.

Cet élément est fondamental et fut fatal dans le cas de monsieur Lowen et de madame Wasserstein à l'encontre de la Commission scolaire de la Seigneurie-des-Mille-Îles, rien dans la preuve n'a démontré de geste ou d'action de leurs parents pour les inscrire à quelque école publique ou privée reconnue. Ce qui nous permet de dire que, à notre avis, les personnes qui devraient être les défendeurs principaux dans cette démarche judiciaire, soit les parents de monsieur Lowen et de madame Wasserstein, sont absents. L'autorité parentale qui leur a été conférée établissait non seulement le droit d'éduquer leur enfant, mais également le devoir de le faire et, selon les allégations de la requête introductive d'instance et les faits connus, ils auraient manqué à leur obligation. Si les demandeurs avaient institué leur action à l'encontre de leurs parents, la question intéressante suivante aurait alors été posée : est-ce que le fait de ne pas inscrire son enfant dans une école lui permettant d'acquérir les connaissances de base pour évoluer dans

Montréal, 500-17-093778-168 (CS), 2^e conclusion de la demande. Il est à noter qu'une autre conclusion est demandée à l'égard des écoles administrées par la communauté hassidique Tosh de Boisbriand.

148. *Lowen et Wasserstein c Procureur général du Québec et al* (15 mai 2017), Montréal, 500-17-093778-168 (CS).

149. Dans son jugement, l'honorable Kirkland Casgrain affirme ce qui suit : « The commission incurs a responsibility when, and only when, a child is properly registered by the parents to become a student at the commission ». Voir *Lowen et Wasserstein c Procureur général du Québec et al* (15 mai 2017), Montréal, 500-17-093778-168 (CS). Par ailleurs, bien que la Commission scolaire de la Seigneurie-des-Mille-Îles ne soit plus partie au litige, le dossier suit son cours pour les autres défendeurs, dont le Gouvernement du Québec.

le monde constitue une faute de nature civile ? Il n'y a qu'un pas que nous n'hésitons pas à franchir. En effet, bien que les motifs pour éviter d'inscrire leur enfant dans une école soient de nature religieuse, il semble qu'un parent raisonnable doit s'assurer que l'éducation de son enfant soit faite par des moyens appropriés. Ne pas le faire, dans la société québécoise, pourrait – et devrait, à tout événement – être considéré comme une faute engageant la responsabilité des individus¹⁵⁰. Comme il a été établi précédemment, l'administration scolaire n'a pas à s'assurer que tous les enfants assujettis à l'obligation de fréquentation scolaire et présents sur son territoire s'acquittent de cette obligation. Nous pouvons oser croire qu'il serait peut-être bénéfique que ce rôle soit spécifiquement attribué à un organisme¹⁵¹. Quoi qu'il en soit, force est de constater que les mécanismes prévus dans la *Loi sur l'instruction publique*, lesquels permettent de s'assurer que l'enfant remplisse son obligation de fréquentation scolaire, ne trouvent application que lorsque l'enfant est bel et bien inscrit dans un établissement scolaire. Dans ce contexte, tout directeur de l'école fréquentée par l'élève doit s'assurer que les enfants assujettis à l'obligation de fréquentation scolaire et inscrits dans cette école la fréquentent avec assiduité.

18. Le directeur de l'école s'assure, selon les modalités établies par la commission scolaire, que les élèves fréquentent assidûment l'école.

En cas d'absences répétées et non motivées d'un élève, le directeur de l'école ou la personne qu'il désigne intervient auprès de l'élève et de ses parents en vue d'en venir à une entente avec eux et avec

-
150. D'ailleurs, la question visant à savoir si un enfant peut poursuivre ses parents en responsabilité civile, parce qu'ils auraient commis une faute dans l'exercice de leur autorité parentale, a été abordée dans *Morin c Church of Jesus Christ of Latter-Day Saints in Canada*, 2014 QCCS 168. Celle-ci n'a pas été étudiée au fond, puisqu'elle a été rejetée au stade préliminaire. Au regard des faits allégués, le tribunal a en effet décidé que l'action était irrecevable parce que prescrite et manifestement mal fondée. Cette conclusion, qui s'explique par le contexte particulier de l'affaire, n'a pas eu pour effet de donner aux parents une certaine immunité. D'ailleurs, au paragraphe 41 de celle-ci, le tribunal souligne qu'« [a]u Canada, les parents ne bénéficient pas de l'immunité parentale en matière délictuelle qui a cours dans certains ressorts américains ». Nous sommes donc d'avis que la responsabilité civile d'un parent pourrait être engagée s'il commettait une faute causant préjudice dans l'exercice de son autorité parentale.
151. Actuellement, cette responsabilité est, du bout des lèvres, dévolue au ministère de l'Éducation et de l'Enseignement supérieur par les articles 17.1 et 459.0.1 de la LIP.

les personnes qui dispensent les services sociaux scolaires sur les mesures les plus appropriées pour remédier à la situation.

Lorsque l'intervention n'a pas permis de remédier à la situation, le directeur de l'école le signale au directeur de la protection de la jeunesse après en avoir avisé par écrit les parents de l'élève.

Cela dit, on constate, à la lecture de cet article, que le législateur a choisi la voie de l'éducation plutôt que celle de la punition. Dans l'éventualité où le directeur de l'école constaterait qu'un élève s'absente fréquemment sans raison valable, il devrait tenter de convenir, avec l'élève, ses parents et les personnes qui dispensent les services sociaux scolaires, d'une entente comprenant des mesures adaptées à leur situation et qui permettraient de remédier à la non-fréquentation scolaire de leur enfant. Cette entente pourrait, par exemple, consister en un horaire adapté à une situation particulière et temporaire ou encore un engagement à s'inscrire à certains services de soutien du réseau de la santé. Si, malgré la conclusion de cette entente, la situation ne s'améliorait pas suffisamment, le directeur de l'école n'aura d'autre choix que de faire un signalement au directeur de la protection de la jeunesse. Toutefois, contrairement aux autres matières pour lesquelles un signalement pourra être fait, il devra au préalable aviser par écrit les parents de l'élève de son devoir d'agir de cette façon¹⁵².

Bien qu'officiellement, la non-fréquentation scolaire soit un motif de compromission au sens de la *Loi sur la protection de la jeunesse* (comme nous l'avons vu dans la sous-section 2) Le droit de la jeunesse), les intervenants scolaires ont la perception, à tort ou à raison¹⁵³, que la Direction de la protection de la jeunesse

152. Il s'agit de la seule situation où le signalant a l'obligation de dévoiler son identité. Toutes les autres situations sont couvertes par la confidentialité de l'identité de l'adulte qui signale en vertu de l'article 44 de la *Loi sur la protection de la jeunesse*.

153. En commission parlementaire, monsieur Sébastien Proulx, alors qu'il était ministre de l'Éducation, expliquait ce qui suit :

Ce n'est pas tant de donner des nouveaux pouvoirs actuellement à la Direction de la protection de la jeunesse que d'encadrer, je dirais, son action par... donnant plus de clarté aux différents éléments qu'elle a à apprécier, la direction, ou le directeur, pardon, qu'il a à apprécier. Et, dans le fond, c'est [...] le directeur de la protection de la jeunesse avait souvent l'occasion de dire : Il n'y a pas de compromission du développement en lien avec la fréquentation scolaire parce que d'abord j'ai un « peut », alors je peux apprécier que ce n'est pas le cas, et souvent l'expérience, pour avoir discuté longuement avec des gens qui

n'intervient pas à moins que l'enfant subisse aussi un autre type de négligence ou d'abus. Les récentes modifications à la *Loi sur la protection de la jeunesse* viendront peut-être modifier cette perception puisqu'un nouvel article y a été intégré afin de clarifier les facteurs devant être analysés par le directeur de la protection de la jeunesse dans les cas de signalement pour une situation de négligence sur le plan éducatif¹⁵⁴.

Par ailleurs, les nouveaux articles 18.0.1 et 488.1 de la *Loi sur l'instruction publique* ne sont pas sans rappeler l'article 180(1) de la *School Act* albertaine, laquelle était au cœur du litige dans l'arrêt *Jones*¹⁵⁵. Ces nouveaux articles se lisent comme suit :

18.0.1. Nul ne peut, de quelque façon que ce soit, agir de manière à compromettre la possibilité pour un enfant de remplir son obligation de fréquentation scolaire.

Est présumé contrevenir à cette interdiction quiconque accueille un enfant dans un lieu où celui-ci reçoit une formation ou un enseignement qui n'est pas visé par la présente loi ou par la *Loi sur l'enseignement privé* (chapitre E-9.1), dès lors qu'il est avisé par le ministre que cet enfant est en défaut de remplir son obligation de fréquentation scolaire.

Cette présomption peut être repoussée, notamment par une preuve selon laquelle l'enfant est accueilli ou a été accueilli uniquement au cours des mois de juillet ou d'août.

Les dispositions du présent article ne s'appliquent pas aux parents à l'égard de leur enfant.

488.1. Quiconque contrevient à l'article 18.0.1 commet une infraction et est passible d'une amende de 1 000 \$ à 10 000 \$ dans le cas

sont intervenus dans le passé... Il est debout, il a de l'air à bien s'alimenter, il est bien habillé, tout est correct, il parle correctement, il n'a pas de problématique apparente, bien, à ce moment-là, pas d'enjeu, et personne pour faire respecter l'obligation de fréquentation scolaire non plus.

Voir *Journal des débats* (24 octobre 2017), 41^e lég, 1^{re} sess, en ligne : <<http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/commissions/cce-41-1/journal-debats/CCE-171024.html>> (consulté le 17 août 2019).

154. LPJ, art 38.2.1, introduit par l'adoption de la *Loi modifiant la Loi sur la protection de la jeunesse et d'autres dispositions*, LQ 2017, c 18, art 20. Pour plus d'informations, consulter la section 1)B)I)2 du présent article portant sur le droit de la jeunesse.

155. Voir à cet effet la note 135 de ce texte.

d'une personne physique ou, dans le cas d'une personne morale, d'une amende de 3 000 \$ à 30 000 \$ et, pour toute récidive, d'une amende de 2 000 \$ à 20 000 \$ dans le cas d'une personne physique ou, dans le cas d'une personne morale, d'une amende de 6 000 \$ à 60 000 \$.

Dans ce contexte, bien que le ministère de l'Éducation et de l'Enseignement supérieur puisse dorénavant théoriquement entreprendre un recours de nature pénale à l'encontre des personnes, à l'exception des parents, qui agissent de manière à compromettre, de quelque façon que ce soit, la possibilité pour un enfant de remplir son obligation de fréquentation scolaire, il ne semble pas que ce dernier ait fait usage de cette nouvelle possibilité¹⁵⁶.

Par ailleurs, nous trouvons important de souligner le choix qui a été fait de ne pas assujettir les parents à l'article 18.0.1 à l'égard de leur enfant. Cela signifie donc que le parent qui choisit de ne pas respecter la *Loi sur l'instruction publique* en envoyant son enfant dans une école dite « illégale » ou en lui offrant un enseignement à la maison non conforme ne pourrait se voir imposer d'amende en vertu de la *Loi sur l'instruction publique*. De manière contemporaine aux faits, la seule procédure légalement appropriée à l'égard du ou des parents est le signalement à la Direction de la protection de la jeunesse.

Or, l'enfant ayant vécu l'une ou l'autre de ces situations pourrait-il poursuivre ses parents pour non-respect de leur devoir à son égard ? Tout nous porte à le croire. L'enfant devenu adulte devrait toutefois prouver les éléments déclencheurs de la responsabilité civile en droit québécois¹⁵⁷. La faute pourrait aisément se démontrer à l'aide des éléments que nous venons de traiter. La question du préjudice subi et du lien causal serait possiblement plus difficile à démontrer, mais non impossible. La question du quantum

156. Le projet de loi à l'origine de la *Loi modifiant la Loi sur l'instruction publique et d'autres dispositions législatives concernant principalement la gratuité des services éducatifs et l'obligation de fréquentation scolaire* (projet de loi 144) avait « principalement pour but d'accroître la portée du droit à la gratuité des services éducatifs et de renforcer les mesures visant le respect de l'obligation de fréquentation scolaire ». *Loi modifiant la Loi sur l'instruction publique et d'autres dispositions législatives concernant principalement la gratuité des services éducatifs et l'obligation de fréquentation scolaire*, LQ 2017, c 23 (projet de loi 144).

157. Art. 1457 CcQ. Évidemment, la question de la prescription serait certainement une question de droit importante à trancher en l'espèce, cependant nous avons choisi de ne pas en traiter ici afin de ne pas alourdir le texte.

demeurerait en suspens : que vaut l'éducation pour un enfant ? Peut-être vaut-il mieux prévenir que guérir.

Dans cette lignée malgré ce recours éventuel de l'enfant, nous considérons que l'État québécois aurait certainement beaucoup plus à gagner en effectuant un suivi serré des parents ne remplissant pas leur devoir d'éducation au sens de la législation en vigueur. Différents mécanismes pourraient être mis en place à cet effet à commencer par le retrait du dernier alinéa de l'article 18.0.1 de la *Loi sur l'instruction publique*. Par conséquent, les parents seraient également des personnes pouvant être mises à l'amende. D'ailleurs, on peut se demander ce qui a poussé le législateur à protéger d'une amende les parents qui agissent de manière à compromettre la possibilité pour leur enfant de respecter son obligation de fréquentation scolaire... On constate d'ailleurs qu'une telle immunité ne figurait pas dans la première mouture du projet de loi¹⁵⁸.

B) Le fonctionnement de l'établissement scolaire

Les questions relatives à la portée de l'autonomie parentale en milieu scolaire ne concernent cependant pas que ce qui a trait aux enseignements que peut recevoir l'enfant. Elles portent aussi sur le fonctionnement de l'établissement scolaire. C'est ainsi que des parents font valoir qu'en cette qualité, ils sont en droit d'exiger que l'établissement scolaire agisse de telle ou telle façon envers leur enfant. Cette prétention est-elle fondée ? C'est ce que nous allons étudier dans la présente sous-section, en établissant une distinction entre les pouvoirs généraux (Sous-section I) et les pouvoirs spécifiques (Sous-section II) des établissements scolaires et de ses différents intervenants. Il ne s'agit pas, ici, de faire une revue exhaustive de chacun de ces pouvoirs, mais plutôt d'observer comment ils interagissent avec l'autonomie parentale et l'autorité parentale.

158. L'ajout a été fait par consensus de tous les membres de la commission, mais sans explication. Il semble toutefois que cet article visait précisément les responsables d'une école illégale et non pas les parents. Pour de plus amples informations à ce sujet, consulter *Journal des débats* (24 octobre 2017), 41^e lég, 1^{re} sess, en ligne : <<http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/commissions/cce-41-1/journal-debats/CCE-171024.html>> (consulté le 17 août 2019).

La *Loi sur l'instruction publique* accorde aux établissements scolaires et à ses différents intervenants des pouvoirs généraux leur permettant d'assurer une saine gestion de leur environnement. Ils doivent ainsi offrir un milieu d'apprentissage sain et sécuritaire de manière à ce que tout élève qui le fréquente puisse y développer son plein potentiel, à l'abri de toute forme d'intimidation ou de violence¹⁵⁹. Les différents intervenants scolaires agissent, au sein de l'établissement scolaire, sous la supervision du directeur, qui est chargé de la direction à la fois pédagogique et administrative de l'école¹⁶⁰, lui permettant d'intervenir à titre de responsable du bon fonctionnement de l'établissement. Évidemment, ce pouvoir accordé au directeur doit être exercé dans les limites des fonctions et pouvoirs dévolus aux autres intervenants et instances scolaires. Par exemple, le directeur de l'école ne pourrait invoquer son pouvoir relatif à la gestion administrative de l'établissement scolaire pour s'arroger une fonction ou un pouvoir qui doit être exercé par le conseil d'établissement¹⁶¹. De son côté, en vertu de la *Loi sur l'instruction publique*, « l'enseignant a le droit de diriger la conduite de chaque groupe d'élèves qui lui est confié »¹⁶².

À la lecture de ces pouvoirs et de la section précédente sur les droits et devoirs des titulaires de l'autorité parentale, le lectorat pourra aisément imaginer différentes situations potentiellement conflictuelles où les parents pourront invoquer leur statut afin d'exercer une influence sur la façon dont leur enfant sera reçu et traité au sein de l'établissement scolaire. Nous avons choisi d'en expliciter quelques-uns. Le plus évident concerne l'application du code de vie et des conséquences au manquement aux règles qu'il comporte. Un tel code doit être adopté dans chaque établissement scolaire. À cet effet, l'article 76 de la *Loi sur l'instruction publique* énonce ce qui suit :

76. Le conseil d'établissement approuve les règles de conduite et les mesures de sécurité proposées par le directeur de l'école.

Les règles de conduite doivent notamment prévoir, en outre des éléments que le ministre peut prescrire par règlement :

159. LIP, art 210.1.

160. LIP, art 96.12.

161. Les fonctions et pouvoirs du conseil d'établissement sont définis aux articles 75 à 94 de la *Loi sur l'instruction publique*.

162. LIP, art 19. L'enseignant-e relève toutefois du directeur d'école.

1° les attitudes et le comportement devant être adoptés en toute circonstance par l'élève ;

2° les gestes et les échanges proscrits en tout temps, quel que soit le moyen utilisé, y compris ceux ayant lieu par l'intermédiaire de médias sociaux et lors de l'utilisation du transport scolaire ;

3° les sanctions disciplinaires applicables selon la gravité ou le caractère répétitif de l'acte répréhensible.

Les règles de conduite et les mesures de sécurité sont présentées aux élèves lors d'une activité de formation sur le civisme que le directeur de l'école doit organiser annuellement en collaboration avec le personnel de l'école. Elles sont également transmises aux parents de l'élève au début de l'année scolaire.

Une fois approuvé, le code de vie est communiqué aux élèves et leurs parents. Souvent, il sera inséré à l'agenda, outil de communication par excellence dans le milieu scolaire. Des établissements inviteront les élèves et leurs parents à le signer, afin de confirmer qu'ils en ont bel et bien pris connaissance. Indépendamment de la présence d'une telle signature¹⁶³, le code de vie est applicable à tous les élèves qui fréquentent l'établissement scolaire et peut être invoqué par n'importe lequel des intervenants scolaires qui constaterait un manquement¹⁶⁴. Ce faisant, l'établissement scolaire et ses intervenants jouissent d'une certaine latitude pour veiller au bien-être des élèves. C'est d'ailleurs ce que reconnaissait le juge Cory dans l'arrêt *R c M (M R)*, où il était question du pouvoir de fouille accordé aux autorités scolaires :

Les autorités scolaires doivent jouir d'un pouvoir discrétionnaire et d'une latitude raisonnable pour être en mesure d'assurer la sécurité de leurs élèves et d'appliquer le règlement de l'école. Celles-ci sont habituellement les mieux placées pour évaluer les renseignements qu'elles reçoivent. Grâce à leur formation et à leur expérience, elles sont les mieux placées pour évaluer les propensions et la crédibi-

163. Il est raisonnable de se questionner sur l'opposabilité de ses règles de vie, et de leur signature, dans le cadre d'un litige qui devrait être tranché par les tribunaux. Il pourrait au mieux s'agir d'une certaine reconnaissance des parents de l'application de ses règles à leur enfant lorsqu'il est sous la gouverne des autorités scolaires.

164. En vertu du pouvoir général de direction délégué aux membres du personnel pour l'application du code de vie au quotidien.

lité de leurs élèves, et pour faire le lien entre les renseignements qu'elles reçoivent et la situation qui existe dans leur propre école.¹⁶⁵

Parfois, l'application et l'interprétation du code de vie à l'égard d'un élève pourront créer une situation tendue avec les parents de ce dernier. Par ailleurs, dans un milieu où des centaines de jeunes évoluent quotidiennement, il est important de faire une distinction entre le type de demandes formulées par les parents. Certaines s'expliquent par la recherche d'un accommodement raisonnable afin de prévenir la discrimination que pourrait subir leur enfant, alors que d'autres sont motivées par des préférences, des valeurs ou des perceptions individuelles. Bien entendu, ces demandes ne seront pas soumises au même cadre d'analyse. Dans le premier cas, les Chartes guideront la recherche de solutions, alors que dans le second cas, les intervenants scolaires se fonderont sur leur bienveillance et les contraintes organisationnelles lorsqu'ils analyseront la possibilité de répondre positivement à la demande des parents. Chacun comprendra que la vie en collectivité inhérente à un établissement scolaire exige le respect de certaines règles minimales qui ne peuvent être contournées sans motif valable. À titre de parents de l'élève, ils pourront s'opposer à la décision ayant été prise. Par exemple, ils pourront manifester leur désaccord sur l'interprétation qui aura été faite d'une règle, ou encore sur la sévérité de la conséquence qu'a engendrée le manquement à la règle, et ce, même s'ils ne jouissent d'aucun pouvoir leur permettant de s'ingérer dans la gestion de l'établissement scolaire. Lorsque de telles situations surviennent, les intervenants scolaires, étant donné l'importance qu'ils accordent au lien privilégié qu'ils entretiennent avec l'élève et ses parents, porteront alors à la situation une attention particulière, afin de trouver, le cas échéant, des compromis qui sont à la fois acceptables pour le parent et en concordance avec l'objectif éducatif inhérent à la conséquence ayant été donnée. Cette application de la maxime *être ferme sur les objectifs et souple sur les moyens* permet somme toute de concilier les intentions pédagogiques de l'établissement scolaire et l'autonomie que les parents peuvent exercer à ce titre. Généralement, ces situations se règlent dans l'établissement scolaire ou, parfois, au stade du processus de traitement des plaintes

165. *R c M (M R)*, [1998] 3 RCS 393 au para 49.

de la commission scolaire¹⁶⁶, mais elles ne sont que très rarement portées devant les tribunaux de droit commun.

L'application du code de vie n'est pas le seul élément qui puisse mener à des discussions entre l'établissement scolaire et les parents. Des situations peuvent aussi se produire en classe, où les parents remettront en question de temps à autre les méthodes éducatives appliquées par l'enseignant·e. Agissant comme leader pédagogique auprès du groupe d'élèves qui lui est confié, l'enseignant·e détermine les moyens d'action pour mener ses élèves vers la réussite des attentes du programme¹⁶⁷. Pour ce faire, il fait des choix pédagogiques qui, de la même manière que pour la sécurité des enfants, peuvent entraîner une divergence d'opinions avec ce que les parents auraient eux-mêmes choisi pour leur enfant. L'exemple classique se produit dans le cours de français de troisième secondaire, où les élèves doivent lire, conformément au *Programme de formation de l'école québécoise*, un texte fantastique. L'enseignant·e exerce alors son jugement professionnel et détermine quel titre ses élèves étudieront parmi la littérature mondiale. Parfois, des parents exprimeront un certain malaise, que celui-ci soit fondé sur l'appréciation qu'ils font eux-mêmes de l'œuvre choisie ou encore fondée sur leurs croyances. Dans le premier cas, si les réticences sont transmises au directeur, ce dernier, chargé de la direction pédagogique de l'établissement scolaire, analysera avec l'enseignant·e la situation. Si ces deux pédagogues déterminent que l'œuvre choisie est adéquate, l'élève devra tout de même faire la lecture. Autrement, il risquera l'échec de son cours. Dans le cas contraire, l'enseignant·e devra sélectionner une autre œuvre littéraire avec laquelle travailler, non seulement pour l'élève des parents ayant transmis ses préoccupations, mais pour tous les élèves. Dans le second cas, le parent pourra invoquer sa liberté de conscience ou de religion. Lorsqu'une telle situation se produit, la situation sera étudiée, pour cet élève, de la même façon que toutes les autres demandes qui pourraient être présentées et fondées sur le même motif¹⁶⁸. Dans l'éventualité où l'exposition de l'élève à l'œuvre fan-

166. La *Loi sur l'instruction publique* prévoit que toute commission scolaire doit établir une procédure de traitement des plaintes (LIP, art 220.2). Un mécanisme de révision de décision est également prévu aux articles 9 à 12 de cette même loi, en plus de la possibilité de s'adresser à un protecteur de l'élève (LIP, art 220.2).

167. LIP, art 19.

168. Voir par exemple Christian Brunelle et Mélanie Samson, « Les droits et libertés dans le contexte civil » dans *École du Barreau du Québec, Droit public et administratif*, Collection de droit 2018-2019, vol 8, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2018,

tastique porterait effectivement atteinte à sa liberté de conscience ou de religion, un accommodement lui sera offert et une lecture ou un exercice de remplacement lui sera donné, afin qu'il puisse compléter, comme les autres élèves, son cheminement scolaire. Cela dit, comme on l'a vu précédemment, une telle atteinte aux droits et libertés est davantage théorique que pratique.

D'ailleurs, abordant les droits et libertés de la personne, il convient de souligner à grands traits que l'autonomie accordée aux parents ne peut sous aucun prétexte relever un établissement scolaire de son obligation d'agir conformément à la législation applicable. Ce constat, une évidence en théorie, peut vite devenir un véritable casse-tête en pratique. Par exemple, ces dernières années, une attention de plus en plus grande a été accordée à la situation des élèves transgenres qui évoluent au sein du réseau scolaire¹⁶⁹. Des situations surviennent parfois où les parents (ou l'un d'eux) sont en désaccord avec le cheminement identitaire de leur enfant. Ils formuleront alors certaines demandes aux établissements scolaires, lesquelles consisteront à ne pas reconnaître l'identité de genre ou l'expression de genre de leur enfant. On pense ici notamment à la demande de ne pas utiliser les prénoms et pronoms choisis par l'élève. Pour les établissements scolaires, ces situations sont manifestement délicates. D'un côté, comme nous l'avons exposé ci-dessus, les intervenants scolaires souhaitent maintenir de bonnes relations avec les élèves et leurs parents. De l'autre, contrairement aux parents, les établissements scolaires doivent adopter face aux élèves des comportements qui sont exempts de discrimination. Or, il appert que l'identité de genre et l'expression de genre sont des motifs de distinction illicites nommés à l'article 10 de la *Charte québécoise*¹⁷⁰. S'ils refusaient d'utiliser

en ligne : <<https://edoctrine.caij.qc.ca/collection-de-droit/2018/8/1143151611>> (consulté le 17 août 2019).

169. Voir notamment Commission scolaire de Montréal, *Lignes directrices relatives aux élèves transgenres de la Commission scolaire de Montréal*, 2016, en ligne : <<http://csdm.ca/wp-content/blogs.dir/6/files/lignes-directrices-transgenres.pdf>> (consulté le 16 janvier 2017) ; Table nationale de lutte contre l'homophobie et la transphobie des réseaux de l'éducation. *Mesures d'ouverture et de soutien envers les jeunes trans et les jeunes non binaires*, 2017, en ligne : <http://www.colloquehomophobie.org/wp-content/uploads/2017/11/brochure_jeunes_trans_web-2.pdf> (consulté le 8 janvier 2019).
170. Sur la discrimination des personnes transgenres, consulter Jean-Sébastien Sauvé, « L'interdiction de transphobie dans la Charte des droits et libertés de la personne (Charte québécoise) : pour son amélioration par l'ajout de l'«identité de genre» et de l'«expression de genre» à la liste des motifs de distinction illicite », (2015) 23 *Enfances Familles Générations* 108.

les prénoms et pronoms choisis par l'élève, il y aurait tout lieu de croire que les établissements scolaires s'exposeraient à une plainte pour discrimination, laquelle aurait, sous réserve des faits propres à la situation, de bonnes chances de succès¹⁷¹. Et c'est sans compter que dans le cadre de leur mission de veiller à l'instauration d'un milieu de vie sain et sécuritaire, les établissements scolaires doivent adopter un plan de lutte contre l'intimidation et la violence, lequel doit notamment prévoir les mesures de prévention visant à contrer toute forme d'intimidation ou de violence motivée, notamment, par l'identité sexuelle¹⁷² ! En pareille circonstance, il sera risqué, pour l'établissement scolaire, de donner suite à la volonté exprimée par les parents...

Avant de conclure, il importe de souligner que les établissements scolaires n'agissent pas seulement à titre de délégataires de l'autorité parentale. Ils ont également des pouvoirs exclusifs, qui pourront être exercés avec ou sans l'autorisation des parents de l'élève. Nous pensons par exemple au classement de l'élève et à la mise en œuvre du plan d'intervention adapté à sa situation. La *Loi sur l'instruction publique* prévoit en effet que le pouvoir de classement des élèves appartient au directeur de l'établissement scolaire. Pour une majorité d'élèves, ce pouvoir s'exercera simplement, sans même qu'ils s'en aperçoivent. Ils verront tout simplement, en début d'année scolaire, qu'ils poursuivront leur cheminement dans tel ou tel groupe. Toutefois, pour les élèves handicapés ou en difficultés d'apprentissage, le processus de classement s'inscrit dans une démarche plus complexe, qui nécessitera une analyse en profondeur des forces et défis de l'élève, ainsi que l'évaluation des moyens qui pourront être mis de l'avant afin de favoriser sa réussite scolaire. Un plan d'intervention sera alors établi par le directeur de l'établissement scolaire, en collaboration avec son équipe et les parents de l'élève¹⁷³. Cependant, cette obligation qui lui incombe de rechercher la collaboration des parents de l'élève ne l'oblige pas à l'obtenir. Il s'agit d'une obligation de moyens et non de résultat. Dans l'éventualité où les parents de l'élève refuseraient de collaborer avec l'établissement scolaire, ce dernier pourrait agir, malgré tout. Si les parents sont en désaccord avec la proposition, des discussions pourront suivre, mais ulti-

171. Toutefois, en pratique, il y a peu de chances que l'élève intente seul un tel recours.

172. LIP, art 75.1.

173. LIP, art 96.14.

mement, le directeur de l'établissement scolaire aura le dernier mot. Bien entendu, les parents pourront contester sa décision en ayant recours au processus de traitement des plaintes ainsi qu'au processus de révision de décision, lequel est établi conformément aux articles 9 à 12 de la *Loi sur l'instruction publique*. En dessinant de cette façon le cadre juridique applicable, le législateur a donc inversé le principe voulant que ce soit le parent qui soit le mieux placé pour veiller aux intérêts de l'enfant. Il a ainsi reconnu l'expertise des intervenants scolaires, qui posent un jugement professionnel et formulent une recommandation répondant positivement aux besoins pédagogiques de l'élève.

CONCLUSION

Au cours du siècle dernier, le rapport que la société québécoise entretient avec l'éducation a été marqué par un changement de cap radical. Aujourd'hui considérée comme une priorité du gouvernement, l'époque où Maurice Duplessis pouvait affirmer que « l'instruction, c'est comme la boisson, il y en a qui ne la portent pas » nous paraîtra lointaine et surtout bien révolue. Héritage de la Commission Parent, les jeunes du Québec peuvent aujourd'hui compter sur un système d'éducation bien rodé, avec lequel ils entretiendront une relation qui durera plusieurs années.

Généralement, cette relation sera paisible. Au-delà des différends pouvant survenir dans toute relation saine qui se vit au quotidien, elle ne donnera pas lieu à de graves conflits. D'autres fois, celle-ci pourra être plus tendue, par exemple lorsque l'établissement scolaire, les parents et parfois même l'enfant entretiendront des positions divergentes sur ce qui favorisera le mieux, en matière d'éducation, l'intérêt dudit enfant. L'année scolaire filant à toute allure, il sera urgent de trouver une solution, en favorisant le meilleur intérêt de l'enfant, sujet de droit par lui-même et non uniquement par le biais de ses parents.

Or, comme nous l'avons vu, le schéma d'analyse applicable semble parfois reléguer l'enfant au second plan, la difficulté étant généralement étudiée à l'aune d'une atteinte aux droits et libertés des parents, alors même qu'il est question de son éducation. Dans l'arrêt *Godbout c Longueuil (Ville)*, le juge La Forest affirmait que « la liberté ne signifie pas simplement l'absence de toute

contrainte physique, voire de toute contrainte. Dans une société libre et démocratique, l'individu doit avoir suffisamment d'autonomie personnelle pour vivre sa propre vie et prendre des décisions qui sont d'importance fondamentale pour sa personne »¹⁷⁴. N'est-ce pas là l'objectif de l'éducation de l'enfant, lui permettre de développer son autonomie personnelle pour vivre sa propre vie et prendre des décisions qui sont d'importance fondamentale pour sa personne ? Comme nous l'avons vu, plusieurs notions prévues au *Programme de formation de l'école québécoise* permettent à l'enfant de connaître et de comprendre différents concepts scientifiques, culturels ou autres. Or, si l'enfant n'est jamais exposé à ceux-ci, qu'en est-il de la possibilité de se forger sa propre opinion et ainsi devenir un adulte **libre** de choisir ? Nous réitérons donc qu'il est plus que souhaitable que les établissements scolaires puissent enseigner, sans exception, l'ensemble des concepts que la société québécoise a déterminé comme étant nécessaire à l'apprentissage d'un enfant en vue d'en faire un citoyen renseigné et capable de prendre des décisions pour lui-même. Après tout, l'école a pour mission, dans le respect du principe de l'égalité des chances, d'ins-truire, de socialiser et de qualifier les élèves...

Note au lectorat

Le présent texte ayant été écrit alors que le projet de loi 40 ayant pour titre « Loi modifiant principalement la Loi sur l'instruction publique relativement à l'organisation et à la gouvernance scolaires » est étudié en commission parlementaire, nous croyons important de mentionner que les notions et concepts abordés dans le présent texte continueront de s'appliquer peu importe la structure de gouvernance choisie. Tel qu'actuellement libellé, les pouvoirs dévolus aux commissions scolaires seront essentiellement transmis aux centres de services scolaires. De plus, les pouvoirs et fonctions plus spécifiquement abordés dans ce texte devront d'une manière ou d'une autre être exercés par l'autorité scolaire locale, soit le centre de service scolaire ou l'école.

174. *Godbout c Longueuil (Ville)*, [1997] RCS 844, 891 (juge La Forest) (nous soulignons).

Les minorités linguistiques et l'accès à la justice : pour une pratique conforme aux Chartes

Le droit à l'assistance gratuite d'un interprète lors d'une audience devant le Tribunal administratif du travail, division santé et sécurité du travail

Yeong Gin Jean YOON

Résumé

Le contexte actuel de mondialisation et de mobilité des citoyens de tous les pays, qui parlent des langues diverses, change la composition culturelle et linguistique de la société québécoise. Cette diversification de la société remet en question la validité de certaines pratiques dans notre système judiciaire et, plus particulièrement, l'accessibilité à la justice pour tous les citoyens. La notion d'accès à la justice implique que tout justiciable possède le droit de participer en pleine égalité aux procédures qui se déroulent devant les tribunaux, ainsi que le droit à un procès équitable.

La présente étude examine la pratique de l'un des plus importants tribunaux administratifs du Québec, le Tribunal administratif du travail (TAT), division santé et sécurité du travail. Le TAT offre aux travailleurs l'accès à la justice en pleine égalité, et dans le respect des règles de justice naturelle relativement aux demandes touchant leurs droits, mais sans fournir de services gratuits d'interprète aux travailleurs membres d'une minorité linguistique. Il s'agit des travailleurs qui ne parlent pas et ne comprennent pas la langue employée à l'audience, à savoir la langue française ou la langue anglaise. L'auteure examine le droit de ces travailleurs de bénéficier des services gratuits d'un interprète

devant le TAT en raison du droit à l'égalité et du droit à un procès équitable garantis par les dispositions de la *Charte canadienne des droits et libertés* et de la *Charte des droits et libertés de la personne*.

Les minorités linguistiques et l'accès à la justice : pour une pratique conforme aux Chartes

Le droit à l'assistance gratuite d'un interprète lors d'une audience devant le Tribunal administratif du travail, division santé et sécurité du travail

Yeong Gin Jean YOON*

INTRODUCTION	145
1. LA MISE EN CONTEXTE	149
1.1 Le régime d'indemnisation en matière de lésions professionnelles	149
1.2 Le Tribunal administratif du travail	150
1.3 La législation applicable aux services d'un interprète devant le Tribunal administratif du travail	151
1.4 La jurisprudence	154
1.4.1 L'interprète à la fois représentant et interprète	160

* Maîtrise en droit décernée par la Faculté de droit de l'Université de Montréal, Avocate au cabinet Deslauriers & Cie. Avocats s.a., membre et assesseure de mars 2004 à mars 2016 au Tribunal des droits de la personne.

Le présent texte se veut une version mise à jour et allégée du mémoire de maîtrise soutenu par l'auteure à l'Université de Montréal en décembre 2017. L'auteure remercie son directeur de recherche, le professeur Luc Tremblay, pour son soutien et ses encouragements constants, notamment à publier ce qui suit, en espérant faire œuvre utile.

1.4.2	L'interprète incompetent.	160
1.4.3	Le travailleur sans représentant, mais avec un interprète	163
1.5	Conclusion de la partie I	164
2.	LA CONFORMITÉ DE L'ARTICLE 34 DES RÈGLES AUX CHARTES CANADIENNE ET QUÉBÉCOISE . . .	165
2.1	Le concept d'égalité	166
2.2	L'article 34 des Règles à la lumière de l'article 15 de la Charte canadienne	168
2.2.1	Une distinction ou différence de traitement	170
2.2.2	Un désavantage par la perpétuation d'un préjugé ou l'application de stéréotypes	174
2.3	L'article 10 de la Charte québécoise et la protection contre la discrimination.	184
2.3.1	L'article 10 de la Charte québécoise	185
2.3.2	L'article 15 de la Charte québécoise	189
2.3.3	L'article 23 de la Charte québécoise	196
2.3.4	La force des droits et garanties prévus par la Charte québécoise	198
2.4	Les articles 14 de la Charte canadienne et 36 de la Charte québécoise.	200
2.4.1	L'article 14 de la Charte canadienne	201
2.4.2	L'article 36 de la Charte québécoise	203
2.5	Conclusion de la partie 2.	206
	CONCLUSION GÉNÉRALE.	208

INTRODUCTION

Entre 2012 et 2016, 259 305 immigrants ont été accueillis au Québec¹. Ils viennent de tous les coins du monde. 63 940 de ces immigrants ne connaissaient ni le français ni l'anglais². L'arrivée de ces citoyens nouveaux, de cultures et de langues diverses change la société québécoise et amène une remise en question de certaines pratiques de notre système judiciaire et, plus particulièrement, en ce qui concerne l'accessibilité à la justice pour tous les citoyens.

Dans ce contexte actuel de diversification de la société, le droit à l'assistance d'un interprète devient une garantie juridique fondamentale, d'où l'importance d'examiner son application quant à l'accessibilité à la justice devant un tribunal administratif. Comme le confirmaient Yannick Landry et Virginie Désilets, depuis sa constitutionnalisation par l'article 14 de la *Charte canadienne des droits et libertés*³, et en tenant compte de l'article 27 de cette Charte⁴ qui privilégie une interprétation favorisant la reconnaissance et le maintien du patrimoine culturel du Canada, ce droit à l'assistance d'un interprète prend une importance grandissante :

La mise en œuvre de cette garantie juridique est donc en pleine mutation. En effet, avec la création de territoires multinationaux, telle l'Union européenne, cette garantie juridique prend toute son importance notamment lorsque des dizaines de langues coexistent sur un territoire donné. Le Canada, en optant pour le multiculturalisme et en l'enchâssant dans la Charte à l'article 27, il était

1. QUÉBEC, MINISTÈRE DE L'IMMIGRATION DE LA DIVERSITÉ ET DE L'INCLUSION, 2012-2016 *Portrait de l'immigration permanente au Québec selon les catégories d'immigration*, Québec, 2017, en ligne : <http://www.midi.gouv.qc.ca/publications/fr/recherches-statistiques/Portraits_categories_2012-2016.pdf>, Annexe 2 – Tableau 1, (consulté le 21 octobre, 2018).

2. *Id.*

3. *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.)] [*Charte canadienne*]. L'article 14 prévoit : « Les parties ou les témoins qui ne peuvent suivre les procédures, soit parce qu'ils ne comprennent pas ou ne parlent pas la langue employée, soit parce qu'ils sont atteints de surdité, ont droit à l'assistance d'un interprète ».

4. *Id.*, l'article 27 prévoit : « (Maintien du patrimoine culturel) Toute interprétation de la présente charte doit concorder avec l'objectif de promouvoir le maintien et la valorisation du patrimoine multiculturel des Canadiens ».

impératif, pour ce dernier, d'élever le droit à un interprète au rang de norme constitutionnelle.⁵

Le présent texte porte sur le droit fondamental à une audience en pleine égalité devant l'un des plus importants tribunaux administratifs du Québec, le Tribunal administratif du travail, division santé et sécurité du travail (TAT)⁶, auparavant de la Commission des lésions professionnelles (C.L.P.)⁷. Le TAT est le tribunal devant lequel tous les travailleurs au Québec peuvent faire valoir leurs droits relativement à un accident du travail selon les dispositions de la *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*⁸. Le TAT possède non seulement la compétence exclusive pour déterminer si un travailleur a été victime ou non d'une lésion professionnelle, mais il a également compétence sur toutes autres questions portant sur les accidents du travail et la protection de la santé et de la sécurité des travailleurs au Québec. Malgré l'importance du TAT, peu d'études juridiques ou de jugements traitent de l'application des principes du droit à l'égalité et des règles de justice naturelle en relation avec l'accessibilité linguistique devant celui-ci.

C'est la problématique que nous abordons ici : en refusant de fournir de services gratuits d'interprète aux travailleurs membres d'une minorité linguistique⁹, le TAT remplit-il son obligation de donner un accès égalitaire à la justice et respecte-t-il les droits des justiciables ? Il sera démontré que, pour ces travailleurs, la limitation linguistique nuit à l'accès à la justice et entraîne des conséquences incompatibles avec les droits fondamentaux garantis

5. Yannick LANDRY et Virginie DÉSILETS, « Les garanties juridiques », dans Gérald A. BEAUDOIN et Errol MENDES (dir.), *The Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 4^e éd., Markham (Ont.), LexisNexis, Butterworths, 2005, p. 877, à la p. 912.

6. Le TAT a été créé en 2015, en vertu de la *Loi regroupant la Commission de l'équité salariale, la Commission des normes du travail et la Commission de la santé et de la sécurité du travail et instituant le Tribunal administratif du travail*, L.Q. 2015, c. 15 [Loi 42].

7. Depuis janvier 2016, par la *Loi instituant le Tribunal administratif du travail*, RLRQ, c. T-15.1, art. 255 [LITAT], le TAT s'est substitué à deux tribunaux administratifs de dernière instance : la Commission des lésions professionnelles et la Commission des relations du travail.

8. RLRQ, c. A-3.001 [LATMP].

9. L'expression « le travailleur membre d'une minorité linguistique » est utilisée dans le présent texte pour désigner les personnes qui ne peuvent communiquer convenablement en français ou en anglais lors d'une audience ou qui ne comprennent pas ces langues.

par la Charte canadienne et la *Charte des droits et libertés de la personne du Québec*¹⁰. Précisons dès le départ que notre texte ne porte pas sur une situation où le droit d'un justiciable à l'assistance d'un interprète aurait été nié. Nous traitons plutôt d'une situation de négation d'un droit à la « gratuité » du service d'un interprète au justiciable qui en aurait besoin.

Le fondement de notre argument réside dans le concept de droit à l'égalité garanti à l'article 15 (1) de la Charte canadienne et par l'article 10 de la Charte québécoise. Selon nous, le fait de ne pas offrir gratuitement les services d'un interprète officiel pour le travailleur membre d'une minorité linguistique constitue un traitement inégal, car il entraîne pour celui-ci des désavantages et des préjudices fondés sur ce qui fait son caractère particulier, à savoir la langue, l'origine ethnique et la nationalité.

Nous épousons la perspective d'« égalité réelle », telle qu'établie par la Cour suprême du Canada¹¹, et ce, sans recourir au concept d'obligation d'accommodement. La tendance actuelle, lorsqu'il est question des droits des « minorités » linguistiques ou ethniques, est de les analyser sous l'angle de la doctrine des accommodements raisonnables¹². Mais, cette doctrine ne règle pas tous les problèmes d'inégalité dans une société diversifiée. La doctrine des accommodements raisonnables est viciée par la présomption qu'une norme ou pratique qui peut sembler « neutre », et donc « légitime », doit être « accommodée » ou « adaptée » au bénéfice de groupes minoritaires que cette norme lèse¹³.

10. *Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ, c. C-12 [Charte québécoise].

11. Voir en général : *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143 [Andrews] ; *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497 [Law] ; *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3 [Meiorin] ; et *Conseil des Canadiens avec déficiences c. Via Rail Canada Inc.*, [2007] 1 R.C.S. 650 [Via Rail Canada Inc.].

12. Pour une étude extensive sur l'accommodement raisonnable, voir : José WOEHLING, « L'obligation d'accommodement raisonnable et l'adaptation de la société à la diversité religieuse », (1998) 43 *R. D. McGill* 325, 325-401.

13. Gwen BRODSKY et Shelagh DAY, « The Duty to Accommodate: Who Will Benefit? », (1996) 75 *R. du B. can.* 433, 462. Gwen Day et Shelagh Brodsky écrivent que le concept d'accommodement ne touche pas le cœur de la question d'égalité : il enforce plutôt les inégalités de pouvoir en faveur du groupe dominant dans la société qui est « obligé » d'accommoder les personnes « différentes », à savoir les groupes minoritaires : « Accommodation, conceived this way, appears to be rooted in the formal model of equality. As a formula, different treatment for "different" people is merely the flip side of like treatment for likes. Accommodation does not go to the heart of the equality question, to the goal of transformation, to an ex-

Bien que notre étude se concentre principalement sur le droit à l'égalité, nous voulons aussi démontrer que le droit aux services gratuits d'un interprète n'est pas uniquement fondé sur une garantie protégée par ce droit, mais qu'il s'agit aussi d'un aspect fondamental du droit à un procès équitable prévu par les deux chartes (article 14 de la Charte canadienne et article 36 de la Charte québécoise).

Le professeur Pierre Noreau, en 2000 et en 2002, a démontré que des difficultés reliées à l'incompréhension linguistique ont souvent été présentées par les intervenants du système judiciaire, notamment les juges et les avocats, comme une forme de limitation de l'accès à la justice :

Les enjeux entourant la valeur et la signification du témoignage des justiciables dans le système occidental révèlent l'importance des obstacles associés à l'incompréhension de la langue parlée à la cour, celle des témoins comme celle des parties. Il s'ensuit que le justiciable, dont le français ou l'anglais ne sont pas la langue première, est souvent considéré comme une personne « incompréhensible » qui « témoigne mal » : « on comprend que pour certaines communautés culturelles, l'anglais ou le français (ce sont) deux langues difficiles » (Juge 4, 7-8).¹⁴

Dans cette optique, nous démontrerons, par une analyse législative et jurisprudentielle, l'illégalité de la pratique du TAT

mination of the way institutions and relations must be changed in order to make them available, accessible, meaningful and rewarding for the many diverse groups of which our society is composed. Accommodation seems to mean that we do not change procedures or services we simply "accommodate" those who do not quite fit. We make some concessions to those who are "different", rather than abandoning the idea of "normal" and working for genuine inclusiveness ». *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, préc., note 11, p. 24-27. Cet arrêt vient renforcer l'obligation d'accommodement, qui ne s'appliquait auparavant que lorsque la discrimination s'exerçait par effets préjudiciables (discrimination indirecte). Cette méthode unifiée oblige désormais les employeurs à tenir compte, dans leurs normes, des employés ayant des caractéristiques visées par la protection des lois sur les droits de la personne. L'incorporation de l'accommodement dans une norme de justification fait qu'un employeur ne peut plus maintenir une norme discriminatoire en la complétant par des mesures d'accommodement au cas par cas. Voir également : *Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles) v. Colombie-Britannique (Council of Human Rights)*, [1999] 3 R.C.S. 898 [Grismer] et *Canada (Commission des droits de la personne) c. Banque Toronto-Dominion*, [1998] 4 CF 205.

14. Pierre NOREAU, *Le droit en partage : le monde juridique face à la diversité ethnoculturelle*, Montréal, Éditions Thémis, 2003, p. 122-123. Voir également à la page 199 pour les recommandations plus spécifiques sur la traduction judiciaire.

consistant à ne pas offrir de services gratuits d'interprétation aux travailleurs membres d'une minorité linguistique.

La règle que nous dénonçons ici, soit le refus complet du gouvernement de fournir des services d'interprète gratuits aux personnes appartenant à des minorités linguistiques qui en ont besoin dans le cadre d'audiences devant le TAT, n'a pas fait à ce jour l'objet d'une analyse judiciaire sous l'article premier de la Charte canadienne ou en regard d'un moyen de défense prévu à la Charte québécoise. Il n'est pas de notre propos de faire une analyse de cette nature. Soulignons néanmoins que cette règle, telle que formulée comme nous le verrons à l'article 34 des Règles, ne nous apparaît pas à sa face même être une atteinte minimale à l'égalité en cause et ne peut donc pas être sauvegardée par l'article premier de la Charte canadienne ou par un autre moyen de défense prévu à la Charte québécoise¹⁵.

1. LA MISE EN CONTEXTE

1.1 Le régime d'indemnisation en matière de lésions professionnelles

Le régime québécois d'indemnisation en matière de lésions professionnelles prévu par la LATMP est fondé sur les principes d'assurance collective et de responsabilité à caractère social, sans égard à la faute et axé sur l'indemnisation. Il vise donc à promouvoir la paix sociale par l'exclusion de toute action en responsabilité intentée par les travailleurs contre les employeurs¹⁶. La LATMP est une loi d'ordre public¹⁷ et s'applique à tous les travailleurs qui sont victimes d'une lésion professionnelle survenue ou d'une

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

16. *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics Inc.*, [1996] 2 R.C.S. 345 ; *Restaurants McDonald du Canada ltée c. Demosthènes*, [1998] C.L.P. 409, conf. par [1998] C.L.P. 1318 (C.S.) ; *Institut Armand-Frappier c. C.S.S.T.*, [2000] C.L.P. 211. Voir en général : Jean-Louis BAUDOUIN, Patrice DESLAURIERS et Benoit MOORE, *La responsabilité civile*, vol. 1, 8^e éd., Montréal, Éditions Yvon Blais, 2014, p. 954-961 ; Michel COUTU et Georges MARCEAU, *Droit administratif du travail – Tribunaux et organismes spécialisés du domaine du travail*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2007, p. 581.

17. LATMP, préc., note 8. L'article 4 prévoit : « La présente loi est d'ordre public. Cependant, une convention ou une entente ou un décret qui y donne effet peut prévoir pour un travailleur des dispositions plus avantageuses que celles que prévoit la présente loi ».

maladie professionnelle contractée au Québec et dont l'employeur a un établissement au Québec¹⁸. Le législateur donne d'ailleurs un sens large au terme « travailleur » en attribuant ce qualificatif à toute personne physique qui exécute un travail pour un employeur, moyennant rémunération, en vertu d'un contrat de travail ou d'apprentissage à l'exclusion de certains cas exceptionnels¹⁹. En outre, elle prévoit que tout événement imprévu et soudain, attribuable à toute cause, entraînant une lésion professionnelle et survenant par le fait ou à l'occasion du travail, constitue un accident du travail²⁰. L'expression « lésion professionnelle », telle que définie par la LATMP, comprend les blessures, les maladies survenant par le fait ou à l'occasion d'un accident du travail et les maladies professionnelles, y compris la récurrence, la rechute ou l'aggravation²¹.

1.2 Le Tribunal administratif du travail

Rappelons que le TAT a été substitué à deux tribunaux administratifs de dernière instance : la C.L.P. et la C.R.T.²². Il a quatre divisions : la division des relations du travail, la division de la santé et de la sécurité du travail, la division des services essentiels et la division de la construction et de la qualification professionnelle²³. Le TAT est appelé chaque année à statuer sur quelque 38 000 recours exercés en vertu d'une quarantaine de lois en matière d'emploi, de relations du travail et de santé et sécurité au travail²⁴. Avant la création du TAT, la C.L.P. rendait environ 8 900 à 9 800 décisions par an²⁵. En 2014-2015, elle a

18. *Id.*, art. 7.

19. *Id.*, l'article 2 prévoit : Les travailleurs exclus sont : le domestique ; la personne physique engagée par un particulier pour garder un enfant, un malade, une personne handicapée ou une personne âgée, et qui ne réside pas dans le logement de ce particulier ; la personne qui pratique un sport qui constitue sa principale source de revenus ; le dirigeant d'une personne morale quel que soit le travail qu'il exécute pour cette personne morale.

20. *Id.*, art. 2, al. 1.

21. *Id.*

22. LITAT, préc., note 7, art. 255.

23. *Id.*, art. 4.

24. QUÉBEC, *Nouveau Tribunal administratif du travail* – Portail Québec, 2016, en ligne : <<http://www.fil-information.gouv.qc.ca>> (consulté 15 octobre 2017).

25. COMMISSION DES LÉSIONS PROFESSIONNELLES, *Rapport Annuel de Gestion 2014 – 2015*, Québec, en ligne : <http://www.clp.tat.gouv.qc.ca/fileadmin/user_upload/Documents/La_commission/Publications_et_documents/R_apports_annuels/CLP-2014-2015_WEB.pdf> (consulté le 15 octobre 2017). La C.L.P. a rendu 9 800 décisions entre 2012 et 2013 et 9 143 décisions entre 2013 et 2014.

ouvert 31 573 dossiers et elle a rendu 8 770 décisions à la suite d'une audience²⁶.

La division de la santé et de la sécurité du travail du TAT exerce essentiellement les mêmes compétences que celles que possédait la C.L.P.²⁷. En particulier, elle a compétence pour réviser les décisions de la Commission des normes, de l'équité, de la santé et de la sécurité du travail (CNESST) qui a remplacé la Commission de la santé et de la sécurité du travail (CSST) en janvier 2016²⁸. Pour cette raison, nous utiliserons de manière interchangeable les symboles TAT et C.L.P. pour désigner les décisions administratives rendues par la C.L.P. et les symboles CNESST ou CSST pour désigner les décisions administratives rendues par la CSST avant les modifications législatives.

En vertu de l'article 9 de la LITAT, le TAT a le pouvoir de décider de toute question de droit ou de fait nécessaire à l'exercice de sa compétence²⁹. Il peut rendre des décisions en vertu de la LATMP, notamment portant sur l'existence d'une lésion professionnelle, sur le droit aux d'indemnités de remplacement du revenu et, le cas échéant, sur le droit aux indemnités de décès³⁰. Nous utilisons le symbole LATMP pour désigner les droits relativement à la réparation des lésions professionnelles et du préjudice qu'elles entraînent pour les travailleurs. Le symbole LITAT sera utilisé pour désigner les droits relativement à l'audience devant le TAT.

1.3 La législation applicable aux services d'un interprète devant le Tribunal administratif du travail

Le TAT, à l'instar de l'ensemble des tribunaux administratifs, jouit d'une large autonomie en matière d'administration de la preuve et de procédure. Les règles ordinaires de preuve et de procédure ne sont pas applicables devant le TAT parce qu'il est un tribunal administratif qui, par sa nature, est censé être plus

26. *Id.*, p. 16.

27. LITAT, préc., note 7, art. 9 ; LATMP, préc., note 8, art. 377-378, 383, 429.27 et 429.26.

28. Loi 42, préc., note 6.

29. LITAT, préc., note 7.

30. LATMP, préc., note 8, art. 1.

accessible et plus souple dans ses règles de fonctionnement³¹. Dans cet esprit, l'article 34 de la LITAT prévoit qu'avant de rendre une décision, le TAT permet aux parties de se faire entendre par tout moyen prévu à ses règles de preuve et de procédure³². De même, l'article 43 de la LITAT permet au TAT, en l'absence de dispositions applicables à un cas particulier, d'y suppléer par toute procédure compatible avec la LITAT et ses règles de preuve et de procédure.

Par ailleurs, malgré ce contexte de souplesse et d'autonomie, le TAT doit respecter les règles de justice naturelle, dont celle de l'*audi alteram partem*³³, comme le prévoit l'article premier de la *Loi sur la justice administrative* (L.J.A.), à laquelle il est soumis :

1. La présente loi a pour objet d'affirmer la spécificité de la justice administrative et d'en assurer la qualité, la célérité et l'accessibilité, de même que d'assurer le respect des droits fondamentaux des administrés.³⁴

Ce souci de protection des principes de justice naturelle et de l'égalité des parties au processus se reflète dans l'article 1 des *Règles de preuve et de procédure du Tribunal administratif du travail* (Règles) :

1. Les présentes règles s'appliquent à toutes les affaires introduites devant le Tribunal.

Elles visent à ce que les demandes soient traitées de façon simple, souple et avec célérité, notamment par la collaboration des parties et des représentants et l'utilisation des moyens technologiques

31. *Lapointe c. Commission d'appel des lésions professionnelles*, [1995] C.A.L.P. 1319 (C.A.).

32. LITAT, préc., note 7. L'article 35 prévoit toutefois qu'elle peut procéder sur dossier si elle le juge approprié et si les parties y consentent.

33. *Cascades Conversion inc. c. Yergeau*, [2005] C.L.P. 1739 (C.A.) ; *Chevrette c. Pre-verco inc.*, [2004] C.L.P. 29 ; *Gionet c. Construction Ilario Giugovaz inc.*, [1999] C.L.P. 650.

34. RLRQ, c. J-3. Cette loi établit les règles générales de procédures applicables aux décisions des instances administratives au Québec. À cet effet voir notamment : Jean-Sébastien NOISEUX et Tatiana SANTOS DE AGUILAR, « Administration de la preuve et objections devant la C.L.P. », dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, vol. 303, *Développements récents en droit de la santé et sécurité au travail* (2009), Montréal, Éditions Yvon Blais, 2009, p. 175, aux p. 179-181.

disponibles tant pour les parties que pour le Tribunal, et ce, dans le respect des règles de justice naturelle et de l'égalité des parties.³⁵

[nos soulignements]

Le droit à un interprète lors d'une audience devant le TAT est prévu à l'article 34 des Règles. Ces Règles applicables à l'ensemble des divisions du TAT, sont entrées en vigueur le 4 mai 2017³⁶. Elles remplacent le *Règlement sur la preuve et la procédure de la Commission des lésions professionnelles*³⁷ (Règlement) qui était applicable devant la C.L.P. et qui demeurait en vigueur au TAT jusqu'à son remplacement³⁸. L'article 34 des Règles précise simplement que « lorsque le déroulement de l'audience rend nécessaire le recours à un interprète, celui-ci prête serment qu'il fera cette traduction fidèlement ». Le droit à un interprète lors d'une audience était ainsi prévu sous l'ancien Règlement :

25. Lorsque le déroulement équitable de l'audience rend nécessaire le recours à un interprète, la Commission s'assure que la personne proposée à cette fin est en mesure de faire la traduction requise, l'interprète prête serment qu'il fera cette traduction fidèlement.

25.1 Le coût des services d'un interprète est à la charge de la partie qui retient ses services. La Commission fournit toutefois les services d'un interprète à la personne atteinte de surdité.

[nos soulignements]

Malheureusement, rien dans la documentation relative à l'adoption des nouvelles Règles ne nous éclaire sur l'objectif poursuivi par le législateur en décidant de ne pas y insérer une disposition similaire à l'article 25.1 de l'ancien Règlement. Néanmoins, selon le TAT, malgré le libellé de l'article 34 des nouvelles Règles, il n'y a aucune raison de croire qu'il y ait une différence concrète avec l'article 25.1 du Règlement :

35. RLRQ, c. T-15.1, r. 1.1. [Règles]. Le libellé de l'ancien article 1 du *Règlement sur la preuve et la procédure de la Commission des lésions professionnelles* est presque identique.

36. LITAT, préc., note 7, art.105.

37. RLRQ, c. A-3.001, r. 12 [Règlement].

38. LITAT, préc., note 7, art. 263.

Lors de l'audience, chaque participant a le droit de s'exprimer en français ou en anglais. Si vous n'êtes pas en mesure de comprendre les propos tenus par les autres intervenants, vous pouvez requérir les services d'un interprète, auquel cas vous devrez en assumer les coûts. [...] Si vous êtes une personne malentendante, le Tribunal vous fournira gratuitement l'assistance d'un interprète gestuel.³⁹

[nos soulignements]

Compte tenu de l'entrée en vigueur récente de l'article 34 des Règles et de l'interprétation qu'y donne le TAT, il nous semble pertinent d'analyser les décisions rendues par la C.L.P. traitant de l'article 25.1 du Règlement, d'autant plus que depuis son entrée en vigueur, l'article 34 des nouvelles Règles n'a, à notre connaissance, pas été interprété par les tribunaux, sauf dans une affaire où le TAT s'est limité à souligner en une phrase que l'article 34 permet le recours à un proche comme interprète⁴⁰.

1.4 La jurisprudence

Constatons d'abord que les travailleurs qui requièrent les services d'un interprète sont les plus vulnérables des parties en litige et même, bien souvent, de la société québécoise. Premièrement, dans un litige porté devant le TAT, la partie qui a besoin d'un interprète est le travailleur issu d'une minorité linguistique, et non pas l'employeur – entreprise, ni la CNESST. Pour faire valoir leurs droits devant le TAT, les travailleurs membres d'une minorité linguistique sont obligés d'engager des frais supplémentaires que les autres travailleurs qui parlent l'une des langues officielles (anglais ou français) ou les autres parties au litige, à savoir l'entreprise ou la CNESST qui disposent généralement de ressources considérables, n'ont pas à assumer. Par exemple, ces justiciables doivent être accompagnés par une personne qui peut traduire leurs propos ou assumer leurs propres frais d'interprète lors du déroulement de l'audience.

Pour ajouter à ce qui précède et à la lecture de la jurisprudence, les travailleurs qui ont besoin d'un interprète sont souvent

39. TRIBUNAL ADMINISTRATIF DU TRAVAIL, *Une justice qui travaille pour nous, Québec*, 2016, en ligne : <http://www.tat.gouv.qc.ca/formulaires_et_publications/documents_dinformation.html> (consulté le 15 octobre 2017).

40. *Pejic et Tout-Prêt inc.*, 2018 CanLII 2603 (QCTAT).

des personnes qui se trouvent au bas de l'échelle socio-économique. Ce sont des personnes ayant très peu de scolarité. Elles n'ont pas reçu une instruction en français ou en anglais et sont parfois même analphabètes, tant à leur arrivée qu'au moment de l'audience. Rappelons aussi que ces travailleurs occupent très souvent des emplois dans des secteurs industriels ou manuels où la connaissance des deux langues officielles n'est pas requise dans l'exécution du travail. Ce sont surtout des emplois à bas salaire ou rémunérés au salaire minimum, comme service d'entretien ménager, électricien, couturier ou cuisinier⁴¹. Par conséquent, pour cette catégorie de travailleurs membres d'une minorité linguistique, le fait de devoir engager des dépenses pour un interprète officiel peut être un lourd fardeau parfois impossible à porter.

Mentionnons par ailleurs que la *Loi sur l'aide juridique et sur la prestation de certains autres services juridiques* (L.a.j.)⁴² prévoit qu'il est possible pour ces travailleurs d'obtenir de l'aide financière pour le paiement des « frais d'experts » tel que les interprètes. Toutefois, cette aide financière n'est pas automatiquement acquise et les travailleurs doivent remplir des conditions pour être admissibles⁴³.

De plus, l'aide juridique peut être refusée ou retirée pour certains motifs, par exemple lorsque le recours n'apparaît pas fondé compte tenu notamment de l'un ou l'autre des facteurs suivants : 1) la personne qui demande l'aide juridique ne peut établir la vraisemblance d'un droit, 2) l'affaire ou le recours a manifestement très peu de chance de succès, ou 3) les coûts que cette affaire ou ce recours entraînerait seraient déraisonnables par rapport aux gains ou aux pertes qui pourraient en résulter pour le requérant ou, selon le cas, le bénéficiaire, à moins qu'il ne mette en cause soit ses moyens de subsistance, soit ses besoins essentiels et ceux de sa famille, 4) la personne qui demande l'aide ou qui en bénéficie refuse, sans motif valable, une proposition raisonnable de règle-

41. *Luis Carneiro c. Services d'entretien d'édifices Pères et fils Inc.*, 2009, CanLII 5429 (QCCLP) ; *Siemens Électrique Ltée c. Stachyra*, 2002 CanLII 68849 (QCCLP) ; *Ana Maria Torrès c. Les Industries Beco Ltée*, 2004 CanLII 7432 (QCCLP) ; *Thorng c. Sophal Tuok (Royaume D'Ankor enr.)*, 2014 CanLII 5218 (QCCLP).

42. RLRQ, c. A-14, art. 3 et 4.7.

43. *Id.*, art. 4, 4.3, 5 et 6. Les règles relativement à l'admissibilité financière sont prévues au *Règlement sur l'aide juridique*, RLRQ, c. A-14, r. 2 [R.a.j.], art. 6- 29.1.

ment de l'affaire⁴⁴. Finalement, il est utile de mentionner que les frais d'interprète sont remboursés au justiciable et non payés à sa place.

À la lumière de ce qui précède, l'obtention de l'aide juridique pour le membre d'une minorité linguistique est, selon nous, aléatoire et le processus en vue d'obtenir cette aide peut paraître complexe à une personne qui ne parle ni français ni anglais. Pensons, par exemple, à une situation où le travailleur n'a pas les moyens financiers de payer un interprète lors de l'audience, et ce, avant le remboursement par l'aide juridique. Il faut aussi considérer le délai afin d'obtenir cette autorisation avant l'audience et le contexte où le directeur refuse d'autoriser une telle dépense.

Dans l'affaire *Ana Maria Torrès c. Les Industries Beco ltée*⁴⁵, une couturière, invoque avoir subi une lésion professionnelle lors de l'emballage de couvre-lits. Madame Torres affirme ne comprendre le français ni l'anglais, et ne pouvoir assumer les coûts de l'interprète. Elle demande donc à la C.L.P. d'ordonner à l'aide juridique de payer les services d'un interprète. La C.L.P. reconnaît la nécessité d'un interprète mais refuse de rendre l'ordonnance demandée au motif que le Règlement ne lui donne pas ce pouvoir :

La travailleuse ne pouvant s'exprimer en français et en anglais doit se voir reconnaître le droit à un interprète. Toutefois, la Commission des lésions professionnelles n'a pas le pouvoir d'ordonner à l'aide juridique le paiement des coûts reliés à un interprète. Elle ne peut que fortement conseiller de considérer la question selon les règles qui la régissent.⁴⁶

La réclamation de la travailleuse sera finalement rejetée, la C.L.P. décidant qu'elle n'avait pas subi de lésion professionnelle⁴⁷. La C.L.P. s'est appuyée sur des éléments de preuve tant documentaire que testimoniale pertinents à la détermination des questions en litige. Cependant rien n'est dit à propos des limitations linguistiques de la travailleuse ou de la présence d'un interprète.

44. L.a.j., préc., note 42, art. 4.11.

45. *Ana Maria Torrès c. Les Industries Beco ltée*, préc., note 41.

46. *Id.*, p. 1-2. Voir également : *Peppino Colombo c. Livraison Parfaite*, 2000 CanLII 36627 (QCCLP). La C.L.P. confirme que le coût de l'interprète, de l'expertise et les honoraires d'avocat, les frais servant à appuyer la réclamation du travailleur et sa contestation sont des frais non couverts par la LATMP.

47. *Torrès c. Les Industries Beco ltée*, 2004 CanLII 67566 (QCCLP).

La C.L.P. ayant reconnu la nécessité d'un interprète, on se demande comment l'audience au fond a pu se dérouler sans sa présence. Comment, en effet, la C.L.P. a pu rendre une décision en se référant aux éléments de preuve testimoniale de l'événement rapporté par la travailleuse et comment la travailleuse a pu commenter ou contredire la preuve si elle ne comprenait ni le français ni l'anglais. Or, l'article 27 du Règlement prescrivait que la C.L.P. « *ne peut retenir, dans sa décision, un élément de preuve que si les parties ont été à même d'en commenter ou d'en contredire la substance* »⁴⁸.

Ce genre de situation conduit à des pratiques irrégulières qui font que ces justiciables, ne pouvant prendre en charge les frais élevés d'un interprète officiel et compétent, se font souvent accompagner à l'audience par des interprètes « non officiels », membres de leur famille ou des amis, pour comprendre et se faire expliquer les demandes ou les questions touchant leurs droits. Dans de tels cas, les interprètes choisis n'ont souvent ni l'expérience ni la compétence requise en traduction pour que le justiciable soit bien informé et qu'il agisse en toute connaissance de ses droits.

En général, lors d'une audience devant la C.L.P., « un interprète officiel » n'est pas obligatoire. Dans bien des cas, la C.L.P. accepte que le travailleur puisse être assisté par un membre de sa famille, tel que le beau-père, un frère, le conjoint, ou encore un voisin ou un ami⁴⁹. Toutefois, comme il est aussi prévu par l'article 34 des Règles, comme en vertu de l'article 25 du Règlement auparavant, la C.L.P. doit déterminer si l'interprète connaît suffisamment les deux langues pour traduire fidèlement les échanges entre les parties et les témoignages. Or, selon nous, il est difficile de concevoir comment un commissaire de la C.L.P. peut vérifier la qualité de l'interprète lorsque ce dernier n'est pas « officiel » et que le commissaire lui-même ne parle pas la langue du travailleur. D'ailleurs, dans la réalité, la C.L.P. ne semble pas appliquer cette disposition de façon constante. Chaque cas est un cas d'espèce. Souvent, dans ses décisions, la C.L.P. affirme que les interprètes

48. Règlement, préc., note 37 [italiques ajoutés].

49. *Kulwant Kaur Dhadha (Re)*, 2005 CanLII 64645 (QCCLP) ; *Siemens Électrique Ltée c. Stachyra*, préc., note 41 ; *Saravanamuthu (Re)*, 2005 CanLII 66281 (QCCLP) ; *Staveris c. Restaurant Murray*, 1999 CanLII 26014 (QCCLP).

ont été dûment assermentés afin de rapporter fidèlement les questions posées et les réponses données⁵⁰.

Les décisions rendues par la C.L.P. sont incohérentes quant à l'application de l'obligation de fidélité ou d'impartialité de la traduction exigée par l'article 25 du Règlement. La C.L.P. ne semble imposer cette obligation que principalement dans les cas où la partie adverse s'oppose à la qualité ou au statut de l'interprète.

Dans l'affaire, *Bharatbhai Patel c. Tricots Liesse 1983 inc.*⁵¹, par exemple, la C.L.P. accepte un interprète « non officiel » alors qu'elle a souligné que les traductions effectuées par un interprète officiel auraient été plus fidèles que celles offertes par un membre de la famille. Dans cette affaire, en acceptant que la conjointe du travailleur tricoteur soit habilitée à agir comme interprète, la C.L.P. rejette l'objection de la représentante de l'employeur au motif qu'il n'y a rien dans la LATMP ou le Règlement qui l'oblige une partie à retenir les services d'un « interprète officiel ».

Dans une autre affaire, *Gonzalez c. Manufacture Lingerie Château inc.*⁵², l'employeur conteste une décision déjà rendue par la C.L.P.⁵³ en reprochant au premier commissaire d'avoir accepté que le témoignage de la travailleuse soit traduit par une personne qui n'est pas un « interprète officiel ». Il soutient que le premier commissaire avait le devoir de soulever cette question et de s'assurer que la personne proposée à cette fin soit en mesure de faire une traduction « fidèle et impartiale ». En l'espèce, la travailleuse, d'origine salvadorienne, ne s'exprime qu'en espagnol, sa langue maternelle, et éprouve des difficultés de communication en anglais et en français. La C.L.P., en révision de la première décision⁵⁴, rejette la demande de l'employeur au motif que la preuve n'a pas démontré de négation de droit ou de manquement « aux principes

50. *Tilemahos Delis c. Snack Bar*, 1994 CanLII 13434 (QC C.A.L.P.) ; *Hernandez-Zambrano c. Viandes Kamouraska inc.*, 2008 CanLII 1079 (QCCLP) ; *Gatica-Delrosario c. Hôtel Plaza Howard Johnson*, 1996 CanLII 16860 (QC C.A.L.P.) ; *Mang c. Restaurant Le Nouveau Paradis Inc.*, 2001 CanLII 45779 (QCCLP).

51. *Bharatbhai Patel c. Tricots Liesse 1983 Inc.*, 2002 CanLII 68445 (QCCLP).

52. *Gonzalez c. Manufacture lingerie Château inc.*, 2001 CanLII 46812 (QCCLP).

53. La C.L.P., comme le TAT, avait le pouvoir de réviser ou de révoquer une décision qu'elle a déjà rendue, en vertu de l'ancienne disposition 429.56 de la LATMP. Cette disposition a été remplacée par l'article 49 de la LITAT.

54. *Gonzalez c. Manufacture lingerie Château inc.*, préc., note 52.

de justice fondamentale et d'équité procédurale » et que, selon lui, seule la qualité « officielle » de cette dernière a été contestée.

Toutefois, dans l'affaire *Abattoir Colbex inc. c. Xayaphone Vilaysouk*⁵⁵, la C.L.P. refuse que le père du travailleur agisse à titre d'interprète au motif d'un possible risque de partialité et de violation des règles de justice naturelles. En l'espèce, le travailleur est laotien et, bien qu'il s'exprime en français, il éprouve certaines difficultés. Il demande que les débats tenus lors de l'audience soient traduits par son père, un interprète accrédité en France. L'employeur s'oppose à cette demande pour le motif que le travailleur a le fardeau de la preuve et que, compte tenu de la relation qui unit l'interprète au travailleur, il craint que l'interprète ne puisse agir de façon totalement neutre dans le cadre de ses fonctions. Pour sa part, le travailleur soutient qu'il lui serait trop coûteux de retenir les services d'un interprète judiciaire et qu'il faut « présumer de la bonne foi des gens ».

En soulignant que la C.L.P. doit respecter les règles de justice naturelle et l'égalité des parties, le commissaire, accueille l'objection de l'employeur en ces termes :

Le droit d'être compris et de comprendre ce qui se dit devant des instances judiciaires ou quasi judiciaires n'est pas un droit constitutionnel mais bien un droit qui découle des règles de justice naturelle selon la Cour suprême du Canada. Cependant, l'employeur bénéficie aussi des principes de justice fondamentale, d'équité procédurale et de justice naturelle inhérents à tout processus quasi-judiciaire.⁵⁶

Selon le commissaire, en permettant au père du travailleur d'agir à titre d'interprète à l'audience, la C.L.P. risquait de favoriser le travailleur alors qu'elle a l'obligation d'être impartiale selon les termes mêmes de la LATMP.

Finalement, il conclut que « des considérations d'ordre financier ne peuvent l'emporter sur des règles de justice naturelle » et que « c'est le travailleur qui doit prouver le bien-fondé de son recours et qui doit prendre les moyens pour le faire »⁵⁷. Or, il nous

55. *Abattoir Colbex inc. c. Xayaphone Vilaysouk*, 2006 CanLII 64218 (QCCLP).

56. *Id.*, p. 6.

57. *Id.*

semble que la désignation d'un autre interprète découle notamment des règles de justice naturelle.

Nous présentons dans les prochains paragraphes d'autres situations problématiques lorsque le travailleur membre d'une minorité linguistique n'est pas assisté par un « interprète officiel ».

1.4.1 L'interprète à la fois représentant et interprète

Dans certains cas, le représentant d'un travailleur membre d'une minorité linguistique agit pour son client, non seulement à titre de représentant, mais aussi à titre d'interprète⁵⁸. Cela soulève des questions sur l'impartialité et l'indépendance de la personne portant ainsi deux chapeaux.

Dans l'affaire *Michel c. Ameublement El Ran ltée*⁵⁹, la C.L.P., a mis en doute la fidélité de la traduction du témoignage du travailleur. Celui-ci demande d'être relevé du défaut de produire sa demande de révision dans le délai prescrit par la LATMP. Il est d'origine haïtienne et ne connaît que la langue créole. À l'audience, le travailleur rend son témoignage avec l'aide de son fils qui agit à titre d'interprète et de représentant. La C.L.P. est d'opinion que le fils-interprète bonifie les propos du travailleur et répond à sa place.

La C.L.P. rejette la demande du travailleur. On peut se demander ici comment le commissaire a pu se prononcer sur la fiabilité de la traduction alors qu'il ne parlait pas la langue créole et ne faisait pas confiance à l'interprète.

1.4.2 L'interprète incompetent

Dans ces cas, l'interprète choisi par le travailleur membre d'une minorité linguistique n'a pas la compétence voulue pour agir à titre d'interprète. Dans l'affaire *Thorng c. Sophal Tuok*

58. *Oustambasedis c. Restaurant brochetteur deux frères Trois-Rivières*, 1998 CanLII 21200 (QCCLP). La travailleuse, cuisinière depuis environ dix (10) ans, et son représentant sont présents à l'audience. Son représentant agissait alors comme interprète étant donné que M^{me} Oustambasedis, qui est d'origine grecque, parle très peu français.

59. *Michel c. Ameublement El Ran ltée*, 1995 CanLII 13518 (QC C.A.L.P.).

(*Royaume D'Ankor enr.*)⁶⁰, une travailleuse cuisinière d'origine cambodgienne est accompagnée de madame Pin Sotheavy qui doit lui servir d'interprète. Madame Sotheavy est originaire du Cambodge et réside au Québec depuis 1994. Elle a souvent agi à titre d'interprète pour des compatriotes cambodgiens, mais c'était la première fois qu'elle devait agir à ce titre devant une instance judiciaire comme la C.L.P.

La CSST s'objecte à la présence de madame Sotheavy à titre d'interprète au motif que la spécificité de la terminologie juridique et médicale qui sera utilisée dans cette affaire dépassera la compétence de madame Sotheavy et empêchera la C.L.P. d'avoir la certitude que les questions et les réponses formulées à l'audience seront bien comprises et traduites. La C.L.P. a retenu cet argument.

Dans cette affaire, on note que c'est la CSST qui met en doute la compétence de l'interprète et que c'est la travailleuse qui doit supporter le fardeau de trouver et de payer un interprète « officiel » pour poursuivre l'audience devant la C.L.P. Quelles seront alors les conséquences sur les droits de la travailleuse si le coût d'un interprète officiel est trop élevé et si la travailleuse ne peut l'assumer ? L'audience devant la C.L.P. peut-elle poursuivre ?

Dans l'affaire, *Siemens Électrique Ltée c. Stachyra*⁶¹, le travailleur a déposé une demande en révision en vertu de la LATMP à l'encontre d'une décision antérieure de la C.L.P. qui avait conclu qu'il n'avait pas subi de lésion professionnelle⁶². Dans sa demande de révision, le travailleur allègue notamment que le premier commissaire avait fait preuve de partialité à son égard en mentionnant, lors d'une suspension d'audience « qu'elle aurait pu communiquer facilement avec les gens originaires même de Fidji ou d'autres, mais pas avec les Polonais »⁶³.

60. *Thorng c. Sophal Tuok (Royaume D'Ankor enr.)*, préc., note 41.

61. *Siemens Électrique Ltée c. Stachyra*, préc., note 41.

62. L'article 429.56 de la LATMP permettait la C.L.P. de réviser ou de révoquer une décision qu'elle a rendue pour les motifs suivants : 1. lorsque est découvert un fait nouveau qui, s'il avait été connu en temps utile, aurait pu justifier une décision différente ; 2. lorsqu'une partie intéressée n'a pu, pour des raisons jugées suffisantes, se faire entendre ; 3. lorsqu'un vice de fond ou de procédure est de nature à invalider la décision. Cet article a été remplacé, dans les mêmes termes, par l'article 49 de la LITAT pour le TAT.

63. *Siemens Électrique Ltée c. Stachyra*, préc., note 41, par. 12.

En révision de la décision du premier commissaire, la C.L.P. rejette la demande du travailleur. Il est intéressant de noter ici les explications données par la C.L.P. siégeant en révision à l'égard des propos tenus par le premier commissaire :

Le contexte dans lequel cette phrase a été prononcée est lors d'une suspension et en présence du travailleur, de son interprète, de son représentant et de la représentante de l'employeur. Le contexte est aussi celui d'une audience au cours de laquelle il y a eu traduction par un interprète non officiel et non habitué au fonctionnement des tribunaux. La commissaire a dû intervenir à plusieurs reprises pour rappeler, à la suite d'objections de l'employeur, que la traduction devait se limiter aux propos tenus par le travailleur et ne pouvait compléter ou expliquer les propos tenus par le travailleur. C'est dans ce contexte que la commissaire a tenu ces propos qui semblent se rattacher bien plus à la difficulté de la langue polonaise qu'aux personnes d'origine polonaise.⁶⁴

[nos soulignements]

Dans l'affaire *Puspaltha Saravanamuthu c. Corporation d'aliments Encore Gourmet*⁶⁵, la travailleuse d'origine indienne est accompagnée de son frère, qui a offert d'agir à titre d'interprète puisque sa sœur ne parlait ni anglais ni français. L'employeur n'a aucune objection à procéder de cette façon et va même jusqu'à offrir de faire venir un des employés qui agissait régulièrement comme interprète entre la direction de la compagnie et les employés d'origine indienne ou sri-lankaise. Pendant l'audience, ne comprenant pas son rôle d'interprète, le frère de la travailleuse se permet plutôt de témoigner à la place de sa sœur. Une remise de l'audience est alors proposée par le commissaire à la travailleuse pour lui permettre de présenter sa preuve par l'intermédiaire d'un autre interprète. La travailleuse refuse cette offre et continue à présenter sa preuve par l'entremise de son frère. Ce dernier dénonce alors l'attitude rigide de l'employeur à l'endroit de ses employés, parlant d'accidents du travail subis par d'autres employés.

La C.L.P. rejette la demande de la travailleuse au motif qu'elle n'a présenté aucune preuve de la survenance d'un événe-

64. *Id.*, par. 35.

65. *Puspaltha Saravanamuthu c. Corporation d'aliments Encore Gourmet*, 2005 CanLII 66281 (QCCLP).

ment imprévu et soudain au travail. Or, elle constate dans sa décision que la preuve présentée par la travailleuse par l'entremise de son frère est « incompréhensible » et « [...] que l'ensemble du dossier « confirmait » une incohérence dans les prétentions de la travailleuse »⁶⁶.

Cette décision illustre bien les conséquences souvent néfastes d'une traduction menée par un traducteur « non officiel ». Il est difficile de comprendre comment la C.L.P. a pu en arriver à la conclusion que la travailleuse n'a pas subi d'accident du travail alors qu'elle a constaté que la preuve présentée par l'entremise d'un interprète (le frère) semblait « presque incompréhensible ». Selon nous, la C.L.P. ne devrait pas se prononcer sur le fond du dossier si la preuve est incompréhensible et déficiente.

1.4.3 Le travailleur sans représentant, mais avec un interprète

Il peut également y avoir des situations où le travailleur n'est pas représenté mais accompagné d'un interprète, et où la C.L.P. doit faire face à une preuve incompréhensible et illogique. La C.L.P., dans l'affaire *Grace Delgado-Iragorry c. Agorry et Aronoff Bros.*⁶⁷, doit déterminer si la travailleuse, qui œuvre comme aide générale dans une entreprise de recyclage de vieux vêtements et de tissus usagés, a subi une lésion professionnelle. La travailleuse n'est pas représentée, mais elle est accompagnée d'un interprète et de son conjoint. À l'audience, la C.L.P. constate que la description des événements donnée par la travailleuse est difficile à comprendre, non seulement parce qu'elle ne parle pas le français, mais aussi parce que la personne qui a voulu agir comme interprète ne connaît pas la tâche que remplit la travailleuse. Ce qui rend l'audience également difficile, c'est que la travailleuse est accompagnée de son conjoint qui, lui, comprend et parle le français assez bien pour intervenir dans la fonction de l'interprète ainsi que lors du témoignage de sa conjointe. Deux personnes interviennent alors à titre d'interprètes pour la travailleuse, mais elle n'est pas représentée par un avocat. Malgré cet imbroglio et en dépit du fait que la C.L.P. ait souligné des discordances et des divergences dans les faits, elle a déclaré que la travailleuse a subi une lésion professionnelle.

66. *Id.*, p. 3.

67. *Grace Delgado-Iragorry c. Agorry et Aronoff Bros.*, 2001 CanLII 41307 (QCCLP).

Dans une autre affaire, *Fenêtre Panorama inc. c. Goriunov*⁶⁸, la C.L.P., siégeant en révision, a infirmé la décision du premier commissaire au motif que le travailleur n'a pas bénéficié du service auquel il pouvait s'attendre de la part de son interprète. En l'espèce, le travailleur parle russe, ukrainien, un peu anglais et connaît les formules d'usage en français telles que « bonjour » et « merci ». À l'audience tenue devant le premier commissaire, le travailleur a expliqué en russe les circonstances de l'évènement, cette preuve étant traduite par un interprète. Toutefois, l'interprète ne traduisait pas simultanément, mais après coup, les témoignages. Il ne semblait pas non plus, selon le travailleur, les avoir résumés, contrairement à sa volonté, empêchant ce dernier de comprendre la preuve, d'être compris et surtout de pouvoir répliquer. Plus encore, à la suite de questions posées au travailleur, l'interprète répond pour le travailleur directement sans le consulter, donc sans traduire ses propos. Devant cette situation, le premier commissaire intervient pour exiger que l'interprète traduise plus souvent et au fur et à mesure. Finalement, en argumentant avec le commissaire, l'interprète soutient qu'il est psychologue et qu'il est présent à l'audience pour s'amuser et aussi pour aider quelqu'un qui en a besoin.

Malgré le fait que la situation à l'audience ait été difficile pour le premier commissaire en raison de l'attitude de l'interprète, ce dernier préfère, pour sa vraisemblance, le témoignage de l'employeur, et décide que le travailleur n'a pas subi une lésion professionnelle. La C.L.P. siégeant en révision de la décision du premier commissaire est d'avis qu'il y a eu violation des règles de justice naturelle puisque l'audience s'est déroulée en français sans que l'ensemble des témoignages ne soit traduit, empêchant ainsi le travailleur de comprendre et d'être compris.

1.5 Conclusion de la partie I

En tant que tribunal administratif spécialisé, le TAT doit assurer aux justiciables l'accessibilité et un traitement de qualité, le tout dans le respect des règles de justice naturelle et l'égalité des parties. Les décisions analysées démontrent la difficulté d'une audience sans interprète « officiel », particulièrement en ce

68. *Fenêtre Panorama Inc. c. Goriunov*, 2011 CanLII 3019 (QCCLP).

qui concerne l'administration de la preuve. Celle-ci est alors soit incompréhensible, soit incomplète ou encore entachée de partialité lorsqu'elle est présentée par l'entremise d'un parent ou d'un ami. Il n'est pas certain alors que la C.L.P. ait toute la vérité pour rendre une décision⁶⁹.

Le problème d'accessibilité à la justice est notamment lié au fardeau de trouver un interprète et au coût élevé des frais que le membre d'une minorité linguistique doit alors assumer pour faire valoir ses droits. Ceci nous amène à examiner si cette situation contrevient au droit à l'égalité garanti par l'article 15 de la Charte canadienne, ainsi que par les articles 10 et 15 de la Charte québécoise, et par l'article 23 de la Charte québécoise qui accorde à toute personne le droit à une audition publique et impartiale en pleine égalité. Finalement, nous examinerons subsidiairement si l'article 34 de la LITAT contrevient au droit à un procès équitable en vertu des articles 14 de la Charte canadienne et 36 de la Charte québécoise. Puisque l'article 25.1 du Règlement a été remplacé depuis le 4 mai 2017 par l'article 34 des Règles et puisque le TAT ne voit pas de différences substantielles entre ces deux dispositions⁷⁰, nous nous référerons dans les prochains paragraphes uniquement à l'article 34 des Règles pour alléger la lecture.

2. LA CONFORMITÉ DE L'ARTICLE 34 DES RÈGLES AUX CHARTES CANADIENNE ET QUÉBÉCOISE

Dans cette partie, nous allons analyser la validité de l'article 34 sur la base du droit à un accès égal à la justice pour tous les travailleurs soumis à la LITAT. Elle sera divisée en quatre sections. Nous démontrerons que le droit à l'égalité garanti par l'article 15(1)

69. P. NOREAU, préc., note 14, p. 199. Le professeur Noreau abonde dans ce sens : « Dans le cours de l'activité policière – soit au moment d'une arrestation ou d'un interrogatoire susceptible de contribuer à la constitution du dossier – le recours aux services d'interprètes spécialisés apparaît ainsi difficile à assurer. Les entrevues qualitatives révèlent l'ambiguïté des situations qui surviennent alors, notamment lorsqu'un proche agit comme traducteur pour un parent ou un ami confronté à des difficultés dans l'usage du français ou de l'anglais. On craint alors à la fois les effets d'une traduction approximative ou la manipulation des déclarations par un tiers intéressé (enfant, conjoint ou parent). D'autres soulignent la censure que s'imposent certains individus interrogés, lorsque la traduction est assurée par un interprète trop proche de son groupe ethnoculturel d'origine. Les extraits révèlent ainsi l'importance de compter sur des interprètes indépendants ».

70. TRIBUNAL ADMINISTRATIF DU TRAVAIL, *Une justice qui travaille pour nous*, préc., note 39, p. 44.

de la Charte canadienne et les articles 10, 15 et 23 de la Charte québécoise implique nécessairement que ces travailleurs soient assistés gratuitement d'un interprète lors de l'audience devant le TAT. Finalement, nous examinerons, mais de façon subsidiaire, les articles 14 de la Charte canadienne et 36 de la Charte québécoise.

2.1 Le concept d'égalité

Bien que le concept d'égalité soit abondamment utilisé, appliqué et invoqué dans le domaine des droits fondamentaux, paradoxalement, il demeure difficile à saisir parce qu'il n'a pas de définition précise⁷¹. La Cour suprême du Canada a recours au terme « changeant »⁷² pour le décrire et précise que c'est un domaine où l'on ne peut appliquer « une formule limitée ou rigide » :

[TRADUCTION] L'égalité est un terme changeant. Elle constitue l'un de ces symboles politiques – liberté et fraternité en sont d'autres – dans lesquels les hommes ont enfoui les désirs les plus profonds de leur cœur. Chaque théorie ou conception ardemment défendue de l'égalité relève à la fois de la psychologie, de l'éthique, d'une conception des relations sociales et d'une vision de la société juste.⁷³

Depuis l'arrêt *Andrews*, rendu en 1989, la notion d'égalité inclut « l'égalité réelle » et non seulement « formelle »⁷⁴. La Cour suprême reconnaît désormais que le droit à l'égalité entre les individus ne peut être assuré qu'en offrant à tous un traitement identique ; un traitement différent peut être nécessaire dans certains cas pour atteindre l'égalité. La Cour souligne « que toute différence de traitement entre des individus dans la loi ne produira pas forcément une inégalité et aussi, qu'un traitement identique peut fréquemment engendrer de graves inégalités »⁷⁵.

En substance, « l'égalité réelle », comparativement à « l'égalité formelle », repose sur l'idée que « (f)avoriser l'égalité emporte

71. *Andrews c. Law Society of British Columbia*, préc., note 11, p. 164.

72. *Id.*, p. 168.

73. *Id.*, p. 164, cité par le juge McIntyre de John H. Schaar, qui décrit l'égalité dans son ouvrage « Equality of Opportunity and Beyond », dans J. Roland PENNOCK et John W. CHAPMAN (dir.), *Nomos IX: Equality*, New York, Atherton Press, 1967, 228.

74. *Id.*

75. *Id.*, p. 164. Voir également : *R. c. Kapp*, [2008] 2 R.C.S. 483, par. 14 [Kapp] ; *Withler c. Canada (Procureur général)*, [2011] 1 R.C.S. 396 [Withler].

favoriser l'existence d'une société où tous ont une certitude que la loi les reconnaît comme des êtres humains qui méritent le même respect, la même déférence et la même considération »⁷⁶. Afin de s'approcher de cet idéal de « l'égalité réelle », le juge McIntyre écrit ce qui suit :

[...] l'idéal d'une égalité complète et entière devant la loi et dans la loi – et dans les affaires humaines une approche est tout ce à quoi on peut s'attendre – la principale considération doit être l'effet de la loi sur l'individu ou le groupe concerné. Tout en reconnaissant qu'il y aura toujours une variété infinie de caractéristiques personnelles, d'aptitudes, de droits et de mérites chez ceux qui sont assujettis à une loi, il faut atteindre le plus possible l'égalité de bénéfice et de protection et éviter d'imposer plus de restrictions, de sanctions ou de fardeaux à l'un qu'à l'autre. En d'autres termes, selon cet idéal qui est certes impossible à atteindre, une loi destinée à s'appliquer à tous ne devrait pas, en raison de différences personnelles non pertinentes, avoir un effet plus contraignant ou moins favorable sur l'un que sur l'autre.⁷⁷

L'égalité n'est plus « une question de similitude » ni un droit à « un traitement identique », mais plutôt le droit d'être protégé contre la discrimination⁷⁸. La Cour suprême définit en ces termes la notion de la discrimination :

[...] 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. Les distinctions fondées sur des caractéristiques personnelles attribuées à un seul individu en raison de son association avec un groupe sont presque toujours taxées de discriminatoires, alors que celles fondées sur les mérites et capacités d'un individu le sont rarement.⁷⁹

Cette définition retenue par la Cour suprême dans l'arrêt *Andrews* demeure pertinente aujourd'hui malgré les précisions

76. *Andrews c. Law Society of British Columbia*, préc., note 11, p. 171.

77. *Id.*, p. 165.

78. *Withler c. Canada (Procureur général)*, préc., note 75, par. 3 ; *R. c. Kapp*, préc., note 75, par. 28.

79. *Andrews c. Law Society of British Columbia*, préc., note 11, p. 174-175.

apportées subséquemment quant à la méthode d'analyse qu'il convient d'utiliser en droit constitutionnel. Elle s'applique à la Charte canadienne et à la Charte québécoise. Cependant, le mécanisme de ces deux lois étant différent, nous traiterons séparément l'analyse de l'article 15(1) de la Charte canadienne et de l'article 10 de la Charte québécoise.

2.2 L'article 34 des Règles à la lumière de l'article 15 de la Charte canadienne

Nous examinerons ici la conformité de l'article 34 des Règles en vertu de l'article 15 de la Charte canadienne. Tel que déjà mentionné, nous ne procéderons pas à l'analyse de l'article premier de la Charte canadienne dans le cadre de notre analyse sur l'article 15.

La garantie de droit à l'égalité prévue à l'article 15 de la Charte canadienne énonce ce qui suit :

(1) La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

(2) Le paragraphe (1) n'a pas pour effet d'interdire les lois, programmes ou activités destinés à améliorer la situation d'individus ou de groupes défavorisés, notamment du fait de leur race, de leur origine nationale ou ethnique, de leur couleur, de leur religion, de leur sexe, de leur âge ou de leurs déficiences mentales ou physiques.

Le paragraphe 15(1) garantit aux individus « quatre droits fondamentaux » : 1) le droit à ce que la loi s'applique également à tous ; 2) le droit à ce que la loi ne fasse exception de personne, ou droit à l'égalité dans la loi ; 3) le droit à la même protection de la loi, et 4) le droit au même bénéfice de la loi. Le terme « loi » au paragraphe 15(1) vise toute forme d'action gouvernementale, tels les lois, règlements, règles, pratiques, politiques, etc., empreinte de discrimination, pourra être révisée par les tribunaux à la lumière de l'article 15(1) de la Charte canadienne⁸⁰.

80. Christian BRUNELLE, « Les droits et libertés dans le contexte civil », dans Collection de droit 2016-2017, École du Barreau du Québec, vol. 7, *Droit public*

Le paragraphe 15(1) ne protège que contre les distinctions « discriminatoires » et non toutes les distinctions et différenciations créées par le législateur ou par une action gouvernementale⁸¹. En d'autres termes, les programmes destinés à améliorer la situation d'un groupe défavorisé, excluant inévitablement les membres d'autres groupes, ne seront pas reconnus nécessairement comme discriminatoires⁸². Le demandeur qui invoque le paragraphe 15(1) de la Charte canadienne doit démontrer « non seulement qu'il ne bénéficie pas d'un traitement égal devant la loi et dans la loi, ou encore que la loi a un effet particulier sur lui en ce qui concerne la protection ou le bénéfice qu'elle offre, mais encore que la loi a un effet discriminatoire sur le plan législatif »⁸³.

En réaffirmant l'importance du modèle de « l'égalité réelle », tel qu'il a été établi par l'arrêt *Andrews* en 1989, la Cour suprême, dans l'affaire *R. c. Kapp*, souligne que l'objectif du paragraphe 15(1) vise à « empêcher les gouvernements d'établir des distinctions fondées sur des motifs énumérés ou analogues qui ont pour effet de perpétuer un désavantage ou un préjugé dont un groupe est victime, ou qui imposent un désavantage fondé sur l'application de stéréotypes ». Alors qu'au paragraphe 15(2) on vise à « permettre aux gouvernements de combattre de manière proactive la discrimination existante grâce à l'adoption de mesures de promotion sociale »⁸⁴.

L'analyse à laquelle on doit procéder pour l'application du paragraphe 15(1) s'intéresse surtout au contexte social et économique dans lequel s'inscrit la plainte d'inégalité et aux effets de la loi ou de l'acte contesté sur le groupe demandeur. La Cour suprême propose donc une méthode d'analyse en deux volets pour disposer d'une demande fondée sur l'article 15(1) :

et administratif, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2016, p. 23, à la p. 82. Note : Une mise à jour a été effectuée par M^e Mélanie Samson en 2016 depuis que Christian Brunelle est devenu juge à la Cour du Québec.

81. *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418, p. 489 ; *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513, p. 529.

82. *R. c. Kapp*, préc., note 75, par. 28.

83. *Andrews c. Law Society of British Columbia*, préc., note 11, p. 182 [nos soulignements].

84. *R. c. Kapp*, préc., note 75, par. 25 ; *Première Nation de Kahkewistahaw c. Taypotat*, [2015] 2 R.C.S. 548, par. 17.

(1) La loi crée-t-elle, à première vue ou de par son effet, une distinction ou différence de traitement fondée sur un motif énuméré ou analogue ?

(2) La distinction crée-t-elle un désavantage par la perpétuation d'un préjugé ou l'application de stéréotypes ?⁸⁵

Nous examinerons maintenant chacune de ces deux étapes en relation avec l'article 34 des Règles.

2.2.1 Une distinction ou différence de traitement

Dans ce premier volet, le demandeur doit démontrer que la loi ou l'action gouvernementale en cause a créé une distinction fondée sur son appartenance à un groupe énuméré ou analogue⁸⁶. L'appartenance à un groupe énuméré ou analogue doit donc être la source de discrimination contrevenant au paragraphe 15(1). Les motifs énumérés, soit la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge et les déficiences mentales ou physiques et ceux qui leur sont analogues, constituent les motifs de distinction au sens du paragraphe 15(1)⁸⁷. Il s'agit d'une liste qui n'est toutefois pas exhaustive, pour autant que le motif de la distinction ou discrimination satisfasse à certains critères démontrant une analogie avec un motif énuméré⁸⁸. Pour déterminer si un motif de discrimination non énuméré au paragraphe 15(1) est « analogue », la Cour suprême retient essentiellement des indices sur « la nature fondamentale de la caractéristique » donnée pour une personne⁸⁹. C'est-à-dire que l'on examine l'importance de cette caractéristique pour l'identité personnelle ou la personnalité et le caractère « immuable dans les faits » (comme la race) ou « considéré immuable » (comme la religion)⁹⁰. Il s'agit donc de caractéristiques qu'il nous est impossible de changer parce qu'elles sont

85. *Id.*, par. 17 ; *Withler c. Canada (Procureur général)*, préc., note 75, par. 30 ; *Première Nation de Kahkewistahaw c. Taypotat*, préc., note 84, par. 19 et 20.

86. *Première Nation de Kahkewistahaw c. Taypotat*, préc., note 84, par. 19 ; *Withler c. Canada (Procureur général)*, préc., note 75, par. 33, 64.

87. C. BRUNELLE, préc., note 80, p. 84.

88. Daniel PROULX, « Les droits à l'égalité revus et corrigés par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Law* : un pas en avant ou un pas en arrière ? », (2001) 61 *R. du B.* 185, 221-222.

89. *Corbiere c. Canada (Ministre des affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203, par. 60.

90. *Id.*

indépendantes de la volonté d'un individu, ou encore parce qu'il ne serait pas légitime que le gouvernement s'attende à ce que nous changions pour obtenir une égalité de traitement⁹¹.

Comme autre indice de rattachement aux motifs énumérés, on peut citer « le fait que la décision produit des effets préjudiciables à une minorité discrète et isolée ou à un groupe qui a historiquement fait l'objet de discrimination » parce qu'ils « peuvent être considérés comme émanant du concept central que sont les caractéristiques personnelles immuables ou considérées immuables, caractéristiques qui ont trop souvent servi d'ersatz illégitimes et avilissants de décisions fondées sur le mérite des individus »⁹². Finalement, l'on doit se demander si « [...] du point de vue d'une personne raisonnable dans la situation du demandeur, cette caractéristique est importante pour leur identité, leur personnalité ou leur sentiment d'appartenance »⁹³.

L'arrêt *Andrews* de 1989 avait confirmé qu'un élément essentiel de l'analyse du paragraphe 15(1) consistait à déterminer avec qui ou quel groupe le ou les demandeurs doivent être comparés. L'aspect comparatif a toujours constitué une partie essentielle de la démarche de l'analyse du concept de l'égalité puisqu'il est difficile d'établir qu'un droit à l'égalité a été violé sans comparer le traitement fait aux uns et aux autres afin de déterminer si certains sont mieux ou plus mal traités que d'autres⁹⁴.

Or, depuis l'arrêt *Kapp*, le rôle de la comparaison dans l'analyse requise par le paragraphe 15(1) de la Charte canadienne consiste simplement à établir, lors de la première étape, « l'existence d'une distinction fondée sur au moins un motif énuméré ou analogue », et ce, sans désigner « un groupe particulier qui corresponde précisément au groupe de demandeurs, hormis la ou les caractéristiques personnelles invoquées comme motif de discrimination »⁹⁵. Désormais, il n'est donc pas nécessaire de désigner un groupe de comparaison qui corresponde précisément aux

91. *Id.*, par. 13. Voir également : *Miron c. Trudel*, préc., note 81, par. 148 et 149.

92. *Corbiere c. Canada (Ministre des affaires indiennes et du Nord canadien)*, préc., note 89, par. 13.

93. *Id.*, par. 60.

94. *Andrews c. Law Society of British Columbia*, préc., note 11, p. 164.

95. *Withler c. Canada (Procureur général)*, préc., note 75, par. 61-63 ; *R. c. Kapp*, préc., note 75, par. 17.

caractéristiques du groupe du demandeur. Dans la mesure où ce dernier établit l'existence d'une distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue, la demande devrait passer à la deuxième étape de l'analyse.

C'est dans cette optique que nous examinerons maintenant la validité de la pratique du TAT (et auparavant de la C.L.P.) de ne pas fournir des services gratuits d'interprète pour les travailleurs membres d'une minorité linguistique au regard du paragraphe 15(1) de la Charte canadienne.

Nous affirmons sans difficulté que l'article 34 a un effet particulier sur les travailleurs membres d'une minorité linguistique en comparaison avec d'autres travailleurs en ce qui concerne le droit à un accès égal à la justice lors d'une audience devant le TAT. Cette disposition crée une distinction fondée sur un motif énuméré au paragraphe 15(1) de la Charte canadienne. L'article 34 des Règles établit trois catégories de distinction entre les travailleurs membres d'une minorité linguistique et d'autres personnes qui ont droit aux mêmes bénéfices et prestations accordés par la LATMP. La première distinction existe entre les deux parties participantes à l'audience, à savoir le travailleur membre d'une minorité linguistique et l'autre partie au litige, soit l'employeur ou la CNESST. La deuxième distinction se situe entre ce travailleur et les autres travailleurs qui parlent au moins une des deux langues officielles et qui sont eux aussi protégés par la LATMP. Finalement, la troisième distinction touche le travailleur membre d'une minorité linguistique et les travailleurs sourds. L'article 25.1 prévoyait expressément que la C.L.P. devait fournir gratuitement à ces derniers les services d'un interprète gestuel. Bien que l'article 34 des nouvelles Règles ne prévoie pas spécifiquement que le TAT doit fournir gratuitement les services d'un interprète gestuel pour les personnes sourdes, ce droit est aujourd'hui implicite depuis l'arrêt rendu par la Cour suprême du Canada dans *Eldridge*⁹⁶.

Ces trois catégories de distinction constituent une différence de traitement. Elles infligent un préjudice ou un désavantage aux

96. *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, préc., note 15. Voir également l'arrêt rendu par le Tribunal des droits de la personne dans *Centre de la communauté sourde du Montréal métropolitain Inc. c. Régie du logement*, [1996] R.J.Q. 1776 [*Centre de la communauté sourde du Montréal métropolitain Inc.*].

travailleurs membres d'une minorité linguistique en les privant d'un accès égal à la justice pour le seul motif qu'ils ne sont pas aptes à communiquer et à comprendre de façon suffisante la langue employée lors d'une audience devant le TAT. Cette incapacité de communiquer et de comprendre peut être considérée comme une limitation linguistique liée à la race ou à l'origine nationale ou ethnique. Elle établit donc à leur détriment une distinction fondée sur leurs caractéristiques personnelles, qui comportent plusieurs traits communs et analogues avec celles énumérées au paragraphe 15(1) de la Charte canadienne. Elle est une caractéristique qui, normalement, ne dépend pas de la volonté de la personne intéressée et est, temporairement du moins, une caractéristique personnelle qu'on ne peut modifier par un acte volontaire et qu'on ne peut, dans certains cas, modifier qu'à un prix inacceptable. Tel que nous l'avons constaté dans la jurisprudence de la C.L.P., il s'agit souvent de travailleurs originaires de pays où ne sont pas parlées les deux langues officielles du Canada et qui n'ont pas reçu une éducation en français ou en anglais. Dans certains cas, ces travailleurs sont d'un âge où l'apprentissage d'une nouvelle langue peut être difficile. À cet égard, cela est une caractéristique immuable.

À l'ignorance de la langue s'ajoute la complexité du langage utilisé dans le domaine judiciaire (et souvent médical). La capacité de communiquer et de comprendre une langue utilisée dans le cadre d'une audience n'exige pas le même niveau de compréhension et de communication que celle utilisée quotidiennement :

Le problème de la langue s'ajoute évidemment à celui de la complexité de la langue juridique elle-même ; problème que les interprètes et les procureurs reconnaissent. On sait en effet que si la complexité des lois échappe souvent au profane, la chose est plus probable encore s'agissant d'un justiciable aux prises avec des difficultés spécifiques reliées à la connaissance et à l'exercice de la langue [...].⁹⁷

Rappelons qu'il ne suffit pas d'établir l'existence d'une distinction pour conclure qu'il y a violation en vertu du paragraphe 15(1) ; il faut également établir que la distinction cause un préjudice ou un désavantage ou applique un stéréotype à ce groupe de travail-

97. P. NOREAU, préc., note 14, p. 124.

leurs. Nous passons maintenant à cette deuxième étape de l'analyse au regard de l'article 15(1) de la Charte canadienne.

2.2.2 Un désavantage par la perpétuation d'un préjugé ou l'application de stéréotypes

Dans ce deuxième volet, on doit se demander si « la loi contestée ne répond pas aux capacités et aux besoins concrets des membres du groupe et leur impose plutôt un fardeau ou leur nie un avantage d'une manière qui a pour effet de renforcer, de perpétuer ou d'accentuer le désavantage dont ils sont victimes »⁹⁸. La preuve sur « les éléments tendant à prouver qu'un demandeur a été historiquement désavantagé » sera pertinente à cette étape :

À la base, l'art. 15 résulte d'une prise de conscience que certains groupes ont depuis longtemps été victimes de discrimination, et qu'il faut mettre fin à la perpétuation de cette discrimination. Les actes de l'État qui ont pour effet d'élargir, au lieu de rétrécir, l'écart entre le groupe historiquement défavorisé et le reste de la société sont discriminatoires.⁹⁹

La Cour suprême nous propose deux façons de faire la preuve :

1. La perpétuation d'un préjugé ou d'un désavantage dont les membres d'un groupe sont victimes en raison de caractéristiques personnelles décrites dans les motifs énumérés et analogues, ou
2. L'application de stéréotypes fondés sur ces motifs qui donne lieu à une décision ne correspondant pas à la situation et aux caractéristiques réelles d'un demandeur ou d'un groupe.¹⁰⁰

Dans les deux cas, la Cour insiste qu'une analyse « souple et contextuelle » est nécessaire pour déterminer si une différence de traitement constitue de la discrimination ou de l'inégalité réelle. Elle vise donc à déterminer « si la distinction a pour effet de

98. *Première Nation de Kahkewistahaw c. Taypotat*, préc., note 84, par. 20.

99. *Québec (Procureur général) c. A.*, [2013] 1 R.C.S., 61, par. 332.

100. *Withler c. Canada (Procureur général)*, préc., note 75, par. 32 ; *R. c. Kapp*, préc., note 75, par. 18.

perpétuer un désavantage arbitraire à l'égard du demandeur, du fait de son appartenance à un groupe énuméré ou analogue »¹⁰¹.

Ce que l'on cherche à déterminer est si la loi ou la mesure gouvernementale « transgresse l'impératif d'égalité réelle » :

Elle [l'égalité réelle] 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.¹⁰²

[nos soulignements]

Dans cette perspective, la Cour suprême suggère de tenir compte des facteurs contextuels¹⁰³, tels que : « a) Le désavantage préexistant ; b) Le rapport entre les motifs de discrimination et les caractéristiques ou la situation personnelle du demandeur ; c) L'objet ou l'effet d'amélioration ; d) La nature du droit touché ». Or, ces « facteurs contextuels » varient dans chaque cas – il n'existe pas de « modèle rigide »¹⁰⁴.

Ainsi, aucun de ces facteurs n'est décisif en soi et ils ne limitent pas le recours à d'autres facteurs qui sont susceptibles d'être utiles et pertinents dans l'appréciation d'une allégation de discrimination¹⁰⁵. Ce qui importe, c'est l'analyse centrée sur l'égalité réelle en tenant compte des éléments contextuels pertinents et utiles dans chaque cas qui vont permettre de reconnaître l'effet discriminatoire¹⁰⁶. À titre d'exemples, la situation financière de

101. *Première Nation de Kahkewistahaw c. Taypotat*, préc., note 84, par. 16.

102. *Withler c. Canada (Procureur général)*, préc., note 75, par. 39.

103. *Id.*, par. 66 ; *R. c. Kapp*, préc., note 75, par. 23. Ces facteurs contextuels ont été énoncés dans l'arrêt *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, préc., note 11, par. 62-75.

104. *Withler c. Canada (Procureur général)*, préc., note 75, par. 66.

105. *Id.*, par. 38 ; *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, préc., note 11, par. 62.

106. *Withler c. Canada (Procureur général)*, préc., note 75, par. 66.

l'ensemble d'un régime, l'affectation des ressources, les mesures d'intérêt public et les mesures connexes prévues par d'autres lois sociales¹⁰⁷, ainsi que la volonté d'assurer la justice sociale¹⁰⁸, ont été considérés par la Cour suprême comme des facteurs qui peuvent être pertinents.

À cette deuxième étape, les trois facteurs contextuels, soit la préexistence d'un désavantage, le rapport entre les motifs de discrimination et la situation réelle du demandeur, ainsi que la nature du droit touché, sont, selon nous, pertinents pour trancher la question relativement à l'article 34 des Règles.

Le premier facteur contextuel, soit la préexistence d'un désavantage, est le facteur qui est le plus « concluant » pour déceler qu'une différence de traitement imposée par une disposition législative est réellement discriminatoire¹⁰⁹. Il consiste à déterminer si le demandeur se trouve actuellement, dans une situation injuste ou a fait historiquement l'objet d'un traitement inéquitable dans la société en raison de caractéristiques ou d'une situation qui lui sont propres :

Ces facteurs sont pertinents parce que, dans la mesure où le demandeur se trouve déjà dans une situation injuste ou fait déjà l'objet d'un traitement inéquitable dans la société du fait de caractéristiques ou d'une situation qui lui sont propres, il est arrivé souvent que des personnes dans la même situation n'aient pas fait l'objet du même intérêt, du même respect et de la même considération. Il s'ensuit logiquement que, dans la plupart des cas, une différence de traitement additionnelle contribuera à la perpétuation ou à l'accroissement de leur caractérisation sociale injuste et aura sur elles un effet plus grave puisqu'elles sont déjà vulnérables.¹¹⁰

La Cour suprême a déjà reconnu les conjoints de faits¹¹¹, les enfants¹¹² ainsi que les homosexuels¹¹³, comme des groupes où il

107. *Id.*, par. 67 et 71.

108. *Vriend c. Alberta*, (1998) 1 R.C.S. 493, par. 67 et 68.

109. *R. c. Kapp*, préc., note 75, par. 23 ; *Withler c. Canada (Procureur général)*, préc., note 75, par. 66.

110. *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, préc., note 11, par. 63.

111. *Miron c. Trudel*, préc., note 81, par. 91 ; *Québec (Procureur général) c. A.*, préc., note 99, par. 318.

112. *Canadian Foundation For Children c. Canada*, [2004] 1 R.C.S. 76, par. 56.

113. *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada*, [2000] 2 R.C.S. 1120, par. 119, 247.

y a préexistence d'un désavantage, de vulnérabilité et de stéréotypes ou qui ont fait l'objet de préjugés.

Il n'y a aucun doute que les immigrants, dont beaucoup sont membres d'une minorité linguistique, ont occupé et occupent encore une place sociale, politique et juridique désavantagée au sein de la société québécoise. Les répercussions historiques du racisme et de la discrimination sur la base de l'origine ethnique ou nationale, de la langue ou de la religion, se font encore sentir aujourd'hui et la condition sociale, politique et juridique des immigrants demeure défavorisée¹¹⁴. Une étude sur le profilage racial entreprise par la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse en 2009 nous confirme que les immigrants peuvent encore subir aujourd'hui des préjugés et de la discrimination dans leur vie sociale, économique et culturelle :

Aujourd'hui, bien qu'au Québec tous les citoyens jouissent officiellement d'une égalité de droits, les groupes racisés demeurent encore la cible de comportements et d'attitudes individuels teintés de préjugés, ainsi que de pratiques et de normes organisationnelles discriminatoires dont les racines historiques sont profondes. L'impact cumulatif de ces désavantages structurels du passé sur les membres de ces groupes est, encore aujourd'hui, palpable dans toutes les sphères de la vie publique.¹¹⁵

-
114. QUÉBEC, MINISTÈRE DE L'IMMIGRATION ET DES COMMUNAUTÉS CULTURELLES, *La diversité : une valeur ajoutée : politique gouvernementale pour favoriser la participation de tous à l'essor du Québec*, Montréal, Publications du Québec, 2008, p. 10.
115. COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, *Profilage racial et discrimination systémique des jeunes racisés. Rapport de la Consultation sur le profilage racial et ses conséquences*, Montréal, Publications Québec, 2011, p. 13. Voir également : COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, *Profilage racial et discrimination systémique des jeunes racisés. Rapport de la Consultation sur le profilage racial et ses conséquences – Un An Après : État des Lieux*, Montréal, Publications du Québec, 2012. « Une étude menée par l'Enquête sur la diversité ethnique, a été réalisée en 2002 par Statistique Canada pour le compte du ministère du Patrimoine canadien. L'échantillon était de l'ordre de 42 500 personnes de 15 ans et plus dans les dix provinces ». Les personnes de toutes les minorités visibles à l'échelle canadienne se sentent victimes de discrimination ou de traitement injuste, notamment 50 % des Noirs, 35 % des Asiatiques du Sud-est, 29 % des Latino-américains et 26 % des Arabes. Dans la région métropolitaine de recensement de Montréal, 31 % des personnes des minorités visibles ont répondu avoir été victimes de discrimination. Pour les communautés noires, cette proportion s'élève à 41 %. La perception de l'existence au Québec de racisme et de discrimination envers les communautés culturelles et visibles se retrouve également dans l'ensemble de la population. Ainsi, un sondage SOM réalisé

Ajoutons à cela que les immigrants forment un groupe qui est touché de façon plus importante par le sous-emploi et la pauvreté. Le Rapport Bouchard-Taylor nous présente la situation très précaire des immigrants :

[...] Parmi les immigrants âgés de 25 à 54 ans et établis depuis moins de cinq ans au Québec, le taux de chômage est près de trois fois supérieur à celui des natifs. Pour les immigrants du même groupe d'âge qui vivent depuis cinq à dix ans au Québec, le taux de chômage demeure plus de deux fois supérieur. Dans cette même catégorie d'immigrants, on compte en proportion presque deux fois plus de chômeurs à Montréal qu'à Toronto.

[...]

Parallèlement, sur l'Île de Montréal, la proportion des immigrants vivant sous le seuil de la pauvreté a substantiellement augmenté. (De 29,3 % en 1980, elle est passée à 41,3 % en 2000). En 2007, les immigrants comptaient pour 26,8 % des adultes prestataires de l'aide sociale, comparativement à 15,8 % en 2000. Divers facteurs seraient en cause, dont a) des changements dans les régions de provenance des immigrants et les difficultés d'adaptation qui s'ensuivent, notamment sur le plan linguistique ; b) la dépréciation de l'expérience de travail acquise à l'étranger ; et c) une baisse générale des salaires l'entrée sur le marché du travail.¹¹⁶

Le deuxième facteur contextuel attache une importance aux intentions du législateur afin d'analyser le rapport ou la correspondance entre les motifs de discrimination et la situation réelle du demandeur. Certains des motifs énumérés au paragraphe 15(1) peuvent en effet correspondre aux besoins, aux capacités ou à la situation de groupes défavorisés. C'est-à-dire, si l'un de ces motifs est la déficience, afin d'éviter la discrimination fondée sur ce motif, il faudra souvent établir des distinctions en fonction des caractéristiques personnelles de chaque personne handicapée¹¹⁷.

en mars 2001 démontrait que près de 54 % des Québécois estimaient que les Québécois d'origine faisaient de la discrimination « raciale ». Le même sondage mettait en évidence que 46 % des Québécois croyaient que les personnes des communautés culturelles faisaient également de la discrimination « raciale ».

116. COMMISSION DE CONSULTATION SUR LES PRATIQUES D'ACCOMMODEREMENT RELIÉES AUX DIFFÉRENCES CULTURELLES, (Gérard Bouchard et Charles Taylor Co-Présidents), *Fonder l'avenir : Le temps de la conciliation : Rapport Final Intégral*, Montréal, Publications du Québec, p. 224 [nos soulignements].

117. *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, préc., note 15, par. 65.

En revanche, les tribunaux reconnaissent que le législateur ou le gouvernement ne peuvent adopter des solutions ou un programme social donné qui répondent parfaitement aux besoins de chacun¹¹⁸. On ne devrait pas exiger « qu’une loi doit toujours correspondre parfaitement à la réalité sociale pour être conforme au par. 15(1) de la Charte »¹¹⁹.

À titre d’exemple, si une loi vise à améliorer la situation de groupes traditionnellement marginalisés ou défavorisés dans la société, il y a peu de chance qu’elle ait un effet discriminatoire¹²⁰. Dans l’arrêt *Weatherall c. Canada (Procureur général)*¹²¹, la Cour suprême avait reconnu que la décision du gouvernement de permettre les fouilles par palpation des détenus de sexe masculin – mais non des femmes détenues – par des personnes du sexe opposé et les rondes éclairs de surveillance des cellules effectuées par des gardiens du sexe féminin dans les prisons pour hommes ne contrevenait pas au paragraphe 15(1), parce que cette différence de traitement était appropriée et nécessaire compte tenu des différences historiques, biologiques et sociologiques entre les hommes et les femmes.

En plus des obstacles sociaux et économiques et de la nécessité de lutter contre les préjugés sociaux et parfois même contre le racisme, les immigrants font face à plusieurs obstacles qui limitent l’accès au système de justice québécois en raison de leurs différences raciales, linguistiques et culturelles. Issues de pays au système juridique différent de celui de Québec, ces personnes ne connaissent souvent pas leurs droits ni les informations et les services qui pourraient les aider et elles ont les valeurs, normes et coutumes diverses de leur pays d’origine. En outre, il y a un manque de sensibilisation des intervenants de la justice aux caractéristiques et aux besoins des membres des communautés culturelles qui éprouvent une certaine méfiance envers le système judiciaire et ses acteurs¹²².

118. *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, [2011] 2 R.C.S. 567, par. 90 ; *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, [2002] 4 R.C.S. 429, par. 55.

119. *Law c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, préc., note 11, par. 105.

120. *Lovelace c. Ontario*, [2000] 1 R.C.S. 950, par. 105.

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

122. P. NOREAU, préc., note 14, p. 36-39.

De plus, tel que nous l'avons constaté, certaines personnes doivent surmonter des barrières linguistiques. Étant donné leur limitation à parler et à comprendre les deux langues officielles, elles éprouvent d'importantes difficultés de communication lors d'une audience et ne disposent généralement pas de personnes-ressources pour les aider. Sans l'aide d'interprètes compétents, l'exercice des droits fondamentaux des personnes ayant une limitation linguistique est certainement compromis.

Dans son étude, le professeur Pierre Noreau décrit bien le contexte dans lequel vivent ces personnes :

Les enjeux entourant la valeur et la signification du témoignage des justiciables dans le système occidental révèlent l'importance des obstacles associés à l'incompréhension de la langue parlée à la cour, celle des témoins comme celle des parties. Il s'ensuit que la justiciable, dont le français ou l'anglais ne sont pas la langue première, est souvent considéré comme une personne « incompréhensible » qui « témoigne mal » : « on comprend que pour certaines communautés culturelles, l'anglais ou le français (ce sont) deux langues difficiles (Juge 4, 7-8) ». ¹²³

La méconnaissance de la langue française ou anglaise, lorsqu'elle s'ajoute à des difficultés de compréhension de la terminologie juridique, constitue un défi plus important. C'est le degré élevé de communication qu'exige le système judiciaire qui représente l'obstacle auquel se heurtent ces travailleurs. Bien qu'ils puissent se faire comprendre en anglais ou en français dans les interactions de tous les jours ou dans le contexte du travail, ils peuvent avoir beaucoup de difficulté à formuler des réponses lors d'un témoignage ou à comprendre la terminologie et les nuances dans le domaine juridique lors d'une audience. Ces travailleurs peuvent donc avoir beaucoup de difficulté à se faire comprendre pour défendre leur cause. De plus, rappelons que les travailleurs qui ne maîtrisent pas de façon suffisante les langues officielles sont des travailleurs qui occupent plus souvent des emplois dans les domaines manufacturiers, de la couture ou de la restauration. Ils sont donc davantage susceptibles de subir des accidents du travail et se retrouvent dans les rangs des salariés les moins bien rémunérés.

123. *Id.*, p. 122-123.

Ces travailleurs font partie d'un groupe vulnérable de notre société. Le coût d'un interprète officiel pour un groupe vulnérable comme celui-ci est tel qu'il incite fortement ces travailleurs à renoncer à leur droit à une audience. Ils ne peuvent bénéficier d'un déroulement équitable de l'audience.

Finalement, le dernier facteur contextuel analyse la nature et l'étendue du droit touché par la loi contestée. Ce facteur faciliterait également le repérage des situations désavantageuses où il y a perpétuation d'un préjugé. Plus le droit concerné et les conséquences « [...] ressenties par le groupe touché sont graves et localisés, plus il est probable que la distinction qui en est la cause soit discriminatoire au sens de l'art. 15 de la Charte » :

[...] qu'on ne pouvait évaluer pleinement le caractère discriminatoire d'une différence de traitement sans mesurer non seulement l'importance économique, mais aussi l'importance sur le plan de la société et de la constitution, du droit ou des droits auxquels les dispositions en question ont porté atteinte. De plus, il est pertinent de vérifier si la distinction restreint l'accès à une institution sociale fondamentale, si elle compromet « un aspect fondamental de la pleine appartenance à la société canadienne » ou si elle a « pour effet d'ignorer complètement un groupe particulier ».¹²⁴

Dans l'analyse de ce facteur, l'accès au travail, la santé ou l'emploi d'un individu¹²⁵, ou encore son intégrité physique¹²⁶ ou le droit à une participation importante dans la vie de ses enfants¹²⁷, sont considérés comme des droits très importants. Il en va de même pour l'accès aux homosexuels à du matériel érotique qui leur est destiné¹²⁸. Par ailleurs, afin d'apprécier « la gravité des conséquences » il faut également « tenir compte de l'effet positif de la mesure législative » contestée¹²⁹.

Il est important de rappeler que la LATMP permet au travailleur victime d'une lésion professionnelle d'être indemnisé

124. *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, préc., note 11, par. 74.

125. *Lavoie c. Canada*, [2002] 1 R.C.S. 769, par. 45 ; *Nouvelle-Écosse (Worker's Compensation Board) c. Martin*, [2003] 2 R.C.S. 504, par. 104 ; *Terre-Neuve (Conseil du trésor) c. N.A.P.E.*, [2004] 3 R.C.S. 381, par. 49.

126. *Canadian Foundation For Children c. Canada*, préc., note 112.

127. *Trociuk c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [2003] 1 R.C.S. 835, par. 14.

128. *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, préc., note 113, par. 122.

129. *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, préc., note 118, par. 65.

financièrement. Ce régime, fondé sur les principes d'assurance et de responsabilité collective, vise à permettre à l'ensemble de la société québécoise de bénéficier de mesures allégeant le fardeau financier lié aux accidents du travail ou aux maladies professionnelles que les travailleurs auraient autrement supporté seuls. Dans cette perspective, il ne fait aucun doute que les distinctions en cause sont fondées sur une caractéristique personnelle sans rapport avec les valeurs fonctionnelles qui sous-tendent le régime d'accidents du travail et de santé-sécurité au travail.

Le TAT joue alors un rôle primordial dans le cadre de ce régime de protection sociétale et collective puisqu'il a compétence exclusive pour entendre et disposer de toutes les contestations des décisions rendues par la CNESST. Constituant l'un des tribunaux administratifs les plus importants au Québec, il traite de questions susceptibles d'avoir un impact très important pour tous les travailleurs : l'indemnisation des conséquences des accidents du travail remplace leur salaire. Il doit donc être plus accessible et plus souple dans ses règles de fonctionnement, tout en respectant les règles de justice naturelle ainsi que le principe de l'égalité des parties¹³⁰. Malgré ces dispositions et l'objectif même du régime visant, dans un contexte de collectivité sociale, à permettre à l'ensemble des travailleurs de bénéficier d'une assurance collective afin d'alléger le fardeau financier, l'article 34 des Règles, dans la mesure où il est interprété comme imposant aux travailleurs membres d'une minorité linguistique les coûts d'un interprète, crée une distinction entre ces travailleurs et tous les autres travailleurs visés par la même loi, la LATMP, en leur imposant un fardeau plus important et par conséquent un accès inégal à la justice. Ce groupe de travailleurs est privé d'un accès égal à la justice bien qu'il ait à tous égards le droit de bénéficier d'une audience dans le respect des règles de justice naturelle ainsi que du principe de l'égalité des parties.

D'ailleurs, la Cour suprême a déjà confirmé, dans l'affaire *Eldridge*¹³¹, que le fait de ne pas fournir de traduction gestuelle gratuitement aux sourds bénéficiaires des services médicaux

130. LITAT, préc., note 7, art. 35 ; Règles, préc., note 35, art. 1 ; L.J.A., préc., note 34, art. 1.

131. *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, préc., note 15. Voir également : *Centre de la communauté sourde du Montréal métropolitain Inc. c. Régie du logement*, préc., note 96.

qu'offre la Colombie-Britannique contrevient au paragraphe 15(1) de la Charte canadienne. La Cour suprême a décidé que le gouvernement provincial ne tenait pas compte de la situation des sourds dans la mise en œuvre du régime d'assurance maladie offert à la population en général.

Dans cette affaire, des patients atteints de surdité attaquaient la décision du gouvernement de les traiter comme tous les autres patients et de ne pas défrayer le coût des services d'interprétation gestuelle lors des consultations avec les médecins dans le cadre du régime d'assurance maladie. Ils prétendaient que l'absence d'interprète diminuait leur capacité de communiquer avec leurs médecins et les autres professionnels de la santé qu'ils consultent, et augmentait de ce fait le risque de mauvais diagnostics et de traitements inefficaces.

En citant la décision du juge McIntyre dans l'arrêt *Andrews*¹³², le juge La Forest a affirmé que l'objet de l'article 15(1) de la Charte canadienne vise premièrement, à « favoriser l'existence d'une société où tous ont la certitude que la loi les reconnaît comme des êtres humains qui méritent le même respect, la même déférence et la même considération » et deuxièmement, « à remédier à la discrimination dont « sont victimes les groupes de personnes défavorisées sur les plans social, politique ou juridique dans notre société » ou « de les protéger contre toute forme de discrimination »¹³³. La Cour suprême souligne que le gouvernement n'a pas l'obligation de mettre en place des mesures positives pour favoriser l'égalité, mais « à partir du moment où l'État accorde un avantage, il est obligé de le faire sans discrimination »¹³⁴.

En outre, la Cour suprême indique que « [...] la discrimination peut découler du fait de ne pas prendre de mesures concrètes pour faire en sorte que les groupes défavorisés bénéficient d'une manière égale des services offerts à la population en général [...] »¹³⁵. Selon M^e Alexandre Morin, la Cour suprême semble développer ainsi

132. *Andrews c. Law Society of British Columbia*, préc., note 11, p. 171.

133. *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, préc., note 15, par. 54.

134. *Id.*, par. 73.

135. *Id.*, par. 78.

« un nouveau facteur contextuel, celui de la correspondance aux besoins et à la situation du demandeur ou d'un groupe »¹³⁶.

L'absence de services d'interprètes gratuits empêche les minorités linguistiques de bénéficier d'un accès égal à la justice devant le TAT, accès établi par la LATMP et ses règlements, au même titre que les autres travailleurs et les personnes sourdes assujetties à la même loi. Autrement dit, ils subissent une discrimination ayant des effets préjudiciables.

En conclusion de cette section, l'article 34 des Règles impose aux travailleurs membres d'une minorité linguistique un fardeau important et supplémentaire pour le seul motif qu'ils ne maîtrisent pas de façon suffisante les deux langues officielles, ce qui, indépendamment de leur droit d'avoir un accès égal à la justice devant le TAT, porte atteinte au droit à l'égalité consacré à l'article 15 (1) de la Charte canadienne.

2.3 L'article 10 de la Charte québécoise et la protection contre la discrimination

Dans cette partie, nous examinerons le droit aux services gratuits d'un interprète devant le TAT en relation avec le droit à l'égalité prévue à l'article 10 de la Charte québécoise. Soulignons d'abord que le droit à l'égalité protégé par cette disposition n'est pas un droit autonome, comme celui garanti par l'article 15 de la Charte canadienne, mais une simple modalité des droits et libertés par ailleurs garantis et protégés par les autres dispositions de la Charte québécoise¹³⁷.

Nous verrons ensuite deux autres dispositions de la Charte québécoise : l'article 15 et l'article 23. Le premier prohibe la discrimination dans l'accès aux lieux publics et dans l'obtention des services qui y sont disponibles. Le législateur y énumère, en des termes non exhaustifs, une série de lieux publics où la discrimi-

136. Alexandre MORIN, *Le droit à l'égalité au Canada*, 2^e éd., Montréal, LexisNexis Canada, 2012, p. 87.

137. *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Bombardier Inc. (Bombardier Aéronautique Centre de formation)*, [2015] 2 R.C.S. 789, par. 53 [Bombardier] ; *Commission scolaire des Phares c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2012 QCCA 988, par. 36.

nation est prohibée. Ensuite, nous analyserons l'article 23 de la Charte québécoise et discuterons du droit de toute personne, en pleine égalité, à une audience publique et impartiale. Nous terminerons par une discussion sommaire sur la force des droits et garanties prévus par la Charte québécoise.

2.3.1 L'article 10 de la Charte québécoise

L'article 10 se lit comme suit :

10. 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 la race, la couleur, le sexe, la grossesse, l'orientation sexuelle, l'état civil, l'âge sauf dans la mesure prévue par la loi, la religion, les convictions politiques, la langue, l'origine ethnique ou nationale, la condition sociale, le handicap ou l'utilisation d'un moyen pour pallier ce handicap.

Dans le cadre d'une plainte fondée sur cette disposition, la démarche à suivre comporte « deux volets ». D'abord, il incombe à la partie demanderesse de démontrer, les trois éléments suivants pour conclure à la discrimination *prima facie* :

- (1) une « distinction, exclusion ou préférence »,
- (2) fondée sur l'un des motifs énumérés au premier alinéa de l'article 10, et
- (3) qui a pour effet de détruire ou de compromettre » le « droit à la pleine égalité dans la reconnaissance et l'exercice d'un droit ou d'une liberté de la personne ». ¹³⁸

En deuxième lieu, le défendeur, peut présenter des éléments de preuve réfutant l'allégation de discrimination ou une défense justifiant la discrimination ou les deux.

La preuve du premier élément, soit une « distinction, une exclusion ou une préférence », requiert une analyse comparative

138. *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Bombardier Inc. (Bombardier Aéronautique Centre de formation)*, préc., note 137, par. 65. Voir également : *Mouvement Laïque Québécois c. Saguenay (Ville de)*, [2015] 2 R.C.S. 3.

afin de déterminer si le traitement réservé au demandeur est en fait différent de celui accordé « aux autres personnes par rapport auxquelles il peut à juste titre prétendre à l'égalité »¹³⁹. Comme l'indique le professeur Daniel Proulx, « (s)i tout le monde est mal traité, sans distinction de race, de sexe ou de religion, on pourra peut-être se plaindre du caractère injuste ou inadéquat de ce traitement, mais non de son caractère discriminatoire »¹⁴⁰.

La différence de traitement peut prendre plusieurs formes. Une norme unique peut produire une distinction. On pense par exemple à une exigence de performance physique imposée tant aux femmes qu'aux hommes pour un emploi tel qu'un poste de pompier¹⁴¹. L'article 10 vise également les politiques, pratiques ou attitudes systémiques qui produisent des effets disproportionnés d'exclusion sur les membres de groupes visés par l'article 10, et non pas seulement les décisions particulières ayant cet effet. Par exemple, une politique d'embauche qui exige certains tests, des expériences de travail et des examens pratiques non adaptés à un groupe peut être jugée discriminatoire si l'employeur ne peut démontrer qu'il ne pouvait, sans subir de contrainte excessive, accommoder les membres du groupe en cause (en l'espèce les femmes) en apportant des modifications à sa politique d'embauche¹⁴².

Quant au deuxième élément constitutif de la discrimination, le demandeur doit établir qu'il existe un « lien » (et non un lien causal) entre un motif prohibé de discrimination et l'élément premier (distinction, exclusion ou préférence) de l'analyse¹⁴³. Selon la Cour suprême dans l'affaire Bombardier les termes « lien » ou

139. *Little Sisters Book and Art Emporium c. Ministre de la Justice du Canada*, préc., note 113, par. 110 ; C. BRUNELLE, préc., note 80, à la p. 64.

140. Daniel PROULX, « Le concept de dignité et son usage en contexte de discrimination : deux Chartes, deux modèles », (2003) Numéro spécial du Barreau, *R. du B.* 485, 514.

141. *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, préc., note 11.

142. *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Gaz métropolitain Inc.*, [2009] R.J.Q. 487, conf. par *Gaz métropolitain Inc. c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2011 QCCA 1201, l'appel n'étant accueilli que relativement à la sanction, en ce qui regarde en particulier l'octroi de dommages punitifs.

143. *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Bombardier Inc. (Bombardier Aéronautique centre de formation)*, préc., note 137, par. 48.

« facteur » sont plus appropriés en matière de discrimination que le terme « lien causal » qui est associé au droit civil québécois¹⁴⁴. En outre, il n'est pas nécessaire que le motif prohibé de discrimination soit la raison exclusive d'une décision reprochée ou la cause, « il est suffisant qu'elle se soit basée partiellement sur un tel motif ou qu'il en soit l'un des facteurs »¹⁴⁵.

Cette preuve du lien entre la différence de traitement et un motif illicite de discrimination doit être établie selon la prépondérance des probabilités¹⁴⁶ qui signifie que le demandeur doit faire une preuve qui rend l'existence d'un fait plus probable que son inexistence¹⁴⁷. Il n'est, par ailleurs, pas nécessaire de démontrer une intention discriminatoire pour prouver la discrimination. Le caractère discriminatoire d'un acte s'apprécie en fonction de ses effets et non de l'intention de son auteur¹⁴⁸.

Soulignons que l'article 10 ne s'applique que dans un cas énuméré de discrimination, soit : « la race, la couleur, le sexe, l'identité ou l'expression de genre, la grossesse, l'orientation sexuelle, l'état civil, l'âge sauf dans la mesure prévue par la loi, la religion, les convictions politiques, la langue, l'origine ethnique ou nationale, la condition sociale, le handicap ou l'utilisation d'un moyen pour pallier ce handicap »¹⁴⁹. Toutefois, les tribunaux ont interprété les motifs de discrimination de façon généreuse afin d'assurer « la réalisation de l'objet réparateur de l'article 10 de la Charte »¹⁵⁰.

Quant au troisième et dernier élément, le demandeur doit démontrer que la distinction a pour effet de détruire ou de compromettre l'un de ses droits ou libertés garantis par la Charte. Rappelons que l'article 10 est une simple modalité des droits et libertés par ailleurs garantis et protégés. Comme il « ne protège

144. *Id.*, par. 50 et 51.

145. *Id.*, par. 48, 52.

146. *Id.*, par. 55-57.

147. Catherine PICHE, *La preuve civile*, 5^e éd., Montréal, Éditions Yvon Blais, 2016, p. 110-113. Voir également l'article 2804 du *Code civil du Québec*, RLRQ, c. C.C.Q.-1991.

148. *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Bombardier Inc. (Bombardier Aéronautique centre de formation)*, préc., note 137, par. 40-41.

149. *Id.*, par. 52.

150. *Québec (C.D.P.D.J.) c. Montréal (Ville)*, [2000] 1 R.C.S. 665, par. 63-69 ; C. BRUNELLE, préc., note 80, aux p. 68-71.

pas le droit à l'égalité en soi »¹⁵¹, le droit à l'égalité prévu à l'article 10 ne peut être invoqué indépendamment des autres droits et libertés prévus par la Charte. Il faut donc toujours rattacher la violation de l'article 10 à la violation d'un autre article de la Charte québécoise.

Le professeur Daniel Proulx explique ainsi les termes « détruire ou compromettre ce droit » utilisés à l'article 10 :

Comme la jurisprudence l'a bien compris, ces termes ne signifient pas qu'une distinction doive porter atteinte à un autre droit garanti par la Charte, mais bien qu'elle doive affecter le droit à l'égalité dans la jouissance de ces droits et libertés. Il ne faut jamais oublier ici que l'objet de l'article 10 n'est pas de protéger les autres droits et libertés en soi, mais bien de garantir l'égalité dans la jouissance de ces droits. En sorte qu'il suffit que, dans l'exercice d'un droit ou d'une liberté, des individus soient traités mieux ou plus mal que d'autres du fait de leur race, de leur sexe, ou d'un autre motif illicite pour que cela "compromette" le droit à l'égalité garanti par l'article 10 [...].¹⁵²

Par conséquent, à « défaut de pouvoir identifier cet autre droit avec lequel l'article 10 peut faire corps, la norme québécoise d'égalité restera sans effet ». Or, selon le professeur Christian Brunelle, aujourd'hui juge à la Cour du Québec, « compte tenu du nombre considérable de droits et de libertés reconnus par la Charte québécoise, la protection du droit à l'égalité offerte par le législateur est néanmoins assez vaste »¹⁵³.

En plus de l'exigence d'un rattachement à une autre disposition de la Charte québécoise, le troisième et dernier élément de l'article 10 pose l'exigence d'un préjudice réel par les termes « détruire ou compromettre ce droit »¹⁵⁴. Le traitement différent ou la distinction doit par conséquent avoir pour effet d'imposer à la personne concernée « des obligations ou des désavantages non imposés à d'autres ou d'empêcher ou de restreindre l'accès

151. *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Bombardier Inc. (Bombardier Aéronautique Centre de formation)*, préc., note 137, par. 53.

152. D. PROULX, préc., note 140, p. 516.

153. C. BRUNELLE, préc., note 80, p. 66.

154. D. PROULX, préc., note 140, p. 517.

aux possibilités, aux bénéfices et aux avantages offerts à d'autres membres de la société »¹⁵⁵.

Or, une différence de traitement n'entraîne pas toujours et invariablement une jouissance inégale des droits et libertés et, dès lors, ne « compromet » pas nécessairement le droit à l'égalité. Il faut que la distinction ou le traitement différent empêchent la jouissance en pleine égalité d'un droit prévu dans la Charte québécoise¹⁵⁶. Le professeur Daniel Proulx illustre bien cette notion du préjudice réel avec l'exemple des toilettes publiques séparées sur la base du sexe, en lien avec l'application de l'article 15 de la Charte québécoise qui protège le droit de toute personne d'avoir accès à un lieu public sans discrimination :

[...] des toilettes séparées sur la base du sexe constituent certes un traitement différent fondé sur le sexe, mais cela n'est pas discriminatoire dans la mesure où cette réalité ne cause aucun préjudice réel aux hommes ou aux femmes. Ces installations ne les empêchent pas de jouir en pleine égalité du droit à l'accès aux lieux publics prévu à l'article 15 de la Charte québécoise ; elles leur permettent au contraire d'exercer pleinement le droit prévu à l'article 15 dans le respect de leur intimité et de leur dignité conformément aux articles 4 et 5 de cette Charte.¹⁵⁷

Ceci nous amène à examiner le droit à l'accès aux lieux publics prévu à l'article 15 de la Charte québécoise dans le cadre d'une audience devant le TAT. L'objet de notre étude se distingue évidemment de l'exemple des toilettes. Selon nous, le TAT enfreint les articles 10 et 15 de la Charte en ne fournissant pas gratuitement les services d'un interprète officiel aux travailleurs membres d'une minorité linguistique. Par conséquent, le droit à un accès égal à l'audience devant le TAT est enfreint, causant un désavantage et portant préjudice à ces travailleurs.

2.3.2 L'article 15 de la Charte québécoise

L'article 15 de la Charte prévoit ce qui suit :

155. *Andrews c. Law Society of British Columbia*, préc., note 11, p. 174.

156. D. PROULX, préc., note 140, p. 517.

157. *Id.*

15. Nul ne peut, par discrimination, empêcher autrui d'avoir accès aux moyens de transport ou aux lieux publics, tels les établissements commerciaux, hôtels, restaurants, théâtres, cinémas, parcs, terrains de camping et de caravaning, et d'y obtenir les biens et les services qui y sont disponibles. Nous soutiendrons dans cette partie que le droit aux services gratuits d'un interprète devant le TAT pour les travailleurs membres d'une minorité linguistique est rattaché au droit qu'a tout justiciable d'avoir un accès égal aux salles d'audience et d'y obtenir, sans discrimination et distinction, les services qui y sont disponibles.

Cette disposition a été appliquée plus souvent par les tribunaux dans le contexte d'une relation entre le propriétaire d'un lieu public qui refusait l'accès à des services ou à son établissement sur la base d'un motif interdit de discrimination énuméré à l'article 10. Par exemple, les établissements hôteliers et les restaurants qui refusent d'accueillir les enfants accompagnés d'adultes¹⁵⁸, les bars qui refusent l'accès à une clientèle sur la base de la race ou de la couleur¹⁵⁹ ou les commerçants qui refusent l'accès à la personne assistée d'un chien-guide¹⁶⁰.

Bien que les salles d'audience ne soient pas expressément mentionnées dans l'énumération des lieux contenue à l'article 15, l'utilisation par le législateur de l'adjectif « tels » qui la précède, nous indique que ces lieux ne sont que des exemples et que la liste n'est pas exhaustive¹⁶¹. D'ailleurs, le Tribunal des droits de la personne (T.D.P.Q.) a déjà établi que la discrimination est

158. *Commission des droits de la personne du Québec c. Bizouarn*, J.E. 96-144 (T.D.P.Q.) ; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Lambert*, J.E. 2000-1660 (T.D.P.Q.).

159. *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Bertrand*, 2013 QCTDP 6. Il est à noter que la Cour d'appel a rendu son jugement le 27 novembre 2014, confirmant la décision du Tribunal quant au fait que les quatre hommes noirs avaient été victimes de profilage racial de la part d'un employé d'une compagnie qui gérait un bar. Cependant, seule la compagnie qui gérait le bar a été condamnée à verser les dommages punitifs de 12 000 \$ aux victimes. *Bertrand c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2014 QCCA 2199.

160. *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. 9107-9194 Québec inc. (Restaurant Jing Hua)*, J.E. 2006-466 (T.D.P.Q.) ; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. 142006 Canada Inc.*, 2012 QCTDP 14 ; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Destination Dollar Plus Inc.*, J.E. 2014-1571 (T.D.P.Q.).

161. *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Bertrand*, préc., note 158, par. 88 et 89 ; *Quon c. Club de golf de la vallée du Richelieu Inc.*, [1994] 21 C.H.R.R. 55 (T.D.P.Q.).

également interdite en cet endroit et que les salles d'audience doivent être considérées comme un lieu public au sens de l'article 15. Dans l'affaire *Commission des droits de la personne et de la jeunesse c. Montréal (Ville de)*¹⁶², le T.D.P.Q. a reconnu qu'un gardien de sécurité de la Cour municipale avait enfreint les articles 10 et 15 de la Charte en obligeant une mère qui allaitait son enfant à se retirer de la salle d'audience. Le T.D.P.Q. a conclu que la mère a été victime d'une exclusion, fondée sur un des motifs énoncés à l'article 10, soit le sexe, et que cette exclusion a eu pour effet de compromettre son droit à l'égalité dans l'accès à un lieu public selon l'article 15. De plus, dans l'affaire *Centre de la communauté sourde du Montréal métropolitain Inc. c. Régie du logement*, le T.D.P.Q. a également considéré la salle d'audience comme un lieu public au sens de l'article 15¹⁶³. Dans cette affaire, le T.D.P.Q. devait décider si la Régie du logement avait commis un acte discriminatoire à l'endroit du Centre de la communauté sourde du Québec en refusant de fournir et d'assumer le coût des services d'un interprète en langue des signes lors du déroulement d'une audience. Le T.D.P.Q. a jugé que les services d'interprète devaient être fournis gratuitement aux personnes sourdes.

Rappelons que les travailleurs membres d'une minorité linguistique se distinguent aussi par leur origine ethnique. L'origine ethnique et la langue sont des motifs de discrimination prévus à l'article 10 de la Charte. L'absence des services gratuits d'un interprète pour ces travailleurs lors d'une audience constitue un traitement différent, car il entraîne pour ceux-ci des désavantages et préjudices reliés à la langue et à l'origine ethnique, causant ainsi un bénéfice inégal du droit d'accès aux lieux publics soit ici, à la salle d'audience du TAT.

Une contravention aux articles 10 et 15 de la Charte peut découler non seulement du refus total d'admettre une personne dans un lieu public pour motif discriminatoire, mais aussi du refus d'offrir à cette personne les mêmes services, confort et respect habituellement offerts aux autres personnes. On pense par exemple au propriétaire d'un restaurant qui propose à une personne aveugle de laisser son chien guide dans le hall d'entrée du

162. *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Montréal (Ville de)*, 2003 CanLII 33420 (QCTDP) ; *Centre de la communauté sourde du Montréal métropolitain Inc. c. Régie du logement*, préc., note 96.

163. *Id.*

restaurant au lieu d'être assis à côté de lui, ou de le laisser à l'extérieur d'un magasin¹⁶⁴. La différence de traitement peut également consister en l'imposition aux membres d'un groupe protégé par la Charte de conditions ou de restrictions qui diffèrent de celles offertes au public en général¹⁶⁵. Des propriétaires de logements ont fait l'objet de condamnations pour avoir établi à l'égard de prestataires d'aide sociale une ligne de conduite différente de celle adoptée à l'égard des autres clients, que ce soit en exigeant d'eux des garanties supplémentaires¹⁶⁶ ou en leur refusant l'accès aux logements de meilleure qualité¹⁶⁷. De plus, l'exigence imposée à un groupe d'hommes qui voulaient avoir accès à un bar de présenter deux pièces d'identité a été considérée comme intimement liée à la couleur de ces hommes qui, de surcroît, se sont présentés « en groupe ». Le T.D.P.Q. a décidé que le motif de la couleur de la peau des demandeurs était l'un des facteurs ayant mené un portier à les traiter de manière inhabituelle ou différenciée par rapport aux autres clients¹⁶⁸.

La différence de traitement peut également résulter du maintien d'une condition habituelle d'accès à un lieu public, un moyen de transport ou un service qui s'avère impossible ou plus difficile à remplir pour les membres d'un groupe protégé par la Charte. L'article 15 exige que cet accès soit non seulement autorisé, mais qu'il soit aussi physiquement possible, et ce, dans des conditions équivalentes à celles réservées aux personnes ne faisant pas partie d'un groupe protégé. De fait, « il n'est pas nécessaire d'empêcher formellement une personne vivant avec un handicap d'avoir accès aux moyens de transport (ou aux lieux publics) pour qu'il en résulte une situation discriminatoire »¹⁶⁹. L'omission de tenir compte de

164. *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. 9107-9194 Québec inc. (Restaurant Jing Hua)*, préc., note 160 ; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. 142006 Canada Inc., (Caverne Grecque)*, préc., note 159 ; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Destination Dollar Plus Inc.*, préc., note 160.

165. *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Sinatra*, J.E. 99-2197 (T.D.P.Q.).

166. *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Fondation Abbé Charles-Émile Gadbois Montréal*, J.E. 2001-1792 (T.D.P.Q.).

167. *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. J.M. Brouillette Inc.*, J.E. 94-801 (T.D.P.Q.).

168. *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Bertrand*, préc., note 158.

169. COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE DU QUÉBEC, *Le droit à l'égalité d'accès aux moyens de transport pour les usagers handicapés : document synthèse*, Montréal, Publications du Québec, 1991, p. 5.

sa différence peut aussi constituer une atteinte à l'égalité¹⁷⁰. C'est le cas notamment lorsque l'absence d'ascenseur et d'ouvre-porte automatique empêche les personnes avec des déficiences physiques d'avoir accès à un édifice¹⁷¹ ou que la configuration d'une voiture de chemin de fer restreint considérablement leurs possibilités de déplacement, les privant du même confort, de la même dignité et de la même sécurité que les personnes n'ayant aucune déficience physique¹⁷².

Selon nous, le droit aux services gratuits d'un interprète découle du droit qu'a tout justiciable d'avoir accès aux salles d'audiences et d'y obtenir, sans discrimination, les biens et les services qui y sont disponibles. Une salle d'audience étant considérée par la jurisprudence comme un « lieu public » au sens de l'article 15 de la Charte¹⁷³, l'égalité d'accès à ce lieu implique nécessairement que les travailleurs membres d'une minorité linguistique doivent non seulement être autorisés à y avoir accès, mais aussi à y avoir accès dans des conditions telles qu'ils bénéficient de conditions de justice équivalentes, en termes de service, de confort et de respect, à celles accordées aux autres travailleurs et personnes visés par la LATMP.

Prenons par analogie l'exemple de l'affaire *Conseil des Canadiens avec déficiences c. Via Rail Canada Inc.*¹⁷⁴. Dans cet arrêt, la Cour suprême a confirmé, que les personnes ayant une déficience physique ont un droit fondamental d'avoir accès au train dans les mêmes conditions de confort, de dignité et de sécurité que les personnes n'ayant aucune déficience physique :

Le modèle d'accessibilité qui privilégie l'accès en fauteuil roulant personnel est également compatible avec la jurisprudence de notre Cour en matière de droits de la personne. Dans l'arrêt *Grismer*, la Cour a conclu, au par. 19, que « [l]es employeurs et autres personnes

170. *Andrews c. Law Society of British Columbia*, préc., note 11, p. 164 et 165.

171. *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Place Desjardins Inc.*, 2002 QCTDP 68.

172. *Conseil des Canadiens avec déficiences c. Via Rail Canada Inc.*, préc., note 11, par. 162.

173. *Centre de la communauté sourde du Montréal métropolitain inc. c. Régie du logement*, préc., note 96 ; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Montréal (Ville de)*, préc., note 162.

174. *Conseil des Canadiens avec déficiences c. Via Rail Canada Inc.*, préc., note 11, par. 121.

régies par une loi concernant les droits de la personne sont maintenant requis, dans tous les cas, de tenir compte dans leurs normes des caractéristiques des groupes touchés, au lieu de maintenir des normes discriminatoires complétées par des mesures d'accommodement pour ceux qui ne peuvent pas y satisfaire » (souligné dans l'original). En d'autres termes, les normes doivent être aussi générales que possible : Grismer, par. 22. Les mesures d'accommodement relatives aux fauteuils roulants personnels permettent aux personnes ayant une déficience d'avoir accès aussi facilement et indépendamment que possible aux installations et services publics. L'accès indépendant au même confort, à la même dignité et à la même sécurité que les personnes n'ayant aucune déficience physique est un droit fondamental de la personne pour les utilisateurs d'un fauteuil roulant. Tel est l'objectif du devoir d'accommoder : faire en sorte que les services et installations auxquels le public a accès soient accessibles autant aux personnes ayant une déficience physique qu'à celles qui n'ont pas une telle déficience.¹⁷⁵

[nos soulignements]

Le TAT a l'obligation d'organiser ses audiences, sans faire de distinction, ni d'exclusion ni de préférence fondées sur la langue ou sur l'origine ethnique. Or, si les travailleurs ne comprennent pas la langue utilisée à l'audience, ne devrait-on pas mettre à leur disposition un interprète pour qu'ils puissent suivre le déroulement du procès, et ce, de la même façon que l'on mettrait à la disposition de personnes en fauteuil roulant des ouvre-portes automatiques ou des ascenseurs pour qu'elles puissent avoir accès à la salle d'audience ?

Mentionnons enfin que notre hypothèse ne repose pas uniquement sur un principe juridique, indépendamment de tout préjudice. Selon nous, au contraire, le préjudice subi par ces travailleurs peut prendre une forme réelle, matérielle ou morale. Rappelons que ces personnes doivent se munir des services d'un interprète pour faire valoir leurs droits et bien comprendre le déroulement d'une audience et de communiquer dans la langue (français ou anglais) utilisée à l'audience.

En ce qui concerne le dommage matériel, on doit considérer les coûts requis afin de se procurer un interprète officiel qui peut comprendre et traduire le langage juridique lors d'une audience. Ce

175. *Id.*

coût pourrait être un fardeau financier important et, dans certains cas, impossible à assumer pour des travailleurs payés au salaire minimum. On peut même estimer qu'ils subissent un préjudice moral s'ils doivent recourir aux services d'un interprète et qu'ils n'en ont pas les moyens. Les autres parties au litige et les personnes auxquelles la LATMP attribue les mêmes droits que ceux qu'ils cherchent à mettre en œuvre, en utilisant le même système de justice, n'ont pas à le faire ou voient les coûts d'interprète assumés par le TAT, comme c'est le cas pour les personnes sourdes¹⁷⁶.

Nous croyons que les commentaires du juge Michael Sheehan dans l'affaire *Centre de la communauté sourde du Montréal métropolitain Inc. c. Régie du logement* sont particulièrement percutants. Il s'exprimait alors relativement aux situations inacceptables dans lesquelles les personnes sourdes devraient payer pour leur propre interprète gestuel :

Bien qu'un certain accommodement de part et d'autre, soit toujours opportun, il est manifeste qu'il n'appartient pas aux personnes handicapées d'assumer seules tous les coûts et toutes les conséquences de l'utilisation de moyens pour pallier un handicap.

De nos jours, l'architecture de la quasi-totalité des palais de justice et des salles d'audiences au Québec a été aménagée pour accommoder les personnes circulant en chaises roulantes. Il ne nous viendrait pas à l'esprit de prétendre que ces personnes doivent assumer seules les coûts de cet aménagement. [...]

Sans le prétendre explicitement, la Régie semble dire qu'il appartient à monsieur Lagacé et aux autres personnes sourdes gestuelles d'adopter un moyen « plus efficace » et « moins encombrant », pour pallier leur handicap. Cette approche conduit à des solutions inacceptables.

Le choix du moyen pour pallier un handicap appartient à la personne handicapée. On n'a pas le droit de dire à la personne non-voyante : « Ton chien-guide me dérange, laisse-le donc à la porte et fais-toi accompagner d'un ami ». On n'a pas le droit de dire à la personne en

176. *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, préc., note 15 ; *Centre de la communauté sourde du Montréal métropolitain inc. c. Régie du logement*, préc., note 96.

chaise roulante : « Les rampes sont coûteuses, fais-toi transporter à travers les marches et les escaliers à bout de bras ».¹⁷⁷

[nos soulignements]

Une audience tenue relativement à une indemnité salariale à la suite d'un accident du travail ou à une demande de retrait préventif pendant la grossesse, par exemple, peut déjà représenter une situation difficile et angoissante pour plusieurs personnes. Si les travailleurs qui ne comprennent pas la langue utilisée lors de l'audience doivent vivre ces situations et, de surcroît, se procurer ou se payer un interprète, il est fort possible qu'elles soient confrontées à une situation encore plus stressante accentuant ainsi leur sentiment de vulnérabilité. Or, les autres parties au litige ou les autres travailleurs soumis au même processus devant le TAT n'ont pas à vivre un tel stress.

2.3.3 L'article 23 de la Charte québécoise

L'article 23 de la Charte prévoit que :

23. Toute personne a droit, en pleine égalité, à une audition publique et impartiale de sa cause par un tribunal indépendant et qui ne soit pas préjugé, qu'il s'agisse de la détermination de ses droits et obligations ou du bien-fondé de toute accusation portée contre elle.

Le tribunal peut toutefois ordonner le huis clos dans l'intérêt de la morale ou de l'ordre public.

[nos soulignements]

Cette disposition garantit le principe fondamental de justice naturelle, soit le droit, « en pleine égalité, à une audition publique et impartiale », et ce, devant « un tribunal » indépendant qui ne soit pas préjugé. En d'autres termes, cette disposition exige le respect du principe voulant que toute partie a le droit d'être entendue, de connaître la preuve et de comprendre le déroulement d'un procès¹⁷⁸.

177. *Centre de la communauté sourde du Montréal métropolitain inc. c. Régie du logement*, préc., note 96, p. 12- 13.

178. *Fabrikant c. Swamy*, J.E. 2010-492.

La portée du mot « tribunal » est précisée à l'article 56.1 de la Charte :

Art. 56.1 Dans les articles 9, 23 30 31 34 et 38, dans le III de la partie II ainsi que dans la partie IV, le mot « tribunal » inclut un coroner, un commissaire-enquêteur sur les incendies, une commission d'enquête et une personne ou un organisme exerçant des fonctions quasi judiciaires.

Le TAT et la C.L.P.¹⁷⁹, tout comme les arbitres de griefs et le Tribunal administratif du Québec (TAQ)¹⁸⁰, sont des organismes visés par l'article 56.1 de la Charte. Ils doivent respecter les exigences de l'article 23 de la Charte et se conformer aux exigences d'impartialité et d'indépendance. Le droit à une audience impartiale par un tribunal indépendant implique que les décideurs chargés de faire la lumière sur tous les aspects du litige accomplissent ou paraissent accomplir leur travail de façon impartiale. Le TAT a l'obligation de permettre « aux parties de se faire entendre » non seulement dans le respect des règles de justice naturelle et de l'égalité des parties, mais aussi en assurant une audience publique et impartiale des causes qui lui sont soumises, en faveur de « toute personne » sans distinction et « en pleine égalité » selon les articles 10 et 23 de la Charte.

Les décisions relatives à toute demande formulée en vertu de la LATMP incombent de façon exclusive au TAT. Dans les nouvelles Règles, le législateur a adopté des règles de preuve et de procédures spécifiquement applicables devant le TAT. La protection des principes de justice naturelle et de l'égalité des parties étant par ailleurs toujours consacrée aux mêmes Règles¹⁸¹.

La validité de l'article 34 est remise en question par l'article 10 de la Charte parce que cette disposition compromet le droit à l'égalité dans l'exercice du droit à une audience publique et impartiale comme le requiert l'article 23 de la Charte. Dans l'affaire *Centre de*

179. *Montambeault c. Brazeau*, [1996] C.A.L.P. 1795 (C.A.), autorisation d'appeler refusée, [1997] 3 R.C.S. ; *Guillemette c. Commission des lésions professionnelles*, D.T.E. 2000T-350 (C.S.).

180. *Québec (Procureur général) c. Barreau de Montréal*, [2001] R.J.Q. 2058 ; *Montréal (Ville de) c. Gagnon*, J.E. 2011-77 (C.S.) ; *Pièces d'auto MS Inc. c. Ste-Anne-des-Lacs (Municipalité de)*, 2013 QCCS 2382.

181. Règles, préc., note 35, art. 1.

la communauté sourde du Montréal métropolitain Inc., le T.D.P.Q. a conclu que toute personne a le droit « en pleine égalité » à une audition publique et impartiale « par un tribunal indépendant et qui ne soit pas préjugé dans la détermination de ses droits et obligations », comme le garantit l'article 23 de la Charte, elle devrait même être assistée gratuitement par un interprète si elle ne comprend pas la langue utilisée à l'audience¹⁸².

Ceci est d'autant plus important dans une matière aussi fondamentale que l'indemnisation du revenu à la suite d'un accident du travail. Dans *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, la Cour suprême énonce le principe selon lequel « plus la décision est importante pour la vie des personnes visées et plus ses répercussions sont grandes pour ces personnes, plus les protections procédurales requises devront être rigoureuses »¹⁸³. Cela vise directement les décisions du TAT qui a pour fonction de déterminer si un travailleur a été victime ou non d'une lésion professionnelle selon une loi d'ordre public, la LATMP.

2.3.4 La force des droits et garanties prévus par la Charte québécoise

D'un point de vue formel, la Charte québécoise est une loi ordinaire. Elle peut être modifiée, révisée, voire abrogée par le législateur québécois, au même titre que toutes les lois qu'il adopte.

Toutefois, les dispositions de la Charte, à tout le moins celles qui visent à enrayer la discrimination, sont d'ordre public :

Les lois sur les droits de la personne fixent un minimum auquel les parties ne peuvent pas se soustraire par contrat. Elles pourront le faire si, de ce fait, elles accroissent et protègent davantage les droits de la personne des gens concernés.¹⁸⁴

Il est maintenant bien établi que les lois vouées à la protection des droits de la personne, comme la Charte québécoise,

182. *Centre de la communauté sourde du Montréal métropolitain inc. c. Régie du logement*, préc., note 96, p. 23.

183. *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, par. 25.

184. *Id.*

occupent une place privilégiée dans la hiérarchie des normes, et qu'elles transcendent les autres droits et subordonnent les actes de la vie juridique¹⁸⁵.

Cette caractéristique de la Charte québécoise est enchâssée à ses articles 50 à 53 :

50. La Charte doit être interprétée de manière à ne pas supprimer ou restreindre la jouissance ou l'exercice d'un droit ou d'une liberté de la personne qui n'y est pas inscrit.

50.1. Les droits et libertés énoncés dans la présente Charte sont garantis également aux femmes et aux hommes.

51. La Charte ne doit pas être interprétée de manière à augmenter, restreindre ou modifier la portée d'une disposition de la loi, sauf dans la mesure prévue par l'article 52.

52. Aucune disposition d'une loi, même postérieure à la Charte, ne peut déroger aux articles 1 à 38, sauf dans la mesure prévue par ces articles, à moins que cette loi n'énonce expressément que cette disposition s'applique malgré la Charte.

53. Si un doute surgit dans l'interprétation d'une disposition de la loi, il est tranché dans le sens indiqué par la Charte.

Par ces dispositions, le législateur québécois a élevé la Charte au-dessus des autres lois québécoises et lui a conféré en quelque sorte un statut quasi constitutionnel. Le libellé de l'article 52 de la Charte québécoise est clair, il impose au législateur l'obligation d'adopter une disposition dérogatoire expresse pour écarter la protection des droits et libertés qui y sont accordés. En somme, « les dispositions de la Charte qui assurent la protection des droits fondamentaux sont partie intégrante de toute loi sans qu'il soit nécessaire d'en faire mention dans le texte de celle-ci »¹⁸⁶.

185. *Québec (C.D.P.D.J.) c. Montréal (Ville)*, préc., note 150, par. 27-28. Voir également : *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Communauté urbaine de Montréal*, [2004] 1 R.C.S. 789. *Parry Sound (District), Conseil d'administration des services sociaux c. S.E.E.F.P.O., section locale 324*, [2003] 2 R.C.S. 15 ; *Curateur public du Québec c. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 R.C.S. 211.

186. *Gauthier c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2007 QCCA 1433, par. 51.

Enfin, la Charte prévoit qu'une atteinte illicite à un droit ou à une liberté reconnue par la Charte confère à la victime le droit d'obtenir la cessation de cette atteinte et la réparation du préjudice moral ou matériel qui en résulte. Par conséquent, « (t)ous ces actes pourront être déclarés inapplicables si leur contenu porte atteinte aux droits et libertés garantis »¹⁸⁷. Cela signifie que les articles 10, 15 et 23 de la Charte jouissant de la primauté reconnue aux articles 1 à 38 de la Charte doivent être interprétés comme il est prévu aux articles 50 à 53 de la Charte cités plus haut.

Ceci étant, l'article 34 des Règles doit être interprété à leur lumière et comme une addition, et non une soustraction de droits du travailleur membre d'une minorité linguistique. Lorsque le législateur adopte une loi ou un règlement, il doit respecter les droits fondamentaux, tant dans les règles qu'il énonce que dans ce qu'il omet d'énoncer. Par exemple, dans l'affaire *Eldridge*, la législation n'avait pas tenu compte de la situation des sourds dans l'application d'un régime d'assurance maladie. Selon la Cour suprême, le gouvernement n'a pas l'obligation de mettre en place des mesures positives pour favoriser l'égalité, mais « à partir du moment où l'État accorde effectivement un avantage, il est obligé de le faire sans discrimination »¹⁸⁸.

2.4 Les articles 14 de la Charte canadienne et 36 de la Charte québécoise

Dans cette dernière partie de notre étude, nous examinerons succinctement et de façon non exhaustive deux dispositions qui garantissent expressément le droit à l'assistance d'un interprète lors d'une audience : l'article 14 de la Charte canadienne (Section 2.4.1) et l'article 36 de la Charte québécoise (Section 2.4.2). Tel que déjà mentionné précédemment, ces deux dispositions s'insèrent dans le cadre des garanties juridiques plutôt que du droit à l'égalité.

L'élément essentiel du droit à l'assistance d'un interprète garanti par ces dispositions est étroitement lié aux notions fondamentales de justice, dont l'équité procédurale en rapport

187. C. BRUNELLE, préc., note 80, p. 109.

188. *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, préc., note 15, p. 73.

avec les principes de justice naturelle. Par conséquent, ces dispositions protègent les personnes qui ne peuvent comprendre ou communiquer dans la langue utilisée lors du procès¹⁸⁹. Ce droit à l'assistance d'un interprète a été surtout reconnu dans le contexte du droit criminel et pénal. Toutefois, plusieurs auteurs sont d'avis qu'il accorde une garantie constitutionnelle à un procès équitable et qu'il s'applique non seulement en matière criminelle et pénale, mais aussi dans tous les cas où il y a une audition et les règles de justice naturelle sont expressément prévues par une loi¹⁹⁰.

Le professeur André Morel souligne, à juste titre, ce qui suit : « Ce droit de comprendre et d'être compris, il n'est pas moins réel en matière civile que criminelle, même si ce sont des intérêts pécuniaires et non la liberté personnelle qui sont en jeu »¹⁹¹. Il ajoute : « Un « procès kafkaïen », quelle que soit sa nature, est toujours la négation d'un principe fondamental de justice »¹⁹². C'est dans cette perspective que nous allons examiner les pratiques du TAT.

2.4.1 L'article 14 de la Charte canadienne

L'article 14 de la Charte canadienne garantit dans les termes suivants le droit à l'assistance d'un interprète :

La partie ou le témoin qui ne peuvent suivre les procédures, soit parce qu'ils ne comprennent pas ou ne parlent pas la langue employée, soit parce qu'ils sont atteints de surdité, ont droit à l'assistance d'un interprète.

Ce droit à l'assistance d'un interprète prévu à l'article 14 de la Charte canadienne s'applique non seulement devant un tribunal de compétence criminelle ou pénale, mais également devant un tribunal de compétence civile ou administrative¹⁹³ :

189. *R. c. Tran*, [1994] 2 R.C.S. 951. Dans cette affaire, la Cour suprême a interprété pour la première fois l'article 14 de la Charte canadienne. Les principes énoncés par la Cour demeurent toujours valides et sont appliqués par les tribunaux.

190. *R. c. Beaulac*, [1999] 1 R.C.S. 768 ; Y. LANDRY et V. DÉSILETS, préc., note 5, à la p. 912 ; André MOREL, « Les garanties en matière de procédure et de peines », dans Gérald A. BEAUDOIN et Errol MENDES (dir.), *The Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 3^e éd., Toronto, Carswell, 1996, p. 719, à la p. 751.

191. A. MOREL, préc., note 190, p. 750.

192. *Id.*

193. *R. c. Tran*, préc., note 189, p. 961, 995. Les principes énoncés dans cette décision ont été appliqués dans de nombreuses décisions en matière de droit des réfus-

En outre, le droit garanti à l'art. 14 de la Charte appartient non seulement aux accusés, mais aussi aux parties à des actions civiles et à des procédures administratives, de même qu'aux témoins. Si le droit à l'assistance d'un interprète était fondé exclusivement sur le droit de présenter une défense pleine et entière et sur la nécessité d'éviter toute atteinte à ce droit, il n'y aurait aucune raison de garantir séparément ce droit aux parties à des procédures non criminelles et aux témoins.¹⁹⁴

[nos soulignements]

La Cour suprême a reconnu, dans l'affaire *R. c. Tran*, l'importance de la garantie constitutionnelle prévue à l'article 14 qui, selon elle, est étroitement liée à l'objectif poursuivi par l'article 27 de la Charte canadienne. Cette disposition prévoit :

27. Toute interprétation de la présente charte doit concorder avec l'objectif de promouvoir le maintien et la valorisation du patrimoine multiculturel des Canadiens.

Pour la Cour suprême, il s'ensuit qu'une société multiculturelle ne peut être « préservée et favorisée que si ceux qui s'expriment en d'autres langues que le français et l'anglais ont un accès véritable et concret au système de justice criminelle »¹⁹⁵. L'article 14 de la Charte canadienne répond donc à plusieurs objectifs importants :

Le droit d'un accusé qui ne comprend pas ou ne parle pas la langue des procédures d'obtenir l'assistance d'un interprète répond à plusieurs objectifs importants. D'abord et avant tout, il garantit que la personne accusée d'une infraction criminelle entend la preuve qui pèse contre elle et a pleinement l'occasion d'y répondre. Ensuite, le droit est étroitement lié à nos notions fondamentales de justice, dont l'apparence d'équité. En tant que tel, le droit à l'assistance d'un interprète touche l'intégrité même de l'administration de la

giés et de l'immigration, dont les décisions suivantes : *Mohammadian c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2001 C.A.F. 191 ; *Marma c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2012 CF 777 ; *Singh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2010 CF 116.

194. *R. c. Tran*, préc., note 189, p. 995.

195. *Id.*, p. 977. Voir également : Julie DESROSIERS et al., « Les garanties juridiques énoncées aux articles 12, 13 et 14 de la Charte », dans Errol MENDES et Stéphane BEAULAC (dir.), *Charte canadienne des droits et libertés*, 5^e éd., Markham, LexisNexis Canada Inc., 2013, p. 879, à la p. 925.

justice criminelle au Canada. Enfin, le droit est intimement lié à notre prétention d'être une société multiculturelle, exprimée en partie à l'art. 27 de la Charte. L'importance des intérêts qui sont protégés par le droit à l'assistance d'un interprète favorise une interprétation libérale et fondée sur l'objet visé du droit garanti à l'art. 14 de la Charte, ainsi qu'une application de ce droit qui soit fondée sur des principes.¹⁹⁶

Toutefois, l'article 14 est muet au sujet du paiement des frais de l'interprète. En matière criminelle, il est clair que les frais devraient être assumés par l'État. Ce principe est exprimé à l'article 36 de la Charte québécoise, qui prévoit sans équivoque que tout accusé a le droit d'être assisté « gratuitement » d'un interprète¹⁹⁷. Or, cette question de la « gratuité » des frais d'interprète n'est pas aussi claire dans les matières autres que criminelles. Dans le cadre de litiges civils, les tribunaux ont généralement conclu que les services d'interprète sont à la charge de celui qui les demande. Toutefois, cette question ne semble pas définitivement tranchée¹⁹⁸. En matière d'immigration, où l'article 14 est le plus souvent appliqué, les frais d'interprétation sont assumés par les tribunaux quasi judiciaires¹⁹⁹.

2.4.2 L'article 36 de la Charte québécoise

Le libellé de l'article 36 de la Charte québécoise diffère de celui de l'article 14 de la Charte canadienne. On y prévoit que ce droit protège uniquement « tout accusé » et il est spécifié que celui-ci doit être « assisté gratuitement ». Cette disposition prévoit que « tout accusé a le droit d'être assisté gratuitement d'un interprète

196. *R. c. Tran*, préc., note 189, p. 977.

197. J. DESROSIERS et al. préc., note 195, à la p. 931. Selon les auteurs, toute interprétation contraire à ce principe constituerait une violation des obligations internationales du Canada en vertu du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 16 décembre 1966, 999 RTNU 187, [1976] RT Can n°47 (entrée en vigueur pour le Canada: 19 mai 1976) et entrerait en contradiction avec la règle d'interprétation selon laquelle il faut présumer que la Charte canadienne accorde une protection au moins aussi grande que les instruments internationaux en matière de droits de la personne auxquels le Canada est partie. Ils réfèrent au paragraphe 70 du jugement de la Cour suprême dans l'affaire *Health Services and Support – Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, 2007 C.S.C. 27, [2007] 2 R.C.S. 391 qui réitère cette présomption.

198. *Id.*, p. 932.

199. *Id.* ; Voir également : *Khalil c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2007 CF 684, par. 8.

s'il ne comprend pas la langue employée à l'audience ou s'il est atteint de surdité ».

Une telle formulation est donc susceptible de limiter la protection offerte par la disposition aux procès criminels et de ne pas l'étendre aux membres des minorités linguistiques entendues par un tribunal administratif comme le TAT. Or, si le droit à un interprète prévu à l'article 14 de la Charte canadienne est interprété comme étant l'attribution de ce même droit « aux parties à des procédures non criminelles et aux témoins »²⁰⁰, cette même interprétation peut-elle valoir à l'égard du droit prévu par l'article 36 de la Charte québécoise ? Selon nous, compte tenu de l'interprétation large de l'article 14, visant à inclure les litiges en matière civile et administrative, la protection énoncée à l'article 36 devrait également admettre une telle interprétation.

La seule décision traitant de cette question quant à l'article 36 de la Charte québécoise est celle rendue par le T.D.P.Q. dans l'affaire *Centre de la communauté sourde du Montréal métropolitain inc.*²⁰¹. Dans cette affaire, le T.D.P.Q. a confirmé que l'article 36 ne devrait pas être réservé seulement aux parties à des procédures criminelles. Il a affirmé que la Régie du logement avait discriminé à l'endroit du Centre de la communauté sourde gestuelle du Québec en refusant de lui fournir gratuitement des services d'un interprète en langue des signes lors du déroulement d'une audience. En rejetant l'argument de la Régie du logement selon lequel le droit de disposer d'un interprète à l'audience garanti par l'article 36 est réservé aux seules « personnes accusées », le T.D.P.Q., a conclu que la reconnaissance expresse du droit de tout accusé d'être assisté gratuitement d'un interprète, prévue par l'article 36, « ne dénie pas le même droit à d'autres personnes lorsque cela résulte de leur droit à l'égalité ou de l'interdiction de discrimination à leur endroit »²⁰².

Le T.D.P.Q. a retenu cette interprétation de l'article 36 en se référant à l'article 14 de la Charte canadienne et aux décisions

200. *R. c. Tran*, préc., note 189, p. 995.

201. *Centre de la communauté sourde du Montréal métropolitain inc. c. Régie du logement*, préc., note 96.

202. *Id.*, p. 25.

rendues en vertu de la *Convention européenne*²⁰³ dont s'est inspirée la rédaction quasi identique de la Charte québécoise. Cette convention prévoit au 3^e paragraphe de l'article 6 que : « Tout accusé a droit notamment à se faire assister gratuitement d'un interprète s'il ne comprend pas ou s'il ne parle pas la langue employée à l'audience ». L'article 14 de la *Convention européenne* garantit également le droit à l'égalité et interdit la discrimination en des termes quasi identiques à ceux prévus par la Charte québécoise. Le T.D.P.Q. conclut que les principes du droit à un interprète prévu par l'article 36 de la *Charte* s'appliquent à des tribunaux autres que criminels ainsi qu'à d'autres tribunaux que de la Régie du logement lorsque les circonstances l'exigent²⁰⁴. Pour le T.D.P.Q., cette nécessité ne fait aucun doute dans le cas d'un interprète gestuel pour les personnes sourdes lors d'une audience devant la Régie du logement. Il nuance par ailleurs la portée de son jugement en disant que le droit à un interprète n'est pas un droit automatique, et que son jugement « ne signifie pas que toute personne, dont la langue maternelle ou l'origine ethnique est différente de celle du régisseur, a droit à l'assistance gratuite d'un interprète ». La « nécessité de l'interprète doit être vérifiée dans chaque cas et la demande d'assistance doit toujours être formulée de bonne foi »²⁰⁵.

Il convient de souligner par contre que, dans l'affaire *Fari-mex Marketing International inc. c. Owen*²⁰⁶, la Cour supérieure a décidé, en citant la décision du *Centre de la communauté sorde du Montréal Métropolitain inc.*²⁰⁷, que l'article 36 de la Charte ne s'applique pas à un litige de nature civile relatif à une poursuite pour non-respect d'un engagement de non-concurrence entre deux parties privées. Avec égards, il nous semble que, dans cette affaire, la décision ne repose pas sur une analyse suffisamment approfondie pour conclure que l'article 36 de la Charte ne s'applique pas en matière civile ou administrative. Compte tenu du caractère social

203. *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 4 novembre 1950, 213 RTNU 221, STE 5, par. 6(3).

204. *Centre de la communauté sourde du Montréal métropolitain inc. c. Régie du logement*, préc., note 96. Voir également : 116845 *Canada Inc. c. Régie des permis d'alcool c. Québec*, [1991] R.J.Q. 1655 (C.S.) ; *Butcher c. R.*, J.E. 91-27 (C.A.).

205. *Centre de la communauté sourde du Montréal métropolitain inc. c. Régie du logement*, préc., note 96, p. 33.

206. À noter que cette décision a été citée avec approbation dans l'affaire *McCulloch Finney c. Canada (Attorney General)*, 2009 QCCS 4646.

207. *Centre de la communauté sourde du Montréal métropolitain inc. c. Régie du logement*, préc., note 96.

et d'ordre public de la LATMP, et de l'implication de la CNESST dans tous les dossiers devant le TAT, il faut à notre avis distinguer les litiges opposant uniquement des parties privées et les litiges faisant l'objet de la protection visée par la LATMP.

2.5 Conclusion de la partie 2

En conclusion, on reconnaît que l'article 15(1) de la Charte canadienne interdit les distinctions qui entraînent un préjudice ou un désavantage. Le terme « désavantage » devient donc une notion inhérente au droit à l'égalité prévu à l'article 15. La juge Wilson, dans l'affaire *Turpin*, déclare sans ambages que « l'article 15 est conçu pour protéger les groupes défavorisés sur les plans social, politique et juridique dans notre société »²⁰⁸. Il promeut ainsi la valeur selon laquelle tous ont les mêmes obligations en vertu de la loi et que nul ne doit supporter un inconvénient plus grand que les autres en raison du fondement ou de l'application de la loi²⁰⁹. L'accessibilité à la justice en matière d'indemnité de revenu protégée par une loi sociale et collective est essentielle pour tous les travailleurs. Nous devons accorder une plus grande reconnaissance à ces valeurs pour protéger les minorités linguistiques lors d'une audience devant le TAT en offrant à tous les travailleurs la possibilité de faire valoir leurs droits devant une instance accessible et en tenant des audiences dans le respect du principe de l'égalité des parties.

L'examen de l'article 15 de la Charte canadienne, tout comme celui des articles 10, 15 et 23 de la Charte québécoise, nous permet de conclure que l'article 34 des Règles, s'il a pour effet de faire supporter les frais de l'interprète par le travailleur, est discriminatoire parce qu'il crée une situation d'iniquité en termes d'accessibilité à la justice pour ceux qui ont besoin de l'aide d'un interprète pour comprendre et se faire comprendre lors d'une audience devant le TAT. Que cet accès inégal à la justice soit analysé en vertu de l'article 15 de la Charte canadienne ou des articles 10, 15 et 23 de la Charte québécoise, le droit à l'égalité est violé. L'obligation pour les travailleurs membres d'une minorité linguistique d'assumer eux-mêmes les coûts d'un interprète lors d'une audience, alors que les autres parties au litige et les autres travailleurs soumis

208. *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296, p. 1333.

209. *Andrews c. Law Society of British Columbia*, préc., note 11, p. 151-153.

à la LITAT, ainsi que les travailleurs sourds, n'ont rien à payer et n'ont pas besoin de se trouver un interprète, constituerait de la discrimination.

Le droit à l'assistance d'un interprète garanti par l'article 14 de la Charte canadienne et l'article 36 de la Charte québécoise est un moyen de faire en sorte que les procédures criminelles respectent la garantie constitutionnelle d'un procès équitable, intimement liée aux principes fondamentaux de justice. La reconnaissance expresse du droit de tout accusé à être assisté gratuitement d'un interprète ne nie pas l'existence d'un même droit pour d'autres personnes, fondé sur leur droit à l'égalité et à l'interdiction de discrimination à leur endroit.

Il s'ensuit que ces garanties devraient également être accordées dans le cadre d'une audience concernant l'application d'une loi sociale d'ordre public, dont le but est la réparation des lésions professionnelles et des conséquences qu'elles entraînent pour tous ses bénéficiaires. Les commentaires du Tribunal dans l'affaire du *Centre de la communauté sourde du Montréal métropolitain inc.* sont particulièrement pertinents et devraient, à notre avis, s'appliquer lors d'une audience devant le TAT :

Selon la preuve, le ministère de la Justice du Québec, par l'entremise de ses services judiciaires, a mis sur pied un service complet dans le but de fournir l'assistance gratuite d'un interprète à l'audience pour toute personne accusée dans les dossiers de nature criminelle ou pénale. Ce service fonctionne de manière efficace à des coûts plus que raisonnables.

Il est donc faux de prétendre qu'il appartient aux parties devant la Régie d'assumer seules leurs propres frais d'interprètes lorsqu'elles sont des personnes sourdes gestuelles ou lorsqu'elles s'expriment dans une langue qu'un régisseur ne comprend pas.²¹⁰

[nos soulignements]

Comme l'a indiqué la Cour suprême dans l'affaire *Tran*, l'article 14 doit non pas être interprété isolément, mais plutôt en

210. *Centre de la communauté sourde du Montréal métropolitain inc. c. Régie du logement*, préc., note 96, p. 20.

fonction des autres dispositions de la Charte, comme le droit à l'égalité prévu par l'article 15 ainsi que l'article 27 qui prévoit le maintien du patrimoine multiculturel. Dans cette perspective, la force de l'article 14 de la Charte canadienne et de l'article 36 de la Charte québécoise peut être saisie en partie non seulement sous l'angle du droit de présenter une défense pleine et entière, mais encore du droit à l'égalité afin que toutes les parties au litige aient un accès égal à la justice devant le TAT. Ceci impliquerait un accès gratuit aux services d'un interprète, et ce, d'autant plus que c'est toujours la CNESST (un organisme de l'État) qui intervient dans le processus décisionnel de chaque dossier.

CONCLUSION GÉNÉRALE

L'un des grands mérites des tribunaux administratifs est qu'ils offrent des mesures réparatrices efficaces, mais surtout qu'ils facilitent l'accès à la justice en supprimant l'un des principaux obstacles que rencontrent les justiciables à l'égard des procédures judiciaires : les coûts. Ils assument ainsi une des missions principales de la justice administrative : donner un accès égal à la justice à tous les membres de notre société et non seulement aux personnes qui sont en mesure de payer. Cela signifie la possibilité pour tous les membres de la société non seulement d'y avoir accès, mais également de jouir des mêmes conditions qui permettent d'établir un climat de confiance entre le justiciable et l'administration de la justice.

Dans cet esprit, l'ex-juge en chef de la Cour suprême du Canada, l'honorable Beverly McLachlin, a souligné ce qui suit lors d'une allocution prononcée le 3 juin 2016 :

Les tribunaux sont la propriété du peuple canadien, et celui-ci devrait y avoir accès. Le système de justice le plus avancé de la terre n'est d'aucune utilité s'il est hors de portée.

[...]

Les procédures judiciaires coûtent trop cher et sont souvent trop longues. Nous disposons peut-être d'une justice de rêve pour l'élite et les grandes sociétés mais, trop souvent, les Canadiens et les Canadiennes ordinaires n'ont pas accès aux tribunaux ou sont

obligés de s'y présenter seuls, sans l'assistance d'un avocat. Nombreux sont les plaideurs non représentés qui font de leur mieux pour s'orienter à travers le système, ce qui accroît la pression exercée sur la procédure et occasionne encore d'autres retards. Dans de nombreuses régions du pays, l'aide juridique est terriblement inadéquate.

[...]

Je crois que nous devons résoudre le problème du nonaccès à la justice des citoyens ordinaires si nous voulons conserver la confiance du public dans le système de justice. Les gens qui se sentent exclus du système, qui estiment que seule une minorité privilégiée en bénéficie, s'en détourneront. La primauté du droit sera compromise, et la société sera perdante.²¹¹

[nos soulignements]

Dans la présente étude, en prenant pour exemple le cas du TAT, nous avons tenté de démontrer que l'absence de services gratuits d'interprètes pour les travailleurs membres d'une minorité linguistique empêche ces travailleurs d'avoir un accès égal à la justice et d'obtenir à l'audience, sans discrimination, les services qui y sont disponibles à tous les membres de la société. En outre, l'effet de l'article 34 des Règles crée une entrave indirecte aux droits procéduraux : le coût d'un interprète officiel pour un groupe vulnérable comme le sont les travailleurs concernés est tel qu'il incite fortement ces travailleurs à renoncer à leur droit à un procès juste et équitable.

Cette nécessité pour ces travailleurs d'obtenir un accès égal et de jouir comme les autres membres de la société des mêmes conditions lors d'une audience au TAT est incontestablement primordiale. Au-delà de cette question, un élément encore plus significatif, que nous avons souligné, devrait interpeller toute la classe politique et sociale au Québec : la croissance multilingue et multiculturelle de la société québécoise appelle à redéfinir la question d'accès à la justice. En effet, il est important de reconnaître que l'accès à la justice ne signifie plus uniquement la simple appli-

211. Beverly MCLACHLIN, *Le système juridique canadien à l'aube du 150^e : Démocratie et magistrature*, allocution prononcée devant l'Empire Club of Canada, Toronto, 3 juin 2016, en ligne : <<http://www.scc-csc.ca/judges-juges/spe-dis/bm-2016-06-03-fra.aspx>>, (consulté le 17 avril 2017).

cation de la loi ou de la réglementation, sans égard aux facteurs sociaux, culturels, économiques, psychologiques et linguistiques sous-jacents.

La considération de ces facteurs sous-jacents exige la prise en compte des caractéristiques de la diversité, des différences linguistiques et culturelles, lors de l'adoption d'une loi ou d'un règlement, afin de s'assurer que le gouvernement ne mette de côté certains groupes minoritaires ou « vulnérables » de la société, en appliquant le principe général de l'accommodement raisonnable qui, au fond, ne règle pas les problèmes d'inégalité dans une société diversifiée. Dans l'affaire *Meiorin*²¹², la Cour suprême du Canada reprend également cette thèse en décidant que tous les accommodements devaient être inclus ou intégrés dans une règle ou une pratique, précisément pour éviter de légitimer les normes discriminatoires. En d'autres mots, le règlement même du TAT devrait inclure les services gratuits d'un interprète, et ce, sans recourir au concept d'obligation d'accommodement.

À la lumière de ces principes établis dans l'affaire *Meiorin*, nous proposons que le législateur modifie l'article 34 des Règles pour inclure dans le libellé que « le TAT fournira gratuitement les services d'un interprète ». En plus de permettre aux travailleurs membres d'une minorité linguistique un accès égal à l'audience devant le TAT, ceci éviterait une jurisprudence incohérente relativement à la question de fidélité ou d'impartialité de la traduction ainsi qu'à la question de l'interprète officiel ou non.

Il faut examiner la façon dont le système de justice traditionnel peut s'adapter au changement de la société et trouver des solutions concrètes qui correspondent aux besoins de la population de façon égale pour tous ceux qui sont touchés par le système de justice²¹³. Dans cette perspective, le gouvernement doit adopter des mesures positives pour contrer le phénomène de l'inégalité sociale. Il doit aussi souscrire à des initiatives concrètes pour accorder à tous les citoyens un accès équitable à la justice, notamment des services gratuits d'interprète lors d'une audience devant le TAT.

212. *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, préc., note 11.

213. *Id.*

Cela exige un processus créatif, empreint d'une grande sensibilité contextuelle et culturelle ainsi qu'une ouverture à la diversité.

D'ailleurs, les professeurs Desrosiers, Lafontaine et Stylos confirment que le droit à un interprète devient de plus en plus important dans le contexte mondial actuel :

Le Canada ne fait pas figure d'exception dans un contexte mondial marqué par les mouvements migratoires, et par un effacement relatif des frontières dans certaines zones, comme l'Union européenne, où la libre circulation des personnes est au cœur de politiques d'intégration économique et politique. Dans ce contexte, le droit à l'assistance d'un interprète, qui évite à celui ou celle qui ne peut comprendre ou communiquer pour des raisons linguistiques de « subir un procès kafkaïen »^[214], est appelé à jouer un rôle de plus en plus important, que l'on pourrait même qualifier de central à la légitimité du système de justice.²¹⁵

En outre, une étude menée en mars 2010 par l'Université York a démontré que la diversité linguistique ne cesse de s'accroître au Canada. Cette étude a constaté une augmentation importante des demandes d'interprétation dans presque toutes les juridictions à travers le Canada depuis 2010. Ils concluent que « il y a fort à parier que », si la tendance se maintient « [...] cette demande continuera d'augmenter au cours des prochaines années »²¹⁶.

Cette question d'un interprète officiel pour un groupe vulnérable ne concerne pas uniquement les minorités linguistiques en milieu du travail. Les citoyens qui doivent se présenter devant le T.A.Q. sont également touchés par cette pratique. Créé par la

214. R. c. Tran, préc., note 189, p. 975.

215. J. DESROSIERS et al., préc., note 195, à la p. 925. Lors du recensement de la population de 2011, Statistique Canada a publié que « plus de 200 langues ont été dénombrées comme langue d'usage à la maison ou comme langue maternelle et près de 6,6 millions de personnes ont déclaré parler une autre langue que le français ou l'anglais à la maison ». Notons que cette étude représente tout le Canada et non pas uniquement le Québec où le TAT a compétence. Voir également : STATISTIQUE CANADA, « Caractéristiques linguistiques des Canadiens », dans Recensement de la population de 2011 (n° 98-314- X2011001), 24 octobre 2010, en ligne : <<http://www12.statcan.gc.ca/census-recensement/2011/as-sa-98-314-x2011001-fra.cfm>> (consulté le 29 avril 2017).

216. Annalisa EDOO et al., *White Paper on Quality Court Interpretation Services*, Toronto, York University, 2010. Cette étude a été préparée pour le bénéfice d'un comité de recherche de l'Association des administrateurs judiciaires du Canada. Cité dans J. DESROSIERS et al., préc., note 195, p. 947.

L.J.A.²¹⁷, le T.A.Q. est un tribunal de dernier recours qui intervient dans différents secteurs d'activités (affaires sociales, immobilier, économie, santé mentale, environnement). À titre d'exemple, dans la section des affaires sociales, où le T.A.Q. entend le plus grand nombre de recours, il peut intervenir en matière d'indemnisation, de régime de rentes, de sécurité ou de soutien du revenu, d'aide et d'allocations sociales, de services de santé et de services sociaux, d'éducation, de sécurité routière ou d'immigration. Tout comme devant le TAT, les justiciables membres d'une minorité linguistique ont le droit d'être accompagnés d'un interprète pendant une audience devant le T.A.Q., mais ces services sont à leurs frais sauf si la personne est atteinte de surdité²¹⁸.

Lors de la création du TAT en 2015, le gouvernement du Québec avait pour objectif d'effectuer une réorganisation administrative et de créer un guichet unique en matière de travail afin d'assurer une présence à la grandeur de la province. Il visait à alléger la réglementation, le fardeau administratif et le fardeau fiscal pour tous les citoyens du Québec²¹⁹. Ainsi, le TAT se reconnaît comme « un tribunal accessible » et vise « à devenir un modèle en matière d'accessibilité à la justice » en offrant aux intéressés la possibilité d'être entendus relativement aux demandes relatives à leurs droits dans le domaine des accidents du travail. Il prévoit ainsi diverses mesures pour atteindre ces objectifs, particulièrement « en adoptant des règles de preuve et de procédure simples, souples et adaptées, lorsque nécessaire, aux particularités propres à chaque division » et « en mettant en place des moyens de communication diversifiés et de nombreux services en ligne ». De plus, il prévoit spécifiquement atteindre son objectif « en utilisant un langage adapté à la réalité des citoyens peu habitués au domaine juridique »²²⁰.

217. L.J.A. préc., note 34.

218. TRIBUNAL ADMINISTRATIF DU QUÉBEC, en ligne : <www.taq.gouv.qc.ca> (consulté le 15 octobre 2017).

219. QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats de la Commission de l'économie et du travail*, 1^{re} sess., 41^e légis., 4 juin 2015, « Étude détaillée du projet de loi n^o 42 – Loi regroupant la Commission de l'équité salariale, la Commission des normes du travail et la Commission de la santé et de la sécurité du travail et instituant le Tribunal administratif du travail, remarques finales » (Sam Hamad).

220. TRIBUNAL ADMINISTRATIF DU TRAVAIL, *Le Tribunal administratif du travail : un tribunal unifié, accessible et d'avant-garde qui offre aux citoyens des services de qualité, et ce, partout au Québec*, en ligne : <<http://www.clp.tat.gouv>>.

Enfin pour respecter ces objectifs, il est plus que jamais essentiel que le TAT reconnaisse que l'accès égal à la justice implique la prise en compte des caractéristiques de la diversité, des différences linguistiques et culturelles. À titre d'exemple, le rôle des interprètes devant une cour de justice est profondément « culturel ». Il arrive que les interprètes non officiels qui accompagnent les travailleurs qui ne parlent ni le français ni l'anglais ne comprennent pas bien cette culture. C'est une raison de plus, nous semble-t-il, pour que le TAT s'assure d'avoir des interprètes qui connaissent la culture des personnes qu'ils assistent.

Selon nous, le TAT est tenu au principe de l'accessibilité à la justice en pleine égalité et doit offrir gratuitement les services d'interprétation à tous les justiciables qui en auraient besoin devant lui. D'autant plus que, selon le Rapport Annuel de Gestion 2014-2015, la CLP « vise à devenir un modèle en matière d'accessibilité à la justice »²²¹. Elle se reconnaît comme un tribunal moderne et dynamique et fait état de « son expertise et son avant-gardisme, tant dans le domaine de la justice administrative que dans le domaine des technologies de l'information »²²². La nouvelle présidente du TAT, madame Marie Lamarre²²³, a précisé également ce qui suit : « Avec la création du Tribunal administratif du travail, les citoyens peuvent s'adresser à une seule instance pour faire valoir la plupart de leurs droits en matière de travail, améliorant ainsi l'accès à la justice »²²⁴. Un des moyens d'assurer l'accès à la justice, est d'examiner les effets concrets de l'article 34 des Règles sur les minorités linguistiques et le modifier en conséquence pour inclure la gratuité à l'interprète.

En terminant et en attendant l'intervention du législateur, nous sommes d'avis que le TAT devrait adopter une interprétation de l'article 34 des Règles qui le rende conforme aux Chartes

qc.ca/fileadmin/user_upload/Documents/La_commission/Mission_vision_et_organigramme/Vision_TAT.pdf> , (consulté le 29 avril 2017).

221. COMMISSION DES LÉSIONS PROFESSIONNELLES, *Rapport Annuel de Gestion 2014 – 2015*, en ligne : <http://www.clp.tat.gouv.qc.ca/fileadmin/user_upload/Documents/La_commission/Publications_et_documents/Rapports_annuels/CLP-2014-2015_WEB.pdf> (consulté le 15 octobre 2017).

222. *Id.*, p. 10.

223. Au moment de sa nomination au TAT, elle était présidente de la C.L.P.

224. QUÉBEC, TRIBUNAL ADMINISTRATIF DU TRAVAIL, en ligne : <<http://www.clp.tat.gouv.qc.ca/carrousel/creation-du-tribunal-administratif-du-travail/>> (consulté le 15 octobre 20)

canadienne et québécoise. Comme nous l'avons déjà souligné, ces Règles sont silencieuses quant à la question de savoir qui doit assumer les coûts de l'interprète, contrairement à l'ancien Règlement (article 25.1) qu'elles ont remplacé en 2017. L'article 34 reconnaissant par ailleurs que le recours à un interprète peut parfois s'avérer nécessaire, il nous semble qu'il ne peut être pleinement répondu à cette nécessité que si cette disposition est interprétée comme impliquant la gratuité du service pour le travailleur, sans quoi il y aurait atteinte aux droits et libertés garantis aux Chartes, comme nous l'avons exposé. La Cour suprême du Canada a déjà posé le principe qu'on doit favoriser une interprétation d'une disposition législative qui la rend conforme à la Constitution, dans la mesure où, ce faisant, le décideur ne dénature pas l'objectif de la loi et l'intention du législateur même si, dans certain cas, il faut y voir des termes qui ne s'y trouvent pas (interprétation large ou *reading in*)²²⁵. Autrement, il faudrait alors conclure au caractère inopérant de l'article 34, parce qu'enfreignant la Charte canadienne, ce qui entraînerait comme conséquence absurde l'absence de toute disposition dans les Règles reconnaissant le droit à un interprète pour les travailleurs membres d'une minorité linguistique.

225. À cet égard voir : *Vriend c. Alberta*, préc., note 108, aux pars. 142-146 ; *Schachter c. Canada*, 1992 CanLII (CSC) ; *R. c. Laba*, 1994 CanLII 41 (CSC) ; *R. c. Bissonnette*, 2019 QCCS 354 (CanLII), aux pars. 1162-1182.

Détermination d'une modalité de garde en contexte de violence familiale : un casse-tête loin d'être un jeu d'enfants

Vanessa LÉ

Résumé

La violence familiale est fréquente dans les dossiers de garde d'enfants soumis à la Cour supérieure, chambre de la famille. Le juge d'instance doit alors se pencher sur la complexe question du choix de la modalité de garde d'enfants à octroyer à un auteur de violence familiale. L'enfant court-il un risque pour sa sécurité, sa santé ou son bien-être ? La garde partagée doit-elle être systématiquement écartée ? Que de questions qui provoquent un casse-tête intellectuel auprès des plaideurs et des juges œuvrant en matière familiale. Or, certains facteurs reliés à la violence familiale militeront en faveur d'une limitation ou d'une supervision des contacts entre l'enfant et l'auteur de la violence, alors que d'autres facteurs seront sans effet. Le présent article traite donc des facteurs reliés aux personnes impliquées dans la situation de violence familiale, soit la victime et l'auteur de la violence. Il examine également les facteurs reliés à l'acte, soit la nature, la gravité, la récurrence et le contexte temporel afin de mettre en relief les tendances jurisprudentielles québécoises en la matière.

Mots-clés

Violence familiale, violence conjugale, abus, garde, accès, parent, enfant.

Détermination d'une modalité de garde en contexte de violence familiale : un casse-tête loin d'être un jeu d'enfants

Vanessa LÉ*

INTRODUCTION	219
PARTIE PRÉLIMINAIRE : MODALITÉS DE GARDE POSSIBLES	221
1. FACTEURS RELIÉS AUX PERSONNES DANS LA DÉTERMINATION DE LA GARDE	229
A) Facteurs reliés à la victime	229
1) L'autre parent	229
a) Lorsque l'enfant vit personnellement les répercussions de la violence dont il a été témoin	231
b) Conflit parental persistant postérieurement à la rupture	232
2) L'enfant	233
3) Un autre membre de la famille	235
a) Le nouveau conjoint	235

* Avocate en droit de la famille et professeure en Techniques juridiques.

b) Un autre enfant prenant part à la cellule familiale	237
B) Facteurs reliés à l'auteur.....	238
1) Les remords	238
2) Le suivi d'un traitement	239
2. FACTEURS RELIÉS À L'ACTE DANS LA DÉTERMINATION DE LA GARDE	242
A) La nature de l'acte.....	242
B) La gravité.....	244
1) La violence versus l'impatience, la colère ou l'exaspération.....	244
2) L'usage de la force à titre de méthode de correction	246
C) La récurrence.....	247
D) La période de la violence.....	249
1) La violence antérieure à un jugement au mérite.....	249
2) Le temps écoulé depuis le dernier incident ...	250
CONCLUSION.....	251

INTRODUCTION

1. Depuis 2012, plus de 1 000 jugements rendus par la Cour supérieure en matière familiale ont comporté des allégations liées à la violence familiale¹. Ces chiffres reflètent à quel point la violence familiale est un phénomène social avec lequel le juge et le plaideur œuvrant en droit de la famille doivent traiter régulièrement.

2. Puisque la jurisprudence rendue en Cour supérieure ne délimite pas précisément la notion de violence familiale, il sera fait appel, aux fins de la présente analyse, à une définition formulée par l'instance législative du Manitoba². La *Loi sur la violence familiale et le harcèlement criminel*³ définit la « violence familiale » comme suit :

« Sens de « violence familiale »

2 (1.1) Constitue de la violence familiale le fait pour une personne :

a) de commettre à l'endroit d'une autre personne des actes ou des omissions volontaires ou malicieux qui entraînent des dommages corporels ou matériels ou de menacer de les commettre ;

b) de commettre à l'endroit d'une autre personne des actes ou des omissions volontaires ou malicieux qui entraînent des craintes fondées de dommages corporels ou matériels ou de menacer de les commettre ;

1. Ces résultats découlent des mots-clés « violence et garde et enfant » recherchés avec les filtres « Cour supérieure-QC » seulement et « famille » seulement. Il a également été inclus dans le calcul les décisions reliées aux mots-clés « violence and custody and child », avec les filtres « Cour supérieure-QC » seulement, « famille » seulement. Le tout provient du site Internet <caij.qc.ca>. Les décisions antérieures au 1^{er} janvier 2012 furent éliminées du décompte. Dans ce contexte, seuls les jugements rapportés furent pris en considération.

2. *Loi sur la violence familiale et le harcèlement criminel*, L.M. 1998, c. D-93. Cette définition comprend autant la violence physique que la violence psychologique et la violence verbale, soit les trois catégories de violence familiale les plus souvent alléguées par les parties dans le cadre des litiges québécois concernant la garde d'enfants.

3. *Id.*

c) de se conduire à l'endroit d'une autre personne d'une manière qui constitue, en tout état de cause, de la violence psychologique ou émotive ;

d) de tenir une autre personne en isolement forcé ; »⁴

3. Bien que le présent article emploie les termes « violence familiale »⁵, ceux-ci ne furent employés que modestement à ce jour en jurisprudence québécoise. Certaines affaires, exceptionnellement, font appel aux termes « violence intrafamiliale »⁶. Plus régulièrement, il est question de « violence », sans qualification complémentaire, malgré que les circonstances factuelles correspondent à un contexte familial⁷.

4. La présente analyse examinera donc les facteurs reliés à la violence familiale afin de distinguer ceux qui influencent véritablement la modalité de garde d'enfants que se voit octroyer au mérite un auteur de violence familiale.

5. Préalablement à l'analyse des facteurs reliés à la violence, il y a lieu de détailler, par le biais d'une partie préliminaire, les diverses modalités de garde offertes à un plaideur ou à un juge œuvrant en Cour supérieure.

4. *Id.*, art. 2 (1.1).

5. *Droit de la famille* - 16171, 2016 QCCS 299 ; *Droit de la famille* - 152513, 2015 QCCS 4632 ; *Droit de la famille* - 142475, 2014 QCCS 4739 ; *Droit de la famille* - 142263, 2014 QCCS 4330 ; *Droit de la famille* - 131534, 2013 QCCS 3032 ; *Droit de la famille* - 132143, 2013 QCCS 3829 ; *Droit de la famille* - 132331, 2013 QCCS 4159.

6. *Droit de la famille* - 072386, 2007 QCCA 1418 ; *Droit de la famille* - 161923, 2016 QCCS 3691 ; *Droit de la famille* - 153087, 2015 QCCS 5701 ; *Droit de la famille* - 151202, 2015 QCCS 2384 ; *Droit de la famille* - 14601, 2014 QCCS 1148 ; *Droit de la famille* - 103136, 2010 QCCS 5761.

7. Notamment : *Droit de la famille* - 1697, 2016 QCCS 175 ; *Droit de la famille* - 16594, 2016 QCCS 1153 ; *Droit de la famille* - 161567, 2016 QCCS 3038 ; *Droit de la famille* - 162631, 2016 QCCS 5201 ; *Droit de la famille* - 161923, préc., note 6 ; *Droit de la famille* - 162424, 2016 QCCS 4722 ; *Droit de la famille* - 15216, 2015 QCCS 501 ; *Droit de la famille* - 151056, 2015 QCCS 2092 ; *Droit de la famille* - 142475, préc., note 5 ; *Droit de la famille* - 14601, préc., note 6 ; *Droit de la famille* - 142425, 2014 QCCS 4649 ; *Droit de la famille* - 13329, 2013 QCCS 625 ; *Droit de la famille* - 131534, préc., note 5 ; *Droit de la famille* - 12737, 2012 QCCS 1335 ; *Droit de la famille* - 123604, 2012 QCCS 6571.

PARTIE PRÉLIMINAIRE : MODALITÉS DE GARDE POSSIBLES

6. Lorsque le juge est aux prises avec un dossier de garde d'enfants comprenant un problème de violence familiale, plusieurs options s'offrent à lui relativement aux contacts entre l'auteur de la violence familiale et son enfant, options que nous traiterons par le biais de sept catégories.

Garde exclusive au bénéfice de l'auteur de la violence

7. Un parent vit une situation de garde exclusive lorsqu'il exerce la garde de l'enfant durant plus de 60 % du temps⁸. Cette modalité a rarement été prononcée depuis 2012 au bénéfice d'un auteur de violence familiale. Les quelques décisions prévoyant cette modalité comprennent un contexte de violence familiale survenue entre les parties durant la vie commune ou de violence familiale envers un nouveau conjoint à la suite de la rupture des parties⁹. Puisqu'une telle modalité ne fut pas accordée en matière de violence familiale envers un autre enfant impliqué dans la cellule familiale, force est donc de constater que l'octroi de la garde exclusive à un parent ayant fait preuve de violence familiale est une modalité pour le moins exceptionnelle.

Garde partagée

8. Il y a garde partagée lorsque chacun des parents prend soin de l'enfant entre 40 % et 60 % du temps¹⁰. Lorsque dans le cadre d'un procès, un des parents demande d'instaurer ou de maintenir la garde partagée, la jurisprudence a élaboré une série de critères à prendre en considération¹¹. La majorité des décisions concernant

8. *Règlement sur la fixation des pensions alimentaires pour enfants*, C-25.01, r. 0.4, Annexe I.

9. *Droit de la famille* - 162667, 2016 QCCS 5281, par. 38 ; *Droit de la famille* - 161567, préc., note 7, par. 37 ; *Droit de la famille* - 151998, 2015 QCCS 3794 ; *Droit de la famille* - 141707, 2014 QCCS 3526, par. 59 ; *Droit de la famille* - 13977, 2013 QCCS 2058, par. 77.

10. *Règlement sur la fixation des pensions alimentaires pour enfants*, préc., note 8.

11. Les principaux critères sont l'intérêt et la stabilité de l'enfant, la capacité parentale de chacun, leur capacité à communiquer entre eux et l'absence de conflits, la proximité ou l'éloignement de leurs résidences respectives, le désir de l'enfant lorsque celui-ci a l'âge et la maturité nécessaires et la présence de contre-indication particulière. Voir *Droit de la famille* - 143187, 2014 QCCA 2296, par. 10 ; *Droit de*

une demande de garde partagée ne mentionne pas explicitement dans le cadre de quel critère la violence familiale doit être évaluée¹². Cette question relève davantage d'une question de classification plutôt que d'une question de fond. En effet, peu importe le critère dans le cadre duquel la violence familiale est évaluée, le raisonnement appliqué par le tribunal demeure le même.

9. Toutefois, une priorité demeure : il faut mentionner les allégations de violence familiale dans la section factuelle ou analytique du jugement. Cela évite que survienne une situation semblable à l'affaire *J.M.R. c. S.M.*¹³. Dans le cadre de celle-ci, la Cour d'appel du Québec a infirmé le jugement de première instance puisque le juge n'avait pas suffisamment fait écho aux allégations de violence à l'égard des enfants et de la mère, alors que la cour avait réduit les accès de ce parent¹⁴. Cette affaire met en exergue un principe de droit important : si le tribunal omet d'étoffer suffisamment l'allégation de violence familiale et qu'il augmente le temps de garde de l'auteur de la violence, cette situation peut être soulevée à titre de motif d'appel.

10. La violence familiale ne consiste pas, même lorsque la victime est l'enfant envers qui la modalité est recherchée¹⁵, en une fin de non-recevoir à la garde partagée¹⁶. D'ailleurs, la Cour d'appel du Québec n'interviendra pas si le tribunal de première instance a conclu que la garde partagée était dans l'intérêt de l'enfant, et ce, malgré la survenance de violence familiale, dans la mesure où cet élément a été pris en compte¹⁷.

la famille - 091541, 2009 QCCA 1268, par. 67 ; *Droit de la famille* - 072386, préc., note 6, par. 32.

12. Entre autres : *Droit de la famille* - 151945, 2015 QCCS 3688 ; *Droit de la famille* - 13877, 2013 QCCS 1817 ; *Droit de la famille* - 13286, 2013 QCCS 502 ; *Droit de la famille* - 131541, 2013 QCCS 3037 ; *Droit de la famille* - 131909, 2013 QCCS 3490 ; *Droit de la famille* - 12737, préc., note 7.

13. 2006 QCCA 140, par. 21-27.

14. *Id.*

15. *Droit de la famille* - 153087, préc., note 6 ; *Droit de la famille* - 14111, 2014 QCCS 241 ; *Droit de la famille* - 1334, 2013 QCCS 98.

16. *Droit de la famille* - 151548, 2015 QCCS 2974, par. 108 ; *Droit de la famille* - 151945, préc., note 12, par. 37 ; *Droit de la famille* - 152345, 2015 QCCS 4387, par. 199 ; *Droit de la famille* - 141428, 2014 QCCS 2810, par. 67 ; *Droit de la famille* - 13286, préc., note 12, par. 26 ; *Droit de la famille* - 13877, préc., note 12, par. 61 ; *Droit de la famille* - 131909, préc., note 12, par. 34 ; *Droit de la famille* - 131541, préc., note 12, par. 26 ; *Droit de la famille* - 12737, préc., note 7, par. 64 ; *Droit de la famille* - 121503, 2012 QCCS 2790, par. 65-67.

17. *Droit de la famille* - 092467, 2009 QCCA 1927, par. 6.

Accès élargis au bénéfice de l'auteur de la violence

11. Lorsque les accès totalisent entre 20 % et 40 % du temps, il s'agit de droits d'accès élargis¹⁸. La violence familiale envers l'enfant et la violence conjugale n'empêchent pas l'établissement de droit d'accès élargis au bénéfice de l'auteur¹⁹. Lorsqu'elle octroie une telle modalité, la cour doit considérer que l'auteur de la violence familiale est pleinement apte à contrôler son tempérament en présence de l'enfant puisqu'il verra aux soins de ce dernier durant des périodes substantielles.

Accès limités avec couchers et sans supervision au bénéfice de l'auteur de la violence

12. Le tribunal peut octroyer à l'auteur de violence familiale des accès pouvant être qualifiés de limités, soit d'une durée de moins de 20 %²⁰. Les accès limités avec couchers et sans supervision sont fréquents dans les dossiers comprenant de la violence familiale²¹, et ce, même lorsque l'enfant en est la

18. *Règlement sur la fixation des pensions alimentaires pour enfants*, préc., note 8.

19. *Droit de la famille* - 1696, 2016 QCCS 174, par. 43 ; *Droit de la famille* - 16166, 2016 QCCS 294, par. 69 ; *Droit de la famille* - 16594, préc., note 7, par. 117 ; *Droit de la famille* - 16779, 2016 QCCS 1491, par. 13, 35 et 36 ; *Droit de la famille* - 142612, 2014 QCCS 4993, par. 30 ; *Droit de la famille* - 121839, 2012 QCCS 3255, par. 53 ; *Droit de la famille* - 122709, 2012 QCCS 4826, par. 51 ; *Droit de la famille* - 123381, 2012 QCCS 6120, par. 291.

20. *Règlement sur la fixation des pensions alimentaires pour enfants*, préc., note 8.

21. *Droit de la famille* - 191045, 2019 QCCS 2216 ; *Droit de la famille* - 16434, 2016 QCCS 833, par. 86 ; *Droit de la famille* - 16615, 2016 QCCS 1219, par. 33 ; *Droit de la famille* - 16995, 2016 QCCS 1981, par. 41 ; *Droit de la famille* - 16473, 2016 QCCS 908, par. 182 ; *Droit de la famille* - 161241, 2016 QCCS 2442, par. 44 ; *Droit de la famille* - 161274, 2016 QCCS 2491, par. 37 ; *Droit de la famille* - 162235, 2016 QCCS 4195, par. 65 ; *Droit de la famille* - 162034, 2016 QCCS 3906, par. 28 ; *Droit de la famille* - 162271, 2016 QCCS 4308, par. 160 ; *Droit de la famille* - 163086, 2016 QCCS 6164, par. 47 ; *Droit de la famille* - 14643, 2014 QCCS 1261, par. 55 ; *Droit de la famille* - 15216, préc., note 7, par. 51 ; *Droit de la famille* - 151479, 2015 QCCS 2818, par. 21 ; *Droit de la famille* - 152690, 2015 QCCS 4990, par. 79 ; *Droit de la famille* - 153221, 2015 QCCS 5954, par. 106 ; *Droit de la famille* - 14434, 2014 QCCS 871, par. 60 ; *Droit de la famille* - 141198, 2014 QCCS 2348, par. 111 ; *Droit de la famille* - 141441, 2014 QCCS 2830, par. 136 ; *Droit de la famille* - 142896, 2014 QCCS 5544, par. 34 ; *Droit de la famille* - 13408, 2013 QCCS 726, par. 54 ; *Droit de la famille* - 13852, 2013 QCCS 1643, par. 34 ; *Droit de la famille* - 13329, préc., note 7, par. 34 ; *Droit de la famille* - 131482, 2013 QCCS 2838, par. 25 ; *Droit de la famille* - 132360, 2013 QCCS 4211, par. 49 ; *Droit de la famille* - 132534, 2013 QCCS 4519, par. 53 ; *Droit de la famille* - 121108, 2012 QCCS 2105, par. 31 ; *Droit de la famille* - 121150, 2012 QCCS 2232, par. 65 ; *Droit de la famille* - 121800, 2012 QCCS 3554, par. 122 ; *Droit de la famille* - 123604, préc., note 7, par. 48.

victime²². Via l'octroi de cette modalité, la cour restreint à 20 % du temps les moments où la patience du parent est mise à rude épreuve²³.

13. Par contre, le tribunal devra porter une attention particulière à la question des accès spéciaux²⁴. L'auteur de la violence familiale est-il en mesure de s'occuper des enfants durant une semaine l'été sans que ne surviennent d'incidents fâcheux²⁵ ? La violence familiale envers l'enfant n'empêche pas l'instauration de périodes prolongées aux Fêtes, durant la relâche scolaire ou les vacances estivales²⁶.

Accès limités sans coucher et sans supervision au bénéfice de l'auteur de la violence

14. Dans un contexte de violence familiale, rares sont les situations qui mènent à des accès sans supervision, mais sans coucher²⁷. Si le tribunal craint de laisser à un parent la responsabilité de l'enfant pour un coucher, il éprouve également généralement des doutes quant à une période de quelques heures consécutives. Mis à part pour les enfants en bas âge²⁸, on conçoit facilement que

22. *Droit de la famille - 153191*, 2015 QCCS 5884 ; *Droit de la famille - 142425*, préc., note 7 ; *Droit de la famille - 142475*, préc., note 5 ; *Droit de la famille - 12943*, 2012 QCCS 1747 ; *Droit de la famille - 122240*, 2012 QCCS 3979.

23. *Droit de la famille - 16594*, préc., note 7, par. 96 et 97.

24. Les accès spéciaux, par opposition aux accès réguliers, représentent des moments pour lesquels les modalités d'accès sont modifiées afin de tenir compte d'occasions particulières telles les journées pédagogiques ou fériées, la période des Fêtes, Pâques, la période estivale, la semaine de relâche, la Fête des pères ou des mères, etc.

25. Il est possible d'établir des semaines de vacances non consécutives. Voir *Droit de la famille - 162034*, préc., note 21, par. 28 ; *Droit de la famille - 153191*, préc., note 22, par. 34 ; *Droit de la famille - 14643*, préc., note 21, par. 55 ; *Droit de la famille - 141198*, préc., note 21, par. 111 ; *Droit de la famille - 141441*, préc., note 21, par. 136 ; *Droit de la famille - 131482*, préc., note 21, par. 33 ; *Droit de la famille - 132534*, préc., note 21, par. 53 ; *Droit de la famille - 122240*, préc., note 22, par. 70.

26. *Droit de la famille - 153191*, préc., note 22 ; *Droit de la famille - 142425*, préc., note 7 ; *Droit de la famille - 142475*, préc., note 5 ; *Droit de la famille - 132534*, préc., note 21 ; *Droit de la famille - 12943*, préc., note 22 ; *Droit de la famille - 122240*, préc., note 22.

27. *Droit de la famille - 16973*, 2016 QCCS 1944, par. 92 ; *Droit de la famille - 162339*, 2016 QCCS 4500, par. 135 ; *Droit de la famille - 14559*, 2014 QCCS 1051, par. 31 ; *Droit de la famille - 132534*, préc., note 21, par. 53 ; *Droit de la famille - 1223*, 2012 QCCS 50, par. 79.

28. Des interventions nocturnes sont fréquemment requises auprès des jeunes enfants (pleurs, allaitement, etc.).

les périodes critiques où la violence familiale risque de survenir ne sont pas la nuit, alors que le parent et l'enfant dorment, mais plutôt lorsqu'ils sont en interaction l'un avec l'autre.

15. Il serait surprenant qu'une décision reflète des accès réguliers sans coucher, tout en établissant des accès spéciaux incluant des nuitées. Si la cour permet qu'un parent s'occupe de l'enfant durant trois jours consécutifs aux Fêtes, pourquoi ne lui octroierait-elle pas au moins une nuitée en tout autre temps ? Sans étonnement, cette circonstance d'accès spéciaux avec couchers, alors que les accès réguliers n'en comprennent pas, n'a pas été répertoriée.

Accès supervisés au bénéfice de l'auteur de la violence

16. Certains facteurs de la violence familiale mènent à la conclusion que la supervision est nécessaire dans l'intérêt de l'enfant. Dans le cadre des dossiers de garde impliquant de la violence familiale, trois types de supervision sont possibles : la ressource de supervision des droits d'accès²⁹, incluant une maison de la famille, un membre de l'entourage de l'enfant³⁰ ou le professionnel de la santé³¹ tel un thérapeute ou un psychologue.

17. Les « accès supervisés, nécessairement de courte durée, ne sont certes pas l'idéal pour permettre à un parent de développer sa relation affective avec son enfant et pour apprendre à bien

29. *Droit de la famille - 19434*, 2019 QCCS 943 ; *Droit de la famille - 162317*, 2016 QCCS 4460, par. 49 ; *Droit de la famille - 161776*, 2016 QCCS 3448, par. 102 ; *Droit de la famille - 162606*, 2016 QCCS 5127, par. 46 ; *Droit de la famille - 161345*, 2016 QCCS 2618, par. 78 ; *Droit de la famille - 15627*, 2015 QCCS 1276, par. 91 ; *Droit de la famille - 152426*, 2015 QCCS 4511, par. 18 ; *Droit de la famille - 153027*, 2015 QCCS 5624, par. 69 ; *Droit de la famille - 153064*, 2015 QCCS 5657, par. 43 et 44 ; *Droit de la famille - 14384*, 2014 QCCS 742, par. 53 ; *Droit de la famille - 14434*, préc., note 21, par. 61 ; *Droit de la famille - 14559*, préc., note 27, par. 31 ; *Droit de la famille - 142369*, 2014 QCCS 4579, par. 29 ; *Droit de la famille - 142956*, 2014 QCCS 5684, par. 66 ; *Droit de la famille - 13329*, préc., note 7, par. 35 ; *Droit de la famille - 132825*, 2013 QCCS 4988, par. 19 ; *Droit de la famille - 12400*, 2012 QCCS 753, par. 22.

30. *Droit de la famille - 16973*, préc., note 27, par. 92 ; *Droit de la famille - 161776*, préc., note 29, par. 102 ; *Droit de la famille - 152435*, 2015 QCCS 4516, par. 113 ; *Droit de la famille - 141695*, 2014 QCCS 3363, par. 34 et 35 ; *Droit de la famille - 132825*, préc., note 29, par. 19 ; *Droit de la famille - 121181*, 2012 QCCS 2257, par. 11.

31. *Droit de la famille - 12108*, 2012 QCCS 205, par. 132.

connaître tous ses besoins »³² et c'est pourquoi elle n'est imposée que de manière exceptionnelle, lorsque les circonstances la justifient³³. Plus spécifiquement, la supervision par un organisme communautaire vise « le maintien de la relation, la prise ou la reprise de contact entre l'enfant et le parent avec lequel il ne vit pas, dans un milieu sécuritaire et neutre, lorsqu'il n'existe aucune autre solution dans le milieu de vie de l'enfant »³⁴. Le maintien de la supervision doit se justifier par l'intérêt de l'enfant et non simplement afin de rassurer un parent craintif³⁵.

Absence d'accès pour l'auteur de la violence

18. L'auteur Michel Tétrault affirme que « [l]a violence physique et verbale ou l'agressivité d'un parent à l'égard d'un enfant ou en sa présence est un motif suffisant pour interdire ou suspendre tout droit d'accès à son égard tant que les correctifs nécessaires n'auront pas été apportés de façon réelle et concrète »³⁶. Bien que cela demeure une possibilité³⁷, elle est rarement mise de l'avant par la cour.

19. Plus régulièrement, même si un enfant demande à mettre fin à tout accès, la cour tente d'établir un minimum de contacts³⁸. La cour peut aussi rendre tout accès conditionnel à ce que l'auteur « atteste par un professionnel qu'il a pris toutes les mesures nécessaires »³⁹ pour contrôler sa violence. Le tribunal pourra également

32. *Droit de la famille - 162317*, préc., note 29, par. 28.

33. *Id.* ; *Droit de la famille - 162271*, préc., note 21, par. 141.

34. Ministère de la santé et des services sociaux et al., *Guide relatif à l'organisation des services de supervision des droits d'accès*, 2008, p. 3, en ligne : <<http://publications.msss.gouv.qc.ca/msss/fichiers/2017/17-839-08W.pdf>> (consulté le 1^{er} juillet 2018).

35. *Droit de la famille - 152637*, 2015 QCCS 4914, par. 32.

36. Michel TÉTRULT, « De choses et d'autres en Droit de la famille – La revue annuelle de la jurisprudence de 2005-2006 », dans S.F.P.B.Q., Barreau du Québec, v. 250, *Développements récents en droit familial* (2006), Montréal, Éditions Yvon Blais, p. 131, à la page 654 ; Michel TÉTRULT, « De choses et d'autres en Droit de la famille – La revue annuelle de la jurisprudence de 2007-2008, dans S.F.P.B.Q., Barreau du Québec, v. 292, *Développements récents en droit familial* (2008), Montréal, Éditions Yvon Blais, p. 93, à la page 502.

37. *Droit de la famille - 172909*, 2017 QCCS 5616 ; *Droit de la famille - 163167*, 2016 QCCS 6374 ; *Droit de la famille - 132331*, préc., note 5 ; *Droit de la famille - 12584*, 2012 QCCS 1151 ; *Droit de la famille - 122125*, 2012 QCCS 3866.

38. *Droit de la famille - 153064*, préc., note 29 ; *Droit de la famille - 132534*, préc., note 21.

39. *Droit de la famille - 132616*, 2013 QCCS 4666.

ordonner des accès selon le désir de l'enfant, sachant pertinemment que, pour le moment, l'enfant ne veut pas revoir son parent⁴⁰.

20. Les accès ordonnés par la cour peuvent également progresser à travers le temps⁴¹. L'objectif consiste à permettre à l'enfant de s'acclimater⁴². Les accès peuvent aussi être combinés à des contacts téléphoniques⁴³.

21. Le tribunal peut aussi ordonner que l'auteur de violence familiale demeure dans son véhicule au moment de la prise en charge⁴⁴.

22. En plus d'établir des modalités de garde, le juge d'instance peut également établir des conclusions complémentaires, par exemple :

- recommander un processus de thérapie⁴⁵ ;
- interdire le dénigrement de l'autre parent⁴⁶ ;

40. *Droit de la famille* - 16761, 2016 QCCS 1470.

41. *Droit de la famille* - 16313, 2016 QCCS 561, par. 56-58 ; *Droit de la famille* - 162806, 2016 QCCS 5614 ; *Droit de la famille* - 151174, 2015 QCCS 2310, par. 65 ; *Droit de la famille* - 151739, 2015 QCCS 3283, par. 46 ; *Droit de la famille* - 152596, 2015 QCCS 4791, par. 13 ; *Droit de la famille* - 152637, préc., note 35, par. 40 ; *Droit de la famille* - 143447, 2014 QCCS 6631, par. 90 ; *Droit de la famille* - 13939, 2013 QCCS 1522, par. 62-64 ; *Droit de la famille* - 132534, préc., note 21, par. 53 ; *Droit de la famille* - 121150, préc., note 21, par. 65.

42. *Droit de la famille* - 152596, préc., note 41, par. 13.

43. *Droit de la famille* - 16995, préc., note 21, par. 53 ; *Droit de la famille* - 162034, préc., note 21, par. 29 ; *Droit de la famille* - 162271, préc., note 21, par. 167 ; *Droit de la famille* - 162606, préc., note 29, par. 47 ; *Droit de la famille* - 151103, 2015 QCCS 2173, par. 99 ; *Droit de la famille* - 152345, préc., note 16, par. 200 ; *Droit de la famille* - 141198, préc., note 21, par. 114 ; *Droit de la famille* - 142425, préc., note 7, par. 26 ; *Droit de la famille* - 142475, préc., note 5, par. 110 ; *Droit de la famille* - 13852, préc., note 21, par. 35 ; *Droit de la famille* - 12943, préc., note 22 ; *Droit de la famille* - 121800, préc., note 21, par. 124.

44. *Droit de la famille* - 16995, préc., note 21, par. 45.

45. *Droit de la famille* - 16166, préc., note 19, par. 71 ; *Droit de la famille* - 162271, préc., note 21, par. 170 ; *Droit de la famille* - 15216, préc., note 7, par. 54 ; *Droit de la famille* - 151739, préc., note 41, par. 48 et 49 ; *Droit de la famille* - 142896, préc., note 21, par. 36 ; *Droit de la famille* - 13448, 2013 QCCS 777, par. 165 ; *Droit de la famille* - 121839, préc., note 19, par. 54.

46. *Droit de la famille* - 1696, préc., note 19, par. 47 ; *Droit de la famille* - 16166, préc., note 19, par. 74 ; *Droit de la famille* - 161567, préc., note 7, par. 41 ; *Droit de la famille* - 16995, préc., note 21, par. 56 ; *Droit de la famille* - 161274, préc., note 21, par. 39 ; *Droit de la famille* - 161345, préc., note 29, par. 83 ; *Droit de la famille* - 151548, préc., note 16, par. 136 ; *Droit de la famille* - 161675, 2016 QCCS 3237, par. 41 ; *Droit de la famille* - 162271, préc., note 21, par. 171 ; *Droit de la famille* -

- ordonner aux parties de ne pas discuter du dossier⁴⁷ ou de leurs différends⁴⁸ en présence des enfants ;
- empêcher l’auteur de la violence de se présenter au domicile de la victime sauf dans le cadre de l’exercice des droits d’accès⁴⁹ ;
- interdire d’importuner l’autre parent⁵⁰ ;
- limiter les modes de communications qu’ils peuvent utiliser entre eux (courriels, messages textes, etc.)⁵¹ ;
- recommander/ordonner l’utilisation d’un cahier de communication⁵² ;

162806, préc., note 41, par. 53 ; *Droit de la famille* - 15216, préc., note 7, par. 55 ; *Droit de la famille* - 151174, préc., note 41, par. 71 ; *Droit de la famille* - 152596, préc., note 41, par. 18 ; *Droit de la famille* - 152435, préc., note 30, par. 122 ; *Droit de la famille* - 142475, préc., note 5, par. 101 ; *Droit de la famille* - 142624, 2014 QCCS 5028, par. 63 ; *Droit de la famille* - 142612, préc., note 19, par. 32 ; *Droit de la famille* - 143447, préc., note 41, par. 104 ; *Droit de la famille* - 13852, préc., note 21, par. 36 ; *Droit de la famille* - 13408, préc., note 21, par. 57 ; *Droit de la famille* - 13797, 2013 QCCS 1578, par. 44 ; *Droit de la famille* - 13448, préc., note 45, par. 163 ; *Droit de la famille* - 132534, préc., note 21, par. 56 ; *Droit de la famille* - 132961, 2013 QCCS 5257, par. 64 ; *Droit de la famille* - 121150, préc., note 21, par. 60 ; *Droit de la famille* - 121800, préc., note 21, par. 126 ; *Droit de la famille* - 124012, 2012 QCCS 7136, par. 49.

47. *Droit de la famille* - 1696, préc., note 19, par. 48 ; *Droit de la famille* - 16166, préc., note 19, par. 73 ; *Droit de la famille* - 161567, préc., note 7, par. 42 ; *Droit de la famille* - 16995, préc., note 21, par. 55 ; *Droit de la famille* - 162271, préc., note 21, par. 171 ; *Droit de la famille* - 152435, préc., note 30, par. 122 ; *Droit de la famille* - 142475, préc., note 5, par. 29 ; *Droit de la famille* - 13448, préc., note 45, par. 166 ; *Droit de la famille* - 121800, préc., note 21, par. 126.
48. *Droit de la famille* - 1696, préc., note 19, par. 48 ; *Droit de la famille* - 16166, préc., note 19, par. 73 ; *Droit de la famille* - 152435, préc., note 30, par. 122 ; *Droit de la famille* - 142475, préc., note 5, par. 29.
49. *Droit de la famille* - 16995, préc., note 21, par. 46.
50. *Droit de la famille* - 16166, préc., note 19, par. 72 ; *Droit de la famille* - 16615, préc., note 21, par. 38 ; *Droit de la famille* - 162034, préc., note 21, par. 31 ; *Droit de la famille* - 13797, préc., note 46, par. 44 ; *Droit de la famille* - 124012, préc., note 46, par. 50.
51. *Droit de la famille* - 16995, préc., note 21, par. 50 ; *Droit de la famille* - 161345, préc., note 29, par. 82 ; *Droit de la famille* - 151174, préc., note 41, par. 72 ; *Droit de la famille* - 141198, préc., note 21, par. 115 ; *Droit de la famille* - 13448, préc., note 45, par. 163 ; *Droit de la famille* - 132961, préc., note 46, par. 61 et 62 ; *Droit de la famille* - 121150, préc., note 21, par. 62 ; *Droit de la famille* - 124012, préc., note 46, par. 51.
52. *Droit de la famille* - 16615, préc., note 21, par. 37 ; *Droit de la famille* - 161567, préc., note 7, par. 44 ; *Droit de la famille* - 161274, préc., note 21, par. 40 ; *Droit de la famille* - 162317, préc., note 29, par. 54 ; *Droit de la famille* - 15216, préc., note 7, par. 51 ; *Droit de la famille* - 152637, préc., note 35, par. 47 ; *Droit de la famille* - 151548, préc., note 16, par. 134 ; *Droit de la famille* - 14434, préc., note 21, par. 64 ;

- limiter les communications entre les parents aux sujets concernant l'enfant uniquement⁵³.

1. FACTEURS RELIÉS AUX PERSONNES DANS LA DÉTERMINATION DE LA GARDE

A) Facteurs reliés à la victime

1) *L'autre parent*

23. Un argument formulé dans maintes décisions par un parent afin de limiter les contacts de l'autre parent envers l'enfant est que ce dernier a fait preuve de violence conjugale. La violence conjugale est une subdivision de la catégorie générale de violence familiale. La violence conjugale correspond à « un moyen choisi pour dominer l'autre personne et affirmer son pouvoir sur elle. La violence conjugale peut être vécue dans une relation maritale, extramaritale ou amoureuse, à tous les âges de la vie »⁵⁴.

24. Le courant jurisprudentiel majoritaire veut que la violence conjugale survenue avant la rupture ne justifie pas de limiter les contacts de l'auteur de celle-ci envers son enfant⁵⁵.

25. En 2009, la Cour d'appel du Québec a confirmé que la violence conjugale n'est pas une fin de non-recevoir à la garde partagée⁵⁶. En réponse à l'argument de la mère concernant le fait

Droit de la famille - 14643, préc., note 21, par. 58 ; *Droit de la famille* - 142896, préc., note 21, par. 38 ; *Droit de la famille* - 143447, préc., note 41, par. 105 ; *Droit de la famille* - 13408, préc., note 21, par. 57 ; *Droit de la famille* - 13797, préc., note 46, par. 42 ; *Droit de la famille* - 132961, préc., note 46, par. 63 ; *Droit de la famille* - 12737, préc., note 7, par. 66 ; *Droit de la famille* - 121800, préc., note 21, par. 127 ; *Droit de la famille* - 121818, 2012 QCCS 3260, par. 47.

53. *Droit de la famille* - 124012, préc., note 46, par. 51.

54. Gouvernement du Québec, *Plan d'action gouvernemental 2012-2017 en matière de violence conjugale*, 2012, en ligne : <https://www.mess.gouv.qc.ca/publications/pdf/SCF_plan_action_violence_conjugale.pdf> (consulté le 1^{er} juillet 2018).

55. *Droit de la famille* - 191514, 2019 QCCS 3341, *Droit de la famille* - 161049, 2016 QCCS 2124 ; *Droit de la famille* - 16313, préc., note 41 ; *Droit de la famille* - 161675, préc., note 46 ; *Droit de la famille* - 143447, préc., note 41 ; *Droit de la famille* - 13939, préc., note 41 ; *Droit de la famille* - 131733, 2013 QCCS 3205 ; *Droit de la famille* - 131909, préc., note 12 ; *Droit de la famille* - 122709, préc., note 19.

56. *Droit de la famille* - 092467, préc., note 17.

que le juge de première instance a ignoré le comportement violent du père à son endroit⁵⁷, la cour énonce ce qui suit :

« Contrairement à ce que plaide l'appelante, le juge a considéré les antécédents de violence de l'intimé. Bien que celui-ci ait fait preuve dans le passé de comportements violents à l'endroit de l'appelante (et ce, en présence des enfants), il ressortait de la preuve qu'il n'était pas violent à leur endroit et qu'il s'acquittait de ses devoirs parentaux. »⁵⁸

26. Tel que précisé dans une autre affaire⁵⁹, « le rôle du Tribunal n'est pas de punir un parent pour sa conduite inappropriée à l'égard de l'autre parent, mais bien de déterminer si cette conduite met à risque la santé, la sécurité ou le bien-être de l'enfant ou si elle affecte l'aptitude du parent à agir comme tel »⁶⁰.

27. Un individu peut posséder des lacunes importantes dans son rôle de conjoint tout en démontrant des capacités adéquates dans son rôle parental. Ainsi, il ne doit pas y avoir confusion. Sans d'aucune manière réduire le caractère inacceptable de la violence conjugale, il y a lieu de distinguer les rôles ; un conjoint abusif n'est pas nécessairement un parent abusif.

28. Plusieurs décisions mentionnent expressément que les enfants ont été témoins des incidents de violence conjugale⁶¹. Généralement, le fait que l'enfant ait été témoin de la violence conjugale ne semble pas avoir eu d'impact réel sur la décision de la cour⁶².

57. *Id.*, par. 3.

58. *Id.*, par. 6.

59. *Droit de la famille - 152345*, préc., note 16.

60. *Id.*, par. 57 ; Voir aussi *Droit de la famille - 092467*, préc., note 17, en regard de la primauté de l'intérêt de l'enfant même en contexte de violence familiale.

61. *Droit de la famille - 16405*, 2016 QCCS 786, par. 17 ; *Droit de la famille - 162339*, préc., note 27, par. 90 ; *Droit de la famille - 152426*, préc., note 29, par. 17 ; *Droit de la famille - 141198*, préc., note 21, par. 35 et 76 ; *Droit de la famille - 141707*, préc., note 9, par. 16 ; *Droit de la famille - 13797*, préc., note 46, par. 14 ; *Droit de la famille - 13977*, préc., note 9, par. 23 ; *Droit de la famille - 123604*, préc., note 7, par. 27.

62. *Droit de la famille - 141707*, préc., note 9 ; *Droit de la famille - 13797*, préc., note 46 ; *Droit de la famille - 13977*, préc., note 9 ; *Droit de la famille - 123604*, préc., note 7.

29. Bien que la violence conjugale soit généralement peu retenue par la cour à titre de facteurs limitant les contacts, un courant minoritaire existe⁶³.

30. En somme, en règle générale, la violence conjugale n'influence pas le choix d'une modalité de garde d'enfant. Analysons donc maintenant deux exceptions à ce principe : 1) lorsque l'enfant vit personnellement les conséquences de la violence à laquelle il a été témoin et 2) lorsqu'il y a un conflit parental post-rupture persistant.

a) *Lorsque l'enfant vit personnellement les répercussions de la violence dont il a été témoin*

31. La violence conjugale influence davantage le décideur lorsque l'enfant vit personnellement un traumatisme, une crainte ou qu'il ne veut plus voir le parent qui a été violent.

32. En ce sens, dans le jugement *Droit de la famille - 14384*⁶⁴, la cour retient que la violence a contribué aux problèmes physiques des enfants, tel qu'il appert de l'extrait suivant :

« Les différents événements auxquels les enfants ont été soumis (violence conjugale, père incarcéré, présence des policiers au moment de l'échange des enfants, modifications des modalités de garde et d'accès) ne sont pas étrangers à leur condition physique et à certains constats concernant la régression de leur développement (énurésie). »⁶⁵

33. Considérant l'énurésie⁶⁶ et le fait que ce parent a encore un problème d'impulsivité et de colère, celui-ci se voit accorder des accès d'un après-midi par semaine, supervisé par une Maison de la Famille⁶⁷.

63. *Droit de la famille - 191045*, préc., note 21 ; *Droit de la famille - 161345*, préc., note 29 ; *Droit de la famille - 162339*, préc., note 27 ; *Droit de la famille - 131482*, préc., note 21.

64. Préc., note 29.

65. *Id.*, par. 45.

66. L'énurésie est une affection qui a trait à l'impossibilité pour certains enfants de contrôler leur vessie alors qu'ils sont en âge de le faire. (Canoë Santé, *Maladies*, 2017, en ligne : <http://outils.sante.canoe.ca/condition_info_details.asp?disease_id=18#Facts>) (consulté le 1^{er} juillet 2018).

67. *Droit de la famille - 14384*, préc., note 29, par. 53 ; Concernant le problème d'impulsivité, voir aussi *Droit de la famille - 121800*, préc., note 21.

34. De même, lorsque l'enfant reproduit la violence à laquelle il a assisté, le fait qu'il ait été témoin de la violence conjugale peut constituer un obstacle à la garde partagée⁶⁸.

b) Conflit parental persistant postérieurement à la rupture

35. Lorsque la violence conjugale, que ce soit sous la même forme que durant la relation conjugale ou sous une nouvelle forme, persiste après la rupture, celle-ci devient un facteur pertinent dans le choix de la modalité de garde la plus appropriée⁶⁹.

36. Justement, dans la décision *Droit de la famille - 15627*⁷⁰, la cour a accordé un poids important à la violence familiale puisque certains incidents significatifs sont survenus depuis la rupture. Plus particulièrement, le père a transmis à la mère des textos haineux⁷¹. Lors des auditions intérimaires, il a craché ou a feint de cracher sur la mère et la mère de cette dernière⁷² et la mère a porté plainte contre le père pour harcèlement ayant été inondée de textos⁷³. Le tribunal a reconnu l'importance de la reprise des contacts dans l'intérêt de l'enfant⁷⁴, mais ajoute que celle-ci devra avoir lieu sous supervision⁷⁵, le père n'ayant pas le détachement envers la mère ni la maturité nécessaire pour qu'il en soit autrement⁷⁶.

37. Ce raisonnement s'applique lorsque des circonstances s'apparentant à de la violence, sans correspondre parfaitement à sa définition, tel du dénigrement ponctuel, débutent suivant la fin d'une relation conjugale ponctuée de violence.

38. Dans le jugement *Droit de la famille - 142956*⁷⁷, un parent tient régulièrement des propos dénigrants envers l'autre parent

68. *Droit de la famille - 151653*, 2015 QCCS 3089.

69. *Droit de la famille - 15627*, préc., note 29 ; *Droit de la famille - 153027*, préc., note 29 ; *Droit de la famille - 142956*, préc., note 29 ; *Droit de la famille - 121818*, préc., note 52.

70. Préc., note 29.

71. *Id.*, par. 11.

72. *Id.*, par. 58.

73. *Id.*, par. 55.

74. *Id.*, par. 84.

75. *Id.*, par. 85.

76. *Id.*, par. 86. Voir aussi *Droit de la famille - 153027*, préc., note 29.

77. *Droit de la famille - 142956*, préc., note 29.

devant les enfants⁷⁸. Or, en agissant ainsi, il nuit à l'intérêt supérieur des enfants, ce qui engendre une impossibilité d'accès non supervisés⁷⁹.

39. La violence familiale ne devient alors qu'une cause indirecte de contre-indication à la garde partagée. C'est le problème communicationnel, en soi, qui est la contre-indication à la garde partagée.

2) *L'enfant*

40. Sans surprise, la violence familiale envers l'enfant, quant à elle, est largement prise en compte par la cour dans le cadre de la détermination d'une modalité de garde⁸⁰.

41. La violence verbale envers un bébé de 15 mois⁸¹ a rendu la cour perplexe, celle-ci démontrant un manque de maturité et de capacité d'adaptation du père⁸². L'agressivité du père envers l'enfant et son comportement ont provoqué un refus de la garde partagée⁸³.

42. Le fait qu'un parent ait déjà violenté son enfant n'amène pas, par contre, de façon systématique, au refus de la garde partagée. Malgré l'influence majeure de cette situation, la garde partagée est tout de même parfois, compte tenu des autres circonstances reliées au dossier, la modalité la plus appropriée⁸⁴ ;

43. Justement, dans *Droit de la famille - 14111*⁸⁵, la cour a confié la garde partagée de l'enfant de huit ans aux deux parties,

78. *Id.*, par. 52.

79. *Id.*, par. 55 à 58.

80. *Droit de la famille - 16594*, préc., note 7 ; *Droit de la famille - 16973*, préc., note 27 ; *Droit de la famille - 161475*, 2016 QCCS 2866 ; *Droit de la famille - 162606*, préc., note 29 ; *Droit de la famille - 162806*, préc., note 41 ; *Droit de la famille - 152435*, préc., note 30 ; *Droit de la famille - 153191*, préc., note 22 ; *Droit de la famille - 142475*, préc., note 5 ; *Droit de la famille - 122240*, préc., note 22.

81. *Droit de la famille - 16973*, préc., note 27, par. 19.

82. *Id.*, par. 20.

83. *Id.*, par. 86 et 87. Concernant la violence envers un enfant à titre de contre-indication à la garde partagée, voir aussi *Droit de la famille - 161475*, préc., note 80.

84. *Droit de la famille - 092467*, préc., note 17 ; *Droit de la famille - 161475*, préc., note 80 ; *Droit de la famille - 14111*, préc., note 15 ; *Droit de la famille - 153087*, préc., note 6.

85. Préc., note 15.

même si le père a frappé l'enfant lors de la rupture, il y a près de deux ans, lui causant des blessures légères⁸⁶. Le juge a tenu compte du fait qu'il s'agissait d'un événement isolé, que le père a suivi une thérapie durant six mois et qu'il a consulté régulièrement une travailleuse sociale par la suite⁸⁷.

44. D'autre part, la violence envers l'enfant peut aussi mener à une nécessité de supervision des accès de l'auteur de la violence. Par exemple, si un parent a causé une fracture du fémur et une fracture d'une côte⁸⁸, alors que l'enfant avait un an, il sera approprié de maintenir des accès supervisés en Maison de la famille jusqu'à ce que l'enfant termine la maternelle⁸⁹.

45. En matière de violence familiale envers un enfant, la diligence et une analyse d'autant plus minutieuse de toutes les circonstances de l'affaire sont essentielles.

46. Parmi ces circonstances, la volonté de l'enfant qui a été victime de violence, lorsque son âge et son discernement le permettent, doit être prise en compte⁹⁰.

47. Dans un litige entendu en 2013⁹¹, un père a été négligent et violent envers son enfant âgé de 13 ans lors de l'audition au mérite⁹². Celui-ci refuse de voir son père et il a des réactions négatives lorsqu'il est question de ce dernier⁹³. Les accès du père sont déjà suspendus par la Cour du Québec, chambre de la jeunesse⁹⁴. La Cour supérieure établit que « rien n'est présentement en place pour assurer que les contacts seraient propices à l'intérêt et développement de l'enfant »⁹⁵. Les accès sont suspendus, à moins que

86. *Id.*, par. 9.

87. *Id.*, par. 22-25.

88. *Droit de la famille - 162806*, préc., note 41, par. 4 et 22.

89. *Id.*, par. 42.

90. C.c.Q., art. 34.

91. *Droit de la famille - 132331*, préc., note 5 ; Voir aussi *Droit de la famille - 12108*, préc., note 31, quant à la prépondérance du refus de l'enfant lorsqu'il est âgé de plus de 12 ans et qu'il a été victime de violence familiale.

92. *Droit de la famille - 132331*, préc., note 5, par. 22.

93. *Id.*, par. 22.

94. *Id.*, par. 15.

95. *Id.*, par. 26.

l'enfant le désire⁹⁶. Si ce dernier désire éventuellement voir son père, les accès seront supervisés par un tiers⁹⁷.

48. Cependant, le désir de l'enfant qui a été victime de violence n'est qu'un facteur parmi d'autres à prendre en considération par le décideur. En 2013⁹⁸, la cour interprète que le désir des enfants de 11 et 13 ans de suspendre les accès ne correspond pas à leur intérêt, car cela ne leur permet pas de développer une relation normale et saine avec leur père⁹⁹. Elle accorde des accès réguliers progressifs, dont la dernière étape sera des accès une fin de semaine sur deux du samedi matin au dimanche soir¹⁰⁰.

49. Par ailleurs, le choix de la modalité de garde la plus appropriée, en présence de violence familiale envers un enfant, peut être influencé non seulement par le désir de l'enfant, mais également par une évaluation psychosociale.

50. Dans les dossiers de garde impliquant de la violence familiale envers l'enfant pour lequel une modalité de garde est demandée, une expertise psychosociale est un apport significatif dans le cadre du raisonnement juridique du tribunal. D'ailleurs, la Cour d'appel du Québec a précisé que l'avis d'un expert psychosocial ne peut être mis de côté sans un motif sérieux¹⁰¹ et, le cas échéant, des explications doivent être fournies¹⁰².

3) *Un autre membre de la famille*

a) Le nouveau conjoint

51. Trois décisions répertoriées comprennent des faits relatifs à de la violence perpétrée par un parent envers son nouveau conjoint¹⁰³. Compte tenu de cette faible quantité, il est impos-

96. *Id.*, par. 50.

97. *Id.*, par. 50.

98. *Droit de la famille - 132534*, préc., note 21.

99. *Id.*, par. 38.

100. *Id.*, par. 53.

101. *Droit de la famille - 17956*, 2017 QCCA 707, par. 4.

102. *Centre hospitalier de l'Université de Montréal (CHUM) - Hôpital Notre-Dame c. G.C.*, 2010 QCCA 293, par. 6 ; *J.M.R. c. S.M.*, préc., note 13, par. 17 ; *J.P. c. M.P.E.*, 2006 QCCA 1551, par. 3.

103. *Droit de la famille - 161567*, préc., note 7 ; *Droit de la famille - 161241*, préc., note 21 ; *Droit de la famille - 132534*, préc., note 21.

sible de déterminer de tendances jurisprudentielles en matière de violence familiale perpétrée par une partie à l'égard de son nouveau conjoint.

52. Lorsque le tribunal détermine la modalité de garde que se verra octroyer l'auteur de violence familiale envers un nouveau conjoint, il doit tenir compte du fait que l'exposition à la violence conjugale est actuelle, mais aussi que celle-ci ne cause pas nécessairement de danger pour l'enfant lui-même, celui-ci n'en étant pas la victime.

53. Tout de même, l'exposition à la violence conjugale est un motif de compromission au sens de la *Loi sur la protection de la jeunesse*¹⁰⁴. Étant donné que la loi prévoit que la violence peut compromettre la sécurité ou le développement d'un enfant, nous pouvons présumer que la violence conjugale envers le nouveau conjoint est un facteur de minimisation des contacts entre le parent ayant fait preuve de violence et l'enfant en Cour supérieure également.

54. Il n'est plus question d'une situation passée sur laquelle l'appareil judiciaire ne peut plus s'interposer. Il s'agit plutôt d'une circonstance contemporaine sur laquelle le tribunal peut intervenir afin de favoriser l'intégrité physique et psychologique de l'enfant pour l'avenir.

55. Tout de même, au moins un jugement¹⁰⁵ fut rendu en matière de violence familiale envers un nouveau conjoint¹⁰⁶. Dans le cadre de cette affaire, la cour accorde la garde exclusive de l'enfant âgé de 13 ans au père, bien que ce dernier ait fait preuve de violence envers sa nouvelle conjointe¹⁰⁷. Or, la cour prononce également la conclusion suivante :

« RÉSERVE à madame ses droits de revenir à la cour afin d'obtenir un changement de garde notamment dans l'éventualité où monsieur consommerait à nouveau de la drogue ou de l'alcool d'une manière irresponsable ou ferait preuve devant l'enfant d'un comportement violent. »¹⁰⁸

104. 1984, c. 4, art. 38 c).

105. *Droit de la famille - 161567*, préc., note 7.

106. *Id.*, par. 19.

107. *Id.*, par. 8, 19 et 37.

108. *Id.*, par. 39.

56. L'auteur de la violence familiale a donc une épée de Damoclès au-dessus de la tête. S'il se montre à nouveau abusif, il s'expose au risque de perdre la garde exclusive.

57. Enfin, s'il y a eu violence familiale envers un nouveau conjoint, mais qu'il y a eu rupture depuis, une minimisation des contacts n'est pas justifiée¹⁰⁹.

b) Un autre enfant prenant part à la cellule familiale

58. La violence familiale peut également avoir été commise à l'encontre d'un autre enfant prenant part à la cellule familiale (frère, sœur, demi-frère ou demi-sœur), sans que l'enfant concerné par le dossier de garde, lui, n'en soit victime.

59. Les décisions comprenant des allégations de violence familiale d'un parent envers un autre enfant prenant part à la cellule familiale se trouvent en quantité limitée¹¹⁰. Tout de même, dans une affaire¹¹¹, le tribunal a reproché à un parent son recours à la violence, tant verbale que physique, lorsqu'il est contrarié¹¹². Plus spécifiquement, le tribunal rapporte qu'il y a un an, le père a donné un coup de pied au derrière de la fille de six ans de son ex-conjointe parce qu'elle ne cherchait pas assez rapidement un objet¹¹³. La garde partagée demandée par le père est refusée notamment puisque ce dernier est trop enclin à la violence¹¹⁴. Le père obtient des accès du dimanche matin au lundi soir, de même qu'un mercredi soir sur deux¹¹⁵.

60. En mars 2019, la Cour supérieure a maintenu les droits d'accès supervisés déjà en place entre un père et son enfant âgé de huit ans, alors que ce parent avait fait preuve de violence physique envers le frère et la sœur de celui-ci, âgés de 14 et 13 ans¹¹⁶. Un de

109. *Droit de la famille - 161241*, préc., note 21.

110. Entre autres *Droit de la famille - 19434*, préc., note 29 ; *Droit de la famille - 152435*, préc., note 30, par. 26 ; *Droit de la famille - 131787*, 2013 QCCS 3402, par. 4.

111. *Droit de la famille - 152435*, préc., note 30.

112. *Id.*, par. 96.

113. *Id.*, par. 26.

114. *Id.*, par. 96 et 104.

115. *Id.*, par. 105 et 112.

116. *Droit de la famille - 19434*, préc., note 29.

ces incidents de violence était survenu depuis l'introduction des procédures durant l'exercice de droits d'accès supervisés et alors que le parent avait effectué environ la moitié d'un processus de thérapie. Malgré cela, le maintien des droits d'accès supervisés entre l'enfant de huit ans et son père ont été maintenus puisque « le fait d'interdire tout contact entre lui et son père, alors qu'il n'est âgé que de huit ans, reviendrait à rompre à jamais les liens qui pourraient les unir »¹¹⁷.

61. La violence envers un autre enfant prenant part à la cellule familiale nécessite une attention particulière puisqu'il s'agit d'une situation comparable à celle de l'enfant concerné par le litige. À titre de parent ou de beau-parent, cet adulte possède un statut d'autorité. S'il abuse de son statut envers cet autre enfant, il pourrait le faire envers celui envers qui la modalité de garde est recherchée.

B) Facteurs reliés à l'auteur

1) Les remords

62. Même si l'auteur de violence familiale éprouve des remords par rapport à ses actes, cela revêt un impact limité sur le choix d'une modalité de garde¹¹⁸.

63. D'une part, des actes récurrents et graves ne peuvent être contrebalancés par des remords, même sincères¹¹⁹.

64. D'autre part, la présence de remords doit véritablement se combiner à d'autres éléments concrets et impartiaux pour être concluante. Autrement, il serait facile de témoigner, à des fins stratégiques uniquement, que l'on éprouve des remords même si la sincérité n'est pas au rendez-vous. Tel que soulevé par M. le juge Marc Lesage :

« Des thérapies existent et il ne suffit pas de dire *je suis capable, je suis guéri, ça ne se reproduira plus*. Monsieur témoigne qu'il n'a

117. *Id.*

118. *Droit de la famille - 151103*, préc., note 43, par. 74 ; *Droit de la famille - 153221*, préc., note 21, par. 68.

119. *Droit de la famille - 151103*, préc., note 43, par. 74.

pas eu besoin de telles thérapies. Le Tribunal lui recommande de les suivre tout de même afin de faire la preuve impartiale qu'il est un homme nouveau, capable de se contrôler tant au niveau de la boisson que de l'agressivité. »¹²⁰

65. Bien que la présence de remords ne soit pas d'une grande influence, la situation contraire, soit l'absence de remords, constitue une source de reproches par le tribunal¹²¹. Il est difficile de conclure que la violence familiale ne se reproduira plus si l'auteur ne reconnaît pas que les actes qu'il a commis sont fautifs¹²² ou s'il ne reconnaît pas que ceux-ci sont réellement survenus¹²³. Comment peut-on être rassuré que les méthodes disciplinaires inappropriées sont chose du passé si le parent n'y voit aucun problème¹²⁴ ?

2) Le suivi d'un traitement

66. Bien que généralement la violence familiale à l'égard de l'autre parent revête peu d'impact sur la modalité de garde envers un enfant, l'étude de la jurisprudence révèle que le tribunal est conforté dans son choix de modalité de garde lorsque l'auteur a effectué un traitement¹²⁵.

67. Même en matière de violence familiale envers l'enfant, la poursuite d'un traitement par l'auteur constitue un argument largement favorable à la position de celui-ci¹²⁶.

68. Pour que le traitement soit sérieusement pris en considération, il faut qu'il ait eu lieu il y a suffisamment longtemps pour

120. *Droit de la famille* - 153221, préc., note 21, par. 68 ; les italiques sont présents dans le texte initial.

121. *Droit de la famille* - 161939, 2016 QCCS 3751, par. 61 ; *Droit de la famille* - 161475, préc., note 80, par. 52 ; *Droit de la famille* - 151653, préc., note 68, par. 22 ; *Droit de la famille* - 152435, préc., note 30, par. 40 ; *Droit de la famille* - 141441, préc., note 21, par. 51, 52 et 54 ; *Droit de la famille* - 14384, préc., note 29, par. 46.

122. *Droit de la famille* - 161939, préc., note 121, par. 61 ; *Droit de la famille* - 161475, préc., note 80 ; *Droit de la famille* - 151653, préc., note 68, par. 22 ; *Droit de la famille* - 141441, préc., note 21, par. 51, 52 et 54 ; *Droit de la famille* - 14384, préc., note 29, par. 46.

123. *Droit de la famille* - 152435, préc., note 30, par. 40.

124. *Droit de la famille* - 161475, préc., note 80, par. 52 ; *Droit de la famille* - 152435, préc., note 30, par. 40.

125. *Droit de la famille* - 162317, préc., note 29 ; *Droit de la famille* - 14111, préc., note 15 ; *Droit de la famille* - 121503, préc., note 16.

126. *Droit de la famille* - 132534, préc., note 21.

que le tribunal puisse constater sur une période appréciable et continue que la violence familiale est chose du passé¹²⁷. D'ailleurs, dans la majorité des décisions répertoriées, le tribunal, en plus de mentionner la poursuite d'un traitement, réfère au temps écoulé depuis le dernier épisode de violence familiale¹²⁸. Une période de plus d'un an est généralement concluante¹²⁹.

69. Le choix du terme « traitement » plutôt que « thérapie » est volontaire puisque la thérapie n'est pas la seule méthode de prise en charge du problème reconnue par la Cour supérieure, chambre de la famille. En effet, la poursuite de programmes¹³⁰, de services¹³¹, de cours¹³² ou d'ateliers¹³³ peut être reconnue comme un réel progrès en vue d'une vie familiale exempte de violence.

70. Une autre formule intéressante que l'avocat peut suggérer à un client ayant eu des antécédents de violence familiale est la poursuite d'une thérapie sur l'impulsivité durant une période donnée, suivie de la consultation d'un professionnel, de façon régulière¹³⁴. Cette seconde partie n'est pas nécessairement aussi centrée sur le problème d'impulsivité que la première, mais permet de soumettre rapidement à un professionnel ses questions ou ses risques de dérapage.

71. Le fait que le traitement ait été entrepris sur la base d'une volonté spontanée de l'auteur de la violence familiale ou qu'elle ait plutôt été imposée par le tribunal dans le cadre d'un dossier pénal n'est pas pertinent¹³⁵.

72. Toutefois, la simple participation ne suffit pas. Il vaut mieux informer la cour du contenu du cours, si applicable, des connaissances acquises et de la façon dont elles ont été appli-

127. *Droit de la famille - 142425*, préc., note 7, par. 19.

128. *Droit de la famille - 151945*, préc., note 12, par. 22 ; *Droit de la famille - 152637*, préc., note 35, par. 30 ; *Droit de la famille - 14111*, préc., note 15, par. 22 et 25 ; *Droit de la famille - 132534*, préc., note 21, par. 20, 31 et 42.

129. *Droit de la famille - 152637*, préc., note 35, par. 30 ; *Droit de la famille - 14111*, préc., note 15, par. 22 et 25.

130. *Droit de la famille - 151945*, préc., note 12, par. 22.

131. *Droit de la famille - 142425*, préc., note 7, par. 14.

132. *Droit de la famille - 132534*, préc., note 21, par. 33.

133. *Droit de la famille - 151945*, préc., note 12, par. 22.

134. *Droit de la famille - 14111*, préc., note 15, par. 25.

135. *Droit de la famille - 121503*, préc., note 16, par. 9.

quées. L'honorable Pierre Dallaire a tout de même considéré être en déficit d'informations bien que le programme des deux ateliers suivi par l'auteur ait été déposé en preuve¹³⁶.

73. De plus, si le traitement est personnalisé, un rapport ou le témoignage de l'expert ayant offert le traitement sera très apprécié par la cour¹³⁷.

74. Si le parent ayant suivi la thérapie dénigre, insulte et dénigre l'autre parent dans son témoignage rendu à l'instance, le tribunal pourra déduire qu'il n'arrive toujours pas à gérer adéquatement sa colère et sa frustration¹³⁸. Bref, une thérapie sans une intégration des connaissances acquises et une reconnaissance du comportement fautif est peu concluante¹³⁹.

75. Les commentaires de la présente section ne s'appliquent pas aux thérapies qui n'ont pas été terminées. Les thérapies incomplètes font plutôt l'objet de réprimandes par la cour¹⁴⁰. Comment peut-on être certain que le parent a acquis toutes les connaissances pertinentes s'il a mis fin au processus sans avoir terminé toutes les étapes du programme ?

*

76. En somme, la jurisprudence majoritaire établit que la violence conjugale ne constitue pas une contre-indication à la maximisation des contacts entre l'auteur de la violence et son enfant. Il y a tout de même des exceptions à ce principe, soit : 1) lorsque l'enfant vit personnellement les conséquences de la violence dont il a été témoin et 2) lorsqu'il y a un conflit parental post-rupture persistant. La violence familiale envers l'enfant,

136. *Droit de la famille - 16973*, préc., note 27, par. 75 et 77.

137. *Droit de la famille - 15627*, préc., note 29, par. 76 ; *Droit de la famille - 141695*, préc., note 30, par. 20.

138. *Droit de la famille - 141441*, préc., note 21, par. 62.

139. Voir aussi *Droit de la famille - 162034*, préc., note 21, par. 15-21 ; *Droit de la famille - 162271*, préc., note 21, par. 139 ; *Droit de la famille - 15627*, préc., note 29, par. 76-78 et 83 ; *Droit de la famille - 15216*, préc., note 7, par. 37-41 ; *Droit de la famille - 122125*, préc., note 37, par. 60. *Droit de la famille - 142425*, préc., note 7, par. 14, 16, 18 et 19.

140. *Droit de la famille - 132616*, préc., note 39, par. 38 et 53 ; *Droit de la famille - 12943*, préc., note 22, par. 66 et 93.

quant à elle, peut empêcher la garde partagée ou justifier une supervision des accès. Par ailleurs, lorsque la victime est un autre membre de la famille, aucune tendance jurisprudentielle ne peut être établie avec certitude puisque les décisions en traitant se trouvent en quantité limitée. Dans un autre ordre d'idées, même si l'auteur fait preuve de remords, cela n'est pas suffisant. Ce sont les remords, conjugués à d'autres éléments factuels favorables, qui auront un réel impact sur le décideur. Par contre, le traitement terminé et sans récidive, quant à lui, est un facteur d'une haute pertinence en matière de garde d'enfants. Le participant doit tout de même être en mesure de décrire la durée du traitement, son contenu ainsi que les connaissances apprises, puis la façon dont il les a appliquées.

2. FACTEURS RELIÉS À L'ACTE DANS LA DÉTERMINATION DE LA GARDE

A) La nature de l'acte

77. Aux fins de la présente analyse, les formes de violence les plus souvent alléguées en matière de garde d'enfants furent étudiées, soit la violence physique¹⁴¹, la violence psychologique¹⁴² et la violence verbale¹⁴³.

-
141. *J.M.R. c. S.M.*, préc., note 13 ; *Droit de la famille - 16313*, préc., note 41 ; *Droit de la famille - 161475*, préc., note 80 ; *Droit de la famille - 162339*, préc., note 27 ; *Droit de la famille - 162606*, préc., note 29 ; *Droit de la famille - 163086*, préc., note 21 ; *Droit de la famille - 152435*, préc., note 30 ; *Droit de la famille - 153027*, préc., note 29 ; *Droit de la famille - 153087*, préc., note 6 ; *Droit de la famille - 14111*, préc., note 15 ; *Droit de la famille - 142475*, préc., note 5 ; *Droit de la famille - 143447*, préc., note 41 ; *Droit de la famille - 13329*, préc., note 7 ; *Droit de la famille - 131733*, préc., note 55 ; *Droit de la famille - 13797*, préc., note 46 ; *Droit de la famille - 1223*, préc., note 27 ; *Droit de la famille - 12108*, préc., note 31 ; *Droit de la famille - 12943*, préc., note 22 ; *Droit de la famille - 123604*, préc., note 7.
142. *Droit de la famille - 161049*, préc., note 55 ; *Droit de la famille - 161675*, préc., note 46 ; *Droit de la famille - 162339*, préc., note 27 ; *Droit de la famille - 15216*, préc., note 7 ; *Droit de la famille - 15627*, préc., note 29 ; *Droit de la famille - 15790*, 2015 QCCS 1589 ; *Droit de la famille - 151548*, préc., note 16 ; *Droit de la famille - 142624*, préc., note 46 ; *Droit de la famille - 13329*, préc., note 7 ; *Droit de la famille - 13797*, préc., note 46 ; *Droit de la famille - 131733*, préc., note 55 ; *Droit de la famille - 1223*, préc., note 27 ; *Droit de la famille - 12882*, 2012 QCCS 1623 ; *Droit de la famille - 12943*, préc., note 22 ; *Droit de la famille - 123604*, préc., note 7 ; *Droit de la famille - 124012*, préc., note 46.
143. *Droit de la famille - 161049*, préc., note 55 ; *Droit de la famille - 161675*, préc., note 46 ; *Droit de la famille - 15216*, préc., note 7 ; *Droit de la famille - 15790*, préc., note 142 ; *Droit de la famille - 152394*, 2015 QCCS 4472 ; *Droit de la*

78. La violence physique correspond à un « acte de force dont le caractère illégitime (par atteinte à la paix et à la liberté) tient à la brutalité du procédé employé »¹⁴⁴. La violence psychologique et la violence verbale, quant à elles, se décrivent respectivement comme suit :

« La violence psychologique consiste à dévaloriser l'autre : elle se traduit par des attitudes et des propos méprisants, par l'humiliation, le dénigrement, le chantage ou la négligence à son égard. Elle peut aussi prendre la forme d'un isolement imposé par l'agresseur qui, souvent motivé par la jalousie, interdit à la victime de fréquenter telle ou telle personne ou limite ses déplacements à l'extérieur de la maison. Elle porte atteinte à l'estime de soi et à la confiance en soi, et permet au doute de s'installer dans l'esprit de la victime quant à la responsabilité de l'agresseur relativement à la situation.

[...]

La violence verbale découle la plupart du temps de la violence psychologique : elle consiste, de la part de l'agresseur, en des sarcasmes, des insultes, des hurlements, des propos dégradants et humiliants, du chantage, des menaces ou des ordres intimés brutalement. L'intimidation verbale prépare à la violence physique, crée de l'insécurité ou de la peur et empêche la victime de se soustraire à la situation. »¹⁴⁵

79. Quelle que soit la nature de la violence, les mêmes principes de droit s'appliquent. Par exemple, autant en présence de violence psychologique ou verbale qu'en présence de violence physique, lorsque la victime est l'autre parent, la violence a une influence limitée sur la garde d'enfants, sauf lorsqu'elle est contemporaine ou que l'enfant en vit les conséquences¹⁴⁶. De même, à

famille - 142624, préc., note 46 ; *Droit de la famille - 13329*, préc., note 7 ; *Droit de la famille - 13797*, préc., note 46 ; *Droit de la famille - 131733*, préc., note 55 ; *Droit de la famille - 131909*, préc., note 12 ; *Droit de la famille - 1223*, préc., note 27 ; *Droit de la famille - 12943*, préc., note 22 ; *Droit de la famille - 123604*, préc., note 7 ; *Droit de la famille - 124012*, préc., note 46 ; *Droit de la famille - 122709*, préc., note 19.

144. Gérard CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, 10^e éd., Paris, Presses universitaires de France, 2014, p. 1076.

145. Gouvernement du Québec, préc., note 54.

146. Les jugements faisant état de violence familiale physique, et dont l'autre parent est la victime, sont les suivants : *Droit de la famille - 16313*, préc., note 41 ; *Droit de la famille - 143447*, préc., note 41 ; *Droit de la famille - 13939*, préc., note 41. Les jugements faisant état de violence familiale psychologique ou verbale, et dont l'autre parent est la victime, sont les suivants : *Droit de la famille -*

l'instar de violence physique, il y a également un courant minoritaire considérant la violence conjugale verbale ou psychologique comme étant un facteur de limitation des contacts avec l'enfant¹⁴⁷.

80. De plus, autant en matière de violence psychologique ou verbale qu'en matière de violence physique, lorsque la victime est l'enfant envers qui la modalité de garde est demandée, la violence revêt alors une importance capitale et milite au bénéfice d'une limitation des contacts entre l'auteur et la victime¹⁴⁸.

B) La gravité

1) La violence versus l'impatience, la colère ou l'exaspération

81. La qualification d'un incident comme étant de la violence familiale ne doit jamais être effectuée à la légère. Parfois, la réaction d'un parent correspond davantage à une manifestation d'impatience, d'exaspération ou de colère plutôt qu'à de la violence à proprement parler. Tel que l'indiquait judicieusement l'honorable juge Bich dans l'arrêt *Droit de la famille - 072386*¹⁴⁹, relativement à la violence « intrafamiliale » :

161049, préc., note 55 ; *Droit de la famille - 161675*, préc., note 46 ; *Droit de la famille - 15216*, préc., note 7 ; *Droit de la famille - 15627*, préc., note 29 ; *Droit de la famille - 124012*, préc., note 46. Les jugements faisant état à la fois de violence familiale physique et de violence psychologique ou verbale, et dont l'autre parent est la victime, sont les suivants : *Droit de la famille - 13329*, préc., note 7 ; *Droit de la famille - 131733*, préc., note 55 ; *Droit de la famille - 131909*, préc., note 12 ; *Droit de la famille - 1223*, préc., note 27 ; *Droit de la famille - 123604*, préc., note 7 ; *Droit de la famille - 122709*, préc., note 19.

147. Les décisions suivantes comprennent des faits relatifs à de la violence physique ainsi qu'à de la violence psychologique ou verbale. La violence familiale, globalement, a mené à une minimisation des contacts : *Droit de la famille - 162339*, préc., note 27 ; *Droit de la famille - 13797*, préc., note 46.

148. Les jugements faisant état de violence familiale physique, et dont l'enfant est la victime, sont les suivants : *Droit de la famille - 161475*, préc., note 80 ; *Droit de la famille - 162606*, préc., note 29 ; *Droit de la famille - 152435*, préc., note 30 ; *Droit de la famille - 142475*, préc., note 5. Les jugements faisant état de violence familiale verbale ou physiologique, et dont l'enfant est la victime, sont les suivants : *Droit de la famille - 16973*, préc., note 27 ; *Droit de la famille - 163167*, préc., note 37 ; *Droit de la famille - 13448*, préc., note 45. D'autres affaires impliquent à la fois de la violence physique et de la violence verbale ou psychologique, envers l'enfant, soit : *Droit de la famille - 152435*, préc., note 30 ; *Droit de la famille - 12943*, préc., note 22.

149. Préc., note 6 ; Voir au même effet *Droit de la famille - 161923*, préc., note 6 et *Droit de la famille - 181196*, 2018 QCCS 2739.

« [71 L'appelant aurait certes intérêt à se conduire en tout temps de manière calme et civile, mais peut-on ici, comme l'a fait le juge de première instance, parler de « violence » au sens propre ?

[72] Je crois qu'il faut être prudent avant d'apposer cette étiquette à tout comportement exprimant de l'impatience, de l'exaspération ou, même, de la colère. Il me semble parfois y avoir dans l'emploi du terme une certaine dérive, qui n'est pas que sémantique et qui peut contaminer, en quelque sorte, le regard que l'on jette sur un dossier. Ce type d'étiquetage, en plus de colorer un dossier, peut aussi contribuer à exacerber la frustration de celui qui en est l'objet, envenimer les rapports entre les parties et aggraver une situation déjà difficile. Une fois prononcé, le mot « violence » disparaît rarement du dossier, même quand la preuve de son existence n'est pas faite.

[73] Évidemment, il n'est pas question de nier que la violence, et particulièrement la violence intrafamiliale, existe et qu'il faut la réprimer et la dénoncer de vigoureuse façon, qu'elle soit physique ou psychologique. Il n'est pas question de nier non plus que la violence d'un parent constitue un obstacle important au partage ou à l'obtention de la garde d'un enfant. Mais à l'inverse, on ne peut pas non plus la voir partout ou négliger de procéder à une évaluation sérieuse des allégations qui en sont faites, de leur contexte, de leur récurrence, de leur gravité intrinsèque, etc. Il y a aussi les questions de perception, qui ne peuvent être ignorées dans l'analyse de la preuve relative à la violence qu'une partie reproche à l'autre. Par exemple, en l'espèce, tel qu'il ressort du témoignage de Ginette Boies, psychologue qui a déposé un rapport d'expert au dossier, l'intimée a une personnalité vulnérable qui ne s'accorde pas bien à celle, passablement autoritaire, de l'appelant et elle se sent facilement menacée. Cette dimension du problème aurait dû être examinée par le juge de première instance.

[74] Cela dit, il faut souligner que même lorsqu'on ne peut pas parler de violence, la propension plus ou moins grande d'un parent à la colère ou à l'impatience n'est pas une vertu et doit certes être considérée aux fins de la décision portant sur la garde d'un enfant. »¹⁵⁰ (référence omise)

82. Ainsi, une analyse pointue des circonstances de chaque affaire permettra au juge de déterminer s'il est face à une situation de violence familiale ou si, compte tenu de la récurrence et de la gravité intrinsèque de l'acte, notamment, il est plutôt confronté à

150. *Droit de la famille - 072386*, préc., note 6, par. 71-74.

de l'impatience ou de la colère. Tout de même, la propension d'un parent à l'impatience et à la colère est suffisante pour refuser la garde partagée¹⁵¹.

2) L'usage de la force à titre de méthode de correction

83. Certaines formes de châtiments corporels envers les enfants ne sont pas, au sens de la Cour suprême du Canada, illégales. Dans l'affaire *Canadian Foundation for Children, Youth and Law c. Canada*¹⁵² (ci-après « *Canadian Foundation* »), la Cour suprême était saisie de la question de savoir si l'article 43 du *Code criminel du Canada*¹⁵³ (ci-après « C. Cr. ») était valide constitutionnellement.

84. Ledit article 43 C.cr., encore applicable, est à l'effet suivant : « Tout instituteur, père ou mère, ou toute personne qui remplace le père ou la mère, est fondé à employer la force pour corriger un élève ou un enfant, selon le cas, confié à ses soins, pourvu que la force ne dépasse pas la mesure raisonnable dans les circonstances ».

85. La majorité de la cour a confirmé la validité de cet article, entre autres, puisqu'il ne permet que la force utilisée dans une « mesure raisonnable dans les circonstances » et non par exemple, celle causant un préjudice ou celle risquant de causer un préjudice¹⁵⁴.

86. Certains facteurs guident l'interprétation de ce qu'est une force raisonnable dans les circonstances, c'est-à-dire :

- la nature du traitement ;
- le contexte ;
- la durée ;
- les effets physiques ou mentaux ;

151. *Droit de la famille* - 072386, préc., note 6.

152. 2004 CSC 4.

153. L.R.C. (1985), ch. C-46.

154. *Canadian Foundation*, préc., note 152, par. 30 et 32.

– parfois, le sexe, l'âge et l'état de santé de la victime.

87. Le consensus social¹⁵⁵, l'interprétation judiciaire antérieure¹⁵⁶ et la preuve d'expert servent également de guides¹⁵⁷.

88. La Cour suprême du Canada établit également des groupes d'âge pour lesquels le châtiment corporel n'est jamais une mesure raisonnable, c'est-à-dire les enfants de moins de deux ans et les adolescents¹⁵⁸. Elle révèle aussi certains types de châtiments déraisonnables en toutes circonstances : ceux comportant l'utilisation d'un objet, les gifles et les coups à la tête.

89. Si le plaideur en droit familial soutient qu'une méthode correctrice est inappropriée, les critères élaborés par la Cour suprême pourront sans conteste servir de balises objectives sur lesquelles appuyer son argumentaire.

90. Ceci étant, bien que maintes formes de châtiments corporels ne contreviennent pas aux lois pénales, il est tout de même intéressant de constater que quelques-unes d'entre elles ont été considérées comme étant des méthodes éducatives inappropriées¹⁵⁹, déraisonnables¹⁶⁰ ou non acceptables¹⁶¹ par la chambre de la famille¹⁶².

C) La récurrence

91. La violence familiale est-elle récurrente ou plutôt isolée ? Voilà une question cruciale en contexte de garde d'enfants.

92. Lorsque dans sa décision, le tribunal qualifie la situation d'« isolée », cela démontre qu'il accorde moins d'importance

155. *Id.*, par. 36.

156. *Id.*, par. 39.

157. *Id.*, par. 36.

158. *Canadian Foundation*, préc., note 152, par. 40.

159. *Droit de la famille - 122240*, préc., note 22.

160. *Loi sur la protection de la jeunesse*, préc., note 104, art. 38, e) 1^o et 38 e) 2^o.

161. *Droit de la famille - 143267*, 2014 QCCS 6286, par. 15.

162. En regard de la punition corporelle, voir COMITÉ CONSULTATIF SUR LE DROIT DE LA FAMILLE, Alain ROY, prés., *Pour un droit de la famille adapté aux nouvelles réalités conjugales et familiales*, Montréal, Éditions Thémis, 2015, p. 325 et suiv. et *Droit de la famille - 122240*, préc., note 22.

à la violence familiale, dans le contexte du dossier dont il est saisi, puisqu'il opine que peu d'incidents de nature violente sont survenus. Au contraire, l'adjectif « récurrent » ou l'utilisation du déterminant « plusieurs » démontre que la cour considère que le problème de violence familiale est d'une ampleur importante.

93. La classification de la violence familiale comme étant « isolée » ou « récurrente » dépend largement du contexte. Il n'y a pas de nombre charnière à compter duquel on bascule vers la catégorie des situations récurrentes. Tout dépend de la gravité intrinsèque de l'acte et du temps écoulé entre les incidents.

94. Quatre décisions répertoriées mentionnaient expressément que le tribunal considérait que les incidents étaient « isolés »¹⁶³. Dans tous les cas, la cour a déterminé que la garde partagée était dans le meilleur intérêt de l'enfant¹⁶⁴.

95. Par opposition aux incidents isolés, il existe la violence familiale récurrente. Dans *Droit de la famille - 142475*¹⁶⁵, le tribunal a utilisé la caractéristique « plusieurs » pour qualifier quatre incidents allégués sur une période de trois ans¹⁶⁶. Relativement à la quantité de situations alléguées, la cour écrit :

« [75] En l'espèce, on constate qu'au fil des ans, il ne s'agit pas d'une seule accusation ni d'un fait isolé, mais plutôt de plusieurs événements pour lesquels les explications de Monsieur sont peu convaincantes.

[...]

[80] Le Tribunal retient de la preuve que Monsieur peut se montrer impatient et impérieux et n'a aucune retenue pour affirmer son autorité. On ne peut ignorer sa conduite antérieure pour décider du futur. »¹⁶⁷

163. *Droit de la famille - 153087*, préc., note 6 ; *Droit de la famille - 14111*, préc., note 15 ; *Droit de la famille - 1334*, préc., note 15 ; *Droit de la famille - 121547*, 2012 QCCS 3354.

164. *Id.*

165. Préc., note 5.

166. *Droit de la famille - 142475*, préc., note 5, par. 69 et 76.

167. *Id.*, par. 75 et 80.

96. Force est de constater que quatre incidents, dont certains démontrent que les enfants ont peur que le père les frappe ou crie¹⁶⁸, amènent à déduire que les enfants ont l'habitude de tels comportements de la part du père. La garde exclusive à la mère est maintenue et des droits d'accès sont accordés au père¹⁶⁹.

97. En somme, les qualificatifs « isolé » et « récurrent » ne devraient pas faire l'objet de barèmes quantitatifs fixes. Ils devraient plutôt dépendre de la période sur laquelle s'est répartie la violence familiale et le temps écoulé depuis l'incident le plus récent.

D) Le moment de la violence

1) La violence antérieure à un jugement au mérite

98. Certaines décisions précisent que l'antécédent de violence familiale n'est pas pertinent puisqu'il est survenu préalablement à une décision au mérite antérieure¹⁷⁰.

99. En matière de consentement final, on comprend facilement le motif justifiant cette absence de pertinence. Les parties, connaissant les faits survenus avant la signature de l'entente, ont considéré qu'il était dans l'intérêt de l'enfant d'établir certaines modalités de garde. C'est donc qu'elles ont déterminé que les incidents passés étaient insuffisants pour que l'auteur de la violence familiale s'abstienne de soin de l'enfant, à tout le moins durant le temps de garde convenu. On ne devrait donc pas invoquer la violence antérieure à cette entente pour réduire le temps de garde y étant énoncé¹⁷¹. Un raisonnement semblable s'applique aux consentements intérimaires prévoyant une garde partagée alors qu'au mérite, un parent argumente que la violence justifie que l'auteur se voit restreindre ses contacts¹⁷².

168. *Id.*, par. 72 et 74.

169. *Id.*, par. 106 et 107.

170. *Droit de la famille - 162667*, préc., note 9, par. 4 ; *Droit de la famille - 131733*, préc., note 55, par. 21 et 30 ; *Droit de la famille - 132825*, préc., note 29, par. 4.

171. *Droit de la famille - 151548*, préc., note 16, par. 53 ; *Droit de la famille - 131733*, préc., note 55, par. 30.

172. *Droit de la famille - 172181*, 2017 QCCS 4278.

100. Tout de même, il demeure loisible à une partie personnellement victime de violence familiale d'invoquer un vice de consentement survenu au moment de la signature d'un consentement final antérieur, cet argument ayant déjà été retenu par la Cour supérieure¹⁷³. À cet égard, l'article 1402 du *Code civil du Québec*¹⁷⁴ (ci-après « C.c.Q. ») prévoit :

« La crainte d'un préjudice sérieux pouvant porter atteinte à la personne ou aux biens de l'une des parties vicie le consentement donné par elle, lorsque cette crainte est provoquée par la violence ou la menace de l'autre partie ou à sa connaissance.

Le préjudice appréhendé peut aussi se rapporter à une autre personne ou à ses biens et il s'apprécie suivant les circonstances. »

2) *Le temps écoulé depuis le dernier incident*

101. Lorsqu'il s'est écoulé un délai raisonnable depuis les derniers incidents de violence familiale, cela constitue un indice que celle-ci n'est plus d'actualité et que le risque pour l'enfant est limité. Le cas échéant, la cour peut augmenter le temps de garde¹⁷⁵ ou éliminer la supervision des accès¹⁷⁶.

102. Dans l'affaire *Droit de la famille - 16171*¹⁷⁷, le discours juridique démontre que le tribunal accorde peu d'importance à la violence familiale qui a eu lieu durant la vie commune, celle-ci n'étant plus d'actualité. À cet égard, la juge énonce :

« Certes, la preuve révèle un contexte de violence familiale à l'époque de la vie commune. La situation semble tout de même avoir évolué favorablement depuis. Aucun geste de violence physique par le père à l'égard des enfants depuis la fin de la vie commune n'a été démontré. »¹⁷⁸

173. *Droit de la famille - 16875*, 2016 QCCS 1727, par. 1, 10 et 11.

174. L.Q. 1991, c. 64.

175. *Droit de la famille - 163086*, préc., note 21.

176. *Droit de la famille - 152596*, préc., note 41, par. 9, 10 et 12 ; *Droit de la famille - 152637*, préc., note 35 ; *Droit de la famille - 143447*, préc., note 41, par. 78 et 79 ; *Droit de la famille - 13939*, préc., note 41, par. 31-33 et 61 ; *Droit de la famille - 132534*, préc., note 21, par. 20.

177. Préc., note 5.

178. *Id.*, par. 24.

103. La signification de la notion de « délai raisonnable » n'est pas l'objet d'un nombre de semaines ou de mois précis. De manière générale, une période d'un an semble suffisante¹⁷⁹, mais des circonstances contribuent à augmenter ou diminuer ce délai¹⁸⁰.

104. Le délai sans récidive permet non seulement d'augmenter le temps de garde de l'auteur, mais également de lever une supervision¹⁸¹. Des accès supervisés s'étant bien déroulés depuis une ordonnance intérimaire peuvent aussi mener à des accès non supervisés à compter du jugement au mérite¹⁸².

*

105. En résumé, la prudence est de mise avant d'associer un incident à de la violence familiale. Les termes « violence familiale » ne doivent pas être employés pour décrire une situation reflétant plutôt un sentiment de frustration, de colère ou d'exaspération. La nature de la violence, qu'elle soit physique, psychologique ou verbale, est un facteur neutre. À l'opposé, une violence récurrente, particulièrement dans un contexte de violence familiale envers un enfant, méritera une analyse minutieuse par le décideur lorsqu'il déterminera la modalité de garde dans l'intérêt de l'enfant. Le temps constitue également un facteur primordial à prendre en considération. En principe, la violence conjugale antérieure à un jugement au mérite n'est pas pertinente. Toujours en regard du temps, lorsqu'un délai raisonnable s'est écoulé depuis le dernier incident, la cour peut augmenter le temps de garde ou éliminer une supervision.

CONCLUSION

106. La violence familiale, quel qu'en soit le motif, est inacceptable, intolérable et répréhensible. Elle doit être dénoncée vigou-

179. *Droit de la famille* - 152637, préc., note 35, par. 32 ; *Droit de la famille* - 13939, préc., note 41, par. 31-33 et 61.

180. Concernant des situations où un délai d'un an ne fut pas suffisant, voir *Droit de la famille* - 152435, préc., note 30, par. 24-26 et *Droit de la famille* - 161475, préc., note 80.

181. *Droit de la famille* - 162806, préc., note 41, par. 20.

182. *Droit de la famille* - 16313, préc., note 41 ; *Droit de la famille* - 162806, préc., note 41 ; *Droit de la famille* - 152596, préc., note 41 ; *Droit de la famille* - 13939, préc., note 41.

reusement afin d'en diminuer la récurrence au sein des familles québécoises. Tout de même, lorsque celle-ci est soulevée dans les dossiers de garde d'enfants entendus par la Cour supérieure, une analyse approfondie et minutieuse de toutes les circonstances factuelles est requise.

107. La violence familiale ne mène pas inévitablement, dans le cadre d'une audition au mérite, à une limitation ou à une supervision des contacts entre l'enfant et le parent ayant fait preuve du comportement inapproprié. Plus encore, le maintien ou l'instauration d'une garde partagée demeure possible.

108. Plusieurs facteurs de la violence familiale mèneront à traiter le dossier au même titre que si cette dernière n'était jamais survenue. Cela sera le cas lorsque l'autre parent en constitue la victime, dans la mesure où cette conduite ne met pas à risque la santé, la sécurité ou le bien-être de l'enfant et si elle n'affecte pas l'aptitude du parent à agir comme tel. Tout de même, deux exceptions à ce principe de droit se posent et limitent les contacts parent/enfant, c'est-à-dire : 1) lorsque l'enfant vit personnellement les conséquences de la violence conjugale ou 2) lorsqu'il y a un conflit parental post-rupture persistant.

109. Un traitement réussi, dont le contenu et les apprentissages sont exposés au tribunal, ne représentera pas non plus une contre-indication à la maximisation des contacts. Une violence familiale isolée aura tout aussi peu d'influence négative sur la modalité de garde d'enfants de l'auteur. L'octroi de l'adjectif « isolé » versus « récurrent » ne dépend pas de barèmes quantitatifs fixes, mais fait plutôt l'objet d'une grande souplesse en fonction de l'analyse globale du dossier.

110. De plus, une violence familiale antérieure à un jugement au mérite et prévoyant des contacts multiples envers l'auteur revêtira peu de pertinence. Également, une absence d'incidents depuis plus d'un an amènera généralement à conclure que la violence familiale est chose du passé et que le risque pour l'enfant n'est plus d'actualité.

111. Toutefois, la Cour supérieure, chambre de la famille, se veut particulièrement méfiante et prudente lorsque l'enfant

envers qui la modalité de garde est recherchée en fut la victime. La perception du tribunal sera tout aussi défavorable lorsqu'il est question d'une pratique récurrente ou que l'auteur n'éprouve aucun remords.

112. Par ailleurs, lorsqu'un nouveau conjoint ou un autre enfant prenant part à la cellule familiale constitue la victime, la jurisprudence ne permet pas d'établir de tendances particulières, ces types de situations étant rarement abordés.

113. La nature de l'acte, tout comme la présence de remords ne permet pas de relativiser l'argument de violence. Effectivement, une fois la violence familiale prouvée, le fait qu'elle soit de nature physique, psychologique ou verbale importe peu. De plus, les remords ne constituent pas un facteur décisif en regard de la violence familiale, la cour se montrant sceptique en regard de leur sincérité et de leur impartialité.

114. La violence familiale est, dans certains contextes, le critère omnipotent qui guidera le décideur quant à la modalité de garde d'enfants la plus appropriée. Or, puisque les dossiers de violence familiale ne comportent pas tous le même degré de gravité intrinsèque et que les faits y sont singuliers, il faudra analyser les circonstances en globalité afin d'ultimement déterminer ce en quoi consiste l'intérêt de l'enfant.

115. En outre, la violence familiale correspond à un concept évolutif puisqu'il dépend largement du contexte social. Les châtiments corporels sont de moins en moins acceptés socialement. Une forme de réprimande considérée comme « discutable » de nos jours méritera vraisemblablement éventuellement la qualification d'« inappropriée », puis elle sera possiblement, un jour, qualifiée de « violence familiale ». Un œil attentif sera perpétuellement de mise en matière de violence familiale. En effet, le concept de violence familiale se doit d'être intrinsèquement relié aux mœurs et devra nécessairement s'adapter afin de demeurer compréhensible aux yeux du justiciable.

Enfin une réforme de la *Loi sur le divorce*

Pierre J. DALPHOND et Anushua NAG

Résumé

En juin 2019, sans qu'on en parle vraiment dans les médias québécois et même parmi les spécialistes du droit familial, le Parlement fédéral a procédé à une réforme majeure de la *Loi concernant le divorce et les mesures accessoires*, L.R.C. (1985), ch. 3 (2^e suppl.) (« Loi »), en adoptant la *Loi modifiant la Loi sur le divorce, la Loi d'aide à l'exécution des ordonnances et des ententes familiales et la Loi sur la saisie-arrêt et la distraction de pension et apportant des modifications corrélatives à une autre loi*, L.C. 2019, ch. 16 (« *Loi réformatrice* »).

Cet article décrit les principales modifications à la *Loi* découlant de la *Loi réformatrice*, qui entreront en vigueur le 1^{er} juillet 2020, de même que le contexte ayant mené à leur adoption et les objectifs poursuivis.

Enfin une réforme de la *Loi sur le divorce*

Pierre J. DALPHOND* et Anushua NAG**

1. INTRODUCTION	261
2. LES NOUVEAUX CONCEPTS	263
2.1 Quelques données sur le divorce.	263
2.2 Une nouvelle terminologie pour les ordonnances relatives aux enfants	264
2.3 Le temps parental	266
2.4 Les responsabilités décisionnelles	271
2.5 L'intervention de personnes autres que les époux	275
2.6 Les autres questions visées par l'ordonnance parentale	277
2.7 Les ordonnances de contact	279
2.8 Le plan parental	282
3. L'INTÉRÊT DE L'ENFANT RÉAFFIRMÉ ET DÉFINI	283

* L'honorable Pierre J. Dalphond est membre du Barreau du Québec, ancien juge à la Cour supérieure (1995-2002) et à la Cour d'appel du Québec (2002-2014) et ex-membre des comités de liaison en droit familial du Barreau de Montréal et du droit de la famille du Conseil canadien de la magistrature. Depuis juin 2018, il est membre du Sénat, où il a parrainé la *Loi réformatrice*.

** M^e Anushua Nag, LL.B., J.D., M.A., est membre du Barreau de l'Ontario et conseillère aux affaires parlementaires au Sénat.

3.1	La Convention internationale sur les droits de l'enfant	283
3.2	La situation au Canada	283
3.3	L'obligation de garder l'enfant à l'écart du litige . . .	284
3.4	Les critères pour l'attribution du temps parental et des responsabilités décisionnelles	285
4.	LA VIOLENCE FAMILIALE	293
4.1	L'étendue de la problématique	293
4.2	L'ajout enfin de dispositions sur la violence dans la <i>Loi</i>	295
4.3	Les facteurs additionnels à considérer en présence de violence	301
4.4	Les mesures susceptibles de dépister la violence . .	307
4.5	À venir : des outils de détection de la violence familiale	311
5.	LES MESURES POUR DÉJUDICIARISER LES RAPPORTS ENTRE LES EX-ÉPOUX	313
5.1	Encourager les mécanismes de règlement des différends	313
5.1.1	Contexte	313
5.1.2	Des obligations aux parties	314
5.1.3	Des obligations aux conseillers juridiques . .	315
5.1.4	Le pouvoir de l'imposer	317
5.2	Une procédure d'avis en matière de déménagement	318
5.2.1	Quelques chiffres	318
5.2.2	La situation actuelle	319

5.2.3	Une nouvelle procédure d'avis	320
5.2.4	La contestation d'un avis de déménagement important	324
5.2.5	L'adjudication par le tribunal	325
5.3	Le déménagement d'une personne ayant une ordonnance de contact	331
6.	LES AJUSTEMENTS AUX PENSIONS ALIMENTAIRES ET LEUR PERCEPTION	333
6.1	La communication de renseignements	333
6.2	Le calcul administratif des pensions alimentaires pour enfants	337
6.3	La perception des pensions payables par des employés fédéraux	338
7.	DIVERS	339
7.1	Les langues officielles	339
7.2	La ratification de conventions internationales	341
7.3	Les procédures impliquant plusieurs ressorts	342
7.4	L'entrée en vigueur	346
8.	CONCLUSION	347
	TABLE DE LA LÉGISLATION	349
	TABLE DES JUGEMENTS	350
	BIBLIOGRAPHIE	350

1. INTRODUCTION

Adoptée en 1985, la *Loi* n'a connu qu'une modification importante, en 1997, axée sur les rapports économiques entre ex-époux, incluant la défiscalisation des pensions alimentaires pour enfants et l'introduction de lignes directrices pour leur établissement.

Quant aux réalités sociales, elles ont évolué à grande vitesse depuis 1985. Qu'on pense, notamment, à la hausse du taux de divorce, au nombre grandissant d'enfants vivant dans des familles reconstituées, à l'évolution des rapports entre les grands-parents et les enfants du divorce, à la reconnaissance du mariage non hétérosexuel, à l'émergence de la pluriparentalité, aux nouveaux modèles de partage des responsabilités parentales pendant et après la vie commune, à l'augmentation de la mobilité des parents et à une meilleure appréhension de la violence familiale et de ses conséquences néfastes sur le développement des enfants.

Dans un rapport déposé en décembre 1998, un comité parlementaire mixte (députés et sénateurs), après avoir analysé des centaines de mémoires et études et entendu plus de 520 témoins au cours de 39 audiences publiques à travers le pays, concluait à la nécessité d'une révision substantielle de la *Loi* et faisait 48 recommandations axées sur les besoins des enfants¹.

Malheureusement, il faudra attendre jusqu'en mai 2018 pour que soit déposé, à la Chambre des communes, un projet qui sera analysé et adopté, le projet de loi C-78, devenu la *Loi réformatrice*, dont les principaux objectifs sont :

- réaffirmer que l'intérêt de l'enfant est le critère déterminant quant aux ordonnances le concernant ;
- remplacer la terminologie axée sur la garde et des droits d'accès ;
- s'attaquer à la violence familiale ;

1. COMITÉ MIXTE SPÉCIAL SUR LA GARDE ET LE DROIT DE VISITE DES ENFANTS, *Pour l'amour des enfants*, Ottawa, Parlement du Canada, 1998.

- déjudiciariser les rapports entre les ex-époux ; et
- favoriser la perception des pensions alimentaires.

Pendant l'étude du projet de loi, les députés ont ajouté des dispositions afin de reconnaître le droit d'utiliser partout au Canada les deux langues officielles dans le cadre de procédures en vertu de la *Loi*.

Il est aussi important de souligner que cette réforme s'est réalisée dans le respect du bijuridisme, n'entendant pas introduire en droit familial québécois des concepts contraires ou difficilement compatibles avec ceux énoncés au *Code civil du Québec*².

En réponse à des questions des membres du comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles (le « comité sénatorial »), le ministre de la Justice a confirmé que des analyses ont été effectuées pour s'assurer que la *Loi réformatrice* dans son ensemble s'harmonise avec le *Code civil* :

« Une analyse a été faite et oui, le projet de loi s'harmonise très bien avec le Code civil. Évidemment, il y a une division des compétences conformément à la Constitution du Canada, une division des pouvoirs, mais les cours y sont déjà habituées, parce que la *Loi sur le divorce* existe depuis longtemps. Il y a donc déjà une manière de travailler et les cours supérieures au Québec ont trouvé des façons très, très efficaces de les harmoniser. »³

C'est donc dans cette perspective qu'il faut interpréter les nouvelles dispositions, le tout conformément aux articles 8.1 et 8.2 de la *Loi d'interprétation*⁴.

2. *Code civil du Québec*, R.L.R.Q. c. CCQ.-199 (ci-après « *Code civil* »).

3. CANADA, SÉNAT, *Délibérations du Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles*, 1^{re} session, 42^e législature, 5 juin 2019, « Projet de loi C-78, *Loi modifiant la Loi sur le divorce, la Loi d'aide à l'exécution des ordonnances et des ententes familiales et la Loi sur la saisie-arrêt et la distraction de pensions et apportant des modifications corrélatives à une autre loi* » (l'honorable David Lametti), en ligne : <<https://sencanada.ca/fr/content/sen/Committee/421/lcjc/54862-f>> (site consulté le 29 août 2019). Les différents éléments qui ont été évalués par le Groupe du bijuridisme du ministère de la Justice sont discutés dans David LAMETTI (Ministre de la Justice et Procureur général du Canada), *Lettre au Président du Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles*, 11 juin 2019, en ligne : <https://sencanada.ca/content/sen/committee/421/LCJC/Briefs/2019-06-11-LCJC_undertaking_C-78_f.pdf> (site consulté le 29 août 2019), p. 12-14.

4. L.R.C. (1985), ch. I-21 (ci-après « *Loi d'interprétation* »).

2. LES NOUVEAUX CONCEPTS

2.1 Quelques données sur le divorce

Même si le mariage est en perte de vitesse comme modèle d'organisation de l'unité familiale, il demeure important puisque 46 % des Canadiens âgés de 15 ans ou plus étaient mariés en 2018⁵. Au Québec, 42 % des enfants âgés de 18 ans ou moins sont nés ou grandissent dans des familles où leurs parents sont mariés⁶.

Le mariage résulte cependant, pour ceux qu'ils l'ont choisi, en un nombre élevé de divorce : au 1^{er} juillet 2018, 12 % des Canadiens et 15 % des Québécois étaient divorcés⁷. En 2010, Statistique Canada estimait que 38 % de tous les mariages célébrés en 2004 se termineraient par un divorce d'ici 2035. Ce taux pourrait atteindre 48 % au Québec, le plus élevé du pays⁸.

Des cinq millions de Canadiens qui ont divorcé ou se sont séparés entre 1991 et 2011, 38 % avaient un enfant ensemble au moment de leur séparation ou de leur divorce⁹.

Aujourd'hui au Canada, plus de deux millions d'enfants vivent dans des familles dont les parents sont séparés ou divorcés¹⁰.

En somme, un bon nombre de divorces implique des enfants d'où la nécessité de discussion sur un arrangement à leur égard.

5. STATISTIQUE CANADA, *Tableau 17-10-0060-01 Estimations de la population au 1^{er} juillet, selon l'état matrimonial ou l'état matrimonial légal, l'âge et le sexe* [Ressource électronique], en ligne : <<https://www150.statcan.gc.ca/t1/tbl1/fr/tv.action?pid=1710006001>> (site consulté le 29 août 2019).

6. STATISTIQUE CANADA, *Recensement de la population de 2016, produit numéro 98-400-X2016388 au catalogue de Statistique Canada*, août 2017, en ligne : <<https://tinyurl.com/yxvkw3sj>> (site consulté le 28 août 2019).

7. *Id.*

8. CBC NEWS, « 4 in 10 1st marriages end in divorce: report », *CBC News*, 4 octobre 2010, en ligne : <<https://www.cbc.ca/news/canada/4-in-10-1st-marriages-end-in-divorce-report-1.953894>> (site consulté le 28 août 2019).

9. MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU CANADA, DIVISION DE LA RECHERCHE ET DE LA STATISTIQUE, *Droit de garde et de visite de l'enfant*, novembre 2017, en ligne : <<https://www.justice.gc.ca/fra/pr-rp/jr/pf-jf/2017/nov02.html>> (site consulté le 28 août 2019).

10. STATISTIQUE CANADA, *Portrait de la vie familiale des enfants au Canada en 2016*, août 2017, en ligne : <<https://www12.statcan.gc.ca/census-recensement/2016/as-sa/98-200-x/2016006/98-200-x2016006-fra.cfm>> (site consulté le 29 août 2019).

En présence de parents raisonnables, capables de discuter en toute égalité et sans crainte, un arrangement sera éventuellement convenu. Les statistiques démontrent qu'en 2014-2015, 50 % des ordonnances en matière de garde ont été rendues sur consentement et 38 %, sans contestation¹¹, pour un total de 88 % sans débat devant le tribunal sur cette question.

En ce qui concerne le modèle de garde convenu, selon Statistique Canada, il y a une croissance de la garde partagée :

« Il y a eu une baisse constante de la proportion des ordonnances sur consentement touchant les enfants vivant principalement avec leurs mères (de 65 % avant 2006 à 55 % en 2014-2015) et une hausse de la proportion des ordonnances concernant les dossiers de garde partagée (de 12 % avant 2006 à 28 % en 2014-2015). »¹²

2.2 Une nouvelle terminologie pour les ordonnances relatives aux enfants

À défaut d'une entente, il revient au tribunal compétent de déterminer l'arrangement qui sera dans l'intérêt de l'enfant et non des parents. En vertu de l'article 16 actuel de la *Loi*, le tribunal rend alors une ordonnance relative à la garde et à l'accès.

Pour certains, cela se traduit par une personne gagnante, celle qui se voit confier la garde, et une perdante, celle bénéficiant d'un droit d'accès. Cette perception est accentuée dans les provinces de *common law* où, tel qu'indiqué à l'article 2 actuel, la garde inclut, notamment, le soin et l'éducation de l'enfant, alors que la personne bénéficiant d'un droit d'accès jouit plutôt d'un droit de regard, incluant celui de demander des renseignements relatifs à la santé, l'éducation et le bien-être de l'enfant (para. 16(5) *Loi*).

Une telle approche gagnant/perdant empoisonne souvent le débat judiciaire et les relations entre les ex-époux.

Cela est moins vrai au Québec, où le *Code civil*, à l'article 600, énonce que les parents exercent ensemble l'autorité parentale par

11. MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU CANADA, DIVISION DE LA RECHERCHE ET DE LA STATISTIQUE, préc., note 9.

12. *Id.*

rapport à l'enfant, qu'ils soient mariés ou non. La jurisprudence a tranché depuis 2003 qu'une interprétation de la *Loi* harmonieuse du bijuridisme écartait l'idée que la garde entraînait la fin de l'autorité parentale conjointe¹³. Il s'ensuit que pour toute décision importante, les deux parents doivent se consulter, même s'ils sont séparés.

La *Loi réformatrice* met en place une nouvelle approche inspirée de l'état du droit familial au Québec.

D'abord, elle ajoute à l'article 2, « Définitions » de la *Loi*, le concept d'« ordonnance parentale », défini comme une « ordonnance rendue en vertu du paragraphe 16.1(1) » de la *Loi*.

Ensuite, le nouvel article 16.1 parle d'ordonnance relative au temps parental et aux responsabilités décisionnelles :

Ordonnance parentale

16.1 (1) Le tribunal compétent peut rendre une ordonnance prévoyant l'exercice du temps parental ou des responsabilités décisionnelles à l'égard de tout enfant à charge, sur demande :

a) des époux ou de l'un d'eux ;

b) d'une personne — autre qu'un époux — qui est l'un des parents de l'enfant, lui en tient lieu ou a l'intention d'en tenir lieu.

Désormais, on ne parlera plus d'ordonnance de garde et d'accès, mais d'ordonnance parentale qui attribue du temps avec l'enfant, alloue des responsabilités décisionnelles ou fait les deux.

Ce changement a été applaudi par la plupart des témoins devant les comités parlementaires, dont des groupes faisant la promotion des droits des pères¹⁴.

13. Voir notamment *D.W. c. A.G.*, (2003) R.J.Q. 1411 (C.A.) ; *Droit de la famille – 111725*, 2011 QCCA 1176.

14. CANADA, SÉNAT, *Délibération du Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles*, 1^{re} session, 42^e législature, 6 juin 2019, « Projet de loi C-78, *Loi modifiant la Loi sur le divorce, la Loi d'aide à l'exécution des ordonnances et des ententes familiales et la Loi sur la saisie-arrêt et la distraction de pensions et apportant des modifications corrélatives à une autre loi* » (le président du Cana-

Clairement, le Parlement a choisi de distinguer entre la présence avec l'enfant et le pouvoir décisionnel.

2.3 Le temps parental

La *Loi réformatrice* ajoute à l'article 2 de la *Loi* la définition suivante :

temps parental Période de temps pendant laquelle l'enfant à charge est confié aux soins d'une des personnes visées au paragraphe 16.1(1), qu'il soit ou non physiquement avec la personne au cours de toute la période.

Le temps parental correspond donc à la période de temps pendant laquelle l'enfant est confié juridiquement aux soins d'une personne, incluant les heures où l'enfant est à la garderie, à l'école ou en camp de vacances. Le calcul du temps parental n'implique pas la détermination des heures où l'enfant est physiquement avec la personne concernée.

Le législateur innove aussi en fournissant des principes directeurs (para. 16(1) et 16(2)) et une liste de facteurs à considérer (para. 16(3)) pour toute décision touchant l'enfant, y compris l'allocation du temps parental. Nous y reviendrons au chapitre suivant.

Les personnes à qui du temps parental peut être accordé sont l'un des époux, les deux, une personne autre qui est l'un des parents de l'enfant ou une personne qui en tient lieu (*in loco parentis*) ou a l'intention d'en tenir lieu. Lorsqu'il ne s'agit pas d'un époux, une autorisation judiciaire est requise (para. 16.1(3)). Voir les commentaires ci-après, à la section 2.5 « L'intervention de personnes autres que les époux ».

En vertu du nouveau paragraphe 16(6), qui reprend en l'adaptant l'actuel 16(10), le temps parental doit être attribué au cas par cas, tel que l'indique la partie soulignée :

dian Equal Parenting Council en réponse à une question du sénateur Dalphond), en ligne : <<https://sencanada.ca/fr/Content/Sen/Committee/421/LCJC/54873-f>> (site consulté le 29 août 2019) : « [Traduction] Oui, je suis d'accord avec vous. C'est l'un des éléments très positifs du projet de loi ».

Maximum de temps parental

16 (6) Lorsqu'il attribue du temps parental, le tribunal applique le principe selon lequel l'enfant devrait passer avec chaque époux le plus de temps compatible avec son propre intérêt.

Clairement, aucune présomption en faveur d'une « garde partagée » ou « garde conjointe » n'a été voulue, contrairement à ce que certains groupes, représentant des intérêts essentiellement masculins, demandaient. Ce rejet, tant à la Chambre des communes qu'au Sénat, découle, notamment, de l'incompatibilité d'une telle présomption avec le principe au cœur de la réforme de la *Loi* : l'intérêt supérieur de l'enfant, de même que du danger de favoriser ainsi dans les dossiers où il y a de la violence familiale, le parent agresseur ou contrôlant.

Le ministre de la Justice a déclaré devant la Chambre des communes :

« Des témoins ont parlé de la présomption en faveur de la garde conjointe et de la responsabilité parentale partagée à égalité en vertu de la *Loi sur le divorce*. Si certains y étaient favorables, la plupart s'y opposaient farouchement. L'instauration d'une telle présomption aurait été à l'encontre de l'engagement que nous avons pris de protéger dans tous les cas l'intérêt supérieur de l'enfant. Étant donné le caractère unique de chaque enfant et de chaque famille, les tribunaux doivent avoir la marge de manœuvre nécessaire pour adapter les ordonnances parentales aux besoins particuliers de chaque enfant. »¹⁵

Lors de sa comparution devant le comité sénatorial, le ministre de la Justice a ajouté :

« En ce qui a trait au temps maximal, c'est un facteur, c'est-à-dire que c'est important que l'enfant passe autant de temps que possible avec chaque parent, mais c'est toujours déterminé par l'intérêt fondamental de l'enfant, tout le temps, tout le temps. S'il y a une question de violence, s'il y a d'autres facteurs qui s'appliquent, un juge pourrait évidemment diminuer la portée de l'article, ou même

15. CANADA, *Débats de la Chambre des communes*, 1^{re} session, 42^e législature, 30 janvier 2019, « Ordres émanant du gouvernement. Loi sur le divorce », p. 25068 (l'honorable David Lametti).

l'écarter, car il n'est pas contraignant. La seule chose qui est primordiale, c'est l'intérêt fondamental de l'enfant. »¹⁶

En somme, le Parlement a refusé, en adoptant la *Loi réformatrice*, de favoriser un modèle d'attribution du temps parental, plutôt qu'un autre. Cette approche est conforme à celle des tribunaux québécois.

De plus, dans certains cas, il pourra être dans l'intérêt supérieur de l'enfant de prévoir du temps parental supervisé ou court, voire de l'exclure tout simplement.

Il demeure que lorsque les deux parents s'impliquent activement durant la vie commune dans la vie des enfants, répartissant plutôt également les tâches familiales et partageant un plan parental¹⁷, l'ordonnance parentale dans l'intérêt supérieur de l'enfant devrait normalement favoriser chez des parents raisonnables, capables d'une communication fonctionnelle, le maintien d'un maximum de temps parental avec chacun d'eux après la rupture et une participation égalitaire dans les responsabilités décisionnelles.

Il faut aussi souligner que, malgré l'augmentation de l'implication des pères, la répartition des charges familiale n'est pas encore égale dans beaucoup de familles, comme l'indiquent les données moyennes. Selon l'Institut de la statistique du Québec : « En 2015, 88,7 % des femmes âgées de 15 ans ou plus et 80,7 % des hommes du même groupe d'âge déclarent participer aux activités domestiques. Le temps qui y est consacré quotidiennement est toutefois plus élevé chez les premières »¹⁸.

16. CANADA, SÉNAT, *Délibérations du Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles*, 5 juin 2019, préc., note 3 (l'honorable David Lametti).

17. Le plan parental est reconnu expressément au nouvel article 16.6.

18. CONSEIL DU STATUT DE LA FEMME, *Portrait des Québécoises*, Québec, 2018, p. 37.

Temps consacré aux activités domestiques chez la population de 15 ans ou plus, Québec, 2015

	Nombre d'heures par jour
Ensemble des femmes	3h29
Ensemble des hommes	2h27
Écart entre les femmes et les hommes	1h02
Mères d'enfants de 4 ans ou moins	5h20
Pères d'enfants de 4 ans ou moins	3h56
Écart entre les mères et les pères d'enfants de 4 ans ou moins	1h24
Tableau reproduit de CONSEIL DU STATUT DE LA FEMME, Portrait des Québécoises, Québec, 2018, p. 37.	

Selon Statistique Canada, en 2015, 28 % des heures consacrées au nettoyage et aux autres tâches ménagères ont été réalisées par les hommes, une nette augmentation par rapport à 1986 (12 %). Par contre, comme le souligne l'agence, « cette hausse de la participation des pères, bien que considérable, doit cependant une fois de plus être relativisée, les mères ayant quand même réalisé près des trois quarts (soit 72 %) de toutes les heures consacrées au lavage et au nettoyage en 2015 »¹⁹.

En somme, l'organisation des familles modernes pendant la vie commune varie beaucoup. Il ne faut donc pas se surprendre que le Parlement n'ait pas imposé un modèle après la rupture.

Il faut également souligner que même si la *Loi* ne favorise aucun modèle de partage du temps parental, une répartition du temps parental égale ou presque est de plus en plus ordonnée par le tribunal dans les 12 % de dossiers où il lui faut trancher un différend relatif à cette question :

19. Patricia HOULE, Martin TURCOTTE et Michael WENDT (STATISTIQUE CANADA, DIVISION DE LA STATISTIQUE SOCIALE ET AUTOCHTONE), *Évolution de la participation des parents aux tâches domestiques et aux soins des enfants de 1986 à 2015*, juin 2017, en ligne : <<https://www150.statcan.gc.ca/n1/pub/89-652-x/89-652-x2017001-fra.htm>> (site consulté le 28 août 2019).

« Il y a eu une petite baisse de la proportion des ordonnances contestées touchant les enfants vivant principalement avec leurs mères (de 62 % avant 2006 à 59 % en 2014-2015) et une hausse de la proportion des ordonnances concernant les dossiers de garde partagée (de 8 % avant 2006 à 23 % en 2014-2015). »²⁰

Ces données démontrent que les tribunaux sont ouverts au partage égal du temps parental lorsqu'il est dans l'intérêt de l'enfant, ce qui ne peut cependant pas être le cas dans tous les dossiers, notamment ceux où il y a des besoins particuliers de l'enfant auxquels l'un des parents ne peut répondre, impossibilité de mettre en place une communication fonctionnelle minimale ou présence de violence familiale.

Il faut aussi souligner que durant les consultations par le comité sénatorial, plusieurs témoins et des membres de celui-ci ont manifesté des préoccupations en ce qui a trait à la note marginale qui coiffe le texte du nouveau paragraphe 16(6) :

Maximum de temps parental

16 (6) Lorsqu'il attribue du temps parental, le tribunal applique le principe selon lequel l'enfant devrait passer avec chaque époux le plus de temps compatible avec son propre intérêt.

N'y a-t-il pas là un danger de voir dans cette note un encouragement du partage égal du temps parental, et ce, alors que la disposition elle-même met l'accent sur l'attribution du plus de temps compatible avec l'intérêt de l'enfant ?

Cette préoccupation découle du fait que l'ancien paragraphe 16(10), coiffé du titre « Maximum de communication/ *Maximum Contact* », a été lu par certains comme énonçant une présomption en faveur de la « garde partagée » ou encore comme un incitatif pour une personne victime de violence familiale de taire ce fait, pourtant critique dans la détermination de l'allocation du temps parental, de peur d'être vue comme ne favorisant pas le maximum de communication avec la personne violente.

La *Loi d'interprétation*, à l'article 14, précise pourtant que cet élément de texte n'y figure qu'à titre de repère ou d'information.

20. MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU CANADA, DIVISION DE LA RECHERCHE ET DE LA STATISTIQUE, préc., note 9.

Néanmoins, afin de pallier cette inquiétude et pour indiquer clairement que l'intérêt de l'enfant est le seul facteur à prendre en considération au moment d'allouer du temps parental, à la demande du comité sénatorial, le ministre de la Justice s'est engagé à apporter une modification administrative à cette note marginale afin de remplacer les mots « Maximum de temps parental » par une expression qui devrait ressembler à « Temps parental compatible avec l'intérêt de l'enfant »²¹, ce qui ne risque pas de pervertir l'intention législative qui sous-tend l'article 16²².

Finalement, il faut préciser qu'en vertu de l'article 35.4 de la *Loi réformatrice*, à compter du 1^{er} juillet 2020, tout époux ou ex-époux bénéficiant d'un jugement lui accordant une garde ou des droits d'accès, sera réputé avoir du temps parental dans la mesure prévue par ce jugement.

2.4 Les responsabilités décisionnelles

Durant la période où l'enfant est avec une personne qui bénéficie de temps parental, seule celle-ci peut prendre les décisions qualifiées de quotidiennes à l'égard de l'enfant, comme l'énonce le nouveau paragraphe 16.2(2) :

Décisions quotidiennes

16.2 (2) Sauf ordonnance contraire du tribunal, la personne à qui est attribué du temps parental en vertu de l'alinéa 16.1(4)a) exerce exclusivement, durant ce temps, le pouvoir de prendre les décisions quotidiennes à l'égard de l'enfant.

Le législateur oppose aux « décisions quotidiennes », les « décisions importantes » ainsi définies par un ajout à l'article 2 de la *Loi* :

responsabilités décisionnelles S'entend de la responsabilité de la prise des décisions importantes concernant le bien-être de l'enfant en ce qui touche notamment les questions suivantes :

a) la santé ;

-
21. D. LAMETTI, *Lettre au Président du Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles*, préc., note 3, p. 3.
 22. Linda C. NEILSON et Susan B. BOYD, *Interpreting the New Divorce Act, Rules of Statutory Interpretation and Senate Observations*, mars 2020, en ligne : <<http://www.fredacentre.com/2020/03/11/new-report-interpreting-the-new-divorce-act-rules-of-statutory-interpretation-and-senate-observations>> (site consulté le 19 mars 2020).

- b) l'éducation ;
- c) la culture, la langue, la religion et la spiritualité ;
- d) les activités parascolaires majeures.

Cette définition, non limitative, renvoie à des décisions significatives sur le développement de l'enfant. On peut penser au choix de l'école, à la prise régulière d'un médicament, à une intervention chirurgicale majeure, à l'appartenance à une communauté culturelle, linguistique ou spirituelle, etc.

Lors de l'étude parlementaire, certains témoins ont critiqué l'absence de définition des « activités parascolaires majeures », soulignant que la question risquait d'entraîner des litiges. Les parlementaires s'en sont cependant remis aux commentaires du ministère de la Justice, selon lesquels les activités parascolaires majeures comprennent toute activité qui nécessite « l'investissement d'une part considérable des ressources familiales, qu'il s'agisse de temps ou d'argent »²³. On peut penser, par exemple, à la participation à une équipe de hockey, de football ou de ski de compétition qui requiert des investissements importants en temps et argent.

Il s'ensuit qu'il faut entendre par décisions quotidiennes, par exemple, l'heure des activités de l'enfant ou du dodo, son habillement, ses repas, aller au cinéma, assister à un spectacle à l'école, etc. L'objectif est de permettre à la personne ayant du temps parental de prendre des décisions liées aux soins quotidiens de l'enfant et à sa sécurité, sans avoir à consulter toute autre personne.

Si l'intérêt de l'enfant le requiert, le tribunal pourra modifier ce principe en rendant une ordonnance sur la façon dont certaines décisions quotidiennes devraient être prises (para. 16.2(2)).

En vertu du nouvel article 16.3, le tribunal jouit d'un large pouvoir quant à l'attribution des responsabilités pour les décisions importantes :

23. MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU CANADA, *Contexte législatif : Loi modifiant la Loi sur le divorce, la Loi d'aide à l'exécution des ordonnances et des ententes familiales et la Loi sur la saisie-arrêt et la distraction de pensions et apportant des modifications corrélatives à une autre loi (projet de loi C-78)*, septembre 2018, en ligne : <http://publications.gc.ca/collections/collection_2019/jus/J2-488-2019-fra.pdf> (site consulté le 28 août 2019), p. 17.

Attribution des responsabilités décisionnelles

16.3 La responsabilité décisionnelle à l'égard d'un enfant ou des éléments de cette responsabilité peuvent être attribués à l'un ou l'autre des époux, aux deux époux ou à la personne visée à l'alinéa 16.1(1)b), ou selon toute autre combinaison de ceux-ci.

Pour éviter des difficultés, certaines décisions importantes pourraient être attribuées à un seul parent. Ainsi, les questions liées à la santé et à l'éducation pourraient être attribuées à un époux et les décisions liées à la spiritualité pourraient être attribuées à l'autre, dans la mesure où une telle attribution est dans l'intérêt de l'enfant.

Selon nous, le tribunal devra cependant faire preuve de prudence puisqu'au final, l'autorité parentale des deux époux ne sera plus égale en raison de retrait d'attributs, ce que le *Code civil* n'interdit pas, mais n'encourage pas (art. 606 du *Code civil*).

Dans le respect du bijuridisme (art. 8.2, *Loi d'interprétation*), l'application des nouvelles dispositions relatives aux responsabilités parentales devra respecter la jurisprudence québécoise interprétant les articles 600 et suivants du *Code civil* en matière d'autorité parentale, incluant difficultés, déchéance et retrait de ses attributs.

Finalement, il faut souligner qu'à compter du 1^{er} juillet 2020, les ordonnances rendues antérieurement silencieuses en matière de responsabilités décisionnelles seront réputées contenir ou non, selon le cas, des dispositions en cette matière en vertu des articles 35.4 et 35.5 de la *Loi réformatrice* :

Personne réputée avoir du temps parental et des responsabilités décisionnelles

35.4 Sauf ordonnance contraire du tribunal :

a) toute personne qui, immédiatement avant la date d'entrée en vigueur du présent article, a la garde d'un enfant en vertu d'une ordonnance de garde rendue au

Person deemed to have parenting time and decision-making responsibility

35.4 Unless a court orders otherwise,

(a) a person who had custody of a child by virtue of a custody order made under this Act, immediately before the day on which this section comes into force, is deemed as of

titre de la présente loi est réputée, à compter de cette date, être une personne ayant du temps parental et des responsabilités décisionnelles ;

b) tout époux ou ex-époux qui, immédiatement avant cette date, a accès à un enfant en vertu d'une ordonnance de garde rendue au titre de la présente loi est réputé, à compter de cette date, être une personne ayant du temps parental.

Personne réputée avoir une ordonnance de contact

35.5 Sauf ordonnance contraire du tribunal, toute personne n'étant pas un époux ou un ex-époux qui, immédiatement avant la date d'entrée en vigueur du présent article, a accès à un enfant en vertu d'une ordonnance de garde rendue en vertu de la présente loi, est réputée, à compter de cette date, être une personne ayant des contacts avec l'enfant en vertu d'une ordonnance de contact.

that day, to be a person to whom parenting time and decision-making responsibility have been allocated ; and

(b) a spouse or former spouse who had access to a child by virtue of a custody order made under this Act, immediately before the day on which this section comes into force, is deemed as of that date, to be a person to whom parenting time has been allocated.

Person deemed to have contact order

35.5 If, immediately before the day on which this section comes into force, a person who is not a spouse or former spouse had access to a child by virtue of a custody order made under this Act, then, as of that day, unless a court orders otherwise, that person is deemed to be a person who has contact with the child under a contact order.

Dans le cas d'une garde partagée, les époux divorcés se retrouvent avec du temps parental équivalent aux périodes de garde accordées par le jugement et investis également de toutes les responsabilités décisionnelles, sauf si ce jugement a prévu expressément le contraire.

Dans le cas des jugements ou ordonnances accordant à l'un la garde et à l'autre des droits d'accès, chacun se retrouve avec du temps parental équivalent aux périodes prévues au jugement.

Mais qu'en est-il des responsabilités décisionnelles ?

Certains s'inquiètent du fait que le parent divorcé québécois bénéficiant de droits d'accès et non de la garde, se retrouve

désormais sans aucune responsabilité décisionnelle²⁴ ; bref, privé des attributs de l'autorité parentale reconnue par les tribunaux en vertu du *Code civil*.

Selon nous, tel ne peut être le cas. En effet, l'intention législative exprimée n'est pas de modifier le droit provincial, au Québec ou ailleurs. Cette intention est plutôt de favoriser une lecture de la *Loi réformatrice* s'harmonisant au droit civil québécois conformément aux articles 8.1 et 8.2 de la *Loi d'interprétation*.

Cette volonté est d'ailleurs reflétée par l'expression « est réputée » (en anglais « is deemed »), ce qui énonce non pas une règle absolue, mais plutôt une simple présomption ou règle par défaut que le droit dans les ressorts de common law ne repousse pas puisque la garde inclut généralement les responsabilités décisionnelles. Par contre au Québec, le *Code civil* repousse la présomption.

De plus, l'article 35.7 de la *Loi réformatrice* précise que son entrée en vigueur « ne constitue pas un changement dans la situation de l'enfant ». Or, prétendre qu'au Québec, avec l'entrée en vigueur de la *Loi réformatrice*, un des parents se retrouve désormais sans les attributs de l'autorité parentale, constituerait un changement important dans la situation des enfants.

En somme, une analyse de la *Loi réformatrice* dans son ensemble et le respect du bijuridisme canadien réaffirmé par les propos du ministre devant le comité sénatorial²⁵ indiquent que la présomption est, au Québec, repoussée par le *Code civil* ; sinon, elle modifierait les jugements et ordonnances de façon substantielle.

2.5 L'intervention de personnes autres que les époux

Au recensement de 2016, les enfants âgés de 14 ans ou moins formaient près de 17 % (5 839 565) de la population canadienne. Parmi eux, trois sur dix (30,3 %) vivaient dans une famille monoparentale, dans une famille recomposée ou sans leurs parents²⁶.

24. Marie Christine KIROUACK, *La réforme de la Loi sur le divorce*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2019, p. 99.

25. CANADA, SÉNAT, *Délibérations du Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles*, 5 juin 2019, préc., note 3 (l'honorable David Lametti).

26. STATISTIQUE CANADA, *Portrait de la vie familiale des enfants au Canada en 2016*, préc., note 10.

Selon ces mêmes données, plus de 92 % des enfants autochtones ne vivaient pas dans une famille intacte, c'est-à-dire une famille composée de deux parents et de leurs enfants biologiques ou adoptés²⁷.

Toujours selon le recensement de 2016, 6,3 % des Canadiens, soit 2,2 millions de personnes, vivaient dans une résidence privée où au moins trois générations d'une même famille habitent ensemble²⁸. Le nombre de ménages multigénérationnels augmente constamment, notamment en raison de l'évolution de la composition ethnoculturelle de la société. En effet, la cohabitation intergénérationnelle est plus répandue chez les Autochtones et les immigrants, qui représentent une proportion croissante de la population du pays²⁹. L'Enquête sociale générale 2017 révélait d'ailleurs que les grands-parents nés à l'étranger (9 %) étaient plus susceptibles que ceux nés au Canada (4 %) de vivre avec au moins un petit-enfant³⁰.

La notion de famille s'élargissant au-delà des parents et de leurs enfants, il faut s'attendre à ce que l'enfant développe des liens importants avec des personnes autres que les époux, y compris un beau-parent ou un grand-parent.

À la différence de l'actuel paragraphe 16(1) qui parle « de toute autre personne », le nouvel article 16.1 reconnaît la possibilité, pour une personne qui n'est pas l'un des époux dans l'instance de divorce, d'intervenir devant le tribunal pour obtenir du temps parental ou des responsabilités décisionnelles, par ex., un parent de l'enfant ou une personne qui en tient lieu ou souhaite le devenir :

Ordonnance parentale

16.1 (1) Le tribunal compétent peut rendre une ordonnance prévoyant l'exercice du temps parental ou des responsabilités décisionnelles à l'égard de tout enfant à charge, sur demande :

27. *Id.*

28. *Id.*

29. STATISTIQUE CANADA, *Familles, ménages et état matrimonial : faits saillants du Recensement de 2016*, août 2017, en ligne : <<https://www150.statcan.gc.ca/n1/daily-quotidien/170802/dq170802a-fra.htm>> (site consulté le 28 août 2019).

30. STATISTIQUE CANADA, *Histoire de famille : les grands-parents au Canada*, février 2019, en ligne : <<https://www150.statcan.gc.ca/n1/pub/11-627-m/11-627-m2019001-fra.htm>> (site consulté le 28 août 2019).

a) des époux ou de l'un d'eux ;

b) d'une personne — autre qu'un époux — qui est l'un des parents de l'enfant, lui en tient lieu ou a l'intention d'en tenir lieu.

Ce droit d'intervenir n'est cependant pas de plein droit, puisqu'une autorisation judiciaire préalable est toujours requise, comme le prévoit l'actuel paragraphe 16(3) :

Demande par une personne autre qu'un époux

16.1 (3) La présentation d'une demande au titre des paragraphes (1) ou (2) par la personne visée à l'alinéa (1) b) est subordonnée à l'autorisation du tribunal.

Cette autorisation pourrait être assujettie de conditions ou restrictions.

2.6 Les autres questions visées par l'ordonnance parentale

L'ordonnance parentale peut traiter de toute autre question pertinente comme l'indiquent les nouveaux alinéas 16(4) c) et d) :

Contenu de l'ordonnance parentale

16.1 (4) Le tribunal peut, dans l'ordonnance :

a) attribuer du temps parental conformément à l'article 16.2 ;

b) attribuer des responsabilités décisionnelles conformément à l'article 16.3 ;

c) imposer des exigences relatives aux formes de communication devant se dérouler au cours du temps parental attribué à une personne, entre un enfant et une autre personne ayant du temps parental ou des responsabilités décisionnelles ;

d) traiter de toute autre question qu'il estime indiquée.

L'alinéa c) traite expressément des modalités de communication avec une autre personne ayant du temps parental ou des responsabilités décisionnelles, une zone fréquente de différends.

Le tribunal pourrait traiter, par exemple, du jour et de l'heure des appels téléphoniques ou via Skype de l'enfant avec l'autre parent.

Quant à l'alinéa d), la *Loi réformatrice* contient des exemples de questions pouvant être traitées aux nouveaux paragraphes 16.1(4) à 16.1(9), soit l'obligation d'avoir recours à des mécanismes de règlement des différends familiaux, l'autorisation ou l'interdiction de déménagement important de l'enfant, la supervision du temps parental ou du transfert de l'enfant d'une personne à l'autre et l'interdiction de retirer l'enfant d'un secteur géographique précis (par ex., voyager à l'extérieur du Québec).

La nouvelle disposition relative à l'interdiction de retrait (para. 16.1(9)) est conforme à la pratique actuelle des tribunaux, développée malgré le silence de la *Loi* à ce sujet. En vertu du cadre jurisprudentiel actuel, l'interdiction de retrait n'est imposée que dans des circonstances exceptionnelles, telles que les cas présentant un risque d'enlèvement³¹.

En vertu de modifications récentes introduites par la *Loi modifiant la Loi sur les douanes*, L.C. 2018, ch. 30, l'Agence des services frontaliers du Canada (ASFC) est désormais autorisée à recueillir les données biographiques de tous les voyageurs à leur sortie du pays. Dans la mesure où l'information relative à l'interdiction de retrait est communiquée à l'ASFC, ce que la loi permet, l'agence pourra en assurer l'exécution aux points de sortie du Canada.

Finalement, l'ordonnance parentale peut être assujettie à des conditions de validité, comme c'est le cas pour les ordonnances de garde rendues en vertu du paragraphe 16(6) actuel. Des modifications mineures au libellé ont été apportées pour en moderniser la terminologie :

Conditions de l'ordonnance

16.1 (5) La durée de validité de l'ordonnance peut être déterminée ou indéterminée, ou dépendre d'un événement précis ; l'ordonnance peut être assujettie aux conditions ou aux restrictions que le tribunal estime indiquées.

31. MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU CANADA, *Contexte législatif*, préc., note 23, p. 17.

2.7 Les ordonnances de contact

L'ordonnance de contact est conçue comme un moyen de maintenir des relations avec un enfant. La principale distinction entre l'ordonnance parentale et l'ordonnance de contact est que cette dernière n'est pas automatiquement accompagnée d'un droit de prendre des décisions quotidiennes à l'égard de l'enfant lors de la période de contacts.

Selon un ajout à l'article 2 de la *Loi* et le nouvel article 16.5, le tribunal peut rendre des ordonnances de contact, même provisoire, en faveur d'une personne autre qu'un époux dans le cadre de procédures en divorce :

ordonnance de contact Ordonnance rendue en vertu du paragraphe 16.5(1).

[...]

Ordonnance de contact

16.5 (1) Le tribunal compétent peut, sur demande d'une personne autre qu'un époux, rendre une ordonnance prévoyant les contacts entre cette personne et tout enfant à charge.

Ordonnance provisoire

(2) Le tribunal peut, sur demande de cette personne, rendre une ordonnance provisoire prévoyant les contacts entre cette personne et l'enfant dans l'attente d'une décision sur la demande visée au paragraphe (1).

On peut penser à un parent de l'enfant qui ne s'est pas vu accorder du temps parental ou un grand-parent. Toute personne importante dans la vie de l'enfant pourrait donc maintenir des communications avec l'enfant malgré le refus de l'un ou l'autre des époux ou des deux.

Puisqu'il s'agit d'une intervention dans le dossier impliquant les époux, avant de présenter une demande d'ordonnance de contact, la personne devra obtenir l'autorisation du tribunal. Notons que si la personne a déjà obtenu une telle autorisation pour demander une ordonnance parentale, subséquemment refusée, elle

peut demander une ordonnance de contact, sans nécessité d'une nouvelle autorisation :

Autorisation du tribunal

16.5 (3) La présentation d'une demande au titre des paragraphes (1) ou (2) est subordonnée à l'autorisation du tribunal, sauf dans le cas où la personne a obtenu l'autorisation de présenter une demande au titre de l'article 16.1.

Pour décider de la demande de contact, le tribunal tient compte de l'intérêt de l'enfant (para. 16(1)) et de tout facteur pertinent, dont, par exemple, la possibilité qu'il y ait autrement des contacts (para. 16.5(4)).

Intérêt de l'enfant

16. (1) Le tribunal tient uniquement compte de l'intérêt de l'enfant à charge lorsqu'il rend une ordonnance parentale ou une ordonnance de contact.

Facteurs à considérer avant de rendre une ordonnance

16.5 (4) Afin de décider s'il rend ou non une ordonnance de contact en vertu du présent article, le tribunal tient compte de tout facteur pertinent, notamment la possibilité qu'il y ait autrement des contacts entre le demandeur et l'enfant, par exemple lors du temps parental d'une autre personne.

Le tribunal peut prescrire les modalités des contacts avec l'enfant (para. 16.5(5)).

Contenu de l'ordonnance de contact

16.5 (5) Le tribunal peut, dans l'ordonnance de contact :

- a) prévoir les contacts entre le demandeur et l'enfant sous forme de visites ou sous toute forme de communications ;
- b) traiter de toute autre question que le tribunal estime indiquée.

Ainsi, la personne pourrait se voir accorder des visites à un endroit précisé ou des communications électroniques (courriels, messages SMS ou encore par Skype). L'ordonnance pourrait aussi traiter de certaines décisions quotidiennes pendant les sorties avec

l'enfant ou prévoir des visites supervisées (para. 16.5(7)). Elle peut aussi restreindre les déplacements pendant une sortie.

La demande d'une ordonnance de contact ne peut être présentée que dans le cadre de procédures de divorce entre des époux où une demande d'ordonnance parentale est pendante ou a été accordée :

Compétence dans le cas d'une demande d'ordonnance de contact

6.1 (1) Le tribunal d'une province saisi d'une demande d'ordonnance parentale à l'égard d'un enfant a compétence pour instruire une demande d'ordonnance de contact à l'égard de cet enfant et en décider.

Compétence dans le cas où il n'y a aucune action en modification

(2) Dans le cas où aucun tribunal n'est saisi d'une action en modification d'une ordonnance parentale visant un enfant, le tribunal de la province où l'enfant a sa résidence habituelle a compétence pour instruire une demande d'ordonnance de contact, une demande d'ordonnance modificative d'une ordonnance de contact ou une demande d'ordonnance modificative de l'ordonnance parentale présentée par une personne visée au sous-alinéa 17(1)b(ii), et en décider, sauf s'il estime que le tribunal d'une autre province serait mieux à même d'instruire la demande et d'en décider, auquel cas il renvoie l'affaire à ce tribunal.

Absence de compétence – ordonnance de contact

6.1 (3) Il est entendu que si un enfant n'est visé par aucune ordonnance parentale, aucune demande d'ordonnance de contact ne peut être présentée à l'égard de cet enfant au titre de la présente loi.

Le tribunal saisi d'une demande d'ordonnance de contact alors qu'une ordonnance parentale est en place peut modifier cette dernière dans la mesure requise (para. 16.5(9)).

Modification de l'ordonnance parentale

16.5 (9) Dans le cas où l'enfant est déjà visé par une ordonnance parentale, le tribunal peut rendre une ordonnance modifiant l'ordonnance parentale pour tenir compte de l'ordonnance de contact qu'il rend au titre du présent article et les paragraphes 17(3) et (11) s'appliquent en conséquence, avec les adaptations nécessaires.

En l'absence d'une ordonnance parentale ou d'une demande à cet effet, une personne autre qu'un époux qui souhaite avoir des contacts avec un enfant devra nécessairement présenter une demande en vertu du *Code civil* ou d'une autre loi provinciale. Voir, par exemple, l'article 611 du *Code civil* pour un grand-parent.

Finalement, il faut souligner qu'une personne autre qu'un époux ou ex-époux bénéficiant d'accès à un enfant en vertu d'un jugement sera, dès le 1^{er} juillet 2020, réputée avoir une ordonnance de contact dans la mesure prévue par ledit jugement (art. 35.5 de la *Loi réformatrice*).

2.8 Le plan parental

Codifiant une pratique courante, le nouvel article 16.6 énonce que le tribunal peut incorporer, dans une ordonnance parentale ou une ordonnance de contact, tout plan parental convenu par les parties.

On réaffirme ainsi qu'en principe, les ex-époux sont mieux placés pour déterminer le type d'arrangement qui convient à la famille.

Il n'y a aucune restriction précise quant au contenu du plan parental. Ainsi, les parties pourraient prévoir que le plan évoluera en fonction des besoins de l'enfant.

Il n'y a pas non plus de conditions de forme. Le plan peut découler des procédures ou des déclarations déposées au dossier du tribunal.

Par contre, avant d'incorporer le plan parental, le tribunal doit s'assurer qu'il est dans l'intérêt de l'enfant (paras. 16.6(1) et 16.6(1)). Si tel n'est pas le cas, le tribunal peut le modifier.

L'article pertinent se lit comme suit :

Plan parental

16.6 (1) Le tribunal incorpore à l'ordonnance parentale ou à l'ordonnance de contact, selon le cas, tout plan parental que les parties lui

présentent, sauf s'il estime qu'il n'est pas dans l'intérêt de l'enfant de l'incorporer, auquel cas il peut apporter au plan les modifications qu'il estime indiquées et l'incorporer à l'ordonnance.

Définition de plan parental

(2) Au paragraphe (1), plan parental s'entend de tout document – ou toute partie d'un document – contenant les éléments sur lesquels les parties s'entendent relativement au temps parental, aux responsabilités décisionnelles ou aux contacts à l'égard de l'enfant.

Pour aider les parents dans la rédaction et la négociation d'un plan parental, le ministère de la Justice a élaboré un Échantillon de clauses pour un plan parental, un formulaire interactif accessible sur le site Web de Justice Canada.

3. L'INTÉRÊT DE L'ENFANT RÉAFFIRMÉ ET DÉFINI

3.1 La Convention internationale sur les droits de l'enfant

L'article 3 de la *Convention internationale des droits de l'enfant* (« CIDE »)³², un traité international adopté par l'ONU le 20 novembre 1989 et ratifié par le Canada, prévoit que l'intérêt de l'enfant doit être une considération primordiale dans toutes les décisions le concernant.

Comme le souligne le Comité des droits de l'enfant de l'ONU, « les enfants ont moins de possibilités que les adultes de défendre vigoureusement leurs propres intérêts. [...] Si les intérêts des enfants ne sont pas mis en exergue, ils tendent à être négligés »³³.

3.2 La situation au Canada

Les actuels paragraphes 16(8) et 17(5) de la *Loi* énoncent que le tribunal rend des ordonnances relatives à la garde et à l'accès

32. *Convention relative aux droits de l'enfant*, 20 novembre 1989, (1990) 1577 R.T.N.U. 441 (n° 27531) (entré en vigueur au Canada le 13 décembre 1991).

33. COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, *Observation générale n° 14 (2013) sur le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordiale* (art. 3, para. 1) (29 mai 2013), en ligne : <<https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opensslpdf.pdf?reldoc=y&docid=528336294>> (site consulté le 28 août 2019).

en ne tenant compte « que de l'intérêt de l'enfant », un concept non balisé.

Au fil des années, il a été défini par la jurisprudence et dans la législation des provinces et des territoires, à l'exception de l'Île-du-Prince-Édouard. Il comprend différents critères, notamment, la qualité de la relation entre l'enfant et le parent, les besoins affectifs, physiques, psychologiques, sociaux et économiques de l'enfant et ses préférences.

Au Québec, l'article 33 du *Code civil* précise que sont pris en considération, outre les besoins moraux, intellectuels, affectifs et physiques de l'enfant, son âge, sa santé, son caractère, son milieu familial et les autres aspects de sa situation.

La *Loi réformatrice* introduit une liste de critères permettant de cerner l'intérêt supérieur de l'enfant afin d'assurer une certaine uniformité à travers le pays et guider les parents, particulièrement ceux qui se représentent eux-mêmes, les intervenants, les avocats et les tribunaux.

3.3 L'obligation de garder l'enfant à l'écart du litige

Techniquement, la *Loi* n'impose pas aux époux qui divorcent l'obligation d'agir dans l'intérêt de l'enfant.

Le nouvel article 7.1 y remédie en prévoyant expressément que les personnes qui se sont vu accorder du temps parental, des responsabilités décisionnelles ou des contacts doivent le faire d'une manière compatible avec l'intérêt de l'enfant :

Intérêt de l'enfant

7.1 Les personnes ayant du temps parental ou des responsabilités décisionnelles à l'égard d'un enfant à charge et celles ayant des contacts avec un tel enfant en vertu d'une ordonnance de contact exercent ce temps parental, ces responsabilités et ces contacts d'une manière compatible avec l'intérêt de l'enfant.

De plus, d'avis que cela est dans l'intérêt de l'enfant, le législateur invite les parties à ne pas impliquer l'enfant dans les

procédures de divorce, en énonçant une nouvelle obligation de comportement :

Protection des enfants contre les conflits

7.2 Toute partie à une instance engagée sous le régime de la présente loi fait de son mieux pour protéger les enfants à charge des conflits découlant de l'instance.

Cette disposition répond aux études qui démontrent que des rapports conflictuels et des interactions négatives entre les parents durant les procédures en divorce (ou après) sont nuisibles au bien-être de l'enfant³⁴. Il est donc dans l'intérêt des enfants de les mettre à l'abri des conflits entre leurs parents.

3.4 Les critères pour l'attribution du temps parental et des responsabilités décisionnelles

La *Loi réformatrice* modifie l'article 16 de deux façons.

D'abord, elle énonce les objectifs du tribunal dans son évaluation de chaque dossier impliquant un enfant :

Intérêt de l'enfant

16. (1) Le tribunal tient uniquement compte de l'intérêt de l'enfant à charge lorsqu'il rend une ordonnance parentale ou une ordonnance de contact.

Considération première

(2) Lorsqu'il tient compte des facteurs prévus au paragraphe (3), le tribunal accorde une attention particulière au bien-être et à la sécurité physiques, psychologiques et affectifs de l'enfant.

Ces principes directeurs ne sont pas sans rappeler les articles 32 et 33 du *Code civil*. Le législateur fédéral agit dans le respect du bijuridisme.

Ensuite, la *Loi réformatrice* ajoute une liste non exhaustive des facteurs dont tient compte le tribunal pour déterminer l'intérêt de l'enfant :

34. Voir par ex. : Denise L. WHITEHEAD, « Is Shared Custody the 'Alchemy' of Family Law? » (2015) 35:1 C.F.L.Q. 1.

Facteurs à considérer

16. (3) Pour déterminer l'intérêt de l'enfant, le tribunal tient compte de tout facteur lié à la situation de ce dernier, notamment :

a) les besoins de l'enfant, dont son besoin de stabilité, compte tenu de son âge et du stade de son développement ;

b) la nature et la solidité de ses rapports avec chaque époux, ses frères et sœurs, ses grands-parents et toute personne ayant un rôle important dans sa vie ;

c) la volonté de chaque époux de favoriser le développement et le maintien de relations entre l'enfant et l'autre époux ;

d) l'historique des soins qui lui sont apportés ;

e) son point de vue et ses préférences, eu égard à son âge et à son degré de maturité, sauf s'ils ne peuvent être établis ;

f) son patrimoine et son éducation culturels, linguistiques, religieux et spirituels, notamment s'ils sont autochtones ;

g) tout plan concernant ses soins ;

h) la capacité et la volonté de chaque personne qui serait visée par l'ordonnance de prendre soin de lui et de répondre à ses besoins ;

i) la capacité et la volonté de chaque personne qui serait visée par l'ordonnance de communiquer et de collaborer, en particulier entre eux, à l'égard de questions le concernant ;

j) la présence de violence familiale et ses effets sur, notamment :

(i) la capacité et la volonté de toute personne ayant recours à la violence familiale de prendre soin de lui et de répondre à ses besoins,

(ii) l'opportunité d'une ordonnance qui nécessite la collaboration des personnes qui seraient visées par l'ordonnance à l'égard de questions le concernant ;

k) toute instance, ordonnance, condition ou mesure, de nature civile ou pénale, intéressant sa sécurité ou son bien-être.

Comme on peut le constater, il s'agit essentiellement d'une codification des critères définis par la jurisprudence ou d'une reprise de facteurs énoncés dans des lois provinciales³⁵, avec l'ajout d'une obligation de vérifier s'il y a présence ou non de violence familiale (alinéas 16(3)j) et k)). En pareil cas, le tribunal doit considérer les facteurs additionnels mentionnés au paragraphe 16(4). Vu son importance, la violence familiale fera l'objet de la prochaine partie de ce texte.

Le nouveau paragraphe 16(3) suggère une évaluation globale des facteurs énoncés, plutôt qu'une hiérarchie parmi ceux-ci, de même que l'incorporation de tout autre facteur pertinent.

Pour résoudre tout conflit entre les divers facteurs, le tribunal devra se rappeler que le bien-être et la sécurité physiques, psychologiques et affectifs de l'enfant constituent la considération première de l'exercice (para. 16(2)). Une approche semblable est préconisée par la législation en matière familiale de l'Alberta et de la Colombie-Britannique³⁶.

Examinons à présent chacun des facteurs énumérés au paragraphe 16(3) :

- a) **besoins de l'enfant, dont son besoin de stabilité, compte tenu de son âge et du stade de son développement** : Ce facteur met l'accent sur l'individualité de chaque enfant. Les besoins particuliers varieront d'un enfant à l'autre, selon son âge et le stade de son développement. Ainsi, le ministère de la Justice souligne que « le tempérament d'un enfant peut avoir une incidence sur sa capacité de composer avec les changements et les transitions, ainsi que sur le mode d'éducation dont il a besoin »³⁷. Un handicap physique ou une déficience intellectuelle pourraient également soulever des besoins particuliers.

35. Voir par ex. : *Droit de la famille – 091541*, 2009 QCCA 1268, para. 64 ; *Droit de la famille – 07832*, 2007 QCCA 548, para. 25-28 ; *Family Law Act*, S.B.C. 2011, c. 25, art. 37 (ci-après « FLA de la Colombie-Britannique »).

36. FLA de la Colombie-Britannique, art. 37 ; *Family Law Act*, S.A. 2003, c. F-4.5, art. 18.

37. MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU CANADA, *Contexte législatif*, préc., note 23, p. 10-11.

Enfin, la référence explicite au besoin de stabilité reconnaît que la séparation et le divorce entraînent généralement des changements importants dans la vie d'un enfant dont il ne faut pas négliger les effets.

- b) **nature et solidité de ses rapports avec chaque époux, ses frères et sœurs, ses grands-parents et toute personne ayant un rôle important dans sa vie** : Il va sans dire que dans l'élaboration d'une ordonnance parentale, le tribunal devra tenir compte de la nature et de la solidité des rapports de l'enfant avec tout membre de la famille, y compris les demi-sœurs, les demi-frères, les beaux-parents, etc. Le besoin de stabilité de l'enfant pourrait exiger qu'il maintienne des contacts continus avec toutes ces personnes.
- c) **volonté de chaque époux de favoriser le développement et le maintien de relations entre l'enfant et l'autre époux** : Comme le note le ministère de la Justice, « si un parent ne favorise pas la relation de l'enfant avec l'autre parent, par exemple en tentant activement de nuire à cette relation, il pourrait s'agir d'un facteur important dont le tribunal devrait tenir compte lorsqu'il rendra une ordonnance parentale »³⁸.

Lors des consultations parlementaires, certains témoins ont recommandé le retrait de ce facteur, en soulignant que dans des situations de violence familiale, le parent victime, généralement la mère, hésite à soulever cette question et à faire des démarches pour se protéger de même que l'enfant, de peur que ce ne soit vu comme un refus de favoriser le maintien des rapports avec l'autre époux³⁹.

38. *Id.*, p. 11.

39. CANADA, SÉNAT, *Projet de loi C-78, Loi modifiant la Loi sur le divorce, la Loi d'aide à l'exécution des ordonnances et des ententes familiales et la Loi sur la saisie-arrest et la distraction de pensions et apportant des modifications corrélatives à une autre loi*, Trente-quatrième rapport du Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles (observations), 1^{re} session, 42^e législature, juin 2019, en ligne : <https://sencanada.ca/content/sen/committee/421/LCJC/reports/reportBillC-78-revised_f.pdf> (site consulté le 29 août 2019), p. 7. Voir par ex. le mémoire soumis par l'Association nationale de la femme et du droit et de Luke's Place au Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles dans le cadre de l'étude de la *Loi réformatrice*, en ligne : <https://sencanada.ca/content/sen/committee/421/LCJC/Briefs/Combinedforweb_f.pdf> (site consulté le 28 août 2019).

Il ne faut cependant pas perdre de vue que si ce facteur reprend la « règle du parent amical », énoncée auparavant comme principe séparé aux paragraphes 16(10) et 17(9) de la *Loi*, il le fait désormais dans le cadre d'une longue liste où il devient un facteur parmi plusieurs autres.

En présence de violence familiale, particulièrement dans le cas où la preuve démontre l'existence d'un parent contrôlant (voir le chapitre suivant), il faudra éviter de considérer comme un facteur négatif la volonté du parent victime de restreindre, d'encadrer rigoureusement ou d'exclure les relations entre l'enfant et le parent agresseur.

- d) **historique des soins qui lui sont apportés** : Selon le ministère de la Justice, « pour évaluer les rôles éventuels qu'elles pourront jouer dans l'éducation de l'enfant à la suite du divorce, le tribunal peut devoir tenir compte des rôles qu'ont joués les diverses personnes impliquées dans la vie de l'enfant avant le divorce. Par exemple, pour évaluer la capacité d'une partie de fournir des soins quotidiens continus, on peut examiner sa connaissance des routines, des préférences et de la santé de l'enfant, et sa capacité de gérer ces divers aspects. L'historique de la relation entre l'enfant et chaque personne qui demande une ordonnance est également lié à la question de la stabilité, qui comprend le concept de continuité des soins »⁴⁰.
- e) **point de vue et préférences de l'enfant, eu égard à son âge et à son degré de maturité, sauf s'ils ne peuvent être établis** : L'article 12 de la CIDE prévoit que les États doivent garantir « à l'enfant qui est capable de discernement le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant, les opinions de l'enfant étant dûment prises en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité ».

Dans son rapport final de décembre 1998, le Comité mixte spécial sur la garde et le droit de visite des enfants recommandait de mettre en place des mesures pour que « les enfants puissent

40. MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU CANADA, *Contexte législatif*, préc., note 23, p. 12.

être entendus lorsque des décisions sur les responsabilités parentales les concernant sont prises »⁴¹.

Toutes les ordonnances parentales touchant directement les enfants à charge et, comme en droit québécois, la *Loi réformatrice* reconnaît que leurs opinions et préférences doivent être prises en compte dans la mesure où il est approprié de le faire, compte tenu de l'âge et du degré de maturité de l'enfant.

Aucun âge précis n'est mentionné, puisque la maturité de l'enfant est propre à chacun, donc une question de faits. Le corpus jurisprudentiel québécois est d'ailleurs bien développé sur ce point.

- f) **patrimoine et éducation culturels, linguistiques, religieux et spirituels de l'enfant, notamment s'il est autochtone** : Le ministère de la Justice souligne que « [s]elon la situation de l'enfant, sa culture ou sa religion peut constituer un système de soutien additionnel pour lui. L'intérêt de l'enfant est généralement favorisé lorsqu'il peut apprendre non seulement du système d'éducation officiel, mais également grâce à ses expériences et à ses observations. Le potentiel d'un enfant à se créer sa propre identité culturelle et une estime de soi positive peuvent être des facteurs importants que les tribunaux doivent prendre en considération. [...] Si ces facteurs ne sont pas particulièrement pertinents pour la vie d'un enfant donné, ou si les parties n'ont pas de divergences d'opinions significatives sur ces éléments, les tribunaux n'y accorderaient pas beaucoup d'importance »⁴².

Pour ces raisons, le tribunal devrait tenir compte de la capacité des époux de maintenir et de favoriser chez l'enfant une compréhension de son patrimoine culturel, linguistique et spirituel.

- g) **tout plan concernant ses soins** : Si les époux ont un plan parental, le tribunal doit en tenir compte dans l'évaluation

41. COMITÉ MIXTE SPÉCIAL SUR LA GARDE ET LE DROIT DE VISITE DES ENFANTS, préc., note 1, recommandation 3.1.

42. MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU CANADA, *Contexte législatif*, préc., note 23, p. 12.

de l'intérêt de l'enfant. En vertu de l'article 16.6, le tribunal l'incorpore d'ailleurs à l'ordonnance parentale ou à l'ordonnance de contact, selon le cas, sauf s'il estime que cela n'est pas dans l'intérêt de l'enfant.

- h) **capacité et volonté de prendre soin de l'enfant et de répondre à ses besoins** : Comme le souligne le ministère de la Justice, il pourrait arriver qu'un époux ne veuille pas ou ne puisse pas répondre aux besoins de l'enfant, compte tenu de ses propres limites physiques, psychologiques ou pour toute autre raison⁴³. Si ces limites portent à craindre pour la santé, la sécurité ou le bien-être de l'enfant, le tribunal doit en tenir compte.

Le ministère de la Justice précise que « le critère proposé ne mettrait pas uniquement l'accent sur la capacité et la volonté passées, mais également sur la capacité et la volonté actuelles et futures de prendre soin de l'enfant et de répondre à ses besoins »⁴⁴.

- i) **capacité et volonté de communiquer et de collaborer à l'égard de questions concernant l'enfant** : Selon de nombreuses études, la capacité des époux à collaborer et à communiquer est un facteur clé dans le succès à long terme des arrangements parentaux⁴⁵.

La collaboration entre les époux facilite également le maintien de la stabilité dans la vie de l'enfant et favorise son bien-être.

Par conséquent, il importe de tenir compte de la capacité et de la volonté de chaque personne visée par l'ordonnance de communiquer et de collaborer.

Si, par exemple, les époux font preuve d'une incapacité à bien communiquer, le tribunal pourrait décider d'inclure plus de balises et éviter toute flexibilité dans son ordonnance paren-

43. *Id.*

44. *Id.*

45. Zoe RATHUS, « Social Science or Lego-Science-Presumptions, Politics, Parenting and the New Family Law » (2010) 10 Queensland U. Tech. L. & Just. J. 164 ; D. L. WHITEHEAD, préc., note 34.

tale, dans l'objectif de limiter les communications entre les parents au sujet des soins à apporter à l'enfant à charge et de la prise des décisions le concernant.

- j) **présence de violence familiale et ses effets** sur, notamment (i) la capacité et la volonté de toute personne ayant recours à la violence familiale de prendre soin de l'enfant et de répondre à ses besoins, et (ii) l'opportunité d'une ordonnance qui nécessite la collaboration. Ce facteur est étudié dans le prochain chapitre.
- k) **toute instance, ordonnance, condition ou mesure, de nature civile ou pénale, intéressant la sécurité de l'enfant ou son bien-être** : On pense ici aux ordonnances en matière de protection de la jeunesse, aux déclarations de culpabilité de l'un des époux relativement à des voies de fait ou en matière d'agression sexuelle contre l'autre époux, l'enfant ou tout autre membre de la famille.

Soulignons que le nouvel article 7.8 demande au tribunal de vérifier si l'une ou l'autre des parties est visée par une ordonnance civile de protection ou une instance relative à une telle ordonnance, par une ordonnance, instance, entente ou mesure relative à la protection de la jeunesse ou par une ordonnance, une instance, une promesse ou un engagement relatif à une question de nature pénale.

Le nouveau paragraphe 16(5) reprend le principe que dans la détermination de l'intérêt de l'enfant, le tribunal ne tient pas compte de la conduite antérieure d'une personne et précise que cela s'applique dans le contexte des ordonnances parentales ou des ordonnances de contact, à moins que cette conduite soit pertinente quant à l'exercice du rôle parental à l'égard d'un enfant ou des contacts avec celui-ci :

Conduite antérieure

16 (5) Pour déterminer l'intérêt de l'enfant, le tribunal ne tient pas compte de la conduite antérieure d'une personne, sauf si cette conduite est liée à l'exercice du temps parental, de responsabilités décisionnelles ou de contacts avec l'enfant en vertu d'une ordonnance de contact.

Le maintien de ce principe ayant soulevé certaines interrogations devant le comité sénatorial, une représentante du ministère de la Justice l'a justifié comme suit :

« Si la conduite d'un parent se répercute sur son rôle parental et sa capacité à remplir ce rôle à l'égard d'un enfant, le tribunal devrait en tenir compte. La règle relative à la conduite antérieure vise à éliminer la prise en considération par les tribunaux de conduites qui, à une autre époque, étaient jugées immorales. Par exemple, l'adultère était jugé comme un facteur défavorable dans l'évaluation de la capacité à exercer un rôle parental. C'est pourquoi cette disposition avait été intégrée à la première *Loi sur le divorce*. Cette disposition n'aura aucune incidence sur l'examen que fera un tribunal de toute conduite qui se répercute directement sur la capacité d'une personne à exercer un rôle de parent et à s'occuper d'un enfant. »⁴⁶

En somme, une manifestation antérieure de violence, une incapacité passée à répondre aux besoins de l'enfant ou une période de désintérêt pour ce dernier sont des conduites antérieures tout à fait pertinentes dans l'analyse et non exclues par le paragraphe 16(5).

4. LA VIOLENCE FAMILIALE

4.1 L'étendue de la problématique

Les statistiques canadiennes démontrent l'existence de violence familiale tant contre les enfants que les conjoints. La séparation et le divorce peuvent exacerber les rapports conflictuels et violents ; de fait, dans la période post-séparation, il y a un risque accru de violence entre les membres de la famille⁴⁷.

Selon Statistique Canada, en 2017, la violence entre partenaires intimes⁴⁸ représentait près du tiers (30 %) de tous les crimes

46. CANADA, SÉNAT, *Délibérations du Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles*, 5 juin 2019, préc., note 3 (M^e Claire Farid, avocate-conseil et gestionnaire).

47. GROUPE DE TRAVAIL SPÉCIAL FÉDÉRAL-PROVINCIAL-TERRITORIAL SUR LA VIOLENCE FAMILIALE, *Établir les liens dans les cas de violence familiale*, vol. I, Ottawa, ministère de la Justice du Canada, 2013, p. 4.

48. Marta BURCZYCKA, Shana CONROY et Laura SAVAGE (CENTRE CANADIEN DE LA STATISTIQUE JURIDIQUE), *La violence familiale au Canada : un profil statistique*, en ligne : <<https://www150.statcan.gc.ca/n1/pub/85-002-x/2018001/article/54978-fra.pdf>> (site consulté le 29 août 2019). La notion de violence entre partenaires intimes couvre « les infractions avec violence commises par un conjoint

violents déclarés par la police à travers le pays, touchant près de 96 000 personnes de 15 à 89 ans.

Dans 79 % des cas, il s'agissait de femmes. En d'autres termes, les femmes représentaient huit plaintes sur dix de violence aux mains d'un conjoint actuel ou ancien ou d'un petit ami, actuel ou ancien⁴⁹.

Dans près de 80 % des 933 affaires d'homicide entre partenaires intimes survenues de 2007 à 2017, la victime était une femme⁵⁰.

Parmi les 20 % de victimes de sexe masculin, la plupart ont été tuées par une conjointe mariée ou une conjointe de fait (59 %), ou une petite amie (27 %), actuelles ou anciennes. Par contre, une proportion significative de ces hommes a été tuée par un conjoint ou un partenaire amoureux de même sexe (14 %)⁵¹.

En 2015, au Québec seulement, la police a enregistré 19 406 infractions contre la personne commises dans un contexte conjugal. Dans 78 % des cas, les accusations émanaient d'une femme⁵².

En somme, la violence conjugale est genrée.

Statistique Canada souligne également que les cas d'homicides entre partenaires intimes surviennent généralement dans des contextes où il y a des antécédents de violence. Par exemple, parmi tous les homicides entre conjoints (actuels ou anciens) commis entre 2007 et 2017, près des deux tiers (62 %) ont été précédés d'incidents de violence familiale⁵³. En d'autres mots, la violence familiale est susceptible de répétition et d'aggravation.

marié, un conjoint de fait, un partenaire amoureux et d'autres types de partenaires intimes, actuels ou anciens » (p. 22).

49. *Id.*

50. *Id.*

51. *Id.* Les auteures notent que ces données pourraient représenter un portrait incomplet de la véritable ampleur de la violence entre partenaires intimes au Canada, puisque les incidents de violence ne sont pas systématiquement signalés à la police.

52. CONSEIL DU STATUT DE LA FEMME, préc., note 18, p. 42.

53. M. BURCZYCKA, S. CONROY et L. SAVAGE, préc., note 48, p. 25.

Par ailleurs, la violence familiale a des répercussions à long terme sur le comportement de l'enfant, son développement et sa santé physique et émotionnelle, que l'enfant soit victime de l'acte de violence ou qu'il y soit exposé (directement ou indirectement). Selon une étude longitudinale menée par l'Université McMaster, au cours de leur enfance 48 % des détenu(e)s au Canada ont été victimes de violence physique et 52 %, de violence psychologique⁵⁴.

Parmi les 59 236 enfants et jeunes de 17 ans et moins qui ont été victimes de violence déclarée à la police en 2017, près du tiers (30 %) ont été agressés par un membre de la famille, y compris un parent, un frère ou une sœur, un oncle, une tante, un cousin ou une cousine⁵⁵.

Pour près de six enfants et jeunes victimes de violence familiale sur dix (58 %), l'agresseur était un parent. Cette tendance est encore plus marquée chez les victimes de cinq ans ou moins, dont plus de sept sur dix (73 %) ont été agressées par un parent, que chez les jeunes de 15 à 17 ans (44 %)⁵⁶.

Selon une autre étude menée par le ministère de la Justice, en 2009, près des deux tiers (64 %) des victimes d'actes de violence entre partenaires intimes commis pendant ou après la séparation affirmaient qu'un enfant avait soit entendu soit vu l'acte⁵⁷.

4.2 L'ajout enfin de dispositions sur la violence dans la Loi

Bien que nos connaissances sur la violence familiale et sa pertinence en ce qui a trait aux ordonnances parentales se soient accrues au fil des années, la *Loi* était jusqu'à aujourd'hui demeurée silencieuse à ce sujet.

54. UNIVERSITÉ McMASTER, *Half of people in Canadian prisons were abused as children: McMaster research*, janvier 2018, en ligne : <https://fhs.mcmaster.ca/main/news/news_2019/half_of_people_in_prison_were_abused_as_children.html> (site consulté le 28 août 2019).

55. M. BURCZYCKA, S. CONROY et L. SAVAGE, préc., note 48, p. 4.

56. *Id.*

57. Melissa LINDSEY, *Actes de violence perpétrés par des ex-conjoints*, Ottawa, ministère de la Justice du Canada (Division de la recherche et de la statistique), 2014, p. 17.

Même si des juges et des intervenants tiennent normalement compte de la violence familiale au moment de rendre des jugements ou de conclure des règlements, ce silence législatif éclipsait l'importance qu'il faut accorder au repérage de la violence familiale et à son éradication ou, à tout le moins, la minimisation du risque de nouvelle violence, par des ordonnances parentales adéquates⁵⁸.

Ce silence permet aussi à certains de la minimiser dans la détermination de la garde et des droits d'accès en prétendant, erronément, qu'un époux violent n'était pas nécessairement un parent violent ou inadéquat.

La *Loi réformatrice* change la donne. Elle énonce d'abord une définition moderne et étendue de la violence familiale, puis, si présente, elle oblige les juges et les intervenants à considérer des facteurs additionnels avant de déterminer les ordonnances qui seront dans l'intérêt de l'enfant.

La définition de « violence familiale », ajoutée à l'article 2 de la *Loi*, renvoie à diverses conduites néfastes au sein d'une famille :

violence familiale S'entend de toute conduite, constituant une infraction criminelle ou non, d'un membre de la famille envers un autre membre de la famille, qui est violente ou menaçante, qui dénote, par son aspect cumulatif, un comportement coercitif et dominant ou qui porte cet autre membre de la famille à craindre pour sa sécurité ou celle d'une autre personne – et du fait, pour un enfant, d'être exposé directement ou indirectement à une telle conduite –, y compris :

- a) les mauvais traitements corporels, notamment l'isolement forcé, à l'exclusion de l'usage d'une force raisonnable pour se protéger ou protéger quelqu'un ;
- b) les abus sexuels ;
- c) les menaces de tuer quelqu'un ou de causer des lésions corporelles à quelqu'un ;
- d) le harcèlement, y compris la traque ;

58. Linda C. NEILSON, *Responding to Domestic Violence in Family Law, Civil Protection & Child Protection Cases*, 2017 CanLIIDocs 2, février 2017.

- e) le défaut de fournir les choses nécessaires à l'existence ;
- f) les mauvais traitements psychologiques ;
- g) l'exploitation financière ;
- h) les menaces de tuer ou de blesser un animal ou d'endommager un bien ;
- i) le fait de tuer un animal, de causer des blessures à un animal ou d'endommager un bien.

Elle vise donc quatre grandes catégories de conduite, constituant une infraction criminelle ou non, d'un membre de la famille envers un autre :

- i) la conduite violente ;
- ii) la conduite menaçante ;
- iii) la conduite qui dénote, par son aspect cumulatif, un comportement coercitif et dominant ; et
- iv) la conduite qui porte un autre membre de la famille à craindre pour sa sécurité ou celle d'une autre personne.

Il faut signaler que « l'aspect cumulatif » (*pattern* dans le libellé anglais) n'est requis qu'à l'égard de la troisième catégorie de conduite, soit celle qui dénote un comportement coercitif et dominant. Le ministère de la Justice souligne que le contrôle est le but premier de ce type de violence et que des tactiques non physiques, comme la violence émotive ou la surveillance, accompagnée ou non de violence physique, sont parfois employées pour y parvenir⁵⁹.

Lors de sa comparution devant le comité sénatorial, le ministre de la Justice a ajouté que « le projet de loi met l'accent sur les comportements coercitifs et dominants, une forme particulière-

59. GROUPE DE TRAVAIL SPÉCIAL FÉDÉRAL-PROVINCIAL-TERRITORIAL SUR LA VIOLENCE FAMILIALE, préc., note 47, p. 3.

ment dangereuse de violence familiale qui, selon les recherches, est principalement commise par des hommes contre des femmes »⁶⁰.

La définition reconnaît aussi la vulnérabilité particulière des enfants et les effets négatifs que la violence familiale a sur eux. Ainsi, la définition indique que, pour un enfant, être exposé à la violence familiale constitue en soi un acte de violence familiale à son égard.

Enfin, la définition contient une liste, non exhaustive, de comportements précis considérés comme des manifestations des conduites visées :

- a) **les mauvais traitements corporels, notamment l'isolement forcé, à l'exclusion de l'usage d'une force raisonnable pour se protéger ou protéger quelqu'un** : Les mauvais traitements corporels peuvent comprendre les coups de poing et de pied, les tapes, l'isolement forcé, les pincements, blesser à l'aide d'une arme, lancer des objets sur un membre de la famille, etc.⁶¹. Cependant, cela ne comprend pas les actes d'une personne qui tente de se protéger elle-même ou de protéger un autre membre de la famille.
- b) **les abus sexuels** : Ceux-ci comprennent les agressions sexuelles de même que le fait de contraindre quelqu'un à être témoin d'actes sexuels ou de regarder un film pornographique ou à lire une histoire de même genre⁶².
- c) **les menaces de tuer quelqu'un ou de causer des lésions corporelles à quelqu'un** : Il s'agit d'une forme de violence psychologique⁶³.

60. CANADA, SÉNAT, *Délibérations du Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles*, 5 juin 2019, préc., note 3 (l'honorable David Lametti).

61. Pour d'autres exemples, voir : MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU CANADA, *La violence familiale*, en ligne : <<https://www.justice.gc.ca/fra/jp-cj/vf-fv/apropos-about.html>> (consulté le 28 août 2019).

62. GENDARMERIE ROYALE DU CANADA, *La violence familiale*, en ligne : <<http://www.rcmp-grc.gc.ca/cycp-cpcj/violence/fv-vf/index-fra.htm>> (site consulté le 28 août 2019).

63. GROUPE DE TRAVAIL SPÉCIAL FÉDÉRAL-PROVINCIAL-TERRITORIAL SUR LA VIOLENCE FAMILIALE, préc., note 47, p. 20.

- d) **le harcèlement, y compris la traque** : Les actes de harcèlement incluent les commentaires sexuels non souhaités et les appels téléphoniques persistants⁶⁴. La traque « consiste généralement à répéter pendant un certain temps un comportement qui amène la victime à craindre raisonnablement pour sa sécurité personnelle ou celle d'un proche »⁶⁵.
- e) **le défaut de fournir les choses nécessaires à l'existence** : Pensons au manquement au devoir de fournir les choses nécessaires à l'existence (art. 215 du *Code criminel*)⁶⁶, l'abandon d'un enfant (art. 218 C.cr.) ou encore la négligence criminelle causant des lésions corporelles ou la mort (art. 219-221 C.cr.).
- f) **les mauvais traitements psychologiques** : Cela inclut l'utilisation de paroles ou d'actions visant, par exemple, à intimider, à dénigrer ou à déshumaniser quelqu'un. Pensons aux menaces, aux critiques constantes, au fait d'isoler un membre de la famille de ses amis et de sa famille, etc.⁶⁷.
- g) **l'exploitation financière** : Selon le Ministère, les actes d'exploitation financière comprennent le vol, la fraude ou encore, le fait d'agir sans autorisation d'une façon qui avantage financièrement une personne au détriment d'une autre⁶⁸.
- h) **les menaces de tuer ou de blesser un animal ou d'endommager un bien** : Il s'agit d'une forme de violence psychologique⁶⁹.
- i) **le fait de tuer un animal, de causer des blessures à un animal ou d'endommager un bien** : Il s'agit d'une autre forme de violence psychologique⁷⁰. Rappelons que les actes énumérés constitueront de la violence familiale seulement s'ils

64. GENDARMERIE ROYALE DU CANADA, préc., note 62.

65. GROUPE DE TRAVAIL SPÉCIAL FÉDÉRAL-PROVINCIAL-TERRITORIAL SUR LA VIOLENCE FAMILIALE, préc., note 47, p. 20.

66. L.R.C. (1985), ch. C-46 (ci-après « C.cr. »).

67. *Id.* Pour d'autres exemples, voir : MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU CANADA, *La violence familiale*, préc., note 61.

68. GROUPE DE TRAVAIL SPÉCIAL FÉDÉRAL-PROVINCIAL-TERRITORIAL SUR LA VIOLENCE FAMILIALE, préc., note 47, p. 21.

69. *Id.*, p. 20.

70. *Id.*

respectent les seuils de conduite identifiés dans la définition de violence familiale. Ainsi, l'activité de chasse récréative ne constituerait pas un acte de violence familiale, puisqu'il n'y a pas là une intention de contraindre ou de dominer un membre de la famille, ou de lui inspirer de la crainte pour lui-même ou un autre membre de la famille.

D'autres exemples d'actes violents se trouvent dans le *Guide sur les arrangements parentaux après la séparation ou le divorce* préparé par le ministère de la Justice à l'attention principalement des époux⁷¹.

En somme, il s'agit d'une définition intentionnellement large afin « d'inclure l'ensemble des types de violence qui pourraient exister dans une famille et qui, évidemment, auraient un impact négatif pour l'enfant, et ce, de manière assez flexible pour ne pas exclure d'autres types de violence qui pourraient se produire »⁷².

Puisque la définition traite de conduites néfastes par un membre de la famille à l'encontre d'un autre, il est important de bien saisir la notion de « membre de la famille », ainsi définie à l'article 2 :

membre de la famille Est assimilé à un membre de la famille un membre du ménage de l'enfant à charge ou de l'un des époux ou ex-époux ainsi que le partenaire amoureux de l'un des époux ou ex-époux qui participe aux activités du ménage.

La notion est définie du point de vue de l'enfant. C'est la réalité de l'enfant ou de celle des ex-époux qui détermine les limites du cercle, et non les liens familiaux avec l'enfant. Si l'enfant habite avec ses grands-parents, par exemple, la détermination des membres de la famille s'établira en fonction de ce ménage et de celui de chacun des époux. Tant les grands-parents que toute personne qui habite avec l'un ou l'autre des époux, y compris les frères et les sœurs, seront considérés comme membres de la famille.

71. MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU CANADA, *Faire des plans. Guide sur les arrangements parentaux après la séparation ou le divorce*, Ottawa, ministère de la Justice du Canada, 2013, p. 57.

72. CANADA, SÉNAT, *Délibérations du Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles*, 5 juin 2019, préc., note 3 (l'honorable David Lametti).

De plus, la définition inclut expressément tout partenaire amoureux d'un époux ou d'un ex-époux, dans la mesure où il participe aux activités du ménage de l'enfant ou de celui de l'un ou l'autre des ex-époux. Ainsi, dans la détermination de l'intérêt de l'enfant, on inclut tant les actes de violence commis par un partenaire intime présent dans la vie de l'enfant que ceux commis à son encontre. L'exigence relative à la participation aux activités du ménage permet d'assurer que seuls les partenaires intimes qui sont présents dans la vie de l'enfant seront considérés comme membres de la famille.

4.3 Les facteurs additionnels à considérer en présence de violence

En vertu du nouvel article 16, dans la détermination de l'ordonnance répondant à l'intérêt de l'enfant, un des facteurs dont le tribunal doit tenir compte est la présence de violence familiale et ses effets, notamment sur la capacité du parent violent à prendre soin de l'enfant et sur l'opportunité d'imposer en contexte de violence une ordonnance qui nécessite une collaboration entre les parties (alinéa 16.3 j), précité).

On aurait tort de considérer la présence de violence familiale comme un simple facteur parmi la longue liste des facteurs du nouveau paragraphe 16(3).

En effet, ce facteur doit recevoir une attention particulière considérant le principe interprétatif introduit par le nouveau paragraphe 16(2), qu'il y a lieu de citer à nouveau :

Considération première

16 (2) Lorsqu'il tient compte des facteurs prévus au paragraphe (3), le tribunal accorde une attention particulière au bien-être et à la sécurité physiques, psychologiques et affectifs de l'enfant.

Puisque la considération première de l'analyse portant sur l'ordonnance parentale ou de contact répondant à l'intérêt de l'enfant est son bien-être et sa sécurité physiques, psychologiques et affectifs, l'existence de violence familiale, dont il est une victime directe ou un témoin de celle faite à un membre de sa famille, est un facteur critique, voire déterminant.

Indice de la gravité de ce facteur par rapport aux autres facteurs énoncés au paragraphe 16(3), le législateur énonce que le tribunal doit alors tenir compte dans son analyse d'une série, non exhaustive, de facteurs additionnels, énoncés au nouveau paragraphe 16(4) :

16 (4) Lorsqu'il examine, au titre de l'alinéa (3j), les effets de la violence familiale, le tribunal tient compte des facteurs suivants :

- a)** la nature, la gravité et la fréquence de la violence familiale, ainsi que le moment où elle a eu lieu ;
- b)** le fait qu'une personne tende ou non à avoir, par son aspect cumulatif, un comportement coercitif et dominant à l'égard d'un membre de la famille ;
- c)** le fait que la violence familiale soit ou non dirigée contre l'enfant ou le fait que celui-ci soit ou non exposé directement ou indirectement à la violence familiale ;
- d)** le tort physique, affectif ou psychologique causé à l'enfant ou le risque qu'un tel tort lui soit causé ;
- e)** le fait que la sécurité de l'enfant ou d'un autre membre de la famille soit ou non compromise ;
- f)** le fait que la violence familiale amène l'enfant ou un autre membre de la famille à craindre pour sa sécurité ou celle d'une autre personne ;
- g)** la prise de mesures par l'auteur de la violence familiale pour prévenir de futurs épisodes de violence familiale et pour améliorer sa capacité à prendre soin de l'enfant et à répondre à ses besoins ;
- h)** tout autre facteur pertinent.

Examinons chacun de ces facteurs :

- a) la nature, la gravité et la fréquence de la violence familiale, ainsi que le moment où elle a eu lieu :** Ces éléments sont pertinents puisqu'ils peuvent permettre d'évaluer les risques et la probabilité que la violence familiale se pour-

suive⁷³. Plus la fréquence et la gravité de la violence familiale sont présentes, plus la probabilité que l'enfant en soit affecté est élevée.

- b) **le fait qu'une personne tende ou non à avoir, par son aspect cumulatif, un comportement coercitif et dominant à l'égard d'un membre de la famille** : Ce type de violence familiale survient « lorsqu'un conjoint ou un ancien conjoint adulte tente, par des moyens émotionnels et psychologiques, physiques, économiques ou sexuels, d'exercer à l'égard de l'autre une coercition, une domination, une surveillance, une intimidation ou une autre forme de contrôle. [Il] peut comporter un ensemble de comportements de surveillance émotionnelle, financière ou psychologique, de domination, de dégradation, d'intimidation, de coercition ou de contrôle sans violence physique ou sexuelle »⁷⁴.

Il est souvent associé à la violence envers l'enfant et à l'utilisation de l'enfant pour maintenir un contrôle sur l'autre époux⁷⁵. Il est également l'un des facteurs prédictifs les plus saillants de la violence physique et sexuelle au cours d'une relation⁷⁶.

- c) **le fait que la violence familiale soit ou non dirigée contre l'enfant ou le fait que celui-ci soit ou non exposé directement ou indirectement à la violence familiale** : Déterminer si l'enfant a été victime ou témoin de la violence familiale est pertinent pour évaluer les effets à long terme sur son développement. Selon le ministère de la Justice, « des études révèlent que les mauvais traitements qui leur sont infligés peuvent avoir des répercussions à long terme sur leur santé comportementale, développementale, affective et physique. Il a été établi que les enfants qui sont exposés à la violence d'un parent à l'endroit de l'autre connaissent souvent des problèmes

73. GROUPE DE TRAVAIL SPÉCIAL FÉDÉRAL-PROVINCIAL-TERRITORIAL SUR LA VIOLENCE FAMILIALE, préc., note 47, p. 25-26.

74. Linda C. NEILSON, *Renforcement de la sécurité – affaires de violence conjugale faisant intervenir plusieurs systèmes juridiques (en matière de droit pénal, de droit de la famille et de protection de la jeunesse) : perspective du droit de la famille sur la violence conjugale*, Ottawa, ministère de la Justice du Canada, 2013, p. 38.

75. GROUPE DE TRAVAIL SPÉCIAL FÉDÉRAL-PROVINCIAL-TERRITORIAL SUR LA VIOLENCE FAMILIALE, préc., note 47, p. 25.

76. *Id.*

d'ordre affectif, social, cognitif et comportemental. Ils peuvent, par exemple, éprouver des troubles affectifs ou anxieux, être agressifs et s'adonner à la délinquance. Il a également été prouvé que cette violence a des conséquences intergénérationnelles. Exposés à la violence, les garçons risquent davantage d'être violents envers leur partenaire une fois adultes, et les femmes qui ont été témoins de violence durant leur enfance risquent davantage d'être victimes de violence dans leurs relations intimes à l'âge adulte »⁷⁷.

- d) **le tort physique, affectif ou psychologique causé à l'enfant ou le risque qu'un tel tort lui soit causé** : Ce critère est lié au bien-être physique et psychologique de l'enfant. La présence d'un tort de tout type causé à l'enfant ou le risque qu'un tort lui soit causé sont pertinents dans l'établissement du contenu des ordonnances du tribunal. Par exemple, si l'enfant a été témoin de violence familiale, le tribunal pourrait inclure dans l'ordonnance parentale l'exigence que l'enfant reçoive des services de counseling. De plus, le libellé mentionne expressément le risque qu'un tort soit causé, car il se pourrait que les effets de la violence familiale ne soient pas apparents immédiatement après l'acte de violence familiale. Ce pourrait être le cas, par exemple, de l'anxiété chez l'enfant causée par l'exposition à la violence familiale entre les époux.
- e) **le fait que la sécurité de l'enfant ou d'un autre membre de la famille soit ou non compromise** : Rappelons d'abord que la sécurité de l'enfant est l'une des considérations primaires dans la détermination de l'intérêt de l'enfant (para. 16(2)). S'il y a un risque que les actes de violence familiale se poursuivent, compromettant ainsi la sécurité de l'enfant, le tribunal devra en tenir compte. Il s'agit, ici, de faire une évaluation du risque à la sécurité de l'enfant ou d'un autre membre de la famille, plutôt que de considérer si l'enfant ou un membre de la famille a des craintes liées à la sécurité. Même en l'absence de toute crainte, il se pourrait que la sécurité de l'enfant ou de tout membre de la famille soit compromise.
- f) **le fait que la violence familiale amène l'enfant ou un autre membre de la famille à craindre pour sa sécurité**

77. *Id.*, p. 21-22.

ou celle d'une autre personne : Selon Linda Neilson, « on a documenté de manière empirique que la crainte de la victime constituait l'un des indicateurs les plus précis de violence conjugale future. Lorsque les victimes ont peur, les avocats ainsi que les prestataires de service devraient en tenir compte, et vérifier la présence d'autres indicateurs de risque, comme établir une correspondance entre les dispositions en matière de sécurité et l'intensité de la peur »⁷⁸.

- g) **la prise de mesures par l'auteur de la violence familiale pour prévenir de futurs épisodes de violence familiale et pour améliorer sa capacité à prendre soin de l'enfant et à répondre à ses besoins** : Bien que la prise de mesures par l'auteur de la violence familiale pour prévenir de futurs épisodes de violence familiale ne soit pas un facteur déterminant, le tribunal pourra en tenir compte pour évaluer quel arrangement parental favoriserait le mieux l'intérêt de l'enfant. Ainsi, si l'auteur de la violence prend part à des programmes comme ceux offerts par le Service d'aide aux conjoints (SAC)⁷⁹ ou le Groupe d'aide aux personnes impulsives (GAPI)⁸⁰, le tribunal pourrait en tenir compte dans l'analyse globale. Mais, là encore, il faut se méfier des inscriptions à des programmes peu avant l'audience judiciaire et qui seront, peut-être, abandonnées peu après l'ordonnance.
- h) **tout autre facteur pertinent** : Comme mentionné, la liste des facteurs n'est pas exhaustive. Le tribunal peut donc tenir compte de tout autre renseignement pertinent quant à l'existence ou au dépistage de violence.

Tous ces facteurs additionnels ne doivent pas être lus comme servant à définir le partage approprié du temps parental ou des responsabilités décisionnelles, puisque la présence de certains milite contre tout partage dans le respect du paragraphe 16(2).

78. L. C. NEILSON, préc., note 74, p. 56 et 60.

79. L'organisme offre des programmes et services d'intervention, de sensibilisation, de responsabilisation et de prévention aux hommes vivant des situations conjugales difficiles. Pour plus de renseignements, voir : <<https://www.serviceaideconjoints.org/fr>>.

80. Il s'agit d'un organisme qui intervient auprès des hommes ayant des comportements violents et contrôlants à l'égard de leur partenaire. Pour plus de renseignements, voir : <<http://www.legapi.com/>>.

Rappelons-le, la présence d'actes de violence contre l'enfant ou une autre personne permet de douter sérieusement de la capacité de la personne violente à prendre soin de l'enfant. Le tribunal doit en tenir compte.

De plus, il faut éviter toute ordonnance parentale qui permettra à l'époux agresseur de se servir de sa relation avec l'enfant pour continuer d'exercer un contrôle sur un membre de la famille, y compris l'autre époux. En effet, la violence de nature coercitive et dominante est la plus susceptible de compromettre les capacités parentales⁸¹.

Advenant que l'analyse de l'ensemble des facteurs prévus à 16(3) et 16(4) amène le tribunal à conclure qu'il est approprié d'accorder du temps parental ou des responsabilités, ces facteurs lui rappellent aussi de considérer les encadrements et mesures de protection et de soins appropriés.

Pour une étude poussée des différentes formes de violence familiale et de ses effets, on peut consulter :

- Linda C. NEILSON, *Renforcement de la sécurité – affaires de violence conjugale faisant intervenir plusieurs systèmes juridiques (en matière de droit pénal, de droit de la famille et de protection de la jeunesse) : perspective du droit de la famille sur la violence conjugale*, Ottawa, ministère de la Justice du Canada, 2013, en ligne : https://www.justice.gc.ca/fra/pr-rp/lf-fl/famil/renfo-enhan/neilson_web.pdf.
- GROUPE DE TRAVAIL SPÉCIAL FÉDÉRAL-PROVINCIAL-TERRITORIAL SUR LA VIOLENCE FAMILIALE, *Établir les liens dans les cas de violence familiale : Collaboration entre les systèmes de droit de la famille, de protection de la jeunesse et de justice pénale*, volume I (rapport), Ottawa, ministère de la Justice du Canada, 2013, en ligne : <https://www.justice.gc.ca/fra/pr-rp/jp-cj/vf-fv/elcvc-mlfvc/index.html>

81. MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU CANADA, *Contexte législatif*, préc., note 23, p. 25-26.

- Michael P. JOHNSON, « Les types de violence familiale », dans Maryse RINFRET-RAYNOR, Élisabeth LESIEUX, Marie-Marthe COUSINEAU, Sonia GAUTHIER et Elizabeth HARPER (dir.), *Violence envers les femmes. Réalités complexes et nouveaux enjeux dans un monde en transformation*, Québec, Les presses de l'Université du Québec, 2014, p. 15.

4.4 Les mesures susceptibles de dépister la violence

La violence familiale peut donner lieu à l'implication de plusieurs secteurs du système de justice, notamment, au Québec, la chambre pénale et criminelle de la Cour du Québec, la chambre de la jeunesse de la Cour du Québec, une cour municipale ou la Cour supérieure et bien sûr, la police et la protection de la jeunesse. Parfois, des tribunaux d'autres provinces peuvent avoir prononcé des ordonnances pertinentes.

Malheureusement, considérant les différences en termes de mandat, de culture, de normes et de procédures entre les différents secteurs, l'information ne circule pas aussi fluidement qu'on le souhaiterait de l'un à l'autre⁸².

Pourtant, dans certaines circonstances, l'échange d'information entre ces différents secteurs est crucial pour protéger ou même sauver des vies. En effet, comme l'indique le ministère de la Justice, des enquêtes et rapports de coroners sur des décès attribuables à la violence familiale ont conclu que le manque de coordination entre les systèmes du droit familial, de protection de la jeunesse et de droit criminel était un facteur de risque d'homicide⁸³.

Compte tenu du manque de coordination efficace, il arrive même que les familles aux prises avec la violence familiale aient à composer avec des ordonnances contradictoires, mettant à risque la sécurité de ses membres. Il peut arriver, par exemple, qu'un parent visé par une ordonnance pénale de non-communication avec son enfant soit autorisé par le tribunal de la famille à passer du temps avec l'enfant en question.

82. GROUPE DE TRAVAIL SPÉCIAL FÉDÉRAL-PROVINCIAL-TERRITORIAL SUR LA VIOLENCE FAMILIALE, préc., note 47, p. 16.

83. *Id.*, p. 17.

Le manque de coordination et de communication entre les tribunaux peut être particulièrement déconcertant pour les parties non représentées qui pourraient présumer qu'au moment de déterminer l'ordonnance parentale dans l'intérêt de l'enfant, le tribunal a connaissance des condamnations pénales antérieures en lien avec la violence familiale ou de toute ordonnance interdisant les contacts ou la communication entre les parties⁸⁴.

Le nouvel article 7.8 exige que les tribunaux procèdent à des vérifications pour déterminer s'il existe des ordonnances susceptibles d'influer sur une ordonnance rendue en vertu de la *Loi* :

7.8 (1) Le présent article vise à faciliter, d'une part, l'identification des ordonnances, promesses, engagements, ententes ou mesures qui peuvent être incompatibles avec une ordonnance rendue en vertu de la présente loi et, d'autre part, la coordination des instances.

(2) Sauf contre-indication manifeste due aux circonstances de l'espèce, le tribunal est tenu, dans le cadre de toute instance où il est question de mesures accessoires, de vérifier si l'une ou l'autre des parties est visée par ce qui suit :

a) une ordonnance civile de protection ou une instance relative à une telle ordonnance ;

b) une ordonnance, instance, entente ou mesure relative à la protection de la jeunesse ;

c) une ordonnance, une instance, une promesse ou un engagement relatifs à une question de nature pénale.

Il peut se décharger de son obligation en se renseignant auprès des parties ou en examinant les renseignements facilement disponibles obtenus grâce à une recherche effectuée conformément au droit provincial, notamment les règles établies au titre du paragraphe 25(2).

(3) Au présent article, ordonnance civile de protection s'entend d'une ordonnance civile qui vise à assurer la sécurité d'une personne, notamment une ordonnance prévoyant l'interdiction pour une personne :

84. *Id.*, p. 19.

- a) de se trouver à proximité d'une autre personne en particulier ou de la suivre d'un endroit à un autre ;
- b) de se mettre en rapport avec une autre personne en particulier ou de communiquer avec elle, même indirectement ;
- c) de se présenter dans un lieu ou à un endroit en particulier ou de se trouver à une certaine distance de ce lieu ou de cet endroit ;
- d) de harceler une autre personne en particulier ou d'avoir un comportement menaçant envers elle ;
- e) d'occuper un foyer familial ou une résidence ;
- f) de recourir à la violence familiale.

L'objectif premier de cette disposition est de s'assurer que le tribunal de famille a à sa disposition tout renseignement pertinent pour assurer la compatibilité entre ses ordonnances et toute autre ordonnance existante. Le cas échéant, il pourra s'assurer de la coordination entre les instances.

Désormais, les conseillers juridiques devraient vérifier les plumitifs des tribunaux facilement accessibles afin d'être en mesure de bien renseigner le tribunal.

En vertu du deuxième alinéa du nouveau paragraphe 7.8(2), le tribunal de famille peut obtenir des renseignements au sujet des ordonnances ou des instances pertinentes directement des parties.

Il peut aussi examiner les renseignements facilement disponibles obtenus grâce à une recherche effectuée conformément au droit provincial. Ici, on envisage la possibilité pour les provinces d'établir des systèmes permettant la recherche automatique des ordonnances existantes et des instances pertinentes à l'affaire familiale.

Trois catégories d'ordonnances sont visées par la disposition :

- a) **les ordonnances civiles de protection et les instances y reliées** : Tel que mentionné au paragraphe 7.8(3), il s'agit des

ordonnances civiles visant à assurer la sécurité de la personne ou de tiers, notamment les ordonnances de protection en matière civile que peut rendre la Cour du Québec contre une personne qui menace la santé physique ou psychologique, la sécurité ou la vie d'une autre personne ou la sienne.

Certains provinces et territoires, comme l'Alberta, ont adopté des lois spécifiques en matière de violence familiale, qui accordent au tribunal civil le pouvoir de rendre des ordonnances de protection en présence de violence familiale⁸⁵. On peut aussi penser, au Québec, à une ordonnance de la Cour supérieure interdisant à une personne de se trouver à proximité d'un endroit.

Pour les cas de violence familiale sur les réserves, la *Loi sur les foyers familiaux situés dans les réserves et les droits ou intérêts matrimoniaux* accorde au juge provincial l'autorité de rendre une « ordonnance de protection d'urgence » en présence de violence familiale⁸⁶. Ces ordonnances sont aussi visées par le nouvel article 7.8.

- b) **les ordonnances, instances, ententes ou mesures de protection de la jeunesse** : Sont visées ici les ordonnances, instances, ententes et mesures en lien avec la *Loi sur la protection de la jeunesse*, RLRQ c. P-34.1⁸⁷, notamment les mesures et les ordonnances rendues en vertu de l'article 91 de cette loi.
- c) **les instances, les ordonnances, les promesses ou les engagements relatifs à une question de nature pénale** : Sont pertinentes les interdictions de contact imposées à une personne à diverses étapes du processus pénal, y compris la remise en liberté, la détention préventive et la détermination de la peine.

On peut penser aussi aux engagements pris dans les postes de police, à la suite d'une plainte (art. 810 C.cr.).

85. Voir par ex. : *Protection Against Family Violence Act*, R.S.A. 2000, c. P-27, art. 2 (« Emergency Protection Order »).

86. Voir *Loi sur les foyers familiaux situés dans les réserves et les droits ou intérêts matrimoniaux*, L.C. 2013, ch. 20, art. 16.

87. *Loi sur la protection de la jeunesse*, R.L.R.Q. c. P-34.1.

Les condamnations et les instances en lien avec la violence familiale sont aussi pertinentes.

Notons que le projet de loi C-75, *Loi modifiant le Code criminel, la Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents et d'autres lois et apportant des modifications corrélatives à certaines lois*⁸⁸, a apporté des modifications au *Code criminel* accordant une plus grande protection aux victimes de violence familiale, particulièrement de la violence entre partenaires intimes. Suivant ces amendements, les tribunaux devront tenir compte de l'existence de violence entre partenaires intimes lorsqu'ils rendent des décisions concernant la remise en liberté sous condition et la détermination de la peine (voir par ex., le paragraphe 515(3) et les articles 718.201 et 718.3 du *Code criminel*⁸⁹, tels que modifiés par le projet de loi C-75).

4.5 À venir : des outils de détection de la violence familiale

Le ministère de la Justice met au point des outils pour détecter la violence familiale en collaboration avec des partenaires clés comme Luke's Place, un organisme ontarien qui offre des services aux femmes et aux enfants affectés par la violence familiale⁹⁰. L'organisme offre aussi des formations en ligne pour les professionnels.

Actuellement, il n'existe aucun outil validé ni procédure reconnue de dépistage de la violence familiale pour les praticiens du droit familial.

Les outils seront conçus spécifiquement pour les conseillers juridiques spécialisés en droit de la famille. Ils visent à les aider à identifier les situations de violence familiale et à déterminer quels recours judiciaires, services et mesures de sécurité répondraient le mieux aux besoins de leurs clients.

88. *Loi modifiant le Code criminel, la Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents et d'autres lois et apportant des modifications corrélatives à certaines lois*, projet de loi n° C-75 (sanction royale – 21 juin 2019), 1^{re} session, 42^e législature (Can.).

89. L.R.C. (1985), ch. C-46.

90. D. LAMETTI, *Lettre au Président du Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles*, préc., note 3.

Une formation sera offerte aux praticiens sur l'utilisation de ces outils. Elle visera, notamment, à sensibiliser les praticiens au traumatisme continu que peuvent subir les victimes de violence familiale. Ce traumatisme peut influencer sur leur capacité à prendre des décisions et à négocier efficacement⁹¹.

L'information recueillie par l'intermédiaire des outils de dépistage peut servir, notamment, à :

- diriger le client vers les ressources et services d'intervention appropriés ;
- adopter une approche interpersonnelle qui tient compte des traumatismes du client, le cas échéant ;
- déterminer la procédure préférable pour la suite du dossier, notamment la médiation avec une personne spécialisée en violence, ou le tribunal⁹².

Ces outils et les dispositions relatives à la violence familiale dans la *Loi réformatrice* s'inscrivent dans le cadre d'une stratégie plus large du gouvernement fédéral pour prévenir et lutter contre la violence fondée sur le sexe. Entre autres, le gouvernement entend subventionner des programmes pour sensibiliser les parents sur la maltraitance et aider financièrement les maisons d'accueil⁹³.

91. LUKE'S PLACE, *Ce que vous ignorez peut vous faire du mal : L'importance des outils de dépistage de la violence familiale pour les praticiens du droit familial*, Ministère de la Justice du Canada, février 2018, p. 15-16. Pour une étude poussée de l'incidence du trouble de stress post-traumatique (TSPT) dans les dossiers familiaux, voir : Frédéric LATERRIÈRE, « Le trouble de stress post-traumatique (TSPT) et l'impact sur les capacités parentales », dans Barreau du Québec, Service de la formation continue, *Développements récents en droit familial* (2019), vol. 461, Montréal, Éditions Yvon Blais.

92. *Id.*, p. 17.

93. Jean-Yves DUCLOS (Ministre de la Famille, des Enfants et du Développement social), *Lettre à la Présidente du Comité permanent de la condition féminine*, non datée, en ligne : <https://www.noscommunes.ca/content/Committee/421/FEWO/GovResponse/RP10596496/421_FEW0_Rpt15_GR/421_FEW0_Rpt15_GR-f.pdf> (site consulté le 28 août 2019).

5. LES MESURES POUR DÉJUDICIARISER LES RAPPORTS ENTRE LES EX-ÉPOUX

5.1 Encourager les mécanismes de règlement des différends

5.1.1 Contexte

Considérant les coûts élevés et les délais associés aux tribunaux, il importe d'offrir aux époux des solutions de rechange au processus judiciaire. À cet égard, dans son rapport final, le Comité Cromwell a fait la recommandation suivante :

« Nos lois sur le droit de la famille doivent aussi accorder plus d'attention à la formulation et aux valeurs compatibles avec les différentes approches en matière de résolution des conflits familiaux décrits ci-dessus. Les lois ne devraient pas présumer que les différends seront portés devant les tribunaux et qu'ils seront tranchés par des juges dans le cadre d'audiences ou de procès. Nos lois sur le droit de la famille devraient mettre l'accent sur les ententes et les méthodes permettant de conclure les ententes. »⁹⁴

Dans cette foulée, une définition de « mécanisme de règlement des différends familiaux » est ajoutée à l'article 2 de la *Loi* :

mécanisme de règlement des différends familiaux Mécanisme, notamment la négociation, la médiation et le droit collaboratif, auquel ont recours les parties à un différend relatif à des questions de droit familial, en vue de résoudre sans s'adresser aux tribunaux une ou plusieurs questions faisant l'objet du différend.

Cette définition est non exhaustive pour tenir compte des différences qui peuvent exister entre les services offerts d'une province à l'autre et de l'arrivée de nouveaux mécanismes. Ainsi, au Québec, on peut compter sur les séances de médiation avec une personne payée par le gouvernement, où un nombre élevé de différends sont réglés, de même que les conférences de règlement à l'amiable (CRA) en cours d'instance.

94. COMITÉ D'ACTION SUR L'ACCÈS À LA JUSTICE EN MATIÈRE CIVILE ET FAMILIALE (COMITÉ CROMWELL), *L'accès à la justice en matière civile et familiale : une feuille de route pour le changement*, Ottawa, Comité d'action sur l'accès à la justice en matière civile et familiale, 2013, p. 64.

L'utilisation de ces mécanismes est encouragée par trois séries de dispositions, certaines nouvelles, s'adressant aux parties, aux conseillers juridiques et aux juges.

5.1.2 Des obligations aux parties

Un nouvel article 7.3 énonce une obligation pour les parties de tenter de régler :

Mécanismes de règlement des différends familiaux

7.3 Dans la mesure où il convient de le faire, les parties à une instance tentent de régler les questions pouvant faire l'objet d'une ordonnance en vertu de la présente loi en ayant recours à tout mécanisme de règlement des différends familiaux.

Cette obligation est relative puisqu'elle requiert un contexte approprié à une négociation directe ou présidée par une tierce personne. Ainsi l'existence d'un comportement coercitif et dominant chez un époux exclut une telle négociation.

De plus, dans l'acte introductif d'instance et dans la défense ou contestation, les parties devront attester qu'elles connaissent les obligations que la *Loi* leur impose, y compris celle de tenter de régler leurs différends en ayant recours à un mécanisme de règlement des différends familiaux :

Attestation

7.6 Dans une action engagée sous le régime de la présente loi, tout acte introductif d'instance – ou tout acte qui y répond – déposé auprès d'un tribunal par une partie comporte une déclaration de celle-ci attestant qu'elle connaît ses obligations au titre des articles 7.1 à 7.5.⁹⁵

Ces obligations s'appliquent à toute partie, soit les époux, de même que le parent non époux qui veut du temps parental ou des

95. Cette déclaration vise aussi les autres obligations imposées aux époux : exercer le temps parental, les responsabilités et les contacts d'une manière compatible avec l'intérêt de l'enfant (art. 7.1) ; faire de leur mieux pour protéger les enfants à charge des conflits découlant de l'instance (art. 7.2) ; fournir des renseignements complets, exacts et à jour (art. 7.4) et se conformer aux ordonnances du tribunal jusqu'à ce qu'elles cessent d'avoir effet (art. 7.5).

responsabilités décisionnelles ou le tiers qui demande une ordonnance de contact (nouvel art. 7.1)).

5.1.3 Des obligations aux conseillers juridiques

Une obligation parallèle est imposée aux conseillers juridiques de toute partie par le nouveau paragraphe 7.7(2), qui reprend l'idée de l'actuel paragraphe 9(2) :

Obligation de discuter et d'informer

7.7 (2) Il incombe également au conseiller juridique qui accepte de représenter une personne dans toute action engagée sous le régime de la présente loi :

a) de l'encourager à tenter de résoudre les questions pouvant faire l'objet d'une ordonnance en vertu de la présente loi en ayant recours à tout mécanisme de règlement des différends familiaux, sauf contre-indication manifeste due aux circonstances de l'espèce ;

b) de l'informer des services de justice familiale qu'il connaît et qui sont susceptibles de l'aider à résoudre les questions pouvant faire l'objet d'une ordonnance en vertu de la présente loi et à se conformer à toute ordonnance ou décision rendue en vertu de la présente loi ;

c) de l'informer des obligations des parties au titre de la présente loi.⁹⁶

Il faut signaler cependant quelques nouveautés. D'abord, le remplacement du mot « avocat » par « conseiller juridique » afin d'inclure au Québec les notaires. Ajoutons qu'il importe peu que le conseiller représente une partie ou agisse pour les deux époux (demande conjointe). Dans ce dernier cas, il est cependant probable qu'une entente aura été négociée.

Ensuite, l'obligation faite aux conseillers juridiques est quelque peu différente de ce que prévoit la *Loi* (« discuter avec son client de l'opportunité de négocier » en vertu de l'actuel paragraphe 9(2)). Le nouveau paragraphe 7.7(2) énonce que le conseil-

96. Il est question au sous-paragraphe 7.7(2)c) des obligations des parties définies aux articles 7.1 à 7.5.

ler doit encourager l'utilisation d'un mécanisme de règlement et informer de l'existence des formes de règlement hors cour des différends qu'il connaît, notamment la médiation, la négociation, le droit collaboratif et les CRA.

L'obligation d'encourager les mécanismes de règlement n'est pas absolue comme l'indiquent les mots « sauf contre-indication manifeste due aux circonstances de l'espèce ». Le conseiller juridique doit faire preuve de discernement et tenir compte de la réalité vécue par le client.

Par exemple, en présence d'un déséquilibre des forces entre les époux ou de violence familiale, les conseillers juridiques doivent s'interroger sur l'opportunité d'encourager le recours aux mécanismes alternatifs. Tant l'article 7.3 que le paragraphe 7.7(2) reconnaissent que le recours à ceux-ci n'est pas approprié dans toutes les circonstances.

À cet égard, dans le *Guide sur les arrangements parentaux après la séparation ou le divorce* (à l'intention des époux), le ministère de la Justice note que les époux devraient choisir l'approche qui leur convient, compte tenu de nombreux facteurs, y compris :

- a) le niveau de conflit qui existe entre les époux ;
- b) la mesure dans laquelle les enfants à charge sont mêlés au conflit qui oppose les époux ;
- c) la mesure dans laquelle les époux sont prêts à coopérer pour en arriver à une entente, et
- d) l'existence de violence familiale dans la relation⁹⁷.

Le Guide ajoute qu'en présence de violence familiale, il se peut que la médiation ne soit pas un mécanisme approprié :

« La médiation comporte habituellement des discussions en personne avec l'autre parent. Par conséquent, elle ne convient pas à tous. Par exemple, s'il y a eu de la violence familiale et qu'il y a

97. MINISTÈRE DE LA JUSTICE CANADA, *Faire des plans. Guide sur les arrangements parentaux après la séparation ou le divorce*, préc., note 71, p. 44.

encore des préoccupations liées à la sécurité, il pourrait vous être impossible, à vous et à l'autre parent, d'utiliser la médiation d'une façon sûre et efficace. »⁹⁸

Par conséquent, être en mesure de dépister la présence de violence familiale devient important pour déterminer si la médiation ou tout autre mécanisme de règlement des différends est préférable à un procès⁹⁹.

De plus, lorsque l'usage d'un mécanisme est approprié, le paragraphe 7.7(2) requiert que le conseiller informe le client des services de justice familiale susceptibles de l'aider à résoudre les questions pouvant faire l'objet d'une ordonnance. Il pourrait s'agir, par exemple, des programmes d'éducation des parents ou du counseling.

Le Répertoire des services gouvernementaux de justice familiale, disponible en ligne, décrit les services offerts dans chaque province et territoire. Le conseiller juridique diligent devrait le consulter afin d'améliorer ses connaissances et être en mesure de mieux informer le client.

Enfin, le conseiller doit informer le client des obligations des parties au titre de la *Loi*, dont celles de fournir des renseignements complets, exacts et à jour (nouvel art. 7.4, discuté au prochain chapitre), de ne pas impliquer l'enfant dans le litige (nouvel art. 7.2) et de se conformer aux ordonnances (nouvel art. 7.5).

Obligation de se conformer aux ordonnances

7.5 Il est entendu que toute personne visée par une ordonnance rendue en vertu de la présente loi est tenue de s'y conformer jusqu'à ce que l'ordonnance cesse d'avoir effet.

5.1.4 Le pouvoir de l'imposer

La troisième série de dispositions concerne le pouvoir du tribunal d'imposer l'utilisation d'un mécanisme de règlement. En vertu du nouveau paragraphe 16.1(6), dans toute ordonnance

98. *Id.*, p. 48.

99. LUKE'S PLACE, préc., note 91, p. 17.

parentale qu'il rend, le tribunal peut imposer aux parties l'obligation d'avoir recours à des mécanismes de règlement :

Mécanismes de règlement des différends familiaux

16.1 (6) Sous réserve du droit provincial, l'ordonnance peut obliger les parties à avoir recours à des mécanismes de règlement des différends familiaux.

Ce pouvoir discrétionnaire est assujéti au droit provincial, puisque les provinces et les territoires sont responsables des services de justice familiale et de la mise en place de mécanismes appropriés. Au Québec, le tribunal pourrait imposer de participer aux sessions gratuites de médiation offertes dans les palais de justice.

Bien entendu, le tribunal devra s'interroger sérieusement avant d'imposer l'utilisation d'un tel mécanisme en présence de violence familiale, incluant un époux contrôlant, comme le reconnaît le nouveau sous-alinéa 16(3)j(ii), que nous citons à nouveau :

Facteurs à considérer

16 (3) Pour déterminer l'intérêt de l'enfant, le tribunal tient compte de tout facteur lié à la situation de ce dernier, notamment :

[...]

j) la présence de violence familiale et ses effets sur, notamment :

[...]

(ii) l'opportunité d'une ordonnance qui nécessite la collaboration des personnes qui seraient visées par l'ordonnance à l'égard de questions le concernant ;

5.2 Une procédure d'avis en matière de déménagement

5.2.1 Quelques chiffres

Selon les données des recensements, les personnes séparées ou divorcées sont plus mobiles que les personnes mariées. Selon ces mêmes données, les femmes sont plus susceptibles de déménager que les hommes du même statut social.

Une étude de la jurisprudence canadienne en matière de déménagement révèle que dans la très grande majorité des cas tranchés par les tribunaux (92 %), ce sont les mères qui cherchent à déménager¹⁰⁰. Les mères ont généralement la garde, mais ce chiffre inclut aussi des cas de garde partagée.

Fait à noter, lorsque ce sont les pères qui font la demande, leur taux de succès (55 %) est semblable à celui des mères (51 %)¹⁰¹.

Selon la jurisprudence canadienne, les principaux motifs invoqués pour appuyer la demande de déménagement sont « l'amélioration de la situation économique ou des occasions d'emploi [...], le souhait de la mère de déménager pour vivre une nouvelle relation intime et la recherche, par la mère ayant la garde, de soutien émotionnel et social auprès de sa famille »¹⁰².

Dans un sondage mené auprès des avocats et des juges ayant participé au Colloque national sur le droit de la famille en 2016, plus de 98 % des 217 répondants ont indiqué que les dossiers familiaux sont plus difficiles à régler lorsqu'un déménagement est en cause. Environ 96 % des avocats ont ajouté qu'une proposition de déménagement augmentait la probabilité qu'un dossier requière une intervention judiciaire pour être réglé¹⁰³.

5.2.2 La situation actuelle

La Loi ne contient pas un régime particulier d'avis applicable en cas de déménagement de l'enfant ou de l'une des personnes ayant la « garde » d'un enfant¹⁰⁴.

100. Nicholas BALA, Lorne D. BERTRAND, Andrea WHEELER, Joanne J. PAETSCH et Erin HOLDER, *Étude sur le déménagement des parents après le divorce ou la séparation*, Ottawa, ministère de la Justice du Canada, 2014, p. 27. Les données ont été obtenues à partir d'un recensement de 738 jugements rendus à travers le pays entre 2001 et 2010.

101. *Id.*, p. 28.

102. *Id.*, p. 68.

103. CANADIAN RESEARCH INSTITUTE FOR LAW AND THE FAMILY, *Exercice du droit de la famille au Canada : Résultats d'un sondage mené auprès des participants au Colloque national sur le droit de la famille de 2016*, Ottawa, ministère de la Justice du Canada, octobre 2016.

104. Notons, toutefois, qu'en vertu de l'ancien paragraphe 16(7) de la Loi, une ordonnance portant sur la « garde » d'un enfant pouvait exiger que le parent gardien informe toute personne ayant un droit d'accès du changement du lieu de résidence prévu pour l'enfant au moins trente jours à l'avance, ou dans le délai imparti par le tribunal.

La Colombie-Britannique et la Nouvelle-Écosse sont les seules provinces à avoir inclus, dans leurs lois en matière familiale, une procédure relative aux déménagements importants.

Dans l'arrêt de principe en la matière, *Gordon c. Goertz*¹⁰⁵, la Cour suprême du Canada a établi que tout différend concernant un déménagement important de l'enfant devait se régler en fonction du critère de l'intérêt de l'enfant.

Pour guider les tribunaux, elle a dressé une liste non exhaustive de facteurs pertinents, y compris l'opportunité de favoriser un maximum de contact entre l'enfant et ses deux parents, les besoins physiques, affectifs, sociaux et économiques de l'enfant et ses préférences. La Cour n'a pas précisé une hiérarchie de ces différents facteurs, laissant toute latitude aux tribunaux. La Cour a ajouté que la raison du déménagement devait être considérée uniquement dans un cas exceptionnel.

Cet arrêt a donné lieu à plusieurs tendances jurisprudentielles, parfois contradictoires. Suivant l'une, le déménagement est refusé en cas de partage égal du temps parental. Une autre veut que le déménagement soit accepté lorsqu'il est initié par le parent qui est le principal responsable des soins de l'enfant.

Selon une étude sur les déménagements publiée par le ministère de Justice :

« Le degré élevé de discrétion accordée aux juges de première instance et le manque de directives liées au critère de l'intérêt supérieur de l'enfant appliqué dans l'arrêt *Gordon c. Goertz* pourraient également rendre les résultats moins prévisibles et les ententes plus difficiles. Des voix continuent donc à s'élever pour réclamer une réforme des lois régissant le déménagement des enfants si l'un des parents veut déménager avec eux. »¹⁰⁶

5.2.3 Une nouvelle procédure d'avis

Afin de réduire le recours aux tribunaux et de favoriser les discussions entre les époux, un nouveau système d'avis est pres-

105. [1996] 2 RCS 27.

106. N. BALA, L. D. BERTRAND, A. WHEELER, J. J. PAETSCH et E. HOLDER, préc., note 100, p. 69-70.

crit, qui distingue entre le déménagement important et le changement du lieu de résidence.

Un « déménagement important » est ainsi défini par un ajout à l'article 2 de la *Loi* :

déménagement important S'entend de tout changement du lieu de résidence d'un enfant à charge ou d'une personne ayant du temps parental ou des responsabilités décisionnelles – ou dont la demande d'ordonnance parentale est en cours –, s'il est vraisemblable que ce changement ait une incidence importante sur les rapports de l'enfant avec l'une ou l'autre des personnes suivantes :

a) une personne ayant du temps parental ou des responsabilités décisionnelles à l'égard de l'enfant ou dont la demande d'ordonnance parentale à l'égard de l'enfant est en cours ;

b) une personne ayant des contacts avec l'enfant en vertu d'une ordonnance de contact.

Dans tout autre cas de changement d'adresse, c'est-à-dire tout déménagement qui n'a pas de répercussions importantes sur les rapports entretenus avec l'enfant, on parlera d'un simple « changement du lieu de résidence ».

Signalons que le terme « important » n'apparaît que dans la version française de la *Loi réformatrice*. En anglais, on parle de « relocation » et de « change in the place of residence ». Selon le ministère de la Justice, le « déménagement important » est la notion qui se rapproche le plus de celle de « relocation » :

« Nous avons été incapables de trouver un équivalent législatif du terme “relocation” en français au Canada. Il a été déterminé que le terme déménagement important correspond à ce qui se rapproche le plus du concept de “relocation” en anglais, alors que ce n'est pas du tout le cas de “changement de résidence”. Il fallait trouver un moyen d'exprimer ces deux concepts différents, soit “relocation”, rendu par déménagement important, et “change of residence”, rendu par changement de résidence. [...] La définition de “relocation” tient compte de l'importance des répercussions sur le lien d'un enfant avec une personne qui a des responsabilités parentales ou

une personne visée par une ordonnance de contact. La définition repose sur la nature des relations. »¹⁰⁷

Suivant le nouvel article 16.9, toute personne ayant du temps parental ou des responsabilités décisionnelles qui envisage un déménagement important doit donner un avis, dont le contenu est prédéterminé, d'au moins 60 jours à toute personne ayant du temps parental, des responsabilités décisionnelles ou des contacts avec l'enfant¹⁰⁸ :

Avis

16.9 (1) La personne ayant du temps parental ou des responsabilités décisionnelles à l'égard d'un enfant à charge qui entend procéder à un déménagement important avise de son intention, au moins soixante jours avant la date prévue du déménagement, en la forme réglementaire, toute autre personne ayant du temps parental, des responsabilités décisionnelles ou des contacts avec l'enfant en vertu d'une ordonnance de contact.

(2) L'avis contient ce qui suit :

- a)** la date prévue du déménagement ;
- b)** l'adresse du nouveau lieu de résidence et les nouvelles coordonnées de la personne ou de l'enfant, selon le cas ;
- c)** le réaménagement proposé du temps parental, des responsabilités décisionnelles ou des contacts, selon le cas ;
- d)** tout autre renseignement réglementaire.

L'avis est requis même lorsqu'une personne souhaite partir sans l'enfant concerné. En effet, ce déménagement influera sur les relations que l'enfant entretient avec cette personne et, vraisemblablement, l'arrangement parental existant.

107. CANADA, SÉNAT, *Délibérations du Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles*, 5 juin 2019, préc., note 3 (M^e Claire Farid, avocate-conseil et gestionnaire).

108. Les exigences relatives à l'avis et le délai proposé sont semblables aux exigences prévues dans la FLA de la Colombie-Britannique, art. 65 et suiv. et la *Parenting and Support Act*, R.S.N.S. 1989, c. 160, art. 18E et suiv.

Aux termes du nouveau paragraphe 16.9(3), le tribunal peut *ex parte* dispenser une partie de l'obligation d'envoyer un avis ou modifier le contenu obligatoire de l'avis, notamment lorsqu'il y a un risque de violence familiale.

Pour un simple changement de lieu de résidence, la personne ayant du temps parental ou des responsabilités décisionnelles doit en aviser toute autre personne ayant du temps parental, des responsabilités décisionnelles ou des contacts avec l'enfant (para. 16.8(1)).

L'avis doit énoncer l'adresse du nouveau lieu de résidence, les nouvelles coordonnées (par ex., le nouveau numéro de téléphone ou la nouvelle adresse électronique) et la date prévue du changement de lieu de résidence (para. 16.8(2)).

Forme et contenu de l'avis

16.8 (2) L'avis est donné par écrit et énonce :

- a) la date prévue du changement de lieu de résidence ;
- b) l'adresse du nouveau lieu de résidence et les nouvelles coordonnées de la personne ou de l'enfant, selon le cas.

Comme pour le déménagement important, le tribunal peut dispenser une partie de l'obligation d'envoyer un avis ou en modifier le contenu obligatoire, notamment lorsqu'il y a un risque de violence familiale (para. 16.8(3)). Les demandes d'exemption des exigences relatives à l'avis peuvent être faites *ex parte* (para. 16.8(4)).

Il n'y a pas possibilité de s'opposer à un simple changement du lieu de résidence puisqu'il n'y a, en principe, aucune incidence importante sur les rapports que l'enfant maintient avec ceux qui bénéficient d'une ordonnance parentale ou de contact. En d'autres termes, le changement de lieu de résidence ne soulève aucune difficulté liée à l'intérêt de l'enfant.

Dans les faits, les changements du lieu de résidence sont bien plus fréquents que les déménagements importants. En effet, les ex-conjoints ayant des enfants en commun ont tendance à demeurer à proximité l'un de l'autre :

« Pour de nombreux parents séparés ou divorcés, les enfants servent de “points d’ancrage” qui les amènent à vivre dans une proximité relativement immédiate. Comme l’indiquait le Recensement du Canada de 2006, les couples séparés ou divorcés qui déménageaient risquaient davantage de rester dans la même municipalité que les personnes mariées. De même, les données de l’Enquête sociale générale de 2001 révélaient que près des trois quarts des parents non gardiens ou qui n’hébergent pas les enfants vivaient à moins de 100 km de distance de ces derniers. Les données de l’Enquête sociale générale de 2006 ont démontré que plus de la moitié des parents non gardiens vivaient à moins de 10 km de leurs enfants. Un autre quart disait vivre à moins de 50 km de leurs enfants. Seulement 8 % des parents non gardiens ont indiqué vivre à 1 000 km ou plus de leur enfant. »¹⁰⁹

5.2.4 La contestation d’un avis de déménagement important

La personne qui a donné l’avis pourra déménager s’il n’y a aucune opposition dans les 30 jours et qu’il n’y a pas déjà une ordonnance interdisant le déménagement (nouvel art. 16.91).

Toute personne recevant un avis de déménagement important peut s’y opposer, dans les 30 jours de la réception de l’avis, en faisant une demande d’ordonnance parentale (sous-alinéa 16.91(1)b)(B)), en demandant la modification d’une ordonnance parentale existante (sous-alinéa 16.91(1)b)i)(B)) ou, nouveauté, en transmettant un formulaire d’opposition sur lequel elle indique ses motifs et son opinion sur le réaménagement du temps parental, des responsabilités décisionnelles ou des contacts, selon le cas (sous-alinéa 16.91(1)b)i)(A) et para. 16.91(2)).

Pour simplifier les choses, le législateur souhaite l’utilisation de ce nouveau formulaire dont le contenu est prédéterminé :

Contenu du formulaire

16.91 (2) Le formulaire d’opposition contient ce qui suit :

a) un énoncé indiquant que la personne s’oppose au déménagement ;

109. N. BALA, L. D. BERTRAND, A. WHEELER, J. J. PAETSCH et E. HOLDER, préc., note 100, p. 60.

b) les motifs de l'opposition au déménagement ;

c) le point de vue de la personne sur le réaménagement du temps parental, des responsabilités décisionnelles ou des contacts, selon le cas, proposé dans l'avis donné au titre du paragraphe 16.9(1) ;

d) tout autre renseignement réglementaire.

5.2.5 *L'adjudication par le tribunal*

Si un règlement hors cour s'avère impossible, le tribunal devra trancher la question en fonction de l'intérêt de l'enfant.

Outre les principes et facteurs mentionnés au nouvel article 16, le tribunal devra tenir compte de sept autres critères :

Intérêt de l'enfant – facteurs supplémentaires à considérer

16.92 (1) Le tribunal appelé à décider s'il autorise ou non un déménagement important visant un enfant à charge tient compte, pour déterminer l'intérêt de celui-ci, en sus des facteurs mentionnés à l'article 16, des facteurs suivants :

a) les raisons du déménagement ;

b) l'incidence du déménagement sur l'enfant ;

c) le temps que passe avec l'enfant chaque personne ayant du temps parental ou dont la demande d'ordonnance parentale est en cours et le degré d'engagement dans la vie de l'enfant de chacune de ces personnes ;

d) le fait que la personne qui entend procéder au déménagement a donné ou non l'avis exigé par l'article 16.9 ou par les lois provinciales en matière familiale, une ordonnance, une décision arbitrale ou une entente ;

e) l'existence d'une ordonnance, d'une décision arbitrale ou d'une entente qui précise le secteur géographique dans lequel l'enfant doit résider ;

f) le caractère raisonnable du réaménagement du temps parental, des responsabilités décisionnelles ou des contacts, proposé par la personne qui entend procéder au déménagement, compte

tenu notamment du nouveau lieu de résidence et des frais de déplacement ;

g) le fait que les personnes ayant du temps parental ou des responsabilités décisionnelles à l'égard de l'enfant ou dont la demande d'ordonnance parentale est en cours ont respecté ou non les obligations qui leur incombent au titre des lois en matière familiale, d'une ordonnance, d'une décision arbitrale ou d'une entente, et la mesure dans laquelle elles sont susceptibles de les respecter à l'avenir.

Comme pour les principaux facteurs liés à l'intérêt de l'enfant (art. 16), aucun des facteurs énumérés au paragraphe 16.92(1) n'est déterminant. Ils visent à fournir aux parties, aux intervenants et aux tribunaux un guide pour l'évaluation globale de la demande de déménagement avec l'enfant. Les principes conducteurs du paragraphe 16(2), soit la considération primaire de la sécurité et du bien-être de l'enfant, s'appliquent également.

Examinons les critères spécifiques au déménagement important, qui sont semblables à ceux énoncés dans les lois de la Colombie-Britannique et de la Nouvelle-Écosse¹¹⁰ :

- a) **les raisons du déménagement** : L'inclusion de ce facteur écarte explicitement l'arrêt *Gordon c. Goertz*, dans lequel la Cour suprême concluait que les raisons du déménagement ne devaient généralement pas être considérées. Comme indiqué précédemment, l'une des principales raisons pour lesquelles une personne demande l'autorisation de déménager est l'amélioration de sa situation économique, ce qui est susceptible de contribuer à l'intérêt de l'enfant. Il est donc pertinent pour le tribunal de tenir compte des motifs du déménagement.
- b) **l'incidence du déménagement sur l'enfant** : Considérant que l'intérêt de l'enfant est la considération principale dans la décision du tribunal d'autoriser ou non un déménagement important, il importe de considérer dans quelle mesure l'enfant en sera affecté.

110. FLA de la Colombie-Britannique, art. 65 et suiv. ; PSA NS, art. 18E et suiv.

- c) **le temps que passe avec l'enfant chaque personne ayant du temps parental (ou dont la demande d'ordonnance parentale est en cours) et le degré d'engagement dans la vie de l'enfant de chacune de ces personnes** : Pour déterminer l'impact potentiel du déménagement important sur l'enfant, le tribunal devra considérer les rapports qu'il entretient avec toute personne ayant du temps parental. Il faut aussi analyser le degré d'engagement. Ainsi, même si le temps parental est partagé de manière égale, il se peut que l'un des parents soit de fait la personne qui répond principalement aux besoins de l'enfant par son degré d'engagement.
- d) **le fait que la personne qui entend procéder au déménagement a donné ou non tout avis exigé par la loi, une ordonnance, une entente ou une sentence arbitrale** : Ce facteur souligne l'importance pour les parties de se conformer aux exigences prévues à la *Loi*, à une entente ou une décision. Le fait pour une partie de ne pas respecter ces exigences peut être un indicateur de sa volonté de respecter toute future ordonnance.
- e) **toute restriction sur le secteur géographique dans lequel l'enfant doit résider** : Si une ordonnance du tribunal ou une entente entre les parties contient des restrictions quant au secteur géographique où doit résider l'enfant, le tribunal devra en tenir compte, notamment, le motif de cette restriction. Il peut cependant arriver que les circonstances aient changé et que la restriction ne soit plus pertinente ; ce sera au tribunal d'en décider.
- f) **le caractère raisonnable du réaménagement proposé du temps parental, des responsabilités décisionnelles ou des contacts** : Il s'agit ici de tenir compte des détails pratiques comme les distances à parcourir et les coûts du voyage et d'hébergement pour évaluer si la proposition de déménagement important est dans l'intérêt de l'enfant. Par exemple, il sera bien plus facile et moins coûteux de réaménager l'exercice du temps parental et des responsabilités décisionnelles si un parent déménage de Montréal à Ottawa, plutôt qu'à Vancouver.

- g) **le fait que les personnes ayant du temps parental ou des responsabilités décisionnelles ont respecté leurs obligations** : Comme avec le facteur d), on réaffirme l'importance pour les parties de se conformer à toutes leurs obligations en lien avec l'exercice du temps parental et des responsabilités décisionnelles, le tout dans l'esprit du nouvel article 7.5. Le non-respect de ces obligations antérieurement peut être un indicateur de la capacité ou de la volonté de respecter toute nouvelle ordonnance.

Par contre, selon le nouveau paragraphe 16.92(2), le tribunal ne doit pas se demander si la personne qui entend déménager est prête à le faire sans l'enfant :

Facteur à ne pas considérer

16.92 (2) Il ne tient toutefois pas compte de la question de savoir si la personne qui entend déménager déménagerait sans l'enfant ou ne déménagerait pas si une ordonnance interdisait le déménagement important de l'enfant.

Il s'agissait jusqu'à présent d'une question controversée en jurisprudence puisque vue comme plaçant le parent dans une double impasse. Si la personne dit qu'elle ne déménagerait pas sans l'enfant, cela peut être interprété comme un signe que le déménagement n'a pas assez d'importance. Si elle affirme qu'elle déménagerait sans l'enfant, le tribunal pourrait conclure que ses liens affectifs avec l'enfant sont faibles.

Le nouveau paragraphe 16.92(2), tout comme la FLA de la Colombie-Britannique¹¹¹, interdit donc de tenir compte de cette question même si elle est soulevée par la partie qui s'oppose au déménagement.

Quant au fardeau de la preuve, il dépend du partage du temps parental convenu ou ordonné, comme le prévoit le nouvel article 16.93 :

Fardeau de la preuve : personne qui entend procéder au déménagement important

16.93 (1) Lorsque les parties à l'instance respectent dans une large mesure une ordonnance, une décision arbitrale ou une entente

111. Alinéa 46(2)(b).

prévoyant que les périodes au cours desquelles l'enfant à charge est confié à chacune des parties sont essentiellement équivalentes, il revient à la personne qui entend procéder au déménagement important de l'enfant de démontrer que le déménagement est dans l'intérêt de l'enfant.

Fardeau de la preuve : personne qui s'oppose au déménagement important

(2) Lorsque les parties à l'instance respectent dans une large mesure une ordonnance, une décision arbitrale ou une entente prévoyant que l'enfant à charge est confié, pour la très large majorité de son temps, à la partie qui entend procéder au déménagement important de l'enfant, il revient à la personne qui s'y oppose de démontrer que le déménagement n'est pas dans l'intérêt de l'enfant.

Fardeau de la preuve : autres cas

(3) Dans tout autre cas, il revient aux parties à l'instance de démontrer que le déménagement important de l'enfant est ou n'est pas dans l'intérêt de celui-ci.

Selon ce nouvel article, en présence d'une proposition de déménagement important de l'enfant, le fardeau de la preuve se divise comme suit :

1. **si le temps parental de chacune des parties est essentiellement équivalent**, il revient à la personne qui entend procéder au déménagement de l'enfant de démontrer que celui-ci est dans l'intérêt de l'enfant même si le déménagement aura vraisemblablement une incidence significative sur les rapports entre l'enfant et la partie qui ne déménage pas (para. 16.93(1)).
2. **si l'enfant passe la très large majorité de son temps avec la partie qui souhaite déménager avec lui**, il revient à la personne qui s'oppose au déménagement de démontrer qu'il n'est pas dans l'intérêt de l'enfant (para. 16.93(2)).
3. **dans les autres cas**, les deux parties ont le fardeau de démontrer le bien-fondé de leurs prétentions (para. 16.93(3)).

Selon le ministère de la Justice,

« les expressions “essentiellement équivalentes” et “très large majorité du temps” ont été privilégiées à un pourcentage précis parce

qu'il ne serait pas dans l'intérêt public de préciser un temps de garde qui serait sujet à litiges. De plus, on perdrait de vue le plus important, soit l'intérêt de l'enfant et la recherche de la meilleure formule possible pour lui. [...] Si une affaire se retrouve devant un tribunal, il devra établir si les circonstances de ce cas en particulier font intervenir l'une de ces catégories. »¹¹²

En somme, trois scénarios sont possibles quant au fardeau. Soulignons que la détermination de celui applicable se fait à la lumière du temps parental réellement vécu avec l'enfant et non des termes de l'ordonnance parentale ou de l'entente dans l'abstract, tel que l'indiquent les mots « lorsque les parties à l'instance respectent dans une large mesure » l'ordonnance ou l'entente.

L'approche est semblable aux lois de la Colombie-Britannique et de la Nouvelle-Écosse¹¹³.

Une étude de la jurisprudence canadienne en matière de déménagement important a démontré que « dans les cas de garde physique partagée (dans lesquels chaque parent vit avec l'enfant au moins 40 % du temps), le tribunal s'est montré nettement plus enclin à refuser la permission de déménager »¹¹⁴.

Si le tribunal autorise un déménagement important, le nouvel article 16.95 prévoit qu'il peut déterminer que les frais associés à l'exercice du temps parental par toute personne laissée derrière soient répartis entre cette dernière et celle qui procède au déménagement de l'enfant. Cette disposition vise à indemniser le parent qui ne déménage pas pour les dépenses engagées pour exercer désormais son temps parental (qui pourrait être différent d'auparavant), comme le coût de l'essence, le coût des billets d'autobus, de train ou d'avion ou les frais d'hébergement. La façon dont ces frais nouveaux seront partagés sera décidée au cas par cas :

Frais associés à l'exercice du temps parental

16.95 S'agissant d'un déménagement important visant un enfant à charge, le tribunal qui l'autorise peut prévoir la répartition des

112. CANADA, SÉNAT, *Délibérations du Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles*, 5 juin 2019, préc., note 3 (M^e Claire Farid, avocate-conseil et gestionnaire).

113. FLA de la Colombie-Britannique, art. 69 ; PSA NS, art. 18H.

114. N. BALA, L. D. BERTRAND, A. WHEELER, J. J. PAETSCH et E. HOLDER, préc., note 100, p. 69.

frais liés à l'exercice du temps parental par toute personne qui ne déménage pas entre cette personne et celle qui procède au déménagement de l'enfant.

Notons, enfin, qu'aux termes du nouveau paragraphe 17(5.2), le déménagement important est réputé constituer un changement dans la situation de l'enfant, ouvrant la porte à une ordonnance modificative de l'ordonnance parentale relativement à l'attribution du temps parental :

Facteurs – ordonnance parentale ou ordonnance de contact

17 (5) Avant de rendre une ordonnance modificative de l'ordonnance parentale ou de l'ordonnance de contact, le tribunal doit s'assurer qu'il est survenu un changement dans la situation de l'enfant depuis le prononcé de l'ordonnance, de la dernière ordonnance modificative de celle-ci ou d'une ordonnance rendue en vertu du paragraphe 16.5(9).

Ordonnance modificative

(5.2) Le déménagement important d'un enfant est réputé constituer, pour l'application du paragraphe (5), un changement dans la situation de l'enfant.

5.3 Le déménagement d'une personne ayant une ordonnance de contact

Le nouvel article 16.96 prévoit que la personne bénéficiant d'une ordonnance de contact qui envisage un changement de lieu de résidence doit transmettre un avis à toute personne ayant du temps parental ou des responsabilités décisionnelles à l'égard de l'enfant.

L'avis doit être de 60 jours s'il s'agit d'un changement de lieu de résidence qui aura vraisemblablement une incidence importante sur les rapports de l'enfant avec cette personne. On peut penser, par exemple, au déménagement du grand-parent qui vit à proximité de l'enfant et qui va le conduire et le chercher à l'école tous les jours.

Cet avis, en la forme prescrite, doit inclure une proposition sur la façon dont les contacts pourraient être maintenus à la suite du changement.

Pour tout autre changement, aucun délai n'est prescrit et les renseignements à fournir se limitent à la date prévue du changement, l'adresse du nouveau lieu de résidence et les nouvelles coordonnées de la personne.

Dans tous les cas, il n'y a pas possibilité de s'opposer à un tel changement puisque la personne déménage sans l'enfant.

En réalité, l'avis est requis pour informer les parents et l'enfant et prévoir les ajustements requis, s'il en est :

16.96 (1) Toute personne ayant des contacts avec un enfant à charge en vertu d'une ordonnance de contact avise par écrit toute personne ayant du temps parental ou des responsabilités décisionnelles à l'égard de cet enfant de son intention de changer de lieu de résidence, de la date prévue du changement de lieu de résidence, de l'adresse du nouveau lieu de résidence et de ses nouvelles coordonnées.

(2) Dans le cas où le changement du lieu de résidence aura vraisemblablement une incidence importante sur les rapports de l'enfant avec la personne, l'avis est donné au moins soixante jours avant le changement de lieu de résidence, en la forme réglementaire, et prévoit, en sus des éléments exigés au paragraphe (1), une proposition sur la façon dont les contacts pourraient être exercés à la lumière de ce changement ainsi que tout autre renseignement réglementaire.

(3) Malgré les paragraphes (1) et (2), le tribunal peut, sur demande, ordonner que les exigences prévues à ces paragraphes ou aux règlements d'application de ceux-ci ne s'appliquent pas ou les modifier s'il l'estime indiqué, notamment lorsqu'il y a un risque de violence familiale.

(4) La demande visée au paragraphe (3) peut être présentée sans préavis à toute autre partie.

Le tribunal peut ordonner, même *ex parte*, que cette exigence relative à l'avis ne s'applique pas, notamment lorsqu'il y a un risque de violence familiale.

6. LES AJUSTEMENTS AUX PENSIONS ALIMENTAIRES ET LEUR PERCEPTION

La révision des pensions alimentaires représente souvent des frais plus élevés que le bénéfice recherché. Par voie de conséquences, beaucoup de pensions ne sont pas ajustées.

La perception des pensions demeure aussi un problème. Le ministère de la Justice estime à plus d'un milliard de dollars le montant des pensions alimentaires impayées au pays¹¹⁵.

Le législateur fédéral s'attaque à ces problèmes sous plusieurs aspects : communication de renseignements pertinents, calcul administratif des ajustements et pensions, priorité de rang aux pensions et mesures pour en faciliter la perception forcée.

L'ensemble de ces dispositions vise à aider les bénéficiaires de pensions, dans la mesure où le gouvernement fédéral peut agir et ainsi améliorer le sort des enfants.

6.1 La communication de renseignements

Tant en vertu de la *Loi* que du *Code civil* (art. 605), les parents séparés ont l'obligation légale de fournir un soutien financier à leurs enfants.

En vertu du nouvel article 7.4, elles auront désormais aussi l'obligation de fournir des renseignements complets, exacts et mis à jour afin d'établir les montants de la pension alimentaire :

Renseignements complets, exacts et à jour

7.4 Toute partie à une instance engagée sous le régime de la présente loi ou visée par une ordonnance rendue en vertu de celle-ci fournit, si elle est tenue de le faire sous le régime de la présente loi, des renseignements complets, exacts et à jour.

Or, les époux ont l'obligation de fournir des renseignements sur le revenu au moment de présenter une demande d'ordonnance

115. D. LAMETTI, *Lettre au Président du Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles*, préc., note 3, p. 4.

alimentaire et lorsqu'une telle demande leur est signifiée. Cette obligation est imposée par l'article 21 des *Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants*¹¹⁶, un règlement pris en vertu de la *Loi*, lorsqu'elles s'appliquent au Québec. Dans les autres cas, au Québec, on applique l'article 596.1 du *Code civil*, les articles 443 et suivants du *Code de procédure civile*, le *Règlement sur la fixation des pensions alimentaires pour enfants*¹¹⁷ et les règlements de la Cour supérieure.

Ces renseignements sont exigés afin de s'assurer que les enfants et les époux bénéficiaires continuent de recevoir des montants justes au titre de la pension alimentaire, basés sur des renseignements à jour sur le revenu. Malheureusement, ce ne sont pas toutes les personnes qui respectent leurs obligations en matière de divulgation du revenu.

Afin de remédier à cette situation, la *Loi réformatrice* a apporté des modifications à la *Loi d'aide à l'exécution des ordonnances et des ententes familiales* (LAEOEF) pour permettre aux autorités fédérales compétentes, comme l'Agence du revenu du Canada, de communiquer des renseignements sur le revenu aux tribunaux et aux services provinciaux des aliments pour enfants. Il pourrait s'agir, par exemple, des renseignements contenus dans les déclarations de revenus du débiteur de la pension alimentaire.

Avant les modifications apportées par la *Loi réformatrice*, la LAEOEF autorisait déjà les tribunaux, sur la requête des autorités provinciales en matière d'exécution de dispositions alimentaires¹¹⁸ par exemple, à demander des renseignements personnels compris dans des fichiers fédéraux désignés par le *Règlement sur la communication de renseignements pour l'aide à l'exécution des ordonnances et des ententes familiales*¹¹⁹, dont le numéro d'assurance sociale et des renseignements relatifs aux revenus et aux biens.

Ainsi, en vertu de l'article 7 de la LAEOEF, les tribunaux pouvaient présenter une demande au ministre de la Justice pour

116. DORS/97-175 (Gaz. Can. II).

117. R.L.R.Q., c. C-25.01, r. 0.4.

118. Au Québec, le Service administratif de rajustement des pensions alimentaires pour enfants (SARPA).

119. DORS/87-315 (Gaz. Can. II).

que les renseignements contenus dans des fichiers leur soient communiqués, à titre confidentiel, mais dans le seul but d'exécuter une disposition alimentaire.

La *Loi réformatrice* modifie l'article 7 pour permettre la communication de renseignements en vue de faire établir ou modifier une disposition alimentaire :

Requête au tribunal

7. Toute personne ou tout organisme ou service cherchant à faire établir ou modifier une disposition alimentaire ou étant fondés à demander l'exécution d'une disposition familiale peut présenter au tribunal une requête, laquelle peut être faite *ex parte*, afin que celui-ci autorise un de ses fonctionnaires à présenter une demande en vertu de l'article 12.

Le contenu de la requête au tribunal est défini aux articles 8 et 9 de la LAEOEF.

Contenu – établissement ou modification d'une disposition alimentaire

8. (1) La requête visée à l'article 7 concernant l'établissement ou la modification d'une disposition alimentaire est accompagnée des documents suivants :

a) un affidavit énonçant les raisons pour lesquelles la requête est présentée ;

b) si la requête concerne la modification d'une disposition alimentaire, une copie de l'ordonnance contenant la disposition alimentaire.

Contenu – exécution d'une disposition familiale

9. (1) La requête visée à l'article 7 concernant l'exécution d'une disposition familiale est accompagnée des documents suivants :

a) un affidavit :

(i) énonçant les raisons pour lesquelles la requête est présentée,

(ii) faisant état de la violation de la disposition familiale,

(iii) énonçant les circonstances de cette violation et nommant :

(A) s'il s'agit d'une disposition alimentaire, la personne qui doit les arriérés ;

(B) s'il s'agit d'une disposition parentale, d'une disposition sur les contacts, d'une disposition de garde ou d'une disposition prévoyant l'accès, la personne avec qui l'enfant ou les enfants visés par la disposition se trouveraient ;

b) une copie de l'ordonnance contenant la disposition familiale.

Le nouvel article 13 LAEOEF contient des mesures afin que les renseignements communiqués ne puissent pas être consultés par le public. Tout renseignement communiqué au tribunal aux termes d'une demande en vertu de la LAEOEF devra être mis sous scellé et conservé en un lieu interdit au public. Le tribunal peut également rendre toute ordonnance nécessaire pour protéger la confidentialité des renseignements :

Renseignements remis au tribunal

13. (1) Le fonctionnaire qui est autorisé, en application de l'article 10, à présenter une demande en vertu de l'article 12 et qui reçoit communication de renseignements au titre de la présente partie les transmet au tribunal ayant accordé l'autorisation.

(2) Les renseignements reçus par le fonctionnaire puis remis au tribunal sont placés sous scellé et gardés dans un lieu interdit au public.

(3) Le tribunal peut, en vue de l'établissement ou de la modification d'une disposition alimentaire ou en vue de l'exécution d'une disposition familiale, communiquer les renseignements à toute personne ou à tout organisme ou service ou fonctionnaire du tribunal qu'il estime indiqués et rendre toute ordonnance pour en protéger la confidentialité.

L'ancien article 8 de la LAEOEF contenait une exigence selon laquelle les fichiers provinciaux désignés devaient être consultés avant qu'une demande de renseignements ne puisse être faite au gouvernement fédéral. La *Loi réformatrice* a retiré cette

exigence, permettant ainsi aux autorités provinciales d'effectuer des recherches simultanées des fichiers fédéraux et provinciaux.

6.2 Le calcul administratif des pensions alimentaires pour enfants

Neuf territoires et provinces, y compris le Québec, ont conclu des ententes avec le gouvernement fédéral pour offrir des services provinciaux des aliments pour enfants. Au Québec, ces services sont offerts par le Service administratif de rajustement des pensions alimentaires pour enfants (SARPA).

Dans l'objectif de favoriser l'accès à la justice, les nouveaux articles 25.01 et 25.1 de la *Loi* élargissent la compétence de ces services. Les époux pourront s'y adresser plutôt qu'au tribunal pour fixer le montant initial de la pension alimentaire pour enfants et pour en obtenir un nouveau calcul. Dans tous les cas, que ce soit pour le calcul initial ou le recalcul, les services devront se conformer aux lignes directrices applicables :

Fixation du montant des aliments par le service provincial des aliments pour enfants

25.01 (1) Le ministre de la Justice peut, avec l'approbation du gouverneur en conseil, conclure au nom du gouvernement fédéral un accord avec une province autorisant le service provincial des aliments pour enfants désigné dans l'accord à fixer, dans une décision, le montant des aliments pour enfants en conformité avec les lignes directrices applicables.

Fixation du nouveau montant par le service provincial des aliments pour enfants

25.1 (1) Le ministre de la Justice peut, avec l'approbation du gouverneur en conseil, conclure au nom du gouvernement fédéral un accord avec une province autorisant le service provincial des aliments pour enfants désigné dans l'accord à fixer un nouveau montant pour les ordonnances alimentaires au profit d'un enfant en conformité avec les lignes directrices applicables et à la lumière des renseignements à jour sur le revenu.

Si les époux ou l'un d'eux sont en désaccord avec la fixation ou le recalcul effectués par le service, ils pourront s'adresser au tribunal :

Désaccord sur le montant

25.01 (5) Les époux, ou l'un d'eux, peuvent, en cas de désaccord sur le montant des aliments fixé sous le régime du présent article, demander au tribunal compétent de rendre une ordonnance au titre de l'article 15.1 avant la date ou dans le délai précisés par le droit de la province ou, à défaut, dans le délai réglementaire.

Désaccord avec le nouveau montant

25.1 (4) Les époux, ou l'un d'eux, peuvent, en cas de désaccord sur le nouveau montant de l'ordonnance alimentaire au profit d'un enfant, avant la date ou dans le délai précisés par le droit de la province ou, à défaut, dans le délai réglementaire, demander au tribunal compétent de rendre :

a) dans le cas d'une ordonnance provisoire rendue en vertu du paragraphe 15.1(2), une ordonnance au titre de l'article 15.1 ;

b) dans le cas d'une décision du service provincial des aliments pour enfants rendue en vertu de l'article 25.01, une ordonnance au titre de l'article 15.1 ;

c) dans tout autre cas, s'ils sont des ex-époux, une ordonnance au titre de l'alinéa 17(1)a).

6.3 La perception des pensions payables par des employés fédéraux

La *Loi sur la saisie-arrêt et la distraction de pensions* (LAADP) permet la saisie-arrêt des salaires fédéraux afin d'exécuter des dettes civiles et des prestations de pensions fédérales pour satisfaire des obligations alimentaires.

En cas de saisie-arrêt, en vertu du nouvel article 27.2 de la LAADP, les arriérés dans le paiement de pensions alimentaires auront priorité sur toutes les autres dettes, à l'exception des dettes payables à l'État :

27.1 Si un débiteur est endetté envers Sa Majesté – ou envers Sa Majesté du chef d'une province quant à des impôts à payer à une province et le Canada est autorisé, par accord avec cette province, à percevoir ces impôts en son nom – Sa Majesté a une créance qui prend rang avant celle de la partie ayant engagé la procédure de saisie-arrêt au titre de la présente partie sur les sommes à payer au

débiteur bien qu'un bref de saisie-arrêt relativement à ces sommes ait été signifié à Sa Majesté ou à une entité parlementaire, selon le cas ; la somme due peut être recouvrée ou retenue conformément à la loi.

27.2 Sous réserve de l'article 27.1, il faut, pour l'application de la présente partie, satisfaire au bref de saisie-arrêt visant une obligation alimentaire avant de satisfaire à tout autre bref de saisie-arrêt.

7. DIVERS

7.1 Les langues officielles

Suivant un amendement adopté par le Comité permanent de la justice et des droits de la personne de la Chambre des communes, la *Loi réformatrice* permet désormais aux parties d'utiliser partout au Canada l'une ou l'autre des langues officielles dans toutes les procédures de divorce engagées devant les tribunaux de première instance. Cet amendement comprend le droit de témoigner et plaider dans la langue officielle de son choix :

Langues officielles

23.2 (1) Toute instance engagée sous le régime de la présente loi peut être instruite en français, en anglais ou dans les deux langues officielles du Canada.

Droits linguistiques

(2) Dans le cadre de toute instance engagée sous le régime de la présente loi :

a) toute personne a le droit d'employer l'une ou l'autre des langues officielles, notamment lorsqu'elle :

(i) dépose des actes de procédure ou autres documents,

(ii) témoigne,

(iii) expose ses prétentions ;

b) le tribunal est tenu d'offrir, sur demande de toute personne, des services d'interprétation simultanée d'une langue officielle à l'autre ;

c) toute partie a droit à ce que le juge parle la même langue officielle qu'elle ou les deux langues officielles, selon le cas ;

d) toute partie a le droit de demander une transcription ou un enregistrement, selon le cas :

(i) des propos tenus au cours de l'instance dans la langue officielle originale, dans la mesure où les propos ont été recueillis par un sténographe ou au moyen d'un appareil d'enregistrement du son,

(ii) de l'interprétation dans l'autre langue officielle, le cas échéant, des propos tenus ;

e) le tribunal, sur demande de toute partie, met à sa disposition, dans la langue officielle de son choix, tout jugement ou toute ordonnance rendu en application de la présente loi et la visant.

Primauté de la version originale

(3) En cas de divergence entre l'original d'un document visé aux alinéas (2)a) ou e) et sa traduction, l'original prévaut.

Formulaires des tribunaux

(4) Les formulaires des tribunaux relatifs aux instances engagées sous le régime de la présente loi sont disponibles dans les deux langues officielles.

Cette importante modification facilite l'accessibilité au système de justice familiale pour les communautés linguistiques minoritaires, essentiellement ailleurs qu'au Québec et au Nouveau-Brunswick où de tels droits sont déjà reconnus.

Cette nouvelle disposition s'accompagne d'investissements importants que le ministre de la Justice a décrits ainsi :

« Dans le budget de 2019, 21,6 millions de dollars sur cinq ans ont été mis de côté à compter de 2020-2021 afin d'appuyer la mise en œuvre de ces modifications législatives. Ceci vient appuyer les investissements annoncés dans le budget de 2018 de 10 milliards de dollars sur cinq ans à compter de 2018-2019 et de 2 millions de

dollars par année par la suite dans le fonds d'appui à l'accès à la justice dans les deux langues officielles. »¹²⁰

Notons que dans son rapport final, le Comité mixte recommandait un amendement à la *Loi* allant dans ce sens :

« Les Canadiens qui sont en instance de divorce devraient pouvoir obtenir les services des tribunaux dans la langue de leur choix partout au pays. À cette fin, le Comité a conclu que la *Loi* devait être modifiée de manière à préciser que les parties en cause ont droit à ce que leur cause soit entendue dans la langue officielle de leur choix. Ces modifications devraient s'inspirer des dispositions relatives aux droits linguistiques figurant dans l'article 530.1 du *Code criminel*. »¹²¹

7.2 La ratification de conventions internationales

La *Loi réformatrice* contient des dispositions donnant suite à la signature par le Canada, en mai 2017, de deux conventions internationales en droit de la famille :

- 1) **Convention de La Haye de 2007 sur le recouvrement des aliments destinés aux enfants**¹²² : Cette Convention vise à établir un système international de recouvrement des aliments. La Convention prévoit, notamment, des garanties d'accès aux procédures transfrontières en matière d'obligations alimentaires, un système pour la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière d'obligations alimentaires et des mesures assurant une obligation d'exécution rapide.

Elle porte principalement sur les obligations pour les enfants, mais certaines de ses dispositions s'appliquent aussi à d'autres

120. CANADA, SÉNAT, *Délibérations du Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles*, 5 juin 2019, préc., note 3 (l'honorable David Lametti).

121. COMITÉ MIXTE SPÉCIAL SUR LA GARDE ET LE DROIT DE VISITE DES ENFANTS, préc., note 1, recommandation 17.

122. *Convention du 23 novembre 2007 sur le recouvrement international des aliments destinés aux enfants et à d'autres membres de la famille*, signée le 23 mai 2017, HCCH n° 38, en ligne : <<https://assets.hcch.net/docs/a236c1e6-3bfe-4b00-8751-a2b70b0e46ad.pdf>> (site consulté le 29 août 2019).

formes d'obligations alimentaires, dont les obligations alimentaires entre époux¹²³.

- 2) **Convention du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants**¹²⁴ : Cette Convention vise à établir une structure de coopération internationale en matière de protection de l'enfant. Elle « établit des règles uniformes déterminant les autorités compétentes pour prendre les mesures de protection nécessaires. Ces règles, qui préviennent l'éventualité d'un conflit de décisions, confient la responsabilité principale aux autorités du pays où l'enfant a sa résidence habituelle et permettent également à tout pays où l'enfant est présent de prendre les mesures de protection préventives ou d'urgence nécessaires. La Convention désigne le droit applicable et prévoit la reconnaissance et l'exécution des mesures prises dans l'un des États contractants par tout autre État lié par la Convention »¹²⁵.

La mise en œuvre de ces deux conventions requiert une ratification au niveau provincial.

7.3 Les procédures impliquant plusieurs ressorts

Un déménagement après la séparation peut donner lieu à des procédures judiciaires introduites concurremment dans des ressorts différents ayant chacun compétence en vertu de la *Loi*.

123. Voir : CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, *Aperçu. 1) Convention de La Haye de 2007 sur le recouvrement des aliments destinés aux enfants*, en ligne : <<https://assets.hcch.net/docs/7b40c0b8-c4eb-45e9-a778-7447f0a1c0e6.pdf>> (site consulté le 16 septembre 2019).

124. *Convention du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants*, signée le 23 mai 2017, HCCH n° 34, en ligne : <<https://assets.hcch.net/docs/e74e817b-1faa-4aa9-bd29-3ff68da03f43.pdf>> (site consulté le 29 août 2019).

125. CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, *Aperçu. Convention du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants*, en ligne : <<https://assets.hcch.net/docs/bf6a8f97-cc5f-4b29-9a35-8cddde089b8b.pdf>> (site consulté le 16 septembre 2019).

Les actuels articles 3 (action en divorce), 4 (action en mesures accessoires) et 5 (action en modification) sont modifiés afin de simplifier les règles applicables.

L'action introduite en premier prime. Lorsque des procédures concurrentes ont été introduites le même jour, à défaut d'un abandon de l'une dans les quarante jours, la Cour fédérale pourra déterminer quel tribunal canadien demeure saisi. En pareil cas, cette dernière applique les règles de conflit énoncées à la *Loi réformatrice* (voir les nouveaux para. 3(2), 3(3), 4(2), 4(3), 5(2) et 5(3)). Seuls les nouveaux para. 3(2) et 3(3) sont reproduits ci-dessous :

Instances introduites devant deux tribunaux à des dates différentes

3 (2) Lorsque des actions en divorce entre les mêmes époux sont en cours devant deux tribunaux qui auraient par ailleurs compétence en vertu du paragraphe (1), que les instances ont été introduites à des dates différentes et que l'action engagée la première n'est pas abandonnée, le tribunal saisi en premier a compétence exclusive pour instruire l'affaire et en décider, la seconde action étant considérée comme abandonnée.

Instances introduites devant deux tribunaux à la même date

(3) Lorsque des actions en divorce entre les mêmes époux sont en cours devant deux tribunaux qui auraient par ailleurs compétence en vertu du paragraphe (1), que les instances ont été introduites à la même date et qu'aucune des actions n'est abandonnée dans les quarante jours suivant la date d'introduction de l'instance, la Cour fédérale, sur demande des époux ou de l'un d'eux, se fonde sur les règles ci-après pour déterminer quel tribunal demeure saisi :

a) lorsqu'au moins une des actions comporte une demande d'ordonnance parentale, demeure saisi le tribunal de la province où l'enfant a sa résidence habituelle ;

b) lorsqu'aucune des actions ne comporte de demande d'ordonnance parentale, demeure saisi le tribunal de la province où les époux ont maintenu une résidence habituelle en commun pour la dernière fois si l'un d'eux réside habituellement dans cette province ;

c) dans tout autre cas, demeure saisi le tribunal que la Cour fédérale juge le plus approprié.

La compétence exclusive de la Cour fédérale en cas de procédures introduites le même jour est abrogée (inutilisée en pratique).

Un nouvel article 6.1 traite de la compétence pour entendre une demande d'ordonnance de contact. Essentiellement, il s'agit du tribunal saisi d'une demande pour une ordonnance parentale. Si une ordonnance parentale existe, la personne qui demande une ordonnance de contact devra contacter le tribunal de la province où l'enfant a sa résidence habituelle.

Compétence dans le cas d'une demande d'ordonnance de contact

6.1 (1) Le tribunal d'une province saisi d'une demande d'ordonnance parentale à l'égard d'un enfant a compétence pour instruire une demande d'ordonnance de contact à l'égard de cet enfant et en décider.

Compétence dans le cas où il n'y a aucune action en modification

(2) Dans le cas où aucun tribunal n'est saisi d'une action en modification d'une ordonnance parentale visant un enfant, le tribunal de la province où l'enfant a sa résidence habituelle a compétence pour instruire une demande d'ordonnance de contact, une demande d'ordonnance modificative d'une ordonnance de contact ou une demande d'ordonnance modificative de l'ordonnance parentale présentée par une personne visée au sous-alinéa 17(1)b(ii), et en décider, sauf s'il estime que le tribunal d'une autre province serait mieux à même d'instruire la demande et d'en décider, auquel cas il renvoie l'affaire à ce tribunal.

Absence de compétence – ordonnance de contact

(3) Il est entendu que si un enfant n'est visé par aucune ordonnance parentale, aucune demande d'ordonnance de contact ne peut être présentée à l'égard de cet enfant au titre de la présente loi.

Un nouvel article 6.2, inspiré de la Convention de La Haye de 1996, reconnaît la compétence du tribunal de la résidence habituelle de l'enfant en cas de retrait ou de rétention d'un enfant dans une autre province :

Retrait ou rétention d'un enfant à charge

6.2 (1) Si un enfant à charge est retiré d'une province ou retenu dans une province en contravention avec les articles 16.9 à 16.96 ou avec le droit provincial, le tribunal de la province où l'enfant avait

sa résidence habituelle qui aurait eu compétence aux termes des articles 3 à 5 immédiatement avant que l'enfant ne soit retiré ou retenu est compétent pour instruire une demande d'ordonnance parentale et en décider, sauf s'il est convaincu, selon le cas :

a) que toutes les personnes ayant le droit de s'opposer à ce que l'enfant soit retiré ou retenu ont finalement consenti de façon expresse ou tacite à ce que l'enfant soit retiré ou retenu ;

b) que ces personnes ont tardé indûment à s'opposer au retrait ou à la rétention de l'enfant ;

c) que le tribunal de la province où l'enfant est présent serait mieux à même d'exercer la compétence pour instruire l'affaire et en décider.

Renvois

(2) Si le tribunal est convaincu que l'un ou l'autre des alinéas (1)a) à c) s'applique :

a) il renvoie la demande au tribunal de la province où l'enfant est présent ;

b) il peut renvoyer à ce tribunal toute autre demande présentée au titre de la présente loi relative aux parties.

Cour fédérale

(3) Si à la suite du retrait ou de la rétention de l'enfant deux actions sont introduites à la même date, comme le prévoient les paragraphes 3(3), 4(3) ou 5(3), le présent article l'emporte sur ces paragraphes et il incombe à la Cour fédérale de trancher la question de la compétence sur le fondement du présent article. La mention au présent article de « tribunal de la province où l'enfant avait sa résidence habituelle » vaut alors mention de la Cour fédérale.

Finalement, si l'enfant réside à l'étranger, un tribunal canadien n'a compétence que dans des circonstances exceptionnelles décrites au nouvel article 6.3 :

Enfant ayant sa résidence habituelle ailleurs qu'au Canada

6.3 (1) Si un enfant à charge n'a pas sa résidence habituelle au Canada, le tribunal de la province qui aurait par ailleurs compétence aux termes des articles 3 à 5 pour rendre une ordonnance parentale ou une ordonnance de contact ou une ordonnance modificative

de l'une de ces ordonnances n'a compétence pour rendre une telle ordonnance que dans des circonstances exceptionnelles et que si l'enfant est présent dans la province.

Circonstances exceptionnelles

(2) Pour décider s'il existe des circonstances exceptionnelles, le tribunal tient compte de tout facteur pertinent, notamment :

- a) l'existence de liens suffisants entre l'enfant et la province ;
- b) l'urgence de la situation ;
- c) l'importance d'éviter la multiplicité des instances et des décisions contradictoires ;
- d) l'importance de décourager l'enlèvement d'enfants.

Cette disposition rappelle l'article 3140 du *Code civil*.

7.4 L'entrée en vigueur

Un décret du gouverneur en conseil du 7 août 2019 fixe au 1^{er} juillet 2020 l'entrée en vigueur des modifications substantielles à la *Loi* décrites dans ce texte¹²⁶. Quelques modifications techniques à la *Loi*, notamment l'article 25.2 portant sur les recherches menées par le ministre de la Justice, sont entrées en vigueur à la date de la sanction royale, soit le 21 juin 2019.

Le choix d'une entrée en vigueur par décret de la quasi-totalité des modifications à la *Loi* tient notamment du fait qu'il faudrait un certain temps pour que les provinces et les territoires adoptent les mesures requises pour la mise en œuvre de la *Loi réformatrice*. La collaboration entre les deux paliers du gouvernement a été décrite comme suit par un représentant du ministère de la Justice :

« Notre comité fédéral-provincial-territorial de sous-ministres adjoints s'est réuni régulièrement pendant des années, et le Québec

126. Décret fixant au 1^{er} juillet 2020 la date d'entrée en vigueur de certaines dispositions de la *Loi* modifiant la *Loi sur le divorce*, la *Loi d'aide à l'exécution des ordonnances et des ententes familiales* et la *Loi sur la saisie-arrêt et la distraction de pensions* et apportant des modifications corrélatives à une autre loi, TR/2019-0082, 7 août 2019.

y a joué un rôle très important. Nous avons discuté de l'applicabilité du projet de loi dans toutes les provinces, y compris le Québec.

La ministre LeBel est tout à fait au courant, car chaque province devra prendre des mesures pour assurer une conformité et s'assurer que, de leur côté, elles font les modifications nécessaires pour que nous puissions continuer de travailler ensemble. Il y aura donc nécessairement une période de temps, avant que la loi entre en vigueur, pour leur permettre de se préparer. Toutes ces discussions se tiennent continuellement depuis plusieurs années. Si cela peut vous rassurer, nous travaillons ensemble. Nous n'avons pas préparé une analyse pour ensuite la leur remettre en exigeant des réponses. C'était vraiment un travail d'équipe avec les provinces. »¹²⁷

La majorité des modifications à la LSADP et certaines à la LAEOEF sont entrées en vigueur à la date de la sanction royale, le 21 juin 2019. Les dispositions restantes entreront en vigueur à une date fixée par décret, car elles requièrent des modifications aux règlements d'application et certains changements opérationnels aux systèmes fédéraux, provinciaux et territoriaux¹²⁸.

Enfin, les dispositions relatives aux conventions internationales entreront, elles aussi, en vigueur à une date fixée par décret lorsqu'au moins une province ou un territoire aura ratifié les conventions et signifié sa volonté d'y être lié¹²⁹.

8. CONCLUSION

La très grande majorité des intervenants devant les comités du Parlement, que ce soit à la Chambre des communes ou au Sénat, a reconnu que la *Loi réformatrice* constituait une modernisation importante et souhaitable de la *Loi*. Il est dommage qu'il ait fallu attendre si longtemps.

Il reste à espérer que cette réforme sera rapidement maîtrisée par tous les intervenants dans les conflits familiaux et qu'elle

127. CANADA, SÉNAT, *Délibérations du Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles*, 5 juin 2019, préc., note 3 (M^e François Daigle, sous-ministre délégué).

128. MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU CANADA, *Contexte législatif*, préc., note 23, p. 51-52.

129. *Id.*

permettra, notamment, de s'attaquer effectivement à la violence familiale, si contraire à l'intérêt des enfants.

La *Loi réformatrice* représente une avancée importante et positive du droit de la famille. Mais, comme le soulignait le comité sénatorial dans son rapport, « le droit de la famille doit refléter la réalité des structures familiales dans la société canadienne [et] l'évolution constante de la cellule familiale exige une révision périodique de la *Loi sur le divorce* »¹³⁰. Il est à espérer que les aspects qui restent à réformer et toute autre question émergente seront traités lors du prochain examen de la *Loi*, que le comité recommandait dans les cinq années suivant l'adoption de la *Loi réformatrice*. À suivre.

130. CANADA, SÉNAT, *Projet de loi C-78, Loi modifiant la Loi sur le divorce, la Loi d'aide à l'exécution des ordonnances et des ententes familiales et la Loi sur la saisie-arrêt et la distraction de pensions et apportant des modifications corrélatives à une autre loi*, Trente-quatrième rapport du Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles (observations), 1^{re} session, 42^e législature, juin 2019, en ligne : <https://sencanada.ca/content/sen/committee/421/LCJC/reports/reportBillC-78-revised_f.pdf> (site consulté le 29 août 2019), p. 6.

TABLE DE LA LÉGISLATION

Textes fédéraux

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46.

Loi modifiant le Code criminel, la Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents et d'autres lois et apportant des modifications corrélatives à certaines lois, projet de loi n° C-75 (sanction royale – 21 juin 2019), 1^{re} session, 42^e législature (Can.).

Loi modifiant la Loi sur le divorce, la Loi d'aide à l'exécution des ordonnances et des ententes familiales et la Loi sur la saisie-arrest et la distraction de pensions et apportant des modifications corrélatives à une autre loi, projet de loi n° C-78 (sanction royale – 21 juin 2019), 1^{re} session, 42^e législature (Can.).

Loi sur les foyers familiaux situés dans les réserves et les droits ou intérêts matrimoniaux, L.C. 2013, ch. 20.

Textes provinciaux

Code de procédure civile, R.L.R.Q. c. C-25.01.

Family Law Act, S.A. 2003, c. F-4.5.

Family Law Act, S.B.C. 2011, c. 25.

Loi sur la protection de la jeunesse, R.L.R.Q. c. P-34.1.

Parenting and Support Act, R.S.N.S. 1989, c. 160.

Protection Against Family Violence Act, R.S.A. 2000, c. P-27.

Textes internationaux

Convention relative aux droits de l'enfant, 20 novembre 1989, (1990) 1577 R.T.N.U. 441 (n° 27531) (entré en vigueur au Canada le 13 décembre 1991).

Convention du 23 novembre 2007 sur le recouvrement international des aliments destinés aux enfants et à d'autres membres de la famille, signée le 23 mai 2017, HCCH n° 38, en ligne : <<https://assets.hcch.net/docs/a236c1e6-3bfe-4b00-8751-a2b70b0e46ad.pdf>>.

Convention du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération

en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants, signée le 23 mai 2017, HCCH n° 34, en ligne : <<https://assets.hcch.net/docs/e74e817b-1faa-4aa9-bd29-3ff68da03f43.pdf>>.

TABLE DES JUGEMENTS

Gordon c. Goertz, [1996] 2 RCS 27.

Droit de la famille – 091541, 2009 QCCA 1268.

Droit de la famille – 07832, 2007 QCCA 548.

BIBLIOGRAPHIE

Monographies et ouvrages collectifs

BALA, Nicholas, L. D. BERTRAND, A. WHEELER, J. J. PAETSCH et E. HOLDER, *Étude sur le déménagement des parents après le divorce ou la séparation*, Ottawa, ministère de la Justice du Canada, 2014.

CANADIAN RESEARCH INSTITUTE FOR LAW AND THE FAMILY, *Exercice du droit de la famille au Canada : Résultats d'un sondage mené auprès des participants au Colloque national sur le droit de la famille de 2016*, Ottawa, ministère de la Justice du Canada, octobre 2016.

COMITÉ MIXTE SPÉCIAL SUR LA GARDE ET LE DROIT DE VISITE DES ENFANTS, *Pour l'amour des enfants*, Ottawa, Parlement du Canada, 1998.

COMITÉ CONSULTATIF SUR LE DROIT DE LA FAMILLE, *Pour un droit de la famille adapté aux nouvelles réalités conjugales et familiales*, Québec, ministère de la Justice du Québec, 2015.

COMITÉ D'ACTION SUR L'ACCÈS À LA JUSTICE EN MATIÈRE CIVILE ET FAMILIALE (COMITÉ CROMWELL), *L'accès à la justice en matière civile et familiale : une feuille de route pour le changement*, Ottawa, Comité d'action sur l'accès à la justice en matière civile et familiale, 2013.

COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, *Observation générale n° 14 (2013) sur le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordiale (art. 3, para. 1)* (29 mai 2013), en ligne : <<https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=528336294>>.

CONSEIL DU STATUT DE LA FEMME, *Portrait des Québécoises*, Québec, Conseil du statut de la femme, 2018.

GROUPE DE TRAVAIL SPÉCIAL FÉDÉRAL-PROVINCIAL-TERRITORIAL SUR LA VIOLENCE FAMILIALE, *Établir les liens dans les cas de violence familiale*, vol. I, Ottawa, ministère de la Justice du Canada, 2013.

KIROUACK, M. C., *La réforme de la Loi sur le divorce*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2019.

LINDSEY, M., *Actes de violence perpétrés par des ex-conjoints*, Ottawa, ministère de la Justice du Canada (Division de la recherche et de la statistique), 2014.

MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU CANADA, *Contexte législatif : Loi modifiant la Loi sur le divorce, la Loi d'aide à l'exécution des ordonnances et des ententes familiales et la Loi sur la saisie-arrest et la distraction de pensions et apportant des modifications corrélatives à une autre loi (projet de loi C-78)*, septembre 2018, en ligne : <http://publications.gc.ca/collections/collection_2019/jus/J2-488-2019-fra.pdf>.

MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU CANADA, *Faire des plans. Guide sur les arrangements parentaux après la séparation ou le divorce*, Ottawa, ministère de la Justice du Canada, 2013.

Articles de revue, études d'ouvrages collectifs et autres

BURCZYCKA, M., S. CONROY et L. SAVAGE (CENTRE CANADIEN DE LA STATISTIQUE JURIDIQUE), *La violence familiale au Canada : un profil statistique*, 2017, décembre 2018, en ligne : <<https://www150.statcan.gc.ca/n1/pub/85-002-x/2018001/article/54978-fra.pdf>>.

CBC NEWS, « 4 in 10 1st marriages end in divorce: report », *CBC News*, 4 octobre 2010, en ligne : <<https://www.cbc.ca/news/canada/4-in-10-1st-marriages-end-in-divorce-report-1.953894>>.

CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, *Aperçu. 1) Convention de La Haye de 2007 sur le recouvrement des aliments destinés aux enfants*, en ligne : <<https://assets.hcch.net/docs/7b40c0b8-c4eb-45e9-a778-7447f0a1c0e6.pdf>>.

CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, *Aperçu. 2) Convention du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants*, en ligne : <<https://assets.hcch.net/docs/bf6a8f97-cc5f-4b29-9a35-8cddde089b8b.pdf>>.

DUCLOS, J.-Y., (Ministre de la Famille, des Enfants et du Développement social), *Lettre à la Présidente du Comité permanent de la condition féminine*, non datée, en ligne : <https://www.noscommunes.ca/content/Committee/421/FEWO/GovResponse/RP10596496/421_FEWO_Rpt15_GR/421_FEWO_Rpt15_GR-f.pdf>.

GENDARMERIE ROYALE DU CANADA, *La violence familiale*, en ligne : <<http://www.rcmp-grc.gc.ca/cycp-cpcj/violence/fv-vf/index-fra.htm>>.

HOULE, P., M. TURCOTTE et M. WENDT (STATISTIQUE CANADA, DIVISION DE LA STATISTIQUE SOCIALE ET AUTOCHTONE), *Évolution de la participation des parents aux tâches domestiques et aux soins des enfants de 1986 à 2015*, juin 2017, en ligne : <<https://www150.statcan.gc.ca/n1/pub/89-652-x/89-652-x2017001-fra.htm>>.

JOHNSON, M. P., « Les types de violence familiale », dans Maryse RINFRET-RAYNOR, Élisabeth LESIEUX, Marie-Marthe COUSINEAU, Sonia GAUTHIER et Elizabeth HARPER (dir.), *Violence envers les femmes. Réalités complexes et nouveaux enjeux dans un monde en transformation*, Québec, Les presses de l'Université du Québec, 2014, p. 15.

JUSTICE QUÉBEC, *Demander une ordonnance de protection en matière civile*, en ligne : <<https://www.justice.gouv.qc.ca/programmes-et-services/services/demander-une-ordonnance-de-protection-en-matiere-civile/>>.

LAMETTI, D., (Ministre de la Justice et Procureur général du Canada), *Lettre au Président du Comité sénatorial perma-*

ment des affaires juridiques et constitutionnelles, 11 juin 2019, en ligne : <https://sencanada.ca/content/sen/committee/421/LCJC/Briefs/2019-06-11-LCJC_undertaking_C-78_f.pdf>.

LATERRIÈRE, F., « Le trouble de stress post-traumatique (TSPT) et l'impact sur les capacités parentales », dans Barreau du Québec, Service de la formation continue, *Développements récents en droit familial* (2019), vol. 461, Montréal, Éditions Yvon Blais.

MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU CANADA, *La violence familiale*, en ligne : <<https://www.justice.gc.ca/fra/jp-cj/vf-fv/apropos-about.html>>.

MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU CANADA, DIVISION DE LA RECHERCHE ET DE LA STATISTIQUE, *Droit de garde et de visite de l'enfant*, novembre 2017, en ligne : <<https://www.justice.gc.ca/fra/pr-rp/jr/pf-jf/2017/nov02.html>>.

NEILSON, L. C., *Renforcement de la sécurité – affaires de violence conjugale faisant intervenir plusieurs systèmes juridiques (en matière de droit pénal, de droit de la famille et de protection de la jeunesse) : perspective du droit de la famille sur la violence conjugale*, Ottawa, ministère de la Justice du Canada, 2013.

NEILSON, L. C., *Responding to Domestic Violence in Family Law, Civil Protection & Child Protection Cases*, 2017 CanLIIDocs 2, février 2017.

NEILSON, L. C. et BOYD, S. B., *Interpreting the New Divorce Act, Rules of Statutory Interpretation and Senate Observations*, mars 2020, en ligne : <<http://www.fredacentre.com/2020/03/11/new-report-interpreting-the-new-divorce-act-rules-of-statutory-interpretation-and-senate-observations>>.

RATHUS, Z., « Social Science or Lego-Science-Presumptions, Politics, Parenting and the New Family Law » (2010) 10 *Queensland U. Tech. L. & Just. J.* 164.

STATISTIQUE CANADA, *Familles, ménages et état matrimonial : faits saillants du Recensement de 2016*, août 2017, en ligne : <<https://www150.statcan.gc.ca/n1/daily-quotidien/170802/dq170802a-fra.htm>>.

STATISTIQUE CANADA, *Histoire de famille : les grands-parents au Canada*, février 2019, en ligne : <<https://www150.statcan.gc.ca/n1/pub/11-627-m/11-627-m2019001-fra.htm>>.

STATISTIQUE CANADA, *Portrait de la vie familiale des enfants au Canada en 2016*, août 2017, en ligne : <<https://www12.statcan.gc.ca/census-recensement/2016/as-sa/98-200-x/2016006/98-200-x2016006-fra.cfm>>.

STATISTIQUE CANADA, *Recensement de la population de 2016, produit numéro 98-400-X2016388 au catalogue de Statistique Canada*, août 2017, en ligne : <<https://tinyurl.com/yxvwk3sj>>.

STATISTIQUE CANADA, *Tableau 17-10-0060-01 Estimations de la population au 1^{er} juillet, selon l'état matrimonial ou l'état matrimonial légal, l'âge et le sexe* [Ressource électronique], en ligne : <<https://www150.statcan.gc.ca/t1/tbl1/fr/tv.action?pid=1710006001>>.

UNIVERSITÉ McMASTER, *Half of people in Canadian prisons were abused as children: McMaster research*, janvier 2018, en ligne : <https://fhs.mcmaster.ca/main/news/news_2019/half_of_people_in_prison_were_abused_as_children.html>.

WHITEHEAD, D. L., « Is Shared Custody the “Alchemy” of Family Law? » (2015) 35:1 C.F.L.Q. 1.

Travaux parlementaires

CANADA, *Débats de la Chambre des communes*, 1^{re} session, 42^e législature, 30 janvier 2019.

CANADA, SÉNAT, *Délibérations du Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles*, 1^{re} session, 42^e législature, 5 juin 2019, « Projet de loi C-78, *Loi modifiant la Loi sur le divorce, la Loi d'aide à l'exécution des ordonnances et des ententes familiales et la Loi sur la saisie-arrêt et la distraction de pensions et apportant des modifications corrélatives à une autre loi* » [Ressource électronique], en ligne : <<https://sencanada.ca/fr/content/sen/Committee/421/lcjc/54862-f>>.

CANADA, SÉNAT, *Délibération du Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles*, 1^{re} session, 42^e législature, 6 juin 2019, « Projet de loi C-78, *Loi modifiant*

la Loi sur le divorce, la Loi d'aide à l'exécution des ordonnances et des ententes familiales et la Loi sur la saisie-arrêt et la distraction de pensions et apportant des modifications corrélatives à une autre loi » [Ressource électronique], en ligne : <<https://sencanada.ca/fr/Content/Sen/Committee/421/LCJC/54873-f>>.

CANADA, SÉNAT, *Projet de loi C-78, Loi modifiant la Loi sur le divorce, la Loi d'aide à l'exécution des ordonnances et des ententes familiales et la Loi sur la saisie-arrêt et la distraction de pensions et apportant des modifications corrélatives à une autre loi*, Trente-quatrième rapport du Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles (observations), 1^{re} session, 42^e législature, juin 2019, en ligne : <https://sencanada.ca/content/sen/committee/421/LCJC/reports/reportBillC-78-revised_f.pdf>.

Les rôles de ministre de la Justice, de procureur général et de jurisconsulte au Québec

M^e Yan PAQUETTE

Résumé

Les médias nous parlent souvent du titulaire du poste de ministre de la Justice. Pourtant essentielle au sein d'un gouvernement, cette fonction est cependant mal comprise du grand public, mais aussi de la communauté juridique. Au Québec, le ministre de la Justice est aussi le jurisconsulte du gouvernement et le membre jurisconsulte du Conseil exécutif. Il est également d'office procureur général du Québec. Le présent texte explique ces rôles fondamentaux, en souligne les différences et similitudes et présente comment ils s'exercent concrètement.

Les rôles de ministre de la Justice, de procureur général et de jurisconsulte au Québec

M^e Yan PAQUETTE*

INTRODUCTION	361
1. LE CADRE GÉNÉRAL.....	361
2. LE RÔLE DE MINISTRE DE LA JUSTICE.....	363
2.1 L'organisation judiciaire	364
2.2 La sélection des juges	365
2.3 La politique publique en matière de justice.....	365
3. LE RÔLE DE JURISCONSULTE (FONCTIONS CONSEIL ET LÉGISLATION)	365
3.1 Considérations propres à la législation	367
3.2 Considérations propres à la réglementation	367
3.3 Considérations liées au secret professionnel	368
3.4 Le rôle de jurisconsulte en bref.....	369
4. LE RÔLE DE PROCUREUR GÉNÉRAL (FONCTION LITIGE – CIVIL)	370

* Avocat et sous-ministre associé à la Direction générale des affaires juridiques et de l'accès à la justice du ministère de la Justice. Les propos contenus dans ce texte sont personnels à l'auteur et n'engagent pas le ministère de la Justice. L'auteur tient à souligner la contribution au présent texte de M^{es} Élise Labrecque et Jean-Philippe Lebrun du ministère de la Justice.

5. LE RÔLE DE PROCUREUR GÉNÉRAL (MATIÈRE CRIMINELLE ET PÉNALE).....	371
CONCLUSION.....	375

INTRODUCTION

Périodiquement, l'actualité remet à l'avant-plan le titulaire du poste de ministre de la Justice. Cette fonction essentielle dans un gouvernement est cependant rarement abordée en profondeur et peu analysée par la doctrine. Or, les rôles fondamentaux de ministre de la Justice, de procureur général et de jurisconsulte méritent d'être mieux compris par la communauté juridique, mais également par le grand public.

Le présent texte n'a pas pour objectif de faire un historique de l'évolution de cette fonction ni d'en présenter les aspects constitutionnels puisque d'autres l'ont fait auparavant¹. Il n'a pas non plus pour but de prendre position quant à la façon dont ce rôle doit s'exercer au sein de l'État, comme cela a pu être fait par le rapport McLellan² à la demande du gouvernement fédéral.

Ce texte vise plutôt à présenter de façon simple et objective les différentes fonctions qu'occupe la ministre québécoise de la Justice³, pour en souligner toute l'importance. De plus, ce texte présente concrètement comment ces fonctions s'exercent au Québec et comment cela se traduit dans l'organisation du ministère de la Justice et dans les services rendus au gouvernement et à la population.

1. LE CADRE GÉNÉRAL

Au Québec, la *Loi sur le ministère de la Justice*⁴ établit à son article 2 que la ministre de la Justice est d'office procureure

1. Voir en particulier le texte d'André Buteau, « Les fonctions de poursuivant, de gardien de l'intérêt public, de représentant de l'État devant les tribunaux et de conseiller juridique exercées par le ministre de la Justice et Procureur général du Québec », dans Conférence des juristes de l'État, *Actes de la XV^e Conférence des juristes de l'État*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2002, p. 239 à 316.

2. Anne McLellan, *Examen des rôles de ministre de la Justice et de procureur général du Canada*, Ottawa, 28 juin 2019, en ligne à <https://pm.gc.ca/fr/nouvelles/notes-dinformation/2019/08/14/examen-des-roles-de-ministre-de-la-justice-et-de-procu-reur>.

3. Étant donné que la titulaire du poste de ministre de la Justice est M^e Sonia LeBel, le féminin est utilisé dans le texte.

4. RLRQ, chapitre M-19.

générale du Québec. Comme nous pourrions le constater, ces deux fonctions sont différentes, mais interreliées et complémentaires en certaines circonstances.

Par ailleurs, l'article 3 indique que la ministre de la Justice est la juriconsulte du gouvernement et le membre juriconsulte du Conseil exécutif. C'est donc dire que la ministre de la Justice est la principale conseillère juridique du gouvernement et que, à ce titre, elle est membre du Conseil des ministres⁵.

En plus des fonctions qui précèdent, la personne qui occupe le poste de ministre de la Justice assume plusieurs responsabilités⁶, soit :

- établir la politique publique de l'État en matière de justice ;
- veiller à ce que les affaires publiques soient administrées conformément à la loi ;
- surveiller toutes les matières qui concernent l'administration de la justice au Québec à l'exception de celles qui sont attribuées au ministre de la Sécurité publique ;
- élaborer des orientations et prendre des mesures en matière d'affaires criminelles et pénales ;
- donner son avis aux ministres titulaires des divers ministères du gouvernement du Québec sur toutes les questions de droit qui concernent ces ministères ;
- diriger l'organisation judiciaire et l'inspection des greffes des tribunaux, ainsi que l'organisation et l'inspection du Bureau de la publicité des droits personnels et réels mobiliers ;

5. L'article 63 de la *Loi constitutionnelle de 1867* précise que le Conseil exécutif du Québec est notamment composé du procureur général. La *Loi sur l'exécutif* (RLRQ, chapitre E-18) indique aussi que le Conseil exécutif est formé, entre autres, du ministre chargé de l'administration de la justice, désigné sous le nom de ministre de la Justice.

6. Voir les articles 3, 4 et 5 de la *Loi sur le ministère de la Justice* pour une description plus complète.

- surveiller les officiers de justice et l'Officier de la publicité des droits personnels et réels mobiliers ;
- remplir les autres fonctions qui lui sont assignées par le gouvernement, ou qui ne sont pas attribuées à quelque autre ministère du gouvernement.

En plus de ses responsabilités à titre de ministre de la Justice, cette personne doit également assumer les responsabilités de procureur général :

- être le gardien du grand sceau et établir et autoriser toutes les pièces délivrées sous le grand sceau ;
- sous réserve de toutes dispositions législatives expresses au contraire, régler et diriger, sous la désignation « le procureur général du Québec », la demande ou la défense dans toutes les contestations formées pour ou contre l'État ;
- agir, conformément à la loi, en matière pénale pour assurer le respect des lois et des règlements du Québec ; à cet égard, au besoin, autoriser une personne à agir en son nom ;
- prendre des mesures en vue de prévenir la criminalité.

Les fonctions de poursuivant en matière criminelle et pénale sont, quant à elles, spécifiquement encadrées par la *Loi sur le directeur des poursuites criminelles et pénales*⁷ (LDPCP).

Nous allons présenter ci-après certaines des responsabilités les plus importantes de la ministre de la Justice : le rôle de ministre de la Justice, le rôle de juriconsulte et le rôle de procureur général en distinguant, pour ce dernier, le volet civil du volet criminel et pénal.

2. LE RÔLE DE MINISTRE DE LA JUSTICE

La mission première de la ministre de la Justice est de favoriser la confiance des citoyens et le respect des droits individuels

7. RLRQ, chapitre D-9.1.1.

et collectifs par le maintien au Québec d'un système de justice qui soit à la fois accessible et intègre et de la primauté du droit. Cette mission implique différentes composantes que nous présenterons sommairement ci-après.

En plus d'être responsable du ministère, la ministre assume spécifiquement la responsabilité de plus de 40 lois, dont la *Charte des droits et libertés de la personne*⁸ et le *Code civil du Québec*⁹, pour ne nommer que celles-là en raison de leur importance¹⁰. La ministre de la Justice est également responsable de toute loi dont la responsabilité n'est pas explicitement confiée à un autre ministre¹¹.

2.1 L'organisation judiciaire

La ministre de la Justice a la responsabilité de l'organisation judiciaire au Québec, établie entre autres par la *Loi sur les tribunaux judiciaires*¹². Cette responsabilité implique une multitude de fonctions comme la nomination de certains officiers de justice (shérif, greffier, greffier spécial), l'établissement de la compétence des tribunaux en certaines matières, la composition des tribunaux, la répartition des palais de justice sur le territoire, les districts judiciaires, etc.

De plus, elle a la responsabilité de fournir et d'organiser les ressources humaines et matérielles qui permettent aux tribunaux de droit commun (Cour d'appel, Cour supérieure, Cour du Québec) d'exercer leur juridiction, tout en respectant leur nécessaire indépendance.

Elle est appuyée par la Direction générale des services de justice et des registres du ministère de la Justice.

8. RLRQ, chapitre C-12. Nous aborderons la façon dont la ministre s'assure du respect de l'application des chartes dans la section portant sur le rôle de jurisconsulte et dans celle portant sur le rôle de procureur général.

9. RLRQ, chapitre CCQ-1991.

10. Voir la liste de ces lois en ligne à <https://www.quebec.ca/gouv/ministere/justice/lois-et-reglements/>.

11. À titre d'exemple, la *Loi sur la presse* (RLRQ, chapitre P-19), la *Loi sur la protection de la confidentialité des sources journalistiques* (RLRQ, chapitre P-33.1) et la *Loi sur les renvois à la Cour d'appel* (RLRQ, chapitre R-23).

12. RLRQ, chapitre T-16.

2.2 La sélection des juges

La ministre de la Justice est également responsable du processus de sélection des juges de compétence provinciale (Cour du Québec, cours municipales et juges de paix magistrats). Ce processus établit avec rigueur que les personnes qui sont nommées à la fonction de juge satisfont aux critères de sélection et que le processus de sélection est absent de toute influence politique.

La ministre est appuyée par le Secrétariat à la sélection des candidats à la fonction de juge, qui a été mis en place le 11 janvier 2012.

2.3 La politique publique en matière de justice

Comme tous les autres ministres, la ministre de la Justice est responsable de certains secteurs de l'activité gouvernementale. À ce titre, elle doit élaborer les politiques gouvernementales en matière de justice, comme en matière d'accès à la justice, d'aide juridique, de règlement des différends, d'indemnisation des victimes d'actes criminels, de droit de la famille, etc. Chaque année, la ministre de la Justice propose des changements d'ordre législatif et réglementaire afin de s'assurer de répondre aux besoins de la population et de la communauté juridique en ces matières.

Différents programmes sont également en place pour répondre aux différents besoins, comme les centres de justice de proximité, les centres d'aide aux victimes d'actes criminels, l'aide juridique, etc.

La ministre est appuyée par la Direction générale des affaires juridiques et de l'accès à la justice, au sein de laquelle plusieurs juristes participent également à soutenir la ministre dans son rôle de jurisconsulte et de procureur général, que nous abordons ci-après.

3. LE RÔLE DE JURISCONSULTE (FONCTIONS CONSEIL ET LÉGISLATION)

À titre de jurisconsulte¹³, la ministre de la Justice est la principale conseillère juridique du gouvernement. Comme le droit

13. Peu utilisé hors du milieu juridique, ce terme désigne une « [p]ersonne qui fait profession de donner des consultations juridiques ou qui a pour mission de donner

est au cœur de l'action gouvernementale¹⁴, elle peut être appelée à donner des avis sur toutes les matières concernant des lois, des règlements, des décrets, des contrats, des ententes, etc.

Par contre, prodiguer un conseil implique qu'il ne s'agit pas d'un rôle décisionnel. Le décideur est, selon le cas, le premier ministre, le Conseil des ministres, le ministre ou, sur le plan administratif, le secrétaire général ou le sous-ministre. La responsabilité ultime de la décision revient donc aux personnes investies des pouvoirs décisionnels en fonction de leur attribution et des lois sous leurs responsabilités. Les personnes qui ont été élues ou choisies pour assumer certaines responsabilités prennent les décisions non seulement en fonction de considérations juridiques, mais également en fonction des répercussions d'une mesure, que celles-ci soient sociales, économiques, politiques, etc.

Lorsqu'elle siège au Conseil des ministres, la ministre de la Justice assume, comme tous les autres ministres, les responsabilités liées à ses fonctions ministérielles. Cependant, relativement aux questions juridiques soulevées, elle doit faire part de son avis indépendant sur ces questions. À titre de juriconsulte, elle a en effet pour responsabilité de veiller à ce que les affaires publiques soient administrées conformément à la loi.

L'activité gouvernementale étant vaste, la ministre de la Justice est appuyée par des équipes de juristes du ministère de la Justice. Pour assurer ce rôle et la cohérence du conseil juridique et de la rédaction législative fournis au gouvernement, le ministère de la Justice rend l'essentiel des services juridiques aux différents ministres et ministères, principalement par l'entremise des directions d'affaires juridiques décentralisées. Chaque ministère bénéficie donc des services de l'une ou l'autre des directions des affaires juridiques du ministère de la Justice.

De plus, certaines directions centrales du ministère de la Justice offrent leurs services à l'ensemble des ministères en raison

des avis juridiques ». Hubert Reid, *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, 5^e édition, Montréal, Wilson & Lafleur, 2015, p. 369.

14. Pierre Issalys et Denis Lemieux, *L'action gouvernementale, Précis de droit des institutions administratives*, 3^e édition, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2009, p. 56 et 57. Voir également Patrice Garant, *Droit administratif*, 7^e édition, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2017, p. 159 à 162.

de leur champ d'expertise particulier. Il en est ainsi en matière de droit administratif, de droit constitutionnel, de droit autochtone et de droit des technologies de l'information et de la propriété intellectuelle.

Toutes ces directions faisant partie de la même direction générale, il arrive fréquemment que plusieurs d'entre elles soient sollicitées sur un même projet ou dossier, en fonction de leur expertise respective.

3.1 Considérations propres à la législation

Les légistes du ministère de la Justice, répartis au sein des différentes directions d'affaires juridiques des ministères, rédigent les projets de loi gouvernementaux en fonction des orientations des ministères à qui ils fournissent des services et ils accompagnent les ministres à l'occasion des travaux parlementaires menant à leur éventuelle adoption¹⁵. Les orientations des différents projets de loi sont élaborées par les différents ministères, souvent avec le soutien de leur direction d'affaires juridiques, et produites sous la forme d'un mémoire au Conseil des ministres.

Par ailleurs, la ministre de la Justice joue un rôle particulier dans le processus législatif en ce que, de façon traditionnelle, elle exerce la fonction de présidente du Comité de législation. Ce comité ministériel se réunit avant la séance du Conseil des ministres au cours de laquelle le projet de loi sera discuté. Il a pour mandat de s'assurer de la cohérence législative et juridique des projets de loi gouvernementaux devant être présentés à l'Assemblée nationale¹⁶.

3.2 Considérations propres à la réglementation

Tout comme les projets de loi, les règlements sont rédigés par les légistes du ministère de la Justice au sein des directions d'affaires juridiques.

15. À noter que certains organismes, comme l'Office des professions du Québec et l'Agence du revenu du Québec, et secrétariats, comme le Secrétariat à l'accès à l'information et à la réforme des institutions démocratiques, ont des juristes qui peuvent être appelés à rédiger des lois ou des règlements.

16. *Décret concernant le Comité de législation et le cheminement des projets de loi*, 2018, n° 44, G.O. II, p. 7388.

Les dossiers réglementaires ne sont pas soumis au Comité de législation. Le ministère de la Justice assure tout de même la conformité de la réglementation en vertu de la *Loi sur les règlements*¹⁷.

L'avis de conformité réglementaire est rendu par la direction d'affaires juridiques du ministère d'où provient le règlement. Il est transmis au greffe du Conseil exécutif, lequel est chargé de s'assurer que les projets de décret et de règlement soumis au gouvernement sont conformes aux lois et à la réglementation en vigueur¹⁸.

Il peut être transmis au ministre de la Justice qui, en raison de sa responsabilité particulière relativement à la légalité de l'action gouvernementale, pourrait alors faire part au ministre concerné des enjeux juridiques qui méritent une attention particulière et donner un avis indépendant sur ces questions.

3.3 Considérations liées au secret professionnel

À titre de juriconsulte, la ministre de la Justice est naturellement appelée à rendre plusieurs avis juridiques. Comme toute autre personne dans la société qui reçoit un avis juridique, le gouvernement bénéficie du secret professionnel. Ce droit au respect du secret professionnel est un droit important ; il est expressément défini à l'article 9 de la *Charte des droits et libertés de la personne*.

Le respect du secret professionnel et la confidentialité des opinions rendues par la juriconsulte sont essentiels afin qu'elle joue pleinement son rôle de conseillère juridique du gouvernement.

Afin de pouvoir rendre un avis éclairé, les juristes doivent avoir accès à toutes les informations pertinentes. De plus, dans le cadre des avis émis, les juristes doivent pouvoir exprimer librement les différents risques et niveaux de risques associés aux décisions que devront prendre les autorités. Le gouvernement fait souvent face à des problèmes complexes et les solutions mises en œuvre

17. *Loi sur les règlements*, RLRQ, chapitre R-18.1.

18. *Décret concernant l'organisation et le fonctionnement du Conseil exécutif*. Voir la codification administrative du décret numéro 1166-2017, modifié par les décrets numéros 1320-2018 et 1321-2018 du 31 octobre 2018, à l'article 31, accessible en ligne à : https://www.mce.gouv.qc.ca/publications/decret_mce.pdf.

doivent parfois être innovantes. Dans ce contexte, le droit offre rarement une réponse définitive, mais plutôt un éventail d'options, chacune comportant certains avantages et inconvénients de même que différents risques juridiques.

Il n'est pas rare que le gouvernement doive faire face à des contestations juridiques. Dans ce contexte, si les avis juridiques étaient rendus publics, cela pourrait mettre en péril la capacité d'agir du gouvernement, notamment dans le cas où la validité des projets de loi est contestée. Par ailleurs, si les juristes du ministère de la Justice savaient que leurs avis juridiques pouvaient être rendus publics, ils pourraient faire preuve de retenue dans l'expression de leurs opinions, risquant ainsi de priver le gouvernement d'un avis éclairé.

Soulignons que la Cour suprême a rappelé, à plusieurs reprises, la nécessité du respect du secret professionnel : « la force du système de justice dépend d'une communication complète, libre et franche entre ceux qui ont besoin de conseils juridiques et ceux qui sont plus aptes à les fournir »¹⁹.

3.4 Le rôle de jurisconsulte en bref

Comme nous pouvons le constater, le rôle de jurisconsulte en est un de conseil. La façon dont sont organisés les services juridiques au sein du gouvernement du Québec permet de jouer ce rôle à plusieurs niveaux. Dans un premier temps, les juristes du ministère de la Justice offrent leurs conseils au ministère qui bénéficie de leurs services. Selon qu'il s'agit d'un projet de règlement ou d'un projet de loi, un second regard sera apporté à la conformité juridique, soit par l'avis de conformité réglementaire ou par le passage au Comité de législation.

Rappelons aussi que la ministre de la Justice est également procureure générale et qu'à ce titre, elle est chargée de régler et de diriger la demande ou la défense dans toutes les contestations formées pour ou contre l'État. Ainsi, en cas de contestation, la conformité juridique fera l'objet d'une analyse juridique par les avocats de la procureure générale chargés du dossier.

19. *Blank c. Canada (Ministère de la Justice)*, 2006 CSC 39, au par. 26.

4. LE RÔLE DE PROCUREUR GÉNÉRAL (FONCTION LITIGE – CIVIL)

Les termes utilisés à l'article 4 de la *Loi sur le ministère de la Justice* amènent à constater que le rôle de procureur général est différent de celui de ministre de la Justice et de jurisconsulte.

Alors que le jurisconsulte offre ses conseils, le rôle de procureur général implique de « diriger » la demande ou la défense dans toutes les contestations formées pour ou contre l'État. Nous aborderons le rôle de procureur général en matière criminelle et pénale dans la section suivante.

La direction des contestations formées pour ou contre l'État ne signifie pas que la procureure générale agit seule. Les ministères responsables de la mesure gouvernementale mise en cause devant les tribunaux peuvent participer à la prise de décision, selon la nature de ces contestations et des décisions à prendre. Il existe en effet une distinction entre une contestation qui implique les matières sous la responsabilité de la ministre de la Justice et un dossier qui implique les matières sous la responsabilité d'un autre ministre. L'indépendance de la procureure générale demeure en tout temps, mais son étendue pourra varier en fonction des décisions qui doivent être prises.

Les juristes de la procureure générale devront considérer les positions exprimées par le ministère lorsque le litige ou une décision à prendre porte directement sur une matière qui relève exclusivement de ce ministère. À titre d'exemple, si la question en litige est la somme d'argent due par le ministère ou au ministère, le procureur ne peut s'engager à ce que le ministère verse une telle somme afin de régler un litige sans que les personnes en autorité au ministère soient d'accord pour la verser.

Dans tous les cas, les juristes de la procureure générale agiront conformément aux différentes obligations qui s'imposent à eux. À titre d'exemple, ils agiront en tout temps de bonne foi et ils n'auront pas recours à des procédures frivoles, dilatoires ou abusives. Les procureurs ne présenteront pas des arguments juridiques à la cour afin de défendre les intérêts du ministère

s'ils sont d'avis que ces arguments ne sont pas valables ou n'ont aucune assise factuelle. Rappelons que le *Code de procédure civile* indique, à son article 19, que les parties doivent limiter l'affaire à ce qui est nécessaire pour résoudre le litige et qu'elles ne doivent pas agir en vue de nuire à autrui ou d'une manière excessive ou déraisonnable. À titre de représentants de la procureure générale, les procureurs doivent avoir une conduite irréprochable.

Par ailleurs, lorsque les questions en litige portent sur la conformité aux chartes, il revient à la ministre de la Justice de déterminer la position à défendre devant les tribunaux. Il en est de même quant aux moyens procéduraux à prendre dans les dossiers. À titre d'exemple, lorsqu'il s'agit de défendre la légalité de lois et règlements, la procureure générale est au premier chef responsable d'établir les positions juridiques du gouvernement. Le fait que les lois et règlements aient été élaborés par les juristes du ministère de la Justice permet de s'assurer de la cohérence des positions. D'ailleurs, les juristes travaillent en étroite collaboration dans ce type de dossier.

Cet aspect est d'ailleurs un des éléments qui permet d'illustrer la grande complémentarité entre le rôle de ministre de la Justice et celui de procureur général. L'élaboration d'une loi peut requérir la collaboration de plusieurs équipes juridiques. Dans ce contexte, les juristes contribuent en fonction de leurs expertises. Au moment de la contestation, ce sont ces mêmes juristes qui vont contribuer à élaborer la position défendue par la procureure générale devant les tribunaux. Le fait que la procureure générale soit également ministre de la Justice et membre du Conseil des ministres permet, dans ces circonstances, d'avoir accès à toute l'information et de comprendre les motifs qui ont mené le gouvernement à proposer la mesure législative. Cela est d'autant plus important quand, dans un débat basé sur les chartes, la procureure générale doit être en mesure de présenter une preuve justificative pour soutenir la validité de la loi.

5. LE RÔLE DE PROCUREUR GÉNÉRAL (MATIÈRE CRIMINELLE ET PÉNALE)

La plupart des textes qui ont été écrits sur le rôle de procureur général se sont davantage attardés sur son rôle en matière

criminelle et pénale²⁰. Il est utile de rappeler les postulats de base que la jurisprudence a établis au regard de l'indépendance du poursuivant public :

« L'indépendance du procureur général est si essentielle à l'intégrité et à l'efficacité du système de justice criminelle qu'elle est consacrée par la Constitution. Le principe de l'indépendance veut que le procureur général agisse indépendamment de toute pression politique du gouvernement et il soustrait à tout contrôle judiciaire l'exercice du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites, sous réserve uniquement de l'application de la règle de l'abus de procédure. Dans l'arrêt *Krieger*, notre Cour explique en quoi le principe de l'indépendance revêt la forme d'une valeur constitutionnelle (par. 30-32). »²¹

En 2005, la fonction de poursuivant en matière criminelle et pénale au Québec a été confiée au Directeur des poursuites criminelles et pénales (DPCP). Depuis, il est, au sens du *Code criminel*, le substitut légitime de la procureure générale du Québec. De plus, il est d'office sous-procureur général dans les matières concernant les poursuites criminelles et pénales.

La charge de DPCP a été instituée pour garantir l'indépendance des poursuivants en matière criminelle et pénale, de manière à mieux assurer que seul soit pris en compte l'intérêt de la justice. La démarche visait aussi à assurer la transparence du processus de poursuite pour mieux satisfaire aux impératifs fondamentaux de la justice, notamment en distinguant les orientations générales de politique publique, qui relèvent de la ministre de la Justice, des décisions quotidiennes relatives aux poursuites. Enfin, un autre objectif était de renforcer la confiance du public envers le système judiciaire criminel et pénal québécois en isolant la prise de décision par les poursuivants des considérations de nature politique découlant du fait que le procureur général soit aussi ministre de la Justice et membre du gouvernement.

Bien que la loi consacre son indépendance, l'article 1 de la LDPCP détermine que la DPCP dirige pour l'État les poursuites criminelles et pénales sous l'autorité générale du ministre de la

20. Voir notamment : Lori Sterling et Heather Mackay, *Constitutional Recognition of the Role of the Attorney General in Criminal Prosecutions: Krieger c. Law Society of Alberta*, 2003, 20 S.C.L.R. (2d) 169.

21. *Miazga c. Kvello (Sucession)*, 2009, CSC 51, au par. 43.

Justice et procureur général. La LDPCP décrit notamment l'exercice de cette autorité sous cinq aspects :

- 1° la DPCP a l'obligation d'informer la procureure générale (PG) des dossiers qui sont susceptibles de soulever des questions d'intérêt général ou de requérir l'intervention de la ministre de la Justice ou de la PG. Elle doit aussi informer la PG des appels portés devant la Cour suprême, ainsi que ceux portés devant la Cour d'appel lorsque ceux-ci soulèvent des questions d'intérêt général qui dépassent celles habituellement soulevées dans les poursuites criminelles et pénales (article 15 LDPCP) ;
- 2° la ministre de la Justice peut prendre des orientations et des mesures concernant la conduite générale des affaires en matière criminelle et pénale (articles 18 et 22 de la LDPCP) et la DPCP doit intégrer ces orientations et mesures dans le cadre de directives à l'intention des procureurs et les rendre accessibles au public ;
- 3° la PG peut intervenir judiciairement, tant en première instance qu'en appel, dans une affaire menée par la DPCP lorsque la poursuite soulève, à son avis, des questions d'intérêt général qui dépassent celles habituellement soulevées dans les poursuites criminelles et pénales (article 24 de la LDPCP) ;
- 4° la PG peut prendre en charge une affaire particulière qui relève de la responsabilité du DPCP (article 23 de la LDPCP) ;
- 5° la PG peut donner des instructions à la DPCP quant à la conduite d'une affaire qui relève de la responsabilité de la directrice (article 23 de la LDPCP).

C'est plus particulièrement l'exercice des pouvoirs mentionnés à l'article 23, ainsi libellé, qui nous intéresse :

« **23.** Lorsqu'une affaire relève de la responsabilité du directeur, le procureur général ne peut la prendre en charge ou donner des instructions sur sa conduite que s'il a, au préalable, consulté le directeur à ce sujet.

Le procureur général est tenu, le cas échéant, de donner au directeur un avis de son intention de prendre en charge une affaire ou ses instructions sur la conduite d'une affaire et de publier sans tarder l'avis ou les instructions à la *Gazette officielle du Québec*. Cette publication peut cependant être retardée si le directeur estime que la publication est susceptible de porter atteinte à l'intérêt de la justice ou à l'ordre public.

Le directeur est tenu de remettre le dossier au procureur général ou de donner suite à ses instructions et de lui fournir, dans le délai que ce dernier indique, tout renseignement qu'il exige. »

Le mécanisme de l'article 23 comprend donc deux étapes distinctes. D'abord, le premier alinéa indique qu'avant de prendre en charge ou de donner des instructions sur la conduite d'une affaire particulière, la PG doit consulter la DPCP.

Ensuite, compte tenu du risque qu'une prise en charge ou une instruction de la PG soit perçue comme une intervention motivée par des considérations d'ordre politique, la loi établit une obligation de transparence sous la forme d'une publication à la *Gazette officielle du Québec* postérieure à l'avis de prise en charge ou aux instructions. Cette obligation de transparence assure l'imputabilité de la PG à l'égard de ses interventions dans la conduite d'une affaire particulière. Il s'agit d'un élément fondamental pour assurer la confiance du public dans le système de justice.

Il est important ici de souligner que l'article 23 n'empêche pas la PG et la DPCP de s'échanger des informations. En effet, l'obligation faite à la PG de consulter la DPCP, consacrée au premier alinéa de l'article 23 de la LDPCP, constitue un élément fondamental de la relation qui doit exister entre la DPCP et la PG. Cette dernière ne peut faire un choix éclairé de prendre en charge ou de donner une instruction si elle ne possède pas toute l'information nécessaire à sa prise de décision. C'est donc dire que la DPCP et la PG doivent pouvoir échanger en toute confidentialité, sans que ces échanges fassent l'objet d'un avis publié à la *Gazette officielle*. La plupart du temps, cette étape aura pour résultat de confirmer que le processus de décision a respecté les orientations générales données par la PG à la DPCP ainsi que les directives énoncées par la DPCP à l'intention de ses procureurs et que la discrétion du poursuivant a été bien exercée. Dans le cadre de ses échanges, la

PG peut faire état de ses considérations relatives à l'intérêt public sans cependant remettre en question la décision de la DPCP dans un dossier particulier, auquel cas elle devrait prendre le dossier en charge. Autrement, l'esprit du processus défini à l'article 23 serait dénaturé. Si la PG, à l'issue de ces discussions, décide qu'elle prend en charge ou donne une instruction à la DPCP, elle doit alors publier l'avis requis par l'alinéa 2 de l'article 23.

Plus récemment, dans l'affaire *Kyres*²², la Cour supérieure a confirmé que la constitutionnalité de cette loi reposait précisément sur le lien et le rapport d'autorité existant entre la PG et la DPCP. Du point de vue de la Cour, la « fonction de DPCP fait partie de la charge de procureur général et la LDPCP constitue un juste équilibre entre l'autorité générale, la responsabilité du procureur général et le principe de justice fondamentale garantissant l'indépendance du poursuivant »²³.

CONCLUSION

Comme nous avons pu le constater, la ministre de la Justice assume de nombreuses responsabilités fondamentales au sein de l'État québécois. Pour lui permettre de jouer ce rôle important et méconnu, elle peut compter sur des centaines de juristes spécialisés dans un vaste éventail de domaines de droit. De plus, elle dirige le plus gros contentieux au Québec. La structure du Ministère et les interactions entre les équipes, tout en préservant les distinctions entre les rôles de juriconsulte et de procureur général, mettent également en valeur leur grande complémentarité.

22. *R. c. Kyres*, 2018, QCCS 4671.

23. *Ibid.*, au par. 130.

« L'étoffement » des motifs en contrôle judiciaire : la délicate quête de l'implicite !

Denis NADEAU

Résumé

L'auteur se penche sur la contradiction potentielle entre la philosophie de déférence à laquelle sont tenues les cours de révision à l'endroit des décisions rendues par les tribunaux administratifs, qui repose sur l'expertise spécialisée de ces tribunaux, et l'obligation d'« étoffement » des motifs imposée à ces mêmes tribunaux qui, si elle continue de s'étendre, pourrait en annihiler l'essence même.

« L'étoffement » des motifs en contrôle judiciaire : la délicate quête de l'implicite !

Denis NADEAU*

I- LA THÉORIE DYSENHAUS.....	383
II- L'EXAMEN DES MOTIFS EN TROIS TEMPS.....	388
A) Les motifs absents.....	388
B) Les motifs implicites.....	392
C) Les motifs lacunaires.....	397
III- 2018... L'ÉTOFFEMENT DES MOTIFS EN EXPANSION.....	402
CONCLUSION – L'ÉTOFFEMENT JUDICIAIRE DES MOTIFS : LE DÉLICAT MAIS NÉCESSAIRE ÉQUILIBRE.....	415

* Ad. E., Professeur titulaire, Faculté de droit civil à l'Université d'Ottawa.
L'auteur remercie M^{me} Léa De Santis pour sa collaboration à la recherche.

1. En matière de contrôle judiciaire, la Cour suprême du Canada a entériné, en 2008, dans l'arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*¹, la notion de « retenue au sens de respect »² préconisée par le professeur David Dysenhaus dans un texte magistral publié en 1997³. Selon ce dernier, et de façon plus particulière, cette notion « n'exige pas de la cour de révision « la soumission », mais une attention respectueuse aux motifs donnés *ou qui pourraient être donnés à l'appui d'une décision* »⁴.

2. Aussi intéressant soit-il, le renvoi à cet extrait, et, plus spécifiquement à cette idée de respect à l'égard de motifs « *qui pourraient être donnés à l'appui d'une décision* », n'est ni expliquée ni contextualisée dans *Dunsmuir*. Inévitablement, dans un monde juridique qui, comme bien d'autres, a horreur du vide, cet énoncé, formulé au conditionnel, sans limite précise et ouvrant la porte à pouvoir considérer ce qui n'est pas exprimé, mais *qui pourrait l'être*, a suscité un vif intérêt.

3. Quelle partie perdante à un litige ne soutiendra pas que la décision rendue est erronée du fait que ses arguments n'ont pas été analysés dans la décision rendue, ou l'ont été de façon incorrecte ou partielle ? Dans le contexte du contentieux administratif, cette partie invoquera alors le caractère déraisonnable de cette décision en mettant souvent en exergue sa motivation insuffisante ou déficiente⁵. D'où, en réplique, la position de la partie adverse

1. [2008] 1 RCS 190, 2008 CSC 9. Ci-après *Dunsmuir*.

2. *Id.*, par. 48.

3. D. Dysenhaus, « The Politics of Deference: Judicial Review and Democracy », dans M. Taggart, dir., *The Province of Administrative Law*, (1997), 279, p. 286.

4. *Dunsmuir*, *supra*, note 1, par. 48, mes italiques. La Cour suprême avait déjà référé à ce même extrait du professeur Dysenhaus en 1999 dans l'arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 RCS 817, par. 65. Toutefois, la juge L'Heureux-Dubé n'avait pas eu besoin d'avoir recours à cette notion de motifs « qui pourraient être donnés », car elle a estimé que les notes de l'agent d'immigration Caden devaient être considérées comme les motifs de la décision (par. 44).

5. Le présent texte n'abordera pas la question spécifique de l'absence de motifs dans les cas où un tribunal ou un organisme administratif est tenu de motiver, soit par le biais de la loi ou parce que c'est requis par les principes de l'obligation d'équité procédurale. Sur la distinction entre ce manquement à l'équité procédurale et les situations examinées dans le présent texte, lire *Newfoundland and Labrador Nurses'*

exhortant la cour de révision de ne pas restreindre son étude aux motifs qui ont été donnés par le décideur, mais de tenir compte également de ceux « qui *pourraient l'être* » afin d'évaluer le caractère raisonnable de la décision.

4. L'enjeu entre ce qui est exprimé au texte d'une décision *versus* ce qui ne l'est pas, mais qui pourrait l'être est capital. Par le biais du recours à l'implicite, une décision à la justification perfectible quant à sa rédaction, sa structure, sa démonstration, sa non-exhaustivité, peut se transformer, grâce à l'étoffement judiciaire, en une décision plus claire, mieux articulée, plus précise en droit et, forcément, raisonnable⁶. Bref, un contrôle judiciaire permettant, *in fine*, de bonifier une décision, plutôt que d'en sanctionner les défauts.

5. Si, comme nous le verrons, le rôle des cours de révision de suppléer au silence ou aux lacunes d'une motivation afin d'en dégager la raisonnable semble acquis en jurisprudence contemporaine, il me paraît important de faire le point sur l'évolution de ce volet innovant du contrôle judiciaire, et ce, plus particulièrement à la lumière des derniers arrêts où la Cour suprême du Canada y a eu recours ou en a discuté. Il s'agit des affaires *Delta Air Lines Inc. c. Lukacs*⁷, *Williams Lake Indian Band c. Canada (Affaires autochtones et du Développement du Nord)*⁸ et *West Fraser Mills Ltd c. Colombie-Britannique (Workers' Compensation Appeal Tribunal)*⁹. Quelles sont les principales caractéristiques de ce qui

Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor), [2011] 3 RCS 708, 2011 CSC 62, par. 19-22 (ci-après *Newfoundland Nurses*).

6. Lire, à titre d'exemple, la décision *Alliance des professeures et professeurs de Montréal (FAE) c. Lavoie*, 2019 QCCS 963. Dans ce dossier, la Cour supérieure a considéré qu'elle devait « tenter de parfaire les motifs, éventuellement insuffisants, de la décision attaquée » (par. 21) en se référant aux propos de David Dysenhaus (*supra*, par. 3). La lecture comparative de la sentence arbitrale (AZ-514383121) et du jugement de la Cour supérieure permet de constater le rôle significatif que le juge de la Cour supérieure tient afin d'en arriver à conclure, par la voie de l'implicite, au caractère raisonnable de la sentence arbitrale (par. 24-29). Dans une autre décision, le même juge refusa d'adopter la même approche, car le tribunal concerné (le Tribunal administratif du travail) n'avait rien mentionné au sujet de la question déterminante du dossier. Le juge L. Granosik mentionne que « même s'il possède ce pouvoir aussi curieux qu'extraordinaire [de parfaire des motifs imparfaits et chercher à les compléter avant de les réviser ou contrecarrer], le Tribunal ne peut pas deviner les motifs. » : 9197-4584 *Québec Inc. (Résidence Bellagio) c. Tribunal administratif du travail*, 2019 QCCS 1568, par. 30 (mes italiques).
7. [2018] 1 RCS 6, 2018 CSC 2. Ci-après *Delta Air Lines*.
8. [2018] 1 RCS 83, 2018 CSC 4. Ci-après *Williams Lake*.
9. [2018] 1 RCS 635, 2018 CSC 22. Ci-après *West Fraser Mills*.

semble devenir de plus en plus une théorie de « l'étoffement » judiciaire¹⁰ ? Au sein d'une Cour suprême où les fondements mêmes du contrôle judiciaire et, par incidence directe, de la politique de retenue ou de déférence, font l'objet de réelles tensions de fond parmi ses membres actuels¹¹, la présente étude révélera, sans surprise, que les mêmes clivages peuvent être observés lorsqu'il s'agit de déterminer s'il y a lieu pour une cour de révision d'étoffer ou non les justifications d'une décision d'un tribunal ou d'un organisme administratif.

6. Au moment de mettre sous presse le présent texte, la Cour suprême a prononcé l'arrêt *Vavilov*¹². Les délais de traitement de l'article ne permettent pas d'y intégrer les diverses modifications apportées par la Cour au cadre d'analyse de la détermination de la norme de contrôle judiciaire et à celui relatif à l'exercice de la norme de la norme de la décision raisonnable. Qu'il suffise de dire que *Vavilov* est devenu le nouvel arrêt de principe en matière de révision et que ses nombreux aspects justifieront pleinement un texte spécifique au cours des prochains mois. En lien avec l'objet précis du présent article, la majorité du banc de la Cour a apporté quelques précisions et nuances que j'ai intégrées au texte, sans toutefois les traiter en profondeur en raison des contraintes de tombée. Je remercie à l'avance les lectrices et lecteurs de leur compréhension.

I- LA THÉORIE DYSENHAUS

7. Un préalable s'impose d'abord à l'analyse annoncée, soit de retourner à la source même de ce concept, *a priori* atypique, consistant à autoriser une cour de révision à analyser une déci-

10. Le terme français « étoffement » a été utilisé pour la première fois par la Cour suprême dans le cadre de l'objet du présent texte dans l'arrêt *Williams Lake*, *supra*, note 8, par. 109. Dans la version anglaise, la Cour utilise le verbe « supplementing ». Pour une définition de ce terme, lire *infra*, note 123.

11. Voir, à titre d'illustrations, les opinions marquées et divergentes de différents juges de la Cour quant à la détermination de la norme de contrôle devant être retenue ou relativement à l'application de celle-ci : *Wilson c. Énergie Atomique du Canada Ltée*, 2016 CSC 29, [2016] 1 RCS 770 ; *Kanthasamy c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CS 61 ; [2015] 3 RCS 909 ; *Stewart c. Elk Valley Coal Corp.*, 2017 CSC 30, [2017] 1 RCS 591.

12. 2019 CSC 65. Ci-après *Vavilov*. La Cour a rendu deux autres décisions dans la foulée de *Vavilov* : *Bell Canada c. Canada (Procureur général)*, 2019 CSC 66 et *Société canadienne des postes c. Syndicat des travailleurs et travailleuses des postes*, 2019 CSC 67.

sion non seulement à l'égard des motifs apparaissant à la décision attaquée, mais également à ceux « *qui pourraient être donnés* ». L'assertion, je le rappelle, est tirée d'un texte du professeur David Dysenhaus¹³.

8. Critiquant ouvertement le modèle d'analyse de Dicey fondé sur la suprématie de l'interprétation judiciaire¹⁴, Dysenhaus propose une alternative plus en phase avec l'intention du législateur, les principes régissant la *rule of law* et le développement moderne d'agences et de tribunaux administratifs spécialisés. Ce que l'auteur désigne comme « *the principle of deference as respect* »¹⁵. C'est à ce principe que se réfère expressément la Cour suprême dans *Dunsmuir*¹⁶.

9. Je reprends ici l'extrait complet des propos du professeur Dysenhaus :

*The alternative principle is the principle of deference as respect. Deference as respect requires not submission but a respectful attention to the reasons offered or which could be offered in support of a decision, whether that decision be the statutory decision of the legislature, a judgment of another court, or the decision of an administrative agency. I will argue that only this principle can rearticulate the proper relationship between the legislature, administrative agencies and the courts. I will argue further that the sense it makes requires the courts to reject the Diceyan model of law in which the idea of submissive deference is an essential component. I also suggest that the model of the rule of law to which the principle of deference as respect is committed might well prove fruitful in the new political context of administrative law, in particular because of its explicit commitment to the value of equality.*¹⁷

10. En fin d'analyse, l'auteur mentionne :

It might well be true that a court would come to a different conclusion as to statutory meaning than the one the tribunal reached had the tribunal not given a reasoned decision, but the context is different just by virtue of that decision. The issue for the court is

13. *Supra*, note 3.

14. *Id.*, pp. 281-286.

15. *Id.*, p. 286, mes italiques.

16. Voir *supra*, note 1.

17. *Supra*, note 3, p. 286, mes italiques.

not then what decision it might have reached had the tribunal not pronounced, but whether the reasons offered by the tribunal justify its decision. [...] That is to say, *it must treat the reasoning with respect by asking whether that reasoning did in fact and also could in principle justify the conclusion reached*.¹⁸

11. À la suite de cet extrait, le professeur Dysenhaus traite alors de ce rôle « complémentaire » que les cours de révision doivent jouer selon lui à l'égard de motifs inadéquats :

« Reasonable » means here that the reasons do in fact or in principle support the conclusion reached. *That is, even if the reasons in fact given do not seem wholly adequate to support the decision, the court must first seek to supplement them before it seeks to subvert them.* For if it is right that among the reasons for deference are the appointment of the tribunal and not the court as the front line adjudicator, the tribunal's proximity to the dispute, its expertise, etc, *then it is also the case that its decision should be presumed to be correct even if its reasons are in some respects defective*.¹⁹

The legislature, the administration and the courts are then just strands in a web of public justification. The courts' special role is an ultimate enforcement mechanism for such justification. When administrative tribunals make decisions on points of law, those subjects to the decision are entitled to require that the tribunal

18. *Id.*, pp. 303-304, mes italiques. Au moment de la rédaction de ce texte en 1997, tel que l'indique la juge L'Heureux-Dubé dans l'arrêt *Baker*, « la *common law* a traditionnellement reconnu que l'obligation d'équité n'exige pas, en règle générale, que les décisions administratives soient motivées » (*supra*, note 4, par. 37). La Cour, on le sait, a renversé cette règle et a considéré que, dans certaines circonstances, « l'obligation d'équité procédurale requerra une explication écrite de la décision » (par. 43). Or, dans son texte pré-*Baker*, David Dysenhaus relève que sa position préconisant que les cours de révision traitent avec respect les justifications des tribunaux administratifs suppose qu'une telle obligation de motiver soit reconnue ; situation, craignait-il alors, pouvant avoir pour effet « invites judicial activism and distortion of the administrative process » (p. 304, note 63). Dans un texte de 2004, le même auteur discutera de l'arrêt *Baker* : D. Dysenhaus, *Baker: The Unity of Public Law? The Unity of Public Law*, Ed. David Dysenhaus, London, Hart Publishing, 2004, 1-20. Lire également M. Liston, *Alert, alive and sensitive: Baker, the Duty to Give Reasons, and the Ethos of Justification in Canadian Public Law*, The Unity of Public Law, Ed. David Dysenhaus, London, Hart Publishing, 2004, 113-142. Sur l'ensemble de la problématique liée à l'obligation de motiver, sur le poids qu'elle entraîne pour certaines instances administratives, et sur des suggestions pour mieux cerner les situations où un tel devoir devrait s'imposer, lire K. Lo, « When Efficiency Calls: Rethinking the Obligation to Provide Reasons for Administrative Decisions », (2018) 43:2 *Queen's L.J.* 325-367.

19. *Id.*, p. 304, mes italiques.

should offer reasons that in fact justify the decision. Should they not be satisfied, recourse to the courts should be available. *But that recourse must be on the basis of the question whether the tribunal's decision was supportable by the reasons is in fact and could in principle have offered.*²⁰

12. Je reconnais que la reprise de ces quelques extraits ne permet pas d'appréhender toute la richesse de l'analyse développée par David Dysenhaus dans son texte de 1997 ; publication qui a clairement eu une influence auprès des juges LeBel et Bastarache dans l'élaboration du cadre théorique du contrôle judiciaire et de leur adhésion à la théorie de la retenue formulés dans *Dunsmuir*²¹. Toutefois, pour les fins du présent texte qui aborde la question du rôle des cours de révision en matière de motivation implicite, les passages retenus permettent de comprendre dans quel cadre et dans quelle perspective s'intègre l'énoncé de Dysenhaus relativement aux « motifs qui pourraient être donnés à l'appui d'une décision ».

20. *Id.*, p. 305, mes italiques. La nécessité de développer et de renforcer une « culture de la justification » est au cœur de l'opinion de la majorité du banc dans *Vavilov*, *supra*, note 12, par. 2, mes italiques. Dans cette veine, elle entérine l'image de « la discipline de motiver une décision » formulée dans le contexte judiciaire (par. 80, mes italiques). Quant aux buts devant être poursuivis par les motifs, la majorité du banc indique que ceux-ci « servent à expliquer le processus décisionnel et la raison d'être de la décision en cause. Ils permettent de montrer aux parties concernées que leurs arguments ont été pris en compte et démontrent que la décision a été rendue de manière équitable et licite » (par. 79). Lorsque requis, les motifs « constituent le mécanisme principal par lequel les décideurs administratifs démontrent le caractère raisonnable de leurs décisions [...] » (par. 81, mes italiques).

21. Il en est différemment dans *Dunsmuir*, quant à son application pratique. En effet, je suis d'avis que la conclusion des juges LeBel et Bastarache quant au caractère déraisonnable de la décision préalable (*supra*, note 1, par. 72-76) est difficilement compatible avec la théorie de la « retenue au sens de respect » qu'ils ont endossée formellement dans cet arrêt. Il est en effet difficile de déceler en quoi le raisonnement de l'arbitre était « foncièrement défectueux » (par. 72) lorsqu'on relit, avec attention, les textes législatifs en cause et, plus particulièrement, les termes introductifs de l'article 20 de la *Loi sur la fonction publique*, L.N.-N-B., ch. 5.1. Il est manifeste que le contexte juridique, tel qu'interprété largement par les juges LeBel et Bastarache, a pesé lourd dans leur conclusion que le raisonnement de l'arbitre était foncièrement incompatible avec le contrat d'emploi (par. 74). Ceci est clairement confirmé dans *Vavilov*, *supra*, note 12, par. 111 et 124. Par ailleurs, la majorité du banc ne réfère qu'à une seule occasion au texte précité du professeur Dysenhaus, et ce, en lien avec l'attention respectueuse à donner aux motifs d'une décision et la démarche cherchant à comprendre « le fil du raisonnement suivi par le décideur pour en arriver à sa conclusion » (par. 84).

13. De façon succincte, je résumerais la position de Dysenhaus en trois volets : (1) lorsqu'il dispose de questions de droit, un tribunal administratif est tenu de motiver sa décision à l'aide d'« *adequate reasons* » ; (2) nonobstant le constat de motifs lacunaires dans une décision, une cour de révision devrait néanmoins présumer du bien-fondé de celle-ci compte tenu de l'intention du législateur de confier à ce tribunal la responsabilité de trancher des litiges spécifiques, de sa proximité avec ceux-ci, de son expertise et, dans de tels cas, (3) la cour de révision devrait chercher à compléter ces motifs jugés inadéquats plutôt que de les renverser²².

14. Le professeur Dysenhaus énonce donc cette idée originale d'un possible rôle supplétif de la part des cours de révision lorsqu'elles se trouvent en présence d'une décision aux motifs incomplets ou lacunaires. En revanche, il ne l'élabore pas ni ne fournit de critères permettant de saisir la portée de ce pouvoir inédit qu'il reconnaît aux cours de révision. Il est toutefois évident, à la lecture de son texte et des extraits précités, que cette avenue s'inscrit de manière indissociable à la politique de « retenue au sens de respect » dont il formule les grandes lignes. On comprend, en effet, que cette théorie est prête à accorder plus de poids au principe même de la déférence devant être accordé au résultat d'une décision, qu'à sanctionner des faiblesses ou le caractère incomplet d'une motivation. D'où la reconnaissance d'une possible intervention de type « complémentaire » de la part d'une cour de révision afin de confirmer la raisonnable d'une décision.

15. N'y a-t-il pas ici une contradiction entre l'importance que l'auteur Dysenhaus accorde aux motifs devant être donnés par un tribunal administratif²³ et cette ouverture à un possible rôle supplétif de la part des cours de révision en cette matière ? Est-il toujours possible de défendre une théorie de la « retenue au sens de respect » si, pour y arriver, une décision requiert des « intrants »

22. Je reconnais que ma synthèse inverse, pour les points 2 et 3, l'ordre dans lequel David Dysenhaus présente ses arguments. Toutefois, tel que nous le verrons au cours de l'étude, cette lecture correspond implicitement à la méthode d'analyse retenue par la Cour suprême lorsqu'elle a été amenée à examiner la question de motifs incomplets, lacunaires, etc. Dans l'affaire *Lemus et als. et Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration*, 2014 CAF 114, le juge Stratas se questionne, en lien avec ces extraits de Dysenhaus, « sur l'opportunité pour les cours de révision de présumer du bien-fondé des décisions administratives, même lorsqu'elles sont lacunaires » (par. 33).

23. *Supra*, note 3, pp. 303-306.

de la part des tribunaux supérieurs ? Mais, en revanche, cette possibilité de compléter ce qui est jugé insuffisant ne constitue-t-elle pas un rempart essentiel afin d'éviter que les pourvois en contrôle judiciaire se transforment en de véritables recherches de « l'argument manquant » ? Ou finisse par imposer un cadre d'analyse rigide, calqué sur celui des tribunaux judiciaires, à l'ensemble des décideurs administratifs ?

16. Depuis *Dunsmuir*, en 2008, la problématique des motifs absents, lacunaires ou incomplets, et, en corollaire, de l'étendue des pouvoirs d'une cour de révision de suppléer à ces faiblesses par le recours à l'implicite a été discutée dans différents arrêts de la Cour suprême. Même si le présent texte vise à cerner l'évolution plus récente de cette approche à travers trois décisions de 2018, il semble pertinent de présenter les grandes lignes de ces arrêts ayant mis en œuvre l'extrait entériné du professeur Dysenhaus. À ce titre, trois pôles distincts permettent de mieux cerner les discussions et les interventions de la Cour suprême en cette matière.

II- L'EXAMEN DES MOTIFS EN TROIS TEMPS...

A) Les motifs absents

17. L'arrêt *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*²⁴ est la première décision *post-Dunsmuir* à s'être référée à l'extrait du professeur Dysenhaus au sujet des « motifs qui *pourraient être donnés* à l'appui d'une décision ». À première vue, la trame de cette affaire semble correspondre, selon toute probabilité, à la situation qui se rapproche le plus de celle qui était visée par le texte de David Dysenhaus.

18. Dans cette affaire, la décision d'une déléguée par le commissaire à l'information et à la protection de la vie privée de l'Alberta était attaquée en raison de sa tardiveté. Affecté par l'ordonnance qui lui était défavorable, le syndicat alléguait, en contrôle judiciaire, que la déléguée n'avait pas respecté le délai alloué par la loi pertinente pour faire son enquête ni prorogé celui-ci en temps opportun comme il lui aurait été possible de le faire. La décision attaquée ne faisait aucune mention de cette question

24. [2011] 3 RCS 654, 2011 CSC 61. Ci-après *Alberta Teachers*.

de délai ; celle-ci, soulignons-le, n'ayant jamais été soulevée au moment de l'enquête par l'une ou l'autre des parties. Cependant, en dépit de ce silence, on pouvait déduire, de façon implicite, que la déléguée estimait que la prorogation qu'elle avait prononcée à l'extérieur du délai prescrit était légale et n'avait donc pas mis un terme à son enquête.

19. Comment exercer un contrôle judiciaire à l'égard d'une erreur de droit alléguée, mais qui n'a été ni plaidée lors de l'enquête ni discutée dans la décision attaquée ? Au nom de la majorité de la Cour suprême, le juge Rothstein a eu recours à l'extrait du professeur Dysenhaus, en précisant :

De toute évidence, lorsqu'une cour de justice contrôle la décision implicite d'un tribunal administratif, elle ne peut s'en remettre à la formulation des motifs, à la justification de la décision, à la transparence et à l'intelligibilité du processus décisionnel. Elle ne peut accorder d'attention respectueuse aux motifs de la décision, car il n'y en a pas.

Il convient toutefois qu'elle porte une attention respectueuse aux motifs « qui pourraient être donnés à l'appui d'une décision » lorsque celle-ci porte sur une question qui n'a pas été soulevée devant le décideur. Il est fort possible alors que le décideur administratif n'ait pas donné de motifs *parce que* la question n'avait pas été soulevée et qu'il ne la tenait pas pour litigieuse. Lorsque la décision pourrait avoir une assise raisonnable, la cour de justice doit y déférer.²⁵

20. Ainsi, afin de déterminer si l'ordonnance de la déléguée était raisonnable, et ce, malgré son mutisme sur la question du délai de prorogation, la Cour s'en est remise à plusieurs décisions antérieures de cet organisme qui avait déjà discuté de cette problématique²⁶. Selon le juge Rothstein, cet examen « des motifs du commissaire ou de ses délégués dans d'autres affaires permet de déterminer sans peine *que la décision implicite de la déléguée a une assise raisonnable. On peut certes présumer que ces motifs abondants et constants auraient été repris par la déléguée dans la présente affaire* »²⁷. En somme, le silence du tribunal administratif, sur un aspect pourtant important de la procédure liée au

25. *Id.*, par. 52 et 53. Les italiques sont au texte ; mes soulignés.

26. *Id.*, par. 57-72.

27. *Id.*, par. 56, mes italiques.

litige, n'a pas privé la cour de révision de procéder à son examen de la décision et de conclure, en fin de piste, au caractère raisonnable de celle-ci²⁸.

21. Il en a été de même dans l'affaire *Edmonton (Ville) c. Edmonton East (Capilano) Shopping Centres Ltd.*²⁹. À l'occasion de la contestation, par la société Capilano, de l'évaluation d'une de ses propriétés devant le Comité de révision des évaluations de la ville d'Edmonton, cette dernière, alléguant une erreur dans son évaluation initiale, a profité du recours en révision de Capilano pour demander au Comité de hausser celle-ci de 14 millions de dollars. Au moment de l'audience, et il importe de le noter, Capilano n'avait pas contesté « le pouvoir du Comité d'augmenter l'évaluation en l'espèce »³⁰. Le Comité a finalement décidé de hausser l'évaluation municipale de départ de 10 millions de dollars³¹, sans toutefois discuter dans sa décision du fondement légal l'autorisant à procéder à une telle modification.

22. Malgré la position qu'elle avait adoptée lors de l'audience, la société Capilano a allégué par la suite, lors de son appel, que le Comité n'avait pas le pouvoir d'augmenter une évaluation à l'occasion d'une procédure de contestation par un contribuable. Or, comment évaluer la légalité de la décision du Comité sur cette question de droit on ne peut plus délicate alors que celle-ci n'était pas en litige devant lui ? Et, qu'en conséquence, la décision n'en ait soufflé mot ?

23. Au nom de la majorité de la Cour, la juge Karakatsanis a adopté la même démarche que celle suivie dans *Alberta Teachers*. En se référant à l'extrait de David Dysenhaus, la juge a alors examiné « la décision du Comité à la lumière des motifs qui *pourraient être* à l'appui de celle-ci »³². Cette fois, le recours à l'implicite a pris

28. Dans *Vavilov*, *supra*, note 12, la majorité du banc reprend essentiellement la même analyse que celle qui est dégagée. Elle conteste l'analyse selon laquelle cet arrêt impliquerait « que le contrôle [...] porte principalement sur le résultat plutôt que sur la justification [...] » (par. 98).

29. [2016] 2 RCS 293, 2016 CSC 47. Ci-après *Capilano*.

30. *Id.*, par. 7 et 39.

31. *Id.*, par. 8.

32. *Id.*, par. 40. Les italiques sont au texte. À juste titre, la juge Karakatsanis constate que le silence du Comité quant à son pouvoir d'augmenter l'évaluation municipale n'est pas surprenant, étant donné que Capilano avait expressément concédé ce point. Cependant, la juge reprend un extrait de l'arrêt *Alberta Teachers* où le

le chemin d'une référence à une décision du prédécesseur du Comité sur la même question³³ et à une analyse approfondie de l'économie générale de la loi en cause³⁴. La majorité de la Cour, fort courte³⁵, a conclu au caractère raisonnable de la décision du Comité. Critiquant fortement l'application de la norme de la raisonnable dans ce dossier impliquant l'appel d'une décision administrative et non son contrôle judiciaire, et optant résolument pour la norme de la décision correcte³⁶, les juges dissidents n'ont fait aucune mention du contexte particulier de cette affaire³⁷. Ni, dans la foulée, de la nécessité de pallier l'absence de motifs du Comité sur la question du pouvoir de modifier une évaluation au stade d'une contestation. Dans le cadre d'une analyse tout aussi fouillée que leurs collègues de la majorité, les juges dissidents ont conclu que le Comité avait erré en augmentant l'évaluation contestée³⁸. Selon eux, le dossier devait être retourné au Comité afin qu'il procède à une nouvelle audience tenant compte des pouvoirs alors définis³⁹.

24. D'une manière on ne peut plus éloquente, l'arrêt *Capilano* illustre le caractère déterminant de la politique – de la philosophie, dirais-je même – de « retenue au sens de respect » lors de l'évaluation d'une décision. La déférence s'applique non seulement à qui se trouve dans une décision, mais vaut également pour ce qui n'y

juge Rothstein précisait que les parties « ne sauraient, en omettant de soulever une question et en induisant ainsi le tribunal administratif en erreur quant à la nécessité de motiver sa décision, écarter la déférence due au tribunal administratif » (par. 40).

33. *Id.*, par. 44.

34. *Id.*, par. 48-61.

35. Il s'agit d'une décision 5-4, la juge en chef McLachlin, Moldaver, Côté et Brown étant dissidents. En retenant la norme de la décision correcte, les juges dissidents ont conclu que le Comité n'avait pas compétence pour hausser l'évaluation foncière (par. 90-125).

36. L'opinion dissidente, rédigée par les juges Côté et Brown, critique largement l'application de la norme de contrôle raisonnable dans un contexte d'appel (par. 65-90). Cette position trouve écho dans *Vavilov* puisque la majorité du banc écarte expressément sa jurisprudence des 30 dernières années quant à l'application de la norme de la décision raisonnable dans le cadre des appels de décisions administratives devant une instance judiciaire : *supra*, note 12, par. 36-52.

37. Soit le fait que *Capilano* n'avait pas contesté, lors de l'audience, « le pouvoir du Comité d'augmenter l'évaluation en l'espèce » (*supra*, note 29, par. 7 et 39).

38. En appliquant à son analyse la norme de la décision correcte, les juges dissidents ont conclu que le Comité n'avait pas compétence pour hausser l'évaluation foncière (*id.*, par. 90-125).

39. *Id.*, par. 125. Pour une critique de *Capilano*, et plus spécifiquement sur la portée étant ou devant être accordée à l'expertise administrative, lire A.A. Cole et M. Flaherty, *Tribunal Expertise in Judicial Review : A Conceptual Purgatory*, 32 Can. J. Admin. L. & Prac. 1-25.

est que de façon implicite. L'approche préconisée par le professeur Dysenhaus à l'égard de ces motifs « qui auraient pu être donnés » est ici centrale et a permis la confirmation de deux décisions administratives en dépit de leur silence sur des aspects cruciaux.

B) Les motifs implicites

25. L'implicite prend graduellement du galon dans ce second groupe de décisions. Dans l'affaire *Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*⁴⁰, le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile était saisi d'une demande de dispense ministérielle de la part d'un citoyen libyen, résidant au Canada depuis quelques années, qui faisait l'objet d'une déclaration d'interdiction de territoire. Cette demande, faite en vertu de l'article 32 (2) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*⁴¹, a été refusée. Notons que la décision attaquée n'était pas ici sans motifs. Même succincte, le ministre y avait précisé les éléments dont il avait tenu particulièrement compte au soutien de sa décision. Il avait conclu en indiquant qu'il « n'est pas dans l'intérêt national d'admettre des individus ayant entretenu des contacts suivis avec des organisations terroristes connues ou des organisations ayant des liens avec des terroristes »⁴².

26. L'interprétation de l'expression « intérêt national », prévue à l'article 34 (2) de la *Loi* était, comme l'indique le juge LeBel, « au cœur de l'exercice du pouvoir discrétionnaire du ministre [...] » et était « cruciale, puisqu'elle définit la norme que le ministre doit appliquer pour évaluer l'effet de la présence du demandeur au Canada aux fins de l'exercice de son pouvoir discrétionnaire »⁴³.

27. Or, selon le juge LeBel, faute de définition expresse de l'expression « intérêt national » donnée par le ministre, il n'y avait donc, sur ce point précis, « aucune décision rendue *expressément* par un décideur administratif »⁴⁴. D'où la référence par la Cour à l'arrêt *Alberta Teachers* au sujet des « motifs qui pourraient être

40. [2013] 2 RCS 559, 2013 CSC 36. Ci-après *Agraira*.

41. L.C. 2001, ch. 27.

42. *Agraira*, *supra*, note 40, par. 13.

43. *Id.*, par. 55.

44. *Id.*, par. 56. Les italiques sont au texte.

donnés »⁴⁵. Même si le juge LeBel note que le contexte de l'affaire *Alberta Teachers* était différent de celui à l'étude, il est pertinent de lire l'enseignement qu'il tire des propos du juge Rothstein.

28. Selon le juge LeBel, ce dernier y avait statué « que la décision que le décideur administratif rend sur le fond *peut suggérer une interprétation particulière de la disposition législative en question*, même si le décideur ne s'est pas prononcé expressément sur le sens de cette disposition »⁴⁶. Cette lecture *a posteriori* de *Alberta Teachers* est intéressante puisqu'elle révèle la vision large et expansive de cette ouverture à l'implicite et à l'intervention supplétive de la Cour qui, nous le verrons, va s'accroître au fil des années.

29. Faisant le constat que la brièveté de la décision du ministre ne permettait pas à la Cour « de déterminer de manière définitive le raisonnement qu'a effectivement tenu le ministre »⁴⁷, le juge LeBel, en reprenant l'approche des « motifs qui pourraient être donnés », examinera donc « l'interprétation *que le ministre semble avoir donnée de l'expression « intérêt national »*, et ce, à partir de sa « décision expresse motivée » et du guide opérationnel, qui régissent la portée et le contexte de ces motifs »⁴⁸. Ainsi, à la lumière de ces éléments, le juge considère que « *si le ministre avait défini expressément l'expression "intérêt national" à l'appui de sa décision sur le fond, sa définition aurait porté principalement sur la sécurité nationale et la sécurité publique, sans écarter les autres considérations importantes énoncées dans le guide opérationnel ou toutes autres considérations analogues* »⁴⁹. Ceci étant établi, la Cour indiquera alors « qu'il convient de faire *preuve de retenue à l'égard de cette interprétation implicite que le ministre a donnée de l'expression "intérêt national"* »⁵⁰.

30. Au soutien de sa conclusion quant à la raisonnableté implicite de la décision du Ministre, le juge LeBel, en seconde partie de la décision, s'est engagé dans une analyse détaillée du libellé explicite de cette disposition, ainsi que de son historique législa-

45. *Id.*, par. 58.

46. *Id.*, par. 57, mes italiques.

47. *Id.*, par. 58.

48. *Id.*, mes italiques.

49. *Id.*, par. 62, mes italiques.

50. *Id.*, par. 63, mes italiques.

tif, de son objet manifeste et de son contexte législatif⁵¹. Il a alors estimé qu'une « analyse fondée sur les principes d'interprétation législative révèle qu'un large éventail de facteurs peuvent s'avérer pertinents à l'égard de la détermination du contenu de l'"intérêt national" pour les besoins de la mise en œuvre » de l'article 34 (2) de la *Loi* et que « [C]ette interprétation reste compatible avec l'interprétation de l'expression "intérêt national" *que le ministre aurait pu donner à l'appui de sa décision* relative à la demande de dispense de l'appelant »⁵². Le juge LeBel estime ainsi que « [L]'interprétation implicite de cette expression par le ministre [...] était éminemment raisonnable »⁵³.

31. En somme, à partir d'une mention générale, dans la décision ministérielle, voulant qu'il n'était « pas dans l'intérêt national d'admettre des individus qui ont entretenu des contacts suivis avec des organisations terroristes connues [...] »⁵⁴, la Cour, dans le cadre d'une analyse dense et soignée de cette notion « cruciale », définit ce que le ministre n'a pas fait et arrive à la conclusion que cette interprétation du ministre – ne pouvant qu'être qualifiée d'implicite dans le contexte – est « éminemment raisonnable ». Une conclusion contraire aurait été, dirais-je, étonnante...

32. Par la voie de l'implicite et de ces « motifs qui pourraient être donnés », le rôle de la Cour suprême quant à la formulation d'une motivation détaillée – voire exhaustive – afin de compléter la justification d'une décision existante, mais ténue, prend, dans l'arrêt *Agraira*, une nouvelle dimension. Contrairement aux arrêts du premier groupe où les organismes administratifs concernés n'avaient pas abordé une question devenue centrale lors du contrôle judiciaire⁵⁵, la Cour se trouvait ici face à une décision à la motivation aussi brève que fort générale à l'égard d'une notion se trouvant pourtant au cœur du litige. Plutôt que retourner le dossier au Ministre afin qu'il précise la signification de « l'intérêt national », la Cour a suppléé à cette motivation jugée lacunaire, et ce, peut-on le présumer, parce qu'elle estimait d'abord, dans une perspective de retenue judiciaire, que le résultat de la décision était raisonnable.

51. *Id.*, par. 65-88.

52. *Id.*, par. 87-88, mes italiques.

53. *Id.*, par. 88, mes italiques.

54. *Id.*, par. 13.

55. *Supra*, par. 16-24.

33. L'arrêt *McLean c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*⁵⁶ ira encore plus loin dans ce rôle « complémentaire » que la Cour suprême accepte de jouer à l'égard de l'implicite. L'administratrice d'une société, Patricia McLean, avait d'abord fait l'objet d'une ordonnance, à la suite de reproches d'inconduite, par la Commission des valeurs mobilières de l'Ontario. Plus d'une année plus tard, McLean était visée par une procédure d'instance secondaire exercée devant la Commission des valeurs mobilières de la Colombie-Britannique. Devant la Commission, McLean invoqua qu'en raison des règles de prescription prévues à la loi concernée, la Commission n'avait pas le pouvoir de prononcer une telle ordonnance contre elle⁵⁷.

34. « L'ordonnance réciproque » rendue par la Commission dans ce dossier, et qui avait pour effet d'interdire à l'administratrice d'exercer certaines fonctions en Colombie-Britannique pendant plusieurs années⁵⁸, ne fait aucune mention de l'argument de prescription pourtant invoqué expressément par Patricia McLean lors de l'audience. Comme le souligne le juge Moldaver, la thèse de cette dernière a été rejetée implicitement par la Commission⁵⁹.

35. À nouveau, et cette fois sans même se référer à l'extrait du professeur David Dysenhaus, la Cour suprême⁶⁰ va suppléer à l'absence de motifs de la Commission quant au volet de la prescription. Mais, contrairement aux arrêts *Alberta Teachers* et *Capilano*, la Cour n'a pas eu recours à des décisions antérieures rendues par le même tribunal administratif (peut-être n'y en avait-il pas ?). Le juge Moldaver s'en est plutôt remis à l'argumentaire présenté par la Commission – arguments qui, selon lui, « s'appuient sur des principes d'interprétation législative établis »⁶¹ afin de conclure au caractère raisonnable de la décision tacite de celle-ci⁶². Ces

56. [2013] 3 RCS 895, 2013 CSC 67. Ci-après *McLean*.

57. *Id.*, par. 13.

58. *Id.*, par. 14.

59. *Id.*, par. 14 et 71.

60. La décision est rendue par le juge Moldaver. Le juge Karakatsanis a soumis des motifs concordants, mais ne remet pas en cause l'approche de son collègue quant au recours aux motifs implicites.

61. *Id.*, par. 72.

62. *Id.*, par. 71-72. Par ailleurs, l'arrêt *McLean* est d'un grand intérêt quant à l'approche que suggère le juge Moldaver lorsqu'une cour de révision est en présence de deux interprétations raisonnables : par. 37-41. Le par. 41, sur le fardeau de preuve de la partie qui attaque une décision, est particulièrement intéressant.

« principes d'interprétation » sont évidemment ceux dégagés et analysés en profondeur par le juge Moldaver⁶³.

36. Dans *McLean*, le recours à l'implicite ne s'est donc pas limité à compléter la motivation d'une décision qui, pour diverses raisons⁶⁴, aurait été absente ou incomplète. Dans cette affaire, l'argument de prescription avait été invoqué dès le départ par la personne visée⁶⁵, mais la Commission n'en a ni traité ni disposé dans son ordonnance, sinon, comme l'estime la Cour suprême, de façon tacite. Ce contexte de silence complet ne peut être ignoré et le distingue, en partie, de l'arrêt *Agraira* où, même si ceci n'était que minimal, le ministre avait motivé sa décision, sans toutefois avoir défini expressément la notion d'intérêt national qui avait mené le ministre à rejeter la dispense ministérielle demandée dans ce dossier⁶⁶.

37. En fait, dans *McLean*, il n'y avait aucun raisonnement analysant la disposition législative au centre de l'objection⁶⁷. Ceci est reconnu par le juge Moldaver⁶⁸. L'interprétation que le juge considérera comme raisonnable est donc forcément la sienne, soit celle qu'il a dégagée à partir principalement de sa revue des « principes d'interprétation législative établis »⁶⁹. Ainsi, lorsque le juge indique, en conclusion de son analyse, que l'appelante *McLean* n'a pas réussi à en démontrer le caractère déraisonnable de l'interprétation de la Commission⁷⁰, on comprend, faute d'une telle interprétation expresse de la part de cette dernière, qu'il lui était difficile d'attaquer une motivation tacite qui ne sera formulée, *in fine*, que par la Cour suprême du Canada.

38. Dans ce second groupe d'arrêts, la Cour suprême élargit, somme toute, le spectre de son rôle supplétif en matière de motivation. À défaut de pouvoir identifier le raisonnement implicite

63. *Id.*, par. 42-70.

64. Voir les situations sous-jacentes des arrêts *Alberta Teachers*, *supra*, par. 17-18 et *Capilano*, *supra*, par. 21.

65. *McLean*, *supra*, note 56, par. 13.

66. *Supra*, par. 25-32.

67. Il s'agissait de l'art. 159 de la *Securities Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 418. Cette disposition prévoyait qu'est « irrecevable l'instance engagée sous le régime de la présente loi plus de 6 ans après l'événement qui y donne lieu ».

68. *McLean*, *supra*, note 56, par. 71.

69. *Id.*, par. 72.

70. *Id.*, par. 70.

d'un tribunal à travers le cadre de décisions antérieures portant sur la même question, la Cour n'hésite pas à prendre elle-même le crayon (ou saisir le clavier, c'est selon) et à formuler, en lieu et place d'un ministre ou d'une Commission, des justifications étoffées qui, personne n'en doutera, seront ultérieurement reconnues comme rencontrant tous les attributs attendus de la raisonnable.

C) Les motifs lacunaires

39. La situation se présente différemment dans les prochains arrêts. Ici, les tribunaux administratifs ont motivé leurs décisions. Mais, en cours de processus de contrôle judiciaire, des juges ont estimé soit « que les motifs ne faisaient ressortir aucun raisonnement susceptible de mener à la conclusion à laquelle il [l'arbitre] était parvenu »⁷¹, ou que l'organisme « n'avait pas accordé suffisamment d'attention à l'interaction » entre deux dispositions législatives et « aux interprétations possibles de ces dispositions »⁷². À l'examen, l'insuffisance des motifs est certainement l'une des raisons entraînant le plus d'interventions en contrôle judiciaire, du moins au niveau de la Cour fédérale⁷³.

40. Dans *Newfoundland Nurses*, un arbitre devait trancher un grief collectif émanant de quatre infirmières permanentes réclamant que l'employeur reconnaisse, pour les fins de la computation de leurs congés annuels, la période pendant laquelle elles avaient travaillé à titre occasionnel pour la même institution. L'arbitre a rejeté le grief. La lecture des principaux extraits de cette décision

71. *Newfoundland Nurses*, *supra*, note 5, par. 10.

72. *Construction Labour Relations c. Driver Iron Inc.*, [2012] 3 RCS 405, 2012 CSC 65, par. 2. Ci-après *Driver Iron*.

73. Voir, entre de nombreuses autres décisions, *Kangah c. Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile*, 2019 CF 814 ; *Rasiah c. Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration*, 2019 CF 408 ; *Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration c. Alharbi*, 2019 CF 395 ; *Hernandez c. Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration*, 2019 CF 343 ; *Universal Protein Supplements Corp. V. H. Young (Operations) Ltd.*, 2018 CF 1261. Dans l'affaire *Morrisey c. Canada (Procureur général)*, 2018 CAF 18, l'intimé invitait la Cour à tenir compte d'une décision antérieure rendue par le même Comité visé par le recours. Au nom de la Cour, le juge Boivin note que même s'il considérait cette décision, la décision attaquée demeurerait déraisonnable, ses motifs et sa conclusion étant incompatibles. La Cour, dit-il, « n'est pas en mesure de "relier les points" établissant le raisonnement du Comité » (par. 20, mes italiques).

règle une analyse concise, qui se résume essentiellement en deux brefs paragraphes⁷⁴.

41. Devant la Cour suprême de Terre-Neuve-et-Labrador, le premier juge de révision a repris ces deux paragraphes, en les synthétisant encore plus, si ceci était possible⁷⁵. Il a alors conclu que le raisonnement succinct de l'arbitre, portant sur les droits des employés occasionnels, n'abordait pas la question en litige, soit ceux des salariées devenues subséquemment permanentes⁷⁶. Pour le premier juge de révision, la conclusion de l'arbitre était « completely unsupported by any chain of reasoning that could be reasonable »⁷⁷.

42. En Cour d'appel, sur division, la majorité infirma cette décision. En s'inspirant, entre autres, de l'arrêt *R. v. R.E.M.*⁷⁸ – décision de droit criminel prononcée quelques mois après *Dunsmuir*, mais qui, selon la majorité, pouvait « provides guidance »⁷⁹ – le juge Welsh a adopté une approche privilégiant une lecture globale de la décision afin d'en évaluer la raisonnabilité, et ce, malgré son caractère minimal avéré. Tout en reconnaissant que le « pattern of thought » de la décision n'apparaissait pas clairement à la motivation « squelettique » de l'arbitre et qu'une motivation plus complète aurait certes été préférable⁸⁰. Néanmoins, la majorité de la Cour d'appel considéra qu'en lisant la décision comme un tout et dans son contexte⁸¹, il était manifeste que l'arbitre était « fully alive to the question in dispute »⁸² et qu'il « clearly understood the nature of the issue before him [...] »⁸³.

43. La majorité de la Cour d'appel confirmait ainsi la raisonnabilité de la sentence, et ce, en insistant d'abord non pas sur une analyse détaillée du « comment » le décideur en était arrivé à sa

74. *Newfoundland and Labrador v. Newfoundland and Labrador Nurses' Union*, 2010 NLCA 13 (CanLII), par. 22.

75. *Newfoundland and Labrador Nurses' Union v. The Queen*, 2008 NLTD 200 (CanLII), par. 26-27.

76. *Id.*, par. 29-30.

77. *Id.*, par. 31.

78. [2008] 3 RCS 3, 2008 CSC 51. Ci-après *R.E.M.*

79. *Supra*, note 74, par. 10.

80. *Id.*, par. 15 et 24.

81. *Id.*, par. 28.

82. *Id.*, par. 25.

83. *Id.*, par. 28.

conclusion – soit l’approche adoptée par le premier juge – mais en plaçant plutôt l’accent sur le « *pourquoi* » qui sous-tendait le résultat de la décision⁸⁴. Dans cette optique, le juge Welsh – et il est intéressant de le noter – a signalé les références de l’arbitre à la jurisprudence en lien avec la question alors en litige. À son avis, et même si l’arbitre ne l’avait pas écrit tel quel, il était raisonnable de déduire que les principes se dégageant desdites sentences citées avaient guidé l’arbitre dans sa décision⁸⁵.

44. Le retour sur les décisions qui ont précédé l’arrêt de la Cour suprême dans *Newfoundland Nurses*, décision unanime précisons-le, me paraît pertinent afin de bien mesurer l’importance de celle-ci. En effet, *Newfoundland Nurses*, dans sa facture globale, traite fort peu du litige. Tout au plus, la juge Abella soulignera qu’il s’agissait, dans ce cas, d’un « simple exercice d’interprétation » d’une convention collective⁸⁶ et qu’il ressort des motifs de l’arbitre qu’il « *avait bien saisi la question* » et qu’il était parvenu à un résultat faisant partie des issues possibles raisonnables⁸⁷. Soulignons que la juge Abella reprend ici quasiment mot à mot la conclusion de la majorité de la Cour d’appel quant au fait que l’arbitre avait pleinement saisi la question en litige⁸⁸.

45. C’est donc sous le prisme de ce critère d’évaluation large et non défini (que veut dire *avoir saisi ou pleinement saisi* la question en litige ?) et dans un contexte d’une sentence arbitrale qui, on l’a vu, avait toutes les vertus (ou limites) de la concision et du minimalisme quant à sa motivation, que la Cour suprême formule, dans *Newfoundland Nurses* un cadre conceptuel afin d’évaluer la question de la suffisance des motifs. Après son renvoi à l’extrait du professeur Dysenhaus⁸⁹, les principaux points suivants peuvent être dégagés des propos de la juge Abella : (1) l’analyse des motifs et du résultat d’une décision ne doit pas être effectuée en deux étapes distinctes, mais doit être faite dans le cadre d’un exercice plus global⁹⁰ ; (2) une cour de révision ne doit pas substituer ses

84. *Supra*, note 74, par. 17 et 24.

85. *Id.*, par. 21.

86. *Supra*, note 5, par. 23.

87. *Id.*, par. 26, mes italiques.

88. *Supra*, note 74, par. 25 : « [...] it is clear from reading the arbitrator’s decision as a whole that he was fully alive to the question in dispute ».

89. *Supra*, note 5, par. 12.

90. *Id.*, par. 14.

propres motifs à ceux de la décision sous examen⁹¹, (3) cependant, si une cour l'estime nécessaire, elle pourra examiner « le dossier » pour apprécier le caractère raisonnable d'un résultat⁹² ; (4) la décision d'un tribunal administratif n'a pas à se référer – et, du coup, à trancher – tous les arguments, dispositions législatives et précédents qu'une cour de révision pourrait souhaiter retrouver au texte de la décision ; (5) la perfection dans la rédaction des motifs n'est pas la « valeur-étalon » permettant d'évaluer la raisonnableté d'une décision⁹³, et (6) il y a une importante distinction entre le cas d'absence de motifs qui, lorsqu'ils sont exigés, entraîne une erreur de droit et un manquement à l'équité procédurale⁹⁴, et la situation d'insuffisance de motifs.

46. Ainsi, dans le contexte de la décision à l'étude dans *Newfoundland Nurses*, on peut comprendre de la décision de la Cour suprême que même si la sentence était d'une grande sobriété quant à sa motivation, celle-ci existait et a permis à la Cour de considérer que l'arbitre avait « compris la question en litige » et était arrivé à un résultat possible raisonnable. La juge Abella n'a donc pas eu besoin de compléter les motifs de l'arbitre. Elle a toutefois reconnu la possibilité, si jugée nécessaire, d'un recours au dossier lors d'une révision judiciaire ; formule donnant ouverture à une large discrétion, faut-il le reconnaître. Certes, l'interdiction de substitution de motifs par la cour de révision est la limite énoncée, mais la ligne de démarcation entre cette limite et la possibilité de compléter les motifs en se référant au dossier n'a pas été tracée par la Cour suprême, puisque la juge Abella n'a emprunté ni l'une ni l'autre de ces démarches.

47. L'arrêt *Newfoundland Nurses* est important. La Cour y a affiné les principes applicables en matière d'évaluation de motivation d'une décision. Dans une certaine mesure, elle a abaissé les exigences de forme que les cours de révision peuvent avoir à l'égard des justifications d'une décision (le « *comment* » une décision est motivée, sa brièveté, ses défauts d'enchaînement ou ses

91. *Id.*, par. 15.

92. *Ibid.*

93. Dans l'affaire *Syndicat national de l'automobile, de l'aérospatiale, du transport et des autres travailleuses et travailleurs du Canada (TCA-Canada) c. Brideau*, 2007 QCCA 805, la Cour d'appel du Québec avait déjà formulé la même observation (par. 41-42).

94. *Id.*, par. 22.

raccourcis, etc.). La Cour a plutôt mis la priorité sur l'examen de l'essence même de la motivation, le « *pourquoi* » ayant mené le tribunal administratif au résultat final⁹⁵. Ainsi affranchie d'exigences d'exhaustivité, de réponses à tous les arguments invoqués ou de *distinguos* avec la jurisprudence plaidée, la motivation n'est pas banalisée et demeure centrale dans l'examen du caractère raisonnable de la décision. Cependant, et s'inscrivant ici clairement dans la perspective de la politique de « retenue au sens de respect » retenue dans *Dunsmuir*, la Cour suprême place le curseur sur la motivation « telle qu'elle se présente », et, à la limite, « telle qu'elle *pourrait être* », plutôt qu'être à la recherche d'une motivation « idéale » qu'une cour de révision pourrait imposer afin d'infirmer une décision qui n'atteindrait pas cette norme⁹⁶.

48. Dans l'arrêt *Construction Labour Relations c. Driver Iron Inc.*⁹⁷, la Cour suprême, dans une décision ne pouvant difficilement être plus brève avec seulement trois courts paragraphes, appliquera d'ailleurs ces enseignements tirés de *Newfoundland Nurses*.

95. Dans *R.E.M.*, *supra*, note 78, la Cour suprême ne fait pas référence à *Dunsmuir*. Toutefois, la juge en chef note, au sujet de l'obligation de motiver, que le droit a évolué au cours des dernières années et cite, à titre d'exemple, l'arrêt *Baker*, *supra*, note 4, dans un contexte de droit administratif (par. 10). La Cour rappelle les trois fonctions principales des motifs dans un procès criminel (par. 11-14). Même si certaines de ces fonctions sont liées plus spécifiquement au cadre du droit criminel (le possible appel), la plupart sont transposables en milieu administratif, dont le lien intime entre la motivation à titre de « manifestation concrète de la primauté du droit » (par. 12). Si l'analyse de l'appréciation du caractère suffisant des motifs, et de la distinction entre l'importance à accorder au « pourquoi » plutôt qu'au « comment » qui est effectuée dans *R.E.M.* ne peuvent être reprises en bloc dans le contexte du droit administratif, il y a lieu de s'en inspirer, tout comme le juge Welsh de la Cour d'appel l'a fait (*supra*, note 74, par. 10 et 24) tant les principes dégagés rejoignent les attentes raisonnables en matière de motivation.

96. La comparaison des décisions de la cour de première instance (*supra*, note 75) et de la Cour d'appel (*supra*, note 74) dans cet arrêt le montre parfaitement. Pour une illustration récente de la déférence judiciaire en dépit de motifs « si imparfaits soient-ils », lire *Agence du revenu du Québec c. Syndicat des professionnelles et professionnels du Gouvernement du Québec*, 2019 QCCA 959 (par. 6-9). Dans *Vavilov*, *supra*, note 12, la majorité du banc fait ressortir que « l'arrêt *Newfoundland Nurses* est loin d'établir que la justification donnée par le décideur à l'appui de sa décision n'est pas pertinente. [...] *L'objectif est justement de comprendre le fondement sur lequel repose la décision* » ; ce qui rejoint largement ma compréhension de l'arrêt (par. 97, mes italiques). Par ailleurs, et tout comme à propos de *Alberta Teachers*, la majorité souligne qu'il est erroné de conclure que la méthode de contrôle développée dans ces deux arrêts « serait axée uniquement sur le résultat de la décision, à l'exclusion de la justification de cette décision » (par. 96).

97. *Supra*, note 72.

Dans ce dossier, la Cour d'appel de l'Alberta reprochait à l'*Alberta Labour Relations Board* de ne pas avoir examiné l'interaction entre certaines dispositions du *Labour Relations Code*⁹⁸ quant à l'assujettissement d'un employeur à une convention collective et d'avoir ainsi négligé l'étude des possibles conséquences d'une de celles-ci, d'où sa conclusion de décision déraisonnable⁹⁹. La Cour suprême a renversé cette décision en précisant que le tribunal administratif n'était pas tenu « de traiter expressément de toutes les interprétations possibles de ces dispositions », ni « d'examiner ou de commenter dans ses motifs chaque argument soulevé par les parties »¹⁰⁰. La Cour rappelait ainsi aux tribunaux inférieurs l'étendue réduite de leur discrétion dans l'évaluation de la motivation d'une décision d'un tribunal administratif.

III- 2018... L'ÉTOFFEMENT DES MOTIFS EN EXPANSION

49. La revue précédente de la jurisprudence révèle, somme toute, un consensus des juges de la Cour suprême autour du développement d'une théorie de l'évaluation de la motivation se caractérisant, dirais-je, par un respect certain à l'égard des particularités que peuvent revêtir les justifications au sein du vaste ordonnancement des tribunaux administratifs. Et, si jugé nécessaire – et ce critère est interprété largement – la possibilité que ceux-ci jouent un rôle supplétif afin de confirmer, par le recours à l'implicite, la raisonnable d'une décision.

50. Ce tableau relativement quiet va changer en 2018 ! Année faste s'il en est, la Cour suprême discutera à trois occasions de la délicate question du recours à l'implicite ou, dit autrement, de la pertinence pour les juges de venir « compléter » la motivation d'une décision plutôt que de l'infirmen en raison de l'insuffisance de sa motivation. Or, ces arrêts marquent clairement la fin d'une

98. RSA 2000, c. L-1.

99. *Driver Iron v. International Association of Bridge Structural Ornamental and Reinforcing Ironworkers, Local Union No. 720*, 2011 ABCA 55, par. 21-22.

100. *Driver Iron*, *supra*, note 72, par. 3. Dans *Vavilov*, *supra*, note 12, la Cour reprend ce principe en se référant à *Driver Iron* : « À l'instar des juges, les décideurs administratifs peuvent estimer qu'il n'est pas nécessaire de s'attarder, dans leurs motifs, au moindre signal d'une intention législative. Dans bien des cas, il peut se révéler nécessaire de ne prendre en compte que les aspects principaux du texte, du contexte ou de l'objet » (par. 122).

vision commune parmi les juges de la Cour, même si, de façon paradoxale, tous n'hésitent pas à se référer aux principes de l'arrêt *Newfoundland Nurses*¹⁰¹.

51. Les contextes particuliers de ces trois affaires peuvent expliquer l'émergence des dissensions au sein de la Cour. En effet, à la différence des décisions vues antérieurement, la Cour ne sera pas en présence de situations de motifs inexistantes (premier groupe), de motifs incomplets ou lacunaires (second groupe), ou au style jugé trop concis (troisième groupe). Au contraire, dans les trois prochains arrêts, les tribunaux administratifs ont discuté de la question en litige et ont tranché celle-ci en rendant des décisions bel et bien motivées qui, sans atteindre les plus hauts standards, rejoignent sensiblement les caractéristiques qu'on retrouve généralement dans les jugements des tribunaux judiciaires. Restait-il alors un espace pour une possible intervention supplétive de la part d'une cour de révision ?

52. Débutons par l'arrêt *Delta Air Lines c. Lukács*¹⁰². Un citoyen, Gabor Lukács, a déposé une plainte auprès de l'Office des transports du Canada dans laquelle il alléguait que la compagnie aérienne appliquerait des pratiques discriminatoires quant au transport de personnes obèses. Selon lui, ces pratiques étaient contraires au paragraphe 111 (2) du *Règlement sur les transports aériens*¹⁰³. L'Office des transports a rejeté cette plainte, statuant que le plaignant ne satisfaisait pas au test relatif à la qualité pour agir dans l'intérêt privé, ni à celui de l'intérêt public établi par et pour les tribunaux civils¹⁰⁴.

53. Au nom de la majorité de la Cour, la juge en chef McLachlin a estimé que cette décision ne respectait pas le test de raisonnablement puisque, selon elle, l'Office n'avait pas exercé le pouvoir discrétionnaire qui lui était accordé à l'article 37 de la *Loi sur les transports du Canada*¹⁰⁵. Cette disposition n'ayant pas été invoquée ni appliquée par l'Office des transports dans sa décision¹⁰⁶,

101. *Supra*, note 5 et par. 44.

102. *Supra*, note 7.

103. DORS/88-58.

104. Décision n° 425-C-A-2014 (Office des transports du Canada).

105. *Supra*, note 7, par. 17-18.

106. Il faut noter que ce n'est qu'en Cour d'appel fédérale que la référence à l'article 37 de la *Loi sur les transports du Canada* n'a pas été soulevée (*Lukács c. Canada (Office des transports)*, 2016 CAF 220, par. 11, 16-17).

c'est donc à ce stade que la question des motifs implicites est entrée en jeu.

54. Delta Air Lines, qui défendait la raisonnable de la décision de l'Office, reconnaissait que les motifs fournis par l'Office étaient déficients¹⁰⁷. Afin de pallier cette lacune, la compagnie invitait donc la Cour suprême à élargir son analyse et tenir compte des motifs que le même tribunal administratif avait déjà donnés dans une autre de ses décisions à l'égard d'une question identique, impliquant d'ailleurs le même plaignant¹⁰⁸. L'intérêt de cette proposition s'expliquait facilement : dans cette autre décision, l'Office des transports avait analysé la question de l'intérêt pour agir du plaignant, mais, cette fois, à la lumière de son pouvoir discrétionnaire prévu à l'article 37 de la *Loi sur les transports* du Canada¹⁰⁹, et arrivait à la même conclusion négative que celle faisant l'objet de la décision attaquée en Cour suprême¹¹⁰. Le mutisme de l'Office quant à l'exercice de son pouvoir discrétionnaire dans la décision *Delta Air Lines* pouvait donc être substitué par le recours à une motivation exprimée dans une autre décision par le même organisme. Une justification passe-partout, quoi !

55. La majorité de la Cour n'a pas retenu cette proposition. Elle s'en est plutôt tenue strictement au texte de la décision de l'Office des transports. Selon la juge en chef, l'Office avait, par le fait d'une analyse dénuée de recherche d'équilibre et de souplesse, « entravé son pouvoir discrétionnaire de manière déraisonnable »¹¹¹.

56. Pour sa part, la juge Abella, au nom des juges dissidents, conclut à la raisonnable de la décision de l'Office. À ce sujet, elle s'inspirera des motifs exposés par l'Office dans cette autre décision pour justifier la conclusion d'absence d'intérêt du plaignant¹¹².

107. *Delta Air Lines*, *supra*, note 7, par. 22.

108. *Id.*, par. 22. Il s'agissait de l'affaire impliquant *G. Lukács c. Porter Airlines Ltd.*, décision n° 121-C-A-2016 (Office des transports du Canada). Ci-après *Porter*.

109. Voir *Porter*, *supra*, note 108, par. 30-34.

110. *Id.*, par. 34 et 69.

111. *Delta Air Lines*, *supra*, note 7, par. 18. Au même effet, voir *Vavilov*, *supra*, note 12, par. 87 et 108.

112. La juge Abella réfère à la décision de l'Office des transports du Canada dans *Porter*, *supra*, note 108, par. 46. Dans cette décision, l'Office avait disposé, en avril 2016, d'une demande du même plaignant que dans le dossier *Delta Air Lines*, et y avait disposé des questions de qualité pour agir à la lumière du pouvoir discrétionnaire prévu à l'article 37 de la *Loi sur les transports du Canada*.

La juge en chef en fait reproche à sa collègue. Elle souligne, en effet, que [c]es justifications n'ont pas été données par l'Office »¹¹³ et ajoute ne pas voir « comment les justifications de ma collègue peuvent être utilisées pour compléter les motifs de l'Office, à moins de radier la formulation et la justification du test juridique des motifs de l'Office et d'y substituer ces justifications »¹¹⁴. Pour la juge McLachlin, une telle démarche n'en est pas une consistant à « compléter » des motifs en raison de leur absence ou de leur insuffisance puisque, insiste-t-elle, « l'Office a fourni des motifs détaillés [...] »¹¹⁵, et a « clairement énoncé un test relatif à la qualité pour agir [...] »¹¹⁶. En conséquence, la Cour « ne peut faire abstraction des motifs effectivement fournis ou les remplacer »¹¹⁷. Une telle position, ajoute-t-elle, « minerait, voire nierait, le rôle essentiel des motifs en droit administratif »¹¹⁸.

57. Tout en partageant le principe, dégagé dans *Newfoundland Nurses*, selon lequel les motifs et le résultat d'une décision ne requièrent pas deux analyses distinctes¹¹⁹, la juge en chef précise :

Si nous permettions aux cours de révision de remplacer les motifs d'organismes administratifs par les leurs, le résultat des décisions administratives deviendrait la seule considération. Suivant cette approche, tant que les cours de révision pourraient offrir une justi-

(par. 25-34). Certes, la décision *Porter* a été prononcée 18 mois après celle qui fait l'objet du pourvoi en Cour suprême, mais la juge Abella, en s'y référant, va conclure au caractère raisonnable de la décision *Delta Air Lines* (par. 66).

113. *Delta Air Lines*, *supra*, note 7, par. 29.

114. *Ibid.*

115. *Id.*, par. 23.

116. *Id.*, par. 25.

117. *Id.*, par. 24.

118. *Id.*, par. 27. Selon le professeur Paul Daly, la juge McLachlin aurait tenté, dans *Delta Air Lines*, de mettre un frein à l'interprétation faite par certains tribunaux de l'arrêt *Capilano* (*supra*, note 29) selon laquelle ils étaient dorénavant autorisés à suppléer à l'absence de motifs d'une décision : P. Daly, *Reasons and Reasonableness in Administrative Law: Delta Air Lines Inc. v. Lukács*, 31 Can. J. Admin. L. & Prac. 209, p. 214. Pour ma part, je crois que la majorité considérerait, sans le dire expressément, que la décision de l'Office des transports était déraisonnable et qu'il n'y avait donc pas lieu de tenter d'en compléter les motifs. Dans *Vavilov*, *supra*, note 12, la majorité se défend toutefois de n'avoir considéré que le résultat dans l'opinion *Delta*, mais insiste qu'elle y a également tenu compte du raisonnement menant à ce résultat : par. 87. Par ailleurs, dans *Delta Air Lines*, la démarche de la juge Abella, qui s'inspire pour sa part de la décision *Porter*, la mène à une conclusion opposée. Elle revient sur l'essence de sa position dans l'opinion séparée de *Vavilov* : par. 301.

119. *Delta Air Lines*, *supra*, note 7, par. 27.

fication possible — même si celle-ci contredisait les motifs donnés par l'organisme administratif —, la décision serait raisonnable. Cela irait trop loin. Il est important de maintenir l'exigence voulant que lorsque les organismes administratifs fournissent des motifs à l'appui de leurs décisions, ils le fassent de façon intelligible, justifiée et transparente.¹²⁰

58. Le même débat quant au possible rôle supplétif d'une cour de révision, et surtout l'étendue que celui-ci peut revêtir, s'est retrouvé, de manière amplifiée, dans l'arrêt *Williams Lake Indian Band c. Canada*¹²¹. Plus encore, et pour la première fois, la version française du jugement parlera « d'étoffement » admissible des motifs¹²², un terme dont la signification « d'enrichissement » induit une orientation qui a tout sauf une attitude passive¹²³.

59. Par le biais d'une revendication présentée en vertu de la *Loi sur le Tribunal des revendications particulières*¹²⁴, la Bande indienne de Williams Lake soutenait que la colonie avait manqué à son obligation légale d'empêcher les colons d'acquérir par préemption les terres où elle avait alors des établissements¹²⁵. La Bande alléguait que la colonie préconfédérative avait manqué à son obligation légale d'empêcher les colons d'acquérir par préemption les terres où elle avait des établissements et qu'après l'adhésion de la Colombie-Britannique à la Confédération, le Canada, devenu alors responsable en droit de l'attribution des réserves en

120. *Ibid.* Dans Vavilov, *supra*, note 12, la majorité du banc reprend cette position et insiste sur le fait que « même si le résultat de la décision n'était peut-être pas déraisonnable eu égard aux circonstances, la décision a été infirmée parce que l'analyse ayant débouché sur ce résultat était déraisonnable » (par. 87). Lire également le par. 96 où la majorité du banc écrit que « [M]ême si le résultat de la décision pourrait sembler raisonnable dans des circonstances différentes, il n'est pas loisible à la cour de révision de faire abstraction du fondement erroné de la décision et d'y substituer sa propre justification du résultat [...] » (par. 96).

121. *Supra*, note 8. Dans Vavilov, *supra*, note 12, seules les juges Abella et Karakatsanis, qui ont déposé des motifs séparés et très critiques du nouveau cadre d'analyse retenu par la majorité du banc, se réfèrent à cet arrêt : par. 296, 301, 303-304.

122. *Id.* ; voir, entre autres, par. 109, mes italiques.

123. « *Étoffer* » : « Enrichir, donner plus de matière, d'intensité ». (*Multidictionnaire de la langue française*, 5^e éd., Québec Amérique, 2009) ; « Conférer plus de matière ou de richesse à quelque chose. Étoffer un texte » (*Le Nouveau Littré*, Éditions Garnier, 2004) ; « Enrichir. Étoffer un ouvrage, lui fournir une matière plus abondante, plus riche » (*Le Petit Robert 1*, Dictionnaires Le Robert, 1990).

124. L.C. 2008, c. 22.

125. Soit avant l'entrée de la Colombie-Britannique dans la Confédération en 1871.

Colombie-Britannique, ne s'est pas acquitté de l'obligation qu'il avait envers elle¹²⁶.

60. Dans sa décision, le Tribunal des revendications particulières a d'abord conclu « que le village de la bande et les terres avoisinantes auraient dû être mis de côté à titre de réserve sous le régime des lois coloniales applicables. La Couronne impériale avait l'obligation légale de prendre les mesures voulues en ce sens »¹²⁷, ce que le fonctionnaire colonial responsable de la région de Williams Lake n'a pas fait.

61. D'autre part, et c'est le volet critique de la décision, le Tribunal a considéré qu'après l'adhésion de la Colombie-Britannique à la Confédération en 1871, les fonctionnaires fédéraux ont omis de prendre les mesures nécessaires pour corriger les omissions antérieures de la Couronne impériale envers la bande¹²⁸. La revendication particulière de cette dernière visant la période préconfédérative a donc été jugée fondée en droit¹²⁹. L'article 14 (2) de la *Loi sur le Tribunal des revendications particulières* se trouve donc au cœur de cette seconde conclusion¹³⁰.

62. Sous la plume du juge Wagner (il n'était pas alors juge en chef), la majorité du banc confirma le caractère raisonnable de la décision, dont la seconde partie relative aux obligations de la Couronne fédérale¹³¹. Pour leur part, les juges Rowe et Côté ont estimé que les motifs du Tribunal quant à la signification donnée

126. *Bande indienne de Williams Lake c. Sa Majesté la Reine du chef du Canada*, 2014 SCTC 3, par. 2.

127. *Supra*, note 8, par. 4.

128. *Id.*, par. 5.

129. *Id.*, par. 7.

130. Cet article se lit ainsi : 14 (1) Sous réserve des articles 15 et 16, la première nation peut saisir le Tribunal d'une revendication fondée sur l'un ou l'autre des faits ci-après en vue d'être indemnisée des pertes en résultant : [...] (2) Pour l'application des alinéas (1) a) à c) à l'égard d'une obligation légale qui devrait être exécutée sur un territoire situé à l'intérieur des limites actuelles du Canada avant l'entrée de ce territoire au sein du Canada, la mention de sa Majesté vaut également mention du Souverain de la Grande-Bretagne et de ses colonies, dans la mesure où cette obligation, ou toute responsabilité en découlant, a été imputée à Sa Majesté, ou aurait été imputée à celle-ci n'eût été les règles ou théories qui ont eu pour effet de limiter un recours ou de prescrire des droits contre elle en raison de l'écoulement du temps ou d'un retard.

131. *Supra*, note 8, par. 122, 128-131. Les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis et Gascon ont souscrit à l'opinion du juge Wagner.

à l'article 14 (2) de la *Loi* étaient lacunaires et peu abondants¹³², et ont opté pour le renvoi du dossier au Tribunal afin qu'il « se prononce plus avant » sur la question de savoir si, en vertu de cette disposition, les obligations de la colonie « ont été imputées » à la Couronne fédérale¹³³. Enfin, le juge Brown, opinion à laquelle la juge en chef McLachlin souscrit, a conclu que la décision du Tribunal relative au manquement allégué de l'obligation fiduciaire du Canada envers la Bande était déraisonnable¹³⁴.

63. L'objet du présent texte n'est évidemment pas d'analyser en profondeur l'importante décision du Tribunal des revendications particulières, mais de mettre essentiellement l'accent sur les lignes de fracture évidentes opposant les trois groupes de juges au sujet de leur rôle à l'égard de la motivation d'une décision d'un tribunal administratif. D'entrée de jeu, *Williams Lake* apparaît comme étant l'arrêt *post-Dunsmuir* qui discute, avec le plus d'acuité, de la portée de ces motifs « *qui pourraient être donnés* » à une décision dans le cadre d'une révision judiciaire.

64. Examinons-en les grandes lignes. Au nom de la majorité, le juge Wagner reconnaît que le Tribunal a omis de circonscrire la portée du volet obligation légale de l'article 14 (2) de la *Loi*, mais, contrairement à l'opinion du juge Brown, il ne croit pas qu'en faisant de la sorte, le Tribunal ne délimite aucunement cette obligation¹³⁵. Le juge constate qu'il y a, en effet, un « *désaccord sur la manière d'interpréter les motifs* du Tribunal »¹³⁶ ; motifs qui, à propos de l'obligation légale du Canada en vertu de l'article 14 (2) de la *Loi* sont, disons-le, plutôt succincts¹³⁷. Se disant conscient de la mise en garde énoncée dans l'arrêt *Alberta Teachers* quant au rôle limité d'une cour de révision au niveau de la reformulation des motifs d'une décision, le juge Wagner est d'avis que la critique de

132. *Id.*, par. 151-152. Selon eux, le « défaut de justification » au sujet de l'application du par. 14 (2) de la *Loi*, équivalant à une « absence de motifs », « est insoutenable » (par. 151).

133. *Id.*, par 157.

134. *Id.*, par. 159.

135. *Id.*, par. 115 : « Or, on ne doit pas nécessairement conclure de l'omission du Tribunal de circonscrire la portée du volet obligation légale du par. 14 (2) en faisant référence aux obligations constitutionnelles du Canada issues des *Conditions de l'adhésion* qu'il ne la délimite aucunement. En tout respect, *je n'incline pas à attribuer cette opinion au Tribunal* » (mes italiques).

136. *Id.*, par. 116, mes italiques.

137. *Bande indienne de Williams Lake c. Sa Majesté la Reine du chef du Canada*, *supra*, note 126, par. 163-164 et 242.

la position du Tribunal « *dépend de la qualification et de l'enchaînement analytique reformulé ou remplacé* » et que le Tribunal « *a seulement une autre perception* – une perception qui se défend – des paramètres voulus par le législateur »¹³⁸.

65. Ainsi, afin de faire la démonstration d'une décision qu'il estimera raisonnable, le juge Wagner annonce sa démarche : il n'écartera pas les motifs du Tribunal, « *mais prend plutôt appui sur eux et les étoffe par le renvoi aux documents et aux arguments présentés au Tribunal et aux principes juridiques sous-tendant la décision dans son ensemble* »¹³⁹. En 14 paragraphes, le juge étoffera, en effet, lesdits motifs du Tribunal sur la question en litige¹⁴⁰. Autant l'analyse du Tribunal apparaît-elle brève, autant l'interprétation « *des propos du Tribunal* »¹⁴¹ par la majorité de la Cour suprême se révèle large et généreuse. En effet, la lecture en parallèle des extraits de la décision du Tribunal relativement à l'obligation postconfédérative du Canada et l'étude détaillée et exhaustive qu'en fait le juge Wagner permet de mesurer l'ampleur de l'intervention que les juges majoritaires ont été disposés à s'accorder au moment de compléter les motifs d'une décision, et ce, afin d'en déterminer le caractère raisonnable.

66. Dans *Williams Lake*, la majorité va plus loin à cet égard que dans tous les arrêts vus précédemment. Elle fait plus que suppléer à des motifs inexistantes parce qu'une question n'aurait pas été plaidée ou compléter une conclusion comme dans l'arrêt *Agraira*¹⁴². Cette fois, à partir de justifications existantes, mais peu étayées, la majorité de la Cour y superposera une couche substantielle d'arguments juridiques et factuels tirés de différents documents tirés du dossier¹⁴³, des plaidoiries, du contexte évolutif du

138. *Id.*, par. 116, mes italiques.

139. *Id.*, par. 116, mes italiques.

140. *Id.*, par. 117-131.

141. *Id.*, par. 118.

142. *Supra*, note 40.

143. *Supra*, note 8, par. 122-125. Il s'agissait principalement de la documentation sur la politique des revendications particulières (par. 123), d'autres politiques et dossiers (par. 124), d'un plan d'action (par. 125) ; documents qui avaient été soumis au Tribunal (j. Wagner, *supra*, note 8, par. 122) Dans *Vavilov*, *supra*, note 12, les juges Abella et Karakatsanis confirment cette lecture de l'opinion du juge Wagner : « Après avoir consulté ces documents, la cour sera peut-être davantage en mesure de comprendre, "*par déduction*", pourquoi un décideur administratif est parvenu à un certain résultat » (par. 303, mes italiques). Lire aussi, par. 123.

régime des revendications particulières au cours de la décennie 1990¹⁴⁴, et des principes modernes d'interprétation¹⁴⁵. Le terme « *étoffement* », dans son acception « *d'enrichissement* »¹⁴⁶, se vérifie ici d'une façon indéniable !

67. L'approche retenue par la majorité est toutefois vivement contestée par les quatre autres membres de la Cour. Le juge Rowe¹⁴⁷ fait ressortir le quasi-silence du Tribunal « au sujet de l'application du par. 14 (2), ce qui est d'autant plus curieux que ses motifs sont exhaustifs sur tous les autres points »¹⁴⁸. Ce mutisme, cette « absence de motifs » au sujet de ce qu'il estime « le rôle primordial » de cette disposition « dans l'économie de la Loi », est qualifiée « d'insoutenable »¹⁴⁹.

68. Que penser alors de la position de la majorité de la Cour qui, selon le juge Rowe, complète « les motifs peu abondants du Tribunal [...] »¹⁵⁰ ? À son avis, « [l]es motifs des juges majoritaires « complètent » ceux du Tribunal *en fournissant la totalité de l'analyse* »¹⁵¹. Or, compléter des motifs insuffisants n'autorise pas, selon lui, une cour de révision « à les réécrire afin de confirmer la décision qu'ils étayent » ; ce qui est le cas, à son avis, en l'espèce¹⁵².

69. Après avoir rappelé les principes dégagés par la jurisprudence en matière d'interprétation implicite¹⁵³, le juge Rowe précise – et c'est la première fois que cette condition est posée en jurisprudence – que des motifs « doivent avoir une *assise suffisante* » pour qu'une cour de révision puisse les compléter¹⁵⁴. À son avis, cette assise « exige davantage qu'une conclusion sommaire sur un point de droit crucial »¹⁵⁵. Une « *analyse minimale à l'égard de questions de droit essentielles* » serait donc requise¹⁵⁶. À titre

144. *Id.*, par. 126.

145. *Id.*, par. 129.

146. Voir *supra*, note 123.

147. La juge Côté souscrit à l'opinion du juge Rowe.

148. *Id.*, par. 151.

149. *Ibid.*

150. *Id.*, par. 152.

151. *Id.*, mes italiques.

152. *Id.*, par. 146, mes italiques.

153. *Id.*, par. 144-145.

154. *Id.*, par. 146, mes italiques. Ce critère ne se retrouve pas dans *Vavilov*, *supra*, note 12, par. 96.

155. *Id.*, par. 154.

156. *Id.*, par. 154, mes italiques.

d'exemples, le juge se réfère à un « *raisonnement tacite [...] manifeste [...] au vu du dossier ou des décisions analogues* » ; éléments permettant à une cour de révision de compléter des motifs au sens développé par le professeur Dysenhaus¹⁵⁷. Par ailleurs, si « le raisonnement implicite n'est pas concluant » ou est « complètement obscur », tel qu'il le considère dans le dossier alors à l'étude, le juge Rowe estime alors que « la cour de révision *ne saurait imputer au décideur sa propre justification pour confirmer la décision* »¹⁵⁸.

70. Déplorant donc le laconisme des motifs du Tribunal sur un « élément essentiel de son analyse », le juge Rowe s'abstient, en conclusion, de se prononcer sur la raisonnable de sa décision et renvoie donc l'affaire au Tribunal pour complément d'examen¹⁵⁹.

71. De son côté, le juge Brown¹⁶⁰ conclut au caractère déraisonnable de la décision du Tribunal, et ce, à travers une longue analyse¹⁶¹. Il consacre également – partie intéressante s'il en est une – une rubrique particulière de son opinion sur la question particulière de l'étoffement des motifs du Tribunal. À son avis, les juges majoritaires « font bien davantage qu'« étoffer » les motifs du Tribunal », mais « font ce contre quoi la Cour vient tout juste de mettre en garde dans l'arrêt *Delta Air Lines* [...], en « rempla[çant] les motifs d'organismes administratifs par les leurs, [si bien que] le résultat des décisions administratives devien[t] la seule considération »¹⁶².

72. Pour le juge Brown, les motifs du Tribunal ne se prêtaient « tout simplement pas à l'étoffement judiciaire », et la Cour ne doit pas tenter malgré tout de les étoffer en faisant valoir que, si

157. *Id.*, par. 155, mes italiques.

158. *Id.*, mes italiques. Le souligné est en italiques au texte. Le juge Rowe se réfère alors expressément à l'arrêt *Delta Air Lines*, note 7, par. 27.

159. *Id.*, par. 156. Le juge reconnaît que le dossier à l'étude n'est pas de ceux où une seule décision raisonnable est possible. Ainsi, compte tenu de la nature lacunaire des motifs quant à un élément essentiel de son analyse, le juge Rowe estime qu'il y a lieu de renvoyer l'affaire au Tribunal afin qu'il s'acquitte de son mandat légal (par. 157).

160. La juge en chef McLachlin souscrit à l'opinion du juge Brown.

161. *Williams Lake*, *supra*, note 8, par. 159-196. Tout comme pour les juges Rowe et Côté (par. 157), le juge Brown renvoie le dossier au Tribunal afin que celui-ci décide si, en vertu de l'art. 14 (2) de la *Loi sur le tribunal des revendications particulières*, la violation de l'obligation légale ou la responsabilité en découlant a été imputée au Canada (par. 159 et 212).

162. *Id.*, par. 206. Les soulignés sont au texte.

on y regarde bien, on verra ce qui n'est pas vraiment là »¹⁶³. Bref, écrit-il, « [L]e contrôle judiciaire n'a pas pour objet *de redonner artificiellement vie à une décision* »¹⁶⁴.

73. Ces derniers propos révèlent, de façon éloquente, la nette séparation qui oppose, tant sur le plan juridique que philosophique, les membres de la Cour suprême quant au rôle « complémentaire » qu'une cour de révision peut jouer à l'égard de l'interprétation d'un tribunal administratif.

74. Terminons cette revue par l'arrêt *West Fraser Mills Ltd.*¹⁶⁵. Dans cette affaire, la Cour suprême, encore sur division, a confirmé la raisonnable d'une décision de la Workers' Compensation Appeal Tribunal¹⁶⁶. Ce dernier avait conclu que la société « propriétaire » du lieu de travail avait omis, à l'occasion du décès d'un abatteur, de faire en sorte que toutes les activités d'exploitation forestière respectent la réglementation en matière de pratiques sécuritaires. La société *West Fraser Mills* contesta, jusqu'en Cour suprême, le pouvoir du Tribunal de lui imposer une sanction administrative en invoquant qu'elle n'était pas – et ceci n'était pas contesté – l'employeur du malheureux travailleur décédé, même si l'accident était survenu dans un secteur où elle détenait un permis d'exploitation forestière.

75. Deux questions étaient encore en litige devant la Cour suprême. En premier lieu, la compagnie contestait la légalité d'une disposition réglementaire obligeant le propriétaire d'une exploitation forestière de s'assurer d'une planification sécuritaire de toutes ses activités. Sur ce volet, la majorité de la Cour a conclu que l'adoption de la disposition réglementaire résultait de l'exercice raisonnable du pouvoir délégué que la loi habilitante accordait¹⁶⁷.

76. Le second aspect de la décision est plus particulièrement en lien avec la présente étude, soit celui concernant l'imposition à la société forestière d'une sanction administrative par le Tribu-

163. *Id.*, par. 207.

164. *Ibid.*, mes italiques.

165. *Supra*, note 9.

166. WCAT-2013-01952 ; 2013 CanLII 79509.

167. *Supra*, note 9, par. 22. Les juges Brown et Rowe, dissidents sur le second volet de l'arrêt, ont conclu, comme la majorité de la Cour, que le règlement contesté était *intra vires* (par. 112 et 128). Pour sa part, la juge Côté, également dissidente, est arrivée à une conclusion contraire sur cette question (par. 92).

nal. Précisons que l'article 196 de la *Workers Compensation Act* prévoit que c'est à l'égard d'un « *employeur* » que la Commission peut imposer de telles sanctions¹⁶⁸, alors que l'article 26.2 (1) du *Occupational Health and Safety Regulation* vise le « *propriétaire* » d'une entreprise d'exploitation forestière¹⁶⁹.

77. Dans son exposé des deux interprétations qui s'opposent devant la Cour, la juge en chef McLachlin reconnaît que même si le Tribunal « n'a pas formulé la question en litige aussi précisément que je le fais dans les présents motifs », ceci « n'est pas fatal »¹⁷⁰. Fortement guidée par les principes de la retenue judiciaire – et insistant tout particulièrement sur l'importance de tenir compte à cet égard « *des conséquences des choix d'interpréter une disposition d'une manière plutôt que d'une autre* »¹⁷¹ – la majorité de la Cour va confirmer la décision du Tribunal.

78. En dissidence, la juge Côté reproche à la majorité de faire fi de ce que dit vraiment le tribunal administratif, et ce, afin de confirmer la légalité de sa décision¹⁷². Selon elle, « *les juges majoritaires laissent entendre que l'imposition d'une sanction administrative à West Fraser pourrait avoir un autre fondement que l'infraction au par. 26.2 (1) du Règlement* »¹⁷³. Selon la juge Côté, cette assertion contrevient au texte même de la décision¹⁷⁴. Sur ce

168. *Workers Compensation Act*, RSBC 1996, c. 492, art. 196(1) : En vertu du présent article, la Commission peut infliger à un employeur une sanction administrative au moyen d'une ordonnance si elle est convaincue, selon la prépondérance des probabilités, que : a) l'employeur n'a pas pris les précautions suffisantes pour prévenir les lésions ou les maladies professionnelles ; b) que l'employeur ne s'est pas conformé à la présente partie, au Règlement ou à une ordonnance applicable ; c) que le lieu de travail ou les conditions de travail ne sont pas sécuritaires.

169. *Occupational Health and Safety Regulation*, B.C. Reg. 296/97, art 26 (2) 1 : Le propriétaire d'une entreprise d'exploitation forestière doit faire en sorte que toutes les activités d'exploitation forestière soient planifiées et exercées conformément au présent règlement et aux pratiques de travail sécuritaires jugées acceptables par la Commission.

170. *Id.*, par. 49.

171. *Id.*, par. 41, mes italiques. Je souligne qu'il est rare que la Cour suprême mentionne expressément, dans le cadre de l'exercice de son pouvoir de contrôle d'une décision administrative, qu'il faille « prendre en considération non seulement le texte de la loi et l'interaction de ses dispositions, *mais aussi les conséquences du choix d'interpréter une disposition d'une manière plutôt que d'une autre* et la façon dont le régime législatif fonctionne concrètement » (mes italiques).

172. *Id.*, par. 110.

173. *Id.*, par. 109, mes italiques.

174. *Id.*, par. 109. La juge Côté se réfère au texte du par. 96 de la décision du Tribunal, *supra*, note 166.

point, et de façon implicite, la juge McLachlin réplique à sa collègue en rappelant, dans sa conclusion, que « [l]a cour de révision peut étoffer les motifs d'un décideur administratif en respectant les limites qui s'imposent » ; ajoutant que « [l]e tribunal ne franchit clairement pas ces limites en l'espèce »¹⁷⁵.

79. Nous voici donc au cœur du débat qui divise la Cour. La majorité se limite-t-elle dans sa décision à « étoffer » l'argumentation du tribunal comme elle l'allègue¹⁷⁶ ou, comme le prétend la juge Côté, à en faire plutôt abstraction afin d'y substituer ses motifs¹⁷⁷. Une lecture comparée de la décision du Tribunal et de celle de la majorité de la Cour suprême ne laisse aucun doute sur le fait que la juge McLachlin « étoffe » bel et bien les motifs du Tribunal. Ceci se vérifie d'abord à l'examen de l'exposé des conséquences des deux interprétations « plausibles mais opposées » que dégage la juge en chef en trois paragraphes aussi précis que convaincants¹⁷⁸.

80. Par ailleurs, relativement à la critique de la juge Côté selon qui la majorité n'aurait pas tenu compte de la conclusion précise de la décision où le Tribunal relie l'infraction commise par la West Fraser à la seule violation de l'article 26.2 (1) du Règlement¹⁷⁹, il est vrai qu'il peut paraître étonnant de lire la juge McLachlin lorsqu'elle énonce que « *ce n'est pas précisément l'infraction [...] au par. 26 (1) du Règlement (en sa qualité de propriétaire) qui emporte l'application du par. 196 (1)* »¹⁸⁰. La majorité ne fait-elle pas ainsi fi du texte même de la décision du Tribunal ? La juge en chef n'adopterait-elle pas la position qu'elle dénonçait expressément dans *Delta Air Lines* quelques mois plus tôt, soit de contredire

175. *Id.*, par. 49.

176. *Ibid.*

177. *Id.*, par. 110. La juge Côté se réfère d'ailleurs alors à un extrait de l'opinion de la juge en chef McLachlin dans l'arrêt *Delta Air Lines*.

178. *Id.*, par. 43-44. La juge en chef retient que l'interprétation de la Commission est compatible avec l'économie générale de la loi pertinente et du contexte particulier du milieu dans lequel l'accident est survenu. Cette position est tout à fait compatible avec la nouvelle grille d'évaluation de l'exercice de la norme de la décision raisonnable, formulée dans *Vavilov*, *supra*, note 12, par. 117-118.

179. *Supra*, note 174, par. 96.

180. *Id.*, par. 46, mes italiques. Comparer cette assertion avec l'extrait de la décision du Tribunal mis en exergue par la juge Côté : « L'infraction de [West Fraser] au par. 26.2(1) du Règlement permet de conclure que [West Fraser] a omis de prendre des précautions suffisantes pour prévenir les lésions professionnelles », *supra*, note 9, par. 109. Les soulignés sont au texte.

les termes d'une décision afin que la cour de révision lui substitue une justification possible... et raisonnable¹⁸¹ ?

81. Je suis d'avis que la majorité de la Cour a évité cet écueil. Afin d'arriver à cette conclusion, il faut toutefois aller au-delà de la seule assertion du Tribunal¹⁸². En effet, une lecture attentive des paragraphes 82 à 98 de la décision de ce dernier – et ajouterais-je, principalement du paragraphe 95 et de l'ensemble du paragraphe suivant¹⁸³ – permet de soutenir la lecture « étoffée » de la juge McLachlin selon laquelle le Tribunal a déterminé que West Fraser Mills avait manqué à ses obligations en matière de sécurité du lieu de travail non seulement à titre de propriétaire du lieu de travail, mais également en tant qu'employeur¹⁸⁴. Bref, même si la majorité de la Cour demeure dans les paramètres d'une démarche d'étoffement, la frontière entre ce qui paraît une « substitution bienveillante » et une reformulation à la fois des questions en litige et d'éléments significatifs de la conclusion apparaît fort ténue. Certes, la démarche de la majorité de la Cour repose sur *analyse globale* de la motivation du Tribunal et de l'ensemble du dossier, et la conclusion dégagée est en phase avec le résultat de la décision. Cependant, pour y arriver, le texte original de la décision attaquée transite par une phase de reformulation qui, si elle mène à la confirmation de son caractère raisonnable, peut prêter le flanc à une critique prônant une plus grande fidélité aux justifications exprimées par les tribunaux et organismes administratifs.

CONCLUSION – L'ÉTOFFEMENT JUDICIAIRE DES MOTIFS : LE DÉLICAT MAIS NÉCESSAIRE ÉQUILIBRE

82. De façon manifeste, le rôle « complémentaire », « supplétif » ou « d'étoffement » de la part de la Cour suprême à l'égard de la motivation inexistante, lacunaire ou exposée de façon différente par un tribunal ou organisme administratif semble avoir le vent dans

181. Voir *supra*, par. 57. On pourrait penser que cette position de la juge en chef est également en rupture avec l'opinion du juge Brown formulée dans *Williams Lake* sur ce même sujet et à laquelle elle a souscrit : *supra*, note 9, par. 70-71.

182. *Supra*, par. 80, et note 178.

183. *Supra*, par. 166. Comparer ces paragraphes avec l'extrait de la décision du Tribunal retenu par la juge Côté : *supra*, par. 78 et note 180.

184. La lecture globale des par. 94 à 96 de la décision du Tribunal permet, selon moi, de soutenir la compréhension « étoffée » qu'en dégage la juge McLachlin : *supra*, note 9, par. 43-49.

les voiles depuis quelques années. Les plus récents arrêts, sauf un, accentuent d'ailleurs cette tendance à substituer à « ce qui ne se trouve pas » dans la motivation d'une décision, par « ce qui aurait pu l'être ». Or, l'étude précédente révèle le point commun de cette démarche : dans tous les arrêts où la Cour suprême a décidé de « suppléer » à la motivation, et ce, de façon plus ou moins prononcée selon les cas, les juges, en amont de leur analyse, ont d'abord considéré comme « raisonnable » le résultat de la décision attaquée. Certes, ceci n'est pas toujours énoncé expressément au texte même de l'arrêt, mais on comprend qu'il s'agit là d'une condition *sine qua non*, elle-même implicite, au recours ultérieur de l'étoffement judiciaire. Dans le cas contraire, tel que dans l'arrêt *Delta Air Lines*, les juges refuseront de bonifier une motivation afin de « raisonnabiliser » une décision, et ce, même si les circonstances auraient pu s'y prêter¹⁸⁵.

83. Mais comment estimer que le résultat d'une décision est raisonnable si l'un de ses aspects majeurs, soit sa justification, est incomplète, voire silencieuse ? Le fil d'Ariane pour arriver à concilier cette apparente contradiction réside largement, selon moi, dans la conception que se font les juges des cours de révision de la théorie de la déférence judiciaire, de cette philosophie de la « retenue

185. En effet, tout comme elle l'avait fait dans *Alberta Teachers* et *Capilano*, la majorité de la Cour aurait pu suppléer au silence de l'Office des transports au sujet de l'article 37 de la *Loi sur les transports du Canada*, en se référant à une autre décision, l'affaire *Porter*, où le même organisme avait analysé et appliqué cette disposition. Au nom de la majorité (décision 6-3), la juge en chef McLachlin n'a pas considéré cette voie, estimant qu'il ne revenait pas aux cours de révision de remplacer les motifs d'organismes administratifs par les leurs (*supra*, note 7, par. 27). L'aurait-elle fait que la majorité aurait cependant été confrontée au même résultat que celui à l'étude dans *Delta Air Lines*, soit que l'Office estimait qu'en dépit de la discrétion prévue à l'article 37 de la *Loi sur les transports du Canada*, le plaignant n'avait tout de même pas l'intérêt pour agir. Ainsi, on peut déduire que le reproche de la majorité quant à l'entrave du pouvoir discrétionnaire (par. 18) repose essentiellement sur un constat, non mentionné mais sous-jacent, du caractère déraisonnable de la décision de l'Office. Pour sa part, la juge Abella a estimé que celle-ci était raisonnable (par. 66). Dans *Vavilov*, *supra*, note 12, la majorité du banc insiste, on l'a déjà mentionné, sur le fait que sa jurisprudence ne doit pas être comprise comme favorisant une méthode de contrôle « *axée uniquement* sur le résultat de la décision, à l'exclusion de la justification de cette décision » (par. 96, mes italiques). Je note que si la majorité nuance avec les termes « *axée uniquement* », c'est qu'elle reconnaît que le résultat de la décision est néanmoins un élément pouvant être pris en considération. Dans le cadre de la présente étude, je demeure d'avis que la condition implicite de l'étoffement judiciaire repose sur une appréciation du résultat, et que c'est en fonction des lacunes de la motivation menant à ce résultat que la Cour évalue la pertinence d'étoffer ou non.

au sens de respect » développée par la Cour suprême depuis plus de 40 ans et systématisée par le professeur Dysenhaus. Il suffit de lire les différents arrêts soulignés dans le présent texte pour s'en convaincre : si le recours à l'étoffement semble une seconde nature pour certains juges – qu'on peut associer à des défenseurs de la politique de retenue judiciaire – d'autres juges, à l'autre bout du spectre, refusent d'y avoir recours tout en critiquant régulièrement les assises mêmes de la déférence¹⁸⁶.

84. Entre ces deux groupes aux visions bien campées, une approche plus pragmatique caractérise la majorité des juges de la Cour suprême actuelle. Cette position, c'est celle qui consiste, en premier lieu, à présumer de la raisonnabilité d'une décision, et ce, indépendamment des reproches et lacunes invoqués par la partie qui l'attaque. D'une façon plus spécifique avec l'objet du présent texte, c'est également l'adoption d'une posture consistant à ne pas imposer le cadre formel et analytique adopté traditionnellement par les tribunaux judiciaires à la décision d'un tribunal administratif¹⁸⁷. Enfin, et surtout dirais-je, c'est l'intégration de l'axiome de base de la politique de retenue au sens de respect, soit que « certaines questions soumises aux tribunaux administratifs n'appellent pas une seule solution précise, mais peuvent donner lieu à un certain nombre de conclusions raisonnables »¹⁸⁸.

85. En somme, on constate que plus une cour de révision partage les fondements et la finalité de la politique de déférence judiciaire, plus elle sera encline à privilégier la conclusion à laquelle un tribunal administratif est arrivée, non pas indépendamment des motifs qui se trouvent à la décision, mais, s'il y a lieu, en relativisant leur faiblesse. La question consiste donc à déterminer où

186. Pour une illustration, parmi d'autres, de ce clivage philosophique, voir, entre autres, les arrêts mentionnés à la note 11. Cette situation demeure à la suite de l'arrêt *Vavilov* même si l'arrêt réussit à regrouper au sein de la majorité du banc un noyau de sept juges, dont certains exprimaient jusqu'alors des opinions très différentes.

187. K. Lo, *supra*, note 18, pp. 351-352. L'auteur soulève le risque que les tribunaux judiciaires, en fonction de leur propre perspective, surestiment les connaissances et la formation juridique des organismes administratifs, d'où des attentes d'analyses et de motivations élevées.

188. *Dunsmuir*, *supra*, note 1, par. 47. Il n'est pas acquis que cette approche ait été confirmée avec autant de force persuasive dans *Vivalov*, *supra*, note 12 : voir, à titre d'exemple et sans insister dans le présent texte, les par. 85, 86, 99, 101 et 122.

commence et où s'arrête la « distance » qu'une cour de révision peut prendre à l'égard d'une motivation déficiente ? Ou, posée autrement, quelle est l'ampleur de ce rôle de « seconde ligne » que l'étoffement judiciaire permet d'assurer ?

86. La revue précédente révèle quelques indices, certains généraux¹⁸⁹, d'autres plus spécifiques¹⁹⁰. Il s'agit là d'orientations pertinentes, même si elles demeurent fortement tributaires, comme on l'a vu, d'applications d'intensité variable en fonction des faits particuliers d'un dossier, des nuances et des distinctions qui s'imposent avec la jurisprudence antérieure, etc. Bref, le caractère discrétionnaire inhérent du contrôle judiciaire demeure au cœur même de l'évaluation effectuée dans chaque dossier¹⁹¹. Si les adeptes d'un droit administratif structuré et prévisible déplorent souvent cette caractéristique fondamentale d'un contrôle judiciaire en constante évolution, je crois, au contraire, que c'est cette flexibilité même qui en fait sa force, car elle permet, avec des balises suffisamment souples, de s'adapter aux multiples configurations qui se présentent en cour de révision¹⁹².

189. *Newfoundland Nurses*, *supra*, note 5. Voir *supra*, par. 44-45 et Vavilov, par. 96-98.

190. *Williams Lake*, *supra*, note 8. Voir *supra*, par. 68. Rappelons que l'opinion du juge Rowe n'est appuyée que par la juge Côté. Dans la décision *Komolafe et Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration*, 2013 CF 431, le juge Rennie va essentiellement dans le même sens que le juge Rowe : « Lorsqu'elles sont manifestes, les lacunes de la preuve peuvent être comblées *s'il est possible de le faire en s'appuyant sur la preuve et sur des inférences logiques, virtuellement comprises dans le résultat, mais non expressément tirées*. La cour de révision examine le dossier dans le but de confirmer la décision » (par. 10, mes italiques). Dans *Pathmanathan et Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration*, 2013 CF 353, décision citée par la majorité dans *Delta Air Lines*, par. 24), le même juge indique qu'une cour de révision n'est pas autorisée « à réécrire la décision qui repose sur un raisonnement erroné », ni à « reformuler les motifs qui ont été énoncés, à modifier le fondement factuel sur lequel la décision est fondée, ou à formuler des hypothèses sur ce que le résultat aurait été si le décideur avait correctement évalué la preuve. » (par. 28).

191. Sur le caractère discrétionnaire du contrôle judiciaire, voir, entre autres, *Immeubles Port Louis Ltée c. Lafontaine (Village)*, [1991] 1 RCS 326.

192. Sur les risques d'une quête absolue de clarté et simplicité en matière de contrôle judiciaire, lire avec intérêt les propos de l'ancien juge de la Cour suprême, Thomas A. Cromwell, *What I Think I've Learned about Administrative Law*, 30 Can. J. Admin. L. & Prac., 307, 311-313. Dans Vavilov, la majorité du banc a pour objectif de formuler des « [...] indications claires sur la façon dont le contrôle judiciaire doit être exercé » (par. 5), et ce, afin « de rendre le droit applicable en matière de norme de contrôle plus certain, cohérent et facile à appliquer » (par. 22). Une analyse approfondie, et ultérieure, devrait permettre d'évaluer si ces nobles objectifs ont été atteints.

87. En somme, la théorie de l'étoffement se révèle un élément ancillaire indispensable à la politique de « retenue au sens de respect » développée par la Cour suprême. En effet, à défaut d'y avoir recours, la déférence judiciaire risquerait d'être réduite à peau de chagrin dans plusieurs situations si une cour de révision devait s'en tenir au seul texte d'une motivation qui, indépendamment de sa qualité intrinsèque, peut toujours faire l'objet de critiques quant à sa forme, son style, sa non-exhaustivité. Le pouvoir de compléter des motifs par le recours à l'implicite ou à une lecture raisonnée ou plus globale, et ce, afin de dégager le caractère raisonnable d'une décision, paraît sans contredit une avenue compatible avec la stabilité et l'effectivité du droit émanant des tribunaux et des organismes administratifs. Étant un fervent défenseur de la politique de retenue, je ne peux que saluer cette approche de la Cour suprême¹⁹³. Je préfère de loin cette possible approche « complémentaire » à une intervention judiciaire stricte et rigide qui infirme des décisions ou renvoie des dossiers aux décideurs jusqu'à l'obtention d'une motivation idéalisée qui, souvent, sied difficilement avec les impératifs d'une justice administrative sensible aux délais, aux coûts, mais également en phase avec les règles et pratiques de son milieu spécialisé¹⁹⁴.

88. Cependant, en poussant l'intervention de plus en plus loin, en arrivant à écrire ou même à réécrire certaines parties ou phrases cruciales d'une décision, la Cour suprême ne risque-t-elle pas d'envoyer aux tribunaux et organismes administratifs un message contredisant sa propre assertion quant à l'importance devant être accordée à la motivation ? Certains auteurs craignent, à ce titre, que l'approche de la Cour incite les tribunaux administratifs à motiver de moins en moins leurs décisions, préférant laisser aux cours de révision cette délicate tâche¹⁹⁵.

193. D. Nadeau, « L'arrêt Dunsmuir : bilan quinquennal d'un contrôle judiciaire en redéfinition », (2013) 72 *Revue du Barreau*, 3-65. Par ailleurs, dans un texte à titre personnel et pour fins de discussion, le juge David Stratas, de la Cour d'appel fédérale, est d'une opinion totalement opposée. Selon lui, la possibilité que des cours de révision puissent « writing reasons for administrators – putting words in their mouths – sits uneasily with the concept of deference to administrators » : D. Stratas, *A Decade of Dunsmuir: Please No More*, 8 mars 2018, <https://www.administrativelawmatters.com/blog/2018/03/08/a-decade-of-duns-muir-please-no-more-hon-david-w-stratas/>.

194. Lire, à ce sujet, les observations de la juge Abella dans *Newfoundland Nurses*, *supra*, note 5, par. 23-25, ainsi que K. Lo, *supra*, note 18, pp. 351-352.

195. P. Daly, *Reasons and Reasonableness in Administrative Law: Delta Air Lines Inc. v. Lukács*, 31 *Can. J. Admin. L. & Prac.* 209, p. 214. Lire également les propos

89. Je ne partage pas ces appréhensions. Chez la très grande majorité des décideurs, la motivation d'une décision, par l'apport de leur expertise et de leur compréhension d'un système normatif, représente le cœur même de leur mandat et de leurs responsabilités et il est peu vraisemblable qu'ils s'en départissent, même en partie, au profit des tribunaux supérieurs. Les tribunaux administratifs qui seraient tentés par cette voie d'évitement, s'il en est, porteraient atteinte à leur crédibilité et, à moyen terme, à leur propre pertinence.

90. Pour ma part, j'estime que les risques de l'évolution récente de l'étoffement judiciaire – et je pense tout particulièrement ici aux jugements majoritaires dans *McLean*, *Williams Lake*, et, dans une certaine mesure, *West Fraser Mills* – se trouvent plus au niveau d'un affaiblissement graduel de la légitimité même des tribunaux administratifs visés par les interventions judiciaires. Par le biais d'enrichissements toujours de plus en plus substantiels au niveau de la motivation, la Cour suprême a confirmé la légalité de décisions aux justifications absentes ou perfectibles parce qu'elle considérerait le résultat final de celles-ci raisonnable. Cependant, le rôle supplétif joué par certains juges dans ces arrêts peut avoir pour effet de vulnérabiliser l'expertise reconnue des tribunaux concernés. C'est comme si, pour réussir à obtenir l'autorité d'une décision finale, ces tribunaux avaient eu besoin de « correcteurs » extérieurs venus peaufiner un travail jusqu'alors imparfait.

91. Mon trait est probablement trop prononcé, j'en conviens. Mais il met en exergue la contradiction, à tout le moins potentielle, entre une philosophie de déférence reposant sur l'expertise de décideurs et un rôle d'étoffement judiciaire qui, si celui-ci continue de s'étendre, pourrait en annihiler l'essence même. Comme c'est toujours le cas en matière de révision judiciaire, l'équilibre entre ces deux pôles est fort délicat à atteindre. Plutôt que d'en appeler, comme on l'entend régulièrement, à l'énonciation de principes clairs de la part de la Cour suprême sur cette question – espoir vain et même antinomique avec la nature même du contrôle judiciaire –

critiques de John M. Evans, ancien juge à la Cour d'appel fédérale, sur les risques découlant, à son avis, du rôle supplétif des cours de révision en matière de motifs des tribunaux et organismes administratifs : *Dunsmuir – Reflections of a Recovering Judge*, 1^{er} mars 2018, <https://www.administrativelawmatters.com/blog/2018/03/01/dunsmuir-reflections-of-a-recovering-judge-hon-john-m-evans/>.

je préconise plutôt que le message de la Cour suprême demeure en phase avec cet idéal d'une retenue judiciaire où une certaine vision hiérarchique et verticale du droit est révolue¹⁹⁶. L'implicite et l'étoffement participent sûrement à ce mouvement. Il suffit seulement de ne pas en brouiller la trajectoire...

196. Je partage la conclusion de l'auteur K. Lo selon laquelle le résultat inévitable des relations entre les tribunaux et l'administration publique devrait tendre ultimement à ce que « *the courts will be seen as executing the judicial review function not in a supervisory or authoritative capacity, but in the nature of peer review* », *supra*, note 18, p. 367 (mes italiques). Si la tendance générale des décisions de la Cour suprême des 40 dernières années semble aller dans cette direction, je constate que le chemin parcouru n'est pas sans obstacles et détours... et l'arrêt *Vavilov*, prononcé le 19 décembre 2019, confirme indubitablement l'émergence de nouveaux soubresauts.

LE DROIT DISCIPLINAIRE À L'ÈRE DU MOUVEMENT #MOIAUSSI (#METOO)

M^e Nicolas LE GRAND ALARY et
M^e Fanie PELLETIER

Résumé

Le mouvement viral connu sous le nom de #MoiAussi (#MeToo) a permis une prise de conscience de l'ampleur et de la gravité du fléau des violences sexuelles. Or, qu'en est-il du droit disciplinaire lorsque l'auteur des violences est un professionnel régi par le *Code des professions* ? Le présent texte circonscrit le rôle du droit disciplinaire dans la prévention et la répression des violences sexuelles commises par des professionnels. Quatre éléments limitant le champ d'action des ordres professionnels en matière de violences sexuelles sont ensuite examinés. Enfin, des pistes de solutions aux limites et obstacles identifiés sont proposées.

LE DROIT DISCIPLINAIRE À L'ÈRE DU MOUVEMENT #MOIAUSSI (#METOO)

M^e Nicolas LE GRAND ALARY* et
M^e Fanie PELLETIER**

INTRODUCTION	427
1. DÉFINITIONS ET CADRE JURIDIQUE APPLICABLE	431
1.1 Les violences à caractère sexuel : un concept émergent	431
1.2 Le harcèlement sexuel	433
1.3 Les infractions criminelles à caractère sexuel	435
1.4 Les infractions disciplinaires à caractère sexuel ..	435
1.5 Sanction des violences sexuelles impliquant un professionnel	436
1.5.1 Les infractions criminelles	436
1.5.2 Les infractions à une loi	437
1.5.3 Les actes dérogatoires à la dignité de la profession	437
2. LES LIMITES DU DROIT PROFESSIONNEL ET DISCIPLINAIRE	439

* Avocat au Secrétariat de l'Ordre et Affaires juridiques, Barreau du Québec.

** Conseillère à l'équité, Barreau du Québec.

2.1	Le lien avec l'exercice de la profession	440
2.1.1	Autres violences sexuelles	443
2.2	Les relations entre professionnels	446
2.2.1	L'obligation d'informer le Syndic	449
2.3	La responsabilité de l'employeur vs la réglementation des individus	453
2.3.1	Les accords de non-divulgence en milieu de travail	455
2.4	Le traitement des plaintes disciplinaires : obstacles à la dénonciation, à la conciliation et à la preuve.	456
3.	CERTAINES PISTES DE SOLUTION	462
3.1	Modification à l'article 59.1 du <i>Code des professions</i>	462
3.2	Des infractions disciplinaires spécifiques.	463
3.3	La réglementation par entités	464
3.4	Autres pistes de solution.	466
3.4.1	Le traitement des plaintes : accompagnement, conciliation et sanctions	466
3.4.2	Un Ombudsman ou autre ressource ou équipe dédiée	466
3.4.3	Le modèle Philadelphie.	467
4.	CONCLUSION	467

INTRODUCTION

Au Canada, dès 2014, des allégations de harcèlement et d'agressions sexuelles concernant l'animateur vedette de CBC Jian Gimeshi déclenchent une première vague de témoignages en ligne sur les abus sexuels sous le mot-clic #AgressionsNonDénoncées ou son équivalent anglophone #BeenRapedNeverReported.

À l'automne 2017, des allégations de harcèlement et d'agressions sexuelles contre le producteur de cinéma Harvey Weinstein déclenchent un mouvement sur les réseaux sociaux par lequel des milliers de personnes, majoritairement des femmes, racontent leurs expériences de violences sexuelles, pour la plupart jamais signalées à la police. Ce mouvement devenu viral sera connu sous le nom de « #MeToo » traduit en français par #MoiAussi¹.

D'autres allégations visant des personnalités publiques, entre autres, au Québec ont continué de défrayer les chroniques dans les dernières années, la plupart ayant donné lieu à des accusations criminelles ou des poursuites au civil qui n'ont abouti à aucune condamnation au criminel ou en responsabilité civile jusqu'à maintenant².

Le fléau des violences sexuelles n'est pas nouveau. Le mouvement #MoiAussi a toutefois permis une prise de conscience de l'ampleur et de la gravité de ces gestes et de ces comportements. Il a aussi offert une voix à des milliers de personnes pour qui le système judiciaire ne permettait pas d'obtenir justice ou réparation, et qui ont pu exprimer ou dénoncer des situations trauma-

-
1. Sur les réseaux sociaux tels Twitter, Facebook, Instagram ou autres, le *hashtag* ou mot-clic en français (#) sert à regrouper les messages autour d'un terme ou d'une expression. Il devient un mot-clé permettant aux utilisateurs de commenter ou de suivre une conversation sur un sujet.
 2. Jian Gimeshi a été acquitté au terme de son procès criminel et Harvey Weinstein a été reconnu coupable en mars 2020. Au Québec, les allégations médiatisées à l'automne 2017 visant le producteur Gilbert Rozon ont fait l'objet d'accusations dans un seul dossier au criminel et d'une demande d'autorisation d'une action collective au civil, refusée par la Cour d'appel du Québec dans *Rozon c. Les Courageuses*, 2020 QCCA 5.

tisantes et inacceptables. Ce mouvement a également permis de redresser des pratiques policières défaillantes et de soulever certaines limites ou lacunes du système judiciaire.

En effet, on peut possiblement attribuer en grande partie au mouvement #MoiAussi plusieurs réformes législatives présentées ou adoptées depuis 2016 en matière criminelle, en droit du travail et en droit disciplinaire :

- La *Loi sur les normes du travail*³ a été modifiée en 2018 afin notamment d'obliger tous les employeurs à adopter une politique de prévention et de traitement de plaintes du harcèlement psychologique ou sexuel, le qualificatif « sexuel » ayant été nommément ajouté ;
- Le *Code canadien du travail*⁴ a été modifié en 2018 pour ajouter entre autres une définition de « harcèlement et violence » qui inclut « notamment de nature sexuelle » et qui impose des obligations aux employeurs pour la prévention et le traitement de plaintes à cet égard⁵ ;
- La *Loi visant à prévenir et à combattre les violences à caractère sexuel dans les établissements d'enseignement supérieur*⁶, adoptée le 8 décembre 2017, oblige les établissements d'enseignement supérieur à se doter de politiques et de ressources pour prévenir et combattre les violences à caractère sexuel ;
- Le projet de loi fédérale C-337, intitulé *Loi modifiant la Loi sur les juges et le Code criminel (agression sexuelle)*⁷, présenté en 2016 par la députée de l'opposition et ex-ministre Rona Ambrose stipule notamment que seules sont admissibles à la magistrature les personnes qui ont suivi un cours de perfectionnement complet en matière d'agressions

3. RLRQ, c. N-1.1, ci-après « LNT ».

4. L.R.C. 1985, c. L-2.

5. La loi a reçu la sanction royale le 25 octobre 2018 et l'entrée en vigueur des dispositions doit être fixée par décret. Le gouvernement a annoncé l'entrée en vigueur pour 2020, soit après les travaux en cours sur la réglementation afférente.

6. RLRQ, c. P-22.1.

7. Ce projet de loi est mort au feuillet le 11 septembre 2019 à la suite du déclenchement des élections fédérales.

sexuelles et oblige un tribunal à fournir des motifs écrits à l'appui de toute décision relative à une affaire d'agression sexuelle ;

- Enfin, le *Code des professions*⁸ a été modifié en 2017 pour introduire, en matière d'acte dérogatoire à caractère sexuel, des formations obligatoires pour les syndics, les membres et les présidents de conseils de discipline et les membres des comités de révision et revoir les sanctions disciplinaires applicables, notamment en imposant une radiation d'au moins cinq ans et une amende d'au moins 2 500 \$ et d'au plus 62 500 \$ au professionnel.

En marge des réformes législatives, on rapporte une hausse du nombre de signalements d'agressions sexuelles à la police depuis 2014⁹, un phénomène que d'aucuns attribuent en partie au mouvement #MoiAussi.

Si les systèmes judiciaires criminel et civil sont certes interpellés dans la lutte contre les violences sexuelles, qu'en est-il du droit disciplinaire lorsque l'auteur des violences est un professionnel régi par le *Code des professions* ? Le mouvement #MoiAussi a-t-il eu un impact sur le système professionnel et disciplinaire ?

Le Barreau de l'Ontario a constaté une hausse du nombre de recours à son programme de Conseil juridique en matière de discrimination et de harcèlement (CJDH) attribuable au mouvement #MoiAussi :

« Le nombre de contacts avec le bureau de la CJDH a sensiblement augmenté depuis l'automne 2017, avec l'émergence du mouvement #Moiaussi. Ce niveau de contact plus élevé a été maintenu par un nombre d'appelants ayant déclaré que le mouvement #Moiaussi leur donnait confiance pour se plaindre. »¹⁰

8. RLRQ, c. C-26, art. 115.7 (6), 117 al. 2, 121.0.1, 123.3 et 156.

9. STATISTIQUE CANADA, *Les agressions sexuelles déclarées par la police au Canada avant et après le mouvement #MoiAussi, 2016 et 2017*, en ligne : <https://www150.statcan.gc.ca/n1/pub/85-002-x/2018001/article/54979-fra.htm>.

10. En ligne : <http://www.dhcounsel.on.ca/fr-ca/Documents/DHC-Rapport-janvier-juin-2018-FR.pdf>, p. 8.

En Angleterre et au Pays de Galles, l'organisme de réglementation de la profession juridique a vu le nombre de plaintes pour harcèlement sexuel contre des avocats doubler entre mars et octobre 2018¹¹.

En Nouvelle-Zélande, le Barreau a mandaté un groupe de travail sur la question du harcèlement sexuel, de la discrimination, de l'intimidation et d'autres comportements inappropriés en milieu de travail dont les travaux ont fait l'objet d'un volumineux rapport publié en 2018¹².

Considérant le phénomène social et médiatique qui maintient le fléau des violences sexuelles à l'avant-plan, il apparaît raisonnable de penser que le système professionnel anticipe une hausse de ce type de plaintes dans les prochaines années et s'y prépare en conséquence. Rappelons que les professionnels régis par le *Code des professions* représentent presque 400 000 personnes, soit 10 % de la main-d'œuvre du Québec¹³.

Notre texte cherche à circonscrire le rôle du droit disciplinaire dans la prévention et la répression des violences sexuelles commises par des professionnels. Pour ce faire, nous exposerons tout d'abord l'état du droit des infractions disciplinaires reliées à des violences sexuelles.

Puis, nous examinerons quatre éléments qui nous apparaissent comme limitant le champ d'action des ordres professionnels en matière de violences sexuelles, soit :

- Le lien avec l'exercice de la profession ;

11. THE LAW SOCIETY GAZETTE, « Harassment reports to SRA double in seven months », en ligne : <https://www.lawgazette.co.uk/practice/harassment-reports-to-sra-double-in-seven-months-/5067958.article>.

12. NEW ZEALAND LAW SOCIETY WORKING GROUP, *Report of the New Zealand Law Society Working Group To enable better reporting, prevention, detection, and support in respect of sexual harassment, bullying, discrimination and other inappropriate workplace behaviour within the legal profession*, 2018, p. 130, en ligne : https://www.lawsociety.org.nz/_data/assets/pdf_file/0007/129922/Report-of-the-NZLS-Working-Group-December-2018.pdf.

13. CONSEIL INTERPROFESSIONNEL DU QUÉBEC, *Bulletin annuel du Conseil — Statistiques 2017-2018*, en ligne : https://professions-quebec.org/wp-content/uploads/2019/05/CIQ_BULLETIN2017-18_v5-FINAL.pdf.

- Les violences sexuelles entre professionnels ;
- Les limites de la réglementation des individus et non des entités ; et
- les obstacles à la dénonciation et au traitement des dossiers d'enquête ou de plaintes.

Enfin, nous proposerons des pistes de solutions aux limites et obstacles que nous aurons identifiés.

1. DÉFINITIONS ET CADRE JURIDIQUE APPLICABLE

Avant toute chose, il convient de définir certains termes, entre autres pour distinguer les actes ou les comportements qui relèvent du droit criminel – tels que l'agression sexuelle – des comportements de harcèlement sexuel. Dans le présent texte, lorsque le contexte s'y prête, nous utiliserons l'expression « violences sexuelles » pour englober les infractions criminelles et les autres types de comportements sexuels non désirés, tels que le harcèlement sexuel.

1.1 Les violences à caractère sexuel : un concept émergent

Depuis quelques années, l'expression « violences à caractère sexuel » ou « violences sexuelles » est de plus en plus répandue. Concept issu des sciences sociales et de la criminologie, il place les violences sexuelles sur un continuum de comportements sexuels non désirés ou non consensuels, qu'ils constituent ou non des infractions criminelles. Une recherche menée en 2016 au Québec mettait en lumière les violences sexuelles en milieu universitaire en utilisant une définition large et inclusive :

« Partant d'une définition large de la violence sexuelle, le regard se porte sur différents types de manifestation, tels que : l'agression sexuelle, l'exhibitionnisme, le voyeurisme, le harcèlement sexuel, le cyber harcèlement, l'attouchement non désiré, la menace de viol, le chantage sexuel et diverses formes de comportements sexuels non désirés ou non consensuels. Cette définition inclusive de la violence sexuelle concorde avec la définition présentée par les Centers for Disease Control and Prevention, aux États-Unis, quant aux recom-

mandations portant sur la surveillance de la violence sexuelle (Basile, Rapport de recherche ESSIMU 3 Smith, Breiding, Black et Mahendra, 2014). En ne se limitant pas au harcèlement ou aux agressions sexuelles telles que définies par la loi, cette terminologie couvre un spectre plus étendu d'expériences. Au-delà de la brutalité physique, elle caractérise certains comportements de nature verbale et s'étend notamment aux cyberenvironnements. Elle s'inscrit également dans un paradigme qui permet de concevoir les violences sexuelles dans leur dynamique genrée, systémique et de continuum [...]

[...] parce que les commentaires à connotation sexuelle, le harcèlement et les pressions de type chantage ou manipulation pour avoir des relations sexuelles se produisent plus souvent que les attaques physiques, concevoir la violence à caractère sexuel selon un continuum favorise la mise en lumière du caractère répréhensible de comportements socialement banalisés, voire minimisés, tant par les agresseurs que par les victimes elles-mêmes. En ce sens, recourir également à la notion de culture du viol vise à inclure dans l'analyse l'environnement social qui (re)produit ces violences ciblant majoritairement les femmes et culpabilise les victimes tout en déculpabilisant les coupables. »¹⁴ [Nous soulignons]

C'est entre autres à la suite de cette recherche que la *Loi visant à prévenir et à combattre les violences à caractère sexuel dans les établissements d'enseignement supérieur*¹⁵ a été adoptée en 2017 par l'Assemblée nationale du Québec. Cette loi définit les « violences à caractère sexuel » comme suit :

« 1. [...] »

Dans la présente loi, la notion de violence à caractère sexuel s'entend de toute forme de violence commise par le biais de pratiques sexuelles ou en ciblant la sexualité, dont l'agression sexuelle.

Cette notion s'entend également de toute autre inconduite qui se manifeste notamment par des gestes, paroles, comportements ou attitudes à connotation sexuelle non désirés, incluant celle relative

14. Manon BERGERON, Martine HÉBERT, Sandrine RICCI, Marie-France GOYER, Nathalie DUHAMEL et Lyne KURTZMAN, *Violences sexuelles en milieu universitaire au Québec : Rapport de recherche de l'enquête*, 2016, en ligne : https://chairevssmes.uqam.ca/wp-content/uploads/sites/124/Rapport-ESSIMU_COMPLET.pdf, p. 2.

15. RLRQ, c. P-22.1.

aux diversités sexuelles ou de genre, exprimés directement ou indirectement, y compris par un moyen technologique. »¹⁶

1.2 Le harcèlement sexuel

Le harcèlement sexuel n'est pas une infraction criminelle et relève donc de la sphère du droit privé. Au Québec, on retrouve l'interdiction du harcèlement, notamment sexuel, dans deux lois :

- La *Charte des droits et libertés de la personne*¹⁷ prévoit l'interdiction de harcèlement discriminatoire, soit du harcèlement fondé sur un motif de discrimination interdit, incluant le sexe :

« 10. 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 la race, la couleur, le sexe, l'identité ou l'expression de genre, la grossesse, l'orientation sexuelle, l'état civil, l'âge sauf dans la mesure prévue par la loi, la religion, les convictions politiques, la langue, l'origine ethnique ou nationale, la condition sociale, le handicap ou l'utilisation d'un moyen pour pallier ce handicap.

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

10.1. Nul ne doit harceler une personne en raison de l'un des motifs visés dans l'article 10. »

Dans le domaine des droits et libertés, le harcèlement est donc une forme de discrimination interdite. Au sujet du harcèlement sexuel, la Cour suprême a clairement établi dès 1989 que le harcèlement sexuel en milieu de travail est une forme de discrimination sexuelle¹⁸.

- La *Loi sur les normes du travail* interdit le « harcèlement psychologique » en milieu de travail et oblige les employeurs à prendre des mesures pour le prévenir et pour traiter les plaintes :

16. *Id.*, art. 1.

17. RLRQ, c. C-12.

18. *Janzen c. Platy Enterprises Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1252.

« 81.18. Pour l'application de la présente loi, on entend par « harcèlement psychologique » une conduite vexatoire se manifestant soit par des comportements, des paroles, des actes ou des gestes répétés, qui sont hostiles ou non désirés, laquelle porte atteinte à la dignité ou à l'intégrité psychologique ou physique du salarié et qui entraîne, pour celui-ci, un milieu de travail néfaste. Pour plus de précision, le harcèlement psychologique comprend une telle conduite lorsqu'elle se manifeste par de telles paroles, de tels actes ou de tels gestes à caractère sexuel.

Une seule conduite grave peut aussi constituer du harcèlement psychologique si elle porte une telle atteinte et produit un effet nocif continu pour le salarié.

81.19. Tout salarié a droit à un milieu de travail exempt de harcèlement psychologique.

L'employeur doit prendre les moyens raisonnables pour prévenir le harcèlement psychologique et, lorsqu'une telle conduite est portée à sa connaissance, pour la faire cesser. Il doit notamment adopter et rendre disponible à ses salariés une politique de prévention du harcèlement psychologique et de traitement des plaintes, incluant entre autres un volet concernant les conduites qui se manifestent par des paroles, des actes ou des gestes à caractère sexuel. » [Nous soulignons]

Les parties soulignées ont été ajoutées en 2018¹⁹.

Tel que mentionné plus haut, le *Code canadien du travail*, qui régit les employeurs et les employés d'entreprises fédérales, a aussi été récemment modifié, pour y ajouter entre autres une section spécifique sur le « harcèlement sexuel », incluant une définition :

« 247.1 Pour l'application de la présente section, harcèlement sexuel s'entend de tout comportement, propos, geste ou contact qui, sur le plan sexuel :

a) soit est de nature à offenser ou humilier un employé ;

b) soit peut, pour des motifs raisonnables, être interprété par celui-ci comme subordonnant son emploi ou une possibilité de formation ou d'avancement à des conditions à caractère sexuel. »

19. *Loi modifiant la Loi sur les normes du travail et d'autres dispositions législatives afin principalement de faciliter la conciliation famille-travail*, L.Q. 2018, c. 21.

1.3 Les infractions criminelles à caractère sexuel

Les nombreuses infractions à caractère sexuel prévues au *Code criminel*²⁰ sont qualifiées « d'infractions d'ordre sexuel » (les contacts sexuels, la pornographie juvénile, etc.)²¹ ou sont incluses dans les infractions de « voies de fait », comme c'est le cas pour l'agression sexuelle²². Pour ces infractions, des critères sont utilisés pour déterminer par exemple s'il y a eu ou non consentement valide et des moyens de défense sont prohibés dans certains cas.

Un professionnel accusé ou reconnu coupable d'une infraction criminelle, incluant une infraction d'ordre sexuel, pourrait être sanctionné par son ordre professionnel si un lien avec l'exercice de sa profession est établi²³.

1.4 Les infractions disciplinaires à caractère sexuel²⁴

Le *Code des professions* prévoit une infraction spécifique pour des « gestes ou propos abusifs à caractère sexuel » ou des relations sexuelles obtenues dans un contexte d'abus entre un professionnel et un client ou un patient²⁵. Certains codes de déontologie contiennent également des infractions spécifiques pour des comportements sexuels²⁶.

Ainsi, en matière disciplinaire, la jurisprudence et la doctrine utilisent l'expression « infractions disciplinaires à caractère sexuel » pour englober tant les infractions criminelles d'ordre sexuel commises par des professionnels que les « actes dérogatoires à la dignité de la profession » à connotation sexuelle prohibés par le *Code des professions* ou les codes de déontologie.

20. L.R.C. 1985, c. C-46.

21. *Id.*, partie V.

22. *Id.*, partie VIII.

23. Voir la section 2.1 du présent texte.

24. BRIGITTE DESLANDES, « Les infractions disciplinaires à caractère sexuel », dans *Collection de droit 2019-2020*, vol. 1, *Éthique, déontologie et pratique professionnelle*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2019, p. 213-223.

25. *Code des professions*, art. 59.1.

26. Voir notamment le *Code de déontologie des médecins*, RLRQ, c. M-9, r. 17 et le *Code de déontologie des infirmières et infirmiers*, RLRQ, c. I-8, r. 9.

1.5 Sanction des violences sexuelles impliquant un professionnel

Les violences sexuelles peuvent être sanctionnées de deux façons : soit le professionnel a commis une infraction criminelle ou une infraction à une loi, soit il a commis des gestes qui pourront être qualifiés de « dérogatoires à la dignité de la profession ».

1.5.1 Les infractions criminelles

Le professionnel qui fait l'objet d'une poursuite intentée pour une infraction punissable d'au moins cinq ans d'emprisonnement pourrait voir son droit d'exercice suspendu ou limité provisoirement²⁷. La plupart des infractions d'ordre sexuel prévues au *Code criminel* entrent dans cette catégorie, telles que les contacts sexuels, l'exploitation sexuelle, la pornographie juvénile ainsi que les infractions de voies de fait comme les agressions sexuelles.

Le professionnel qui a été reconnu coupable d'une infraction criminelle, par exemple d'une infraction d'ordre sexuel ou d'une agression sexuelle, pourrait aussi être sanctionné par son ordre professionnel, incluant l'imposition de mesures provisoires par le Conseil d'administration de l'Ordre dans l'attente de la conclusion du processus disciplinaire²⁸.

Enfin, un professionnel reconnu coupable d'une infraction criminelle pourrait voir sa demande de candidature à l'exercice de la profession — inscription ou réinscription par exemple — compromise²⁹.

Dans tous les cas, il faut toutefois que soit établi le lien avec l'exercice de la profession³⁰.

Enfin, le conseil d'administration d'un ordre professionnel peut « transmettre au Directeur des poursuites criminelles et pénales une liste des infractions criminelles ou pénales suscep-

27. *Code des professions*, art. 122.0.1.

28. *Id.*, art. 55.1 et 149.1 al. 1 (1). Dans ce cas, l'infraction pour laquelle le professionnel a été reconnu coupable n'a pas à être punissable d'au moins cinq ans d'emprisonnement.

29. *Id.*, art. 45.

30. Cet élément est étudié plus en détail à la section 2.1.

tibles d'avoir un lien avec l'exercice de la profession pour lesquelles l'ordre souhaite être informé qu'une accusation criminelle ou pénale a été portée contre des membres »³¹, ce qui permet aux ordres d'être encore plus proactifs et d'agir rapidement.

Selon les informations publiées par le Directeur des poursuites criminelles et pénales, une telle entente existe pour les douze ordres professionnels listés³². Toutefois, le contenu de ces ententes n'est pas public et il n'est donc pas possible de savoir si les infractions d'ordre sexuel y sont incluses.

Au-delà de cette collaboration avec le DPCP, tout professionnel a désormais l'obligation d'aviser son ordre professionnel dans les dix jours qu'il fait ou a fait l'objet d'une décision judiciaire ou disciplinaire visée ou d'une poursuite pour une infraction punissable de cinq ans d'emprisonnement ou plus³³.

1.5.2 Les infractions à une loi

Le *Code des professions* confère des pouvoirs et des devoirs aux ordres professionnels lorsqu'un professionnel « a fait l'objet d'une décision rendue au Québec le déclarant coupable d'une infraction visée à l'article 188 ou d'une infraction à une disposition d'une loi du Québec ou d'une loi fédérale identifiée au Code de déontologie de l'ordre à cette fin »³⁴.

Comme nous le verrons plus loin, cette disposition pourrait être utilisée en cas de décisions d'instances civiles rendues en matière de harcèlement sexuel par exemple.

1.5.3 Les actes dérogatoires à la dignité de la profession

L'article 59.1 du *Code des professions* constitue la pierre angulaire des infractions disciplinaires à caractère sexuel :

« Constitue un acte dérogatoire à la dignité de sa profession le fait pour un professionnel, pendant la durée de la relation professionnelle

31. *Code des professions*, art. 55.5.

32. Voir la liste en ligne sur le site Web du Directeur des poursuites criminelles et pénales : <http://www.dpcp.gouv.qc.ca/ressources/pdf/envoi/REN-2.pdf>.

33. *Code des professions*, art. 59.3.

34. *Id.*, art. 45, 55.1, 149.1 et 188.

qui s'établit avec la personne à qui il fournit des services, d'abuser de cette relation pour avoir avec elle des relations sexuelles, de poser des gestes abusifs à caractère sexuel ou de tenir des propos abusifs à caractère sexuel. »

Vingt-deux (22) ordres professionnels ont incorporé un article calqué sur l'article 59.1 du *Code des professions* à leur code de déontologie³⁵. Cet article est toutefois limité aux relations entre un professionnel et une personne « à qui il fournit des services », donc des clients ou des patients. Il exclut en principe les comportements dérogatoires à l'encontre de collègues, d'employés, de stagiaires ou d'étudiants. Nous y reviendrons.

L'interdiction de relations sexuelles entre professionnels et clients est encadrée par la notion d'abus, ce qui rejoint à première vue le concept de violences sexuelles au sens large et qui permet d'aller au-delà des relations intimes en apparence consensuelle.

Il est en effet pertinent d'examiner la notion de consentement dans un contexte de relations professionnels-clients où les rapports d'autorité, de force et de dépendance peuvent miner la validité du consentement.

Pour déterminer s'il y a eu infraction à caractère sexuel dans un contexte de relations professionnelles, la jurisprudence a établi trois éléments à examiner :

« Des arrêts *Norberg c. Wynrib*, 1992 CanLII 65 (CSC), [1992] 2 R.C.S. 226, R. c. *Litchfield*, 1993 CanLII 44 (CSC), [1993] 4 R.C.S. 333, *St-Laurent c. Hétu*, (1994), 1993 CanLII 4380 (QC CA), R.J.Q. 69 (C.A.), se dégagent les principes suivants : le tribunal doit procéder à un examen attentif de la nature de la relation entre les parties afin de déterminer (1) l'existence d'une inégalité de rapport de force et de dépendance, (2) l'exploitation de cette inégalité, et (3) l'effet causal de cet exercice de l'autorité sur le consentement de la plaignante. »³⁶

La jurisprudence a également défini d'autres paramètres de cette infraction, à savoir que des relations, gestes ou propos abusifs

35. Jo-Anne DEMERS et Attieha R. CHAMAA, « Le harcèlement sexuel en milieu professionnel : y a-t-il lieu de s'inquiéter ? », dans S.F.C.B.Q., vol. 416, *Développements récents en déontologie, droit professionnel et disciplinaire*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2016, p. 171, à la page 219.

36. *Lapointe c. La Reine*, 2001 CanLII 39803 (QC C.A.), par. 16.

à caractère sexuel n'ont pas à se limiter à un lieu physique — par exemple le cabinet du professionnel — pour être déroatoires à la dignité de la profession et que cette obligation du professionnel envers les clients ou patients ne prend pas fin automatiquement avec la fin ponctuelle du service ou du mandat, mais peut perdurer des années après la fin de la relation professionnelle³⁷.

L'article qui suit dans le *Code des professions* est d'application plus générale et ne vise pas spécifiquement les infractions à caractère sexuel :

« 59.2. Nul professionnel ne peut poser un acte déroatoire à l'honneur ou à la dignité de sa profession ou à la discipline des membres de l'ordre ni exercer une profession, un métier, une industrie, un commerce, une charge ou une fonction qui est incompatible avec l'honneur, la dignité ou l'exercice de sa profession. »

Cette notion « d'honneur ou de dignité de la profession » se retrouve également dans différents codes de déontologie.

Comme nous le verrons plus loin, l'article 59.2 et d'autres dispositions des différents codes de déontologie pourront être utiles pour sanctionner des violences sexuelles lorsque les faits ne donnent pas ouverture à l'article 59.1, par exemple lorsque la situation vise des relations entre professionnels.

2. LES LIMITES DU DROIT PROFESSIONNEL ET DISCIPLINAIRE

Si les ordres professionnels disposent d'outils pour sanctionner les violences sexuelles, le cadre législatif et la procédure du droit disciplinaire posent cependant certaines limites. Nous exposerons ici les limites posées par le critère de l'exercice de la profession, le cadre des relations professionnelles, la réglementation limitée aux individus et les obstacles usuels à la dénonciation et à tout processus judiciairisé pour ce type d'infractions.

37. B. DESLANDES, préc., note 24. À titre d'exemple, une période de 24 mois a été fixée comme référence avant qu'il ne soit permis à un professionnel d'entamer une relation intime avec un ex-patient ou client, voir *Cadrin c. Psychologues (Ordre professionnel)*, 1997 CanLII 17354 (QC T.P.), conf. par *Cadrin c. Québec (Tribunal des professions)*, 1997 CanLII 8439 (QC C.S.).

2.1 Le lien avec l'exercice de la profession

Comme mentionné précédemment, les infractions à caractère sexuel peuvent être sanctionnées si le professionnel a commis une infraction criminelle. Toutefois, pour ce faire, le syndic ou le Conseil d'administration de l'Ordre doit être d'avis que les accusations ou les condamnations criminelles ont « un lien avec l'exercice de la profession »³⁸.

Ce critère est cohérent avec la fonction principale des ordres professionnels qui consiste à « assurer la protection du public », notamment en contrôlant l'exercice de la profession par leurs membres³⁹. Ce critère délimite en quelque sorte la juridiction d'un ordre professionnel au sens large, soit le champ d'action à l'intérieur duquel un ordre contrôle la compétence et la probité de ses membres. Un professionnel qui commet un acte criminel ou une faute civile pourra toujours faire l'objet d'une accusation criminelle ou pénale ou être autrement poursuivi en justice civile ou administrative, par exemple en droit du travail.

Ce n'est que lorsque l'infraction reprochée a un lien avec l'exercice de la profession que l'ordre professionnel devra agir afin d'assurer la protection du public.

En contexte de violences sexuelles, l'on pourrait croire à première vue que le lien avec l'exercice de la profession est plus évident pour les professions liées aux soins, vu la proximité physique et l'état de vulnérabilité des patients qui reçoivent des soins d'un professionnel de la santé.

C'est d'ailleurs un élément qui avait été retenu dans la récente décision *Avocats (Ordre professionnel) c. Thivierge* dans laquelle un avocat avait plaidé coupable à quatre chefs d'accusation à caractère sexuel sur une mineure et avait reçu une sentence de trois ans d'emprisonnement⁴⁰.

La question du lien avec l'exercice de la profession était au cœur de l'affaire, alors que la victime, qui avait un lien familial avec l'avocat, n'était pas une cliente de ce dernier ni du cabinet

38. *Code des professions*, art. 55,1, 122.0.1 et 149.

39. *Id.*, art. 23.

40. *Avocats (Ordre professionnel) c. Thivierge*, 2018 QCTP 23.

et n'avait aucun lien avec la clientèle de gens d'affaires desservie par l'avocat qui exerçait en droit commercial.

Le Conseil de discipline du Barreau du Québec avait conclu à l'absence de lien avec l'exercice de la profession, à la suite d'une analyse limitée uniquement à la pratique du professionnel au moment des événements. Un des éléments retenus par le Conseil était le suivant :

« Il [le Conseil de discipline] ajoute que contrairement au médecin, à l'infirmier ou autre professionnel de la santé, l'avocat n'a pas à poser des gestes de nature intime dans le cadre de sa profession et il n'a pas à composer avec le même type de clientèle dont la vulnérabilité n'est définitivement pas du même ordre. »⁴¹

En appel de cette décision, le Tribunal des professions fait une revue complète du critère du lien. Sur la question de la nature de la profession, le Tribunal rappelle qu'il faut plutôt examiner l'affaire sous l'angle des qualités essentielles d'une profession donnée.

Par exemple, un infirmier reconnu coupable de vols qualifiés commis dans la sphère de sa vie privée avait néanmoins été sanctionné par son ordre professionnel :

« [...] le vol qualifié constitue une infraction violente qui contredit l'essence de la profession d'infirmier. Son comportement fait douter qu'il possède les qualités requises par sa profession telles que la compassion, la sollicitude et l'empathie. »⁴²

Dans le même ordre d'idées, un comptable, reconnu coupable de fraude à l'égard d'une institution financière avec laquelle il n'était pas en relation professionnelle, a aussi été condamné par son ordre professionnel sur la base des qualités essentielles pour exercer cette profession :

« [...] l'une des fonctions importantes de la profession de comptable est d'attester la conformité ou certifier des informations financières, des politiques, procédures, processus et contrôles liés à la gouvernance, à la stratégie et à la gestion des risques. Force est de conclure

41. *Id.*, par. 34.

42. *David c. Infirmières et infirmiers (Ordre professionnel)*, 1998 QCTP 1600, p. 7.

que l'honnêteté, l'intégrité, la sincérité et la probité sont des qualités essentielles pour exercer la profession de comptable. »⁴³

En regard de la profession d'avocat, le Tribunal en vient à la conclusion qu'il y a bel et bien un lien dans l'affaire Thivierge :

« [91] La profession d'avocat implique donc des exigences plus importantes que d'autres en regard de la défense et de la promotion des droits et libertés et ainsi, le lien entre la commission d'infractions criminelles et l'exercice de cette profession est plus facilement repérable.

[...]

[99] Non seulement le comportement d'un avocat en exercice doit-il refléter le respect des lois et du système juridique, mais aussi, au premier plan, le respect des droits fondamentaux de la personne. Or, la perception du public à cet égard est fondamentale.

[100] Les infractions criminelles dont le professionnel a été reconnu coupable sont en lien avec l'exercice de la profession d'avocat. En effet, leur gravité intrinsèque de même que les circonstances de leur perpétration, de façon répétée et sur une longue période, majorées au contexte d'abus de confiance envers la victime mineure constituent une atteinte grave aux droits de la personnalité. Il s'agit d'autant d'éléments en contradiction avec le rôle de l'avocat/auxiliaire de justice dans la société. Cela est d'autant plus vrai aujourd'hui. »

Le Tribunal écarte aussi toute tentative de se réfugier derrière la notion de « vie privée » du professionnel :

« [...] il y a lieu de conclure que les actes de la vie privée d'un avocat ou de tout autre professionnel peuvent être liés à sa vie professionnelle. La jurisprudence du Tribunal des professions est sans équivoque. »

En conclusion, de façon générale, le Tribunal rappelle la démarche globale à utiliser pour établir l'existence d'un tel lien :

« [79] On retient aussi de cette jurisprudence que la première étape visant à déterminer l'existence d'un lien entre la commission d'infractions criminelles et l'exercice d'une profession consiste

43. *Théroux c. Comptables professionnels agréés (Ordre des)*, 2015 QCTP 18, par. 44.

à examiner la nature des infractions dont le professionnel a été reconnu coupable, leur gravité de même que les circonstances entourant leur commission, et ce, en relation avec les qualités essentielles à l'exercice de cette profession. Si le Conseil [de discipline] conclut à l'absence de lien, l'exercice s'arrête à cette première étape.

[80] Si le Conseil conclut à l'existence d'un lien entre la commission des infractions criminelles et l'exercice de la profession visée, il y a alors lieu d'aborder la seconde étape de l'exercice prévu aux articles 55.1 et 149.1 C. prof. À cette deuxième étape, le décideur prend en compte la pratique spécifique du professionnel visé afin de décider s'il est opportun d'imposer des sanctions et, le cas échéant, lesquelles. »

Aussi intéressante soit-elle, l'affaire *Thivierge* a cependant été rendue dans une situation où un professionnel a été reconnu coupable d'une infraction criminelle. Quand les violences sexuelles exercées par un professionnel n'ont pas fait l'objet d'accusations ou de décisions judiciaires le visant directement, la situation est différente.

2.1.1 Autres violences sexuelles

Le *Code des professions* confère des pouvoirs et des devoirs aux ordres professionnels lorsqu'un professionnel « a fait l'objet d'une décision rendue au Québec le déclarant coupable d'une infraction visée à l'article 188 ou d'une infraction à une disposition d'une loi du Québec ou d'une loi fédérale identifiée au Code de déontologie de l'ordre à cette fin »⁴⁴.

Un professionnel qui aurait fait du harcèlement sexuel en milieu de travail serait-il visé par ces dispositions spécifiques ? Tout dépend du recours utilisé.

En droit du travail, c'est l'employeur qui a la responsabilité d'assurer un milieu de travail exempt de harcèlement⁴⁵. Conséquemment, même dans le cas où une décision judiciaire conclurait à du harcèlement sexuel commis par un professionnel dans le milieu de travail, seul l'employeur serait tenu responsable et

44. *Code des professions*, art. 45, 55.1, 149.1 et 188.

45. *Loi sur les normes du travail*, art. 81.19.

pourrait devoir prendre des mesures, telles que la réintégration du salarié ou le versement d'une indemnité.

Un professionnel condamné pour harcèlement sexuel en vertu d'une loi qui prévoit qu'une telle conduite constitue une infraction pourrait tomber sous le coup de cette disposition. C'est le cas de la *Charte des droits et libertés de la personne* qui interdit le harcèlement, notamment sexuel, et qui prévoit qu'une contravention à cette interdiction constitue une infraction⁴⁶.

Notons que les infractions en vertu de la *Charte des droits et libertés de la personne* pour harcèlement sexuel pourraient possiblement augmenter dans les années à venir. De fait, le 20 juin 2019, la Commission des normes, de l'équité, de la santé et de la sécurité du travail (la « CNESST ») et la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (la « CDPDJ ») ont conclu une entente de collaboration en matière de discrimination et de harcèlement en emploi⁴⁷ par laquelle elles s'engagent notamment à informer les plaignants de leurs recours possibles à l'autre organisme. Si une salariée qui fait l'objet de harcèlement sexuel avait davantage le réflexe de porter plainte à la CNESST, dorénavant, avec cette entente, les probabilités qu'elle dépose également une plainte à la CDPDJ en vertu de la *Charte des droits et libertés de la personne* sont plus grandes.

L'obtention de décisions judiciaires à l'encontre d'un professionnel n'est toutefois pas la seule avenue possible. Ainsi, les violences sexuelles qui n'ont pas fait l'objet ou qui ne peuvent faire l'objet d'accusations ou de condamnations criminelles ou d'une infraction à une loi devront plutôt être sanctionnées en utilisant les articles 59.1 et 59.2 du *Code des professions* ou les dispositions pertinentes des codes de déontologie.

Le lien avec l'exercice de la profession devra être établi.

Dans l'affaire *Thivierge* précitée, le Conseil de discipline résume la situation ainsi :

46. *Charte des droits et libertés de la personne*, art. 10.1 et 134.1.

47. Cette entente est disponible en ligne : http://www.cdpcj.qc.ca/Publications/entente_CNESST-CDPCJ_harcelement.pdf.

« [213] Or, la notion d'honneur et de dignité de la profession n'est pas un critère à considérer dans l'application de l'article 149.1 du Code.

[214] Cependant, le syndic adjoint plaignant a tout de même mentionné dans le libellé de sa plainte que les infractions criminelles pour lesquelles l'intimé a été trouvé coupable constituaient des actes dérogoratoires à l'honneur et à la dignité de la profession.

[215] Pour cette raison, le Conseil juge pertinent de préciser que pour qu'un acte soit dérogoratoire à l'honneur et à la dignité de la profession, encore faut-il qu'il ait un lien avec l'exercice de la profession.

[...]

[217] Ainsi, ayant conclu à l'absence de lien entre les infractions criminelles et la profession de l'intimé, le Conseil ne peut conclure que ces condamnations portent atteinte à l'honneur et à la dignité de la profession. » [Nous soulignons]

L'analyse du critère du lien peut différer lorsqu'on utilise l'article 59.1, les termes « pendant la durée de la relation professionnelle » et « abuser de cette relation pour avoir avec elle des relations sexuelles, de poser des gestes abusifs à caractère sexuel ou de tenir des propos abusifs à caractère sexuel » ayant fait l'objet d'une abondante jurisprudence.

Pour conclure sur ce point, les pouvoirs d'un ordre professionnel pour sanctionner des violences sexuelles commises par un professionnel seront toujours circonscrits par le critère du lien avec l'exercice de la profession. Nous estimons que le récent arrêt *Thivierge* du Tribunal des professions a non seulement clarifié, mais également élargi le champ d'action des ordres professionnels en rappelant d'une part que les actes commis dans la sphère privée ne sont pas nécessairement sans lien avec l'exercice de la profession et, d'autre part, que le test du lien doit être axé sur les qualités essentielles d'une profession donnée.

Les limites existantes semblent donc davantage liées à la nature des violences sexuelles en cause, quand ces dernières relèvent du harcèlement sexuel plutôt que d'infractions criminelles ou d'infractions pour lesquelles un professionnel pourrait être

reconnu coupable ou responsable personnellement. Cependant, les ordres professionnels disposent d'outils spécifiques pour agir de façon proactive, sans devoir attendre d'éventuelles décisions judiciaires ou en l'absence de telles décisions. Il nous apparaît que les ordres professionnels ont tous les outils pour agir lorsqu'un professionnel commet des violences sexuelles et le critère du lien ne devrait pas restreindre indûment l'action des ordres professionnels, particulièrement depuis l'arrêt *Thivierge*.

2.2 Les relations entre professionnels

Comme nous l'avons vu, l'article 59.1 du *Code des professions* limite les comportements prohibés à « la personne à qui il [le professionnel] fournit des services ».

Les personnes visées ici sont les bénéficiaires des services du professionnel, soit au premier chef, les clients ou les patients. Or, la jurisprudence a précisé que la « personne » visée dans l'article 59.1 pouvait aussi comprendre le représentant légal d'un client ou d'un patient, quand ce dernier est mineur, par exemple⁴⁸.

Une seule décision a élargi la portée de l'article 59.1 à la relation du professionnel avec sa stagiaire⁴⁹. Dans cette affaire, le Conseil de discipline de l'Ordre des architectes a reconnu l'intimé coupable « d'avoir tenu des propos abusifs à caractère sexuel » envers sa stagiaire, sans plus d'explications quant à la raison de l'inclusion d'une stagiaire dans la définition d'une « personne à qui il fournit des services ».

Il nous apparaît difficile de tenter d'élargir la portée de l'article 59.1 aux relations entre collègues ou confrères et consœurs.

Comme nous l'avons vu, d'autres outils sont à la portée des ordres professionnels pour agir lors de violences sexuelles commises par des professionnels hors du cadre de la prestation de services à un client ou un patient :

48. *Laprise c. Optométristes*, 2004 QCTP 9.

49. *Architectes (Ordre professionnel des) c. Ruest*, 2011 CanLII 97300 (QC O.A.R.Q.).

- L'article 59.2 du *Code des professions* ou les articles équivalents dans les codes de déontologie (« actes dérogoatoires à la dignité de la profession ») ;
- Infraction criminelle ;
- Infraction à une loi.

Certaines formes de violences sexuelles, et particulièrement le harcèlement sexuel, sont davantage susceptibles de se produire dans des contextes de proximité constante, par exemple en milieu de travail ou dans des lieux où les professionnels, sans être nécessairement des collègues employés par un même employeur, sont appelés à se croiser fréquemment (palais de justice pour les avocats, hôpitaux pour les professionnels de la santé, etc.)

Dans ces contextes, est-ce que les ordres professionnels doivent agir ? Le cas échéant, ont-ils les outils pour ce faire ?

Dans l'affaire *Barreau du Québec (syndic adjoint) c. Roy*⁵⁰, le Conseil de discipline du Barreau du Québec a reconnu un avocat coupable de harcèlement sexuel envers des consœurs avocates :

« [...] la preuve révèle qu'il a harcelé sexuellement ses victimes en les sollicitant de façon régulière, répétée et souvent agressive afin d'avoir des relations sexuelles avec celles-ci.

[21] Pendant toute la période indiquée dans le libellé des chefs d'infraction, l'intimé a sollicité ses victimes tantôt par messages textes ou courriels, verbalement au téléphone ou directement en personne à l'occasion de rencontres au Palais de justice.

[...]

[24] La preuve a révélé que ses victimes ont toujours refusé systématiquement ses avances non sans éprouver un inconfort sérieux en raison des avances elles-mêmes, mais aussi en raison du fait qu'elles s'inscrivaient dans le cadre des relations de l'intimé à titre de procureur de la Couronne et de ses consœurs représentant leurs clients ». [Nous soulignons]

50. 2013 QCCDBQ 44.

Le chef d'infraction sous lequel cet avocat a été reconnu coupable est une ancienne disposition du *Code de déontologie des avocats*⁵¹ qui stipulait nommément que le harcèlement sexuel « à l'occasion de l'exercice » de la profession est un acte dérogatoire à la dignité de la profession.

Le lien avec l'exercice de la profession a été établi tant pour les gestes commis au palais de justice que pour ceux relevant davantage du cyberharcèlement (messages textes, courriels). De plus, le professionnel harceleur et ses victimes travaillaient dans des dossiers communs, où ils étaient des parties adverses.

Qu'en est-il des situations où le harcèlement, ou une autre violence sexuelle, entre collègues n'a aucun lien avec les dossiers professionnels ?

Dans deux affaires, des avocats ont été reconnus coupables d'avoir enfreint l'obligation de « modération, dignité et honneur » pour avoir tenu à une seule occasion des propos à caractère sexuel à des consœurs, des propos qu'ils qualifiaient de « blagues »⁵². Dans les deux cas, l'avocat n'avait pas de dossier commun avec l'avocate victime au moment des faits et les propos reprochés ont été prononcés soit dans un ascenseur d'hôtel lors d'une journée de formation ou dans la salle réservée aux avocats dans un palais de justice.

L'affaire *Laflamme* fait ressortir les difficultés inhérentes à ce type de dossiers en matière d'administration de la preuve. Dans cette affaire, il y avait eu des témoins des gestes reprochés à l'avocat, mais tous ne pouvaient affirmer avoir vu ou entendu les actes racontés par la plaignante et tous ne donnaient pas la même interprétation aux événements. Ces difficultés inhérentes à l'administration d'une preuve basée sur des témoignages ne devraient pas empêcher les ordres professionnels d'agir.

51. RLRQ, c. B-3, r. 1 : « 4.02.01 En outre des actes dérogatoires mentionnés aux articles 57, 58, 59.1 et ceux qui peuvent être déterminés en application du deuxième alinéa de l'article 152 du *Code des professions* (chapitre C-26), est dérogatoire à la dignité de la profession le fait pour un avocat : [...] y) de harceler sexuellement toute personne à l'occasion de l'exercice de sa profession ; [...] ».

52. *Barreau du Québec (syndic adjoint) c. Laflamme*, 2014 QCCDBQ 78 et *Barreau du Québec (syndic adjoint) c. Parent*, 2018 QCCDBQ 45.

2.2.1 L'obligation d'informer le Syndic⁵³

Les violences sexuelles, incluant celles commises en milieu de travail, sont en général peu signalées aux instances. Ainsi, outre les cas où la victime elle-même contacte l'ordre professionnel, qu'une situation soit autrement connue du Syndic⁵⁴ ou que le professionnel doive informer lui-même son ordre de certaines situations le concernant⁵⁵, il faut s'en remettre à l'obligation d'informer le Syndic imposée aux professionnels :

« 87. Le Conseil d'administration doit adopter, par règlement, un code de déontologie imposant au professionnel des devoirs d'ordre général et particulier envers le public, ses clients et sa profession, notamment celui de s'acquitter de ses obligations professionnelles avec intégrité. Ce code doit contenir, entre autres :

[...]

1.2° des dispositions obligeant le membre d'un ordre à informer le syndic lorsqu'il a des raisons de croire qu'une situation susceptible de porter atteinte à la compétence ou à l'intégrité d'un autre membre de l'ordre survient ; [...] »

Cette obligation soulève quatre questions particulièrement pertinentes en matière de violences sexuelles :

- Cette obligation s'applique-t-elle au professionnel lui-même victime de violences sexuelles ?
- L'identité de l'informateur peut-elle être protégée ?
- Dans quelle mesure le secret professionnel ou le devoir de confidentialité peut-il restreindre cette obligation ?

53. Pour une revue complète de la question, voir le texte de Jean-Michel MONTBRIAND, « L'obligation des membres d'un ordre professionnel de dénoncer le comportement dérogatoire d'un autre membre », dans S.F.C.B.Q., vol. 458, *Développements récents en déontologie, droit professionnel et disciplinaire*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2019, p. 169.

54. Par exemple, à la suite des informations diffusées dans les médias.

55. Notamment s'il fait l'objet d'une accusation ou d'une décision en matière criminelle.

- Quelle est l'étendue de cette obligation pour un professionnel employeur ?

Tout d'abord, rien dans cette disposition n'exclut le professionnel qui est directement concerné par cette obligation. En théorie donc, une professionnelle victime de harcèlement sexuel commis par un autre professionnel et qui voudrait en informer le Syndic pourrait craindre de se faire reprocher d'avoir manqué à son obligation de dénoncer ces gestes plus tôt ou d'autres gestes semblables commis antérieurement. Comme une juriste américaine le soulignait à propos d'une règle semblable :

« Though Rule 8.3 [ABA Model Rule] has never been applied to an attorney for failure to report that he or she was assaulted, the applicability of Rule 8.3 to victims, even if in concept but not in practice, adds insult to injury. »⁵⁶

C'est pourquoi elle préconise de prévoir une exception à cette obligation pour le professionnel victime du comportement reproché, arguant qu'une telle exception ne minerait pas le principe d'autoréglementation de la profession. Le rapport du Barreau de Nouvelle-Zélande recommande également de prévoir spécifiquement cette exception⁵⁷.

Concernant la protection de l'identité des informateurs, sujet particulièrement sensible si les violences sexuelles ont lieu en milieu de travail, la jurisprudence a confirmé les pouvoirs des conseils de discipline d'accorder cette protection, notamment « lorsqu'ils ne sont pas reliés aux événements reprochés, ni témoins »⁵⁸.

La question du secret professionnel se pose si l'information a été obtenue d'un client ou dans un contexte d'application du secret professionnel, telle qu'une consultation d'un collègue professionnel. L'article 87(1.2) du *Code des professions* n'exige pas l'autorisation du client ou la levée du secret professionnel ni ne subordonne

56. Katherine YON EBRIGHT, « Taking #MeToo Seriously in the Legal Profession », (2019) 32-1 *Georgetown Journal of Legal Ethics* 57, 75.

57. NEW ZEALAND LAW SOCIETY WORKING GROUP, préc., note 12, p. 47.

58. *Collège des Médecins du Québec c. Chénier*, 1996 CanLII 12144 (QC T.P.), par. 12.

cette obligation au devoir de confidentialité, mais certains codes de déontologie prévoient nommément ces exceptions⁵⁹.

La notion de « devoir de confidentialité » étant plus large que le secret professionnel, il y a là potentiellement une limite encore plus grande à l'obligation de dénonciation⁶⁰.

Toutefois, ces limites sont circonscrites aux informations obtenues d'un client ou dans un contexte de devoir de confidentialité envers un « client ». Ainsi, un professionnel qui reçoit une confiance d'un pair, sans déclencher une situation de secret professionnel ou de relation professionnelle, aurait l'obligation d'en informer le Syndic.

Enfin, dans l'état actuel de la législation au Québec, l'obligation d'information qui incombe à un professionnel en sa qualité d'employeur n'est pas plus grande que celle du professionnel qui n'est pas en position d'autorité, outre peut-être le cas où une information lui a été rapportée par un subordonné :

« Le supérieur d'un professionnel, qui est lui-même membre du même ordre, devient alors tout aussi obligé de dénoncer lorsque son subordonné l'informe de la commission d'un acte dérogatoire par un collègue.

On pourrait aisément soutenir que le supérieur placé dans une telle situation et qui ne dénonce pas lui-même se trouve à commettre une infraction encore plus sérieuse. »⁶¹

Les violences sexuelles en milieu de travail sont susceptibles d'être portées à l'attention d'un professionnel employeur, surtout s'il s'ensuit des plaintes et des mesures disciplinaires internes. À titre de mesure pour lutter contre ce phénomène en milieu de travail, le Barreau de Nouvelle-Zélande préconise d'ajouter l'obligation pour un avocat « responsible for a practice » de signaler non seulement le comportement dérogatoire, mais aussi toute plainte

59. J.-M. MONTBRIAND, préc., note 53, p. 243 à 250. L'auteur remet en question la légalité ou le caractère potentiellement *ultra vires* de ces dispositions dans les codes de déontologie qui vont au-delà des obligations contenues au *Code des professions*.

60. Voir par exemple le *Code de déontologie des avocats* : « 60. L'avocat assure la confidentialité de tous les renseignements relatifs aux affaires et activités d'un client qui sont portés à sa connaissance à l'occasion de la relation professionnelle. »

61. J.-M. MONTBRIAND, préc., note 53, p. 295.

ou mesure disciplinaire, tout congédiement ou toute allégation liés, entre autres, à du harcèlement sexuel dont ont fait l'objet leurs avocats :

- « • report any personal grievance or employment-related complaint relating to sexual harassment, bullying, discrimination or other unacceptable conduct in the workplace which results in an adverse finding against a lawyer ;
- report the dismissal of any lawyer, employee or principal of a firm for sexual violence or harassment, bullying, discrimination or other unacceptable conduct in the workplace ;
- report, if within 12 months preceding a lawyer, employee or principal's resignation, there has been an allegation of sexual violence or harassment, bullying or discrimination. »

En principe, les comportements visés et qui sont à l'origine des mesures disciplinaires d'un employeur devraient avoir été portées à l'attention du Syndic, indépendamment des plaintes ou des mesures internes, ces dernières devenant plutôt des éléments déclencheurs pour une dénonciation automatique.

Toutefois, le fait d'obliger nommément les professionnels employeurs à informer le Syndic dès lors qu'ils sévissent contre un professionnel envoie un signal clair aux employeurs que ce type de comportement ne doit pas être traité uniquement comme un « in-house employment issue ».

À notre avis, cet ajout risque toutefois de créer une confusion quant au délai à l'intérieur duquel un professionnel employeur doit informer le Syndic : doit-il attendre qu'une plainte ait été retenue contre son employé ou qu'il ait fait l'objet d'une mesure disciplinaire ? Le Code des professions et la majorité des codes de déontologie sont silencieux quant au délai dans lequel un professionnel doit informer le syndic. Dans ce contexte, M^e Jean-Michel Montbriand préconise « *une norme qui s'assimilerait à celle d'un délai raisonnable afin que le moment de la dénonciation puisse permettre "l'accomplissement de son objet", c'est-à-dire la détection / dénonciation des actes dérogatoires aux fins de la protection du public* »⁶².

62. J.-M. MONTBRIAND, préc., note 53, p. 242.

Au final, si l'option d'ajouter des situations qui déclenchent expressément l'obligation d'information pour les professionnels employeurs peut être considérée, il convient de préciser qu'ils doivent toujours informer le Syndic dans les meilleurs délais, soit idéalement en amont des procédures disciplinaires internes.

2.3 La responsabilité de l'employeur vs la réglementation des individus

Les professionnels dispensent leurs services dans une multitude de contextes : à titre de salarié, de gestionnaire ou de travailleur autonome, en solo, au sein d'un cabinet de professionnels, en entreprise ou dans la fonction publique. En principe, leurs obligations et leurs devoirs déontologiques sont les mêmes, peu importe le contexte dans lequel ils dispensent leurs services :

« 2. Le présent code s'applique à tout avocat, quel que soit le mode d'exercice de ses activités professionnelles. [...]

Il s'applique en sus de toute autre règle déontologique liée à l'exercice, par l'avocat, de toute autre activité, notamment dans le cadre d'un emploi, d'une fonction, d'une charge ou de l'exploitation d'une entreprise.

[...] »

Les obligations déontologiques peuvent même s'étendre au-delà des services professionnels réglementés :

« 11. Lorsque l'avocat exerce des activités qui ne sont pas liées à la profession d'avocat, notamment dans le cadre d'un emploi, d'une fonction, d'une charge ou de l'exploitation d'une entreprise :

1° il s'assure que l'exercice de ces activités ne compromette pas le respect du présent code ;

2° il évite de créer ou de laisser perdurer toute ambiguïté sur la qualité en vertu de laquelle il agit. »

De plus, un professionnel qui exerce une autorité sur un autre professionnel peut se voir imposer une obligation supplémentaire :

« 6. L'avocat qui exerce une autorité sur un autre avocat s'assure que le cadre dans lequel ce dernier exerce ses activités professionnelles lui permet de respecter ses obligations professionnelles. »

S'il est clair que les professionnels doivent respecter leurs obligations déontologiques dans leur milieu de travail, des difficultés se posent dès lors que l'on tente d'enrayer les violences sexuelles en milieu de travail. En effet, bien que les violences soient commises par des individus, elles s'inscrivent bien souvent dans une dynamique organisationnelle, où elles peuvent être soit ignorées, tolérées ou même encouragées par un milieu devenu malsain ou par des gestionnaires laxistes.

Or, les ordres professionnels réglementent en principe leurs membres à titre individuel, et non à titre d'entité, si ce n'est que pour des éléments périphériques, tels que la tenue de dossiers, la publicité ou les formes juridiques permises (sociétés de personnes, sociétés par actions).

Ainsi, le champ d'action des ordres professionnels est circonscrit aux gestes, propos ou comportements du professionnel et non de son organisation et les remèdes possibles excluent *a priori* des mesures organisationnelles, comme l'imposition de formations ou de politiques. Comme nous le verrons, ces mesures pourraient toutefois être possibles en contexte de conciliation.

Bien sûr, d'aucuns pourront soulever que d'autres lois viennent s'attaquer à ces phénomènes, principalement la *Loi sur les normes du travail* ou le *Code canadien du travail*.

Rappelons toutefois que ces lois se limitent aux « salariés », incluant les « cadres supérieurs » en matière de protection contre le harcèlement. Corollairement, ces lois n'offrent pas de protection aux professionnels ou autres employés qui n'auraient pas le statut de « salarié », les travailleurs autonomes au premier chef.

Pour ces derniers, les recours possibles, s'ils sont victimes de violences sexuelles, sont soit la police si les gestes peuvent être qualifiés d'actes criminels, la CDPDJ s'il s'agit de harcèlement discriminatoire, un recours au civil ou... l'ordre professionnel.

La demande d'enquête ou la plainte formulée par une personne à l'encontre d'un professionnel et l'imposition de sanctions visant ce professionnel est la dynamique propre au système professionnel. Cette dynamique est mal adaptée aux enjeux systémiques en milieu de travail, qui inclut la présence de harcèlement sexuel à plus large échelle, et demeure davantage réactive que proactive. La réglementation professionnelle actuelle, qui met l'accent uniquement sur les comportements individuels, demeure donc limitée pour contrer efficacement certaines formes de violences sexuelles en milieu organisationnel.

Pour contrer ces inconvénients, la réglementation par entités adoptée par certains barreaux pourrait s'avérer une avenue prometteuse⁶³.

2.3.1 Les accords de non-divulgence en milieu de travail

En matière de harcèlement sexuel en milieu de travail, les accords de non-divulgence qui peuvent être conclus font obstacle au travail des ordres professionnels. Ces accords consistent pour un employeur à obtenir l'engagement des parties, impliquées dans un conflit, de protéger des informations afin qu'elles demeurent confidentielles et d'empêcher l'exercice d'autres recours. Si ce type d'accords peut être pertinent pour protéger des informations commerciales sensibles, leur utilisation pour empêcher la dénonciation de comportements potentiellement criminels ou dérogatoires à la dignité de la profession est problématique et devrait être interdite.

En Angleterre et au Pays de Galles, l'organisme de réglementation de la profession juridique a dû diffuser l'an dernier un avis à ses membres pour les rappeler à l'ordre sur ce point⁶⁴.

Au Québec, aucune donnée n'est disponible pour juger si ce phénomène est répandu. Il pourrait toutefois s'avérer pertinent de faire un rappel ou une mise au point aux professionnels à ce sujet.

63. Voir section 3.3.

64. SOLICITORS REGULATION AUTHORITY, *Confidentiality clauses: measures to prevent misuse in situations of workplace harassment or discrimination*, en ligne : <https://www.sra.org.uk/sra/consultations/consultation-responses/confidentiality-clauses/>.

2.4 Le traitement des plaintes disciplinaires : obstacles à la dénonciation, à la conciliation et à la preuve

Si les ordres professionnels possèdent à première vue les outils nécessaires pour sanctionner les violences sexuelles, il est permis de croire que ces situations sont peu signalées aux ordres.

L'ampleur des dossiers disciplinaires concernant des infractions à caractère sexuel varie d'un ordre professionnel à l'autre. Selon une compilation du Bureau du syndic du Collège des médecins⁶⁵, entre 2005 et 2013, 84 plaintes d'inconduite de nature sexuelle ont été portées par 12 ordres professionnels, les médecins en tête de liste, suivis des psychologues, infirmières et infirmiers, physiothérapeutes et autres professionnels du domaine de la santé, une plainte visant un architecte et trois visant des conseillers d'orientation.

Corollairement, aucune décision n'a été rendue en matière d'inconduite sexuelle par les conseils de discipline de 32 des 44 ordres professionnels au Québec⁶⁶.

Au Barreau du Québec, parmi les 46 plaintes déposées en 2018-2019 au Conseil de discipline par le Syndic, aucune ne contenait un chef d'infraction d'« Actes dérogatoires à l'honneur et à la dignité de la profession à caractère sexuel (art. 59.1 ou au code de déontologie des membres de l'ordre professionnel) »⁶⁷.

Si le nombre de plaintes disciplinaires déposées pour les infractions à caractère sexuel semble faible, il nous est difficile de juger de l'ampleur du phénomène en l'absence de données sur les signalements ou les demandes d'enquêtes pour ce type d'infractions, des étapes en amont du dépôt de plaintes.

En effet, la réglementation actuelle n'oblige pas les ordres professionnels à divulguer cette information dans leurs rapports

65. COLLÈGE DES MÉDECINS, « L'inconduite de nature sexuelle. Où en sommes-nous ? Portrait de la situation », (2013) 53-4 *Revue Le Collège*, en ligne : <http://www.cmq.org/pdf/articles/article-inconduite-sexuelle-automne2013.pdf>.

66. On compte aujourd'hui 46 ordres professionnels.

67. BARREAU DU QUÉBEC, *Rapport annuel 2018-2019*, p. 40, 46 et 47, en ligne : <https://www.barreau.qc.ca/media/1885/2018-2019-rapport-annuel.pdf>.

annuels, ni même la nature des plaintes déposées et les chefs d'infraction⁶⁸. Certains ordres divulguent cette information sur une base volontaire ou alors, les données sur la nature des plaintes déposées doivent faire l'objet d'une recherche jurisprudentielle.

Concernant les violences sexuelles entre professionnels, encore une fois, la qualité des plaignants n'est pas une information à déclaration obligatoire et il est donc difficile de circonscrire le phénomène en l'absence de sources fiables.

Certains ordres publient néanmoins cette information. Ainsi, au Barreau du Québec, il appert que ce sont majoritairement des « membres du public » et non des membres de l'ordre qui contactent l'ordre pour faire un signalement ou formuler une demande d'enquête⁶⁹, une situation normale et souhaitable considérant la fonction principale des ordres professionnels.

Toutefois, au-delà du nombre, il est difficile d'obtenir des données sur la nature des demandes d'enquêtes faites par des membres de l'ordre, à moins que cette demande ne se soit soldée en plainte portée au Conseil de discipline ou en plainte privée.

Malgré les lacunes dans les données disponibles, nous estimons qu'il est probable que les violences sexuelles commises par des professionnels — et qui n'ont pas fait l'objet d'accusations ou de condamnations criminelles — ne soient pas suffisamment signalées aux ordres.

Au soutien de cette prétention, nous faisons appel aux données semblables concernant les violences sexuelles en matière criminelle.

En matière d'agressions sexuelles, on estime qu'à peine 5 % des agressions sont déclarées à la police⁷⁰. Plusieurs raisons sont

68. *Règlement sur le rapport annuel d'un ordre professionnel*, RLRQ, c. C-26, r. 8, art. 15.

69. À titre d'exemple, au Barreau du Québec, pour l'année 2018-2019, 1 878 demandes d'enquêtes ont été formulées par des membres du public et 293 par des membres de l'Ordre. Au total, les demandes d'enquête formulées par un membre de l'Ordre représentaient 13 % de l'ensemble des demandes d'enquêtes.

70. STATISTIQUE CANADA, *La victimisation criminelle au Canada*, 2014, en ligne : <https://www150.statcan.gc.ca/n1/pub/85-002-x/2015001/article/14241-fra.htm>. Ce rapport est issu d'une enquête dans laquelle « agression sexuelle » est définie

mentionnées par les victimes pour expliquer pourquoi elles n'ont pas dénoncé le crime, soit :

- la croyance que la police n'aurait pas jugé l'incident assez important ;
- le manque de preuve ;
- la peur ou le fait de ne pas vouloir être embêtée par le processus judiciaire ;
- la volonté que personne d'autre ne soit au courant ;
- par souci de ne pas vouloir couvrir de honte ou déshonorer leur famille.

En 2017, une enquête menée par le *Globe and Mail* sur des données provenant de plus de 870 corps de police au Canada expose qu'une allégation d'agression sexuelle sur cinq (19,39 %) au Canada est rejetée et déclarée sans fondement (« unfounded »), une statistique près de deux fois plus élevée que celle des agressions physiques (10,84 %) et nettement plus élevée que celle des autres types de crime.

Pourtant, contrairement à une croyance populaire, des études ont démontré que les fausses déclarations en matière d'agressions sexuelles ne représentent que 2 % à 8 % des dénonciations⁷¹.

Enfin, au-delà de la dénonciation, très peu de cas se soldent par une condamnation : en 2014, 3 agressions sexuelles déclarées sur 1 000 se sont soldées par une condamnation de l'accusé⁷².

Tous ces éléments concordent malheureusement à miner la confiance des gens dans le système judiciaire et n'encouragent pas

comme étant « Activité sexuelle forcée, tentative d'activité sexuelle forcée, attouchements sexuels, agrippement, baisers ou caresses non désirés, relation sexuelle sans être en mesure de consentir ».

71. THE GLOBE AND MAIL, « Unfounded: Why Police Dismiss 1 in 5 Sexual Assault Claims as Baseless », en ligne : <https://www.theglobeandmail.com/news/investigations/unfounded-sexual-assault-canada-main/article33891309/>.

72. Données tirées de Statistique Canada et publiées dans L'ACTUALITÉ, « 3 agressions sexuelles déclarées sur 1 000 se soldent par une condamnation. Pourquoi ? », 19 octobre 2017, en ligne : <https://lactualite.com/societe/3-agressions-sexuelles-declarees-sur-1-000-se-soldent-par-une-condamnation-pourquoi/>.

la dénonciation, une situation qui entretient le cercle vicieux de la sous-dénonciation.

La situation est-elle semblable ou différente pour le système professionnel ? Le système inspire-t-il suffisamment confiance au public et aux membres de l'ordre pour y dénoncer les violences sexuelles ?

Rappelons d'abord le processus de traitement des plaintes.

Toute personne qui s'estime victime de harcèlement ou de discrimination par un professionnel peut⁷³ :

- faire une demande d'enquête au Syndic ;

ou

- saisir directement le Conseil de discipline (« plainte privée ») auquel cas la personne doit présenter elle-même sa preuve et conduire son dossier. Compte tenu du caractère particulier des cas de violences sexuelles, ce type de recours paraît peu approprié et moins souhaitable pour une victime.

À la suite de son enquête, le Syndic peut conclure qu'il n'y a pas eu infraction ou manquement déontologique ou, dans le cas contraire, porter plainte au Conseil de discipline. Au sein de certains ordres, un rappel ou une mise en garde au professionnel s'ajoute aux options possibles. S'il estime que la situation pourrait faire l'objet d'un règlement, le Syndic peut également proposer la conciliation avant le dépôt d'une plainte. Toutefois, compte tenu des exceptions prévues à la loi, certains cas de violences sexuelles pourraient ne pas se prêter à la conciliation :

« 123.6. Un syndic qui estime que les faits allégués au soutien de la demande de la tenue de l'enquête peuvent faire l'objet d'un règlement peut proposer à la personne qui a demandé la tenue de l'enquête et au professionnel la conciliation, et ce, en tout temps avant le dépôt d'une plainte contre ce professionnel au conseil de discipline.

73. Ces recours s'ajoutent aux autres recours possibles, soit les recours en contexte de droit du travail, une plainte à la CDPDJ ou une plainte à la police en cas d'infractions criminelles.

Si la personne qui a demandé la tenue de l'enquête et le professionnel consentent à la conciliation, le syndic qui l'a proposée prend les moyens raisonnables, compte tenu de toutes les circonstances, pour tenter de les concilier.

Un syndic doit, avant de proposer la conciliation, tenir compte notamment de la gravité du préjudice subi et du fait que le professionnel a déjà fait l'objet d'une déclaration de culpabilité en application de la présente section pour une infraction à l'égard de fait de même nature que ceux allégués au soutien de la demande de la tenue de l'enquête.

Toutefois, un syndic ne peut proposer la conciliation lorsqu'il estime que les faits allégués au soutien de la demande de la tenue de l'enquête :

1° sont de nature telle que la protection du public ou sa confiance envers les membres de l'ordre risquent d'être compromises si le conseil de discipline n'est pas saisi de la plainte ;

2° révèlent que le professionnel aurait posé un acte dérogatoire visé à l'article 59.1. »⁷⁴

Ces limites à la conciliation sont certes compréhensibles dans certaines situations de violences sexuelles et le législateur a choisi d'exclure complètement cette option en cas d'inconduites sexuelles envers des clients ou des patients.

Cependant, en contexte de harcèlement entre collègues, les victimes peuvent chercher d'abord et avant tout à faire cesser la situation et dans certains cas, à préserver dans une certaine mesure la relation avec le harceleur, s'il s'agit d'un confrère ou d'un collègue par exemple. Dans ces cas précis, le recours à la conciliation pourrait être approprié. Nous croyons que le libellé de l'article 123.6 laisse place à la discrétion du Syndic dans le choix d'offrir ou non la conciliation dans ces cas de figure.

En tout temps pendant le processus, le *Code des professions* prévoit qu'un demandeur d'enquête peut être assisté de la personne de son choix⁷⁵, mais rien n'oblige un ordre professionnel à fournir

74. *Code des professions*, art. 123.6.

75. *Id.*, art. 122.2.

un accompagnement au plaignant. Cette possibilité s'avère très intéressante dans le contexte d'une victime de violences sexuelles qui aurait besoin de soutien et d'accompagnement à travers le processus, un besoin qui a par ailleurs en partie justifié la création de postes d'« Ombudsperson » dans d'autres barreaux canadiens comme nous le verrons plus loin.

Enfin, la nature des sanctions possibles en matière disciplinaire est circonscrite à l'impact sur le droit de pratique du professionnel – suspension, limitation, radiation temporaire ou permanente – ou à l'imposition d'amendes⁷⁶. Ce type de sanctions est conforme à la mission des ordres professionnels, mais est de peu d'utilité pour le plaignant qui ne peut recevoir d'indemnités pour compenser un dommage subi ni voir des mesures organisationnelles imposées dans son milieu de travail.

Si certains éléments du processus disciplinaire facilitent la dénonciation et la prise en charge de ce type de cas, tels que la possibilité pour le plaignant d'être accompagné pendant le processus et la possibilité de recourir à la conciliation, il demeure certaines lacunes ou certains obstacles dans le processus⁷⁷ :

- La méfiance ou la crainte de partialité du Bureau du Syndic, malgré la totale indépendance dont il bénéficie en vertu de la loi ;
- La nature du processus contradictoire du droit disciplinaire qui peut intimider ou rebuter des plaignants ou plaignantes en matière de violences sexuelles compte tenu du caractère intime et personnel des faits en cause (interrogatoires, contre-interrogatoires, etc.) ;
- Le manque de soutien ou d'accompagnement du plaignant ou de la plaignante, particulièrement s'il ou elle n'est pas représenté(e) par un avocat ;
- Les limites possibles à la conciliation par le Syndic dans ce type de dossiers en vertu des exceptions de l'article 123.6 du *Code*

76. *Id.*, art. 156.

77. NEW ZEALAND LAW SOCIETY WORKING GROUP, préc., note 12.

des professions, qui laisse tout de même une certaine discrétion au syndic ;

- La difficulté inhérente de mise en preuve des éléments vu la nature de ce type de dossiers (versions contradictoires) ;
- L'absence de remède adéquat (sanctions), particulièrement en matière de harcèlement.

Nous exposons en terminant des pistes de solution qui pourraient permettre aux ordres professionnels d'être plus efficaces dans la lutte contre les violences sexuelles.

3. Certaines pistes de solution

3.1 Modification à l'article 59.1 du *Code des professions*

L'article 59.1 du *Code des professions* a été introduit en 1994 dans le Code et n'a pas été modifié depuis. Il énonce :

« Constitue un acte dérogatoire à la dignité de sa profession le fait pour un professionnel, pendant la durée de la relation professionnelle qui s'établit avec la personne à qui il fournit des services, d'abuser de cette relation pour avoir avec elle des relations sexuelles, de poser des gestes abusifs à caractère sexuel ou de tenir des propos abusifs à caractère sexuel. » [Nos soulignés]

Afin d'être reconnu coupable de cette infraction, le professionnel doit avoir posé des gestes qui s'inscrivent « pendant la durée de la relation professionnelle qui s'établit avec la personne à qui il fournit des services ». Ainsi, l'article 59.1, comme rédigé, vise uniquement les cas d'inconduite sexuelle envers des clients ou des patients du professionnel.

Cette infraction fait également l'objet d'une peine minimale, récemment modifiée par la *Loi modifiant diverses lois concernant principalement l'admission aux professions et la gouvernance du système professionnel*⁷⁸. Un professionnel reconnu coupable de cette infraction est donc au minimum condamné à :

78. L.Q. 2017, c. 11 (anciennement connu comme le projet de loi n° 98).

- une radiation d'au moins cinq ans, sauf s'il convainc le conseil qu'une radiation d'une durée moindre serait justifiée dans les circonstances ;
- une amende d'au moins 2 500 \$ et d'au plus 62 500 \$⁷⁹.

Vu l'absence de toute décision d'un tribunal supérieur ou l'existence d'une jurisprudence constante voulant que le vocable « pendant la durée de la relation professionnelle qui s'établit avec la personne à qui il fournit des services » peut être élargi pour y inclure des personnes qui ne sont pas les clients ou les patients du professionnel visé, il est pertinent de proposer une modification législative en ce sens.

Le libellé de l'article 59.1 pourrait être modifié afin d'y inclure les situations où le professionnel, dans l'exercice de sa profession, a abusé d'une relation pour avoir avec une personne des relations sexuelles, de poser des gestes abusifs à caractère sexuel ou de tenir des propos abusifs à caractère sexuel.

Sans proposer un libellé particulier, il est possible de s'inspirer des dispositions prévues dans les codes de déontologie des quatre ordres professionnels qui incluent une infraction spécifique visant le harcèlement dans leur code de déontologie⁸⁰.

3.2 Des infractions disciplinaires spécifiques

Outre l'article 59.1 du *Code des professions*, les ordres professionnels n'ont pas tous une disposition spécifique en matière de violences sexuelles qui inclurait également les violences entre professionnels. 22 d'entre eux ont repris le libellé de l'article 59.1 dans leur propre code de déontologie⁸¹.

En cette ère post #MoiAussi, le temps ne serait-il pas venu de prévoir des infractions spécifiques ? Même si les ordres peuvent utiliser d'autres outils législatifs pour sanctionner ce type de

79. *Code des professions*, art. 156 al. 2.

80. Il s'agit des codes de déontologie des médecins, des pharmaciens, des architectes et des conseillers et conseillères d'orientation reproduits dans J. DEMERS et A. CHAMAA, préc., note 35, pp. 191-195.

81. Voir la recension de ces codes dans J. DEMERS et A. CHAMAA, préc., note 35.

comportement, par exemple l'article 59.2 du *Code des professions* ou la notion « d'acte dérogatoire à la dignité de la profession », il nous apparaît que la création d'infractions spécifiques serait un message fort envoyé par les ordres, tant pour les professionnels fautifs que pour les professionnels victimes de ces violences sexuelles. À ce sujet, le Barreau du Québec a proposé des modifications au Code de déontologie des avocats pour y inclure une infraction spécifique concernant le harcèlement et la discrimination :

« L'avocat s'abstient de toute forme de discrimination ou de harcèlement envers une personne avec laquelle il est en relation dans l'exercice de sa profession. »⁸²

De plus, la création d'infractions spécifiques comporte l'avantage de faciliter la collecte de données et l'utilisation de statistiques plus précises sur l'ampleur du phénomène et l'efficacité du travail des ordres à le combattre. De telles données devraient être colligées tant par rapport aux plaintes ou chefs d'infraction retenus que pour les signalements ou demandes d'enquête formulées.

Afin d'augmenter la confiance du public et des professionnels dans la capacité du système disciplinaire à combattre les violences sexuelles, ces statistiques gagneraient à être rendues publiques, par exemple par le biais des rapports annuels des ordres. Enfin, il serait pertinent de s'attarder à l'obligation imposée aux professionnels d'informer le Syndic d'actes commis par leurs pairs pour voir s'il n'y aurait pas lieu de prévoir une exception à cette obligation pour le professionnel lui-même victime de violences sexuelles.

3.3 La réglementation par entités

Dans l'état actuel du droit professionnel, les professionnels ont des obligations générales, par exemple éviter les conflits d'intérêts, mais n'ont pas l'obligation de prendre des mesures pour s'assurer du respect de leurs obligations, par exemple, se doter d'un système de vérification des conflits d'intérêts au sein de leur cabinet ou de leur organisation. La réglementation par entités vient combler cette lacune.

82. BARREAU DU QUÉBEC, *Projet de Règlement modifiant le Code de déontologie des avocats*, en ligne : <https://www.barreau.qc.ca/media/2072/projet-reglement-modifiant-code-deontologie.pdf>.

Voici comment le Barreau de l'Ontario décrit cette nouvelle approche :

« La réglementation axée sur la conformité vise une approche proactive dans laquelle l'organisme de réglementation identifie les principes de gestion de la pratique et établit les objectifs et les attentes. Les avocats et les parajuristes déclarent qu'ils se conforment à ces attentes et peuvent décider par eux-mêmes comment y répondre.

La réglementation des entités fait référence à la réglementation de l'entité par laquelle les avocats et les parajuristes fournissent des services. La réglementation des entités reconnaît que de nombreuses décisions professionnelles prises auparavant par un avocat ou un parajuriste sont de plus en plus déterminées par les politiques et les procédures du cabinet.

La réglementation proactive peut servir l'intérêt public en aidant les avocats et les parajuristes à améliorer leurs normes de pratique et leur service à la clientèle. »⁸³

Le projet est encore à l'étude en Ontario, mais ce modèle est en place depuis quelques années au Barreau de Nouvelle-Écosse. Ce type de réglementation vient s'ajouter au cadre traditionnel de la réglementation des individus avec le code de déontologie et la réglementation professionnelle. Cette forme complémentaire de réglementation prend la forme d'une « check-list » ou d'un outil d'évaluation des pratiques que les « entités » doivent remplir⁸⁴. Les « entités » peuvent se limiter aux cabinets juridiques ou inclure tous les types de pratique, soit par exemple qu'un avocat praticien solo constitue une « entité ».

Cette approche permet d'inciter fortement – ou d'obliger – les professionnels à se doter de pratiques et de procédures de gestion qui vont jouer un rôle préventif pour l'ensemble des obligations déontologiques, que ce soit de se doter d'un système pour identifier les conflits d'intérêts au sein d'un cabinet ou d'adopter des politiques contre le harcèlement.

83. BARREAU DE L'ONTARIO, *Réglementation des entités fondée sur la conformité*, en ligne : <https://lso.ca/a-propos-du-barreau/initiatives/reglementation-des-entites-fondee-sur-la-conformite>.

84. *Id.*

Le fait de pouvoir agir en amont auprès de « l'entité » par l'imposition de pratiques et de procédures préventives, peut permettre de réduire les risques, incluant les risques de violences sexuelles systémiques dans le milieu de travail.

3.4 Autres pistes de solution

3.4.1 Le traitement des plaintes : accompagnement, conciliation et sanctions

Pour combler les lacunes identifiées dans le traitement disciplinaire des violences sexuelles, il serait pertinent de préciser les balises d'utilisation de la conciliation afin de la permettre lorsque le contexte s'y prête, soit par exemple dans des cas de harcèlement entre collègues.

Concernant l'accompagnement des plaignants, déjà autorisé au *Code des professions*, en matière de violences sexuelles, il pourrait être facilitant que les ordres professionnels leur offrent systématiquement un tel accompagnement, par exemple par le biais d'une entente avec un organisme spécialisé ou tout simplement en les informant des services offerts par les Centres d'aide et de lutte contre les agressions à caractère sexuel (CALACS)⁸⁵ ou autres organismes.

3.4.2 Un Ombudsman ou autre ressource ou équipe dédiée

Les pouvoirs du Syndic sont-ils suffisants ? Y a-t-il lieu de prévoir d'autres recours ou « portes d'entrée » au Barreau pour les victimes de harcèlement ou de discrimination ?

D'autres barreaux canadiens ont jugé pertinent de créer des postes dédiés d'« Ombudsperson » ou de conseiller en matière de discrimination ou de harcèlement.

85. Les CALACS sont des organismes à but non lucratif qui luttent pour enrayer les agressions à caractère sexuel. Ils offrent des services d'aide aux femmes et aux adolescentes ayant subi des agressions à caractère sexuel et des services de sensibilisation et de formation auprès de différents milieux. Pour plus d'information voir : <http://rqcalacs.qc.ca/>.

Notons que la raison principale au soutien de la création de ces postes d'Ombudsperson (ou Ombudsman) était d'assurer une indépendance par rapport au Barreau, pour inciter davantage les victimes de discrimination ou de harcèlement à signaler ces situations et à obtenir que la situation cesse⁸⁶.

3.4.3 Le modèle Philadelphie

Dans la foulée de #MoiAussi, les pratiques policières un peu partout au pays ont été scrutées et révisées et certaines pratiques ont été implantées, tel le « modèle Philadelphie » qui consiste pour un corps de police à revoir annuellement avec des experts et groupes communautaires toutes les plaintes d'agressions sexuelles classées sans fondement.

Une telle pratique pourrait être envisagée au sein des ordres, soit de réviser annuellement les signalements ou les demandes d'enquête pour violences sexuelles qui n'ont pas été retenus. Le fait d'avoir des données et des statistiques à ce sujet faciliterait ce travail, permettant entre autres de documenter si plusieurs signalements contre un même professionnel ont été faits dans les dernières années et ainsi pouvoir revoir la décision de ne pas porter plainte.

4. CONCLUSION

Le mouvement #MeToo (#MoiAussi) continue de défrayer la chronique, tant au Québec que dans le reste du Canada ou à l'étranger. Ces effets se sont déjà fait sentir dans le domaine professionnel québécois et particulièrement auprès des ordres professionnels.

Le législateur québécois a en effet modifié le *Code des professions* pour y inclure une formation obligatoire quant aux infractions abusives à caractère sexuel, pour les présidents et les membres des conseils de discipline, de même que les syndics. De plus, les peines prévues pour ces infractions ont été modifiées, notamment afin d'y ajouter une peine minimale de radiation dans certaines circonstances.

86. Voir à cet effet le site Web du Programme de conseil juridique en matière de discrimination et de harcèlement du Barreau de l'Ontario au : <http://www.dhcounsel.on.ca/>.

Les ordres professionnels possèdent déjà certains autres outils, mais des lacunes sont observées, notamment au niveau du traitement des dossiers des plaintes disciplinaires.

Afin de répondre à cette problématique, plusieurs pistes de solutions peuvent être envisagées, comme une modification à l'article 59.1 afin de le rendre plus mordant ou bien prévoir des infractions spécifiques dans les codes de déontologie des ordres afin de les arrimer à leur réalité particulière.

D'autres pistes de solutions plus novatrices doivent également être sur la table, comme la réglementation par entités, la création de postes d'Ombudsman chargé spécifiquement de ces plaintes ou la mise en place aux plaintes disciplinaires du « modèle Philadelphie », qui a fait ses preuves quant au traitement des plaintes d'agressions sexuelles par la police et le système de justice criminelle.

Force est de constater que le système professionnel n'est pas parfaitement adapté à la réalité du traitement d'une plainte concernant une violence sexuelle et qu'il n'est peut-être pas destiné à être la solution idéale à ces situations.

Bien entendu, il faut en faire plus et nous avons identifié certaines pistes qui permettront, nous croyons, d'améliorer le traitement de ces plaintes dans un avenir rapproché.

Or, il est selon nous nécessaire d'entamer une réflexion et un dialogue afin d'évaluer les interactions actuelles et celles qui sont souhaitables entre les différents systèmes de justice (comme la justice criminelle, le droit du travail et le système professionnel).

La justice criminelle, de même que le droit du travail (par ex. une plainte pour harcèlement sexuel ou psychologique) auront toujours un rôle à jouer et il serait hasardeux de miser uniquement sur le droit professionnel et disciplinaire pour régler ce fléau.

L'histoire d'une confusion interprétative :

La douloureuse interaction entre le principe de l'interprétation bilingue et le principe de l'interprétation bijuridique en contexte de droit fédéral

François VILLENEUVE

Résumé

Le principe de l'interprétation bilingue et le principe de l'interprétation bijuridique constituent un trait distinctif de l'interprétation de la législation fédérale au Canada. Jusqu'à aujourd'hui, peu d'auteurs ont comparé ces deux principes ainsi qu'analysé leur interaction possible. Cette interaction est susceptible de survenir uniquement en contexte de législation fédérale, lorsqu'une disposition bilingue d'une loi ou d'un règlement fédéral réfère à un concept de droit privé du droit civil ou de common law. Dans cette situation, est-ce que les deux principes s'appliquent ? Sont-ils réconciliables ? Et s'ils ne le sont pas, est-ce que l'un d'eux doit avoir préséance sur l'autre et si oui, lequel ? Cet article aborde toutes ces questions et discute des distinctions fondamentales entre ces deux règles d'interprétation ainsi que de la présence d'une certaine confusion lorsque vient le temps d'appliquer l'un ou l'autre de ces principes, tout particulièrement dans la jurisprudence. L'auteur en vient à la conclusion que ces deux principes sont difficilement réconciliables, chacun s'appliquant à des contextes législatifs distincts. De plus, il est d'avis que lorsque la législation fédérale renvoie à un concept de droit privé des provinces et des territoires, préséance devrait être accordée au principe de l'interprétation bijuridique. Pour terminer, l'auteur explore des avenues de solution, tant juridiques

que pédagogiques, pour arriver à une meilleure compréhension du principe de l'interprétation bijuridique, qui s'avère encore aujourd'hui relativement peu connu et utilisé.

L'histoire d'une confusion interprétative :

La douloureuse interaction entre le principe de l'interprétation bilingue et le principe de l'interprétation bijuridique en contexte de droit fédéral

François VILLENEUVE*

PARTIE I – LE PRINCIPE DE L'INTERPRÉTATION BILINGUE	474
PARTIE II – LE PRINCIPE DE L'INTERPRÉTATION BIJURIDIQUE	478
L'article 8.1	483
L'article 8.2	491
PARTIE III – CONFUSION AUTOUR DES PRINCIPES D'INTERPRÉTATION BILINGUE ET BIJURIDIQUE	492
L'arrêt <i>Schreiber</i>	494

* LL.B., J.D., LL.M. Conseiller juridique, Section du bijuridisme et services consultatifs, ministère de la Justice du Canada. Gouvernement du Canada. Je tiens à remercier France Allard et François Roberge, respectivement avocate générale principale – experte en droit comparé et avocat-conseil au sein de la Section du bijuridisme et services consultatifs du ministère de la Justice du Canada ainsi qu'Aline Grenon, professeure titulaire à l'Université d'Ottawa jusqu'en 2013 et professeure invitée à l'Université de Montréal entre 2013 et 2015, pour leurs judicieux commentaires qui m'ont été grandement utiles. Les opinions formulées dans ce texte sont exclusivement les miennes. Elles sont exprimées à titre personnel et ne doivent en aucun cas être imputées au ministère fédéral de la Justice ou au gouvernement canadien.

La nécessité d'un cadre d'analyse clair.	501
PARTIE IV – AVENUES DE SOLUTION	506

Le principe d'interprétation de la législation bilingue et le principe d'interprétation de la législation bijuridique ont en commun qu'ils témoignent chacun d'une singularité du système juridique canadien. Le Canada est un pays bilingue dans lequel certaines assemblées législatives adoptent des lois en français et en anglais, et un pays de tradition bijuridique¹ dans lequel coexistent, dans les matières privées, le droit civil québécois et les common law des autres provinces et des territoires. Ces deux principes se distinguent des autres règles d'interprétation car, contrairement à elles, ils n'ont pas été conçus ni élaborés dans un contexte de loi unilingue et unijuridique. Jusqu'à aujourd'hui, peu d'auteurs ont comparé ces deux principes ainsi qu'analysé leur interaction possible. Cette interaction est susceptible de survenir uniquement en contexte de législation fédérale, lorsqu'une disposition bilingue d'une loi ou d'un règlement fédéral renvoie à un concept de droit civil ou de common law. Dans cette situation bien précise, est-ce que les deux principes s'appliquent ? Sont-ils réconciliables ? Et s'ils ne le sont pas, est-ce que l'un d'eux doit avoir préséance sur l'autre et si oui, lequel ?

J'aborderai toutes ces questions dans le cadre de la présente analyse et discuterai des distinctions à faire entre les principes de l'interprétation bilingue et de l'interprétation bijuridique ainsi que de la confusion qui est susceptible de survenir lorsque ces deux principes entrent en interaction ou en conflit. Dans un premier temps, les deux méthodes d'interprétation feront l'objet d'une description. Chacune des méthodes d'interprétation sera alors expliquée suivant un bref exposé de leur historique respectif. Ensuite, la confusion existante entre ces deux principes sera discutée avec un cas de figure à l'appui : l'arrêt *Schreiber* de la Cour suprême du Canada. Pour terminer, des avenues de solution, tant juridiques que pédagogiques, seront envisagées pour atténuer les risques de confusion entre les deux méthodes d'interprétation

1. Cet énoncé s'entend au sens de la coexistence au Canada des régimes de droit privé des juridictions de droit civil et de common law comme énoncé à l'article 8.1 de la *Loi d'interprétation*, LRC 1985, c. I-21 qui s'avère être un des principaux sujets d'étude de cet article. Cet énoncé ne doit pas être perçu comme excluant l'existence ni la reconnaissance des traditions juridiques autochtones au Canada.

afin d'arriver à une meilleure compréhension de leurs tenants et aboutissants.

PARTIE I – LE PRINCIPE D'INTERPRÉTATION BILINGUE

Le principe de l'interprétation bilingue tire sa source du fait qu'au Canada, certaines assemblées législatives provinciales et territoriales ainsi que le Parlement fédéral adoptent et publient des lois dans les deux langues que sont le français et l'anglais. Au niveau fédéral, l'obligation de publier des lois en anglais et en français existe depuis le début de la Confédération. L'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*² prévoit que « [t]he Acts of the Parliament of Canada [...] and of the Legislature of Quebec shall be printed and published in both those Languages ». L'article 133 ne comprend pas expressément l'obligation pour le Parlement canadien d'adopter les lois simultanément en français et en anglais tout comme sa conséquence logique voulant que les deux versions linguistiques aient une autorité égale en droit. Toutefois, il n'y avait qu'un pas à franchir pour reconnaître cette obligation implicite, ce que fit la Cour suprême du Canada dans le cadre d'un examen interprétatif de l'article 133³.

Un autre jalon a été accompli ensuite par l'adoption de la *Loi sur les langues officielles*⁴ en 1969 qui reconnaissait explicitement à son article 8 que, dans le cadre de l'interprétation d'un texte législatif, les versions française et anglaise font pareillement autorité. Mais la consécration ultime de ces règles est survenue en 1982 par leur enchâssement dans la Constitution écrite au paragraphe 18(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*⁵. Cette disposition se lit comme suit :

2. (R-U), 30 & 31 Victoria, c. 3, art. 91, reproduit dans LRC 1985, Annexe II, n° 5 [*Loi constitutionnelle de 1867*].

3. *Blaikie c. Québec (procureur général)*, [1979] 2 R.C.S. 1016 à la p. 1022.

4. LRC 1970, c. O-2.

5. Une règle similaire a aussi été reproduite en 1988 à la *Loi sur les langues officielles*. Aujourd'hui, cet article se lit comme suit :

Tous les textes qui sont établis, imprimés, publiés ou déposés sous le régime de la présente partie dans les deux langues officielles le sont simultanément, les deux versions ayant également force de loi ou même valeur.

Any journal, record, Act of Parliament, instrument, document, rule, order, regulation, treaty, convention, agreement, notice, advertisement or other matter referred to in this Part that is made, enacted, printed, published or tabled in both official

18. (1) Les lois, les archives, les comptes rendus et les procès-verbaux du Parlement sont imprimés et publiés en français et en anglais, les deux versions des lois ayant également force de loi et celles des autres documents ayant même valeur.

18. (1) The statutes, records and journals of Parliament shall be printed and published in English and French and both language versions are equally authoritative.⁶

Selon Michel Bastarache, la règle d'égale autorité ainsi formulée signifie que « les deux versions constituent deux énoncés de la loi aussi valables l'un que l'autre ; elles ont une même valeur et ont toutes deux forces de loi ; aucune n'est considérée comme la traduction de l'autre ; et aucune ne doit être considérée comme ayant à première vue préséance sur l'autre »⁷. Cette règle implique également comme corollaire « que l'égalité conférée aux anglophones et aux francophones signifie qu'ils ont de part et d'autre l'obligation de lire la législation dans une autre langue que la leur. Si les deux versions de la législation font pareillement autorité, la personne qui se fie à la loi ne peut donc pas raisonnablement se fier à une seule version »⁸.

L'emploi de deux langues dans un contexte législatif pour déclarer le droit et exprimer l'intention du législateur ne va pas sans heurts. Compte tenu des distinctions langagières et grammaticales qui existent entre le français et l'anglais et de la difficulté à traduire une idée d'un environnement linguistique à l'autre, il n'est pas inhabituel de découvrir des variations de sens entre les versions française et anglaise dans la législation fédérale. La

languages shall be made, enacted, printed, published or tabled simultaneously in both languages, and both language versions are equally authoritative.

(art. 13 de la *Loi sur les langues officielles*, LRC 1985, c. 31 (4^e suppl.)).

6. *Charte canadienne des droits et libertés*, au para. 18(1), partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R-U), 1982, c. 11 [*Charte canadienne*].

7. Michel Bastarache et al., *Le droit de l'interprétation bilingue*, Montréal, LexisNexis, 2009 à la p. 29 [*Le droit de l'interprétation bilingue*].

8. *Ibid.* à la p. 31. Sur le principe d'égalité de traitement des versions anglaise et française voir également Pierre-André Côté, « Bilingual Interpretation of Enactments in Canada; Principles v. Practice » (2004) 29:3 *Brooklyn Journal of International Law* 1067 aux p. 1069-1070 et Ruth, Sullivan, *Sullivan on the Constructions of Statutes*, 6th edition, Markham, LexisNexis, 2014 aux p. 115 à 118 [*Constructions of Statutes*].

méthode de corédaction⁹ adoptée par le gouvernement fédéral a amélioré la qualité du langage écrit et l'uniformité du message, mais cette technique ne peut, à elle seule, remédier à tous les imbroglios possibles que cause l'utilisation commune de deux langues. En vue de solutionner ces problèmes inhérents à l'interaction de deux langues, les cours de justice n'ont eu d'autres choix que de développer une méthode d'interprétation propre à la législation bilingue. Cette méthode est celle de la règle du sens commun et elle peut être décrite de la manière suivante :

« Cette règle prévoit pour l'essentiel que les deux versions de la loi expriment la même intention législative, et que les tribunaux qui interprètent les lois devraient, dans la mesure du possible, tenter d'établir précisément cette intention, en déterminant quel est le sens commun aux deux versions, le sens qu'elles partagent. »¹⁰

La règle du sens commun¹¹ a été élaborée par les tribunaux au fil des ans¹². L'arrêt *Daoust*¹³ de la Cour suprême du Canada constitue toujours l'arrêt de principe en la matière¹⁴. Dans ce jugement, la cour a clarifié et synthétisé la démarche en deux étapes que doit suivre un interprète ou une cour de justice au moment d'interpréter une disposition d'une loi bilingue dont ses deux versions linguistiques présentent une divergence de sens¹⁵.

La première étape à suivre est de déterminer s'il y a antinomie entre les deux versions. La cour ne précise pas ce qu'il faut

9. Pour un historique de la corédaction au niveau fédéral voir André Labelle, « La corédaction des lois fédérales au Canada. Vingt ans après ; quelques réflexions » dans la *Traduction juridique : Histoire, théories et pratique*, Genève/Berne, ASSTI/ETI, 2000, 269. En ligne : <http://tradulex.com/Actes2000/LABELLE.pdf>.

10. *Le droit de l'interprétation bilingue*, *supra* note 7 à la p. 15.

11. Pour un exposé exhaustif de la règle du sens commun et de son traitement jurisprudentiel voir *Constructions of Statutes*, *supra* note 8 aux p. 118 à 139.

12. Les premières manifestations de la règle du sens commun datent de l'arrêt *CPR v. Robinson*, [1891] S.C.J. n° 26 S.C.R. 292. Pour un résumé historique de la règle du sens commun voir *Le droit de l'interprétation bilingue*, *supra* note 7 aux p. 37 et ss.

13. *R. c. Daoust*, [2004] 1 R.C.S. 217 [*Daoust*].

14. Des décisions subséquentes ont repris les enseignements de l'arrêt *Daoust* : *Medovarshi c. Canada (ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2005] 2 R.C.S. 539 aux para. 24 à 26 ; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, [2009] R.C.S. 339 aux para. 39 et ss. ; *Reference re Supreme Court Act (Canada)*, [2014] 1 R.C.S. 433 au para. 32 et *R. c. Stipo*, [2019] O.J. n° 28 144 aux para. 180 à 183 (ONCA).

15. *Daoust*, *supra* note 13 aux para. 26 à 31.

entendre par antinomie. Toutefois, certaines indications¹⁶ fournies par la jurisprudence peuvent aider l'interprète à déterminer si les deux versions recèlent une contradiction. Tout d'abord, l'interprète doit lire les deux versions de la disposition dans leur sens courant. C'est donc « le sens ordinaire de chaque version qui doit être comparé à l'autre »¹⁷. Le recours au sens technique ou scientifique d'une version pour tenter de trouver une contradiction va à l'encontre de cette règle. Ensuite, la détermination du sens ordinaire doit être faite séparément pour chaque version linguistique ; elle ne peut être faite simultanément. Enfin, il faut examiner la disposition au complet et pas seulement ses termes pris isolément. L'examen se doit d'être contextuel. Si, après cet examen préliminaire, il n'y a pas divergence de sens entre les deux versions officielles, il n'y a pas matière à poursuivre la démarche prescrite par l'arrêt *Daoust*. Les dispositions ayant un sens clair pourront, le cas échéant, être interprétées en vertu des règles d'interprétation usuelles. Si, au contraire, les deux versions officielles présentent une antinomie, il faut poursuivre le test de l'arrêt *Daoust*.

La prochaine question que l'interprète aura alors à se poser est de savoir si les sens divergents des versions officielles sont réconciliables. En effet, la cour énonce que si « les deux versions sont absolument et irréductiblement inconciliables, il faut alors s'en remettre aux autres principes d'interprétation »¹⁸. Des versions irréconciliables sont celles dont on ne peut dégager un sens commun entre elles. S'il y a, à l'opposé, une possibilité de réconciliation, l'ambiguïté entre les deux versions linguistiques devient le prochain critère pertinent. La cour précise qu'il y aura ambiguïté si une ou les deux versions sont « raisonnablement susceptible[s] de donner lieu à plus d'une interprétation »¹⁹. Elle statue que s'il y a ambiguïté dans une version, mais pas dans l'autre, il faut alors chercher le sens commun et, dans ce cas, le sens commun favorisera la version qui est claire. Elle ajoute que si « aucune des versions n'est ambiguë, ou si elles le sont toutes les deux, le sens commun favorisera normalement la version la plus restrictive »²⁰.

16. *Le droit de l'interprétation bilingue*, *supra* note 7 aux p. 52 à 58.

17. *Ibid.* à la p. 55. La règle générale visant à interpréter chaque version dans le sens ordinaire remonterait à l'arrêt *Montreal (City) c. Watt and Scott Ltd.*, [1922] 2 A.C. 555 (C.P.) à la p. 562.

18. *Daoust*, *supra* note 13 au para. 27.

19. *Ibid.* au para. 28.

20. *Ibid.* au para. 29.

Cette détermination du sens commun ne met pas fin à l'exercice interprétatif pour autant. Une fois le sens commun ou dominant trouvé dans le cadre de cette première étape, une deuxième étape consiste à vérifier si ce sens est « conforme à l'intention législative suivant les règles ordinaires d'interprétation »²¹. Ainsi, dans la mesure où il existe un sens davantage conforme à l'intention du législateur en vertu des autres principes d'interprétation que le sens commun trouvé, ce dernier peut être écarté. La cour précise, en outre, qu'il faut favoriser la méthode téléologique et contextuelle en cas d'utilisation de ces autres principes. Elle rappelle également l'existence des principes d'interprétation uniquement applicables en cas d'ambiguïté d'un texte législatif comme la présomption du respect des « valeurs de la Charte » et l'interprétation stricte favorable à l'accusé en matière de lois pénales. Ces principes et présomptions pourraient avoir, selon les circonstances, préséance sur le sens commun trouvé au moyen de l'interprétation bilingue. Cette deuxième étape de la méthode d'interprétation bilingue ne fait que reconnaître une réalité inhérente aux principes d'interprétation. Aucune règle d'interprétation n'a de valeur absolue. Elles ne constituent que des outils guidant l'interprète²², bien qu'elles se doivent d'être utilisées à bon escient et dans les bons contextes. Ainsi, comme toutes les autres règles d'interprétation, la règle du sens commun est susceptible d'être écartée par d'autres principes d'interprétation²³.

PARTIE II – LE PRINCIPE DE L'INTERPRÉTATION BIJURIDIQUE

Si le bilinguisme joue un rôle important dans l'interprétation des lois et des règlements fédéraux, le bijuridisme constitue probablement son élément le plus distinctif. Le bijuridisme découle de la dualité du système juridique canadien dans lequel coexistent, en matière privée, les traditions juridiques que sont le droit civil et la common law. Le bijuridisme possède des sources historiques et constitutionnelles. Tout d'abord, l'*Acte de Québec* de 1774²⁴ est venu garantir la continuité du régime juridique français dans les

21. *Ibid.* au para. 30.

22. Pierre-André Côté, *Interprétation des lois*, 4^e édition, Montréal, Les éditions Thémis, 2009 aux p. 45 à 47 [Côté].

23. Pour des exemples de jugements écartant la règle du sens commun au profit d'autres principes d'interprétation voir *ibid.* aux p. 378 à 382.

24. LRC 1985, app. III, n° 2, art. 8.

sphères du droit privé sur le territoire de ce qui est aujourd'hui le Québec. Ensuite, *Loi constitutionnelle de 1867*²⁵ est venue consacrer, à son paragraphe 92(13), le pouvoir des provinces de légiférer dans les matières que sont la propriété et les droits civils. Ces arrangements constitutionnels ont permis au Québec de préserver le caractère distinctif de son système juridique au sein de la fédération canadienne²⁶.

Au Canada, c'est au niveau du droit fédéral que se posent des questions d'interprétation bijuridique. La raison en est que le droit fédéral ne constitue pas un système juridique autonome comme la common law ou le droit civil puisqu'il est incomplet. Comme le précise Jean-Maurice Brisson, il n'y a pas, en droit fédéral, « d'ensemble de règles juridiques à caractère fondamental qui puisse servir de réservoir » à la législation fédérale²⁷. Il est donc nécessaire pour le droit fédéral de puiser, à titre supplétif, plusieurs éléments de sa toile de fond conceptuelle auprès d'autres systèmes juridiques. Dans la sphère du droit privé, ces sources s'avèrent être le droit civil québécois et les common law des autres provinces et des territoires. Ceci crée une première difficulté pour l'interprète de la législation fédérale. Le droit privé fédéral n'est pas toujours uniforme et varie régulièrement selon la province ou le territoire d'application²⁸. Il existe non seulement des distinctions entre le droit civil québécois et la common law, mais aussi, même si celles-ci s'avèrent moins fondamentales, entre les régimes de common law des autres provinces et des territoires. Le bilinguisme de la législation fédérale accroît les complications pour l'interprète. Le droit supplétif des provinces et des territoires, et donc les concepts et la terminologie propres au droit civil et aux common law, doivent être exprimés dans les deux langues officielles. Lorsqu'il y a lieu de recourir au droit privé des provinces et des territoires, les lois et règlements fédéraux doivent donc idéalement s'adresser à quatre auditoires : 1) les civilistes francophones ; 2) les civilistes anglo-

25. *Loi constitutionnelle 1867*, *supra* note 2.

26. La genèse du bijuridisme canadien est très bien résumée dans l'ouvrage *Le droit de l'interprétation bilingue*, *supra* note 7 aux p. 126-127.

27. Jean-Maurice Brisson, « L'impact du *Code civil du Québec* sur le droit fédéral : une problématique » (1992) 52 *R. du B.* 345 à la p. 348.

28. *Canada (Procureur général) c. St-Hilaire*, [2001] CAF 63 aux para. 49-50 (Opinion du juge Décary) [*St-Hilaire*].

phones ; 3) les common lawyers anglophones et 4) les common lawyers francophones²⁹.

Pour répondre au défi que représentent l'application et l'interprétation des lois bilingues et bijuridiques, mais aussi pour pallier les problèmes de l'interaction du droit fédéral avec le nouveau *Code civil du Québec*³⁰ entré en vigueur en 1994, le gouvernement fédéral a lancé, en 1997, un programme d'harmonisation des lois et des règlements fédéraux avec le droit civil québécois sans y être obligé constitutionnellement. À la différence des lois bilingues, il n'existe pas, en droit constitutionnel canadien, d'obligation pour le gouvernement fédéral d'adopter et de rédiger des lois bijuridiques. Une première loi omnibus d'harmonisation issue de ce programme a été adoptée en 2001³¹. Le législateur fédéral en a profité pour modifier la *Loi d'interprétation*³² fédérale en y ajoutant des dispositions énonçant les règles d'interprétation en matière de bijuridisme. Les articles 8.1 et 8.2 de la *Loi d'interprétation* mentionnent ce qui suit :

Tradition bijuridique et application du droit provincial

8.1 Le droit civil et la common law font pareillement autorité et sont tous deux sources de droit en matière de propriété et de droits civils au Canada et, s'il est nécessaire de recourir à des règles, principes ou notions appartenant au domaine de la propriété et des droits civils en vue d'assurer l'application d'un texte dans une province, il faut, sauf règle de droit s'y opposant, avoir recours aux règles, principes et notions en vigueur dans cette province au moment de l'application du texte.

Terminologie

8.2 Sauf règle de droit s'y opposant, est entendu dans un sens compatible avec le système juridique de la province d'application le texte qui emploie à la fois des termes propres au droit civil de la province de Québec et des termes propres à la common law des

29. Michel Bastarache et Michel Doucet, *Les droits linguistiques au Canada*, 3^e édition, Montréal, Éditions Yvon Blais Inc., 2013 à la p. 268.

30. RLRQ c. CCQ-1991.

31. *Loi d'harmonisation n° 1 du droit fédéral avec le droit civil*, LC 2001, c. 4 [*Loi d'harmonisation*].

32. LRC 1985, c. I-21.

autres provinces, ou qui emploie des termes qui ont un sens différent dans l'un et l'autre de ces systèmes.

Duality of legal traditions and application of provincial law

8.1 Both the common law and the civil law are equally authoritative and recognized sources of the law of property and civil rights in Canada and, unless otherwise provided by law, if in interpreting an enactment it is necessary to refer to a province's rules, principles or concepts forming part of the law of property and civil rights, reference must be made to the rules, principles and concepts in force in the province at the time the enactment is being applied.

Terminology

8.2 Unless otherwise provided by law, when an enactment contains both civil law and common law terminology, or terminology that has a different meaning in the civil law and the common law, the civil law terminology or meaning is to be adopted in the Province of Quebec and the common law terminology or meaning is to be adopted in the other provinces.

Avant d'entrer dans l'analyse détaillée de ces dispositions, certains éclaircissements s'imposent. Premièrement, l'article 8.1 n'était pas de droit nouveau au moment de son adoption. Il se voulait déclaratoire et avait pour but de rendre compte du droit existant³³. Deuxièmement, ces articles s'appliquent aux lois et

33. Voir à ce sujet le récent jugement *Canada c. Raposo*, [2019] CAF 208 aux para. 24 et 26 [*Raposo*]. Par ailleurs, la Cour suprême du Canada avait, antérieurement à l'adoption de l'article 8.1, reconnu le principe voulant que le droit privé des provinces puisse être appliqué, de manière accessoire, au droit fédéral en vue de solutionner un litige :

« La Cour fédérale est constituée pour la meilleure administration des lois du Canada. Elle n'est pas cependant restreinte à l'application du droit fédéral aux affaires dont elle est saisie. Lorsqu'une affaire relève, de par son « caractère véritable », de sa compétence légale, la Cour fédérale peut appliquer accessoirement le droit provincial nécessaire à la solution des points litigieux soumis par les parties : voir *Kellogg Co. v. Kellogg*, 1941 CanLII 53 (SCC), [1941] R.C.S. 242, un litige concernant des droits de brevet où la Cour fédérale était appelée à examiner l'effet d'un contrat de travail, et voir aussi l'arrêt *McNamara Construction (Western) Ltd. c. La Reine*, précité, où le juge en chef Laskin a proposé que le droit provincial de l'indemnité compensatoire soit appliqué par la Cour fédérale lorsque, par ailleurs, elle a compétence en vertu du droit fédéral. » (*ITO-International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc. et autres*, [1986] 1 R.C.S. 752 aux p. 781-782).

Qui plus est, plusieurs des principes énoncés à l'article 8.1, dont celui de la complémentarité, avaient été préalablement affirmés dans l'affaire St-Hilaire

aux règlements fédéraux que ceux-ci aient été ou non l'objet d'une harmonisation par le ministère fédéral de la Justice. Troisièmement, malgré l'emploi du terme « province » aux articles 8.1 et 8.2, le recours au droit privé prévu à ces règles d'interprétation n'est pas limité à celui des provinces canadiennes. Le droit privé des territoires est également visé par ces dispositions³⁴. La *Loi d'interprétation* prévoit à son article 35 que la notion de « province » dans un texte législatif fédéral comprend, à moins d'indications contraires, les trois territoires canadiens et cette même loi précise à son paragraphe 3(2) que les règles d'interprétation qu'elle contient s'appliquent à ses propres dispositions, donc à ses articles 8.1 et 8.2.

Quatrièmement, la Cour d'appel fédérale affirme dans l'affaire *Bouchard*³⁵ que le fardeau de démontrer la nécessité du recours au droit privé et l'inexistence d'une règle de droit fédéral s'y opposant repose sur la partie qui invoque les articles 8.1 ou 8.2. Prenant autorité sur l'arrêt *Bouchard*, l'auteure Ruth Sullivan affirme le même principe³⁶. Cette affirmation est à mon avis erronée. Les articles 8.1 et 8.2 constituent des règles d'interprétation et par conséquent, font partie du domaine de la connaissance d'office des juges³⁷. La nécessité de recourir au droit privé et l'inexistence d'une règle de droit écartant le droit privé ne reposent pas sur une preuve factuelle ou matérielle, mais bien sur l'examen des règles juridiques applicables. La « connaissance d'office du droit interne procède de la nature même de la fonction judiciaire qui est de dire le droit »³⁸. Ainsi, ce n'est pas à une partie de démontrer l'application des articles 8.1 ou 8.2 à une situation donnée. Ce rôle revient

de la Cour d'appel fédérale dont la trame factuelle précède l'entrée en vigueur de l'article 8.1. (*St-Hilaire, supra* note 28 aux para. 39, 43 à 45 et 51).

34. Malgré que le fondement de la complémentarité ne soit pas le même pour les territoires que pour les provinces, les articles 8.1 et 8.2 s'appliquent aux territoires. Voir à ce sujet, Marie-Claude Gaudreault, *La législation fédérale et le rapport au droit privé dans les territoires canadiens : une question de complémentarité*, Ottawa, ministère de la Justice, 2010. En ligne : <https://www.justice.gc.ca/fra/pr-rp/sjc-csj/harmonization/gaudr/territories/note.html>.

35. *Bouchard c. Canada (Procureur général)*, [2009] CAF 321 au para. 17 [*Bouchard*].

36. *Constructions of Statutes, supra* note 8 à la p. 161.

37. L'article 18 de la *Loi sur la preuve*, LRC 1985, c. C-5, mentionne que sont « admises d'office les lois fédérales, d'intérêt public ou privé, sans que ces lois soient spécialement plaidées ».

38. Léo Ducharme, *Précis de la preuve*, 4^e édition, Montréal, Éditions Wilson & Lafleur, 1993 au para. 83 à la p. 31.

plutôt aux juges, même dans les cas où une partie omet d'en faire mention dans son acte de procédure ou son plaidoyer.

Cinquièmement, les objectifs législatifs visés par les articles 8.1 et 8.2 sont multiples. En plus de clarifier et de favoriser l'utilisation des règles propres à l'interprétation bijuridique, ces articles visent tout d'abord à reconnaître la tradition bijuridique du Canada³⁹ en énonçant l'égalité de traitement entre le droit civil et la common law en tant que sources du droit privé⁴⁰. Ensuite, ils visent à reconnaître le principe de la complémentarité, à savoir que le droit privé constitue le droit supplétif en matière d'application de la législation fédérale dans les provinces et les territoires⁴¹. Ce dernier objectif a été confirmé par la jurisprudence subséquente à l'entrée en vigueur de la première loi d'harmonisation, notamment dans les affaires *Wise* et *Grimard*⁴². Enfin, un autre objectif, peut-être moins ambitieux, mais tout aussi réel, est de reconnaître les techniques de rédaction adoptées par le programme d'harmonisation, tout particulièrement la technique du doublet qui consiste à présenter les termes ou notions propres à chaque système de droit les uns à la suite des autres. Ces objectifs généraux représentent la volonté du législateur et doivent évidemment servir de guide au moment de l'interprétation de la législation fédérale.

L'article 8.1

D'entrée de jeu, l'article 8.1 énonce le principe voulant que le droit civil et la common law soient deux sources de droit privé au Canada qui font pareillement autorité. Plusieurs constatations

39. Stéphane Beaulac, *Précis d'interprétation législative : méthodologie générale, Charte canadienne et droit international*, Montréal, LexisNexis, 2008 à la p. 123.

40. Marie-Noël Pourbaix, « S-4 : un premier projet de loi d'harmonisation » dans ministère de la Justice du Canada, *L'harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil de la province de Québec et le bijuridisme canadien*, Deuxième publication, Fascicule 6, Ottawa, ministère de la Justice du Canada, 2001 à la p. 8.

41. Le préambule de la *Loi d'harmonisation*, *supra* note 31, fait état de cet objectif. Il y est mentionné notamment ceci :

Attendu

[...] que, sauf règle de droit s'y opposant, le droit provincial en matière de propriété et de droits civils est le droit supplétif pour ce qui est de l'application de la législation fédérale dans les provinces ; [...]

42. *Magasins à rayons Peoples inc. (Syndic de) c. Wise*, [2004] 3 R.C.S. 461 au para. 29 ; *9041-6868 Québec Inc. c. Le ministre du revenu national*, [2005] CAF 334 au para. 5 [*9041-6868 Québec Inc.*] et *Grimard c. Canada*, [2009] CAF 47 au para. 24.

peuvent être faites. Tout d'abord, la disposition reconnaît implicitement qu'il peut exister d'autres sources de droit privé outre ces deux traditions juridiques dans le domaine du droit fédéral⁴³. D'autres sources de droit privé existent au Canada et peuvent faire partie du droit fédéral⁴⁴. Ensuite, elle déclare que le droit civil et la common law constituent des autorités équivalentes en matière de droit privé. Cette égalité de principe implique certaines conséquences selon l'auteure Ruth Sullivan :

« Thus, when a reference is made to provincial law in federal legislation, the courts must presume that the text refers to civil law in Quebec and to common law in the rest of Canada. Furthermore, when Parliament enacts a rule or procedure that is meant to apply uniformly across Canada, the courts must presume that the source of this uniform law is likely to have been civil law as common law. »⁴⁵

Toutefois, cette règle d'égale autorité n'a pas un statut constitutionnel contrairement à celle inscrite au paragraphe 18(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*⁴⁶ en matière de lois bilingues.

Ensuite, la disposition prévoit la règle d'interprétation qui met en œuvre le principe de la complémentarité du droit privé. La règle stipule qu'il faut avoir recours aux règles, principes et notions de droit privé en vigueur dans une province lorsqu'« il est nécessaire » d'y recourir « en vue d'assurer l'application d'un texte » dans une province. Comme première condition, il faut donc appliquer un « texte » dans une province ou un territoire. Le paragraphe 2(1) de la *Loi d'interprétation* définit la notion de texte comme étant une loi ou un règlement fédéral (en tout ou en partie). Par la suite, il doit y avoir nécessité de recourir aux règles, notions et principes provinciaux ou territoriaux. Cet élément est plus difficile à cerner.

43. Henry Molot, « Article 8 du projet de loi S-4 : modification de la Loi d'Interprétation » dans ministère de la Justice du Canada, *L'harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil de la province de Québec et le bijuridisme canadien*, Deuxième publication, Fascicule 6, Ottawa, ministère de la Justice du Canada, 2001 à la p. 15 [Molot].

44. Ruth Sullivan cite notamment comme autres sources de droit privé au Canada celles-ci : le droit privé international, le droit autochtone, le droit privé étranger et le droit privé d'origine purement fédéral. (Ruth Sullivan, « The Challenges of Interpreting Multilingual, Multijural Legislation » (2004) 29:3 *Brooklyn Journal of International Law* 985 à la p. 1039) [*The Challenges*].

45. *Constructions of Statutes*, supra note 8 à la p. 157.

46. *Charte canadienne*, supra note 6.

Il y aura nécessité lorsque le texte fédéral ne peut se comprendre, s'appliquer ou résoudre un litige d'une manière adéquate sans le concours des règles de droit privé des provinces et des territoires. Ainsi, la nécessité se justifie par le fait que le droit fédéral, ne constituant pas un ensemble complet de règles, doit puiser à même le droit civil et la common law. En fait, tel que le libellé de l'article 8.1 l'indique, la nécessité est intimement liée à l'objectif concret d'assurer l'application du texte fédéral dans une province ou un territoire. Comme le décrit bien Ruth Sullivan discutant de l'approche adoptée par le juge Décary dans l'affaire *St-Hilaire*⁴⁷ :

« The key factor is not the public or private nature of the federal legislation, but the nature of the problem facing the court. If it involves a private law matter and the federal legislation does not provide a complete solution, then as a matter of practical necessity the interpreter must look to provincial private law, which is civil law in the case of Quebec. »⁴⁸

Cette approche fonctionnelle et pratique semble avoir été adoptée par les tribunaux. Ceux-ci cherchent avant tout à déterminer, *in concreto*, si le recours au droit privé s'avère nécessaire aux cas qui se présentent devant eux sans chercher véritablement à interpréter le libellé de l'article 8.1. Il appert donc que cet examen de la nécessité exige une première étape interprétative. La disposition fédérale doit être interprétée pour déterminer si le recours au droit privé provincial ou territorial s'avère nécessaire⁴⁹. À mon avis, cette interprétation doit se faire au moyen des règles usuelles d'interprétation, en privilégiant la méthode téléologique et contextuelle comme l'enseigne la Cour suprême du Canada.

Citant la *Loi d'interprétation*, plusieurs décisions ont eu recours au droit provincial pour appliquer ou interpréter une disposition fédérale⁵⁰. Toutefois, dans plusieurs autres décisions,

47. *St-Hilaire*, *supra* note 28.

48. *Constructions of Statutes*, *supra* note 8 à la p. 160.

49. Aline Grenon, « Le bijuridisme canadien à la croisée des chemins ? Réflexions sur l'incidence de l'article 8.1 de la Loi d'interprétation » (2011) 56:4 *Revue de droit McGill* 775 à la p. 789 [*Le bijuridisme canadien*].

50. Parmi celles-ci, il y a les décisions suivantes : *Banque de Montréal c. Innovation Credit Union*, [2010] 3 R.C.S. 3 aux para. 31-32 ; *Magasins à rayons Peoples inc. (Syndic de) c. Wise*, [2004] 3 R.C.S. 461 au para. 29 ; *Wolf c. Canada*, [2002] CAF 96 au para. 102 et *Raposo*, *supra* note 33 aux para. 27 et 28. Dans l'arrêt *D.I.M.S. Construction Inc. (Syndic de) c. Québec (Procureur général)*, [2005] 2 R.C.S. 564 au

il a été déterminé qu'il n'était pas nécessaire d'y recourir. Il en a été jugé ainsi lorsque la loi fédérale établissait un code exhaustif et unifié sur une matière et qu'elle se suffisait à elle-même⁵¹. Les cours ont aussi statué que l'article 8.1 ne trouvait pas application lorsqu'une règle jurisprudentielle interprétant une disposition fédérale était en mesure de résoudre un litige⁵² ou lorsque l'existence d'une règle dans une loi fédérale écartait la nécessité d'avoir recours au droit privé⁵³. Outre ces exemples jurisprudentiels, il y a d'autres situations évidentes où il ne serait pas nécessaire de recourir au droit privé. La référence à un concept de droit public rend évidemment inapplicable l'article 8.1, tout comme d'ailleurs la référence à un concept ayant un sens ordinaire⁵⁴ dans les deux versions linguistiques. Dans ce dernier cas, le principe de l'interprétation bilingue pourrait entrer en jeu, mais pas celui de l'interprétation bijuridique. La même conclusion peut être tirée dans les cas où la disposition fédérale renvoie à un concept du droit international, à un concept de droit privé lié exclusivement à une compétence fédérale ou à une notion *sui generis* de droit privé, comme cela existe en droit autochtone. Il y a ensuite, tous les cas de dissociation, c'est-à-dire les cas où le fédéral exprime, de quelque manière que ce soit, sa préférence de ne pas appliquer une règle du droit privé des provinces ou des territoires. L'inclusion dans un texte législatif d'une définition d'un terme habituellement associé au droit privé dont le contenu se distingue du concept correspondant de droit civil ou de common law constitue un exemple de dissociation. La présence d'une clause expresse qui a pour effet de rendre inapplicable le droit provincial ou territorial en est un autre. L'incorporation par renvoi d'une règle de droit étranger s'avère un autre moyen pour le fédéral de se dissocier du droit privé provincial ou territorial, tout comme l'établissement d'une règle uniforme à travers le Canada pour éviter l'application asymétrique

para. 34, la cour a recours au droit civil québécois, mais elle ne cite pas l'article 8.1. Elle cite seulement la première loi d'harmonisation.

51. *Canada 3000 Inc., Re ; Inter-Canadien (1991) Inc. (Syndic de)*, [2006] 1 R.C.S. 865 aux para. 78 à 82.
52. *Amateur Youth Soccer Association c. Canada (Agence du revenu)*, [2007] 3 R.C.S. 217 aux para. 32 à 40.
53. *Québec (Procureur général) c. Canada (Ressources humaines et Développement social)*, [2011] 3 R.C.S. 635 aux para. 27-28 ; *Bouchard*, *supra* note 35 aux para. 17 à 25 et *Miller c. Canada*, [2019] CAF 61 aux para. 24 à 27.
54. Philippe Denault aborde cette question dans son ouvrage. Voir Philippe Denault, *La recherche d'unité dans l'interprétation du droit privé fédéral : Cadre juridique et fragments du discours judiciaire*, Montréal, Les éditions Thémis, 2008 à la p. 109 [Denault].

d'une norme dans les diverses provinces et territoires. La règle uniforme choisie pourrait être neutre, c'est-à-dire purement fédérale. Le fédéral pourrait s'inspirer ou même reproduire un terme ou un concept en vigueur dans une des deux traditions juridiques. Dans ce dernier cas, il s'agirait d'un cas de dissociation partielle.

Le recours aux règles, principes ou notions peut tout autant être mis en échec par la clause limitative prévue à l'article 8.1 exprimée dans la formule « sauf règle de droit s'y opposant ». Une première question qui se pose relativement à cette clause est de déterminer quel est le sens de l'expression « règle de droit »⁵⁵. C'est que le terme *law* est utilisé dans la même formule à la version anglaise. Est-ce que la règle de droit doit impérativement se trouver dans une loi écrite ou elle peut provenir d'une autre source juridique comme la jurisprudence par exemple⁵⁶ ? Une interprétation littérale des termes « règle de droit » et *law* n'exclut pas a priori le précédent jurisprudentiel. Compris dans leur sens général, ces termes sont susceptibles de référer à toute norme juridique faisant partie du droit positif⁵⁷, y compris les règles d'origine juris-

55. Robert Leckey, « Rhapsodie sur la forme et le fond de l'harmonisation » (2010) 52(1) *C. de D.* 3 aux p. 39-40.

56. Une majorité d'auteurs sont d'avis que la clause limitative n'inclurait pas les règles issues de la jurisprudence. Voir notamment parmi ceux-ci : *Le droit de l'interprétation bilingue*, supra note 7 à la p. 148 ; Denault, supra note 54 aux p. 78-79 (note 209) ; Molot, supra note 43 aux p. 20-21 ; Pierre Archambault, « Contrat de travail : pourquoi Wiebe Dorr Services Ltd. ne s'applique pas au Québec et par quoi on doit le remplacer » dans *L'harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil québécois et le bijuridisme canadien – Deuxième recueil d'études en fiscalité (2005)* », Ottawa, ministère de la Justice du Canada, 2005, 2 aux p. 2:16 à 2:18 et David G. Duff, « La loi de l'impôt sur le revenu et le droit privé au Canada : Complémentarité, dissociation et bijuridisme » (2003) 61:1 *Revue fiscale canadienne* 64 aux p. 117-118. Aline Grenon abonde dans un sens inverse invoquant l'interprétation large des mêmes termes qu'a faite la Cour suprême du Canada de l'article 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Voir Aline Grenon, « The Interpretation of Bijural or Harmonized Federal Legislation: *Schreiber v. Canada (AG)* » (2005) 84:1 *Revue du Barreau Canadien* 131 aux p. 146-147 [*The interpretation of bijural*].

57. Gérard Cornu définit la règle de droit comme désignant « toute norme juridiquement obligatoire (normalement assortie de la contrainte étatique), quels que soient sa source (règle légale, coutumière), son degré de généralité (règle générale, spéciale), sa portée (règle absolue, rigide, souple, etc.) » ; en ce sens, l'exception aussi est une règle ». (Gérard Cornu, *Vocabulaire juridique*, 6^e édition, Paris, Presses universitaires de France, 2004 aux p. 774-775). Tandis que *law* entendu dans un sens général est susceptible de renvoyer au même concept. Dans le *Dictionary of Canadian Law*, le terme *law* peut, en outre, être défini comme suit : « In its general sense, refers to all the rules which govern society and are enforceable through the judicial or administrative systems. Law in this general sense is comprised of

prudentielle. Ceci étant, un examen du contexte⁵⁸ et de l'objet de l'article 8.1 milite plutôt en faveur d'une interprétation restrictive de la clause limitative. Il peut être soutenu que l'objectif de cette clause était de réaffirmer le pouvoir qu'a le fédéral d'éviter le renvoi aux droits privés provinciaux et territoriaux par une intervention législative ou réglementaire lorsqu'il le juge à propos⁵⁹, notamment pour assurer l'application uniforme d'une norme fédérale. Il serait étonnant que le législateur ait voulu confier au pouvoir judiciaire un rôle proactif à cet égard.

D'ailleurs, dans une décision récente, l'affaire *Raposo*⁶⁰, la Cour d'appel fédérale conclut que la notion de « règle de droit » aux articles 8.1 et 8.2 exclut la règle jurisprudentielle. Selon le tribunal, la mise à l'écart de l'exercice de la complémentarité par une règle d'origine jurisprudentielle serait incompatible avec la lettre et l'esprit de l'article 8.1. La cour précise, en outre, que « de donner priorité à des règles jurisprudentielles émanant de la common law pour l'application au Québec d'une disposition législative fédérale, sans que le Parlement l'ait clairement requis », irait à l'encontre du principe de l'égalité autorité entre le droit civil et la common law, du principe de complémentarité ainsi que des principes énoncés dans le préambule de la première *Loi d'harmonisation*⁶¹.

Quoi qu'il en soit, il n'y a pas lieu de s'attarder outre mesure sur le débat entourant le sens à donner aux termes « règle de droit » et *law* de la clause limitative, car une règle de droit d'origine jurisprudentielle interprétant une disposition fédérale pourrait toujours empêcher l'application de l'article 8.1 au motif qu'il ne serait pas nécessaire de recourir aux règles, principes et notions du droit privé.

the written and unwritten Constitution, federal and provincial statutes and the "judge-made" common law and equity ». (Daphne A. Dukelow, *The Dictionary of Canadian Law*, 4th edition, Toronto, Carswell, 2011 à la p. 715).

58. Au niveau du contexte, l'existence à l'article 8.1 d'une première condition à l'application du droit privé provincial ou territorial, soit la nécessité d'y recourir, ainsi que l'application large de la dérogation générale au paragraphe 3(1) de la *Loi d'interprétation fédérale* militent également en faveur d'une interprétation restrictive de la clause limitative.

59. Philippe Denault tient un propos similaire concernant la clause inscrite aux articles 8.1 et 8.2 dans son livre : « c'est sans doute pour plus de certitude et pour bien marquer la prépondérance fédérale qu'elle a été apposée syntaxiquement ». Denault, *supra* note 54 à la p. 78 (note 209).

60. *Raposo*, *supra* note 33.

61. *Ibid.* au para. 48.

Par ailleurs, l'opinion selon laquelle la règle de droit s'opposant au recours au droit privé doit être expresse pour activer la clause limitative semble prédominante. Invoquant l'économie de la *Loi d'interprétation* et tout particulièrement son paragraphe 3(1), la Cour d'appel fédérale, toujours dans l'affaire *Raposo*, abonde dans ce sens :

[43] [...] L'appelante a raison de souligner que ces deux dispositions prévoient explicitement la possibilité pour le législateur fédéral d'écarter le recours au droit provincial (par l'usage des termes « sauf règle de droit s'y opposant »). En revanche, l'appelante ne m'a pas convaincu que ce résultat peut être atteint de façon implicite [...].

[...]

[45] [...] Le paragraphe 3(1) de la *Loi d'interprétation* ne prescrit pas d'exigences particulières pour mettre de côté les règles, principes et définitions énoncés à cette loi. Il suffit d'une « indication contraire » (« contrary intention ») dans une loi ou un règlement pour que les règles générales de la *Loi d'interprétation* ne trouvent pas application. Une indication contraire peut se déduire de la lecture d'un texte législatif ou réglementaire dans son contexte, et ce même en l'absence de mots qui énoncent explicitement une telle intention [...].

[46] Cette absence de formalisme doit être contrastée avec le langage retenu par le législateur aux articles 8.1 et 8.2 de la *Loi d'interprétation*. Il ne suffit plus, en effet, qu'une indication contraire se dégage d'un texte pour que le principe de complémentarité soit écarté. Il faut, plutôt, qu'une « règle de droit » s'y opposant soit utilisée par le législateur. Si ce dernier ne parle pas pour ne rien dire, il faut nécessairement déduire de l'utilisation de ces termes une exigence plus rigoureuse pour écarter le droit supplétif provincial. [...] ⁶²

La plupart des auteurs sont également d'avis que seule une règle de droit explicite est susceptible d'écarter l'application du droit privé⁶³. Ainsi, il appert que l'intention de déroger au droit privé doit être clairement exprimée, ce qui diverge des

62. *Ibid.* aux para. 45-46.

63. Voir notamment *Molot*, *supra* note 43 aux p. 20-21 ; *Constructions of Statutes*, *supra* note 8 à la p. 167 ; *Denault*, *supra* note 54 aux p. 93-94 ; *Le bijuridisme canadien*, *supra* note 49 à la p. 767. Pour un avis à l'effet contraire voir France Allard, « La disposition préliminaire du *Code civil du Québec*, l'idée de droit commun et le rôle du Code en droit fédéral » (2009) 88 *Revue du Barreau Canadien* 275 aux p. 302-303 [Allard].

situations donnant ouverture à l'exception générale prévue au paragraphe 3(1) de la *Loi d'interprétation* qui stipule que, « sauf indication contraire », cette loi s'applique à tous les textes. Henry Molot est même d'avis que cette exception générale ne peut être invoquée lorsque l'article 8.1 ou 8.2 trouve application⁶⁴. Chose certaine, il faut une règle de droit qui s'oppose (« *otherwise provided* »), donc qui soit en contradiction avec la possibilité de recourir au droit privé. Ainsi, cette clause limitative devrait être plus rarement invoquée pour priver d'application l'article 8.1 que la non-nécessité évoquée un peu plus tôt qui ne requiert pas la présence d'une règle de droit ou d'être exprimée d'une manière sans équivoque.

Quant au sens que peut avoir l'expression « règles, principes ou notions appartenant au domaine de la propriété et des droits civils » à l'article 8.1, il y a peu à dire si ce n'est qu'elle semble d'application large. Tout principe, règle ou concept lié au droit privé des provinces et des territoires semble être visé, peu importe son origine ou sa nature. Ceux-ci peuvent donc être issus de diverses sources juridiques comme la loi, la jurisprudence, la doctrine, les principes non écrits ou la coutume. Il semble, cependant, que ces règles, principes ou notions doivent avoir atteint une certaine reconnaissance ou autorité dans l'environnement de droit privé de la province ou du territoire concerné, considérant qu'ils doivent appartenir au domaine de la propriété et des droits civils.

Enfin, une fois toutes les conditions précédentes remplies, il faut avoir recours aux règles, principes et notions « en vigueur dans cette province au moment de l'application du texte ». Cet énoncé indique que les concepts ou règles de droit privé auxquels il faut référer sont ceux applicables non pas au moment de l'adoption de la disposition fédérale, mais bien au moment où le texte est appliqué⁶⁵. Le renvoi aux règles, principes et notions du droit privé a donc un caractère ambulatorie⁶⁶. Cette application dynamique s'avère nécessaire compte tenu du simple fait que le contenu des règles et concepts du droit privé n'est pas figé et change avec le temps.

64. Molot, *supra* note 43 à la p. 21.

65. *Ibid.* à la p. 17.

66. Allard, *supra* note 63 à la p. 300.

L'article 8.2

Pour ce qui est maintenant de l'article 8.2, son « objet consiste à assurer un arrimage conceptuel entre les termes et les expressions employés dans les lois fédérales et le droit privé provincial »⁶⁷. Contrairement à la règle d'interprétation à l'article 8.1, qui met l'accent sur l'application à titre supplétif des concepts et règles du droit provincial et territorial au droit fédéral, l'article 8.2 se concentre sur le sens que revêt l'emploi exprès de termes de droit civil et de common law dans la législation fédérale. L'article 8.2 vise deux situations particulières, à savoir un texte fédéral qui utilise à la fois des termes propres au droit civil et à la common law ou qui emploie des termes qui ont un sens différent dans l'une et l'autre des traditions⁶⁸. Le premier cas d'application fait notamment référence à la technique du doublet⁶⁹. Un exemple de doublet se trouve dans les paires de termes « droit ou intérêt » et *interest or right*, qui s'avèrent très fréquentes dans la législation fédérale. L'emploi des termes « fiducie » et *trust* constitue un exemple du deuxième cas d'application⁷⁰. Dans chacune de ces situations, un texte qui utilise une telle terminologie juridique doit être entendu dans un sens compatible avec le système juridique de la province ou du territoire d'application.

L'application de l'article 8.2 est néanmoins limitée, comme l'est celle de l'article 8.1, par l'existence d'une règle de droit s'y opposant. Les commentaires formulés précédemment sont applicables à la clause limitative prévue à l'article 8.2. Précisons, par contre, que l'article 8.2 ne contient pas, à l'instar de l'article 8.1, la limite liée à la nécessité du renvoi au droit provincial. Il appert donc que

67. Côté, *supra* note 22 à la p. 403.

68. Pour une application jurisprudentielle de l'article 8.2, voir l'arrêt de la Cour d'appel du Québec *Salaberry-de-Valleyfield (Ville de) c. Lavigne*, 2014 QCCA 937 aux para. 35 et 36 [Salaberry].

69. Il peut être soutenu que ce premier cas d'application ne fait pas référence seulement au doublet. Le texte de loi qui utilise, par exemple, la paire semi-bijuridique « biens meubles » / *personal property* (où le terme français renvoie au droit civil et le terme anglais renvoie à la common law), pourrait aussi constituer un texte qui emploie à la fois des termes propres au droit civil et à la common law au sens de l'article 8.2.

70. Le régime des fiducies du droit civil diffère de celui des juridictions de common law. Pour un aperçu des différences entre ces deux régimes voir Stéphane Beaulac et Jean-François Gaudreault-Desbiens, *Droit civil et common law : convergences et divergences*, Montréal, Les éditions Thémis, 2017 aux p. 71 et ss. [Beaulac et Gaudreault-Desbiens].

l'application de l'article 8.2 s'avère un peu plus automatique ou mécanique que celle de l'article 8.1 puisque, à moins qu'une règle de droit expresse s'oppose à son application, la présence d'une terminologie de droit civil et de common law dans les cas spécifiés suffit à faire entrer en jeu la règle d'interprétation. À l'opposé, la règle d'interprétation à l'article 8.1 est plus flexible sur un point. Le recours à une notion ou un principe du droit privé ne passe pas nécessairement par la présence d'une terminologie propre au droit civil ou à la common law. Discutant des interactions entre les articles 8.1 et 8.2, c'est à cette conclusion qu'en vient Henry Molot :

« Bien que la condition d'application de l'article 8.2 soit l'emploi dans un texte fédéral de termes du droit civil, de la common law ou de ces deux systèmes de droit, le recours à pareils termes peut vouloir dire que le texte en cause renvoie à une règle, une notion ou un principe provincial relatif à la propriété et aux droits civils. Il n'est pas absolument nécessaire, par contre, qu'un texte fédéral renferme de tels termes pour que cette partie de l'article 8.1 reçoive application. »⁷¹

Par ailleurs, la règle d'interprétation à l'article 8.1 est susceptible de s'appliquer à une disposition fédérale unijuridique, c'est-à-dire référant uniquement à l'une ou l'autre des traditions juridiques. Un recours au droit provincial ou territorial sera alors possible même si la disposition n'est pas bijuridique. Tel n'est pas le cas toutefois pour l'article 8.2 qui, compte tenu de son libellé, ne peut être appliqué que si une disposition énonce des termes propres aux deux traditions⁷².

PARTIE III – CONFUSION AUTOUR DES PRINCIPES D'INTERPRÉTATION BILINGUE ET BIJURIDIQUE

Malgré l'adoption des articles 8.1 et 8.2 de la *Loi d'interprétation* fédérale, une certaine confusion demeure dans le milieu juridique canadien quant à l'application ainsi qu'à la portée des principes d'interprétation bilingue et bijuridique lorsqu'ils sont susceptibles d'interagir ou d'entrer en conflit. Plusieurs facteurs peuvent expliquer une telle confusion. Tout d'abord, la méthode d'interprétation bijuridique est moins connue que la méthode

71. Molot, *supra* note 43 aux p. 17-18.

72. *Constructions of Statutes*, *supra* note 8 à la p. 158.

d'interprétation bilingue. Cette dernière a été davantage discutée par les auteurs et les tribunaux au cours des années, contrairement à sa « sœur » bijuridique qui dispose d'une reconnaissance plus récente. À cet égard, les articles 8.1 et 8.2 n'ont pas fait l'objet d'une interprétation élaborée par les tribunaux. À ce jour, peu de décisions ont analysé de manière substantielle ces articles ainsi que leur raison d'être⁷³. Lorsqu'ils appliquent ces articles, les tribunaux ne font souvent que les citer. Leur analyse est habituellement très sommaire. Certains tribunaux préfèrent même les passer sous silence malgré le fait que la nature du litige suggère leur application⁷⁴. Le champ d'application limité de l'interprétation bijuridique pourrait aussi expliquer sa faible notoriété. Elle n'entre en jeu qu'en contexte de législation fédérale lorsqu'une de ses dispositions renvoie à des concepts de droit privé ou utilise une terminologie propre aux deux traditions juridiques.

Un autre facteur à considérer est la réticence de certains praticiens du droit à reconnaître que le droit fédéral, lorsqu'il touche à des matières relevant du droit privé, puisse avoir une application asymétrique selon la province ou le territoire d'application. De façon générale, le droit fédéral s'applique uniformément à travers le pays et il peut sembler, à première vue, qu'une telle asymétrie va à l'encontre de la politique législative d'application uniforme habituellement recherchée par le législateur fédéral. En conséquence, certains pourraient privilégier l'utilisation du principe de l'interprétation bilingue au détriment du principe de l'interprétation bijuridique en raison du fait que le premier, à l'opposé du second, implique, par définition, l'examen d'une règle fédérale dont on vise à déterminer le sens unique et commun.

Le nombre relativement limité de juristes cumulant une formation en droit civil et en common law au Canada pourrait aussi expliquer en partie la méconnaissance du principe d'interprétation bijuridique. Même si de plus en plus de professionnels du droit possèdent une double formation, leur nombre demeure insuffisant pour créer un environnement juridique dans lequel le bijuridisme puisse rayonner. Comment un juriste civiliste ou de common law

73. Le jugement récent *Canada c. Raposo*, [2019] CAF 208 est l'exception à la règle. Il discute abondamment des articles 8.1 et 8.2.

74. C'est à ces constats qu'en vient Aline Grenon dans un article où elle analyse de manière détaillée le traitement jurisprudentiel des articles 8.1 et 8.2. (*Le bijuridisme canadien, supra* note 49 aux p. 810 à 813).

pourrait-il connaître tous les concepts de droit privé ainsi que la terminologie propres à l'autre tradition juridique, et ainsi être en mesure d'appliquer la méthode d'interprétation bijuridique, s'il n'a pas eu accès à un enseignement enrichi de cet autre système juridique ? Dans les faits, le domaine très spécialisé du droit comparé connu sous le nom de « bijuridisme » est pratiqué par seulement quelques avocats au pays. À l'exception des initiatives prises par le gouvernement fédéral, le bijuridisme est peu promu et vulgarisé. Bref, dès qu'une question d'interprétation surgit à l'égard d'une disposition d'un texte législatif bilingue, le réflexe du juriste semble être de recourir au principe d'interprétation bilingue davantage connu et mieux défini par la jurisprudence. Par contre, en contexte de législation fédérale, l'interprète devrait être prudent avant de recourir systématiquement à ce principe d'interprétation, car une disposition bilingue peut également cacher une disposition sujette à l'interprétation bijuridique. Dans ces cas, nous pouvons nous demander s'il est possible de réconcilier les deux principes ou si un principe devrait plutôt avoir préséance sur l'autre.

L'arrêt *Schreiber*

Une décision judiciaire qui témoigne de cette confusion entre les deux principes d'interprétation est l'arrêt *Schreiber*⁷⁵ de la Cour suprême du Canada, rendu en 2002, sous la plume du juge LeBel. Dans cette cause, l'homme d'affaires allemand Karlheinz Schreiber intente un recours en dommages-intérêts contre l'Allemagne, qui désire l'extrader, en raison des dommages corporels qu'il aurait subis lors de son arrestation et sa détention provisoire au Canada. Un des arguments soulevés par l'appelant devant la Cour suprême porte sur l'exception à l'immunité des États prévue à l'alinéa 6a) de la *Loi sur les immunités des États*⁷⁶ qui stipulait ceci au moment des faits reprochés :

6 L'État étranger ne bénéficie pas de l'immunité de juridiction dans les actions découlant :

a) des décès ou **dommages corporels** survenus au Canada ;

[...]

75. *Schreiber c. Canada (Procureur général)*, [2002] 3 R.C.S. 269 [*Schreiber*].

76. LRC 1985, c. S-18.

6 A foreign state is not immune from the jurisdiction of a court in any proceedings that relate to

(a) any death or **personal injury**, or

[...]

Schreiber plaide que la souffrance morale, la privation de liberté ainsi que l'atteinte à la réputation qu'il a subies doivent être assimilées à un dommage corporel (*personal injury* à la version anglaise) au sens de l'alinéa 6a) et donc qu'il y a exception à l'immunité de l'Allemagne. S'appuyant sur la jurisprudence canadienne ayant interprété l'alinéa 6a), la cour conclut que la notion de *personal injury* à la version anglaise vise, de manière générale, uniquement le dommage physique, mais peut également englober des « cas où la souffrance morale et les troubles émotifs sont liés à un préjudice physique »⁷⁷. Elle affirme, ensuite, que cette interprétation est conforme à la doctrine ainsi qu'aux sources secondaires du droit international.

La cour en vient à une interprétation différente quant à la notion de dommages corporels à la version française. En se basant sur les dispositions du *Code civil du Québec* ainsi que la jurisprudence et la doctrine pertinentes du droit civil québécois, elle interprète cette notion comme étant strictement limitée au préjudice physique. Elle statue donc de la manière suivante : « Bien que les mots « death » et « personal injury » de la version anglaise laissent entrevoir la possibilité que l'exception de l'alinéa 6a) englobe des dommages autres que physiques, la notion de droit civil de « dommages corporels » dans la version française de cet alinéa exclut cette possibilité »⁷⁸. Compte tenu de cette disparité de sens entre les deux versions linguistiques, la cour se tourne alors vers la méthode d'interprétation bilingue pour trouver le sens commun applicable à la règle prévue à l'alinéa 6a). Réaffirmant la règle d'interprétation téléologique et contextuelle ainsi que les principes qui gouvernent l'interprétation de textes bilingues, notamment la règle voulant qu'en cas d'ambiguïté le sens commun se trouve généralement dans la disposition qui a un sens plus restreint, la

77. Schreiber, *supra* note 75 au para. 42.

78. *Ibid.* au para. 65.

cour⁷⁹ en vient à la conclusion que le texte français reflète mieux le sens commun désiré par le législateur :

« En l'espèce, le texte français, qui établit que l'exception à l'immunité des États est le décès ou les dommages corporels, s'avère, comme on le constatera, plus clair et plus restrictif que le texte anglais qui utilise les termes « death » et « personal injury ». Suivant les principes d'interprétation des lois bilingues, le texte français reflète le mieux l'intention commune que le législateur a voulu exprimer dans les deux versions. »⁸⁰

Considérant l'interprétation qu'elle donne des termes *personal injury* et « dommages corporels », la cour rejette l'argument de l'appelant fondé sur l'exception inscrite à l'alinéa 6a). Toutefois, avant de conclure, elle ajoute une précision lourde de conséquences, indiquant la marche à suivre pour les cours de justice en matière d'interprétation des lois bilingues et bijuridiques :

« En vertu des principes régissant l'interprétation des lois bilingues de conception bijuridique, lorsqu'il y a une différence entre le texte français et le texte anglais, la Cour doit chercher à déterminer l'intention du législateur compatible avec les deux versions et tendant à les concilier. Cette opération intellectuelle est essentiellement la découverte des concepts essentiels qui paraissent sous-tendre la disposition à interpréter et qui en reflètent le mieux l'objet, au vu de son contexte propre. »⁸¹

Plusieurs commentaires peuvent être formulés sur l'analyse effectuée par la Cour suprême du Canada. La cour applique la

79. Dans son jugement, la cour discute aussi de l'argument de l'appelant selon lequel l'ajout, l'année précédente, de la notion de *bodily injury* à celle de *personal injury* à l'alinéa 6a) est venu clarifier le fait que cette dernière expression a un sens plus large que *bodily injury* et que sa portée va au-delà du préjudice physique. L'appelant plaide qu'autrement, cela irait à l'encontre de la présomption interprétative voulant que les termes d'une loi ne soient généralement pas considérés comme redondants. La cour rejette la thèse de l'appelant signalant que la modification a été faite dans le cadre de la première loi d'harmonisation et que l'ajout des termes *bodily or* à l'alinéa 6a) avait pour but de « préciser la portée limitée de l'exception pour les civilistes anglophones en utilisant des termes mieux adaptés à la tradition de droit civil ». Elle précise qu'il s'agissait là d'une illustration de la technique d'harmonisation du doublet simple. Elle en profite pour souligner au passage que la redondance est « inhérente » à l'harmonisation du droit civil et de la common law avec la législation fédérale. (*Ibid.* aux para. 69 à 72).

80. *Ibid.* au para. 57.

81. *Ibid.* au para. 78.

règle de l'interprétation bilingue à une situation qui commandait plutôt une utilisation du principe de l'interprétation bijuridique⁸². Lorsqu'un juge interprète des termes dans une loi fédérale bilingue qui renvoient à des règles, principes ou notions appartenant au droit privé d'une province ou d'un territoire, il doit éviter le piège que constitue l'interprétation bilingue et plutôt se tourner, du moins dans un premier temps, vers le principe d'interprétation bijuridique pour déterminer le sens des termes visé. Comme le souligne Pierre-André Côté :

« Par conséquent, les principes d'interprétation applicable aux lois fédérales bijuridiques diffèrent de ceux qui guident l'interprétation des autres lois bilingues *unijuridiques*. Avant d'envisager le sens commun des versions française et anglaise de la loi, l'interprète devrait appliquer les principes énoncés aux articles 8.1 et 8.2 de la Loi d'interprétation fédérale et faire appel, le cas échéant, aux notions, principes ou règles en vigueur en droit privé provincial. »⁸³

La Cour suprême avait à interpréter les termes (*personal injury* et dommages corporels) de l'alinéa 6a) de la *Loi sur l'immunité des États* qui réfèrent à des concepts de droit privé. Ainsi, la cour aurait dû en venir à la conclusion, en vertu de la règle d'interprétation bijuridique, que les termes employés renvoyaient aux concepts propres au droit de la responsabilité civile délictuelle dans la juridiction de common law de l'Ontario⁸⁴ en vigueur au moment de la survenance des faits de l'affaire. En lisant le jugement, on ne sait pas si la cour est d'avis que la notion de *personal injury* renvoie à un concept de droit privé ou même si celle-ci est de nature juridique. Elle cite de nombreuses sources doctrinales et jurisprudentielles de common law canadienne, mais n'évoque jamais explicitement que cette notion en est une de droit privé. Étrangement, en ce qui concerne les termes « dommages corporels » à la version française, elle n'hésite pas à les qualifier de notion du droit civil passant du même coup sous silence leur signification en common law en français. C'est peut-être en raison de cette non-qualification juridique des termes *personal injury* que découle son

82. Voir à ce propos les commentaires de Ruth Sullivan dans *Constructions of Statutes*, *supra* note 8 à la p. 137.

83. Côté, *supra* note 22 à la p. 404. Aline Grenon affirme, quant à elle, que les règles d'interprétation relatives à la législation bijuridique devraient avoir préséance. (*Le bijuridisme canadien*, *supra* note 49 à la p. 790).

84. Les faits à l'origine du recours de Schreiber ont eu lieu en Ontario.

choix d'appliquer la règle d'interprétation bilingue. Mais on ne le sait pas vraiment puisqu'elle demeure silencieuse sur la question.

Ceci étant dit, elle aurait pu aussi refuser d'appliquer les règles d'interprétation bijuridique au motif qu'il n'était pas nécessaire de recourir, dans ce cas-ci, aux concepts de droit privé des provinces puisque les termes *personal injury* / dommages corporels avaient pour source le droit international⁸⁵. Mais pour arriver à une telle conclusion, elle se devait, tout d'abord, de discuter des principes de l'interprétation bijuridique. Dès que l'interprétation nécessite l'analyse d'un terme ayant toute l'apparence d'avoir un sens juridique de droit privé dans un contexte de législation fédérale, on ne peut exclure d'emblée, comme elle l'a fait, l'application de la méthode d'interprétation bijuridique.

Considérant que la cour était au fait de la proposition d'harmonisation adoptée un an plus tôt sur ces mêmes termes, son silence complet sur les articles 8.1 et 8.2 est difficilement compréhensible⁸⁶ et ne fait qu'accentuer la confusion existante entre les principes d'interprétation bilingue et bijuridique. Mais il y a pire. La cour ne s'est pas contentée de rester silencieuse sur ces articles. Elle a statué, de manière explicite, que la règle du sens commun s'appliquait dans l'interprétation de la législation bilingue et bijuridique créant ainsi un précédent douteux sur le plan juridique. Puisqu'il s'agit de la Cour suprême du Canada, cette règle, peu importe sa valeur intrinsèque, possède une forte autorité en droit. Quoique la jurisprudence subséquente ne l'ait pas appliquée de manière générale⁸⁷, la Cour suprême du Canada n'est jamais revenue sur son bien-fondé de sorte que l'état du droit sur cette question demeure nébuleux et est pavé d'incertitudes⁸⁸. L'occasion était pourtant offerte à la cour de remettre les pendules

85. *The Challenges*, *supra* note 44 aux p. 1048-1049.

86. Même si les faits de l'affaire *Schreiber* remontaient à 1999, le principe de l'interprétation bijuridique était préexistant à l'entrée en vigueur des articles 8.1 et 8.2 de la *Loi d'interprétation* en 2001. (Voir *supra* note 33).

87. Le raisonnement de *Schreiber* a néanmoins été suivi dans les affaires *Saraglou c. Canada (Receiver General)*, 2012 QCCS 602 aux para. 61 à 65 et *Islamic Republic c. Hashemi*, 2012 CQCA 1449 aux para. 73 à 82.

88. Il n'est donc pas surprenant qu'un auteur ait invoqué l'arrêt *Schreiber* comme argument afin d'écarter l'application d'un concept de droit privé dans un contexte fiscal. Voir Robin Schwill, « Stay Tuned: Legal Issues in the Canwest Media Restructuring » (September 2011) 27 *Banking & Finance Law Review* 73 à la p. 83.

à l'heure dans l'affaire *Caisses populaires de l'est de Drummond*⁸⁹. Néanmoins, la juge Deschamps, dans une opinion minoritaire à laquelle le juge LeBel souscrit, utilise à nouveau la règle du sens commun dans un contexte qu'elle qualifie pourtant de bijuridique⁹⁰.

Comme l'arrêt *Schreiber* l'illustre, la règle du sens commun s'adapte mal et s'avère, en fin de compte, inadéquate lorsqu'une personne doit interpréter une disposition référant à des concepts juridiques de droit privé relatifs au droit civil ou à la common law. Plusieurs raisons peuvent expliquer ce mauvais mariage entre les deux méthodes d'interprétation. Tout d'abord, la règle du sens commun exige que les termes ambigus d'une disposition bilingue soient lus et comparés dans leur sens ordinaire ou courant. Comme il en a été question auparavant, lorsque les termes ont un sens technique ou scientifique, il y a lieu d'écarter la méthode d'interprétation bilingue. Ne pourrait-on pas arriver à la même conclusion à l'égard des termes ayant un sens qui relève du domaine spécia-

89. *Caisse populaire de l'est de Drummond c. Canada*, [2009] 2 R.C.S. 94.

90. La juge Deschamps mentionne ce qui suit aux paragraphes 82, 83 et 112 de la décision :

[82] Par ailleurs, non seulement doit-on — lorsque cela est nécessaire pour interpréter un texte de loi fédéral — se reporter au droit de la province dans laquelle il doit être appliqué, mais il faut aussi tenir compte des versions anglaise et française : M. Bastarache et autres, *The Law of Bilingual Interpretation* (2008), p. 42 et suiv. Je vais d'abord analyser les versions française et anglaise pour déterminer si un sens commun peut être trouvé. En l'espèce, cette analyse permet de dégager une notion commune au droit civil et à la common law, notion qui permet d'harmoniser l'application de la disposition fiscale dans les deux systèmes de droit.

[83] Dans la mesure où l'expression *security interest* du texte anglais et le terme « garantie » du texte français n'ont pas la même portée, il faut rechercher le sens commun des versions française et anglaise de la définition en utilisant les principes d'interprétation bilingue réitérés récemment dans *R. c. S.A.C.*, 2008 CSC 47, [2008] 2 R.C.S. 675, par. 14-16 (voir aussi Bastarache et autres, et P.-A. Côté, *Interprétation des lois* (3^e éd. 1999), p. 413).

[...]

[112] [...] Comme je l'ai mentionné plus tôt, il n'existe pas de common law fédérale. Pour dégager le but recherché par le Parlement lorsqu'il choisit le concept de *security interest*, il faut se reporter à la common law, qui est le droit provincial. On ne saurait donc faire abstraction du droit provincial dans l'analyse. L'interprétation de mon collègue a pourtant pour effet d'élargir la portée de la notion de *security interest* bien au-delà de ce qui est reconnu en droit commercial canadien. Comme son approche ne correspond nullement au sens commun, elle a pour effet de mettre de côté tant les principes d'interprétation des lois bilingues que ceux qui guident l'harmonisation du droit fédéral et des droits provinciaux. [Mes soulignés]

(*Ibid.* aux para. 82, 83 et 112).

lisé qu'est le droit, tout particulièrement lorsque ceux-ci renvoient à l'un ou l'autre des systèmes de droit privé au Canada ? Ceci m'apparaît conforme aux préceptes de l'interprétation bilingue qui aspire à trouver le sens commun d'une règle bilingue employant un langage courant et visant une application uniforme. En fait, c'est essentiellement par l'examen de la nature du sens du terme interprété, soit ordinaire ou juridique, que l'interprète sera à même de déterminer lequel des deux principes d'interprétation doit être appliqué à une situation donnée. Il s'agit probablement là d'un des meilleurs outils pour différencier les deux méthodes d'interprétation. Nous y reviendrons un peu plus tard.

Ensuite, l'identification d'un sens commun entre termes d'un texte bilingue s'avère souvent impossible en contexte de législation bijuridique. De manière générale, les concepts de droit civil et de common law, même ceux qui s'avèrent être des correspondants, ont souvent un sens distinct. Prenons par exemple le concept de l'hypothèque dans les deux traditions juridiques. Les deux ont la même terminologie en français, mais ils n'ont pas exactement la même portée. Le régime propre aux hypothèques dans les juridictions de common law diverge de celui existant en droit civil⁹¹. Ainsi, il est impossible de trouver un sens véritablement commun entre le ou les termes anglais *mortgage* (or *hypothec*) et le terme français « hypothèque » dans la législation fédérale, car ils ne renvoient pas exactement à la même notion. En fait, en cas de référence à des concepts de droit privé, il y a souvent conflit irrémédiable entre les termes des deux versions linguistiques de sorte que l'interprète se doit, conformément aux enseignements de l'arrêt *Daoust*, d'écarter la méthode d'interprétation bilingue au profit des autres règles d'interprétation, dont évidemment celle de l'interprétation bijuridique.

Il faut comprendre que contrairement à une disposition bilingue fédérale ordinaire, une disposition bilingue et bijuridique ne vise pas à appliquer une règle uniforme à travers le Canada. Elle vise à tenir compte des diverses applications possibles au niveau provincial et territorial⁹². Son application varie en fonction du lieu où naissent les situations de fait. Ces variations s'expliquent par

91. Pour un exposé de ces différences voir *Beaulac et Gaudreault-Desbiens*, *supra* note 70 aux p. 66 à 70.

92. *9041-6868 Québec Inc.*, *supra* note 42 au para. 6.

les différences qui existent non seulement entre la common law de droit privé et le droit civil, mais également entre les diverses common law des provinces et des territoires qui ne sont pas identiques puisqu'elles possèdent chacune leurs spécificités. Bref, en contexte bijuridique, la règle est l'asymétrie du contenu⁹³ contrairement à la législation bilingue usuelle pour qui l'uniformité de la règle constitue la norme. Cet élément particulier de la méthode d'interprétation bijuridique constitue un caractère distinctif qui détonne lorsqu'elle est comparée aux autres règles d'interprétation, ce qui en retour rend sa compréhension et son utilisation plus ardues pour les praticiens du droit. Ceci s'explique en partie par le fait que les règles d'interprétation classiques, contrairement au principe d'interprétation bijuridique, ont toutes été développées dans un contexte unijuridique. Le praticien du droit présume souvent qu'il est en présence d'une règle d'application unijuridique et donc utilise, lorsqu'il a à interpréter une disposition, les outils pertinents à une telle règle. Pourtant, certaines règles d'interprétation sont difficilement applicables lorsque les articles 8.1 ou 8.2 entrent en jeu. Hormis bien entendu le principe de l'interprétation bilingue dont nous venons de discuter, la règle contre la redondance ainsi que la présomption en faveur de l'uniformité des lois nous viennent tout particulièrement à l'esprit. Même la méthode privilégiée en matière d'interprétation – la méthode téléologique et contextuelle – est quelque peu mal adaptée au contexte bijuridique. Elle exprime le principe voulant qu'un terme doive être interprété selon son sens ordinaire. Or, le principe d'interprétation bijuridique exclut un tel scénario.

La nécessité d'un cadre d'analyse clair

Compte tenu de la confusion qui règne entre les deux méthodes d'interprétation et de la complexité des règles de l'interprétation bijuridique, l'établissement d'un cadre d'analyse relatif à l'application des articles 8.1 et 8.2 en contexte de législation fédérale est essentiel. Un tel outil serait susceptible de clarifier les situations où l'application de ces articles s'avère nécessaire et faciliterait la différenciation entre les deux méthodes d'interprétation. Les auteures Aline Grenon et Ruth Sullivan⁹⁴ ont chacune

93. *St-Hilaire*, *supra* note 28 au para. 49 et *Salaberry*, *supra* note 68 aux para. 24 à 33.

94. *The Challenges*, *supra* note 44 aux p. 1047-1048.

suggéré un tel cadre d'analyse dans des publications distinctes au milieu des années 2000. Je reproduis ici le cadre d'analyse proposé par Aline Grenon :

1. It would first be necessary to determine whether or not the enactment to be interpreted called into play rules, principles or concepts forming part of the law of property and civil rights, that is, the private law of the provinces. In order to make that determination, the language used in the enactment might be useful if it clearly constituted legal terminology. Since, however, it is possible for an enactment to refer to private law concepts by means of neutral or non-legal language, the language used is of secondary importance for this purpose. It is more important to determine whether or not private law concepts are necessary in order for an enactment to have meaning and effect.

2. If it is concluded that the enactment *does not* rely on private law, then sections 8.1 and 8.2 do not apply and other rules of interpretation come into play. If it is concluded that the enactment *does* rely on private law, sections 8.1 and 8.2 apply and it is then necessary to apply the common law meaning in the common law provinces and the civil law meaning in Quebec, unless otherwise provided.

3. In addition to sections 8.1 and 8.2, other rules of interpretation could be relied on as needed (for example, the shared meaning rule to interpret English and French civil law terminology contained in the two versions of the enactment).

4. If the proviso "otherwise provided by law" applies, it becomes necessary to determine, using other rules of interpretation, the exact nature and ambit of the enactment, which would then be applied in a uniform fashion (insofar as possible) throughout the country. The uniform rule might be derived from various sources or combinations of sources (common law, civil law, international law or some other source of law) but, irrespective of the source, the effect of the proviso "unless otherwise provided by law" is to dissociate in whole or in part, the enactment from private law.⁹⁵

Quelques commentaires peuvent être exprimés sur le cadre d'analyse proposé par l'auteure Grenon. Les articles 8.1 et 8.2 ne reposent pas sur les mêmes critères d'application et le cadre d'analyse suggéré ne met pas en lumière cette divergence entre

95. *The Interpretation of Bijural*, *supra* note 56 aux p. 144-145.

les deux articles. Si l'application de l'article 8.1 passe par le test de la nécessité, tel n'est pas le cas pour l'article 8.2. La seule utilisation dans un texte fédéral de termes propres au droit civil et à la common law ou qui ont un sens différent dans chacune des traditions juridiques est suffisante afin que l'article 8.2 trouve application et qu'en conséquence, le texte fédéral soit entendu dans un sens compatible avec le système juridique de droit privé de la province ou du territoire d'application. Considérant que les articles 8.1 et 8.2 répondent à des critères différents, voici les questions spécifiques que devrait se poser l'avocat ou le juge afin de déterminer si l'un ou l'autre de ces articles trouve application à une situation donnée :

8.1

1. Est-il nécessaire de recourir à des règles, notions ou principes appartenant au droit privé en vue d'assurer l'application d'un texte législatif fédéral dans une province ou un territoire ?

2. Si oui, y a-t-il une règle de droit s'opposant au recours au droit privé provincial ou territorial ?

En cas de réponse positive à la première question et de réponse négative à la seconde, l'article 8.1 trouve application.

8.2

1. Le texte législatif fédéral emploie-t-il des termes propres à la fois au droit civil et à la common law ou des termes qui ont un sens différent dans l'un et l'autre de ces systèmes ?

2. Si oui, y a-t-il une règle de droit s'opposant à ce qu'un texte soit entendu dans un sens compatible avec le système juridique de la province ou du territoire d'application ?

En cas de réponse positive à la première question et de réponse négative à la seconde, l'article 8.2 trouve application.

Ceci étant, je suis néanmoins d'accord avec Aline Grenon (du moins en ce qui concerne l'article 8.1) lorsqu'elle affirme à l'étape 1 que des termes non juridiques ou neutres peuvent, selon les circonstances, référer à un concept de droit privé des provinces ou des territoires. L'utilisation d'un terme ordinaire signifiera, dans

la grande majorité des situations, qu'il n'est pas nécessaire d'avoir recours aux concepts de droit privé, mais il n'y a rien d'automatique. Il est possible que les termes employés expriment mal, du moins au premier coup d'œil, ce qui est réellement visé. Un terme au sens apparemment ordinaire peut également être polysémique et avoir, dans un contexte particulier, un sens juridique. Inversement, un terme ayant normalement une connotation juridique peut se révéler, dans un contexte particulier, avoir un sens ordinaire. L'analyse ne peut s'arrêter qu'à la terminologie utilisée.

Ruth Sullivan suggère, quant à elle, que la première question à se poser avant d'appliquer les règles d'interprétation bijuridique est celle de savoir si le langage utilisé est ordinaire ou juridique⁹⁶. Cette approche ne semble pas conforme à l'article 8.1. Aucune précision n'est faite à cet égard dans la disposition. Il est uniquement question de recourir (*refer* à la version anglaise) aux concepts de droit privé sans spécifier le moyen par lequel s'y prendre. Comme le souligne Henry Molot :

« La seule condition d'application de l'article 8.1 à cet égard, c'est qu'il soit « nécessaire de recourir à des règles, principes ou notions appartenant au domaine de la propriété et des droits civils » / « necessary to refer to a province's rules, principles or concepts forming part of the law of property and civil rights ». Cette « nécessité » peut donc découler d'un renvoi explicite ou encore d'une lacune ou d'un renvoi implicite dans le texte fédéral. »⁹⁷

Ainsi, le recours au droit privé ne passe pas nécessairement par l'emploi d'une terminologie juridique contrairement à l'article 8.2 où l'application de la règle de droit privé nécessite la présence d'une terminologie propre au droit civil et à la common law.

Par ailleurs, l'étape 3 du cadre d'analyse proposé par Aline Grenon énonce qu'en cas d'utilisation de la méthode d'interprétation bijuridique aux articles 8.1 et 8.2, d'autres règles d'interprétation pourraient être utilisées en surplus. L'emploi de la règle du sens commun en vue d'interpréter des termes français et anglais du droit civil ayant entre eux un sens différent est offert en exemple. Bien que je sois d'avis que, dans une telle situation, d'autres règles

96. *The Challenges*, *supra* note 44 à la p. 1047.

97. *Molot*, *supra* note 43 à la p. 18.

d'interprétation puissent trouver application, je ne crois pas que la règle du sens commun puisse vraiment s'appliquer à ce type de situation. Dans les rares cas où une version linguistique d'une disposition référerait à un concept de droit civil ou de common law tandis que l'autre viserait un autre concept de la même tradition juridique⁹⁸, il n'y aurait pas lieu de trouver le sens commun. Il faudrait plutôt déterminer lequel des deux concepts serait visé en puisant dans la gamme complète des outils d'interprétation. À mon avis, la méthode d'interprétation bilingue ne pourrait être d'aucun secours, car l'interprétation porterait sur des termes juridiques et non sur des termes ordinaires.

Aussi, le cadre d'analyse d'Aline Grenon n'aborde pas la situation relativement courante où la législation fédérale utilise un terme ayant un sens ordinaire dans une version linguistique et emploie un terme ayant un sens juridique dans l'autre version. Dans un tel cas de figure, l'interprète n'aura d'autre choix que de déterminer si c'est le sens ordinaire ou si c'est le sens juridique qui prévaut en usant des divers outils et principes d'interprétation. Si c'est le terme ayant un sens juridique qui est visé et qu'il est nécessaire de référer à un concept du droit privé des provinces et des territoires, la méthode d'interprétation bijuridique pourra être employée. Si, au contraire, c'est le terme ayant un sens ordinaire qui est visé, il ne serait pas « nécessaire » de recourir aux notions, principes et règles du droit privé. D'autres principes d'interprétation pourraient être utilisés, y compris bien entendu la règle du sens commun en cas d'ambiguïté réconciliable entre les deux versions linguistiques.

Enfin, un autre élément du cadre d'analyse d'Aline Grenon mérite d'être discuté plus amplement. Il est vrai que la méthode d'interprétation bijuridique n'a pas un statut particulier par rapport aux autres règles d'interprétation. L'utilisation du principe de l'interprétation bijuridique, même lorsque toutes les conditions aux articles 8.1 et 8.2 sont remplies, n'est pas automatique. Ces articles servent, comme les autres règles d'interprétation, de guide à l'interprète⁹⁹. Un tribunal pourrait en venir à une solution juridique différente en utilisant d'autres outils d'interprétation pertinents à la situation. Ceci étant, la rencontre des conditions

98. Ce qui peut survenir autant dans un contexte unijuridique que bijuridique.

99. *Allard, supra* note 63 à la p. 299.

prévues à ces articles crée une sorte de présomption d'applicabilité. Dans ce cas, les tribunaux devraient, à tout le moins, motiver la non-utilisation de la méthode d'interprétation bijuridique. Par contre, je ne peux entrevoir de circonstances qui pourraient amener un juge à préférer le principe d'interprétation bilingue en lieu et place du principe d'interprétation bijuridique en cas de respect de toutes les conditions énoncées aux articles 8.1 et 8.2, tant ces deux principes sont inconciliables de par leur nature. L'un concerne les disparités de sens que crée l'interaction entre deux versions linguistiques tandis que l'autre s'intéresse aux disparités de contenu entre concepts de deux systèmes juridiques distincts. L'un vise à trouver le sens véritable ou commun à une règle uniforme tandis que l'autre a pour principe l'application asymétrique des règles selon la province ou le territoire d'application. L'un s'applique à l'interprétation de termes ayant un sens ordinaire, tandis que l'autre s'applique à l'interprétation de termes ayant un sens juridique.

PARTIE IV – AVENUES DE SOLUTION

Jusqu'à maintenant, seule la doctrine semble intéressée à élaborer des grilles d'analyse sur les articles 8.1 et 8.2. Les tribunaux sont demeurés silencieux. Quelques décisions ont appliqué les articles 8.1 et 8.2 et discuté de leur objet, mais aucun test ou cadre d'analyse détaillé n'a été élaboré par les tribunaux en matière d'interprétation bijuridique. Il serait souhaitable que les cours de justice statuent sur certaines zones grises des articles 8.1 et 8.2 et, idéalement, établissent un test jurisprudentiel ou un cadre d'analyse. Cela aiderait les juristes à mieux comprendre la méthode d'interprétation bijuridique afin de la distinguer de celle propre à l'interprétation bilingue. L'établissement d'un tel test, tout particulièrement par la Cour suprême du Canada, pourrait effacer le précédent malheureux adopté dans l'arrêt *Schreiber* et ainsi, dissiper tout doute sur le principe d'interprétation à utiliser lorsque des dispositions bilingues d'une loi ou d'un règlement fédéral comprennent des concepts de droit privé des provinces ou des territoires.

Parallèlement, toujours à des fins de clarté juridique, il serait souhaitable que les cours de justice discutent des questions d'interprétation bijuridique dans le cadre de leur analyse de la règle

du sens commun spécifique à l'interprétation des textes bilingues. Par exemple, elles pourraient ajouter une étape préliminaire à leur analyse. Dans la mesure où une disposition de la législation fédérale serait à interpréter, elles pourraient se poser la question de savoir si l'antinomie observée entre les versions linguistiques ne découle pas d'un renvoi exprès ou tacite à un concept de droit civil ou des common law des provinces et des territoires. En cas de réponse positive à cette question, les cours devraient alors refuser d'appliquer la règle du sens commun et plutôt se tourner vers les articles 8.1 et 8.2. Les tribunaux pourraient également statuer, dans le cadre de la démarche énoncée dans l'arrêt *Daoust* et suivie par la jurisprudence, que les deux versions linguistiques d'une disposition bijuridique s'avèrent la plupart du temps irrémédiablement irréconciliables, dans la mesure où la disparité terminologique ou de sens constitue souvent la norme et est, en quelque sorte, voulue. Autrement dit, il serait souhaitable que les tribunaux déclarent expressément, de quelque façon que ce soit, que les dispositions de la législation fédérale référant à des concepts de droit privé propres au droit civil ou à la common law ne doivent pas passer par un examen du sens commun.

Au-delà de toute solution de clarification juridique provenant des tribunaux relativement au principe de l'interprétation bijuridique, une reconnaissance et une meilleure compréhension de son objet et de ses tenants et aboutissants passent par une culture au sein du milieu juridique canadien où le bijuridisme s'épanouit¹⁰⁰. Un nombre plus élevé d'avocats et d'aspirants avocats devraient avoir la double formation ou, à tout le moins, avoir été initiés aux règles d'interprétation de la législation bijuridique. Pour ce faire, quelques mesures peuvent être envisagées. Une première consisterait à augmenter le nombre de facultés de droit au pays offrant des programmes comprenant un enseignement en common law

100. Ce thème est aussi abordé par Aline Grenon dans un article paru en 2015 dans lequel elle suggère des solutions afin d'assurer une meilleure connaissance de la diversité juridique au Canada (droit autochtone, droit civil, common law, etc.) afin de donner plein effet à l'*Accord de libre circulation nationale des juristes* de 2013. Elle propose notamment que des périodes de cours portant sur les règles d'interprétation bilingue et bijuridique soient réservées et deviennent obligatoires dans le cadre de cours universitaires existants dans des programmes de droit. Elle recommande également que les barreaux provinciaux et territoriaux ajoutent la même matière à leur formation professionnelle préadmission ainsi qu'à leur programme de formation continue. (Aline Grenon, « Roadmap for a truly canadian legal education » (2015) 93 *Revue du Barreau Canadien* 183).

et en droit civil. Une autre serait d'offrir dans ces facultés un cours de bijuridisme ou de droit fédéral général qui aborderait les règles de l'interprétation bijuridique. Considérant que l'interprétation législative fait partie du quotidien de l'avocat, le cours sur l'interprétation législative, facultatif à l'heure actuelle dans plusieurs facultés, devrait devenir obligatoire¹⁰¹. Évidemment, une portion de la matière de ce cours devrait couvrir les articles 8.1 et 8.2 de la *Loi d'interprétation* fédérale. Pour ce qui est des divers barreaux provinciaux et territoriaux, l'interprétation législative devrait également être au menu de la formation des futurs avocats et ces institutions devraient songer à offrir des cours de formation continue sur le bijuridisme canadien aux avocats reçus. Enfin, des formations sur le bijuridisme ainsi que sur les règles d'interprétation bijuridique devraient être idéalement étendues à l'ensemble des juges susceptibles d'interpréter et d'appliquer, de manière régulière, le droit fédéral. Ces mesures pourraient constituer un premier pas vers une meilleure connaissance du principe d'interprétation bijuridique qui s'avère, il faut l'avouer, relativement peu connu pour bon nombre de professionnels du droit. Elles pourraient, par la même occasion, permettre à ceux-ci de différencier ce principe de celui applicable à la législation bilingue, car la confusion persiste toujours entre ces principes malgré leurs distinctions fondamentales.

Abstraction faite de l'aspect purement pédagogique, cette connaissance acquise des règles de l'interprétation bijuridique pourrait s'avérer un avantage professionnel pour les juristes. Si la connaissance des deux langues officielles présente un avantage concurrentiel incontestable pour être en mesure d'interpréter adéquatement la législation bilingue, la même conclusion peut être déduite en matière d'interprétation bijuridique à propos du juriste qui maîtriserait à la fois les fondements du droit civil et de la common law. Considérant la reconnaissance par le législateur fédéral du principe de l'égalité de traitement entre le droit civil et la common law à l'article 8.1, il pourrait même être avancé qu'une connaissance de base des deux traditions juridiques constitue une exigence professionnelle pour les avocats exerçant en droit fédéral dans les domaines de droit privé.

101. Aline Grenon propose la même solution. (*Le bijuridisme canadien*, *supra* note 49 à la p. 818).

La preuve d'expertise en droit disciplinaire : type d'infraction et contexte

David E. ROBERGE

Résumé

L'opportunité de présenter une preuve d'expertise en droit disciplinaire suscite encore bon nombre de débats. Par une étude transversale de la jurisprudence récente, cet article est l'occasion de clarifier les types d'infraction qui nécessitent une telle preuve. D'abord, les principes généraux relatifs à la preuve d'expertise sont résumés. Ensuite, une grille d'analyse est proposée afin de préciser les circonstances où une preuve d'expert est requise en droit disciplinaire, en abordant les infractions relevant de la qualité de l'acte professionnel, celles ayant trait à l'intégrité et l'indépendance, et celles relatives au devoir d'information. La dernière section de l'article discute le cas particulier de l'expertise en matière d'acte dit dérogatoire à l'honneur ou à la dignité de la profession.

Abstract

The opportunity to present expert evidence in disciplinary law is still the subject of numerous debates. Through a cross-sectional study of recent case law, this article seeks to clarify the types of offence requiring such evidence. First, the general principles relating to expert evidence are summarized. Secondly, the article presents an analytical framework to specify the circumstances where expert evidence is necessary in disciplinary law, by discussing offences pertaining to the quality of the professional act, those associated with integrity and independence, and those regarding the duty to inform. The last section of the article addresses the specific case of expert evidence in the context of an act defined as derogatory to the honor or dignity of the profession.

La preuve d'expertise en droit disciplinaire : type d'infraction et contexte

David E. ROBERGE*

INTRODUCTION	513
1) LES PRINCIPES RELATIFS À LA PREUVE D'EXPERTISE	514
A. Contextualisation	514
B. L'admissibilité d'une preuve d'expertise.	515
2) L'OPPORTUNITÉ D'UNE PREUVE D'EXPERTISE EN DROIT DISCIPLINAIRE.	518
A. Faute déontologique et rôle des pairs par rapport à celui de l'expert.	518
i. La notion de faute déontologique	518
ii. Le rôle des pairs par rapport à celui de l'expert	519
B. L'opportunité d'une preuve d'expertise.	521
i. Retour sur la jurisprudence pertinente	521

* L'auteur est avocat, associé chez McCarthy Tétrault, où il pratique au sein du groupe de litige du bureau de Montréal. Il se spécialise notamment en matière de droit professionnel et disciplinaire. L'auteur tient à remercier madame Sofia Brault, étudiante en droit à l'Université McGill, pour son assistance dans la recherche et la rédaction de cet article.

ii.	Étude de jurisprudence récente : selon la nature de l'infraction.	524
1.	Qualité de l'acte	525
2.	Intégrité et indépendance professionnelle	527
a.	Intégrité.....	527
b.	Indépendance professionnelle et conflit d'intérêts	531
3.	Devoir d'information	534
3)	L'ACTE DÉROGATOIRE ET LA PREUVE D'EXPERTISE	539
A.	Contextualisation	539
B.	L'équilibre entre le rôle de l'expert et celui des pairs	541
	CONCLUSION.....	546

INTRODUCTION

L'opportunité de présenter une preuve d'expertise en droit disciplinaire suscite encore bon nombre de débats, tel qu'en témoigne la jurisprudence. Cet article sera l'occasion d'élaborer une grille d'analyse afin de clarifier les types d'infraction qui nécessitent une telle preuve.

Dans un premier temps, nous ferons un rappel des principes généraux relatifs à l'admissibilité de la preuve d'expert, qui constitue une exception à la règle d'exclusion des témoignages d'opinion. Ce sera l'occasion de revoir les critères de pertinence et de nécessité applicables à la preuve d'expertise, et la jurisprudence à ce sujet.

Par la suite, abordant le cœur du sujet de cet article, nous proposerons une grille d'analyse afin de préciser les circonstances où une preuve d'expertise est requise en droit disciplinaire. Après avoir rappelé les caractéristiques de la faute déontologique et avoir situé le rôle des pairs d'un conseil de discipline par rapport à celui de l'expert, nous dégagerons certaines lignes directrices afin d'évaluer l'opportunité de présenter une preuve d'expert. Nous y résumerons nos principales observations résultant d'une étude transversale de la jurisprudence récente rendue en droit disciplinaire. Nos constatations ont été établies en fonction du type d'infraction reprochée au professionnel et se répartissent en trois principales catégories : (1) nous soutenons que, en règle générale, une preuve d'expertise est nécessaire lorsque l'infraction a trait à la qualité de l'acte ; (2) dans le cas d'une infraction qui interpelle l'intégrité d'un professionnel, nous remarquons qu'une preuve d'expert n'est habituellement pas nécessaire ; toutefois, lorsque l'infraction a trait à l'indépendance du professionnel, une preuve d'expert peut être requise ; (3) enfin, dans le cas d'une infraction reliée au devoir d'information du professionnel, une preuve d'expertise pourra s'avérer nécessaire dans certaines situations.

Enfin, dans la dernière section de cet article, nous discuterons de l'opportunité d'une preuve d'expertise lorsque le libellé

de la plainte réfère à un acte qualifié de dérogatoire à l'honneur ou à la dignité de la profession. Nous ferons le point sur la jurisprudence récente en ce qui a trait à cette notion, qui met en relief le point d'équilibre à établir entre le rôle de l'expert et celui des pairs siégeant au sein d'un conseil de discipline.

1) LES PRINCIPES RELATIFS À LA PREUVE D'EXPERTISE

A. Contextualisation

La règle selon laquelle toute preuve pertinente est admissible est assortie de nombreuses exceptions. En général, un témoin doit rendre compte des faits dont il a eu personnellement connaissance¹, et non pas exposer l'opinion qu'il s'est façonnée à partir de ces faits ni les inférences qu'il en a tirées. La Cour suprême du Canada rappelle que c'est au juge ou au jury, et non pas au témoin, qu'appartient le rôle de se faire une opinion à partir des faits, d'en tirer des inférences puis d'en arriver à une décision².

Or, le témoignage d'un expert sur des questions nécessitant des connaissances spécialisées constitue une exception à la règle excluant les témoignages d'opinion. En effet, « le droit reconnaît que, dans la mesure où les questions exigent des connaissances ou des compétences particulières, les juges et les jurés ne sont pas forcément en mesure de tirer une véritable conclusion d'après les faits relatés par les témoins. Le témoin est par conséquent admis à faire part de son opinion sur ces questions, pourvu qu'il soit un expert en la matière »³. Cette exception est importante en droit disciplinaire, où les parties doivent parfois avoir recours à une preuve d'expertise lorsque la plainte invoque certains types d'infraction à caractère scientifique ou technique.

De plus, au niveau de la présentation de la preuve par expert, il importe de garder en tête les principes directeurs mis de l'avant

1. Art. 2843 du *Code civil du Québec*.

2. *White Burgess Langille Inman c. Abbott and Haliburton Co.*, [2015] 2 RCS 182 au para 14 [*White Burgess*].

3. *Ibid* au para 15, citant *Cross and Tapper on Evidence*, 12^e éd par Colin Tapper, Oxford, Oxford University Press, 2010 à la p 530.

par le *Code de procédure civile*⁴ entré en vigueur en 2016. En effet, le principe de proportionnalité s'applique aux moyens de preuve choisis, incluant l'expertise. Le respect de ce principe exige que les moyens de preuve soient « proportionnés à la nature et à la complexité de l'affaire [ainsi qu']à la finalité de la demande », et ce, par rapport « aux coûts et au temps exigé »⁵.

Dans cette perspective, la grille d'analyse que nous proposons subséquemment s'avère pertinente pour respecter le principe de proportionnalité puisqu'elle permet d'encadrer le recours à la preuve d'expert en départageant les situations qui nécessitent véritablement une telle preuve de celles où elle n'est pas utile, dans la mesure où le conseil de discipline n'en a pas besoin pour décider des questions en litige.

B. L'admissibilité d'une preuve d'expert

Pour évaluer l'admissibilité d'une preuve d'expert, la Cour suprême du Canada a proposé dans l'affaire *R. c. Mohan*⁶ une analyse à deux volets⁷.

Au sein du premier volet, la partie doit satisfaire à quatre critères. D'abord, la preuve doit être pertinente (1), ce que le juge tranche comme une question de droit. La preuve doit être logiquement pertinente et sa valeur probante doit surpasser l'effet préjudiciable qu'elle pourrait avoir sur le procès⁸. Elle peut aussi être exclue si le temps qu'elle nécessite pour être exposée dépasse la valeur qu'elle ajouterait lors du procès ou encore, si elle peut induire en erreur le décideur puisque l'effet qu'elle aurait sur celui-ci serait beaucoup plus élevé que sa véritable fiabilité⁹.

Le témoignage de l'expert doit aussi être nécessaire (2), c'est-à-dire qu'il doit fournir des renseignements « qui, selon toute vraisemblance, dépassent l'expérience et la connaissance d'un juge et d'un jury »¹⁰. Sous ce critère, la preuve doit être « éva-

4. RLRQ c C-25.01.

5. *Ibid* art. 18.

6. [1994] 2 RCS 9 [*Mohan*].

7. *White Burgess, supra* note 2 au para 19.

8. *Mohan, supra* note 6 aux pp 20-21.

9. *Ibid* à la p 21.

10. *Ibid* à la p 23, citant *R. c. Abbey*, [1989] 2 RCS 24 à la p 42 [*Abbey*].

luée à la lumière de la possibilité qu'elle fausse le processus de recherche des faits »¹¹.

Les critères de pertinence et de nécessité sont évalués en fonction de certaines préoccupations. Notamment, la preuve, lorsque présentée par le témoignage d'un expert, pourrait avoir un impact excessif sur le décideur. Recourir à un expert pourrait parfois susciter la crainte de réduire le procès à un simple concours d'experts, où le pouvoir de décision du juge se limiterait à choisir l'expert le plus convaincant¹². En conséquence, « les critères de pertinence et de nécessité sont à l'occasion appliqués strictement pour exclure la preuve d'expert sur une question fondamentale »¹³ étant au cœur du débat.

Ensuite, la partie cherchant à faire admettre la preuve d'expert doit établir l'absence de toute autre règle d'exclusion de la preuve, distincte de celle applicable à l'opinion (3), et doit prouver la qualification suffisante de l'expert (4)¹⁴. Sur ce dernier point, la partie doit démontrer que le témoin possède des « connaissances spéciales ou particulières grâce à des études ou à une expérience relatives aux questions visées par son témoignage »¹⁵.

Au sein du deuxième volet, la Cour suprême insiste dans l'affaire *Mohan*¹⁶ « sur le rôle important du juge du procès pour déterminer si une preuve d'expert par ailleurs admissible devrait être exclue parce que sa valeur probante est surpassée par son effet préjudiciable. [Il s'agit d']un pouvoir discrétionnaire résiduel permettant [au juge] d'exclure une preuve à l'issue d'une analyse coût-bénéfices »¹⁷.

11. *Mohan*, *supra* note 6 à la p 24.

12. *Ibid.*

13. *Ibid.* aux pp 24-25. La jurisprudence récente de la Cour suprême du Canada a confirmé que, bien que l'admissibilité d'une opinion portant sur la question fondamentale que doit trancher le juge ne fasse pas l'objet d'une interdiction absolue, plus la preuve d'expert tend à répondre à cette question fondamentale, plus il sera important d'examiner cette preuve soigneusement. Voir *R. c. J.-L.J.*, [2000] 2 RCS 600 au para 37, et *R. c. Bingley*, [2017] 1 RCS 170 au para 48.

14. *Ibid.* à la p 25.

15. *Ibid.*

16. *Supra* note 6.

17. *White Burgess*, *supra* note 2 au para 19. Voir aussi *Mohan*, *supra* note 6 à la p 21.

Les règles entourant l'admissibilité de la preuve d'expertise exposées dans l'arrêt *Mohan*¹⁸ ont été par la suite précisées dans l'affaire *White Burgess*¹⁹. Dans cette décision, la Cour suprême du Canada aborde la question de savoir si l'indépendance et l'impartialité de l'expert devraient s'ajouter aux critères d'admissibilité de la preuve²⁰. La Cour conclut qu'un tribunal ne devrait exclure le témoignage d'un expert lors du premier volet du test de l'affaire *Mohan*²¹ « que dans les cas manifestes [où ce dernier] ne peut ou ne veut fournir une preuve juste, objective et impartiale »²². Le critère décisif pour déterminer si le témoignage de l'expert est juste, objectif et impartial, est que « l'opinion de l'expert ne changerait pas, peu importe la partie qui aurait retenu ses services »²³. Cet examen devrait se faire sous le critère de la qualification suffisante de l'expert²⁴.

Toutefois, la Cour précise que, s'il existe des réserves moins fondamentales quant à l'indépendance ou l'impartialité de l'expert, cela doit jouer lors du deuxième volet de l'analyse, c'est-à-dire lorsque le juge assume son rôle de gardien vis-à-vis la valeur probante du témoignage de l'expert²⁵. « Au bout du compte, le juge doit être convaincu que les risques liés au témoignage de l'expert ne l'emportent pas sur l'utilité possible de celui-ci »²⁶. Ainsi, hormis les cas où il est évident que l'expert ne pourra rendre une opinion indépendante, impartiale et objective, ces facteurs influenceront généralement la valeur probante de l'opinion de l'expert et ne seront pas un obstacle à l'admissibilité de son témoignage²⁷.

18. *Supra* note 6.

19. *Supra* note 2. La Cour d'appel du Québec dans l'affaire *Cardinal c. Bonnaud*, 2018 QCCA 1357, a précisé que même si l'arrêt *White Burgess* a été rendu dans un contexte de *common law*, les critères d'admissibilité d'une preuve d'expert y étant dégagés sont aussi utiles en droit civil québécois (au para 31).

20. *White Burgess*, *supra* note 2 au para 1.

21. *Supra* note 6.

22. *White Burgess*, *supra* note 2 au para 49.

23. *Ibid* au para 32.

24. *Ibid* au para 53.

25. *Ibid* au para 54.

26. *Ibid*.

27. Pour une application de ces concepts dans un contexte de droit civil québécois, voir la décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville)*, [2015] 2 RCS 3 au para 106.

2) L'OPPORTUNITÉ D'UNE PREUVE D'EXPERTISE EN DROIT DISCIPLINAIRE

A. Faute déontologique et rôle des pairs par rapport à celui de l'expert

En quels cas doit-on présenter une preuve d'expert en droit disciplinaire ? Cette question a donné lieu à bien des débats en jurisprudence. En effet, l'opportunité d'une preuve d'expertise est parfois remise en question en raison de la présence au sein du conseil de discipline de deux membres exerçant dans le même domaine d'activité que le professionnel auquel on reproche des manquements²⁸. Or, certaines situations exigent une preuve d'expertise et la connaissance qu'ont les membres pairs ne saurait remplacer le témoignage d'un expert. Afin de bien saisir quelles sont ces situations, un bref rappel s'impose sur la notion de faute déontologique et quant au rôle des pairs par rapport à celui de l'expert.

i. La notion de faute déontologique

La notion de faute déontologique demeure largement indéfinie. La décision du Tribunal des professions dans l'affaire *Médecins (Ordre professionnel des) c. Bissonnette*²⁹ nous rappelle que tout manquement d'ordre professionnel ou toute faute technique qui pourrait entraîner la responsabilité civile du professionnel ne constitue pas pour autant une faute déontologique³⁰. Afin d'évaluer la nature de la faute déontologique, le Tribunal des professions indique que la jurisprudence a consacré une analyse centrée sur deux axes : la faute suffisamment grave et l'écart suffisant par rapport à la norme de conduite applicable³¹.

S'appuyant notamment sur des extraits issus de la décision *Gruszczynski*³², le Tribunal réitère que l'on doit s'en remettre

28. Voir *Comptables agréés (Ordre professionnel des) c. Blouin*, 2011 CanLII 96348 (QC CPA) au para 93, confirmé par *Comptables agréés (Ordre professionnel des) c. Blouin*, 2011 QCTP 197.

29. 2019 QCTP 51 [*Bissonnette*] [pourvoi en contrôle judiciaire déposé à la Cour supérieure le 28 juin 2019].

30. *Ibid* aux para 41 et 44.

31. *Ibid* au para 46.

32. *Ibid* au para 45, citant *Gruszczynski c. Avocats (Ordre professionnel des)*, 2016 QCTP 143 aux para 40-48 [*Gruszczynski*].

aux « fondements mêmes de la déontologie professionnelle, c'est-à-dire aux valeurs inspirées par l'éthique, la moralité, la probité, l'honneur et la dignité nécessaires pour assurer la protection du public »³³, afin de déterminer l'existence d'une faute déontologique. Une erreur, une maladresse, voire même de la négligence, mais qui ne contreviennent pas à ces valeurs, n'équivaudront pas pour autant à un manquement d'ordre déontologique³⁴. Il est primordial de distinguer la faute technique, voire civile, d'une faute déontologique³⁵.

Au surplus, la faute déontologique ne naît pas dès que le professionnel s'écarte d'un comportement souhaitable. En ce sens, il faut savoir distinguer un comportement souhaitable d'un comportement acceptable. Un professionnel dont le comportement s'écarte d'un comportement souhaitable, mais qui n'atteint pas un niveau inacceptable, ne commet pas une faute déontologique. La faute déontologique se concrétise lorsque le comportement du professionnel atteint un tel niveau qu'il se qualifie en dessous d'un comportement acceptable³⁶.

En effet, comme l'exprime le Tribunal des professions dans l'affaire *Malo c. Ordre des infirmiers et infirmières du Québec*, « [i]l arrive à tous les professionnels de commettre des erreurs et la vie de ces derniers serait invivable si la moindre erreur, le moindre écart de conduite était susceptible de constituer un manquement déontologique »³⁷. C'est pour cela qu'un manquement professionnel, pour être qualifié de faute déontologique, doit revêtir une certaine gravité³⁸.

ii. Le rôle des pairs par rapport à celui de l'expert

Le débat sur l'opportunité d'une preuve d'expertise s'apprécie à la lumière de la tension qui existe entre le rôle des membres pairs au sein d'un conseil de discipline et le rôle de l'expert. Un conseil de discipline est composé d'un avocat ainsi que de deux

33. Bissonnette, *supra* note 29 au para 43.

34. *Ibid* au para 44.

35. *Ibid* aux para 44-45, citant Gruszczynski, *supra* note 32 aux para 42 et 48.

36. *Ordre des architectes du Québec c. Duval*, 2003 QCTP 144 au para 11.

37. 2003 QCTP 132 au para 28 [*Malo*].

38. *Ibid*.

pairs exerçant la même profession que le professionnel intimé. En raison de leur connaissance personnelle du domaine d'activité du professionnel, les pairs sont dans une situation privilégiée. Toutefois, il a été maintes fois répété par les tribunaux que les connaissances et expériences des pairs « ne peuvent en aucun temps suppléer à l'absence de preuve »³⁹. Ainsi, lorsqu'une infraction réfère à une règle scientifique ou technique, l'expert demeure le témoin le plus compétent et le plus apte à renseigner le juge ou le conseil sur cette règle⁴⁰.

Il est utile de rappeler le raisonnement qui sous-tend les critères de pertinence et de nécessité quant à l'admissibilité de la preuve d'expert. En effet, c'est bien le conseil, composé notamment des membres pairs, qui doit trancher les questions en litige dont l'existence d'une faute déontologique, et non pas l'expert dont la valeur du témoignage est limitée à l'expression d'une preuve dont la force probante est sujette au jugement du conseil⁴¹. Les articles 152 et 154 du *Code des professions*⁴² exigent d'ailleurs que ce soit les membres du conseil, informés des faits, qui décident si le comportement prétendument fautif constitue une infraction déontologique.

Par ailleurs, le droit du professionnel à une défense pleine et entière milite en faveur d'une preuve d'expertise face à une infraction d'ordre général, dans la mesure où si le jugement reposait uniquement sur la connaissance des pairs, le professionnel ne pourrait avoir l'occasion de les contre-interroger. Le professionnel n'a pas le fardeau de contredire une preuve qui n'a jamais été

39. *Dupéré-Vanier c. Camirand-Duff (psychologues)*, 2001 QCTP 8 au para 20.

40. *Ibid* au para 20.

41. *Ibid* aux para 18-23. Voir aussi *Charpentier c. Compagnie d'assurances Standard Life*, 2001 CanLII 14578 (QC CA) aux para 20-21, et *Malo*, *supra* note 37 au para 23.

42. RLRQ c C-26 [*Code des professions*], art. 152 : « Le conseil décide privativement à tout tribunal, en première instance, si l'intimé a commis une infraction visée à l'article 116. [...] » ; art. 154 : « La décision du conseil de discipline est rendue à la majorité des membres. Elle est consignée par écrit et signée par les membres du conseil qui y souscrivent. Elle doit contenir, outre le dispositif, toute interdiction de divulgation, de publication ou de diffusion des renseignements ou des documents qu'elle indique et les motifs de la décision. Malgré le premier alinéa, une décision peut, lorsqu'un membre refuse ou néglige de transmettre ses motifs, être rendue par deux membres au nom de la majorité, pourvu que l'un d'eux soit le président. »

faite⁴³. Au contraire, face à une preuve d'expertise, le professionnel peut attaquer sa valeur probante, apporter des précisions ou contredire cette preuve par une contre-expertise, afin d'offrir au conseil de discipline l'ensemble des informations qui permettront de mieux apprécier sa conduite.

B. L'opportunité d'une preuve d'expertise

i. Retour sur la jurisprudence pertinente

Au fil des années, la jurisprudence a élaboré certains paramètres quant à l'opportunité d'une preuve d'expertise en droit disciplinaire. Nous en ferons un résumé dans un premier temps, puis nous proposerons une grille d'analyse en nous appuyant sur divers cas issus de la jurisprudence récente.

La jurisprudence confirme que « le type d'infraction en cause constitue un facteur important pour déterminer s'il est nécessaire de présenter une preuve d'expert pour établir la norme applicable »⁴⁴. Ainsi, dans les cas où l'infraction a une portée générale ou réfère à une norme de pratique sans mentionner le comportement prohibé, une preuve d'expertise est généralement exigée⁴⁵. Notamment, il est admis qu'une preuve par expert est habituellement requise pour établir la culpabilité d'un professionnel lorsque l'infraction fait référence soit à un principe ou une norme scientifique, aux pratiques généralement admises dans l'exercice de la profession, au devoir de compétence⁴⁶, aux limites des connaissances et aptitudes requises pour l'exercice de la profession⁴⁷, aux règles de l'art ou encore aux données de la science actuelle⁴⁸. Dans ces situations, la norme du comportement acceptable ne peut s'inférer à la lecture de la disposition rattachée et il faut donc en établir la preuve⁴⁹.

43. *Ward c. Opticiens d'ordonnance*, 2002 QCTP 69 au para 106, citant *Charrette c. Larocque*, 2000 QCTP 34 aux para 63-65.

44. *Dentistes (Ordre professionnel des) c. Brosseau*, 2014 CanLII 49443 (QC ODQ) au para 39 [Brosseau].

45. *Ibid.*

46. *Bissonnette*, *supra* note 29 au para 52, citant *Gruszczynski*, *supra* note 32.

47. *Bissonnette*, *supra* note 29 citant *Ingénieurs (Ordre professionnel des) c. Bilodeau*, 2005 QCTP 34.

48. *Brosseau*, *supra* note 44 au para 39.

49. *Bissonnette*, *supra* note 29 au para 52.

Afin d'établir la faute déontologique du professionnel, le plaignant doit prouver l'écart entre la norme applicable et le comportement du professionnel. Comme le rappelle le Tribunal des professions :

Or, ce n'est pas le Comité de discipline ni le Bureau qui créent les données de la science médicale. [...] Cela n'est pas discrétionnaire ; ces données existent indépendamment de tout comité de discipline et sont répertoriées dans les revues médicales, la doctrine et l'enseignement universitaire. De même façon, ce n'est pas le Comité qui dit les données scientifiques actuelles. Il se limite à apprécier la preuve selon ce qu'elle révèle.⁵⁰

Dans ce contexte, le recours à une preuve d'expert pour établir la norme applicable compense pour l'imprécision des dispositions réglementaires propres au droit disciplinaire. Une telle imprécision est tolérée puisqu'elle permet la « souplesse nécessaire pour que les objets de la discipline professionnelle soient atteints »⁵¹ en couvrant des éventualités plus larges. La preuve d'expertise a ainsi l'avantage de bien informer le professionnel sur le comportement à observer.

Par ailleurs, dans certains cas d'actes dérogatoires à l'honneur ou à la dignité de la profession, une preuve d'expertise peut parfois aussi être exigée, par exemple lorsque le libellé de la plainte n'indique pas explicitement les comportements prohibés, comme nous le verrons dans la dernière section de cet article⁵².

Il est à noter que lorsqu'une norme doit être prouvée, une preuve d'expert doit être présentée même si le conseil de discipline s'est déjà prononcé par le passé sur une telle norme dans une matière semblable⁵³.

Toutefois, la jurisprudence rappelle que certains cas relevant du sens commun ne nécessitent pas d'avoir recours à un expert

50. *Brousseau, supra* note 44 au para 40, citant *Médecins c. Windish-Laroche*, [1991] DTPQ n° 51 (TP).

51. *Brousseau, supra* note 44 au para 39. La Cour d'appel du Québec a confirmé, dans l'affaire *Windisch-Laroche c. Biron*, 1997 CanLII 10308 (QC CA), que le renvoi aux normes scientifiques ou aux données de la science n'est pas imprécis au point d'invalider une disposition d'ordre déontologique.

52. *Ibid.*

53. *Ibid* au para 38.

puisque « la preuve est constituée par le geste lui-même »⁵⁴. Dans l'affaire *Malo*, le Tribunal donne en exemple une décision où une mère avait été interrogée sur son couple par l'infirmière alors qu'elle la consultait au sujet des oreilles de son enfant⁵⁵. Aucune preuve d'expert n'avait été exigée puisque le comportement de l'infirmière était « en contradiction flagrante avec le bon sens et la bonne conduite professionnelle »⁵⁶. De manière similaire, dans l'arrêt *Courchesne c. Castiglia*⁵⁷, la Cour d'appel du Québec confirme qu'une preuve d'expertise n'est pas nécessaire lorsque « la norme s'impose d'elle-même »⁵⁸. Dans cette décision, il s'agissait d'un agent immobilier qui avait participé à un schéma de revente de maisons par l'intermédiaire d'une entreprise qui ramassait au passage un certain profit, au détriment des vendeurs et acheteurs. La Cour d'appel donne alors en exemples :

Est-il vraiment nécessaire de faire entendre des experts en courtage immobilier pour établir qu'il est contraire aux bonnes pratiques de la profession d'attester la signature d'une personne que l'on sait pertinemment ne pas être celle qui signe le document ? Est-il vraiment nécessaire de faire entendre des experts pour établir qu'il est contraire aux bonnes pratiques de la profession de cacher au client et à un collègue ou agent la véritable nature de l'opération immobilière et commerciale en cours ?⁵⁹

S'appuyant sur ces exemples, la Cour d'appel indique que certains cas n'exigent aucune preuve d'expert puisque « [la] réponse à ces questions s'impose à tous, sans qu'il soit nécessaire d'avoir l'opinion d'un expert »⁶⁰.

Certains cas sont aussi prévus expressément par le législateur et ne nécessitent pas de preuve d'expert. Par exemple, l'article 59.1 du *Code des professions*⁶¹ prévoit que des gestes abusifs à carac-

54. *Malo*, *supra* note 37 au para 25. Voir aussi *Bissonnette*, *supra* note 29 au para 56.

55. *Malo*, *supra* note 37 au para 25, citant *Mongrain c. Infirmières*, 1999 QCTP 36.

56. *Ibid* au para 25. Pour un exemple récent de l'absence de nécessité d'une preuve d'expertise dans le cas d'une infraction relevant du sens commun, voir *Bütter c. Psychologues (Ordre professionnel des)*, 2019 QCTP 13 aux para 43 et 48.

57. 2009 QCCA 2303.

58. *Ibid* au para 30.

59. *Ibid*.

60. *Ibid*.

61. *Supra* note 42, art. 59.1 : « Constitue un acte dérogatoire à la dignité de sa profession le fait pour un professionnel, pendant la durée de la relation professionnelle qui s'établit avec la personne à qui il fournit des services, d'abuser de cette

ture sexuelle constituent un acte dérogatoire⁶². Dans l'affaire *Malo*, le Tribunal des professions énumère aussi d'autres situations qui pourraient n'exiger aucune preuve par expert, telles que l'occurrence « de voie de faits, [d'un] langage ordurier ou d'[une] invasion intempestive de la vie privée par un professionnel à l'endroit d'un bénéficiaire de ses soins »⁶³.

La question de l'opportunité de la preuve d'expertise en droit disciplinaire ne présente pas qu'un intérêt théorique. En effet, une réflexion rigoureuse à ce sujet contribuera à une utilisation juste et proportionnée des ressources, comme prescrit par le *Code de procédure civile* entré en vigueur en 2016, en identifiant les cas où une telle preuve est véritablement requise.

ii. Étude de jurisprudence récente : selon la nature de l'infraction

Ayant examiné la jurisprudence de principe, nous proposons maintenant une grille d'analyse afin de tenter de clarifier en quels cas il est pertinent et nécessaire de présenter une preuve d'expertise en droit disciplinaire.

Pour ce faire, la grille d'analyse se module en fonction des types d'infraction. Notons toutefois que nous traiterons en dernière partie des situations où l'infraction fait référence à un acte dérogatoire. L'analyse, qui ne se prétend pas une revue exhaustive de la jurisprudence, a été réalisée de façon transversale, recoupant ainsi des décisions ayant trait à diverses professions⁶⁴, afin de dégager des tendances plus générales. De plus, l'objectif a été de limiter l'échantillon des décisions à une jurisprudence récente.

Nous analyserons d'abord les infractions ayant trait à la qualité de l'acte professionnel (1). Nous procéderons ensuite à

relation pour avoir avec elle des relations sexuelles, de poser des gestes abusifs à caractère sexuel ou de tenir des propos abusifs à caractère sexuel. »

62. *Malo*, *supra* note 37 au para 25.

63. *Ibid.*

64. La jurisprudence est à jour en date du 1^{er} décembre 2019. Nous avons étudié des décisions rendues par les conseils de discipline de plusieurs ordres professionnels ; la jurisprudence des conseils de discipline des avocats et des notaires a été mise de côté en raison de la concomitance entre les connaissances d'un expert en droit et celles des membres du conseil, qui sont alors tous des juristes, ce qui rend l'interprétation des résultats plus difficile aux fins de déterminer l'opportunité d'une expertise indépendante.

étudier les questions d'intégrité et d'indépendance professionnelle (2). Nous concluons enfin avec les cas relatifs au devoir d'information du professionnel (3).

1. *Qualité de l'acte*

Comme mentionné, la jurisprudence récente confirme qu'une preuve d'expertise doit être présentée au soutien d'un chef de plainte disciplinaire référant à une norme scientifique, aux données scientifiques actuelles ou aux règles de l'art⁶⁵. Nous identifions ce type d'infraction comme ayant trait à la qualité de l'acte professionnel. Que ce soit par rapport à la justesse d'un diagnostic médical ou au caractère approprié d'une évaluation comptable, ce qui est reproché au professionnel a trait à la qualité de l'acte qu'il a posé, au fait que l'acte ne satisferait pas le principe ou la norme scientifique généralement reconnus ou encore les règles de l'art établies dans la profession et propres à celle-ci.

Dans ces cas, la jurisprudence indique que le plaignant a le fardeau de démontrer trois éléments pour établir la culpabilité du professionnel⁶⁶. Dans un premier temps, le plaignant doit établir la norme scientifique qui était applicable au moment de l'acte. Il doit par la suite présenter le comportement prétendument fautif du professionnel. Finalement, il doit établir que « l'écart [entre la norme applicable et le comportement du professionnel] est si grand qu'il constitue plus qu'une erreur légère, mais bien une faute déontologique passible de sanction »⁶⁷. C'est bien au plaignant de démontrer par prépondérance de preuve que le professionnel a enfreint la norme applicable, et non au professionnel accusé de justifier son comportement. Dans l'affaire *Lacombe c. Médecins (Ordre professionnel des)*⁶⁸, le Tribunal des professions a en effet renversé la décision du Conseil de discipline puisqu'on avait exigé du professionnel qu'il justifie sa dérogation au protocole de l'hôpital

65. Voir aussi *Duguay c. Dentistes (Ordre professionnel des)*, 2019 QCTP 31 au para 63 ; *Médecins (Ordre professionnel des) c. Aumont*, 2017 CanLII 45015 (QC CDCM) aux para 39-40 [*Aumont*] [appel déposé au Tribunal des professions le 10 janvier 2018] ; *Physiothérapie (Ordre professionnel de la) c. Besner*, 2017 CanLII 10477 (QC OPPQ) aux para 38-40 et 55.

66. *Gonshor c. Morin*, 2001 QCTP 32 au para 48. Repris récemment dans *Dentistes (Ordre professionnel des) c. Benoît*, 2019 QCTP 41 au para 39 [pourvoi en contrôle judiciaire déposé à la Cour supérieure le 3 juin 2019].

67. *Ibid.*

68. 2018 QCTP 74.

lors de l'administration d'un médicament, plutôt que de déterminer la norme applicable à la suite des témoignages des experts et de procéder à l'analyse du comportement du professionnel⁶⁹.

Il est à noter que certaines décisions mentionnent également que lorsqu'est invoqué un manquement à un « comportement généralement admis dans la profession », une preuve d'expert doit être présentée. Cette suggestion tire son origine de l'affaire *Malo*⁷⁰. Toutefois, la décision *Malo* implique un acte dérogatoire⁷¹, bien qu'elle soit souvent citée à titre de jurisprudence pertinente afin d'appuyer la nécessité d'avoir recours à une preuve d'expert en cas de manquement à une norme scientifique ou aux règles de l'art⁷². À notre avis, la décision *Malo* devrait donc être traitée séparément puisqu'elle réfère à un acte dérogatoire et qu'elle ne s'inscrit pas dans le contexte d'une infraction spécifique.

Bref, la nécessité d'une preuve d'expertise en matière d'infraction relative à la qualité de l'acte professionnel ne porte donc pas à controverse. Par ailleurs, il est important de souligner que l'expert, lorsqu'il présente son témoignage d'opinion, devrait exposer la norme à suivre pour que le conseil de discipline puisse ensuite décider si l'acte posé par le professionnel déroge suffisamment à la norme pour constituer une faute déontologique.

Par exemple, dans l'affaire *Médecins (Ordre professionnel des) c. St-Hilaire*⁷³, la médecin est accusée de ne pas avoir respecté les normes les plus élevées à l'occasion d'un suivi à distance de la dépression d'une patiente, en vertu des articles 43, 44 et 47

69. *Ibid* aux para 69, 74 et 75.

70. *Supra* note 37 aux para 17-26.

71. *Ibid* au para 2. L'article 4.01.01 g) du *Code de déontologie des infirmiers et infirmières*, RRQ 1981, c I-8, r 4 a trait à un acte dérogatoire : « En outre de ceux mentionnés aux articles 57 et 58 du *Code des professions* (L.R.Q., c. C-26), constitue un acte dérogatoire à la dignité de la profession le fait pour le professionnel en soins infirmiers de :

g) poser un acte ou avoir un comportement qui va à l'encontre de ce qui est généralement admis dans l'exercice de la profession. »

72. Voir par exemple : *Médecins (Ordre professionnel des) c. St-Hilaire*, 2017 CanLII 46713 (QC CDCM) aux para 226-231 [*St-Hilaire*] [appel déposé au Tribunal des professions le 12 juillet 2018] ; *Psychologues (Ordre professionnel des) c. Laterrière*, 2017 CanLII 24040 (QC OPQ) au para 39 ; *Psychologues c. Benoit*, 2017 CanLII 96794 (OC OPQ) aux para 30-38.

73. *Supra* note 72 [appel déposé au Tribunal des professions le 12 juillet 2018].

du *Code de déontologie des médecins*⁷⁴. Le Conseil indique que la preuve de la plaignante aurait dû le renseigner sur les normes applicables quant à la réalisation des évaluations faites à distance. Au contraire, l'expert semble plutôt avoir indiqué que le suivi était inadéquat, mais sans indiquer la norme applicable pour un tel suivi. Le Conseil indique qu'il « peut alors difficilement déterminer si ce suivi déroge aux normes ou est inadéquat »⁷⁵. Il conclut alors que la plaignante ne s'est pas déchargée de son fardeau⁷⁶.

2. *Intégrité et indépendance professionnelle*

Généralement, lorsque les chefs d'infraction ont trait à un manque d'intégrité, il s'agit d'une question pour laquelle une preuve d'expertise n'est pas requise puisque cela ne requiert aucune connaissance spécialisée⁷⁷. Toutefois, dans le cas d'un chef d'infraction portant sur l'indépendance professionnelle, une preuve par expert peut être nécessaire dans certaines circonstances.

a. *Intégrité*

Dans la décision *Podiatres (Ordre professionnel des) c. Bochi*⁷⁸, un podiatre est notamment accusé d'avoir manqué d'intégrité en permettant ou en tolérant qu'une employée de sa clinique non-membre de l'Ordre identifie au nom du podiatre des feuilles de reçus pour des traitements qu'il n'avait pas administrés lui-même, contrevenant ainsi à l'article 3.02.01 du *Code de déontologie des podiatres*⁷⁹. Bien que les parties aient eu recours à des experts

74. RLRQ c M-9, r 17 [*Code de déontologie des médecins*] :

Art. 43 : « Le médecin doit s'abstenir d'exercer sa profession dans des circonstances ou états susceptibles de compromettre la qualité de son exercice ou de ses actes ou la dignité de la profession. »

Art. 44 : « Le médecin doit exercer sa profession selon les normes médicales actuelles les plus élevées possibles ; à cette fin, il doit notamment développer, parfaire et tenir à jour ses connaissances et habiletés. »

Art. 47 : « Le médecin doit s'abstenir de faire des omissions, des manœuvres ou des actes intempestifs ou contraires aux données actuelles de la science médicale. »

75. *St-Hilaire*, *supra* note 72 au para 317.

76. *Ibid* aux para 308-322.

77. *Huneault c. Notaires (Ordre professionnel de)*, 2005 QCTP 54 aux para 98 à 101.

78. 2017 CanLII 11680 (QC OPODQ) [*Bochi*].

79. RLRQ c P-12, r 5 [abrogé ou caduc] : « Le podiatre doit s'acquitter de ses devoirs professionnels avec intégrité. » Depuis 2015, la même obligation est reprise à l'article 15 du *Code de déontologie des podiatres*, RLRQ c P-12, r 5.01.

pour établir ou contredire les autres chefs d'infraction, le Conseil ne s'appuie sur aucune preuve d'expert pour conclure au manque d'intégrité du podiatre. Le Conseil se fie uniquement à la preuve documentaire et au témoignage ordinaire d'une employée⁸⁰, avant de condamner le podiatre⁸¹. Le Tribunal des professions confirme cette conclusion, en précisant :

Le manque d'honnêteté et de probité ne se démontre pas par la preuve d'une norme comme celle liée à l'état de la science pour ne nommer que celle-là. Il s'agit plutôt pour les membres du conseil de discipline d'évaluer un comportement de même que le contexte dans lequel il a eu lieu afin de déterminer s'il y a eu dérogation à la dignité et à l'honneur de la profession.⁸²

Dans un autre dossier impliquant le même podiatre⁸³, il lui était reproché d'avoir permis qu'une facture soit émise sur laquelle la description des services rendus ne correspondait pas à la réalité, ici encore en contravention à l'article 3.02.01 du *Code de déontologie des podiatres*. Pour sa part, le Conseil de discipline avait acquitté le professionnel, étant d'avis qu'aucune norme relative à la forme de la facturation n'avait été démontrée⁸⁴. En appel de cette décision, le Tribunal des professions conclut qu'une preuve d'expert n'était pas requise pour soutenir un manquement au devoir d'intégrité du podiatre, et déclare ce dernier coupable⁸⁵.

La décision *Habashi c. Société de l'Énergie de la Baie-James*⁸⁶ constitue un autre exemple au même effet. Un ingénieur est accusé d'avoir manqué d'intégrité en ayant demandé à son partenaire de signer un rapport d'expertise alors que ce dernier n'avait pas participé à sa rédaction ni supervisé l'exécution du travail. Il contreviendrait alors à l'article 3.02.01 du *Code de déontologie des ingénieurs*⁸⁷. Bien que l'ingénieur soit au final acquitté, aucune preuve d'expert n'a été exigée par le Tribunal afin de prouver

80. *Bochi*, *supra* note 78 aux para 162, 166 et 171.

81. *Ibid* au para 179.

82. *Bochi c. Podiatres (Ordre professionnel des)*, 2020 QCTP 10 au para 93.

83. *Podiatres (Ordre professionnel des) c. Bochi*, 2016 CanLII 33144 (QC OPODQ).

84. *Ibid* aux para 149-150.

85. *Bochi c. Podiatres (Ordre professionnel des)*, 2019 QCTP 76 aux para 197, 206-207 et 213.

86. 2017 QCTP 18 [*Habashi TP*].

87. RLRQ c I-9, r 6 : « L'ingénieur doit s'acquitter de ses obligations professionnelles avec intégrité. »

le manque d'intégrité⁸⁸. À l'instance inférieure, aucune preuve d'expertise n'avait non plus été exigée sur la question de l'intégrité. Seuls la preuve documentaire de même que les témoignages des ingénieurs intimés ont été jugés suffisants⁸⁹.

L'étude conjointe des décisions *Médecins (Ordre professionnel des) c. Larouche*⁹⁰ et *Médecins (Ordre professionnel des) c. St-Hilaire*⁹¹ est aussi intéressante en ce qui a trait à la preuve d'expertise dans le cas d'un reproche relatif à l'intégrité.

Dans l'affaire *Larouche*⁹², la médecin est notamment accusée d'avoir émis un certificat de complaisance (chef 2), contrairement à l'article 85 du *Code de déontologie des médecins*⁹³, en prescrivant pour un enfant une mesure d'isolement ayant eu un impact sur la garde partagée entre ses parents. La question de l'opportunité de la preuve d'expertise a été soumise explicitement au Conseil de discipline dans ce dossier :

Est-ce qu'un rapport d'expertise et le témoignage d'un expert sont nécessaires ou pertinents relativement aux chefs 1 et 2 de la plainte alors qu'ils ne comportent aucun reproche relié au respect des normes de pratique ou des règles de l'art ?⁹⁴

Dans un premier temps, le Conseil admet la preuve d'expert du plaignant bien qu'il reconnaît que les libellés des infractions ne contiennent aucune référence à des normes de la science médicale ou aux règles de l'art. Au soutien de sa décision, il mentionne que le libellé du premier chef réfère toutefois à « l'intervention [de la médecin] dans les affaires personnelles de son patient ne relevant pas du domaine médical »⁹⁵.

88. *Habashi TP*, *supra* note 86 aux para 32-54.

89. *Société de l'énergie de la Baie James c. Habashi*, 2013 CanLII 99514 (QC CDOIQ) aux para 101-13.

90. 2018 CanLII 6869 (QC CDCM) [*Larouche*].

91. *Supra* note 72 [appel déposé au Tribunal des professions le 12 juillet 2018].

92. *Supra* note 90.

93. *Supra* note 74, art. 85 (sous la section « Intégrité ») : « Le médecin doit s'abstenir de délivrer à quiconque et pour quelque motif que ce soit un certificat de complaisance ou des informations écrites ou verbales qu'il sait erronées. »

94. *Larouche*, *supra* note 90 au para 5. Le chef de plainte 1 sera étudié ultérieurement.

95. *Ibid* aux para 27-30.

Cependant, le Conseil indique plus loin dans sa décision, en lien avec le deuxième chef, prendre acte que la preuve d'expert du plaignant cherche à établir que la médecin avait dérogé à une norme scientifique en produisant son certificat médical⁹⁶. Or, le Conseil de discipline conclut que la preuve d'expertise n'est ni utile ni probante dans ce contexte puisque « le chef 2 de la plainte ne reproche pas à l'intimée d'avoir contrevenu aux normes de la profession ou aux règles de l'art »⁹⁷. La preuve aurait plutôt dû établir que « le certificat médical de l'intimée comporte des renseignements faux, inexacts ou pouvant être qualifiés de “complaisants” »⁹⁸. En l'espèce, le certificat indiquait le diagnostic établi par la médecin et la mesure d'isolement qu'elle croyait nécessaire de recommander pour l'enfant⁹⁹, sans que la preuve révèle que l'intimée ait cherché à avantager un parent sur des enjeux de garde.

De même, l'affaire *St-Hilaire*¹⁰⁰ nous éclaire sur la preuve pertinente pour un enjeu d'intégrité. Une médecin est également accusée d'avoir émis plusieurs certificats de complaisance sous différents chefs d'infraction¹⁰¹. Sous un premier chef, le Conseil de discipline explique que l'infraction n'a pas trait à « la qualité des évaluations faites ou à la véracité des diagnostics »¹⁰², ce qui nécessiterait alors une preuve d'expert, mais plutôt au fait de déterminer si la médecin savait sciemment que les informations qu'elle avait inscrites étaient fausses¹⁰³. Le Conseil conclut que le plaignant ne s'est pas déchargé de son fardeau sous ce chef puisqu'aucune des preuves présentées ne permet d'établir que l'intimée savait que les informations qu'elle avait inscrites étaient erronées¹⁰⁴.

Dans cette même décision, sous un deuxième chef d'infraction ayant aussi trait à un certificat de complaisance pour un autre patient, le Conseil conclut, en se fiant uniquement à la preuve documentaire et sans s'appuyer sur une expertise, que la médecin a émis un certificat de complaisance¹⁰⁵. Bref, la preuve d'expert n'a pas été requise pour établir le manque d'intégrité.

96. *Ibid* au para 187.

97. *Ibid* au para 190.

98. *Ibid* au para 197.

99. *Ibid* au para 198.

100. *Supra* note 72 [appel déposé au Tribunal des professions le 12 juillet 2018].

101. *Ibid* au para 2.

102. *Ibid* au para 301.

103. *Ibid* aux para 302-303.

104. *Ibid* au para 303.

105. *Ibid* aux para 332-334.

b. Indépendance professionnelle et conflit d'intérêts

Un chef d'infraction relié à un manque d'indépendance professionnelle ou à une situation de conflit d'intérêts requiert une approche au cas par cas. Certaines situations ne nécessiteront pas une preuve d'expertise puisque la question en jeu n'exige pas de connaissances spécialisées. D'autres situations peuvent néanmoins faire référence à une norme scientifique ou à un aspect technique, et peuvent donc requérir une preuve d'expert.

Par exemple, dans l'affaire *Larouche*, la médecin était aussi accusée d'être intervenue dans les affaires personnelles de son patient (chef 1), contrairement à l'article 25 du *Code de déontologie des médecins*¹⁰⁶ qui consacre l'indépendance professionnelle du médecin¹⁰⁷. Rappelons-nous que la question de l'opportunité de la preuve d'expertise avait été soumise explicitement au Conseil de discipline dans cette affaire¹⁰⁸ et que le Conseil avait d'abord admis la preuve d'expert du plaignant, bien qu'il reconnaissait que les libellés des infractions ne contenaient pas de référence à des normes de la science médicale ou aux règles de l'art¹⁰⁹.

Cependant, le Conseil conclut dans un deuxième temps en lien avec le chef 1 que la preuve d'expertise du plaignant n'est ni pertinente ni utile, puisque le chef de plainte n'est pas lié à un manquement à une norme de la profession ou aux règles de l'art¹¹⁰. La preuve d'expert soumise par la plaignante cherchait plutôt à établir que la médecin n'avait pas exercé selon les normes de pratique actuelles et que ses diagnostics n'avaient pas été élaborés avec la plus grande attention¹¹¹. Or, le Conseil oppose que le premier chef ne comporte aucune mention quant à la qualité des évaluations faites ou sur la véracité du diagnostic¹¹². Par ailleurs, la preuve révélait que l'intimée avait exercé son jugement professionnel de façon autonome, et rien n'indiquait que la mère avait

106. *Supra* note 74, art. 25 (sous la section « Qualité de la relation professionnelle ») : « Le médecin doit s'abstenir d'intervenir dans les affaires personnelles de son patient sur des questions qui ne relèvent pas du domaine de la santé. »

107. *Larouche*, *supra* note 90 au para 186.

108. *Ibid* au para 5.

109. *Ibid* aux para 27-30.

110. *Ibid* aux para 164-165.

111. *Ibid* au para 160.

112. *Ibid* au para 168.

dicté au médecin le contenu de son certificat¹¹³. Aucune preuve d'expert n'était donc nécessaire dans le contexte pour établir ou non le manquement du professionnel à son devoir d'indépendance professionnelle.

Autrement, dans l'affaire *Médecins (Ordre professionnel des) c. Courchesne*¹¹⁴, le médecin est accusé d'être intervenu dans les affaires personnelles de son patient en invitant ce dernier à effectuer des tests dans un laboratoire dont l'actionnaire et administrateur est son conjoint, et dans lequel Dr Courchesne a lui-même des intérêts, faisant alors défaut à son devoir de sauvegarder son indépendance professionnelle et d'éviter de se placer en situation de conflit d'intérêts¹¹⁵, contrairement aux articles 63 et 80 du *Code de déontologie des médecins*¹¹⁶. Le Conseil de discipline définit que « [l]e “conflit d'intérêts”, un conflit moral que la déontologie vise à réprimer, est celui par lequel le médecin est susceptible de voir son jugement affecté, dans sa conduite avec un patient, en raison de ses intérêts propres et par rapport à ceux de son patient »¹¹⁷. Le Conseil détermine qu'en prescrivant des tests non justifiés et coûteux, et en permettant que ce soit son laboratoire qui en tire bénéfice, Dr Courchesne se place en situation de conflit d'intérêts et omet de sauvegarder son indépendance professionnelle¹¹⁸. Le Tribunal des professions confirme cette conclusion¹¹⁹.

Bien qu'à première vue le manquement du professionnel dans l'affaire *Courchesne* semble établi sans avoir recours à une preuve d'expertise, le Conseil s'est tout de même indirectement appuyé sur une telle preuve. En effet, afin de conclure que les tests prescrits par Dr Courchesne étaient non justifiés et allaient

113. *Ibid* aux para 171 et 173.

114. 2016 CanLII 46763 (QC CDCM) [*Courchesne*].

115. *Courchesne*, *ibid* au para 139 (chef 4).

116. *Supra* note 74 :

Art. 63 : « Le médecin doit sauvegarder en tout temps son indépendance professionnelle et éviter toute situation où il serait en conflit d'intérêts, notamment lorsque les intérêts en présence sont tels qu'il pourrait être porté à préférer certains d'entre eux à ceux de son patient ou que son intégrité et sa loyauté envers celui-ci pourraient être affectées. »

Art. 80 : « Le médecin ne doit adhérer à aucune entente ni accepter aucun bénéfice susceptible de compromettre son indépendance professionnelle, notamment dans le cadre des activités de formation médicale continue. »

117. *Courchesne*, *supra* note 114 au para 141.

118. *Ibid* au para 158.

119. *Courchesne c. Médecins (Ordre professionnel des)*, 2019 QCTP 53 aux para 71-77.

par conséquent à l'encontre des intérêts du patient¹²⁰, le Conseil a considéré qu'il avait été prouvé au chef d'infraction précédent que Dr Courchesne avait contrevenu à l'obligation de ne prescrire que des tests médicalement nécessaires, conformément aux données actuelles de la science médicale. Or, un tel manquement avait été établi grâce à une preuve par experts¹²¹.

Dans l'affaire *Psychologues (Ordre professionnel des) c. Fernandez De Sierra*¹²², le Tribunal des professions indique que le Conseil de discipline n'avait pas à s'appuyer sur la preuve d'un expert dans le cadre d'une infraction en lien avec l'apparence d'un conflit d'intérêts puisqu'il ne s'agissait pas d'une question scientifique ou technique¹²³. La psychologue intimée avait été appelée à produire un rapport suivant une ordonnance d'expertise psychosociale requise par la Cour et avait conclu à la garde exclusive des enfants par la mère avec des droits d'accès pour le père¹²⁴. La psychologue s'est par la suite fait reprocher d'être en situation de conflit d'intérêts puisqu'elle avait retenu par le passé les services d'un avocat qui œuvrait dans le même bureau où travaillait le procureur du père¹²⁵. Le Conseil de discipline avait mentionné ne pas voir comment une preuve d'expert pourrait l'éclairer dans sa décision en matière de conflit d'intérêts et avait donc refusé de considérer cette preuve, bien qu'il l'ait entendue¹²⁶.

Le Tribunal des professions confirme la décision du Conseil de discipline puis rappelle que, selon le critère de nécessité énoncé dans les arrêts *Mohan* et *Abbey*, la preuve d'expertise n'est requise que si elle permet au juge « d'apprécier les questions en litige étant donné leur nature technique »¹²⁷. En effet, la question en lien avec le conflit d'intérêts ne présentait ici « aucun aspect technique ou scientifique particulier dépassant la cadre de l'expertise du Conseil »¹²⁸. Le Tribunal conclut alors que le Conseil avait en main toutes les informations nécessaires à sa prise de décision sur

120. *Courchesne*, *supra* note 114 aux para 153-155 et 158.

121. *Ibid* aux para 135-136.

122. 2019 QCTP 10 [*Fernandez de Sierra*].

123. *Ibid* au para 43.

124. *Ibid* aux para 5 et 7.

125. *Ibid* au para 9.

126. *Ibid* aux para 17, 18 et 42.

127. *Ibid* au para 46, citant *Abbey*, *supra* note 10.

128. *Fernandez de Sierra*, *supra* note 122 au para 47.

la question en litige. Il ajoute aussi que « la présence des pairs sur un conseil de discipline est un élément important à considérer »¹²⁹.

Bref, un chef d'infraction lié à un manque d'intégrité ne nécessite généralement pas une preuve d'expert. Toutefois, lorsqu'un professionnel est accusé d'avoir manqué à son obligation d'indépendance professionnelle ou de s'être placé dans une situation de conflit d'intérêts, une preuve d'expert peut s'avérer pertinente si la plainte implique l'évaluation d'un aspect technique ou s'appuie sur un principe scientifique, tel que dans l'affaire *Courchesne*¹³⁰.

3. *Devoir d'information*

Les chefs d'infraction liés au devoir d'information du professionnel incluent notamment l'omission d'obtenir le consentement d'un patient ou d'un client, ou encore le défaut d'avoir divulgué un renseignement pertinent au consentement éclairé de ce dernier. Selon les particularités de chaque dossier, une preuve d'expert pourrait être nécessaire.

Une preuve d'expertise ne fut pas requise dans la décision *Psychologues (Ordre professionnel des) c. Ialongo*¹³¹, dans un dossier soulevant une absence complète de consentement. Le Conseil de discipline reconnaît une psychologue coupable d'avoir omis d'obtenir le consentement de sa patiente en vertu de l'article 11 du *Code de déontologie des psychologues*¹³², sans recours à une

129. *Ibid* aux para 49-51.

130. *Supra* note 114.

131. 2017 CanLII 19922 (QC OPQ) [*Ialongo*].

132. RLRQ c C-26, r 212, art. 11 : « Avant d'entreprendre la prestation de services professionnels, le psychologue obtient, sauf urgence, le consentement libre et éclairé de son client, de son représentant ou des parents, s'il s'agit d'un enfant âgé de moins de 14 ans, en communiquant notamment les renseignements suivants :

1° le but, la nature, la pertinence et les principales modalités de la prestation des services professionnels, ses avantages et inconvénients ainsi que son alternative, les limites et les responsabilités mutuelles des parties incluant, s'il y a lieu, l'entente sur le montant des honoraires et les modalités de paiement ;

2° le choix de refuser les services professionnels offerts ou de cesser, à tout moment, de recevoir les services professionnels ;

3° les règles sur la confidentialité ainsi que ses limites de même que les modalités liées à la transmission de renseignements confidentiels reliés à l'intervention.

La communication de ces renseignements est adaptée au contexte de la prestation des services professionnels. »

expertise¹³³. Notamment, le Conseil explique que la psychologue intimée n'avait pas fait signer de formulaire de consentement à la cliente, mais qu'en plus, en cours d'enquête – puisque l'intimée n'était pas présente à l'audition –, cette dernière avait reconnu ne pas avoir expliqué à sa cliente l'approche ni les techniques qu'elle employait lors des consultations et n'avait offert aucune autre option¹³⁴.

L'affaire *Médecins (Ordre professionnel des) c. Aumont*¹³⁵ illustre un autre cas où le recours à une preuve d'expert n'a pas été exigé. Dans ce dossier, la professionnelle est accusée de ne pas avoir obtenu le consentement libre et éclairé de sa patiente quant à un traitement insuffisamment éprouvé, et ce, sans avoir discuté avec cette dernière des risques associés au traitement¹³⁶. Il s'agissait en l'espèce d'injections de prolothérapie prodiguées dans une clinique de physiothérapie, où l'intimée agissait comme consultante. Afin d'évaluer la culpabilité, les parties font valoir les témoignages de la patiente et du médecin ainsi que le dossier de la clinique¹³⁷. Sans exiger de preuve d'expert, le Conseil de discipline conclut que la preuve était suffisante pour déclarer que l'intimée avait enfreint les articles 28 et 29 du *Code de déontologie des médecins*¹³⁸ qui requièrent l'obtention du consentement du patient par le médecin¹³⁹. Le Conseil mentionne que le dossier tenu par la clinique de physiothérapie ne faisait état d'aucun consentement en général ni d'aucune explication pertinente quant au traitement¹⁴⁰. De plus, le témoignage de l'intimée indiquait qu'elle ne faisait pas d'examen des patients et que ses contacts avec eux étaient minimaux,

133. *Ialongo*, *supra* note 131 au para 51.

134. *Ibid* aux para 46-51.

135. *Supra* note 65 [appel déposé au Tribunal des professions le 10 janvier 2018].

136. *Ibid* au para 2.

137. *Ibid* aux para 107, 121, 122, 137, 140 et 147.

138. *Supra* note 74.

Art. 28 (sous la section « Consentement ») : « Le médecin doit, sauf urgence, avant d'entreprendre un examen, une investigation, un traitement ou une recherche, obtenir du patient ou de son représentant légal, un consentement libre et éclairé. »

Art. 29 (sous la section « Consentement ») : « Le médecin doit s'assurer que le patient ou son représentant légal a reçu les explications pertinentes à leur compréhension de la nature, du but et des conséquences possibles de l'examen, de l'investigation, du traitement ou de la recherche qu'il s'apprête à effectuer. Il doit faciliter la prise de décision du patient et la respecter. »

139. *Aumont*, *supra* note 65 au para 148.

140. *Ibid* aux para 140 et 146.

portant le Conseil à retenir que le consentement à recevoir les injections et les explications à ce sujet n'ont pas pu être discutés entre l'intimée et la patiente¹⁴¹.

En marge de ces situations, certains cas de figure relevant du devoir d'information justifient certainement que la norme soit prouvée par une preuve d'expertise, notamment lorsqu'il est question du contenu des informations à divulguer et que cela est susceptible de vicier la qualité du consentement donné, par exemple par rapport à une allégation qu'un renseignement de nature technique ayant été omis par le professionnel aurait dû être dévoilé.

En contexte de responsabilité civile, l'intensité du devoir d'information a été le théâtre de plusieurs débats jurisprudentiels et doctrinaux. Par exemple, en matière médicale, la Cour d'appel du Québec a écrit récemment que :

Ce devoir de renseignement est une obligation de moyens dont l'intensité varie en fonction de plusieurs paramètres [...]. Les renseignements attendus du médecin portent, notamment, sur le diagnostic, la nature et l'objectif de l'intervention ou du traitement, les effets escomptés, les risques encourus, les choix thérapeutiques et les conséquences d'un défaut d'intervention ou de traitement. Ce sont les risques statistiquement significatifs, probables, prévisibles et connus qui doivent être divulgués, de même que les risques statistiquement peu élevés, mais dont les conséquences sont très importantes¹⁴².

En effet, ce ne sont pas tous les risques qui doivent être divulgués par les médecins en vertu de leur devoir d'information¹⁴³. À titre d'exemple, la doctrine indique que « le médecin n'a pas à divulguer les complications qui ne sont pas mentionnées dans la littérature médicale et qui ne font pas partie des standards en la matière »¹⁴⁴. Le *Code de déontologie des médecins* comporte d'ailleurs deux dispositions distinctes en matière de consentement : l'article 28 portant sur l'objet du consentement en général,

141. *Ibid* aux para 137-139.

142. *M.G. c. Pinsonneault*, 2017 QCCA 607 au para 144.

143. Voir Jean-Louis Baudouin, Patrice Deslauriers et Benoît Moore, *La responsabilité civile*, vol. 2, 8^e éd, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2014 au para 2-57 [Baudouin].

144. *Ibid* au para 2-57.

et l'article 29 ayant trait aux explications pertinentes à ce sujet¹⁴⁵, lesquelles sont variables selon les circonstances. On peut donc facilement postuler qu'en droit disciplinaire, une preuve d'expert devrait être exigée pour déterminer si un risque, une alternative thérapeutique ou un renseignement non divulgués par un médecin auraient dû l'être dans un contexte donné¹⁴⁶.

Dans un autre registre, pensons aussi au comptable qui, tout comme le notaire et l'avocat, a une obligation de conseil. En matière de responsabilité civile, la doctrine indique que le comptable « doit mettre son client au courant des problèmes potentiels de son entreprise ou de celle qu'il désire acquérir et lui signaler les dispositions fiscales, comptables ou économiques les plus avantageuses [...]». L'intensité de ce devoir est toutefois variable en fonction des connaissances propres du client sur le sujet »¹⁴⁷. Advenant qu'un comptable soit accusé dans un contexte disciplinaire de ne pas avoir conseillé adéquatement son client en omettant de lui signaler certains renseignements techniques, une preuve d'expertise pourrait s'avérer nécessaire en raison du caractère spécialisé de la pratique en l'espèce.

Par contraste, d'autres situations sont toutefois si évidentes qu'elles ne nécessitent aucune preuve par expert. Par exemple, dans l'affaire *Moreau c. Castiglia*¹⁴⁸, une courtière immobilière en appelle de la décision du Conseil de discipline qui l'a déclarée coupable d'avoir fait défaut à son obligation de divulgation d'information. Le Conseil lui reproche de ne pas avoir conseillé à la vendeuse de dévoiler aux prometteurs-acheteurs que la maison convoitée avait été le lieu de la séquestration du ministre Pierre Laporte pendant la Crise d'octobre en 1970. Elle est également reconnue coupable d'avoir omis de s'assurer que les prometteurs-acheteurs soient informés de ce fait¹⁴⁹. En effet, pour le Conseil, cet événement constitue un fait pertinent à la transaction de même qu'un élément qui peut affecter défavorablement l'une des parties

145. *Supra* note 138 et texte correspondant.

146. L'opportunité d'une preuve d'expertise sur des enjeux de consentement dans le domaine médical pourra donner lieu à des débats complexes. Voir par exemple l'affaire *Bissonnette*, *supra* note 29 [sous contrôle judiciaire], qui s'intéresse à la question de la conduite à suivre en cas de troupilles per-opératoires, et des obligations du médecin par rapport au devoir d'information.

147. Baudouin, *supra* note 143 au para 2-178.

148. 2017 QCCQ 2256 [*Moreau*].

149. *Ibid* aux para 1 et 3.

et doit, par conséquent, être divulgué conformément aux articles 83 et 85 du *Règlement sur les conditions d'exercice d'une opération de courtage, sur la déontologie des courtiers et sur la publicité*¹⁵⁰.

L'appelante soumet que le défaut de divulgation dont elle a été reconnue coupable ne correspond à aucune norme précise pouvant se trouver dans un règlement, une directive écrite ou tout autre document et qu'elle ne pouvait, par conséquent, savoir qu'il s'agissait d'un fait pertinent ou défavorable à la transaction devant être divulgué¹⁵¹. Elle avance donc qu'une preuve aurait dû être entendue afin d'établir la norme ou la pratique à suivre¹⁵². Or, la Cour du Québec refuse cette prétention et précise qu'« un manquement déontologique flagrant ne nécessite pas la présentation d'une preuve d'une norme professionnelle »¹⁵³. Ainsi, la Cour confirme que, même en l'absence d'une preuve d'expert établissant la norme, le Conseil de discipline pouvait conclure que la séquestration reliée à la Crise d'octobre de 1970 était un fait pertinent ou susceptible d'affecter défavorablement une des parties au cours de la transaction¹⁵⁴.

Bref, si l'infraction relative au devoir d'information porte sur l'absence totale d'explications par le professionnel, ou encore si elle constitue un manquement déontologique flagrant relevant du sens commun, la preuve d'expertise ne sera généralement pas requise pour conclure à l'absence de consentement éclairé. Par contre, dans certaines situations où l'étendue des informations divulguées peut vicier le consentement, la preuve d'expert pourra s'avérer nécessaire afin d'établir si la conduite du professionnel constitue une

150. RLRQ c C-73.2, r 1 :

Art. 83 : « Le courtier ou le dirigeant d'agence doit conseiller et informer avec objectivité la partie qu'il, ou l'agence pour laquelle il agit, représente et toutes les parties à une transaction. Cette obligation porte sur l'ensemble des faits pertinents à la transaction ainsi que sur l'objet même de celle-ci et doit être remplie sans exagération, dissimulation ou fausse déclaration.

S'il y a lieu, il doit les informer des produits et services relatifs à cette transaction concernant la protection du patrimoine visé. »

Art. 85 : « Le courtier ou le dirigeant d'agence doit informer la partie qu'il représente et toutes les parties à une transaction de tout facteur dont il a connaissance qui peut affecter défavorablement les parties ou l'objet même de la transaction. »

151. *Moreau*, *supra* note 148 aux para 27-29.

152. *Ibid* au para 29.

153. *Ibid* au para 39.

154. *Ibid* aux para 43 et 50.

violation aux règles applicables en la matière, surtout si le sujet présente un caractère technique.

3) L'ACTE DÉROGATOIRE ET LA PREUVE D'EXPERTISE

A. Contextualisation

Le concept d'acte dérogatoire renvoie essentiellement aux notions d'honneur ou de dignité de la profession. Le caractère général de ce type d'infraction soulève l'importance pour un professionnel de pouvoir identifier les manquements précis qui lui sont reprochés, afin de présenter une défense pleine et entière¹⁵⁵.

La Cour d'appel du Québec a établi dans l'arrêt *Tremblay c. Dionne*¹⁵⁶ que les éléments essentiels d'un chef d'infraction ne sont pas constitués par le libellé de la plainte, mais bien par les dispositions d'un code de déontologie, d'un règlement ou du *Code des professions*¹⁵⁷ qu'on accuse le professionnel d'avoir enfreintes¹⁵⁸. Toutefois, dans le cas de l'article 59.2 du *Code des professions*¹⁵⁹, l'imprécision relative de cette disposition mènera les tribunaux à porter une attention particulière au libellé du chef d'infraction.

La récente décision de la Cour supérieure dans la saga *Backler*¹⁶⁰ appuie l'importance de tenir compte du libellé de la plainte et de la preuve présentée lorsqu'il s'agit d'un acte déro-

155. Voir *Code des professions*, *supra* note 42, art. 144 : « Le conseil doit permettre à l'intimé de présenter une défense pleine et entière [...] » ; *Psychoéducateurs (Ordre professionnel des) c. Gaudetroy*, 2016 CanLII 15502 (QC CDPPQ) aux para 45, 48.

156. 2006 QCCA 1441 [*Tremblay*].

157. *Supra* note 42.

158. *Tremblay*, *supra* note 156 au para 84.

159. *Supra* note 42, art. 59.2 : « Nul professionnel ne peut poser un acte dérogatoire à l'honneur ou à la dignité de sa profession ou à la discipline des membres de l'ordre, ni exercer une profession, un métier, une industrie, un commerce, une charge ou une fonction qui est incompatible avec l'honneur, la dignité ou l'exercice de sa profession. »

160. *Médecins (Ordre professionnel) c. Backler*, 2012 CanLII 31195 (QC CDCM) ; *Backler c. Médecins (Ordre professionnel des)*, 2013 QCTP 95 ; *Backler c. Médecins (Ordre professionnel des)*, 2014 QCTP 135 ; *Lapointe c. Backler*, 2016 QCCS 584 [*Backler QCCS 2016*] ; *Backler c. Médecins (Ordre professionnel des)*, 2016 QCTP 153 [*Backler TP-2*] ; *Lapointe c. Backler*, 2018 QCCS 265 [*Backler QCCS 2018*].

gatoire¹⁶¹. Dans cette affaire, le syndic accuse un médecin d'avoir érigé un système de rendez-vous où les patients faisant effectuer leur test auprès du laboratoire privé dont sa femme est présidente obtiennent plus rapidement une rencontre annuelle que ceux faisant analyser leurs prélèvements dans le réseau public. La plainte mentionne que le médecin avait établi un système discriminatoire « au détriment des patients faisant effectuer leurs examens de laboratoire auprès du réseau public »¹⁶².

Dans la plus récente décision de la Cour supérieure, le syndic reproche au Tribunal des professions de ne pas s'être intéressé à la perception du public par rapport à ce déséquilibre entre les rendez-vous accordés¹⁶³. La Cour supérieure rejette cette prétention et indique que le Tribunal des professions a eu raison de considérer uniquement le préjudice des patients faisant appel au secteur public et non à la perception du public en général, puisque c'est ainsi qu'est rédigée la plainte¹⁶⁴. À ce propos, il fut conclu que les patients effectuant leur test au public ne subissaient aucun préjudice puisqu'il n'y avait pas de preuve qu'ils ne bénéficiaient pas de leur examen médical annuel¹⁶⁵. Pour que le médecin soit inculpé d'avoir posé un acte dérogatoire, le plaignant aurait dû établir l'existence d'un système discriminatoire au détriment des patients utilisant le système public tel que l'indique le libellé de la plainte, ce qui n'a pas été fait¹⁶⁶.

Par ailleurs, la Cour d'appel du Québec dans l'arrêt *Lapointe c. Chen*¹⁶⁷ a récemment apporté des précisions sur la façon d'analyser la culpabilité d'un professionnel accusé d'avoir commis un acte dérogatoire suivant l'article 59.2 du *Code des professions*¹⁶⁸, en même temps que d'autres infractions spécifiques. Bien que certaines décisions suggèrent que l'article 59.2 joue un rôle subsidiaire¹⁶⁹, la Cour d'appel conclut que l'article 152 du *Code des professions* n'impose pas une méthodologie stricte obligeant le

161. *Backler* QCCS 2018, *supra* note 160 au para 51.

162. *Ibid* au para 52.

163. *Ibid* au para 50.

164. *Ibid* aux para 52-54.

165. *Ibid* au para 54.

166. *Backler* TP-2, *supra* note 160 au para 26.

167. 2019 QCCA 1400 [*Chen*].

168. *Supra* note 159 et texte correspondant.

169. *Chen*, *supra* note 167 au para 52.

conseil de discipline à se pencher d'abord sur les infractions particulières, avant d'étudier les infractions générales¹⁷⁰ :

De son côté, l'article 59.2 crée une infraction générale qui vaut dans tous les cas, qu'une norme d'application particulière existe ou non. Le Conseil et le Tribunal pouvaient donc se prononcer sur un manquement de l'intimé à l'article 59.2 même s'il y avait lieu de conclure, au terme de la preuve, à une infraction à des dispositions spécifiques.¹⁷¹

En ce sens, suivant la preuve, un conseil de discipline pourra déclarer un professionnel coupable, pour le même geste, tant en vertu de dispositions spécifiques que d'infractions générales, dont les articles 59.1¹⁷² et 59.2¹⁷³ du *Code des professions* sont des exemples¹⁷⁴. Le recours à une disposition générale exigera une motivation d'autant plus suffisante du conseil, afin que le professionnel puisse comprendre le fondement de la décision et, le cas échéant, en demander la révision.

B. L'équilibre entre le rôle de l'expert et celui des pairs

La définition de ce que constitue un acte dérogatoire est une question cruciale en raison des contours imprécis de ce concept. Dans la décision *Backler* TP-2, le Tribunal des professions mentionne à titre indicatif ce qui suit pour qualifier l'acte dérogatoire : « [I]l nuit à l'image ou la réputation de l'ensemble de la profession, [...] il est d'une gravité certaine ou [...] il attaque l'essence même de la profession »¹⁷⁵.

Au niveau de la preuve, déterminer ce qu'est un acte dérogatoire met en relief l'équilibre à établir entre le rôle des membres du conseil de discipline et celui de l'expert, comme l'indique le Tribu-

170. *Chen*, *supra* note 167 aux para 46, 54 et 56.

171. *Chen*, *supra* note 167 au para 51.

172. *Supra* note 61 et texte correspondant.

173. *Supra* note 159 et texte correspondant.

174. *Chen*, *supra* note 167 au para 54. Évidemment, la règle interdisant les condamnations multiples pour une même infraction, expliquée par la Cour suprême du Canada dans les affaires *Kienapple* c. *R.*, [1975] 1 RCS 729 et *R. c. Prince*, [1986] 2 RCS 480, trouvera application.

175. *Backler* TP-2, *supra* note 160 au para 12, citant Jean-Olivier Lessard, « Honneur, dignité et discipline dans les professions », *Développements récents en déontologie, droit professionnel et discipline*, vol. 323, 2010 à la p 16.

nal des professions dans la décision *Jodoin c. Psychologues (Ordre professionnel des)*¹⁷⁶. Le Tribunal rappelle dans cette affaire que ce qui est considéré comme « une faute déontologique est l'apanage du conseil de discipline et non de l'expert »¹⁷⁷. De plus, « la détermination de ce qu'est un acte dérogoratoire à l'honneur ou à la dignité d'une profession spécifique est au cœur de l'exercice de la discrétion du conseil de discipline »¹⁷⁸, ce dernier étant composé de deux pairs issus du même milieu que celui dans lequel œuvre le professionnel¹⁷⁹. Par ailleurs, la Cour supérieure précise dans *Backler* que la commission d'un geste dérogoratoire ne nécessite pas, en ce qui a trait au fardeau de la preuve, de démontrer une intention blâmable¹⁸⁰. Le geste est dérogoratoire ou ne l'est pas, et c'est au conseil qu'il revient de le déterminer.

Le Tribunal des professions confirme que l'opportunité d'une preuve d'expertise se détermine au cas par cas en ce qui a trait à un acte dérogoratoire, « en fonction du libellé de l'infraction »¹⁸¹, bien que l'expertise s'impose généralement dans certains contextes, notamment lorsque l'infraction reprochée fait référence à une norme scientifique, aux données de la science actuelle, aux manquements aux devoirs de compétence et de conseil ou encore à un comportement généralement admis au sein de la profession¹⁸².

Par exemple, dans *Jodoin*, la psychologue intimée demande notamment la révision de la décision rendue par le Conseil de

176. 2017 QCTP 35 [*Jodoin*].

177. *Ibid* au para 43.

178. *Ibid*. Voir aussi *Backler* TP-2, *supra* note 160 au para 11.

179. Voir aussi *Code des professions*, *supra* note 42, art. 152.

180. *Backler* QCCS 2016, *supra* note 160 au para 55.

181. *Jodoin*, *supra* note 176 au para 45.

182. *Ibid* aux para 44-45. Le « comportement généralement admis au sein de la profession » semble proche du sens que nous attribuons à la notion de la qualité de l'acte. Le Tribunal des professions dans la décision *Jodoin* (*ibid*) se réfère en fait à la décision *Malo* (*supra* note 37). Dans cette dernière décision, lorsque le Conseil mentionne le « comportement généralement admis dans la profession », il renvoie aux « procédures, [...] pratiques et [...] comportements » qui sont enseignés dans les collèges et les universités. Ces procédures, pratiques et comportements ont donc un caractère objectif propre à la profession et ne doivent pas se confondre avec des comportements tels que dans des cas de manque d'intégrité, par exemple inscrire sciemment des données fausses dans un certificat. Cela fait écho aux propos du Tribunal dans *Windish-Laroche* (*supra* note 50) qui justifie le recours à une preuve d'expert en indiquant que « ces données existent indépendamment de tout comité de discipline et sont répertoriées dans les revues médicales, la doctrine et l'enseignement universitaire ».

discipline en ce qui a trait au deuxième chef. La psychologue était accusée d'avoir « fait parvenir à son ex-cliente [...] un compte d'honoraires révisé déraisonnable, confus, marqué au coin du lucre, et abusif dans sa forme »¹⁸³, en contravention à l'article 59.2 du *Code des professions*¹⁸⁴. Selon la psychologue, la plaignante ne se serait pas déchargée de son fardeau de preuve puisqu'elle n'avait pas présenté « la norme applicable en regard de la forme et du contenu du compte d'un psychologue »¹⁸⁵. Selon le Tribunal des professions, une preuve d'expertise n'apparaît pas nécessaire¹⁸⁶ ; l'étude des détails du compte de facturation suffit pour constater que « la teneur du compte est en "contradiction flagrante avec le bon sens et la bonne conduite professionnelle" »¹⁸⁷. Le Conseil ne semble pas avoir commis d'erreur déraisonnable en n'exigeant pas la présentation d'une norme applicable, et l'intervention du Tribunal n'est donc pas justifiée¹⁸⁸.

La psychologue demande aussi la révision de la décision rendue sous le troisième chef qui la déclare coupable d'avoir commis un acte dérogatoire en vertu de l'article 59.2 du *Code des professions* pour avoir fait signer à une cliente et à son ex-conjoint un document qui atteste qu'elle a agi de façon professionnelle¹⁸⁹. L'intimée avance que la plaignante n'avait pas mis en preuve une norme de pratique, et reproche que le témoignage de son expert avait été écarté¹⁹⁰. Or, le Tribunal remarque que le Conseil de discipline avait expliqué qu'il « n'a[vait] nul besoin d'une expertise »¹⁹¹ pour trancher ce type d'infraction. En effet, le Conseil avait écarté l'opinion de l'expert, car le document qu'a fait signer la psychologue à ses clients constituait « une reconnaissance de ses obligations déontologiques par opposition à une évaluation de la qualité [du] travail »¹⁹². De plus, le Tribunal ajoute que le libellé de l'infraction était suffisamment précis pour permettre à l'intimée de savoir ce qui lui était reproché et de se défendre adéquatement¹⁹³.

183. *Jodoin, supra* note 176 au para 2.

184. *Supra* note 159 et texte correspondant.

185. *Jodoin, supra* note 176 au para 41.

186. *Ibid* aux para 41-47.

187. *Ibid* au para 47.

188. *Ibid* aux para 41, 46 et 47.

189. *Psychologues (Ordre professionnel des) c. Jodoin*, 2011 CanLII 98550 (QC OPQ) [*Jodoin OPQ*] au para 12.

190. *Jodoin, supra* note 176 au para 56.

191. *Jodoin OPQ, supra* note 189 au para 59.

192. *Jodoin, supra* note 176 au para 58.

193. *Ibid* au para 59.

L'affaire *Physiothérapie (Ordre professionnel des) c. Oliveira*¹⁹⁴ est un autre cas où la preuve d'expertise n'a pas été jugée nécessaire. Un physiothérapeute est accusé d'avoir posé des gestes abusifs à caractère sexuel sur ses clientes à l'occasion des massages qu'il leur donnait. Le Conseil de discipline avait conclu à son acquittement puisque le plaignant n'avait pas relevé son fardeau d'établir les règles de l'art en la matière, ni que les massages n'étaient pas indiqués d'un point de vue thérapeutique¹⁹⁵. Le Tribunal indique que le Conseil a dévié de la question posée puisque ce qui était pertinent n'était pas de savoir si le traitement était approprié ou non, mais il fallait plutôt évaluer la façon dont celui-ci avait été prodigué par le physiothérapeute¹⁹⁶. Le Tribunal distingue cette situation des cas nécessitant la preuve d'une norme, notamment « en cas d'infraction de portée générale ou d'atteinte à des normes de pratique et en l'absence de disposition décrivant spécifiquement le comportement prohibé »¹⁹⁷. En effet, la pertinence des traitements de même que leur nécessité thérapeutique étant admis d'emblée, le test de l'écart fautif à une norme professionnelle ne trouvait donc pas application ici¹⁹⁸. Il s'agissait plutôt de déterminer si le professionnel avait posé des gestes *abusifs* à caractère sexuel sur ses clientes¹⁹⁹.

En somme, il fallait analyser la preuve factuelle et déterminer si le physiothérapeute avait abusé de sa relation. Le Tribunal déclare donc le professionnel coupable en vertu de l'article 59.1 du *Code des professions*²⁰⁰ sans avoir recours à une preuve d'expert²⁰¹. Toutefois, le Tribunal met en garde de ne pas généraliser et rappelle qu'il n'existe pas de règle absolue en la matière : dans certains cas d'actes dérogatoires, il se peut qu'il faille établir la norme du comportement acceptable et la transgression de cette norme par voie d'expertise²⁰².

194. 2017 QCTP 66 au para 10 [*Oliveira*].

195. *Ibid* au para 32.

196. *Ibid* au para 33.

197. *Ibid* au para 37.

198. *Ibid* au para 39.

199. *Ibid* au para 52.

200. *Supra* note 61 et texte correspondant.

201. *Oliveira*, *supra* note 194 aux para 55 et 90.

202. *Ibid* au para 41.

La décision *Mucciacciaro*²⁰³ offre l'occasion de formuler une synthèse quant à la nécessité d'une preuve d'expertise lorsqu'il s'agit d'un acte dérogatoire. Bien qu'il s'agisse d'un jugement rendu en cours d'instance, les motifs de la décision nous permettent toutefois d'établir un pont entre l'opportunité d'une preuve d'expert dans un cas d'acte dérogatoire et son occasion selon le type d'infraction.

Dans cette affaire, le plaignant, un citoyen ordinaire, allègue des actes dérogatoires à l'honneur ou à la dignité de la profession de la part de son médecin²⁰⁴. Or, le plaignant n'ayant pas prévu de retenir les services d'un expert, la partie intimée demande le rejet de la plainte, notamment en raison de l'absence de preuve d'expertise²⁰⁵. Le Conseil de discipline affirme qu'une preuve d'expert est nécessaire en ce qui a trait à la qualité des diagnostics et quant au caractère justifié de la médication, puisque ces sujets ont trait directement au champ d'expertise de la médecine²⁰⁶. Le Conseil déclare cependant que le manque d'écoute et d'empathie reproché au médecin ne nécessite pas une preuve par expert, car ce sont des questions qui relèvent de l'appréciation du Conseil²⁰⁷. Citant la décision *Jodoin*²⁰⁸, le Conseil rappelle alors que « la détermination de ce qu'est un acte dérogatoire [...] est au cœur de l'exercice de la discrétion du Conseil de discipline »²⁰⁹.

Par conséquent, le Conseil exclut de l'instruction de la plainte les aspects portant sur la justesse des diagnostics médicaux et de la médication, puisqu'aucune preuve d'expert n'est présentée ; il conclut toutefois que la plainte peut se poursuivre en ce qui trait aux allégations de manque d'écoute et d'empathie, et ce, sans preuve d'expert²¹⁰.

Bref, la nécessité d'une preuve d'expert dans le cas d'un acte dérogatoire correspond sur plusieurs points à son opportunité dans le cadre d'infractions spécifiques. En cas d'infraction parti-

203. *Mucciacciaro c. Chamelian*, 2018 CanLII 75482 (QC CDCM). La décision au mérite, acquittant l'intimée de l'ensemble des reproches du plaignant, est rapportée à 2018 CanLII 128195 (QC CDCM).

204. *Ibid* aux para 61 et 108.

205. *Ibid* au para 39.

206. *Ibid* au para 120.

207. *Ibid* au para 123.

208. *Supra* note 176.

209. *Mucciacciaro*, *supra* note 203 au para 124.

210. *Ibid* aux para 129-131 et 141.

culière, c'est la nature de la disposition réglementaire rattachée à la plainte qui va indiquer s'il est requis d'avoir recours à une preuve d'expertise. Dans le cas d'un acte dérogatoire, le libellé de la plainte va influencer l'opportunité d'une preuve d'expert, en raison du caractère général de l'article 59.2 du *Code des professions*.

En somme, en matière d'acte dérogatoire, la preuve d'expertise ne sera pas nécessairement exigée, sauf si l'infraction, par sa nature ou son libellé, interpelle l'application d'une norme scientifique ou un aspect technique. Les autres cas de figure seront habituellement jugés comme étant l'apanage des membres du conseil de discipline.

CONCLUSION

En droit disciplinaire, l'opportunité de la preuve d'expertise varie en fonction du type d'infraction reprochée au professionnel et du contexte. L'étude transversale des décisions récentes permet de dégager certains constats à ce sujet.

En résumé, la preuve d'expertise est nécessaire lorsque le chef d'infraction interpelle la qualité de l'acte professionnel, en référant à une norme scientifique ou aux règles de l'art. Dans le cas d'un reproche relatif à un manque d'intégrité, il s'agit d'une question pour laquelle aucune connaissance spécialisée n'est généralement requise, d'où le peu de pertinence d'avoir recours à une preuve d'expert. Toutefois, pour un manquement ayant trait à l'indépendance du professionnel ou à son devoir d'information, une preuve d'expertise pourra être nécessaire selon les particularités de chaque dossier.

Lorsque le manquement est formulé en tant qu'acte dérogatoire à l'honneur ou à la dignité de la profession, l'opportunité d'une preuve d'expert se détermine au cas par cas. À ce sujet, la grille d'analyse élaborée en fonction des types d'infraction semble aussi applicable dans le cas d'un acte dérogatoire. Considérant le caractère général des dispositions relatives aux actes dérogatoires, il est primordial d'examiner le libellé de la plainte en ces cas afin de déterminer la nécessité d'une preuve d'expert.

Au moment d'évaluer la pertinence d'une preuve d'expertise, il importe de distinguer le rôle des membres d'un conseil de discipline, composé notamment de pairs, par rapport au rôle d'un expert. Alors que l'expert renseignera les membres du conseil sur la norme scientifique ou un élément technique de la plainte grâce à ses connaissances spécialisées, il reviendra au conseil de décider s'il existe une faute déontologique à la lumière de ces informations.

La question de la nécessité de présenter, ou non, une preuve d'expertise en droit disciplinaire continuera à susciter des questions et des débats. Il est à souhaiter que la grille d'analyse suggérée et que les facteurs dégagés dans cet article contribueront à une réflexion favorisant une utilisation juste et proportionnée de ce type de preuve.

LISTE DES MÉMOIRES DE MAÎTRISE ET DES THÈSES DE DOCTORAT DÉPOSÉS EN 2018-2019

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Maîtrises en droit et politiques de la santé

GUERTIN, Véronique, Les conflits d'intérêts chez les médecins : un bon exemple de l'apport du Code de déontologie des médecins afin d'assurer la protection du public.

LARIVÉE, Émilie, L'utilisation grandissante d'examens diagnostiques inappropriés : une analyse des causes et des impacts en responsabilité médicale.

POIRIER, Janie, Les perturbateurs endocriniens : les défis entourant la réglementation de ces substances chimiques au niveau international, canadien et européen.

UNIVERSITÉ DE MONTRÉAL

Thèses de doctorat

BLANC, Nicolas, Constitutionnalisme et exclusion : critique du regard français sur le modèle canadien de pluralisme.

DEPATIE-PELLETIER, Eugénie, Labour Migration Program Declared a « Modern Form of Slavery » under Constitutional Review: Employer-Tying Measure's Impact vs Mythical « Harm Reduction » Policies.

GENEVÈS, Victor, Normativités et usages judiciaires des technologies : l'exemple controversé de la neuroimagerie en France et au Canada.

KANG, Pyeng Hwa, Group defamation and harm to identity.

KOUSHA, Amirhossein, The principle of compensation in the practice of the Iran-United States claims tribunal and the transnational rules: shared values?

MALACKET, Andréanne, Des règles de dévolution légale en droit québécois : perspectives socio-historiques des affections présumées, pour une reconnaissance de la vocation successorale *ab intestat* du conjoint de fait survivant.

MOUSTAPHA ADOU, Kévin, Le libre arbitre à l'épreuve du déterminisme : les troubles du psychopathe en tant qu'instruments d'étude de la défense de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux.

Mémoires de maîtrise

ALVARADO GRANADOS, Keren Dayana, Éthique des affaires et conformité : de la gestion des risques à une culture d'entreprise.

ARAUJO AGRIPINO E SILVA DE SOUZA, Georgia, Entraide judiciaire en matière pénale : défis juridiques et administratifs liés à l'adéquation formelle et matérielle du processus de collecte de preuves à l'étranger.

CARRIER, Alexandre, La délégation de l'obligation de consulter et d'accommoder les peuples autochtones au promoteur ou le rôle de la Couronne comme médiatrice de réconciliation.

CHAFFAI-PARENT, Shana, Repenser la nature juridique de l'expertise dans l'instance civile.

CHARLAND, Marisol, Les exemptions de taxes foncières des institutions religieuses.

DÉCARIE, Jean-Sébastien, Le cadre juridique applicable à une infrastructure sous forme de service (IaaS) dans le milieu universitaire.

DELIMA, Thing-Weck, L'affaire Canada : certaines mesures affectant le secteur de la production d'énergie renouvelable à l'OMC : une occasion manquée de mettre en œuvre l'article XX du GATT de 1994 ?

DIEUDONNÉ, Barnabas, La violation des droits des travailleurs migrants haïtiens et de ceux de leurs descendants en République dominicaine : de la déchéance de la nationalité à l'inexécution des arrêts de la Cour interaméricaine des droits de l'homme.

FANÉ, Mountaga, Responsabilité civile en cas de diffamation sur Internet : étude comparative entre les systèmes québécois et français.

FORGET, Frédéric, L'article 5 de la CEDEF : l'obligation d'éliminer les stéréotypes de genre néfastes et injustifiés.

GIAUFFRET, Inès, Le traitement réservé à la Charia dans l'arbitrage international.

LÉVESQUE, Myriam, Les insuffisances des grands outils juridiques protégeant le droit à l'égalité en emploi : l'exemple de la déqualification des immigrantes et migrantes au Québec.

PARENTE FREIRE MOREIRA, Caroline, Les lois anticorruption brésilienne et canadienne et leurs effets sur la compliance des entreprises au Brésil.

PASSOS, Roxanne, Agroécologie : pour une réconciliation de l'agriculture et du droit de l'environnement.

PÉAUD, Héloïse, Droit international privé et vols d'œuvres d'art, étude critique des propositions du professeur Symeonides dans la résolution des conflits mobiles relatifs aux biens culturels.

PHAM, Christine, L'introduction d'un régime de responsabilité civile pour le préjudice écologique dans le corpus juridique québécois.

PICOTTE, Marc-Antoine, Adhérer ou adhérer : essai sur la notion de contrat (par adhésion).

ROBERT, Gabrielle, Corruption dans le milieu municipal : effets sur les élus et impacts sur les contrats.

YOON, Yeong Gin Jean, Les minorités linguistiques et l'accès à la justice : pour une pratique conforme aux Chartes.

UNIVERSITÉ DU QUÉBEC À MONTRÉAL

Doctorat en droit

BOUKHARI, Dallal (2018), Étude de la compatibilité de la laïcité française au Québec à partir de la « Charte des valeurs québécoises ».

Maîtrises en droit

BLAIS-BERGERON, Samuel (2018), Le rapport Brahimi, 17 ans plus tard : que reste-t-il à faire ?

- BOIVIN, Noémie (2018), Dénationalisation massive de Dominicains d'ascendance haïtienne en République dominicaine : acte d'apartheid au regard du droit international des humains ?
- BOURDUA, Carolanne (2019), Migration et égalité de traitement : le cas des travailleurs guatémaltèques en situation irrégulière au Mexique.
- GUAY, François-Olivier (2018), La réintégration en emploi : analyse empirique de l'effectivité d'un remède au congédiement sans cause juste et suffisante.
- GUERTIN, Louis (2019), Le syndicalisme minoritaire.
- LANIEL, Richard-Alexandre (2018), « Le pire règlement vaut mieux que le meilleur jugement » : une ethnographie des pratiques de médiation à la Division des petites créances de la Cour du Québec.
- LEDUC-HÉBERT, Laurence (2018), La libéralisation de l'aviation civile européenne et les nouvelles réalités en matière d'emploi pour le personnel navigant.

UNIVERSITÉ MCGILL

Doctor of Civil Law

- BATEMAN, Eliza, Navigating the forbidden: Exploring religious and sexual identity conflict through the lens of law.
- BIRD, Brian, The forgotten fundamental: Freedom of conscience in Canada.
- CONRAD, Geoffrey, Making sense of who we are: justification, community and judgment in section 7 of the canadian charter.
- EZENAGU, Alexander, Unitary taxation of multinational enterprises for a just allocation of income: Nigeria as a case study of Africa's largest economies.
- HARBOUN, Claris, Lawbreaking as lawmaking: redefining women's everyday resistances to injustice.
- HETTIARACHCHI, Lasantha, The quasi-regulatory regime of the international air transport association (IATA) and its impact upon the airline industry and the consumer.

LAZARE, Jodi, Judicial reliance on the « Spousal Support Advisory Guidelines »: Spousal support and soft law across Canadian jurisdictions.

LIN, Rung-Guang, Towards a jurisdictional autonomy approach: rethinking state regulation of religious organizations in Taiwan.

MAJOR, Blair, Perfect strangers: The social dimension of the law's interaction with religion in Canada.

O'CONNOR, John G., The law civil and maritime: Quebec admiralty courts and the development of « in rem » procedure.

PINTO, Juan, Social score 1341: A jurist learns how best to nudge.

TAO, Nanying, China's attitude towards international adjudication: A transcivilizational process perspective.

ZAWATI, Ma'n Hilmi, Of research participants and population biobanks: Reciprocity as a conceptual basis to relational autonomy.

Master of Laws

BEAULIEU LUSSIER, Mélissa, The new crimes of rape and sexual slavery against child soldiers at the ICC: A feminist perspective of the expressivist potential.

CRESPO, Daniel, La réforme contemporaine du droit du travail cubain : un modèle singulier à l'intersection de la protection étatique et du pragmatisme.

FOX, David, Defensive strike: International law and the use of force in self-defense against co-orbital antisatellite weapons.

GIROUX, Kathryn, The quest for an « optimal balance » civil liberties in an era of securitization: An analysis of Canadian anti-terror legislation.

ISLAM, Khairul, The seat in international arbitration: rethinking the role of Bangladesh.

MAHMOUDI, Azar, The proliferation of corruption in sanctions regimes: The case of Iran.

McCLURE, Ellen, Alcohol use disorder and crime: identifying and analysing the role of judicial discourse.

- NAIR, Kiran, Conflict to convergence: role of international law in fostering international cooperation and sustainable development in space.
- NAPOLITANO, Ermanno, International point-to-point suborbital transportation: The need for global governance.
- PATHIRANA, Dhananga, Towards better regulation of unmanned aerial vehicles in national airspace: a comparative analysis of selected national regulations.
- PSARROU, Georgia, A Foucauldian genealogy of private property and appropriation rights in celestial bodies.
- SAQI, Alida, Revisiting the rights of the Adivasis in Bangladesh: A critical analysis.
- SCHIAVON, Constantin, La Charte des renards : perspective pluraliste sur le constitutionnalisme canadien.
- ULUDERE, Eda, Where all roads lead: private enforcement of data protection laws against social networking services under Rome I.
- YANG, Shuo, The tradition and the modernization of Adult Guardianship System.
- YEVCAK, Ryan, Constitutional rights review and section 2 of the human rights Act 1998: a contextual dialogue of applications for appeals and judicial review on medical grounds in the United Kingdom.

UNIVERSITÉ D'OTTAWA

Thèses de doctorat

- BURELLI, Thomas, Ni vues, ni connues : étude des contributions des acteurs des milieux autochtones et universitaires à l'encadrement de la circulation des savoirs traditionnels au Canada.
- SBERT CARLSON, Carla, Mining from the Lens of Ecological Law: Obstacles and Opportunities for Re-formation.

Thèses de maîtrise

CENTENO GARCÍA, Gerardo, *Fraud in Mexico's Government Procurement Sector.*

LEMIEUX, René, *Traduction et hospitalité : essai sur la tradition orale autochtone et le pluralisme juridique canadien.*

Mémoires de maîtrise

ADEYEMO, Ayodele, *Whose right to life and liberty? A comparative Study of the rights to life and liberty under the Nigerian constitution and the Canadian charter of rights and freedoms with respect to the right of a woman to abortion.*

AKAKPO, Astrid, *L'efficacité et la mise en œuvre du droit international de la santé, du droit à l'intégrité physique et du droit international envers les femmes victimes de violences sexuelles constitutives de crimes internationaux (étude de cas du Soudan du Sud).*

ALKUWARI, Hessa, *Goeoeconomics: The Growing Role of National Security Considerations in International Economic Law.*

ANTKOWIAK, Victoria, *Les limites du statut juridique des forces de maintien de la paix des Nations unies, dans le respect du droit international humanitaire et de la protection internationale des droits de l'homme, lors de leur déploiement en cas de crise internationale.*

AYOTUNDE-ROTIFA, Titilola, *Mediating the Trauma: Suitability of Family Mediation to Nigeria's Family Law Regime – Observations of the Canadian Experience and Proposals for Reform.*

BOLCA, TUNCA, *Data sharing and Governance in smart cities: Contextualizing sidewalk Toronto's urban data trust.*

CLERC, Antoine, *La rénovation du partenariat euro-japonais.*

CUMMINS, Aleiya, *Canada's Ability to Improve their Migrants' Labour Market Outcomes: A Comparison Study with Australia's Economic Immigration System.*

CZARNOWSKI, Alicia Jennifer, *Regulating Assisted Human Reproduction in Canada: Lessons from Canadian Blood Services.*

DOYLE, Patricia, Regulating Harmful Speech Online in Canada: Is Current Federal Legislation Sufficient?

EL CHARIF, Maysaa, Le Liban, un « printemps arabe » manqué : des réformes timides, une justice inachevée pour les femmes divorcées et leurs enfants.

GEDDES, Alexander, The Quality of the Guidebook: Problems and Potential for Improved Access to Justice in the Drafting and Dissemination of Soft Law Instruments for Social Benefit Programs in Canada.

GOLDENBERG, Janice, La protection des droits des personnes âgées : la nécessité de mettre en œuvre une convention internationale.

HARTJE, Katharina, Socio-economic rights in Canada and Germany-The right to an adequate standard of living and the right to housing.

HAVYARIMANA, Salvator, De la mise en œuvre du principe de complémentarité dans la lutte contre l'impunité des crimes internationaux.

ITAMUNOALA, Tamunobelem, Exploring the African charter and the fundamental rights enforcement procedure rules 2009 as a channel to environmental justice in the Niger delta region of Nigeria.

JACZEK, Natasha, The alienated legal citizen and the search for empowerment.

KAZADI, Andre Ka Cisungu, La primauté des méthodes littérale et téléologique dans la démarche interprétative en droit pénal.

KHANDAKER, Mohiminol, The Impact of Arbitration and Forum-Selection Clauses on Consumer Rights: Lessons from the Sharing Economy.

KHOO, Cynthia, Missing the Unintended Forest despite the Deliberately Planted Trees: Establishing Legal Recognition of Digital Platform-Facilitated Emergent Systemic Harm to Historically Marginalized Groups.

KOHLMEIER, Alex, Autonomy of the EU Legal System – Implications of the CJEU's Opinion 1/17 on the Compatibility of the CETA ISDS Mechanism with the EU Legal Framework.

KONSIMBO, Ophelie, Le droit international et l'économie informelle, une relation qui reste à faire ou à défaire ? Examen de l'effectivité des instruments internationaux portant sur les travailleuses de l'économie informelle par l'étude de la coopérative.

LEBRON, Gerardo, The possibility of Smartbail.

McCARTY, Robert John, Closed Material Procedures in Canadian Civil Litigation.

NAPIER, Matthew, The Legal and Practical Implications of Canada's Proposed Cyber Operations Framework Under International Law.

OLUDAMILOLA, Oladele, Towards more effective legal and institutional protection of internally displaced persons.

OKWUOSA, Chukwuka, Privacy Implications of Virtual Personal Assistants in Canada.

ORUMWENSE, Ebenezer, Non-Compliance to International Humanitarian Law Standards: The « War » against Boko Haram.

OYEWO, Timileyin, The scope and justiciability of the national security exception in light of contemporary WTO jurisprudence.

PINNAWALA, Sriyantha Saliya Bandara, EU proposed multi-lateral investment court to improve investor-state dispute resolution system.

ROMANISZYN, Anna, Human rights climate litigation against governments for failure to adequately mitigate climate change.

SINGH, Sukhchain, How the persecution of the Rohingya is a threat to international peace and security.

SMITH, Michael Morgan, Separating human from machine under International Humanitarian Law: « Meaningful human control » in light of combatants' obligations.

SOLTYS, Jonathon, Addressing and Preventing Workplace Violence within Health Care Assessing Legal Reforms to Ontario's Occupational Health and Safety Act.

STECHISHIN, Claire, Using Indigenous Legal Traditions to Transform Canada's Judicial Space.

TEFFAHI, Kenza Safia, Le développement durable dans l'Accord économique et commercial global entre le Canada et l'Union européenne.

VADNAIS, Fabien, L'encadrement juridique et médical des soins de fin de vie dans le contexte pédiatrique : Analyse d'une discrimination envers les plus vulnérables et pistes de réflexion.

VAILLANT, Ludivine, Le filtrage des investissements directs étrangers dans l'Union européenne.

WADERA, Jaskaran, The infallible doctor or the deluded patient? Medical negligence in India and Canada: A cross-sectional comparative analysis.

WILSON, Kristin, Respecting Our Freedoms: Acknowledging Intersectional Discrimination in Canadian Constitutional Law.

UNIVERSITÉ LAVAL

Thèses

AKIOBE SONGOLO, Michèle Patricia, La crise des subprimes : vers un meilleur encadrement des risques financiers et juridiques liés à la titrisation des créances.

BENSA, Clémence, Famille structurelle, famille fonctionnelle – Réflexion sur le travail prétorien d'adaptation de la notion de famille à travers la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour suprême du Canada.

BOUCHARD, Kevin, Aux origines conceptuelles du constitutionnalisme de common law contemporain : l'influence de la conception classique de la common law sur la théorie juridique de Wilfrid Waluchow.

CHERROUK, Raïhan, L'œuvre interprétative du Tribunal international du droit de la mer.

COCAN, Silviana-Iulia, Le dialogue entre juridictions et quasi-juridictions internationales de protection des droits de la personne - L'exemple de la prohibition de la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants.

DUCLOS, Cinthia, La protection des épargnants dans les services d'investissement : une étude des facteurs d'influence de nature organisationnelle des manquements professionnels à la lumière de l'étiologie des accidents.

ÉMOND, Louis, Études des liens entre droit et pédagogie en regard des aspects juridiques de l'évaluation scolaire.

HEMLE DJOB SOTONG, Simon Pierre, L'indépendance judiciaire à l'épreuve de la « grande corruption ». Illustration à travers la réception des instruments internationaux de lutte contre la corruption dans les systèmes judiciaires de common law et de droit civil et selon les contextes sociaux Nord/Sud (Canada, France, Cameroun).

MICALEF, Romain, L'internationalisation du droit des contrats publics en France et au Canada.

MODOU, Kader Leonide, Fondements biologiques de l'obligation alimentaire de l'État en droit international.

NONO, Guy Marcel, L'effectivité des normes du développement durable dans le processus d'intégration en Afrique.

OTASEVIC, Ivana, L'émergence d'une norme non écrite en matière de protection de la diversité culturelle en droit international.

PLAMONDON, Jacinthe, L'évolution et la structuration des principes directeurs de la procédure civile du Québec, 1867-2016.

TEIXEIRA, Marie-Josée, L'assurance de responsabilité civile des risques d'entreprise.

YENTCHARE, M Pag Yendu, Protocole de Nagoya et protection juridique des savoirs traditionnels associés aux ressources génétiques : la fabrique d'un droit international de la reconnaissance.

Mémoires de maîtrise

ACHDJIAN, Christophe, Les citoyens multiples face à la déchéance de citoyenneté : une plus haute vulnérabilité que les citoyens uniques.

BARÉTY, Alice, Étude du test en trois étapes à la lumière des traditions juridiques du droit d'auteur.

- BRENAC, Marin, La souveraineté numérique sur les données personnelles – Étude du règlement européen n° 2016/679 sur la protection des données personnelles à l’aune du concept émergent de souveraineté numérique.
- CANTWELL, Philip, L’action municipale en matière de développement économique – Droit québécois et comparé.
- CARON, Sandy, La protection des créations générées par intelligence artificielle par le droit d’auteur canadien.
- CHAHKAR MIAN POSHTEH, Benjamin, L’étude du secret commercial et industriel : approche comparatiste en droit civil par l’exemple de sa relation avec la propriété intellectuelle (France et Québec).
- DAUVERCHAIN, Mathieu, Le consentement dans le contexte du traitement de données personnelles sur les sites de réseautage social.
- DESCHÊNES, Ariane, La réglementation des plateformes de diffusion numériques par le droit canadien : vers une meilleure protection de la diversité des expressions culturelles.
- DION, Abel, Le dédommagement de la victime dans le procès pénal.
- DUFFORT, Chloé, Le choix d’un droit pénal préventif ou prédictif pour faire face au retour anticipé des djihadistes français sur le territoire national.
- FREMONT, Joséphine, Le Value Gap ou la question du partage de la valeur générée par la consommation d’œuvres musicales sur internet.
- IZQUIERDO, Florian, Le droit d’auteur à l’épreuve de la liberté d’expression.
- JOSEPH, Eloi, L’appréhension du territoire pénal par le Canada et la France.
- LE THIEC, Solène, Le principe d’exclusivité en droit d’auteur ou la recherche d’un équilibre entre les intérêts de l’auteur et ceux de la société.
- NOUZIERES, Romane, La conciliation entre la lutte pénale contre le terrorisme et le respect des droits fondamentaux.

PEDENAUD, Florian, La bible, le synopsis et le format à la frontière entre idée et œuvre.

PINEL, Valérine, La détention provisoire et son impact sur les droits des justiciables.

POISSANT, Noémi, L'intégration de l'adaptation aux changements climatiques au droit québécois : le cas des inondations.

SASSI, Kenza, Les personnes non-représentées par avocat devant les tribunaux judiciaires civils.

SOUFFLARD, Gauthier, Réalité augmentée et droits fondamentaux.

TOURNÉ, Adèle, La confiscation en droit pénal français et canadien.

WAGNER-LAPIERRE, Claudie-Émilie, Justice endormie ? La prescription des actions en indemnisation des victimes d'agression sexuelle.

Essais

AMON, Anne, Réflexion sur l'impact du principe de précaution dans le régime de la santé, sécurité au travail au Québec.

AMOUZOU, Kossi Elolo, Le bitcoin et le blanchiment d'argent : risques et perspectives.

ANDALOUSSI, Narjisse Ibnatty, La théorie de l'équité intergénérationnelles : Une architecture normative possible pour la gouvernance mondiale de l'environnement.

APPRÉDÉRISSE, Camille, L'incidence juridique de la notion de développement durable dans la Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel.

ARCHAMBAULT-LALIBERTÉ, Marianne, Le droit à la santé des Inuits et les « Ententes sur les répercussions et avantages » : Limites et contributions de l'Entente Raglan pour les populations de Salluit et Kangiqsujuaq.

AUBRÉJAT, Emma, Le commerce électronique dans l'AECG : l'exemple de la culture.

- BAALI, Nouha, La conception de l'égalité homme-femme et celle de la liberté de conscience et de religion en droit musulman et en droit international des droits de la personne et leur application au Maroc.
- BAGABANA, Maleki Justine, Le développement de la filière biogaz au Québec : Analyse du cadre juridique et bonifications possibles à partir du droit français.
- BELMERABET, Mélissa, L'Accord de Paris : quelle différenciation des obligations étatiques pour une justice climatique ?
- BONAUD, Léna, La compétence juridique sur les eaux recouvertes par les glaces à la lumière du Code polaire : Quel avenir pour les pratiques unilatérales des États de l'Arctique ?
- CARMEL JOSEPH, Rose, Enjeux et perspectives de la protection des lanceurs d'alerte au regard des droits de la personne humaine et des principes démocratiques dans le système juridique canadien.
- CARPENTIER, Valérie, Gouvernance d'entreprise, PME et difficultés : perspectives juridiques.
- CAYARD, Marvel Joseph, Droit au logement : l'État haïtien face à ses obligations internationales, le cas des déplacés internes après le séisme du 12 janvier 2010.
- CÔTÉ-JINCHEREAU, Andrée-Anne, Le droit forestier à l'épreuve de la transition énergétique : quel encadrement juridique pour l'approvisionnement en biomasse forestière au Québec ?
- DIOUF, Ndeye Adam, Les règles de droit international relatives à l'assistance humanitaire et le conflit en Syrie.
- DOUCET, Mathilde, La protection des personnes LGBT+ en période de conflit armé.
- FONOU DIENE, Julianne, La responsabilité de garantir le droit à un niveau de vie suffisant à la population en cas de faillite de l'État : cas de la Somalie.
- GAGNON, Maude, L'intégration de la conservation de la biodiversité en droit forestier québécois : quelle évolution en 25 ans ?
- GALLARDO RIVAS, Maria Belén, Au-delà d'une activité économique : la responsabilité pénale individuelle pour complicité de crimes de guerre à travers le commerce d'armes.

- GAUBERT, Louise, L'imposition de l'économie numérique à l'échelle internationale.
- GOHIN, Victoria, L'environnement dans les conflits armés.
- GUITTON, Corentin, La prévention et la gestion administrative des risques naturels d'inondation : comparaison France-Québec.
- HEQUET, Chloé, L'influence de la société et de la culture sur la réalisation du droit à l'éducation à Madagascar.
- HOUSSOU, Epiphanie, La protection du consommateur à l'ère du paiement mobile en droit européen et en droit canadien.
- IGNACCHITI, Tom, Les droits des agriculteurs aux pratiques agricoles traditionnelles dans le système international des droits de propriété intellectuelle – Pour une contribution à une diversité et sécurité alimentaires.
- ISSENMANN, Morgane Geneviève Lucie, L'ambiguïté du concept d'expressions culturelles en droit international de la culture : un état des lieux dix ans après l'entrée en vigueur de la Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles de l'UNESCO de 2005 (2007-2017).
- JOUAYED, Célia, L'intégration de l'économie circulaire dans les droits français et québécois : L'exemple de la valorisation énergétique des déchets.
- KHALILI, Antoine, L'autonomie locale en opposition à l'État-nation, un facteur politique d'effectivité des droits des minorités : l'exemple du Confédéralisme démocratique au Rojava.
- LANGENFELD, Alexis, Le devoir de vigilance des entreprises.
- LANGLOIS, Marjorie, Examen de l'étendue et de la mise en œuvre des privilèges et immunités attachés aux membres du personnel des Nations unies.
- LAPIZE, Lauriane, La coopération réglementaire en matière de normes environnementales au sein de l'AECG, une innovation dans la relation commerce-environnement ?
- LE TRON, Pauline, L'aspect structurel et sémantique des troisième et quatrième Conventions de Genève et les personnes protégées.

- LEGAULT, Cynthia, Le cadre juridique entourant la prévention du gaspillage alimentaire et la valorisation des résidus alimentaires.
- LESCROART, Corentin, La libéralisation du marché transatlantique du transport aérien de passagers.
- MALAMAIRE, Nicolas, Contribution à l'amélioration de la sécurité et de la prévisibilité juridiques de la procédure de règlement des différends en droit des investissements.
- MASSÉ, Jérôme, Le droit international humanitaire et les blessures invisibles – L'inclusion des blessures psychologiques dans l'analyse de la proportionnalité d'une attaque : Une analyse au regard de la Convention de Vienne sur le droit des traités.
- MAXIMOVA, Kristina, La notion d'architecture normative d'un régime juridique international : la modification de l'architecture du régime juridique international des changements climatiques engendrée par l'Accord de Paris.
- MOSTOSI, Sébastien, Le contrat de travail en milieu syndiqué, la lente convergence des systèmes juridiques français et québécois.
- NAJIH, Amine, Le traitement juridique de la précarité énergétique au Québec.
- NORA DAGNAN, Apie Laetitia, L'interdiction des prescriptions de résultats dans les traités d'investissements bilatéraux.
- PARENT, Marielle, Les restrictions au droit à la liberté de circulation des pauvres : analyse juridique de la conformité constitutionnelle et internationale de la disposition réglementaire relative aux séjours hors province pour les assistés sociaux du Québec.
- PELCHAT, Louis-Philippe, Les réformes proposées dans le Document de consultation 33-404 au regard de l'intérêt des investisseurs québécois.
- PERRON-DESCHÊNES, Frédérik, La réponse du Canada aux violations des droits humains à l'étranger par des sociétés minières canadiennes.
- RAKOTOMANDIMBY, Hantavololona, La protection des renseignements personnels du consommateur dans la lutte contre la cybercriminalité : cas de l'hameçonnage en Europe et au Canada.

- RAMBEAUD, Charlène, La sécurité des empreintes digitales manipulées au sein des entreprises.
- ROOS, Thomas, Le droit international humanitaire, sa place et ses interactions au sein du droit international général.
- SANGLI, Saïbou, Les enjeux juridiques de l'accès à l'électricité dans les zones connectées au réseau au Burkina Faso.
- TANGUAY, Samuel, La libéralisation des marchés publics canadiens dans les principaux accords commerciaux internationaux : analyse comparative de l'AMP, l'ALÉNA et l'AÉCG.
- THERRIEN-TREMBLAY, Anne-Marie, Les effets de la coopération réglementaire dans l'AECG sur la sécurité sanitaire des aliments.
- THIAM, Oumar, La gestion de l'immigration et les droits fondamentaux en Europe : vers un équilibre ?
- TORRES, Javier, El secuestro de migrantes en México, un crimen de lesa humanidad.
- VANBRUSSELEN, Damien, La compatibilité du Tribunal permanent relatif aux investissements de l'Accord économique commercial global avec la compétence de la Cour de justice de l'Union européenne.

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.

DALPHOND, Pierre J. et Anushua NAG, Enfin une réforme de la *Loi sur le divorce*, **255-355**

LAFLAMME, Anne-Marie, Antoine PELLERIN et Sophie BRIÈRE, Inégalités dans la progression des avocates au sein des cabinets québécois : vers une démarche de changement, **1-37**

LANDRY, Josiane et Jean-Sébastien SAUVÉ, L'éducation des enfants : une concurrence de droits et devoirs entre les établissements scolaires et les titulaires de l'autorité parentale ? **81-139**

LÉ, Vanessa, Détermination d'une modalité de garde en contexte de violence familiale : un casse-tête loin d'être un jeu d'enfants, **215-253**

LE GRAND ALARY, Nicolas et Fanie PELLETIER, Le droit disciplinaire à l'ère du mouvement #moiaussi (#metoo), **423-468**

MILLIAIRE, Karine, La renonciation aux droits et libertés et le « consentement libre et éclairé » : fondements, exigences et incertitudes, **39-79**

NADEAU, Denis, « L'étoffement » des motifs en contrôle judiciaire : la délicate quête de l'implicite !, **377-421**

PAQUETTE, Yan, Les rôles de ministre de la Justice, de procureur général et de jurisconsulte au Québec, **357-375**

ROBERGE, David E. La preuve d'expertise en droit disciplinaire : type d'infraction et contexte, **509-547**

VILLENEUVE, François, L'histoire d'une confusion interprétative : la douloureuse interaction entre le principe de l'interprétation bilingue et le principe de l'interprétation bijuridique en contexte du droit fédéral, **469-508**

YOON, Yeong Gin Jean, Les minorités linguistiques et l'accès à la justice : pour une pratique conforme aux Chartes – Le droit à l'assistance gratuite d'un interprète lors d'une audience devant le Tribunal administratif du travail, division santé et sécurité du travail, **141-214**

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 LA JUSTICE

Les minorités linguistiques et l'accès à la justice : pour une pratique conforme aux Chartes – Le droit à l'assistance gratuite d'un interprète lors d'une audience devant le Tribunal administratif du travail, division santé et sécurité du travail, **141-214**

ACTE DÉROGATOIRE À LA DIGNITÉ DE LA PROFESSION

Le droit disciplinaire à l'ère du mouvement #moiaussi (#metoo), **423-468**

La preuve d'expertise en droit disciplinaire : type d'infraction et contexte, **509-547**

AUDIENCE PUBLIQUE ET IMPARTIALE

Les minorités linguistiques et l'accès à la justice : pour une pratique conforme aux Chartes – Le droit à l'assistance gratuite d'un interprète lors d'une audience devant le Tribunal administratif du travail, division santé et sécurité du travail, **141-214**

AUTONOMIE

La renonciation aux droits et libertés et le « consentement libre et éclairé » : fondements, exigences et incertitudes, **39-79**

AUTORITÉ PARENTALE

L'éducation des enfants : une concurrence de droits et devoirs entre les établissements scolaires et les titulaires de l'autorité parentale ? **81-139**

Enfin une réforme de la *Loi sur le divorce*, **255-355**

AVOCAT ET AVOCATE – EXERCICE DE LA PROFESSION

Inégalités dans la progression des avocates au sein des cabinets québécois : vers une démarche de changement, **1-37**

AVOCATE – RETENTION / AVANCEMENT

Inégalités dans la progression des avocates au sein des cabinets québécois : vers une démarche de changement, **1-37**

BUREAU D'AVOCAT – ÉTUDE

Inégalités dans la progression des avocates au sein des cabinets québécois : vers une démarche de changement, **1-37**

CODE DE DÉONTOLOGIE ET CODE DES PROFESSIONS

Le droit disciplinaire à l'ère du mouvement #moiaussi (#metoo), **423-468**

COMMISSION SCOLAIRE

L'éducation des enfants : une concurrence de droits et devoirs entre les établissements scolaires et les titulaires de l'autorité parentale ? **81-139**

CONCILIATION TRAVAIL-FAMILLE

Inégalités dans la progression des avocates au sein des cabinets québécois : vers une démarche de changement, **1-37**

CONSENTEMENT LIBRE ET ÉCLAIRÉ

La renonciation aux droits et libertés et le « consentement libre et éclairé » : fondements, exigences et incertitudes, **39-79**

CONTRÔLE JUDICIAIRE – ORGANISME OU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

« L'étoffement » des motifs en contrôle judiciaire : la délicate quête de l'implicite !, **377-421**

DÉCISION – ABSENCE OU FAIBLESSE DE LA MOTIVATION

« L'étoffement » des motifs en contrôle judiciaire : la délicate quête de l'implicite !, **377-421**

DEVOIR D'INFORMATION

La preuve d'expertise en droit disciplinaire : type d'infraction et contexte, **509-547**

DIRECTEUR DES POURSUITES CRIMINELLES ET PÉNALES

Les rôles de ministre de la Justice, de procureur général et de jurisconsulte au Québec, **357-375**

DISCIPLINE – PROFESSIONNEL

Le droit disciplinaire à l'ère du mouvement #moiaussi (#metoo), **423-468**

La preuve d'expertise en droit disciplinaire : type d'infraction et contexte, **509-547**

DISCRIMINATION

Inégalités dans la progression des avocates au sein des cabinets québécois : vers une démarche de changement, **1-37**

Les minorités linguistiques et l'accès à la justice : pour une pratique conforme aux Chartes – Le droit à l'assistance gratuite d'un interprète lors d'une audience devant le Tribunal administratif du travail, division santé et sécurité du travail, **141-214**

DIVORCE

Enfin une réforme de la *Loi sur le divorce*, **255-355**

DROIT À L'ASSISTANCE D'UN AVOCAT

La renonciation aux droits et libertés et le « consentement libre et éclairé » : fondements, exigences et incertitudes, **39-79**

DROIT À L'AUTONOMIE

La renonciation aux droits et libertés et le « consentement libre et éclairé » : fondements, exigences et incertitudes, **39-79**

DROIT À LA LIBERTÉ

L'éducation des enfants : une concurrence de droits et devoirs entre les établissements scolaires et les titulaires de l'autorité parentale ? **81-139**

DROIT À LA VIE PRIVÉE

La renonciation aux droits et libertés et le « consentement libre et éclairé » : fondements, exigences et incertitudes, **39-79**

DROIT À L'INFORMATION

La renonciation aux droits et libertés et le « consentement libre et éclairé » : fondements, exigences et incertitudes, **39-79**

DROIT D'ACCÈS SUPERVISÉ

Détermination d'une modalité de garde en contexte de violence familiale : un casse-tête loin d'être un jeu d'enfants, **215-253**

DROIT SCOLAIRE

L'éducation des enfants : une concurrence de droits et devoirs entre les établissements scolaires et les titulaires de l'autorité parentale ? **81-139**

DROITS ET LIBERTÉS

Les minorités linguistiques et l'accès à la justice : pour une pratique conforme aux Chartes – Le droit à l'assistance gratuite d'un interprète lors d'une audience devant le Tribunal administratif du travail, division santé et sécurité du travail, **141-214**

DROITS ET LIBERTÉS – RENONCIATION

La renonciation aux droits et libertés et le « consentement libre et éclairé » : fondements, exigences et incertitudes, **39-79**

ÉGALITÉ

Inégalités dans la progression des avocates au sein des cabinets québécois : vers une démarche de changement, **1-37**

Les minorités linguistiques et l'accès à la justice : pour une pratique conforme aux Chartes – Le droit à l'assistance gratuite d'un interprète lors d'une audience devant le Tribunal administratif du travail, division santé et sécurité du travail, **141-214**

ÉLÈVE ET ÉLÈVE HANDICAPÉ OU EN DIFFICULTÉ D'ADAPTATION OU D'APPRENTISSAGE

L'éducation des enfants : une concurrence de droits et devoirs entre les établissements scolaires et les titulaires de l'autorité parentale ? **81-139**

ENFANT

L'éducation des enfants : une concurrence de droits et devoirs entre les établissements scolaires et les titulaires de l'autorité parentale ? **81-139**

Enfin une réforme de la *Loi sur le divorce*, **255-355**

ENFANT – FRÉQUENTATION SCOLAIRE OBLIGATOIRE

L'éducation des enfants : une concurrence de droits et devoirs entre les établissements scolaires et les titulaires de l'autorité parentale ? **81-139**

FÉMINISATION DE LA PROFESSION

Inégalités dans la progression des avocates au sein des cabinets québécois : vers une démarche de changement, **1-37**

GARDE DE L'ENFANT

Détermination d'une modalité de garde en contexte de violence familiale : un casse-tête loin d'être un jeu d'enfants, **215-253**

GESTION – BUREAU D'AVOCAT

Inégalités dans la progression des avocates au sein des cabinets québécois : vers une démarche de changement, **1-37**

HARCÈLEMENT PSYCHOLOGIQUE OU SEXUEL

Le droit disciplinaire à l'ère du mouvement #moiaussi (#metoo), **423-468**

INFRACTION À CARACTÈRE SEXUEL

Le droit disciplinaire à l'ère du mouvement #moiaussi (#metoo), **423-468**

INSTRUCTION PUBLIQUE

L'éducation des enfants : une concurrence de droits et devoirs entre les établissements scolaires et les titulaires de l'autorité parentale ? **81-139**

INTÉRÊT DE L'ENFANT

Détermination d'une modalité de garde en contexte de violence familiale : un casse-tête loin d'être un jeu d'enfants, **215-253**

L'éducation des enfants : une concurrence de droits et devoirs entre les établissements scolaires et les titulaires de l'autorité parentale ? **81-139**

Enfin une réforme de la *Loi sur le divorce*, **255-355**

INTERPRÈTE

Les minorités linguistiques et l'accès à la justice : pour une pratique conforme aux Chartes – Le droit à l'assistance gratuite d'un interprète lors d'une audience devant le Tribunal administratif du travail, division santé et sécurité du travail, **141-214**

JURISCONSULTE

Les rôles de ministre de la Justice, de procureur général et de jurisconsulte au Québec, **357-375**

LIBERTÉ DE RELIGION ET DE CROYANCE

L'éducation des enfants : une concurrence de droits et devoirs entre les établissements scolaires et les titulaires de l'autorité parentale ? **81-139**

MINISTRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC

Les rôles de ministre de la Justice, de procureur général et de jurisconsulte au Québec, **357-375**

MINORITÉ LINGUISTIQUE

Les minorités linguistiques et l'accès à la justice : pour une pratique conforme aux Chartes – Le droit à l'assistance gratuite d'un interprète lors d'une audience devant le Tribunal administratif du travail, division santé et sécurité du travail, **141-214**

NORME DE RETENUE JUDICIAIRE

« L'étoffement » des motifs en contrôle judiciaire : la délicate quête de l'implicite ! **377-421**

OBLIGATION DE DÉLATION

Le droit disciplinaire à l'ère du mouvement #moiaussi (#metoo), **423-468**

ORDONNANCE DE CONTACT ET ORDONNANCE PARENTALE

Enfin une réforme de la *Loi sur le divorce*, **255-355**

ORGANISME ADMINISTRATIF – DÉCISION MOTIVÉE

« L'étoffement » des motifs en contrôle judiciaire : la délicate quête de l'implicite ! **377-421**

PARENT – RESPONSABILITÉ DÉCISIONNELLE

Enfin une réforme de la *Loi sur le divorce*, **255-355**

PENSION ALIMENTAIRE

Enfin une réforme de la *Loi sur le divorce*, **255-355**

PLAN PARENTAL

Enfin une réforme de la *Loi sur le divorce*, **255-355**

PREUVE D'EXPERT – ADMISSIBILITÉ

La preuve d'expertise en droit disciplinaire : type d'infraction et contexte, **509-547**

PROCUREUR GÉNÉRAL DU QUÉBEC

Les rôles de ministre de la Justice, de procureur général et de jurisconsulte au Québec, **357-375**

PROFESSION

Le droit disciplinaire à l'ère du mouvement #moiaussi (#metoo), **423-468**

Inégalités dans la progression des avocates au sein des cabinets québécois : vers une démarche de changement, **1-37**

PROFESSIONNEL – COUPABLE D'ACTE CRIMINEL

Le droit disciplinaire à l'ère du mouvement #moiaussi (#metoo), **423-468**

QUALITÉ DE L'ACTE PROFESSIONNEL

La preuve d'expertise en droit disciplinaire : type d'infraction et contexte, **509-547**

RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS FAMILIAUX – MÉCANISME

Enfin une réforme de la *Loi sur le divorce*, **255-355**

SECRET PROFESSIONNEL

Les rôles de ministre de la Justice, de procureur général et de jurisconsulte au Québec, **357-375**

TÉMOIN EXPERT – RÔLE

La preuve d'expertise en droit disciplinaire : type d'infraction et contexte, **509-547**

TEMPS PARENTAL

Enfin une réforme de la *Loi sur le divorce*, **255-355**

THÉORIE DE L'ÉTOFFEMENT JUDICIAIRE

« L'étoffement » des motifs en contrôle judiciaire : la délicate quête de l'implicite ! **377-421**

TRIBUNAL ADMINISTRATIF – DÉCISION MOTIVÉE

« L'étoffement » des motifs en contrôle judiciaire : la délicate quête de l'implicite ! **377-421**

TRIBUNAL ADMINISTRATIF DU TRAVAIL

Les minorités linguistiques et l'accès à la justice : pour une pratique conforme aux Chartes – Le droit à l'assistance gratuite d'un interprète lors d'une audience devant le Tribunal administratif du travail, division santé et sécurité du travail, **141-214**

VIOLENCE CONJUGALE

Détermination d'une modalité de garde en contexte de violence familiale : un casse-tête loin d'être un jeu d'enfants, **215-253**

VIOLENCE FAMILIALE

Détermination d'une modalité de garde en contexte de violence familiale : un casse-tête loin d'être un jeu d'enfants, **215-253**

Enfin une réforme de la *Loi sur le divorce*, **255-355**

VIOLENCE SEXUELLE

Le droit disciplinaire à l'ère du mouvement #moiaussi (#metoo), **423-468**

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*.

Abbott and Haliburton Co, White Burgess Langille Inman c., 2015 CSC 23 ; [2015] 2 R.C.S. 182, **509-547**

Amselem, Syndicat Northcrest c., 2004 CSC 47, [2004] 2 R.C.S. 551, **39-79**

Andrews c. Law Society of British Columbia, [1989] 1 R.C.S. 143, **141-214**

Avocats (Ordre professionnel) c. Thivierge, 2018 QCTP 23, **423-468**

B (R) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto, [1995] 1 R.C.S. 315, **81-139**

Barreau du Québec (Syndic adjoint) c. Roy, 2013 QCCDBQ 44, **423-468**

BCGSEU, Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c., [1999] 3 R.C.S. 3, **141-214**

Bissonnette, Médecins (Ordre professionnel des) c., 2019 QCTP 51, **509-547**

Canada c. Raposo, 2019 CAF 208, **469-508**

Canada (Affaires autochtones et du Développement du Nord), Williams Lake Indian Band c., 2018 CSC 4, [2018] 1 R.C.S. 83, **377-421**

Canada (Procureur général), Carter c., 2015 CSC 5, [2015] 1 R.C.S. 331, **39-79**

Canada (Procureur général), Schreiber c., 2002 CSC 62, [2002] 3 R.C.S. 269, **469-508**

Carter c. Canada (Procureur général), 2015 CSC 5, [2015] 1 R.C.S. 331, **39-79**

Centre de la communauté sourde du Montréal métropolitain Inc. c. Régie du logement, [1996] R.J.Q. 1776, **141-214**

Children's Aid Society of Metropolitan Toronto, B (R) c., [1995] 1 R.C.S. 315, **81-139**

Clarkson c. R., [1986] 1 R.C.S. 383, **39-79**

Colombie-Britannique (Procureur général), Eldridge c., [1997] 3 R.C.S. 624, **141-214**

Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU, [1999] 3 R.C.S. 3, **141-214**

Colombie-Britannique (Workers' Compensation Appeal Tribunal), West Fraser Mills Ltd c., 2018 CSC 22, [2018] 1 R.C.S. 635, **377-421**

Commission scolaire des Chênes, S.L. c., 2012 CSC 7, [2012] 1 R.C.S. 235, **81-139**

Conseil des Canadiens avec déficiences c. Via Rail Canada Inc., [2007] 1 R.C.S. 650, **141-214**

Daoust, R. c., 2004 CSC 6, [2004] 1 R.C.S. 217, **469-508**

Delta Air Lines Inc. c. Lukacs, 2018 CSC 2, [2018] 1 R.C.S. 6, **377-421**

Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, **377-421**

Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général), [1997] 3 R.C.S. 624, **141-214**

Godbout c. Longueuil (Ville), [1997] 3 R.C.S. 844, **39-79, 81-139**

Infirmiers et infirmières du Québec (Ordre des), Malo c., 2003 QCTP 132, **509-547**

Jodoin c. Psychologues (Ordre professionnel des), 2017 QCTP 35, **509-547**

Jones, R. c., [1986] 2 R.C.S. 284, **81-139**

Law Society of British Columbia, Andrews c., [1989] 1 R.C.S. 143, **141-214**

Longueuil (Ville), Godbout c., [1997] 3 R.C.S. 844, **39-79, 81-139**

Lukacs, Delta Air Lines Inc. c., 2018 CSC 2, [2018] 1 R.C.S. 6, **377-421**

Malo c. Ordre des infirmiers et infirmières du Québec, 2003 QCTP 132, **509-547**

Médecins (Ordre professionnel des) c. Bissonnette, 2019 QCTP 51, **509-547**

Mohan, R. c., [1994] 2 R.C.S. 9, **509-547**

Newfoundland and Labrador Nurses' Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor), 2011 CSC 62, [2011] 3 R.C.S. 708, **377-421**

Nouveau-Brunswick, Dunsmuir c., 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, **377-421**

Psychologues (Ordre professionnel des), Jodoin c., 2017 QCTP 35, **509-547**

R., Clarkson c., [1986] 1 R.C.S. 383, **39-79**

R. c. Daoust, 2004 CSC 6, [2004] 1 R.C.S. 217, **469-508**

R. c. Jones, [1986] 2 R.C.S. 284, **81-139**

R. c. Mohan, [1994] 2 R.C.S. 9, **509-547**

R. c. Tran, [1994] 2 R.C.S. 951, **141-214**

R. c. Wong, 2018 CSC 25, [2018] 1 R.C.S. 696, **39-79**

Raposo, Canada c., 2019 CAF 208, **469-508**

Régie du logement, Centre de la communauté sourde du Montréal métropolitain Inc. c., [1996] R.J.Q. 1776, **141-214**

Roy, Barreau du Québec (Syndic adjoint) c., 2013 QCCDBQ 44, **423-468**

Schreiber c. Canada (Procureur général), 2002 CSC 62, [2002] 3 R.C.S. 269, **469-508**

S.L. c. Commission scolaire des Chênes, 2012 CSC 7, [2012] 1 R.C.S. 235, **81-139**

Syndicat Northcrest c. Amselem, 2004 CSC 47, [2004] 2 R.C.S. 551, **39-79**

Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor), Newfoundland and Labrador Nurses' Union c., 2011 CSC 62, [2011] 3 R.C.S. 708, **377-421**

Thivierge, Avocats (Ordre professionnel) c., 2018 QCTP 23, **423-468**

Tran, R. c., [1994] 2 R.C.S. 951, **141-214**

Via Rail Canada Inc., Conseil des Canadiens avec déficiences c., [2007] 1 R.C.S. 650, **141-214**

West Fraser Mills Ltd c. Colombie-Britannique (Workers' Compensation Appeal Tribunal), 2018 CSC 22, [2018] 1 R.C.S. 635, **377-421**

White Burgess Langille Inman c. Abbott and Haliburton Co, 2015 CSC 23, [2015] 2 R.C.S. 182, **509-547**

Williams Lake Indian Band c. Canada (Affaires autochtones et du Développement du Nord), 2018 CSC 4, [2018] 1 R.C.S. 83, **377-421**

Wong, R. c., 2018 CSC 25, [2018] 1 R.C.S. 696, **39-79**

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, (LRC 1985, app. II, n° 44, annexe B, partie I), art. 2a) et 7, **81-139**

Charte canadienne des droits et libertés dans Loi de 1982 sur le Canada, (LRC 1985, app. II, n° 44, annexe B, partie I), art. 7, 8, 11 et 14, **39-79**

Charte canadienne des droits et libertés dans Loi de 1982 sur le Canada, (LRC 1985, app. II, n° 44, annexe B, partie I), art. 14, 15, 27, **141-214**

CODE CIVIL DU QUÉBEC

Code civil du Québec, (RLRQ), art. 599, **81-139**

LÉGISLATION FÉDÉRALE

Divorce, la Loi d'aide à l'exécution des ordonnances et des ententes familiales et la Loi sur la saisie-arrêt et la distraction des pensions et apportant des modifications corrélatives à une autre loi (Loi modifiant la Loi sur le), (LC 2019, c. 16), **255-355**

Langues officielles (Loi sur les), (LRC 1985, c. 31 (4^e suppl.)), **469-508**

Loi d'interprétation, (LRC 1985, c. I-21), art. 8.1 et 8.2, **469-508**

LÉGISLATION PROVINCIALE

Charte des droits et libertés de la personne, (RLRQ, c. C-12), art. 1, 5 et 9, **39-79**

Charte des droits et libertés de la personne, (RLRQ, c. C-12), art. 3, 5, 40 et 41, **81-139**

Charte des droits et libertés de la personne, (RLRQ, c. C-12), art. 10, 15, 23 et 36, **141-214**

Code des professions, (RLRQ, c. C-26), art. 59.1 et 59.2, **423-468, 509-547**

Enseignement à la maison (Règlement sur l'), (RLRQ, c. I-13.3, r. 6.01), **81-139**

Instruction publique (Loi sur l'), (RLRQ, c. I-13.3), **81-139**

Preuve et de procédure du Tribunal administratif du travail (Règles de), (RLRQ, c. T-15.1, r. 1.1), art. 34, **141-214**

Régime pédagogique de l'éducation préscolaire, de l'enseignement primaire et de l'enseignement secondaire, (RLRQ, c. I-13.3, r. 8), **81-139**

Tribunal administratif du travail (Loi instituant le), (RLRQ, c. T-15.1), **141-214**

Barreau
du Québec



445, boulevard St-Laurent
Montréal (Québec) H2Y 3T8

514 954-3400 1 800 361-8495

www.barreau.qc.ca