



[Accueil](#) » [Publications](#) » [Revue](#)

► [Revue du Barreau](#)
► [Édition courante](#)
► [Archives](#)

Revue du Barreau du Québec

Revue du Barreau: volume 60 numéro 2

Indian Taxation Powers: Sharing Canadian Prosperity

Dominic C. Belley

Des juristes sédentaires? L'influence du droit anglais et du droit français sur l'interprétation du *Code civil du Bas Canada*

Michel Morin

Le Tribunal des droits de la personne du Québec et le principe de l'exclusivité de l'arbitrage de grief ou l'histoire d'une usurpation progressive de compétence

Denis Nadeau

Chroniques

Droit commercial. Les anciennes sociétés et l'obligation

d'immatriculation  139K

Alain Castonguay et Pierre Pratte

Liste des mémoires de maîtrise et thèses de doctorat acceptées en 2000

 130K

Nos disparus en 2000  101K

Index des auteurs  99K

Index analytique  110K

Jurisprudence commentée  100K

Table de la législation commentée  100K

[Plan du site](#) | [Liens utiles](#) | [Bottin](#) | [Contactez-nous](#)

Mise à jour : NaN undefined NaN

Indian Taxation Powers: Sharing Canadian Prosperity

Dominic C. BELLEY

Abstract

A government can hardly have efficient public institutions and a dynamic economy without having flexible taxation powers as well as an effective and fair tax system. Over the last few decades, discussions have begun around the question of the status of Indian governments in Canada. Starting from the premise that Indian self-government may be implemented, this paper addresses the issue of the taxation powers that these new governments should have, with a view to the economic and social values that the use of these powers should seek to promote.

This paper is divided into three parts. Part 1 will address the current taxation powers granted to Indian bands under the *Indian Act*. Part 2 will address the issues of current tax revenue sources and the taxable interests available under the current state of the law. Finally, Part 3 will be devoted to the policy considerations surrounding the implementation of a comprehensive Indian tax system aimed at financing autonomous Indian governments.

Indian Taxation Powers: Sharing Canadian Prosperity

Dominic C. BELLEY*

INTRODUCTION	189
1. CURRENT INDIAN TAXATION POWERS	190
1.1 Historical Evolution	190
1.2 Legislative Basis	196
2. CURRENT TAX REVENUE SOURCES	203
2.1 Legal Considerations.	203
2.2 Economic Reality.	212
3. IMPLEMENTATION OF AN INDIAN TAX SYSTEM	215
3.1 Political Issues	216
3.2 Co-ordination Issues	223
3.3 Procedural Issues	231
CONCLUSION.	244

* The author wishes to acknowledge the helpful comments of Sébastien Grammond and Christopher Main.

INTRODUCTION

Taxation, *i.e.*, the power granted to a government to impose a charge upon an individual, a corporation or a trust in order to generate revenue to be used for the needs of the public,¹ is a central power allowing a government to exercise its authority over the people residing on, carrying on business on, or deriving income from its territory. In a democratic society, along with control over the military and the borders, taxation is a powerful tool for the development of a democratic and prosperous country with solid public institutions.

The scope of taxation is not restricted to the raising of revenues for public purposes. Through a strategic redistribution of wealth policy, taxation may be a powerful economic regulator and an efficient business stimulator. The implementation of a small business deduction is a classic way to ensure adequate public revenues without imposing a heavy tax burden that would preclude young business corporations from being efficient.² Another excellent example is the research and development tax incentives aimed at fostering scientific advancement through generous tax credits.³ These two “tax catalysts” are aimed at stimulating strategic economic sectors, which will be likely to generate more public revenues. Thus, a government can hardly have efficient public institutions and a dynamic economy without having flexible taxation powers as well as an effective and fair tax system.

Over the last few decades, discussions have begun around the question of the status of Indians in Canada.⁴ One of the issues raised before various panels is the existence of an Indian right to

1. J.R. NOLAN and J.M. NOLAN-HALEY, Eds, *Black's Law Dictionary* (St. Paul: West Publishing Co., 1990), at 1457.
2. Subs. 125(1) of the *Income Tax Act*, R.S.C. 5th Supp., c. 1 [hereinafter “*Income Tax Act*”] provides a credit against tax otherwise owing. It reduces the federal tax on the first \$ 200,000 of a Canadian-controlled private corporation's income from an active business in Canada.
3. Subs. 37(1) of the *Income Tax Act* entitles a taxpayer to a full deduction for research and development expenditures, even where they would otherwise be on account of capital and thus prohibited. In addition, such expenditures entitle the taxpayer to investment tax credits.
4. The term “Indian”, which is the term used in the *Indian Act*, shall be used in this paper. However, it is acknowledged that “First Nations”, “Aboriginal Peoples” or “Native Peoples” may also be appropriate terms.

self-government and the need to implement Indian self-government in Canada. Starting from the premise that Indian self-government may be implemented,⁵ the purpose of this paper is to address the issue of the taxation powers that these new governments should have, with a view to the economic and social values that the use of these powers should seek to promote.

This paper is divided into three parts. Part 1 will address the issues surrounding the current taxation powers granted to Indian bands under the *Indian Act*.⁶ This part will include discussion of the historical evolution of Indian taxation powers, the modern exercise of these powers and the taxation models contemplated by the *Indian Act*. Part 2 will address the issues of current tax revenue sources and the taxable interests available under the current state of the law. This part will include a discussion of the two main sources of revenue of Indian bands, *i.e.*, real property taxation and licensing, as well as a discussion of the economic considerations that Indian bands must take into account in the exercise of their taxation powers. Finally, Part 3 will be devoted to the policy considerations surrounding the implementation of a comprehensive Indian tax system aimed at financing Indian self-government. This part will include discussions of political issues (popularity of the new system, scope of taxation powers), co-ordination issues (substantive coherence, tax room) as well as procedural issues (legislative, administrative and judicial review processes).

1. CURRENT INDIAN TAXATION POWERS

1.1 Historical Evolution

1.1.1 Early Forms of Taxation

Before the arrival of Europeans in North America, members of numerous Indian communities shared and redistributed resources by way of formal gifts between private parties. The formalism surrounding the way in which those gifts were made is persuasive enough to classify the tradition as an early form of

5. The question of the appropriateness of the implementation of Indian self-government is a political question that this paper does not intend to address, except when it touches specific legal and fiscal questions that constitute the core of this paper.

6. R.S.C., c. I-5 [hereinafter "*Indian Act*"].

taxation.⁷ Indeed, one of the purposes of taxation, besides raising revenue for public services, is the redistribution of wealth.⁸ However, the element that might be missing in this tradition, which would preclude it from being called a tax in the modern sense, is the lack of involvement of a government, or some form of public authority. In this respect, Ricardo mentions:⁹

Taxes are a *portion of the produce of the land and labour* of a country placed at the disposal of the *government*; and always ultimately paid either from the capital or from the revenue of the country. [Emphasis added]

The absence of sophisticated Indian governments likely to impose and collect taxes might be the only obstacle to the Indian tradition being called a tax. With the arrival of Europeans and the importation into North America of a sophisticated state came the notion of taxation.

1.1.2 Modern Forms of Taxation

The power of Canadian Indian bands to tax in the modern sense is not recent either. Even if its scope may have varied according to time, bands and statutes, this power was first granted to some Indian bands as far back as 1880. Indeed, the *Indian Advancement Act*¹⁰ conferred taxation powers upon Indian band councils as part of a reform of Indian governmental institutions. However, limited to real property taxation and subject to the approval of the Government of Canada, these powers were fairly restrictive and not comparable to those enjoyed¹¹ either by the Government of Canada or provincial governments.¹² The *Indian Advancement Act*, described by Sir John A. Macdonald as an

7. CANADA, Indian Tax Advisory Board, *Why Tax?* (Ottawa: Department of Indian Affairs, 1992), at 1 [hereinafter “*Why Tax?*”].

8. R.W. BOADWAY and H.M. KITCHEN, *Canadian Tax Policy*, 2nd Ed. (Toronto: Canadian Tax Foundation, 1999), at 51.

9. D. RICARDO, *Principles of Political Economy and Taxation* (New York: Prometheus Books, 1996), at 105. (Originally published in 1817).

10. S.C. 1880, c. 28 [hereinafter “*Indian Advancement Act*”].

11. Or at least enjoyable, since in 1880, there was no income tax in Canada. The *Income War Tax Act*, was introduced in Canada in 1917.

12. Pursuant to the *Constitution Act, 1867*, the taxation powers of the Parliament and the provincial legislatures are the following:

91. [Powers of the Parliament] [...]

(3) The raising of Money by *any Mode or System of Taxation*.

92. [Exclusive Powers of Provincial Legislatures] [...]

(2) *Direct Taxation* within the Province in order to the raising of a Revenue for Provincial Purposes. [Emphasis added]

“experimental one”,¹³ was solely aimed at providing the most mature reserves with the framework of modern governmental institutions,¹⁴ including some taxation powers. Macdonald’s opinion reads as follows:¹⁵

This bill is to provide that in those *larger reserves where the Indians are more advanced in education, and feel more self-confident*, more willing to undertake power and self-government, they shall elect their councils much the same as the whites do in the neighboring townships. [Emphasis added]

The policy of the Government of Canada at that time was clear. The taxation powers triggered by the opportunity granted to Indian bands to enjoy limited powers of self-government were to be restricted to larger reserves¹⁶ composed of Indians more advanced in education and confident enough to be willing to undertake self-government duties in keeping with the Western tradition of elected government.

Therefore, the Indian taxation powers could not be exercised at will by Indian communities. A long political, social and educational process, restricted to the larger reserves, culminating in the election of a democratic government (or council) was necessary before they would enjoy what looks very much like a privilege.¹⁷

In addition to the pre-requisites mentioned above (and until 1988), a band wishing to exercise taxation powers had to seek an order by the Government of Canada declaring that the band had reached an advanced and sufficient stage of development.¹⁸ Today, the historic supervision of the Government of Canada still exists, since any taxation by-law has to be approved by the Minister of Indian Affairs and Northern Development¹⁹ before coming into force.

13. Sir John A. Macdonald cited in: CANADA, *House of Commons Debates*, Vol. XV, 2nd Sess., 5th Parl., 47 Vict. 1884, at 539.

14. *Ibid.*

15. *Ibid.*

16. No figures were provided. It was probably a subjective notion to be defined more precisely by the Government of Canada when the time came to approve the constitution of Indian governments and the enactment of Indian taxation by-laws.

17. One could also argue that it was an incentive to foster education, self-determination and especially the adoption of the Canadian rules of government.

18. R.H. BARTLETT, *Indians and Taxation in Canada*, 3rd Ed. (Saskatoon: Native Law Center, 1992), at 113 [hereinafter “Bartlett”].

19. Hereinafter “Department of Indian Affairs”.

1.1.3 Claims and Reforms

(a) Economic Issues

Since most Indian bands did not reach the degree of sophistication contemplated by the *Indian Advancement Act*, the taxation powers were not a viable option.²⁰ During the Macdonald years, most Indian bands did not even have a monetary economy and the majority of their members were living below the poverty line.²¹

(b) Legal Issues

(i) Kamloops Amendments

Since 1960, several Indian bands have requested a substantial increase in their ability to exercise taxation powers. Specifically, in 1985, the Kamloops Band of British Columbia, along with over 115 other bands, under the leadership of Chief Clarence (Manny) Jules, began petitioning for “tax emancipation”. Their claims could be summarized as follows:²²

- More freedom in the exercise of taxation powers;
- Enhanced financing tools to promote the growth of Indian self-government and economic activities such as the development of lands, roads and natural resources;
- Right to tax non-Indian interests, including the right from tax surrendered lands; and
- Precluding provincial governments and municipalities from taxing surrendered lands.

In 1988, Parliament enacted Bill C-115 (“Kamloops Amendments”), which contained the following policy decisions:²³

20. *Why Tax?*, *supra* note 7, at 1.

21. *Ibid.*

22. CANADA, Department of Indian Affairs, *Proposed Amendments to the Indian Act Concerning Conditionally Surrendered Lands and Band Taxation Powers* (Ottawa: The Department, 1987) [hereinafter “Kamloops Amendment Proposals”].

23. *Ibid.*, at 10.

- Removal of the “advanced stage” requirement;
- Expanded tax base by the inclusion of surrendered lands within the definition of reserve lands;²⁴
- Non-Indians’ interests to be subject to Indian taxation;
- Expanded power to regulate tax appeal procedures; and
- By-laws to be approved by the Minister of Indian Affairs, rather than by the Governor in council.

In 1988, the federal Indian policy began a significant shift towards modernism and emancipation with respect to the exercise of taxation powers.

(ii) Indian Tax Advisory Board

Soon after the enactment of the Kamloops Amendments, the Indian Tax Advisory Board (ITAB), was established to help Indians to achieve self-determination by the establishment of taxation jurisdiction.²⁵ The ITAB is made up of 10 members, the majority of whom are Indians. The Minister of Indian Affairs appoints members. One of the major duties of the ITAB is to advise and assist the Minister on the following issues:²⁶

- Policy issues relating to the implementation of taxation by-laws;
- Examination of proposed by-laws;

24. See: 2.1.2.

25. The ITAB’s mandate may be summarized as follows:

- Promoting the exercise of Indian real property taxation jurisdiction in support of self-government and self-reliance;
 - Examining taxation by-laws proposed by Indians under s. 83 of the *Indian Act* and recommending their approval to the Minister of Indian Affairs;
 - Advising the Minister on policy related to Indian taxation powers;
 - Fostering conformity between Indians and taxation by other authorities; and
 - Hearing from taxpayers whose interests are affected by taxation under s. 83.
- See: ITAB’s web site at: <http://itab.cactuscom.com/english/menu2.htm>.

26. *Memorandum of Understanding*, between the Minister of Indian Affairs and the Indian Tax Advisory Board (1999) [Hereinafter “*Memorandum of Understanding*”].

- Recommendations relating to bands' by-laws;
- Hearing from taxpayers;
- Educational issues concerning Indian taxation;
- Opportunities to introduce regulations relating to s. 83 of the *Indian Act*;
- Issues relating to co-operation between the Government of Canada, provincial governments, municipalities and Indian bands;
- Mediation and dispute resolution issues; and
- Legislative amendments to the *Indian Act*.

The ITAB is a central actor at each stage of the political, economic and legal processes. The ITAB is available to provide support, information and advice to Indian bands, through publications²⁷ as well as human resources programs²⁸ aimed at helping Indian bands in the process of enacting taxation by-laws and establishing tax policies.

Even though this reform is not perfect, it has granted bands more freedom in the use of a fundamental governmental tool and it has produced results. According to the ITAB, 80 Indian bands have enacted taxation by-laws,²⁹ most of which relate to real property taxation, and at least two of which relate to sales tax.³⁰ Still, the total amount of potential tax revenues for all Indian bands in Canada remains low: \$ 20 million annually.³¹

27. Sample by-laws (including: taxation by-laws, assessment by-laws, rates by-laws, expenditure by-laws, telephone company taxation by-laws, financial administration by-laws), real property taxation guide, real property taxation policy, rate policy, and software.

28. Taxation seminars and workshops; forum for taxpayers; mediation; legal, accounting and public administration counselling.

29. At the time of publication: 54 in British Columbia, 10 in Alberta, 9 in Ontario, 2 in Manitoba, 2 in Nova Scotia, 2 in Saskatchewan and 1 in Quebec.

30. The Westbank and Cowichan bands.

31. FISCAL REALITIES, *First Nation Taxation and New Fiscal Relationships* (Kamloops: Fiscal Realities, 1997), at 1 [hereinafter "*First Nation Taxation*"].

1.2 Legislative Basis

Policy questions are important factors that should be taken into account when trying to establish the limits of powers granted by statutes. With respect to the limits of Indian taxation powers granted by the *Indian Act*, policy questions, while somewhat dated, are crystal clear: Indian taxation powers, being granted for the purpose of funding municipality-like institutions, should be limited to municipal taxation powers, *i.e.*, real property taxation and business licensing. The *Indian Act* and the federal policy adopted for the approval of taxation by-laws implicitly limit the scope of Indian taxation powers to those of a municipality, with little³² room for emancipation. Almost 125 years later, it remains in perfect agreement with the policy articulated by Sir John A. Macdonald.³³

1.2.1 Taxation Powers and Institutional Models

(a) Municipal Model

All Indian bands in Canada have the power to enact real property taxation by-laws. This power is now the major source of tax revenues. The legislative basis of the real property taxation power is parag. 83(1)(a) of the *Indian Act*, which reads as follows:³⁴

83. (1) [...] the council of a band may, subject to the approval of the Minister, make by-laws for any or all of the following purposes, namely,

32. It is little, but it still exists. See: 1.2.1(b).

33. *Supra* note 15.

34. Pursuant to the *Council of Yukon Indians Umbrella Agreement* signed by the Government of Canada, the Government of Yukon and the 14 Yukon First Nations (self-government agreement), broader taxation powers are granted to these Indian bands. These powers include:

- Shared jurisdiction (with the two other governments) over real property tax;
 - Shared jurisdiction over direct taxation of their common citizens; and
 - Shared tax room so long as taxation by-laws are enacted for local purposes.
- In addition, an “agreement-in-principle”, signed by the Government of Canada, the Government of British Columbia and the Nisga’a Band, goes even further by providing the Nisga’a Band with the following powers:
- Direct taxation power applicable to Nisga’a citizens on Nisga’a lands;
 - Shared tax base with the Government of Canada and the Government of British Columbia; and
 - Eventual direct taxation power applicable to *non*-Nisga’a citizens on Nisga’a lands.

(a) subject to subsections (2) and (3), *taxation for local purposes of land, or interest in land, in the reserve*, including rights to occupy, possess or use land in the reserve. [Emphasis added]

Along with the pure power to tax, Indian bands also have a power to impose license fees and regulatory charges pursuant to parag. 83(1)(a.1), which reads as follows:

83. (1) [...] the council of a band may, subject to the approval of the Minister, make by-laws for any or all of the following purposes, namely,

(a.1) the *licensing of businesses*, callings, trades and occupations [Emphasis added]

Thus, the ability of Indian bands to enact taxation by-laws is limited to real property taxation by-laws. Moreover, the expenditure policy of the band in respect of revenues raised by such by-laws is restricted to local purposes. However, as an incidental and complementary revenue-raising tool, bands have the ability to enact licensing by-laws for the purpose of regulating the occupation of the reserve lands by businesses.

These limitations are consistent with the taxation powers usually granted to municipal bodies in Canada. While these limited taxation and licensing powers may restrict the ambitions of Indian bands, they are likely as sufficient for funding band duties as they are for municipal duties.

(b) *Governmental Model*

Even if the restrictive municipal model seems to have been adopted in the *Indian Act*, a careful reading of parag. 83(1)(f) suggests that a full range of taxation powers may well be available to Indian bands. Indeed, parag. 83(1)(f) reads as follows:

83. (1) [...] the council of a band may, subject to the approval of the Minister, make by-laws for any or all of the following purposes, namely,

(f) the *raising of money from band members* to support band projects [Emphasis added]

Beyond the limited real property taxation and licensing powers, parag. 83(1)(f) seems to allow income taxation as well as sales

taxation powers since they may be ways to raise money from band members. Indeed, it contemplates that when property taxation is not sufficient to provide for revenue to cover the costs of band projects, any form of revenue-raising tools can legally be used to raise money, but only from band members. If these implied income and sales taxation powers were to be fostered, they would be an opened door to the development of Indian self-government without legislation.³⁵

Unfortunately, it is the policy of the Department of Indian Affairs not to approve by-laws the purpose of which is to impose income or sales taxes pursuant to parag. 83(1)(f).³⁶ This policy is a barrier to the emancipation of Indian governments, despite the fact that the Act would allow it. Increased taxation powers will be necessary for the implementation of Indian self-government. Without such an increase, the degree of autonomy and self-sufficiency of Indian governments would be limited. Tax flexibility is a *sine qua non* condition of the development of self-sufficient and efficient Indian governmental institutions.³⁷

On a positive note, since 1997 it is undisputed that, in addition to the general power enjoyed by all bands over real property taxation, two bands, the Westbank Band and the Cowichan Band, can exercise sales taxation powers, pursuant to the *Budget Implementation Act*.³⁸ However, these powers are restricted to taxes imposed on consumer sales of tobacco, alcohol and fuel on reserve.³⁹ As we can see, the only way to substantially enhance Indian taxation powers seems to be by legislative amendment.⁴⁰

1.2.2 Exercise of Taxation Powers

(a) What is a Taxation By-Law?

Pursuant to s. 83, a valid Indian taxation by-law may be described as a by-law enacted for the purpose of generating reve-

35. However, one might suggest that the development of Indian self-government in such a way might be anarchic.

36. BARTLETT, *supra* note 18, at 116.

37. CANADA, Department of Finance, *A Working Paper on Indian Government Taxation* (Ottawa: The Department, 1993), at 1 [hereinafter "Working Paper"].

38. S.C. 1997, c. 26.

39. (1997), 155 D.L.R. (4th) 704 (B.C.S.C.).

40. Preferably in the form of a comprehensive reform. See: Part 3.

nues from the use or ownership of land or interest in land, to be used by the band council for local purposes.⁴¹ For the sake of clarity, one must be aware of the four “traditional hallmarks” of a tax, as articulated by the Supreme Court of Canada in *Westbank First Nation v. British Columbia Hydro and Power Authority*.⁴² These hallmarks are the following:⁴³

- The charge must be enforceable by law;
- It must be imposed pursuant to the authority of Parliament;
- It must be levied by a public body; and
- It must be imposed for a public purpose.

Therefore, taxation by-laws enacted by Indian bands pursuant to parag. 83(1)(a) of the *Indian Act* are valid taxation by-laws because:

- The tax imposed is enforceable by law pursuant to the authority of the *Indian Act* and the regulation deriving from it, among which are bands by-laws;
- The tax is imposed pursuant to the authority of a power granted by Parliament through the *Indian Act*;
- The tax is levied by an Indian band, which is a public body created by the Government of Canada pursuant to the *Indian Act* (Indian bands are also known as a “Federal Office” for administrative law purposes); and
- The tax is imposed for the purpose of providing revenue for the band council that are to be used for local purposes.

In the absence of one of these four criteria, the by-law would not be a tax. However, a charge may meet all of these criteria and be a licence rather than a tax if it meets a fifth criterion. This crite-

41. A good indication of the “taxing character” of a by-law is the absence of restriction on the expenditures of the revenue raised by it. Usually, when revenues are for the discretionary spending of the band which enacted it it is a taxation by-law. However, when it is directed to a specific regulatory purpose, it is a licence.

42. [1999]3 S.C.R. 134 [hereinafter “*Westbank First Nation*”].

43. Also see: *Lawson v. Interior Tree Fruit and Vegetable Committee of Direction*, [1930] S.C.R. 357, which is the first case that established these criteria.

tion is the nexus between the quantum charged to the licensee and the costs of the services rendered by the public authority pursuant to the authority of the licence.⁴⁴

A licence should be distinguished from a tax when the revenue-raising purpose is incidental.⁴⁵ Licences usually have more than a revenue purpose. They are intended to regulate a behavior, which cannot be done only by imposing a duty. In this respect, licences can usually be recognized because they contemplate all or substantially all of the following factors:⁴⁶ a detailed code of regulation,⁴⁷ regulatory purpose,⁴⁸ estimated costs of the regulation,⁴⁹ and the relationship between the regulation and the person being regulated that either creates the need for the regulation or benefits from it.

Since Indian bands have the power to enact both taxation and licensing by-laws, the distinction is not important as a matter of legislative competence. However, the distinction will be of utmost importance as a matter of revenue-raising opportunity. Stated briefly, a licence has to balance its revenues with the costs of the regulation intended. But on the other hand, it will benefit from an exemption from the application of s. 125 of the *Constitution Act, 1867*, and will therefore apply to Crown corporations carrying on business on reserve.⁵⁰ Therefore, Indian bands will have to exercise their power carefully and with a precise understanding of the impact of the by-law's purpose as well as the legislative style.

(b) *Capacity*

Before the Kamloops Amendments, the power to enact taxation by-laws was limited to reserves at an advanced stage of devel-

44. *Re Eurig Estate*, [1998] 2 S.C.R. 565 [hereinafter "*Re Eurig Estate*"].

45. *Re Exported Natural Gas*, [1982] 1 S.C.R. 1004 at 1055, 1070, 1075.

46. *Westbank First Nation*, *supra* note 42, at para. 24.

47. Licences are usually characterized by their technical nature. See: *Allard Contractors Ltd. v. Coquitlam*, [1993] 4 S.C.R. 371; *Ontario Home Builders' Association v. The York Region Board of Education*, [1996] 2 S.C.R. 929; and *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641.

48. Licences must seek to regulate in some *specific* way or for some *specific* purpose. See: *Westbank First Nation*, *supra* note 42, at para. 26; and *Re Exported Natural Gas*, [1982] 1 S.C.R. 1004, at 1075.

49. Licences usually involve expenditures which are either known or properly estimated. See: *Allard Contractors Ltd. v. Coquitlam*, [1993] 4 S.C.R. 371; *Ontario Home Builders' Association v. The York Region Board of Education*, [1996] 2 S.C.R. 929.

50. See: 2.2.

opment. Today, this pre-requisite no longer exists and any band can exercise its power to tax.

(c) *Procedure*

The Indian tax enactment procedure is a detailed code marked by caution and allowing for discussions, evaluations and modifications. It contemplates the involvement of several actors, most of whom are non-Indians, with the inescapable consequence that Indian interests risk, through several steps, being diluted. However, it has the advantage of providing Indians with professional advice.

The current legislative process for the enactment of Indian taxation by-laws consists of seven stages:⁵¹

- **Decision to Tax:** An Indian band council enacts a resolution aimed at expressing its intention to implement a taxation by-law. The resolution shall contain sufficient information to help determine whether taxation is worthwhile, including the financial objectives and feasibility, the interests to be taxed and the costs of implementation and administration;
- **Preparation:** The council collects legal information in order to produce draft legislation.⁵² Discussions must take place with the ITAB, the Indian Tax Secretariat,⁵³ the Department of Indian Affairs and the Department of Jus-

51. *Why Tax?*, *supra* note 7, at 10.

52. The preparation of four by-laws will be required:

- **Taxation By-Law:** Duties of the administrative body, enforcement powers, etc;
- **Assessment By-Law:** Interests to be assessed;
- **Rates By-Law:** Rate at which interests will be taxed; and
- **Expenditure By-Law:** For what purposes will the revenue raised through the taxation by-law be used.

53. As an organ of the ITAB, the purpose of the Indian Tax Secretariat is to advise the Board with respect to the technicalities involved in creating taxation regimes (such as the mechanisms of assessment, appeals, collections, financial reporting, public notice, rate limits and the management of tax revenues); to examine by-laws in accordance with the principles of equity, natural justice, comprehensiveness, and conformity with the enabling legislation, in order to advise the Board and the minister of Indian Affairs with respect to recommendations for change or for approval; and, to provide advice or play the mediating role, in accordance with an examination of the above principles, if any difficulties arise for parties subject to band taxation by-laws.

tice. After the discussions, the band council should come up with a proposed by-law;

- **Communication:** All potentially affected parties should be informed of the intention of the Indian band to impose a tax, based on the proposed by-law. These parties include potential taxpayers, members of the Indian band, municipalities,⁵⁴ and the provincial government(s);
- **Analysis:** After the completion of the first three steps, the proposed by-law must be analyzed by the ITAB, the Department of Indian Affairs and the Department of Justice;
- **Recommendation to the Minister:** Based upon its own conclusions as well as those of the Department of Indian Affairs and the Department of Justice, it is the duty of the ITAB to make a recommendation to the Minister of Indian Affairs. This recommendation may either be a recommendation that the by-law be approved in whole or in part; a recommendation to defer the approval of the by-law until some specific amendments are made; or a recommendation that the by-law not be approved;
- **Ministerial Decision:** Based on the recommendation of the ITAB, the Minister decides whether the by-law should be approved or not as well as the date when the by-law shall come into force; and
- **Implementation:** The taxation by-law is effective and taxpayers are required to pay the tax payable.⁵⁵

The ITAB has established a procedure for revising each by-law and recommending to the Minister which by-law should be approved. The following principles are used by the ITAB:⁵⁶ conformity with enabling legislation,⁵⁷ conformity with the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, comprehensiveness, compliance

54. Indian bands will often have to negotiate agreements to purchase services otherwise provided by a municipality.

55. Since rates may change from time to time while most parts of the by-law may not change, rates by-laws and more generally amendment by-laws may use an expedited procedure. See: *Why Tax?*, *supra* note 7, at 18-19.

56. *Memorandum of Understanding*, *supra* note 26, at art. 1.1.2.

57. This includes the *Indian Act* as well as any federal statute or regulation.

with principles of equity and justice,⁵⁸ fairness,⁵⁹ adequacy of notification and appeal procedure, and absence of ministerial liability.

This procedure is lengthy. Generally, eight months are required before a proposed by-law passes through each step and becomes effective. If it allows Indians to benefit from professional advice, the process remains heavily legalistic and subject to ministerial discretion. It is a clear impediment to an efficient use of taxation powers. It is possible to focus on legal standards of fairness and enforceability (which are positive gains for taxpayers who deserve state-of-the-art legal rules in order to know where they stand from a tax point of view), while at the same time reaching a satisfactory level of efficiency and legislative flexibility. The number of decision-making levels is the hallmark of unflexible and lengthy processes. A simplification of the enactment process, along with other reforms will be discussed in the last part of this paper.

2. CURRENT TAX REVENUE SOURCES

Before any Indian tax reform can be undertaken, one must assess the efficiency of the current system (from a revenue-raising point of view) by determining the legal entitlements and limitations of Indian bands, and the economic reality that they must face when enacting taxation by-laws. The current Indian taxation powers being *de facto* limited to real property taxation and licensing, this part will address the issue of the extent to which such by-laws can be used to raise revenues and the strategic sources of money.

2.1 Legal Considerations

2.1.1 Real Property Taxation

Pursuant to parag. 83(1)(a), any band council may enact by-laws the purpose of which is to impose a tax on reserve land. In order to determine the true taxation powers of a band council, one must therefore ask the question: "Which lands are reserve lands?" Reserve lands for the use and benefit of Indians located within the

58. The principles of equity and fundamental justice are to be found in the basic tenets of the legal system. See: P.W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 4th Ed. (Scarborough: Carswell, 1996), at 840. Also see: *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486.

59. See: 3.3.2(b).

limits of a reserve are reserve lands for tax purposes. In other words, that Indians living on reserve are subject to Indian taxation is a certainty. What is less certain is whether lands for the use and benefit of non-Indians are reserve lands for tax purposes. If the answer is “yes”, there is a risk of taxation without representation, since non-Indians (and even Indians living on surrendered lands) have no right to elect the band council, which exercises its power to tax.⁶⁰

(a) *Reserve Lands*

Two kinds of lands may be located within the borders of a reserve: lands for the use and benefit of an Indian band, and lands for the use and benefit of non-Indians. Under the *Indian Act*, reserves are held by the Crown in right of Canada for the use and benefit of Indian bands.⁶¹ Once the Government of Canada has acquired and set aside for Indians a title in land, Indians have the exclusivity of its use. However, it may happen that some parts of the reserve are required for use by non-Indians.⁶² In this case, bands are invited to surrender their right in the piece of land to the federal government, which will then lease or sell the use of the land to non-Indians.

If one is tempted to see this kind of surrender as a way to diminish the size of reserves at the expense of Indians (and consequently open to criticism), one must also be aware of the possible revenue-raising opportunities that accompany such surrenders. Indeed, before any surrender to non-Indians, an agreement is reached between the Government of Canada and the band, which will receive an amount of money in compensation for the surrender. While bands may be reluctant in some instances to see the size of their reserve diminished by the use of their lands by non-Indians, the process might also be seen as a way of funding the bands' activities. And in fact, several bands are interested in leasing parts of their lands, since it is a way to put their land in the

60. Sections 74-80 of the *Indian Act*. However, pursuant to s. 10, a band may assume control of its membership if it establishes membership rules, which implies that non-Indians may become members of the band pursuant to a band rule.

61. Subs. 2(1) “reserve” of the *Indian Act*. Also see: R.H. BARTLETT, “Reserve Lands”, in B.W. MORSE, Ed., *Aboriginal Peoples and the Law* (Ottawa: Carleton University Press, 1985), at 467.

62. For example: Electric or telephone lines.

commercial mainstream, usually to be used by profitable service businesses.⁶³

(b) *Mutual Exemption Theory*

In this respect, it may be argued that the taxation of surrendered reserve lands should be determined with a view to the Indian tax exemption found in s. 87 of the *Indian Act*. Indeed, ss. 83 and 87 could be seen as mirror provisions, reflecting a policy decision to the effect that each group should be exempted from taxation laws enacted by the other.

Section 87 states that no Indian property located on reserve should be subject to taxation, so as to avoid the erosion of Indian property by non-Indian governments. The same reasoning could apply to non-Indians who are not represented before the band council and whose property may be eroded by Indian taxation. This approach would be called the “Mutual Exemption Theory”.

The Mutual Exemption Theory brings us to a discussion of access to a sufficient tax base. It is often noted that reserve lands constitute a poor land base⁶⁴ unlikely to generate significant revenues.⁶⁵ Therefore, there is a strong incentive for band councils to tax each and every piece of land that is within the borders of the reserve, despite the fact that it may not be held for the benefit of Indians. Not only is the taxation of surrendered lands a good way to increase the tax base, but surrenders for lease, as mentioned above, are the best way for reserves to put their lands into the economic mainstream and consequently increase their economic value.⁶⁶ The Mutual Exemption Theory would significantly decrease the Indian revenue-raising capacity, unlike the Indian tax exemption, which has only a slight effect on consolidated federal and provincial revenues.

63. *Kamloops Amendment Proposals*, *supra* note 22, at 2.

64. *First Nation Taxation*, *supra* note 31, at 24.

65. Hence, reserve lands are relatively small; only a limited percentage of reserve lands are used (and likely to be used) for residential or commercial purposes; many reserve lands have only limited natural resources potential; and the potential to increase the size of reserve is negligible. For a complete discussion on this topic, see: 2.2.1.

66. *Kamloops Amendment Proposals*, *supra* note 22, at 2.

(c) *Kamloops Amendments*

Not surprisingly, the Mutual Exemption Theory has not been adopted by the courts or by the federal policy-makers.⁶⁷ Indeed, since 1988, the *Indian Act* makes it clear that lands surrendered to non-Indians for lease are part of Indian reserves, which enables a band council to tax them.⁶⁸ Before 1988, lands surrendered to non-Indians for lease (conditionally) were excluded from reserve status and therefore not taxable. Today, conditionally surrendered lands are known as “designated lands to the benefit of non-Indians”; they remain “within the reserve” for tax purposes and they are fully subject to Indian taxation by-laws.

The *Indian Act* was amended in 1988 to get to this solution. Today, there may be two kinds of surrenders: conditional surrenders, i.e., lands surrendered for lease, for a term of years or for a limited purpose wherein the band continues to have a beneficial interest,⁶⁹ called “Designated Lands”; and unconditional surrenders, i.e., all Indian rights and interests in the land are transferred to the Crown in right of Canada for some final form of compensation,⁷⁰ called “Surrendered Lands”.

The 1988 definition of reserve found in the *Indian Act* as “a tract of land the legal title of which is vested in Her Majesty, that has been set apart by Her Majesty for the use and benefit of a band”, had to be amended so as to include designated lands. Consequently, the definition of reserve now reads as follows:

2. (1) “reserve” (a) means a tract of land the legal title of which is vested in Her Majesty, that has been set apart by Her Majesty *for the use and benefit of a band* and

(b) [...] *includes designated lands*. [Emphasis added]

Designated lands are now clearly under the jurisdiction of Indian bands, which includes the right to tax. The following types of interests in reserves are taxable:⁷¹ commercial land use leases

67. Subject to parag. 83(1)(f) of the *Indian Act*, which states that a band may raise money from band members to support band projects. Therefore, one could say that the Mutual Exemption Theory has found an application in respect of funding to be applied to specific band projects.

68. *First Nation Taxation*, *supra* note 31, at 1.

69. *Kamloops Amendment Proposals*, *supra* note 22, at 8.

70. *Ibid.*

71. *Why Tax?*, *supra* note 7, at 6.

(maybe the best way to develop a tax base because the value of the land is increased); oil, gas, timber and resources leases;⁷² utility leases (business involving power, telephone and natural gas lines located on reserve lands); rental leases; and agricultural permits and leases.

A much more tax-efficient land base has resulted from the Kamloops Reform.

(d) *Judicial Criteria for Transfers of Lands*

Three recent cases have addressed the question of the taxation of non-Indian interests in reserve lands. The central question as to when a reserve land has been “conditionally” or “unconditionally” surrendered was clarified in three instances: transfer to a private party, transfer to a Province, and transfer to a Crown corporation.

(i) *Transfer to a Private Party*

In *St. Mary’s Indian Band v. Cranbrook*,⁷³ the Supreme Court of Canada addressed the issue as to whether and when a reserve land is absolutely surrendered to a non-Indian private party. In its analysis, the Supreme Court described the purposes of the Kamloops Amendments as follows:⁷⁴

[The] effect of the Kamloops Amendments was to draw native lands surrendered for lease back into the reserve. Lands surrendered for sale were clearly intended to remain outside the band’s property tax jurisdiction.

In order to determine whether land had been absolutely surrendered (i.e., for sale), the Supreme Court said that one must look at the true purpose of the dealings,⁷⁵ because the true purpose of the surrender provisions of the *Indian Act* is to ensure that the intention of Indian bands with respect to their interests in their reserves is honoured.⁷⁶ “What is the true intention of the band?” is therefore the correct question to ask in this instance.

72. Unlike royalties, tax revenues go directly to the band’s general administration revenues.

73. [1997] 2 S.C.R. 657 [hereinafter “*St. Mary’s Indian Band*”].

74. *Ibid.*, at 666.

75. *Ibid.*, at 669.

76. *Blueberry River Indian Band v. Canada*, [1995] 4 S.C.R. 344.

The Supreme Court then went on to mention what it considered factors favouring the surrender being considered absolute:⁷⁷

- The band surrendered the land for sale;⁷⁸
- The band entered into negotiations with the Government of Canada based on the understanding that the impugned lands were to be sold for the purpose of constructing an airport;⁷⁹ and
- In return for its surrender, the Government of Canada paid the band the fair market value of the land.⁸⁰

Finally, mentioning that one of the most important powers that bands need is the real property taxation power,⁸¹ the Supreme Court commented on the meaning of the expression “otherwise than absolutely”, used to qualify designated lands, that shall remain subject to Indian taxation:⁸²

Parliament [...] selected [a] *broad* phraseology [...] in order to account for other contingencies – to allow, at one end, for other forms of surrenders, such as a right of way, to be considered designated lands, and to ensure, at the other end, that other forms or *permanent* surrenders such as exchange or gift remain beyond our notions of reserve land. [Emphasis added]

Therefore, the current state of the law fosters inclusion of lands within the reserve, so as to provide Indian bands with a sufficient land base. But the limit on this favourable “inclusion policy” is the sale of the land to a third party. Land is considered to have been sold when the purpose of the dealings between the band

77. *St. Mary's Indian Band*, *supra* note 73, at 669.

78. A lease was contemplated, but it was rejected. According to the Supreme Court, Parliament has always considered lands surrendered for sale to have been surrendered absolutely. See: Parliamentary Secretary to the Minister of Indian Affairs in: Canada, *House of Commons Debates*, Vol. XIII, 2nd Sess., 33rd Parl. June 2, 1988, at 16046-7:

The Bill [C-115] before us will establish that a surrender may take one of two forms – first, an *absolute surrender for sale* which would remove land completely of all Indian interests and take it out reserve [...], and, second, a surrender for lease [...] in which case the land remains part of the reserve.

79. Long-term establishment.

80. The court mentioned that the mere fact that the band included a rider stipulating that if and when the land ceased to be used for public purposes, it should become the property of the band, does not preclude an absolute surrender.

81. *St. Mary's Indian Band*, *supra* note 73, at 674.

82. *Ibid.*, at 675.

council, the Government of Canada and the private party included the construction of establishments that are permanent in nature and when the fair market value of the land was paid in compensation for the surrender.

(ii) Transfer to a Province

In *Osoyoos Indian Band v. Oliver*,⁸³ the Court of Appeal of British Columbia was asked to decide whether lands transferred pursuant to s. 35 (which empowers any governmental institution or agent to take or to use reserve lands without the consent of the owner) of the *Indian Act* to the Government of British Columbia (pursuant to an order in Council of the Government of Canada) were taxable.⁸⁴ The court noted that the operative words of disposition were the following:⁸⁵

[...] consent to the taking of the said lands by the Province and the transfers of administration and control thereof to the Province.

These words, according to the Court of Appeal, are a clear indication that a permanent transfer of jurisdiction from the Government of Canada to the Government of British Columbia was intended. However, for the land to be notionally transferred out of the reserve, the court stated that one must determine whether the transfer was unlimited or only for the purposes mentioned in the deed.

The Court of Appeal stated that the transfer of a fee simple absolute removes land from a reserve, which means that land taken pursuant to s. 35 is no longer taxable.⁸⁶ The court added that the fact that the Order in Council operating the transfer contained a provision reserving the mineral rights⁸⁷ did not support taxation of the surface land.⁸⁸ Therefore, a reserve land transferred to the administration of a governmental institution for public order reasons, with or without the consent of the owner, is an unconditional surrender.

83. (1997), [1998] 2 C.N.L.R. 66 [hereinafter "*Osoyoos Indian Band*"].

84. However, one must remember that the transfer being from the Crown in right of Canada to the Crown in right of the Province of British Columbia, the principle of indivisibility of the Crown intervenes and conveyance of title is not involved. See: P. LORDON, *Crown Law* (Markham: Butterworths, 1991), at 283.

85. *Osoyoos Indian Band*, *supra* note 83, at 70.

86. Also see: *St. Mary's Indian Band*, *supra* note 73.

87. Arguably the equivalent of the rider in the *St. Mary's Indian Band* case.

88. *Osoyoos Indian Band*, *supra* note 83, at 72.

(iii) Transfer to a Crown corporation

Finally, in the case of *Westbank First Nation*,⁸⁹ the Supreme Court of Canada clarified the question of the taxation of reserve lands held by a tax-exempt Crown corporation.⁹⁰ In this case, a Crown corporation had acquired several permits from the Government of Canada, pursuant to s. 28(2) of the *Indian Act*,⁹¹ to use and occupy various lands on the reserve, with the consent of the band. The purpose of the permits included the building of electric transmission and distribution lines in order to provide electrical energy to residents of the reserve.⁹²

The Supreme Court made it clear that in some instances, a Crown corporation may be constrained to pay a charge in the form of a license or a regulatory charge,⁹³ but outside this encroachment (that must be strictly interpreted), a band is constitutionally incapable of levying a tax on a Crown corporation.⁹⁴ Therefore, land transferred to a Crown corporation is an unconditional surrender.

2.1.2 Licences

Even though licences are used as a public-protection tool, as opposed to a revenue-raising tool, political pragmatism forces one to admit that licensing fees are reliable and lucrative revenue-raising sources. Indian bands are not immune to this pragmatism and, in this respect, raising band revenues through the implementation of licences involves two major considerations: the extent to

89. *Supra* note 42.

90. Pursuant to s. 125 of the *Constitution Act, 1867*, no land or property belonging to Canada, any Province or any of their agents (including Crown corporations) should be taxable. The purpose of this section is to prevent one level of government from taxing the other and therefore prevent it from being able to fulfill its constitutional obligations. See: *Re Exported Natural Gas Tax*, [1982] 1 S.C.R. 1004. Also see: *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. (4 Wheat.) 316 (1819) (U.S.S.C.):

[...] the power to tax involves the power to destroy; [...] the power to destroy may defeat and render useless the power to create, [...] there is plain repugnance, in conferring on one government a power to control the constitutional measures of another, which other, with respect to those very measures, is declared to be supreme [...].

91. The purpose of s. 28(2) of the *Indian Act* is to authorize any person to occupy or use a reserve or to reside or otherwise exercise rights on a reserve.

92. Utility corporations (usually involving power, telephone and natural gas lines), which are not Crown corporations, are usually taxable.

93. See: 1.2.2(a) and 2.1.2.

94. *Westbank Indian Band*, *supra* note 42, at parag. 40.

which a licence may be an attractive revenue-raising tool, and the revenue-raising limitation intrinsic to licence status.

(a) *Revenue-Raising Advantage*

A licence is applicable to all businesses, callings, trades and occupations on reserve.⁹⁵ In addition, as opposed to a tax in the purest sense, the power to require a licence extends to requiring one of Crown corporations. In *Westbank Indian Band*, the Supreme Court said:⁹⁶

Flexible federalism demands protection from taxation, but not from all forms of charges, when the charges are levied in support of other regulatory objectives within the competence of the taxing authority.⁹⁷

Thus, the power to raise money by way of licences has an advantage over the general power to tax, since a tax does not touch a Crown corporation, but a licence does. A strategic use of the licensing power may thus sound attractive, since it is a way to take advantage of all economic presence on a reserve, be it private or public.

In addition, it is the policy of the Government of Canada that Crown corporations should pay a reasonable amount to bands in whose reserves they have premises, due to the benefits that they generally enjoy in respect of public services provided by bands.⁹⁸ That can be done through an agreement by which the Crown corporation will commit itself to pay a specified amount, usually calculated to equal the amount that it would have paid, had it been subject to the taxation by-law. The limitation found in s. 125 of the *Constitution Act, 1867* must thus be clearly understood by bands, because negotiations will likely be needed before a Crown corporation will pay any amount. The constitutional power to raise money from Crown corporations by way of licences is therefore an authoritative bargaining advantage: it may help to increase the amount

95. Parag. 83(1)(a.1) of the *Indian Act*.

96. *Westbank Indian Band*, *supra* note 42, at parag. 18.

97. Also see: *OPSEU v. Ontario*, [1987] 2 S.C.R. 2; and *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641.

98. The Government of Canada and provincial governments normally pay grants in lieu of taxes. The Government of Canada has adopted the policy to pay grants to all taxing authorities in Canada in respect of government buildings, including Indian bands and Indian governmental bodies. See: *Why Tax?*, *supra* note 7, at 6-7.

paid by Crown corporations, unless they will be indirectly subject to Indian taxation by way of licence fees.

(b) *Intrinsic Revenue-Raising Limitation*

However, there is an important limit to the revenue-raising capacity of licences:⁹⁹ the amount of revenue raised is limited to the amount necessary to cover the costs of the regulation intended.¹⁰⁰ Therefore, licences should be used and by-laws should be drafted with great care.

2.2 Economic Reality

A tax system may contemplate the broadest taxation powers, but if there is no wealth against which they can be used, these powers will be useless. That is why, before trying to implement a comprehensive Indian tax system likely to pave the way to the implementation of resourceful Indian governments, one must assess the viability of the current system, according to the economic resources available, i.e., reserve lands, Indian individuals as well as Indian and non-Indian businesses.

2.2.1 Reserve Lands

The availability of land remains a central issue, since most tax revenues are and will likely be derived from real property taxation in the future.¹⁰¹ If all Indian bands implemented taxation by-laws, they would be able to collect \$ 20 million annually.¹⁰² These poor results are mainly due to an insufficient real property tax base.¹⁰³ Disadvantageous attributes of lands include:¹⁰⁴

99. And to the bargaining advantage as well.

100. *Westbank Indian Band*, *supra* note 42, at parag 19; *Re Eurig Estate*, *supra* note 44. Also see: *A.G. Ontario v. City of Toronto* (1892), 23 S.C.R. 514; and *A.G. Canada v. Registrar of Titles*, [1934] 4 D.L.R. 764 (B.C.C.A.). This logical exercise is workable if and only if fees are levied for the sole purpose of paying for the services. This is sufficient to justify the revenue-raising limitation imposed on licenses. However this line of reasoning should not apply in cases where a license's sole purpose to protect the public.

101. See: 3.1.2(a) and 3.3.2(a).

102. *First Nation Taxation*, *supra* note 31, at 1.

103. *Ibid.*, at 24. In some instances, if taxation were implemented in a reserve, compliance costs would exceed tax revenues.

104. *Ibid.*, at 24-25.

- **Small Land Base:** It represents approximately 0.5 % of the Canadian land mass south of the 60th parallel;¹⁰⁵
- **Limited Commercial and Residential Use:** The federal land allocation policy has usually been to allocate reserve lands away from the best lands as population expanded;¹⁰⁶
- **Patchwork Nature:** It is harder to establish infrastructure, development projects and viable businesses when the land base is still a forest for the most part;
- **Limited Natural Resources:** Reserve lands have usually had low agricultural or mineral potential, the policy rationale being that Indian lands would never be properly developed; and
- **Limited Territorial Expansion Ability:** The ability of band councils to expand their land base is negligible. The main solution consists in the purchase of fee simple lands.

The obvious conclusion from these facts is that Indian real property taxation powers have nearly been annihilated over the last decades by a careless land allocation policy, which ostensibly did not foresee the importance of Indian taxation in the future. In fact, the land allocation policy may be the strongest impediment to an effective use of taxation powers.

2.2.2 *Indian Individuals*

On a short-term basis, Indian individuals should generally not be considered as a reliable revenue source, neither from a strict income tax point of view, nor from a land development point of view. Over the last decade, 65 % of Indians living on reserves reported annual income below \$ 9,000 on average.¹⁰⁷ Coupled with

105. 80 % of reserves are below 500 hectares in size. By contrast, American Indian bands benefit from 3 % of the land base of the 48 southern states (i.e., 6 times the territory allocated to Canadian Indian bands). That is a major advantage, especially given the fact that American Indians represent a much smaller part of the overall population of the United States.

106. *First Nation Taxation*, *supra* note 31, at 25.

107. L. JAMIESON, "Taxation Powers and Tax Treatment of First Nations Institutions: Proposals for a New Tax Relationship" in *Proceedings of the Forty-Fifth*

a high unemployment rate, this is a strong indicator that, in most reserves, the level of Indian taxable income or income available for investments is not significant and certainly not sufficient to implement an efficient individual income tax regime based on this sole source.¹⁰⁸ Non-Indian revenue sources will be needed to fund any form of Indian tax system, be it local, regional or national.

2.2.3 *Indian and non-Indian Businesses*

Low levels of economic activity characterize reserves. Many “objective” factors may partially explain this situation:¹⁰⁹ low income of residents, a large percentage (80 %) of expenditures by reserve residents are made off reserve, many reserves are located too far from business service centers, and many reserves are too small to support a retail sector.

All of these factors might explain the low rate of business activity. In addition, one must also take into account the intangible impact of the “uncertainty costs” of carrying on business on reserve, which include:

- **Land Title:** There is a fair amount of uncertainty regarding the security over land title on reserve, especially with respect to the very limited possibility of conducting a seizure on Indian lands or financing business projects;
- **Land Development Regulations:** Whereas regulations for commercial land development projects are usually provided by municipalities, these guidelines are found in the *Indian Act* in the case of reserves; and
- **Political Uncertainty:** Business people are generally afraid of Indian political positions and actions, including

Tax Conference, 1993 Conference Report (Toronto: Canadian Tax Foundation, 1994) 55:1, at 55:2-3 [hereinafter “Jamieson”]. However, Jamieson goes on to specify that there are wide variations in populations, income levels, and economic activity on Indian lands. *First Nation Taxation*, *supra* note 31, at 31 mentions that in 1991 approximately 64 % of Indians living on reserves had income below \$ 10,000, compared to 34 % for the overall Canadian population.

108. On average, only 3 % of income from Canadian individual taxpayer having less than \$ 10,000 in annual revenue was assessed by the Canada Customs and Revenue Agency pursuant to the *Income Tax Act*.

109. *First Nation Taxation*, *supra* note 31, at 32.

the possibility that they could be denied access to their business premises or become subject to different business conditions.

Nevertheless, non-Indian business activity might become the best source of taxation revenues.¹¹⁰ If Indian economic forces *per se* would not be sufficient, Indian and non-Indian sources of income on reserve would be a viable alternative likely to generate enough economic activity to finance the system, even though the Department of Finance once argued that it would be the case only infrequently.¹¹¹ The problem in respect of the attractiveness of reserves from a business point of view can be solved by a better land allocation policy. Indeed, one cannot think of a comprehensive Indian tax reform without a mandatory reform of the land allocation policy. In addition, there should be efforts on the part of the Government of Canada to adapt its regulations to provincial ones, or to grant this power to the Indian bands, which would be likely to adapt to local regulations so as to avoid conflicts.

3. IMPLEMENTATION OF AN INDIAN TAX SYSTEM

Indian communities aspire to the same standard of living as other Canadians and wish to share Canadian prosperity. However, with the growth of the Indian population¹¹² driving up expenditures, it is unlikely that federal grants alone will be able to maintain the current level of services, and it is impossible to believe that there will be an improvement with the same form of financing. Both Indians and non-Indians will have to be creative.

The solution might be the development of flexible revenue-raising tools, including expanded¹¹³ real property taxation powers as well as income taxation¹¹⁴ and sales taxation powers. This solution is likely to improve the quality of services provided to Indians living on reserves and enhance the degree of business activity on reserves. In this respect, the implementation of a com-

110. JAMIESON, *supra* note 107, at 55:3.

111. *Ibid.*

112. From 1981 to 1991, the overall Canadian population increased by nearly 11 %, whereas the population of registered Indians living on reserve increased by 34 %, and the total population of registered Indians increased by approximately 58 %. See: *First Nation Taxation*, *supra* note 31, at 37.

113. Meaning a tax-driven land allocation policy.

114. At the individual, business and trust levels.

prehensive Indian tax system entails the consideration of three major issues: political issues, co-ordination issues, and procedural issues.

3.1 Political Issues

Politics is about choices. And in the context of Canadian democracy, political choices are often made by weighing the popularity of the options. This is no less true in the case of tax policy choices, in which each Canadian has a personal interest, than in Indian affairs, which are often misunderstood by the population. Therefore, an Indian tax policy reform is likely to be intensely political among both Indians and other Canadians, Indians being traditionally opposed to taxation, and Canadians being consistently reluctant to have a heavier tax burden.

3.1.1 *Indian Political Concerns: Should there be Taxation At All?*

Probably due to the general, philosophical opposition to taxation, Indian bands might have a strong incentive not to impose taxes on their members. Therefore, before any comprehensive Indian tax system can be implemented, Indians themselves must be convinced that such a system will be among the means by which they will share Canadian prosperity.

(a) *Traditional Opposition to Taxation*

The basis of the traditional Indian opposition to taxation might be found in the policy rationale that led to the implementation of the s. 87 Indian tax exemption. In *Mitchell v. Peguis Indian Band*,¹¹⁵ the Supreme Court of Canada stated that the purpose of the exemption was to preserve the entitlements of Indians to their lands and to ensure that the use of their reserve lands is not eroded by the ability of governments to tax.¹¹⁶ The Supreme Court noted the following:

The exemptions [...] have *historically* protected the ability of Indians to benefit from [their] property [...] [The exemptions] *guard*

115. [1990] 2 S.C.R. 85.

116. For a short explanation of the purpose of the Indian tax exemption, see: V. KRISHNA, *The Fundamentals of Canadian Income Tax*, 5th Ed. (Scarborough: Carswell, 2000), at 91.

against the possibility that one branch of government, through the imposition of taxes, could erode the full measure of the benefits given by that branch of government entrusted with the supervision of Indian Affairs. [Emphasis added]

Hence, Indians generally fear any form of taxation, imposed either by the Government of Canada, a provincial government or even an Indian government. One must also take into account that taxation is generally considered contrary to the Indian traditional way of life.¹¹⁷ The implementation of an Indian tax system, being part of a broader institutional reform aimed at creating self-sufficient Indian communities, brings the foreseeable fear of the erosion of the Government of Canada's fiduciary duties towards Indians, *i.e.*, a decrease of federal subsidies. However, there is at least one consensus on the taxation question, and it is the general acceptance of taxing non-Indian lands and businesses on reserve.¹¹⁸ Since this is likely to be the main source of revenue, such a consensus is fortunate.

(b) Acceptable Implementation Process

The solution to this political problem rests with the clarification of the issues, and especially with respect to five points: decision to impose a tax, decrease of federal subsidies, quality of public services, economic development, and taxation of non-Indians.

(i) Decision to Impose a Tax

If all Indian bands have broad taxation powers, the ultimate decision to impose a tax should be made by each Indian community, taking into account local concerns and capabilities. This policy orientation is not without consequences. It brings with it the necessity to consider taxation not as a short-term replacement tool for federal funding, but as a long-term complementary tool aimed first and foremost at enhancing the standard of living and economic development on reserves, along with federal support. Indeed, federal funding has traditionally been used to help bands operate the machinery of Indian band councils and the related administration, or when Indian bands have undertaken to pro-

117. *A contrario*, see: 1.1.1.

118. *First Nation Taxation*, *supra* note 31, at 26.

vide services to their members directly, if the programs were previously provided by the Government of Canada.¹¹⁹

(ii) Decrease of Federal Subsidies

If the implementation of an Indian tax system means a gradual end of federal subsidies, the decrease should not happen before Indian bands exercising their taxation powers have reached a satisfactory degree of self-sufficiency, which compensates for federal funding, provides bands members with services the quality of which exceeds that of services provided to members of the surrounding bands which do not use taxation as a major revenue-raising tool. With such an agenda, Indians will be able to weigh the advantages of taxation as well as its disadvantages. They will then be able to decide whether taxation is better than subsidies, on a short, medium and long-term basis.

(iii) Quality of Public Services

Unlike s. 83 of the *Indian Act*, which provides for a vague expenditure policy,¹²⁰ a comprehensive Indian tax system should adopt a strict expenditure policy focused on two objectives: the improvement of the quality of public services and the elaboration of an economic development agenda (discussed below). Indian communities will have to establish a list of new or significantly improved public services that Indians will benefit from with the implementation of a comprehensive Indian tax system. Therefore, they will have to consult with their population, establish such a list, and finally negotiate with the Government of Canada and provincial governments in order to take over responsibilities for public services (*e.g.*: education, health care, business regulation, etc.). However, one must keep in mind that an increase in quality of public services is only an intangible benefit compared to a fixed sum of money that must either be paid to the band or kept away from the taxman. That intangible benefit will have to be explained.

119. *Working Paper*, *supra* note 37, at 14.

120. Parag. 83(1)(a) of the *Indian Act* provides only that the council of a band may enact taxation by-laws for local purposes.

(iv) Economic Development

With a higher quality of public services comes the opportunity to attract more businesses that should be less afraid of carrying on business on reserve and should be interested in coming on reserve because of the services that it provides and the business opportunities. Along with the implementation of a tax system, Indian bands will have to table a strategic economic development agenda aimed at fostering economic benefit from the payment of taxes. This agenda should focus on the establishment of new businesses due to the favourable investment climate created by the tax system and should take advantage of local strengths.

(v) Taxation of Non-Indians

The issue of taxation of non-Indians should be clear: non-Indians will be subject to Indian taxation. The purpose of implementing a tax system likely to be a reliable source of revenue is to have more businesses on reserve that will pay taxes to the band council. If federal funding decreases, the tax revenue generated by taxation of non-Indian businesses should be seen as part of the compensation.¹²¹

The main argument in favour of the implementation of a comprehensive Indian tax system is the establishment of a climate favorable to economic development, through state-of-the-art public services. One of the fears of Indians is that some bands will implement taxation whereas some others will not, therefore undermining Indian solidarity on the taxation matter. In order to enhance this solidarity, but in favour of taxation rather than in opposition to it, the implementation will have to be gradual, and strategically orchestrated, focusing on reserves that have the ability to implement a system successfully, thereby building on successful experiences to help implementing tax systems on reserves where it will be harder.

**3.1.2 Canadian Political Concerns: What Should
the Scope of Indian Taxation Powers be?**

Once Indian agreement is secured, the focus will have to shift to global Canadian concerns over the issue of the tax burden that

121. The controversial issues in respect of taxation of non-Indians will be addressed in the following section.

could increase with a new level of taxation. Canadian concerns will be discussed in light of the taxation model that should be adopted and the extent to which non-Indians should be subject to Indian taxation by-laws even though they are not represented by the taxation authority.

(a) *Taxation Model*

Flexibility must be the cardinal value of the new Indian tax system. In this respect, there should be a shift from the municipal model to the governmental model. That means a departure from a restrictive system allowing only for real property taxation and licensing powers, towards a comprehensive taxation system modeled on provincial taxation powers found in subs. 92(2) of the *Constitution Act, 1867*. Indeed, for a tax system to be effective, stable revenue sources are necessary. Even though revenues are likely to be derived mainly from real property taxation and licensing,¹²² Indian governments should be entitled to exercise a full range of taxation powers, which will allow them to raise revenue from adequate sources, corresponding to the level of local economic development and commercial sophistication.

Therefore, along with the existing licensing power, Indian bands should have access to all forms of direct taxation,¹²³ including: property tax, income tax, and sales tax. At this point, such a system does not hurt Canadians because, *in abstracto*, their pockets are not yet involved. Political problems and double-taxation problems will become a serious issue when the liability to tax question is addressed.

(b) *Liability to Tax*

If Indian bands ought to have broad taxation powers, who will be liable to these new taxes? To answer this question is to

122. Taxation models have historically evolved according to the degree of sophistication of business activities: from real property taxation, for less sophisticated societies, towards sales and income taxation, for more sophisticated societies. See generally: A. NEURISSE, *Histoire de l'impôt* (Paris: Presses universitaires de France, 1978).

123. A "direct tax" is a tax that cannot be shifted by the taxpayer to others. By opposition, an "indirect tax" is a tax which is levied on producers, importers or sellers in the expectation that they will pass it on their customers in the form of higher prices. See: P.W. HOGG and J.E. MAGEE, *Principles of Canadian Income Tax Law*, 2nd Ed. (Scarborough: Carswell, 1997), at 59.

answer a much broader tax policy question, namely: “Will the liability to Indian taxation be determined according to the status¹²⁴ of the taxpayer or according to his residence¹²⁵?” An Indian tax system based on status would leave all non-Indians (i.e. individuals, corporations and trusts) free from Indian taxes, while a system based on residence would render non-Indian corporations and trusts as well as some individuals (e.g.: civil servants, physicians, teachers, non-Indian spouses) potentially liable to Indian taxation.

As a matter of pragmatism, any Indian tax system can be viable only if non-Indian businesses are subject to taxation. Therefore, the system will have to be based on residence, despite the fact that Indian band membership is based on status. But even if an Indian tax system would have been viable without the need for any involvement of non-Indian interests, the basis for liability to tax would probably have been residence anyway, because residence is the traditional Canadian tax liability principle. In this respect, it would have been hard to foresee the implementation of a new tax system in the Canadian context not respecting this fundamental principle. Indeed, our tax system has evolved according to two axes:¹²⁶ resident in Canada (taxation on worldwide income) and non-resident in Canada (taxation on Canadian-source income). Consequently, Indian bands should be entitled to exercise direct taxation powers as follows:¹²⁷ real property tax

124. Indian or non-Indian.

125. On or off reserve.

126. Section 2 of the *Income Tax Act* reads as follows:

2. (1) An income tax shall be paid [...] on the taxable income for each taxation year of every *person resident in Canada* at any time in the year.

(2) Where a person who is not taxable under subsection (1) for a taxation year

(a) was employed in Canada,

(b) *carried on business in Canada*, or

(c) disposed of a taxable Canadian property,

at any time in the year, *an income tax shall be paid* [...] on the person's taxable *income earned in Canada* for the year [...] [Emphasis added]

127. It could be argued that such a reform would incorporate “private international law-type” questions, especially with respect to the determination of the residence of an individual, a corporation or a trust; and the place where a transaction has occurred. This may be true, but no tax system has the privilege of avoiding such problems and the Indian tax system is no exception. The Canada Customs and Revenue Agency has to deal with such problems (e.g.: inter-provincial or international transactions) on a day-to-day basis. However, what might become a serious problem is the arguable balkanization of Canadian taxation. Indeed, adding a new tax system for each band might dramatically increase the number of tax rules. Tax harmonization has become a popular policy around the world, the Indian tax system may thus look a bit archaic. For discussions on the

(real property located on reserve), income tax (individuals, corporations and trusts residing or carrying business on the reserve – income derived from reserve only), and sales tax (transactions occurring within the reserve).

These broad powers have the effect of providing Indian bands with enough flexibility to raise revenue according to the source which is appropriate, given the economic development of their reserve. However, since liability to tax is based on residence rather than status, one could question the legitimacy of a tax that will arguably be imposed without several taxpayers being represented by the taxing authority, since only band members living on reserve have a right to vote in band elections. This principle, alleged to have been at the heart of the American Revolution is widely known as “No Taxation without Representation”.

In abstracto, any taxation without representation looks reprehensible and wrong. Since the taxpayer is unable to influence the expenditure policy, he is likely to pay without benefiting from its payments and he is likely to be subject to an unfair process due to his status. That being said, the Canadian tax system, which is that of a democratic country, while respecting the principle of representation, nevertheless contains provisions that overrule the principle in order to prevent abusive tax avoidance strategies.¹²⁸ Our system is not unfair for this reason alone.

Indeed, if residence is the starting point in Canadian taxation, the starting point in the Canadian democracy is citizenship. Consequently, many taxpayers may well be resident of Canada, and therefore subject to Canadian taxation, but at the same time not be Canadian citizens and not have the right to vote in an election. Similarly, a non-resident in Canada may have Canadian-source income and therefore be liable to tax in Canada while having no right to vote.

interaction between tax flexibility and tax harmonization, see: 3.2.2 and 3.3.1. Also see: D.C. BELLEY, “The Canadian Taxation of Foreign Affiliates and Its Impact on International Capital Flows in the Age of Globalization” (Senior Essay, McGill University, 2000).

128. Indeed, if non-residents in Canada carrying on business in Canada did not pay Canadian taxes, and if the same rule were applied around the world, everybody would manage to be non-resident in the country in which he established his business and pay no taxes.

Our system remains fair, despite the fact that some taxpayers are taxed but not represented, because all of them benefit (to a certain extent) from the taxes they pay by way of state-of-the-art public services. In addition, they all have a right to be heard before impartial and independent administrative and judicial tribunals if they consider that their assessment is erroneous or unfair. The system will remain fair so long as the expenditure policy and the administrative process are fair. Consequently, a comprehensive Indian tax system will be fair and acceptable from a non-Indian point of view if the policy expenditure is aimed at providing services to every taxpayer, including non-Indians, and if the administrative process is equally fair.¹²⁹

3.2 Co-ordination Issues

The Indian tax system must work in co-ordination with the existing federal, provincial and municipal tax systems. Indeed, a tax system is suitable only to the extent that it is likely to raise revenue without hurting the population that is taxed.¹³⁰ The Indian tax system would be the fourth taxation level in Canada, after the Government of Canada, the provincial governments and the municipalities.¹³¹ And apart from Indians living on reserves, taxpayers subject to the new Indian taxation would already have to face the tax obligations imposed by the three existing tax authorities. In this respect, two issues must be addressed: the substantive coherence of tax provisions, and an orchestrated share of the tax room.

129. It should also be noted that subs. 10(1) of the *Indian Act* provides that a band may assume control of its own membership if it establishes membership rules. This power may also be a solution to the problem of representation since a band could decide to allow non-Indians to be members of the band to which they pay taxes. If they would not have the status of Indian, at least they would have a right to vote. However, this would be a case-by-case solution likely to become complex. Another solution might also be the creation of "public governments", composed of a majority of Indians, who would be sure to control the governmental institutions, but in which non-Indians would be recognized on the same footing as Indians. This solution might only be viable in northern regions of Canada where the non-Indian population is not likely to exceed the Indian population (eg.: Nunavut).

130. See: D.C. BELLEY, "Taxation of Corporate Loss Transfers in Canada: Business Efficiency under Threat" (Tax Policy Essay, McGill University, 1999). The second part of this paper explains how and when a tax system is suitable because it does not hurt taxpayers.

131. To a lesser extent, the school boards might be considered as a fifth tax authority.

3.2.1 Substantive Coherence

(a) Legislative Process

If flexibility is a good thing when the time comes for a competent body to exercise its tax jurisdiction,¹³² one must keep in mind that taxation is a powerful regulatory scheme, even though this is not its primary objective. Both businesses and individuals must take into account tax rules before putting forward transactions and making decisions. Co-ordination is thus required to ensure that each tax system is compatible with its neighbors and not at odds with the others.¹³³

For example, pursuant to the *Income Tax Act*, 50 % of capital gains are taxable upon disposition of capital property. A taxpayer who carries on business as a sole proprietor, and thereby accumulates capital property in the course of business, will be deemed to have disposed of this capital property and will trigger a notional capital gain if he or she decides to incorporate the business, to transfer assets to the newly incorporated corporation, and to carry on business under the corporate form. Fortunately, as a matter of business efficiency, s. 85 of the *Income Tax Act* provides for a roll-over of the capital gain from the sole proprietorship form to the corporate form in order to avoid the payment of capital gains tax. However, some specific criteria must be fulfilled. These criteria are the following:¹³⁴

- a taxpayer...
- must have disposed of any “eligible property”¹³⁵...
- to a “taxable Canadian corporation”¹³⁶...
- for consideration that includes shares of the capital stock of the transferee corporation, and...
- the taxpayer and the corporation have jointly elected...

132. Flexibility has already been acknowledged by the grant of all means of direct taxation.

133. *Working Paper*, *supra* note 37, at 27.

134. N.C. TOBIAS, *Taxation of Corporations, Partnerships and Trusts* (Scarborough: Carswell, 1999), at 281.

135. See: subs. 85(1.1) of the *Income Tax Act*.

136. See: subs. 89(1) of the *Income Tax Act*.

- in prescribed manner and...
- within prescribed time.

Any sole proprietor will arrange his or her transaction so as to fulfill each criterion in order to avoid the realization of a capital gain. This operation will remain simple¹³⁷ as long as there is only one authority that regulates the recognition and the taxation of capital gains and rollovers. However, in the case of Canada, 11 jurisdictions have such authority: the Government of Canada and the ten provinces. We can easily foresee the potential legal difficulties. Fortunately, legislative coherence (in this example as well as in the overall tax system) has been achieved to a satisfactory extent in two ways:

- **Shared Tax Base:** All provinces except Quebec share the same tax base as the Government of Canada. Each of them calculates the provincial tax payable as a percentage of the federal tax payable. Therefore, a taxpayer subject to tax in any Canadian province except Quebec only has to fulfill the criteria set forth in the *Income Tax Act* (Canada) in order to fulfill both federal and provincial regulations;
- **Canada-Quebec Co-ordination Policy:** Even though Quebec does not use the federal tax base, it has been the policy of the Government of Quebec for several years to adjust the provisions of the *Taxation Act* (Quebec) to those of the federal *Income Tax Act*.¹³⁸ The process usually takes into account major amendments to the federal legislation and avoids substantial legal confusion.

That being said, all tax authorities in Canada, along with the new Indian tax authorities, will have to commit themselves to tax co-ordination so as to ensure that the Indian tax authorities will benefit from a flexible tax system likely to be harmonized with the economic reality of their reserves, but which will not become an impediment to business efficiency on reserves due to an accumulation of conflicting technicalities. These negotiations should address the following issues:¹³⁹ harmony in tax provisions,

137. As much as possible.

138. The Quebec functional equivalents to s. 85 of the *Income Tax Act* are ss. 521-526, 528(a)-(c) and 581 of the *Taxation Act*, R.S.Q., c. I-3.

139. *Working Paper*, *supra* note 37, at 28.

minimization of compliance costs, and no increase of the tax burden.¹⁴⁰

Apart from business efficiency, there is a revenue-raising incentive, from the governments' point of view, to ensure that the Indian tax system will not harm the integrity of the existing Canadian tax system. Indeed, if conflicting technicalities often constitute expensive legal and accounting expenses on the part of businesses, they can also be the source of genuine tax avoidance schemes aimed at taking advantage of technical provisions in different taxing statutes by fulfilling the literal obligations but avoiding the spirit of the act.¹⁴¹ These tax-planning strategies (which usually benefit profitable businesses that would otherwise pay taxes) are often costly to governments. Therefore, both governments and taxpayers will take advantage of the global harmonization of Indian and Canadian taxation.

(b) *Judicial Process*

Tax legislation being traditionally technical,¹⁴² even if there is a constant co-ordination effort, it is foreseeable that conflicts, or at the very least overlaps, will occur in many instances. In this respect, one might question the validity of tax provisions imposing on a taxpayer two (or more) different tax obligations (especially with respect to compliance issues). Given the effort on the part of all tax authorities to ensure that the Indian tax system will be integrated harmoniously within the larger Canadian tax system, Indian taxation by-laws should not be declared void for the sole

140. See: 3.2.2 (b).

141. For an overview of the conflict between literal and liberal interpretation of tax legislation, see: D.C. BELLEY, "The Corporate Veil in Tax Law: In Praise of Judicial Circumspection", (2000) *Canadian Tax Journal* 929 [hereinafter "Belley, *The Corporate Veil*"].

142. J.W. DURNFORD, "The Corporate Veil in Tax Law", (1979) *Canadian Tax Journal* 281, at 304 commented on the legislative drafting technique of the *Income Tax Act* as follows:
[...] The Commissioners who drafted the Civil Code of Quebec in the 1860s made it a deliberate general policy to avoid giving definitions because of the difficulty of producing satisfactory ones and the desirability of retaining flexibility to meet changing times and conditions. The system has worked well.
The Parliament of Canada cannot be accused of having followed the same policy with respect to the *Income Tax Act*: one has only to glance at subsection 248(1) to discover a *vast array of definitions*, to which must be added *many others spread through the Act*. Flexibility (and endless confusion) has been maintained in the Act since 1972 by enacting literally *hundreds of amendments* (what a way to do it!). [Emphasis added]

reason that, from a technical point of view, they conflict with federal, provincial or even municipal tax rules.¹⁴³ Doing so would amount to declaring a tax provision void for the sole reason that it is a tax provision, because in essence, a tax provision is technical and precise, which sometimes leads to conflicts.

According to La Forest,¹⁴⁴ conflict of laws questions in tax matters should not be resolved according to the usual doctrine of paramountcy of federal statutes. La Forest's position reads as follows:¹⁴⁵

Since both levels of government may impose direct taxation and levy revenue by way of licenses, their legislation may well overlap. Here the courts [...] have taken the attitude that *two taxations can stand side by side* and there is no clash or conflict. [Emphasis added]

This policy is consistent with the broad interpretation that should be given to Indian treaties and statutes.¹⁴⁶ Indian tax legislation should be given a broad application so as to allow Indian governments to fulfill their obligations, as it is the intent of the Government of Canada and Indian governments.¹⁴⁷ So long as the Government of Canada, provincial governments and Indian governments make an effort to minimize differences in their tax legislation, this interpretative approach will succeed. Legislative co-ordination may be seen as an impediment to flexibility, but it is the best way to ensure the viability of the new system and its effectiveness within the Canadian tax system.

However, in the absence of conflict of laws, Indian taxation by-laws should not be given a broad application as the accepted doctrine suggests. Indeed, the broad interpretation doctrine should only apply in order to ensure the existence and the applica-

143. If a tax rule enacted by another tax authority should not preclude an Indian taxation by-law from being applicable, one must keep in mind that Indian taxation by-laws must still be consistent with federal laws and regulations so as to be valid.

144. Later Justice at the Supreme Court of Canada.

145. G.V. LA FOREST, *The Allocation of Taxing Power Under the Canadian Constitution*, 2nd Ed. (Toronto: Canadian Tax Foundation, 1981), at 52.

146. See: *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29; *Simon v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 387; and *R. v. Sioui*, [1990] 1 S.C.R. 1025.

147. Here again we can find a clear incentive to reach a negotiated agreement where we will find a consensus likely to foster judicial interpretation in favour of broad Indian taxation powers.

tion of Indian taxation by-laws when they conflict with taxation laws. Otherwise, when a taxpayer contests the application or the interpretation of an Indian taxation by-law, the generally accepted Canadian tax interpretation principles should be applied, with no distinction being granted to the Indian tax system. These principles may be summarized as follows:¹⁴⁸

- A court should apply the plain meaning of the words used in tax legislation, with no reference to its purpose or to the motivations of the taxpayer;
- When interpreting tax legislation, a court should adopt a purposive approach and take into account the motivations of the taxpayer only to the extent that it faces a patently ambiguous provision, a sham transaction, an abuse of right or a fraud;
- A court must seek to avoid an absurd result in respect of the provision under scrutiny, not under the whole scheme of the tax legislation;
- Any purposive or otherwise liberal interpretation of tax legislation should be an exception; and
- If there is a major interpretation problem, Parliament should solve the problem, not the court.

3.2.2 Share of Tax Room

The opportunity given to Indian governments to exercise wide taxation powers will be a success only to the extent that it does not add unreasonably to the existing tax burden.¹⁴⁹ Indeed, most taxpayers subject to Indian taxation will also have to pay federal and provincial taxes.¹⁵⁰ This policy concern is an important reminder that the Indian tax system is aimed at fostering economic activities on reserve, and that adding to the tax burden would lead to unattractive consequences.

148. BELLEY, *The Corporate Veil*, *supra* note 141.

149. *Working Paper*, *supra* note 37, at 13.

150. And often municipal and school taxes.

(a) *Tax Room Needed by Indian Governments*

Even if the Government of Canada, but especially provincial governments and municipalities may be reluctant, there is a need for negotiation on the available tax room.¹⁵¹

- **Land Base:** Major increase of the size of reserves;
- **Limited Commercial and Residential Use:** The federal land allocation policy should become a tax-driven policy, allowing for the allocation of lands with commercial and residential potential. This means that reserves should not be situated too far from metropolitan areas, so long as Indians agree;
- **Natural Resources Potential:** Reserve lands should have higher agricultural, mineral and hydro-electric potential, Indians being able to develop their lands properly; and
- **Tax Credit:** Implementation of a tax credit system which would provide for a deduction from federal income tax payable for Indian tax amount already paid.

(b) *Issues of the Negotiations*

In order to be successful, negotiations on tax room should address controversial political issues that are not directly concerned with Indian taxation. These issues are:¹⁵² the federal control over the national fiscal agenda, the declining federal funding to provincial programs, and municipal revenue sources.

(i) *Federal Control over the National Fiscal Agenda*

Since nine provinces out of ten use the federal tax base, and Quebec adjusts its tax legislation to the federal legislation, the Government of Canada has *de facto* control over the national fiscal agenda, leaving less space for provincial interference once the fed-

151. Stated briefly, the Government of Canada, provincial governments and municipalities will have to vacate tax room, in specific fields for the sake of tax efficiency.

152. See generally: *First Nation Taxation*, *supra* note 31.

eral policy is set. In this context, provinces might not be willing to accommodate Indian considerations as to how the Canadian tax system should work in order to satisfy their claims, because that would amount to a decline of their influence.

(ii) Declining Federal Funding to Provincial Programs

Provincial allegations concerning the arguably massive decline in federal financial contributions to provincial programs in the fields of health care, education and social services are well-known and are likely to be a source of dispute. Indeed, since provincial governments argue that they must face financial obligations “alone”,¹⁵³ they might not be willing to vacate tax room to the benefit of Indian governments, since they might argue that they cannot afford to lose money.

(iii) Municipal Revenue Sources

Arguably due to federal cuts, provinces have also reduced their financial transfers to municipalities, which may also be reluctant to vacate tax room, especially since municipalities have little flexibility with respect to the determination of their own tax room (usually limited, by provincial legislation, to real property taxation and licensing). In fact, municipalities are competing with Indian bands for the same room. If the Indian tax system is coupled with a generous grant of lands (as we suggest), this competition will only increase.

The only solution leading to the implementation of the Indian tax system might well be a more general reform of federal funding to both provincial and Indian governments. Since we are now experiencing the first federal budget surpluses in a generation, the appetite of provincial governments, municipalities and several groups is likely to be an important consideration. The implementation of Indian self-government may thus lead to major federal expenditures in order to ensure an agreement among several parties. The size of such expenditures will likely be the ultimate consideration that will either foster or delay the reform.

153. This is a political issue that this paper does not intend to solve.

3.3 Procedural Issues

Once an agreement on implementation of an Indian tax system is reached, a delicate question will have to be addressed: the procedural form that such a system will have to adopt. At that point, the last necessary consensus will have to be in respect of the values that shall govern the administration of the Indian tax system.

3.3.1 *Legislative Process*

The current process through which any proposed taxation by-law must pass before coming into force contemplates a detailed process on which an improved legislative process for Indian governments will be based and through which Indian governments will be able to exercise increased legislative independence.

(a) *Current Process*

The current legislative process consists of seven stages:¹⁵⁴

- Decision to tax by the Indian band council;
- Collection of legal information and preparation of the by-law;
- Communication to all potentially affected parties of the intention to tax;
- Analysis of the proposed by-law by the ITAB, the Department of Indian Affairs and the Department of Justice;
- Recommendation to the Minister by the ITAB;
- Ministerial Decision; and
- Implementation.

(b) *Discussion*

This very detailed, technical and rather administrative process is aimed at ensuring that Indian bands fulfill requirements of

154. For a complete discussion on this topic, see: 1.2.2(c).

the *Indian Act* and more generally that the substance of the by-law is consistent with the federal Indian tax policy. This process is paternalistic. It suggests that Indian bands do not have or will not be able to find the proper professional support to come up with valuable by-laws. And even if they do, this process implicitly suggests that there is a risk that their decisions and projects are at odds with the agenda of the Department of Indian Affairs.

With the enhanced powers that will accompany the status of self-government, the Indian tax system should be marked by an increased amount of legislative independence from the Department of Indian Affairs. The system should involve the following elements:

- **Concentration of Legal Detail at the Band Level:** Collection of information; discussion as to whether the intended by-law respects the *Charter*, the *Indian Act* and other standards of fairness; and drafting should be left to the Indian band (or government) and its legal counsel;
- **Essential Tools Provided to Bands:** The kinds of services provided by the ITAB, the Department of Indian Affairs and the Department of Justice should be available but on an optional basis. Otherwise, Indians should be entitled to produce their by-laws with their own legal and human resources;
- **Judicial Control:** The federal executive control over enactment of taxation by-laws should be left to the judicial level, which will be the most competent body to apply the principles set forth by the ITAB in order to determine the validity of a by-law;
- **Provincial and Municipal Involvement:** The existence of provincial and municipal tax systems should not be ignored. Indians should be open to co-operative arrangements with those systems and take advantage of their expertise at the local level; and
- **Co-ordination and Flexibility:** As mentioned above, tax co-ordination will be a key to the success of the Indian tax system. However, tax co-ordination must be achieved

on an informal basis. Indian bands (or governments) will have to try to accommodate the existing Canadian tax system, just as the Canadian tax system will have vacated tax room to provide Indians with effective taxation powers. However, the very reason why tax co-ordination should be informal (and not subject to ministerial approval), is to provide Indians with the opportunity to enact taxation by-laws harmonized with local needs, without federal interference.

(c) *Proposal*

Consequently, the legislative process in a comprehensive Indian tax system should be the following:

- **Decision to Tax:** An Indian band council (or government) enacts a resolution aimed at expressing its intention to implement a taxation by-law. The resolution shall contain sufficient information to help determine whether taxation is worthwhile, including: the financial objectives and feasibility, the interests to be taxed and the costs of the implementation and administration. [No Change]
- **Preparation:** The Indian band (or government) collects sufficient legal information in order to produce draft legislation. Discussions can take place with the following institutions: the ITAB, the Indian Tax Secretariat, the Department of Indian Affairs and the Department of Justice. [Consultations with federal agencies are optional]
- **Communication:** All non-Indian parties potentially affected must be informed of the intention to tax. These parties include: potential non-Indian taxpayers, municipalities, the pertinent provincial government and the Government of Canada. The decision to communicate the intention to tax to members of the Indian band is a political decision for the band. [Communication is mandatory only to non-Indian parties]
- **Analysis by ITAB, Indian Affairs and Justice:** [Repealed]
- **Recommendation to the Minister:** [Repealed]
- **Ministerial Decision:** [Repealed]

- **Vote:** The Indian band council (or government) votes on the adoption of the taxation by-law. [New enactment step]
- **Implementation:** The taxation by-law is effective and taxpayers are required to pay the tax payable. [No Change]

This process eliminates the compulsory presence of the Government of Canada in the enactment of Indian taxation by-laws. Federal agencies will still be available for support as professional consultants, but not at a decision-making level. The power to decide whether a by-law respects the enabling legislation and fundamental justice would be left to the judicial level. Indians could exercise their taxation powers in any way they wish, with a view to the unavoidable need for tax co-ordination among Canadian tax authorities. All this shall be seen as a signal that the Indian taxation power has reached the age of majority, Indians being finally able to control their tax policy, under the rule of law.

3.3.2 *Administrative Process*

The creation of a public body aimed at supervising the application and the respect of taxation by-laws is necessary.¹⁵⁵ Revenue Canada played this role at the federal level for several decades; the Canada Customs and Revenue Agency has performed the same functions since November, 1st 1999. The quality of the administrative process will be determinative of the success of any form of Indian tax system.¹⁵⁶ In this respect, the Indian tax administrative process shall have two objectives: effectiveness (the administration shall provide for the maximum revenues with minimum costs) and fairness (the administration shall ensure that Indian and non-Indian taxpayers will be treated on the same footing).¹⁵⁷

155. This is already a mandatory requirement for the enactment of taxation by-laws under the current system. See: subs. 83(3) of the *Indian Act*.

156. Several countries have encountered serious difficulties with their tax system due to the fact that it was not properly administered, even if the legislation, on the face of it, looked correct. Indeed, integrity, professionalism, respect and co-operation with taxpayers are values that shall be shared by both officials and employees of any Indian tax administrative body. See: Canada Customs and Revenue Agency's web site at: <http://www.ccr-aadrc.gc.ca/>.

157. Since the political process is aimed at eliminating as much as possible the involvement of the Government of Canada in the decision-making process, and since both Indians and non-Indians will to be subject to Indian taxation, despite

(a) *Effectiveness*

(i) Duties of the Tax Administrative Body

The implementation of an effective tax administrative process will involve several duties that will have to be carried out with care and professionalism by both officials and employees of Indian governments. The main duties will be the following:

- **Forms:** Preparation of official forms to be used for assessments by both taxpayers and Indian governments;
- **Information:** Competent civil servants will have to be assigned to information posts so as to provide taxpayers (either actual or prospective) with complete and accurate information about the taxation by-laws, the entitlements they allow and the obligations they impose, all of which in complete confidentiality.¹⁵⁸ This obligation will lead to the development of information circulars and interpretation bulletins¹⁵⁹ and a continuing legal and accounting training program;¹⁶⁰
- **Advance Rulings:** In the most complex tax cases, information provided by civil servants will not be sufficient. When the amounts of money involved in transactions are considerable, a taxpayer may wish to have an advance ruling from the tax administrative body in which it states in writing how it will interpret and apply specific provisions of existing tax law to a definite transaction that the taxpayer is contemplating.¹⁶¹ That is a way to reassure the prospective taxpayers and therefore encourage them to carry on business on reserves;¹⁶²

the lack of representation of non-Indians by Indian governments, there is a need for fairness.

158. Canada Customs and Revenue Agency, *Declaration of Taxpayers Rights* [hereinafter "*Declaration of Taxpayers Rights*"].

159. Aimed at setting the position of the tax administrative body in respect of the application of taxation by-laws, in view of an uniform application.

160. Canada Customs and Revenue Agency, *Setting a New Standard: A 7-Point Plan for Fairness* (Ottawa: The Agency, 1999).

161. Canada Customs and Revenue Agency, *Information Circular IC 70-6R3* "Advance Income Tax Ruling".

162. An advance ruling is binding upon the tax administrative body. *Ibid.*

- **Tax Return Verification and Audit:** A tax return verification and audit policy will have to be implemented. In smaller communities, arguably all returns may be verified. However, in larger communities, a selected number of tax returns will be verified and the administrative body will have to set forth criteria it will use to select the returns to be verified and audited.¹⁶³ Rules for the selection of files to be audited should be dictated by criteria of objectivity and impartiality;¹⁶⁴
- **Investigation:** In suspected tax avoidance and evasion cases, investigations will likely be necessary in order to establish whether the taxpayer has committed an offence, to determine the true tax payable, and to accumulate evidence to establish the facts.¹⁶⁵ In this respect, the Indian tax system will have to provide agents of the Indian tax administrative body with the authority to search premises and seize records of the taxpayers under investigation;¹⁶⁶
- **Re-Assessment:** After a verification, an audit and/or an investigation is performed (if necessary), if the position of the tax administrative body does not correspond to that of the taxpayer, a re-assessment will have to be prepared and sent to the taxpayer;¹⁶⁷ and
- **Litigation:** If the taxpayer refuses to pay the amount provided for in the re-assessment, he must have the right to

163. Taxpayers should be divided into groups (*e.g.*: individuals, corporations, trusts) and sub-groups (*e.g.*: resource corporations, service corporations), each of which should receive at least a nominal amount of audit attention. See: Canada Customs and Revenue Agency, *Information Circular* IC 71-14R3 "The Tax Audit".

164. Means of selection include:

- Audit Project: The compliance of a particular group is tested;
- Leads: Information from other files, audits, investigations and informers; and
- Secondary Files: A file may be selected for audit because of its association with another file previously audited.

This selection is greatly facilitated by the computer records of all returned files. See: *Ibid.*

165. Canada Customs and Revenue Agency, *Information Circular* IC 73-10R3 "Tax Evasion".

166. *Ibid.* Also see: section 231.1 and following of the *Income Tax Act*, which provide agents of the Canada Customs and Revenue Agency with such powers.

167. See generally: Canada Customs and Revenue Agency, *Information Circular* IC 75-7R3 "Reassessment of a Return of Income".

contest the re-assessment, either before an administrative panel or before a judicial court, or both.¹⁶⁸

Such a process may become complex and expensive very quickly. In addition, some employees of the tax administration body will need specific search and seizure powers in order to carry out their duties, especially with respect to audits and investigations, which involve serious questions of evidence, privacy and privilege. These powers will have to be granted directly by Parliament (federal statute), and not by a band council (regulation).

(ii) Who Should Administer the Indian Tax System

This brings us to the question of who should administer an Indian tax system. In *Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band*,¹⁶⁹ the Supreme Court of Canada commented on the current Indian taxation powers as follows:

Parliament clearly intended *bands to assume control over the assessment process* on the reserves, since the entire scheme would be pointless if assessors were unable to engage in the preliminary determination of whether land should be classified as taxable [...]
[Emphasis added]

This is a clear indication of the policy that should be respected in the implementation of an Indian tax system, i.e., that the Indians themselves should control the legislative as well as the administrative levels of tax authority, at the local level. However, practically speaking, it would be a euphemism to say that administering an Indian tax system modelled on provincial powers at the local level would be a challenge. Truly, this would be a laborious, burdensome business. Indeed, the administration of an Indian income tax system alone, due to the numerous income tax planning opportunities, would be very expensive, and arguably not effective.

Nevertheless, the administration of an Indian tax system by Indians at the local level is possible and has proved to be effective in several instances if it is limited to real property taxation, which provides for fewer planning opportunities and is easier to assess due to the simplicity of the tax base. However, opting for a restric-

168. See: 3.3.2(b) and 3.3.3.

169. [1995] 1 S.C.R. 3 at 28 [hereinafter "*Matsqui Indian Band*"].

tive real property tax system would not amount to significant change and one should refuse to implement a system which would not provide viable solutions to funding problems, quality of public services and economic development.

In this respect, it might be possible to have a comprehensive Indian tax system, contemplating increased taxation powers, if the administration of such a system were to be provided by a central body, specialized in compliance issues and whose employees and professionals have the proper training and investigative powers to exercise their duties effectively. That might be the new Canada Customs and Revenue Agency, specialized in income and sales taxes as well as customs at a national level, which applies international standards of professionalism, and which collects federal and provincial taxes alike. Or that central body might also be a provincial or municipal tax authority specialized in real property taxation. The question of Indian involvement in the administration of their by-laws could be solved by agreements providing for the representation of Indians on the board of directors or such bodies¹⁷⁰ and the involvement of Indians in the day-to-day “administrative unit” responsible for the Indian tax administration.

Another solution might be the creation of a National Indian Revenue Agency, based on the model provided by the Canadian agency. This new agency could have the duty to administer taxation by-laws of each Indian government,¹⁷¹ and could be a competent and strong counter-party when the time came for the Indian governments to negotiate the tax room and the harmonization of tax rules with federal and provincial governments. In addition, this system would respect the *dictum* in the *Matsqui Indian Band* case.

(b) *Fairness*

If Indian bands decide to opt for the creation of an Indian Revenue Agency, be it local, regional or national, once the effectiveness of the system will be secured, the issue of fairness will have to be addressed.

170. For example: the Canada Customs and Revenue Agency's Board of Directors is made up of representatives from the ten Provinces. Indian representation is therefore conceivable.

171. Some forms of regional revenue agencies might also be viable solutions. For example: A “Cree Revenue Agency”.

High standards of fairness will have to be respected by both the employees of the tax administration body (responsible for audits and investigations), as well as by the administrative tribunal (the duties of which will be to revise, evaluate and amend the decisions made by the employees of the administrative body).

(i) Employees

Every taxpayer will be entitled to the benefit the law allows, which means that employees of the Indian tax administrative body will have to exercise their functions with care and professionalism. And this exercise should be based on the principles set forth by the Canada Customs and Revenue Agency in the *Declaration of Taxpayers Rights*.¹⁷²

With the rights to information, confidentiality and impartiality considered above, taxpayers shall be presumed honest, unless there is evidence to the contrary. In addition, it should be the duty of the administrative body to collect only the correct amount of tax, therefore not abusing technicalities or penalties to gross up any amount. Furthermore, the administrative body should exercise its duties and its rights within a specific and fair period of time so that taxpayers are able to arrange their affairs with an accurate knowledge of their tax position at any time. Finally, applying the classic *dictum* of *I.R.C. v. Duke of Westminster*,¹⁷³ the administrative body should respect the right of taxpayers to arrange their affairs to pay the least amount of tax the law allows, at the same time as it should be firm with those taxpayers who are found guilty of tax evasion.

(ii) Administrative Tribunal

Despite the application of the above-mentioned principles of fairness in tax administration, if a taxpayer receives a tax assessment, he can either decide to pay it or to challenge its legal validity. In this respect, an administrative tribunal will have to be implemented so as to provide the taxpayer with a right to appeal.¹⁷⁴ This fundamental right is based on two grounds:¹⁷⁵ civil

172. *Supra* note 158.

173. [1936] A.C. 1 (H.L.).

174. This obligation already exists. See: subs. 83(3) of the *Indian Act*.

175. CANADA, Indian Tax Advisory Board, *Introduction to Real Property Taxation* (Ottawa: The Board, 1997), at 23.

servant's judgment (an assessment – or re-assessment – decision is made on the strength of a civil servant's judgment, without a hearing being provided to the taxpayer) and natural justice (natural justice rules relating to administrative process, including tax administration, provide for a right to a hearing where the person's liberty or property rights are involved).

In this respect, any administrative body will have to respect the principles of natural justice: the promotion of aboriginal self-government or Indian emancipation should, must and does not dilute natural justice.¹⁷⁶ Consequently, any Indian tax system should include a statutory right to be heard before a panel made up of independent and impartial members whose duties will be to decide the merits of the specific case as well as to set standards to be respected by civil servants.

According to the Supreme Court of Canada in *Matsqui Indian Band*,¹⁷⁷ to assess the independence and the impartiality of an administrative tribunal, one must rely on the following rules:

To assess the *impartiality* of a tribunal, the appropriate frame of reference is the "state of mind" of the decision-maker. The circumstances [...] must be examined to determine *whether there is a reasonable apprehension that the decision-maker, perhaps by having a personal interest in the case, will be subjectively biased in the particular situation*. The question of *independence* in contrast extends beyond the subjective attitude of the decision-maker. The independence of a tribunal is a matter of its status. *The status of a tribunal must guarantee not only its freedom from interference by the executive and legislative branches of government but also by any other internal force, such as business or corporate interests or other pressure group*. [Emphasis added]

We can elaborate from this statement a test that should be applied to determine whether an administrative tribunal is independent or not. This test requires freedom from interference by the executive branch of government, the legislative branch of government, business or corporate interest groups, pressure groups, or any other internal force.

Therefore, if there is interference at an institutional level from any of these groups, the tribunal is not independent and its

176. *Matsqui Indian Band*, *supra* note 169, at 46.

177. *Ibid.*

decisions should not be enforceable. In the particular case of Indian tax administration, such a test has the effect of preventing a policy that would deliberately be aimed at favouring Indian taxpayers at the expense of non-Indian taxpayers. That should be regarded by non-Indians as an indication of the reliability of an Indian tax system which would have authority to tax them.

As to the independence of the members of the tribunal themselves, according to the Supreme Court, three factors should be satisfied:¹⁷⁸ security of tenure,¹⁷⁹ security of remuneration,¹⁸⁰ and administrative control.

Once independence is secured, one should then ask whether the institution and its members are impartial. The following test should be applied to determine whether an administrative tribunal (as institution) is impartial or not. An administrative tribunal will not be impartial when there is a reasonable apprehension of pre-conceived bias in a particular situation based on personal interests of the decision-makers.¹⁸¹ Only when the test is failed can we conclude that an administrative tribunal is not impartial. In addition, one should take into account the case of *R. v. Lippé*,¹⁸² where the Supreme Court of Canada established a two-step test aimed at determining the impartiality of a tribunal (be it administrative or judicial), which may also be useful.¹⁸³ Step 1: Having regard to a number of factors, including the potential for conflict between the interests of tribunal members and those of the parties who appear before them, will there be a reasonable apprehension of bias in the mind of a fully informed person in a substantial number of cases? Step 2: If the answer to the first question is “no”,

178. *Ibid.* These factors are essential. They cannot be replaced by a simple oath of office taken by members, by which they promise to be impartial and independent in reaching their decisions. This oath of office may be taken into account when determining the overall impartiality and independence of the board, but it cannot be a substitute for the satisfaction of each of the three criteria set forth in the test.

179. The members can be removed only for cause. The cause should be subject to an independent review. And the member being removed should be afforded a full opportunity to be heard. *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673, at 698. In *Matsqui Indian Band*, the Supreme Court stated that a specified period of tenure would satisfy the security of tenure requirement; there is no requirement that the appointment be “for life”.

180. The right to salary should be established by law (as opposed to executive decisions). *Ibid.*, at 706.

181. *Matsqui Indian Band*, *supra* note 169.

182. [1991] 2 S.C.R. 114.

183. *Ibid.*, at 144.

allegations of apprehension of bias cannot be brought on an institutional level, but must be dealt with on a case-by-case basis.

These tests show that the members of administrative tribunals can use their personal experience, knowledge and perception in order to make decisions, so long as their personal interests, are not constantly the major motivation for the decisions. This means that in the case of Indian taxation, impartial members of an administrative tribunal should not base their decisions on grounds that include the effects of their decisions on their own tax obligations.¹⁸⁴

This analysis leads to the question of the composition of an Indian tax administrative tribunal, and specifically the concern about the appointment of Indians and non-Indians on the tribunal. In *Newfoundland Telephone Co. v. Newfoundland (Board of Commissioners of Public Utilities)*,¹⁸⁵ the Supreme Court provided us with guidelines regarding how an administrative tribunal should be composed, so as to avoid any apprehension of bias. The criteria set forth by the Supreme Court are the following:¹⁸⁶ administrative boards can and should reflect all aspects of society, they should include experts likely to give technical advice, they should include representatives of government, and they should include representatives of the community. The Supreme Court added:¹⁸⁷

There is no reason why advocates for [a particular interests group] should not, in appropriate circumstances, be members of boards. No doubt, many boards will operate more effectively with representation from all segments of society who are interested in the operations of the board.

Therefore, an Indian tax administrative tribunal shall be composed of remunerated members who can be removed only for cause, and who will have to represent a fair portion of each class of the population subject to taxation (i.e., Indians and non-Indians

184. It should be mentioned that in the *Matsqui Indian Band* case, the Supreme Court stated that the concern that Indian members of the board might be inclined to increase taxes in order to maximize the revenues of the band is too remote to constitute a reasonable apprehension of bias at a structural level. A personal and distinct interest on the part of the members would be needed as opposed to a more social interest.

185. [1992] 1 S.C.R. 623.

186. *Ibid.*, at 635.

187. *Ibid.*

alike) in addition to experts and representatives of the Indian taxation authority. With such obligations, non-Indians should be satisfied with the fairness of the process. Consequently, taxation by-laws should not be considered void or inequitable for the sole reason that they apply to taxpayers who do not have a right to vote.

3.3.3 Judicial Review Process

(a) Availability

In addition to a fair administrative process specialized in Indian tax questions, a taxpayer should also have the opportunity to seek judicial review of administrative decisions, when he feels that the administrative tribunal has exceeded its competence to decide the question. Judicial review should be sought before the Federal Court of Canada, which is already competent to hear such cases in respect of the current Indian taxation powers.¹⁸⁸

(b) Criteria

Judicial review should leave enough room for Indian control, since it is acknowledged that Indians are entitled to administer their tax system themselves (with a view to fostering Indian self-government). Factors to be considered in determining whether judicial review is appropriate include:¹⁸⁹ convenience of the decision, alternative remedy, and nature of the error.¹⁹⁰

In this respect, in *Matsqui Indian Band*,¹⁹¹ the Supreme Court of Canada said that the purpose of the enactment of Indian taxation powers, and moreover, the enactment of broader powers under a comprehensive Indian taxation system, should be carefully scrutinized and seriously taken into account in determining the validity of the administrative process and the availability of judicial review. The Supreme Court mentioned:¹⁹²

188. Section 24 of the *Federal Court Act*, R.S.C., c. F-7. Indian bands taxation by-laws have regulations status under parag. 2(1)(a) of the *Interpretation Act*, R.S.C., c. I-21, and therefore fall within the meaning of subs. 24(1) of the *Federal Court Act*.

189. *Matsqui Indian Band*, *supra* note 169, at 31.

190. An error should be patently unreasonable to open the door to judicial review.

191. *Supra* note 169.

192. *Ibid.*, at 24.

The [taxation] regime [...] is intended to facilitate the development of Aboriginal self-government by allowing bands to exercise the inherently governmental power of taxation on their reserves. [...] [The] underlying purpose and functions of the Indian tax assessment scheme provide considerable guidance in applying the principle of administrative law to the statutory provisions at issue here.

In deciding whether a particular administrative body has correctly exercised its jurisdiction, one must take into account the revenue-raising purpose of the by-law, and the fulfilment of its obligations as a government. Policy considerations should also be taken into consideration in determining whether a judicial review process should be undertaken according to the Supreme Court:¹⁹³

I certainly cannot say that these policy considerations are irrelevant in determining whether the appeal procedures provide an adequate alternative remedy. [...] If a factor is relevant, it should be considered.

Here, the evidence indicates that the purpose of the assessment scheme is to promote interests of aboriginal peoples and to further the aims of self-government in Canada [...] The scheme seeks to provide governmental experience to Aboriginal bands, allowing them to develop the skills which they will need for self-government.

The purpose of implementing of a comprehensive tax system includes the right for bands to develop their own administrative appeal process. That should be viewed as a fundamental element of the reform. Judicial review should be an exception so as to allow Indians and non-Indian taxpayers, sitting on an administrative panel, to reach decisions, outside legalistic constraints, in agreement with Indian principles of public policy and in accordance with the principles of natural justice. The objective is to create a flexible and efficient tax system.

CONCLUSION

If Indian self-government ought to be implemented, these new governments ought to be strong and able to provide Indians with an improved standard of living. And for a government to be strong, solid financial resources are necessary. That is why tax reform shall accompany any reform of Indian governmental institutions.

193. *Ibid.*, at 33-34.

Taxation powers of Indian governments should be marked by flexibility. The current taxation system, restricted to real property taxation and licensing, coupled with a poor tax base, has proved to be inefficient. A flexible Indian tax system should contemplate flexibility of means (*i.e.*, all direct taxation powers, including income taxation, sales taxation and real property taxation) as well as flexibility of resources (*i.e.*, an efficient tax base).

Such an ambitious reform will require specific policy changes, including a tax-driven land allocation policy, a more independent legislative process, and tax co-ordination among all levels of government in Canada, to mention only a few. But the most important decision will relate to expenditure policy. Indeed, for such a reform to be valuable, expenditure policy must focus on a significant improvement of the quality of public services to be provided to Indians (and taxpayers in general), and on the implementation of an economic development agenda capitalizing on local strengths.

Taxation is both a way to buy civilization and a way to destroy individual initiative. Problems related to the tax burden and the fairness of the tax administrative process promise to be major considerations addressed in the implementation process. Otherwise, any reform will fail. An Indian tax system governed by the values of efficiency and fairness and looking forward to provide taxpayers with state-of-the-art public services, but always keeping an eye on economic development, will be a success.

Des juristes sédentaires? L'influence du droit anglais et du droit français sur l'interprétation du *Code civil du Bas Canada*

Michel MORIN

Résumé

Selon certains auteurs, vers la fin du XIX^e siècle, la majorité des juges québécois se préoccupaient peu du texte du *Code civil du Bas Canada* et des précédents. Ils recherchaient plutôt des principes universels communs aux principaux systèmes juridiques, en se comportant comme des «nomades». Une analyse des décisions citées à l'appui de ces affirmations montre plutôt que les différences entre le droit civil et la common law sont souvent soulignées et que le texte du code est considéré comme déterminant à plusieurs reprises. Dès cette époque, la majorité des juges québécois semble soucieuse de protéger l'intégrité du droit civil. À la Cour suprême du Canada, le juge Henri-Elzéar Taschereau partage cette préoccupation, même s'il cite abondamment des précédents du droit anglais. Si le juge Télesphore Fournier s'en tient aux sources du droit civil, les autres juges québécois imitent plutôt le juge Taschereau. À partir de 1918, les protestations du juge Mignault mettent un terme à l'utilisation des décisions de common law, car cette pratique risque de créer de la confusion et de déformer les concepts du droit civil. En ce qui concerne les sources privilégiées par les juges, on constate que les auteurs contemporains ont été cités continuellement de 1876 à 1984, tout comme les rapports des codificateurs. Les auteurs antérieurs au XX^e siècle sont demeurés très populaires jusque dans les années soixante-dix, ainsi que les juristes français les plus conservateurs. Les innovations apparues en France au tournant du siècle ont été catégoriquement rejetées au Québec, où la conception formaliste de l'exégèse a longtemps dominé.

Des juristes sédentaires? L'influence du droit anglais et du droit français sur l'interprétation du *Code civil du Bas Canada*

Michel MORIN*

INTRODUCTION	253
I. L'interprétation du Code civil français.	253
A. L'apogée de l'exégèse.	254
1. Les suites de l'adoption du Code civil	254
a) La conception de Portalis	254
b) Les ressources de l'exégèse	255
2. La montée du formalisme	260
B. Le triomphe du positivisme	263
1. La critique de François Gény	263
2. La doctrine du XX ^e siècle	264
II. Le Code civil et la jurisprudence québécoise, 1866-1906	267
A. La codification de 1865.	267
1. L'état du droit avant la codification	267
a) La dispersion des sources	267

* Professeur titulaire à la Faculté de droit de l'Université d'Ottawa.

b) Une culture résiduelle orale?	269
2. Les objectifs de la codification	272
a) La rationalisation des sources	273
b) La préservation des sources	275
B. L'orientation de la jurisprudence après la codification.	280
1. Des juges québécois éclectiques?	280
a) L'importance accordée au texte du code	280
b) Une responsabilité sans faute?	288
2. Le Comité judiciaire du Conseil privé.	292
a) La composition du Comité	293
b) Le Comité judiciaire et l'interprétation du code civil	295
III. L'utilisation de la common law dans la jurisprudence de la Cour suprême du Canada, 1876-1918	303
A. Une invitation au dialogue?	303
1. La création de la Cour suprême du Canada	303
a) Les craintes des juristes québécois	304
b) Le fonctionnement de la Cour	308
2. Le juge Henri-Elzéar Taschereau, un modèle?	312
a) La présentation de David Howes	313
b) Un portrait à nuancer	316
B. Un dialogue intermittent	327

1. Les contemporains du juge Henri-Elzéar Taschereau	327
a) Les juges provenant des provinces de common law	327
b) Le juge Télesphore Fournier.	330
c) Le juge Désiré Girouard	333
2. L'époque du juge-en-chef Fitzpatrick, 1906-1918.	338
a) L'attitude des juges de la Cour suprême du Canada	338
b) L'attitude du Comité judiciaire et la nomination du juge Mignault	343
IV. Les sources utilisées par la jurisprudence en droit civil, 1876-1984	348
A. Les différentes catégories de sources	348
1. La doctrine et la jurisprudence	348
a) L'importance des sources françaises	348
b) La doctrine québécoise.	350
2. Les rapports des codificateurs.	352
a) L'acceptation initiale.	352
b) Le refus de suivre l'arrêt <i>Despatie</i>	354
B. Les auteurs privilégiés par les juges	358
1. Le rejet des innovations françaises	359
a) La controverse concernant les innovations doctrinales françaises	359
b) L'approche formaliste	363

2. Les auteurs les plus fréquemment cités	371
a) De 1876 à 1921.	373
b) De 1922 à 1963.	377
c) De 1964 à 1984.	381
CONCLUSION.	384

INTRODUCTION

Depuis 1987, l'attitude des civilistes du Québec du XIX^e siècle a fait l'objet d'une nouvelle théorie. Selon le professeur David Howes, à cette époque, ces juristes recherchent principalement des principes universels reconnus aussi bien en droit civil qu'en common law. Leur esprit «nomade» puise indifféremment aux deux systèmes sans se préoccuper outre-mesure du texte de loi ou des précédents judiciaires. À la Cour suprême du Canada, le juge Henri-Elzéar Taschereau serait le prototype de ce phénomène¹. À l'occasion du 125^e anniversaire de la Cour, il nous a paru intéressant d'examiner cette hypothèse en mettant en lumière les sources et l'approche générale privilégiées dans les affaires de droit civil québécois à différentes époques. Pour ce faire, il faut d'abord montrer comment la perception du rôle de la loi et de la jurisprudence a varié avec le temps en France, où les juristes ont abandonné la recherche de principes généraux pour porter leur attention sur la jurisprudence (I).

Au Québec, la première codification s'inscrit sous le signe de la continuité, car elle reproduit une grande partie du droit en vigueur. Si le droit anglais s'applique dans certains secteurs bien définis, le fond du droit reste d'origine française. Les juges semblent bien conscients de ce fait et donnent souvent priorité à un système sur l'autre plutôt que de chercher des règles universelles (II). Comme cela a été dit, il n'en va pas de même à la Cour suprême. Mais l'utilisation des décisions anglaises dans les affaires de droit civil suscite des protestations qui ne disparaîtront jamais entièrement. En 1918, à la suite de la nomination du juge Pierre-Basile Mignault, cette pratique se résorbe (III). Il reste alors à se demander quelles sources doctrinales ont eu le plus grand écho au Québec dans les arrêts de droit civil (IV). Ces analyses nous amèneront à distinguer le rôle du droit anglais, controversé et limité, et le rôle du droit français, généralement bien accueilli, mais avec des exceptions notables.

I. L'INTERPRÉTATION DU CODE CIVIL FRANÇAIS

En 1804, l'adoption du *Code civil des Français* inaugure une ère nouvelle pour les juristes. Ceux-ci sont confrontés à un texte

1. David HOWES, «From Polyjurality to Monojurality: The Transformation of Quebec Law, 1875-1929», (1987) 32 *R.D. McGill* 523-558.

nouveau qui doit satisfaire l'ensemble des besoins individuels en droit privé. Ils tenteront donc d'en extraire des principes généraux susceptibles de fournir des solutions aux tribunaux (A). Mais la multiplication des controverses et des revirements jurisprudentiels conduit les auteurs à abandonner cette recherche pour concentrer leur attention sur l'analyse de la jurisprudence (B).

A. L'apogée de l'exégèse

1. Les suites de l'adoption du Code civil

a) La conception de Portalis

Le *Code civil des français* de 1804 (renommé *Code Napoléon* en 1807) remplace un grand nombre de sources disparates². Il révisé tout d'abord la législation révolutionnaire adoptée depuis 1789, en lui donnant un tour nettement plus conservateur, ainsi que certaines ordonnances royales de l'Ancien Régime. En outre, ses dispositions mettent fin aux variations régionales du droit privé. Celles-ci résultent de la soixantaine de coutumes qui s'appliquent dans autant de territoires déterminés et d'environ trois cent variantes locales. Dans le courant du XVI^e siècle, quelquefois un peu plus tard, ces coutumes ont été mises par écrit, dans une forme semblable à celle d'un texte de loi. Au Sud, les tribunaux appliquent le droit romain, en y introduisant à l'occasion des modifications. En droit des obligations et des contrats, les règles proviennent pour l'essentiel de la jurisprudence et de la doctrine. Dans ce domaine, au Moyen Âge, le droit romain a constitué la principale source du droit, bien que le droit canonique ait exercé une influence importante. Au XVII^e et au XVIII^e siècles, la doctrine refond et simplifie ces principes. Deux auteurs de cette époque, Jean Domat (1625-1696) et Robert-Joseph Pothier (1699-1772), ont acquis une renommée immortelle en exposant de manière lumineuse les règles de ce secteur du droit français. Dans bien des cas, les rédacteurs du code de 1804 reprennent ou paraphrasent les formules qu'ils ont forgées³.

2. Voir notamment Paul OURLIAC et Jean-Louis GAZZANIGA, *Histoire du droit privé français, De l'An mil au Code civil*, Paris, Albin Michel, 1985; Jean-Louis HALPÉRIN, *L'impossible Code civil*, Paris, PUF, 1992.

3. Jean-Louis GAZZANIGA *Introduction historique au droit des obligations*, Paris, PUF, 1992, n^{os} 43-46, p. 55-59 et n^o 161, p. 179.

Les premières directives concernant l'interprétation du code sont contenues dans le célèbre *Discours préliminaire* prononcé en 1801 par Jean-Marie Étienne Portalis, qui préside la commission de quatre juristes chargée de préparer le projet de code⁴. Ce texte mémorable, qui n'a semble-t-il jamais été cité par la jurisprudence québécoise⁵, distingue clairement le rôle du législateur et celui du magistrat. Le premier doit «fixer, par des grandes vues, les maximes générales du droit» et «établir des principes féconds en conséquences»⁶. Car «*tout prévoir*, est un but qu'il est impossible d'atteindre»⁷. En l'absence de texte, «une suite non interrompue de décisions semblables, une opinion ou une maxime reçue, tiennent lieu de loi; [...], quand il s'agit d'un fait absolument nouveau, on remonte aux principes du droit naturel»⁸. Toutefois, les «variations dans les jugements publics» peuvent être justifiées «par le progrès des lumières et par la force des circonstances»⁹. Portalis ajoute: «[...] le jugement, dans le plus grand nombre des cas, est moins l'application d'un texte précis, que la combinaison de plusieurs textes qui conduisent à la décision bien plus qu'ils ne la renferment [...]. [C]'est à la jurisprudence que nous abandonnons les cas rares et extraordinaires qui ne sauraient entrer dans le plan d'une législation raisonnable, les détails trop variables et trop contentieux qui ne doivent point occuper le législateur»¹⁰. Il est donc bien loin de penser que le code fournit des solutions toutes faites pour chaque affaire. Dans son esprit, le texte est bien davantage un guide qu'un carcan¹¹.

b) *Les ressources de l'exégèse*

Tout au long du XIX^e siècle, des juristes vont entreprendre de commenter le Code Napoléon. La plupart d'entre eux enseignent

4. Jean-Marie-Étienne PORTALIS, «Discours préliminaire», reproduit dans François EWALD (éd.), *Naissance du Code civil*, Paris, Flammarion, 1989, p. 35-90.
5. Si l'on se fie au résultat négatif des recherches effectuées dans les banques de données informatisées.
6. J.-M.-E. PORTALIS, *loc. cit.*, note 4, p. 41-42.
7. *Id.*, p. 39.
8. *Id.*, p. 43.
9. *Ibid.*
10. *Id.*, p. 47.
11. Voir également Marie-Claire BELLEAU, «Pouvoir judiciaire et codification: perspective historique», (1997-98) 28 *R.D.U.S.* 67-124; Michel MORIN, «portalis c. Bentham? Les objectifs assignés à la codification du droit civil et du droit pénal en France, en Angleterre et au Canada», dans COMMISSION DU DROIT DU CANADA, *La législation en question*, Ottawa, La Commission, 2000, 127-199, à la p. 139.

dans une faculté de droit. Ils privilégient la méthode dite de l'exégèse, qui consiste à suivre le plan du code et à commenter longuement chacun de ses articles:

Dans la méthode exégétique, au contraire, on suit le texte pas à pas; on dissèque chacun de ses articles pour l'expliquer phrase par phrase, mot par mot; on précise, par ce qui précède et ce qui suit, le sens et la portée de chaque proposition, de chaque terme, et l'on en fait remarquer la justesse ou l'inexactitude, l'utilité ou l'insignifiance; puis, quand on a compris cet article en lui-même, on étudie son harmonie ou sa discordance avec les autres articles qui s'y réfèrent, on en déduit les conséquences, on en signale les lacunes.¹²

À cette méthode caractéristique du «Commentaire», on oppose parfois l'approche «dogmatique», propre au traité, qui privilégie un «esprit de méthode et de généralisation», un «ordre et [un] arrangement systématique»¹³. En dépit de ces différences concernant la méthode d'exposition, les auteurs semblent tenir pour acquis un certain nombre de principes concernant l'interprétation du code. À cet égard, les points communs l'emportent sur les différences.

Dans les introductions ou les préfaces de leurs ouvrages, certains auteurs affirment solennellement que dans leur analyse, le texte de la loi doit prévaloir sur les autres considérations¹⁴. Dans leur esprit, les articles du code découlent toutefois de «principes» plus larges qui seuls peuvent fournir une réponse aux multiples questions qui se posent dans la pratique¹⁵. Troplong s'exprime ainsi:

12. Victor MARCADÉ, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, 6^e éd., t. 1, Paris, Delamotte, 1868, Préface, p. xv. La 1^{re} édition date de 1841 (*id.*, p. v). Notons que Marcadé croyait que l'analyse exégétique devait être complétée par une synthèse (*id.*, p. xv).
13. Charles DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, 2^e éd., t. 1, Paris, Auguste Durand, L. Hachette et cie, 1860, p. viii; Raymond-Théodore TROPLONG, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre du Code, De la vente*, Bruxelles, Société typographique belge, 1844, Préface, n° 2, p. 3-5.
14. Jean-Baptiste-Victor PROUD'HON, *Traité des droits d'usufruit, d'usage, d'habitation et de superficie*, t. 1, Bruxelles, 1833, p. iv-vij; Alexandre DURANTON, *Cours de droit civil français suivant le Code civil*, 4^e éd., Bruxelles, Société belge de librairie, 1841, n° 96, p. 20-21; Antoine-Marie DEMANTE, *Cours analytique de Code civil*, t. 1, Paris, Gustave Thorel, 1849, n°s 23-24, p. 12-13; C. DEMOLOMBE, *op. cit.*, note 13, p. vii-viii et n° 13, p. 135-136.
15. C.-B.-M. TOULLIER, *Le droit civil français, suivant l'ordre du Code Napoléon*, t. 1, Rennes, J.M. Vatar, 1911, p. v et n° 17, p. 13; M. DELVINCOURT, *Cours de Code civil*, Paris, Delestre-Boulage, 1824, p. ij; J.-B.-V. PROUD'HON, *op. cit.*, note 14, p. v; R.-T. TROPLONG, *op. cit.*, note 13, p. 4-5; C. DEMOLOMBE, *op. cit.*, note 13, p. vii-viii.

Tandis que la suffisance dédaigneuse du moment s'imaginait que la science avait été mise à l'étroit dans les limites d'articles numérotés, et que le cercle de Popilius lui avait été tracé pour toujours, la science brisait, aux premiers essais, ses faibles liens; elle débordait de toute part, elle paraissait insaisissable, immense, n'ayant d'autre bornes que l'esprit humain et la variété infinie des intérêts qui s'agitent dans la société.¹⁶

Certains dénoncent même les interprétations dites «judaïques», que nous qualifierions plutôt de «formalistes», pour éviter d'employer une terminologie à connotation antisémite. Cette démarche consiste à considérer exclusivement le sens qui apparaît «au premier coup d'œil», au risque de «détruire le principe d'ensemble qui doit unir toutes les parties d'un Code, et sans lequel un corps de loi ne seroit plus qu'une masse informe et indigeste, remplie de contradictions et d'absurdités»¹⁷. Le cas échéant, l'interprète doit donc privilégier l'esprit du code au détriment de sa lettre¹⁸. Pour Demante, «l'esprit du législateur» doit prévaloir

16. R.-T. TROPLONG, *op. cit.*, note 13, p. 11. En 168 av. J.-C., le sénat romain dépêche Caius Popilius Laenas en ambassade auprès du roi Antiochos de Syrie afin de le contraindre à mettre un terme à l'agression de l'Égypte. Devant les tergiversations du souverain, Popilius trace dans le sable une cercle autour de lui et exige qu'il lui fournisse une réponse avant d'en sortir. Antiochos décide alors de se plier aux exigences du sénat: *Grand Larousse encyclopédique*, t. 8, Paris, Librairie Larousse, 1963, p. 671.
17. M. DELVIN COURT, *op. cit.*, note 15, p. v. Selon Littré, une interprétation est «judaique» si elle «s'attache à la lettre, lorsque le sens évident est autre ou plus étendu» (Émile LITTRÉ, *Dictionnaire de la langue française*, t. 4, Paris, Gallimard-Hachette, 1967; voir également Paul ROBERT, *Le Grand Robert de la langue française*, 2^e éd., t. 5, Paris, Dictionnaires Le Robert, 1987, p. 846). La tradition talmudique, très riche, rapporte des cas où la lettre de la loi a été respectée mais non son objectif. Ainsi, à l'époque où la polygamie était admise, un rabbi s'est marié 300 fois afin que ses «épouses» en détresse puissent consommer la nourriture réservée aux rabbis et à leurs conjointes: H. Patrick GLENN, *Legal Traditions of the World*, Oxford, Oxford University Press, 2000, p. 104.
18. M. DELVIN COURT, *op. cit.*, note 15, p. iv, où l'auteur reprend les principes exposés dans le *Traité des lois* de Jean DOMAT (voir *Les Loix civiles dans leur ordre naturel, le droit public et Legum Delectus*, t. I, Paris, Durand, 1777, nos VIII-XI, p. xx); Domat déclare: «lorsque les expressions des lois sont défectueuses, il faut y suppléer pour en remplir le sens selon leur esprit» (*id.*, n° IX, p. xx); voir également la critique de l'application de cette théorie au XIX^e siècle dans F[rançois] LAURENT, *Cours élémentaire de droit civil*, t. 1, Bruxelles et Paris, Bruylant-Christophe et Librairie A. Maresq, 1881, p. 12-22. Portalis affirme que le juge doit «étudier l'esprit de la loi quand la lettre tue; et [...] ne pas s'exposer au risque d'être tour à tour, esclave et rebelle, et de désobéir par esprit de servitude» (*loc. cit.*, note 4, p. 47). Toutefois, le livre préliminaire du projet de code présenté en 1801 contenait la disposition suivante: «Quand une loi est claire, il ne faut point en éluder la lettre sous prétexte d'en pénétrer l'esprit; [...]» (M.-C. BELLEAU, *loc. cit.*, note 11, p. 123). Bien qu'elle n'ait pas été retenue par le législateur, cette règle sera souvent citée par la suite.

sur les termes employés; il ajoute toutefois que le juriste doit se soumettre à une «disposition formelle», détruisant ainsi en grande partie l'affirmation qu'il vient de faire¹⁹. L'approche de Demolombe est plus cohérente: «lorsque la loi est claire et positive, il n'y a pas lieu, bien entendu, à interprétation». Dans le cas contraire, l'interprète doit rechercher les motifs de la loi, les buts qu'elle poursuit et s'inspirer de «l'esprit général de la législation»²⁰. Aubry et Rau affirment que la loi «est applicable à tous les cas qui, quoique non littéralement indiqués dans sa rédaction, s'y trouvent cependant virtuellement compris d'après son esprit», mais non à ceux «que son texte paraît à la vérité comprendre, mais qui se trouvent exclus d'après son esprit»²¹.

En cas de besoin, les auteurs se tournent vers d'autres sources. En premier lieu, ils consultent les travaux préparatoires, une expression qui désigne les délibérations portant sur le projet de code et les modifications que celui-ci a subies entre 1801 et 1804. Les lacunes de ces matériaux sont cependant soulignées: les débats parlementaires contiennent des erreurs manifestes dont les rédacteurs du code eux-mêmes se sont parfois rendus coupables²². L'ancien droit est également consulté lorsque ses règles ont été reprises par une disposition du code, ou encore à titre supplétif²³. À cet égard, il faut noter que, parmi les ouvrages publiés avant 1837, ceux de Delvincourt, Toullier et Duranton, font assez largement appel à cette source, même si Proudhon semble privilégier le texte de loi²⁴. D'autre part, quelques com-

19. A.-M. DEMANTE, *op. cit.*, note 14, n° 23, p. 13.

20. C. DEMOLOMBE, *op. cit.*, note 13, n° 116, p. 135.

21. Charles AUBRY et Charles RAU, *Cours de droit civil français, d'après la méthode de Zachariae*, 4^e éd., t. 1, Paris, Imprimerie et librairie générale de jurisprudence, 1869, p. 129 (ci-après AUBRY et RAU).

22. M. DELVINCOURT, *op. cit.*, note 15, p. iij; R.-T. TROPLONG, *op. cit.*, note 13, p. 7-9; AUBRY et RAU, *op. cit.*, note 21, p. 133; F. LAURENT, *op. cit.*, note 18, p. 31-34.

23. C.-B.-M. TOULLIER, *op. cit.*, note 15, p. iv; R.-T. TROPLONG, *op. cit.*, note 13, p. 3; J.-M. BOILEUX, *Commentaire sur le Code Napoléon*, 6^e éd., t. 1, Paris, Maresq et Dujardin, 1856, p. 27; C. DEMOLOMBE, *op. cit.*, note 13, p. 136; AUBRY et RAU, *op. cit.*, note 21, p. 133; F. LAURENT, *op. cit.*, note 18, p. 50 à 54.

24. Voir Jean-Marie AUGUSTIN, «Les premières années d'interprétation du Code civil Français, (1804-1837)», dans *Le nouveau Code civil, interprétation et application* (ci-après *Le nouveau Code civil [...]*), Montréal, Éditions Thémis, 1993, p. 27-40, aux pages 31-33; Serge GAUDET, «La doctrine et le Code civil du Québec», dans *id.*, p. 223-251, à la p. 229, note 13; François GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit positif, essai critique*, 2^e éd., 2^e tirage, t.1, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1954 (la première édition date de 1899), n°s 9-10, p. 23-24; Jean-Louis HALPÉRIN, *Introduction historique au*

mentateurs approuvent le recours à l'équité²⁵. Une disposition qui découle d'un principe général, par opposition à une norme d'exception ou à un texte d'incrimination, peut également être étendue par analogie à une hypothèse qu'elle ne vise pas expressément²⁶. La plupart des auteurs insistent sur le grand intérêt et l'utilité pratique que présente la jurisprudence. Toutefois, celle-ci ne saurait en aucun cas constituer une règle qui lie le juge ou la doctrine: une erreur répétée à l'infini ne saurait contredire un principe qui, à leurs yeux, est consacré par le code²⁷. Il est donc quelque peu piquant de constater que certains se plaignent des contradictions et des revirements de la jurisprudence²⁸, qu'ils analysent néanmoins de manière plus approfondie qu'on ne le croit généralement²⁹.

À la lecture de ce qui précède, on ne sera pas surpris d'apprendre que les exégètes font preuve d'une très grande créativité dans leurs analyses. Celles-ci prennent souvent une forme rhétorique: les questions suscitées par une disposition sont traitées dans une sorte de dialogue entre l'auteur et ses collègues ou la jurisprudence. Cette prédilection pour la controverse fait obstacle à l'émergence d'un véritable esprit de système: «l'allure géométrique ou déductive n'est que la forme d'un discours qui reste au

droit privé français depuis 1804, Paris, PUF, 1996, nos 30-31, p. 58-61; sur l'attitude de PROUD'HON face à l'ancien droit, voir toutefois J.-B.-V. PROUD'HON, *op. cit.*, note 14, p. v.

25. M. DELVINCOURT, *op. cit.*, note 15, p. ii-j-iv; A.-M. DEMANTE, *op. cit.*, note 14, n° 23, p. 13; J.-M. BOILEUX, *op. cit.*, note 23, p. 28; C. DEMOLOMBE, *op. cit.*, note 13, n° 116, p. 136.
26. M. DELVINCOURT, *op. cit.*, note 15, Notes et explications, p. 11-12; M. DURANTON, *op. cit.*, note 14, p. 21; A.-M. DEMANTE, *op. cit.*, note 14, n° 25, p. 13; C. DEMOLOMBE, *op. cit.*, note 13, n° 116, p. 136; AUBRY et RAU, *op. cit.*, note 21, p. 132.
27. C.-B.-M. TOULLIER, *op. cit.*, note 15, p. vj; M. DELVINCOURT, *op. cit.*, note 15, p. vj; J.-B.-V. PROUD'HON, *op. cit.*, note 14, p. v-vii, selon qui l'abus des précédents «préjudicie à l'examen approfondi des règles applicables au fond de la cause»; R.-T. TROPONG, *op. cit.*, note 13, p. 8 à 10; A.-M. DEMANTE, *op. cit.*, note 14, n° 30, p. 25; C. DEMOLOMBE, *op. cit.*, note 13, p. iii-vi; J.-M. BOILEUX, *op. cit.*, note 23, p. II; AUBRY et RAU, *op. cit.*, note 21, p. 128-129; F. LAURENT, *op. cit.*, note 18, p. 84-89.
28. C. DEMOLOMBE, *op. cit.*, note 13, p. vi et n° 119, p. 137-138; F. LAURENT, *op. cit.*, note 18, p. 74; à la Cour de cassation, des revirements subits se produisent dans les années 1840: Renaud COLSON, «Génèse du Concept de revirement de jurisprudence», (2000)15 *R.R.J.* 991-1008, 1006-1008.
29. R. COLSON, *loc. cit.*, note 28, p. 1000-1001; J.-L. HALPÉRIN, *op. cit.*, note 24, n° 44, p. 80; Christophe JAMIN, «François Génys d'un siècle à l'autre», dans Claude THOMASSET, Jacques VANDERLINDEN (dir.), *François Génys, Mythe et Réalités*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 3-33, aux pages 20-21.

fond dialectique»³⁰. En raison de ce foisonnement d'opinions portant sur les questions les plus diverses, l'argumentation a un caractère quasi oral. Dans tout ceci, le texte de loi constitue bien plus un point de départ qu'une règle contraignante³¹. Par ailleurs, les auteurs de l'époque sont dans l'ensemble acquis aux orientations du Code civil, par exemple la discrimination exercée contre les enfants naturels ou la femme mariée, l'importance du droit de propriété ou les règles favorisant l'employeur³². Quoi qu'il en soit de cette question, dans le dernier tiers du XIX^e, l'exégèse va délaissé graduellement la recherche assez débridée qui l'a caractérisée jusqu'alors.

2. La montée du formalisme

L'œuvre d'Aubry et Rau va contribuer à systématiser le droit civil français. En 1839, ces juristes entreprennent de publier la traduction d'un auteur allemand, Zachariae³³. Avec le consentement de celui-ci, ils intègrent au fil des nouvelles éditions des analyses personnelles. Celles-ci occupent bientôt une place prépondérante. Ils signent donc la quatrième édition, publiée entre 1869 et 1879³⁴. L'influence allemande se manifeste dans la présentation de l'ouvrage, qui prend la forme d'un traité, ainsi que dans l'importance accordée à certaines constructions théoriques, tel le patrimoine, qui acquiert ainsi droit de cité en France. Ces auteurs reconnaissent que l'esprit de la loi peut contrôler l'interprétation de ses termes, car il est constitué de principes appelés à être développés. Ils n'en attachent pas moins une très grande importance à la méthode d'interprétation grammaticale et s'opposent à «toute innovation qui tendrait à substituer une volonté étrangère à celle du législateur»³⁵.

C'est toutefois le juriste belge François Laurent qui va s'élever le plus vigoureusement contre les libertés que prennent à son

30. Phillipe REMY, «Éloge de l'Exégèse», (1985) 1 *Droits* 115, 122; voir également Christian ATIAS, «La controverse et l'enseignement du droit», (1985) 2 *Annales d'histoire des facultés de droit et de la science juridique* 107-123; Paul DUBOUCHET, «L'École de l'Exégèse et la science du droit», (1986) 2 *R.R.J.* 209; S. GAUDET, *loc. cit.*, note 24, p. 237; J.L. HALPÉRIN, *op. cit.*, note 24, nos 31-36, p. 59-69.

31. *Id.*, n° 44, p. 79-80.

32. *Ibid.* et *passim*.

33. *Id.*, n° 34, p. 65.

34. Voir *op. cit.*, note 21.

35. Cité par J.L. HALPÉRIN, *op. cit.*, note 24, n° 34, p. 66. Cet auteur note que «le «positivisme étatique» gagne progressivement du terrain (avec Aubry et Rau, puis avec Demolombe) à l'encontre des conceptions jusnaturalistes ou des traditions historiques» (*id.*, n° 44, p. 80).

avis la doctrine et les juges. Auteur des *Principes de droit civil*³⁶, qui comptent trente-trois volumes, il publie en 1881 un *Cours élémentaire de droit civil* destiné aux étudiants³⁷. Il y dresse un réquisitoire impitoyable de 119 pages, dont il convient de donner ici un aperçu. À son avis, «les auteurs et les magistrats [...] font la loi au lieu de se contenter de l'interpréter»³⁸. Il existe «tout au plus» une ou deux dispositions «qui n'expriment pas la vraie pensée du législateur»³⁹. Les interprètes qui se fondent sur l'esprit de la loi «se font législateur; le code civil n'est pas de leur goût, ils en font un autre»⁴⁰; au surplus, «quand le texte parle [...] personne n'a le droit de traiter les lois de *judaiques*»⁴¹. Il admet que l'on s'inspire de l'esprit de la loi afin d'élucider le sens d'une disposition qui prête à interprétation⁴². Mais il demeure méfiant: «l'interprète seul a raison [: v]oilà à quoi très souvent se réduit ce qu'on appelle l'esprit de la loi»⁴³. Il n'y a évidemment pas lieu de se plier aux «exigences de l'état social» afin de conserver à la loi son autorité morale⁴⁴. Si le code est inique, le législateur doit le modifier, sans quoi les interprètes usurperont son autorité⁴⁵. Un exemple illustre cette conception absolutiste. En cas de refus du père de reconnaître son enfant naturel, il n'existe à l'époque aucun moyen de faire constater cette paternité. Dans cette hypothèse, un individu pourrait donc marier sa fille biologique; mais il serait impossible de le punir, car «la violation de la loi par le juge est un plus grand scandale qu'un mariage incestueux»⁴⁶!

Le catalogue des reproches que Laurent adresse à ses devanciers est assez divertissant à lire: Merlin ferait partie des jurisconsultes traditionalistes qui «veulent transporter dans le code civil un droit qui n'est plus que de l'histoire»⁴⁷; «[s]i l'on voulait dresser le catalogue complet des erreurs de Troplong, il faudrait des volumes»⁴⁸; Demolombe sacrifierait les principes aux

36. Paris et Bruxelles, Bruylant-Christophe et comp. et A. Durand & Pedone-Lauriel, 1869-1878.

37. *Op. cit.*, note 18.

38. *Id.*, p. 9.

39. *Id.*, p. 14.

40. *Id.*, p. 17.

41. *Id.*, p. 19.

42. *Id.*, p. 20.

43. *Id.*, p. 36.

44. *Id.*, p. 64.

45. *Id.*, p. 83.

46. *Id.*, p. 102.

47. *Id.*, p. 90.

48. *Id.*, p. 92.

faits⁴⁹; presque toutes les opinions originales de Marcadé seraient des erreurs qui furent abandonnées par la suite⁵⁰. Somme toute, Aubry et Rau sont critiqués modérément: leur ouvrage ne serait utile qu'aux juristes avertis, plutôt qu'aux étudiants ou aux magistrats, car l'argumentation y serait trop peu développée⁵¹.

La jurisprudence ne trouve pas davantage grâce aux yeux de Laurent. Les brusques revirements opérés par la Cour de cassation sont la «preuve évidente que notre science n'a pas de principes certains, et elle n'en aura que lorsque le respect de la loi deviendra la règle invariable de ses décisions»⁵². Selon lui, ces variations soudaines, qui «font de l'application des lois une loterie»⁵³, ne se produiraient pas en Belgique. L'autorité de la jurisprudence «dépasse celle de la loi»; d'où la nécessité de la réduire «à sa véritable valeur» et de ne pas accorder de crédit aux décisions mal fondées⁵⁴. Car «les tribunaux se laissent aller trop facilement à mettre leurs idées, leurs prédilections ou leurs antipathies au-dessus de la loi»⁵⁵. Enfin, signalons que ce professeur préconise l'emploi de la méthode socratique⁵⁶. Un civiliste du XIX^e siècle qui s'oppose aux revirements de jurisprudence et qui recommande le dialogue avec ses élèves, voilà qui n'est pas banal!

La critique de Laurent constitue en quelque sorte le point culminant d'une approche exégétique centrée sur le texte de loi. Bien qu'il accepte d'utiliser les mêmes outils interprétatifs que ses collègues, il semble croire que leur emploi doit demeurer rare. Dans son esprit, la plupart des dispositions du code paraissent avoir un champ d'application et une signification qui s'imposent d'emblée. Les principes du droit civil doivent épouser fidèlement les contours du texte plutôt que de le remodeler. Les lacunes et les défauts du code doivent être portés à l'attention du législateur; ils ne sauraient influencer sur l'issue d'un litige ou sur les conclusions d'un auteur. Cette vision, qui jouit sans doute d'une certaine faveur à l'époque, ne va pas tarder à être remise en cause.

49. *Id.*, p. 99.

50. *Id.*, p. 107.

51. *Id.*, p. 106.

52. *Id.*, p. 74.

53. *Id.*, p. 88-89.

54. *Id.*, p. 88.

55. *Id.*, p. 59.

56. *Id.*, p. 125.

B. Le triomphe du positivisme

1. *La critique de François GénY*

Au cours des premières années de la III^e République, l'enseignement du droit est réorganisé, en particulier le concours d'agrégation des professeurs, qui est réformé en 1896. Une nouvelle génération de professeurs met en avant des théories audacieuses. En 1897, Raymond Saleilles préconise la responsabilité fondée sur le risque en matière d'accidents de travail, ainsi que la reconnaissance de l'abus de droit⁵⁷, deux thèses qui sont également défendues par Léon Josserand⁵⁸. Mais c'est François GénY qui entreprend de critiquer la «méthode traditionnelle» d'interprétation du code. À son avis, les exégètes ont négligé les enseignements de Portalis en affectant de croire qu'ils pouvaient toujours déduire du code une solution, même dans les cas où le législateur n'avait jamais songé à un problème⁵⁹. Il dénonce notamment le «fétichisme de la loi» et «l'abus des abstractions logiques» qui rattachent artificiellement certaines solutions aux dispositions légales; à son avis, il faut écarter l'idée «que toute solution positive doit avoir sa base, au moins virtuelle, dans la loi écrite»⁶⁰. En revanche, il insiste sur la nécessité de donner son plein effet à la formule employée par le législateur:

Avant tout, c'est à la formule [d'une disposition] qu'il faut demander la révélation de la volonté législative. Et, du moment que celle-ci se dégagera du texte, sans être contredite par aucun élément extérieur, elle dictera, en supprimant toute hésitation, la décision de l'interprète.⁶¹

En l'absence d'une indication claire de cette volonté, GénY préconise une «libre recherche scientifique» fondée sur l'observation attentive de la société. Dans cette perspective, les magistrats

57. J.-L. HALPÉRIN, *op. cit.*, note 24, n° 121, p. 181-182.

58. *Id.*, n° 126, p. 188-190; Daniel JUTRAS, «Louis and the Mechanical Beast or Josserand's Contribution to Objective Liability in France», dans Kenneth D. COOPER-STEPHENSON et Elaine GIBSON (dir.), *Tort Theory*, Cactus Press, North York, 1993, p. 315-341.

59. *Op. cit.*, note 24, nos 48-50, p. 101-105 et nos 54-59, p. 112-123; voir l'article éclairant de Marie-Claire BELLEAU, «Les juristes inquiets: classicisme juridique et critique du droit au début du XX^e siècle en France», (1999) 40 *C. de D.* 507-544; les autres ouvrages de GénY ont eu beaucoup moins de retentissement.

60. F. GÉNY, *op. cit.*, note 24, n° 59, p. 121.

61. *Id.*, n° 101, p. 276-277; voir également n° 58, p. 119, n° 59, p. 123, n° 98, p. 267-268, n° 101, p. 280 et 284.

et les interprètes sont invités à combler les lacunes du code civil en s'interrogeant sur les besoins de leur époque plutôt que sur les valeurs privilégiées en 1804⁶².

2. La doctrine du XX^e siècle

Si son principal ouvrage est fréquemment cité, François GénY n'a pas provoqué une transformation radicale au sein de la doctrine du XX^e siècle. En effet, il reconnaît d'emblée que la formulation du code peut fournir à elle seule la solution d'un problème; la libre recherche scientifique n'est donc pas synonyme d'indétermination du texte. Elle doit plutôt remplacer la recherche de principes généraux qui débouche pour GénY sur des constructions subjectives et variables qui ne sauraient être confondues avec la volonté du législateur. Cette critique est bien accueillie, par opposition à celle de Raymond Saleilles, qui aimerait voir la jurisprudence «plier le texte aux nécessités nouvelles qui le sollicitent»⁶³ et accepter des «créations inorganiques [...] à la condition de les replacer dans le cadre de la loi»⁶⁴. L'apport de ces auteurs consiste à mettre en lumière la liberté de choix dont dispose le juge en renonçant à toujours rattacher aux principes sous-jacents du code la réponse que celui-ci privilégie. Par la suite, la doctrine semble

62. Voir C. THOMASSET *et al.*, *op. cit.*, note 29; M.-C. BELLEAU, *loc. cit.*, note 59, p. 539-543. Pour GénY, une démarche scientifique devrait permettre de dégager des principes objectifs plutôt que des opinions subjectives: C. JAMIN, *loc. cit.*, note 29, p. 22. En ce qui concerne les accidents du travail, il affirme que les textes du Code civil «n'ont rien à faire en présence d'une pure *question de risques*»; la responsabilité objective de l'employeur se justifie plutôt par «les exigences de la justice et de l'utilité sociale». En outre, «il n'échappera à personne que l'intervention du législateur soit éminemment désirable pour soustraire à l'appréciation du juge ce règlement si délicat de la question des risques; et, c'est ce qui pourrait justifier, malgré tout, la loi du 9 avril 1898, concernant les responsabilités des accidents dont les ouvriers sont victimes dans leur travail» (F. GÉNY, *op. cit.*, note 24, t. II, n° 174, p. 175-176 et note 1; voir également *id.*, n° 149, p. 50, note 3); pour une appréciation très différente de la pensée de GénY sur cette question, voir Marie-Claude PRÉMONT, «François GénY et les enjeux de la responsabilité civile», dans C. THOMASSET *et al.*, *op. cit.*, note 29, p. 101-160.

63. Raymond SALEILLES, «Préface», dans F. GÉNY *op. cit.*, note 24, p. xx.

64. *Id.*, p. xxii; G. BAUDRY-LACANTINERIE et M. HOUQUES-FOURCADE, *Traité théorique et pratique de droit civil*, 2^e éd., t.1, Paris, Librairie de la Société du Recueil G^{al} des Lois et des Arrêts, 1902, nos 264bis I à 264bis XIII, p. 207 à 230; ces auteurs rejettent catégoriquement l'idée que «la meilleure interprétation des lois est celle qui les plie le mieux au besoin de l'heure présente» (*id.*, n° 264bis VII-VIII, p. 217-219); ils approuvent chaleureusement la méthode de GénY (*id.*, nos 264bis IX-XIII, p. 219-230); Marcel PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, 3^e éd., t. 1, Paris, Cotillon, 1904, n° 224, p. 90-92, note 3, se déclare en accord avec GénY.

avoir abandonné la recherche d'un fondement dont la validité puisse être acceptée par tous pour se tourner vers une présentation exhaustive de la jurisprudence⁶⁵.

Dès la fin du XIX^e siècle, les traités de droit civil sont rédigés en collaboration. Ainsi Baudry-Lacantinerie publie d'abord un *Précis de droit civil* (1882); entre 1895 et 1900, il dirige la publication du *Traité théorique et pratique de droit civil*, qui compte vingt-deux volumes et qui est complété par un supplément entre 1924 et 1935. De même, Marcel Planiol et Georges Ripert assurent la direction du *Traité pratique de droit civil* entre 1925 et 1934. Frederick P. Walton, spécialiste du droit romain éduqué en Écosse et civiliste réputé au Québec, n'a pas manqué de relever le changement qui se produit pendant cette période:

Si l'on compare des auteurs tels que Duranton et Toullier avec Guilouard ou avec le grand traité édité sous la responsabilité de Baudry-Lacantinerie, le changement est frappant. Dans les ouvrages anciens, on citait peu de jurisprudence et on lui accordait peu d'importance. Dans les ouvrages nouveaux, chaque paragraphe est émaillé de notes contenant des références à l'appui du texte.

Les nouveaux ouvrages de droit français ressemble beaucoup plus aux ouvrages anglais et ils tendent comme ces derniers à devenir dans une large mesure une présentation systématique et un résumé des solutions auxquelles en sont arrivés les tribunaux.

Le point de vue spéculatif des anciens auteurs présente beaucoup d'intérêt, mais à l'ère de l'efficacité, l'avocat qui consulte un ouvrage cherche à savoir dans quel sens les tribunaux vont probablement résoudre son affaire, plutôt que de savoir comment il convient de la résoudre par application des principes théoriques.⁶⁶

65. C. ATIAS, *loc. cit.*, supra, note 30; J.-L. HALPÉRIN, *op. cit.*, note 24, n^{os} 123, p. 184-186; Christophe JAMIN, «L'oubli et la science: Regard partiel sur l'évolution de la doctrine privatiste à la charnière des XIX^e et XX^e siècles», (1994) 93 *R.T.D.C.* 815-827; C. JAMIN, *loc. cit.*, note 29, p. 25-30; selon Philippe JESTAZ, après Gény, «[l]a pensée juridique reste à peu près exclusivement dogmatique et les juristes en ont la conscience légère, car l'étude ou la contemplation de la jurisprudence leur tient lieu de sociologie; la lecture des arrêts nous aide à croire que nous observons le réel» («François Gény: une image française de la loi et du juge», dans C. THOMASSET, *op. cit.*, note 29, p. 37-53, à la page 52). Notons par ailleurs que Henri Capitant déclare s'être inspiré du célèbre professeur C. Langdell, de la Faculté de droit de l'Université Harvard, pour la préparation de *Espèces choisies empruntées à la jurisprudence*, Paris, Dalloz, 1924 (C. JAMIN, *loc. cit.*, note 29, p. 26, note 97). Gény lui-même signale que ses contemporains accordent une importance nouvelle à la jurisprudence (*op. cit.*, note 24, t. II, n^o 147, p. 39-45).

66. Frederic Parker WALTON, *Le domaine et l'interprétation du Code civil du Bas-Canada*, Introduction et Traduction par Maurice Tancelin, Toronto, Butterworths, 1980 (traduction de l'édition originale de 1907), p. 114.

Avant de conclure cette partie, il importe de présenter brièvement certains auteurs qui ont marqué le XX^e siècle. Le conservatisme de Ripert, catholique convaincu⁶⁷, mérite d'être souligné: adversaire déclaré du Front populaire de 1936 et partisan du Régime de Vichy, il s'oppose au divorce, à la légitimation des enfants adultérins, à l'octroi de certains droits aux concubins, aux lois qui soulagent les débiteurs pendant la crise des années trente et à l'extension de la responsabilité sans faute⁶⁸. On a dit de lui: «l'action entraîne la réaction dont, pendant un demi-siècle, Georges Ripert sera le représentant»⁶⁹. Les frères Mazeaud sont également des catholiques convaincus et partagent des opinions assez semblables, sauf qu'ils ne collaborent pas avec Pétain⁷⁰. Ils publient en 1931 un *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle* et, à partir de 1955, des *Leçons de droit civil*⁷¹. Bien qu'ils soient plus nuancés, Marcel Planiol, Ambroise Colin, Henri Capitant ou René Savatier, partagent cette orientation conservatrice⁷². Dans les années soixante, de nouvelles tendances se font jour, sur lesquelles nous ne nous attarderons pas⁷³.

Pendant près d'un siècle, la doctrine française a cherché à tirer du code civil des principes généraux susceptibles de fournir des solutions aux difficultés rencontrées dans la pratique. Dans le dernier tiers du XIX^e siècle, elle délaisse la controverse et privilégie plutôt une forme d'analyse déductive et théorique. La critique de François Gény conduit les juristes à admettre que le texte de loi peut être silencieux sur une question, auquel cas il convient de s'adonner à une «libre recherche scientifique». Mais la recherche de la volonté législative continue de jouer pour lui un rôle primordial. Par la suite, l'analyse de la jurisprudence remplace la controverse. La doctrine du XX^e siècle critique toutefois certaines innovations législatives ou jurisprudentielles, notamment en raison d'une certaine conception du catholicisme. Cette

67. Il convient de souligner que Saleilles et Gény sont également des catholiques pratiquants (J.-L. HALPÉRIN, *op. cit.*, note 24, n° 121, p. 181, n° 136, p. 203; voir également C. JAMIN, *loc. cit.*, note 29, p. 18-19).

68. *Id.*, n° 127, p. 90-191, n° 129, p. 193 et 195, n° 130, p. 196, n°s 137-138, p. 204, n° 142, p. 211, n°144, p. 213, n° 192, p. 276 et 201, pp. 184-186, 190-19 et 291-292.

69. J.-L. GAZZANIGA, *op. cit.*, note 3, n° 49, p. 65.

70. J.-L. HALPÉRIN, *op. cit.*, note 24, n° 135, p. 202.

71. *Id.*, n° 130, p. 196, n° 138, p. 204, n° 201, p. 292 et n° 215, p. 313.

72. *Id.*, n° 123, p. 184-186 et *passim*.

73. *Id.*, n°s 202-204, p. 293-296.

brève présentation nous permet maintenant d'examiner les débats auxquels a donné lieu l'interprétation du Code civil au Québec.

II. LE CODE CIVIL ET LA JURISPRUDENCE QUÉBÉCOISE, 1866-1906

En 1865, le *Code civil du Bas Canada* remplace la multitude de sources applicables en droit privé. L'effet de ce changement a été perçu de diverses manières. Certains ont soutenu que le code constituait une simple fenêtre sur le passé, de sorte que les juges continuaient à puiser librement dans les sources anciennes. Pour évaluer cette thèse, il convient tout d'abord de rappeler quels étaient les problèmes auxquels la codification de 1865 tentait de remédier (A) pour examiner ensuite l'attitude des juges dans les affaires de droit civil québécois (B). Nous reporterons à la section suivante l'étude de la jurisprudence de la Cour suprême du Canada.

A. La codification de 1865

La codification de 1865 apporte une réponse aux difficultés rencontrées par les praticiens du droit, qui sont vivement dénoncées (1). Elle se caractérise par une volonté de conserver le droit en vigueur en dépit de la transformation formelle qu'elle opère (2).

1. *L'état du droit avant la codification*

La multiplicité des sources au Bas-Canada n'était pas perçue de manière positive, tant s'en faut (a). L'importance de l'écrit y est considérable; il paraît donc difficile d'y voir un système caractérisé par la communication orale (b).

a) *La dispersion des sources*

Aux termes de l'article 8 de l'*Acte de Québec* de 1774⁷⁴, le droit privé de la Nouvelle-France s'applique de nouveau au Québec, sous réserve des modifications que le pouvoir législatif local est

74. *An Act for making more effectual provision for the government of the Province of Quebec in North America* (ci-après *Acte de Québec*), 1774 (R.-U.), 14 Geo. III, c. 83.

expressément autorisé à y effectuer⁷⁵. L'article 10 de cette même loi autorise la rédaction de testaments selon les règles anglaises; il introduit en outre la liberté illimitée de tester, abrogeant du même coup les règles sur la légitime et la réserve des biens propres prévues par la *Coutume de Paris*, qui s'applique en Nouvelle-France depuis 1664⁷⁶. Une loi de 1801 précise que les incapacités de recevoir de l'ancien droit français sont elles aussi abrogées⁷⁷. Une ordonnance de 1777 introduit les règles de preuve du droit anglais en matière commerciale⁷⁸, tandis qu'une autre accorde à chaque partie le droit d'obtenir un procès devant jury si le litige porte sur une affaire commerciale ou sur «les injures personnelles qui doivent être compensées en dommages [sic]»⁷⁹. Puis, pendant une assez longue période, le législateur s'intéresse très peu au droit privé. Sous l'*Acte d'Union*⁸⁰, le parlement du Canada-Uni légifère tant pour l'ancien Bas-Canada que pour l'ancien Haut-Canada, qui deviendront en 1867 le Québec et l'Ontario. En droit privé, chacun conserve généralement ses propres lois. Dans quelques cas, des lois britanniques sont toutefois recopiées; elles s'harmonisent très mal avec le droit civil du Bas-Canada⁸¹. En matière de lettres de change, le droit anglais joue expressément un rôle supplétif⁸².

75. Pour une étude plus approfondie de l'état du droit de 1774 à 1866, voir Michel MORIN, «La perception de l'ancien droit et du nouveau droit français au Bas-Canada, 1774-1866», dans Patrick GLENN, (dir.), *Droit québécois et droit français: communauté, autonomie, concordance*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Ltée, 1993, p. 1-41.

76. *Édit de création de la Compagnie des Indes Occidentales*, art. 33, dans *Édits, ordonnances royaux, Déclarations et Arrêts du Conseil d'État du Roi concernant le Canada*, t. 1, Québec, E.R. Fréchette, 1854, p. 40; voir aussi les commissions des intendants, par exemple *Complément des ordonnances et jugements des gouverneurs et intendants du Canada, précédé des commissions desdits gouverneurs et intendants et des différents officiers civils de justice*, Québec, E.R. Fréchette, 1856, p. 42.

77. *Acte pour expliquer et amender la Loi concernant les Testaments et Ordonnances de Dernière Volonté*, S.B.-C. 1801, 41 Geo. III, c. 4.

78. *Ordonnance pour régler la procédure dans les cours de judicature civile*, O.Q. 1777, 17 Geo. III, c. 2, art. 7.

79. *Ordonnance instituant les procès par jury*, O.Q. 1785, 25 Geo. III, c. 2, art. 9.

80. *An Act to re-unite the Provinces of Upper and Lower Canada, and for the government of Canada*, 1840 (R.-U.), c. 35; L.R.C. (1985), App. II, n° 4.

81. *Acte pour la protection des personnes qui reçoivent des consignations, et font des contrats à l'égard d'effets confiés à des agents*, S.P.C. 1847, 11 Vict., c. 10, qui est l'origine des articles 1739 à 1754 du *Code civil du Bas-Canada* (ci-après C.c.B.-C.); *Acte pour donner aux familles des personnes tuées par accident la faculté de réclamer des dommages et pour d'autres fins y mentionnées*, S.P.C. 1847, 10-11 Vict., c. 6, qui est à l'origine de l'article 1056 C.c.B.-C.; voir également M. MORIN, *loc. cit.*, note 75, p. 7-8.

82. Voir Jean LECLAIR, «La Constitution par l'histoire: portée et étendue de la compétence fédérale en matière de lettres de change et de billets à ordre»,

Ainsi, le droit anglais a été expressément introduit au Bas-Canada dans certains domaines, tels la forme des testaments, les règles de preuve en matière commerciale ou les lettres de change. Par la force des choses, il peut également éclairer le fonctionnement de certaines institutions inconnues du droit civil, tel le procès par jury ou, de manière beaucoup plus discutable, la liberté testamentaire; il est également employé lorsqu'une loi locale reproduit un texte britannique⁸³. Un problème particulier se pose en droit commercial: le principal texte appliqué en Nouvelle-France, l'*Ordonnance sur le commerce* de 1673, n'a pas été enregistré par le Conseil souverain de Québec. Après 1774, la jurisprudence refuse de l'appliquer en raison de ce fait. Les juges recherchent donc l'état du droit avant 1663, date de la création du Conseil. Confronté à une carence des sources, ils puisent abondamment dans la doctrine et la jurisprudence anglaises et américaines, mais également françaises, du XIX^e siècle⁸⁴. D'autre part, en matière de contrats et d'obligations, l'ancien droit français n'est pas contenu dans un texte législatif, sauf exception, mais bien dans la doctrine et la jurisprudence. Au Bas-Canada, s'il arrive que certains juges fassent référence au droit anglais, la majorité d'entre eux s'y refusent en l'absence d'un texte qui déroge expressément ou implicitement à l'*Acte de Québec*⁸⁵.

b) *Une culture résiduelle orale?*

Dans un article publié en 1989, le professeur David Howes soutient que le droit bas-canadien du milieu du XIX^e siècle présente les caractéristiques d'une culture orale⁸⁶. Selon cet auteur, la publication très irrégulière de la jurisprudence antérieurement à 1850 aurait empêché la recherche d'une règle abstraite et impersonnelle d'origine écrite. En lieu et place, la discussion, l'argumentation et la polémique auraient prédominé: il s'agirait là du stade oral de la culture juridique, où le droit est un «champ de lutte rhétorique»⁸⁷. L'entrée en vigueur du *Code civil du Bas*

(1992) 33 *C. de D.* 535-616; *Acte pour amender la loi qui régit les lettres de change à l'intérieur, les billets promissoires et les protêts qui s'y rapportent, et les lettres de change à l'étranger en certains cas*, S.P.C. 1849, 12 Vict., c. 22, art. 25. Cette disposition est à l'origine des articles 2340 et 2346 C.c.B.-C.

83. M. MORIN, *loc. cit.*, note 75, p. 14-15.

84. *Id.*, p. 16-17.

85. *Id.*, p. 18-19.

86. David HOWES, «La domestication de la pensée juridique québécoise», (1989) 13 *Anthropologie et Sociétés* 103.

87. *Id.*, p. 107, note 5.

Canada inaugure ensuite le stade «chirographique (ou du manuscrit)», qui se continue jusqu'en 1914. Enfin, le stade «typographique ou du livre imprimé» apparaît vers 1920⁸⁸. Nous nous bornerons à discuter ici de la situation avant la codification, à la lumière de publications récentes; nous discuterons ultérieurement des autres «stades» décrits par le professeur Howes.

Il convient tout d'abord de souligner que les juristes du Bas-Canada se plaignent du nombre élevé de sources écrites qu'ils doivent consulter. En effet, les nombreux ouvrages portant sur l'ancien droit français ont trouvé refuge parmi eux au XIX^e siècle⁸⁹. Compte tenu de ce fait, ils n'ont nul besoin de rechercher des manuscrits inédits portant sur ces questions, si tant est qu'il en existe⁹⁰. En outre, il nous semble que certaines sources juridiques sont considérées comme un «principe d'autorité» bien avant la publication régulière de la jurisprudence québécoise. Un recueil de décisions paru en 1834 permet de constater que les jugements de cette époque n'ont pas systématiquement pour effet d'exacerber les conflits en raison de leur caractère rhétorique; selon M. Howes, dans le cadre d'une culture orale, cela serait leur effet prévisible⁹¹. À titre d'illustration, certaines décisions écartent le droit anglais au profit du droit d'origine française, en application du principe posé par l'article 8 de l'*Acte de Québec* ⁹². Un tel raisonnement déductif ne présente pas les caractéristiques que M. Howes associe à une culture orale.

Pourtant l'expression orale joue bien à cette époque un rôle fondamental, notamment dans certaines méthodes d'enseignement et dans les examens d'admission au Barreau⁹³. Mais surtout, au moment où ils prononcent un jugement, les juges com-

88. *Id.*, p. 105, notamment note 3.

89. Maximilien BIBAUD, *Essai de logique judiciaire*, Montréal, De Montigny, 1853, p. 135-136.

90. Contrairement à ce qu'affirme David HOWES (*loc. cit.*, note 86, p. 108).

91. Voir D. HOWES, «The Origine and Demise of Legal Education in Quebec (or Hercules Bound)» (1989) 38 *R.D.U.N.-B.* 127-149, 131. Pour M. Howes, l'attitude de Maximilien Bibaud est caractéristique de l'époque, notamment sa volonté de trouver dans le droit romain les principes généraux du droit (*id.*, p. 133-134). Les extraits que cite Bibaud semblent toutefois avoir été repérés dans des sources secondaires: Sylvio NORMAND et Martine DUMAIS, «Le droit romain dans le droit coutumier du Bas-Canada selon François-Maximilien Bibaud», dans E. HERMON (éd.), *La question agraire à Rome: Droit romain et société*, Bibliotheca di athenaeum 44, Edizioni New Press, 1999, p. 164, à la page 169.

92. Voir M. MORIN, *loc. cit.*, note 75, p. 15 et 18.

93. Voir D. HOWES, *loc. cit.*, note 91.

muniquent oralement leurs motifs. Les notes qu'ils préparent ne semblent pas devoir être déposées au dossier; les éditeurs doivent donc les transcrire à l'audience ou en obtenir une copie⁹⁴. Il faut d'ailleurs attendre jusqu'en 1843 pour que les juges soient obligés de motiver leurs décisions⁹⁵. Avant la publication régulière des recueils de jurisprudence, les juristes sont contraints d'utiliser des comptes rendus manuscrits ou des articles de journaux⁹⁶. À cet égard, la théorie de M. Howes se vérifie, bien qu'il faille prendre garde de ne pas surestimer l'importance des décisions inédites de cette époque. En outre, la préparation de motifs destinés à être lus en public se poursuit tout au long du XIX^e siècle. Il n'est donc pas étonnant que cette caractéristique transparaisse, encore que, après 1850, certains juges livrent des dissertations savamment construites où l'argumentation est développée de manière systématique, par exemple le juge-en-chef LaFontaine ou les juges Meredith et Badgley. Mais dans bien des cas, leurs collègues se contentent d'accumuler les citations d'ouvrages portant sur l'ancien droit français, sans se soucier de construire un raisonnement bien structuré ou de citer un texte normatif⁹⁷.

Il ne faut pourtant pas croire que tous les juges recherchent des principes universels, s'adonnent à la rhétorique ou refusent d'être liés par les précédents⁹⁸. Nous avons vu que, en droit commercial, l'inapplication des ordonnances françaises de l'Ancien Régime au Québec crée un vide que les juges comblent en citant indifféremment la doctrine et la jurisprudence anglaises, américaines, écossaises et françaises. Mais cette attitude est beaucoup

94. Raymonde CRÊTE, Sylvio NORMAND et Thomas COPELAND, «Law Reporting in Nineteenth Century Quebec», (1995) 16 *Legal History* 147, 152 et 161-162; Raymonde CRÊTE, «Aspects méthodologiques de la jurisprudence québécoise en droit commercial à la fin du XIX^e siècle», (1993) 34 *C. de D.* 219-255, 229-230.

95. *Acte pour abroger certains actes et ordonnances y mentionnés, et pour mieux pourvoir à l'administration de la justice dans le Bas-Canada*, S.P.C. 1843, c. 16, art. 7.

96. R. CRÊTE et al., *loc. cit.*, note 94, p. 152.

97. André MOREL, «L'émergence du nouvel ordre juridique instauré par le *Code civil du Bas-Canada* (1866-1890)», dans *Les Journées Maximilien Caron 1992, Le nouveau Code civil – interprétation et application*, Montréal, Les Éditions Thémis, 1992, p. 49, aux pages 55-56, qui note toutefois l'importance accordée aux textes législatifs édictés depuis la Conquête.

98. M. MORIN, *loc. cit.*, note 75, p. 11-12. M. Howes écrit que les juges «semblaient avoir entretenu, à l'intérieur d'un genre de dialogue continu, toutes les sources de droit les plus classiques et respectées de l'« autre système », afin de les appliquer là où ils le jugeaient bon» (*loc. cit.*, note 86, p. 109). Dans cet extrait, l'« autre système » désigne la common law pour les juges québécois et le droit civil pour les juges ontariens.

moins fréquente dans le domaine des contrats et des obligations; elle est encore plus rare lorsque le litige met en jeu le texte de la *Coutume de Paris*. En outre, à plusieurs reprises, des juges francophones ou anglophones reprochent aux avocats de citer la jurisprudence ou la doctrine anglaise lorsque la solution du litige dépend du droit civil. Dans de telles hypothèses, le droit local n'est certes pas considéré comme un principe universel⁹⁹.

La situation ne semble pas très différente ailleurs. En France, le goût de la polémique demeure très prononcé, même si la doctrine française du milieu du XIX^e siècle discute de l'application d'un seul texte de loi, le code civil¹⁰⁰. En Angleterre, à la même époque, les juges de la Chambre des lords ne se sentent pas tous liés par les précédents de leur cour; par la suite, plusieurs d'entre eux cherchent davantage des principes que des précédents susceptibles d'être appliqués mécaniquement¹⁰¹. En somme, c'est durant le dernier quart du XIX^e siècle que la conception «scientifique» du droit devient dominante: tant en droit civil qu'en common law, les juristes cherchent à tirer de la jurisprudence des formules générales qui prédéterminent l'issue des litiges indépendamment de considérations morales ou politiques. Cette évolution nous semble constituer un mouvement général des idées qui a très peu à voir avec l'importance de l'expression orale dans le système juridique¹⁰². Cette précision étant apportée, il convient maintenant d'examiner la codification de 1865.

2. *Les objectifs de la codification*

La codification répond avant tout à des préoccupations d'ordre technique (a), car elle s'inscrit dans une démarche visant à assurer la continuité du droit privé (b).

99. *Id.*, p. 18-19.

100. Voir *supra*, note 30.

101. David PUGSLEY, «London Tramways (1898)», (1996) 17 *Legal History* 172; Robert STEVENS, *Law and Politics, The House of Lords as a Judicial Body, 1800-1976*, Chapel Hill, University of North Carolina, 1978, p. 81-83, 100-104 et 114-132.

102. Sylvio NORMAND, «Une culture en redéfinition: la culture juridique québécoise durant la seconde moitié du XIX^e siècle», dans Bjarne MELKEVIK (dir.), *Transformation de la culture juridique québécoise*, Ste-Foy, Presses de l'Université Laval, 1998, p. 221-235, aux pages 224-227; sur la situation aux États-Unis, voir R. CRÉTE, *loc. cit.*, note 94, p. 223-225.

a) *La rationalisation des sources*

En 1857, le législateur décide de procéder à la codification des lois civiles du Bas-Canada¹⁰³. À cette époque, les tribunaux citent fréquemment le Code Napoléon et la doctrine française lorsque la disposition pertinente énonce une règle qui s'applique également au Bas-Canada¹⁰⁴. L'utilisation d'un texte codifié est donc entré dans les mœurs et ne constitue pas une nouveauté. Les difficultés proviennent plutôt de la non-réimpression des ouvrages de l'ancien droit français, de l'unilinguisme des sources (françaises, mais aussi, dans certains cas, anglaises) et de la coexistence de textes fondés sur des philosophies incompatibles¹⁰⁵. La codification constitue également l'aboutissement d'un processus de rationalisation et de modernisation du droit qui privilégie le libéralisme économique¹⁰⁶.

La loi de 1857 prévoit que le projet de *Code civil* et le projet de *Code de procédure civile* «seront rédigés suivant le même plan général et contiendront, autant que cela pourra se faire convenablement, la même somme de détails sur chaque sujet, que les codes français connus sous le nom de *code civil*, *code de commerce* et *code de procédure civile*»¹⁰⁷. Une version anglaise et une version française doivent être préparées¹⁰⁸. Les trois commissaires chargés de cette tâche sont tenus de citer «les autorités sur lesquelles ils s'appuient pour juger» qu'une règle est «réellement en force» au Bas-Canada¹⁰⁹. Ils peuvent proposer des amendements, mais «séparément et distinctement»¹¹⁰. Enfin, ils doivent rédiger des rapports bilingues présentant les parties du projet qui sont terminées, afin d'obtenir les commentaires des juges¹¹¹. En 1865, le

103. Voir *Acte pour pourvoir à la codification des lois civiles du Bas Canada*, S.P.C. 1857, c. 43 (ci-après «Loi de codification»).

104. M. MORIN, *loc. cit.*, note 75, p. 24.

105. Voir «Loi de codification», précitée, note 103, préambule.

106. Sylvio NORMAND, «La codification de 1866: contexte et impact», dans Patrick GLENN, *op. cit.*, note 75, p. 43-62; Brian YOUNG, *The Politics of Codification, The Lower Canadian Civil Code of 1866*, McGill-Queen's University Press, 1994.

107. «Loi de codification», précitée, note 103, art. 7.

108. *Id.*, art. 15.

109. *Id.*, art. 6.

110. *Ibid.*

111. *Id.*, art. 8 et 9; *Code civil du Bas Canada, Premier, Second et Troisième Rapports*, Québec, George E. Desbarats, 1865; *Code civil du Bas Canada, Quatrième et Cinquième Rapports*, Québec, George E. Desbarats, 1865; *Code civil du Bas Canada, Sixième et Septième Rapports, et Rapport supplémentaire*, Québec, George E. Desbarats, 1865; sur le travail des commissaires, voir John E.C.

législateur approuve le projet qui lui est soumis, en y apportant un certain nombre de modifications; à cette occasion, il fait de nouveau état des «autorités» citées par les commissaires à l'appui de chaque article¹¹². La loi de 1865 précise que les articles de droit nouveau doivent être identifiés de manière distincte¹¹³.

Les rapports des commissaires ont donc permis à la législature d'établir l'exactitude des dispositions proposées ainsi que la pertinence des modifications suggérées. Les codificateurs citent parfois des auteurs anglo-saxons afin de démontrer que leur projet est «en harmonie avec les lois de diverses autres juridictions»¹¹⁴. Mais si l'on excepte les cas particulier du droit commercial, des dispositions sur le mandat et des règles anglaises qui ont été introduites au Québec par un texte législatif, cette façon de faire est sporadique. Dans son ensemble, l'œuvre des codificateurs ne témoigne pas d'une orientation «résolument cosmopolite et universaliste»¹¹⁵.

b) *La préservation des sources*

En 1857 et en 1865, le législateur entend démontrer à la communauté juridique que les dispositions du nouveau code ne modifient pas l'état du droit et que les amendements suggérés par les commissaires, relativement peu nombreux, ont été portés à son attention. Ce souci de continuité est illustré par deux articles. Tout d'abord, l'article 2615 prévoit que, en cas de divergence entre la version anglaise et la version française, «le texte le plus compatible avec les dispositions des lois existantes doit prévaloir»; s'il s'agit d'un amendement, il faut se rabattre sur «les règles ordinaires d'interprétation». Ensuite, aux termes de l'article 2613

BRIERLEY, «Quebec's Civil Law Codification: Viewed and Reviewed», (1968) 14 *McGill L.J.* 521-589; M. MORIN, *loc. cit.*, note 75, p. 31 à 33.

112. *Acte concernant le Code civil du Bas Canada*, S.P.C. 1865, c. 41, art. 1.

113. *Id.*, art. 3. Dans la version officielle, les amendements seront placés entre crochets.

114. D. HOWES, *loc. cit.*, note 86, p. 111.

115. *Ibid.*; sur les références au droit anglais, écossais ou américain dans les rapports, voir F.P. WALTON, *op. cit.*, note 66, p. 121-131; M. MORIN, *loc. cit.*, note 75, p. 35; il existe toutefois d'autres exemples de citations d'auteurs anglophones que ceux que nous avons mentionnés dans notre article, mais ils sont peu nombreux. Par ailleurs, les références que font les commissaires au droit romain semblent souvent superfétatoires: Jacques L'HEUREUX, «Le rôle du droit romain dans la définition du domaine public québécois», dans E. HERMON, *op. cit.*, note 91, p. 185; Sylvio NORMAND et Donald FYSON, «Droit romain et codification du droit privé au Bas-Canada: les sources utilisées par les commissaires», *id.*, p. 175.

C.c.B.-C.¹¹⁶, une règle en vigueur au Bas-Canada est abrogée dans l'hypothèse où une disposition du code porte sur la même question, peu importe qu'elle reproduise, qu'elle modifie, qu'elle contredise ou qu'elle abroge expressément l'ancien droit. Dans les autres cas, celui-ci peut s'appliquer à titre supplétif.

Comme l'a souligné le professeur Howes, les juristes de l'époque croient que cette approche est aux antipodes de celle qu'a retenue le législateur français¹¹⁷. Ainsi, Thomas Jean-Jacques Loranger rappelle que, aux termes d'une loi française de 1804, «les lois Romaines, les Ordonnances, les Coutumes générales et locales, les statuts, les règlements» sont abrogés «dans les matières qui sont l'objet du Code». Au Québec, «le corps des lois anciennes a été conservé, et le Code lui-même n'a d'autorité, comme texte, que dans les matières où il contient une disposition positive, confirmant ou modifiant l'ancien droit»¹¹⁸. Il convient immédiatement de noter que, aux termes de l'article 2613 C.c.B.-C., les lois antérieures sont abrogées dans le cas où le code «contient une disposition expresse sur le sujet particulier de telles lois»; la distinction avec la loi française est donc mince. En effet, en France, les règles de l'ancien droit sont abrogées dans «les matières qui sont l'objet» du code; au Québec, elles sont abrogées si une disposition du code porte sur le «sujet particulier» qu'elles visent. Il est difficile de voir comment le code pourrait avoir pour objet une matière sans contenir des dispositions qui portent, directement ou par voie de conséquence, sur cette matière ou sur ce sujet... Il est clair que dans les

116. Devenu en 1974 l'article 2712. En voici le texte:

Les lois en force, lors de la mise en force de ce code, sont abrogées dans les cas:
Où il contient une disposition qui a expressément ou implicitement cet effet;
Où elles sont contraires ou incompatibles avec quelques dispositions qu'il contient;
Où il contient une disposition expresse sur le sujet particulier de telles lois.
Sauf toujours qu'en ce qui concerne les transactions, matières et choses antérieures à la mise en force de ce code et auxquelles on ne pourrait en appliquer les dispositions sans leur donner un effet rétroactif, les dispositions de la loi qui, sans ce code, s'appliqueraient à ces transactions, matières et choses, restent en force et s'y appliquent, et ce code ne s'y applique qu'en autant qu'il coïncide avec ces dispositions.

L'article 1360 du *Code de procédure civile*, S.P.C. 1866, c. 25, est semblable. Il est toutefois difficile d'admettre que ce code ait pu avoir pour effet d'abroger une disposition du Code civil sous prétexte qu'il est entré en vigueur environ un an plus tard. En effet, une même loi prescrit la rédaction de ces deux textes (voir «Loi de codification» précitée, note 103; *Carter c. Molson*, (1876-1883) 8 C.R.A.C. 525 (C.J.C.P., 1883), 535).

117. D. HOWES, *loc. cit.*, note 91, p. 140; cette idée est reprise dans plusieurs autres textes du même auteur.

118. *Commentaire sur le Code civil du Bas-Canada*, Montréal, A.E. Brassard, 1873, p. 92.

deux cas l'ancien droit peut s'appliquer s'il ne contredit pas le texte du code et ses principes fondamentaux¹¹⁹.

Loranger écrit pourtant que le Code français «a été le dernier mot de la législation ancienne, comme il a été le premier de la nouvelle». L'ancien droit français «détruit comme texte, n'existe plus que comme raison écrite et le commentateur ne remonte pas plus haut que le Code, qui en est la source unique et première». En revanche, pour découvrir les sources du code québécois, il faut «remonter à la plus haute antiquité légale»¹²⁰. Toutefois, dans les cas où le texte des deux codes est semblable, la doctrine française contemporaine peut suppléer en partie à ce besoin:

La législation ancienne aura, dans sa ressemblance avec le Code Napoléon, ce Code même avec ses commentaires pour développement, sans exclure les auteurs anciens qui, avec le texte des lois anciennes, la jurisprudence française et la nôtre, seront nos seuls guides, dans le cas de contrariété. Rien, dans ce livre, pas plus que dans le Code, ne la séparera de la législation nouvelle. L'isolement serait d'ailleurs impossible.¹²¹

Si le code québécois reproduit l'ancien droit, celui-ci constitue le «développement» de ses dispositions¹²². Peut-on dire pour autant que le juriste doit tenir le code en «conférence continue» avec l'ancien droit et le code français¹²³? L'extrait précité montre plutôt que la doctrine française doit jouer un rôle privilégié, «sans exclure» les auteurs anciens, les textes législatifs et la jurisprudence antérieurs au code. Ceux-ci sont les «seuls guides, dans le cas de contrariété» avec la disposition française équivalente. Bien entendu, si le législateur a modifié l'état du droit, les sources anciennes ne sont plus directement pertinentes. Mais Loranger ne regrette certainement pas l'époque où la «connaissance des livres où l'on put étudier la loi, était presque par elle-même une étude»¹²⁴ et où les textes étaient «fréquemment mis en controverse par les dissentiments des auteurs et les incertitudes de la jurisprudence»¹²⁵. Pour lui, la codification «en fixant les principes, [...]

119. Pour le droit français, voir les auteurs cités *supra*, note 24.

120. T.J.J. LORANGER, *op. cit.*, note 118, p. 93.

121. *Ibid.* Sur l'importance de la doctrine française dans les cas de divergence entre le code québécois et le code français, voir également *id.*, p. 89-91.

122. *Id.*, p. 92.

123. D. HOWES, *loc. cit.*, note 91, p. 140. Cette expression n'est pas employée par Loranger mais bien par son éditeur, A.E. Brassard (voir *op. cit.*, note 118, p. 7).

124. *Id.*, p. 10.

125. *Id.*, p. 19.

a délivré l'administration de la justice d'une de ses entraves, et fermé une des plaies de la Jurisprudence»; elle a «popularisé la connaissance de l'ancien droit, en en renfermant en un seul volume, les éléments disséminés dans autant de livres que le code contient d'articles»¹²⁶.

Sous réserve du fait qu'il privilégie davantage l'approche historique, l'attitude de Loranger rappelle celle des exégètes français: «le Code n'est pas toute la loi»¹²⁷ et il faut «découvrir le principe»¹²⁸ de chaque disposition en remontant à sa source. La jurisprudence, «souple comme les faits, mobile comme l'état social, se plie à toutes les exigences et tient compte de toutes les nécessités»; elle «accommodé la théorie à la condition de la société»¹²⁹. À son avis, «la lettre rigoureuse et la forme rigide exercent un empire trop souvent absolu» sur les tribunaux québécois; ce «rigorisme étroit» serait dû à l'influence «de la jurisprudence anglaise, dont le formalisme s'est déteint sur la nôtre, et en a comprimé l'essor»¹³⁰. Ce serait méconnaître l'esprit du droit français «que d'en faire l'instrument despotique de la forme ou le complice d'une interprétation judaïque»¹³¹. Car la jurisprudence doit tempérer par l'équité des principes qui sont «faits pour une autre société» parce qu'ils proviennent d'un «droit emprunté», celui de la France¹³².

Nous ne pensons pas que Loranger utilise une méthode «nomade» ou «dialogique»¹³³. Certes, comme les auteurs français du milieu du XIX^e siècle, il accorde beaucoup moins d'importance au texte de la loi qu'aux principes. Ceux-ci doivent être dégagés à la suite d'une étude historique et comparative des droits français et québécois. Si l'on peut admettre que, pour Loranger, le code est composé de «fenêtres ouvrant sur le passé»¹³⁴, il ne faut pas perdre de vue que celles-ci sont entourées de murs – les articles du code. Si le texte de loi est clair, il n'y a pas lieu à interprétation; le «juge ne peut en éluder la lettre pour en pénétrer l'esprit»¹³⁵ ni «surtout,

126. *Id.*, p. 20.

127. *Id.*, «Préface», p. I.

128. *Id.*, p. II.

129. *Id.*, p. V.

130. *Id.*, p. VI.

131. *Id.*, p. VI-VII.

132. *Id.*, p. VII.

133. D. HOWES, *loc. cit.*, note 86, p. 111-115.

134. D. HOWES, *loc. cit.*, note 91, p. 139.

135. T.J.J. LORANGER, *op. cit.*, note 118, p. 159.

sous le prétexte que le sens littéral consacre une injustice, attribuer arbitrairement une pensée plus juste au Législateur, et substituer par là sa présomption à celle de la loi»; le magistrat «est l'esclave de la loi et non son maître»¹³⁶.

Selon Loranger, d'après la majorité des auteurs, si un cas est «omis par le droit civil», le tribunal doit se fonder sur l'équité ou le droit naturel «plutôt que de juger aveuglément, en rejetant toute demande qui ne peut s'étayer d'un texte de droit positif»; seuls Marcadé et Demolombe sont cités à l'appui de cette affirmation¹³⁷. À cet égard, Loranger est bien un anti-positiviste. Mais la place qu'il réserve au droit naturel est étroitement circonscrite. Si la loi donne effet à un «devoir naturel», elle doit être étendue «à tous les cas auxquels ce principe peut s'appliquer, prévus et non prévus, exprimés ou omis»; mais «le juge ne peut ériger en obligations juridiques, les obligations naturelles auxquelles le Législateur n'a pas, expressément ou implicitement, reconnu ce caractère». Dans cette hypothèse, le droit naturel doit «rester dans le domaine de la conscience et sans puissance extérieure»¹³⁸. En outre, il ne saurait s'appliquer «dans les matières de droit arbitraire et rigoureux» tels la succession testamentaire, la prescription, l'enregistrement, l'hypothèque¹³⁹! Dans ces conditions, les règles du droit naturel auquel le juge peut légitimement donner effet semblent se confondre avec les principes généraux qui sont susceptibles d'être déduits des articles du code.

En ce qui concerne le dialogue, nous avons vu que Loranger reproche aux tribunaux québécois de subir l'influence de la jurisprudence anglaise¹⁴⁰. Son approche nous semble typiquement

136. *Id.*, p. 160.

137. *Id.*, p. 203 et 208.

138. *Id.*, p. 206-207. De manière similaire, Loranger admet en théorie la possibilité qu'une loi soit abrogée par le non-usage, mais à des conditions qu'il est pratiquement impossible de remplir (*id.*, p. 140-146).

139. *Id.*, p. 201.

140. *Id.*, p. VI. Il écrit: «Quoiqu'on ne puisse dire que le droit commercial anglais lui-même soit en force parmi nous, on ne peut cependant se cacher que, dans les cas omis par le droit français, dont l'Ordonnance de commerce n'a pas été enregistrée au Conseil Supérieur, et par notre législation statutaire, les usages commerciaux de l'Angleterre avec laquelle nous sommes si étroitement liés par le commerce, ne soient en vigueur devant nos tribunaux» (*id.*, p. IV). En général, si le droit civil d'origine française fournit la solution à un problème, il n'est nul besoin d'examiner le droit anglais. Loranger cite d'ailleurs des auteurs ou des jugements anglais uniquement à propos de règles du droit public où il ne fait aucun doute que le droit anglais s'applique (par exemple, *id.*, p. 217, 232, 260 et 262).

civiliste plutôt qu'universaliste. De la même manière, la publication par De Lorimier et Vilbon des extraits d'ouvrages cités par les codificateurs nous semble répondre aux besoins des nombreux praticiens qui éprouvent des difficultés à se procurer ces documents. Cela confirme simplement l'importance de ces sources, sans qu'on puisse en tirer de conclusions sur l'attitude des juristes de l'époque¹⁴¹. Et l'adjonction de tables alphabétiques au code civil ne constitue pas une «innovation» du XX^e siècle¹⁴², car les premières éditions du code en sont déjà dotées¹⁴³. Encore une fois, l'expression orale et l'universalisme ne nous semblent pas des facteurs explicatifs très puissants. On peut toutefois noter que, jusqu'en 1954, le *Code de procédure civile* semble tenir pour acquis que les juges lisent leur opinion à voix haute en rendant jugement¹⁴⁴. Reste à savoir si leurs décisions possèdent les caractéristiques que leur attribue le professeur Howes.

141. David HOWES, «Faultless reasoning: Reconstructing the Foundations of Civil Responsibility in Quebec Since Codification», (1991) 14 *Dal.L.J.* 90-111, 94; ce texte a également été publié sous le titre «Nomadic Jurisprudence: Changing Conceptions of the "Sources of Law" in Quebec from Codification to the Present», dans ASSOCIATION CANADIENNE DE DROIT COMPARÉ, *Droit Contemporain*, Cowansville, Yvon Blais inc., 1992, p. 1 à 21.
142. D. HOWES, *loc. cit.*, note 86, p. 116.
143. E. LEFEBVRE DE BELLEFEUILLE, *Code civil du Bas-Canada*, Montréal, Beauchemin et Valois, 1866, p. 598-612; Thomas McCORD, *Civil Code of Lower Canada*, Montreal, Dawson bros., 1867, p. 413-462.
144. L'article 1170 du *Code de procédure civile*, S.P.C. 1866, c. 25 (ci-après C.p.c. (1866)) prévoit que le jugement de la Cour d'appel doit être rendu par au moins trois juges qui ont entendu la cause et «sont présents en cour». Un juge qui ne peut être présent peut transmettre «une lettre au greffier de la cour, contenant sa décision et signée par lui», ou signer «un jugement par écrit pour être prononcé et qui est prononcé par tout autre juge»; dans ces conditions, «le jugement ainsi transmis ou signé par lui a le même effet que s'il l'eût prononcé ou y eût concouru cour tenante». D'autre part, le jugement de la Cour «doit contenir un exposé sommaire des points de fait et de droit de la cause et les motifs sur lesquels il est fondé, avec les noms des juges qui y ont concouru ou en ont différé, et adjudication quant aux dépens (art. 1174 C.p.c. (1866)). Il faut donc distinguer le jugement de la Cour, qui est sommaire, et les opinions individuelles des juges, plus élaborées, dont l'existence n'est pas expressément reconnue par le code. En première instance, sauf exception, le jugement doit également être «prononcé à l'audience» par le tribunal (art. 469). Ces dispositions sont reprises par les articles 536, 1241 et 1245 du *Code de procédure civile*, S.Q. 1897, c. 60, art. 68 (ci-après C.p.c. (1897)). Au XIX^e siècle, en apprenant qu'une affaire allait être portée devant le Comité judiciaire, à trois reprises, des juges québécois ont rédigé des motifs dont ils n'ont pas fait état au moment où l'arrêt a été rendu. Le Comité judiciaire a évidemment refusé d'en tenir compte: *Brown c. Guky*, (1862-1870) 5 C.R.A.C. 40, 65 (lord Kingsdown, 1864); *Richer c. Voyer*, (1873-76) 7 C.R.A.C. 82, 106 (sir Montague Smith, 1873); *Rolland c. Cassidy*, (1883-1888) 9 C.R.A.C. 430, 439 (comte Selborne, 1888). Il semble qu'avec le temps, seul le jugement de la Cour est prononcé oralement; les opinions individuelles sont simplement déposées au dossier. Selon l'honorable François Chevalier, qui est

B. L'orientation de la jurisprudence après la codification

Après la codification, les juges québécois ont-ils un esprit nomade qui les porte à examiner différents systèmes juridiques afin de dégager des principes universels? Après avoir examiné certains exemples proposés pour appuyer cette thèse (1), nous discuterons de l'attitude du Comité judiciaire du Conseil privé (2).

1. Des juges québécois éclectiques?

La jurisprudence québécoise de la fin du XIX^e siècle est parfois confrontée au texte du code civil, qui joue un rôle non négligeable dans la solution du litige (a). Dans le domaine de la responsabilité civile, elle ne craint pas de rejeter les solutions du droit anglais, affirmant ainsi son particularisme (b).

a) L'importance accordée au texte du code

Le professeur Howes a bien mis en évidence la tendance des juges québécois à citer un grand nombre de sources en prêtant peu attention à la formulation du code¹⁴⁵. Le professeur André Morel a fait le même constat: en règle générale, il a fallu attendre une vingtaine d'années après la codification pour que les juges et les avocats délaissent les auteurs de l'ancien droit et accordent une place privilégiée au texte de loi et à la doctrine française du XIX^e siècle¹⁴⁶. Peut-on dire pour autant que les juges québécois font preuve d'«anti-positivisme», de nomadisme ou d'éclectisme¹⁴⁷?

devenu membre du Barreau en 1941, en matière civile, les avocats recevaient les arrêts de la Cour d'appel par la poste sans être présents au moment où ils étaient rendus. En 1954, il n'est plus question de lire oralement les opinions des juges (BARREAU DU QUÉBEC, «Mémoire concernant l'administration de la justice dans la province de Québec», (1954) 14 *R. du B.* 48-64, 60). Cette même année, l'article 1241 est complètement revu. Le juge de la Cour d'appel qui a présidé l'audition d'une cause peut rendre jugement en audience publique «en l'absence des autres juges»; mais le jugement peut également «être déposé au greffe de la cour, sous la signature d'au moins la majorité des juges qui ont entendu la cause», auquel cas le greffier doit donner avis du dépôt aux parties (*Loi modifiant le Code de procédure civile*, S.Q. 1954, c. 27, art. 16). Il n'est donc plus nécessaire de prononcer le jugement, même s'il demeure possible de le faire. À l'heure actuelle, les tribunaux québécois peuvent encore rendre jugement oralement, mais ils le font rarement dans des causes complexes.

145. David HOWES, «Dialogical Jurisprudence», dans W. Wesley PUE et Barry WRIGHT (éd.), *Canadian Perspectives on Law & Society, Issues in Legal History*, Carleton University Press, Ottawa, Canada, 1988, p. 71-90.

146. A. MOREL, *loc. cit.*, note 97, p. 60-62.

147. Voir D. HOWES, *loc. cit.*, note 86, p. 111-115.

Nous avons vu à la section précédente que, dans l'esprit de Loranger, le droit naturel ne pouvait pas contredire les orientations fondamentales du code; cet auteur dénonce également l'influence du droit anglais sur la jurisprudence québécoise. D'autres exemples choisis par le professeur Howes montrent que, après la codification, la place des principes universels et du dialogue avec le droit anglais est plus limitée qu'il ne le prétend¹⁴⁸.

En premier lieu, l'arrêt *St-Charles c. Doutre*¹⁴⁹ illustre la méthode du juge Loranger. L'appelant exploite une charcuterie à côté d'un immeuble à logement appartenant à l'intimé; il maintient son établissement en bon état de propreté et ne contrevient à aucun règlement. Néanmoins, les odeurs qui s'en dégagent font fuir les locataires voisins. L'intimé lui réclame donc des dommages. Dans ses motifs dissidents, le juge Loranger soutient que les articles 1053 et 1054 du Code civil sont fondés sur un principe général qui détermine l'issue du litige, à savoir «Ne faire de tort à personne et réparer ce tort quand il est fait»¹⁵⁰. On pourrait conclure que «un voisin ne devrait jamais incommoder un voisin»; mais «l'expérience nous apprend cependant que le voisinage n'est possible qu'en souffrant une multitude d'inconforts». Il faut donc «mesurer l'étendue de la tolérance que se doivent réciproquement les maîtres d'héritage voisin» afin de définir «la ligne de démarcation entre le fait imputable, c'est-à-dire la faute, et celui qui ne l'est pas»¹⁵¹. Or la simple diminution d'agrément ne donne pas droit à une indemnité: «quoiqu'en général les raffinés n'aiment pas le voisinage des établissements de ce genre, pour des gens à goûts plus vulgaires une charcuterie de ce genre peut ne pas soulever les mêmes objections»¹⁵². En revanche, le propriétaire qui subit une diminution des qualités matérielles ou substantielles de son bâtiment doit être indemnisé¹⁵³. En définitive, le principe général énoncé par le juge Loranger au début de ses motifs semble absorbé par le critère de la faute. Selon lui, celle-ci consiste à occasionner une diminution de la valeur ou de l'utilité d'un immeuble voisin. Nous ne croyons donc pas qu'il y ait là une forme de responsabilité sans faute¹⁵⁴.

148. D. HOWES, *loc. cit.*, note 141, p. 94-96.

149. (1874) 18 L.C.J. 253 (B.R.).

150. *Id.*, p. 254.

151. *Id.*, p. 255.

152. *Id.*, p. 256.

153. *Ibid.*.

154. D. HOWES, *loc. cit.*, note 141, p. 95. Il semble que, dans l'esprit de Loranger, le critère de la faute et l'article 1053 C.c.B.-C. constitue une des pierres

Les autres juges n'acceptent pas la distinction entre la diminution d'agrément et de la diminution de valeur. Le juge Ramsay cite des décisions anglaises et résume la doctrine française concernant «les obligations ordinaires du voisinage»¹⁵⁵. Le juge Sanborn affirme que les articles 1053 et 1054 C.c.B.-C. énoncent un principe qui est d'application universelle si l'on évalue correctement la faute ou la négligence de l'une ou l'autre des parties. Il s'appuie uniquement sur des auteurs français¹⁵⁶, tout comme le juge Jean-Thomas Taschereau¹⁵⁷. Ce dernier et le juge Ramsay ne mentionnent pas l'article 1053 ou le critère de la faute. Ils ne sont toutefois pas les premiers ni les derniers à se dispenser de rappeler des notions aussi élémentaires... En outre, des arrêts plus tardifs portant sur l'émission d'odeurs insupportables pour les voisins présentent les mêmes caractéristiques¹⁵⁸.

L'arrêt *Doolan c. Corporation of Montreal*¹⁵⁹ résulte de l'arrestation injustifiée d'un cocher par des policiers qui l'ont sérieusement malmené; sa calèche a également été endommagée à l'occasion de cet incident. Il poursuit donc la ville qui emploie les agents de la paix. Celle-ci invoque le quatrième alinéa de l'article 365 C.c.B.-C., aux termes duquel les personnes morales («corporations») «ne peuvent ni poursuivre ni être poursuivies pour assaut, batterie ou autre voie de fait qui se commettent sur la personne». En Cour de révision, le juge Mackay étudie la règle anglaise selon laquelle une personne morale ne peut être poursuivie pour une atteinte aux droits d'autrui (*trespass*). Ce principe est fondé sur des considérations de procédure qui n'existent pas au Bas-Canada. Après avoir décrit l'évolution considérable du droit anglais sur cette question, il ajoute:

angulaires du code (*op. cit.*, note 118, p. 367-368). Notons que, par la suite, la doctrine française a remis en cause l'utilisation du critère de la faute dans les troubles de voisinage, amorçant ainsi un débat qui se poursuit toujours (voir J.-L. HALPÉRIN, *op. cit.*, note 24, n° 85, p. 137-138 et n° 131, p. 196-197; Adrian POPOVICI, «La poule et l'homme: sur l'article 957 C.c.Q.», (1996-97) 99 *R. du N.* 214-255; M.-C. PRÉMONT, *loc. cit.*, note 62, p. 135-143).

155. *St-Charles c. Doutre*, précité, note 149, p. 257.

156. *Id.*, p. 259.

157. *Id.*, p. 259.

158. *Drysdale c. Dugas*, (1897) 26 R.C.S. 20: le juge en chef Strong affirme que l'article 1053 C.c.B.-C. s'applique aux abus du droit de propriété et discute de la jurisprudence anglaise (*id.*, p. 22-23) tandis que le juge H.É. Taschereau cite simplement la doctrine et la jurisprudence française portant sur les odeurs qui «par leur continuité et leur intensité excèdent la mesure des inconvénients ordinaires et inséparables du voisinage» (*id.*, p. 27). On peut constater des différences semblables dans *Canada Paper Company c. Brown*, (1922) 63 R.C.S. 243: voir p. 252 (j. Duff), p. 254-256 (j. Anglin) et p. 260-261 (j. Brodeur).

159. (1870) 13 L.C.J. 71 (C. de R.).

Blackstone, and art. 365 of our Code merely give definitions. As in England, actions may be brought against corporations for assaults by their servants, notwithstanding Blackstone and the common law doctrine, so the same may be instituted here, notwithstanding the code. Surely, under the generality of our code corporations are not free to assault by deputation, and to trespass at pleasure!¹⁶⁰

Il conclut que la défenderesse a ratifié les actes des policiers en alléguant dans sa défense que leurs agissements étaient justifiés. Il ajoute:

It is most agreeable to the policy of the present day to attach to corporations the same liabilities to which natural persons are subject. Angell & Ames Ch. 11. Without saying how far generally, or in other cases I would go, I say in the present one that the defendants are responsible to the plaintiff, notwithstanding anything in our Civil Code. We consider that we violate no article of the Code by holding as we do in this case.¹⁶¹

À première vue, le juge Mackay s'appuie sur un principe général qui découle de l'évolution du droit anglais afin d'écarter les termes exprès d'une disposition, car il déclare tirer une conclusion indépendamment de sa phraséologie. Mais une analyse plus poussée montre qu'il en respecte parfaitement le contenu. On peut tout d'abord noter qu'au Québec les règles concernant les personnes morales sont très largement inspirées du droit anglais; historiquement, le modèle français a été abandonné. Les codificateurs citent donc Blackstone sous ce qui va devenir l'article 365¹⁶². Ainsi, il n'est pas étonnant que le juge Mackay fasse référence à cet auteur. Ensuite, l'article 365 énonce les «incapacités qui résultent de la nature même des corporations». Entre autres, ces dernières ne peuvent exercer la tutelle ou la curatelle (1^{er} al.), agir comme exécuteur testamentaire, être chargées d'une fonction qui nécessite la prestation d'un serment (2^e al.), «comparaître en justice autrement que par procureur» (3^e al.) ou «servir comme témoins, ou comme jurés» (5^e al.). Il s'agit ici de rappeler que les personnes morales ne peuvent poser certains gestes réservés aux personnes physiques. Ces «définitions», qui sont souvent des évidences, n'ont manifestement pas pour but de limiter l'étendue de la responsabilité de ces entités. Replacé dans son contexte, le quatrième alinéa laisse donc entière la question de la responsabilité

160. *Id.*, p. 73.

161. *Id.*, p. 74.

162. Voir *Deuxième rapport*, *op. cit.*, note 111, p. 352.

du fait des préposés. Et c'est bien là ce qu'explique le juge Mackay dans sa conclusion:

The Corporation is not sued for assault by it; it, an *être*, cannot commit assault. The Code says so. The Corporation is sued for assaults by its servants approved by it, attempted to be justified, but not justified by it, and we hold that it may be condemned.¹⁶³

Le juge Mondelet se contente d'ailleurs d'affirmer que, en alléguant que les agents ont agi d'une manière justifiable, la ville a reconnu qu'elle était responsable de leurs actes¹⁶⁴.

Le nœud du litige porte donc sur la responsabilité de la ville pour les actes de ses préposés. Cela ressort clairement de l'arrêt de la Cour d'appel¹⁶⁵, qui n'a pas retenu l'attention de M. Howes, mais qui illustre de manière éclatante le souci des civilistes du XIX^e siècle de faire obstacle à l'application du droit anglais. Dans sa dissidence, le juge Badgley cite (en français) les termes pertinents de l'article 1054 ainsi qu'un auteur et une décision d'Angleterre. Il conclut que les policiers ne sont pas les préposés de la ville car ils n'agissent pas sous sa direction ni pour son compte; ils assurent plutôt le maintien de l'ordre¹⁶⁶. Le juge-en-chef Duval fait également état de sa dissidence. Pour lui, le droit anglais s'applique, car la ville poursuit en l'espèce une fin publique¹⁶⁷. Le juge Caron (l'un des codificateurs) affirme que la solution du litige doit provenir du droit français; il donne gain de cause au demandeur¹⁶⁸. Le juge Drummond croit que les textes anglais sont favorables au demandeur, mais que les sources françaises le sont encore davantage. Il déclare que le gouvernement doit être placé dans la même position qu'un individu qui tente de faire valoir ses droits civils. Celui-ci a le droit de se fonder sur le droit français; c'est pourquoi l'action du demandeur doit être accueillie¹⁶⁹. Enfin, le juge Monk aurait tendance à croire que le droit français s'applique. Cependant, la ville a allégué que les agissements des policiers étaient justifiés, ce qui signifie qu'elle reconnaît être responsable de leurs actes¹⁷⁰.

163. *Doolan c. Corporation of Montreal*, précité, note 159, p. 74.

164. *Id.*, p. 71.

165. *Corporation of Montreal c. Doolan*, (1874) 18 L.C.J. 124 (B.R., 1871).

166. *Id.*, p. 125-126.

167. *Id.*, p. 127.

168. *Ibid.*

169. *Id.*, p. 127-128.

170. *Ibid.*

Cette affaire nous confronte à la ligne de démarcation très incertaine entre le droit public et le droit privé québécois. Elle nous offre l'exemple de juges qui doivent choisir entre les règles du droit anglais, qui sont favorables à la ville, et celles du droit français, qui sont à l'avantage du demandeur. Les opinions des juges à ce sujet sont indépendantes de la langue: les juges Badgley et Duval optent pour les premières, tandis que les juges Caron, Drummond et Monk (en *obiter* dans ce dernier cas) choisissent les secondes. Il n'est plus question ici de l'article 365 C.c.B.-C., mais bien de l'article 1054 et du lien de préposition. En définitive, nous retrouvons des phénomènes avec lesquels les juristes contemporains sont familiers: l'application d'un critère posé par le code civil et les divergences entre le droit civil et la common law.

L'arrêt *Rutherford c. Grand Trunk Railway Company*¹⁷¹ porte sur l'obligation imposée aux compagnies ferroviaires de transporter des biens sur demande, sauf s'il existe une raison valable de refuser de le faire. Cette règle est énoncée par une loi canadienne inspirée d'un texte britannique ainsi que par l'article 1673 C.c.B.-C. La Cour du banc de la Reine conclut que la loi canadienne diffère de la loi britannique et n'accorde aucune discrétion au transporteur¹⁷². Le juge Sanborn affirme de plus que l'article 1673 est identique aux règles correspondantes du droit anglais. Il ajoute: «Our own law is too explicit to render it necessary to resort to the general law applicable to common carriers, except to show that it is not exceptional in principle»¹⁷³. Il enchaîne avec une discussion de la loi canadienne. Dans l'esprit du professeur Howes, ce magistrat affirme que le droit civil n'est pas exceptionnel si on le compare aux autres systèmes de droit. Il poursuit en inversant la proposition du juge Sanborn: si le droit civil québécois contient un principe exceptionnel, il est légitime de recourir aux principes juridiques généraux communs à plusieurs systèmes afin d'en interpréter les dispositions¹⁷⁴. Pourtant, dans cette affaire, le juge Sanborn conclut que les textes applicables tranchent la difficulté¹⁷⁵. Il ne nous indique pas quelle serait son attitude dans le cas contraire.

171. (1876) 20 L.C.J. 1.

172. *Id.*, p. 15-16 (j.-en-chef Dorion), p. 16 (j. Ramsay), p. 18 (j. Sanborn) et p. 20 (j. J.-T. Taschereau).

173. *Id.*, p. 18.

174. D. HOWES, *loc. cit.*, note 145, p. 73.

175. Notons que le juge Taschereau ne cite ni doctrine ni jurisprudence (*Rutherford c. Grand Trunk Railway Company*, précité, note 171, p. 19-20).

Un autre arrêt permet d'apporter un début de réponse à cette question. Le litige fait suite à une vente aux enchères au cours de laquelle certains enchérisseurs étaient de connivence avec le vendeur. En première instance, le juge Torrance annule la vente en citant la jurisprudence anglaise et américaine, Cicéron et l'auteur écossais Bell¹⁷⁶. En Cour d'appel¹⁷⁷, les cinq juges admettent que ce procédé constitue un cas de dol; les deux juges dissidents estiment que l'acheteur a reconnu avoir payé un prix satisfaisant après avoir découvert le stratagème utilisé; pour cette raison, il ne peut obtenir l'annulation de la vente. Trois juges se fondent expressément sur l'article 993 du *Code civil du Bas Canada*¹⁷⁸. Pour sa part, le juge Ramsay fait une déclaration qui semble soutenir la théorie du professeur Howes:

It has been said that Art. 993 C.C. decides the case. That is a very narrow view of the article, and placing the mere cast-iron form of types and ink against the broad meaning of the law as it has always been understood. But I go further, and say it is not critically the construction of the article. What is the contract of a vendor by an auction sale? It is to sell to the highest among honest bidders. It cannot be presumed that any one ever consented to buy at an auction with simulated bidders.¹⁷⁹

En d'autres termes, pour prouver que l'acheteur aurait refusé de conclure le contrat en l'absence des manœuvres frauduleuses, il n'est pas nécessaire d'établir que le prix versé est trop élevé; il suffit de constater qu'il aurait refusé de participer à des enchères truquées. Il n'y a donc pas de conflit entre «la simple mise en forme typographique» et «la signification large du droit tel qu'il a toujours été compris», bien que cette possibilité soit évoquée.

Quatre des cinq juges affirment expressément que le droit français est le seul qui soit applicable¹⁸⁰, même si les parties et les juges n'ont découvert aucune opinion doctrinale portant sur la

176. *Jetté c. McNaughton*, (1875) 19 L.C.J. 153, 155.

177. Le professeur Howes cite cet arrêt mais il discute uniquement de la motivation en première instance: *loc. cit.*, note 1, p. 531, note 38.

178. *Jetté c. McNaughton*, (1876) 20 L.C.J. 255, 259 (j. Sanborn, diss.), 261 (j.-en-chef Dorion) et 269 (j. Tessier).

179. *Id.*, p. 273.

180. *Id.*, p. 259 (j. Sanborn, diss.); p. 261 (j.-en-chef Dorion, diss.); p. 267 (j. Tessier) et p. 276 (j. Monk). Le juge Ramsay croit que les décisions anglaises et américaines citées sont pertinentes (*id.*, p. 269).

question en litige¹⁸¹. Le recours au droit anglo-américain devrait donc pouvoir jouer un rôle important, au moins à titre comparatif. Or la jurisprudence anglaise est assez équivoque: les tribunaux de common law ont décidé que la présence d'un enchérisseur de connivence avec le vendeur annule les enchères; en revanche, la Cour de chancellerie a jugé que la présence d'un seul complice était acceptable. En 1867, une loi du Parlement britannique décrète que la vente sera annulée dans tous les cas; la Cour suprême des États-Unis a également émis une opinion semblable¹⁸². En somme, étant donné que l'opinion des tribunaux de common law a triomphé, il est possible de soutenir que les principes d'un droit universel conduisent à annuler la vente.

Tel n'est pourtant pas l'avis du juge Sanborn. Il conclut que les décisions anglaises et américaines ne sont pas claires «[traduction] en supposant qu'elles soient déclaratoires des principes de notre droit»¹⁸³. Surtout, aux termes de l'article 993 C.c.B.-C., l'acheteur doit prouver que, n'eût été des manœuvres frauduleuses, il aurait refusé de conclure le contrat. Le magistrat croit qu'il lui incombe de prouver ce fait. Il s'agit là d'une règle expresse du droit positif qui ne requiert aucune explication. À son avis, le dol pratiqué en l'espèce n'a pas joué un rôle déterminant, car l'acheteur était satisfait du prix. Dans ces conditions, la sanction d'un procédé déloyal relève de la morale plutôt que du droit. Au sujet de l'opinion de Cicéron, il ajoute:

The greater number of those who have written upon natural laws have regarded it as going too far. If we are to take writers upon the Stoic philosophy as authority upon practical questions of law, we might as well go back to Diogenes, who, an earlier exponent of that philosophy, decides the question in a sense quite adverse to Cicero.¹⁸⁴

181. *Id.*, p. 261 (j.-en-chef Dorion, diss.).

182. *Id.*, p. 258 (j. Sanborn, diss.).

183. *Ibid.*: «Does the employment of puffers at a sale of many lots, vitiate the sale of separate lots to the purchasers, where puffers have not bid or enhanced the value of the property? This may be answered in the affirmative or the negative, as one interprets the law. The affirmative is not necessarily approved by the authorities cited from English and American decisions, supposing them to be declaratory of the principles of our law».

184. *Id.*, p. 259-260. Le juge Sanborn explique que l'opinion de Cicéron et de Diogène ne porte pas sur une vente aux enchères mais bien sur l'hypothèse du vendeur qui ne divulgue pas les nouvelles qu'il est le seul à connaître et qui auront un impact déterminant sur la valeur des biens vendus.

Deux collègues du juge Sanborn soulignent également qu'ils doivent appliquer uniquement le droit en vigueur, par opposition aux règles morales¹⁸⁵. Toutefois, les juges majoritaires croient que l'acheteur a consenti uniquement à payer le prix déterminé au terme d'enchères honnêtes; il n'a donc pas à prouver que le prix de l'adjudication est trop élevé¹⁸⁶. Cette affaire illustre à merveille les risques associés à la recherche de principes universels au sujet desquels les philosophes et les tribunaux anglais diffèrent d'opinion. En définitive, nous croyons que la majorité des juges accorde un rôle essentiel aux dispositions du code, qu'il s'agisse de l'existence d'un préjudice monétaire ou du fait que l'acheteur aurait refusé de participer à des enchères frauduleuses. S'ils n'hésitent pas à examiner les décisions de common law, ils rappellent qu'elles ne sauraient les lier dans une affaire de droit civil.

b) *Une responsabilité sans faute?*

Le professeur Howes a également mis en lumière le fait que la jurisprudence québécoise de la fin du XIX^e siècle reconnaît la responsabilité sans faute dans l'hypothèse où une étincelle provenant d'une locomotive déclenche un incendie, même s'il était impossible d'empêcher ce phénomène¹⁸⁷. Sa présentation est toutefois incomplète. Une suite ininterrompue de décisions québécoises à cet effet culmine avec l'arrêt *Canadian Pacific Railway Co. c. Roy*¹⁸⁸. La compagnie appelante soutient que sa loi constitutive fédérale est semblable à certaines lois anglaises et invoque les décisions qui ont interprété les textes de ce genre en Angleterre ou dans les autres provinces canadiennes. Ces arrêts exonèrent les compagnies de chemins de fer qui ont pris toutes les précautions possibles pour ne pas causer de préjudice aux propriétés adjacentes à la voie.

Les motifs du juge Bossé revendiquent clairement l'autonomie du droit civil québécois: «nous ne pouvons pas dire que

185. *Id.*, p. 262 (j.-en-chef Dorion, diss.), p. 269 (j. Ramsay). Bien que le juge Tessier ne se prononce pas expressément sur la question, son analyse se limite aux principes du droit civil et ne contient aucune allusion aux règles morales (*id.*, p. 269). Le juge Monk se réjouit toutefois du fait que la décision de la Cour soit conforme au bon sens et à l'opinion morale de tous (*id.*, p. 277).

186. *Id.*, p. 267-269 (j. Tessier), p. 273 (j. Ramsay) et p. 276-277 (j. Monk).

187. D. HOWES, *loc. cit.*, note 141, p. 103-104; *Leonard c. Canadian Pacific Railway Co.*, (1889) Q.L.R.93.

188. (1900) 9 B.R. 551.

l'interprétation anglaise devrait être adoptée dans la province de Québec si elle constituait une violation de notre droit civil ou une infraction à ce droit»¹⁸⁹. Au Québec, une loi fédérale qui autorise une compagnie à faire fonctionner un appareil dangereux ne saurait soustraire celle-ci à l'application de la règle de l'article 1053 C.c.B.-C.¹⁹⁰. Aux termes de l'article 356 C.c.B.-C., les personnes morales sont «régies par les lois affectant les individus, sauf les privilèges dont elles jouissent et les incapacités dont elles sont frappées». Pour le juge Bossé, ce texte est «impératif»; «[i]l est vrai qu'il est contraire à la jurisprudence anglaise, mais c'est notre loi et nous devons l'appliquer»¹⁹¹. La doctrine et la jurisprudence françaises sont d'ailleurs unanimes à condamner la compagnie ferroviaire dans un cas semblable¹⁹². Le juge Hall défend l'autonomie du droit civil avec autant de vigueur: «[...] we are controlled by a different authority which is binding upon us wherever it conflicts with the law of England, as it does upon this question and under that authority we are of opinion that a different rule prevails»¹⁹³. Il ajoute: «[...] we entirely concur in the wisdom and equity of the rule which our courts have established. It is plain, too, that in countries where a contrary rule is in force, many judges protest against its correctness and evade its effect where an opportunity presents [sic: itself]»¹⁹⁴.

Cette belle jurisprudence possède les caractéristiques identifiées par le professeur Howes. Elle est fondée sur une recherche de principes justes après une comparaison de la common law et du droit civil; mais elle se solde par un constat: il n'est pas possible de réconcilier les deux systèmes sur ce point. En outre, elle va être anéantie en 1902 par le Comité judiciaire du Conseil privé¹⁹⁵. Le chancelier Halsbury rappelle que la législature a autorisé la

189. *Id.*, p. 564.

190. *Id.*, p. 566-567. Compte tenu du fait que le juge Bossé discute d'une responsabilité sans faute, la référence à l'article 1053 est plutôt curieuse.

191. *Id.*, p. 567.

192. *Id.*, p. 565. Il semble qu'en France, aux termes d'un décret de 1810, les propriétaires d'établissements dangereux sont tenus de réparer le dommage causé aux propriétés voisines (*ibid.*). En matière de travaux publics, le droit administratif français impose une responsabilité sans faute, notamment dans le cas d'incendies allumés par des locomotives le long des voies ferrées (Marcel PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, 7^e éd., t. II, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1917, n° 931bis, p. 309).

193. *Id.*, p. 571.

194. *Id.*, p. 573.

195. *Canadian Pacific Railway Co. v. Roy*, [1902] A.C. 220, (1897-1902) 12 C.R.A.C. 374.

compagnie appelante à faire fonctionner un chemin de fer aux endroits et en la manière spécifiée dans sa loi constitutive. À son avis, cette activité ne peut pas davantage constituer une faute en vertu du Code civil qu'un préjudice donnant ouverture à un recours en Angleterre¹⁹⁶. Cette loi particulière écarte le droit commun; il s'agit d'un privilège dont bénéficie la compagnie en tant que personne morale aux termes de l'article 356 C.c.B.-C.¹⁹⁷. Il est clair que le Comité judiciaire entend assurer l'uniformité de la jurisprudence concernant les lois d'inspiration britannique qui créent des compagnies ferroviaires. Ce faisant, il décide que celles-ci sont incompatibles avec les règles du droit civil. En définitive, c'est l'interprétation d'une loi particulière qui est considérée comme déterminante.

L'arrêt *Cité de Québec c. Mahoney*¹⁹⁸ porte sur la réclamation d'un propriétaire dont l'immeuble a été démoli pour empêcher la propagation d'un incendie. La plus récente version de la charte de la ville ne prévoit pas l'octroi d'une indemnité dans cette hypothèse, contrairement aux versions antérieures et aux lois québécoises régissant d'autres villes. Le professeur Howes montre bien que le juge Cimon (ad hoc) utilise de très nombreuses citations tirées du droit romain et de l'ancien droit pour écarter la jurisprudence anglo-américaine. Dans l'ancien droit français, l'obligation d'indemniser le propriétaire de la maison détruite incombe aux voisins dont les maisons ont été sauvées. En 1841 et en 1855, le législateur autorise les officiers de la ville à ordonner la démolition de maisons en cas de conflagration; en outre, le conseil municipal peut subvenir aux dépenses encourues pour arrêter le progrès des incendies. La ville est donc tenue d'indemniser les propriétaires des maisons détruites¹⁹⁹. Pour le juge Cimon, même si la deuxième règle n'a pas été reprise lors de la refonte de la charte, le droit à une indemnité subsiste. Il affirme qu'il «serait évidemment contraire aux vrais principes de notre droit civil, que l'on pût ainsi protéger sa propriété aux dépens d'autrui, sans l'indemniser»²⁰⁰. À propos du plus récent «statut» qui a refondu la charte de la ville, il déclare: «rien ne montre qu'il a voulu, sur ce point, dans cette refonte, changer la loi statutaire antérieure qui, d'ailleurs, ne faisait qu'exprimer ou répéter les principes de notre droit civil

196. *Id.*, p. 229.

197. *Id.*, p. 231.

198. (1901) 10 B.R. 378.

199. *Id.*, p. 405-406.

200. *Id.*, p. 402-403.

français, tels que donnés par les meilleurs interprètes de ce droit»²⁰¹. En outre, il écrit «je ne m'arrêterai pas davantage à discuter cette doctrine américaine et anglaise, car je n'ai aucun doute qu'il faut, dans la présente cause, appliquer notre droit civil français. [...] Il y a longtemps qu'il a été décidé que les droits des individus contre les corporations municipales sont établis et régis, dans notre province, par notre droit civil français; et c'est là notre jurisprudence constante depuis la cause *Corporation de Montréal v. Doolan*, 18 L.C.J., 124»²⁰².

Encore une fois, cette affaire porte essentiellement sur l'interprétation d'une loi dans un contexte de droit public plutôt que sur les règles du droit civil. La tentative du juge Cimon de suppléer le silence du législateur par le recours à l'ancien droit n'est pas très convaincante, car ce dernier impose une responsabilité aux voisins plutôt qu'à la municipalité. Ce long exposé sur «les vrais principes de la justice et de notre droit civil»²⁰³ permet de justifier une interprétation audacieuse et certainement très équitable du texte de loi. Il ne fait pas de doute que la démarche du juge Cimon est assez courante au XIX^e siècle et qu'elle offre un contraste saisissant avec l'approche formaliste qui prévaut au XX^e siècle²⁰⁴.

Cette attitude est-elle néanmoins représentative de celle qu'adopte l'ensemble des juges après la codification? Nous croyons plutôt avoir montré qu'il existe plusieurs types d'approches à cette époque. Dans son analyse des décisions rendues dans des affaires de droit commercial entre 1875 et 1900, la professeure Raymonde

201. *Id.*, p. 407. Pourtant, les lois de 1841 et de 1855 sur lesquelles s'appuie le juge Cimon ont été expressément abrogées par la loi de 1865 que le législateur qualifie de refonte: *Acte pour amender et refondre les dispositions contenues dans les actes et ordonnances concernant l'incorporation de la cité de Québec et l'Aqueduc de la dite cité*, S.P.C. 1865, c. 57, préambule et art. 39.12.

202. *Id.*, p. 409. Sur l'arrêt Doolan, voir ci-dessus la partie du texte contenant la note 159.

203. *Id.*, p. 410.

204. Voir D. HOWES, *loc. cit.*, note 141, p. 96-101. Cet auteur reconnaît que, pour chaque exemple où la formulation du code ne retient pas l'attention du juge, on peut trouver une autre décision où le texte de loi est scruté à la loupe (*id.*, p. 96, note 19). D'autre part, le juge Duff, qui privilégie selon le professeur Howes une interprétation formaliste, accepte sans difficulté le principe posé dans l'arrêt *Cité de Québec c. Mahoney*, précité, note 198, en reconnaissant qu'il s'agit d'une forme de responsabilité sans faute: *Guardian Assurance Company c. Town of Chicoutimi*, (1915) 51 R.C.S. 562, 572-576 (diss.).

Crête fait également des constats qui sont significatifs. Dans les cours inférieures, les juges sont moins nombreux à rédiger des motifs; ceux-ci sont plus brefs et contiennent moins de citations qu'en Cour d'appel et en Cour suprême; il n'est pas rare de n'y trouver aucune référence²⁰⁵. En outre, l'approche «exégétique et positiviste» du droit est bien présente dès la fin des années 1880²⁰⁶. Les tribunaux québécois préfèrent citer des décisions canadiennes ou québécoises, tandis que la Cour suprême du Canada se tourne très fréquemment vers les précédents britanniques, qui sont également cités régulièrement en Cour d'appel²⁰⁷. Sauf à la Cour suprême, les références à la doctrine française ou belge ont une fréquence comparable aux renvois à la jurisprudence québécoise; elles éclipsent nettement les précédents britanniques. Enfin, les juges québécois n'hésitent pas à écarter les règles du droit anglais qui diffèrent du droit civil québécois²⁰⁸.

Il semble donc que les juges de l'époque accordent une très grande importance aux sources de droit civil, même s'ils acceptent de prendre en considération la common law. S'il nous paraît juste de dire que leurs motifs sont souvent caractérisés par un style rhétorique, il semble exagéré d'affirmer qu'ils ont un esprit nomade. En effet, l'évolution du droit civil québécois avant la codification leur indique les sources qu'ils peuvent consulter. S'ils accordent une grande importance aux «principes», ils ne sont pas pour autant dégagés de toute contrainte à l'égard des textes de loi dont la signification leur paraît claire. Et il est certain que le Comité judiciaire du Conseil privé veille à leur inculquer le souci de scruter minutieusement un texte de loi²⁰⁹. C'est ce qu'il nous reste à montrer.

2. Le Comité judiciaire du Conseil privé

Après un bref rappel des règles qui régissent le Comité judiciaire du Conseil privé (a), nous analyserons les arrêts qui traitent du code civil antérieurement à 1906 (b)

205. R. CRÊTE, *loc. cit.*, note 94, p. 231-254.

206. *Id.*, p. 226-227.

207. *Id.*, p. 248-249.

208. *Id.*, p. 245-246.

209. Nous sommes en accord avec les propos que tient à ce sujet le professeur Howes (par ex. *loc. cit.*, note 145, p. 76-77).

a) *La composition du Comité*

En 1833, une loi confirme la compétence du Comité judiciaire du Conseil privé en ce qui concerne les pourvois formés contre les décisions rendues dans les colonies britanniques; elle règle également sa composition²¹⁰. Depuis 1876, les juges de la Chambre des lords qui sont nommés au Conseil privé sont automatiquement membres du Comité²¹¹. Depuis 1881, il en va de même des juges de la Cour d'appel d'Angleterre. En pratique, tous ces juges sont effectivement nommés au Conseil privé et peuvent donc siéger au Comité²¹². Les juges des autres cours supérieures de Grande-Bretagne peuvent également en être membres, à la même condition²¹³; il en va de même pour certains juges ayant siégé en

210. *An Act for the better Administration of Justice in His Majesty's Privy Council*, 1833 (R.-U.), c. 41. Aux termes de l'article 1, certaines personnes sont automatiquement membres du Comité. Outre les titulaires de certaines fonctions (le président du Conseil privé, le chancelier, le gardien du grand sceau de Grande-Bretagne) il s'agit des juges actifs ou retraités des principales cours d'Angleterre qui sont nommés au Conseil privé et de deux autres membres que le roi peut nommer au Comité judiciaire. Le souverain peut également demander à d'autres membres du Conseil privé de participer à l'audition d'un pourvoi même s'ils ne sont pas membres du Comité (art. 5). Il peut également solliciter l'avis du Comité sur quelque question que ce soit: c'est la procédure du renvoi (art. 4). L'article 30 prévoit le versement d'une indemnité à deux juges qui ont exercé leur fonction outre-mer, notamment aux Indes, s'ils assistent aux audiences; ils ne sont pas membres du Comité et sont qualifiés par la suite d'«assesseur». Le quorum est de quatre membres (art. 5); il est réduit à trois en 1851 (*An Act to improve the Administration of Justice in the Court of Chancery and in the Judicial Committee of the Privy Council*, 1851 (R.-U.), c. 83, art. 16; cette loi crée le poste de juge de la Cour d'appel de la chancellerie et décrète que les juges qui y siègent font automatiquement partie du Comité judiciaire s'ils sont nommés au Conseil privé: art. 15); voir généralement P.A. HOWELL, *The Judicial Committee of the Privy Council 1833-1876*, Cambridge, Cambridge University Press, 1979, chap. 2.

211. *Appellate Jurisdiction Act*, 1876, 1876 (R.-U.), c. 59, art. 6.

212. R. STEVENS, *op. cit.*, note 101, p. 74; J. J. BEAUCHAMP, *The Jurisprudence of the Privy Council*, Montreal, A. Periard, 1891, p. i. Nous avons constaté que onze des quinze juges qui, selon Beauchamp, siègent habituellement au Comité entendent également des pourvois à la Chambre des lords (voir R. STEVENS, *op. cit.*, note 101, Index). Notons que les anciens chanceliers et les lords qui ont siégé dans une cour supérieure d'Angleterre, d'Écosse ou d'Irlande peuvent entendre et disposer des pourvois entendus par la Chambre. Les lords qui ne sont pas juges participent uniquement aux travaux parlementaires (*Appellate Jurisdiction Act*, 1876, précité, note 211, art. 5(3) et 25). Il convient également de signaler que le Comité judiciaire entend davantage de pourvois que la Chambre des lords (R. STEVENS, *op. cit.*, note 101, p. 72-73).

213. *Appellate Jurisdiction Act*, 1887, 1887 (R.-U.), c. 70, art. 3. Les juges des cours de common law ne sont pas tous nommés au Conseil privé; ils sont relativement peu nombreux à participer aux travaux du Comité. Pour leur part, les juges d'equity y siègent régulièrement (P.A. HOWELL, *op. cit.*, note 210, p. 122-156 et 234-237).

Inde²¹⁴. À partir de 1895, certains juges du Canada, d'Australie ou d'Afrique du Sud peuvent également y siéger, bien que la chose n'ait pas été très fréquente²¹⁵. Le Comité judiciaire entend également les pourvois contre les décisions rendues par le tribunal des prises maritimes, où le droit civil et le droit international ont joué un rôle important dans l'évolution du droit anglais; il a également exercé par le passé une compétence dans certains domaines où le droit civil a fait sentir son influence²¹⁶. En 1861, un avocat du Bas-Canada demande au greffier s'il peut agir devant le Comité; la réponse est positive, à condition qu'il s'agisse d'une affaire bas-canadienne. Cette règle déjà bien établie est valable pour toutes les colonies²¹⁷.

214. *Judicial Committee Act, 1871*, 1871 (R.-U.), c. 91, art. 1. Cette loi prévoit la nomination de quatre juges rémunérés au Comité judiciaire; ils doivent siéger ou avoir siégé dans une cour supérieure à Westminster ou dans certaines cours des Indes (*ibid.*). À partir de 1876, après le décès ou la démission de deux de ces juges, un troisième juge doit être nommé à la Chambre des lords; de même, après que les deux autres membres salariés du Comité ont définitivement cessé d'exercer leurs fonctions, un quatrième juge doit être nommé à cette Chambre (*Appellate Jurisdiction Act, 1876*, précité, note 211, art. 14).
215. *Judicial Committee Amendment Act, 1895*, (R.-U.) c. 44, art. 1; David B. SWINFEN, *Imperial appeal, The debate on the appeal to the Privy Council, 1833-1986*, Manchester, Manchester University Press, 1987, p. 77. En ce qui concerne les Canadiens, le juge-en-chef Strong a entendu vingt-huit pourvois et rédigé les motifs de huit arrêts; le juge-en-chef Taschereau a siégé à vingt reprises et rédigé des motifs une seule fois; le juge-en-chef Davies a entendu trois affaires; le juge Duff en a entendu quarante-quatre et a rédigé les motifs à huit reprises; le juge-en-chef Anglin a siégé huit fois et a rédigé des motifs à deux reprises; le juge-en-chef Rinfret a siégé treize fois. De 1890 à 1955, le Comité a disposé de 557 pourvois en provenance du Canada: James G. SNELL et Frederick VAUGHAN, *The Supreme Court of Canada History of the Institution*, Osgoode Society, 1985, p. 180 et 181.
216. *An Act for transferring the Powers of the High Court of Delegates, both in Ecclesiastical and Maritime Causes, to His Majesty in Council*, 1832 (R.-U.), c. 92; *Supreme Court of Judicature Act, 1891*, 1891 (R.-U.), c. 53, art. 4. Le Comité a entendu les pourvois contre les décisions rendues par les tribunaux ecclésiastiques en matière matrimoniale jusqu'en 1857 et en matière de vérification des testaments jusqu'en 1858. Il conserve en outre une compétence en matière de discipline ecclésiastique; dans cette hypothèse, les évêques anglicans membres du Conseil privé peuvent siéger comme assesseurs. Les pourvois contre les décisions du tribunal d'amirauté sont également entendus par le Comité judiciaire jusqu'à la réforme de 1873 (P. HOWELL, *op. cit.*, note 210, p. 18-22, 34-35, 50, 59-60 et 118; Norman BENTWICH, *The Practice of the Privy Council in Judicial Matters*, London, Sweet and Maxwell, 1926, p. 11). Les tribunaux ecclésiastiques appliquaient une forme de droit civil fondée sur le droit canonique antérieur à la séparation de l'Église d'Angleterre et de l'Église catholique; le tribunal d'amirauté faisait une large place au droit international et au droit civil: voir J.H. BAKER, *Introduction to English Legal History*, 3^e éd., Butterworths, 1990, p. 142-143, 150-151 et 193-194.
217. P.A. HOWELL, *op. cit.*, note 210, p. 214.

Un arrêté-en-conseil de 1627 interdit la divulgation des débats du Conseil privé lorsqu'un vote est tenu; un arrêté-en-conseil de 1878 confirme que les membres du Comité judiciaire sont liés par cette règle. Il s'ensuit que les juges ne peuvent faire connaître la raison de leur dissidence. En outre, un seul d'entre eux rédige des motifs au nom du Comité, dont le rapport constitue techniquement une simple recommandation présentée au souverain. Ces caractéristiques le différencient des autres tribunaux d'appels britanniques ou coloniaux, où chacun des juges est libre de faire connaître son opinion²¹⁸. Peut-être est-ce là la cause d'une attitude curieuse qui consiste à compter le nombre de juges qui ont pris une position favorable à l'une ou l'autre des parties dans les instances inférieures²¹⁹. Cela suscite une réaction outrée du juge Fournier:

Si je suis dans l'erreur, je me trouve en nombreuse compagnie, celle du juge de première instance d'abord, et ensuite celle des six juges de la cour du Banc de la Reine, tandis que l'opinion contraire est soutenue pas [sic] quatre de mes honorables collègues. Si je mentionne cette particularité, ce n'est pas que je crois que les opinions doivent se compter, au lieu d'être appréciées suivant leur valeur, mais seulement parce que dans cette cour déjà, et aussi dans un tribunal supérieur au nôtre, on a cru trouver dans le nombre un argument pour fortifier une opinion controversée.²²⁰

b) *Le Comité judiciaire et l'interprétation du code civil*

Au Canada, certaines lois provinciales autorisent les parties à se pourvoir devant le Comité judiciaire à l'encontre d'un arrêt d'une Cour d'appel si le montant en litige excède une certaine valeur. En outre, le Comité peut accorder l'autorisation de se pourvoir contre de tels arrêts même si la Cour suprême du Canada n'a pas été saisie de l'affaire²²¹. À la fin du XIX^e siècle, les pourvois

218. D. SWINFEN, *op. cit.*, note 215, p. 19 et 220-241. Occasionnellement l'existence des dissidences a été divulguée avant 1878 (*id.*, p. 241, note 1); des motifs dissidents ont même parfois été rendus publics (P.A. HOWELL, *op. cit.*, note 210, p. 200-203). La loi de 1833 (précitée, note 210) prévoit que le Comité doit soumettre un rapport ou une recommandation à Sa Majesté en Conseil dont la «nature» doit être communiquée pendant une séance du Comité («the Nature of such Report being always stated in open Court»: *id.*, art. 3). En pratique les motifs sont imprimés à l'avance et sont largement distribués; toutefois un membre du Comité en fait la lecture oralement jusqu'en 1922 (*id.*, p. 39).

219. Par ex. *Bank of Toronto c. European Assurance Society*, (1873-1905) 14 C.R.A.C. 97 (anonyme, 1875).

220. *Pinsonnault c. Hébert*, (1887) 12 R.C.S. 450, 462 (diss.).

221. Peter H. RUSSELL, *The Supreme Court of Canada as a Bilingual and Bicultural Institution*, Ottawa, Queen's printer, 1969, p. 25; N. BENTWICH, *op. cit.*,

contre les arrêts de la cour d'appel du Québec sont nettement plus nombreux que ceux qui proviennent des autres provinces ou que ceux qui attaquent un arrêt de la Cour suprême. De 1870 à 1879, sur cinquante-six arrêts canadiens rendus par le Comité, quarante-huit proviennent directement du Québec²²²; de 1880 à 1889, les chiffres sont de vingt-deux sur cinquante-quatre et de 1890 à 1899, de vingt-et-un sur soixante-deux. En guise de comparaison, deux arrêts de la Cour suprême sont attaqués de 1870 à 1879, vingt-et-un de 1880 à 1889 et seize de 1890 à 1899. Pour l'Ontario, il y a eu un pourvoi direct de 1870 à 1880, quatre de 1881 à 1899 et dix de 1890 à 1899²²³. Bon nombre des affaires québécoises soulèvent des questions de droit civil.

Le Comité judiciaire du Conseil privé a donc joué un rôle important dans les années qui ont suivi l'entrée en vigueur du Code civil. Il est intéressant d'étudier sa jurisprudence afin de voir quelle orientation il a privilégiée dans ce domaine. Pour ce faire, nous avons choisi de limiter le corpus aux arrêts rendus jusqu'en 1906, date où le juge Henri-Elzéar Taschereau prend sa retraite. Nous avons également éliminé les affaires assez nombreuses où les motifs du Comité se concentrent sur les faits ou sur l'interprétation d'un acte juridique pour examiner plutôt les sources qu'il cite et les méthodes d'interprétation qu'il privilégie. Dans cette perspective, quelques constats peuvent être faits.

note 216, p. 42-49. Le *Code de procédure civile* prévoit notamment que les parties peuvent se pourvoir devant le Conseil privé s'il «s'agit de droits immobiliers, rentes annuelles ou autres matières qui peuvent affecter les droits futurs des parties» ou si «la matière en litige excède la somme ou valeur de cinq cents louis sterling» (art. 1178 2. et 3. C.p.c. (1866) et art. 68 C.p.c. (1897), précités, note 144). En 1908, ce montant est remplacé par la somme de 5 000 \$ (*Loi amendant le Code de procédure civile relativement à l'appel à Sa majesté en son Conseil privé*, S.Q. 1908, c. 75, art. 1); en 1918, cette somme est portée à 12 000 \$ (*Loi amendant les dispositions du Code de procédure civile concernant les appels au Conseil privé*, S.Q. 1918, c. 78, art. 1). Ces dispositions sont abrogées en 1947: *Loi modifiant le Code de procédure civile et la Loi des renvois à la Cour du banc du roi*, S.Q. 1947, c. 74, art. 2.

222. Il faut dire que pendant cette période, la nomination de quatre juges rémunérés permet au Comité de rattraper le retard substantiel accumulé pendant les années 1860: P.A. HOWELL, *op. cit.*, note 210, p. 63 et 155.

223. Ces chiffres sont tirés du tableau préparé par SNELL et VAUGHAN, *op. cit.*, note 215, p. 180. Ian BUSHNELL écrit que 78 % des arrêts canadiens rendus par le Comité proviennent du Québec, mais la période retenue pour compiler ces statistiques n'est pas précisée clairement (1825-1874? Après 1870?): *The Captive Court, A Study of the Supreme Court of Canada*, Montréal et Kingston, McGill-Queen's University Press, 1992, p. 25.

Tout d'abord, le Comité accorde assez rapidement aux articles du code la valeur d'une loi interprétative qui met fin aux controverses. Il s'autorise pour ce faire de l'article 2613; celui-ci prévoit que, dans les affaires antérieures à l'entrée en vigueur du nouveau texte, «[...] les dispositions de la loi qui, sans ce code, s'appliqueraient à ces transactions, matières et choses, restent en force et s'y appliquent, et ce code ne s'y applique qu'en autant qu'il coïncide avec ces dispositions [...]». Dans la mesure où il ne modifie pas l'ancien droit, le code peut donc être utilisé pour préciser la teneur de celui-ci²²⁴. Dans ces conditions, si elle ne saurait lier les tribunaux québécois, la doctrine française antérieure ou postérieure à la codification napoléonienne peut servir à éclaircir le sens d'une disposition douteuse ou ambiguë²²⁵; elle ne peut toutefois faire obstacle à l'application d'une règle précise dont la signification est jugée claire²²⁶. Toutefois, en 1905, le Comité affirme que

224. *Kierzkowski c. Dorion*, (1862-1870) 5 C.R.A.C. 419, 437 (lord Chelmsford, 1868); *Wardle c. Bethune*, (1871-73) 6 C.R.A.C. 90, 139 (sir James Napier, 1872); *Chaudière Gold Mining Company of Boston c. Desbarats*, (1871-73) 6 C.R.A.C. 473, 505-507 (sir Montague Smith, 1873); *Evanturel c. Evanturel*, (1873-76) 7 C.R.A.C. 117, 145 (sir James Colville, 1873); *Dorion c. Ecclésiastiques du Séminaire de St. Sulpice de Montréal*, (1876-1883) 8 C.R.A.C. 304, 310 (sir Montague Smith, 1880); *McMullen c. Wadsworth*, (1888-1894) 10 C.R.A.C. 91, 95 (sir Barnes Peacock, 1889); *De Hertel c. Godard*, (1873-1905) 14 C.R.A.C. 253, 255 et 257 (lord Macnaghten, 1896).
225. *Evanturel c. Evanturel*, précité, note 224, p. 150; dans cette affaire ayant pris naissance avant la codification, le juge Colville affirme que la doctrine française contemporaine peut être très précieuse pour trancher la question en litige; il en va de même dans *Hamel c. Panet*, (1876-1883) 8 C.R.A.C. 12, 48 (lord Selborne, 1876). Bien entendu cette doctrine est écartée si le code français diffère de l'ancien droit (*id.*, p. 42); voir également *Dorion c. Ecclésiastiques du Séminaire de St. Sulpice de Montréal*, précité, note 224, p. 310. Pour des exemples d'utilisation de la doctrine française dans des affaires postérieures à l'entrée en vigueur du code, voir *Fraser c. Abbott*, (1873-76) 7 C.R.A.C. 216, 241 (sir Montague Smith, 1874); *King c. Pinsonneault*, (1873-76) 7 C.R.A.C. 357, 374 (sir Robert P. Collier, 1875). Le Comité reconnaît même que la jurisprudence portant sur un édit d'Ancien Régime qui n'a pas été enregistré au Conseil supérieur de Québec demeure pertinente pour interpréter les règles du droit québécois et les usages locaux: *Curé et Marguilliers de l'Oeuvre et Fabrique de la Paroisse de St. François Xavier de Verchères c. Corporation de la paroisse de Verchères*, (1873-76) 7 C.R.A.C. 409, 428 (sir Robert Phillimore, 1875); *Soeurs Dames Hospitalières de St. Joseph de l'Hôtel-Dieu de Montréal c. Middlemiss*, (1876-1883) 8 C.R.A.C. 176, 197 (sir James Colville, 1878); *Symes c. Cuwillier*, (1880) 5 App. Cas. 138, (1876-1883) 8 C.R.A.C. 263, 287 (sir Montague Smith, 1880). Enfin la doctrine française est pertinente lorsque le code ne contient pas de disposition expresse sur la question en litige: *Kieffer c. Séminaire de Québec*, (1902-1905) 13 C.R.A.C. 92, 107-108 (lord Davey, 1902).
226. *Herse c. Dufaulx*, (1871-73) 6 C.R.A.C. 226, 260 (sir James Colville, 1872); *Fraser c. Abbott*, précité, note 225, p. 241; *Trust and Loan Company of Canada c. Gauthier*, (1902-1905) 13 C.R.A.C. 210, 220-221 (1903, lord Lindley). Le Comité

si les tribunaux québécois doivent traiter les décisions françaises avec le plus grand respect, car elles sont précieuses à titre d'exemples, ils ne sont pas liés par elles²²⁷, pas plus d'ailleurs que les cours françaises²²⁸.

Les rapports des codificateurs permettent au Comité de connaître la pratique antérieure à la codification²²⁹. Dans une affaire ayant pris naissance à cette époque, sir Montague E. Smith affirme toutefois que leur opinion ne saurait avoir la même autorité que les motifs d'un arrêt:

This authority is no doubt entitled to respect; but the opinion of the Commissioners has not the weight of a judicial opinion, pronounced after discussion and argument; and it is to be observed that the Commissioners, having decided to introduce a new law (opposed to the law «*Si unquam*»), were the less concerned to ascertain with precision what the old law was. Whatever respect, therefore, may be due to the opinion of the Commissioners, their Lordships think, for the reasons already given, that it cannot of itself be regarded as sufficient evidence that the law of the Ordinance of 1731 had found its way into the jurisprudence of Canada.²³⁰

Les tribunaux ne sont pas donc liés par les affirmations des codificateurs, mais ils peuvent leur accorder un certain poids²³¹. D'autre part, la règle de common law qui interdit de citer les

a également écarté l'ancienne définition du mot «signification» de l'article 1571 C.c.B.-C. (concernant la cession de créances) au motif que cette disposition n'exigeait pas expressément l'intervention d'un notaire et que d'autres dispositions législatives montraient que cette formalité n'était pas requise: *Bank of Toronto c. St. Lawrence Fire Insurance Company*, (1902-1905) 13 C.R.A.C. 55, 64-65 (1902, lord Macnaghten). Une charte municipale claire peut également rendre inutile l'étude des contradictions de la jurisprudence de la Cour de cassation: *City of Montreal c. Cantin*, [1906] A.C. 241, 246 (lord Davey).

227. *McArthur c. Dominion Cartridge Company*, [1905] A.C. 72, 75 (lord Macnaghten), (1902-1905) 13 C.R.A.C. 374, 381.

228. *City of Montreal c. Cantin*, précité, note 226, p. 246.

229. *Migneault c. Malo*, (1871-73) 6 C.R.A.C. 189, 203 (sir Robert Phillimore, 1872); *King c. Tunstall*, (1873-76) 7 C.R.A.C. 164, 212-213 (lord James, 1874).

230. *Symes c. Cuvillier*, précité, note 225, p. 287-288.

231. En Angleterre, l'exclusion des recommandations formulées par les commissions d'enquête date de 1935: comp. *Eastman Photographic Materials Co. c. Comptroller General of Patents*, [1898] A.C. 571, 575 (lord Halsbury) et *Assam Railways and Trading Co. c. Commissioners of Inland Revenue*, [1935] A.C. 445, 458 (lord Wright); voir Pierre-André CÔTÉ, *Interprétation des lois*, 3^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 1999, p. 523-528. Sur la controverse entourant le recours aux rapports des codificateurs québécois, voir *infra*, partie IV A. 2.

auteurs encore vivants²³² n'est pas suivie dans les affaires de droit civil québécois²³³.

Le Comité n'hésite pas à conclure que les règles du droit anglais introduites au Québec n'ont pas la même portée qu'en Angleterre²³⁴ ou à affirmer que le droit anglais est trop différent pour être d'une quelconque utilité lors de la recherche de la solution du litige²³⁵. On trouve toutefois des exemples où il cite des décisions anglaises ou même américaines, notamment parce que la recherche de l'intention des parties au contrat est censée être un principe universel et que la solution retenue est compatible avec les règles du droit civil québécois²³⁶. Dans d'autres cas, les juges affirment qu'il n'y a pas de différence entre les deux systèmes²³⁷, que la question en litige est semblable²³⁸ ou qu'ils souhai-

232. Voir D. PUGSLEY, *loc. cit.*, note 101, p. 173-174; cette règle existait déjà en 1770, même si elle n'a pas toujours été respectée (*id.*, p. 182, note 17).
233. *Trust and Loan Company of Canada c. Gauthier*, précité, note 226, p. 219-220 où lord Lindley cite à trois reprises le volume 6 du traité de Mignault (par ex., «6 Mignault 186, 190») et le code annoté de Sharp; voir également *Alexandrie c. Brassard*, (1894-1897) 11 C.R.A.C. 126, 136 (1895), où lord Macnaghten cite le traité du juge Beaudry, qui est toutefois décédé en 1876.
234. *Migneault c. Malo*, précité, note 229, p. 205-206.
235. *King c. Pinsonneault*, précité, note 225, p. 374; *Mayor, Aldermen and Citizens of the City of Montreal c. Brown*, (1876-1883) 8 C.R.A.C. 54, 72 (sir Henry Keating, 1876); *Bank of Montreal c. Sweeny*, (1883-1888) 9 C.R.A.C. 340, 344 (lord Halsbury, 1887). Parfois les juges font état d'une différence sans citer de décisions anglaises: *Kershaw c. Kirpatick*, (1876-1883) 8 C.R.A.C. 137, 145-147 (sir Robert Collier, 1878); *Porteous c. Reynar*, (1883-1888) 9 C.R.A.C. 356, 364 (lord Fitzgerald, 1887); *Trust and Loan Company of Canada c. Gauthier*, précité, note 226, p. 222; *De Hertel c. Godard*, précité, note 224, p. 256.
236. *McConnel c. Murphy*, (1871-73) 6 C.R.A.C. 318, 333-335 (sir Montague Smith, 1873). Dans une autre affaire, le Comité affirme qu'une décision anglaise est fondée sur un principe universel qu'aucune règle du droit québécois ne vient écarter: *North Shore Railway Company c. Pion*, (1888-1894) 10 C.R.A.C. 63, 74-80 (1889, comte Selborne).
237. *Browning c. Provincial Insurance Company*, (1871-73) 6 C.R.A.C. 451, 461-462 (lord Mellish, 1873); *Bryant c. Banque du Peuple*, (1888-1894) 10 C.R.A.C. 290, 300 (lord Macnaghten, 1887); *Whyte c. Western Assurance Co.*, (1873-1905) 14 C.R.A.C. 83, 94 (anonyme, 1875); *Renny c. Moat*, (1873) 14 C.R.A.C. 222, 236 (anonyme, 1881).
238. *Leclerc c. Beaudry*, (1873-76) 7 C.R.A.C. 14, 46 (sir Montague Smith, 1873); *Fraser c. Abbott*, précité, note 225, p. 248; *Provincial Insurance Company of Canada c. Leduc*, (1873-76) 7 C.R.A.C. 331, 347-348, où l'on cite des décisions américaines (sir Barnes Peacock, 1874); *King c. Pinsonneault*, précité, note 225, p. 373; *Fréchette c. Compagnie Manufacturière de St. Hyacinthe*, (1883-1888) 9 C.R.A.C. 59, 71 (sir Arthur Hobhouse, 1883); *Bryant c. Banque du Peuple*, précité, note 237, p. 304; *Forget c. Ostigny*, (1894-1897) 11 C.R.A.C. 139, 148-150 (lord chancelier, 30 mars 1895). Il ne faut pas oublier qu'en matière de lettre de change et de billet à ordre, le code lui-même renvoie au droit anglais, qui peut différer du droit américain (art. 2340 et 2346 C.c.B.-C.; *Macdonald c. Whitfield*, (1876-1883) 8 C.R.A.C. 564, 584 (lord Watson, 1883).

tent répondre aux plaidoiries, en précisant dans ce cas que seul le droit civil québécois s'applique²³⁹. À l'occasion les juges emploient la terminologie de la common law, parfois en utilisant simultanément celle du droit civil²⁴⁰; il arrive toutefois qu'ils recourent aux termes anglais propres à ce système²⁴¹.

Dans une affaire, un connaissement a été rédigé à Londres par le capitaine d'un navire anglais. Sir Montague Smith en déduit que le contrat est régi par le droit anglais. Pourtant, les juges de la Cour d'appel ont tous fait appel à l'article 1680 C.c.B.-C. et au droit maritime français. Sir Smith décrit alors l'approche qui lui semble appropriée:

It is often useful, especially in mercantile cases, to refer for illustration to the laws and usages of countries other than that whose laws govern the particular case. But the Judges seem to have gone further, and to have thought that a substantive defence arising from the delay might be founded upon their own law.²⁴²

Il est donc instructif de constater que, pour les membres du Comité judiciaire, les règles d'un système qui ne s'applique pas au litige peuvent servir uniquement à titre d'«illustration»²⁴³; elles ne peuvent dicter la solution au tribunal. Il est vrai que, dans cette

239. *Evanturel c. Evanturel*, précité, note 224, p. 152.

240. *Provincial Insurance Company of Canada c. Leduc*, précité, note 238, p. 354 («estoppel»); *Soeurs Dames Hospitalières de St. Joseph de l'Hôtel-Dieu de Montréal c. Middlemiss*, précité, note 225, p. 192 («legal estate») et p. 201 («estoppel»); *De Gaspé c. Bessener*, (1876-1883) 8 C.R.A.C. 203, 227 (sir James Colville, 1878) («estoppel»); *Banque Jacques Cartier c. Banque d'Epargne de la cité et du district de Montréal*, (1883-1888) 9 C.R.A.C. 347, 354 («acquiescence») (lord Fitzgerald, 1887); *Forget c. Baxter*, (1897-1902) 12 C.R.A.C. 272, 282 (sir Henry Strong, j.c.c., 1900) («agent»); *Archambault c. Archambault*, (1902-1905) 13 C.R.A.C. 13, 18 (lord Davey, 1902) («non compos mentis» et «undue influence»); *Trust and Loan Company of Canada c. Gauthier*, précité, note 226, p. 215 («mortgage (hypothec)», mais voir p. 222); *Guyon c. Lionais*, (1873-1905) 14 C.R.A.C. 22 (anonyme, 1874), p. 25 («separate in estate») et p. 50 («laches»); mais voir p. 33 («"lésion"») et p. 45 («"confirmation"»); *Chapman c. Lancashire Insurance Company*, (1873-1905) 14 C.R.A.C. 69 (anonyme, 1875), p. 80 («personal chattels» et «waiver»), mais voir p. 72, («[...] by means of what has been incorrecly described by the parties as a lien»); *Whyte c. Western Assurance Co.*, précité, note 237, p. 92 («[...] this was an assignment of Clark to Whyte, on trust for the benefit of Clarke himself [...]»); *Renny c. Moat*, précité, note 237, p. 223 («mortgaged and hypothecated»).

241. *Eddy c. Eddy*, (1897-1902) 12 C.R.A.C. 246, 264 (1900, lord Hobhouse) («mandatary»); *Kieffer c. Seminaire de Quebec*, précité, note 225, p. 104 («mandatary»).

242. *Moore c. Harris*, (1873-78) 7 C.R.A.C. 453, 479 (1876); notons que la teneur du droit anglais ne semble pas avoir été mise en preuve.

243. Voir également *Mayor, Alermen and Citizens of Montreal c. Drummond*, (1873-78) 7 C.R.A.C. 471, 502 (1876).

affaire, le droit anglais avait été mis de côté au profit du droit québécois. Mais les membres du Comité n'hésitent pas à condamner l'approche inverse. Ainsi, à propos des décisions anglaises et américaines invoquées par l'une des parties, sir Montague Smith déclare: «[t]hese, though they may illustrate the subject, cannot be treated as governing authorities upon the law of the province»²⁴⁴. Pour sa part, sir Barnes Peacock écrit:

It would be lamentable if their lordships, in a case arising in Lower Canada and to be determined by the law of that country, should feel themselves bound by a course of English decisions which have been swept away by the legislature as fraught with mischief, and thus be driven to such a construction of the will of William as would form a precedent in future cases of a similar nature, and thereby introduce into Lower Canada all those difficulties and inconvenience which it required the force of an Act of parliament in England to remove.²⁴⁵

On peut noter d'autres interprétations audacieuses. Ainsi, un contrat conclu à Ottawa entre un membre du Barreau québécois et la couronne fédérale est soumis aux règles du droit québécois régissant les services d'un avocat plutôt qu'à la common law²⁴⁶. En cas de divergence entre la version française et la version anglaise du code, s'il s'agit d'un terme technique issu du droit français, la première doit prévaloir²⁴⁷. Dans un arrêt de la

244. *Bell c. Corporation of Quebec*, (1876-1883) 8 C.R.A.C. 229, 246 (1879). Sir Smith analyse ensuite ces décisions; il conclut que si elles reconnaissent au propriétaire riverain des droits d'accès plus étendus qu'en droit français, elles ne peuvent servir à déterminer l'issue du litige (*id.*, p. 249); le principe de l'inapplication du droit anglais est réaffirmé à plusieurs reprises: *McGibbon c. Abbott*, (1883-1888) 9 C.R.A.C. 192, 197-198 et 202 (sir Barnes Peacock, 1885); *Exchange Bank of Canada c. The Queen*, (1883-1888) 9 C.R.A.C. 219, 234 (lord Watson, 1884); *Forget c. Baxter*, précité, note 240, p. 286-287; voir également *supra*, note 235.

245. *McGibbon c. Abbott*, précité, note 244, p. 202.

246. *The Queen c. Doutré*, (1883-1888) 9 C.R.A.C. 94, 99-101 (lord Watson, 1884). Le Comité émet des réserves sur l'application dans les provinces canadiennes de common law d'une règle anglaise qui refuse aux *barristers*, les avocats dont la fonction consiste à plaider, le droit de réclamer des honoraires. Le Comité doute que cet usage particulier s'applique dans les colonies où l'activité des avocats n'est pas limitée à la plaidoirie (*id.*, p. 100-101). Il exprime ainsi sa préférence pour l'opinion des juges Strong et Henry plutôt que pour celle du juge-en-chef Ritchie et celle du juge Gwynne, qu'il désapprouve expressément (*id.*, p. 104-105). Seul le juge Taschereau conclut que le droit québécois s'applique: *The Queen v. Doutré*, (1882) 6 R.C.S. 342, 384-385 (j.-en-chef Ritchie), 390-391 (j. Strong), 398-399 (j. Henry), 400-401 (j. Taschereau) et 422-423 (j. Gwynne).

247. *Exchange Bank of Canada c. The Queen*, précité, note 244, p. 237. Cette affaire mettait en cause l'interprétation des droits reconnus à la couronne par l'article 1994 C.c.B.-C. Même s'il ne le mentionne pas, la règle d'interprétation formulée par lord Watson est identique à celle que prévoit l'article 2615 C.c.B.-C.

Chambre des lords portant sur l'interprétation d'un contrat conclu au Québec, les juges affirment qu'une disposition du code reproduisant une loi britannique doit être interprétée de la même manière que celle-ci²⁴⁸. Mais s'il existe des différences entre les deux textes, la jurisprudence anglaise ne doit pas être suivie²⁴⁹.

Dans une affaire où l'appelant n'est pas représenté par un avocat et s'exprime en français, les juges et les avocats britanniques sont confrontés à leur faible maîtrise de cette langue²⁵⁰. Mais de manière générale, les citations de la doctrine française sont relativement abondantes dans les deux décennies qui suivent la codification; elles se font beaucoup plus rares par la suite, peut-être en raison du fait que les juges qui siègent au Comité ne sont plus bilingues²⁵¹. Si l'emploi régulier de la terminologie de common law témoigne de l'ignorance des avocats et des juges, il n'est pas certain que cette pratique ait influé sur l'issue du litige. Car il existe au moins autant d'exemples où le Comité judiciaire écarte expressément le droit anglais²⁵², ce qui permet de présumer qu'il aurait fait de même si une règle particulière au droit civil avait été portée à son attention. En outre, les affaires où il refuse de suivre la doctrine française au motif que la disposition du code est claire sont rares²⁵³.

Dans l'ensemble, cette jurisprudence contient peu de déclarations de principes, car elle se concentre sur les faits. Elle réaffirme avec force l'autonomie du droit civil québécois par rapport à la common law; le Comité judiciaire n'a jamais déclaré que les

248. *City Bank c. Barrow*, (1878-1880) 5 App. Cas. 664, 673-674 (lord Selborne), 679 (lord Blackburn) et 683 (lord Watson).

249. *Robinson c. Canadian Pacific Railway*, (1888-1894) 10 C.R.A.C. 247, 254-255 (lord Watson, 1892). Lord Watson affirme également qu'il est inutile de consulter les sources antérieures à la codification si la signification du texte n'est pas douteuse ou si celui-ci ne contient pas un terme technique (*id.*, p. 256). Nous analyserons ci-dessous les différences entre l'approche du Comité judiciaire et de la Cour suprême dans cette affaire. Le Comité réaffirme ces principes dans *Miller c. Grand Trunk Railway Company of Canada*, [1906] A.C. 187, 191 et 194-195 (lord Davey).

250. *Guyon c. Lionais*, précité, note 240, p. 22.

251. Pour des exemples d'arrêts contenant de nombreuses références à la doctrine française, voir les arrêts cités dans les notes 224, 225 et 229, à l'exception de *De Hertel c. Godard*, précité, note 224 et *Kieffer c. Séminaire de Québec*, précité, note 225.

252. Nous avons relevé neuf exemples d'utilisation de la terminologie de common law et onze exemples où les juges déclarent que le droit anglais n'est pas pertinent. Toutefois cette liste n'est probablement pas exhaustive.

253. Voir *supra*, note 226.

litiges de droit civil devaient être tranchés sur le fondement des règles de la common law, même s'il lui arrive à plusieurs reprises de citer les décisions provenant de ce système ou de rappeler que des lois canadiennes doivent être interprétées comme les lois britanniques qu'elles reproduisent²⁵⁴. Quelques interprétations du code civil ont peut-être été inspirées par le souci d'assurer une certaine uniformité dans l'Empire. Mais ce tribunal a généralement une attitude respectueuse face aux particularités du système civiliste. Les juges de la Cour suprême du Canada ont-ils entendu ce message? C'est la question à laquelle il nous faut maintenant tenter de répondre.

III. L'UTILISATION DE LA COMMON LAW DANS LA JURISPRUDENCE DE LA COUR SUPRÊME DU CANADA, 1876-1918

En 1875, la création de la Cour suprême du Canada offre une autre instance d'appel aux justiciables québécois et canadiens. Le tiers des juges qui y siègent proviennent du Québec. Les affaires de droit civil vont donc y être entendues par une majorité de juges formés dans le système de common law. Cette coexistence des deux systèmes dans une même cour aurait pu faciliter les comparaisons et les échanges (A), mais la réalité ne fut pas à la hauteur de ces attentes (B).

A. Une invitation au dialogue?

Les débats qui ont précédé la création de la Cour suprême du Canada montrent que celle-ci est née dans la controverse (1). Le professeur Howes a néanmoins érigé en modèle l'attitude d'un des premiers juges francophones qui y siègent, Henri-Elzéar Taschereau, en raison de son esprit «nomade» et de l'accueil favorable qu'il réserve aux autres systèmes juridiques. Il conviendra donc d'examiner cette thèse (2)

1. La création de la Cour suprême du Canada

Dès le départ, l'idée même d'une cour générale d'appel pour l'ensemble du Canada a suscité des réactions hostiles, en particu-

254. *Canadian Pacific Railway c. Roy*, précité, note 195.

lier de la part des juristes québécois (a). Leurs inquiétudes ne se sont pas dissipées avec le temps, bien au contraire (b).

a) *Les craintes des juristes québécois*

Les difficultés rencontrées à la Cour suprême du Canada dans les affaires de droit civil étaient prévisibles et ont été soulignées au cours des débats parlementaires de 1865 portant sur le projet d'union fédérale (appelé improprement «Confédération») qui deviendra la *Loi constitutionnelle de 1867*. Même les Ontariens craignent qu'une majorité de juges provenant d'autres provinces ne renverse l'opinion de leurs tribunaux. L'inquiétude des Québécois est encore plus grande, car cette majorité pourra être composée de juges qui n'ont aucune connaissance du droit civil²⁵⁵. Henri-Elzéar Taschereau, qui siègera à la Cour de 1878 à 1906, est alors député. Il n'hésite pas à affirmer: «Naturellement, nos lois ne seront pas comprises dans une pareille cour, et la plupart des juges rendront leurs décisions d'après des lois étrangères au Bas-Canada»; pour lui, «cette confédération sera la ruine de notre nationalité dans le Bas-Canada» et son «coup de mort»²⁵⁶.

Joseph Cauchon exprime la même préoccupation: «[...] ces mêmes lois seraient expliquées par des hommes qui ne les comprendraient pas et qui grefferaient, involontairement peut-être, une jurisprudence anglaise sur un code de lois françaises. C'était le spectacle qui nous était offert en Canada, après la conquête du pays, et personne, sans doute, ne serait tenté d'en vouloir la répétition»²⁵⁷. Pour lui, «[...] la législation du Haut-Canada, par exemple, [tend] à s'approcher constamment du code civil» et l'Angleterre puise au droit romain «comme étant la raison écrite la plus parfaite qui existe»; mais «[...] nous n'en sommes pas arrivés jusque là dans nos provinces et, jusqu'ici, le droit anglais se compose plutôt de précédents»; en conséquence, «[...] il serait plus prudent, selon moi, de laisser les décisions de nos causes aux juges qui ont étudié et pratiqué notre code»²⁵⁸. La réponse du procureur

255. I. BUSHNELL, *op. cit.*, note 223, p. 4-6; P.H. RUSSELL, *op. cit.*, note 221, p. 7-8.

256. *Débats parlementaires sur la question de la Confédération des provinces de l'Amérique britannique du Nord*, Québec, Hunter, Rose et Lemieux, Imprimeurs parlementaires, 1865, p. 898-899 (ci-après «*Débats sur la Confédération*»).

257. *Id.*, p. 581.

258. *Id.*, p. 583. Voir également les commentaires d'Antoine-Aimé Dorion: «[...] nous aurons une cour d'appel fédérale dans laquelle nous ne serons représentés que par un seul juge contre six ou sept des autres origines» (*id.*, p. 693).

général, George-Étienne Cartier, est assez peu convaincante; à son avis, les juges des provinces de common law seront éclairés par leurs collègues québécois! En outre, ils «ont une connaissance approfondie de ces mêmes principes d'équité [*equity*] qui sont identiques à ceux de notre propre code civil»²⁵⁹. Au cours des débats, le Comité judiciaire est l'objet d'éloges, car il a l'habitude d'entendre des pourvois provenant de colonies dont les systèmes juridiques sont très différents les uns des autres; en outre, plusieurs de ses membres actifs sont des spécialistes de l'*equity*; enfin, ils semblent être bilingues²⁶⁰.

L'uniformisation éventuelle du droit privé fait l'objet de l'article 94 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Celui-ci prévoit que les législatures du Nouveau-Brunswick, de la Nouvelle-Écosse et de l'Ontario peuvent autoriser le Parlement fédéral à uniformiser les règles portant sur «la propriété et les droits civils». L'exclusion du Québec est délibérée; elle a pour but de mettre le système de droit civil à l'abri d'une telle intervention. Il est vrai qu'à l'époque, plusieurs juristes québécois croient que le *Code civil du Bas Canada* servira de modèle aux provinces de common law²⁶¹. Mais nous avons vu que cet optimisme délirant n'est pas universel. En effet, s'il existait une possibilité raisonnable de voir le Parlement fédéral adopter une version canadienne du Code civil, les députés québécois n'auraient eu aucune raison d'exiger qu'une loi fédérale d'uniformisation ne puisse s'appliquer au Québec²⁶². C'est pourtant ce qu'ils ont fait. Cette prise de position, ainsi que les réserves très sérieuses exprimées au sujet de la compétence d'une éventuelle cour suprême dans les affaires de droit civil québécois, montrent que la recherche de principes généraux communs aux deux systèmes juridiques reconnus à cette époque ne fait certainement

259. *Id.*, p. 582.

260. *Id.*, p. 581 (Cauchon) et p. 582 (Cartier); P.H. RUSSELL, *op. cit.*, note 221, p. 8-9.

261. J.E.C. BRIERLEY, *loc. cit.*, note 111, p. 527-533; D. HOWES, *loc. cit.*, note 1, p. 528-529; André MOREL, «La codification devant l'opinion publique de l'époque», dans Jacques BOUCHER et André MOREL (dir.), *Le livre du centenaire du Code civil*, vol. 1, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1970, p. 27-45, à la page 44.

262. Cette exception peut sembler curieuse, car les législatures provinciales visées par l'article 94 de la *Loi constitutionnelle de 1867* peuvent refuser d'octroyer au Parlement fédéral le pouvoir de légiférer: voir *Débats sur la Confédération*, *op. cit.*, note 256, p. 467 (Matthew C. Cameron). Mais cette décision est irréversible, car le Parlement obtient alors une compétence «illimitée» en ce qui concerne la modification de la loi pourvoyant à l'uniformité des règles provinciales relevant de la propriété et les droits civils. C'est sans doute ce qui explique la décision des délégués québécois d'exclure cette possibilité.

pas l'objet d'un consensus. Le souci de protéger les particularités du droit civil est également bien présent²⁶³.

Les mêmes arguments refont surface lors des débats parlementaires concernant les projets de loi qui pourvoient à la création de la Cour suprême du Canada²⁶⁴. La loi de 1875 prévoit que deux des six sièges doivent être occupés par une personne qui est membre soit de la magistrature québécoise, soit du Barreau de cette province depuis au moins dix ans²⁶⁵. Comme le quorum est fixé à cinq membres²⁶⁶, dans une affaire québécoise, trois juges peuvent théoriquement renverser l'opinion unanime de onze juges québécois siégeant à la Cour supérieure, à la Cour de révision, à la Cour du Banc de la reine et à la Cour suprême. Cet argument est formulé dès 1870 par le juge-en-chef de la Cour supérieure, William Collis Meredith, dans une lettre qu'il adresse au premier ministre John A. Macdonald²⁶⁷.

En 1875, certains députés québécois favorables à la création de ce tribunal votent néanmoins en faveur d'amendements qui supprimeraient ou restreindraient sa compétence dans les affaires de droit provincial²⁶⁸; toutefois la majorité des députés s'y opposent²⁶⁹. Afin de tenir compte de l'existence au Québec de

263. Hector Langevin déclare que le Code civil constitue une réponse aux plaintes des avocats et du public et qu'il «fera honneur au Bas-Canada»; pour lui, les droits et les intérêts des Québécois seront garantis, protégés et sauvegardés par la Confédération» (*id.*, p. 398). Paul Denis croit que le code est «une réponse satisfaisante» faite à ceux qui craignent de voir les lois françaises disparaître (*id.*, p. 878). Selon Félix Geoffrion, le procureur général aurait dit du code «qu'il était infiniment supérieur au code français et à tous les codes connus» et que les lois civiles du Québec seraient pleinement protégées sous le nouveau système; Geoffrion croit que cette affirmation est inexacte, car le Parlement fédéral pourra légiférer en matière de mariage et de divorce (*id.*, p. 783). John Scoble déclare que si l'assimilation du droit du Haut et du Bas-Canada est très souhaitable, «elle serait obtenue à un trop grand prix si elle devait créer du mécontentement chez une partie considérable du peuple». Pour lui, «le temps accomplira ce que la contrainte pourrait détruire». Il affirme donc que les députés du Haut Canada n'auraient rien à gagner en agissant de la sorte; de toute manière, ils n'en auraient pas le pouvoir et ne souhaiteraient pas davantage l'obtenir (*id.*, p. 908). Il existe donc une inquiétude palpable sur cette question, exprimée il est vrai par les membres de l'opposition libérale (voir également *id.*, p. 268, Antoine-Aimé Dorion).

264. I. BUSHNELL, *op. cit.*, note 223, p. 19-20.

265. *Acte de la Cour suprême et de l'Échiquier*, S.C. 1875, c. 11, art. 4.

266. *Id.*, art. 12.

267. P.H. RUSSELL, *op. cit.*, note 221, p. 9-10 et p. 237, note 33.

268. *Id.*, p. 14.

269. I. BUSHNELL, *op. cit.*, note 223, p. 20

la Cour de révision, qui n'a pas d'équivalent dans les autres provinces, la loi limite le droit d'appel aux causes dans lesquelles le montant en litige est de 2 000 \$ ou plus²⁷⁰. En outre, un amendement abolit les pourvois de plein droit devant le Comité judiciaire; toutefois, la prérogative royale est expressément préservée, ce qui permet à ce tribunal d'accorder l'autorisation de se pourvoir devant lui²⁷¹. La suppression des pourvois de plein droit était indispensable pour justifier la création d'un quatrième tribunal d'appel dans les affaires québécoises. Là encore, si certains québécois se réjouissent du fait que les pourvois devant le Comité judiciaire seront moins nombreux, d'autres vantent les mérites de ce tribunal²⁷².

La création de la Cour ne met pas fin aux critiques, tant s'en faut. De 1879 à 1886, à chaque année, un projet de loi propose de l'abolir ou de mettre fin à sa compétence dans les affaires portant sur le droit provincial²⁷³. En 1902, un projet semblable est présenté; en 1903, il échoue à l'étape de la deuxième lecture²⁷⁴. Ainsi, il appert que pendant les trente premières années de son existence, la compétence de la Cour en matière de droit privé a suscité

270. *Acte de la Cour suprême et de l'Échiquier*, précité, note 265, art. 17.

271. I. BUSHNELL, *op. cit.*, note 223, p. 27-37; SNELL et VAUGHAN, *op. cit.*, note 215, p. 11; D. SWINFEN, *op. cit.*, note 215, p. 28-24. Le Comité judiciaire s'empresse d'ailleurs de confirmer qu'il conserve le droit d'accorder l'autorisation de se pourvoir, à condition que le litige mette en jeu un principe général qui aura des répercussions dans un grand nombre d'affaires (*Johnston c. St. Andrew's Church*, (1876-1883) 8 C.R.A.C. 130, 134-135, 1877, lord Cairns; *Prince c. Gagnon*, (1876-1883) 8 C.R.A.C. 521, 523, 1882, lord Fitzgerald). En 1880, il étudie une loi fédérale sur la faillite portant qu'un arrêt de la Cour d'appel du Québec sera «final». Si cette disposition abolit les pourvois de plein droit, elle laisse intact le pouvoir du Conseil privé d'accorder l'autorisation de se pourvoir en vertu de la prérogative royale (*Cushing c. Dupuy*, (1876-1883) 8 C.R.A.C. 355, 365-368, 1880, sir Montague Smith). Le Comité refuse toutefois d'exercer ce pouvoir si le requérant a choisi de se pourvoir devant la Cour suprême du Canada alors qu'il aurait pu se rendre directement devant lui aux termes d'une disposition législative (*Clergue c. Murray*, (1902-1905) 13 C.R.A.C. 197; *Canadian Pacific Railway Company c. Bain*, (1902-1905) 13 C.R.A.C. 290; *Ewing c. Dominion Bank*, (1902-1905) 13 C.R.A.C. 321). Cette jurisprudence a pour effet d'encourager les pourvois directs devant le Comité (SNELL et VAUGHAN, *op. cit.*, note 215, p. 183).

272. P.H. RUSSELL, *op. cit.*, note 221, p. 15-16.

273. *Id.*, p. 20-21; I. BUSHNELL, *op. cit.*, note 223, p. 92-96; SNELL et VAUGHAN, *op. cit.*, note 215, p. 30-33. Le projet de loi de 1879 reçoit l'appui de députés ontariens; par la suite, ce sont surtout les députés québécois qui appuient cette initiative.

274. I. BUSHNELL, *op. cit.*, note 223, p. 165; P.H. RUSSELL, *op. cit.*, note 221, p. 27; SNELL et VAUGHAN, *op. cit.*, note 215, p. 80.

une controverse qui a été particulièrement aiguë au Québec. Il convient maintenant de voir dans quelle mesure le fonctionnement de la Cour a pu contribuer à ce phénomène.

b) *Le fonctionnement de la Cour*

Dès la création de la Cour suprême du Canada, des difficultés se font jour. Le juge-en-chef, William Buell Richards, a une santé fragile qui l'oblige à démissionner dès 1879. Au moment de sa nomination, il siège depuis vingt-deux ans en Ontario, dont sept à titre de juge-en-chef. Le juge Ritchie est membre de la magistrature depuis vingt ans; il est également juge-en-chef du Nouveau-Brunswick depuis dix ans. Henry Strong a été nommé à la Cour de chancellerie en 1869 et à la Cour suprême de l'Ontario en 1874. Âgé d'à peine cinquante ans, il comprend bien le français et connaît le droit civil. Jean-Thomas Taschereau siège à la Cour du Banc de la reine depuis 1873 et à la Cour supérieure depuis 1865; il a étudié le droit à l'Université de Paris. Les problèmes de santé dont il se plaint pourrait refléter son aversion pour la ville d'Ottawa, qu'il quitte à la première occasion. Sa démission en 1878 semble être due au fait qu'il n'a jamais établi sa résidence dans cette ville, comme la loi l'exige. Il faut noter toutefois que d'autres juges quittaient Ottawa dès qu'ils le pouvaient... Au moment de sa nomination, Télesphore Fournier est ministre des postes; il était ministre de la justice lorsque le Parlement a adopté la loi créant la Cour suprême. Enfin, William Alexander Henry est un simple juge *ad hoc* en matière d'élections contestées; ses contemporains le tiennent en piètre estime. Par ailleurs, il faut noter que des juristes renommés ont refusé de siéger à la Cour, notamment Edward Blake, Antoine-Aimé Dorion et Rodolphe Laflamme²⁷⁵.

La Cour tient une première session en 1876, mais il faut attendre 1877 pour qu'elle entende un nombre substantiel de pourvois. La procédure suivie pour rendre jugement se met alors en place. Après l'audition de la cause, les juges préparent leur opinion. Il n'y a pas de mécanisme formel de concertation, même si des conférences ont lieu afin de déterminer si le pourvoi est accueilli ou rejeté. Les juges transmettent les notes qu'ils ont

275. Les informations contenues dans ce paragraphe sont tirées de SNELL et VAUGHAN, *op. cit.*, note 215, p. 11-15 et 24-26. Sur les compétences du juge Strong, voir P.H. RUSSELL, *op. cit.*, note 221, p. 61.

préparées à certains collègues, mais cela n'est pas fait de manière systématique, notamment en raison de nombreux conflits de personnalité. Les parties ou leurs procureurs sont ensuite convoqués à une audience au cours de laquelle les juges rendent jugement en faisant lecture de leurs notes ou en «annonçant» leur opinion²⁷⁶. Compte tenu du faible nombre de causes entendues à cette époque, il y a presque toujours autant d'opinions que de juges; les praticiens se plaignent de leur prolixité et de l'absence de consensus. Si l'éditeur du recueil des arrêts de la Cour retient une affaire, il demande aux juges de lui transmettre des motifs écrits. Plusieurs juges font alors preuve de laxisme, en particulier le juge Strong; en moyenne, il s'écoule dix-huit mois entre le prononcé du jugement et sa publication²⁷⁷.

La question du bilinguisme suscite immédiatement des difficultés. Les règles de pratique permettent à un juge d'ordonner la traduction des documents produits²⁷⁸. Le juge Henry n'hésite pas à se prévaloir de cette possibilité dans une affaire québécoise. On découvre alors qu'il n'existe pas de fonds pour cette dépense; cette tâche est donc confiée au registraire et à l'éditeur du recueil de la Cour²⁷⁹. L'unilinguisme est critiqué... par les éditeurs du *Canada*

276. En 1879, une loi précise que la majorité des juges de la Cour suprême qui ont entendu une affaire peuvent «constituer la cour lors de la prononciation du jugement»; en outre, un juge qui ne peut être présent peut remettre à l'un de ses collègues «son jugement par écrit, pour qu'il en soit donné lecture ou connaissance en pleine cour», (la version anglaise se lit ainsi: *to be read or announced in open court*: *Acte d'amendement de la Cour suprême, de 1879*, S.C. 1879, c. 39, art. 18). Une disposition semblable figure encore dans la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 27 (1). Dès 1879, il est donc possible de «donner connaissance» des motifs sans les lire intégralement. Il semble qu'en 1967, les motifs sont «souvent» déposés sans être lus (P.H. RUSSELL, *op. cit.*, note 221, p. 91). Une nouvelle procédure est mise en place en 1987: la Cour peut rendre jugement en audience publique (donc oralement), mais les juges peuvent également déposer auprès du registraire leurs motifs ou leur accord avec ceux d'un autre juge (*Loi modifiant la Cour suprême et apportant des modifications corrélatives à d'autres lois*, L.R.C. (1985), c. 34 (3^e suppl.), art. 1). Pour en revenir au XIX^e siècle, le caractère informel des notes destinées à être lues par les juges est illustré par les règles de pratique de la Cour suprême. Aux termes de l'article 2, le dossier doit contenir une transcription de l'opinion ou des motifs de jugement des cours inférieures ou une déclaration assermentée indiquant qu'il n'a pas été possible de se les procurer, en expliquant quelles démarches ont été entreprises dans ce but: Robert CASSELS jr., *Manual of Procedure in the Supreme and Exchequer Courts of Canada*, Toronto, Carswell, 1877, p. 182.

277. SNELL et VAUGHAN, *op. cit.*, note 215, p. 35-37 et 40. Il semble qu'en 1924, le délai entre le prononcé de l'arrêt et le dépôt des motifs n'est plus que de quatre semaines (*id.*, p. 143).

278. P.H. RUSSELL, *op. cit.*, note 221, p. 80.

279. SNELL et VAUGHAN, *op. cit.*, note 221, p. 21.

Law Journal, pour qui il est inconcevable que des motifs soient publiés en français, car il ne faut pas s'attendre à ce que les futurs juristes des provinces anglophones apprennent cette langue²⁸⁰! En conséquence, de 1877 à 1882, neuf décisions contiennent une traduction anglaise de motifs rédigés en français²⁸¹. Mais cette pratique exceptionnelle est abandonnée par la suite.

Il est possible de se faire une idée de l'ambiance qui règne à la Cour, ou peut-être dans la fonction publique fédérale, en constatant que les membres francophones du personnel correspondent en anglais²⁸². Au cours des débats sur l'abolition de la Cour, des députés affirment qu'il est pratiquement impossible de plaider en français devant cette instance, en raison du fait que deux de ses membres seulement peuvent s'exprimer dans cette langue. Du même coup, ils vantent le bilinguisme des membres du Comité judiciaire et leur bonne connaissance du droit civil. Le premier ministre John A. Macdonald rétorque que les avocats québécois le moins réputés sont bilingues. En 1885, il ajoute qu'il a renoncé à augmenter le nombre de civilistes à la Cour en raison du fait que les juges formés dans ce système ont souvent appuyé une opinion minoritaire parmi les juges de common law, alors que la situation inverse se serait produite très rarement²⁸³. Dès 1879, la dissidence des deux juges ontariens dans une affaire en provenance de cette province provoque des remous; en 1896, un quotidien torontois critique le rôle joué par les juges civilistes dans les affaires de common law et par les juges formés à ce système dans les affaires de droit civil²⁸⁴.

L'analyse statistique effectuée par le professeur Peter H. Russell confirme l'affirmation faite par John A. Macdonald. Si l'on examine les arrêts rendus de 1877 à 1964 dans lesquels au moins un des juges est dissident, le pourcentage des affaires québécoises où les deux juges québécois le sont et ceux où ils diffèrent d'opinion ne varient pas de manière significative selon les différentes caté-

280. P.H. RUSSELL, *op. cit.*, note 215, p. 93.

281. *Id.*, p. 268, note 108.

282. SNELL et VAUGHAN, *op. cit.*, note 215, p. 21.

283. P.H. RUSSELL, *op. cit.*, note 221, p. 22. Pour qu'un tel phénomène se produise, il faut que les juges siègent à cinq. Les deux civilistes peuvent alors faire prévaloir l'opinion d'un des juges de common law sur celle de ses deux collègues. En revanche, les juges de common law ont toujours la possibilité d'écarter une opinion que partagent les deux civilistes.

284. I. BUSHNELL, *op. cit.*, note 223, p. 93 et 161.

gories de droit (par exemple, le code civil, la législation fédérale ou le droit constitutionnel). Les dissidences de ces deux juges sont peu fréquentes (environ cinq pour cent des cas). Les désaccords entre eux sont plus nombreux lorsqu'ils doivent se prononcer à la fois sur le code civil et sur une loi fédérale ou provinciale, mais ces affaires sont beaucoup moins nombreuses que celles où il est exclusivement question de droit civil. Cette tendance ne varie pas de manière importante avec le temps, car le pourcentage des dissidences ou des votes partagés chez les juges québécois diminue. En outre, le pourcentage des arrêts de la Cour d'appel du Québec qui sont infirmés ou confirmés ne varie pas non plus de manière appréciable selon les domaines. Toutefois, au moins un civiliste est dissident dans vingt-trois pour cent des cas où un arrêt de droit civil est infirmé; si l'arrêt est confirmé, ce pourcentage tombe à dix pour cent. Enfin, les motifs unanimes d'un arrêt de droit civil sont parfois rédigés par un juge de common law, ce qui ne signifie évidemment pas que le résultat soit critiquable. En somme, si le nombre des affaires où les juges de common law jouent un rôle déterminant est peu élevé, il demeure significatif, car les affaires controversées sont celles qui risquent de faire jurisprudence²⁸⁵.

En 1949, le nombre de juges, qui avait été porté à sept en 1927²⁸⁶, est fixé à neuf, dont trois doivent provenir du Québec²⁸⁷. Le quorum demeure toutefois de cinq membres²⁸⁸. Une pratique s'établit alors: dans les affaires de pur droit civil, la Cour siège en formation de cinq juges, avec la participation des trois juges québécois²⁸⁹. Cette façon de procéder, qui s'est maintenue jusqu'à ce jour, permet aux civilistes de décider quelle sera l'opinion majoritaire, ce qu'ils font plus fréquemment que dans les affaires de libertés publiques entendues par neuf juges. De 1950 à 1964, sur

285. *Id.*, p. 158-173.

286. *Loi modifiant la Loi de la Cour suprême*, S.C. 1927, c. 38, art. 1. L'article 2 impose la retraite aux juges qui atteignent l'âge de soixante-quinze ans ou qui l'ont déjà atteint.

287. *Loi modifiant la Loi de la Cour suprême*, S.C. 1949, c. 37.

288. Cette règle n'a jamais changé: *Acte de la Cour suprême et de l'Échiquier*, précité, note 265, art. 3; *Loi sur la Cour suprême*, précité, note 276, art. 25.

289. De 1950 à 1964, dans quatre vingt-quatorze pour cent des affaires de droit civil, la Cour a siégé en formation de cinq juges: P.H. RUSSELL, *op. cit.*, note 221, p. 67; de 1965 à 1978, ce fut le cas dans 122 arrêts sur 139 (87,7 %). Toutefois, les trois juges civilistes ont siégé ensemble dans seulement 69 % des affaires (96 sur 139): David J. WHEAT, «Disposition of Civil Law Appeals by the Supreme Court of Canada», (1980) 1 *Supr. C.L.R.* 425-455, 430 et 433.

188 arrêts de droit civil, 144 sont unanimes. Mais dans les quarante-quatre affaires où tel n'est pas le cas, les civilistes ont tendance à être en désaccord entre eux plus souvent que leurs collègues de common law, qui jouent donc un rôle déterminant. Il est vrai que deux juges québécois se retrouvent dans le camp majoritaire dans soixante quinze pour cent des affaires portant sur le droit québécois. C'est dire qu'ils sont minoritaires dans vingt-cinq pour cent des cas²⁹⁰.

Pour évaluer l'importance de ces désaccords, il faut adopter une approche qualitative. Pour ce faire, nous examinerons d'abord le rôle qu'a pu jouer le juge Henri-Elzéar Taschereau, qui a été apprécié de diverses manières par des auteurs contemporains.

2. Le juge Henri-Elzéar Taschereau, un modèle?

En 1975, le professeur Jean-Louis Baudouin dresse un réquisitoire sévère mais nuancé dans lequel il critique la tendance de certains juges de la Cour suprême du Canada à s'appuyer sur des précédents ou des concepts de common law dans des affaires de droit civil québécois. Tout en reconnaissant la valeur des échanges, des comparaisons et des emprunts, il s'élève contre l'imposition de solutions étrangères qui se substituent aux concepts de droit civil susceptibles de fournir la solution du litige²⁹¹. Il donne certains exemples d'uniformisation à sens unique où les juges de la Cour suprême affirment expressément que, en l'absence d'une disposition législative précise, le droit civil et la common law doivent conduire au même résultat²⁹². Il critique également les juges et les avocats qui citent des précédents de common law plutôt que la jurisprudence québécoise, car ils évitent ainsi de faire un «effort de compréhension et de rationalisation de la loi écrite»²⁹³. Dans cette étude, il cite indistinctement des arrêts du XIX^e et du XX^e siècle. C'est en partie en réaction à ce texte que le professeur Howes publie en 1987 son étude sur le juge Henri-Elzéar Taschereau à laquelle nous allons consacrer cette section²⁹⁴.

290. P.H. RUSSELL, *op. cit.*, note 221, p. 146-152 et 167.

291. Jean-Louis BAUDOUIN, «L'interprétation du Code civil québécois par la Cour suprême du Canada», (1975) 53 *R. du B. can.* 715-737, 717.

292. *Id.*, p. 719-724.

293. *Id.*, p. 726.

294. *Loc. cit.*, note 1.

a) *La présentation de David Howes*

Le professeur Howes tente de recréer la conception du droit et de la justice propre au juge Henri-Elzéar Taschereau, qui siège à la Cour suprême de 1878 à 1906 et qui occupe la fonction de juge-en-chef de 1902 à 1906. En procédant à une étude fouillée des motifs de jugement publiés dans les recueils de la Cour suprême, il nous ouvre de nouveaux horizons et nous fait prendre conscience du «gouffre» qui, à son avis, sépare l'approche des juristes du XIX^e siècle et celle de leurs successeurs. Il est certain que le juge Taschereau fait montre d'une érudition étonnante et recherche les principes de justice dans des systèmes juridiques très divers, qu'il s'agisse de la common law anglaise ou américaine, du droit civil écossais, qui n'a jamais été codifié, et du droit civil louisianais, français, belge ou même italien. Lorsque la Cour suprême doit trancher une controverse sur laquelle le code ne fournit pas d'indications, le juge Taschereau affirme dans certaines affaires qu'il importe d'adopter une solution semblable à celle qui prévaut dans le reste de l'Empire britannique; mais il montre également que cette solution est acceptée dans d'autres juridictions civilistes. En outre, il dresse le bilan des débats français sur la question et soutient que la solution retenue jouit de solides appuis en France²⁹⁵. Sur des questions d'ordre public québécois, peut-on raisonnablement faire abstraction du consensus social de l'Angleterre, des États-Unis et d'autres pays de droit civil?

Le professeur Howes va toutefois beaucoup plus loin. Il affirme que la défense du système de droit civil contre l'envahissement de la common law laisse le juge Taschereau indifférent; il cite également l'opinion des auteurs d'un ouvrage sur l'histoire de la Cour suprême, pour qui les juges québécois qui ont précédé le juge Mignault n'étaient pas des «défenseurs militants» du

295. *Id.*, p. 541-542, à propos de *Glengoil Steamship Company c. Pilkington*, (1897) 28 R.C.S. 146, 157; voir également *Canadian Pacific Railway Company c. Robinson*, (1888) 14 R.C.S. 105, 128-129 (sur le refus du droit français d'indemniser le préjudice moral dans les cas de simple négligence, par opposition aux crimes); *Magann c. Auger*, (1902) 31 R.C.S. 186, 193 (où le juge Taschereau choisit l'opinion minoritaire en doctrine française, qui lui paraît plus convaincante). Dans cette affaire, on constate que les juges québécois tentent de faire en sorte que les règles déterminant le lieu de formation d'un contrat conclu à distance soient uniformes dans toutes les provinces canadiennes. Cette préoccupation nous semble relever du simple bon sens. En l'absence d'une disposition formelle, il est certes très peu souhaitable qu'un contrat soit réputé conclu en Ontario par les tribunaux québécois et au Québec par les tribunaux ontariens!

droit civil²⁹⁶. Il soutient que les contemporains du juge Taschereau considèrent le code civil comme une expression partielle du droit. Bien loin de mettre un terme au débat, les dispositions de ce texte constituent souvent le point de départ d'une recherche plus étendue; celle-ci vise à dégager les principes d'un droit général ou universel qui peut être tiré indifféremment de la common law ou du droit civil. L'attitude du juge Taschereau, qui s'accompagne d'une propension à s'exprimer sur un mode rhétorique, est qualifiée de «dialogique», de «polyphonique» ou de «nomadisme juridique». Elle serait le reflet d'un système «polyjuridique» qui s'alimente à différentes sources. Cette conception serait employée tant dans les affaires de droit civil que dans celles de common law. Dans cette perspective, les précédents ou les textes de loi ne seraient nullement contraignants: ils devraient être évalués afin de déterminer s'ils sont conformes aux principes universels de justice dont il vient d'être question²⁹⁷.

Le portrait quelque peu idyllique qui est ainsi brossé comporte des parts d'ombre. Tout d'abord, la grande majorité des motifs du juge Taschereau publiés dans les recueils des arrêts de la Cour suprême sont rédigés en langue anglaise²⁹⁸. Ensuite, en 1882, dans une lettre adressée au premier ministre Macdonald, ce magistrat affirme que la Cour ne peut continuer à fonctionner comme elle l'a fait jusqu'alors. En effet, les Ontariens ne peuvent accepter que les arrêts de leurs tribunaux soient soumis à l'appréciation de juges québécois; de même, les Québécois ne peuvent admettre que leur droit civil soit aux mains de juges formés au droit anglais²⁹⁹. En outre, le juge Taschereau proteste à quelques

296. D. HOWES, *loc. cit.*, note 1, p. 527; SNELL et VAUGHAN, *op. cit.*, note 215, p. 130.

297. D. HOWES, *loc. cit.*, note 1, p. 535-543.

298. Au départ, les motifs du juge Taschereau publiés en français sont très peu nombreux (*The Queen c. Doutré*, précité, note 246, p. 399-410; *Russell c. Lefrançois*, (1884) 8 R.C.S. 335, 354-376; *Pinsonnault c. Hébert*, (1887) 13 R.C.S. 450, 462-468). À partir de 1891, des motifs rédigés en français apparaissent régulièrement (voir, par ex., *Barrett c. City of Winnipeg*, (1891) 19 R.C.S. 374, 409-417; *Petry c. Caisse d'économie Notre-Dame de Québec*, (1891) 19 R.C.S. 713, 718-722; *Lacoste c. Wilson*, (1892) 20 R.C.S. 218, 226-228; *Blachford c. McBain*, (1892) 20 R.C.S. 269, 272-279; *Dorion c. Dorion*, (1892) 20 R.C.S. 430, 434-448; *Société canadienne-française de construction de Montréal c. Daveluy*, (1892) 20 R.C.S. 449, 462-466). On se rappellera que, initialement, la publication de motifs en français avait suscité des critiques (voir *supra*, note 280). D'autre part, le juge Taschereau a publié plusieurs ouvrages en langue anglaise (D. HOWES, *loc. cit.*, note 1, p. 533). Comment expliquer le fait qu'il rédige plus fréquemment des motifs en français après 1892? Y a-t-il eu un changement d'attitude? L'éditeur des recueils publie-t-il davantage d'arrêts? Nous ne saurions le dire.

299. SNELL et VAUGHAN, *op. cit.*, note 215, p. 30.

reprises contre l'utilisation de précédents anglais. Pour le professeur Howes, cela est la marque d'un esprit non conformiste qui procède à une réflexion approfondie avant de recourir aux sources étrangères³⁰⁰.

Le professeur Howes soutient également que la «polyphonie» des motifs du juge Taschereau disparaît en 1902. Il attribue ce changement à plusieurs causes. Tout d'abord, après la retraite du juge Strong, la Cour ne compte plus aucun juge de common law qui soit en mesure de discuter intelligemment du droit civil. Ensuite, certaines opinions du juge Taschereau n'ont pas été acceptées par ses collègues ou par le Comité judiciaire du Conseil privé. Il aurait alors été contraint d'adopter «le langage de son propre colonisateur». Cela expliquerait un passage des motifs qu'il rédige en 1895, dans lequel il cite un arrêt de 1883 du Conseil privé où l'on affirme que les décisions anglaises et américaines ne sauraient lier les juges québécois³⁰¹. Selon le professeur Howes, cet arrêt présente trois caractéristiques inhabituelles: son caractère exclusif (du droit anglais), l'importance accordée au texte du code et le fait qu'il soit erroné, car en droit commercial les juges québécois ont toujours cherché la meilleure règle possible, quelle que soit son origine³⁰².

De l'aveu même du professeur Howes, le nomadisme du juge Taschereau a donc parfois des limites et s'estompe vers la fin de sa carrière. Néanmoins, il reproche au juge Pierre-Basile Mignault d'avoir causé la disparition d'une certaine forme d'ouverture sur les systèmes étrangers. Il aurait en effet convaincu la Cour d'écarter les précédents anglais dans les affaires de droit civil où la règle pertinente est d'origine française. Cette transformation du droit civil québécois correspondrait à un système «monotone» fondé sur l'analyse du texte de loi à la lumière de la doctrine et de la jurisprudence française et québécoise. Le professeur Howes conclut en signalant qu'en l'absence de réciprocité et d'échange l'attitude du juge Mignault était la seule qui permettait aux Québécois de ne pas se placer en situation d'infériorité³⁰³. Nous examinerons ci-dessous l'apport des juges qui ont précédé le juge Mignault.

300. D. HOWES, *loc. cit.*, note 1, p. 534-535 et 542.

301. *Id.*, p. 544-545, à propos de *Young c. MacNider*, (1895) 25 R.C.S. 272, 283.

302. D. HOWES, *loc. cit.*, note 1, p. 545-546.

303. *Id.*, p. 546-558.

Pour l'instant, il est temps d'apporter certaines retouches au portrait brossé par le professeur Howes.

b) *Un portrait à nuancer*

Pour avoir une idée plus juste des préoccupations du juge Taschereau, trois thèmes peuvent retenir notre attention: l'importance accordée au texte de loi, le respect dû aux précédents judiciaires et les avatars d'un dialogue entre le droit civil et la common law. En ce qui concerne le code civil, il est juste de souligner que le juge Taschereau se contente très rarement de citer une disposition; il préfère montrer que celle-ci est conforme aux principes de justice tel qu'il les entend. En outre, il est évident qu'il prend plaisir à citer les auteurs de l'ancien droit français, quoiqu'il fasse abondamment usage de la doctrine et de la jurisprudence de son temps. Mais il ne paraît pas exact d'affirmer qu'il manifeste de l'hostilité envers le code ou les codificateurs³⁰⁴, dont il n'hésite pas à citer les rapports³⁰⁵. Par ailleurs, il lui arrive de conclure que le texte d'une disposition contient la solution du litige, même si celle-ci peut paraître sévère ou injuste; après avoir tiré cette conclusion, il tente souvent de montrer que la règle en question est défendable³⁰⁶. Dans un arrêt, il invite la législature à abroger une

304. *Id.*, p. 530-531 et note 33 ainsi que p. 535, notamment note 63.

305. Voir *The Queen c. Doutre*, précité, note 246, p. 403; *Grange c. McLennan*, (1883) 9 R.C.S. 385, 497; *Sweeny c. Bank of Montreal*, (1881) 12 R.C.S. 661, 705; *Dubuc c. Kidston*, (1889) 16 R.C.S. 357, 364 (diss.); *Canadian Pacific Railway c. Robinson*, (1892) 19 R.C.S. 292, 332; *Ross c. Ross*, (1896) 25 R.C.S. 307, 347 (diss.); *Glengoil Steamship Co. c. Pilkington*, précité, note 295, p. 156-157; *Meloche c. Simpson*, (1899) 29 R.C.S. 375, 385 (au nom de la Cour). Pour le professeur Howes, dans cette dernière affaire, le juge Taschereau laisse entendre que les codificateurs ont simplement compté les opinions émises en France avant 1747 plutôt que de les évaluer à leur mérite (D. HOWES, *loc. cit.*, note 1, p. 530, note 33). Pourtant, le magistrat affirme que l'article 930 C.c.B-C. tranche la controverse quant à l'état du droit au Bas-Canada avant la codification. Il juge inutile d'aller au-delà de cette disposition; il cite et approuve deux extraits d'un arrêt de la Cour d'appel où les juges Bossé et Hall affirment qu'une telle recherche est superflue et dangereuse (*Meloche c. Simpson*, *supra*, p. 385-387). Enfin il consacre dix autres pages à démontrer que si la question devait être analysée indépendamment du code, il parviendrait à la même conclusion que les codificateurs (*id.*, p. 387-397). Par ailleurs, tous les juges de la Cour suprême citent régulièrement les rapports de ces derniers, voir *infra*, partie IV. A. 2. a).

306. *Grange c. McLennan*, précité, note 305, p. 407; *Dubuc c. Kidston*, précité, note 305, p. 364-365; *Evans c. Skelton*, (1890) 16 R.C.S. 637, 656 et 659-660 («With the hardship of the law we have nothing to do»); *Venner c. Sun Life Insurance Company*, (1890) 17 R.C.S. 515, 403-404; *Cadieux c. The Montreal Gas Company*, (1898) 28 R.C.S. 382, 384 (dans cette dissidence, le juge Taschereau soutient que l'interprétation proposée par l'appelant équivaut à un amen-

règle désuète, même s'il s'agit là d'une «question qui ne tombe pas, strictement parlant, dans les attributions d'une cour de justice»³⁰⁷. Ainsi, le texte de loi lui impose parfois des contraintes dont il ne peut pas ou ne veut pas s'affranchir.

Le juge Taschereau fait preuve d'indépendance d'esprit face à certains précédents. Ainsi, une affaire porte sur la compétence attribuée par une loi fédérale à la Cour maritime de l'Ontario, qui est identique à celle du tribunal d'amirauté d'Angleterre. Dans ce pays, le Comité judiciaire du Conseil privé et la Cour d'appel ont rendu des arrêts contradictoires au sujet de la compétence de ce tribunal concernant les réclamations consécutives à un décès ou à des blessures corporelles. Dans sa dissidence, le juge Taschereau affirme qu'il est lié par l'arrêt du Comité judiciaire qui tranche en faveur de l'amirauté³⁰⁸. D'autre part, la demanderesse soutient que la disparition de son fils lui cause un préjudice car elle est ainsi privée de services qui sont habituellement rendus par un employé. Elle n'invoque pas la loi ontarienne qui accorde aux parents le droit d'obtenir une indemnité à la suite du décès de leur enfant. Le juge Taschereau rappelle que le droit civil français et le droit civil écossais accordent un tel recours depuis longtemps³⁰⁹. Il déclare qu'il n'est pas lié par une décision de la Cour de l'Échiquier de l'Angleterre, au motif que la force des arguments et la rigueur du raisonnement de la dissidence sont bien supérieures³¹⁰. Au sujet des arrêts américains cités par les parties, il affirme que, si l'on se contente de les compter, ils appuient la position du défendeur; mais s'ils sont évalués à leur mérite et si l'on se laisse guider par «les principes de justice les mieux établis», la demanderesse doit obtenir gain de cause³¹¹.

dement de la loi); *City of Montreal c. McGee*, (1900) 30 R.C.S. 582, 585-586 («Mais c'est là vouloir changer le Code ou plutôt l'abroger, et en radier la prescription annale de l'action en dommages»); voir également *The Queen c. Ogilvie*, (1899) 29 R.C.S. 299: le juge Taschereau souscrit aux motifs dissidents du juge Girouard, qui écrit: «The law is clearly against the respondent, but equity is evidently with him» (p. 318).

307. *Baxter c. Philips*, (1895) 23 R.C.S. 317, 339.

308. *Monaghan c. Horn*, (1884) 7 R.C.S. 409, 433-435.

309. *Id.*, p. 445.

310. *Id.*, p. 437. Pour sa part, le juge Gwynne estime que cette décision contient la règle du droit anglais qui s'applique en Ontario. À son avis, ce précédent lie la Cour suprême jusqu'à ce qu'il soit désavoué par une cour anglaise (*id.*, p. 458).

311. *Id.*, p. 450-451; au sujet des décisions américaines, voir également *Victoria-Montreal Fire Insurance Company c. Home Insurance Company*, (1905) 35 R.C.S. 208, 211 et *Home Insurance Company c. Victoria-Montreal Fire Insurance Company*, [1907] A.C. 59, 65 (lord Macnaghten).

Ce sont donc les décisions des cours inférieures ou étrangères que le juge Taschereau estime être libre de ne pas suivre³¹². Il affirme être lié par les arrêts du Comité judiciaire du Conseil privé³¹³ et par ceux de la Cour suprême³¹⁴; il se croit également obligé d'appliquer la jurisprudence des tribunaux anglais portant sur un texte de loi qui est à l'origine d'une disposition du Code civil³¹⁵. Certes, il se plaît à dire que les recueils de jurisprudence sont un «arsenal du droit français où toutes les erreurs peuvent trouver des arrêts et tous les paradoxes des autorités»; il rappelle l'adage de Boncenne, «[o]n cite des arrêts comme on signale des écueils»³¹⁶. Mais là encore, il traite de décisions françaises; quelle que soit leur autorité morale, celles-ci ne sauraient lier la Cour. En outre, cette affirmation péremptoire sert parfois à justifier le rejet de décisions innovatrices. Parmi celles-ci, il en est qui permettent à la femme mariée sous le régime de la communauté de biens de demander elle-même la réparation du préjudice corporel qu'elle subit, à condition d'obtenir l'autorisation de son mari. Le juge Taschereau juge inutile de se référer à la doctrine et à la jurisprudence majoritaire pour rejeter cette interprétation, car l'action intentée par l'épouse est un bien meuble qui «appartient au mari seul, et [...] doit être portée en son nom comme chef de la communauté»³¹⁷.

En terminant sur ce point, il convient peut-être de signaler que la conception de la justice que défend le juge Taschereau est celle qui prédomine à son époque. Ainsi, il refuse d'accorder des dommages à un employé qui a dû quitter son travail après que ses collègues syndiqués ont refusé d'œuvrer en sa compagnie parce qu'il était membre d'un autre syndicat. Mais cette décision s'accompagne de commentaires qui approuvent les comportements racistes:

312. Cette distinction semble avoir échappé au professeur HOWES (*loc. cit.*, note 1, p. 536, 540, 552 et 556, note 172).

313. *Grand Trunk Railway c. Miller*, (1904) 34 R.C.S. 45, 59, arrêt infirmé, *Miller c. Grand Trunk Railway*, précité, note 249.

314. *Ross c. The Queen*, (1896) 25 R.C.S. 564, 566-567; *Grand Trunk Railway c. Miller*, précité, note 313, p. 59; *Young c. MacNider*, précité, note 301, p. 277-278.

315. *Canadian Pacific Railway c. Robinson*, précité, note 295, 123-124 et (1892) 19 R.C.S. 292, 316, infirmé par *Robinson c. Canadian Pacific Railway*, précité, note 249.

316. *Corporation of Aubert-Gallion c. Roy*, (1893) 21 R.C.S. 456, 477 et 482; voir D. HOWES, *loc. cit.*, note 1, p. 540-541.

317. *McFarran c. Montreal Park and Island Railway Company*, (1900) 30 R.C.S. 410, 414-415.

Or, les intimés dans l'occasion en question, n'ont fait qu'user un droit qu'ils partagent avec leurs concitoyens de toutes les classes. Et ce droit, ils pouvaient s'entendre pour l'exercer tous ensemble, tout comme chacun d'eux pouvait le faire seul. Je ne vois pas que l'on puisse douter qu'un ouvrier ait le droit de stipuler avec son patron qu'il aura le droit de se retirer, si un autre tel ou tel, est employé; ou qu'un procureur ait le droit de dire à son client que si tel ou tel lui est adjoint ou continué [sic] comme conseil, il se retirera de la cause; ou que les serviteurs d'un hôtel aient le droit de notifier leur maître qu'ils quitteront à la fin de leur terme d'engagement, si une telle ou telle classe, des nègres, des Chinois ou des Juifs, par exemple, est employée.³¹⁸

La propension du juge Taschereau à citer les décisions de common law a également des limites. Certes, dans la plupart de ses motifs de jugement, il n'hésite pas à placer ces précédents sur le même pied que la jurisprudence et la doctrine civilistes. Mais il lui arrive de souligner les différences entre les deux systèmes, en insistant sur le fait que la règle du droit anglais ne saurait s'appliquer au Québec³¹⁹. En 1895, il exprime clairement son opinion dans une dissidence:

318. *Perrault c. Gauthier*, (1898) 28 R.C.S. 241, 244. Dans cette affaire, la Cour parvient à l'unanimité au résultat retenu dans un arrêt controversé de la Chambre des lords, *Allen c. Flood*, [1898] A.C. 1 (voir les motifs du juge Girouard, p. 246-248 et 255-257). En 1901, la Chambre des lords neutralise l'arrêt *Allen* par une distinction subtile (*Quinn c. Leatham*, [1901] A.C. 495; voir R. STEVENS, *op. cit.*, note 28, p. 93-94). Par ailleurs, deux ouvrages récents montrent bien que la majorité des juges canadiens ont longtemps tenu pour acquis qu'il était légitime d'établir des distinctions fondées sur la race, en dépit de certaines opinions minoritaires qui contestaient cette vision des choses: Constance BACKHOUSE, *Colour-Coded A Legal History of Racism in Canada, 1900-1950*, Toronto, University of Toronto Press, 1999; James W. ST. G. WALKER, "Race," *Rights and the Law in the Supreme Court of Canada, Historical Case Studies*, Toronto, University of Toronto Press, 1997.
319. *Union St Joseph de Montreal c. Lapierre*, (1881) 4 R.C.S. 164, 181; *The Queen c. Doutre*, précité, note 246, p. 400; *Bain c. City of Montreal*, (1884) 8 R.C.S. 252, 279 («Some English or American authorities have been cited [...] These authorities are not applicable to actions *en répétition de l'indû*, and to the present case, which is ruled exclusively by our own civil law, under which there is no room for doubt or argument on this point [...]»); *Wadsworth c. McCord*, (1887) 12 R.C.S. 466, 512 (diss.), arrêt confirmé, *McMullen c. Wadsworth*, précité, note 224; *Sweeny c. Bank of Montreal*, (1887) 12 R.C.S. 661, 701 («[...] these shares were held by Rose for a third person, as mandatary or agent, *nomine procuratoris*; for the words "in trust" can mean nothing else»), arrêt confirmé, *Bank of Montreal c. Sweeny*, précité, note 235; *Pion c. North Shore Railway Company*, (1888) 14 R.C.S. 677, 691 (dans cette dissidence, le juge Taschereau affirme qu'un arrêt ontarien et un arrêt de la Chambre des lords ne sauraient s'appliquer dans une affaire de droit civil québécois), arrêt confirmé, *North Shore Railway Company c. Pion*, précité, note 236; *The Queen c. Henderson*, (1898) 28 R.C.S. 425, 434; *The Queen c. Ogilvie*, précité, note 306, p. 327 (dissidence du juge Girouard, à laquelle souscrit le juge Taschereau); *Black c. The Queen*, (1899) 29 R.C.S. 613, 700.

And if these debentures are not promissory notes the case is governed exclusively by the French law and the Quebec code. As said by Sir Montague Smith, in the Privy Council, in the case of *Bell v. Corporation of Quebec* [5 App. Cas. 84], English and American decisions are not governing authorities in the province of Quebec. Except as to the rules of evidence, art. 1206 C.C., and to a certain extent as to promissory notes, by a special article of the code (art. 2340), in force as to this case, the commercial law of the province of Quebec, as a general rule, is the French law.

Upon the contention that a commercial contract is governed by the English law in the province of Quebec, Aylwin J. said, in *The Montreal Assurance Co. v. McGillivray* [(1858) 8 L.C.R. 423]:

A more dangerous error than this could not be committed; commercial contracts like all others are governed by the law of Lower Canada.³²⁰

À notre avis, en citant le juge Aylwin, le juge Taschereau montre qu'il croit défendre un principe établi depuis longtemps au Québec. Nous ne pensons pas qu'il adopte «le langage de son propre colonisateur», soit le Comité judiciaire du Conseil privé³²¹. Il explique son attitude dans un autre arrêt:

I deliberately refrain from referring to the English authorities quoted by the parties. Upon a branch of the provincial law so completely at variance with the English law as this one is, they could not, it is obvious, but mislead, though I am quite sure they were not quoted with the intention of misleading. The case is governed exclusively by the Civil Code of the Province of Quebec wherein the law which obtains on the subject is to be looked for.³²²

Cela permet de comprendre pourquoi, dans plusieurs de ses motifs, on ne trouve aucune référence aux arrêts de common law. À la même époque Walton explique que s'il n'existe pas de différence de principe entre les deux systèmes, «les décisions anglaises en droit des contrats ou des délits sont citées constamment, certes pas comme des autorités qui s'imposent au tribunal mais comme des exemples concluants de l'application de principes communs aux deux droits»³²³. En revanche, ces précédents ne sont pas

320. *Young c. MacNider*, précité, note 301, p. 283.

321. D. HOWES, *loc. cit.*, note 1, p. 544-545. Le professeur Howes relève pourtant l'existence de la plupart des arrêts cités à la note 319.

322. *Allan c. Evans*, (1900) 30 R.C.S. 416, 426-427.

323. F.P. WALTON, *op. cit.*, note 66, p. 124.

invoqués en matière de droit de la famille ou de biens, de successions, de donations (sauf pour la validité des testaments), de régimes matrimoniaux ou de sûretés immobilières³²⁴. La lecture des motifs du juge Taschereau confirme cette observation. Car avant de passer d'un système à l'autre, il est indispensable de s'assurer que les concepts et les problèmes sont suffisamment similaires pour que le recours aux précédents étrangers soit profitable ou éclairant. Si le juge Taschereau pouvait faire la part des choses, il n'en allait pas forcément de même de ses collègues.

Deux exemples permettront d'illustrer les dangers du «nomadisme juridique». En premier lieu, le juge Taschereau emploie très régulièrement le verbe *estop* et le terme *estoppel*. Cette habitude de langage n'est-elle pas anodine? Le juge Girouard lui-même n'écrit-il pas que «[e]stoppel is not peculiar to the English system of laws: it is known in Quebec by the name of *acquiescement*»³²⁵? Pourtant, en common law, la préclusion (*estoppel*) entre en jeu dans des situations diverses pour lesquelles le droit civil a développé une panoplie de concepts distincts: l'acquiescement au jugement³²⁶, la ratification de l'acte non autorisé du mandataire³²⁷, le mandat apparent³²⁸, la confirmation d'un acte juridique atteint de nullité relative³²⁹, l'exception de la chose jugée³³⁰ et la fin de non-recevoir opposée à la partie qui conteste la validité d'un acte sans offrir de rendre les avantages qu'elle en a tirés³³¹, ou encore à la personne qui remet en question les actes de son auteur³³².

324. *Id.*, p. 122-125.

325. *Banque d'Hochelaga c. Waterous Engine Works Company*, (1897) 27 R.C.S. 406, 432 (diss.); voir D. HOWES, *loc. cit.*, note 1, p. 550.

326. Art. 501 C.p.c.; *Bain c. City of Montreal*, précité, note 319, p. 287 (j. Taschereau).

327. *Davis c. Kerr*, (1890) 17 R.C.S. 235, 247-249 (j. Taschereau).

328. *Grace and Company c. Perras*, (1921) 52 R.C.S. 166, 172 (j. Mignault).

329. *Côté c. Stadacona Insurance Co.*, (1882) 6 R.C.S. 193, 206 (j. Strong), 215 (j. Fournier); sur la préclusion, voir p. 222 (j. Henry) et 224-225 (j. Gwynne); voir également *Davis c. Kerr*, précité, note 327, p. 247-249 (j. Taschereau); *Robert c. Montreal Trust Company*, (1918) 56 R.C.S. 342, 345 (j.-en-chef Fitzpatrick, diss.), 347-350 (j. Idington) et 354-364 (j. Anglin).

330. *Muir c. Carter*, (1890) 16 R.C.S. 473, 491 (j. Taschereau); *Price c. Mercier*, (1891) 17 R.C.S. 303, 333 (j. Taschereau).

331. *Lionnais v. Molson's Bank*, (1886) 10 R.C.S. 526, 559 (j. Taschereau); *Jones c. Fraser*, (1887) 13 R.C.S. 342, 344 (j. Strong) et 347 (j. Taschereau, qui emploie simultanément l'expression «fin de non-recevoir» et le terme *estoppel*); *Rolland c. Caisse d'économie Notre-Dame de Québec*, (1895) 24 R.C.S. 405, 410 (j. Taschereau).

332. *McArthur c. Brown*, (1890) 17 R.C.S. 61, 66 (j. Strong); *The Quebec, Montmorency and Charlevoix Railway Company c. Gibsons*, (1899) 29 R.C.S. 340, 349 (j. Taschereau).

La preuve qui doit être faite dans chacune de ces hypothèses varie. En outre l'acquiescement et la préclusion n'ont pas la même signification en common law: le second terme suppose que les agissements d'une partie ont poussé l'autre à modifier sa situation d'une manière qui lui est préjudiciable, une exigence inconnue du droit civil³³³. Aussi le juge-en-chef Strong n'hésite-t-il pas à écrire: «[t]here is no such technical doctrine as that which prevails in the law of England as estoppel by deed to be found in the French law, and it is to be hoped that no such doctrine will ever be admitted into it»³³⁴. En 1921, le juge Pierre-Basile Mignault condamnera également fermement l'emploi du terme *estoppel*. À notre avis, ce faisant, il éliminera une source de confusion dans les affaires de droit civil québécois³³⁵.

Un autre problème concerne l'interprétation de l'article 1056 C.c.B.-C., qui régit le recours du conjoint, des ascendants ou des descendants d'une personne qui décède par suite d'un délit ou d'un quasi-délit. Cette disposition semble inspirée d'une loi adoptée en 1847 par le Parlement du Canada-Uni qui reprend textuellement une loi britannique et qui s'applique tant en Ontario qu'au Québec (le Haut et le Bas-Canada)³³⁶. Alors qu'elle crée un recours inexistant en common law, en droit civil, elle ne fait que modifier les règles de procédure et la prescription d'une action qui a toujours existé. En 1887, dans le célèbre arrêt *Canadian Pacific Railway c. Robinson*, la Cour suprême déclare que l'article 1056 doit recevoir la même interprétation que la loi anglaise reprise au Canada-Uni. C'est pourquoi la douleur morale (*solatium doloris*) ne peut être indemnisée, même si l'article 1056 ne souffle mot de cette question³³⁷. Le juge-en-chef Ritchie et le juge Taschereau déclarent

333. *Côté c. Stadacona Insurance Co.*, précité, note 329, p. 224-225 (j. Gwynne); *Bain c. City of Montreal*, précité, note 319, p. 270 (j. Henry, diss.); *McArthur c. Brown*, précité, note 332, p. 103 (j. Gwynne, diss.).

334. *Durocher c. Durocher*, (1897) 27 R.C.S. 363, 371.

335. *Grace and Company c. Perras*, précité, note 328, p. 172; *W.T. Rawleigh Co. c. Dumoulin*, [1926] R.C.S. 551, 556-557; comp. D. HOWES, *loc. cit.*, note 1, p. 550; voir également *Soucisse c. Banque nationale du Canada*, [1981] 2 R.C.S. 339, 359-363.

336. Voir *Acte pour donner aux familles des personnes tuées par accident la faculté de réclamer des dommages et pour d'autres fins y mentionnées*, précité, note 81.

337. *Canadian Pacific Railway c. Robinson*, précité, note 295. La Cour se conforme ainsi aux directives du Comité judiciaire du Conseil privé, pour qui une loi coloniale de Nouvelle-Zélande reprenant les termes d'une loi britannique doit être interprétée comme cette dernière (*Trimble c. Hill*, (1878-1880) 5 App. Cas. 342). La Chambre des lords a exprimé la même opinion à propos des dispositions du *Code civil du Bas-Canada* qui reprennent le contenu d'une loi anglaise (*City Bank c. Barrow*, précité, note 248).

tous les deux que la loi de 1847 devait avoir le même effet dans les deux anciennes provinces du Canada-Uni; le juge Taschereau ajoute qu'en droit civil français seuls les délits criminels donnent le droit d'obtenir des dommages moraux³³⁸. Pourtant, en 1862, la Cour du Banc de la Reine du Québec avait jugé précisément le contraire dans un arrêt majoritaire, au motif que la loi de 1847 ne modifiait pas le droit commun sur ce point. Les motifs du juge Aylwin méritent d'être cités, car ils contiennent un plaidoyer éloquent d'un civiliste anglophone québécois en faveur de l'intégrité du système de droit civil:

It must be observed that under the Civil Law-as in Lower Canada-decisions might be correctly arrived at, wholly different from those which had been, perhaps, very properly given on the very same statute in Courts where the common law of England was administered-as in those of Upper Canada. In order to interpret a Statute, it was always necessary to look at the Common Law as it existed before the Statute, for a Statute could only be properly expounded by reference to that. Now the common law of France, which was also the law of Lower Canada, was as old as the hills, founded on the Civil Law-not incident to any modern improvements; [...]

In construing the Statute for the first time in Lower Canada, the Court would be glad to look for instruction to the English and Upper Canadian decisions, if they at all squared with the principles of the Lower Canadian law; but they had to make that law and the statute stand together.³³⁹

Ainsi, les juges qui rendent justice au Canada-Uni trouvent parfaitement normal que la loi de 1847 ait des conséquences différentes au Québec et en Ontario³⁴⁰. En 1886, dans l'affaire *Robinson*, les juges de la Cour d'appel du Québec sont d'ailleurs

338. *Id.*, p. 111 (j.-en-chef Ritchie), p. 125 et 128-129 (j. Taschereau). En réalité, cette position était très minoritaire dans la doctrine française et n'a pas été acceptée par la jurisprudence: G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil, Des obligations*, 2^e éd., t. 3, 2^e partie, Librairie du Recueil général des lois et des arrêts, Paris, 1905, n° 2871, p. 1100, note 3 et 6.

339. *Ravary c. Grand Trunk Railway Company of Canada*, (1862) 6 L.C.J. 49, 51; le juge Bruneau (ad hoc) souscrit à l'opinion majoritaire (*id.*, p. 59), tout comme le juge-en-chef LaFontaine, tandis que le juge Badgley (ad hoc) et le juge Duval sont dissidents (*id.*, p. 52-59).

340. Pourtant le professeur Howes accepte inconditionnellement l'argument du juge-en-chef Ritchie et du juge Taschereau: D. HOWES, *loc. cit.*, note 1, p. 526-528.

unanimement d'avis que l'article 1056 permet d'obtenir des dommages moraux³⁴¹.

Après que la Cour suprême a renvoyé l'affaire *Robinson* en première instance, elle est saisie d'un nouveau pourvoi qui soulève une question de prescription³⁴². Aux termes de l'article 1056, celle-ci est de un an à compter du décès; la Cour d'appel juge que la veuve a agi avant l'expiration de ce délai. Appliquant la jurisprudence anglaise, la Cour suprême soutient que les personnes à charge ne peuvent exercer de recours si le défunt eût été dans l'impossibilité d'en exercer un de son vivant³⁴³. En l'espèce, la Cour conclut que l'action était prescrite le jour du décès car il s'était alors écoulé plus d'un an depuis l'accident, même si l'article 2262.2 du Code déclare expressément qu'il ne s'applique pas à l'action prévue par l'article 1056³⁴⁴. Ce dernier recours aurait donc été anéanti par l'inaction de la victime. Dans sa dissidence, le juge Fournier proteste vigoureusement. À son avis, la date de la prescription du recours est si clairement déterminée par le code qu'il lui paraît «absurde de chercher à en établir une autre»³⁴⁵:

Que fait-on de la disposition qui accorde à la femme son droit d'action pendant l'année, seulement à compter du décès? On l'ignore tout simplement, ou mieux encore on a recours à une subtilité aussi ingénieuse que peu honnête, pour détruire son droit d'action en prétendant qu'il n'était que le même droit que celui de son mari, ayant pour origine le même quasi-délit et que le mari ayant laissé prescrire son action, celle de la femme l'a été également.³⁴⁶

En 1892, le Comité Judiciaire du Conseil privé donne raison au juge Fournier. Il signale que la loi de 1847 ne traite pas de

341. *Robinson c. Canadian Pacific Railway*, (1890) 6 M.L.R.Q.B. 25.

342. Les savants propos des juges de la Cour suprême ont été complètement inutiles lors du second procès: alors que le premier jury avait accordé 2 000 \$ à la veuve et 1 000 \$ aux enfants, le second jury accorde 4 500 \$ à la veuve et 2 000 \$ (*Robinson c. Canadian Pacific Railway*, précité, note 249, p. 251)! Évidemment la preuve peut avoir été plus complète, mais les dommages auraient normalement dû décroître en raison de l'exclusion du préjudice moral...

343. *Canadian Pacific Railway c. Robinson*, précité, note 305, p. 303-305 (j. Strong) et p. 315-323 (j. Taschereau).

344. Pour les juges majoritaires, cette exception s'applique si la prescription courait encore contre la victime au moment du décès; elle n'a pas d'application si le recours de celle-ci était éteint: *id.*, p. 306-307 (j. Strong) et p. 327-328 (j. Taschereau).

345. *Id.*, p. 313.

346. *Id.*, p. 312.

certaines questions qui sont réglées par l'article 1056. En outre, en Angleterre, la prescription applicable au recours de la victime est de six ans. Les juges anglais n'ont donc jamais eu à se prononcer sur le cas d'une veuve qui intente l'action après que le recours de son mari a été prescrit. Lord Watson rappelle que les précédents interprétant une loi anglaise s'appliquent uniquement si une disposition du code est substantiellement identique au texte anglais³⁴⁷. S'il est permis de recourir à l'ancien droit pour élucider le sens d'un article du code douteux ou pour découvrir la signification d'un terme technique, cela est inutile si le texte est clair³⁴⁸. Compte tenu des différences entre la loi britannique et l'article 1056, lord Watson conclut que cette disposition énonce toutes les conditions qui doivent être remplies pour exercer un recours à la suite du décès d'un conjoint, d'un ascendant ou d'un descendant. L'action se prescrit donc uniquement dans l'année qui suit le décès de cette personne.

En dépit de la condamnation péremptoire de Lord Watson, la Cour suprême continue à s'appuyer sur les précédents anglais. L'article 1056 prévoit en effet que les personnes à charge visées ne peuvent exercer de recours si la victime a obtenu satisfaction ou reçu une indemnité. En 1900, la Cour doit décider si un régime d'assurance mis en place par un employeur moyennant une renonciation des employés au droit de le poursuivre en cas d'accident constitue une telle «satisfaction». Elle juge que oui, en s'appuyant encore une fois sur la jurisprudence anglaise³⁴⁹. Le Comité judiciaire intervient à nouveau et déclare qu'une renonciation au droit de poursuivre ne peut constituer une indemnité ou une satisfaction si la victime n'a pas reçu un avantage tangible en contrepartie. Tel n'est pas le cas en l'espèce, car la victime et les personnes à charge reçoivent uniquement les prestations d'une caisse d'assurance financée par les employés. En outre, le Comité rappelle que la jurisprudence anglaise n'est pas pertinente³⁵⁰. Les principes posés à deux reprises par le Comité judiciaire auraient dû conduire les tribunaux québécois à écarter la règle formulée

347. *Robinson c. Canadian Pacific Railway*, précité, note 249, p. 255.

348. *Id.*, p. 256.

349. *The Queen c. Grenier*, (1900) 30 R.C.S. 42, 51-52; *Grand Trunk Railway c. Miller*, précité, note 313, p. 58-59 (j.-en-chef Taschereau). Dans sa dissidence, le juge Girouard affirme que la compagnie ne pouvait s'exonérer des conséquences de sa propre négligence, par opposition à celle de ses employés, quelle que puisse être la règle du droit anglais dans des circonstances similaires (*id.*, p. 64).

350. *Miller c. Grand Trunk Railway of Canada*, précité, note 249, p. 194-195 (lord Davey).

par la Cour suprême dans le premier arrêt Robinson à propos du préjudice moral. Dès 1909, la Cour suprême entrevoit cette possibilité³⁵¹, mais il faudra attendre jusqu'en 1996 pour que ce revirement soit opéré³⁵².

La lecture des deux arrêts rendus dans l'affaire Robinson fait ressortir un autre aspect de la personnalité du juge Taschereau: à force de vouloir prouver qu'il maîtrise parfaitement les sources anglaises, il en vient à ajouter au texte du code des exigences dont le lecteur non averti ne peut soupçonner l'existence. L'analyse historique qui fonde cette démarche est bien acceptée à l'époque, mais elle est poussée ici beaucoup trop loin: lord Watson n'hésite pas à dire que l'interprétation de la Cour suprême équivaut à modifier la formulation de la disposition en cause. En outre, l'une de ces interprétations crée une monstruosité juridique: l'action de l'épouse se prescrit en une année pendant qu'elle assiste impuissante à l'agonie de son mari. Enfin, dans les deux cas, c'est littéralement aux dépens de la veuve et de l'orphelin que le juge Taschereau déploie toute la force de sa rhétorique, comme la majorité des juges de l'époque³⁵³. Dans cette affaire, la justice universelle nous semble être du côté de la Cour d'appel du Québec et du Comité judiciaire du Conseil privé.

De manière générale, le juge Taschereau semble sentir le besoin de montrer le plus souvent possible qu'il y a concordance

351. *Canadian Pacific Railway Company c. Lachance*, (1910) 42 R.C.S. 205, 208 (j. Duff, avec l'accord du juge Girouard: «The decision of this court in *The Canadian Railway Pacific Railway Co. v. Robinson* [14 Can. S.C.R. 105], to the effect that in such an action compensation for mental distress is not recoverable was supported upon grounds which are no doubt shaken by the later judgment of the Privy Council in the same case [1892] A.C. 481; whether so much shaken as to justify us in treating the question as open for reconsideration in this court may be left for determination when a case arises in which the point actually requires decision») et 210 (j. Anglin, avec l'accord du juge Idington: «[...] I express no opinion upon the question how far that decision should be deemed an authority since the judgment of the Privy Council in the same case [1892] A.C. 481»); voir Jean-Sébastien POIRIER, «Autopsie d'une disposition disparue: l'article 1056 du *Code civil du Bas Canada*», (1995) 29 *R.J.T.* 657-701, 685-686. D'autre part, les arrêts du Comité judiciaire du Conseil privé concernant l'article 1056 C.c.B.-C. ne peuvent servir de guide dans l'interprétation d'une loi provinciale semblable à la loi britannique sur le recours des ascendants et des descendants en cas de décès: *Conrod c. The King*, (1914) 49 R.C.S. 577, 588 (j.-en-chef Fitzpatrick), 584-585 (j. Anglin) et 586 (j. Brodeur); *Canadian Pacific Railway Company c. Parent*, [1917] A.C. 195, 200-201 (vicomte Haldane).

352. *Augustus c. Gosset*, [1996] 3 R.C.S. 268.

353. Voir Sylvio NORMAND, «Les juristes et le libéralisme au tournant du XX^e siècle», dans Yvan LAMONDE (dir.), *Combats libéraux au tournant du XX^e siècle*, Montréal, Fides, 1995, p. 213.

entre le droit civil et la common law; il manifeste également une forte propension à s'exprimer en anglais, même s'il semble réellement attaché aux traits distinctifs du droit québécois. Cette attitude donne à penser que le système civiliste est mal accepté par ses collègues. Ce ne sont pas tant les principes de justice universelle qui sont en cause ici que le besoin d'un individu d'être accepté et reconnu par les institutions du Canada et de l'Empire³⁵⁴. Il nous est difficile d'éprouver de l'admiration pour ce comportement. À tout le moins, il faut se demander quelle a été l'approche des autres juges de la Cour de l'époque.

B. Un dialogue intermittent

Afin d'évaluer dans quelle mesure les protestations du juge Pierre-Basile Mignault constituent un point tournant dans la jurisprudence de la Cour, il faut tout d'abord examiner l'attitude des contemporains du juge Taschereau (1), pour analyser dans un deuxième temps l'époque de son successeur, le juge-en-chef Charles Fitzpatrick (2), qui sera remplacé par Pierre-Basile-Mignault en 1918.

1. Les contemporains du juge Henri-Elzéar Taschereau

L'attitude des juges provenant des provinces de common law dans les affaires de droit civil (a) peut être comparée à celle du juge Téléphore Fournier (b) et à celle du juge Désiré Girouard (c).

a) Les juges provenant des provinces de common law

Dans les affaires de droit civil, le monolinguisme des juges provenant des provinces de common law et leur méconnaissance

354. Sur l'importance de l'Empire, voir les arrêts cités à la note 295, ainsi que le désir ardent du juge-en-chef Taschereau d'être nommé membre du Conseil privé du Royaume-Uni et de bénéficier de privilèges protocolaires au Canada (SNELL et VAUGHAN, *op. cit.*, note 215, p. 68-70). L'importance des liens entre l'Empire et le Canada devient un thème récurrent chez les juristes ontariens de l'époque: H. Blaine BAKER, «The reconstitution of Upper Canadian Legal Thought in Late-Victorian Empire», (1985) 3 *Law and History Review* 219-292. Sur l'attrait exercé par la common law sur les juges de la Cour suprême, voir également H. Patrick GLENN, «Le droit comparé et la Cour suprême du Canada», dans Ernest CAPARROS (dir.), *Mélanges Louis-Philippe Pigeon*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1989, p. 199-294, aux pages 206-207. Il convient également de souligner qu'en droit pénal, les juges québécois ne font jamais référence à la doctrine française (M. MORIN, *loc. cit.*, note 111, p. 179-180).

des principes fondamentaux du droit civil ont été souvent soulignés³⁵⁵. Certes, le juge Henry Strong constitue l'exception qui confirme la règle. Ses motifs de jugement prouvent qu'il peut raisonner comme un grand civiliste, en citant abondamment la doctrine française³⁵⁶. Comme le juge Taschereau, il juxtapose les références de droit civil et celles de common law, en prenant soin de les présenter séparément³⁵⁷. S'il lui arrive d'affirmer que les motifs d'une décision anglaise énoncent un principe universel qui est tout aussi valable en droit civil³⁵⁸, il n'hésite pas à souligner l'existence de différences qui rendent inutile toute référence à la common law³⁵⁹.

Il est possible de regrouper ensemble la majorité des juges de common law qui ont siégé à la Cour suprême jusqu'à la retraite du juge Taschereau³⁶⁰. Le plus souvent, ils se concentrent sur les

355. J.-L. BAUDOUIN, *loc. cit.*, note 291, p. 725; Jean-Louis BAUDOUIN, «La Cour suprême et le droit civil québécois: Un bilan, un constat, une prospective», dans Gérald A. BEAUDOIN (dir.), *La Cour suprême du Canada, Actes de la Conférence d'octobre 1985*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1986, p. 125-134, aux pages 126-129; Ernest CAPARROS, «La Cour suprême et le Code civil», *id.*, p. 107-115, à la page 109; D. HOWES, *loc. cit.*, note 1, p. 544.
356. *Johnston c. Minister and Trustees of St. Andrew's Church*, (1878) 1 R.C.S. 235, 291 (diss.); *Russell c. Lefrançois*, précité, note 298, p. 349 (diss.); *Sweeny c. Bank of Montreal*, précité, note 319, p. 682-684 (diss.); il faut dire que la réponse du Comité judiciaire du Conseil privé est convaincante (*Bank of Montreal c. Sweeny*, précité, note 235, p. 345); *City of Quebec c. The Queen*, (1895) 24 R.C.S. 420, 439-440; *Banque d'Hochelaga c. Waterous Engine Works Company*, précité, note 325, p. 415-418; *Brigham c. Banque Jacques-Cartier*, (1900) 30 R.C.S. 429, 435-436.
357. Voir, parmi un très grand nombre d'exemples, *Canadian Pacific Railway c. Chalifoux*, (1892) 22 R.C.S. 721, 731-732 (1888); *Drysdale c. Dugas*, précité, note 158, p. 23-25.
358. *Mayor of the City of Montreal c. Hall*, (1887) 12 R.C.S. 74, 84-85; *Allen c. Merchants Insurance Company of Canada*, (1889) 15 R.C.S. 488, 492; *Young c. MacNider*, précité, note 301, p. 277-278; *City of Quebec c. The Queen*, précité, note 356, p. 445; *Guerin c. Manchester Fire Assurance Company*, (1899) 29 R.C.S. 139, 152.
359. *Johnston c. Minister and Trustees of St. Andrew's Church*, précité, note 356, p. 289; *Côté c. Stadacona Insurance Co.*, précité, note 329, p. 205-206; *Bain c. City of Montreal*, précité, note 319, p. 265-266; *Sweeny c. Bank of Montreal*, précité, note 319, p. 670-671 (diss.); *Canadian Pacific Railway c. Robinson*, précité, note 295, p. 114; *Montreal Street Railway Co. c. Ritchie*, (1890) 16 R.C.S. 622, 630; *The Queen c. Filion*, (1895) 24 R.C.S. 482, 483; *Ross c. Ross*, précité, note 305, p. 330-331; *The Queen c. Grenier*, précité, note 349, p. 51; *Ross c. The King*, (1903) 32 R.C.S. 532, 536.
360. Il s'agit du juge-en-chef Richards (1875-1879) et des juges Henry (1875-1888), Patterson (1888-1893), Sedgewick (1893-1906), King (1893-1901), Mills (1902-1903), Armour (1902-1903), Nesbitt (1903-1905), Killam (1903-1905) et MacLennan (1905-1909). Nous traiterons plus loin des juges Davies (1901-1924) et Idington (1905-1927).

faits ou sur l'interprétation des actes juridiques à l'origine du litige et s'abstiennent de citer des arrêts ou des auteurs. Lorsqu'ils le font, il s'agit pour l'essentiel de précédents de common law³⁶¹. Ainsi, dans les affaires où au moins l'une des parties est une entreprise commerciale, les références à la jurisprudence anglaise contenues dans les motifs de l'ensemble des juges (y compris les civilistes) sont beaucoup plus fréquentes en Cour suprême (3,34 citations par arrêt) qu'en Cour d'appel (0,42). En outre, la jurisprudence anglaise est la plus fréquemment citée (3,34 citations), suivie de la jurisprudence canadienne (1,70 citations) et de la doctrine française ou belge (0,88 citation)³⁶². Les juges de common law justifient cette façon de faire en affirmant que les principes en cause sont d'application générale ou encore qu'il n'y a pas de différence significative entre les deux systèmes³⁶³. Ils emploient parfois la terminologie du droit anglais, mais il leur arrive de recourir à celle du droit civil. Enfin, ils reconnaissent dans certains arrêts l'existence de différences importantes entre les deux droits³⁶⁴. Le juge Gwynne (1879-1902) est dans une catégorie à part: avec une persistance qui force l'admiration, il rédige ses motifs comme

361. Afin de ne pas alourdir davantage le texte, nous ne citerons pas à nouveau les arrêts qui apparaissent déjà dans les notes qui précèdent, auxquels nous renvoyons en bloc. Pour la propension du juge Nesbitt à citer des autorités anglaises, voir *Gervais c. McCarthy*, (1905) 35 R.C.S. 14, 31-33; *Provident Savings Life Fire Insurance Company c. Bellew*, (1905) 35 R.C.S. 35, 42; *Metropolitan Life Insurance Company c. Montreal Coal and Towing Company*, (1905) 35 R.C.S. 266, 271; *Trust and Loan Company of Canada c. Würtele*, (1905) 35 R.C.S. 663, 666-667; *Montreal Street Railway Company c. Boudreau*, (1905) 36 R.C.S. 319, 341; *Ottawa Northern and Western Railway Company c. Dominion Bridge*, (1905) 36 R.C.S. 347, 361-362 (diss.).

362. R. CRÊTE, *loc. cit.*, note 94, p. 249.

363. Voir Jean-Louis BAUDOUIN, *loc. cit.*, note 291, p. 728-730; Reynald BOULT, «Aspects des rapports entre le droit civil et la "common law" dans la jurisprudence de la Cour suprême du Canada», (1975) 53 *R. du B. can.* 738-770, 754; voir également *Wadsworth c. McCord*, précité, note 319, p. 478 (j.-en-chef Ritchie); *Low c. Gemley*, (1891) 18 R.C.S. 685, 690 (j.-en-chef Ritchie).

364. Voir par ex. *Rickaby v. Bell*, (1879) 2 R.C.S. 560, 565 (j. Ritchie); *Russell c. Lefrançois*, précité, note 298, p. 353 (j. Henry); *Canadian Pacific Railway c. Robinson*, précité, note 295, p. 114 (j. Strong); *The Queen c. Filion*, précité, note 359, p. 483 (j.-en-chef Strong) et 485 (j. Sedgewick); *Ross c. Ross*, précité, note 305, p. 330-333 (j.-en-chef Strong, avec l'accord du juge King); *The Queen c. Grenier*, précité, note 349, p. 51 (j.-en-chef Strong, au nom de la Cour); *Ross c. The King*, précité, note 359, p. 536 (j.-en-chef Strong) et 540 (j. Girouard, avec l'accord des juges Taschereau, Sedgewick et Davies); *Asbestos and Asbestic Company c. Durand*, (1900) 30 R.C.S. 285, 292 (j. King, avec l'accord du juge-en-chef Strong et des juges Sedgewick et Girouard); *Consumers Cordage Company c. Connolly*, (1902) 31 R.C.S. 244, 298-299 (j. Girouard, au nom de la Cour); *Gareau c. Montreal Street Railway Company*, (1902) 32 R.C.S. 463, 467 (j. Girouard, avec l'accord du juge-en-chef Strong et des juges Sedgewick et Davies).

si le litige s'était déroulé dans une autre province. Tout au plus consent-il dans quelques très rares arrêts à citer un article du code ou certains arrêts québécois rédigés en langue anglaise³⁶⁵. Dans l'ensemble, la tâche d'un juge civiliste n'était pas facile à cette époque. L'expérience de Télesphore Fournier est là pour le prouver.

b) Le juge Télesphore Fournier

Né en 1823, admis au Barreau en 1846, Télesphore Fournier pratique le droit jusqu'en 1857, année où il est élu député. Il siège au parlement fédéral à compter de 1870, est nommé ministre dans le gouvernement McKenzie en 1873 et accède à la Cour suprême en 1875³⁶⁶. Il a dix ans de plus que le juge Henri-Elzéar Taschereau, qui est admis au Barreau en 1859, est député de 1861 à 1867 et est nommé juge à la Cour supérieure en 1871 avant d'accéder à la Cour suprême en 1878³⁶⁷. Ainsi, le juge Fournier représente autant, sinon davantage, les juristes qui ont exercé leur profession avant la codification que le juge Taschereau. Pourtant, il ne présente aucune des caractéristiques que le professeur Howes associe au nomadisme juridique. La majorité de ses motifs sont rédigés en français, même dans des affaires de droit privé provenant d'autres provinces que le Québec³⁶⁸. Il lui arrive néanmoins d'employer l'anglais, notamment si l'une des parties parle cette langue³⁶⁹.

Comme le juge Jean-Thomas Taschereau, qui siège à la Cour de 1875 à 1878³⁷⁰, le juge Fournier s'abstient délibérément de citer

365. Dans *Côté c. Stadacona Insurance Co.*, précité, note 329, il écrit (p. 224-225): «[...] the present action [...] must be determined by the ordinary principles of common law as applied to matters of contract»!

366. Pierre-Gabriel ROY, *Les juges de la province de Québec*, Québec, R. Paradis, Imprimeur du roi, 1933, p. 221; voir également COUR SUPRÊME DU CANADA, *La Cour suprême du Canada et ses juges, 1875-2000*, Ottawa, Dundurn Group-Cour suprême du Canada- Travaux publics et Services gouvernementaux du Canada, 2000, où l'on trouve une courte biographie de tous les juges de la Cour suprême.

367. *Id.*, p. 531.

368. *Monaghan c. Horn*, précité, note 308, p. 425-432; *McIntyre c. Hood*, (1885) 9 R.C.S. 556, 568-574 (diss.). Le juge Fournier n'hésitait pas non plus à rédiger ses motifs en français dans des affaires de droit pénal (M. MORIN, *loc. cit.*, note 111, p. 209, note 239).

369. Par ex. *Chevrier c. The Queen*, (1884) 4 R.C.S. 1, 65-120; *Raphael c. Mcfarlane*, (1891) 18 R.C.S. 183, 188-196.

370. Compte tenu de la très courte période pendant laquelle ce juge siège à la Cour, il est difficile de tirer des conclusions; voir tout de même: *Joyce c. Hart*, (1878) 1 R.C.S. 321, 343-345; *Darling c. Brown*, (1879) 2 R.C.S. 26, 39; *Rickaby c. Bell*, précité, note 364, p. 571 (où le juge cite un auteur écossais); *Caverhill c.*

des précédents anglais dans les affaires de droit civil³⁷¹. Il critique également les avocats qui agissent ainsi³⁷². Dans certains cas, ses protestations se font vigoureuses. Les extraits qui suivent le montrent bien:

La question de savoir si c'est le droit français ou anglais qui doit servir de règle dans le cas présent est plus que oiseuse. Lorsque la loi s'explique aussi clairement qu'elle le fait dans les deux articles précités, le doute n'est pas permis.

[...]

Il est inutile d'aller chercher soit dans le droit anglais soit dans le droit américain la solution de cette question. Les principes de cette législation n'étendent pas la responsabilité aussi loin que les art. 1053, 1054 du code civil de la province de Québec. Ces articles ne font pas de la malice un des éléments de la responsabilité, ni de la bonne foi une exemption de cette responsabilité.³⁷³

Robillard, (1879) 2 R.C.S. 575, 587, où le juge déclare, après avoir cité des auteurs français, qu'il pourrait ajouter de nombreuses sources anglaises et françaises mais qu'il juge cela inutile.

371. *Darling c. Brown*, précité, note 370, p. 45-47; *Levi c. Reed*, (1882) 6 R.C.S. 482, 497: «Bien qu'il y ait presque similitude entre le droit anglais et le droit de la province de Québec, sur les questions de dommages, je crois devoir m'abstenir de citer les décisions des tribunaux anglais-les principes du droit français doivent ici recevoir leur application»; *Wadsworth c. McCord*, précité, note 319, p. 485 et 494 (diss.); *Mayor of the City of Montreal c. Hall*, précité, note 358, p. 91-95 (diss.); *V. Hudon Cotton Company c. Canada Shipping Company*, (1887) 13 R.C.S. 401 (1883), 408-409 (diss.) «Adopter en matière de contrat un principe tiré du droit anglais, différant du droit français sur le même sujet, ce ne serait plus une application de la loi, une interprétation, mais ce serait un acte législatif, substituant un système de droit à celui qui est en force dans la province de Québec. Quelqu'avantageux que puisse être sous certains rapports la solution offerte par le droit anglais, elle ne peut être acceptée sans violer l'esprit du Code civil. Il est tout à fait inutile d'aller chercher de ce côté-là des autorités sur cette question. C'est uniquement dans le droit français que nous devons en trouver la solution»; *Quebec Central Railway c. Lortie*, (1894) 22 R.C.S. 336, 342 (diss.); *Canadian Pacific Railway c. Chalifoux*, (1894) 22 R.C.S. 721 (1888), 733 (diss.). Bien entendu ce principe ne s'applique pas si une disposition provient du droit anglais: *Munn c. Berger*, (1886) 10 R.C.S. 513, 521-522; *Raphael c. Mcfarlane*, précité, note 369, p. 192-193. Dans un arrêt, le juge Fournier cite un ouvrage anglais rédigé par un juge de la Chambre des lords qui fait référence à une décision du Comité judiciaire traitant du droit civil français et québécois: *Ross c. Hannan*, (1891) 19 R.C.S. 227, 235.

372. *Fulton c. McNamee*, (1879) 2 R.C.S. 470, 486: «With regard to the authorities, founded on English Law, cited by Counsel in support of Appellant's contentions, I fully concur with the following remarks made by the Honorable Chief Justice *Dorion*: «This case is not a commercial one, and must, therefore, be decided by the rules of evidence applicable to civil cases».

373. *Cossette c. Dunn*, (1891) 18 R.C.S. 222, 247 et 251.

À plusieurs reprises, le juge Fournier conclut que les dispositions du code tranchent la question en litige³⁷⁴. Il semble très peu enclin à ranimer les controverses antérieures à la codification, même s'il est tout à fait capable de rédiger des motifs fouillés lorsque le litige a pris naissance à cette époque³⁷⁵. Il n'hésite pas à déclarer:

C'est donc dans la loi et non dans des décisions, pas même celles rendues en France, qu'il faut chercher la solution de la question de savoir si c'est la prescription de trente ans qu'il faut appliquer au cas actuel. Pour savoir quelle était la loi en force à ce sujet avant le Code civil, il n'est heureusement plus nécessaire de consulter les anciennes autorités, comme l'ont fait avec tant de soin les savants juges dans la cause de *Motz et Moreau*. Le droit, dans ce sujet, avant le code, a été si bien exposé dans le factum du savant conseil de l'Appelante, que je me contenterai d'y donner mon adhésion entière; mais je dois ajouter que je crois qu'il n'est plus nécessaire d'aller aussi loin pour trouver la solution que nous cherchons. Elle est dans le Code civil.³⁷⁶

À son avis, une disposition particulière du Code de commerce français n'est que la conséquence logique des principes de la solidarité énoncés par le code québécois; en outre, elle est conforme à la jurisprudence du Conseil privé du roi de France intervenue postérieurement à la Conquête de 1760³⁷⁷. Celle-ci doit valoir comme raison écrite, c'est-à-dire avoir une très grande force persuasive, tout comme les décisions françaises qui portent sur des dispositions semblables à celles du code québécois³⁷⁸. En général, le juge Fournier se contente d'ailleurs de citer la doctrine et la jurisprudence du XIX^e siècle.

Les passages cités ci-dessus montrent bien l'importance que le juge Fournier attache au texte de loi. Il ne craint pas de déclara-

374. Par ex., *Dupuy c. Ducondu*, (1882) 6 R.C.S. 425, 461: «Ces autorités font voir que la légalité de la preuve de l'existence des limites de *Hall* est établie par le Code civil aussi bien que par les statuts. Cela doit certainement suffire» (arrêt infirmé, *Ducondu c. Dupuy*, (1883-1888) 9 C.R.A.C. 39 (lord Hobhouse, 1883); *Grange c. McLennan*, précité, note 305, p. 400-401; *Mayor of the City of Montreal c. Hall*, précité, note 358, 91-95 (diss.); *Jones c. Fisher*, (1890) 17 R.C.S. 515, 522).

375. *Pilon c. Brunet*, (1882) 5 R.C.S. 318, 340-354.

376. *Grégoire c. Grégoire*, (1887) 13 R.C.S. 319, 333 (diss.); voir également *Fraser c. Pouliot*, (1881) 4 R.C.S. 515, 523; *Owens c. Bedell*, (1892) 19 R.C.S. 137, 147.

377. *Benning c. Thibaudeau*, (1892) 20 R.C.S. 110, 121-133 (diss.); *Ontario Bank c. Chaplin*, (1892) 20 R.C.S. 152, 160.

378. *Benning c. Thibaudeau*, précité, note 377, p. 127.

rer: «However serious may be the pecuniary losses the bondholders will have to sustain in consequence of this legislation, it is quite out of my power to give them any relief. The law not being uncertain, my only duty is to administer it such as I find it»³⁷⁹. Si le juge Taschereau s'appuie plutôt sur des principes juridiques universellement reconnus³⁸⁰, le Comité judiciaire rejette ce point de vue: «But this tribunal cannot allow itself to be influenced by feelings of sympathy with the individuals affected. Its duty is limited to expressing its opinion upon the legal question submitted to it, and upon that their lordships entertain no doubts»³⁸¹. Ainsi, il appert que les approches des juges Taschereau et Fournier sont aux antipodes l'une de l'autre. Il convient toutefois de souligner qu'ils s'entendent souvent sur l'issue du pourvoi dans les affaires de droit civil. Ils souscrivent régulièrement aux motifs rédigés par l'un d'entre eux, notamment pour protester contre l'utilisation du droit anglais³⁸². Le juge Fournier fournit donc un contrepoint utile pour évaluer l'attitude des juges civilistes siégeant à la Cour suprême. Plus âgé que le juge Henri-Elzéar Taschereau, son attitude est très similaire à celle du juge Pierre-Basile Mignault. Cela prouve, si besoin était, que la nomination de ce dernier n'a pas introduit dans la jurisprudence de la Cour suprême des principes entièrement nouveaux. Mais cette analyse ne serait pas complète sans une étude de la contribution du juge qui succède à Télesphore Fournier en 1895.

c) *Le juge Désiré Girouard*

Devenu membre du Barreau en 1860, auteur prolifique et juriste renommé, Désiré Girouard siège à la Chambre des communes de 1878 à 1895³⁸³. Il s'y montre très critique envers la Cour suprême, à tel point qu'il propose de supprimer sa compétence en matière de droit provincial³⁸⁴. À compter de sa nomination, ses motifs de jugement possèdent plusieurs des caractéristiques décrites par le professeur Howes. Ainsi, il juxtapose souvent la jurisprudence anglaise et française afin de montrer qu'elles

379. *The Queen c. Belleau*, (1883) 7 R.C.S. 53, 79.

380. *Id.*, p. 142.

381. *The Queen c. Belleau*, (1876-1883) 8 C.R.A.C. 488, 499-500 (sir James Hannen, 1882).

382. Par exemple *Wadsworth c. McCord*, précité, note 319; *Russel c. Lefrançois*, précité, note 298; *Young c. MacNider*, précité, note 301; voir également *Monaghan c. Horn*, précité, note 308.

383. P.-G. ROY, *op. cit.*, note 366, p. 245.

384. I. BUSHNELL, *op. cit.*, note 223, p. 95-96

sont au même effet ou découlent d'un principe universel³⁸⁵. En revanche, en présence d'une disposition semblable à celle du Code Napoléon, il déclare que «les tribunaux et les commentateurs ont si bien étudié la question qu'il nous suffira de résumer ici ce qu'ils enseignent, sans référer aux décisions anglaises»³⁸⁶. Lorsque des principes de droit public entrent en jeu, il fait appel au droit anglais³⁸⁷. Pourtant, il réclame avec insistance l'application intégrale des règles du droit civil qui diffèrent de celui-ci³⁸⁸. Il semble également prendre un certain plaisir à analyser l'état de l'ancien droit³⁸⁹. Par ailleurs, il lui arrive souvent de rédiger les motifs de l'arrêt au nom de ses collègues³⁹⁰.

À plusieurs reprises, il montre que le droit français et le droit québécois ont évolué de manière différente, ce qui rend la solution française inapplicable³⁹¹. En général, il cite fréquemment les

385. Par ex. *Montreal Rolling Mills Co. c. Corcoran*, (1897) 26 R.C.S. 595, 600; *Trust and Loan Company of Canada c. Würtele* précité, note 361, p. 672-673; *Cantin c. Bérubé*, (1906) 37 R.C.S. 632, 630.
386. *Pagnuelo c. Choquette*, (1904) 34 R.C.S. 102, 112.
387. *Perrault c. Gauthier*, précité, note 318, p. 249; *Gazette Printing Company c. Shallow*, (1909) 41 R.C.S. 339, 345-346 et 354 (diss.) où il affirme que la common law anglaise a évolué depuis la cession du Québec à l'Angleterre et ne fournit pas de règle claire.
388. *Collins Bay Rafting and Forwarding Company c. Kaine*, (1899) 29 R.C.S. 247, 266-272 (diss.); *The Queen c. Ogilvie*, précité, note 306, p. 327; *Consumers Cordage Company c. Connolly*, précité, note 364, p. 298-299; *Gareau c. Montreal Street Railways Company*, (1902) 31 R.C.S. 463, 467 («[il] ne peut en être ainsi en face du *Code civil du Québec*, quelque soit le droit Anglais sur le sujet»); *Ross c. The King*, précité, note 359, p. 539; *Grand Trunk Railway Company c. Miller*, précité, note 313, p. 64 (diss.); *Attorney-General of Quebec c. Fraser*, (1906) 37 R.C.S. 577, 593, arrêt confirmé, *Wyatt c. Attorney-General of the Province of Quebec*, [1911] A.C. 489, 496 (lord Macnaghten). Dans une affaire portant sur les règles de preuve en matière commerciale, où le droit anglais peut s'appliquer à titre supplétif (art. 1206 C.c.B.-C.), le juge Girouard soutient que les dispositions générales du code suffisent à trancher le litige, même s'il montre dans un deuxième temps que les règles du droit anglais conduisent à la même solution (*St-Louis c. The Queen*, (1896) 25 R.C.S. 649, 669 et s.; *Kearney c. Letellier*, (1897) 27 R.C.S. 1, 6-7).
389. Par exemple *Présidents et syndics de la commune de Berthier c. Denis*, (1897) 27 R.C.S. 147.
390. Bien que nous n'ayons pas compilé de statistiques, il nous a semblé qu'avec l'arrivée du juge Girouard, de nombreux arrêts de droit civil comportent des motifs rédigés par un seul juge pour la Cour ou pour les juges majoritaires. Cette tendance semble prendre fin lorsque Henri-Elzéar Taschereau devient juge-en-chef en 1902.
391. *Salvas c. Vassal*, (1897) 27 R.C.S. 68; *Banque d'Hochelaga c. Waterous Engine Works Company*, précité, note 325, p. 424 (diss.); *King c. Dupuis*, (1898) 28 R.C.S. 388, 433 (sur un usage de l'Amérique du Nord); *Drouin c. Morissette*, (1902) 31 R.C.S. 563; *Tanguay c. Canadian Electric Light Company*, (1908) 40 R.C.S. 1, 22-33 (diss.); l'opinion majoritaire a été approuvée dans *Maclaren c. Attorney General for the Province of Quebec*, [1914] A.C. 258, 282 (lord Moulton);

dispositions québécoises et souligne les divergences avec le code français³⁹². Ainsi, il doit décider de la validité d'un legs qui impose aux légataires l'obligation de se marier et d'élever leurs enfants conformément aux préceptes de la religion catholique. Comme la Cour d'appel, il conclut que cette condition est licite. Il rappelle qu'il a fallu attendre la Révolution française pour que la liberté de conscience soit reconnue en France; en outre, la religion catholique jouit au Québec d'une certaine forme de reconnaissance étatique. Il déclare au nom des autres membres de la Cour:

Sera-ce toujours la jurisprudence française qui devra déterminer notre ligne de conduite, même lorsque nous avons adopté le droit anglais sur un sujet particulier? Nous avons décidé récemment dans une cause de *Glengoil Steamship Co. v. Pilkington* [28 R.C.S. 146] que l'ordre public, en matières civiles, n'est pas toujours tel que compris en France, ancienne ou nouvelle. Allons-nous décider que la capacité de donner et recevoir par testament, qui incontestablement est d'ordre public et nous vient du droit anglais, doit être interprétée par la jurisprudence française? Non, je ne puis accepter cette proposition, d'autant qu'il est de l'intérêt de la province de Québec et de toute la Puissance, que, sur un sujet comme celui que nous considérons, il y ait uniformité de jurisprudence. Singulier spectacle que serait celui où un legs, comme celui fait aux héritiers Renaud, serait valide dans toutes les provinces, à l'exception de Québec et ce pour raison d'ordre ou d'intérêt public.

[...]

Lorsque le Code de la province de Québec est semblable au Code français, je comprends que la jurisprudence française doit être notre guide, au moins une haute autorité, qui a rarement été ignorée par cette cour, si jamais elle le fût, quelque différente qu'elle soit du droit anglais [citation omise]. Mais si notre Code est différent, s'il décrète un principe du droit anglais, n'est-il pas raisonnable de recourir à la jurisprudence anglaise pour l'interpréter?³⁹³

Bien que cette décision puisse sembler choquante de nos jours, il est malheureusement probable qu'elle reflète à cette époque l'opinion dominante des juristes québécois; elle ne s'ex-

Inverness Railway and Coal Company c. Jones, (1908) 40 R.C.S. 45, 53-67 (diss.).

392. Voir les arrêts cités à la note précédente et *Delorme c. Cusson*, (1898) 28 R.C.S. 66, 85-86 (dans cette affaire, la solution du litige doit toutefois être trouvée dans les principes généraux du code); *The Queen c. Ogilvie*, précité, note 306, p. 324.

393. *Renaud c. Lamothe*, (1903) 32 R.C.S. 357, 365-366.

plique pas uniquement par le souci d'uniformiser la jurisprudence des différentes provinces, même si ce facteur a certainement pesé dans la balance. Dans d'autres affaires, après avoir rappelé que la liberté de tester est d'origine anglaise, le juge Girouard se fonde sur des arrêts de common law pour décider si le testateur était en mesure d'exprimer sa volonté, bien qu'il cite également la doctrine française³⁹⁴. Pour lui, cette liberté est l'un des droits les plus chers des sujets britanniques. Il va même jusqu'à suggérer au gouvernement fédéral de désavouer les lois québécoises d'intérêt privé qui modifient le contenu d'un testament, en ajoutant qu'en l'absence d'une telle intervention, les tribunaux doivent leur donner effet³⁹⁵.

À l'occasion, le juge Girouard ne craint pas de critiquer le législateur: «[a]ujourd'hui que le propriétaire a toute la protection désirable dans une police d'assurance contre le feu, à des prix minimales qu'il peut entrer dans le prix de la location, l'esprit de justice s'est presque révolté contre la sévérité de l'article 1733 du Code Français»; «[i]l y a lieu de s'étonner que le Code de la province de Québec, qui a été adopté en 1866, ait consacré le principe de la présomption légale contre le locataire en cas d'incendie des lieux loués»³⁹⁶. En présence d'une controverse doctrinale aiguë, il se fonde en partie sur les «principes de justice incontestables qui ont reçu la sanction de Domat, Pothier Grotius et les plus grands interprètes du droit romain et du droit naturel»³⁹⁷. Mais il affirme également qu'il doit appliquer la loi telle qu'elle est, sans chercher à la réformer³⁹⁸. Il reproche à certains auteurs français de s'être appuyés sur le droit romain sans citer les articles du code civil, ce qui expliquerait pourquoi ils ont tiré une conclusion incompatible avec le texte et l'esprit de la loi³⁹⁹. Enfin, il est d'avis que la Cour suprême ne peut renverser ces décisions antérieures⁴⁰⁰. C'est sans

394. *Mayrand c. Dussault*, (1907) 38 R.C.S. 460, 467-468; *Laramée c. Ferron*, (1909) 41 R.C.S. 391, 401-402 (diss.).

395. *McGarvey c. McNally*, (1908) 40 R.C.S. 489, 504-505.

396. *Murphy c. Labbé*, (1897) 27 R.C.S. 126, 138-139; dans cette affaire, la majorité conclut que le locataire peut repousser la présomption qui pèse sur lui en prouvant qu'il s'est comporté comme un bon père de famille même si la cause de l'incendie demeure inconnue (*id.*, p. 142).

397. *Delorme c. Cusson*, précité, note 392, p. 86.

398. *The Queen c. Ogilvie*, précité, note 306, p. 318 (diss.); *McGarvey c. McNally*, précité, note 395, p. 504-505; *The George Matthews Company c. Bouchard*, (1898) 28 R.C.S. 580, 586-587.

399. *Consumers Cordage Company c. Connolly*, précité, note 364, p. 310.

400. *Salvas c. Vassal*, précité, note 391, p. 89; *Shawinigan Carbide Company c. Doucet*, (1910) 42 R.C.S. 281, 299.

doute ce qui explique l'hostilité qu'il manifeste envers les innovations de la doctrine française qui apparaissent à cette époque⁴⁰¹.

Dans une affaire en provenance de l'Ontario portant sur l'altération frauduleuse d'un chèque, le juge Girouard critique un arrêt de la Chambre des lords qui déclare irrecevable l'opinion de Pothier, en dépit du fait que cet auteur a joué un rôle important dans l'évolution du droit anglais des lettres de change. Dès lors, l'idée d'un droit commercial universel qui soit commun au droit civil et à la common law a vécu⁴⁰². Pour le juge Girouard, Pothier n'a fait qu'exposer les notions du bien et du mal ainsi que le principe universellement reconnu qui oblige à réparer le dommage causé par sa faute. Toutefois, comme il n'est pas possible de distinguer l'affaire entendue par la Cour suprême et l'arrêt de la Chambre des lords, le juge Girouard se déclare lié par celui-ci. Le Comité judiciaire du Conseil privé ne sera guère ému par ces déclarations. Il se contente d'affirmer qu'il est inutile de se demander si le droit français et le droit du Bas-Canada concordent avec le droit ontarien et le droit anglais, car le premier système ne saurait s'appliquer⁴⁰³. Toute idée d'un enrichissement de la common law canadienne par le droit civil est donc exclue.

Dans l'ensemble, le juge Girouard cite un grand nombre de sources différentes dans ces motifs, même s'il lui arrive de soutenir que le recours au droit anglais est superflu. Il accorde beaucoup d'importance aux traits particuliers du droit civil québécois, ce qui l'amène à rejeter certaines solutions françaises ainsi que les décisions anglaises qui ne concordent pas avec ses règles. Si sa démarche est semblable à celle du juge Taschereau, il fait preuve de davantage de déférence face au texte de loi, dont il scrute volontiers la formulation. Comme lui, il se sent tenu de suivre les arrêts du Comité judiciaire, de la Chambre des lords ou de la Cour suprême. Pendant les années où il siège à cette Cour, il n'y a pas encore de cloison étanche entre le droit civil et la common law; cette situation va se poursuivre jusqu'en 1918.

401. Voir *infra*, partie IV, B, 1, a).

402. *Imperial Bank of Canada c. Bank of Hamilton*, (1902) 31 R.C.S. 344, 359 à propos de *Scholfield c. Earl of Londesborough*, [1896] A.C. 514, qui refuse de suivre *Young c. Grote*, 4 Bing. 253, 130 E.R. 764, 766 (Plaid Communs, 1827). L'arrêt *Scholfield* rejette l'idée que le droit commercial anglais puisse s'inspirer du droit civil ([1896] A.C. 514, 522 (lord Halsbury)). Une évolution semblable se produit en droit international privé anglais à compter de 1885 (F.P. WALTON, *op. cit.*, note 66, p. 131-133).

403. *Imperial Bank of Canada c. Bank of Hamilton*, (1902-1905) 13 C.R.A.C. 41, 48 (lord Lindley).

2. L'époque du juge-en-chef Fitzpatrick, 1906-1918

En 1906, Charles Fitzpatrick, le ministre de la Justice, succède au juge-en-chef Taschereau; il se retire en 1918. Après avoir décrit l'attitude des juges de la Cour durant cette période (a), nous décrirons brièvement celle du Comité judiciaire du Conseil privé (b).

a) L'attitude des juges de la Cour suprême du Canada

Né en 1853, Charles Fitzpatrick a grandi dans la ville de Québec. Parfaitement bilingue, il a pratiqué le droit de 1876 à 1890. Cette année-là, il est élu député à la législature provinciale. En 1896, il devient député de la Chambre des communes. Il est alors nommé solliciteur général puis, de 1902 à 1906, ministre de la justice. En 1906, il est nommé juge-en-chef sans jamais avoir exercé de fonctions judiciaires⁴⁰⁴. Cela s'explique par le fait que la plupart des juges de la Cour suprême sont alors en poste depuis très peu de temps ou sont en très mauvaise santé. Toutefois, le juge Girouard, qui a été nommé en 1895, fait exception à cette règle et a dû ressentir cette décision comme un affront. Quoi qu'il en soit, l'approche de ce nouveau juge québécois est semblable à celle de son prédécesseur. Il n'hésite pas à juxtaposer les précédents de droit civil et de common law⁴⁰⁵ tout en protestant fermement si une règle propre au droit civil n'est pas respectée⁴⁰⁶. Il lui arrive également de vanter les mérites de ce système⁴⁰⁷. À deux reprises, il fait l'éloge de l'ouvrage de l'auteur français Adrien Gérard intitulé «Les torts ou délits civils en droit anglais», sans doute dans le but de faciliter la tâche des francophones qui souhaiteraient se renseigner sur le sujet⁴⁰⁸. Dans une dissidence concer-

404. P.-G. ROY, *op. cit.*, note 366, p. 207.

405. Par ex., *Saint Lawrence Company c. Hallé*, (1908) 39 R.C.S. 47, 65 (diss.); *Royal Guardians c. Clarke*, (1914) 49 R.C.S. 229, 233; *Canadian General Electric Company c. Canadian Rubber Company of Montreal*, (1916) 52 R.C.S. 349, 351-353; *Laforest c. Factories Insurance Company*, (1916) 53 R.C.S. 296, 300; *Johnson c. Laflamme*, (1917) 54 R.C.S. 495, 500; *Vipond c. Furness, Whity and Company*, (1917) 54 R.C.S. 521, 523-524; *Robert c. Montreal Trust Company*, précité, note 329, p. 345 (diss.).

406. *Club de chasse et de pêche Ste. Anne c. Rivière-Ouelle Pulp and Lumber Company*, (1912) 45 R.C.S. 1, 5 (diss.); *Hyde c. Webster*, (1915) 50 R.C.S. 295, 302 (diss.); *Guardian Assurance Company c. Town of Chicoutimi*, précité, note 204, p. 566-567; *Johnson c. Laflamme*, précité, note 405, p. 503-507 (sur l'obligation de suivre la doctrine et la jurisprudence citée par les codificateurs).

407. *Riopelle c. City of Montreal*, (1911) 44 R.C.S. 579, 581-582.

408. *Id.*, p. 581; *Donaldson c. Deschênes*, (1914) 49 R.C.S. 136, 139.

nant l'assignation en justice d'un mineur, il affirme que la règle traditionnelle reconnaissant la nullité de cette procédure continuera d'être suivie par les tribunaux du Québec en dépit de l'opinion majoritaire, jusqu'à ce que celle-ci soit rejetée par le Comité judiciaire du Conseil privé⁴⁰⁹. Un juge-en-chef qui incite les tribunaux à ne pas suivre un arrêt de sa propre cour, voilà qui est inhabituel...

Le juge-en-chef Fitzpatrick ne semble pas prendre plaisir à citer les auteurs de l'ancien droit français. Il fait également bon accueil aux innovations de la doctrine française⁴¹⁰. À son époque, la motivation des arrêts est devenue beaucoup plus formaliste que durant les vingt premières années d'existence de la Cour⁴¹¹. Les juges dissèquent le texte de loi et les arrêts dans une perspective positiviste et renoncent à invoquer des principes généraux. Toutefois cette évolution se produit en France, en Angleterre, aux États-Unis et au Canada vers la fin du XIX^e siècle; elle n'est pas propre au droit civil québécois.

Après le décès accidentel du juge Désiré Girouard, en 1911, le ministre de la Marine et des Pêcheries, Louis-Phillipe Brodeur, lui succède. Né en 1862, il est admis au Barreau en 1884, est élu député aux Communes en 1891 et devient ministre en 1904⁴¹². Son attitude ressemble à celle du juge-en-chef Fitzpatrick. Il ne craint pas de citer des arrêts de common law⁴¹³ mais dénonce plus fréquemment que son collègue leur utilisation lorsque la règle du

409. *Serling c. Levine*, (1913) 47 R.C.S. 103, 107; par la suite, un pourvoi permet au Comité judiciaire de donner raison au juge-en-chef: *Levine c. Serling*, [1914] A.C. 659 (sir George Farwell).

410. Voir *infra*, partie IV, B, 1, 2a).

411. Bien entendu, il n'y a jamais eu de point tournant ou de césure entre l'ancienne approche et la nouvelle. Il nous paraît toutefois que l'approche formaliste prédomine nettement au plus tard au début du XX^e siècle, car entre 1902 et 1906, la composition de la Cour change complètement, à l'exception du juge Girouard. De la même manière, dans la décennie qui débute en 1912, les juges de la Chambre des lords souscrivent à une théorie déclaratoire de la common law et refusent d'admettre qu'ils peuvent jouer un rôle créateur: R. STEVENS, *op. cit.*, note 101, p. 192-193, 197-198 et 209-210.

412. P.-G. ROY, *op. cit.*, note 366, p. 79.

413. Par ex., *Dumont c. Fraser*, (1914) 48 R.C.S. 137, 161, arrêt confirmé le 27 juillet 1914 (C.J.C.P.); *Lamoureux c. Craig*, (1914) 49 R.C.S. 305, 340 (validité d'un testament); voir également *Price c. Chicoutimi Pulp Company*, (1915) 51 R.C.S. 179, 209-212, où le recours au droit anglais en matière de diffamation est justifié par la création d'institutions démocratiques qui ont eu pour effet d'abroger l'ancien droit français; *Canadian Pacific Railway Company c. The King*, (1917) 55 R.C.S. 374, 394.

droit civil est différente⁴¹⁴. Ainsi, en présence d'un principe qui n'est pas reconnu par le droit anglais, «[...] il est excessivement dangereux de décider une cause [...] à la lumière de la jurisprudence de l'Angleterre»⁴¹⁵. Lorsque le juge Mignault se joint à la Cour, le juge Brodeur soutient énergiquement ses efforts en vue d'exclure les références aux précédents anglais dans les affaires de droit civil⁴¹⁶. Il donne alors l'impression d'accueillir cette initiative avec enthousiasme.

En ce qui concerne les juges de common law, le portrait est plus contrasté. Le juge Davies siège de 1901 à 1918; il est juge-en-chef de 1918 à 1924. Il semble qu'il cite uniquement des précédents de common law dans les affaires de droit civil⁴¹⁷, même s'il se sent tenu de suivre les arrêts de la Cour qui ont affirmé l'existence d'une différence entre les deux systèmes⁴¹⁸. Il soutient qu'un arrêt du Comité judiciaire rendu dans une affaire provenant d'une autre province doit être suivi en droit civil québécois, alors même que le juge Mignault saisit l'occasion pour réclamer le respect de l'intégrité de ce système⁴¹⁹. Son collègue le juge Idington va encore plus loin. En plus de citer presque exclusivement des précédents anglais, à plusieurs reprises, il soutient que la règle du droit civil québécois devrait être la même que celle de la jurisprudence anglaise⁴²⁰. Dans un arrêt, le juge Mignault reproche au juge de

414. *Turgeon c. The King*, (1915) 51 R.C.S. 588, 592; *Canadian General Electric Company c. Canadian Rubber Company of Montreal*, précité, note 405, p. 378 («On a dit que le contrat en cette cause-ci, étant un contrat commercial, devrait être interprété suivant la loi anglaise. Je ne puis accepter ce principe. Nos lois dans Québec [sic] sur la clause pénale sont différentes de la loi anglaise»).

415. *Bélanger c. Montreal and Power Company*, (1915) 50 R.C.S. 356, 377 (diss.).

416. *Colonial Real Estate Company c. Communauté des soeurs de la charité de l'Hôpital général de Montréal*, (1919) 57 R.C.S. 585, 598; *Desrosiers c. The King*, (1920) 60 R.C.S. 105, 120-125.

417. Par ex., *The Metropolitan Life Insurance Company c. Montreal Coal and Towing Company*, précité, note 361, p. 270; *Ottawa Northern and Western Railway Co. c. The Dominion Bridge*, précité, note 361, p. 358; *The Quebec and Lake St. John Railway Company c. Julien*, (1906) 37 R.C.S. 632, 637; *The Royal Paper Mills Company c. Cameron*, (1908) 39 R.C.S. 365, 371 (diss.); *The Inverness Railway and Coal Company c. Jones*, précité, note 391, p. 79; *Laramée c. Ferron*, (1909) 41 R.C.S. 391, 401-403; *Price c. Chicoutimi Pulp Company*, précité, note 413, 183-190 (diss.).

418. *The King c. Charland*, (1908) 40 R.C.S. 229, 248-249; *Vandry c. Quebec Railway, Light, Heat and Power Company*, (1916) 53 R.C.S. 72, 76 (diss.); *Leamy c. The King*, (1917) 54 R.C.S. 143, 151.

419. *Colonial Real Estate Company c. Communauté des soeurs de la charité de l'Hôpital général de Montréal*, précité, note 416, p. 589.

420. *Montreal Street Railway Company c. Boudreau*, (1905) 36 R.C.S. 329, 344-345 (la méthode approuvée par Laurent ne peut être acceptée en l'absence d'une modification législative semblable à celle qui a été édictée en Angleterre); *The*

première instance d'avoir fait prévaloir la règle de common law sur une disposition très claire du code civil; dans sa dissidence, le juge Idington soutient que la règle anglaise tend à réduire le nombre de litiges et est en accord avec le sens pratique des affaires qui caractérise le droit anglais⁴²¹!

L'attitude du juge Lyman Poore Duff sera tout autre. Originaire de la Colombie-Britannique, il est nommé à la Cour en 1906 et occupe la fonction de juge-en-chef de 1933 à 1944. Comme ses collègues, il cite régulièrement des précédents de droit anglais dans les affaires de droit civil⁴²². Toutefois, il fait également abondamment référence à la doctrine et à la jurisprudence française⁴²³ et déclare que certains principes de common law ne peuvent s'appliquer⁴²⁴. En outre, il comprend très bien ce qu'est un code civil:

The Code thus produced must be read, of course, in view of the fact that it is what it is, namely, a statement made under legislative

Grand Trunk Railway of Canada c. Huard, (1905) 36 R.C.S. 655, 668 (mais voir p. 669, sur une différence entre le code et le droit anglais); *Ahearn & Soper, Limited c. New York Trust Company*, (1910) 42 R.C.S. 267, 271-272 (la jurisprudence antérieure de la Cour pourrait être remise en question par un arrêt du Comité judiciaire dans une affaire ontarienne); *Guardian Assurance Company c. Town of Chicoutimi*, précité, note 204, p. 572; *Canadian General Electric Company c. Canadian Rubber Company of Montreal*, précité, note 405, p. 368; *Leamy c. The King*, précité, note 418, p. 158-159 (diss.); *Hochberger c. Rittenberg*, (1917) 54 R.C.S. 480, 485-486; *Colonial Real Estate Company c. Communauté des soeurs de la charité de l'Hôpital général de Montréal*, précité, note 416, p. 590; voir cependant *Vandry c. Quebec Railway, Light, Heat and Power Company*, précité, note 418, p. 89.

421. *Desrosiers c. The King*, précité, note 416, p. 106 («[...] the rule adopted in English decisions is in accord with reason and justice, as well as that practical business sense which always tend to minimize the operation of the purely litigious spirit»). Le juge Idington croit que, en l'absence d'une jurisprudence solidement établie, il est libre de privilégier la règle de common law (*ibid.*).

422. Par ex., *Gazette Printing Company c. Shallow*, précité, note 387, p. 359; *Boulay c. The King*, (1910) 43 R.C.S. 61, 75-77; *Price c. Chicoutimi Pulp Company*, précité, note , p. 199.

423. Par ex., *Ahearn & Soper, Limited c. New York Trust Company*, précité, note 420, p. 274-277; *Shawinigan Carbide Company c. Doucet*, précité, note 400, p. 315-316 (diss.); *Vandry c. Quebec Railway, Light, Heat and Power*, précité, note 418, p. 106-109 (diss.). Dans sa jeunesse, Lyman Poore Duff a enseigné le français à des étudiants du secondaire; il a également suivi un cours de droit romain. Son bilinguisme lui a permis d'acquérir une bonne connaissance du droit civil, notamment au contact du juge Girouard. Les universités Laval, McGill et de Montréal lui ont d'ailleurs décerné un doctorat honoris causa (David Ricardo WILLIAMS, *Duff, A Life in the Law*, Vancouver, University of British Columbia Press, 1984, p. 19, 31, 69-70 et 131).

424. *Wilks c. Matthews*, (1914) 49 R.C.S. 91, 103; *Royal Guardians c. Clarke*, (1914) 49 R.C.S. 229, 250-251; *Lapointe c. Messier*, (1914) 49 R.C.S. 271, 287-292; *Vandry c. Quebec Railway, Light, Heat and Power*, précité, note 418, p. 102 (diss.).

authority of a system of civil law, a statement speaking broadly, explicit as to specific rules but in some measure as to underlying principles taking effect by implication and influence; particular rules and principles which may no doubt be misconceived or misapplied if considered in isolation from the general system of which they are elements.⁴²⁵

L'attitude du juge Francis Anglin est assez semblable. Il a étudié au Collège Sainte-Marie de Montréal et à l'Université d'Ottawa avant de devenir juge à Ottawa. Ce catholique est nommé à la Cour suprême en 1909⁴²⁶; il en sera le juge-en-chef de 1924 à 1933. S'il cite souvent des précédents de common law, il analyse également la doctrine et la jurisprudence française. À plusieurs reprises, il reconnaît que le droit civil québécois diffère du droit anglais⁴²⁷. Toutefois, dans d'autres arrêts, il semble favoriser une harmonisation des deux droits; pour ce faire, il tente de montrer dans des motifs souvent très fouillés que la solution de la common law est compatible avec les principes du droit civil⁴²⁸. Il justifie sa position ainsi:

While I should deprecate any attempt to modify or affect any doctrine of the civil law of Quebec or an established construction of English law or by adopting English views or practice merely for the sake of securing conformity, I incline to think that in regard to subscriptions for shares in companies, «in the absence of any legislation in force in Quebec inconsistent with the law as acted upon in England» and other provinces of Canada, and in the absence of any jurisprudence or established practice to the contrary, the courts of Quebec might well accept and apply the English rule imposing prompt repudiation as a condition of maintaining a plea of misre-

425. *Johnson c. Laflamme*, précité, note 405, p. 512 (diss.).

426. P.H. RUSSELL, *op. cit.*, note 221, p. 61.

427. *Ahearn & Soper, Limited c. New York Trust Company*, précité, note 420, p. 279; *Electric Fireproofing Company of Canada c. Electric Fireproofing Company*, (1911) 43 R.C.S. 182, 189-191; *Lapointe c. Messier*, précité, note 424, p. 296-298; *Lareau c. Poirier*, (1915) 51 R.C.S. 637, 643; *Leamy c. The King*, précité, note 418, p. 172-173

428. *Bélanger c. Montreal Power and Company*, précité, note 415, p. 369-374; *Price c. Chicoutimi Pulp Company*, précité, note 413, p. 202-203; voir également *Canadian General Electric Company c. Canadian Rubber Company of Montreal*, précité, note 405, p. 370-372 (un contrat utilisant la terminologie du droit anglais, dont l'une des parties est domiciliée en Ontario, doit être interprété conformément à ce droit même si le droit québécois s'applique); *Robert c. Montreal Trust Company*, précité, note 329, p. 354-362, notamment p. 362-363: «Moreover it would seem eminently desirable that a subscription of share in a company should entail similar obligations and that the right to avoid or repudiate it should be subject to the same conditions throughout Canada»; *Montreal Investment and Realty Company c. Sarault*, (1919) 57 R.C.S. 464, 472-492.

presentation or granting the relief of rescission on that ground, and that while the right to repudiate on that ground may there be held not to be legally extinguished until the expiry of the limitation period prescribed by article 2258, the courts may decline to give effect to it in cases where that would be the attitude of the courts administering English law.⁴²⁹

Mais le juge Anglin appuie fermement la démarche du juge Mignault; il affirme que les précédents anglais invoqués par l'une des parties ne reçoivent pas application en droit civil québécois⁴³⁰.

Dans l'ensemble, pendant la période qui va de 1906 à 1918, les civilistes québécois peuvent ressentir une certaine inquiétude. L'habitude de citer indistinctement les précédents de common law et de droit civil se poursuit. Le juge Idington fait l'apologie de l'uniformisation et le juge Davies ne fait pratiquement jamais référence à la doctrine et à la jurisprudence de droit civil. Le juge Anglin, qui est pourtant respectueux des particularités de ce système, affirme à l'occasion que la solution d'un litige doit être la même qu'en common law, en particulier lorsqu'une question touche les intérêts des entreprises pan-canadiennes. Le juge Duff affirme également à plusieurs reprises qu'il n'y a pas de différence entre les deux systèmes, même s'il reconnaît l'existence de règles particulières du droit civil. Certes, la présence des juges Anglin et Duff représente un progrès comparativement aux périodes antérieures. Mais rien ne garantit que leurs successeurs seront aussi bien disposés. D'un autre côté, le Comité judiciaire du Conseil privé semble faire preuve d'une hostilité nouvelle face à la doctrine et à la jurisprudence françaises. C'est ce qu'il reste à montrer.

b) *L'attitude du Comité judiciaire et la nomination du juge Mignault*

À partir de 1902, le Comité judiciaire du Conseil privé affirme que la jurisprudence et la doctrine françaises ne s'appli-

429. *Robert c. Montreal Trust Company*, précité, note 329, p. 363.

430. *Colonial Real Estate Company c. Communauté des soeurs de la charité de l'Hôpital général de Montréal*, précité, note 416, p. 590 («I fully concur in my learned brother's view that the question presented must be determined not by the principles of English law, but by those of the civil law which obtain in the Province of Quebec»); *Desrosiers c. The King*, précité, note 416, p. 119-120 («This case affords an excellent illustration of the danger of treating English decisions as authorities in Quebec cases which do not depend upon doctrines derived from the English law»); dans cette affaire, le juge Duff ne rédige pas de motifs mais accueille le pourvoi, comme les juges Anglin, Brodeur et Mignault (*id.*, p. 107).

quent pas dans certaines affaires québécoises⁴³¹. Un arrêt porte sur la responsabilité des administrateurs d'une banque; lord Davey affirme que la Cour d'appel du Québec a eu raison de se fonder sur des décisions anglaises qui sont compatibles avec la législation québécoise ou avec les usages commerciaux locaux et qui n'énoncent pas une règle particulière au droit anglais. En effet, elles reflètent plutôt des considérations larges concernant les exigences du milieu des affaires⁴³². Comme par le passé, certains motifs citent uniquement des décisions de common law⁴³³. Dans une affaire, le Comité discute longuement des règles du droit anglais avant de présenter le débat concernant l'article 400 du Code civil⁴³⁴. Lord Moulton précise que la version française est naturellement la plus utile lorsque la disposition du code est fondée sur des sources françaises⁴³⁵. Il résume ensuite la controverse qui a fait rage en France au XIX^e siècle au sujet de l'article correspondant du code français, en précisant qu'une loi y a mis fin. Puisque la relation entre le droit français et le droit québécois est bien antérieure à la codification napoléonienne, il conclut que les tribunaux québécois ne sont liés ni par le texte de la disposition française ni par les décisions qui l'interprètent, encore moins par la loi qui a mis un terme au débat⁴³⁶. C'est plutôt la jurisprudence québécoise du XIX^e siècle qui est déterminante⁴³⁷.

Bien que les membres du Comité judiciaire se fondent sur des dispositions législatives ou des décisions québécoises, il n'en demeure pas moins qu'ils donnent confusément l'impression d'être devenus réfractaires à l'utilisation des sources françaises. Il

431. *Canadian Pacific Railway c. Roy*, précité, note 195; *McArthur c. Dominion Cartridge Company*, précité, note 227, p. 75; *City of Montreal c. Cantin*, précité, note 226, p. 246; voir cependant *Kieffer c. Séminaire de Québec*, précité, note 225, p. 107-108.

432. *Préfontaine c. Grenier*, [1907] A.C. 101, 110 (sir Arthur Wilson; notons que Henri-Elzéar Taschereau a siégé à cette occasion).

433. *United Shoe Machinery Company of Canada c. Brunet*, [1909] A.C. 330, 339 et 343-344 (lord Atkinson); *Wertheim c. Chicoutimi Pulp Paper Company*, [1909] A.C. 301, 307-308 et 316 (décisions américaines) (lord Atkinson). Dans *Canadian Pacific Railway c. Fréchette*, [1915] A.C. 871, 878-880, lord Atkinson cite deux arrêts de la Cour suprême dans des affaires de droit civil et dix décisions d'autres juridictions, même s'il semble exposer correctement la différence entre la règle de droit civil et celle de common law.

434. *Maclaren c. Attorney-General for the Province of Quebec*, précité, note 391, 266 et 272-273 (lord Moulton).

435. *Id.*, p. 275.

436. *Id.*, p. 279-280.

437. *Id.*, p. 281-282. Lord Moulton rejette ainsi l'argumentation contenue dans la dissidence du juge Girouard dans l'arrêt *Tanguay c. Canadian Electric Light Company*, précité, note 391.

s'agit là d'un facteur additionnel à prendre en considération dans l'analyse de la réaction du juge Pierre-Basile Mignault⁴³⁸. Celle-ci a déjà été décrite sommairement, ainsi que l'attitude de ses collègues de la Cour. Dans ses premiers motifs de droit civil, il proteste avec vigueur contre l'utilisation de précédents anglais:

May I say, with all possible deference, that I would deprecate, on a question under the Quebec law, relying upon a decision, even of the Privy Council, rendered according to the rules of English law. It would be first necessary to shew that there is no difference between the two systems of law by referring to authorities binding under the French law, and that has not been done. Very earnestly, I am of the opinion that each system of law should be administered according to its own rules and by reference to authorities or judgments which are binding on it alone.⁴³⁹

Dans une affaire en provenance de la Cour de l'Échiquier, le juge Audette a fait prévaloir la règle de common law sur celle du code civil, qui ne prêtait guère à interprétation. Pour justifier cette position, il se fonde sur le rapport des codificateurs, où l'on peut lire que la disposition en question est tirée du droit français, lequel est en accord avec le droit écossais, anglais et américain⁴⁴⁰. Ce raisonnement est critiqué vertement par le juge Mignault:

Si les articles 1716 et 1717 du code civil étaient empruntés à la fois de Pothier et du droit anglais, ce ne serait pas une raison de dire que les principes généraux du droit anglais doivent être adoptés pour résoudre les questions auxquelles ces articles donnent lieu. Je ferais plutôt prévaloir la doctrine de Pothier et de l'ancien droit français, d'autant plus que les codificateurs ne disent pas que ces articles sont *empruntés* au droit anglais, mais, au sujet de l'article 1727 C.C., ils font remarquer que cet article est basé sur l'exposé de la doctrine de Pothier, laquelle, ajoutent-ils, *est d'accord avec* les lois anglaise, écossaise et américaine. Il me semble respectueusement qu'il est temps de réagir contre l'habitude de recourir, dans les causes de la province de Québec, aux précédents du droit commun anglais, pour le motif que le code civil contiendrait une règle qui serait en accord avec un principe du droit anglais. Sur bien des points, et surtout en matière de mandat, le code civil et le *common law* contiennent des règles semblables. Cependant le droit civil

438. Dans un article publié après qu'il a pris sa retraite de la Cour suprême, Pierre-Basile Mignault ne manque pas de critiquer cette jurisprudence: «Le Code civil de la Province de Québec et son interprétation», (1935-36) 1 *U.T.L.J.* 104, 127-131.

439. *Colonial Real Estate Company c. Communauté des soeurs de la charité de l'Hôpital général de Montréal*, précité, note 416, p. 603.

440. *Desrosiers c. The King*, (1919) 13 R.C. de l'É. 461, 464-466

constitue un système complet par lui-même et doit s'interpréter d'après ses propres règles. Si pour cause d'identité de principes juridiques on peut recourir au droit anglais pour interpréter le droit civil français, on pourrait avec autant de raison citer les monuments de la jurisprudence française pour mettre en lumière les règles du droit anglais. Chaque système, je le répète, est complet par lui-même, et sauf le cas où un système prend dans l'autre un principe qui lui était auparavant étranger, on n'a pas besoin d'en sortir pour chercher la règle qu'il convient d'appliquer aux espèces bien diverses qui se présentent dans la pratique journalière.⁴⁴¹

Pendant les onze années où il siège à la Cour suprême, le juge Mignault continue de s'opposer à l'utilisation des précédents de common law⁴⁴². On peut voir là une conséquence inévitable du refus de dialoguer et d'accepter les échanges entre les deux systèmes de droit privé reconnus à cette époque⁴⁴³. Mais les juges Anglin et Duff ont engagé un dialogue de ce genre dans les affaires de droit civil, car il n'était pas question à l'époque d'enrichir la common law. En outre, le juge Mignault prend soin d'expliquer brièvement en quoi les précédents cités sont incompatibles avec l'économie générale du droit québécois⁴⁴⁴. Une certaine forme de comparaison continue donc d'avoir lieu.

La motivation du juge Mignault paraît plutôt similaire à celle qui anime les défenseurs de la langue française: chaque fois que les francophones du Québec empruntent le vocabulaire ou la structure syntaxique de l'anglais, leur langue s'éloigne du modèle français. Si le mouvement prend trop d'ampleur, la langue québécoise deviendra hybride et ne sera plus comprise que par les Québécois. De même, chaque fois que la terminologie et les concepts de

441. *Desrosiers c. The King*, précité, note 416, p. 126.

442. J.-G. CASTEL, «Le juge Mignault, défenseur de l'intégrité du droit civil québécois», (1975) 53 *R. du B. can.* 544-557; D. HOWES, *loc. cit.*, note 1, p. 546-556. Né au Massachussets en 1854, Mignault a étudié au Collège Sainte-Marie de Montréal et a obtenu un B.C.L. de l'Université McGill en 1878. Admis au Barreau la même année, il publie à partir de 1895 *Le droit civil canadien basé sur les «Répétitions écrites sur le Code civil» de Frédéric Moulton avec la revue de la jurisprudence de nos tribunaux*, Montréal, Théorêt, 9 t., 1895-1916. Initialement, la caution d'un auteur français semble avoir été nécessaire pour assurer le succès de l'ouvrage. Mignault y intercale des commentaires sur les particularités du droit civil québécois. Il rompt avec cette pratique à partir du quatrième tome: voir Sylvio NORMAND, «Le droit civil canadien de Pierre-Basile Mignault ou la confection d'un palimpseste», dans Nicholas KASIRER (dir.), *Le faux en droit privé*, Montréal, Thémis, 2000, p. 133-154.

443. D. HOWES, *loc. cit.*, note 1, p. 556-558.

444. Par ex. *Colonial Real Estate Company c. Communauté des soeurs de la charité de l'Hôpital général de Montréal*, précité, note 416, p. 603-604; *Desrosiers c. The King*, précité, note 416, p. 130.

la common law sont adoptés par les juristes québécois, il devient plus difficile de comprendre les juristes des autres juridictions civilistes et d'être compris par eux. Bien entendu un certain nombre de différences sont inévitables et même souhaitables dans les deux cas. Mais la juxtaposition des arrêts de common law et de droit civil était si fréquente en 1918 que les concepts civilistes risquaient d'être déformés; les juges québécois qui ont précédé le juge Mignault se plaignent d'ailleurs de ce phénomène qu'ils ont, peut-être malgré eux, encouragé par leur comportement. En outre, les juristes qui n'ont pas fait leurs études dans une Faculté de droit anglophone sont particulièrement mal outillés pour faire des recherches en common law. Dans la mesure où les juges s'attendent à ce qu'ils se fondent sur ce système, il leur est difficile de plaider devant la Cour suprême pendant cette période. On peut certes être heureux de vivre dans une juridiction de common law, mais on peut tout aussi bien préférer une juridiction où le droit civil est bien portant; cette préoccupation est d'ailleurs partagée tant par les anglophones que par les francophones du Québec.

Il faut enfin souligner que les protestations du juge Mignault ne mettent pas entièrement fin à l'utilisation des précédents de common law⁴⁴⁵, même si en principe il est admis que ceux-ci ne lient aucunement les juges dans l'hypothèse où une disposition du code est fondée sur des sources françaises. En outre, après 1918, les motifs de la Cour ou de la majorité dans les arrêts de droit civil sont rédigés plus fréquemment par un juge québécois⁴⁴⁶. Mais les juges de common law ont également rédigé des motifs auxquels la doctrine civiliste n'a pas trouvé à redire⁴⁴⁷. Il faudra attendre

445. J.-L. BAUDOUIN, *loc. cit.*, note 291, p. 723, 725, note 29 et 730 note 39; R. BOULT, *loc. cit.*, note 363, p. 743-744, 748, 750-755. Notons toutefois que les juges rappellent souvent que les précédents anglais ne lient pas les tribunaux québécois dans les affaires de droit civil (*id.*, p. 756-769). Seule une étude approfondie des arrêts pourrait nous renseigner sur l'attitude des juges après la nomination du juge Mignault.

446. P. RUSSELL, *op. cit.*, note 221, p. 171; SNELL et VAUGHAN, *op. cit.*, note 215, p. 131-132; Fredrick VAUGHAN, «Civil Code Influences on the Supreme Court of Canada, 1875-1980: Particularly in Contract and Negligence», (1986) 20 *Law Society Gazette* 48-73, où l'on résume divers arrêts, assez peu nombreux, dans lesquels des juges québécois étaient dissidents; de 1965 à 1978, le vote d'un juge de common law n'a été décisif que dans sept arrêts majoritaires sur trente-deux, D.J. WHEAT, *loc. cit.*, note 289, p. 451.

447. Par ex., *Ross c. Dunstall*, (1921) 62 R.C.S. 393, 395-3966 (j. Duff) et 396-403 (j. Anglin); *Samson & Fillion c. Davie Shipbuilding & Repairing Company*, [1925] R.C.S. 202, 204-219 (j.-en-chef Anglin, avec l'accord de tous ses collègues, à l'exception du juge Idington, dissident); *Regent Taxi et Transport Co. c. Congrégation des petits frères de Marie*, [1929] R.C.S. 650, 652-676 (j.-en-chef

jusqu'aux années soixante-dix pour que la bataille pour le respect de l'intégrité du droit civil soit définitivement gagnée⁴⁴⁸. Si le rôle de la common law est ainsi restreint, il reste à se demander quelles autres sources ont été consultées par les tribunaux d'appel du Québec. Nous verrons alors que certains juges se sont montrés sélectifs dans leur utilisation de la doctrine française.

IV. LES SOURCES UTILISÉES PAR LA JURISPRUDENCE EN DROIT CIVIL, 1876-1984

Nous allons maintenant tenter de voir quelles sources doctrinales ont eu la préférence des juges québécois de 1876 à 1984. Pour ce faire, nous utiliserons une approche essentiellement quantitative, quitte à compléter les données par l'analyse de quelques arrêts qui abordent certains des thèmes retenus. Dans un premier temps, il conviendra de se demander quel type de documents les juges acceptent de citer (A) pour rechercher dans un deuxième temps ceux qui apparaissent le plus fréquemment dans leurs motifs (B).

A. Les différentes catégories de sources

Si l'utilisation de la doctrine et de la jurisprudence ne pose guère de problèmes (1), il n'en va pas de même des rapports des codificateurs, qui ont suscité une certaine controverse (2).

1. La doctrine et la jurisprudence

a) L'importance des sources françaises

Dans plusieurs arrêts de la Cour suprême, les juges soulignent que la doctrine et la jurisprudence française doivent leur servir de guide dans l'hypothèse où une disposition québécoise est semblable à celle du Code Napoléon⁴⁴⁹. Le Comité judiciaire du

Anglin) et 705-714 (j. Lamont), arrêt infirmé, [1932] A.C. 295 (C.J.C.P.); *Hutchinson c. Royal Institution for the Advancement of Learning*, [1932] R.C.S. 57 (j. Newcombe); *Montreal Tramways Company c. Léveillé*, [1933] R.C.S. 456 (j. Lamont); *Touchette c. Pizzagalli*, [1938] R.C.S. 433 (j.-en-chef Duff).

448. J.-L. BAUDOUIN, *loc. cit.*, note 355; E. CAPARROS, *loc. cit.*, note 355.

449. À la Cour suprême du Canada, les citations de la doctrine et la jurisprudence française sont monnaie courante en droit civil, même si elles sont surpassées d'abord par la jurisprudence québécoise ou canadienne puis par la jurisprudence britannique (R. CRÊTE, *loc. cit.*, note 94, p. 249). Pour des exemples ou des commentaires reconnaissant l'importance des sources françaises, voir *Bain*

Conseil privé déclare également que les tribunaux québécois doivent accorder un très grand poids aux décisions des tribunaux français, même s'il lui arrive de conclure qu'une solution différente est dictée par un texte de loi ou par les circonstances particulières d'une affaire⁴⁵⁰. Nous verrons ci-dessous que les grands auteurs du XIX^e siècle sont cités régulièrement par les juges; la fréquence de ces citations avoisine d'ailleurs celle de la jurisprudence britannique⁴⁵¹. Cela pose la question de l'accessibilité de ces ouvrages à la Cour suprême.

Jusqu'en 1882, la Cour siège dans l'édifice du Parlement, tout près de la Chambre des Communes. Elle emménage ensuite dans un bâtiment qui constituait auparavant une écurie et qui est situé sur la colline parlementaire. Il faut attendre jusqu'en 1947 pour qu'elle s'installe dans l'édifice qu'elle occupe actuellement⁴⁵². Même si elle a toujours disposé de sa propre bibliothèque, les avocats font grand usage de celle du Parlement, qui est à distance de marche; il est probable que les juges y ont recours à l'occasion. En 1897, la Cour dispose elle-même d'une collection d'ouvrages français et québécois qui semble très complète⁴⁵³. En 1907, selon Pierre-Basile Mignault et Eugène Lafleur, il faudrait acquérir 5 500 volumes pour combler les besoins en droit civil⁴⁵⁴. Il arrive

c. *City of Montreal*, précité, note 319, p. 280 (j. Taschereau); *Grégoire c. Grégoire*, précité, note 376, p. 341 (j. Taschereau); *Allen c. Merchants Marine Insurance Company of Canada*, (1889) 15 R.C.S. 488, 492 (j.-en-chef Strong); *Benning c. Thibaudeau*, précité, note 377, p. 127 (j. Fournier diss.); *Renaud c. Lamothe*, précité, note 393, p. 366 (j. Girouard); *Gosselin c. Ontario Bank*, (1905) 36 R.C.S. 406, 424-425 (j.-en-chef Taschereau, diss.); *Shawinigan Carbide Company c. Doucet*, précité, note 400, p. 342 (j. Anglin).

450. Voir *supra*, partie III B.2.b).

451. R. CRÉTE, *loc. cit.*, note 94, p. 249 et 252, fournit les chiffres suivants pour la Cour suprême: 2,81 citations par arrêt pour la doctrine française ou belge et 3,34 pour la jurisprudence britannique.

452. SNELL et VAUGHAN, *op. cit.*, note 215, p. 18, 49 et 178.

453. *Id.*, p. 49 et 74. Le *Catalogue du Parlement: Livres de droit* (Ottawa, la Bibliothèque, 1878) contient notamment des ouvrages de Pothier, Demolombe, Troplong, Marcadé, Duranton, Larombière, Huc, Domat, Sourdat, Ferrière, Touiller et Pardessus. En 1892, la bibliothèque de la Cour suprême compte 14 000 volumes. Un bibliothécaire est embauché et il prend soin d'enrichir la collection de droit civil (SNELL et VAUGHAN, *op. cit.*, note 215, p. 75). Le catalogue publié en 1897 contient une section distincte intitulée «Ouvrages Français» où l'on dénombre plus de 500 titres français ou québécois, dont des traités, des recueils de jurisprudence française (Dalloz, Sirey), des dictionnaires et des revues juridiques. La lecture de ce catalogue ne permet de déceler aucune lacune évidente (*Catalogue de la bibliothèque de la Cour suprême et de la Cour de l'Échiquier du Canada*, Ottawa, S.E. Dawson, 1897, p. 197-222).

454. SNELL et VAUGHAN, *op. cit.*, note 215, p. 112. Le 21 février 1907, le registraire E.R. Cameron écrit au ministre de la justice, A.B. Aylesworth. À la demande

cependant que les juges disposent d'une collection personnelle impressionnante⁴⁵⁵. En outre, ils reproduisent vraisemblablement des citations tirées des mémoires déposés par les avocats, comme en font foi les extraits traduits en anglais qu'on retrouve dans certains motifs de jugements⁴⁵⁶. D'une manière ou d'une autre, les juges semblent avoir accès aux ouvrages du droit français⁴⁵⁷.

b) *La doctrine québécoise*

S'il va de soi que la jurisprudence est citée fréquemment, il pourrait en aller différemment de la doctrine. En effet, en common law, les tribunaux ne mentionnent pas les ouvrages des auteurs qui sont encore vivants⁴⁵⁸. Toutefois, en 1903, le Comité judiciaire cite le traité de Pierre-Basile Mignault à trois reprises⁴⁵⁹. En

du juge-en-chef, après avoir consulté M^e Pierre-Basile Mignault, M^e Eugène Lafleur et le bibliothécaire du Barreau de Montréal, il soumet une liste de 5 550 volumes de droit français que la bibliothèque de la Cour devrait se procurer, même si certains de ces ouvrages ne sont pas disponibles à Montréal. À son avis, il serait possible d'omettre plusieurs titres, ce qui réduirait de moitié le coût de ces acquisitions. À l'époque la bibliothèque compte 26 800 ouvrages (Archives nationales du Canada, série RG 13 A2, volume 145, dossier 311; la liste ne figure pas au dossier). Le 13 avril 1907, le juge-en-chef Fitzpatrick écrit à son tour au ministre. Il signale que depuis plusieurs années, les lacunes de la bibliothèque en droit français sont dénoncées. Les ouvrages en question sont essentiels dans les affaires en provenance de la province de Québec, qui représentent quarante pour cent des causes entendues. Quel que soit le sort des 10 000 \$ demandés pour compléter la section des périodiques en langue anglaise, il insiste pour que la somme de 25 000 \$ destinée à enrichir la collection de droit français ne soit pas réduite. Dans un post-scriptum manuscrit difficilement lisible, il ajoute que les avocats francophones ont un juste sujet de plainte et qu'il est embarrassant pour les juges de devoir consulter des ouvrages qui se trouvent à Montréal (*ibid.*). Pour notre part, nous voyons mal comment la liste publiée en 1897 (voir note précédente) aurait pu être enrichie de 5 500 volumes.

455. Ainsi, à la Bibliothèque de droit de l'Université d'Ottawa, la signature d'Henri-Elzéar Taschereau apparaît sur la page titre d'ouvrages de Berriat-Saint-Prix, Bioche, Boileux, Boitard, Duranton, Fournel, Poncet, Solon et celle de J.T. Taschereau sur un ouvrage de Troplong. Cette liste ne tient pas compte des volumes conservés dans la Collection spéciale.

456. *Joyce c. Hart*, précité, note 370, p. 335 (j.-en-chef Richards, qui cite une traduction de Demolombe); *Grégoire c. Grégoire*, précité, note 376, p. 341 (j. Taschereau, qui cite deux arrêts de la Cour de cassation traduits en anglais).

457. Dans les affaires de droit civil, les citations de la jurisprudence française semblent devenir abondantes vers la fin du XIX^e siècle.

458. D. PUGSLEY, *loc. cit.*, note 101, p. 173-174.

459. *Trust and Loan Company of Canada c. Gauthier*, précité, note 226, p. 219-220. Peu de temps auparavant, Mignault semble tenir pour acquis que, en droit civil québécois, il n'est pas permis de citer les écrits d'un auteur encore vivant qui risque de changer d'avis par la suite. Cette règle aurait été acceptée par Dupin l'aîné, un célèbre avocat français du XIX^e siècle: «L'autorité judiciaire», (1900) 6 R.L.n.s. 145, 173-175.

1895, un incident se produit pendant une audience devant la Cour suprême. Le juge-en-chef Strong interrompt plusieurs fois un plaideur afin de l'obliger à respecter la règle qui interdit de lire un extrait d'une publication pendant une plaidoirie⁴⁶⁰. Un observateur anonyme critique cette règle; il ajoute que dans les affaires de droit civil, il est essentiel d'informer les juges de common law sur le droit québécois, ce que les plaideurs font en traduisant oralement des passages de la doctrine⁴⁶¹. Mais la portée de la règle est bien circonscrite: elle vise uniquement la lecture à l'audience. Car le juge-en-chef Strong lui-même renvoie à la doctrine québécoise et française contemporaine, tout comme ses collègues⁴⁶². En 1908, le juge Girouard prend acte du particularisme du droit civil québécois à cet égard:

I have had the advantage of reading the judgment of our Chief Justice, and I have noticed that he relies upon the opinion of two of our text-writers. I am happy to say that, together with Mr. Beauchamp, they are recognized by all to have rendered great service to both the bench and the bar, but text-books of Canadian authors have rarely, if ever, received such a distinction in this court. I have seen several Chief Justices refuse to take any note of them, although for my part-and I am very glad to have this opportunity to put my views on record-I do not see why they should not be cited, especially in Quebec cases, just as we quote the French commentators, dead or living. I have always expressed the view that we ought to get light wherever we can find it, either in the decisions of the courts or in the text-books, or reports of the framers of the Code, or even Parliamentary debates, a course which was denied during this and previous terms. This ruling is strictly in accordance with the practice prevail-

460. Onlooker, «The Supreme Court-Citation of Authorities», (1895) 18 L.N. 91. En 1950, pendant l'audition d'une affaire de droit constitutionnel, le juge-en-chef Rinfret déclare qu'un article de doctrine ne fait pas autorité devant les tribunaux (I. BUSHNELL, *op. cit.*, note 223, p. 282).

461. Onlooker, *loc. cit.*, note 460, p. 93.

462. *Bury c. Murray*, (1895) 24 R.C.S. 77, 83 (j.-en-chef Strong, qui cite l'ouvrage «Langelier, De la preuve»); *Banque d'Hochelaga c. Waterous Engine Works Company*, précité, note 325, p. 416 (j.-en-chef Strong, qui cite Baudry-Lacantinerie); *Perrault c. Gauthier*, précité, note 318, p. 253 (j. Girouard): «A recent writer, Baudry-Lacantinerie, and a high authority not only in France but also in Quebec [...]»); *The George Matthews Company c. Bouchard*, précité, note 398, p. 587 (j. Girouard); *Consumers Cordage Company c. Connolly*, précité, note 364, p. 307 (j. Girouard): «Huc and Baudry-Lacantinerie, the recognized leading authorities at the Bar and Bench and in the University of France, to-day, both hold the same views»; *Audette c. O'Cain*, (1908) 39 R.C.S. 103, 106 (j.-en-chef Fitzpatrick, qui cite Mignault); *Ahearn & Soper, Limited c. New York Trust Company*, précité, note 420, p. 274 (j. Duff, qui cite Mignault); *Masson c. Masson*, (1913) 47 R.C.S. 42, 77 (j.-en-chef Fitzpatrick, qui cite Langelier); *Serling c. Levine*, précité, note 409, p. 107 (j.-en-chef Fitzpatrick, diss., qui cite plusieurs auteurs québécois). Cette tendance ne se démentira pas par la suite, bien au contraire.

ling in England, and to a limited extent in the United States, although in some cases we see quoted such standard books as those of Coke, Hale, Story, Kent, and other jurists of equal eminence. Under the English system, decisions of courts alone constitute authorities and a counsel or judge is expected to rely upon them alone, if they are of sufficient weight and can be supported by reason. In France and Quebec, on the contrary, a series of uniform decisions, approved by the commentators or *la doctrine*, forms what may be termed the jurisprudence of France, and on this subject I refer to an interesting dissertation by Rivière already alluded to. I thought, therefore, it was my duty to read what these Canadian law-writers said on the point under consideration, although in view of the decisions of the Quebec courts it can hardly be expected that their doctrine will be of much assistance.⁴⁶³

Ainsi, la Cour suprême a accepté très tôt une différence méthodologique importante entre la common law et le droit civil. Elle fait également bon accueil à une autre source, les rapports des codificateurs.

2. *Les rapports des codificateurs*

a) *L'acceptation initiale*

La loi de 1857 qui pourvoit à la codification du droit privé québécois oblige les commissaires à rédiger des rapports contenant les dispositions qu'ils proposent d'adopter, les sources qu'ils ont consultées et les modifications qu'ils suggèrent. En 1865, le Parlement donne force de loi à leur travail, sous réserve de quelques modifications; la loi adoptée à cette occasion fait expressément référence à leurs rapports⁴⁶⁴. Ceux-ci ont donc permis d'établir l'exactitude des dispositions proposées ainsi que la pertinence des modifications suggérées. Dès leur publication, ils sont cités devant les tribunaux⁴⁶⁵. Le Comité judiciaire donne l'exemple, même s'il affirme que les opinions émises par les commissaires ne sauraient lier les juges⁴⁶⁶. Les juges québécois emboîtent rapidement le pas. Entre 1868 et 1900, Daniel Jutras a retracé plus de trente-cinq décisions où ils renvoient à ces travaux⁴⁶⁷. À la Cour

463. *Tanguay c. Canadian Electric Light Company*, précité, note 391, p. 34-35 (J. Girouard, diss.). Par ailleurs, plusieurs auteurs ont souligné que les juges québécois agissent souvent comme s'ils étaient liés par les précédents en droit civil: voir par exemple S. GAUDET, *loc. cit.*, note 24, p. 241-246.

464. Voir *supra*, partie II A.2.b).

465. M. MORIN, *loc. cit.*, note 75, p. 34.

466. Voir le texte correspondant à la note 229 et l'extrait de l'arrêt *Symes c. Cuillier* qui y figure.

467. Daniel JUTRAS, «Le ministre et le code - essai sur les *Commentaires*», dans John E.C. BRIERLEY *et al.* (dir.), *Mélanges offerts par ses collègues de McGill à*

suprême du Canada, entre 1877 et 1921 (inclusivement), il en va de même dans cinquante-deux arrêts⁴⁶⁸. Ainsi, l'admissibilité de ces rapports ne fait aucun doute. C'est ce que rappelle le juge-en-chef Taschereau, dans une affaire de droit pénal, alors qu'un avocat se fonde sur des interventions faites en Chambre pour élucider la signification d'une loi fédérale:

The reports of the codifiers of the Civil Code of Lower Canada are also referred to in Quebec and in this Court, as also in the Privy Council (*see, for instance, Symes v. Cuvillier*), but these cannot be put upon the same footing as the debates in Parliament upon a bill [référence omise].⁴⁶⁹

En 1912, dans un mémoire déposé devant la Cour suprême du Canada, M^e Eugène Lafleur s'oppose à la consultation des rapports, mais les juges ne font aucun cas de cet argument⁴⁷⁰. En effet, à cette époque, les juges anglais eux-mêmes citent les rapports d'une commission chargée de recommander des modifications à une loi⁴⁷¹. En 1916, le juge Duff peut donc affirmer que les tribunaux doivent se laisser guider par les explications des codificateurs:

The report of the Commissioners can be prayed in aid on the ground that it may be supposed to have been present to the mind of the legislature: *Eastman Photographic Materials Co. v. Comptroller General of Patents*, [1898] A.C. 571, at pages 575 and 576; and the Commissioners must no doubt be assumed to have been acquainted with the course of *la doctrine* and *la jurisprudence* in France.⁴⁷²

En 1920, le juge Brodeur n'hésite pas davantage à citer le rapport des commissaires chargés de codifier les lois municipales, ce qui

Paul-André Crépeau, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997, p. 451-486, à la page 478, note 77.

468. Pour arriver à ce chiffre, nous avons recherché dans la banque de données SCR (QL Systems) les termes «codificateurs» ou «codifiers» ainsi que «commissaires» ou «commissioners» dans le même paragraphe que «code» ou «codification». Puis nous avons tenté d'écarter les documents où ces mots apparaissaient uniquement dans le résumé des plaidoiries, ainsi que les causes non pertinentes. Nous avons également tenté d'éliminer les quelques causes où l'expression «les codificateurs» est un simple synonyme de «législateur». Nous avons compté le nombre d'arrêts plutôt que les références contenues dans les motifs des différents juges.

469. *Gosselin c. The King*, (1903) 33 R.C.S. 255, 268.

470. *In re Marriage Laws*, (1912) 46 R.C.S. 132, 194; deux juges citent tout de même les codificateurs (p. 413 (j. Duff) et p. 430 (j. Anglin)), tandis que le Comité judiciaire du Conseil privé ne traite pas de cette question ([1912] A.C. 880).

471. Voir *supra*, note 231.

472. *Johnson c. Laflamme*, précité, note 405, p. 514 (j. Duff, diss.).

prouve à quel point un document de cette nature est consulté facilement⁴⁷³. Le changement n'en sera que plus brusque...

b) *Le refus de suivre l'arrêt Despatie*

En 1921, le Comité judiciaire du Conseil privé fait une déclaration qui retentit comme un coup de tonnerre dans le ciel civiliste. Lord Moulton s'exprime ainsi:

It it were permissible to regard the intention of the codifiers as expressed by their reports, their intention to leave the law unchanged would be equally evident, but this is a dangerous and doubtful course and their Lordships decline to adopt it. The proper course is to look at the article itself, and their Lordships are of opinion that the language used in art. 127 carries out this intention.⁴⁷⁴

À première vue, la condamnation semble péremptoire, car il n'est pas «permis» de consulter les rapports des codificateurs. Mais l'ensemble de la phrase est moins clair: lord Moulton précise que le rapport conforte l'interprétation qu'il retient; il affirme que l'utilisation de ce document constitue un procédé «dangereux et douteux» que ses collègues et lui «refusent d'adopter». Cette formulation dénote plutôt une très forte réticence qu'un rejet catégorique. Si les rapports ne sauraient modifier le sens d'une disposition dont la signification est claire, il n'est pas absolument certain que leur utilisation soit exclue en cas d'ambiguïté, ni que les tribunaux québécois soient tenus d'imiter le Comité judiciaire. Dans ces conditions, les commentaires de lord Moulton semblent constituer un *obiter*.

La doctrine québécoise a tôt fait de s'insurger contre cet arrêt. Elle se fait fort de souligner que les rapports des commissaires doivent leur existence à la volonté du législateur et constituent un outil indispensable pour comprendre l'origine des dispositions du Code civil. Avec le temps, elle affirme que les juges québécois se sont abstenus pendant une assez longue période de les consulter,

473. *Boily c. La Corporation de St-Henri de Taillon*, (1920) 61 R.C.S. 40, 47; voir également *Donohue Brothers Registered c. Corporation of the Parish of St-Étienne de la Malbaie*, [1924] R.C.S. 511, 520 (j. Mignault); *Corporation d'Aqueduc de St-Casimir c. Ferron*, [1931] R.C.S. 47, 56 (j. Rinfret); *Corporation de la paroisse de St-Joseph de Coleraine c. Colonial Chrome Co. Ltd.*, [1933] R.C.S. 13, 35 (j. St-Germain, *ad hoc*).

474. *Despatie c. Tremblay*, [1921] 1 A.C. 702, 711.

jusque vers les années soixante-dix⁴⁷⁵. Pourtant, en 1936, Pierre-Basile Mignault déclare:

Je veux insister encore sur l'autorité qu'on doit reconnaître dans ce cas aux rapports des codificateurs. On en a toujours fait usage dans la Province de Québec ainsi qu'à la Cour suprême pour découvrir l'intention du législateur. Nos juges disent que ces rapports fournissent le meilleur commentaire du texte. Il n'y a pas d'analogie entre ces rapports et les débats au Parlement dont on ne peut faire état devant les tribunaux. J'ai déjà dit que les rapports des codificateurs ont un caractère officiel. Il n'y a pas lieu de croire qu'on cesse jamais de s'en servir chez-nous. Certainement le fait de s'y référer ne constitue pas une erreur de droit.⁴⁷⁶

L'analyse des arrêts de la Cour suprême corrobore ses dires. On peut noter en premier lieu que les commentaires de lord Moulton concernant les rapports des codificateurs n'ont jamais été cités par les juges de cette cour. Qui plus est, ils n'en ont tenu aucun compte, comme le montre le tableau I. Il en va de même des autres juges québécois. Il est vrai que, dans les affaires où la Cour suprême renvoie aux rapports des codificateurs, il est rarissime que les jugements publiés rendus par les instances inférieures en fassent autant. Mais cette pratique est fréquente entre 1964 et 1974, comme le montre une recherche dans la banque de données Juris, qui reproduit le texte intégral des décisions publiées au Québec pendant cette période (d'où un léger recoupement). Il en va de même de la banque des tribunaux de droit commun de SOQUIJ, en excluant les arrêts de la Cour suprême; les rapports concernant le *Code civil du Bas Canada* y sont cités régulièrement.

475. Voir, entre autres, Louis BAUDOUIN, «Méthode d'interprétation judiciaire du *Code civil du Québec*», (1950) 10 *R. du B.* 397-419, 412 (où l'auteur cite l'arrêt *Gosselin c. The King*, précité, note 469, qui accepte le recours aux rapports des codificateurs, plutôt que l'arrêt *Despatie c. Tremblay*, précité, note 474, qui réprouve leur utilisation); Maurice TANCELIN, «Introduction – Comment un droit peut-il être mixte?», dans F. P. WALTON, *op. cit.*, note 66, p. 17-20 (mais voir p. 18, note 76) et les auteurs cités par Sylvie PARENT, *La doctrine et l'interprétation du Code civil*, Montréal, Éditions Thémis, 1997, notamment p. 185-187; certains auteurs ont toutefois signalé la persistance du recours aux rapports des codificateurs: John E.C. BRIERLEY et Roderick A. MACDONALD (dir.), *Quebec Civil Law*, Toronto, Emond Montgomery, 1993, n° 114, p. 141; Ernest CAPARROS, *loc. cit.*, note 355, p. 112; Sylvio NORMAND, «De la nécessité des commentaires officiels au *Code civil du Québec*», (1991) 51 *R. du B.* 288-293, 289 note 3.

476. *Loc. cit.*, note 438, p. 124-125.

**TABLEAU I: NOMBRE D'ARRÊTS AYANT CITÉ
LES CODIFICATEURS, 1922-1984**

Période visée	Banque de données SCR (QL Systems)	Instances inférieures (1922-1964), ou banques de SOQUIJ (1964-1984)*
1922-1929	10	5
1930-1939	10	1
1940-1949	3	1
1950-1963	12	1
1964-1973	4	30 (C.c.B.-C.) et 25 (C.p.c.**)
1974-1984	8 (C.c.B.-C.) et 9 (C.p.c.**)	11 (C.c.B.-C.)

* Ces données ont été compilées par M^e Stéphane Cliche.

** *Rapports des commissaires du Code de procédure civile du Québec*, Québec, Commission de réforme du Code civil, 1968; il s'agit du *Code de procédure civile*, S.Q. 1965, 1^{re} session, c. 80.

D'autres indices permettent de conclure que les juges québécois siégeant en première instance ou à la Cour d'appel n'ont pas cessé de citer les rapports des codificateurs. En premier lieu, la critique de lord Moulton n'a été citée que deux fois⁴⁷⁷. Encore faut-il noter que, dans un arrêt de la Cour d'appel, l'un des juges déclare qu'il s'abstient de citer ces rapports, tandis qu'un autre fait précisément le contraire⁴⁷⁸, sans même renvoyer à l'admonestation de l'arrêt *Despatie c. Tremblay*⁴⁷⁹, qu'il étudie néanmoins à d'autres fins. Même les juges qui acceptent l'interprétation retenue par le Comité judiciaire dans l'arrêt *Despatie* citent ces rapports⁴⁸⁰. D'autre part, il est relativement facile de découvrir des exemples de telles citations. Ainsi, Sylvio Normand en a relevé

477. *Howard c. Bergeron*, (1941) 71 B.R. 154, 208 (j. Walsh); *Trust général du Québec c. Ministère du Revenu du Québec*, [1984] C.S. 1093, 1098.

478. Voir *Howard c. Bergeron*, précité, note 477, 170-171 (j. Létourneau).

479. Précité, note 474.

480. *Lachance c. Rochon*, (1927) C.S. 556, 562 et 564 (j. Gibsone). Bien entendu, il est moins étonnant de voir un juge qui refuse de suivre l'arrêt *Despatie* citer les codificateurs: *Dubois c. Sharpe* (1935) 41 R.L.n.s. 405 (C.S.), 412 (j. Forest); *Coates c. Romanelli*, [1936] 1 D.L.R. 244 (C.S.), 246 (j. Forest).

six de 1932 à 1957⁴⁸¹. Pour notre part, nous en avons repéré dix de 1925 à 1960⁴⁸².

Il est également possible d'établir le rang qu'occupent ces rapports parmi les noms d'auteurs les plus fréquemment cités⁴⁸³. De 1876 à 1899, ils figurent en douzième position à la Cour suprême et en huitième position devant divers tribunaux québécois; de 1900 à 1921, ils se retrouvent en septième position à la Cour suprême et en sixième position à la Cour d'appel. De 1922 à 1940, ils se situent en septième place à la Cour suprême et en douzième place à la Cour d'appel, ce qui indique dans le deuxième cas un certain recul. De 1941 à 1963, ils occupent encore la huitième position en Cour suprême et la dixième en Cour d'appel. De 1964 à 1984, ils sont en sixième position à la Cour suprême; de 1964 à 1974, ils obtiennent la onzième place pour l'ensemble des tribunaux de droit commun. Le nombre des citations est très peu élevé en Cour d'appel dans les affaires qui se sont rendues à la Cour suprême de 1922 à 1940 (un ou deux arrêts); il augmente par la suite et devient substantiel dans la banque de données JURIS (1964-1974). À cet égard, rien n'indique qu'un changement considérable se soit produit pendant cette décennie. Il est beaucoup plus probable que les juges continuent d'agir comme ils le faisaient par le passé et consultent les rapports des codificateurs si le besoin s'en fait sentir. Ainsi, à la Cour suprême, la fréquence de ces citations oscille entre la huitième et la sixième position tout au long du XX^e siècle.

De nos jours, la controverse ne présente plus qu'un intérêt historique. En effet, dans les affaires de droit civil, la Cour

481. S. NORMAND, *loc. cit.*, note 475, p. 289, note 3; l'auteur revient ainsi sur certaines affirmations qu'il avait faites («Les travaux préparatoires et l'interprétation du *Code civil du Québec*», (1986) 27 *C. de D.* 347-354, 350).

482. Nous avons consulté la banque de données des Dominion Law Reports ainsi que les volumes 48 (1930), 69 (1940), [1950] et [1960] du recueil des arrêts de la Cour du banc de la reine; voir *Bastien c. la Prévoyance Assurance Co.*, [1925] 2 D.L.R. 882 (C.S.), 888 (j. Gibsons); *Proulx c. Caisse populaire de Rimouski*, (1940) 69 B.R. 359, 364 (j. Barclay); *La Foncière compagnie d'Assurance c. Perras*, [1942] B.R. 231, 262 (j. St-Germain); *Whalley c. Kowalyck*, [1947] R.L. 228 (C.S.), 231 (j. Demers); *Vineberg c. Laroque*, [1950] B.R. 1, 18 (j. Surveyer, *ad hoc*); *Missionnaires de la Compagnie de Marie c. Corporation du Canton de Melbourne*, [1950] B.R. 185, 190 (j. Surveyer, *ad hoc*); *Cayer c. Drolet*, [1950] B.R. 790, 793 (j. Gagné); *Lussier c. Marquis*, [1960] B.R. 20, 105-106 (j. Bissonnette, diss.); *Loyer c. Plante*, [1960] B.R. 443, 446 (j. Martineau); *Compagnie d'assurance Stanstead and Sherbrooke c. Fabi*, [1960] B.R. 601, 607 (j. Choquette).

483. Voir les tableaux II à V ci-dessous. À partir de 1964, les données n'apparaissent pas dans le Tableau VI; elles ont été obtenues à la suite d'une comparaison avec le Tableau I. De 1974 à 1984, le nombre de citations est trop faible pour figurer dans la liste.

suprême accepte de consulter les débats parlementaires⁴⁸⁴, ainsi que les *Commentaires du ministre de la justice*⁴⁸⁵, qui ne sauraient toutefois lier les tribunaux⁴⁸⁶. La règle imposant l'exclusion des travaux parlementaires a également été rejetée en common law⁴⁸⁷. L'analyse qui précède montre toutefois que, en droit civil, les juges n'ont tenu aucun compte des commentaires du Comité judiciaire sur la consultation des rapports des commissaires chargés de codifier les lois civiles du Bas-Canada, car ces directives allaient à l'encontre des méthodes d'interprétation reconnues par tous. Au surplus, les juges anglophones et francophones agissent à cet égard de façon identique, qu'ils siègent au Québec ou à la Cour suprême du Canada. Le mythe d'un code civil dissocié de ces travaux préparatoires, véhiculé longtemps par une certaine doctrine, a vécu⁴⁸⁸. En général, il appert que les magistrats se sont sentis parfaitement libres de puiser aux sources privilégiées par la méthode civiliste, en particulier les auteurs contemporains. Parmi ceux-ci, il est intéressant de se demander quels sont ceux qui ont recueilli leur faveur.

B. Les auteurs privilégiés par les juges

Nous avons choisi de diviser l'analyse de la doctrine citée en fonction de deux grands thèmes. En premier lieu, si la doctrine française jouit d'un très grand prestige, certaines de ses innovations ont été mal accueillies par les juges de la Cour suprême (1). Une analyse de la liste des auteurs les plus fréquemment cités montre que ce sont surtout les auteurs traditionnels français qui ont joui de la faveur des magistrats, tandis que les auteurs québécois ont été consultés très rapidement (2).

484. *Constructions Gille Paquette ltée c. Entreprises Végo ltée*, [1997] 2 R.C.S. 299, par. 20.

485. *Commentaires du ministre de la justice, Le Code civil du Québec, un mouvement de société*, Québec, les Publications du Québec, 1993; sur cette question, voir l'essai décapant de D. JUTRAS, *loc. cit.*, note 467.

486. *Doré c. Ville de Verdun*, [1997] 2 R.C.S. 862, par. 14.

487. *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, par. 35 (j. Iacobucci); il semble toutefois que les débats parlementaires jouent «un rôle limité en matière d'interprétation législative»; «le tribunal [...] devrait les admettre comme étant pertinents quant au contexte et quant à l'objet du texte législatif» (*ibid.*, citant *R. c. Morgentaler*, [1993] 3 R.C.S. 463, 484 (j. Sopinka). Ainsi, le juge Iacobucci affirme que l'interprétation retenue est «compatible avec les déclarations faites par le ministre» (par. 34).

488. Voir Sylvio NORMAND, «Un thème dominant de la pensée juridique traditionnelle au Québec: la défense de l'intégrité du droit civil», (1987) 32 *R.D. McGill* 559-601, 576; S. PARENT, *op. cit.*, note 475, p. 185-187.

1. *Le rejet des innovations françaises*

Au début du XX^e siècle, les juges de la Cour suprême du Canada sont très partagés sur l'accueil qu'il convient de faire aux nouveaux courants qui se manifestent en France (a). Par la suite, un consensus se dégage en faveur d'une approche formaliste de l'interprétation du Code civil (b).

a) *La controverse concernant les innovations doctrinales françaises*

Au tournant du siècle, une nouvelle doctrine française remet en question l'approche théorique et formaliste défendue par Aubry et Rau et Laurent. Saleilles, Josserand et Gény préconisent la recherche d'une solution mieux adaptée aux besoins de la société. Dans le domaine de la responsabilité civile délictuelle, ils mettent en avant une nouvelle interprétation de l'article 1384 du Code Napoléon, qui traite de la responsabilité pour la faute des préposés, des enfants mineurs, des élèves et des apprentis. Le premier alinéa de cette disposition mentionne la responsabilité du dommage «causé par le fait [...] des choses que l'on a sous sa garde», sans plus de précisions. Certains auteurs en déduisent l'existence d'une présomption de faute ou même de responsabilité afin de venir en aide aux victimes d'un accident de travail, qui ont souvent bien du mal à prouver la faute de l'employeur. En Cour suprême du Canada, le juge Girouard est bien au fait de ce nouveau courant, mais il se fait le défenseur inflexible du critère de la faute et d'une conception stricte du lien de causalité⁴⁸⁹. En 1898, il déclare:

The rule of law is therefore well established that no employer is responsible for his fault towards an employee, unless the latter proves that it is the immediate, necessary and direct cause of the injury he sustains. That rule is embodied in article 1053 of the Civil Code of Quebec; it is one of almost universal law among civilized nations, as well under the civil law as under the common law of England, a proposition which the authorities quoted in *The Montreal Rolling Mills Company v. Corcoran* fully establish. It has, however, been recently assailed with great vigour by eminent jurists, and among others Labbé, Prosper Staer, Gibon, Hubert-Valleroux and Béchaux, as being unjust and unfair to the workingman who often finds it difficult and sometimes impossible to give a true account of the acci-

489. *Montreal Rolling Mills Co. c. Corcoran*, précité, note 385; *Sénésac c. Central Vermont Railway Co.*, (1897) 26 R.C.S. 641, 645.

dent; but in no less than ten or twelve decisions, which have reached us since *The Montreal Rolling Mills Company v. Corcoran* was decided, the old rule has been re-affirmed most emphatically by the highest court of France [...]. These two last *arrêts* have been accepted as having settled the French jurisprudence, and no hope of a remedy is entertained except by applying to the legislature.⁴⁹⁰

L'évolution de la jurisprudence française allait cependant lui donner tort. En 1907, contrairement au juge de première instance, il refuse d'admettre qu'un propriétaire de dynamite soit tenu responsable à titre de gardien à moins qu'il ne prouve avoir été dans l'impossibilité d'éviter l'accident⁴⁹¹.

En 1909, la Cour suprême se rallie toutefois à la nouvelle jurisprudence française. L'affaire *Shawinigan Carbide Co. c. Doucet* porte sur le cas d'un employé devenu aveugle à la suite d'une explosion survenue au cours de manœuvres qu'il effectuait sans que l'employeur ait été clairement négligent⁴⁹². Dans des motifs rédigés dans un français impeccable, le juge Fitzpatrick adopte la nouvelle théorie française, même si la jurisprudence québécoise n'a jamais admis ce principe auparavant, en particulier à l'époque de la codification. L'article 1054 C.c.B.-C. et l'article 1384 du code français sont très semblables; en outre, les codificateurs n'entendaient pas modifier les règles suivies en France. Dans ces conditions, si, dans ce pays, «la jurisprudence et la doctrine tombent d'accord, après des années de conflit et de discussion», il se sent «presque forcé d'accepter leur conclusion commune et définitive», même si les termes pertinents de l'article sont demeurés inaperçus pendant un demi-siècle⁴⁹³. À son avis, la théorie voulant que la faute doive toujours être clairement prouvée a été abandonnée à la suite des critiques de Laurent, Labbé, Lyon-Caen, Glasson, Esmein, Saleilles, Josserand, Marcadé, Demolombe, Baudry-Lacantinerie et Huc⁴⁹⁴. En outre, selon Baudry-Lacantinerie, un passage de Domat semble admettre implicitement la responsabilité du fait des choses⁴⁹⁵.

490. *The George Matthews Company c. Bouchard*, précité, note 398, p. 586-587 (références omises).

491. *Paquet c. Dufour*, (1908) 39 R.C.S. 332, 334-335.

492. Précité, note 400, p. 291-292.

493. *Id.*, p. 286-287.

494. *Id.*, p. 290. Ces motifs font également abondamment référence aux écrits de Planiol.

495. *Id.*, p. 289-290.

Pour sa part, le juge Girouard manifeste d'entrée de jeu son scepticisme:

Voilà bientôt un demi-siècle que le code civil du Bas-Canada est en force et, pendant ce long espace de temps, même avant, des centaines de procès causés par des quasi-délits, et particulièrement des accidents du travail, ont été examinés et décidés par les tribunaux; et cependant il paraîtrait, dit-on, que jusqu'à ces derniers jours avocats et juges étaient dans une profonde ignorance de la loi et que jamais ils n'ont donné aux articles du code la vraie interprétation. D'après quelques juges et, disons-le, ils paraissent très peu nombreux, la faute qui est la base du quasi-délit serait présumée dans certains cas prévus par l'article 1054 C.C.⁴⁹⁶

Après avoir passé en revue les décisions québécoises, il conclut:

Voilà ce que la jurisprudence de la province de Québec nous enseigne à l'unanimité. L'on nous dit qu'elle ne répond plus à la situation du monde industriel. C'est possible. Mais qui doit donner le remède? Est-ce le juge ou le législateur? Notre code civil commande aux juges de suivre dans l'interprétation de ses articles les lois en force lors de sa promulgation; et pour ma part je ne me laisserai certainement pas guider par les théories de quelques auteurs contemporains qui paraissent dominés par des raisons qui nécessiteraient un changement de la loi. Nous sommes ici non pas pour faire des lois, encore moins les changer [référence omise].⁴⁹⁷

Comme le tribunal de première instance, il est toutefois d'avis que l'employeur a commis une faute en ne fournissant pas de lunettes et de masques aux ouvriers⁴⁹⁸. Le juge Idington accepte de présumer que la machine ou la méthode employées étaient défectueuses⁴⁹⁹. Dans une longue dissidence, le juge Duff refuse d'examiner la formulation de l'article 1054 indépendamment de l'histoire des règles que celui-ci reprend⁵⁰⁰. Or, en 1865, la responsabilité du fait des choses n'existait qu'en cas de faute, tant en France qu'au Québec. À son avis, les deux versions de l'article 1054, en particulier la version anglaise, ainsi que les rapports des codificateurs ne permettent pas de conclure que le législateur entendait modifier ce principe⁵⁰¹. Ce faisant, il montre à nouveau qu'il comprend parfaitement ce qu'est un code:

496. *Id.*, p. 293-294.

497. *Id.*, p. 298-299.

498. *Id.*, p. 296-297.

499. *Id.*, p. 300-302.

500. *Id.*, p. 311-312.

501. *Id.*, p. 316-323.

It is sufficiently plain, I think, from what has already said upon the history of the legislation, that the proper mode of approaching these articles is to regard them as an exposition of one topic in a co-ordinated system of law already in force-and not at all as a string of detached legal enactments.⁵⁰²

Enfin, le juge Anglin croit que l'article 1054 ne présente aucune ambiguïté et rend l'employeur responsable⁵⁰³.

En 1911, Raymond Saleilles publie un commentaire de l'arrêt *Shawinigan Carbide* dans lequel il approuve l'opinion du juge Duff; comme lui, il croit que le législateur de 1865 n'a pas entendu modifier les règles suivies en France depuis 1804⁵⁰⁴. En 1916, la Cour suprême doit se prononcer à nouveau sur la responsabilité du fait des choses; les trois juges majoritaires décident que l'article 1054 impose à la défenderesse une présomption de faute que celle-ci n'a pas repoussée⁵⁰⁵. Dans sa dissidence, le juge Duff ne manque pas de citer les passages de l'article de Saleilles qui appuient son interprétation du code québécois⁵⁰⁶. Mais il proteste vigoureusement contre la théorie défendue par celui-ci en France:

And he adds that it is the duty of the courts to act upon their views of what the legislator would have enacted if he had envisaged the conditions to-day. If it were a legitimate procedure much might be said for the conclusion of M. Saleilles, and much for the theory of *la jurisprudence* in France and much also it may be added for the view of the court of appeal; in truth the want of unanimity (there are other theories current in France), is but the natural result of following a procedure which, under the name of judicial interpretation, in reality amounts to explicit judicial amendment of the law. I use this phrase because the process used by M. Saleilles is what we would unquestionably call legislation [...].⁵⁰⁷

Dans une autre affaire d'accident du travail, le juge-en-chef Fitzpatrick cite des passages d'une note rédigée par le juge-en-chef Taschereau, dont il ne donne ni la date ni les destinataires, où ce juge approuve la théorie de la faute présumée⁵⁰⁸. Encore

502. *Id.*, p. 319-320.

503. *Id.*, p. 345-347.

504. «La responsabilité du fait des choses devant la cour supérieure du Canada», (1911) 10 *R.T.D.C.* 23.

505. *Vandry c. Quebec Railway, Light, Heat and Power Co.*, précité, note 418, p. 89-90 (j. Idington), 119-112 (j. Anglin) et 124 (j. Brodeur), arrêt confirmé, [1920] A.C. 662.

506. *Id.*, p. 106-107.

507. *Ibid.*

508. *Norcross Bros. Co. c. Gohier*, (1918) 56 R.C.S. 415, 417-418.

une fois, les juges Anglin et Brodeur retiennent cette interprétation⁵⁰⁹. En 1920, le Comité judiciaire met un terme au débat et entérine la solution retenue par la Cour suprême. Après avoir reproché aux protagonistes de ne pas avoir accordé suffisamment d'attention à la formulation du code, Lord Sumner rappelle que si les décisions françaises sont intéressantes et stimulantes, elles ne lient pas les tribunaux québécois, qui doivent avant tout «[traduction] interpréter un texte édicté par une législature de l'Empire britannique»⁵¹⁰. Il reconnaît que, dans ce débat, les juges ont tenté de se conformer à ces règles et qu'il peut être légitime dans certains cas d'examiner l'état du droit avant la codification. Il expose ensuite la méthode d'interprétation grammaticale, et ses limites:

Still, the first step, the indispensable starting-point, is to take the Code itself and to examine its words, and to ask whether their meaning is plain. Only if the enactment is not plain can light be usefully sought from exterior sources. Of course it must not be forgotten what the enactment is, namely, a Code of systematized principles, not a body of administrative directions or an institutional exposition. Of course also the Code, or at least the cognate articles, should be read as a whole, forming a connected scheme; they are not a series of detached enactments. Of course, again, there is a point at which mere linguistic clearness only masks the obscurity of the actual provisions or lead to such irrational or unjust results that, however clear the actual expression may be, the conclusion is still clearer that no such meaning could have been intended by the Legislature.⁵¹¹

À son avis, la signification de l'article est évidente (*plain*) et il n'y a pas lieu d'avoir recours à la jurisprudence québécoise ou à la doctrine française. Ce faisant, il accorde une grande importance à la version française du code⁵¹². Il rappelle également que l'interprétation du code ne doit aucunement être conforme à la jurisprudence anglaise⁵¹³ et consacre la réception en droit québécois de cette nouvelle interprétation de l'article 1054 C.c.B-C.

b) L'approche formaliste

Dans un arrêt rendu la même année que l'arrêt du Comité judiciaire dont il vient d'être question, le juge Mignault reproche à

509. *Id.*, p. 425-426 (j. Anglin) et p. 430-431 (j. Brodeur).

510. *Quebec Railway, Light, Heat and Power Co. c. Vandry*, [1920] A.C. 662, 671-672.

511. *Id.*, p. 672.

512. *Id.*, p. 674-675.

513. *Id.*, p. 677-678.

ce tribunal de ne pas avoir respecté la règle de l'article 2615, aux termes duquel une divergence entre les deux versions doit être tranchée dans le sens indiqué par la règle de l'ancien droit reprise par la disposition en cause, ce qui aurait dû conduire le Comité à privilégier la version anglaise⁵¹⁴. Dans un article paru en 1922, il déclare: «[p]ersonnellement, je n'étais pas partisan de cette interprétation, car elle me paraissait écarter la tradition; mais peu importe, le résultat a été bon»⁵¹⁵. Il n'en critique pas moins la méthode utilisée par lord Sumner, au motif que celui-ci «regarde surtout le texte» et «ne tient pas compte de l'exposé des motifs des codificateurs, ni de la doctrine des auteurs» et semble préconiser une approche littérale. Seul un texte «clair et précis» peut justifier la mise à l'écart de la doctrine française⁵¹⁶. On trouve ici l'essentiel de ce qui est reproché à la jurisprudence du Comité judiciaire à cette époque où prend forme la théorie plutôt nébuleuse d'une méthode d'interprétation spécifique au code civil, différente de celle qui est employée pour la législation ordinaire (le «droit statutaire»). Sauf pour la question des rapports des codificateurs, il n'est pas évident que la critique de Mignault soit vraiment applicable à l'arrêt *Vandry*, car la doctrine française et les juges québécois sont divisés sur cette question. Il est alors difficile de départager le désaccord avec la solution retenue par le Comité judiciaire et la critique des méthodes d'interprétation qu'il emploie⁵¹⁷. En témoigne cette appréciation de Jean-Louis Bau-

514. *Watt and Scott Ltd. c. City of Montreal*, (1920) 60 R.C.S. 523, 546 (J. Mignault), arrêt confirmé, *City of Montreal c. Watt and Scott Ltd.*, [1922] 2 A.C. 555, 561-562 où lord Dunedin explique qu'il faut d'abord tenter de retenir un sens commun aux deux versions d'une disposition avant de recourir à l'article 2615 C.c.B.-C. D'autre part, l'article 1054 6^e al. C.c.B.-C. précise que «La responsabilité ci-dessus a lieu seulement lorsque la personne qui y est assujettie ne peut prouver qu'elle n'a pu empêcher le fait qui a causé le dommage». Lord Dunedin déclare que pour remplir cette condition il suffit de prouver qu'il n'était pas possible d'empêcher le dommage par des moyens raisonnables (*id.*, p. 563). En pratique, il transforme ainsi la présomption de responsabilité de l'arrêt *Vandry* en présomption de faute, alors que la Cour de cassation opte en 1930 pour une présomption de responsabilité: voir notamment D. HOWES, *loc. cit.*, note 141, p. 104-107; Pierre-Gabriel JOBIN, «La Cour suprême et la réforme du Code civil», (2000) 79 *R. du B. Can.* 27-46, 32, note 25.

515. «L'avenir de notre droit civil» [2^e partie], (1922-23) 1 *R. du D.* 104-116, 112.

516. *Id.*, p. 110.

517. Voir sur ce sujet BRIERLEY et MACDONALD, *op. cit.*, note 475, n^o 52, p. 55-57; S. PARENT, *op. cit.*, note 475, p. 129-135. De façon analogue, Louis BAUDOUIN déclare que les juges canadiens anglais «ont méconnu en toute bonne foi, les caractères fondamentaux de la puissance paternelle du droit québécois, trop imbus qu'ils sont de la liberté individuelle» («Conflits nés de la coexistence juridique au Canada», (1956-57) 3 *McGill L.J.* 51-69, 55). À propos de la responsabilité civile délictuelle, il affirme que «l'esprit juridique d'un Canadien anglais s'accommode plus volontiers de tendances sociales ou socialisantes que l'esprit

douin: «[a]ussi paradoxale que la chose puisse paraître, le juriste québécois doit remercier le Conseil privé d'avoir su notamment en matière de responsabilité, donner au texte une interprétation un peu plus québécoise»; dans la note afférente, l'auteur cite l'arrêt *Vandry*...⁵¹⁸

En principe, il faut admettre que bien des concepts du code civil ont une longue histoire et peuvent avoir une signification qui n'est pas évidente à la simple lecture. Dans ces conditions, il est risqué de trancher le litige en se fondant sur la formulation d'une disposition sans même consulter la doctrine et la jurisprudence françaises pertinentes. Si c'est là l'approche que préconise lord Sumner, elle est effectivement contraire à la tradition civiliste. Mais il est toujours nécessaire d'évaluer la pertinence des sources françaises (qui fournissent à l'époque un complément indispensable aux sources québécoises); inévitablement, le texte de loi joue alors un rôle déterminant. Or, si la doctrine québécoise reproche souvent aux juges de donner une portée restreinte au code afin d'écarter la doctrine et la jurisprudence française, elle n'hésite pas à critiquer les interprétations larges retenues dans d'autres affaires, au motifs qu'elles constituent des créations jurisprudentielles («judge-made law»)⁵¹⁹.

Rien n'illustre mieux la confusion qui règne dans les esprits. Traditionnellement, en droit anglo-canadien, les juges privilégient une interprétation restrictive des lois afin de préserver les concepts de la common law. La souplesse jurisprudentielle n'est pas de mise face à un texte dont on peut difficilement extraire des

juridique d'un Canadien-français» et que «l'esprit juridique anglais» domine l'interprétation de l'article 1054 C.c.-B.C. (*id.*, p. 58 et 60). Pour lui, le juriste canadien opère un repli constant sur la tradition (*id.*, p. 65); «[d]'esprit plus franchement socialisant, le juge canadien-anglais, notamment hors de cette Province trouve naturel d'englober certains concepts mal définis du droit privé dans la masse majoritaire des concepts dérivés du droit anglais» (*id.*, p. 67).

518. Jean-Louis BAUDOUIN, «Le Code civil québécois: crise de croissance ou crise de vieillesse», (1966) 44 *R. du B. can.* 391-416, 408, note 47.

519. S. PARENT, *op. cit.*, note 475, p. 134. À titre d'illustration, on peut signaler la controverse portant sur la qualification d'un droit de pêche indépendant de la propriété des terrains riverains ou du lit de la rivière. En 1922, le vicomte Haldane déclare qu'il s'agit d'un droit à un aspect distinct et accessoire de la propriété, après avoir laissé entendre qu'un usufruit peut être perpétuel: *Matamajaw Salmon Club c. Duchaine*, [1922] 2 A.C. 426 (C.J.C.P.), 436-437. Il s'appuie notamment sur l'état du droit avant la codification (*id.*, p. 435-436). Le débat débute la même année et se poursuit jusqu'à nos jours: voir P.B. MIGNAULT, *loc. cit.*, note 515, p. 115 et, en dernier lieu, André COSSETTE, «Essai sur le droit de pêche dans les cours d'eau non navigables», (1997-98) 100 *R. du N.* 1-47.

principes généraux, en raison de sa formulation prolixe et des énumérations répétitives qu'il contient. À l'inverse, la phraséologie ample du code appelle à un travail de systématisation qui permet de dégager des principes sous-jacents⁵²⁰. Les exégètes français ont poussé cette méthodologie dans ses ultimes retranchements, au point où ils ont été accusés de se faire législateurs. Si la recherche d'un système cohérent qui pourvoit à toutes les éventualités a été abandonnée, il n'en demeure pas moins que des solutions se sont imposées en jurisprudence à la suite du travail de réflexion poursuivi au XIX^e siècle. Au XX^e siècle, dans les arrêts du Comité judiciaire, l'analyse historique et la discussion des principes de droit civil sont beaucoup moins élaborées que dans les décisions québécoises. Cela peut être dû au fait que ce tribunal cherche à formuler la question en litige la plus étroite possible, en se fondant souvent sur l'analyse de la preuve. De même, la solution d'une controverse repose fréquemment sur un ou deux arguments très précis plutôt que sur des considérations d'ordre général. Néanmoins, il faut reconnaître que cette approche n'est pas inconnue du droit civil – notamment dans l'interprétation grammaticale – et que les résultats obtenus auraient sans doute été les mêmes de toute manière.

À titre d'illustration, on peut noter que le juge Mignault n'hésite pas à se fonder sur une minime différence entre le code québécois et le code français afin d'écarter la jurisprudence française de son époque⁵²¹:

Il me semble d'ailleurs bien inutile de chercher cette règle, puisque nous l'avons en termes très clairs dans notre code civil, et si la jurisprudence française et les opinions d'auteurs qu'invoque mon honorable collègue, M. le juge Brodeur, vont au-delà de cette règle, c'est la règle elle-même, et non cette jurisprudence et ces opinions, que nous devons suivre et appliquer.⁵²²

520. Sur les particularités de l'interprétation en droit civil, voir P.-A. CÔTÉ, *op. cit.*, note 231, p. 37-42, 59-62, 347-348, 423-424; M. MORIN, *loc. cit.*, note 111.

521. L'article 1054 7^e al. C.c.B.-C. prévoit que «Les maîtres et les commettants sont responsables du dommage causé par leurs domestiques et ouvriers, dans l'exécution des fonctions auxquelles ces derniers sont employés» tandis que l'article 1384 3^e al. du *Code Napoléon* emploie l'expression «dans les fonctions auxquelles ils les ont employés». Selon le juge Mignault, cette différence signifie que la règle québécoise est plus favorable à l'employeur, qui n'est pas responsable si l'ouvrier agit en violation des instructions reçues et en dehors de ses heures de travail, c'est-à-dire à l'occasion de ses fonctions: *Curley c. Latreille*, (1920) 60 R.C.S. 131, 175-176.

522. *Id.*, p. 178. On aura compris que, dans sa dissidence, le juge Brodeur accepte les solutions de la jurisprudence française (*id.*, p. 164-175).

On pourrait lui reprocher d'utiliser à son tour une approche excessivement littérale pour se démarquer du droit français. Le juge Anglin adresse lui aussi des critiques aux nouvelles tendances de la jurisprudence française:

It is possible, although unlikely, that [...] the French Courts may ultimately reach the conclusion that the imputation of responsibility to the master in a case such as *Picon c. Peltier* is «en dehors de tout texte» and involves legislative rather than judicial action [référérence omise].⁵²³

D'autres affaires de responsabilité civile vont fournir aux juges l'occasion de prendre leurs distances face au droit français. Ainsi, après avoir rappelé l'opinion que nous venons de citer, le juge Mignault déclare⁵²⁴:

Je suis encore du même avis et il ne me semble pas inutile de le dire encore à raison de certaines solutions de la jurisprudence française qu'on a invoquées pour donner à l'article 1054 C.C., quand à la responsabilité des maîtres et commettants, une interprétation qu'il ne comporte pas dans mon opinion. Il faut bien reconnaître que la jurisprudence française a pris depuis quelques années une orientation qui l'écarte de plus en plus de la doctrine traditionnelle. Elle admet de nouvelles théories en matière de responsabilité civile, comme l'abus du droit, l'enrichissement sans cause et la responsabilité des irresponsables, enfants en bas âge et insensés (Planiol, t. 2 no. 878). On peut dire qu'elle tend à faire abstraction de la faute pour la remplacer par la conception du risque. Mais n'oublions pas que nous avons un code dont le texte doit nous servir de règle, et que si les opinions des auteurs et les décisions de la jurisprudence française ne peuvent se concilier avec le texte, c'est le texte et non ces opinions et ces décisions que nous devons suivre. Je ne serai certainement pas partisan d'une interprétation de notre code qui en fait prévaloir la lettre sur l'esprit, mais quand le texte est clair et sans équivoque on n'a pas besoin de chercher ailleurs.⁵²⁵

La dissidence du juge Duff est au même effet:

There seems to be an increasing tendency in France (see Planiol, *Revue critique de Législation*, vol. 38, p. 298, 301) to refer to the paraphrase under discussion as well as the opening paragraph of Article 1384 C.N. to a doctrine of social responsibility, according to which the risk of injury arising from the prosecution of an enter-

523. *Id.*, p. 162.

524. *Id.*, p. 175.

525. *Governor and Company of Gentlemen Adventurers of England c. Vaillancourt*, [1923] R.C.S. 414, 427-428.

prise, whether through the negligence of servants or caused by things employed in the enterprise, should fall on the *entrepreneur* or proprietor because he enjoys the profits arising from it. I do not think considerations derived from this mode of reasoning can legitimately be applied in controlling the interpretation or the application of the text under consideration.⁵²⁶

Quelques années plus tard, dans une dissidence célèbre du juge Mignault, on peut lire ce qui suit:

On a généralisé tellement les règles de la responsabilité civile en France, qu'on est pas très loin du système préconisé par certains auteurs, savoir que toute activité, même sans faute, engage la responsabilité de celui qui s'y livre.

Je crois que l'on serait bien en peine de trouver de semblables doctrines dans les vieux jurisconsultes, tels que Pothier et Domat. Et il est possible que la jurisprudence française moderne ait été influencée, à son insu, par des considérations d'ordre social.

Je ne puis accepter ce système [...].⁵²⁷

On voit donc que plusieurs juges influents de la Cour suprême ont opposé une fin de non-recevoir catégorique à certaines innovations de la doctrine française, bien que le juge en chef Fitzpatrick et le juge Brodeur leur aient réservé un accueil favorable. En leur accordant leur appui, les juges Idington et Anglin ont d'ailleurs permis la reconnaissance du principe de la responsabilité du fait des choses⁵²⁸. En dépit de cette évolution, la

526. *Id.*, p. 417.

527. *Regent Taxi et Transport Co. c. Congrégation des petits frères de Marie*, précité, note 447, p. 686. Dans ses motifs, le juge Mignault accepte la doctrine de l'enrichissement sans cause, à propos de laquelle il semblait plutôt réservé auparavant (*id.*, p. 690-691). En 1934, il déclare:

«On ne croit plus maintenant que tout le droit soit consigné au Code, ce qui, du reste, n'a jamais été vrai. Et c'est un des plus curieux aspects de la science juridique contemporaine que de voir s'ériger, en marge sinon au-delà des textes, de véritables constructions jurisprudentielles, qui deviennent source de droit presque au même titre que les textes. Je ne saurais en indiquer un exemple plus probant et d'un plus grand intérêt que le sujet de mon article.» («L'enrichissement sans cause», (1934-35) 13 *R. du D.* 157, 157).

Il conclut:

«On ne peut pas ne pas admirer le travail de la jurisprudence française de nos jours. Se faisant l'écho des préoccupations sociales et économiques courantes, elle fait certainement progresser la science du droit. Elle cherche et trouve quelquefois dans l'arsenal juridique des solutions dont les anciens jurisconsultes ne soupçonnaient pas l'existence. L'enrichissement sans cause en est un exemple.» (*id.*, p. 180-181).

528. Le juge Brodeur était cependant dissident dans certaines causes célèbres où il s'opposait à l'indemnisation de la partie ayant subi un dommage: *Watt and Scott*

méthode d'interprétation du Code civil qui domine à la Cour suprême est celle des juges Girouard, Duff, Mignault et Anglin. Dans cette perspective, l'intention du législateur à l'époque de la codification est déterminante. Ces magistrats affirment fréquemment que le texte est «clair» et n'a pas besoin d'être interprété. Les théories de Raymond Saleilles et de François Gény sont écartées sommairement. Au Québec, dans les années vingt, un mouvement de juristes francophones et catholiques crée un climat qui encourage cette attitude. Ils réclament la protection de l'intégrité du droit civil et le respect par l'État de certains principes fondamentaux de la religion catholique. Ils s'opposent à la législation sociale et veulent préserver les valeurs traditionnelles de la société québécoise⁵²⁹.

L'arrêt *Town of Montreal Hough c. West*, illustre parfaitement ce phénomène. La Cour suprême y refuse aux parents naturels le droit de réclamer une indemnité à une personne dont la faute a causé le décès de leur enfant. Le juge-en-chef Anglin reconnaît que si l'article 1053 C.c.B.-C. était le seul en cause, le recours serait peut-être recevable. Mais comme l'article 1056 doit être interprété conformément à la jurisprudence anglaise, il ne peut inclure les enfants naturels, car il serait insultant de supposer que la filiation illégitime est moins défavorisée au Québec qu'en Angleterre, en Écosse ou dans les autres provinces canadiennes⁵³⁰. Une décision québécoise est d'ailleurs à cet effet⁵³¹. Le juge en chef Anglin termine son opinion ainsi:

It was strongly urged at the bar that a construction of art. 1056 excluding natural parents and illegitimate children savours of barbarism and would shock the sensibilities of persons holding enlightened views, and that, accordingly, the courts should give to it a construction more consistent with humane and liberal ideas. The short answer to this contention is that the courts must await the action of the legislature, whose exclusive province it is to determine

Ltd. c. City of Montreal, précité, note 514, p. 532-539; *Ross c. Dunstall*, précité, note 447, p. 403-414.

529. Jean-Guy BELLEY, «Une croisade intégriste chez les avocats du Québec: *La Revue du Droit* (1922-1939)», (1993) 34 *C. de D.* 183-217; Dominique GOUBAU et Claire O'NEILL, «L'adoption, l'Église et l'État: les origines tumultueuses d'une institution légale», (1997) 38 *C. de D.* 769-804; S. NORMAND, *loc. cit.*, note 488; S. PARENT, *op. cit.*, note 475, p. 99-106.

530. [1931] R.C.S. 113, 120-123. Il convient de signaler que l'avocat de la ville défenderesse avait refusé de soutenir que les enfants naturels n'étaient pas protégés par l'article 1056 C.c.B.-C. C'est la Cour qui soulève l'argument et en a fait le fondement de sa décision (*id.*, p. 119).

531. *Id.*, p. 124-125.

what should be the law. Whatever may occur elsewhere (1929) Canadian Bar Review, vol. VII, p. 617) it would seem to be the plan of this «Court of Law and Equity» (R.S.C. (1927), c. 35, s. 3) to give effect to the intention of the legislature as expressed, not to make the law as they think it should be. *Judicis est jur dicere, non dare*.⁵³²

L'article cité par le juge en chef est un commentaire de l'arrêt *Edwards c. Attorney-General for Canada*⁵³³, où le Comité judiciaire conclut que les femmes font bien partie des «personnes» qui, aux termes de l'article 24 de la *Loi constitutionnelle de 1867*⁵³⁴, peuvent être nommées au Sénat si elles sont qualifiées par ailleurs. L'auteur affirme que le Comité judiciaire n'est pas lié par des règles de droit, contrairement à la Cour suprême. Il insinue que ses juges se sont arrogés un pouvoir législatif, car leur arrêt a modifié la constitution du Sénat⁵³⁵. Il leur reproche également d'avoir affirmé que la constitution canadienne est un arbre vivant qui doit croître avec le temps, encourageant ainsi les juges canadiens à ne pas se préoccuper uniquement de l'intention qu'avait le législateur en 1867⁵³⁶. Or ce principe est à l'interprétation constitutionnelle ce que la théorie de François Gény est à l'interprétation du Code civil.

Dans l'arrêt *Town of Montreal West c. Hough*, le juge Rinfret prend position sur ce sujet. Après avoir rappelé la jurisprudence du Comité judiciaire selon laquelle l'article 1056 ne doit pas être interprété conformément au droit anglais, il déclare: «[j]e préfère donc appuyer mon jugement sur l'interprétation interne de la loi»⁵³⁷. Il renvoie alors à la page 25 de l'ouvrage de François Gény, où l'auteur expose la théorie qu'il va s'employer à critiquer:

Pour Blondeau, l'unique source des décisions juridiques doit être actuellement la loi: il admet bien sans doute son interprétation, mais comme devant venir exclusivement d'elle-même, de son texte ou de l'esprit qui l'a inspirée, non d'aucune source étrangère. Il exclut ainsi que ce qu'il appelle «les fausses sources de décision, que

532. *Id.*, p. 128.

533. [1930] A.C. 124 (C.J.C.P.).

534. 1867 (R.-U.), c. 3.

535. Geo. F. HENDERSON, «Eligibility of Women for the Senate», (1929) 7 *R. du B. can.* 617, 628.

536. *Edwards c. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124, 136 (C.J.C.P.).

537. *Town of Montreal West c. Hough*, précité, note 530, p. 133. Le juge Rinfret conclut qu'en général, dans le Code civil comme dans l'ancien droit, le mot «enfant» signifie «enfant légitime» et qu'il en va de même pour les mots «père» ou «mère» (*id.*, p. 133-135). Pour sa part, le juge Cannon adopte l'interprétation de l'ancien droit français sur cette question, car ses règles étaient toujours en vigueur au Bas-Canada à l'époque de la codification (*id.*, p. 138-139).

l'on a si souvent substituées à la volonté du législateur », parmi lesquelles, il cite: les précédents ou autorités, les usages non consacrés par la loi, le sentiment de l'équité, l'idée de l'utilité générale, les adages juridiques ou les prétendus axiomes empruntés à des sciences voisines. À ses yeux, donc, la loi, toute seule, doit et peut, grâce à une interprétation, en quelque sorte interne, suffire à toutes les exigences de la vie juridique [référence omise].⁵³⁸

Voilà donc une démonstration éclatante de l'attachement des juges québécois à la méthode d'interprétation traditionnelle dénoncée par Gény. La réticence de la Cour suprême frise parfois le ridicule. Ainsi, elle refuse d'admettre que le propriétaire d'un mur non mitoyen construit de chaque côté de la ligne séparant deux lots puisse pratiquer des ouvertures et les obstruer avec des blocs de verre translucide, car le code n'autorise pas les «jours» dans ce cas. En France, un tribunal de première instance a décidé que ce type de verre ne constituait pas une ouverture. Selon le juge Cannon, seul le législateur pourrait effectuer une telle modification au Québec⁵³⁹. Ainsi, l'attachement de la Cour suprême à la doctrine traditionnelle de droit civil ne fait aucun doute durant cette période; il n'est pas question qu'elle entreprenne d'adapter le droit civil aux besoins de la société. Cette attitude va se poursuivre encore longtemps.

2. Les auteurs les plus fréquemment cités

Les préférences des juges québécois en ce qui concerne la doctrine civiliste francophone peuvent également être mises au jour en effectuant une analyse quantitative. De manière un peu arbitraire, nous avons décidé d'utiliser des tranches d'une vingtaine d'années. La première débute en 1876, année où la Cour suprême rend ses premiers arrêts; elle se termine en 1899; la deuxième va de 1900 à 1921, l'année où l'arrêt *Despatie c. Tremblay*⁵⁴⁰ est rendu. Nous analyserons ces deux périodes ensemble (a). La troisième tranche recouvre les années 1922 à 1940. Elle inclut la majeure partie de la période où siège le juge Mignault (1918-1929) et coïncide à peu près avec le départ du juge Brodeur (1923), qui est remplacé par le juge Thibault en 1924 après que le juge Malouin a siégé quelques mois à la Cour. La quatrième

538. *Op. cit.*, note 24, t. 1, p. 25.

539. *Kert c. Winsberg*, [1939] R.C.S. 28, 33 (J. Cannon, avec l'accord des juges Crocket et Kerwin).

540. Précité, note 474.

tranche débute en 1941 et se termine en 1963. Ces deux tranches seront également étudiées ensemble (b). Comme la banque de données SCR se termine en 1984, nous arrêtons les recherches cette année-là⁵⁴¹, laissant à d'autres le soin d'analyser l'influence de la doctrine française et québécoise depuis lors. Antérieurement à 1964, afin de fournir un point de comparaison, nous avons fait compulser un certain nombre de recueils de jurisprudence dans le but de déterminer le nombre d'occurrences d'un nom d'auteur. Par la suite, la banque de données JURIS de SOQUIJ reproduit l'ensemble des décisions québécoises publiées de 1964 à 1974, tandis que la banque «Tribunaux de droit commun» débute en 1974 et se poursuit jusqu'à aujourd'hui; en conséquence, la période 1964-1984 sera examinée en dernier lieu (c).

Pour toutes les périodes choisies, nous avons repéré dans les banques le nom de certains auteurs, en tentant d'éliminer les citations contenues dans le résumé des plaidoiries et les cas d'homonymie, c'est-à-dire les noms propres répandus qui peuvent désigner des personnes différentes (par ex. Langelier, Perrault) ou constituer un prénom (Laurent). Nous avons également éliminé les renvois aux décisions d'un juge qui est également auteur, afin de retenir uniquement les ouvrages ou les articles qu'il a publiés. Pour cette raison, dans le cas de Pierre-Basile Mignault, nous avons dû exclure de la recherche les années où il siège à la Cour suprême. Nous avons inclus les noms d'auteurs contenus à l'intérieur d'une citation plutôt que dans le texte rédigé par un juge, mais ces cas ne sont pas très nombreux. Dans les banques de données, nous avons compté les arrêts plutôt que le nombre de citations. Ainsi, un auteur peut être cité par quatre juges qui ont consulté trois de ses publications, qu'il s'agisse d'ouvrages ou d'articles; cette décision ne compte pas davantage que celle où l'on cite ce juriste une seule fois⁵⁴². D'autre part, nous n'avons pas cherché à déterminer si les juges approuvent ou rejettent l'opinion d'un auteur. En effet, il nous a semblé que, en général, lorsqu'un auteur est cité très fréquemment, on peut conclure que ses opinions sont généralement bien acceptées par la jurisprudence.

Les tableaux reproduits ci-après présentent en ordre décroissant les auteurs les plus fréquemment cités. Ils contiennent

541. La banque ACS prend le relais de 1985 à nos jours.

542. Le Tableau II montre que l'utilisation du nombre d'occurrences des noms d'auteurs au lieu du nombre d'arrêts dans la banque de données SCR ne modifie pas de manière très significative le classement.

certaines noms d'auteurs de répertoires, de dictionnaires ou de publications périodiques⁵⁴³. Ceux-ci se classent très bien, mais comme ils recouvrent à la fois des arrêts des tribunaux français, des notes ou des articles de doctrine publiés par d'autres, nous les excluons de la liste des auteurs. Nous tenons pour acquis que le classement peut être comparé d'une colonne à l'autre, au moins pour établir les noms qui reviennent le plus souvent. Si la position exacte d'un nom peut être due à une variation statistique, le fait qu'il soit en tête ou au contraire au bas de la liste nous semble significatif. Nous indiquons entre parenthèses la position d'un auteur dans chaque colonne d'un tableau. Ainsi, pour le Tableau II (1876-1899), DEMOLOMBE (3-3-4) signifie que cet auteur occupe la troisième place dans les deux colonnes des arrêts de la Cour suprême et la quatrième dans celle des autres tribunaux québécois. En outre, nous excluons de la liste les noms qui ne figurent pas dans chacune des colonnes.

a) *De 1876 à 1921*

**TABLEAU II: FRÉQUENCE DES CITATIONS
D'AUTEURS, 1876-1899**

BANQUE S.C.R. de Quicklaw, 1876-1899 (nombre d'arrêts)	BANQUE S.C.R. de Quicklaw, 1876-1899 (nombre d'occurrences)	(1876) 20 L.C.J., (1880) 24 L.C.J., (1885) 29 L.C.J., (1892) 1 B.R. et (1895) 4 B.R. (nombre d'occurrences)*
1. LAURENT (71)	1. LAURENT (161)	1. POTHIER (44)
DALLOZ (58)	2. POTHIER (134)	DALLOZ (36)
2. POTHIER (55)	DALLOZ (124)	2. TROPLONG (25)
3. DEMOLOMBE (44)	3. DEMOLOMBE (113)	3. LAURENT (21)
MERLIN (40)	4. TROPLONG (82)	4. DEMOLOMBE (16)
4. DURANTON TROPLONG (38)	SIREY (73)	MERLIN (12)
5. AUBRY et RAU (37)	MERLIN (69)	5. PIGEAU (11)
SIREY (36)	5. AUBRY et RAU (55)	6. AUBRY et RAU – MARCADÉ (10)

543. Dalloz, Fuzier-Herman, Guyot, Merlin, Pandectes, Roland de Villargues, Sirey. Notons que les chiffres cités ne sont pas exacts car les abréviations n'ont pas été recherchées.

BANQUE S.C.R. de Quicklaw, 1876-1899 (nombre d'arrêts)	BANQUE S.C.R. de Quicklaw, 1876-1899 (nombre d'occurrences)	(1876) 20 L.C.J., (1880) 24 L.C.J., (1885) 29 L.C.J., (1892) 1 B.R. et (1895) 4 B.R. (nombre d'occurrences)*
6. MARCADÉ (32)	6. DURANTON (52)	7. BEDARRIDE – SOURDAT (8)
7. BEDARRIDE (21)	7. MARCADÉ (45)	8. CODIFICATEURS – GUYOT (7)
8. LAROMBIERE TOULLIER (20)	8. TOULLIER (37)	9. FRÉMY DE LIGNEVILLE – LAROMBIÈRE – ROLLAND DE VILLARGUES – TOULLIER (6)
9. PARDESSUS (17)	9. BEDARRIDE (35)	10. D'AGUESSEAU – DE SALVAING – DUVERGIER – HÉRICOURT – LEPAGE – PARDESSUS (5)
10. DOMAT (16)	10. PARDESSUS (29)	11. DURANTON – GRENIER (4)
11. CODIFICATEURS – GUYOT (15)	11. LAROMBIERE (28)	12. DENIZART – MASSÉ – NOUVELLES PANDECTES (3)
12. PIGEAU (12)	GUYOT (23)	13. DOMAT – PANDECTES FRANÇAISES (2)**
Omis	12. CODIFICATEURS – DOMAT (19)	

Note méthodologique: le chiffre entre parenthèses indique soit le nombre d'arrêts où un auteur est cité au moins une fois par un juge, soit le nombre d'occurrences de son nom dans les motifs des juges. Les citations contenues dans les résumés des plaidoiries ont été exclues; celles qui apparaissent dans un extrait cité par un juge ont été comptées. Lorsque le nombre d'arrêts est utilisé (première colonne), les citations multiples ou faites par des juges différents ne sont pas comptées. Lorsque le nombre d'occurrences est comptabilisé, toute mention du nom de l'auteur est dénombré, à l'exclusion des résumés des plaidoiries. Les noms de publications périodiques ou de répertoires (Dalloz, Sirey, Fuzier-Herman) ne sont pas inclus dans la liste des auteurs les plus cités.

* Les données de cette colonne ont été compilées par Madame Josée Robert, étudiante à la Section de droit civil de l'Université d'Ottawa; L.C.J. = Lower Canada Jurist (ces volumes ne contiennent aucun arrêt de la Cour suprême du Canada); B.R. = *Rapports judiciaires officiels de Québec, Cour du Banc de la Reine*. Les noms cités une seule fois ont été omis.

** Seuls les auteurs qui figurent dans les deux premières colonnes du Tableau ont été inclus.

**TABLEAU III: FRÉQUENCE DES CITATIONS
D'AUTEURS, 1900-1921**

BANQUE S.C.R. de Quicklaw, 1900-1921 (nombre d'arrêts)	(1900) 9 B.R., (1905) 14 B.R., (1910) 19 B.R., (1915) 24 B.R. et (1920) 26 B.R.* (nombre d'occurrences)
DALLOZ (66)	1. POTHIER (35)
1. LAURENT (62)	2. LAURENT (23)
2. POTHIER (59)	3. AUBRY et RAU (21)
SIREY (38)	4. BAUDRY-LACANTINERIE (20)
3. AUBRY et RAU (36)	DALLOZ (19)
4. BAUDRY-LACANTINERIE (35)	5. DEMOLOMBE (14)
5. PLANIOL (32)	FUZIER-HERMAN (13)
6. DEMOLOMBE (31)	PANDECTES FRANÇAISES (10)
FUZIER-HERMAN (25)	6. CODIFICATEURS – TROPLONG (9)
7. CODIFICATEURS (24)	7. LAROMBIÈRE (8)
8. MARCADÉ (20)	8. LEFORT – MERLIN – SIREY (6)
9. HUC – TROPLONG (19)	9. GUILLOUARD – MARCADÉ – PIGEAU – PROUD'HON – TOULLIER (5)
10. GUILLOUARD – MIGNAULT (1900-1918) (14)	10. BEDARRIDE – FERRIÈRE – HUC – PARDESSUS – PLANIOL (4)
MERLIN (13)	11. BOITARD – DOMAT – DURANTON – DUVERGIER – GARSONNET – PONT (3)
11. DURANTON (12)	12. COUTEAU- DENISART – MOURLON – ROLLAND DE VILLARGUES – SACHET (2)
12. LANGELIER – PANDECTES FRANÇAISES (11)	Omis

* Les données de cette colonne ont été compilées par Madame Josée Robert, étudiante à la Section de droit civil de l'Université d'Ottawa; voir la note méthodologique sous le Tableau II.

Le tableau II (1876-1899) correspond à la période où la doctrine québécoise est très peu développée. La liste des auteurs les plus fréquemment cités est la suivante⁵⁴⁴: LAURENT (1-3), POTHIER (2-1), DEMOLOMBE (3-4), TROPLONG (4-2), AUBRY et RAU (5-6), DURANTON (6-11), MARCADÉ (7-6), TOULLIER (8-9), BEDARRIDE (9-7), PARDESSUS (10-10), LAROMBIERE (11-9) et DOMAT (12-13). Les auteurs de l'école de l'Exégèse, ainsi que Pothier, dominent tant à la Cour suprême qu'à la Cour d'appel, ce qui n'a rien d'étonnant en cette fin du XIX^e siècle⁵⁴⁵. La position des auteurs est très semblable en Cour suprême et dans les décisions d'autres tribunaux québécois. De 1900 à 1921, la liste est la suivante: LAURENT (1-2), POTHIER (2-1), AUBRY et RAU (3-3), BAUDRY-LACANTINERIE (4-4), PLANIOL (5-10), DEMOLOMBE (6-5), CODIFICATEURS (7-6), MARCADÉ (8-9), HUC (9-10), TROPLONG (9-6), GUILLOUARD (10-6) et DURANTON (11-11). Là encore, la position de ces auteurs est généralement très semblable en Cour suprême et en Cour d'appel. Enfin, Pierre-Basile Mignault et Charles-François Langelier figurent respectivement en dixième et en douzième position dans la liste de la Cour suprême, ce qui confirme le fait que les auteurs québécois y sont cités très tôt. Le premier n'apparaît qu'une fois en Cour d'appel au cours de cette période. Langelier ne figure pas dans les recueils consultés, mais cela est peut-être dû à la faible taille de l'échantillon.

La popularité de Laurent, de Demolombe et d'Aubry et Rau doit être mise en parallèle avec l'importance que ces auteurs accordent au texte de loi⁵⁴⁶. Nous avons vu que Laurent donne dans la caricature à force de vouloir confiner les principes du droit civil aux déclarations du législateur. Mais Aubry et Rau et dans une moindre mesure Demolombe cherchent à bâtir un système logique qui épouse le plus fidèlement possible les contours du code⁵⁴⁷. On peut en déduire que la recherche débridée de principes sous-jacents à laquelle s'adonnent les premiers exégètes est peu

544. Cette liste contient uniquement les noms d'auteurs qui apparaissent dans les deuxième et troisième colonnes du Tableau II, qui indiquent le nombre d'occurrences dans la banque SCR et dans les recueils de jurisprudence choisis, à l'exclusion de la première colonne, qui donne le nombre d'arrêts dans la Banque de données SCR où un même auteur est cité au moins une fois.

545. Voir également R. CRÉTE, *loc. cit.*, note 94, p. 226 et 253.

546. Sur le rôle joué par ces auteurs à cette époque, voir Pierre-Gabriel JOBIN, «L'influence de la doctrine française sur le droit civil québécois: le rapprochement et l'éloignement de deux continents», dans H.P. GLENN (dir.), *op. cit.*, note 75, p. 91, à la page 97.

547. Voir *supra*, partie I, A, 2.

populaire chez les magistrats québécois appelés à trancher les litiges de droit civil. C'est plutôt la fidélité au texte – l'interprétation dite littérale ou grammaticale – qui domine. Enfin la présence de Pothier confirme l'importance accordée à l'ancien droit; mais celui-ci était également consulté en France, peut-être moins fréquemment

b) De 1922 à 1963

En utilisant la méthodologie décrite ci-dessus, on obtient les résultats présentés dans les Tableaux IV et V.

**TABLEAU IV: FRÉQUENCE DES CITATIONS
D'AUTEURS, 1922-1940**

BANQUE S.C.R. de Quicklaw, 1922-1940 (nombre d'arrêts)	(1925) 39 B.R., (1930) 48 B.R., (1935) 58 B.R. (1940) 69 B.R. (nombre d'occurrences) *
1. POTHIER (53)	1. BAUDRY-LACANTINERIE (33)
2. LAURENT (42)	2. LAURENT – POTHIER (25)
3. BAUDRY-LACANTINERIE (39)	3. AUBRY et RAU (24)
DALLOZ (32)	4. MIGNAULT (21)
4. DEMOLOMBE (27)	FUZIER-HERMAN
FUZIER-HERMAN (23)	5. DEMOLOMBE (12)
5. MIGNAULT (1930-1940) (21)	6. PLANIOL et RIPERT (11)
6. PLANIOL (20)	7. SACHET (10)
7. CODIFICATEURS – HUC (18)	8. PLANIOL (9)
SIREY.	9. DALLOZ – ROLLAND DE VILLARGUES – TROPLONG (5)
8. PLANIOL et RIPERT (16)	10. GUILLOUARD – MAZEAUD (auteur ou co-auteurs) – MERLIN – SOURDAT – TOULLIER (4)
9. GUILLOUARD (14)	11. DURANTON – HUC – MARCADÉ – MATHIEU et THÉVENOT D'ESSAULES – PIGEAU (3)

BANQUE S.C.R. de Quicklaw, 1922-1940 (nombre d'arrêts)	(1925) 39 B.R., (1930) 48 B.R., (1935) 58 B.R. (1940) 69 B.R. (nombre d'occurrences) *
10. AUBRY et RAU (12)	12. BEAULIEU, M.-L. – CODIFI- CATEURS – LANGELIER – LAROMBIERE – MASSÉ et VERGE – PARDESSUS – SAVATIER – SIREY – VALROGER (2)
MERLIN (11)	Omis
11. COLIN et CAPITANT – LAROMBIERE – (10)	
12. DEMOGUE – DOMAT – PARDESSUS (7)	
13. LANGELIER – MARCADÉ – SOURDAT (6)	

* Les données de cette colonne ont été compilées par Madame Josée Robert, étudiante à la Section de droit civil de l'Université d'Ottawa; voir la note méthodologique sous le Tableau II.

TABLEAU V: FRÉQUENCE DES CITATIONS D'AUTEURS, 1941-1963

BANQUE S.C.R. de Quicklaw, 1941-1963 (nombre d'arrêts)	[1945] B.R. , [1950] B.R. et [1960] B.R. (nombre d'occurrences)*
1. MIGNAULT (44)	1. PLANIOL et RIPERT (33)
2. PLANIOL et RIPERT (42)	2. MIGNAULT (28)
DALLOZ (32)	3. LAURENT (23)
3. BAUDRY-LACANTINERIE – POTHIER (26)	4. POTHIER (17)
4. LAURENT (24)	5. BAUDRY-LACANTINERIE (15)
5. DEMOLOMBE (17)	6. AUBRY et RAU – MAZEAUD (auteur ou co-auteurs) (14)
6. PLANIOL (15)	7. DEMOLOMBE (12)
7. AUBRY et RAU – COLIN et CAPITANT – MAZEAUD (auteur ou co-auteurs) (14)	8. SAVATIER (7)

BANQUE S.C.R. de Quicklaw, 1941-1963 (nombre d'arrêts)	[1945] B.R. , [1950] B.R. et [1960] B.R. (nombre d'occurrences)*
8. CODIFICATEURS (13)	9. <i>Traité de droit civil du Québec</i> (6)
9. LANGELIER – SAVATIER – SIREY (11)	10. CODIFICATEURS – DALLOZ – DE LORIMIER – SOURDAT (5)
PANDECTES FRANÇAISES (10)	11. FERRIÈRE – GARSONNET – PLANIOI (4)
10. FUZIER-HERMAN – JOSSERAND (9)	12. CARRÉ ET CHAUVEAU – FUZIER-HERMAN – GARDENAT – GARSONNET – JOSSERAND – MARCADÉ – NADEAU, A. – PANDECTES BELGES – RIVARD A. (3)
11. HUC – MARCADÉ – TROPLONG (7)	13. COLIN et CAPITANT – LANGELIER – PANDECTES FRANÇAISES – TROPLONG (2)**
12. <i>Traité de droit civil du Québec</i> (6)	Omis

* Les données de cette colonne ont été compilées par Madame Josée Robert, étudiante à la Section de droit civil de l'Université d'Ottawa; voir la note méthodologique sous le Tableau II. Le volume de 1960 compte 1288 pages, comparativement à 846 en 1950 et 783 en 1945. La plupart des volumes publiés après 1950 sont beaucoup plus volumineux que par le passé. C'est pourquoi nous avons retenu uniquement les années 1945, 1950 et 1960.

** Seuls les auteurs qui figurent dans la première colonne du Tableau ont été inclus.

Encore une fois, de 1922 à 1940, les mêmes noms dominant en Cour suprême et en Cour d'appel: POTHIER (1-2), LAURENT (2-2), BAUDRY-LACANTINERIE (3-1), DEMOLOMBE (4-5), MIGNAULT (5-4), PLANIOI (6-8), CODIFICATEURS (7-12), HUC (7-11), PLANIOI et RIPERT (8-6), GUILLOUARD (9-10), AUBRY et RAU (10-3), LAROMBIERE (11-12), PARDESSUS (12-12), LANGELIER (13-12), MARCADÉ (13-11), SOURDAT (12-10). De 1941 à 1963, la liste est la suivante: MIGNAULT (1-2), PLANIOI et RIPERT (2-1), BAUDRY-LACANTINERIE (3-5), POTHIER (3-4), LAURENT (4-3), DEMOLOMBE (5-7), PLANIOI (6-11), AUBRY et RAU (7-6), COLIN et CAPITANT (7-13), MAZEAUD (7-6), CODIFICATEURS (8-10), LANGELIER (9-13), SAVATIER (9-8), JOSSERAND (10-12), MARCADÉ (11-11), TROPLONG (11-13), *Traité de droit civil du Québec* (12-9).

Au cours de ces deux périodes, les noms qui reviennent le plus souvent comprennent un auteur du XVIII^e siècle (Pothier), des juristes qui ont écrit au XIX^e siècle (Laurent, Demolombe, Guillouard etc.) et un ouvrage publié au milieu de ce siècle qui fait l'objet de plusieurs éditions par la suite (Aubry et Rau⁵⁴⁸). Cet engouement pour la doctrine traditionnelle a été signalé dès 1936 par Mignault:

Presque tous nos avocats et magistrats sont formés à l'école de l'exégèse, la première en date. L'école moderne est beaucoup plus osée et ne se fait pas faute de devancer les textes. Ce sont des considérations d'utilité sociale qui l'inspirent. Elle influence surtout la jurisprudence française la plus récente qui érige de véritables constructions ou systèmes juridiques, tels que l'abus des droits et l'enrichissement sans cause. Il est à prévoir que ce mouvement avancé aura des échos chez-nous, mais son influence n'a pas été considérable jusqu'à ce moment.⁵⁴⁹

La place importante occupée par les traités de Baudry-Lacantinerie ou de Planiol et Ripert témoigne également d'une préférence pour une interprétation traditionnelle du code, sans égard au fait que certains problèmes sociaux peuvent ne pas avoir été envisagés par le législateur⁵⁵⁰. De 1941 à 1963, de nouveaux auteurs français apparaissent: les frères Mazeaud, Josserand et Savatier, tandis que le *Traité de droit civil du Québec*, dirigé par Gérard Trudel⁵⁵¹, se retrouve parmi les noms cités fréquemment. Durant cette période, Mignault devient l'auteur le plus cité en Cour suprême tandis qu'il occupe la deuxième position en Cour d'appel; la position de Langelier varie de la neuvième à la treizième place.

Comme on pouvait s'y attendre, un auteur français novateur comme Saleilles ne fait pas partie de la liste. En effet, au Québec,

548. Voir J.-L. HALPÉRIN, *op. cit.*, note 24, n° 34, p. 65 et n° 123, p. 184.

549. *Loc. cit.*, note 438, p. 127. Sur la doctrine et la jurisprudence, voir également P.G. JOBIN, *loc. cit.*, note 546; P.G. JOBIN, «Les réactions de la doctrine à la création du droit civil québécois par les juges: les débuts d'une affaire de famille», (1980) 21 *C. de D.* 257-275; Sylvio NORMAND, «Une analyse quantitative de la doctrine en droit civil québécois», (1982) 23 *C. de D.* 1009-1028; S. NORMAND, «L'histoire de l'imprimé juridique: un champ de recherche inexploré», (1993) 38 *R.D. McGill* 130-146; S. NORMAND, «Profil des périodiques juridiques québécois au XIX^e siècle», (1993) 34 *C. de D.* 153-182; S. NORMAND, «La périphérie du texte dans les ouvrages québécois», (1998) 39 *C. de D.* 75-133.

550. Voir J.-L. HALPÉRIN, *op. cit.*, note 24, n° 127, p. 190-191 et n° 201, p. 292-293 et *supra*, partie I.

551. Montréal, Wilson & Lafleur, 1942-1958, 17 volumes.

les audaces de la doctrine et de la jurisprudence françaises sont associées de manière parfaitement aberrante au rôle créateur des juges en common law («judge-made law»)⁵⁵². En outre, ce courant doctrinal n'a pas produit de vaste traité embrassant l'ensemble du droit civil et susceptible de connaître plusieurs éditions. Or ce sont des ouvrages de ce genre qui sont consultés fréquemment par les juges. Enfin, dans les années trente, l'évolution du droit français est de plus en plus critiquée par une partie de la doctrine, notamment par Louis Josserand, qui conteste plusieurs réformes législatives⁵⁵³. Le conservatisme d'un Georges Ripert ou des frères Mazeaud n'est plus à démontrer. Au Québec, dans les années cinquante, au Québec, l'enseignement du droit se résume lui aussi, dans la plupart des cas, à un commentaire des dispositions du code⁵⁵⁴. Le *Traité de droit civil du Québec* emprunte la forme du commentaire article par article, une méthode qui a été abandonnée en France dans le dernier tiers du XIX^e siècle. La méthode exégétique formaliste est donc encore dominante de 1921 à 1963.

c) *De 1964 à 1984*

Les résultats pour la période qui va de 1964 à 1984 sont présentés dans le tableau VI. Il convient toutefois de signaler que le fait de ne pas inclure un nom dans la liste des auteurs recherchés pourrait modifier les données de manière beaucoup plus considérable que dans les périodes précédentes.

**TABLEAU VI: FRÉQUENCE DES CITATIONS
D'AUTEURS, 1964-1984**

BANQUE S.C.R. de Quicklaw, 1964-1984	BANQUE JURIS DE SOQUIJ, 1964-1974	BANQUE TRIBUNAUX DE DROIT COMMUN, 1974-1984
1. MIGNAULT (33)	1. <i>Traité de droit civil du Québec</i> (337)	1. <i>Traité de droit civil du Québec</i> (708)
2. <i>Traité de droit civil du, Québec</i> (28)	2. MIGNAULT (290)	2. MIGNAULT (446)

552. S.PARENT, *op. cit.*, note 475, p. 138-157.

553. J.L. HALPÉRIN, *op. cit.*, note 24, n° 126, p. 189-190; D. JUTRAS, *loc. cit.*, note 58, p. 337-338.

554. Jean GOULET, «La naissance de l'enseignement universitaire du droit au Québec», (1999-2000) 30 *R.G.D.* 425-445, 426-427; Roderick A. MACDONALD, «Understanding Civil Law Scholarship in Quebec», (1985) 23 *Osg. H.L.J.* 573-608, 598; Sylvio NORMAND, «Tradition et modernité à la Faculté de droit de l'Université Laval de 1945 à 1965», (1992) 33 *C. de D.* 141-187, 151-152.

3. PLANIOL et RIPERT (22)	3. PLANIOL et RIPERT (136)	3. BAUDOUIN, J.-L. (245)
4. MAZEAUD (17)	4. MAZEAUD (95)	4. NADEAU, A. et R. (149)
5. POTHIER (9)	5. BAUDRY-LACANTINERIE (82)	5. PLANIOL et RIPERT (129)
6. DURANTON (8)	6. LAURENT (73)	6. MAZEAUD (103)
7. AUBRY et RAU; BAUDRY-LACANTINERIE (7)	7. POTHIER (61)	7. MAYRAND, A. (85)
8. DEMOGUE LANGELIER MAYRAND, Albert (6)	8. AUBRY et RAU (52)	8. PINEAU, J. (71)
9. SAVATIER (5)	9. SAVATIER (46)	9. BAUDRY-LACANTINERIE (64)
10. COLIN et CAPITANT MARLER, W. De M. PLANIOL (4)	10. LANGELIER (35)	10. PERRAULT, A. (57)
11. DEMOLOMBE GUILLOUARD LAURENT MARCADÉ TANCELIN, Maurice (3)	11. PERRAULT, Antonio (32)	11. AUBRY et RAU (54)
12. CRÉPEAU, Paul-André PINEAU, Jean RIPERT SALEILLES TROPLONG (2)	12. MAYRAND, Albert (31)	12. POTHIER (50)
	13. DEMOLOMBE (29)	13. SAVATIER (44)
	14. COLIN et CAPITANT MARLER, W. De M. (24)	14. LANGELIER TANCELIN, M. (43)
	15. BAUDOUIN, Louis (15)	15. LAURENT (41)
	16. CRÉPEAU, P.-A. TROPLONG (13)	16. CRÉPEAU, P.A. (40)
	17. JOSSERAND (10)	17. MARLER, W. de M. (39)
	18. BAUDOUIN, Jean-Louis (8)	18. DURNFORD, J.W. MARTINEAU, P. (25)

N.B.: Les banques Juris et «Tribunaux de droit commun» comprennent les arrêts de la Cour suprême du Canada analysés dans la colonne de gauche. Dans la deuxième banque la recherche a été effectuée dans le champ «Doctrine citée».

Les ouvrages québécois de grande envergure sont fréquemment cités, aussi bien en Cour suprême du Canada de 1964 à 1984 que devant les tribunaux du Québec de 1964 à 1974 et de 1974 à 1984. MIGNAULT (1-2-2) et le *Traité de droit civil du Québec* (2-1-1) dominant. Les auteurs français plus récents s'imposent: PLANIOL et RIPERT (3-3-5), MAZEAUD (4-4-6) et SAVATIER (9-9-13)⁵⁵⁵. Toutefois, les ouvrages de Pierre Marty et Gabriel Raynaud sont cités trop peu souvent pour apparaître sur la liste. Les auteurs antérieurs au XX^e siècle font encore très bonne figure en Cour suprême et dans la colonne 1964-1974 mais régressent dans celle de 1974-1984: POTHIER (5-7-12), BAUDRY-LACANTINERIE (7-5-9), AUBRY et RAU (7-8-11). LAURENT (11-6-15) et DEMOLOMBE (11-13 – nombre supérieur à 18). Il en va de même de LANGELIER (8-10-14). En revanche, la position d'Antonio PERRAULT semble stable (13-11-10). Enfin, de nombreux auteurs québécois apparaissent en tête de liste dans la troisième colonne (1974-1984): Jean-Louis BAUDOUIN (3), André et Richard NADEAU (4) Albert MAYRAND (7) et Jean PINEAU (8).

Le déclin de l'influence exercée par la doctrine française sur la jurisprudence québécoise, qui a été bien décrit par le professeur Pierre-Gabriel Jobin⁵⁵⁶, est ainsi confirmé. Néanmoins, les juges québécois se tournent encore fréquemment vers les ouvrages de Pothier, d'Aubry et Rau, de Laurent et de Demolombe. La «mode archaïsante» dont parlait le professeur Popovici est encore présente de 1974 à 1984, même si elle vit sans doute ses derniers instants⁵⁵⁷. En effet, une observation sommaire de la période postérieure révèle une stagnation des citations d'auteurs français classiques et une explosion de références à la doctrine québécoise. Il n'est pas sûr toutefois que l'attrait exercé par les auteurs de l'exégèse ait totalement disparu. Récemment, certains auteurs ont prôné l'emploi d'une méthode exégétique à la suite de l'adoption du *Code civil du Québec*⁵⁵⁸. Mais nous sortons ici du cadre temporel que nous avons assigné à cette étude.

555. Jean Goulet signale que les ouvrages des frères Mazeaud, de Savatier et de Carbonnier servaient de manuels d'enseignement en l'absence d'une doctrine québécoise récente (*loc. cit.*, note 554, p. 437, note 11).

556. P.-G. JOBIN, *loc. cit.*, note 546.

557. Adrian POPOVICI, «Dans quelle mesure la doctrine et la jurisprudence sont-elles source de droit au Québec?», (1973) 8 *R.J.T.* 189-199, 197; voir également P.-G. JOBIN, *loc. cit.*, note 546, p. 104; M. TANCELIN, *loc. cit.*, note 475, p. 15.

558. L.Q. 1991, c. 64; voir S. GAUDET, *loc. cit.*, note 24, p. 233-240, qui souligne toutefois les excès de «l'exégèse» et la nécessité de changer de méthode ou de code lorsque les «virtualités» de celui-ci sont épuisées; Charlotte LEMIEUX, «Éléments d'interprétation en droit civil», (1994) 24 *R.D.U.S.* 221-253, pour qui

CONCLUSION

Au XIX^e siècle, les premiers interprètes du Code civil français puisent dans l'ancien droit lorsque celui-ci n'a pas été modifié en 1804; ils cherchent à solutionner les litiges au moyen de principes généraux auxquels le code est censé donner effet. Dans la deuxième moitié du siècle, Demolombe, Aubry et Rau ainsi que Laurent accordent une importance sans cesse croissante au texte de loi, restreignant ainsi considérablement le rôle de ces principes. Au tournant du siècle, Saleilles, Josserand et Gény contestent le postulat fondamental de leurs prédécesseurs. À leur avis, dans bien des cas, le législateur n'a tout simplement pas songé à une difficulté qui ne s'était pas encore manifestée dans toute son ampleur. Cette critique incite la jurisprudence à être plus audacieuse. Il s'ensuit un mouvement de rejet chez certains auteurs, en particulier dans les années trente.

Au Québec, à partir du milieu du XIX^e siècle, des recueils de jurisprudence sont publiés régulièrement. Bien que les motifs de jugement soient lus à l'audience, les juristes utilisent essentiellement des sources publiées, en particulier l'abondante doctrine de l'ancien droit. Ils se tournent du côté de la common law dans des domaines bien définis, tout particulièrement les lettres de change, les assurances, le droit maritime, la preuve en matière commerciale, certaines procédures et quelques questions touchant les testaments. Les juristes eux-mêmes se perdent dans cette profusion de sources, mais de manière générale, ils respectent l'ordonnement qui leur indique l'origine du droit applicable. À notre avis, ils ne donnent pas dans l'éclectisme, même s'ils affectionnent un style rhétorique et discutent de principes plus larges.

La codification de 1865 fait en sorte que les règles en vigueur soient énoncées en anglais et en français, soient plus accessibles et soient mieux définies. Dans certains cas, elles doivent être modifiées afin de respecter le libéralisme dominant de l'époque. Par la suite, si la continuité du code avec l'ancien droit est soulignée avec force, le nouveau texte n'est pas laissé pour compte. Un auteur comme Loranger l'analyse méthodiquement à la lumière du code et de la doctrine française. Les juges continuent de citer l'ancienne doctrine, mais il semble exagéré de dire qu'ils recherchent des

«le temps est encore loin où surgira une éventuelle dichotomie entre la volonté du législateur de 1991 (date d'adoption), et la volonté qu'on pourra vouloir imputer à un législateur qui aurait évolué en même temps que la société» (p. 241).

principes universels en se détachant du texte de loi. Au contraire, ils soulignent à quelques reprises l'existence de différences importantes entre la common law et le droit civil, en donnant la préférence à ce dernier. Comme aux États-Unis, en Angleterre et en France, dans le dernier quart du XIX^e siècle, les juristes québécois sont de plus en plus nombreux à privilégier une approche «scientifique» du droit, où la volonté du législateur est souveraine.

À la Cour suprême du Canada, les décisions d'Henri-Elzéar Tachereau dans les affaires de droit civil juxtaposent très souvent les références provenant du droit français et du droit anglais. Lorsqu'il donne la préférence à celui-ci, il examine attentivement les opinions des auteurs de droit civil ou les arrêts français, belges écossais et louisianais, en expliquant pourquoi il les rejette. Mais il reproche également à ses collègues de se fonder sur le droit anglais et refuse d'en discuter lorsque les deux systèmes sont dissemblables. Au bout du compte, son attitude semble être motivée par le souci d'être accepté par ses pairs. Si le juge Télesphore Fournier s'oppose à l'utilisation des précédents de common law, les juges Désiré Girouard et Charles Fitzpatrick continuent de les citer, tout en dénonçant cette pratique en cas de différence entre les deux systèmes. Il faudra attendre la nomination du juge Pierre-Basile Mignault et les critiques formulées dans ses motifs de jugement pour que cette façon de faire s'éclipse. Cela est peut-être dû à l'attitude intransigeante de certains de ses collègues à la Cour suprême et aux réserves formulées à la même époque par le Comité judiciaire à propos de la jurisprudence française. Renouant avec les préoccupations exprimées par le juge Fournier, le juge Mignault ne s'oppose pas tant aux comparaisons auxquelles procèdent ses collègues Duff et Anglin qu'à l'utilisation du vocabulaire, des concepts, des raisonnements et surtout des solutions de common law dans une affaire où la règle est d'origine française. Cette prise de position peut faciliter la tâche de l'avocat civiliste qui souhaite plaider devant la Cour suprême mais qui n'est pas familier avec les règles de la common law.

Une analyse des sources doctrinales citées dans les arrêts de droit civil québécois de 1876 à 1984 permet de parfaire ce portrait. Si le recours continu aux rapports des codificateurs est étonnant, la liste des auteurs les plus cités par les juges n'offre guère de surprises. L'Exégèse a d'abord dominé, puis elle a été relayée par une doctrine française foncièrement conservatrice: Baudry-Lacantinerie, Planiol et Ripert, les frères Mazeaud. Certes, les auteurs

français plus critiques, tels que Josserand, Gén y et Saleilles, n'ont pas produit d'ouvrage ayant une envergure suffisante pour satisfaire les besoins parfois techniques des juges. Mais la jurisprudence de la Cour suprême et la doctrine ont rejeté catégoriquement la méthode d'interprétation contextuelle prônée par ces juristes, parfois en l'associant au rôle créateur des juges en common law. Il faudra attendre les années soixante-dix pour qu'une conception plus généreuse de l'interprétation se fasse jour.

Au bout du compte, le combat pour la préservation de l'intégrité du droit civil a également servi à rejeter certaines innovations de la doctrine et de la jurisprudence française. À la limite, tout changement inspiré par un souci d'équité était assimilé à une influence étrangère, de préférence celle des provinces de common law. Ce repli frileux, qui a fait l'objet ces dernières années d'un réexamen critique, n'est certes plus de mise au XXI^e siècle. Il reste à espérer que l'adoption d'un nouveau code civil ne provoquera pas chez les juristes québécois un retour vers une conception caricaturale de l'exégèse, celle qui consisterait à refuser à la jurisprudence le pouvoir d'adapter et de faire évoluer le droit civil.

Le Tribunal des droits de la personne du Québec et le principe de l'exclusivité de l'arbitrage de grief ou l'histoire d'une usurpation progressive de compétence

Denis NADEAU

Résumé

Depuis quelques années, une vive controverse a cours au Québec à propos du rôle que peut jouer le Tribunal des droits de la personne à l'égard de litiges soulevant, en milieu syndiqué, une question de droits fondamentaux. Même si le principe législatif de l'exclusivité de la compétence de l'arbitrage de grief a été consacré à de nombreuses reprises par les tribunaux supérieurs au cours des deux dernières décennies, le Tribunal des droits de la personne du Québec a développé – et continue toujours de le faire – une jurisprudence où il se reconnaît une compétence, d'ailleurs en constante croissance, relativement à des litiges découlant pourtant directement de conventions collectives. L'objet du présent texte est de critiquer les assises mêmes de cette théorie mise de l'avant par le Tribunal des droits de la personne du Québec. En seconde partie, les paramètres du principe de l'exclusivité arbitrale seront rappelés et ce, afin de rappeler l'importance de ce mécanisme d'adjudication dans le monde du travail québécois.

Le Tribunal des droits de la personne du Québec et le principe de l'exclusivité de l'arbitrage de grief ou l'histoire d'une usurpation progressive de compétence

Denis NADEAU*

INTRODUCTION	391
I) L'EXCLUSIVITÉ MENACÉE	393
A) L'essence du litige	393
B) Renonciation interdite	406
C) Pouvoirs limités de l'arbitre	421
II) FONDEMENTS ET LIMITES DU PRINCIPE DE L'EXCLUSIVITÉ ARBITRALE	443
A) L'arbitrage de grief en expansion	443
B) L'arbitrage et ses limites.	452
CONCLUSION.	465

* Professeur agrégé, Faculté de droit civil, Université d'Ottawa. L'auteur tient à remercier M^{me} Vicky Chouinard pour sa collaboration à la recherche.

INTRODUCTION

1. Quiconque estime que le principe de l'exclusivité de l'arbitrage de grief pour tout litige résultant d'une convention collective représente un précepte bien établi au Québec n'a pas porté attention, au cours des dernières années, à la jurisprudence du Tribunal des droits de la personne du Québec¹. Envers et contre les enseignements de la Cour suprême du Canada à ce sujet, le Tribunal a rendu², au fil des années quatre-vingt-dix, une série de décisions où l'exclusivité arbitrale a dû céder le pas au développement d'une théorie favorisant une concurrence des compétences entre l'arbitre et le Tribunal. Ce lent phénomène d'érosion de la compétence arbitrale n'aurait d'ailleurs pas encore atteint son point culminant puisque les décisions récentes du Tribunal sur le sujet semblent même s'orienter vers la définition d'un champ exclusif d'intervention du Tribunal dans des litiges découlant pourtant directement de conventions collectives³.

2. Un tel dérapage ne va évidemment pas sans heurter quelques acquis. Le Tribunal ne craint rien à cet égard et multiplie les motifs où, décision après décision, le champ de la compétence arbitrale se rétrécit alors que le sien semble jouir de toutes les ressources, fussent-elles empruntées – sans toutefois en dire mot – au libellé des pouvoirs attribués par le *Code du travail* à l'arbitre de grief⁴.

1. Ci-après appelé, à moins d'indication contraire, le Tribunal.

2. Toutes les décisions du Tribunal qui ont traité de la question de compétence du Tribunal eu égard à l'arbitrage de grief et qui sont analysées dans le présent texte ont été rendues par madame la juge Michèle Rivet, présidente du Tribunal.

3. Au cours des décisions les plus récentes du Tribunal, ce dernier n'hésite plus à reconnaître que le litige dont il est saisi «résulte de la convention collective» (*Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Centre hospitalier Hôtel-Dieu de Sorel*, 2000T-782, par. 30 (ci-après *Hôtel-Dieu de Sorel*); le Tribunal indiquant à cette occasion qu'il en était de même pour l'affaire *Roussin c. Centre hospitalier régional de Lanaudière*, [1999] R.J.Q. 903 (T.D.P.Q.) (ci-après *Roussin*). Nonobstant cette constatation, qui n'est pas sans importance dans le contexte de la portée de la compétence exclusive de l'arbitre de grief, le Tribunal estime qu'il est le seul à posséder «la compétence nécessaire à la solution complète du litige...» (*Roussin*, p. 913, par. 49).

4. Dans l'affaire *Roussin et C.D.P.J.Q.*, *supra*, note 3, affaire que nous analyserons spécifiquement plus loin en première partie de ce texte (*infra*, par. 43-68), le Tribunal invoque, en conclusion, qu'il «peut rendre toute ordonnance qui vise à protéger le droit des parties» (p. 913, par. 49). Or, le Tribunal emprunte alors presque littéralement les termes de l'article 100.12g) du *Code du travail* du

3. Cette orientation jurisprudentielle du Tribunal ne peut être passée sous silence et ce, non seulement parce qu'elle se situe selon nous à la périphérie du droit applicable mais surtout parce qu'elle introduit subrepticement, en matière d'interprétation et d'application de la convention collective, une dualité de juridictions qui n'est ni voulue par le législateur, ni souhaitable pour le développement harmonieux des relations de travail en milieu syndiqué.

4. En première partie de ce texte, nous examinerons et critiquerons ce qui nous paraît constituer les trois principaux motifs que le Tribunal a jusqu'ici invoqués afin de soutenir sa compétence en matière d'interprétation et d'application de la convention collective. Nous constaterons que ceux-ci, même sous le couvert des subtils distinguos proposés par le Tribunal, souffrent de multiples faiblesses en droit.

5. En seconde partie, nous reviendrons, parce que celui-ci est soit trop négligé soit tenu pour acquis, sur le principe de l'exclusivité de la procédure arbitrale et ce, tout particulièrement en mettant l'accent sur les litiges soulevant une question de droits de la personne. À travers un examen de la portée et des inévitables limites de cette règle d'exclusivité, notre propos vise à démontrer que le mécanisme d'arbitrage de grief demeure, tant en raison de sa nature que de ses caractéristiques intrinsèques, le forum tout indiqué pour trancher les litiges lorsque la convention collective interdit, expressément ou implicitement, une violation aux droits de la personne⁵.

Québec (L.R.Q., c. C-27; ci-après *C.t.*) qui prévoient que l'arbitre de grief peut, dans l'exercice de ses fonctions, «rendre toute autre décision propre à sauvegarder les droits des parties». Or, rien à la lecture de la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12 (ci-après désignée *Charte*), qui est la loi habilitante du Tribunal, ne stipule un tel pouvoir en faveur du Tribunal.

5. Tel qu'il appert des arrêts *Weber c. Ontario Hydro*, [1995] 2 R.C.S. 929, 957 et *Nouveau-Brunswick c. O'Leary*, [1995] 2 R.C.S. 967, 970, la convention collective peut interdire expressément ou même implicitement une contravention aux droits de la personne ou au respect du principe de l'égalité. Il est à noter que la jurisprudence n'exige pas, pour confirmer la compétence exclusive de l'arbitre de grief à l'égard d'un litige soulevant une question de droits de la personne, que la convention collective reprenne directement les termes de la *Charte*. Dans la récente décision *Hydro-Québec c. Tremblay*, 2001T-77 (C.A.), la convention collective permettait à un employé «qui croit avoir subi un traitement injuste» de faire un grief (p. 6, nos italiques). La Cour d'appel a confirmé que seul un arbitre de grief pouvait déclarer inopérante une clause de la convention collective qu'on prétendait contraire à la *Charte canadienne des droits et libertés* et à la *Charte* du Québec (par. 39). Sur le critère d'attribution «implicite», voir également *infra*,

D) L'EXCLUSIVITÉ MENACÉE

6. Écarter une règle clairement énoncée par le législateur et consacrée depuis plus de vingt ans par les tribunaux supérieurs n'est pas tâche aisée. Pour y arriver, le Tribunal propose, avec sérieux, de nombreux motifs qui, tous les uns plus que les autres, semblent soutenir *a priori* cette idée de coexistence de compétences. Pour des fins d'étude, nous avons regroupé ces motifs d'intervention du Tribunal en matière d'application de convention collective en trois axes. À travers l'examen de ceux-ci, qui soulèvent tour à tour l'application donnée au critère de l'essence du litige, la question de l'interdiction de la renonciation aux droits prévus par la *Charte* et enfin celle de l'étendue des pouvoirs d'un arbitre de grief par rapport à ceux du Tribunal, ce sont les grandes lignes de la théorie du Tribunal en matière de litiges résultant de conventions collectives qui apparaîtront et que nous évaluerons à la lumière du droit.

A) L'essence du litige

7. Ce premier motif utilisé par le Tribunal pour remettre en question le principe de l'exclusivité de l'arbitrage de grief repose sur une dichotomie qui oppose la nature du droit invoqué dans le cadre d'un recours et le champ de la convention collective. En fait, selon le Tribunal, dès qu'un litige met en cause un droit garanti par la *Charte*, celui-ci «ne relève pas dans son essence de la convention collective»⁶ et ce, nonobstant le fait que les parties aient expressément repris dans cette dernière les termes mêmes de la *Charte*. Ainsi, dans la décision *Résidences Laurendeau*⁷, le

notes 26 et 35. Par ailleurs, si la convention collective ne contient aucun lien exprès ou implicite avec un ou l'autre des volets des droits de la personne, nous sommes d'avis que l'arbitre de grief ne possède pas une juridiction inhérente à se saisir d'un litige soulevant le non-respect de la *Charte*. À titre d'illustration, voir la décision *Communauté urbaine de Montréal c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2000T-1108 (C.S.) (ci-après *C.U.M.*) où la convention collective à l'étude ne faisait aucune référence, expresse ou implicite, aux droits de la personne (voir par. 7, 49 et 50). Nous rediscuterons de cette décision aux notes 100 et 304. Il faut noter cependant que, dans les différentes affaires du Tribunal que nous examinerons dans le présent texte, une clause de la convention collective interdisait expressément toute discrimination dans l'emploi, en reprenant généralement le libellé même de l'article 10 de la *Charte*.

6. *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (C. Carrier et al.) c. Résidences Laurendeau, Légaré, Louvain*, [1999] R.J.Q. 2141 (T.D.P.Q.), p. 2149 (par. 47) (ci-après *Résidences Laurendeau*).

7. *Ibid.*

fait que le litige concerne des salariées se plaignant d'être victimes de discrimination fondée sur le sexe⁸ implique, selon le Tribunal, qu'il «ne relève pas dans son essence de la convention collective» parce qu'il s'agit «d'un litige qui met en case le droit à l'égalité garanti par la *Charte* à toute personne [...]»⁹.

8. Cette position du Tribunal s'inspire largement d'une décision de la Cour d'appel de la Saskatchewan où, dans des circonstances analogues de plainte pour harcèlement sexuel et discrimination fondée sur le sexe, la Cour a considéré que dans son «essential character», son «essential nature», celle-ci «is a human rights violation and not a dispute arising out of the collective agreement dealing with the interpretation, application or violation of the collective agreement [...]»¹⁰.

8. Dans ce dossier, des salariées contestent une politique, convenue entre l'employeur et le syndicat, relative à la sexualisation des postes qui, à leur avis, a pour effet de les brimer dans l'exercice de différents droits découlant de la convention collective (supplantation, mutation, etc.). Les salariées plaignantes prétendent donc être victimes de discrimination fondée sur le sexe.
9. *Ibid.* C'était la première fois que le Tribunal invoquait cet argument tiré de «l'essence du litige». Celui-ci a été récemment repris dans l'affaire *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse – et – La Procureure générale du Québec et Le Comité patronal de négociation pour les commissions scolaires francophones et La Centrale de l'Enseignement du Québec*, 2000T-1083 (ci-après désignée comme étant l'affaire *C.E.Q.*), par. 46-47.
10. *Saskatchewan Human Rights v. Cadillac Fairview Corporation Ltd.*, (1999) 173 D.L.R. (4th) 609 (S.C.A.), perm. d'appel rej., C.S.C., n° 27537, 30 mars 2000 (ci-après *Cadillac Fairview*). Dans cette affaire, deux salariées syndiquées ont déposé une plainte à la Saskatchewan Human Rights Commission en alléguant être l'objet de harcèlement sexuel et de discrimination fondée sur le sexe de la part d'un contremaître. Même si la convention collective interdisait expressément ces comportements discriminatoires et se référait de plus aux obligations prévues en la matière par le *Human Rights Code* (S.S. 1979, c. S-24.1), aucun grief n'a été déposé par ces salariées pour contester la situation dont elles se plaignaient. Au moment où une commission d'enquête a été créée pour disposer de cette affaire, l'employeur a soutenu que celle-ci était de la compétence exclusive de l'arbitrage de grief. Il invoquait alors l'article 25(1) du *Trade Union Act*, R.S.S. 1978, c. T-17, qui, au même titre que l'article 100 du *Code du travail* du Québec et 45(1) du *Ontario Labour Relations Act*, R.S.O., 1990, c. L-2, prévoit que «all differences between the parties to a collective bargaining agreement [...] respecting its meaning, application or alleged violation, [...] are to be settled by arbitration after exhausting any grievance procedure established by the collective bargaining agreement». Selon la Cour d'appel de la Saskatchewan, «the issue in this case is whether an alleged violation of the Code can, in its essential character, be considered a difference or a dispute under s. 25 of the Act [*Trade Union Act*]. In other words, can the allegation of a violation of a protected right under the Code be characterized in its essential nature as a difference which arises out of the collective agreement?» (p. 619, 26, les italiques sont de nous). Au même effet, lire aussi les remarques de la Cour d'appel aux p. 621 (par. 31) et 623 (par. 34). Cet arrêt, invoqué par le Tribunal encore récemment dans l'affaire *C.E.Q.* (*supra*, note 9, par. 40-42), sera commenté ci-après, voir *infra*, par. 19-21 et 71-75.

9. Au départ, cette position mettant l'accent sur «l'essence d'un litige» peut sembler en harmonie avec la jurisprudence de la Cour suprême du Canada. Cette dernière n'a-t-elle pas écrit dans l'arrêt *Weber*¹¹ qu'il faille «déterminer si le litige *dans son essence*, résulte de la convention collective» afin de conclure ou non à la compétence exclusive de l'arbitre de grief¹². Toutefois, cette similitude terminologique n'est qu'illusion. En réalité, la théorie de l'essence d'un litige, telle que développée par le Tribunal et la Cour d'appel de la Saskatchewan, s'écarte complètement des principes formulés par la Cour suprême du Canada et reprend plutôt le substrat d'une théorie – soit celle du chevauchement des compétences – qui a été explicitement mis de côté dans l'arrêt *Weber*¹³.

10. Comme l'explique la juge McLachlin dans ce dernier arrêt, ce modèle préconisant le chevauchement des compétences ne porte pas attention aux faits qui donnent naissance à un litige ni ne vérifie si ceux-ci «découlent de la convention collective» mais se limite plutôt à comparer la qualification juridique de la cause d'action d'un litige avec ce qui est présenté comme l'objet traditionnel du droit du travail. Dans cette perspective, dès qu'une matière semble déborder le cadre classique du droit du travail ou

11. *Weber c. Ontario Hydro*, *supra*, note 5 (ci-après désigné *Weber*). Dans cet arrêt fort important, la Cour suprême du Canada avait à déterminer qui, des tribunaux judiciaires ou de l'arbitre de grief, avait compétence à l'égard d'une affaire impliquant un salarié ayant fait l'objet, à l'occasion d'une période pour absence maladie, avait fait l'objet d'une surveillance par le biais de détectives embauchés par l'employeur. Suite à cette enquête, le salarié avait été suspendu pour avoir abusé de ses congés de maladie. Des griefs, par la suite réglés, ont contesté cette mesure disciplinaire. Parallèlement à ceux-ci, le salarié avait intenté, devant un tribunal de droit commun, une action en justice fondée sur la responsabilité délictuelle et sur la violation des droits que lui garantissent les articles 7 et 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et réclamant des dommages-intérêts pour la surveillance dont il avait été la cible. Hydro-Ontario a demandé une ordonnance radiant cette action en justice en soutenant que seul l'arbitre de grief avait compétence pour disposer d'un tel recours. Il est très important de noter que tous les juges qui ont entendu cette affaire ont souscrit à l'opinion du juge McLachlin selon laquelle seul l'arbitre de grief était habilité à décider de l'action de M. Weber (voir l'opinion du juge Iacobucci, p. 935). Cependant, sur la question de savoir si ce principe d'exclusivité du forum arbitral s'applique également aux actions fondées sur la *Charte canadienne*, trois juges (Iacobucci, La Forest et Sopinka) ont conclu, comme la Cour d'appel de l'Ontario, que l'arbitre de grief n'était pas, au sens de l'article 24(1) de la *Charte canadienne*, un «tribunal compétent» et ne peut donc «accorder de réparation relativement à une violation de la *Charte*» (p. 935). La majorité du banc a conclu, pour sa part, que l'arbitre possédait ce pouvoir et a donc infirmé sur cette question la décision de la Cour d'appel ontarienne (p. 963-966).

12. *Id.*, p. 963 (nos italiques).

13. *Id.*, p. 955-956.

l'expertise de l'arbitre de grief, les tenants de cette école soutiennent que la question excède la sphère de la convention collective et donc la portée exclusive de l'arbitrage de grief¹⁴.

11. Or, on reconnaît ici la démarche mise de l'avant par le Tribunal et la Cour d'appel de la Saskatchewan: après avoir qualifié la cause d'action à la base des réclamations étudiées dans ces affaires comme soulevant un droit protégé par une loi sur les droits de la personne¹⁵, ces tribunaux ont alors conclu, sans toutefois en faire une démonstration très convaincante¹⁶, que ces

14. Selon la juge McLachlin, si le modèle du chevauchement des compétences (ou des sphères) est «plus séduisant que le modèle de la concomitance parfaite», il présente également des difficultés: «Dans la mesure où il est fondé sur la qualification d'une cause d'action qui excède la compétence ou l'expertise de l'arbitre, il transgresse la prescription faite dans la Loi et dans l'arrêt *St. Anne Nackawik* selon laquelle il faut s'attacher non pas à la qualité juridique du tort, mais aux faits qui donnent naissance au litige.» *Id.*, p. 955 (nos italiques). La Cour suprême a réitéré le rejet de ce modèle dans l'arrêt *Regina Police Ass. Inc. c. Regina (Ville) Board of Police Commissioners*, [2000] 1 R.C.S. 360, 372, par. 23 (J. Bastarache) (ci-après *Regina Police Ass.*).
15. Dans les deux cas, il s'agit du motif interdisant la discrimination sur la base du sexe et, dans l'affaire *Saskatchewan Human Rights Commission*, les plaignantes se disaient de plus victimes de harcèlement sexuel.
16. Dans l'affaire *Résidences Laurendeau*, le Tribunal est plutôt laconique sur cette idée «d'essence du litige» qu'il énonce au par. 47 de sa décision (voir *supra*, note 6, p. 2149). Il semble bien que la motivation sur cet aspect se trouve aux paragraphes 26 et 27 de la décision où il dit: «Par ailleurs, cette compétence de l'arbitre à l'égard d'un litige ne devient exclusive que dans la mesure où ce litige, «considéré dans son essence, résulte de la convention collective. *En ce sens*, l'incorporation des articles 10 et 20 de la *Charte* dans une convention collective ne transforme pas la *Charte* en contrat négocié régissant les rapports de travail au sens du *Code du travail*. La substance des dispositions ainsi incorporées à la convention collective demeure celle promulguée par le législateur au titre de la protection légale et quasi-constitutionnelle des droits de la personne» (p. 2146, nos italiques). Le Tribunal se réfère à ce sujet à un extrait d'un article du professeur G. OTIS, «Le spectre d'une marginalisation des voies de recours découlant de la Charte québécoise», (1991) 51 *R. du B.* 561, où ce dernier souligne qu'il «est loin d'être certain que la violation des droits et libertés de la personne puisse être qualifiée exclusivement ou principalement de question de relation de travail du simple fait qu'une convention collective offre des protections semblables ou identiques à celle que procure une Charte des droits» (p. 579). Outre que cet article a été rédigé avant l'arrêt *Weber*, nous soulignons que l'auteur – et donc le Tribunal – appuie sa prétention sur un passage de l'arrêt *Les Ateliers d'ingénierie Dominion Limitée c. La Commission des droits de la personne du Québec*, [1980] R.P. 209, où la Cour d'appel du Québec indiquait que l'insertion d'une clause reprenant les termes de la *Charte* dans une convention collective ne pouvait priver une personne de son recours en vertu de celle-ci. Nous reviendrons plus loin sur l'analyse de cette décision maintes fois invoquée par le Tribunal (*infra*, par. 31-36). Pour l'instant, nous retenons que l'essence d'un litige se caractérise donc, pour le Tribunal, par la nature du droit invoqué. Dans la mesure où celui-ci en est un prévu par la *Charte*, le fait qu'il soit également prévu au texte d'une convention collective n'a plus aucune importance. La nature de la «cause d'action» a donc préséance sur tout autre

matières ne résultaient pas, dans leur essence, de la convention collective. En conclusion, l'arbitre de grief ne peut donc, à leur avis, faire valoir une compétence exclusive à l'égard de tels litiges.

12. Cette approche va directement à l'encontre des principes formulés par la Cour suprême du Canada dans les arrêts *St. Anne Nackawik Pulp & Paper Co. c. Syndicat canadien des travailleurs du papier, section locale 219*¹⁷ et *Weber*¹⁸ car elle isole l'élément de «l'essence du litige» de l'ensemble du critère formulé par la Cour pour déterminer si une affaire relève de la portée exclusive de l'arbitrage de grief. Pour s'en convaincre, rappelons les paramètres du principe d'exclusivité que la Cour suprême a, d'une façon unanime, dégagés au cours des dernières années. Selon la Cour:

[...] la tâche qui consiste pour le juge ou l'arbitre à déterminer le tribunal approprié pour les procédures *dépend de la question de savoir si le litige ou le différend qui oppose les parties résulte de la convention collective*. Deux aspects doivent être considérés: le litige et le champ d'application de la convention collective.¹⁹

13. À l'égard du premier aspect, soit «l'examen du litige», la Cour indique:

Dans son examen du litige, l'instance décisionnelle doit tenter de définir l'essence, pour reprendre le terme du juge La Forest [...] ²⁰

Au sujet de l'essence ou de la «nature» d'un litige, la Cour ajoute:

Dans la plupart des cas, la nature d'un litige sera évidente: celui-ci porte ou non sur la convention collective. Il arrive toutefois que ce soit moins clair. Il s'agit, dans chaque cas, de *savoir si le litige, dans*

élément à cet égard. Nous critiquerons sous peu cette approche qui fait fi des principes adoptés par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Weber* (*infra*, par. 15-18). La motivation de la Cour d'appel de la Saskatchewan n'est pas beaucoup plus développée à propos de cette qualification de «l'essence du litige». Elle affirme à plusieurs reprises que l'essence du litige «is a fundamental human right» (p. 620, par. 28), que la plainte des salariées «is a human rights violation and not a dispute arising out of the collective agreement [...]» (p. 621, par. 30) sans toutefois ne rien ajouter de plus. Voir aussi le par. 34 (p. 623) au même effet.

17. [1986] 1 R.C.S. 704 (ci-après *St-Anne Nackawik*).

18. *Supra*, note 5, p. 955.

19. *Id.*, p. 956 (nos italiques). Voir exactement au même effet, la décision récente de la Cour suprême dans l'affaire *Regina Police Ass.*, *supra*, note 14, p. 372-373.

20. *Id.*, p. 956.

son essence, relève de l'interprétation, de l'application, de l'administration ou de l'inexécution de la convention collective. [...]

Ce modèle ne ferme pas la porte à toutes les actions en justice mettant en cause l'employeur et l'employé. *Seuls les litiges qui résultent expressément ou implicitement de la convention collective* échappent aux tribunaux.²¹

14. Tel qu'il appert de cet extrait, la définition de «l'essence» d'un litige par la Cour suprême n'exige pas une recherche de celle-ci dans toute sa quintessence, ni un examen de la qualification juridique du litige²². La démarche à ce sujet est simple et beaucoup plus objective car elle consiste uniquement à «examiner le contexte factuel» dans lequel un litige est né²³ et à déterminer si les faits entourant le litige qui oppose les parties *concernent une matière visée* par la convention collective²⁴, si le litige *porte ou non* sur la convention collective» ou «résulte expressément ou implicitement de celle-ci»²⁵.

15. Un examen de l'application concrète de cet aspect qu'est «l'essence du litige» dans le cadre des arrêts *Weber* et *Nouveau-Brunswick c. O'Leary*²⁶ permet d'ailleurs de confirmer cette

21. *Id.*, p. 957 (nos italiques).

22. *Regina Police Ass.*, *supra*, note 14, p. 373 et 374-375. La Cour d'appel a rappelé récemment ce principe dans l'affaire *L'Union canadienne des travailleurs en communication (unité 4) c. Mayville et al.*, 2001T-212, 12 février 2001, par. 54 (ci-après *Mayville*). Au même effet, voir aussi l'affaire *Union internationale des employés professionnels et de bureau, Local 480 c. Albright & Wilson Ltée*, 2000T-209, p. 9 (ci-après *Albright & Wilson*).

23. *Id.*, p. 374-375.

24. *Ibid.* (nos italiques).

25. *Weber*, *supra*, note 5, p. 957 (nos italiques). C'est probablement en raison de la simplicité même de ce test que la Cour affirmera que: «Dans la plupart des cas, la nature du litige sera évidente; celui-ci porte ou non sur la convention collective (had to do with the collective agreement or it did not)» (p. 957).

26. *Supra*, note 5. Cet arrêt, rendu le même jour que *Weber*, concernait une action en justice intentée par un employeur contre un de ses salariés syndiqués. L'employeur alléguait que le salarié avait été négligent dans l'utilisation d'un bien lui appartenant et que ce comportement du salarié avait occasionné pour près de 3 000 \$ de dommages. La Cour d'appel du Nouveau-Brunswick avait décidé qu'il pouvait y avoir poursuite en négligence indépendamment de la convention collective. La Cour suprême a infirmé à l'unanimité cette décision. Il est intéressant de lire l'analyse de la Cour sur cette question: «En fait, la négligence ne peut fonder une action que si le litige ne résulte pas de la convention collective. Reste à savoir si, considéré dans son essence, le litige opposant les parties en l'espèce résulte de la convention collective. À mon avis, c'est le cas. La province fait principalement valoir que la convention collective n'envisage pas expressément la négligence de l'employé à l'égard des biens de l'employeur et ses conséquences. Toutefois, comme je l'ai noté dans *Weber*, on dira d'un litige qu'il résulte de la convention s'il relève de celle-ci soit expressément, soit implicitement. En l'espèce, la convention ne mentionne pas explicitement la négligence

lecture de la position de la Cour suprême. Dans *Weber*, la partie qui s'objectait à la compétence exclusive de l'arbitre de grief invoquait une équation fort similaire à celle suggérée par le Tribunal et la Cour d'appel de la Saskatchewan, soit que le litige débordait le cadre de la convention collective, que les questions qui y étaient soulevées – soit la violation de droits garantis par la *Charte canadienne* et les dommages en découlant²⁷ – ne relevaient pas, dans leur essence, de relations de travail mais plutôt de la *common law* et de droits constitutionnels²⁸.

Or, relisons attentivement la décision de la Cour suprême sur ce point central:

*Si ce n'était de la convention collective, on pourrait fort bien soutenir que le comportement contesté en l'espèce ne relève pas du cadre normal des relations employeur-employé. Toutefois, si l'on insère ce comportement dans le contexte de la convention en question, il en va autrement. Les dispositions de la convention sont générales et visent explicitement à régir le comportement qui se situe au cœur du litige.*²⁹

16. Cette démarche, reprise également dans *O'Leary*³⁰, s'avère exactement conforme en tout point à celle développée d'abord dans le cadre du volet théorique de l'arrêt. Elle consiste à déterminer si les faits d'un litige ou le comportement reproché à une ou l'autre des parties est visé par les dispositions de la convention collective. Dans la mesure où cette dernière couvre à la fois l'objet du litige et prescrit une obligation ou un droit à respecter

dont un employé pourrait faire preuve dans le cadre de son travail. Cette négligence relève néanmoins implicitement de la convention collective. Encore une fois, *il faut comprendre que c'est l'essence du différend entre les parties et non le cadre juridique dans lequel le litige est posé* qui déterminera le tribunal qui convient pour régler l'affaire.» (p. 970, nos italiques). Tel qu'on le constate, l'identification de l'essence du litige ne dépend que d'une seule question, soit de savoir si celui-ci relève expressément ou même implicitement de la convention collective. Il s'agit là du seul point de rattachement. Le cadre juridique dans lequel le différend est posé n'est pas pertinent selon la Cour suprême.

27. Voir *supra*, note 11.

28. *Weber*, *supra*, note 5, p. 959-961.

29. *Id.*, p. 964 (nos italiques).

30. *Supra*, note 5. Comme nous l'avons mentionné, le rôle de la Cour suprême s'est limité à déterminer dans cet arrêt si la convention collective offrait un lien avec le tort allégué par l'employeur. Dès que la Cour a identifié l'obligation prévue à l'article 24.04 de la convention collective, duquel elle a *inféré* un droit pour l'employeur d'intenter une action contre son salarié, elle a conclu que le litige découlait de la convention collective et que le seul moyen d'obtenir réparation est la procédure d'arbitrage (p. 970-971).

par une partie, la Cour conclut que ce différend «porte sur l'administration de la convention collective» et ce, même si elle constate que «certains aspects du comportement allégué *peuvent peut-être s'être étendus au-delà de ce que les parties aient envisagé*»³¹. À ce titre, la Cour ajoute – et ceci réfute directement l'approche adoptée par le Tribunal et la Cour d'appel de la Saskatchewan – que le fait qu'un «manquement à la convention collective constitue également une violation d'une obligation prévue en *common law* ou une violation de la Charte [canadienne] *n'a pas d'impact à l'égard de la compétence exclusive de l'arbitre*»³².

À ce sujet, la Cour reconnaît que:

La question relative à la *Charte* peut soulever des préoccupations de principe globales, mais elle *n'en est pas moins un élément du conflit de travail et, partant, elle relève de la compétence de l'arbitre. L'existence de préoccupations de principe globales concernant une question donnée ne peut empêcher l'arbitre de résoudre tous les aspects du conflit de travail.*³³

17. La Cour suprême, on le voit bien, ne se laisse pas distraire par des arguments voulant qu'un litige ne puisse être de la compétence exclusive d'un arbitre parce que son «objet» ou son «essence» transcenderait la matière sur laquelle les parties se seraient entendues. Elle ne retient pas non plus l'argument selon lequel les questions posées par la *Charte canadienne* ne seraient pas de l'essence d'un grief. L'axe central, l'axe unique retenu par la Cour suprême, consiste plutôt à établir s'il existe un lien ou une relation entre le comportement reproché et les dispositions d'une convention collective, que celles-ci soient expresses – même si leur libellé est plutôt général comme dans *Weber*³⁴ – ou implicites comme dans *O'Leary*³⁵. Si un tel lien est identifié, l'arbitre possède, selon

31. *Weber*, *supra*, note 5, p. 965 (nos italiques).

32. *Id.*, p. 958 (nos italiques).

33. *Id.*, p. 960 (nos italiques).

34. La Cour considéra que le texte «général» de l'article 2.2 de la convention collective qui étendait la procédure de grief à «toute allégation portant qu'un employé a subi un traitement injuste ou tout litige résultant du contenu de la présente convention...» conjugué à l'article 13.0 de la partie A de la convention collective relatif aux prestations d'assurance-maladie couvraient le comportement reproché à l'employeur (p. 964).

35. Dans cet arrêt, la Cour suprême note que la convention collective ne mentionne pas explicitement la négligence dont un employé pourrait faire preuve dans le cadre de son travail. Toutefois, la Cour infère de l'article 24.04 de la convention collective qui impose à l'employé l'obligation de garantir la sécurité et la fiabilité de l'équipement de l'employeur un droit «corrélatif» et implicite pour

la Cour, une compétence exclusive et ce, même si, dans le cadre de celle-ci, il peut être appelé à exercer son «pouvoir» et son «obligation» d'appliquer le droit du pays aux litiges dont il est saisi et à aborder ainsi «des préoccupations de principe globales»³⁶.

18. Manifestement, la Cour suprême ne conceptualise pas la compétence de l'arbitre sous un mode mineur ou limité mais tient compte de cette responsabilité qui a été attribuée et reconnue à l'arbitre de disposer largement de toutes les facettes d'un litige et ce, dans la mesure de leur attachement exprès ou implicite à la convention collective, en faisant abstraction de leur qualification juridique³⁷.

19. À ce titre, les subtils raffinements apportés récemment par le Tribunal dans l'affaire *C.E.Q.*³⁸ relativement au critère de l'essence du litige s'avèrent totalement incompatibles avec les enseignements de la Cour suprême. À la suite de quatre plaintes couvrant 66 plaignantes³⁹ qui contestaient des modifications apportées dans la façon de calculer l'expérience acquise à titre d'enseignant et d'enseignante au cours de l'année 1996-1997, la Commission recherchait, dans sa demande introductive d'instance auprès du Tribunal de reconnaître le caractère discriminatoire de l'Entente nationale 1995-1998 telle que modifiée par un accord subséquent⁴⁰. La Commission demandait de condamner la Procureure générale ainsi que le Comité patronal de négociation pour les Commissions scolaires francophones, la Centrale de l'Enseignement du Québec et la Fédération des syndicats de l'enseignement pour les pertes salariales encourues par les plaignantes depuis le 1^{er} juillet 1987⁴¹.

20. Selon la Procureure générale, cette réclamation invoquant la discrimination fondée sur l'âge et réclamant des corrections salariales résultait de l'interprétation et de l'application de la convention collective puisque la rémunération et les méthodes

l'employeur d'intenter une action pour manquement à cette obligation (*supra*, note 5, p. 964). Pour un exemple plus récent d'une clause accordant implicitement compétence à un arbitre de grief, voir *Hydro-Québec c. Tremblay*, *supra*, note 5.

36. *Id.*, p. 958 et 960.

37. *Id.*, p. 970.

38. *Supra*, note 9.

39. *Id.*, par. 4.

40. Il s'agissait de l'Accord du 3 juillet 1997 (par. 40).

41. *Id.*, par. 6.

de fixation de celle-ci sont essentiellement des conditions de travail et que la convention collective interdit la discrimination. Il s'agit donc là, à son avis, de matières relevant de la compétence exclusive de l'arbitre de grief. Sans grande surprise, le Tribunal a rejeté cette requête en irrecevabilité. Au chapitre de l'essence du litige, le Tribunal estima – et ce, en dépit du texte même de la demande de la Commission qui exigeait une condamnation au remboursement des pertes salariales encourues⁴² – que le

litige ne résulte pas de la convention collective mais *découle d'un effet*, dont le caractère discriminatoire reste à démontrer, essentiellement rattaché *au processus de négociation* à l'échelle nationale.⁴³

Le Tribunal ajoute qu':

[E]n réalité, la demande de la Commission *n'est pas fondée sur une réclamation pour salaire impayé auprès d'un employeur*, mais plutôt sur la nécessité de faire cesser l'atteinte illicite à un droit reconnu par la *Charte* [...] découlant de l'exercice de la négociation à l'échelle nationale et d'obtenir la réparation du préjudice matériel en résultant.⁴⁴

21. Nous reviendrons plus loin sur l'analyse de cette décision⁴⁵ mais nous ne pouvons nous empêcher de souligner à ce stade le caractère factice de la distinction effectuée par le Tribunal au titre du critère de l'essence du litige. Ce dernier privilégie, en effet, non pas, comme il devrait le faire, le lien entre une réclamation et une convention collective mais retient plutôt comme critère «l'effet [...] rattaché au processus de négociation». Ce nouveau critère contredit clairement la jurisprudence de la Cour suprême du Canada. Il nous paraît certain que toute disposition d'une convention collective, qu'une partie prétend discriminatoire, a été précédée d'une négociation. Mais ce n'est pas cette négociation qui est attaquée par les plaignants mais l'application qui est faite du résultat de celle-ci, soit la convention collective. Or, le fait que la convention collective ait été négociée au niveau national comme c'est le cas dans le secteur de l'éducation au Québec⁴⁶ ne modifie en rien le fait que c'est au niveau de chaque commission scolaire que ladite convention collective est appliquée et interprétée. Le Tribu-

42. *Id.*, par. 3.

43. *Id.*, par. 58 (nos italiques).

44. *Id.*, par. 57 (nos italiques).

45. *Infra*, par. 71-75.

46. *Loi sur le régime de négociation des conventions collectives dans les secteurs publics et parapublics*, L.R.Q., c. R-8.2.

nal le reconnaît d'ailleurs lorsqu'il écrit que: «[P]our qu'un accord agréé à l'échelle nationale devienne opérant, il est nécessaire qu'il porte la signature des commissions scolaires et de leurs syndicats accrédités [...]»⁴⁷. C'est donc afin d'obvier à cette situation, qui fait apparaître le lien entre la réclamation et la convention collective, que le Tribunal invoque son critère de l'essence du litige qui découle d'un «effet [...] rattaché au processus de négociation». Nous croyons, pour notre part, que cette nouvelle variante du critère de l'essence du litige proposée par le Tribunal, aussi originale soit-elle, ne peut être retenue.

22. À la lumière des arrêts *Weber* et *O'Leary*, la position du Tribunal et de la Cour d'appel de la Saskatchewan relative à «l'essence du litige» s'avère donc surannée⁴⁸. En adoptant une

47. *C.E.Q.*, *supra*, note 9, par. 16.

48. Outre les motifs de fond déjà exposés et qui nous permettent de douter de la valeur de la décision de la Cour d'appel de la Saskatchewan, nous sommes d'avis que cette décision ne peut être invoquée au Québec comme l'a pourtant fait le Tribunal dans l'affaire *Roussin* et plus récemment dans l'affaire *C.E.Q.* (*supra*, note 9), sans noter au préalable les profondes distinctions qui existent entre le régime juridique de la Saskatchewan et celui du Québec. Qu'il nous suffise, à ce titre, de nous référer aux cinq éléments suivants: en premier lieu, la Cour d'appel de la Saskatchewan a considéré que le litige dont elle était saisie n'en était pas un découlant de la convention collective (p. 622, par. 32) en rappelant l'existence de la règle à l'effet que le recours aux tribunaux de droit commun est interdit dans les cas de discrimination régis par la loi provinciale sur les droits de la personne. La Cour conclut alors: «If the method of enforcement forecloses an action at common law, the same principles would apply in my opinion to a labour arbitrator» (p. 622, par. 32). Le principe de l'interdiction de recours aux tribunaux de droit commun dans le cas de discrimination prévue à une loi provinciale découle directement de l'arrêt *Seneca College of Applied Arts and Technology c. Bhaduria*, [1981] 2 R.C.S. 181. Or, il est important de noter que la Cour suprême du Canada a bien précisé dans le cadre de l'arrêt *Béliveau-St-Jacques c. F.E.E.S.P.*, [1996] 2 R.C.S. 345 (ci-après *Béliveau-St-Jacques*), que «la relation entre les instruments de protection des droits fondamentaux et le droit commun, dans les provinces de common law, n'est pas tout à fait la même qu'au Québec» (J. Gonthier, p. 407). Après avoir rappelé le principe de l'interdiction de recours de l'arrêt *Seneca* qui est applicable dans les provinces de common law, la majorité de la Cour indiqua que «[...] force est de constater que la compétence de la Commission des droits de la personne ne possède pas, au Québec, un caractère exclusif, et ne prohibe en rien le recours aux tribunaux de droit commun (art. 77 de la *Charte*)» (p. 408). Les notes du juge L'Heureux-Dubé sur cette différence entre la situation québécoise et celle des provinces de common law sont au même effet: p. 384. Donc, si cette conclusion importante de la Cour d'appel de la Saskatchewan peut s'expliquer à la lumière des principes de common law, il est évident que cette partie de la décision ne peut être invoquée au Québec à moins de nier les particularités du système juridique québécois à ce sujet. En second lieu, la Cour d'appel de la Saskatchewan soutient que l'arbitre de grief possède un rôle limité lorsqu'il interprète la loi (dont le *Saskatchewan Human Rights Code*, S.S. 1979, c. S-24.1). Quelques précisions fort importantes doivent être effectuées sur ce point. D'une part, et ceci

méthode d'analyse subjective de la cause d'action et en présentant le champ d'intervention de l'arbitrage sous l'angle le plus res-

nous semble fondamental à souligner, le *Trade Union Act* de la Saskatchewan (*supra*, note 10) ne prévoit aucune disposition accordant à l'arbitre, comme au Québec, le pouvoir d'interpréter et d'appliquer la loi (art. 100.12a) *C.t.* De plus, la Cour d'appel appuie sa motivation sur ce point en se référant à une de ses décisions rendue en 1993 (*Yorkton Union Hospital v. Saskatchewan Nurses Union*, 109 Sask. R. 198 (S.C.A.)). Or, il faut noter qu'à cette époque, l'arbitrage de grief n'était pas obligatoire en Saskatchewan (cette province a d'ailleurs été la dernière province au Canada en juin 1994 à prévoir un mécanisme obligatoire et final pour disposer des litiges découlant d'une convention collective, S.S. 1994, c. 47, art. 13-15). Dans *Yorkton*, la Cour d'appel souligna d'ailleurs à plusieurs reprises (par. 1, 16 et 19) que la décision alors attaquée en révision judiciaire émanait d'un tribunal *consensuel* et non pas d'un tribunal créé et imposé par la loi. C'est dans cette perspective que la Cour d'appel indiquait dans *Yorkton* (et c'est cet extrait qui a été repris en 1999 dans l'affaire *Saskatchewan Human Rights Commission* sans toutefois que la Cour ne signale les modifications législatives apportées au caractère facultatif de l'arbitrage de grief) que le rôle de l'arbitre de grief dans l'interprétation de la loi extérieure était limité. Il nous paraît manifeste que cette approche ne peut être retenue au Québec étant donné le libellé de l'article 100.12a) *C.t.* On peut même se demander si, dans *Cadillac Fairview* (*supra*, note 10), la Cour d'appel n'aurait pas dû nuancer sa position quant aux pouvoirs de l'arbitre compte tenu de l'évolution de la législation pertinente de cette province en matière d'arbitrage. En troisième lieu, la Cour d'appel invoque l'art. 44 du *Saskatchewan Human Rights Code* pour conclure que cette loi doit avoir préséance sur les autres lois de la province, dont celle régissant les rapports collectifs de travail (p. 620-621, par. 29-30). Sans vouloir nous prononcer sur cette interprétation des lois de la Saskatchewan, nous nous limitons à indiquer que la situation québécoise est bien différente à cet égard. Contrairement à l'article 44 de la loi de la Saskatchewan qui prescrit que «Every law of Saskatchewan is inoperative to the extent that it authorizes or requires the doing of anything prohibited by this Act [...]», la *Charte* québécoise cible quels sont les articles de celle-ci (1 à 38) auxquels «[A]ucune disposition d'une loi, même postérieure ne peut déroger [...] (art. 52). Nous reviendrons plus loin sur cette disposition (*infra*, par. 30-31) mais soulignons, pour l'instant, que les différences terminologiques entre les deux lois nous paraissent suffisantes pour écarter une application automatique de la solution apportée par la Cour d'appel de la Saskatchewan sur ce point. Quatrièmement, la Cour d'appel se réfère à un extrait de la décision de la Cour suprême rendue dans *Gendron c. S.A.S. de l'A.F.P.C.*, [1990] 1 R.C.S. 1298 où la Cour suprême semblait faire une distinction entre les violations des droits de la personne et les questions de relations de travail. Selon la Cour d'appel, cet arrêt est «clair» sur ce point (p. 620, par. 27). La Cour d'appel, qui cite l'extrait de l'arrêt *Gendron* (p. 620), oublie toutefois de souligner la dernière phrase de ce passage où le juge L'Heureux-Dubé indique que «[V]u que ni l'un ni l'autre de ces exemples possibles n'est ici en cause, il n'est pas nécessaire d'ajouter quoi que ce soit sur le sujet» (p. 1320). Difficile de trouver une position plus *obiter*. Nous ne croyons pas qu'il soit possible de trancher un litige en s'appuyant sur une telle remarque qui n'était qu'un exemple sur lequel la Cour ne s'est pas prononcée. Le Tribunal s'est néanmoins référé récemment à ce même extrait sans autre précision dans l'affaire *C.E.Q.* (*supra*, note 9, par. 53). Cinquième point enfin, la Cour d'appel fait ressortir que les arrêts *St. Anne Nackawik* et *Weber* étaient relatifs à des litiges où la question de compétence opposait les tribunaux de droit commun et les arbitres de griefs (p. 618, par. 22). La Cour d'appel souligne que ces arrêts ne réglaient pas la question lorsque celle-ci impliquait deux

treint possible, ces tribunaux minent, comme le souligne la Cour suprême, «les objectifs législatifs qui sous-tendent» la mise sur pied d'un régime d'arbitrage obligatoire et «l'intention des parties à la convention»⁴⁹.

23. En effet, si les parties à une convention collective décident d'inscrire, à la suite de la négociation, une clause spécifique ou générale prohibant la discrimination sous l'une ou l'autre de ces formes ou autres atteintes à la liberté et à la dignité, le Tribunal et les autres tribunaux devraient impérativement donner un sens à ce choix car, faut-il le rappeler, ce choix n'était pas requis pour que la discrimination soit interdite; la *Charte* étant d'ordre public et donc s'appliquant à toute relation d'emploi. Toutefois, en prenant le soin d'inclure spécifiquement, d'une façon ou d'une autre, l'interdiction de la discrimination à la convention collective, il nous paraît que les parties vont plus loin que le simple énoncé de principe mais veulent véritablement intégrer ces concepts prohi-

tribunaux institués par la loi. La Cour suprême du Canada a précisé récemment, dans le cadre de l'arrêt *Regina Police Ass.*, *supra*, note 14, que le modèle énoncé dans *Weber* s'applique «qu'il s'agisse de choisir entre un tribunal et une instance décisionnelle créée par la loi ou entre deux organismes créés par la loi» (p. 380 et 373). C'est donc dire que la réserve formulée par la Cour d'appel – qui semble à l'effet que les principes des arrêts *St. Anne Nackawik* et *Weber* ne vaudraient pas dans un contexte mettant en présence deux tribunaux statutaires – ne tient plus. En somme, nous sommes d'avis qu'étant donné les nombreuses et importantes distinctions qu'il faille apporter entre la situation prévalant en Saskatchewan et au Québec, toute référence à cette décision de la Cour d'appel de la Saskatchewan au Québec devrait être effectuée avec la plus grande circonspection. Nous ne retrouvons pas toutefois dans la référence que fait le Tribunal à cet arrêt de la Saskatchewan, une telle prudence (voir *Résidences Laurendeau*, *supra*, note 6, p. 2147, *C.E.Q.*, *supra*, note 9, par. 40-48).

49. *Weber*, *supra*, note 5, p. 956. Voir, au sujet de la signification à accorder à la présence d'une clause interdisant la discrimination dans une convention collective, l'affaire *Ndgundi c. Centre hospitalier Douglas*, [1993] R.J.Q. 536 (C.S.), les remarques de la Cour qui disait que «si les parties ont cru devoir insérer une clause anti-discrimination dans la convention collective, c'est qu'elles ont voulu que la solution du litige soit complète» (p. 547). Voir également sur ce sujet: K.P. SWAN, K.E. SWINTON, *The Interaction between Human Rights Legislation and Labour Law*, in *Studies in Labour Laws*, Toronto, Butterworths, 1983, p. 111, à la p. 127 et le professeur C. BRUNELLE, *Diversité de la main-d'œuvre et discrimination: Du devoir de juste représentation à l'obligation d'accommodement syndicale*, Thèse de doctorat, Faculté de Droit, Université d'Ottawa, 27 septembre 2000, qui préconise l'insertion, au sein de conventions collectives, de clauses anti-discriminatoires. À son avis, une telle intégration «témoigne d'un engagement formel des parties à observer le principe d'égalité, elle peut aussi affermir voire accroître la protection contre la discrimination aménagée par les chartes et lois sur les droits de la personne tout en offrant par surcroît à la victime de discrimination un forum additionnel où le litige peut être résolu, généralement de manière définitive, dans des délais plus acceptables». (p. 208 ainsi que la note 911 pour d'autres appuis allant en ce sens).

bant la discrimination dans l'interprétation et l'application de leur convention collective. À notre avis, cette intégration, qu'elle soit expresse ou implicite, implique donc qu'un litige, soulevant une question de discrimination, est un aspect d'un conflit de travail visé par la convention collective et résulte objectivement de celle-ci. En bref, ce premier motif développé par le Tribunal afin d'écarter le principe de l'exclusivité de l'arbitrage de grief, ne peut donc, à notre avis, être retenu.

B) Renonciation interdite

24. Le second argument invoqué par le Tribunal au soutien d'une compétence concurrente avec l'arbitre de grief soulève, d'une façon solennelle, le principe de l'interdiction absolue, pour des parties à une convention collective, de se soustraire à l'application de la *Charte* québécoise ou de renoncer aux droits fondamentaux qu'elle garantit⁵⁰. Reconnaissons dès le départ qu'il serait difficile de contester cet axiome, rappelé d'ailleurs à plusieurs reprises par les tribunaux⁵¹. Telle n'est d'ailleurs pas notre intention. La difficulté que nous connaissons avec la position du Tribunal ne concerne donc pas sa nature intrinsèque mais plutôt la portée réelle de celle-ci. À ce sujet, le Tribunal maintient un certain flou. Vise-t-il exclusivement, lorsqu'il invoque cet argument, l'interdiction pour les parties de renoncer aux droits substantiels prévus par la *Charte*? Si tel est le cas, ses propos nous paraîtraient superfétatoires dans la mesure où, dans les affaires où cet argument est soulevé, les conventions collectives ne retireraient aucun de ces droits aux salariés visés mais reproduisaient plutôt tous ceux qui sont prévus à l'article 10 de la *Charte*⁵². On ne peut alors

50. Voir l'affaire *Résidences Laurendeau*, *supra*, note 9: «les parties à un contrat ou à une convention collective ne peuvent décider de se soustraire à l'application de la *Charte*, ni de s'entendre pour écarter les droits fondamentaux reconnus par la *Charte* à toute personne, dont les salariés assujettis à cette convention» (par. 23).

51. Voir *Commission ontarienne des droits de la personne c. Etobicoke*, [1982] 1 R.C.S. 202, 213 et l'arrêt *Newfoundland Association of Public Employees c. Terre-Neuve (Green Bay Health)*, [1996] 2 R.C.S. 3, 13. Selon le juge Major, «la raison d'être de la règle qui interdit de se soustraire par contrat à l'application des lois sur les droits de la personne s'explique en partie par leur statut quasi-constitutionnel» (p. 14). Le juge ajoute également qu'en «interdisant de se soustraire par contrat à l'application de la loi, les tribunaux ont empêché l'exploitation de l'inégalité du pouvoir de négociation» (*ibid.*). Voir à ce sujet, C. BRUNELLE, *op. cit.*, *supra*, note 49, p. 212-222.

52. Voir, par exemple, *Poliquin c. Collège de Victoriaville*, [1993] R.J.Q. 350, 352 (art. 2-2.08 de la convention collective), *C.D.P.D.J. c. Résidences Laurendeau*, *supra*, note 6 (art. 3.03 de la convention collective), *C.D.P.D.J. c. Centre hospitalier régional de Lanaudière*, *supra*, note 3 (art. 3.03 de la convention collective).

parler de soustraction ou de négation de droits par l'effet de la convention collective mais plutôt d'une duplication contractuelle de ceux-ci, ce qui n'est en rien interdit par la *Charte*⁵³.

25. En fait, nous comprenons que la position du Tribunal sur cette question de renonciation se situe plutôt exclusivement au niveau du forum compétent pour disposer d'un litige soulevant une contravention à un droit garanti par la *Charte*. Selon le Tribunal, le principe de l'exclusivité de l'arbitrage de grief nierait le droit, pour un salarié, d'avoir accès au Tribunal afin que ce dernier puisse trancher son recours⁵⁴. D'où l'idée de renonciation par un tiers⁵⁵ à un droit découlant de la *Charte*.

26. Deux précisions liminaires s'imposent avant d'étudier le mérite même de cet argument. D'une part, même si la position du Tribunal semble compatible avec l'idée qu'un salarié aurait droit, si ce n'était du principe de l'exclusivité du forum arbitral, de saisir directement le Tribunal de sa plainte, il est connu en jurisprudence québécoise que cette proposition est inexacte en droit. En règle générale, il a été en effet décidé par la Cour d'appel que seule la Commission des droits de la personne peut déposer au Tribunal la plainte d'une personne qui se prétend lésée dans les droits que prévoit la *Charte*⁵⁶.

27. À ce titre, il est vrai que la situation prévalant en matière d'accès à l'arbitrage de grief semble similaire. Il est rare en effet qu'un salarié puisse soumettre un grief à l'arbitrage de son propre

53. Dans l'arrêt *Green Bay*, *supra*, note 51, la Cour suprême a reconnu que les parties à un contrat (dont évidemment une convention collective) pouvaient accroître et protéger davantage les droits de la personne des gens concernés comme, par exemple, de renoncer à l'application du moyen de défense qu'est l'exigence professionnelle (EPN) (p. 16-17).

54. Dans l'affaire *Karas c. Commission scolaire Kativik*, [1997] R.J.Q. 715, le Tribunal dira à ce sujet: «Il s'ensuit que la convention collective ne peut équivaloir à une renonciation tacite et préalable aux droits édictés par la charte *non plus qu'aux recours qui en découlent*.» (p. 721, nos italiques).

55. Le tiers étant l'association accréditée qui conclut la convention collective avec l'employeur. Voir *Résidences Laurendeau*, *supra*, note 6, par. 25.

56. Voir *Ménard c. Rivet*, [1997] R.J.Q. 2107 (C.A.), perm. d'appel rejetée à la Cour suprême du Canada le 19 mars 1998, n° 489). Après un examen détaillé des dispositions pertinentes, la Cour d'appel retient que «le mécanisme de plaintes [découlant de la *Charte*] repose d'abord sur la Commission» (p. 2119) et «que ce n'est que dans l'hypothèse où la Commission a estimé la plainte fondée [...] et «lorsqu'elle a décidé d'arrêter son action, qu'existe le droit de substitution en faveur du plaignant, selon l'article 84» (p. 2120). Au même effet, voir *Centre hospitalier St-Joseph de la Malbaie c. Dufour*, C.A. Québec, n° 200-09-000113-925, 24 septembre 1998; *Québec c. Choinière*, n° 500-05-044100-988, 25 février 1999.

chef⁵⁷. C'est l'association accréditée qui est investie en général de cette délicate responsabilité. Or, cette évaluation de la part du syndicat n'est pas laissée à sa libre appréciation mais s'avère encadrée par le devoir de juste représentation codifié au *Code du travail*⁵⁸. En cas de contravention à cette obligation légale de représentation, le salarié peut, dans plusieurs cas⁵⁹, exercer un recours devant le Tribunal du travail qui, après enquête, pourra lui permettre de saisir un arbitre de sa réclamation. En somme, il nous paraît donc nettement exagéré de laisser entendre que le principe de l'exclusivité de l'arbitrage de grief menace *in se* l'exercice de tout recours d'un salarié qui prétend être victime de discrimination alors qu'il serait automatique en vertu des dispositions de la *Charte*. Nous croyons même – et ceci n'est pas signalé à notre connaissance par le Tribunal – qu'un salarié sera souvent beaucoup mieux protégé par les mécanismes prévus au *Code du travail* que par ceux découlant de la *Charte* lorsqu'au stade préliminaire le syndicat ou la Commission décident de ne pas agir⁶⁰.

28. En effet, si la Commission des droits décide, après un examen à caractère préliminaire avant une enquête ou après une telle enquête, que la plainte d'une personne ne dégage pas d'éléments de preuve suffisants, «le processus de traitement de la plainte dans le système spécialisé de la charte s'arrête là»⁶¹. La partie plaignante ne peut contester en principe cette décision et, comme l'indique la Cour d'appel, la personne est alors dans l'impossibilité d'exercer directement son recours devant le Tribunal⁶². Dans la

57. F. MORIN, J.-Y. BRIÈRE, *Le droit de l'emploi au Québec*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1998, p. 1024, par. IV-184.

58. L'article 47.2 *C.t.* prescrit qu'«Une association accréditée ne doit pas agir de mauvaise foi ou de manière arbitraire ou discriminatoire, ni faire preuve de négligence grave à l'endroit des salariés compris dans une unité de négociation qu'elle représente, peu importe qu'ils soient ses membres ou non».

59. L'article 47.3 *C.t.* énonce que «Si un salarié qui a subi un renvoi ou une sanction disciplinaire croit que l'association accréditée viole à cette occasion l'article 47.2, il doit, à son choix et dans les six mois s'il veut se prévaloir de cet article: 1. soit porter plainte par écrit au ministre; 2. soit soumettre au tribunal ou mettre à la poste à l'adresse de celui-ci une requête écrite lui demandant d'ordonner que sa réclamation soit déferée à l'arbitrage.»

60. La présidente du Tribunal, la juge Michèle Rivet, déclarait, dans une entrevue au *Journal du Barreau*, 1^{er} nov. 2000, vol. 32, n° 18, p. 13, qu'en raison de l'impossibilité pour les citoyens de porter directement leur plainte devant le Tribunal, «[...] c'est la Commission qui est la seule *définisseur* des droits» (les italiques sont au texte).

61. *Ménard c. Rivet*, *supra*, note 56, p. 2120.

62. *Id.*, p. 2120-2121. Ce pouvoir d'évaluation de la Commission est prévu à l'article 78(2) de la *Charte* et stipule que cette dernière «peut cesser d'agir lorsqu'elle estime qu'il est inutile de poursuivre la recherche d'éléments de preuve ou lorsque la preuve recueillie est insuffisante».

récente affaire *Trinh c. Hydro-Québec*⁶³, la Commission des droits a soutenu devant la Cour supérieure que la décision d'ouvrir un dossier, de faire enquête, de la compléter ou non puis de s'adresser ou non à un tribunal «est une fonction administrative assujettie à un pouvoir discrétionnaire» et donc que ses décisions ne sont pas révisables par cette Cour⁶⁴. La Cour d'appel du Québec a toutefois indiqué dans l'affaire *Québec c. Québec*⁶⁵ que la Commission devait traiter la personne qui y dépose une plainte avec équité. Selon la Cour d'appel, ce devoir «ne comporte pas autre chose que de lui faire ultérieurement un exposé des faits pertinents dévoilés par son enquête et de les inviter à lui faire part de leurs commentaires»⁶⁶.

29. Par ailleurs, tel que nous le mentionnions précédemment, le refus de l'association de soumettre un grief à l'arbitrage pourra, dans les cas prévus à l'article 47.3 *C.t.*, faire l'objet d'un examen par un juge du Tribunal du travail et cette décision, même si elle est finale en principe, peut être attaquée en vertu du pouvoir de révision judiciaire. Il y a donc possibilité qu'un juge, voire même plusieurs selon l'évolution du dossier⁶⁷ examinent la déci-

63. 2000T-984 (C.S.).

64. *Id.*, par. 4.

65. 2000T-141 (C.A.).

66. *Id.*, par. 16. La Commission serait également «très exigeante quant à l'appréciation de la preuve aux fins de mesures de redressement...»: la professeure Lucie LAMARCHE fait état, tout en les critiquant, des motifs amenant la Commission – par le biais de son Comité des plaintes – à fermer un dossier d'enquête. Selon son étude, il semble que la Commission fermerait des dossiers en tenant compte du fait que «le tribunal (des droits de la personne) serait au service d'une justice exemplaire» (i.e. recherche de «causes-types»). L. LAMARCHE, «Le processus québécois d'enquête en matière de discrimination», (1997) 12 *C.J.L.S.* 35, 63-66. Dans son *Rapport annuel* 1998, la Commission des droits de la personne et de la jeunesse indique que «Pour la majorité des enquêtes menées par la Commission, le résultat n'est ni le règlement, ni le tribunal, ni l'arbitrage mais une décision de la Commission de refuser ou de cesser d'agir dans le dossier», p. 41, nos italiques). Le Rapport ajoute qu'en 1998, le Comité des plaintes a fermé la moitié des dossiers dont il a été saisi, dont 66,8 % dans le secteur du travail. Le *Rapport annuel* de 1999 reprend substantiellement les mêmes statistiques (p. 40). Les principaux motifs invoqués par la Commission pour fermer un dossier sont, selon le Rapport, la «preuve insuffisante et la non-opportunité de saisir le Tribunal des droits de la personne « et «l'inutilité de poursuivre la recherche de preuve» (p. 40). Ces explications et ces statistiques émanant de la Commission font bien ressortir que la voie de la plainte à la Commission est loin d'assurer qu'un recours sera porté devant le Tribunal. Compte tenu des délais moyens mis par la Commission afin de se prononcer sur une plainte qui sont d'environ 15 mois (voir *infra*, note 217), il sera très souvent trop tard pour le salarié concerné de contester ultérieurement la mesure dont il se dit victime par la voie d'un grief.

67. Voir, par exemple, l'arrêt *Centre hospitalier Régina Ltée c. Tribunal du travail*, [1990] 1 R.C.S. 1330 et aussi *Péloquin c. Syndicat des agents de la paix en services correctionnels du Québec*, 2000T-881 (C.A.).

sion syndicale de ne pas soumettre un grief à l'arbitrage alors qu'en vertu du mécanisme de la *Charte*, la décision prise en solo par la Commission de refuser ou de cesser d'agir dans un dossier ne peut qu'être difficilement contestée. Ces premières remarques laissent entrevoir que toute cette argumentation tournant autour du concept de renonciation à un droit mise de l'avant par le Tribunal s'avère beaucoup moins catégorique qu'il n'y paraît.

30. Mais il y a plus. Cette position, qui consacrerait à l'exercice d'un recours devant le Tribunal une prépondérance législative qu'aucune autre loi – dont le *Code du travail* – ne pourrait altérer s'avère, selon nous, non fondée en droit. La Cour suprême du Canada a en effet décidé dans l'arrêt *Béliveau St-Jacques c. FEESP*⁶⁸ et ce, en se référant aux articles 51 et 52 de la *Charte*⁶⁹, que la primauté législative prévue à cette loi de nature quasi constitutionnelle⁷⁰ ne valait qu'à l'égard de ses articles 1 à 38. Tout comme la Cour suprême le décida à l'égard du recours prévu à l'article 49 de la *Charte*⁷¹, il faut constater que l'article 111 de cette même loi⁷², sur lequel le Tribunal base généralement sa compétence en matière de discrimination dans l'emploi⁷³, ne figure pas à

68. *Supra*, note 48 (ci-après *Béliveau St-Jacques*). Le jugement majoritaire a été rendu par le juge Gonthier. Les juges L'Heureux-Dubé et La Forest ont exprimé une dissidence partielle.

69. L'article 51 énonce que «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». L'article 52 édicte pour sa part: «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».

70. *Béliveau St-Jacques*, *supra*, note 48, p. 371 (j. L'Heureux-Dubé) et p. 402 (j. Gonthier).

71. Dans *Béliveau St-Jacques*, il s'agissait de déterminer si la réclamation d'une salariée qui prétendait avoir été victime de harcèlement au travail et de harcèlement sexuel de la part d'un de ses supérieurs pouvait légalement être intentée contre son employeur et l'auteur présumé du harcèlement devant les tribunaux de droit commun et ce, compte tenu qu'elle avait été indemnisée en vertu de la *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*. La majorité de la Cour décida que le recours en dommages-intérêts prévu à l'article 49 de la *Charte* ne pouvait se dissocier des principes de la responsabilité civile (p. 409-410) et que «[S]i l'article 49 permettait à la victime d'une lésion professionnelle d'obtenir des dommages-intérêts supplémentaires, la portée de la L.A.T.M.P. s'en trouverait modifiée» (p. 411), ce que l'article 51 de la *Charte* ne permettait pas selon la majorité. La majorité nota que l'article 49 de la *Charte* ne figurait pas dans les articles prévus à l'article 52 qui jouissent de la prépondérance législative (p. 411).

72. L'article 111 de la *Charte* énonce que «Le Tribunal a compétence pour entendre et disposer de toute demande portée en vertu des articles 80, 81 et 82 et ayant trait, notamment, à l'emploi [...]».

73. Voir, entre autres, *Karas c. Commission scolaire Kativik*, *supra*, note 54, p. 724; *Résidences Laurendeau*, *supra*, note 6, p. 2147, par. 29 et *C.D.P.D.J. c. Centre*

la liste de ces dispositions jouissant, selon la *Charte*, d'une prépondérance qui, en vertu de l'article 52, prévaut à l'égard des autres lois. L'effet combiné des articles 51 et 52 de la *Charte* ne permet donc pas de soutenir que le recours pouvant être exercé au Tribunal aurait, parce que découlant de cette même loi, une préséance sur ceux qu'on retrouve à toute autre loi, dont celui découlant du *Code du travail*.

31. Une telle prétention ne pourrait d'ailleurs être retenue car elle heurterait de plus le texte même de la *Charte*. À l'occasion

Hospitalier Hôtel-Dieu de Sorel, supra, note 3, par. 19. Dans un contexte non syndiqué, voir par analogie l'affaire *C.D.P.D.J. c. Genest*, [1997] R.J.Q. 1488, où le Tribunal décidait qu'en vertu de l'article 111 de la *Charte*, il avait compétence pour disposer de la plainte d'une salariée alléguant être victime de harcèlement sexuel de la part du gérant de son employeur (p. 1294). Le recours intenté par la Commission était dirigé à l'encontre du gérant et de l'employeur de ce salarié. Compte tenu que ce jugement suivait de près l'arrêt rendu par la Cour suprême du Canada dans *Béliveau St-Jacques, supra*, note 38, le Tribunal s'est interrogé quant à sa juridiction à l'égard de ce recours. S'il reconnaissait qu'il ne pouvait avoir compétence à l'égard d'une situation où la lésion professionnelle a été reconnue par la CSST (p. 1496), le Tribunal considérait qu'il en était tout autrement lorsque la victime n'a pas fait de réclamation à la CSST (p. 1498-1502). Et c'est à ce niveau que la référence à cette décision devient intéressante pour les fins de la présente étude puisqu'on peut constater une grande parenté entre l'analyse qui y est faite par le Tribunal et celle adoptée concernant sa coexistence avec l'arbitrage de grief. Selon le Tribunal, l'article 438 de la *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles* (qui prévoit qu'un «travailleur victime d'une lésion professionnelle ne peut intenter une action en responsabilité civile contre son employeur en raison de sa lésion») ne peut écarter «la protection que prévoit la charte en matière de harcèlement [...] sans mention expresse du législateur. En l'absence d'une telle spécification, le Tribunal doit exercer les pouvoirs et les compétences que le législateur lui a confiés» (p. 1501). Le raisonnement du Tribunal, on le constate, est de même nature que celui examiné dans le présent texte: peu importe les prescriptions législatives et jurisprudentielles (en l'espèce, l'article 100 *C.t.* qui prévoit un forum obligatoire pour «tout grief» et les arrêts de la Cour suprême qui ont consacré le principe de l'exclusion de tout recours devant les tribunaux de droit commun), le Tribunal estime qu'il possède toujours juridiction à moins que la loi ne stipule expressément son exclusion. Il est important de signaler que la Cour d'appel a infirmé le 12 janvier 2001 cette décision du Tribunal (*Genest c. C.D.P.D.J.*, 2001-99 (C.A.)). La Cour précise que puisque «le fondement du recours [...] est une maladie survenue par le fait ou à l'occasion du travail», le Tribunal n'a pas la compétence pour accorder des dommages-intérêts (par. 6, nos italiques). Selon la Cour, l'article 438 L.A.T.M.P. interdit à la victime l'option que reconnaît le Tribunal car celle-ci contourne l'interdiction y énoncée (par. 5). À notre avis, ce jugement récent s'inscrit dans la même trame que nos propos: à compter du moment où le «fondement» d'une réclamation s'avère un «grief», l'option (ou le chevauchement juridictionnel) mise de l'avant par le Tribunal ne peut être retenue car elle contourne le principe de l'exclusivité du forum arbitral prévu au *Code du travail* et reconnu par une jurisprudence constante de la Cour suprême du Canada.

de la création du Tribunal en 1989⁷⁴, le législateur a en effet explicitement permis que les recours pour assurer le respect des droits garantis par la *Charte* soient exercés devant d'autres forums que le Tribunal; clarifiant ou modifiant ainsi – c'est selon – l'état du droit développé quelques années auparavant par la Cour d'appel du Québec. Cette dernière avait effectivement décidé en 1978, dans le cadre de l'affaire *Les Ateliers d'Ingénierie Dominion Limitée c. La Commission des droits de la personne du Québec*⁷⁵, que l'existence du recours à la Commission prévu à la *Charte* emportait nullité de toute autre stipulation législative prévoyant un recours différent.

32. Rappelons les faits de cette affaire. Trois salariés avaient été congédiés pour avoir harcelé des collègues de travail à l'occasion d'une grève illégale. Ceux-ci avaient d'abord contesté cette mesure en déposant des griefs qui avaient été référés subséquemment à un tribunal d'arbitrage⁷⁶. Quelques semaines plus tard, les salariés ont également déposé des plaintes en vertu du *Code du travail* ainsi que devant la Commission des droits de la personne, alléguant ici être victimes de discrimination fondée sur leurs convictions politiques.

33. Parce que la convention collective interdisait expressément une telle discrimination⁷⁷, l'employeur contesta la compétence de la Commission des droits d'entreprendre son enquête en alléguant l'existence de la procédure d'arbitrage de grief. La Cour d'appel rejeta cette prétention en soulevant qu'en raison de la présence de l'ancien article 69 de la *Charte*⁷⁸:

74. *Loi modifiant la Charte des droits et libertés de la personne concernant la Commission et instituant le Tribunal des droits de la personne*, L.Q. 1989, c. 51. Comme son titre l'indique, le législateur québécois a alors reconfiguré les responsabilités de la Commission et a créé le Tribunal. La partie de la *Loi* concernant le Tribunal est entrée en vigueur le 1er septembre 1990 et le Tribunal a été instauré officiellement le 10 décembre 1990.

75. *Supra*, note 16. La décision a été prononcée le 15 décembre 1978.

76. *Id.*, p. 211.

77. Voir le texte de l'article 3.2 de la convention collective à la page 213 de la décision.

78. L'ancien article 69 de la *Charte* se lisait ainsi: «Toute personne qui a raison de croire qu'elle est ou a été victime d'une atteinte à un droit reconnu aux articles 10 à 19 ou au premier alinéa de l'article 48 peut adresser, par écrit, une demande d'enquête à la Commission. Tout groupe de personnes peut, de la même manière et aux mêmes conditions, faire une demande d'enquête.»

[...] la sanction des obligations énoncées à l'article 16 (*Charte*) [...] comprend un recours *spécifique et distinct de tout recours de droit commun*.⁷⁹

34. Le «recours» devant la Commission, basé sur l'ancien article 69 de la *Charte*, constituait donc pour la Cour d'appel le seul moyen qu'une personne pouvait exercer lorsqu'il y avait allégation de discrimination. Selon la Cour – et c'est ce passage qui a été repris à plusieurs reprises par le Tribunal⁸⁰:

Ce n'est pas parce qu'on a inséré dans une convention collective une disposition qui ne fait que répéter une disposition identique d'une loi que l'on peut ainsi priver une personne d'un recours statutaire spécifique et distinct dont cette loi assorti (sic) cette disposition.⁸¹

35. À la lumière des amendements apportés à la *Charte* en 1989⁸², il est manifeste que la décision *Ateliers d'ingénierie Dominion* a perdu la base même de son autorité⁸³. En effet, si la Cour

79. *Ateliers d'Ingénierie Dominion*, *supra*, note 16, p. 214 (nos italiques). L'article 16 auquel la Cour d'appel réfère énonçait (et précise toujours maintenant): «Nul ne peut exercer de discrimination dans l'embauche, l'apprentissage, la durée de la période de formation, la formation professionnelle, la promotion, la mutation, le déplacement, la mise à pied, la suspension, le renvoi ou les conditions de travail d'une personne ainsi que dans l'établissement de catégories ou de classifications d'emploi.»

80. Voir les arrêts *C.D.P.Q. c. Voltaire*, [1993] R.J.Q. 333, 339; *Poliquin c. Collège de Victoriaville*, *supra*, note 52, p. 354; *C.D.P.J.Q. c. Résidences Laurendeau*, *supra*, note 6, p. 2146, note 8.

81. *Ateliers d'Ingénierie Dominion*, *supra*, note 16. Même si les décisions du Tribunal qui se réfèrent à cette décision de la Cour d'appel n'insistent pas sur le reste du raisonnement du juge Jacques, il n'est pas inutile de le reprendre afin de bien mesurer la portée de ce dernier extrait si souvent repris par le Tribunal: «L'article 16 précité étant une disposition prohibitive, il emporte nullité de toute stipulation qui lui serait contraire. *Je suis d'avis que cette nullité s'étend aux stipulations qui prévoient un recours différent du recours spécifique et distinctif qui a été attaché par la loi à la prohibition.*» La Cour d'appel se référerait alors au recours découlant de l'ancien article 69 de la *Charte*.

82. *Supra*, note 57. Cette Loi, comme son titre l'indique, a reconfiguré les responsabilités de la Commission et a créé le Tribunal.

83. Il est à noter que la Cour suprême du Canada s'est référée à l'affaire *Ateliers d'Ingénierie Dominion* dans le cadre de son arrêt *Shell Canada c. Travailleurs Unis du pétrole*, [1980] 2 R.C.S. 181. Il s'agissait dans cette affaire de décider si un arbitre de grief avait compétence pour disposer d'une réclamation en dommages-intérêts par l'employeur contre le syndicat à la suite d'une grève illégale. La convention collective contenait une clause à l'effet qu'il n'y aurait ni grève, ni lock-out pendant la durée de la convention collective, reprenant ainsi en substance le texte de l'ancien article 95 du *Code du travail* (actuel article 107 *C.t.*). Comme on le sait, la Cour suprême a conclu, à l'unanimité, en s'appuyant sur l'arrêt *General Motors of Canada Ltd. c. Brunet*, [1977] 2 R.C.S. 537 et *Imbleau et al. c. Laskin et al.*, [1962] R.C.S. 338, qu'étant donné que le syndicat était poursuivi pour «violation des clauses par lesquelles ils se sont engagés à ce qu'il

d'appel décelait, en décembre 1978, dans l'ancien article 69 «un recours *spécifique et distinctif de tout recours de droit commun*» qui avait pour effet de rendre nulles les stipulations prévoyant «un recours différent» – excluant du coup le recours à l'arbitrage de grief – il est certain qu'un tel argument est devenu obsolète à la lumière des articles 77, 80 et 49 de la *Charte* actuelle⁸⁴.

n'y ait pas de grève, il s'agit d'un grief de la compétence d'un arbitre» (p. 188). L'intérêt de cet arrêt pour la présente étude vient du fait que le procureur syndical avait invoqué, en soulevant l'arrêt *Ateliers d'Ingénierie Dominion*, que l'insertion dans la convention collective de l'article 95 du *Code du travail* ne pouvait avoir pour conséquence «de transférer à l'arbitre une compétence qui autrement, selon lui, appartiendrait aux tribunaux civils» (p. 189); argument, on le constate, fort similaire à celui fréquemment repris par le Tribunal pour valoir à l'égard de sa compétence. La Cour suprême a dit douter «de la justesse de cet énoncé» en soulignant les différences entre le texte du *Code du travail* et celui de la convention collective. Mais, au-delà de ce point, la Cour a indiqué que l'affaire *Ateliers d'Ingénierie Dominion* ne consistait pas à déterminer la compétence d'un tribunal d'arbitrage. Même si la Cour a fait une erreur dans son énoncé des faits en disant que le jugement de la Cour d'appel n'indiquait pas si les salariés avaient eu recours à la fois à la procédure de grief et soumis une plainte à la Commission (ce qui avait été pourtant le cas, voir *supra*, par. 32), la remarque du juge Chouinard à l'effet qu'il «n'est question que de ce dernier recours (celui devant la Commission) et d'une plainte pour activité syndicale *qui est une toute autre chose*» (p. 190, nos italiques) semble indiquer sa réserve s'il avait été question, selon lui, d'un cas de coexistence entre la procédure de grief et une plainte devant la Commission.

84. L'article 77 précise les cas où la Commission «refuse ou cesse d'agir en faveur de la victime». Au second alinéa du premier paragraphe, on y indique la situation où «la victime ou le plaignant a exercé personnellement, pour les mêmes faits, l'un des recours prévus aux articles 49 et 80». Au second paragraphe de ce même article, il est prévu au quatrième alinéa que la Commission «peut refuser d'agir en faveur de la victime» lorsque «la victime ou le plaignant a exercé personnellement, pour les mêmes faits, un autre recours que ceux prévus aux articles 49 et 80». À l'article 80, on prévoit que la Commission «peut s'adresser à un tribunal en vue d'obtenir, compte tenu de l'intérêt public [...]». Enfin, à l'article 49, on lit qu'«Une atteinte illicite à un droit ou à une liberté reconnu par la présente 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. En cas d'atteinte illicite et intentionnelle, *le tribunal* peut en outre condamner son auteur à des dommages exemplaires» (nos italiques). Tel qu'il appert de ces textes, le législateur a, d'une part, reconnu expressément qu'une personne pouvait avoir exercé, pour les mêmes faits, un des recours prévus aux articles 49 et 80 devant un autre tribunal et que ceci privait la Commission du droit d'agir en faveur de cette victime. Or, à la lumière des articles 49 et 80, il est manifeste que ce recours peut avoir été exercé devant tout tribunal et non pas limitativement en fonction de la filière plainte à la Commission/recours éventuel devant le Tribunal des droits de la personne. À ce sujet, il est à noter que lorsque la *Charte* traite du Tribunal des droits de la personne, elle utilise la majuscule (voir les articles 100 à 133) alors qu'elle ne le fait pas lorsqu'elle se réfère, d'une façon plus générale, à un «tribunal» comme c'est le cas aux articles 49 et 80. Avant la modification apportée en 1989 à la *Charte*, l'équivalent de l'article 77 n'existait pas en ce qui regarde les alinéas identifiés ci-dessus. L'ancien article 76 prévoyait que la Commission devait refuser de faire ou de poursuivre une enquête seulement dans le cas où elle constatait «qu'elle n'a pas compétence en vertu de

36. Loin de conférer une quelconque exclusivité à la Commission ou au Tribunal à l'égard des recours découlant de la Charte, le législateur a plutôt reconnu qu'un recours prévu aux articles 49 et 80 de la *Charte* pouvait être exercé devant d'autres forums que la Commission ou le Tribunal⁸⁵. L'affaire *Manoir de Verdun*⁸⁶

la présente loi». Il n'y avait donc là aucune référence à un recours exercé devant un autre forum mais la loi se limitait à évoquer l'hypothèse d'une plainte qui n'était pas couverte par le champ de la *Charte*. L'ancien article 77 recouvrait pour sa part les termes des alinéas 2 et 3 du second paragraphe de l'article 77 actuel. Ces questions d'intérêt et de plainte frivole ou vexatoire ne sont pas en jeu dans le cadre de notre étude. Donc, et ceci est important, les modifications de 1989 ont non seulement créé le Tribunal mais ont reconnu, en même temps et ce, d'une manière expresse, que la plainte devant la Commission et le possible recours devant le Tribunal n'était pas exclusif et que la Commission doit même refuser ou cesser d'agir lorsqu'une personne a exercé un recours prévu à la *Charte* devant un «tribunal» qui n'est pas nécessairement le Tribunal des droits de la personne.

85. Voir l'article 77 de la *Charte*, *supra*, note 84. Il est intéressant de souligner – et ceci renforce, à notre avis, notre proposition – que le législateur a, dans une situation précise, prévu expressément devant quel tribunal un recours découlant de la *Charte* doit être exercé. Dans le cadre des programmes d'accès à l'égalité (art. 86, 88 et 89 *Charte*), la Commission peut après enquête s'adresser à un tribunal (sans indiquer ici lequel) pour obtenir l'élaboration et l'implantation d'un tel programme (art. 88(2)). Or, en vertu de son pouvoir de surveillance de l'application de tels programmes (art. 89), il est possible que, suite à des faits nouveaux, le programme élaboré et implanté ait à être modifié, reporté ou annulé. Dans un tel cas, l'article 91(3) de la *Charte* prévoit: «En cas de désaccord, l'une ou l'autre peut s'adresser *au tribunal auquel la Commission s'est adressée en vertu du deuxième alinéa de l'article 88*, afin qu'il décide si les faits nouveaux justifient la modification, le report ou l'annulation du programme» (nos italiques). La Cour d'appel du Québec a récemment décidé, dans l'affaire *Chaput et C.D.P.D.J. c. Commission scolaire des Samares*, 2000T-1033, qu'en raison des termes utilisés par le législateur à l'article 91 de la *Charte*, la Commission doit obligatoirement s'adresser au même tribunal – alors le Tribunal des droits de la personne – que celui où la demande initiale avait été déposée (par. 35). Une telle précision législative, qui impose clairement aux parties le choix d'un forum particulier, n'existe dans aucune autre disposition de la *Charte*.
86. *Centre d'hébergement et de soins de longue durée Champlain-Manoir de Verdun c. Québec (Commission des droits de la personne et de la jeunesse)*, 99T-53 (C.S.) (ci-après *Manoir de Verdun*). Dans cette affaire, un salarié syndiqué, à la suite de son congédiement, a d'abord contesté celui-ci par grief et a subséquemment déposé une plainte à la Commission en alléguant être victime de discrimination. L'employeur a soutenu devant la Cour supérieure que la Commission devait cesser d'agir en s'appuyant sur l'article 77 de la *Charte* (voir *supra*, note 67). À la suite d'une analyse bien documentée, la Cour supérieure lui a donné raison en retenant que la procédure d'arbitrage de grief équivalait à un des recours prévus à l'article 49 de la *Charte* et que la Commission devait alors se conformer à l'article 77, al. 1(2) de celle-ci et cesser d'agir pour le plaignant. Cette décision a fait l'objet d'une requête pour rejet d'appel qui a été accueillie par la Cour d'appel (n° 500-09-007442-981) sans toutefois que la Cour ne se prononce sur le fond de cette question. La permission d'appel à la Cour suprême du Canada de ce jugement a été rejetée récemment (n° 27639, 24 août 2000).

confirme d'ailleurs cette lecture de l'état du droit actuel. Or, il est troublant de constater que le Tribunal appuie toujours son argumentation relative à la renonciation des droits sur cette décision *Ateliers d'Ingénierie Dominion* sans toutefois faire allusion aux importantes modifications législatives qui sont venues remettre directement en cause la base de la conclusion développée il y a plus de vingt ans par la Cour d'appel⁸⁷.

37. Dans un jugement récent, l'affaire *Centre hospitalier universitaire de l'Université de Montréal c. Commission des droits de la personne et de la jeunesse*⁸⁸, la Cour supérieure a énoncé, dans le cadre d'une décision relative à une requête pour jugement déclaratoire où était posée la question de la coexistence juridictionnelle entre l'arbitre de grief et la Commission⁸⁹, qu'un grief «pourrait tout au plus et peut-être «être considéré» comme un «autre recours» au sens du deuxième alinéa de l'article 77»⁹⁰ et qu'il appartient à la Commission d'évaluer cette question eu égard aux notions de litispendance et de chose jugée. Selon la Cour supérieure, la Commission pourrait, en toute occasion, faire son enquête et livrer au syndicat le fruit de celle-ci pour les fins de l'arbitrage ou même intervenir devant l'arbitre de grief en vertu de l'article 80 de la *Charte*. Le juge Fournier est d'avis que les mots «autre recours» prévus à l'article 77 doivent avoir une interprétation restrictive⁹¹. Dans cette perspective, la Cour supérieure estime que les amendements apportés à la *Charte* en 1989 n'ont pas rendu caduques les décisions *Ateliers d'ingénierie Dominion* et *Québec Poultry*⁹² puisqu'à «nul endroit dans la Charte est-il dit que la Commission ne peut exercer son pouvoir d'enquête si la personne a déposé un grief ou pourrait déposer un grief»⁹³. Hormis de

87. De la même nature que l'affaire *Les Ateliers d'ingénierie Dominion* et à partir des mêmes dispositions législatives, voir *Québec Poultry Ltée c. La Commission des droits de la personne du Québec*, [1979] C.A. 148. Voir G. VALLÉE, *Les jugements récents du Tribunal des droits de la personne en matière de discrimination en emploi: nouvelles limitations à la compétence exclusive de l'arbitre de griefs?*, dans *Développements récents en droit du travail* (1993), Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 3. L'auteur s'étonne de l'importance donnée par le Tribunal à l'affaire *Les Ateliers d'ingénierie Dominion* compte tenu de l'évolution de la jurisprudence de la Cour suprême (p. 8).

88. 2000T-377 (C.S., j. P. Fournier) (ci-après *CHUM*).

89. Dans cette affaire, des employés syndiqués qui prétendaient dans cette affaire être victimes de discrimination ont d'abord fait des griefs qu'ils ont ensuite retirés pour faire une plainte devant la Commission.

90. *Id.*, par. 41.

91. *Id.*, par. 42.

92. *Supra*, notes 16 et 87.

93. *Id.*, par. 49.

répéter à deux reprises cette idée de non-caducité des décisions de la Cour d'appel, l'analyse de la Cour supérieure sur cette question de la portée des amendements de 1989 nous paraît faible en droit. À notre avis, lorsqu'il s'agit de déterminer si de nouveaux textes législatifs ont modifié le droit existant, la première démarche suppose une comparaison objective des dispositions législatives pertinentes. À ce titre, la Cour supérieure est particulièrement silencieuse. La Cour prétend que la décision rendue dans l'affaire *Manoir de Verdun*⁹⁴ – qui estime que le dépôt d'un grief à l'arbitrage empêche la Commission d'agir à l'égard d'une plainte portée par la même personne – «vide de son sens» le second alinéa du premier paragraphe de l'article 77⁹⁵. La Cour ne donne toutefois aucune indication pour sa part de la signification qu'il faille donner à ce texte nouveau qui doit être lu avec les articles 80 et 49 de la *Charte*, ni ne réfère à l'arrêt *Béliveau St-Jacques*⁹⁶, où le juge Gonthier a clairement énoncé, en s'appuyant spécifiquement sur l'article 77 de la *Charte*, que «la compétence de la Commission [...] ne possède pas, au Québec, un caractère exclusif [...]»⁹⁷; réfutant ainsi directement l'essence même des affaires *Ateliers d'ingénierie Dominion* et *Québec Poultry*. La Cour supérieure consacre plutôt un long développement à l'hypothèse – qui n'était même pas en question dans ce litige – du syndicat qui refuse de soumettre un grief à l'arbitrage et où le recours prévu à l'article 47.3 et s. *C.t.* n'est pas ouvert⁹⁸. Cette approche – largement utilisée par le Tribunal – a peut-être l'effet de conférer un sens dramatique à la question mais passe complètement à côté de la problématique alors à l'étude, soit un cas où des salariés syndiqués, couverts par une convention collective interdisant expressément la discrimination, avaient personnellement et pour les mêmes faits exercé d'abord des griefs. Tout le scénario de refus d'agir du syndicat – sur lequel nous reviendrons⁹⁹ – biaise donc, à notre avis, l'analyse des dispositions législatives pertinentes. En somme, s'il faille identifier une décision qui «vide de son sens» les dispositions adoptées par le législateur en 1989 à l'occasion de la création du Tribunal, c'est principalement du côté de la décision du *CHUM* qu'on doit regarder tant celle-ci nie, selon nous, toute portée à ces articles.

94. *Supra*, note 86.

95. *Id.*, par. 43.

96. *Supra*, note 48.

97. *Id.*, p. 408.

98. *CHUM*, *supra*, note 88, par. 52-59.

99. *Infra*, par. 89-92.

38. Tel que cette revue l'indique, le «recours spécifique et distinctif» proposé en 1978 par la Cour d'appel afin de soutenir à l'époque la compétence exclusive de la Commission à l'égard de l'arbitrage de grief, a été écarté par le législateur. On lui a préféré une approche dissociant le recours – où est alléguée la violation d'un droit prévu à la *Charte* – des institutions d'enquête et d'adjudication créées par cette dernière¹⁰⁰.

100. Il est à noter que dans la récente décision *Communauté urbaine de Montréal* (*supra*, note 5), la juge Laberge signale que les jugements *Manoir de Verdun* et *Centre hospitalier universitaire de l'Université de Montréal* ne sont qu'en «apparence contradictoires» puisque, selon elle, «ces deux décisions prennent appui sur des faits justifiant l'une et l'autre position» (par. 15). La juge Laberge établit la distinction entre les deux affaires sur le fait que dans *Centre hospitalier universitaire* «il n'y avait aucun grief, donc aucun recours exercé». La Commission n'avait donc pas l'obligation de cesser d'agir» (par. 15, nos italiques). À notre avis, cette distinction suggérée par la juge Laberge ne peut être retenue. Dans les deux affaires, des griefs contestant des décisions patronales ont d'abord été déposés par les salariés concernés (pour l'affaire du *Centre hospitalier universitaire*, voir *supra*, note 71, par. 2). Dans les deux affaires, les dispositions de la convention collective interdisaient spécifiquement la discrimination alléguée. Donc, dans les deux cas, l'arbitrage de grief constituait, selon la loi, le seul forum pour décider de ces litiges découlant de conventions collectives. Le fait que dans l'affaire du *Centre hospitalier universitaire*, les griefs, d'abord déposés conformément à la convention collective, aient été subséquemment retirés n'enlève rien à la qualification juridique de leur source, de leur lien avec la convention collective. Eu égard à l'article 77 (2) de la *Charte* (*supra*, note 67), dans les deux affaires, la personne plaignante «a exercé personnellement, pour les mêmes faits, l'un des recours prévus aux articles 49 et 80» (nos italiques). Le législateur emploie bien la formule «a exercé...l'un des recours» et ne dit pas que la Commission doit cesser ou refuser d'agir si la personne plaignante «exerce encore» ou «continue d'exercer l'un des recours». Or, dans l'affaire du *Centre hospitalier universitaire*, les plaignants «ont exercé» au départ un recours équivalant à l'article 49 de la *Charte* (voir à ce sujet l'analyse du juge Rochon dans l'affaire *Manoir de Verdun*, *supra*, note 69). Le retrait subséquent d'un grief ne peut donc «effacer» ce fait. En somme, la question consiste donc à examiner si un recours (en l'espèce un grief) a ou non été exercé. Dans la première hypothèse, la Commission ne possède pas discrétion pour agir à l'égard d'une plainte. Nous reconnaissons toutefois qu'un salarié syndiqué, se prétendant victime de discrimination, peut porter plainte à la Commission et ce, même si la convention collective régissant ses conditions de travail interdit expressément ou implicitement la discrimination. Au stade de l'enquête et des possibles mesures de redressement en découlant (art. 78 et 79 de la *Charte*), le principe de l'exclusivité arbitrale n'est pas altéré puisque les mesures de redressement proposées par la Commission ne sont pas coercitives. La Commission ne constitue donc pas un organisme d'adjudication statuant sur un recours. Cependant, la dynamique juridique se métamorphose complètement au moment où la Commission, constatant que ses propositions de redressement n'ont pas été, à sa satisfaction, mises en œuvre dans un délai imparti (art. 80 de la *Charte*), s'adressera au Tribunal pour obtenir une décision exécutoire. C'est à compter de cet instant que les règles de l'exclusivité arbitrale exposées jusqu'ici imposent un forum obligatoire et exclusif pour disposer de tout litige qui résulte de la convention collective. Or, on l'a vu, le Tribunal ne constitue pas ce forum. À notre avis, la personne qui préfère la voie de la plainte à la Commission à celle de l'arbitrage

39. Il est possible d'imaginer que le législateur aurait pu faire d'autres choix à ce sujet. Stipuler que le Tribunal a compétence exclusive pour disposer des recours invoquant le non-respect d'un ou l'autre des droits garantis par la *Charte* aurait pu constituer une option¹⁰¹. Une autre avenue aurait pu permettre expressément une possible coexistence avec l'arbitrage de grief et indiquer que la personne salariée soit tenue d'opter, pour l'exercice de son recours soulevant la violation d'un droit de la personne consacré à une convention collective, entre la voie des institutions prévues à la *Charte* ou l'arbitrage de grief¹⁰². Ces alternatives, qui auraient évidemment battu en brèche la règle de l'exclusivité de l'arbitrage

de grief dans une hypothèse comme celle que nous venons d'énoncer devrait être informée que si l'étape non coercitive de la Commission ne donne pas de résultats fructueux, les principes de droit actuels devraient empêcher le Tribunal de statuer sur son recours. Le risque de suivre la voie de la plainte à la Commission nous paraît alors considérable compte tenu des limites intrinsèques de celle-ci et du danger bien réel que les délais pour faire un grief en vertu de la convention collective soient prescrits depuis longtemps.

101. Voir, par exemple, l'article 369 de la *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*, L.R.Q., c. A-3.001, qui énonce une compétence «à l'exclusion de tout autre tribunal» pour la Commission des lésions professionnelles et ce, pour une série de recours découlant de la Loi qui sont expressément désignés. Au même titre, le législateur a indiqué que le salarié qui croit être victime d'une sanction ou d'une mesure visée à l'article 15 *C.t.* doit, s'il désire se prévaloir de la protection prévue à cet article, soumettre sa plainte au commissaire général du travail qui en saisira subséquemment un commissaire du travail (art. 16 *C.t.*). La Cour d'appel du Québec a considéré que cette juridiction est exclusive (*Ludger Harvey Ltée c. Cossette*, [1972] C.A. 619; la Cour disant partager les motifs de la Cour supérieure sur ce point. Même si cette décision concernait la juridiction de l'ancienne Commission des relations de travail, cette conclusion demeure encore valable puisque le texte des dispositions pertinentes est demeuré – sauf quant à la désignation de l'adjudicateur – similaire. C'est donc dire que le législateur a décidé que lorsqu'un salarié attaque la *légalité* d'une décision dont il est l'objet eu égard au champ des «activités syndicales», le recours doit être exercé devant les instances spécialisées prévues au *Code du travail*. Contrairement à ce que laisse entendre le Tribunal dans *Karas* (*supra*, note 54, p. 720), on ne peut dégager de cette situation un exemple de concurrence de compétences entre l'arbitre et le commissaire du travail. Il faut plutôt y voir une illustration très claire d'un choix législatif, soit celui d'attribuer à un organisme précis les recours découlant de l'article 15 *C.t.* Ce choix, on l'a vu, n'a pas été fait dans le cadre de la *Charte* car aucun forum particulier n'a été désigné pour disposer des plaintes alléguant le non-respect des droits y spécifiés. À notre avis, en se référant à l'exemple des articles 15 et s. *C.t.*, le Tribunal, dans l'affaire *Karas*, ne fait qu'affaiblir sa position en droit.
102. Voir à titre d'illustration d'une telle approche législative l'article 227 de la *Loi sur la santé et la sécurité du travail*, L.R.Q., c. S-2.1, qui laisse au salarié ayant été l'objet d'une mesure (congédiement, suspension, déplacement, mesures discriminatoires ou représailles) à cause de l'exercice d'un droit résultant de cette Loi le choix, s'il est syndiqué, de soumettre une plainte à la Commission de la santé et de la sécurité du travail ou de recourir à la procédure de grief prévue à la convention collective le régissant. Voir également l'article 32 de la *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*, L.R.Q., c. A-3.001.

de grief qui, rappelons-le, était énoncée explicitement au *Code du travail* et consacrée clairement par la Cour suprême du Canada au moment des amendements apportés à la *Charte* en 1989¹⁰³, n'ont pas été retenues par le législateur.

40. À notre avis, un message doit être dégagé de cette orientation législative: contrairement à l'affaire *Ateliers d'Ingénierie Dominion* qui établissait, en vertu des anciennes dispositions de la *Charte*, un caractère obligatoire au recours devant être porté auprès de la Commission des droits, le législateur a décidé, en 1989, de ne pas imposer à la *Charte* de forum spécifique pour disposer des recours découlant de celle-ci¹⁰⁴. Certes, un recours peut, en principe, être exercé devant la Commission et éventuellement être soumis au Tribunal. Mais cette possibilité, même si elle est prévue à la *Charte* elle-même, ne bénéficie d'aucune prépondérance ou exclusivité. Le législateur reconnaît ainsi que ce recours peut être intenté devant d'autres tribunaux et rien à la *Charte* n'interdit qu'une autre loi, comme le *Code du travail*, puisse orienter l'exercice de celui-ci vers un tribunal spécifique.

41. Il est donc inexact de prétendre, comme le fait le Tribunal, que le principe de l'exclusivité arbitrale, lorsqu'il s'applique, priverait un salarié syndiqué d'un droit garanti par la *Charte*¹⁰⁵.

103. Pour ne mentionner que l'arrêt le plus important à cette époque sur cette question: *St. Anne Nackawik Pulp & Paper Co.*, *supra*, note 17, dont la Cour d'appel du Québec a reconnu l'applicabilité en droit québécois dans l'arrêt *Foisy c. Bell Canada*, [1989] R.J.Q. 521 (C.A.). Cette dernière décision, datée du 15 février 1989, précède l'adoption des amendements apportés à la *Charte* dans le cadre desquels le Tribunal a été institué (soit le 22 juin 1989, voir *supra*, note 74).

104. Dans sa dissidence partielle prononcée dans l'arrêt *Béliveau St-Jacques*, *supra*, note 48, le juge L'Heureux-Dubé note d'ailleurs que l'article 77, al. 1(2) de la *Charte* permet à une personne ayant subi une atteinte à un droit garanti par la *Charte* d'intenter une action devant les tribunaux de droit commun (p. 384). À notre avis, cette même observation peut s'appliquer à l'égard d'un arbitre de grief. Voir sur cette question l'excellente analyse du juge Rochon faite dans l'arrêt *Centre d'hébergement et de soins de longue durée Champlain-Manoir de Verdun*, *supra*, note 86. Dans l'affaire *Commission des droits de la personne du Québec c. Coutu*, [1992] R.J.Q. 537, le Tribunal reconnaît d'ailleurs «[...] que la création du Tribunal des droits de la personne ne signifie pas que les recours ne pourraient être intentés devant les tribunaux de droit commun. C'est l'interprétation que nous donnent les débats parlementaires, portant sur l'étude article par article de la loi, lors de l'examen de l'article 80 de la charte lorsque le mot «tribunal» est utilisé». (p. 543, note 13). Dans la mesure où, comme nous l'avons établi, les tribunaux supérieurs répètent inlassablement qu'ils n'ont pas compétence, en principe, lorsqu'un litige découle ou résulte d'une convention collective, il nous semble que ce principe de base s'impose tout autant à l'égard du Tribunal.

105. Nous verrons en seconde partie de ce texte qu'en dépit de la règle de l'exclusivité du forum arbitral, il est possible, dans certaines situations précises, qu'un

C'est le législateur – et non les parties à la convention collective comme le laisse entendre le Tribunal¹⁰⁶ – qui a voulu que tous les griefs découlant de l'interprétation et de l'application d'une convention collective soient entendus par le seul forum qu'est l'arbitrage de grief. Aucune exception à ce principe, qui tiendrait compte de la nature des griefs, n'a été énoncée à la *Charte* et nous estimons qu'il ne peut revenir au Tribunal d'en établir.

C) Pouvoirs limités de l'arbitre

42. Après avoir démontré la fragilité de la position du Tribunal concernant la question de l'essence du litige et de celle de la renonciation de droit, voyons maintenant comment celui-ci se taille une compétence à l'égard des litiges découlant directement de conventions collectives en banalisant cette fois les pouvoirs des arbitres de griefs.

43. L'affaire *Roussin*¹⁰⁷ illustre parfaitement cette situation où, comme nous le verrons, l'analyse du Tribunal est telle qu'il est le seul à pouvoir en sortir vainqueur. Sylvie Roussin, salariée syndiquée, conteste la façon avec laquelle son employeur évalue les montants correspondant à son congé annuel. À son avis, le calcul effectué conformément à un article de la convention collective est discriminatoire à l'égard des salariées à temps partiel qui ont eu une grossesse au cours de l'année de référence¹⁰⁸. La convention collective pertinente prévoyait une disposition interdisant expressément, entre autres motifs, une telle discrimination¹⁰⁹. Selon les faits, la salariée n'aurait pas déposé de grief mais aurait plutôt fait une plainte à la Commission des droits de la personne¹¹⁰. Cette dernière, après enquête, a proposé à l'employeur de la salariée de verser à Sylvie Roussin une indemnité représentant la somme qu'elle aurait reçue n'eût été de son congé de maternité et

salarié invoquant un manquement à un droit garanti par la *Charte* et par la convention collective se voit priver d'un recours devant un arbitre de grief. Dans de tels cas, nous démontrerons que la personne ainsi privée peut exercer son recours devant le tribunal de son choix. Voir *infra*, par. 89-92.

106. Voir *Résidences Laurendeau*, *supra*, note 6, p. 2146, par. 23.

107. *Supra*, note 3.

108. Il s'agit de l'article 27.13 de la convention collective qui est cité à la p. 907 de la décision, *supra*, note 3.

109. Le Tribunal fait état de l'existence de cette clause de la convention collective mais n'en donne pas le texte. Celui-ci reprend les termes des articles 10 et 20 de la *Charte*.

110. Cette information quant à l'identification de la personne qui a déposé la plainte est mentionnée à la décision *Roussin*, *supra*, note 3, par. 3.

de retrait préventif¹¹¹. Dans ses mesures de redressement, la Commission a proposé, à des parties désignées comme «intéressées»¹¹², une série de mesures visant plus globalement «les travailleuses qui, comme elle, prennent un congé de maternité»¹¹³, afin que leur paie de vacances inclue à l'avenir le salaire hebdomadaire moyen qu'elles auraient si ce n'était de leur congé de maternité. De plus, la Commission proposait que la convention collective soit modifiée de façon à faire cesser la distinction fondée sur la grossesse dans le calcul des vacances pour les salariées à temps partiel¹¹⁴.

44. Ces mesures de redressement n'ayant pas été appliquées, la Commission a porté une demande au Tribunal. Il est important de noter que l'employeur y est alors désigné comme partie défenderesse, le syndicat représentant la salariée ainsi que la fédération syndicale à laquelle elle appartient sont parties intervenantes alors que le Comité patronal de négociation du secteur de la santé et des services sociaux est visé à titre de «partie intéressée»¹¹⁵.

45. Dans le cadre d'une requête en irrecevabilité où l'employeur invoque que seul l'arbitre de grief peut entendre la réclamation de la salariée Roussin¹¹⁶, le Tribunal, dans un jugement ponctué d'erreurs de droit, réussit le tour de force de conclure qu'il est le seul forum pouvant apporter une solution complète à ce

111. *Id.*, par. 4.

112. En fait, selon l'intitulé même de l'affaire *Roussin* et à la lecture des notes du Tribunal (par. 49), on comprend qu'il n'y a qu'une seule «partie intéressée», soit le Comité patronal de négociation du secteur de la santé et des services sociaux. Il y a deux parties «intervenantes», soit le Syndicat des employés du CHRDL et la Fédération de la santé et des services sociaux. Le Centre hospitalier régional de Lanaudière est, pour sa part, désigné comme étant la partie défenderesse devant le Tribunal. En vertu de l'article 116 de la *Charte*, il est prévu que la demande faite par la Commission devant le Tribunal peut être signifiée à «tout intéressé» qui devient, de plein droit, partie à la demande. Par ailleurs, le second alinéa de ce même article prévoit la possibilité que des personnes, groupes ou organismes demandent le statut d'intervenants dans une affaire. En l'espèce, les mesures de redressement (P-2) proposées par la Commission visaient l'employeur comme mis en cause et les autres parties nommées ci-haut comme «parties intéressées».

113. La mesure de redressement C) demande au Tribunal de «constater que la clause 27.13 de la convention collective est réputée sans effet, en vertu de l'article 13 de la *Charte*, à l'égard de madame Roussin et des travailleuses qui, comme elle, prennent un congé de maternité» (*supra*, note 3, par. 10, nos italiques).

114. *Id.*, par. 3.

115. Voir *supra*, note 112.

116. *Id.*, *supra*, note 3, par. 4.

litige¹¹⁷, écartant ainsi complètement la compétence de l'arbitre dans une affaire découlant pourtant directement d'une convention collective...

46. Faire la synthèse de la motivation de cette décision n'est pas facile tant elle emprunte différentes pistes pour remettre en question la compétence de l'arbitre de grief. Nous retenons néanmoins que c'est autour de l'étendue des pouvoirs de réparation de l'arbitre de grief que se décide essentiellement cette affaire. Selon le Tribunal, la règle de l'exclusivité ne peut valoir car l'arbitre «n'est pas habilité par la convention collective, à accorder la réparation demandée par la plaignante»¹¹⁸. Sans surprise, comme on peut l'imaginer, le Tribunal conclut qu'il possède pour sa part les pouvoirs requis pour le faire¹¹⁹.

47. Plusieurs observations importantes doivent être effectuées à propos de cette décision du Tribunal des droits. *Primo*, le Tribunal laisse planer – dans une valse-hésitation déroutante – que l'arbitre de grief ne pourrait invoquer une compétence exclusive à l'égard du litige car, en vertu du *Code du travail* du Québec, celle-ci «est restreinte à des dimensions particulières, soit l'interprétation et l'application de la convention collective»¹²⁰. Or, selon le Tribunal, ce «n'est pas l'interprétation ou l'application que fait l'employeur de la clause 27.13 de la convention collective qui est contestée» dans cette affaire puisque celle-ci concerne, à son avis, «essentiellement [...] l'effet indirect produit par la clause 27.13 en regard des droits protégés par la Charte»¹²¹.

48. Notons d'abord ici – et ce, sans trop insister – le choix de référence effectué par le Tribunal: le litige mettrait, selon lui, en présence l'effet indirect d'une disposition de la convention collec-

117. Les par. 48 et 49 de la décision vont clairement en ce sens.

118. *Id.*, *supra*, note 3, par. 36.

119. *Id.*, *supra*, note 3, par. 49. Comme nous le signalions précédemment (*supra*, note 4), le Tribunal conclut sa décision en indiquant que contrairement à la situation de l'arbitre qui est, à son avis, restreint par les dispositions de la convention collective, il peut, pour sa part, «rendre toute ordonnance qui vise à protéger les droits des parties». (par. 49). Le paradoxe de cette situation est notable. Le Tribunal prétend avoir plus de pouvoirs que l'arbitre (c'est l'essence même de sa décision dans les affaires *Roussin* et *Centre hospitalier Hôtel-Dieu de Sorel*) et invoque, à cette fin, un pouvoir expressément conféré à l'arbitre de grief par le *Code du travail* (art. 100.12g). Nous rappelons que la *Charte*, qui précise les pouvoirs du Tribunal, n'accorde pas un tel pouvoir au Tribunal...

120. *Id.*, *supra*, note 3, par. 12 (nos italiques).

121. *Id.*, par. 36 (nos italiques).

tive avec des droits prévus à la *Charte*. Le silence est total sur le fait, déjà énoncé, que la convention collective régissant la salariée Roussin interdit expressément la discrimination fondée sur la grossesse¹²² et que la réclamation à l'étude concerne le montant d'une paie de vacances qui est déterminé par la convention collective¹²³. Tout comme il le fera subséquemment dans les affaires *Résidences Laurendeau*¹²⁴ et *Centre hospitalier Hôtel-Dieu de Sorel*¹²⁵, le Tribunal fait complètement abstraction des textes pertinents de la convention collective, pourtant facteur de rattachement de l'arbitrage de grief¹²⁶ et préfère parler «d'effet indirect». Cette qualification est spacieuse et ne résiste à aucune analyse.

49. Mais – et ceci nous paraît plus sérieux – le Tribunal soutient que la compétence de l'arbitre de grief québécois est, contrairement à son homologue ontarien, limitée à l'interprétation et à l'application de la convention collective, excluant ainsi, selon lui, les litiges découlant de l'administration et de l'inexécution de la convention collective¹²⁷. Il est difficile de passer sous silence le caractère erroné de cette position. La Cour suprême du Canada a rejeté en effet la dichotomie «application/violation» d'une convention collective dès 1976 dans l'arrêt *General Motors Ltd. c. Brunet*¹²⁸ et ce, en faisant justement état des différences terminologi-

122. Le jugement rendu par le Tribunal dans l'affaire *Roussin* ne se réfère pas à la disposition de la convention collective qui interdit la discrimination dans les mêmes termes que l'article 10 de la *Charte* (art. 3.03).

123. Voir l'article 27.13 de la convention collective, *supra*, note 3, p. 907.

124. Voir *supra*, note 6.

125. *Supra*, note 3.

126. Voir, à ce sujet, l'analyse de la jurisprudence pertinente de la Cour suprême du Canada, *supra*, par. 7-19.

127. Selon le Tribunal, «Au Québec, la compétence spécifique de l'arbitre est restreinte à des dimensions particulières, soit l'interprétation et l'application de la convention collective, contrairement à d'autres législations qui ont étendu la compétence de l'arbitre aux questions d'administration et d'inexécution de la convention collective, tel qu'il ressort de Weber. Il convient donc de se référer à ces sources lorsque l'on procède à l'analyse de la reconnaissance de la juridiction exclusive de l'arbitre» (*supra*, note 3, par. 12, nos italiques). Voir aussi le par. 16 où, dans la même foulée, le Tribunal ajoute que «Ramené au contexte législatif québécois, seuls les litiges qui concernent l'interprétation ou l'application de la convention collective pourraient être considérés dans leur essence, comme résultant de la convention collective» (nos italiques).

128. *Supra*, note 66. Après avoir effectué justement la comparaison entre le *Code du travail* du Québec et le *Labour Relations Act* ontarien de l'époque (R.S.O. 1970, c. 232) et avoir noté, comme le Tribunal en l'espèce, les différences terminologiques, le juge Pigeon signalait: «Ici, soutient-on il s'agit de prétendue violation et par conséquent, ce n'est pas visé par le texte québécois. À mon avis, ce raisonnement pêche par la base. Le Code du travail n'est pas calqué sur la loi de l'Ontario ni sur celle des autres provinces au même effet, pas plus que sur le Code canadien du travail [...]. À mon avis, on ne saurait établir une distinction

ques entre les lois ontarienne et québécoise du travail. La Cour réitérait cette position à deux reprises quatre ans et neuf ans plus tard dans les arrêts *Shell Canada c. Travailleurs Unis du pétrole*¹²⁹ et *St. Anne Nackawik*¹³⁰. Retrouver la reprise d'un tel argument dans une décision contemporaine analysant précisément la compétence des arbitres de grief ne peut que laisser pan-tois. Il paraît légitime de se demander si le Tribunal est vraiment si éloigné de l'évolution du droit du travail québécois et canadien ou s'il ne préfère pas ignorer des décisions qui confirment la compétence et les pouvoirs des arbitres de griefs.

50. La question est loin d'être théorique lorsqu'on se réfère à un autre motif soulevé par le Tribunal et qui influence considérablement sa décision finale. Selon ce dernier, comme un arbitre ne peut, en vertu de la convention collective, modifier le texte convenu entre les parties¹³¹, il ne pourrait que «constater la conformité de l'interprétation et de l'application de la convention à la volonté des parties et son absence de juridiction quant au remède reproché»¹³². Pourtant, le même Tribunal écrivait auparavant que «non seulement l'arbitre a le pouvoir de conclure à l'inopérabilité d'une loi contraire à la Charte, mais aussi d'une disposition de la convention collective et d'accorder les réparations que le Code du travail et la convention collective l'habilitent à accorder»¹³³. À première vue, ces positions du Tribunal quant aux pouvoirs de l'arbitre semblent contradictoires. En fait, cette antinomie nous mène au cœur de la décision du Tribunal dans l'affaire *Roussin*: selon ce dernier, l'arbitrage de grief ne pourrait être exclusif car ce dernier ne permettrait pas d'imposer aux nom-

entre un différend relatif à «l'application» d'une convention et un différend relatif à sa «violation» parce qu'il s'agit simplement de deux façons d'envisager les mêmes problèmes.» (p. 551, nos italiques).

129. *Supra*, note 83, p. 186-188. Le juge Chouinard, qui commentait l'arrêt *General Motors Ltd.* indiquait: «C'est dire que les différences de rédaction de ces dispositions n'ont pas l'importance qu'on a pu leur prêter et que celles-ci ont en somme la même portée générale.» (p. 188).

130. *Supra*, note 17, p. 720.

131. Le Tribunal se réfère aux dispositions classiques des conventions collectives interdisant à l'arbitre de modifier le texte de la convention collective.

132. *Roussin*, *supra*, note 3, par. 36. La Cour d'appel a indiqué dans l'affaire *Hydro-Québec c. Tremblay*, *supra*, note 5, que ce type de clause «n'empêche pas l'arbitre d'accorder une réparation en vertu de l'article 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* ou en vertu de l'article 49 de la *Charte québécoise*» (par. 35, p. 7). L'argument tiré à de nombreuses reprises par le Tribunal des «limites» de ce genre de clause contractuelle a donc été écarté par la Cour d'appel.

133. *Id.*, par. 24.

breuses parties au litige les réparations demandées dans le cadre du recours dont il est saisi¹³⁴.

51. Cette conclusion du Tribunal sera analysée en deux pôles distincts. Dans un premier temps, nous estimons que le Tribunal erre en droit dans son analyse visant à établir si le litige relève ou non de la compétence exclusive de l'arbitre de grief. Afin de soutenir notre proposition, rappelons que dans l'affaire à l'étude, c'est Sylvie Roussin qui a, selon la preuve, déposé une plainte à la Commission¹³⁵. Toutefois, tant à l'occasion de l'enquête¹³⁶ que lors de la signification de la demande, la Commission a impliqué plusieurs autres parties à cette affaire¹³⁷. Somme toute, la Commission a considérablement élargi, devant le Tribunal, la portée de la réclamation de la salariée¹³⁸. Or, et tout le problème est là, c'est en

134. L'extrait suivant de la décision révèle en quelques mots quels sont, selon le Tribunal, les personnes visées et l'objet du recours dont il est saisi et en fonction duquel il disposera de la requête en irrecevabilité: «La question fondamentale ici est la suivante: un litige qui porte sur l'effet discriminatoire produit par l'application ou l'interprétation conforme de la convention collective *aux travailleuses en congé de maternité* peut-il relever de la compétence exclusive de l'arbitre de grief lorsque la réparation ne peut être le fait des parties devant lui, pas plus qu'elle ne peut découler de la convention collective les régissant?» (*supra*, note 3, par. 34, nos italiques).

135. Ceci apparaît au par. 24 de la décision. *Supra*, note 3.

136. Les mesures de redressement suggérées par la Commission à la suite de son enquête visaient l'employeur à titre de partie mise en cause et le syndicat local, la Fédération de la santé et des services sociaux et le Comité patronal de négociation du secteur de la santé et des services sociaux comme parties intéressées (voir pièce P-2). Sans vouloir trop insister sur ce point, nous nous demandons en vertu de quelle disposition de la *Charte* la Commission peut ainsi impliquer, au stade de l'enquête, d'autres parties que la personne plaignante, la victime et la personne à qui la violation est imputée. Le pouvoir octroyé à la Commission de signifier la demande à une partie intéressée est prévu à l'article 116 mais se déroule au moment à une étape subséquente de l'enquête, soit au moment du dépôt de la demande auprès du Tribunal.

137. Le syndicat représentant la salariée ainsi que la Fédération à laquelle celui-ci appartient (Fédération de la santé et des services sociaux) sont des parties intervenantes. Par ailleurs, le Comité patronal de négociation du secteur de la santé et des services sociaux est désigné comme partie intéressée.

138. Au départ, la plainte de la salariée conteste le fait que le calcul de son congé annuel ne tienne pas compte des indemnités de maternité reçues durant son congé de maternité. La perte salariale est évaluée à 762,56 \$. Les deux premières conclusions de la demande de la Commission, faite au nom de la salariée devant le Tribunal, se réfère d'ailleurs à ces montants (par. 10). Mais la Commission va plus loin dans la portée de sa demande: on requiert du Tribunal une ordonnance à l'effet que la clause 27.13 de la convention collective soit déclarée sans effet non seulement à l'égard de la salariée mais pour les «*travailleuses qui, comme elle, prennent un congé de maternité*». On y demande également, pour toutes les salariées, des ordonnances valant pour le calcul futur de leur paie de vacances et une modification à la convention collective de façon à faire cesser la discrimination dans le futur (par. 10).

fonction de ces diverses parties et des ordonnances réclamées à leur égard que le Tribunal a considéré que l'arbitre de grief ne pourrait, vu les pouvoirs qui lui sont dévolus, apporter une «solution complète au litige»¹³⁹.

52. Cette démarche du Tribunal – d'ailleurs déterminante dans sa conclusion quant à l'existence de sa compétence¹⁴⁰ – est erronée en droit car elle substitue à l'objet même de la question posée dans le cadre de la requête en irrecevabilité une tout autre problématique qui lui est totalement étrangère¹⁴¹. En effet, il ne s'agissait pas de décider, comme l'a pourtant fait le Tribunal dans le cadre de sa décision, si un arbitre de grief pouvait être compétent pour entendre et trancher la demande portée par la Commission devant le Tribunal¹⁴² mais plutôt et exclusivement de déterminer si la réclamation de la plaignante Sylvie Roussin constituait un «grief» au sens du *Code du travail*¹⁴³.

139. *Supra*, note 3, par. 49.

140. *Id.*, par. 48 et 49.

141. Pour le texte de la requête en irrecevabilité, voir le par. 1 de la décision. D'ailleurs, dans toutes les affaires examinées dans ce texte, les requêtes en irrecevabilité sont au même effet et soutiennent que la réclamation portée devant le Tribunal constitue un «grief» au sens de la convention collective et est donc du ressort exclusif de l'arbitrage de grief.

142. Le Tribunal affirme en conclusion que l'arbitre de grief «ne peut qu'imposer ses ordonnances aux parties qui sont devant lui [...]. Aucune disposition ne confère à l'arbitre de pouvoirs à l'égard des parties à l'échelle nationale. [...] Le Tribunal quant à lui, possède la compétence nécessaire à la solution complète du litige, aussi bien auprès de toutes les parties, qu'en regard des dispositions de l'entente nationale.» (par. 48-49).

143. Cette démarche, la seule devant être adoptée selon nous à l'égard d'une telle objection à la recevabilité, a d'ailleurs guidé la Cour d'appel dans l'affaire *Leroux c. Centre hospitalier Ste-Jeanne d'Arc*, [1998] R.J.D.T. 554. Dans cette affaire, une salariée prétendait qu'une disposition de la convention collective liant son employeur et le syndicat était nulle parce qu'excluant automatiquement les personnes en raison d'un handicap, le tout contrairement à la *Charte*. Tout comme le Tribunal l'indique dans ses décisions *Roussin* et *Centre hospitalier de Sorel* (*supra*, note 3), la salariée indiquait dans *Leroux* que cette convention collective avait été signée par le Syndicat canadien de la fonction publique, le ministre de la santé et des services sociaux et le Comité patronal de négociation du secteur de la santé et des services sociaux (p. 555). Or, la Cour d'appel a considéré que la question soulevée relevait de l'interprétation d'une convention collective et constituait donc un «grief» relevant de la compétence exclusive de l'arbitre (p. 556). Si une telle grille d'analyse avait été appliquée par le Tribunal dans les affaires *Roussin* et *Centre hospitalier de Sorel*, il nous paraît certain que les résultats auraient été différents. Même si la Cour d'appel savait que la convention collective avait été négociée et signée à l'échelle nationale – soit un des arguments mis de l'avant par le Tribunal pour faire valoir sa compétence dans les affaires *Roussin* et *Centre hospitalier de Sorel* – elle a néanmoins confirmé que *c'est au niveau de l'arbitre de grief* que les litiges découlant de son interprétation et application doivent être entendus. Nous rediscuterons brièvement de cette

53. Certes, le Tribunal, en changeant ainsi l'angle de la question, en examinant sa propre compétence pour disposer de la demande soumise par la Commission devant lui et en démontrant que l'arbitre de grief ne pourrait le faire, ne pouvait qu'arriver évidemment au résultat obtenu¹⁴⁴. Mais cet exercice est toutefois trompeur dans la mesure où il ne tient pas compte, eu égard au test dégagé par la Cour suprême du Canada en matière de litige découlant d'une convention collective¹⁴⁵, que la réclamation de Sylvie Roussin résultait expressément de la convention collective et constituait donc un grief¹⁴⁶.

54. En fonction de ces derniers éléments – qui sont, en droit, les seuls éléments pertinents devant être considérés – la solution apportée par le Tribunal aurait dû être évidemment tout autre. Le fait qu'un arbitre de grief ne puisse émettre toutes les ordonnances requises par la Commission devant le Tribunal n'a, à notre avis, aucune incidence quant à l'étendue *in se* de sa compétence relative à un litige qui découle d'une convention collective: celle-ci est et demeure du ressort exclusif de l'arbitre en raison de sa nature intrinsèque. L'amplification de la portée d'un grief, insufflée par la Commission, ne peut gommer cette réalité juridique de base, ce lien objectif entre une réclamation et une convention collective. Un grief demeure un grief et nul ne peut lui faire perdre sa qualification parce qu'on tente de lui ajouter des dimen-

question à la note 185. Revoir également nos remarques sur cette question au par. 21.

144. Le Tribunal a prononcé une décision similaire à *Roussin* dans l'affaire *Centre hospitalier Hôtel-Dieu de Sorel*, *supra*, note 3. Tout en reconnaissant que «[T]out comme dans l'affaire C.H.R.D.L. (*Roussin*) le litige résulte de la convention collective» (par. 30), le Tribunal reprend la même démarche analytique que dans *Roussin* à propos des pouvoirs limités de l'arbitre qui empêchent ce dernier d'avoir une compétence exclusive à l'égard de la demande portée par la Commission devant le Tribunal. Voir les par. 17, 21 à 27, 31 et 32. Étant donné que cette seconde affaire reprend largement les termes de la décision *Roussin*, nous nous limiterons à nous référer dans le texte à celle-ci. Toutefois, nous sommes d'avis que cette décision récente est aussi vulnérable que l'affaire *Roussin* et ce, d'autant plus qu'elle a été rendue deux mois après l'arrêt *Regina Police Ass.*, *supra*, note 14 où, comme nous l'avons vu, la Cour suprême a rappelé très clairement les principes de base de la compétence de l'arbitre de grief et ce, sans faire aucune allusion au critère que le Tribunal requiert pour la détermination de la juridiction arbitrale, soit le fait que l'arbitre possède tous les pouvoirs d'ordonnance.

145. Voir *supra*, par. 9-10, 12-18.

146. Est-il nécessaire de rappeler que la salariée se prétendait victime de discrimination, interdite expressément à la convention collective et que celle-ci découlait d'une disposition de la même convention. Difficile de se trouver plus exactement dans le cadre de l'application du critère de la Cour suprême...

sions collectives ou «nationales». S'il fallait entériner cette position du Tribunal, on pourrait immédiatement conclure que les arbitres de griefs pourraient être éconduits de tout litige impliquant une question de discrimination car il suffirait, pour la Commission, d'élargir un ou l'autre des volets d'une réclamation d'une personne salariée en vertu d'une convention collective pour lui faire perdre sa nature de «grief». Une telle démarche ne peut être retenue car elle nie le texte de l'article 100 du *Code du travail* et la jurisprudence de la Cour suprême du Canada concernant le caractère obligatoire et exclusif de l'arbitrage de grief.

55. Mais outre ce premier point – qui nous semble fondamental – l'analyse effectuée par le Tribunal comporte, selon nous, une autre erreur tout aussi importante liée à la définition même de l'exclusivité du champ arbitral. Selon le Tribunal:

[...] pour déterminer si une question relève de la compétence exclusive de l'arbitre, *le Tribunal doit évaluer* le problème non seulement *sous l'angle des pouvoirs* que reconnaît le Code du travail à l'arbitre *mais en fonction* de sa compétence, à l'égard des parties, de l'objet du litige, *et des réparations requises*.¹⁴⁷

Dans cette perspective, le Tribunal ajoute:

Le défaut pour l'arbitre de pouvoir accorder la réparation demandée signifie donc que sa compétence ne peut être exclusive.¹⁴⁸

56. Ce qui ne manque pas de surprendre dans cette règle formulée par le tribunal, c'est qu'elle s'appuie sur des extraits de l'arrêt *Weber* qui se réfère lui-même à l'arrêt *Mills c. La Reine*¹⁴⁹, d'où son apparente solidité en droit. Toutefois, la position adoptée par le Tribunal ne correspond pas au principe énoncé par la Cour suprême dans *Weber*. D'où vient et comment s'explique ce décalage? Tout simplement du fait qu'entre cet arrêt et son application, le Tribunal, par le biais d'une lecture générale et fort peu nuancée, télescope les différents principes de base qui y sont formulés en un seul critère. Cette méthode, nous le verrons, ne résiste pas à l'analyse.

57. Rappelons que, dans *Weber*, la Cour suprême a examiné deux questions distinctes. La première consistait à déterminer

147. *Supra*, note 3, par. 18 (nos italiques).

148. *Id.*, par. 26.

149. [1986] 1 R.C.S. 863 (ci-après *Mills*). Le Tribunal fait cette référence croisée au par. 17 de la décision.

dans quels cas la compétence de l'arbitre de grief était exclusive. En second lieu – et cette question était indépendante de la première – la Cour a examiné dans quelle mesure le régime d'arbitrage dépossédait les tribunaux judiciaires de leur compétence à l'égard des demandes fondées sur la *Charte canadienne des droits et libertés*¹⁵⁰.

58. Relativement à la première question, nous avons déjà vu que la Cour a conclu à la compétence exclusive des arbitres «pour entendre tous les litiges qui résultent de la convention collective»¹⁵¹. Tel est donc le principe de droit dégagé par l'ensemble des juges de la Cour suprême. Certes, à cette étape de la décision, la Cour a reconnu qu'il «se peut que l'arbitre n'ait pas le pouvoir d'accorder la réparation requise»¹⁵². Contrairement toutefois à la lecture proposée par le Tribunal sur ce point, la Cour suprême n'a pas alors nié la compétence arbitrale mais a rappelé que «[L]e cas échéant, les tribunaux de compétence inhérente de chaque province peuvent alors assumer cette compétence»¹⁵³. La Cour ne faisait que rappeler ainsi la règle énoncée sur cette question dans l'arrêt *St. Anne Nackawic*¹⁵⁴ et qui vise à éviter la «privation réelle du recours ultime»¹⁵⁵.

59. C'est donc dire – et ceci sera rappelé dans l'arrêt *Canadien Pacifique Limitée c. Fraternité des préposés à l'entretien des voies*¹⁵⁶ – que l'exclusivité de la compétence de l'arbitre n'est pas incompatible avec la compétence résiduelle des cours de justice «pour accorder un redressement qui n'est pas prévu par la loi régissant les relations de travail»¹⁵⁷. Le fait qu'un arbitre soit limité relativement aux réparations qu'il peut ordonner ne l'écarte pas de son pouvoir exclusif de décider des litiges découlant d'une convention collective. Il n'est pas contesté, dira la Cour suprême, «qu'il revient à l'arbitre, et à l'arbitre seul, de régler le conflit entre «employeur et les employés»¹⁵⁸. Une nette distinction

150. Pour la formulation des deux questions, voir à la page 951 (j. McLachlin) et à la p. 935 (j. Iacobucci), *supra*, note 5.

151. *Id.*, p. 957, 963. Voir *supra*, par. 12-17.

152. *Id.*, p. 958.

153. *Ibid.*

154. *Supra*, note 17, p. 729. Voir au même effet, *Regina Police Ass.*, *supra*, note 14, p. 373, par. 26.

155. *Id.*, p. 723. Nous reviendrons sur cette question en seconde partie de ce texte: *infra*, par. 89-92.

156. [1996] 2 R.C.S. 495 (ci-après *Canadien Pacifique Limitée*).

157. *Id.*, p. 501.

158. *Id.*, p. 501 (nos italiques).

existe donc entre la règle de l'exclusivité arbitrale, qui prévaut à l'égard d'un grief et la question des limites liées à l'exercice de tous les pouvoirs requis pour octroyer une réparation. Cette dernière, même si elle permet l'intervention des tribunaux judiciaires, demeure de nature subsidiaire et n'altère en rien le principe de la compétence exclusive de l'arbitre.

60. Revenant à l'arrêt *Weber*, la majorité de la Cour suprême a conclu, dans le cadre de l'étude de la seconde question portant sur les demandes fondées spécifiquement sur la *Charte canadienne*, que l'arbitre de grief avait également une compétence exclusive «pour autant que la loi habilite l'arbitre à entendre le litige et à accorder les réparations demandées»¹⁵⁹. La source de ce critère à deux volets se retrouve dans l'arrêt *Mills*¹⁶⁰ que la majorité de la Cour a appliqué afin de déterminer si un arbitre pouvait accorder des dommages-intérêts pour une violation de la *Charte canadienne*¹⁶¹. Donc, et ceci nous paraît majeur, il faut bien saisir que, lorsque la majorité de la Cour suprême a énoncé qu'un arbitre devait avoir le pouvoir d'accorder les réparations demandées, elle l'a fait dans le contexte juridique très précis de la *Charte canadienne*, de l'expression «tribunal compétent» qu'on y retrouve à l'article 24(1) et de l'interprétation jurisprudentielle de cette notion. En aucun temps – et il suffit, pour s'en convaincre, de lire la partie de la décision où la Cour a appliqué le droit au litige à l'étude dans l'arrêt *Weber*¹⁶² – la majorité n'a-t-elle

159. *Weber*, *supra*, note 5, p. 963. C'est à ce critère que le Tribunal se réfère dans *Roussin* «pour déterminer si une question relève de la compétence exclusive de l'arbitre» (*supra*, note 3, par. 18).

160. *Supra*, note 120.

161. La majorité de la Cour indique à ce sujet: «Si on tient pour acquis, aux fins de la discussion, qu'on ne peut demander des dommages-intérêts que sous le régime du par. 24(1), le critère énoncé par notre Cour à la majorité dans l'arrêt *Mills c. La Reine* [...] permet de déterminer si les arbitres sont des tribunaux compétents à cette fin» (*Id.*, p. 961, nos italiques). Voir aussi sur cette question du critère de l'arrêt *Mills* eu égard au pouvoir d'accorder une réparation en vertu de la *Charte canadienne*, l'analyse des juges dissidents, p. 937-940.

162. Voir les pages 963-966 de l'arrêt. La juge McLachlin détermine d'abord si le comportement qui donne naissance au litige «découle expressément ou implicitement de la convention collective qui les unit» (p. 963). Après avoir identifié un lien avec la convention collective (par le biais des articles 2.2 et 13.0), la majorité notera que le tribunal administratif (l'arbitre) «accorde la réparation qu'il est fondé à accorder, compte tenu des pouvoirs que la législature lui a conférés» (p. 965). Donc, l'arbitre a compétence et il peut alors exercer les pouvoirs qui lui ont été accordés. La Cour ajoute: «Reste à savoir si l'arbitre a le pouvoir de trancher les demandes fondées sur la *Charte*» (p. 965). C'est à cette étape qu'elle applique le test de l'arrêt *Mills* vu ci-haut. La démarche est donc clairement en deux temps: la détermination de la compétence de l'arbitre et, ensuite, la question entre autres du pouvoir d'accorder la réparation requise.

fait dépendre la compétence de principe et exclusive de l'arbitre à l'égard d'un litige de l'existence d'un pouvoir d'accorder les réparations demandées¹⁶³.

61. L'aspect «compétence de principe» de l'arbitre de grief et celui concernant son pouvoir de disposer de questions fondées sur la *Charte canadienne* ont été traitées séparément et ont donné lieu à deux séries de critères distincts. Certes, ceux-ci peuvent s'appliquer dans une même affaire si celle-ci, comme dans *Weber*, soulève une question liée à la *Charte canadienne* et implique une ordonnance réparatrice¹⁶⁴. Toutefois, cette approche n'a évidemment pas à être suivie dans toutes les affaires.

62. Or, en faisant fi de cette importante nuance, en regroupant, comme il l'a fait, les conditions de ces deux questions en un seul énoncé, le Tribunal a non seulement subordonné erronément la compétence de l'arbitre de grief à des exigences que la Cour suprême n'a pas formulées pour établir celle-ci mais a également fait défaut de faire les distinctions de base qui s'imposaient. En effet, contrairement à l'arrêt *Weber*, l'affaire *Roussin* ne soulevait pas la *Charte canadienne*. La problématique de la définition d'un «tribunal compétent» au sens de l'article 24(1) de la *Charte canadienne* – et donc les conditions élaborées dans l'arrêt *Mills* – n'avait ni résonance, ni impact dans le cadre d'un litige où la discrimination alléguée est d'abord interdite par la convention collective et constitutionnalisée à la *Charte québécoise*.

63. Toutefois, même en presumant, pour les fins de l'étude, qu'il faille examiner, dans la détermination de la compétence de principe d'un arbitre, si celui-ci possède les pouvoirs pour accorder des réparations lorsqu'une disposition de la *Charte québécoise* est

163. Tel que nous l'avons déjà souligné précédemment, la Cour suprême a récemment confirmé cette lecture de l'arrêt *Weber* dans le cadre de l'affaire *Regina Police Ass.*, *supra*, note 14. Dans son examen du critère pour déterminer la compétence de l'arbitre de grief, la Cour n'a fait aucune allusion à la question de l'existence du pouvoir d'accorder les ordonnances requises: voir les par. 22-25.

164. La Cour d'appel a récemment procédé à cet exercice dans l'affaire *Hydro-Québec c. Tremblay*, *supra*, note 5. Un salarié soutenait, dans le cadre d'une requête pour jugement déclaratoire, qu'une disposition de la convention collective le régissant brimait son choix d'établissement de résidence et ce, contrairement aux articles 7 et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et 5 de la *Charte québécoise*. Eu égard à la *Charte canadienne*, la Cour d'appel a vérifié si le *Code du travail* «confère à l'arbitre de grief le pouvoir d'accorder une réparation en vertu de l'article 24(1)» (par. 31). La Cour a répondu par l'affirmative en invoquant l'article 100.12a) *C.t.* (par. 32).

soulevée, il nous semble que la démarche juridique appropriée supposerait initialement une référence aux articles pertinents de la convention collective et de la législation québécoise. Or, dans cette foulée, les pouvoirs de réparation de l'arbitre de grief québécois s'avèrent très importants. En vertu de son pouvoir général énoncé à l'article 100.12a) *C.t.*, nous savons que l'arbitre de grief peut «interpréter et appliquer une loi» – et donc sûrement la *Charte québécoise* – «dans la mesure où il est nécessaire de le faire pour décider d'un grief»¹⁶⁵. C'est donc dire que le législateur québécois autorise, depuis 1977, l'arbitre à interpréter et appliquer, entre autres lois, la *Charte*¹⁶⁶ et ce, sans aucune restriction¹⁶⁷.

165. Le texte de cette disposition énonce: «Dans l'exercice de ses fonctions l'arbitre peut: A) interpréter ou appliquer une loi ou un règlement dans la mesure où il est nécessaire de le faire pour décider d'un grief». Ce pouvoir général, apparu au *Code du travail* en 1977 (L.Q. 1977, c. 41, art. 41 (art. 88)), reprend le principe jurisprudentiel qui a d'abord été dégagé par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *McLeod c. Egan*, [1975] 1 R.C.S. 517. La Commission de réforme du droit de l'Ontario indique dans son *Rapport sur l'élimination des retards et des procédures multiples dans les décisions portant sur les litiges de droit du travail*, Commission de réforme du droit de l'Ontario, 1995, que les arbitres de grief ont non seulement un pouvoir statutaire d'appliquer et d'interpréter la loi (lorsque celui-ci est prévu comme c'est le cas à l'article 100.12a) *C.t.* et 45(8) de l'*Ontario Labour Relations Act*, *supra*, note 10) mais, en raison de l'arrêt précité, ont une «common law authority to do so» qui constitue «one of the basic characteristics, and one of the basic advantages, of the arbitration system» (p. 145, nos italiques).

166. La Cour d'appel l'a d'ailleurs expressément reconnu dans *Hydro-Québec c. Tremblay*, *supra*, note 5 (par. 32-39).

167. Nous ne pouvons nous empêcher de souligner que le Tribunal n'a pas été investi, dans le cadre de la *Charte québécoise*, d'un tel pouvoir général d'interprétation et d'application de la loi, ce qui n'est d'ailleurs pas sans lui poser des difficultés lorsque la Commission lui demande de remettre en question la validité d'une disposition législative. Dans l'affaire *C.D.P.D.J. et Ville de Candiac*, T.D.P.D.J., n° 505-53-000001-997, 8 novembre 1999, le Tribunal a dû invoquer une compétence implicite découlant de l'économie de la *Charte* pour conclure qu'il possédait ce pouvoir. Il nous semble pour le moins paradoxal que le Tribunal tente de marginaliser la portée de l'article 100.12 a) *C.t.* lorsqu'il s'agit d'un arbitre de grief mais qu'il n'hésite pas, quand la question soulève sa juridiction, à avoir recours au critère plutôt flou de la compétence «implicite» afin de se reconnaître plein pouvoir d'interpréter et d'appliquer une loi... Notons que cette dernière décision a été confirmée, dans le cadre d'un recours en révision judiciaire: *Québec (P.G.) c. Québec (C.D.P.D.J.)*, (2000) J.Q. n° 1681 (Q.L.), 11 mai 2000, j. B. Flynn. La Cour supérieure indique, au soutien de sa décision, que la *Charte* doit recevoir une «interprétation libérale qui permette de rencontrer les objectifs énoncés par la loi» (par. 52). Cette décision nous paraît, à la lumière de l'arrêt *Cooper c. Canada*, [1996] 3 R.C.S. 854, vulnérable en droit. Dans cette affaire, la majorité de la Cour suprême a non seulement décidé que la Commission canadienne des droits de la personne n'avait pas le pouvoir d'examiner des questions de droit, dont celle qui consistait en l'espèce, à remettre en question la légalité de l'article 15c) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* eu égard à la *Charte canadienne des droits et libertés* (p. 880-895) mais a également

64. À ce sujet, les remarques du Tribunal selon lesquelles la compétence prévue à l'art. 100.12a) C.t. posséderait un «caractère essentiellement accessoire»¹⁶⁸, qu'il s'agit d'une «juridiction incidente»¹⁶⁹ et que «ce n'est qu'avec une grande réserve qu'il (l'arbitre) peut exercer la juridiction accessoire, voire incidente»¹⁷⁰ prévue à cet article du *Code du travail* ne peut être retenue. Le *Code* n'impose pas une telle «grande réserve» à l'arbitre mais statue qu'il peut «interpréter et appliquer une loi ou un règlement dans la mesure où il est nécessaire de le faire pour décider d'un grief»¹⁷¹. C'est donc dire que si un grief soulève, par exemple, une question de discrimination et que celle-ci est interdite à la *Charte*, il est évidemment «nécessaire» d'interpréter ou d'appliquer celle-ci pour résoudre le litige. En vertu de quel principe l'arbitre devrait-il faire preuve de «grande réserve» pour exercer un pouvoir qui lui a été conféré expressément? D'ailleurs, dans ses notes dissidentes de l'arrêt *Béliveau St-Jacques*¹⁷², le juge L'Heureux-Dubé se réfère à l'art. 100.12a) C.t., sans aucune «réserve», pour soutenir qu'un arbitre peut ainsi octroyer le redressement de nature exemplaire prévu à l'article 49 de la *Charte*¹⁷³. La Cour

ajouté que cette conclusion valait aussi pour le tribunal constitué en vertu de cette Loi. Même si l'organisation de ce tribunal fédéral différerait à l'époque de celui du Québec, notons que l'argument invoqué par la majorité de la Cour pour nier toute compétence au tribunal fédéral de remettre en cause la constitutionnalité d'une disposition de sa loi constitutive reposait sur le fait que «la Loi ne confère pas expressément à ces tribunaux le pouvoir d'examiner des questions de droit» (p. 896). Ce même argument devrait, à notre avis, s'appliquer à l'égard du Tribunal et ce, qu'il soit appelé à se prononcer sur la constitutionnalité de sa loi habilitante (comme dans *Cooper*) ou d'une autre loi (comme dans *Ville de Candiac*). Selon nous, rien à la jurisprudence pertinente de la Cour suprême sur cette question ne permet d'établir – comme semble le retenir le juge Flynn dans *Ville de Candiac* (par. 48) – une «différence» entre ces deux situations: le pouvoir d'un tribunal de conclure au caractère inopérant d'une loi ne dépend pas de la loi qui est attaquée mais exclusivement du libellé de la loi habilitante de ce tribunal. Il est à noter qu'à la suite de l'arrêt *Cooper*, le législateur fédéral a modifié l'article 50(2) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* afin d'y prévoir expressément, parmi les fonctions du Tribunal canadien des droits de la personne, celle de trancher les questions de droit et de fait dont il est saisi. (S.C. 1998, c. 9, art. 27). Un tel pouvoir n'a pas été accordé au Tribunal québécois.

168. C.D.P.Q. c. *Ville d'Aylmer*, [1993] R.J.Q. 333, 337.

169. *Ibid.*

170. *Poliquin c. Ville de Victoriaville*, *supra*, note 52, p. 354.

171. Art. 100.12a) C.t. (nos italiques).

172. *Supra*, note 48.

173. *Id.*, p. 389. Voir au même effet, *Ndungidi c. Centre hospitalier Douglas*, *supra*, note 49, p. 546-547. Voir aussi J. PAQUETTE, *La compétence de l'arbitre de griefs pour interpréter et appliquer une loi: synthèse et récents développements*, dans *Développements récents en droit du travail* (1996), Cowansville, Éditions Yvon Blais, 89, p. 108-109; C. FOISY, *Juridiction de l'arbitre de griefs à interpréter et appliquer les lois*, dans *Développements récents en droit du travail*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1992, 69, p. 81-83. Voir, au même effet, pour

d'appel a confirmé d'ailleurs clairement ce pouvoir dans l'affaire *Latulippe c. Commission scolaire de la Jeune Lorette*¹⁷⁴.

65. L'arbitre de grief étant, par essence, un «tribunal» de nature quasi judiciaire¹⁷⁵, il peut donc, en sus des pouvoirs que lui confère la convention collective dont il est saisi, exercer les différents pouvoirs prévus à l'article 49 de la *Charte québécoise*¹⁷⁶. Cette conclusion fort importante a d'ailleurs été reconnue expressément par différents tribunaux supérieurs au cours des dernières années et ne pose, selon nous, aucune difficulté¹⁷⁷. Il en est de même à l'égard du pouvoir de l'arbitre de déclarer sans effet une clause comportant discrimination et ce, en vertu de l'article 13 de la *Charte québécoise*¹⁷⁸.

66. Ces diverses considérations relatives aux pouvoirs de l'arbitre de grief signifient donc que si, dans l'affaire *Roussin*, le

la situation ontarienne relative à l'article 45(8) de l'*Ontario Labour Relations Act*, *supra*, note 10, R.H. ABRAMSKY, *Multiple Proceedings: An Arbitrator's Perspective*, dans *Labour Arbitration Yearbook, 1996-1997*, Lancaster House, Toronto, 45, p. 50-51.

174. 2001T-167, 31 janvier 2001, par. 15-17.

175. Voir, à ce sujet, *Corporation de l'Hôpital D'Youville c. Association du service hospitalier et d'institutions religieuses de Sherbrooke Inc.*, [1973] C.A. 486, 487; *Asselin c. Industries Abex Ltée*, [1985] C.A. 72. R. BLOUIN, *La juridiciarisation de l'arbitrage de grief*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1996, p. 51-53.

176. Pour le texte de l'article 49 de la *Charte*, voir *supra*, note 84. Dans l'affaire *Corporation municipale de la Ville de Gaspé*, [1996] R.G.D. 142, la Cour d'appel du Québec confirmait ce point en reconnaissant la compétence exclusive de l'arbitre de grief dans le cadre d'un litige où un salarié réclamait entre autres montants, et ce suite à son congédiement, «un million de dollars pour dommages exemplaires conformément aux dispositions de l'article 49 de la *Charte* [...], compte tenu de l'atteinte illicite et intentionnelle à un droit lui étant reconnu par la *Charte*» (p. 143). La Cour d'appel a précisé que tous les dommages réclamés – dont ceux découlant de la *Charte*, «ne sont que les conséquences du congédiement» et relevaient alors de la compétence exclusive de l'arbitre (p. 145). Voir également et dans la même foulée l'affaire *Hydro-Québec c. Tremblay*, *supra*, note 5. Il nous paraît donc indéniable que l'arbitre de grief peut, en vertu de son pouvoir prévu à l'art. 100.12a) *C.t.*, exercer tous les pouvoirs prévus à l'article 49 de la *Charte*. D'ailleurs, est-il nécessaire de le rappeler, cette disposition accorde des pouvoirs au «tribunal» et ce, sans aucune limitation quant à l'identification de celui-ci.

177. Voir les notes du juge L'Heureux-Dubé dans l'affaire *Béliveau St-Jacques*, *supra*, note 48, p. 389, *Manoir de Verdun*, *supra*, note 86, par. 27; *Ndgundi c. Centre hospitalier Douglas*, *supra*, note 149, p. 546. Dans cette affaire, la Cour supérieure a conclu qu'un arbitre de grief possédait la compétence d'octroyer des dommages exemplaires en vertu de la *Charte*. La Cour a noté, fort à propos selon nous, que «si les parties ont cru devoir insérer une clause anti-discrimination dans la convention collective, c'est qu'elles ont voulu que la solution du litige soit complète» (p. 547).

178. L'article 13 de la *Charte* se lit ainsi: «Nul ne peut, dans un acte juridique, stipuler une clause comportant discrimination. Une telle clause est réputée sans effet.»

Tribunal avait, comme il aurait dû le faire, examiné la question posée en fonction de la réclamation de la salariée¹⁷⁹ et avait tenu compte des pouvoirs de redressement de l'arbitre de grief, une conclusion bien différente aurait dû s'imposer quant à la compétence de l'arbitre. En retenant qu'une clause d'une convention collective est discriminatoire, l'arbitre de grief – contrairement à ce que soutient le Tribunal à de nombreuses reprises dans sa décision et ce, afin de soutenir sa propre compétence¹⁸⁰ – n'est évidemment plus limité par la disposition classique d'une convention collective qui lui interdit de «modifier le texte» de celle-ci. C'est à ce niveau que le caractère quasi constitutionnel conféré par la *Charte* à la protection contre la discrimination prend tout son sens et affranchit l'arbitre, par le biais de ses articles 13(2) et 49(1), de ses contraintes juridictionnelles habituelles.

67. Dans un litige du type de l'affaire *Roussin*, un arbitre de grief pourrait – dans la mesure où il y a évidemment conclusion de discrimination – indemniser la salariée pour ses pertes et dommages matériels, lui verser, le cas échéant, des dommages exemplaires¹⁸¹ et déclarer sans effet l'article de la convention collective qui cause cette discrimination. À l'égard de la plaignante, un arbitre de grief est donc investi de la plénitude des pouvoirs permettant de disposer entièrement de sa réclamation¹⁸². Le principe du droit

179. Qui consistait, rappelons-le, à prétendre qu'une disposition de la convention collective était discriminatoire dans le cadre de son application à son égard, voir *supra*, par. 43.

180. *Roussin*, *supra*, note 3, par. 20, 36 et 48.

181. Sur l'existence de ce pouvoir pour l'arbitre de grief, voir *Ndungidi c. Centre hospitalier Douglas*, *supra*, note 49, p. 546-547. Voir également à ce sujet la référence à l'affaire *Ville de Gaspé*, *supra*, note 176.

182. Parmi les pouvoirs qu'un arbitre de grief peut exercer figure celui de pouvoir «rendre toute décision propre à sauvegarder les droits des parties» (art. 100.12g) *C.t.*). À ce sujet, il est intéressant de souligner que certains arbitres, saisis de griefs invoquant la discrimination fondée sur le handicap et mettant alors en présence l'obligation d'accommodement, ont – après avoir tranché quant à l'existence de la discrimination et au fait que l'employeur n'avait pas assumé son obligation d'accommodement – ordonné à l'employeur, en collaboration avec le syndicat et le salarié concerné, d'exécuter son devoir en procédant à l'identification de tout poste respectant les limitations du plaignant. Plutôt que d'imposer une mesure d'accommodement *ex cathedra* qui peut être difficile d'application, les arbitres ont préféré confier aux parties concernées la tâche de trouver un accommodement tout en se conservant – et tel est l'intérêt de l'article 100.12g) *C.t.* – juridiction pour trancher toute difficulté découlant de cette ordonnance. Voir, à titre d'exemples, les affaires *Syndicat des cols bleus de la Ville de Salaberry-de-Valleyfield (CSN) et Ville de Salaberry-de-Valleyfield*, (1997) T.A. 1108, 1152; *Syndicat canadien de la fonction publique, s.l. 4545 et Ville de Laval*, 2000T-994. Une telle approche arbitrale s'inscrit, à notre avis, dans le cadre du «principe de la préservation de la continuité» qui caractérise le

à l'égalité, prévu par les parties à la convention collective et inscrit à la *Charte*¹⁸³, serait ainsi respecté.

68. L'intervention du Tribunal dans un tel litige n'ajoute donc rien à notre avis. En fait, eu égard à la salariée impliquée qui se dit victime de discrimination, elle ne constitue qu'une superposition à un recours complet, efficace et surtout réservé exclusivement à l'arbitre de grief. Mais le Tribunal s'insurgera contre une telle vision, invoquera, comme il l'a d'ailleurs fait dans *Roussin*, qu'il est le seul à pouvoir élargir le recours à des parties nationales¹⁸⁴. Comme notre présent texte ne consiste pas à examiner l'étendue de la compétence du Tribunal mais bien à rappeler celle de l'arbitre de grief, nous réserverons nos commentaires sur son analyse du mécanisme de négociation effectuée dans *Roussin*¹⁸⁵ et la vaste étendue des pouvoirs qu'il s'attribue à cet égard. Pour notre part, qu'il nous suffise d'indiquer que la compétence du Tribunal, aussi large ce dernier la conçoit-elle pour lui-même, ne peut être bâtie en faisant abstraction d'un ordonnancement juridique qui l'exclut de certaines réclamations.

69. En somme, et ce nonobstant la loi et la jurisprudence des tribunaux supérieurs, il paraît manifeste que le principe de l'exclusivité de l'arbitrage de grief à l'égard des litiges découlant de l'interprétation et de l'application d'une convention collective ne tient plus, pour le Tribunal, lorsqu'une question de discrimina-

droit du travail. Au sujet de ce principe, lire P. VERGE et G. VALLÉE, *Un droit du travail? Essai sur la spécificité du droit du travail*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997, p. 164-167. À notre avis, le Tribunal ne peut ainsi scinder une de ses décisions. Bien que l'art. 113 de la *Charte* permette au Tribunal de s'inspirer du *Code de procédure civile* en matière de décisions et d'ordonnances, ledit Code ne permet qu'exceptionnellement, dans les cas de responsabilité civile (art. 273.1 C.p.c.), à un tribunal de scinder l'instance pour disposer d'abord de la question de la responsabilité et, en second lieu, du quantum des dommages-intérêts.

183. Voir le Préambule de la *Charte québécoise* et tout particulièrement le second paragraphe.

184. *Roussin*, *supra*, note 3, par. 48-49. Le Tribunal se réfère alors au Comité patronal de négociation du secteur de la santé et des services sociaux et à la Fédération de la santé et des services sociaux.

185. *Id.*, *supra*, note 3, par. 41-47. Néanmoins, à ce sujet, la lecture de la décision rendue par la Cour d'appel dans l'affaire *Leroux c. Centre hospitalier Ste-Jeanne d'Arc*, *supra*, note 143, remet en question, à notre avis, l'analyse «par étage» mise de l'avant par le Tribunal sur cette question. Dans les affaires *Roussin* et *Centre hospitalier de Sorel* (*supra*, note 3), le Tribunal fonde sa compétence sur l'instance où a été négociée la convention collective alors qu'il est reconnu que la compétence juridictionnelle se détermine en aval, soit au niveau de l'application et de l'administration de la convention collective.

tion est invoquée. Du fait qu'il tire son origine même de la *Charte*, le Tribunal semble y tirer une habilitation naturelle à disposer de ce type d'affaire et ce, nonobstant l'intention du législateur. Or, nous avons démontré que les nombreuses solutions imaginées par le Tribunal afin de s'édifier une compétence dans le monde du travail syndiqué se butent toutes contre les choix qui ont été effectués par le législateur en la matière¹⁸⁶.

70. À ce titre, la décision récente de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Regina Police Ass.*¹⁸⁷ confirme éloquemment notre proposition quant à la priorité devant être accordée aux textes législatifs. Dans cette décision, une loi, *The Police Act*¹⁸⁸, stipule que la procédure arbitrale prévue à une convention collective s'applique, dans le cas de la cessation des services d'un membre, «pour des motifs autres que ceux qui sont visés par la présente partie»¹⁸⁹. Le législateur a donc expressément exclu de la compétence de principe de l'arbitre de grief¹⁹⁰ certaines matières spécifiques qui, en cas de litige, doivent être examinées par des instances précisées à la loi¹⁹¹. La convention collective reconnaît

186. À titre d'exemple de l'importance déterminante octroyée à l'intention du législateur quand il s'agit d'évaluer les questions de compétence, nous nous référons – et ceci évidemment par analogie – à l'affaire *Laplante c. Hôtel-Dieu de Roberval*, J.E. 2000-1819 (C.A.), où il s'agissait de déterminer si une cadre pouvait intenter un recours contre son ancien employeur devant la Cour supérieure. La Cour d'appel a considéré que les tribunaux de droit commun n'avaient pas compétence en la matière puisque, selon elle, «le législateur a clairement indiqué qu'à partir du moment où le gouvernement [...] ou le ministre [...] adoptait une procédure de règlement des mécontentes aux conditions de travail des directeurs généraux et des cadres des régies régionales, la procédure d'arbitrage devenait obligatoire» (par. 12). À ce sujet, signalons que les termes retenus par la Cour d'appel pour conclure à ce caractère impératif de l'arbitrage (soit l'art. 507 de la *Loi sur les services de santé et les services sociaux* (L.R.Q., c. S-4.2) qui indique que «Ce règlement peut en outre prescrire une procédure de règlement de mécontentes [...]» semblent bien tenus si on les compare à l'art. 100 *C.t.* qui stipule que «Tout grief doit être soumis à l'arbitrage» (nos italiques).

187. Voir *supra*, note 14.

188. 1990, S.S. 1990-91, c. P-15.01.

189. Il s'agit de l'art. 60(3) de cette loi: «Lorsque la convention collective prévoit une procédure applicable à la cessation des services d'un membre pour des motifs autres que ceux qui sont visés par la présente partie, la cessation des services s'effectue conformément à la procédure et aux motifs prévus dans la convention collective» (nos italiques). Les motifs qui relèvent de ladite loi sont prévus au premier alinéa de ce même article 60.

190. Celle-ci est énoncée à l'article 25 du *Trade Union Act*, *supra*, note 10 et reprend le texte classique de la compétence exclusive de l'arbitre de grief que l'on retrouve dans toutes les lois relatives aux rapports collectifs de travail canadiennes. Voir *infra*, note 208 pour la référence à ces dispositions.

191. Le policier peut interjeter appel de la décision du chef dont il est l'objet devant un agent d'audition (art. 61(1) et cette décision peut être revue, sur permission d'appeler, par la Commission de police (art. 66).

d'ailleurs explicitement que la procédure de grief et d'arbitrage ne peut être utilisée dans les cas où les dispositions de la *Police Act* de la Saskatchewan s'appliquent¹⁹². Dans la mesure où l'arbitre, confirmé en cela par la Cour suprême, a conclu que la situation factuelle à l'origine du litige constituait essentiellement une des matières couvertes par *The Police Act*¹⁹³ – il a décidé qu'il n'avait pas compétence pour entendre et juger l'affaire¹⁹⁴. Dans le contexte précis prévalant en Saskatchewan où le législateur a décidé que certaines matières ne peuvent faire l'objet de la procédure d'arbitrage, la solution dégagée par la Cour suprême, compte tenu des faits du litige et du texte de la convention collective, nous paraît conforme au droit et ne remet nullement en question le principe de l'exclusivité arbitrale.

71. Tel n'est toutefois pas l'enseignement que le Tribunal tire de l'arrêt *Regina Police Ass.* Dans l'affaire *C.E.Q.*¹⁹⁵, le Tribunal

192. L'article 8 de la convention collective se lit ainsi: «Les dispositions du présent article ne sont pas censées être utilisées dans les cas où les dispositions de la *Police Act* de la Saskatchewan et de son règlement d'application s'appliquent».

193. En l'espèce, un sergent de la police de Regina a été informé par la direction des affaires internes de cette organisation qu'il serait inculpé de conduite déshonorante et pourrait faire l'objet d'une procédure de renvoi aux termes de la loi de police. Un avis d'intention d'intenter des procédures disciplinaires, lié à un chef de pratique de corruption, avait également été remis au policier. Le chef de police a avisé le sergent qu'il ne ferait pas l'objet d'une action disciplinaire s'il démissionnait; ce que fit le policier. Quelques semaines plus tard, ce dernier a demandé de retirer sa démission. Le chef refusa cette requête. Le syndicat du policier a déposé un grief. L'employeur a soulevé devant l'arbitre une objection préliminaire en alléguant que la question en litige n'était pas régie par la convention collective, excluant ainsi la compétence de l'arbitre. L'arbitre a accueilli cette objection en concluant que le législateur voulait clairement que la discipline et le renvoi motivé d'un policier soient traités conformément aux critères et aux procédures prévues à *The Police Act*.

194. Selon la Cour suprême: «Le litige était essentiellement disciplinaire, et le législateur a voulu que de tels litiges soient régis par *The Police Act* et le Règlement» (*supra*, note 14, par. 32). Il s'agissait là, d'après la Cour, de «[L]a seule question en litige dans le présent pourvoi» (par. 40). Nous notons que la Cour suprême indiqua plus tôt dans sa décision que «Pour déterminer si le litige est arbitral, nous ne pouvons pas interpréter la convention collective d'une manière qui porterait atteinte au régime établi dans *The Police Act* et le Règlement. Les dispositions de la convention collective doivent donc être interprétées eu égard au régime établi dans *The Police Act* et le Règlement» (par. 30). On peut d'ores et déjà anticiper que certains vont suggérer une analogie entre ce passage et la situation devant prévaloir entre une convention collective et le régime établi par la *Charte québécoise*. Évidemment, cet extrait doit être replacé dans son contexte précis: le régime établi par *The Police Act* exclut expressément certaines matières de la compétence générale de l'arbitre. Il n'est donc que tout à fait normal que la Cour stipule que la convention collective ne puisse porter atteinte à ce choix du législateur. Nous avons déjà établi qu'un tel découpage n'existe nullement entre la *Charte québécoise* et le *Code du travail*.

195. *Supra*, note 9.

jette en effet un voile pudique sur des volets importants de la décision – dont principalement l'importance accordée à l'intention du législateur – afin de ne retenir que certains aspects qui semblent soutenir sa rhétorique. Nous avons déjà précisé les principaux faits de cette affaire et critiqué ouvertement comment le Tribunal a appliqué – tout en invoquant évidemment les arrêts de la Cour suprême en la matière – le critère de l'essence du litige¹⁹⁶. Outre cette interprétation erronée du droit proposée par le Tribunal, il nous semble important de signaler comment le Tribunal – tout en invoquant l'arrêt *Regina Police Ass.* – s'en distance à tous égards.

72. Selon le Tribunal:

Il ressort de l'arrêt *Board of Police* que l'examen de l'attribution de compétence à l'arbitre doit être interprété de façon à ne pas porter atteinte aux régimes législatifs complets instaurés par le législateur. Il en est ainsi du régime inscrit dans la *Charte* [...] quant aux droits qui y sont protégés et plus particulièrement au droit à l'égalité sans discrimination et aux mécanismes mis en place pour en assurer le respect¹⁹⁷.

73. À la fin de son étude, le Tribunal indique qu'il:

[...] ressort de la jurisprudence actuelle que la réponse à la question soulevée par les requêtes en irrecevabilité relève de la démarche requise pour déterminer le tribunal approprié *dès lors que le législateur a institué, comme en l'espèce, deux régimes législatifs pour régir les relations entre les parties*.¹⁹⁸

74. Tel qu'il appert de ces extraits, il est évident que le Tribunal retient de l'arrêt *Regina Police Ass.* qu'il suffit que le législateur ait prévu deux régimes législatifs pour régir les relations entre des parties pour que les deux coexistent. Cette lecture de l'arrêt de la Cour suprême nous paraît tronquée. Il est vrai que la Cour indique que «le modèle de la compétence exclusive a été adopté afin de garantir que l'attribution de compétence à une instance décisionnelle que n'avait pas envisagée le législateur ne porte pas atteinte au régime législatif en cause»¹⁹⁹. Toutefois, la Cour ajoute immédiatement – et c'est là la clé de tout son raisonnement – qu'il «faut donc se demander *si le législateur a voulu que le présent litige soit régi* par la convention collective ou par *The*

196. *Supra*, par. 19-21.

197. *C.E.Q.*, note 9, par. 39 (les crochets sont de nous).

198. *Id.*, par. 54 (nos italiques).

199. *Regina Police Ass.*, *supra*, note 14, par. 26. Voir aussi au même effet les par. 34 et 39.

Police Act et le Règlement»²⁰⁰. Contrairement à ce que soutient le Tribunal, la question n'est donc pas de se demander si deux régimes législatifs coexistent – ce qui viendrait évidemment à annihiler complètement le principe de l'exclusivité de l'arbitrage de grief – mais de déterminer si le législateur a voulu qu'un autre régime porte atteinte à l'arbitrage de grief. Or, tel que nous l'indiquions précédemment²⁰¹, le législateur de la Saskatchewan a fait un tel choix en *excluant expressément* certaines matières du régime de l'arbitrage de grief²⁰² et en créant, en vertu des dispositions de *The Police Act*, un «code complet pour le règlement des affaires disciplinaires mettant en cause des membres du corps policier. Cela reflète une politique gouvernementale légitime selon laquelle les commissions de police doivent avoir la responsabilité exclusive du maintien d'un corps de police efficient dans la collectivité»²⁰³. C'est en tenant compte exclusivement de cette volonté du législateur que la Cour suprême a conclu que les litiges disciplinaires sont régis par les mécanismes prévus par *The Police Act* et que l'arbitre de grief n'avait pas compétence à leur égard²⁰⁴. Manifestement, l'analyse «simplifiée» suggérée par le Tribunal – et qui ne consiste qu'à vérifier si deux régimes existent pour régir des relations entre des parties – est absolument sans fondement. Rien à la lecture de l'arrêt *Regina Police Ass.* ne permet de soutenir une telle approche à moins de nier complètement l'importance fondamentale qui a été accordée par la Cour à l'intention du législateur dans cette affaire.

75. Une telle démarche faisant fi des choix législatifs ne peut, en somme, être retenue car, comme nous le soulignons précédemment²⁰⁵, si le législateur avait voulu, lors de la création du Tribunal en 1989, octroyer à celui-ci une compétence exclusive ou concurrente à l'égard de toutes ou certaines matières visées par des litiges en milieu de travail visé par des conventions collectives, il lui aurait été facile de le faire²⁰⁶. L'exemple tiré de l'arrêt *Regina*

200. *Id.*, par. 26 (nos italiques).

201. *Supra*, par. 70.

202. Voir l'art. 60(3) cité à la note 151 et le texte de la convention collective qui se conforme à ce choix législatif.

203. *Regina Police Ass.*, *supra*, note 14, par. 31.

204. *Id.*, par. 30-32.

205. *Id.*, par. 33.

206. Nous avons déjà référé à des exemples où le législateur a fait de tels choix (*supra*, notes 101-102). Au niveau fédéral, il est intéressant de noter que l'article 41(1)a) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), c. H-6 et mod. accorde à la Commission canadienne des droits de la personne la discrétion de statuer sur une plainte ou de la déclarer irrecevable dans les cas où «la victime [...] devrait épuiser d'abord les recours internes ou les procédures d'appel

Police Ass. en est une excellente illustration législative²⁰⁷. Ceci n'a pas été fait au Québec. Aucune préséance n'a été conférée au Tribunal, aucune exclusivité juridictionnelle à l'égard des recours découlant de la *Charte* ne lui a été accordée. Le Tribunal existe, certes. Mais son existence ne l'autorise pas, en soi, à revendiquer une quelconque prépondérance qui mettrait de côté le principe de

ou de règlement des griefs qui lui sont normalement ouverts». La coexistence entre la plainte en vertu de cette Loi et l'arbitrage de grief est ici reconnue expressément. On ne peut donc dégager, de la part du législateur, une intention d'attribuer au seul arbitre de grief la juridiction de disposer de tels litiges. D'ailleurs, l'article 91(1) de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, L.R.C. (1985), c. P-35 et l'article 57(1) du *Code canadien du travail*, L.R.C. (1985), c. L-2, reconnaissent tous les deux que la formule d'arbitrage de grief n'est pas exclusive. Dans le premier cas, il y est stipulé que le fonctionnaire a le droit de présenter un grief «[...] si aucun autre recours administratif de réparation ne lui est ouvert sous le régime d'une loi fédérale» et le second en indiquant qu'une convention collective doit prévoir une clause de règlement définitif des désaccords en découlant que ce soit «par arbitrage ou toute autre voie». Sur l'interprétation donnée à la question de la coexistence des instances d'arbitrage et de droits de la personne, voir *Canada c. Boutilier*, [1999] 1 C.F. 459 (Section de première instance), p. 475-476; *La Société Radio-Canada c. Paul*, [1999] 2 C.F. 3 (Section de première instance), p. 15-22. Il en est de même en Colombie-Britannique. Dans l'arrêt *C.-B. c. B.C.G.S.E.U.*, [1999] 3 R.C.S. 3, la Cour suprême signale, en conclusion, que la salariée syndiquée avait contesté son congédiement, en alléguant être victime de discrimination, devant un arbitre de grief plutôt que d'une demande présentée devant le Tribunal des droits de la personne ou l'organisme qui l'avait précédé (par. 83). Cette remarque, qui signifie que les deux voies juridictionnelles sont possibles, s'explique par le régime législatif de cette province. La lecture des articles 25 et 27 du *Human Rights Code*, R.S.B.C. 1996, c. 210 et de l'article 84(2) du *Labour Relations Code*, R.S.B.C. 1996, c. 244, permet de constater que le législateur a clairement spécifié que la procédure d'arbitrage de grief n'est pas exclusive. C'est dans cette perspective, liée spécifiquement au contexte législatif qui diffère à tous égards de l'article 100 *C.t.* et de l'article 77 de la *Charte*, qu'il faut comprendre la remarque du juge McLachlin dans l'arrêt *B.C.G.S.E.U.* et la décision *B.C. c. Tozer*, (1998) B.C. J. n° 2594 (B.C.S.C.) (Q.L.), citée par le Tribunal dans *Roussin* (*supra*, note 3, par. 33, note 29). Sur le caractère non exclusif de la procédure d'arbitrage de grief en Colombie-Britannique dans un contexte de litige impliquant des droits de la personne, voir aussi *B.C. and B.C.G.E.U.*, (1999) 73 L.A.C. (4th) 289 (V.L. Ready). Cette décision fait bien ressortir (p. 300-301) les différences entre les dispositions du *Labour Relations Code* de la Colombie-Britannique et celles du *Labour Relations Act*, de l'Ontario qui est à la base de la décision de la Cour suprême dans *Weber*. Rappelons que l'article 100 *C.t.* prescrit, tout comme en Ontario, l'arbitrage obligatoire pour tout grief. En somme, la référence aux décisions émanant d'autres juridictions doit nécessairement être effectuée en tenant compte de leurs particularités législatives respectives. Cette précaution minimale n'a pourtant pas été effectuée par le Tribunal dans la récente affaire *C.E.Q.* (*supra*, note 9) où ce dernier se réfère, sans indiquer les différences majeures qui existent entre les législations québécoise et fédérale sur la question, à la décision *Société Radio-Canada c. Paul* (précitée) pour illustrer les limites de la compétence de l'arbitre de grief du Québec (par. 51-52).

207. Pour le texte de la disposition législative qui retranche des matières de la compétence générale de l'arbitre de grief, revoir *supra*, note 189.

l'exclusivité arbitrale clairement énoncé au *Code du travail* et confirmé à de nombreuses reprises par la Cour suprême du Canada. Toute autre conclusion ne constitue qu'un lent détournement de la compétence de l'arbitre de grief.

II) FONDEMENTS ET LIMITES DU PRINCIPE DE L'EXCLUSIVITÉ ARBITRALE

76. Dans sa quête de compétence à l'égard de litiges découlant de conventions collectives, le Tribunal en vient à faire oublier, ou presque, les fondements mêmes du principe d'exclusivité conféré par le législateur au mécanisme de l'arbitrage de grief. Nous reviendrons donc brièvement sur celui-ci. Nous reconnaissons toutefois que ce principe n'est pas absolu. Tel que nous l'indiquerons, il est donc possible que le Tribunal puisse jouer un certain rôle juridictionnel en dépit de l'existence d'une convention collective.

A) L'arbitrage de grief en expansion

77. Au Québec, comme d'ailleurs dans trois autres provinces canadiennes²⁰⁸, le législateur a opté en 1961 pour la formule obligatoire et exclusive de l'arbitrage pour trancher les griefs émanant d'une convention collective²⁰⁹. De plus, sous l'impulsion de

208. Au Canada, toutes les juridictions provinciales ainsi que fédérale prévoient que les litiges découlant de l'application et de l'interprétation de la convention collective soient tranchés par un mécanisme obligatoire et final. Toutefois, il nous semble intéressant de souligner que seules quatre provinces canadiennes imposent l'arbitrage de grief comme unique procédure d'adjudication: Qué., *supra*, note 4, art. 100; Ont., *supra*, note 10, art. 45(1); Sask., *supra*, note 10, 25(1); I.-P.-É.: *Labour Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. L-1. Dans les autres provinces et au niveau fédéral, les législations pertinentes, si elles prévoient toutes l'arbitrage de grief comme moyen obligatoire en cas de silence des parties dans la convention collective, reconnaissent que ces dernières peuvent avoir recours à une autre méthode d'adjudication pourvu que celle-ci soit finale et lie les parties: *Code canadien du travail*, R.S.C. 1985, c. L-2, art. 57(1); Alb.: *Labour Relations Code*, S.A. 1988, c. L-1.2, art. 133; C.B.: *Labour Relations Code*, *supra*, note 159, art. 84(2); Man.: *Labour Relations Act*, R.S.M. 1987, c. L10, art. 78(1); N.-B.: *Industrial Relations Act*, R.S.N.B. 1973, c. I-4, art. 55(1); T.-N.: *Labour Relations Act*, R.S. Nfld. 1990, c. L-1, art. 86(1); N.-É.: *Trade Union Act*, R.S.N.S. 1989, c. 475, art. 42(1). Ces différences nous paraissent importantes car elles accentuent, selon nous, le caractère impératif et exclusif de l'arbitrage de grief au Québec. De plus, ce tableau démontre combien la référence aux décisions judiciaires des autres juridictions doit se faire avec beaucoup d'attention afin d'éviter d'appliquer des solutions qui ont été développées dans des contextes législatifs différents.

209. *Loi modifiant la Loi des relations ouvrières*, S.Q. 1961, c. 73, art. 6. Sur le contexte historique de l'adoption de cette disposition législative, voir R. BLOUIN, *op. cit.*, *supra*, note 175, p. 28-35.

l'arrêt *McLeod c. Egan*²¹⁰ de 1974, une dimension «publique» a été ajoutée au rôle jusque là «privé» de l'arbitrage de grief²¹¹.

78. Dorénavant, l'arbitre ne serait plus confiné à l'application de la convention collective dont il était saisi mais pouvait «interpréter et appliquer une loi ou un règlement dans la mesure où il est nécessaire de le faire pour décider d'un grief»²¹². Cet ajout décisif a littéralement transformé le rôle de l'arbitre au cours des vingt-cinq dernières années. La Cour suprême a d'ailleurs reconnu, avec éclat, cette évolution du mandat de l'arbitrage de grief eu égard à l'application de la *Charte canadienne*²¹³. En statuant que «tout grief doit être soumis à l'arbitrage»²¹⁴, en écartant

210. *Supra*, note 165.

211. Sur cette dimension fondamentale du régime d'arbitrage de grief qui, à notre avis, semble échapper au Tribunal, lire entre autres, R.H. ABRAMSKY, «Grievances Arbitration, External Law, and Multiple Forums», dans *Labour Arbitration Yearbook 1994-1995*, Lancaster House, Toronto, 40, p. 42-47; D.D. CARTER, «The Duty to Accommodate», (1997) 52 *Relat. Ind.* 185, 186-188, qualifie l'arbitrage de grief comme étant un «hybrid process, containing both private and public elements» (p. 187); D.D. CARTER, *Grievance Arbitration and the Application of Human Rights Standards – Conflict of Compatibility*, 15th Annual University of Calgary Labour Arbitration Conference, cité dans *Re Calgary R.C. Sep. School Dist. No. 1 and A.T.A.*, 68 L.A.C. (4th) 65, 70-71; M. LYNK, «A Hardy Transplant: The Duty to Accommodate And Disability Rights in Canadian Labour Law», (1998) 49 *Lab.L.J.* 962, 980.

212. Article 100.12a) *C.t.* Pour son texte, voir *supra*, note 165.

213. Voir à ce sujet les arrêts *Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario*, [1991] 2 R.C.S. 5; *Tétreault-Gadoury c. Canada*, [1991] 2 R.C.S. 22; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570. Dans ces trois arrêts, la Cour suprême a conclu que si un tribunal administratif a, expressément ou implicitement, le pouvoir de trancher des questions de droit, celui-ci peut appliquer la *Charte canadienne des droits et libertés* et statuer sur la constitutionnalité de sa loi habilitante. Si le tribunal administratif – et ceci vise, entre autres, un arbitre de grief, ne peut procéder à une déclaration formelle d'invalidité, il peut toutefois considérer la disposition contestée comme invalide (voir *Cuddy Chicks*, p. 14-17).

214. Le caractère exclusif de l'arbitrage de grief découle directement du statut obligatoire que lui confère cet article 100 *C.t.* Dans l'affaire *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Sûreté du Québec*, 2000T-634, le Tribunal, sous la plume cette fois du juge Oscar d'Amours, a estimé que l'arbitrage de grief prévu au contrat de travail signé entre le Gouvernement du Québec et l'Association des policiers provinciaux du Québec n'empêchait pas le Tribunal de se saisir de la plainte d'un policier qui alléguait être victime de discrimination. Nous ne remettons pas en question cette conclusion car, contrairement à la situation prévalant en vertu du *Code du travail* quant au caractère obligatoire de l'arbitrage de grief, l'examen de la *Loi sur le régime syndical applicable à la Sûreté du Québec*, L.R.Q., c. R-14, révèle que le législateur n'a pas imposé l'arbitrage de grief comme forum d'adjudication pour les litiges découlant de l'interprétation du «contrat de travail» mais a plutôt mis sur pied un comité paritaire et conjoint (art. 7-12). Ce n'est qu'à la convention de travail que les parties ont prévu que, pour les mesures correctives ou sanctions disciplinaires, le salarié pouvait soumettre, en sus de son recours devant le Comité paritaire, un

le cloisonnement artificiel des questions de droit pouvant être tranchées par un arbitre et en accordant à ce dernier les pouvoirs requis pour disposer pleinement et efficacement des divers aspects d'un litige, l'objectif du législateur nous paraît probant: il a voulu s'assurer qu'un seul forum soit compétent pour disposer de tous les litiges découlant d'une convention collective. La multiplicité de recours – que le Tribunal présente pour sa part plus prosaïquement comme une simple situation de «compétence concurrente»²¹⁵ a été écartée expressément et cette approche n'a pas été remise en question au Québec lors de l'adoption de la *Charte* ni au moment de la création du Tribunal.

79. Choix de système, choix de valeurs. Le législateur a opté, en conformité avec l'économie générale du *Code du travail*, pour un mécanisme d'adjudication décentralisé²¹⁶, situé à proximité des parties, dont les coûts sont assumés par celles-ci, qui tranche des litiges dans des délais raisonnables²¹⁷ et ce, par des personnes

grief à l'arbitrage (art. 30.01). Tel qu'on le constate, l'arbitrage de grief n'est donc pas imposé par le législateur mais résulte d'une possibilité qui a été créée par entente contractuelle. À ce titre, on ne peut considérer que celui-ci soit exclusif et obligatoire comme c'est le cas en vertu du *Code du travail*. D'autre part, l'analyse du critère de «l'essence du litige» effectuée par le Tribunal dans cette affaire correspond à l'approche mise de l'avant par la Cour suprême dans le cadre des arrêts *Weber*, *O'Leary* et *Regina Police Assn.*, *supra*, notes 5 et 14 car le litige alors à l'étude, soit la contestation d'une réprimande versée au dossier du policier plaignant, ne porte pas, ne découle pas de la convention collective ni ne concerne une matière visée par celle-ci mais relève de l'exercice du *Règlement sur la déontologie et la discipline des membres de la Sûreté du Québec*, Décret 467-87, G.O., Partie 2, 1^{er} avril 1987, p. 1809. Ce *Règlement* n'est pas intégré au «contrat de travail» négocié par l'Association représentant les policiers de la Sûreté du Québec. C'est donc dire qu'on a prévu, au «contrat de travail» des policiers, la possibilité d'un recours à l'arbitrage pour contester une mesure disciplinaire qui ne tire pas sa source dudit «contrat de travail».

215. *Résidences Laurendeau*, *supra*, note 6, p. 2147; *Karas*, *supra*, note 54, p. 721, *Poliquin*, *supra*, note 52, p. 353; *Ville d'Aylmer*, *supra*, note 168, p. 339.

216. Sur les principaux éléments caractéristiques du mécanisme d'arbitrage de grief, voir R. BLOUIN, *op. cit.*, *supra*, note 175, p. 35-37, 39-42.

217. Le Centre de recherche et de statistiques sur le marché du travail publie chaque année, en annexe de la *Liste annotée d'arbitres de griefs*, Conseil consultatif du travail et de la main-d'œuvre, Québec, une série de tableaux indiquant les délais moyens mis par les arbitres québécois pour rendre une sentence arbitrale. Dans sa 26^e édition (2000), les chiffres révèlent que, pour l'ensemble des arbitres, le délai moyen entre la nomination de l'arbitre et sa décision est de 304,99 jours (p. 116). Le Centre de recherche ne publie plus depuis quelques années les statistiques relatives au délai existant entre le dépôt d'un grief et la décision arbitrale. En 1991-1992, ce délai était de 478,1 jours (*Liste annotée des arbitres de griefs*, 20^e édition, 1993-1994, p. 114). Parallèlement à cette donnée, nous soulignons que la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse indiquait dans son *Rapport annuel 1998*, que la durée moyenne de traitement des plaintes est de 15 mois pour l'ensemble des dossiers fermés à la suite

possédant une expertise reconnue dans le domaine des relations du travail²¹⁸.

d'un règlement, d'un désistement ou d'une décision du Comité des plaintes. Pour les dossiers d'enquête qui font l'objet de mesures de redressement, le *Rapport* précise «*que la durée est prolongée à cause des délais supplémentaires qu'ils entraînent, tant au Contentieux, qui donne son avis sur l'évaluation de la preuve et les mesures de redressement proposées, que devant le Tribunal des droits de la personne, lorsque les mesures de redressement ne sont pas suivies*» (p. 42, nos italiques). Le *Rapport* ne donne pas plus de précisions sur les délais dans ce dernier cas mais il est manifeste, sans plus de détails, que la procédure d'arbitrage de grief, qui se termine en moyenne en moins de 11 mois, est beaucoup plus rapide que celle de la plainte à la Commission et du recours éventuel au Tribunal. Dans son rapport annuel pour l'année 1999, la Commission indique qu'il «est impossible de réduire nos délais globaux et de traiter en moins de 12 mois une nouvelle plainte qui est déposée à la Commission [...] en invoquant la charge de travail de l'enquêteur. (*Rapport annuel 1999*, p. 40). En présumant que le délai de 478 jours vu ci-haut représente encore sensiblement la situation québécoise, on constate donc que la période généralement requise en arbitrage de grief entre le dépôt du grief et la sentence arbitrale correspond, à toutes fins pratiques, à celle qui est mise par la Commission pour déterminer si elle ferme le dossier ou si elle propose des mesures de redressement. Cette étape, dans la majorité des cas, précède le recours de la Commission au Tribunal. Le professeur D.D. CARTER, indique, relativement à la situation ontarienne, que «[...] the present delays associated with the adjudication of human rights complaints could make arbitration the preferred forum for the resolution of these complaints...»: *Canadian Labour Law in the 1990s.: The Growing Influence of Human Rights Requirements*, I.R.C. Press, Queen's University, p. 28). Sur la question des délais d'enquête en matière de droits de la personne, voir aussi C. BRUNELLE, *op.cit.*, *supra*, note 49, p. 199, note 873. Dans son arrêt récent *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, [2000] 2 R.C.S. 307, la Cour suprême du Canada avait à déterminer si le délai d'environ deux ans qu'un conseil de droits de la personne a mis pour décider si des plaintes de harcèlement sexuel devaient faire l'objet d'une audience devant un tribunal portait en soi atteinte aux droits garantis à l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Dans un jugement serré (5-4), la Cour décida que l'article 7 de la *Charte canadienne* n'avait pas été violé. La majorité se dit toutefois très préoccupée «par l'inefficacité de la Commission» (par. 135). Selon le juge Bastarache, «Le manque de ressources ne peut pas expliquer tous les délais en matière de communication des renseignements, de désignation d'enquêteurs, de dépôt de rapports, etc.; il ne peut pas justifier non plus un délai jugé excessif. Le fait que la plupart des commissions des droits de la personne connaissent de sérieux délais ne justifie pas la violation des principes de justice naturelle dans des cas appropriés» (par. 135). Dans son opinion dissidente, le juge LeBel a conclu, pour sa part, que le délai dans les procédures du conseil était injustifié et excessif (par. 138). À la lecture de cet arrêt, et tout particulièrement du parag. 129 qui donne un aperçu des délais prévalant dans différentes provinces canadiennes en matière d'enquêtes sur les droits de la personne, il nous paraît évident que la procédure d'enquête et d'adjudication prévue à la *Charte* suppose des délais qui dépassent largement ceux existant en général dans le secteur de l'arbitrage de grief et que ceux-ci soulèvent de vifs débats quant à leur légalité intrinsèque.

218. La Politique générale du Conseil consultatif du travail et de la main-d'œuvre concernant la confection et la gestion de la Liste annotée d'arbitres de griefs, adoptée en conformité avec l'article 77 du *Code du travail*, indique les conditions

80. À l'égard de ce dernier point qu'est l'expertise, le Tribunal et une certaine doctrine²¹⁹ semblent considérer que les arbitres de griefs ne peuvent faire valoir d'expertise en matière de droits de la personne. Nous refusons, pour notre part, de nous engager dans un débat à partir du postulat où l'expertise semble plus associée à une question de statut rattaché à une fonction et dont seuls certains adjudicateurs pourraient être investis qu'à un ensemble de qualités liées à la formation et à l'expérience d'une personne. L'expertise, que ce soit en droits de la personne ou en tout autre domaine – et il ne nous semble pas nécessaire d'insister sur ce point – est d'abord et avant tout relative aux connaissances et compétences qu'une personne – qu'elle soit juge, arbitre, juriste ou autre – acquiert à travers les sources hétérogènes mais complémentaires que sont autant la formation et l'analyse théoriques que l'acquisition d'une expérience pratique dans un domaine précis²²⁰.

81. Que les membres du Tribunal aient une expertise en matière de droits de la personne va de soi²²¹ mais rien ne permet

d'inscription d'une personne à la Liste annotée. La lecture de la Section II de la Politique (art. 2 à 7) permet de voir que le Conseil tient compte, entre autres critères, des années d'expérience pertinente dans le domaine des relations du travail (dix années) et de la connaissance et de l'expérience de la personne dans les domaines de l'arbitrage, de la négociation de conventions collectives et de l'adjudication.

219. K. Tabbakh, *The Standard of Review of Grievance Arbitrators When Deciding on Human Rights Issues: The «Magnificent Goal» vs. Industrial Peace*, (1998) 43 McGill L.J. 261. Dans ce texte qui traite principalement de la norme de contrôle judiciaire, l'auteur fait état à quelques reprises du «lack of expertise» des arbitres de griefs en matière de droits de la personne mais, au-delà de ces affirmations générales, n'en fait aucune démonstration tangible (p. 273-276). Nous notons que l'auteur discute principalement de la situation ontarienne et, lorsqu'il traite du Québec, se réfère à l'affaire *Les Ateliers d'ingénierie Dominion*, *supra*, note 16 dont nous avons déjà souligné l'autorité plus que relative depuis les amendements apportés à la *Charte* en 1989 (*supra*, par. 26-34). Voir aussi le texte de G. OTIS, *supra*, note 16, F. POIRIER et L. LAMARCHE, «L'accès au Tribunal des droits de la personne du Québec: une fréquence modulée», (1997) 57 *R. du B.* 785, 837.
220. Les auteurs K.P. SWANN et K.E. SWINTON indiquent, dans leur texte précité, *supra*, note 39, que «There is no reason to believe that arbitrators have less «expertise» in interpreting human rights legislation than persons appointed to adjudicate a human rights inquiry». Voir également dans le même sens: P.C. WEILER, «The Arbitrator, The Collective Agreement And the Law», (1972) 10 *Osgoode H.L.J.* 141, 151.
221. L'article 101 de la *Charte* énonce que le président du Tribunal est choisi parmi les juges de la Cour du Québec «qui ont une expérience, une expertise, une sensibilisation et un intérêt marqués en matière des droits et libertés de la personne». Il en est de même pour les autres juges qui sont appelés à siéger au Tribunal (art. 103). Les assesseurs sont nommés en fonction des mêmes critères (art. 101 qui se réfère à l'article 62 de la *Charte*).

d'inférer qu'elle leur soit exclusive et que celle-ci soit hors d'atteinte de tout autre décideur. Le domaine des droits de la personne est devenu, au fil des années, un secteur enseigné en faculté de droit et en formation permanente ainsi que largement étudié et commenté en doctrine. L'évolution rapide de ce droit, les nuances et revirements que dégage régulièrement la Cour suprême dans son élaboration²²² astreignent toutes les personnes qui s'intéressent de près à ce droit – qu'ils soient juges au Tribunal ou autres – à un suivi constant et attentif. S'il est un domaine actuellement où aucune connaissance n'est vraiment définitive, c'est bien celui des droits de la personne. Or, l'appréciation de toute cette question d'expertise doit tenir compte selon nous de cette donnée fondamentale et se dissocier d'un concept limité à la «titularisation» d'une expertise qui serait dépendante de la seule étiquette d'une nomination à un organisme.

82. Mais la position de ceux qui contestent l'expertise des arbitres en matière de droits de la personne soulève, en fait, un autre problème qui nous paraît encore plus sérieux. Ceux-ci semblent considérer, en effet, que les questions de droits de la personne pourraient être dissociées, dans un litige, du contexte de relations de travail dans lequel il est posé. Cette conception de compartimentation du droit nous inquiète vivement car elle s'avère porteuse d'une méconnaissance du tissu serré d'interrelations qui caractérise tout milieu de travail.

83. Si on veut éviter, en effet, une marginalisation du domaine des droits de la personne, l'analyse d'un problème et les solutions qui y sont apportées doivent obligatoirement tenir compte d'un souci d'intégration de ce droit de nature horizontale aux relations de travail plutôt que de mettre de l'avant des interprétations théoriques faisant abstraction du contexte réel d'un milieu de travail. Il ne s'agit pas de nier ou de tenter d'amenuiser la force ou l'importance des droits de la personne à l'égard du monde des relations de travail mais de privilégier une approche d'harmonisation des valeurs et obligations fondamentales de cette branche innovante du droit à l'économie et à l'efficacité de celle du

222. Nous pensons ici, par exemple, à l'important arrêt de la Cour rendu dans l'affaire *C.B. c. B.C.G.S.E.U.*, *supra*, note 206. Après avoir fait état des nombreuses difficultés d'application concernant les moyens de défense des employeurs à propos de la discrimination directe et de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable (p. 23-30), la Cour suprême a développé une méthode d'analyse unifiée qui met de côté cette distinction jurisprudentielle problématique (p. 30-38).

travail subordonné; seule approche assurant, à notre avis, l'atteinte optimale des objectifs formulés par la *Charte*.

84. À ce titre, nous ne prétendons pas que seuls les arbitres de griefs sont capables d'accomplir une telle conciliation entre le monde du travail et celui des droits de la personne. Les juges du Tribunal sont également appelés à exercer une telle responsabilité à l'égard de la majorité des personnes salariées du Québec²²³. Cependant, eu égard aux litiges découlant de l'application et de l'interprétation de la convention collective, le législateur en a décidé autrement et a confié exclusivement aux arbitres la tâche de trancher ceux-ci. Il faut reconnaître que, pour ces derniers, le milieu de travail est nécessairement central dans leur évaluation d'un litige puisque celui-ci se trouve au cœur de leur mandat.

85. Mais, comme nous l'avons souligné, le législateur a tenu, en leur confiant le pouvoir d'interpréter et d'appliquer «la loi»²²⁴, à ce que leur analyse ne se fasse pas en vase clos mais tienne compte des éléments extérieurs que sont les lois et les règlements. La vérification de la compatibilité des normes conventionnelles à des dispositions légales constitue donc un volet inhérent et implicite du rôle de l'arbitre de grief québécois depuis près de vingt-cinq ans. L'exercice de cette responsabilité à l'égard de la *Charte*, telle que confirmée expressément par la Cour suprême du Canada, s'avère donc en continuité avec les attributions régulières des arbitres de griefs.

86. Certes, les pouvoirs attribués par la *Charte* en cas d'incompatibilité d'une disposition d'une convention collective à l'égard de celle-ci sont significatifs²²⁵ mais l'arbitre, qui a développé une expertise en droits de la personne²²⁶, possède, selon

223. Il n'est pas inutile de rappeler, en effet, que le taux de syndicalisation au Québec était, selon les statistiques de septembre 2000, de 36,1 % (*L'emploi et le revenu en perspective, Le point sur la syndicalisation*, Parution spéciale, Fête du travail, Statistiques Canada, p. 12). C'est donc dire qu'à l'égard de la main-d'œuvre non syndiquée, la Commission et le Tribunal peuvent être appelés à intervenir si la personne n'a pas exercé un recours devant un tribunal judiciaire.

224. Art. 100.12a) *C.t.* Pour son texte, voir *supra*, note 165.

225. Vu l'article 13 de la *Charte*, l'arbitre peut déclarer sans effet une clause de convention collective qui est discriminatoire. De plus, à la lumière des arrêts *Cuddy Chicks*, *Tétreault-Gadoury* et *Douglas College* (*supra*, note 213) et compte tenu du pouvoir exprès d'interpréter et d'appliquer la loi prévu à l'article 100.12a) *C.t.*, l'arbitre de grief peut considérer une disposition législative invalide si celle-ci est contraire à la *Charte canadienne*.

226. Nous ne prétendons pas que tous les arbitres de griefs du Québec ont développé une telle expertise dans ce domaine. Une vérification de la jurisprudence arbitrale des dix dernières années permet toutefois rapidement d'identifier les

nous, les connaissances et les instruments requis pour concevoir, à l'égard des griefs soulevant une question de droits de la personne, une solution où les dimensions de droit du travail et de libertés fondamentales peuvent converger.

87. Outre cet avantage d'intégration qui nous paraît majeur pour le développement du domaine des droits de la personne dans les milieux de travail syndiqués, le choix d'un forum unique possède un autre mérite non négligeable pour les salariés, les syndicats et les employeurs du fait qu'il évacue des litiges les questions trop souvent paralysantes de la détermination de la juridiction compétente pour trancher un grief. Tel que nous l'avons démontré en première partie, les débats préliminaires liés à la question de l'évaluation de la nature d'un litige²²⁷ ou ceux concernant la portée (ou la hauteur) des pouvoirs d'un arbitre²²⁸ ne font absolument rien pour mener rapidement les parties à une solution définitive sur le fond du litige. La dispersion du contentieux entraîne également dans son sillage des objections liées à la litispendance, à la chose jugée²²⁹ ou expose les parties à des décisions en tout ou en partie contradictoires²³⁰; problématiques juridiques souvent complexes et peu compatibles avec une exécution pleine et entière de décisions déjà rendues. Les limites juridictionnelles du Tribunal – qui ne peut pas statuer relativement au non-respect de toutes les dispositions de la *Charte* mais exclusivement à l'égard des manquements aux droits prévus aux articles 10 à 19²³¹ – posent une

nombreuses personnes qui ont eu à se prononcer sur de telles questions et donc de guider les parties à l'étape du choix de l'arbitre. Par ailleurs, compte tenu de l'importance grandissante du contentieux des droits de la personne au Québec, il nous semble que le Conseil consultatif du travail et de la main-d'œuvre du Québec pourrait ajouter, à sa liste des critères d'évaluation des candidats qui veulent devenir arbitres de griefs apparaissant à la *Politique générale du Conseil concernant la confection et la gestion de la Liste annotée*, un élément qui tiendrait compte d'une expérience dans le domaine des droits de la personne et ce, tout particulièrement en relation avec le monde des relations de travail.

227. *Supra*, par. 7-23.

228. *Supra*, par. 24-41.

229. Le Tribunal a reconnu la possible application de ces deux concepts dans les affaires *Poliquin*, *supra*, note 52, p. 354, *Ville d'Aylmer*, *supra*, note 68, p. 339 et *Voltaire*, *supra*, note 80, p. 342.

230. Cette éventualité a été examinée dans l'affaire *Voltaire*, *supra*, note 80. Les auteurs du *Rapport sur l'élimination des retards et des procédures multiples dans les décisions portant sur les litiges du droit du travail*, ajoutent, à ces différentes conséquences découlant de la multiplicité de recours, le fait que celle-ci «has a detrimental impact on the employer/employee relationship» (*op. cit.*, *supra*, note 165, p. 81).

231. La juridiction du Tribunal est, en principe, circonscrite par celle de la Commission (voir l'art. 111 qui se réfère aux articles 80, 81 et 82 de la *Charte*). En effet, la Commission peut faire enquête, en vertu de l'article 71(1), sur toute situation

autre difficulté dans la mesure où, même dans le champ des droits de la personne, la voie de la Commission et du Tribunal s'avère incomplète²³². Le possible «magasinage» entre deux tribunaux constitue, eu égard à notre système de droit, un autre effet peu souhaitable que le principe de l'exclusivité de l'arbitrage de grief écarte systématiquement²³³. Enfin, le rôle prépondérant que joue la Commission dans le cadre d'une demande présentée par elle au Tribunal peut avoir pour effet d'éloigner le syndicat – pourtant signataire de la convention collective – du déroulement d'un dossier où l'application et l'interprétation de celle-ci est en jeu²³⁴.

88. Il est difficile de discerner, à la vue de ces divers éléments, en quoi le milieu de travail syndiqué québécois gagnerait à être l'objet de la dualité juridictionnelle préconisée haut et fort par le Tribunal. Ni l'expertise, ni les délais, ni les coûts, ni l'efficacité de l'administration de la justice ne peuvent soutenir à notre avis la fragile position développée par le Tribunal.

qui lui paraît constituer soit un cas de discrimination au sens des articles 10 à 19, 86 et 48(1) et c'est à l'égard de la violation de ces droits bien précis qu'une personne peut porter plainte devant elle (art. 74). C'est donc dire que les droits prévus au chapitre I de la *Charte* (Libertés et droits fondamentaux) ne peuvent faire l'objet d'une plainte devant la Commission et, par incidence, d'un recours devant le Tribunal. Le Tribunal peut également être saisi, en vertu des articles 88, 90, 91 et 111 de la *Charte*, d'un recours relativement à un programme d'accès à l'égalité. Voir sur ce point: *C.D.P.D.J. c. Commission scolaire des Samares*, *supra*, note 85.

232. À titre d'exemple, on peut penser aux litiges soulevant la question du respect du droit à la vie privée (art. 5 de la *Charte*). Le salarié qui prétend être victime d'une atteinte à ce droit ne peut faire une plainte à la Commission. L'arbitre de grief, pour sa part, peut se prononcer sur cette question dans l'exercice de sa juridiction: voir, entre autres affaires, *Syndicat des employées et employés professionnels-les et de bureau, section locale 57 et Caisse populaire Saint-Stanislas de Montréal*, [1999] R.J.D.T. 350; *Rassemblement des employés techniciens ambulanciers de l'Abitibi-Témiscamingue (C.S.N.) et Ambulance du Nord inc.*, [1999] R.J.D.T. 338; *Le Syndicat des travailleurs (euses) de Bridgestone Firestone de Joliette (CSN) c. Trudeau*, [1999] R.J.D.T. 1075 (C.A.).

233. Sans vouloir faire quelque procès d'intention que ce soit, il est plausible d'imaginer que la concurrence de juridictions dans un même domaine puisse amener certaines personnes à se servir de cette dualité pour de strictes questions de stratégie.

234. Nous ne soutenons pas ici que la Commission mène le recours en vase clos et qu'elle fasse abstraction, le cas échéant, du syndicat impliqué qui, fort souvent au demeurant, sera soit partie intéressée ou intervenante devant le Tribunal (art. 116 de la *Charte*). Toutefois, il est certain que c'est la Commission qui, en règle générale, saisit le Tribunal d'une demande et fera les représentations requises devant celui-ci. Voir, dans le même sens, K.P. SWAN et K.E. SWINTON, *supra*, note 39, p. 140 et C. BRUNELLE, *op. cit.*, *supra*, note 49, p. 207-208.

B) L'arbitrage et ses limites

89. Soutenir le principe de l'exclusivité du forum arbitral ne signifie pas qu'il faille en faire un absolu. Tout en énonçant clairement que l'arbitre devait être le seul adjudicateur à se prononcer à l'égard de tout litige découlant ou résultant d'une convention collective, la Cour suprême a reconnu que cette politique n'interdisait pas, dans certains cas, l'intervention de tribunaux de droit commun²³⁵. Essentiellement, le critère mis alors de l'avant pour permettre une dérogation à la règle de l'exclusivité est simple et repose sur une valeur tout à fait compatible avec notre système de droit: «il faut [...] éviter, pour reprendre les termes du juge Estey dans *St. Anne Nackawik*, la privation réelle du recours ultime»²³⁶.

90. La formule retenue, «privation réelle du recours ultime», indique la portée bien limitée de cette dérogation au principe de l'exclusivité: il ne s'agit pas de permettre à un salarié de s'écarter du principe d'exclusivité parce que l'accès à l'arbitrage de grief lui est difficile ou injustement refusé par le syndicat mais de couvrir les situations où il est réellement privé de l'exercice de ce recours ultime. D'une façon pratique, ceci signifie, à notre avis, que la décision d'une association accréditée de ne pas soumettre un grief à l'arbitrage pour quelque motif que ce soit ne constitue pas une «privation réelle» de recours si le salarié peut contester ce refus par le biais du mécanisme prévu aux articles 47.3 s. du *Code du travail*²³⁷. Ce recours, que la Cour d'appel a qualifié d'*exclusif* dans le cadre de deux décisions prononcées au début de l'année 2001²³⁸, permet au Tribunal du travail – s'il estime que le devoir

235. Nous avons déjà souligné précédemment que tel peut être le cas lorsque l'arbitre n'a pas le pouvoir d'accorder une réparation requise: *infra*, par. 52-53. Dans une telle hypothèse, ce sont, selon la Cour suprême, les tribunaux de compétence inhérente qui peuvent alors assumer cette compétence: *Weber*, *supra*, note 5, p. 960. Dans *Roussin* (*supra*, note 3), le Tribunal fait valoir que cette compétence accordée aux tribunaux de droit commun peut également relever de sa compétence (par. 28, p. 910). Nous n'avons pas de problème avec cet énoncé dans la mesure où, comme nous l'avons démontré eu égard aux tribunaux supérieurs, cette voie est utilisée de façon subsidiaire à l'arbitrage de grief (voir *supra*, par. 52-53 et *infra*, par. 79-80). Or, notre étude indique que le Tribunal se méprend à cet égard en laissant entendre que ce rôle pourrait être exercé de façon concurrente avec l'arbitre de grief. Le Tribunal se réfère à ce même argument dans l'affaire *Centre hospitalier Hôtel-Dieu de Sorel*, *supra*, note 3, par. 25).

236. *Ibid.*

237. Pour le texte de l'art. 47.3 *C.t.*, voir *supra*, note 49.

238. Dans une décision du 11 janvier 2001, soit l'affaire *Syndicat canadien de la fonction publique c. Duguay*, 2001T-94, la Cour d'appel a décidé «[...] That when it is

de représentation du syndicat n'a pas été respecté²³⁹ – de court-circuiter la décision syndicale et d'ordonner que la réclamation du salarié soit soumise à un arbitre²⁴⁰. Dans de tels cas, on ne peut parler de «privation réelle» de recours puisqu'un arbitre statuera sur le mérite de la réclamation du salarié.

91. *A contrario*, le salarié sera privé réellement d'un recours à l'arbitrage si, dans une situation visée par l'article 47.3 *C.t.*, le Tribunal du travail conclut que l'association accréditée n'a pas manqué à son devoir de représentation ou si le grief du salarié soulève une question qui ne peut faire l'objet d'une plainte en vertu du mécanisme prévu aux articles 47.3 s. du *Code du travail*²⁴¹. Dans de telles hypothèses, nous sommes d'avis que la règle de l'exclusivité du forum arbitral ne peut priver un recours devant un autre tribunal. Nous songeons, à titre d'exemple, à l'affaire *Résidences Laurendeau*²⁴² où des salariées, après avoir contesté, par grief et par le biais d'une plainte à la Commission, une politique de sexualisation des postes ont assisté, sans pouvoir intervenir, au retrait de leurs griefs par le syndicat et ce, à la suite d'une entente inter-

possible for an employee to invoke the recourse by ss. 47.3 et seq. of the Labour Code, the ordinary Courts have no jurisdiction *ratione materiæ* to hear and decide a case based on the Union's failure to provide fair representation» (par. 21). La Cour en est venue à cette conclusion en tenant précisément compte du lien qui doit exister entre le mécanisme de protection prévu aux articles 47.3 et s. *C.t.* et sa finalité et le recours exclusif à l'arbitrage de grief pour disposer au fond des cas visés par l'article 47.3 *C.t.* (Par. 13 à 19). Nous reviendrons sur cette décision aux par. 98 et 99. La Cour d'appel arrivait à cette même conclusion un mois plus tard dans l'affaire *Mayville*, *supra*, note 22. Même si le recours en dommages intenté devant la Cour supérieure par des salariés contre leur syndicat et ex-employeur ne qualifiait pas leur situation juridique de «renvoi», la Cour a, après avoir examiné l'essence même des faits allégués (par. 14-17), conclu être en présence d'un «dismissal within the meaning of s. 47.3» (p. 17). De ce fait, la Cour a indiqué que «the Superior Court lacks jurisdiction *ratione materiæ*» (p. 17).

239. Ce devoir de représentation est prévu à l'article 47.2 *C.t.* Pour le texte de cette disposition, voir *supra*, note 58.

240. C'est l'article 47.5 *C.t.* qui prévoit ce mécanisme: «Si le tribunal estime que l'association a violé l'article 47.2, il peut autoriser le salarié à soumettre sa réclamation à un arbitre nommé par le ministre pour décision selon la convention collective comme s'il s'agissait d'un grief. Les articles 100 à 101.10 s'appliquent, *mutatis mutandis*. L'association paie les frais encourus par le salarié.» À ce sujet, lire M.K. JOACHIM, *The Meaning of «Discrimination» in the Duty of Fair Representation*, 7 C.L.E.L.J. 91.

241. Dans les cas où la mesure dont le salarié est victime n'est pas un «renvoi ou une sanction disciplinaire», le mécanisme de plainte prévu à l'article 47.3 *C.t.* ne peut être invoqué. Le salarié, même victime d'un manquement au devoir de représentation de son syndicat, ne peut demander au Tribunal du travail qu'un arbitre soit nommé afin de disposer de son grief.

242. *Supra*, note 6.

venue entre ce dernier et l'employeur. Selon les salariées, la politique alors convenue aurait des répercussions sur leur droit d'appel au travail, leur droit de remplacement des personnes absentes du travail, leur droit de mutations par affichage et celui de supplantation²⁴³.

92. Compte tenu des termes de la convention collective qui n'autorisaient pas, en l'espèce, la soumission d'un grief à l'arbitrage par un salarié, la voie de ce recours permettant à un arbitre de sanctionner la discrimination dont les salariées se disaient victimes et qui était interdite à la convention collective s'avérait donc complètement bloquée. Par ailleurs, puisque la décision contestée ne constituait ni un renvoi ni une mesure disciplinaire, le mécanisme prévu à l'article 47.3 *C.t.* ne pouvait être invoqué. Les salariées étaient donc véritablement dans un cas de «privation réelle de recours ultime», situation leur permettant d'exercer un recours soit devant un tribunal judiciaire ou, comme elles l'ont fait, par le mécanisme de la Commission et du Tribunal²⁴⁴.

93. Demeurent d'autres situations où le Tribunal a estimé qu'il avait ou aurait compétence et ce, en dépit du principe de l'exclusivité arbitrale: les cas où la convention collective empêche un recours à l'arbitrage parce que la personne salariée ne possède pas l'ancienneté requise²⁴⁵ ou est en probation²⁴⁶, l'hypothèse de la

243. *Id.*, p. 2143.

244. La Cour supérieure a confirmé, dans le cadre d'un recours en révision judiciaire, la décision du Tribunal: *Carrier c. Résidences Laurendeau, Légaré, Louvain*, 2000T-242 (J. Lévesque). Selon la Cour, «il serait inopportun d'empêcher la commission de continuer ses procédures devant le tribunal» (par. 28). La Cour note que «Confrontées avec les effets de l'entente et du Code du travail, il est difficile, sinon impossible, d'envisager pour les plaignantes que le forum de la convention collective puisse être utilisé» (par. 27). Nous signalons que la Cour supérieure n'a pas discuté expressément des limites de l'article 47.3 *C.t.* ni de la théorie de la «privation réelle du recours ultime» formulée par la Cour suprême. Notons toutefois que si l'art. 47.3 *C.t.* s'était appliqué à cette affaire (cas de renvoi ou de mesure disciplinaire), une entente patronale-syndicale quant au retrait de griefs de salariés et prévoyant «qu'aucun nouveau grief [...] ne pourra être déposé pendant la durée de l'entente» pourrait être invalidée par un arbitre de grief dans la mesure où celle-ci contrevient à la convention collective. La Cour d'appel a en effet reconnu ce principe dans l'affaire *Albright & Wilson*, *supra*, note 22 à l'égard d'une lettre d'entente du type de celle à l'étude dans *Résidences Laurendeau*. La Cour a invoqué à cette fin les pouvoirs de l'arbitre qui se trouvent à l'article 100.12a) et d) *C.t.* (par. 67).

245. *Karas c. Commission scolaire Kativik*, *supra*, note 54.

246. *C.D.P.Q. c. Ville d'Aylmer*, *supra*, note 168. Une salariée, en période de probation, demande un congé sans solde en raison de l'adoption d'un enfant. L'employeur refuse cette demande mais la salariée décide de prendre quand même son congé. Elle est congédiée. Elle conteste d'abord cette mesure par grief mais,

prescription du délai pour faire un grief²⁴⁷, ou celle de la différence d'objet entre deux recours²⁴⁸ le cas qui implique, selon le Tribunal, un tiers à la convention collective²⁴⁹ et celui de la sentence arbitrale déjà prononcée où la question de la discrimination n'avait pas été abordée²⁵⁰.

subséquentement, elle se désiste de celui-ci et loge une plainte à la Commission. Dans le cadre d'une requête en irrecevabilité, le Tribunal décide qu'il possède compétence pour entendre cette affaire. Il est à noter que, pour ce faire, le Tribunal ne reprend même pas les termes de la convention collective et il est donc impossible de déterminer si la salariée avait ou n'avait pas droit à la procédure d'arbitrage. Ce point n'a pas été discuté par le Tribunal qui se limite à dégager les contours de sa «compétence concurrente» avec l'arbitre de grief (p. 339).

247. Voir *infra*, par. 97-99.

248. *Poliquin c. Collège de Victoriaville*, *supra*, note 52. Dans cette affaire, une salariée, congédiée, a d'abord contesté cette mesure par le biais de l'arbitrage de grief. La sentence a maintenu la décision de l'employeur. À la suite de cette décision, la salariée a déposé une plainte à la Commission, alléguant avoir été victime de discrimination. Au moment où cette plainte a été portée devant le Tribunal, l'employeur a invoqué le caractère exclusif de l'arbitrage de grief et la prescription du recours de la salariée. Sur le premier volet, le Tribunal s'est référé à sa décision dans l'affaire *Ville d'Aylmer* (*supra*, note 168) pour conclure à sa compétence concurrente. Sur la prescription du recours (en vertu des règles du *Code civil du Bas-Canada*), le Tribunal a conclu que celui-ci était prescrit. Néanmoins, le Tribunal a énoncé qu'il n'y aurait pas eu de chose jugée entre la sentence arbitrale et sa décision (s'il n'y avait évidemment pas eu prescription) car les deux recours différaient, selon lui, à l'égard de leur objet. Selon le Tribunal, le recours qu'il aurait eu à trancher recherchait une compensation pour «pertes futures» et dommages pour atteinte à la réputation advenant la non-réintégration de la salariée. Pour le Tribunal, ces réclamations ont une existence indépendante de la convention collective; d'où la conclusion qu'il n'y avait pas d'identité d'objet entre les deux recours. Soulignons sur ce dernier point que de telles distinctions subtiles quant à la qualification des dommages réclamés par une personne congédiée n'a pas été retenue par la Cour d'appel dans l'affaire *Corporation municipale de la Ville de Gaspé c. Côté*, *supra*, note 176. La Cour a décidé que l'arbitre de grief avait compétence exclusive pour décider de tous les dommages qui sont les conséquences d'un congédiement. La partie de cette décision du Tribunal concernant cette question nous paraît donc erronée en droit. Dans la récente affaire *Latulippe c. Commission scolaire de la Jeune Lorette*, *supra*, note 174, la Cour d'appel a reconnu que l'arbitre de grief est compétent – et ce, d'une manière exclusive – pour octroyer des dommages découlant d'un abus de droit (par. 12), des dommages moraux, des dommages pour atteinte à la réputation et des dommages exemplaires lorsque le litige relève de la convention collective (par. 17).

249. *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse et La Personnelle Vie, Corporation d'assurance*, 2000T-241. Nous discuterons de cette décision plus loin dans ce texte, voir *infra*, par. 100-106.

250. *Voltaire c. Commission scolaire Chomedey de Laval*, *supra*, note 63. Dans cette affaire, la salariée concernée avait d'abord épuisé la voie de l'arbitrage de grief. Quatre sentences arbitrales avaient été rendues avant que la salariée exerce un recours à la Commission. Toutes ces sentences (pour des motifs distincts, mesures disciplinaires, avis de mutation, réaffectation et congédiement) ont rejeté les prétentions de la salariée. Dans aucune de ces affaires, la question de la discrimination n'avait été invoquée (sauf dans le cadre d'une des sentences où la salariée y aurait fait brièvement allusion). Ne retenant pas la règle de

94. Dans la majorité de ces situations, nous notons que le Tribunal a fait preuve d'un empressement notable à conclure à l'incompétence de l'arbitre de grief. Prenons, par exemple, l'affaire *Karas c. Commission scolaire Kativik*²⁵¹ où une disposition de la convention collective conditionnait le droit de soumettre un grief à l'arbitrage à certaines conditions d'ancienneté que le plaignant ne semblait pas rencontrer à première vue²⁵².

95. Considérant qu'à sa «face même»²⁵³ la procédure d'arbitrage ne pouvait être exercée dans cette affaire, le Tribunal a

l'exclusivité arbitrale et estimant qu'il n'y avait pas d'identité de cause entre ces différentes décisions et le recours dont il était saisi, le Tribunal accepta donc l'idée qu'une personne puisse ainsi scinder son argumentation en fonction de l'adjudicateur saisi et ainsi multiplier les procédures. Dans la mesure où une convention collective interdit la discrimination, nous estimons, eu égard au principe de l'exclusivité arbitrale, qu'une personne qui se prétend victime de discrimination ne peut diviser artificiellement ses prétentions mais doit les faire valoir devant l'arbitre de grief. À défaut, et cette affaire ainsi que la décision *Poliquin c. Collège de Victoriaville*, *supra*, note 136 en témoignent, l'approche binaire mise de l'avant par le Tribunal implique une forte probabilité de multiplicité de recours contestant une même décision. Dans la mesure où, comme nous l'avons vu, l'arbitre de grief possède tous les instruments nécessaires pour trancher les questions de discrimination, nous estimons que cette invite à doubler les recours est non seulement erronée en droit mais également porteuse d'embrouillaminis juridiques, de délais et de frais importants. Notons enfin que, dans *Voltaire*, le Tribunal fait état des «limites de la juridiction de l'arbitre» en se référant à l'affaire *Désormeaux c. Centre de réadaptation des jeunes de l'Outaouais*, [1991] R.D.J. 228 (C.A.) (p. 336). Il n'est pas inutile d'indiquer que la Cour d'appel a, compte tenu de l'évolution de la jurisprudence de la Cour suprême sur la portée de la compétence arbitrale, mis de côté expressément ce précédent dans l'affaire *Centre hospitalier Pierre-Boucher c. Union des employés de service, s.l.* 298 (F.T.Q.), [1998] R.J.D.T. 1057, 1062-1063. Voir au même effet: *ForNet inc. c. Boily*, 99T-135 (C.A.). Le professeur J.-D. Gagnon examine, dans son texte «La compétence de l'arbitre de griefs en droit du travail. Accroissement d'un domaine réservé», (1997) 57 *R. du B.* 173, les affaires *Ville d'Aylmer*, *Poliquin*, *Voltaire* et *Karas* et conclut qu'une «incertitude semble exister concernant l'application qui peut être faite des notions de *litispendance* et de *chose jugée*...» (p. 207). Sans se prononcer sur le caractère exclusif de l'arbitre de grief, l'auteur indique qu'il ne fait pas de doute que l'arbitre peut contribuer à la protection des droits prévus à la *Charte* dans la mesure où le fondement de son intervention se trouve expressément ou implicitement à la convention collective (p. 208).

251. *Supra*, note 44.

252. À la fin de sa seconde année de travail à temps plein, un enseignant remplaçant, M. Karas, a été avisé par son employeur que son contrat d'engagement ne serait pas renouvelé pour l'année suivante. Le salarié a d'abord déposé une plainte à la Commission en alléguant être victime de discrimination en raison de son âge. Il a également déposé un grief dont il se désistait avant qu'il ne soit entendu. L'article 5-8.08 de la convention collective prévoit que le droit de soumettre un grief à l'arbitrage n'est possible que pour le salarié qui a occupé chez un même employeur une fonction pédagogique ou éducative pendant deux périodes de huit mois ou plus suivies d'un renouvellement de contrat [...]. M. Karas ne rentrait pas cette condition.

253. *Id.*, p. 725.

estimé qu'il possédait compétence pour disposer de ce recours contestant le non-renouvellement d'un contrat d'enseignant. Cette conclusion, il faut bien le noter, repose sur une interprétation expéditive des termes de la convention collective²⁵⁴, se réfère, sans faire les distinctions requises à une décision de la Cour d'appel du Québec²⁵⁵ et, plus grave encore, fait fi des pouvoirs qu'un arbitre de grief possède lorsqu'il est appelé à disposer de telles dispositions excluant le droit à l'arbitrage.

96. Précisément à ce sujet, la Cour d'appel du Québec rappelait en effet récemment, dans l'arrêt *Collège Dawson c. Muzanla*²⁵⁶, que la présence de telles dispositions²⁵⁷ n'écarterait pas

254. En fait, le Tribunal ne fait que reproduire l'article 5-8.08 de la convention collective à l'étude en disant que celle-ci «affecte la juridiction de l'arbitre de griefs» (*id.*, p. 724).

255. Le Tribunal se réfère à l'arrêt *Malo c. Côté-Desbiolles*, [1995] R.J.Q. 1686. Dans cette affaire, des salariés saisonniers, non rappelés au travail à la reprise des activités de l'employeur, ont déposé des plaintes en vertu de l'art. 124 *L.N.T.* en alléguant être victimes de congédiements injustes. L'employeur a invoqué devant le commissaire du travail que, puisque ces salariés pouvaient contester cette décision par le biais de la procédure d'arbitrage de grief prévue au *Code du travail*, l'existence de cette «autre procédure de réparation» privait donc le commissaire de disposer de ces plaintes. La Cour d'appel a estimé, comme le souligne d'ailleurs le Tribunal dans *Karas*, que même si la procédure de grief existait théoriquement, elle n'avait, compte tenu de la convention collective qui assujettissait le droit au grief à un nombre précis d'heures de travail, «aucun effet utile» (p. 1691). Contrairement à l'affaire *Karas*, il importe de noter que les salariés de l'arrêt *Malo* ne prétendaient pas que la décision de l'employeur (le non-rappel au travail dans leur cas) dissimulait, comme véritable cause, un motif discriminatoire. Ils attaquaient le non-rappel comme tel, sans faire allusion à un quelconque prétexte. Il est certain que l'arbitre qui aurait été saisi de ces griefs n'aurait pu qu'appliquer la convention collective et conclure qu'étant donné la clause limitant l'accès à l'arbitrage, il ne possédait pas juridiction pour trancher cette affaire. La Cour d'appel a donc eu raison de considérer que l'autre «procédure de réparation» n'était alors que théorique. La situation est clairement différente dans *Karas* où le salarié soutenait que la décision de ne pas renouveler son contrat d'enseignant était discriminatoire (motif interdit de l'âge, p. 724) et que cette discrimination était interdite spécifiquement par la convention collective (*id.*). Dans un tel cas, et conformément à la décision de la Cour d'appel *Collège Dawson c. Muzanla*, [1999] R.J.D.T. 1041, la présence d'une clause de convention collective limitant l'accès à l'arbitrage (comme l'art. 5-8.08 vu ci-haut) ne prive pas l'arbitre de vérifier si les motifs allégués par l'employeur au soutien de sa décision de ne pas renouveler le contrat de l'enseignant sont «réels» (et, dans un tel cas, s'ils ne contreviennent pas à la convention collective qui interdit la discrimination). Dans cette perspective, le rôle de l'arbitre est donc beaucoup plus large que celui découlant de l'affaire *Malo*. À regret, nous constatons que le Tribunal a appliqué, à nouveau, la solution d'une affaire sans faire les distinctions requises. Pour une discussion de l'arrêt *Collège Dawson*, voir aussi *supra*, par. 96 et notes 257-258.

256. *Supra*, note 255.

257. L'article 5-1.08 de la convention collective énonçait que «The refusal to grant job security under the provisions of clauses 5-4.17 [...] to a non-tenured professor

le droit, pour un arbitre, de vérifier si la procédure d'imposition d'une décision patronale a été respectée et si les motifs invoqués au soutien de celle-ci sont bien réels²⁵⁸. Une procédure décisionnelle entachée de discrimination ou la preuve que les motifs déclarés d'une mesure dissimulent en fait un acte discriminatoire²⁵⁹ – contrevenant alors dans les deux cas à la disposition de la convention collective interdisant celle-ci – permettent donc à un arbitre de grief de sanctionner ces illégalités et ce, nonobstant la disposition limitant ou excluant l'accès à l'arbitrage. Comme la Cour d'appel le précise, le rôle de l'arbitre ne consiste pas dans un tel cas à contourner les termes de la convention collective ni à se substituer à la décision prise par l'employeur²⁶⁰ mais à s'assurer que cette dernière respecte pleinement les dispositions de la convention collective, dont celle prohibant, le cas échéant, toute discrimination dans le cadre de l'emploi. Dans la même foulée, nous croyons qu'un arbitre peut déclarer sans effet une clause limitant l'accès à l'arbitrage s'il est établi que celle-ci est *in se* discriminatoire²⁶¹.

97. Par ailleurs, au niveau de la prescription d'un grief, le Tribunal a laissé entendre, dans *l'affaire Ville d'Aylmer*²⁶², qu'il aurait juridiction «lorsque les délais prévus à la convention collective pour loger un grief sont expirés»²⁶³. À notre avis, cette

having accumulated at the College less than three (3) years seniority for purposes of applying and interpreting Articles 5-4.00 shall not be subject to grievance» (p. 1043).

258. *Id.*, p. 1044. Dans cette affaire, qui se rapproche d'ailleurs beaucoup des faits de la décision *Karas* (*supra*, note 44), le nom d'un professeur non permanent a été retiré de la liste de priorité d'emploi et ce, au moment où celui-ci avait un peu moins de trois années d'ancienneté. Le salarié soutient que la raison donnée par l'employeur pour ne pas renouveler sa priorité d'emploi – et nécessairement les droits d'enseignement qui en découlent – «est un prétexte et que son renvoi est fondé sur son origine ethnique et ses opinions néo-classiques en matière économique» (p. 1043). Le salarié a intenté un recours en Cour supérieure pour demander que son nom soit réinscrit sur la liste de priorité d'emploi ainsi que des dommages. Une clause de la convention collective excluait du droit à l'arbitrage «The refusal to grant job security [...] to a non-tenured professor having accumulated at the College less than three (3) years seniority...» (p. 1043). Dans le cadre d'une requête en irrecevabilité, l'employeur alléguait que seul un arbitre de grief pouvait disposer de cette affaire.

259. Ce qui était le cas dans les affaires *Karas* et *Collège Dawson*.

260. *Collège Dawson c. Muzaula*, *supra*, note 255, p. 1044.

261. Dans la mesure où une partie allègue qu'une telle disposition est discriminatoire et ce, parce que contrevenant à un des motifs prévus à la *Charte*, l'arbitre de grief peut, en vertu des articles 100.12a) *C.t.* et 13 de la *Charte*, déclarer cette clause sans effet. Pour les textes de ces dispositions, voir *supra*, notes 165 et 178.

262. *Supra*, note 168.

263. *Id.*, p. 336.

approche ne peut être retenue car elle contredirait, par un moyen détourné, la compétence exclusive de l'arbitre de grief. À ce sujet, même s'il n'était pas alors question de la compétence du Tribunal mais de celle des tribunaux de droit commun eu égard à celle de l'arbitre de grief, la Cour d'appel indiquait dans l'affaire *Université du Québec à Trois-Rivières c. St-Pierre*²⁶⁴, qu'il:

[...] suffirait de laisser prescrire le grief pour faire naître la compétence des tribunaux de droit commun puisque le délai de prescription y est généralement plus étendu. *Une telle façon de voir aurait pour effet de réduire à néant toute la théorie que la Cour suprême a établie sur la compétence exclusive de l'arbitre.*²⁶⁵

98. Nous estimons que cette analyse est conforme au droit: les parties à une convention collective sont régies, pour l'exercice de leurs droits, par des délais. Si ceux-ci ne sont pas respectés, les parties ne peuvent exercer, par ailleurs, des recours devant d'autres forums car, comme le souligne la Cour d'appel, le principe de l'exclusivité arbitrale serait alors battu en brèche. Le 11 janvier 2001, la Cour d'appel confirmait d'ailleurs clairement ce principe dans le cadre de l'affaire *S.C.F.P. c. Duguay*²⁶⁶. Le syndicat avait négligé de déposer, dans ce dossier, un grief à l'intérieur des délais prévus à la convention collective pour contester le non-rappel au travail d'un salarié. L'arbitre saisi de ce grief a conclu à la prescription et a rejeté le grief sans ce prononcer sur le mérite de la contestation du salarié. À la suite de cette sentence, le salarié a poursuivi son syndicat en dommages devant la Cour du Québec. L'employeur a soumis une requête en irrecevabilité en alléguant que le Tribunal du travail constituait, en vertu de l'article 47.3 *C.t.*, le seul forum pour disposer du recours du salarié. La Cour du Québec a rejeté cette requête. La Cour d'appel a infirmé ce jugement. Selon le juge Nuss, la sentence d'un arbitre se limitant à ne disposer que de la prescription d'un grief ne constitue pas un obstacle empêchant la possible application de l'article 47.3²⁶⁷, soit une plainte devant le Tribunal du travail. Après avoir établi que le non-rappel au travail contesté était visé par le texte de cette disposition²⁶⁸, la Cour d'appel a conclu que les tribunaux judiciaires n'avaient pas compétence pour disposer d'un recours en dommages. Selon la Cour, le Tribunal du travail constitue le forum exclu-

264. 97T-127.

265. *Id.*, p. 19 (nos italiques). Cet extrait a été repris dans l'affaire *Gabriel Mercier Ltée c. Paquet*, 2000T-493 (C.A.).

266. *Supra*, note 238.

267. *Id.*, par. 41-42.

268. *Id.*, par. 44.

sif pour entendre la plainte du salarié car il s'agit du seul recours permettant d'atteindre l'objectif poursuivi par le législateur, soit que le grief puisse être tranché au mérite par un arbitre de grief²⁶⁹. À cette fin, la Cour s'appuie sur le principe de l'exclusivité arbitrale dégagé par la Cour suprême du Canada²⁷⁰.

99. À notre avis, ces énoncés de la Cour d'appel tirés des affaires *Université du Québec à Trois-Rivières* et *S.C.F.P. c. Duguay* valent également à l'égard de la plainte qu'une personne syndiquée voudrait exercer à la Commission et, le cas échéant, devant le Tribunal. Dans la mesure où le recours de cette personne est visé par l'article 47.3 *C.t.* (renvoi ou sanction disciplinaire), elle ne peut court-circuiter ce mécanisme prévu au *Code du travail* en alléguant la prescription de son grief car elle contournerait ainsi l'application du principe de l'exclusivité arbitrale.

100. La récente décision du Tribunal dans l'affaire *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse et La Personnelle Vie, Corporation d'assurance*²⁷¹ constitue une autre démonstration de la tendance adoptée par ce dernier de conclure à l'inexistence de la compétence arbitrale et ce, avant même qu'un arbitre ait été saisi d'un litige soulevant l'application d'une convention collective²⁷². À nouveau, les prétendus pouvoirs limités de l'arbitre de grief, l'existence d'une disposition limitant l'accès à l'arbitrage et la référence, sans nuance, à une décision de la Cour d'appel ont tour à tour été invoqués par le Tribunal pour conclure que le litige ne relevait pas de la compétence d'un arbitre.

101. Dans cette affaire, un salarié avait transmis à la compagnie qui assure des régimes d'assurance-maladie et autres régimes complémentaires prévus à la convention collective, une demande de modification de sa couverture pour le régime d'assurance-maladie. Le salarié souhaitait que cette couverture vise son conjoint, un homme, avec qui il vivait depuis plus d'une année. L'assureur a répondu qu'il ne pouvait lui accorder ce type de protection familiale «au motif que le contrat d'assurance collective comporte une définition de personne conjointe qui ne prévoit pas la couverture des conjoints de même sexe»²⁷³. L'assureur a alors

269. *Id.*, par. 47-52 et 54-57.

270. *Id.*, par. 53.

271. *Supra*, note 249.

272. En l'espèce, il s'agissait de l'interprétation des alinéas 37.01 et 37.02 de la convention collective qui établissent et réglementent qui sont les participants aux régimes d'assurance (voir *supra*, note 200, par. 8).

273. *Id.*, par. 13.

demandé au Comité paritaire intersectoriel, comité constitué par la convention collective et dont le principal mandat consiste à «déterminer les dispositions du régime de base d'assurance-maladie et des régimes complémentaires»²⁷⁴, sa position sur la couverture des conjoints de même sexe. Après plus d'une année d'attente, le Comité n'avait toujours pas répondu à cette requête. Le salarié a alors déposé une plainte devant la Commission. Dans le cadre de la demande portée par cette dernière devant le Tribunal, l'assureur, la Procureure générale du Québec et le syndicat apparaissent comme parties défenderesses. La Procureure générale a soumis que ce litige relevait de la compétence exclusive de l'arbitre de grief.

102. Le Tribunal a rejeté cette requête en irrecevabilité en invoquant d'abord, comme il l'a fait dans l'affaire *Roussin*²⁷⁵, les pouvoirs limités de l'arbitre de grief²⁷⁶ et le fait que les parties à la convention collective ont renoncé à contester toute décision du Comité paritaire²⁷⁷. Ce dernier motif ne peut que surprendre dans la mesure où, à la lumière de l'article 100 *C.t.*, la disposition de la convention collective prévoyant que les parties «renoncent expressément à contester toute décision du comité [...] devant un arbitre»²⁷⁸ est fort vulnérable en droit. Les dispositions du *Code du travail* concernant l'arbitrage de grief obligatoire prévalent, en effet, sur les termes d'une convention collective qui sont incompatibles avec ce principe. L'article 37.11 de la convention collective, s'il s'applique à la présente affaire, ne pourrait donc empêcher selon nous l'intervention d'un arbitre de grief à l'égard d'un litige découlant de l'application ou de l'interprétation de la convention collective. Ce point de droit très important n'a pas été souligné par le Tribunal qui a préféré n'en dégager que l'élément de renonciation sans plus.

103. Toutefois, l'essentiel de la motivation du Tribunal niant la compétence arbitrale dans cette affaire repose sur le fait que la compagnie d'assurance, qui a refusé la demande du salarié, n'est pas partie à la convention collective. Selon le Tribunal:

[...] l'intégration du texte d'un contrat d'assurance, dans une convention collective, ne signifie pas que l'arbitre a juridiction sur les litiges qui en découlent et qui mettent en cause l'assureur.²⁷⁹

274. Art. 37.16 de la convention collective à l'étude dans cette affaire.

275. *Supra*, note 3.

276. *Id.*, par. 24-26.

277. *Id.*, par. 26 qui réfère à l'article 37.11 de la convention collective.

278. Art. 37.11 de la convention collective.

279. *Id.*, par. 32.

104. Sur cette dernière question, le Tribunal a soutenu sa position, et sa propre compétence, en se référant à la décision de la Cour d'appel dans l'affaire *Vidéotron c. Turcotte*²⁸⁰. À notre avis, cette dernière référence commandait des distinctions qui ont été omises par le Tribunal. Dans *Vidéotron*, un salarié contestait par grief la décision de l'assureur Standard Life de ne plus lui verser aucune indemnité d'assurance collective car, selon cette dernière, le salarié ne souffrait plus d'invalidité. Selon l'arbitre saisi du grief qui contestait la décision de l'employeur, l'intégration de la police d'assurance à la convention collective créait, en faveur du syndicat et du salarié, l'obligation pour l'employeur de se porter garante des obligations de l'assureur²⁸¹. La Cour d'appel a infirmé cette décision en tenant compte que les définitions de «maladie» et de «salarié», la reconnaissance de l'invalidité, la cessation ou la réduction du paiement de la rente à un salarié et l'administration du régime d'assurance étaient tous des aspects *relevant exclusivement* de l'assureur²⁸². Selon la Cour, c'est la Sun Life qui «contrôle donc seule les conditions et modalités de versement»²⁸³. D'où la conclusion de la Cour que le fait d'avoir placé en annexe de la convention collective la police d'assurance ne faisait pas de l'assureur une partie à celle-ci et ne permettait pas à l'arbitre de se saisir du débat et de condamner l'assureur à payer²⁸⁴. Nous partageons totalement cette conclusion.

105. Toutefois, il nous paraît essentiel de noter que la situation est éminemment différente dans l'affaire *La Personnelle*. La lecture de l'ensemble de l'article 37 qui se trouve directement à la convention collective (et non pas dans le cadre d'une annexe comme dans l'affaire *Vidéotron*) permet de constater, à travers les seize pages de cette disposition, que les parties ont convenu entre elles des personnes qui sont admissibles aux régimes d'assurance stipulés²⁸⁵, ont précisé qui sont les «personnes à charge» visées par ces dispositions²⁸⁶, ont défini la notion d'invalidité²⁸⁷, etc. De plus, l'application des régimes relève, dans *La Personnelle*, du comité intersectoriel qui l'a confiée à l'employeur²⁸⁸. L'analyse de tous les dossiers d'invalidité excédant six mois relève de ce même comi-

280. 98T-981 (C.A.).

281. *Id.*, par. 12.

282. *Id.*, par. 29-32.

283. *Id.*, par. 32.

284. *Id.*, par. 35.

285. Art. 37.01 de la convention collective.

286. Art. 37.02 de la convention collective.

287. Art. 37.03 de la convention collective.

288. Art. 37.19 de la convention collective.

té²⁸⁹ et les refus de paiement de prestations en raison de l'inexistence ou de la cessation présumée de l'invalidité peuvent faire l'objet de contestations par le biais de l'arbitrage de grief²⁹⁰. Sans plus insister, il est manifeste que l'affaire *La Personnelle* soulève une problématique juridique bien différente de celle de l'arrêt *Vidéotron*. Dans *La Personnelle*, nous sommes en présence d'une convention collective définissant *qui est admissible* aux régimes d'assurance, prescrit les droits des salariés, prévoit des recours à l'arbitrage en cas de contestation, etc. Certes, un assureur est impliqué mais celui-ci est lié par les termes de la convention collective qui circonscrit la couverture qu'il doit conférer. Contrairement à l'affaire *Vidéotron*, il n'est donc pas le seul qui contrôle les conditions et les modalités de versement. Le Tribunal reconnaît d'ailleurs que «la définition de conjoint, inscrite à la convention collective, est déterminante quant à la disposition corollaire du contrat d'assurance»²⁹¹ mais, et c'est là selon nous son erreur, qu'il «n'en demeure pas moins que le contrat d'assurance n'est pas la convention collective et que la juridiction de l'arbitre de grief ne peut porter sur ce contrat du simple fait que la compagnie d'assurance n'est pas partie à la convention collective»²⁹². À notre avis, le problème qu'avait à examiner le Tribunal n'était pas de savoir si l'assureur était ou non partie à la convention collective mais plutôt d'établir où se trouvait la *source* du droit et de la discrimination dont le salarié se disait victime. Or, celle-ci ne se trouve pas au contrat d'assurance; ce dernier – et le Tribunal le reconnaît – n'en est que le corollaire, ne fait qu'exprimer ce que les parties à la convention ont convenu. Le droit invoqué et la discrimination, s'il en est, *résulte* donc de la convention collective et, de ce fait, le litige relève alors de la juridiction exclusive de l'arbitre de grief. Si ce dernier estimait que l'article 37.02, qui définit la notion de «personne à charge» est discriminatoire sur la base de l'orientation sexuelle, l'assureur devra, comme c'est d'ailleurs son rôle en fonction de l'article 37 de la convention, se conformer à ce qui est prévu à la convention collective ou ce qui découle de son interprétation et accueillir la demande du salarié²⁹³.

289. Art. 37.22 de la convention collective.

290. Art. 37.40 de la convention collective.

291. *La Personnelle*, *supra*, note 249, par. 30 (nos italiques).

292. *Ibid.*

293. Dans l'hypothèse où, comme il l'a d'ailleurs décidé en rejetant la requête en irrecevabilité, le Tribunal décidait du fond du litige, on peut penser que l'assureur invoquerait qu'il ne peut être responsable de la discrimination reprochée en indiquant que celle-ci n'émane pas de son fait mais découle d'une entente conclue entre des parties qui lui sont extérieures. Est-ce vraiment là le résultat recherché? Ne doit-on pas attaquer la discrimination à la source, c'est-à-dire au

106. À notre avis, la Cour d'appel a d'ailleurs entériné cette approche dans l'affaire *Albright & Wilson Ltée*²⁹⁴. Dans le cadre d'un recours en dommages intenté par le syndicat devant la Cour supérieure, ce dernier soutenait essentiellement que l'employeur s'était autorisé des congés de contribution à même les surplus du Régime de retraite et ce, contrairement aux termes de ce Régime et de la *Loi sur les régimes supplémentaires de rentes*²⁹⁵.

107. L'employeur souleva une requête en irrecevabilité à l'encontre de cette demande en invoquant que ce litige découlait de la convention collective et relevait donc de la juridiction d'un arbitre de grief. La Cour d'appel a confirmé cette proposition en notant que le Régime de retraite faisait un renvoi «au régime de rente établi par une convention collective»²⁹⁶ et que cette dernière comportait certaines dispositions relatives au plan de pension²⁹⁷. Selon la Cour d'appel, le régime de retraite faisait donc partie de la convention collective²⁹⁸ et, de ce fait, estima alors que le litige «fondé essentiellement sur les dispositions du Régime de retraite»²⁹⁹ relevait de la compétence exclusive de l'arbitre de grief.

108. En dépit d'une intégration du Régime de retraite à la convention collective beaucoup moins poussée dans cette affaire que dans la décision *La Personnelle*, la Cour d'appel – et tel est l'intérêt de ce jugement pour notre propos – confirme la compé-

sein même de la convention collective? Notons, pour terminer, que l'affaire *La Personnelle* se rapproche beaucoup des faits de l'arrêt *Pilon v. International Minerals and Chemical Corporation*, 141 D.L.R. (4th) 72 (C.A. Ont.), où la compétence de l'arbitre a été confirmée tandis que l'arrêt *Vidéotron* soulève une problématique similaire aux affaires suivantes qui ont été examinées récemment par la Cour d'appel de l'Ontario: *London Life Insurance Co. v. Dubreuil Brothers Employees Assn.*, (2000) O.J. 2609 (Q.L.), perm. d'ap. rej.: C.S.C., n° 28165, 15 mars 2001; *Sun Life Assurance Co. of Canada v. National Automobile Aerospace, Transportation and General Workers Union of Canada*, (2000) O.J. 2608 (Q.L.); *International Woodworkers of America, Local 2693 v. Longlac Wood Industries Inc.*, (2000) O.J. 2607 (Q.L.). Dans ces trois dernières affaires, et ce compte tenu du texte des conventions collectives impliquées, la Cour d'appel ontarienne a décidé que l'arbitre de grief n'avait pas compétence. Sur l'ensemble de cette problématique, lire M. GILBERT, *L'assurance collective en milieu de travail*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998.

294. *Supra*, note 22.

295. L.R.Q., c. R-17, art. 43.1.

296. *Union internationale des employés professionnels et de bureau, local 480 c. Albright & Wilson Ltée*, *supra*, note 22, p. 10.

297. *Id.*, p. 6, art. 9.01 à 9.03 de la convention collective.

298. *Id.*, p. 11.

299. *Ibid.*

tence exclusive de l'arbitre en examinant seulement, comme la Cour suprême le prescrit, si le litige résulte de la convention collective. Toute autre avenue ne peut qu'embrouiller cette approche fort claire mise de l'avant par le plus haut tribunal du pays.

109. En somme, l'automatisme avec lequel le Tribunal dispose de ces diverses clauses de convention collective qui semblent limiter *a priori* la juridiction de l'arbitrage – s'il facilite, il est vrai, une conclusion soutenant sa propre compétence – constitue, selon nous, un empiètement direct du rôle et des pouvoirs d'un arbitre de grief. Nous reconnaissons que le Tribunal peut avoir une juridiction à faire valoir dans certaines situations impliquant une convention collective mais nous estimons que ce n'est pas, comme il le fait actuellement, en amont de l'intervention de l'arbitre que celle-ci doit être exercée, car elle usurpe alors les assises mêmes du principe de l'exclusivité de ce forum mais, éventuellement, en aval lorsqu'il est établi que la personne salariée est «privée réellement» d'un «recours ultime»³⁰⁰.

110. Cette dernière ouverture, formulée par la Cour suprême afin d'éviter qu'une personne soit dépossédée de l'exercice d'un de ses droits, ne remet donc pas en cause le principe de l'exclusivité de l'arbitrage de grief mais tient compte des limites du régime législatif qui le régit. Jusqu'ici, force est de constater que le Tribunal a élargi la portée de l'exception au point d'en supprimer le principe.

CONCLUSION

111. La compétence de l'arbitre de grief et celle du Tribunal s'approchent de plus en plus de la croisée des chemins. Depuis novembre 1992³⁰¹, le Tribunal s'est littéralement défini une com-

300. Dans l'hypothèse vue précédemment (*supra*, par. 89-92), où la convention collective exclut du droit à l'arbitrage certaines situations, il est possible qu'un arbitre, après avoir examiné la légalité même d'une convention collective, celle de la procédure d'imposition de la mesure contestée et les véritables motifs qui la sous-tendent, en vienne à la conclusion que la décision de l'employeur est conforme au droit et se considère donc sans compétence pour disposer du fond du litige. Dans de tels cas, le principe de l'exclusivité arbitrale ne joue plus et le salarié peut alors exercer ses droits devant tout autre tribunal. Certes, la démarche peut sembler longue mais, contrairement à celle du Tribunal qui escamote les dispositions de la convention collective, elle nous paraît compatible avec l'intention du législateur et celle des parties à la convention collective.

301. Le Tribunal, qui a été instauré officiellement le 1^{er} décembre 1990, a prononcé ses premières décisions sur la question à l'étude le 12 novembre 1992 dans le cadre des affaires *Ville d'Aylmer*, *Poliquin* et *Voltaire*, *supra*, notes 52, 80 et 168.

pétence à l'égard de litiges découlant dans chaque cas de conventions collectives. Compétence qui, on l'a vu, n'est d'ailleurs pas statique mais qui a tendance, au fil des jugements, à s'élargir et ce, au détriment de celle de l'arbitre de grief³⁰².

112. Ce rôle dans le secteur du monde du travail syndiqué a pu être campé jusqu'ici sans entrave puisque, faut-il le reconnaître, le Tribunal est le seul à s'être positionné à ce sujet. Par la force des choses, les arbitres de griefs n'ont pas à se prononcer, en effet, sur cette question de juridiction car les parties qui leur soumettent un grief soulevant une question de droits de la personne ne remettent évidemment pas en question leur compétence pour en disposer³⁰³. D'autre part, si quelques décisions de la Cour supérieure ont traité du rôle de la Commission à l'égard de dossiers relevant de conventions collectives³⁰⁴, une seule, soit l'affaire *Résidences Laurendeau*³⁰⁵, s'est penchée sur un aspect de la coexistence Tribunal/arbitre de grief. De la Cour d'appel du Québec, si on fait abstraction des affaires *Ateliers d'ingénierie Dominion*³⁰⁶ et *Québec Poultry*³⁰⁷ qui précèdent la création du Tribunal,

302. L'examen des affaires *Roussin*, *supra*, note 3; *Centre hospitalier Hôtel-Dieu de Sorel*, *supra*, note 3 et *C.E.Q.*, *supra*, note 9, illustre amplement cette conclusion.

303. Voir, à titre d'exemples, les sentences arbitrales récentes où l'arbitre a disposé de la question posée sans s'interroger à propos de sa compétence pour le faire: *Syndicat canadien de la fonction publique, s.l. 4545* et *Ville de Laval*, *supra*, note 144; *Bernard Lussier inc. et Syndicat des travailleuses et travailleurs en pharmacie*, 2000T-644; *Regroupement C.H.S.L.D. des Trois-Rives et Syndicat des travailleuses et travailleurs du Centre d'accueil Le Vaisseau d'Or*, D.Laberge, arbitre, 16 octobre 2000.

304. *Manoir de Verdun*, *supra*, note 86 et *Centre hospitalier universitaire de l'Université de Montréal*, *supra*, note 88; *Communauté urbaine de Montréal c. C.D.P.D.J.*, *supra*, note 5. Le contexte fort particulier de cette affaire ne permet pas de conférer à la décision rendue par la Cour supérieure une autorité quant à l'objet de notre recherche. En effet, outre le fait déjà signalé (*supra*, note 5) que la convention collective à l'étude ne se réfère aucunement aux droits de la personne (écartant ainsi le lien de rattachement considéré indispensable par la Cour suprême du Canada pour confier une compétence exclusive à l'arbitre de grief), cette affaire ne soulevait aucune mesure disciplinaire ou administrative (la salariée concernée n'a été ni congédiée, suspendue, mise à pied, déplacée ou mutée; par. 7). À la lumière des termes pertinents de la convention collective, il n'existait donc aucune disposition permettant à un arbitre de grief d'avoir compétence à l'égard de ce qui ne peut même pas être un «grief» au sens du *Code du travail*. D'où le fait que nous partageons la conclusion finale de la juge Laberge qui a considéré que la Commission avait compétence pour enquêter relativement à la plainte de la salariée qui se dit victime de discrimination fondée sur l'état civil (par. 7).

305. *Supra*, note 244. Au sujet des particularités de cette décision, voir *supra*, par. 91-92.

306. *Supra*, note 16.

307. *Supra*, note 87.

il n'y a toujours aucune décision. Le Tribunal est donc actuellement le seul à imprimer depuis plus de huit ans, et ce à grands traits, une vision – sa vision – de la problématique à l'étude.

113. Cette situation nous inquiète. S'il est vrai que diverses parties soulèvent encore, par le biais de requêtes en irrecevabilité, que le principe de l'exclusivité arbitrale prive le Tribunal de toute compétence relativement à des litiges découlant d'une convention collective, nous craignons que, face à la constance des jugements du Tribunal sur ce point et à l'absence de débat sur cette question, cet argument soit de moins en moins invoqué. La compétence du Tribunal en la matière, aussi fragile soit-elle en droit, risque fort de passer ainsi de l'équivoque qui la caractérise actuellement en une règle tenue pour acquise et ce, nonobstant le caractère d'ordre public de la question³⁰⁸.

114. Une telle éventualité pose, à notre avis, de sérieux problèmes. *Primo*, notre étude a démontré les nombreuses failles en droit de l'analyse développée par le Tribunal. Sous une présentation qui semble respecter *a priori* la loi et la jurisprudence, la position du Tribunal résiste difficilement à l'examen attentif. Le constat à cet égard s'avère lourd: la théorie dégagée par le Tribunal sur la question de sa coexistence juridictionnelle avec celle de l'arbitre de grief recèle suffisamment d'erreurs de droit pour être écartée puisque celle-ci fait abstraction – et ce contrairement à la règle du *stare decisis* – des principes dégagés par la Cour suprême en la matière³⁰⁹.

115. *Secundo*, et ce point découle de notre première observation, la position du Tribunal, qui se reconnaît une compétence à

308. Dans l'affaire *Mayville*, *supra*, note 22, le juge Nuss, au nom de la Cour d'appel, rappelle le principe suivant: «The jurisdiction of a court *ratione materix* is a matter of public order. Unlike the issue of jurisdiction over the person or territorial jurisdiction, the parties *can not waive their rights nor can they agree to a court exercising a jurisdiction over a subject matter when such jurisdiction does not exist*» (par. 50, nos italiques).

309. Dans l'affaire *Latulippe c. Commission scolaire de la Jeune Lorette*, *supra*, note 174, les juges Baudouin et Pidgeon, dans des opinions séparées de l'opinion du juge Nuss, disent souscrire aux conclusions de ce dernier quant à la compétence exclusive de l'arbitre de grief mais soulignent qu'ils le font uniquement en raison de la règle du *stare decisis* (par. 5-6 et 29). Il nous semble que si des juges de la Cour d'appel indiquent, en dépit de leurs réserves, qu'ils doivent se plier à la règle du précédent, cette même attitude devrait s'appliquer, *a fortiori*, à la Commission, au Tribunal et à la Cour supérieure.

l'égard de litiges découlant de conventions collectives, va directement à contresens d'une politique législative et jurisprudentielle qui, depuis vingt-cinq ans, a privilégié l'établissement, pour ce type d'affaires, d'un forum décisionnel exclusif³¹⁰, muni de larges pouvoirs d'adjudication³¹¹ et dont les décisions font l'objet de retenue judiciaire³¹². Un décalage majeur existe donc entre cette orientation législative et judiciaire et la position du Tribunal.

116. *Tertio*, la position du Tribunal place la personne syndiquée devant un double message: l'un prônant le recours à l'arbitrage de grief comme juridiction exclusive pour décider d'un litige découlant de la convention collective; l'autre qui écarte ce principe et se propose comme la voie la plus appropriée pour résoudre les affaires invoquant une question de droits de la personne. Deux légalités s'opposent donc. Il ne fait aucun doute qu'une telle polarisation est porteuse d'une insécurité qui ne sied pas avec une saine administration de la justice. D'où la nécessité de recentrer, selon nous, le débat autour d'une question de base: Pourquoi faudrait-il remettre en cause le principe de l'exclusivité arbitrale?

117. Il faut écarter d'abord les motifs soulevés par le Tribunal relatifs à l'interdiction de renonciation des droits et les pouvoirs limités de l'arbitre. Nous avons démontré en effet la fragilité

310. La Cour d'appel indiquait dans l'affaire *Ville de Montréal c. Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 301*, 2000T-659, que: «Le contexte des relations du travail est en évolution constante et il faut que les mécanismes mis en place par le législateur puissent remplir leur rôle et permettre aux parties de régler leurs conflits. Or, c'est une évidence, le législateur a privilégié en toutes circonstances la compétence de l'arbitre de grief. Les tribunaux ont constamment rappelé cette intention du législateur» (par. 48, nos italiques).

311. Voir *supra*, par. 42-75.

312. Les remarques de la Cour suprême dans l'arrêt *Conseil de l'éducation de Toronto (Cité) c. F.E.E.E.S.O., district 15*, [1997] 1 R.C.S. 487, révèlent bien le pourquoi de cette politique judiciaire de retenue qui a été réitérée à de très nombreuses reprises par la Cour depuis plus de vingt ans: «[...] Il est d'une importance capitale, dans le contexte des relations du travail, de faire preuve de retenue judiciaire dans les cas où la décision du tribunal, comme celle du conseil d'arbitrage en l'espèce, est protégée par une *clause privative de large portée*. Il existe de nombreuses raisons pour lesquelles il y a lieu de faire preuve de *retenue judiciaire* dans ces cas. Le domaine des relations de travail est délicat et explosif. Il est essentiel de disposer d'un moyen de pourvoir à la prise de décisions rapides, par des experts du domaine sensibles à la situation, décisions qui peuvent être considérées comme définitives par les deux parties. [...] Il s'agit d'une exigence fondamentale de la paix dans le domaine des relations industrielles, paix qui est importante pour les parties et l'ensemble de la société.» (p. 504-505). Pour la jurisprudence pertinente, voir F. MORIN et J.-Y. BRIÈRE, *op. cit.*, *supra*, note 57, p. 1201-1210, note 431.

de ces arguments³¹³. On ne peut invoquer non plus l'existence d'un déséquilibre concernant les résultats obtenus devant les arbitres de griefs comparativement à ceux émanant du Tribunal. En effet, l'étude des auteures Hébert et Vallée indique à ce sujet des taux de succès très similaires devant les deux juridictions³¹⁴.

118. Une telle remise en question ne peut être également reliée à la constatation de l'incapacité des arbitres de griefs du Québec de trancher les litiges soulevant une question de droits de la personne. L'examen de la jurisprudence arbitrale des dernières années³¹⁵ fait plutôt ressortir à ce chapitre un nombre de plus en plus important de sentences où cette problématique a été analysée avec sérieux, rigueur, voire même de manière innovante³¹⁶.

313. Voir *supra*, par. 7 à 75.

314. À partir d'un échantillon de décisions prononcées par le Tribunal et des arbitres de griefs entre 1992 et 1996, les auteures ont établi que lorsqu'une plainte provient d'un milieu syndiqué, 42 % des demandes adressées au Tribunal ont été accueillies alors que les arbitres ont fait droit à 45 % des demandes qui leur ont été soumises. (G. VALLÉE, D. HÉBERT, «Le traitement des plaintes concernant la discrimination en matière d'emploi par l'arbitre de griefs et par le Tribunal des droits de la personne du Québec: une étude comparative exploratoire», (2000) 41 *Cahiers de Droit* 95, 104).

315. Les auteures Hébert et Vallée (*supra*, note 314) indiquent qu'à leur avis, «il n'existe pas de consensus à l'heure actuelle, dans la pratique arbitrale quant au pouvoir que détiennent les arbitres au regard de la Charte» (p. 140, nos italiques). Nous comprenons que cette conclusion – qui ne correspond pas selon nous à la tendance observée en jurisprudence arbitrale au cours des dernières années – doit être lue à la lumière de l'échantillon des décisions analysées par les auteures, soit des sentences arbitrales rendues entre 1992 et 1996 (p. 99). La référence faite «à l'heure actuelle» doit donc être vue, du moins tel que nous le saisissons, sous cet angle bien précis.

316. Un examen de la jurisprudence arbitrale répertoriée de 1997 à l'automne 2000 indique clairement que les arbitres de griefs québécois ont abordé à de nombreuses reprises des questions liées aux droits de la personne et ce, dans une perspective d'ouverture. Certes, les griefs n'ont pas tous été accueillis mais la lecture des sentences suivantes révèle que les arbitres ont appliqué avec sérieux les principes de droit pertinents et, à plusieurs reprises, n'ont pas hésité à formuler des solutions intéressantes: *Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 4545 et Ville de Laval*, *supra*, note 144 (handicap, accommodement); *Bernard Lussier inc. et Syndicat des travailleuses et travailleurs en pharmacie*, 2000T-644 (handicap, accommodement); *Regroupement C.H.S.L.D. des Trois-Rives et Syndicat des travailleuses et travailleurs du Centre d'accueil Le Vaisseau d'Or*, *supra*, note 219; *Canplast inc. et Le Syndicat des travailleurs de Canplast*, [1999] R.J.D.T. 947 (abolition d'un poste, handicap); *Syndicat des employées et employés professionnels-les et de bureau, section locale 57 et Caisse populaire Saint-Stanislas*, *supra*, note 144 (certificat médical, vie privée); *Centre hospitalier de l'Université de Montréal, Pavillon Hôtel-Dieu et le Syndicat des infirmières et infirmiers de l'Hôtel-Dieu (FIIQ)*, [1999] R.J.D.T. 1494 (handicap); *Centre hospitalier Jacques-Viger c. Fédération des professionnels et professionnelles salarié(e)s et des cadres du Québec*, [1998] R.J.D.T. 1452 (par anal., attribution de dommages-intérêts exemplaires en vertu de la Charte, art. 18.2); *Travailleurs et travailleuses unis de l'Alimentation et du commerce, Local*

119. À ce titre, l'image de l'arbitre de grief engoncé par les termes d'une convention collective et insensible aux développements des droits de la personne, si celle-ci a pu être entretenue dans le passé par quelques exemples désolants³¹⁷, correspond de moins en moins à notre avis à la réalité de ces dernières années³¹⁸. Les arbitres de griefs, ressemblant en cela à la communauté juridique québécoise, montrent de plus en plus d'ouverture à l'égard de la dynamique des droits de la personne et rien ne permet de croire que ce mouvement ne continuera pas de s'amplifier³¹⁹.

120. Demeure la question de la nature des droits impliqués dans ces affaires et la dimension d'intérêt public liée au domaine des droits de la personne. Ces aspects, aussi fondamentaux soient-ils, ne doivent pas, selon nous, se limiter à des déclarations théoriques ayant pour effet d'isoler le domaine des droits de la personne mais doivent être examinées dans un contexte bien concret. Le fait que les droits de la personne découlent de lois constitutionnelles ou quasi constitutionnelles ne signifie pas obligatoirement que le Tribunal soit considéré comme ayant été investi d'une compétence

500, [1998] R.J.D.T. 1429 (art. 18.2); *Fraternité des policiers de Laprairie et Ville de Laprairie*, (1997) T.A. 46 (intégrité physique); *Syndicat des intervenantes en garderie (C.E.Q.) et Garderie Youpi*, 2000T-641 (handicap, accommodement); *Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier, section locale 137 et Daishowa*, 2000T-80 (handicap, accommodement); *Union des agents de sécurité du Québec, Métallurgistes unis d'Amérique, section locale 8922 et Pinkerton du Québec*, 2000T-431 (état civil). Cette liste n'est pas exhaustive.

317. Voir G. VALLÉE et D. HÉBERT, *loc. cit.*, *supra*, note 314, p. 119-121, notes 38, 39, 41 et 42.

318. Pour s'en convaincre, on peut se référer aux diverses sentences mentionnées à la note 316.

319. Il faut évidemment rappeler que même si les sentences arbitrales sont, en principe, finales, elles demeurent assujetties au pouvoir de contrôle et de surveillance des tribunaux supérieurs. Il peut donc arriver que certaines sentences, particulièrement sensibles aux droits de la personne, fassent l'objet de révision judiciaire. L'affaire *Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin*, [1994] 2 R.C.S. 525, constitue une belle illustration de cette situation. L'arbitre de grief avait conclu dans cette affaire que le calendrier scolaire exigeant des enseignants de religion juive qu'ils travaillent le jour du Yom Kippour avait un effet discriminatoire et que l'employeur n'avait pas pris les mesures raisonnables pour accommoder les enseignants. Cette sentence, confirmée par la Cour supérieure, avait été infirmée par la Cour d'appel, [1992] 48 Q.A.C. 34, qui avait estimé que celle-ci était clairement déraisonnable. Selon la majorité de la Cour d'appel, le fondement même de la sentence arbitrale selon lequel le calendrier scolaire était discriminatoire était déraisonnable. La Cour suprême a infirmé cette décision. Pour un exemple plus récent d'une telle situation, voir l'affaire *Association des professeurs de Lignery c. Commission scolaire des Grandes-Seigneuries*, 2000T-659, où la Cour supérieure a écarté une mesure d'accommodement déguisée par l'arbitre dans une affaire de salariée victime de handicap en estimant celle-ci erronée et manifestement déraisonnable (par. 55) (en appel).

naturelle pour disposer des litiges soulevant ces questions. Les droits de la personne sont certes fondamentaux dans notre société mais, nous l'avons établi, le mode d'exercice de ceux-ci ne jouit pas de cette même prépondérance. Tout comme le signalait récemment la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Blencoe*³²⁰, les procédures d'enquête des commissions sur les droits de la personne «sont conçues pour faire valoir des droits privés et redresser des torts»³²¹ et le renvoi subséquent devant un tribunal vise «à faire fonction d'arbitre en la matière»³²².

121. Ce rôle d'arbitre est important mais, on le constate, est dissocié de la nature des droits invoqués. C'est d'ailleurs cette perspective qui a guidé le Québec lors de la création du Tribunal³²³ et nous ne voyons pas pourquoi ce choix devrait être modifié³²⁴.

320. Voir *supra*, note 217.

321. *Id.*, par. 94 (nos italiques).

322. *Id.*, par. 96.

323. *Supra*, note 57.

324. Il n'est pas inintéressant de souligner la réflexion qui entoure la question du cumul des recours pour les cas de discrimination au niveau fédéral. Dans son rapport daté du 23 juin 2000, le Comité de révision de la Loi canadienne sur les droits de la personne a reconnu que l'existence de la possibilité de cumul de recours crée un certain nombre de problèmes: coûts élevés, possibilité de décisions contradictoires, retards, etc. Afin d'atténuer les effets d'une telle situation, le Comité recommande au législateur fédéral que la *Loi canadienne sur les droits de la personne* établisse que le Tribunal canadien des droits de la personne «doit différer une demande jusqu'à ce que la question de droits de la personne en litige soit tranchée par une autre instance, si une telle instance est disponible et apte à régler le différend [...] et peut ordonner une mesure réparatrice appropriée et adéquate» (nos italiques). Dans la mesure où «une autre instance compétente de règlement de différends a traité complètement de la question de droits de la personne et a ordonné une mesure réparatrice adéquate», le Comité recommande que la Loi «autorise le Tribunal à rejeter une demande» (p. 9). Dans un contexte législatif où, comme nous l'avons déjà souligné (*supra*, note 306), le principe de l'exclusivité arbitrale n'existe pas, le Comité recommande donc le maintien de la règle autorisant le cumul et ce, en accordant au Tribunal canadien des droits de la personne un rôle de supervision dans les causes où une personne dispose de plus d'une voie de règlement. Ce pouvoir implique, selon le Comité, qu'avant de renvoyer une demande à une autre instance (un arbitre de grief par exemple), le Tribunal canadien des droits de la personne «devrait décider si la question des droits de la personne sera traitée par l'autre instance, si le demandeur peut se prévaloir de cette procédure et si celle-ci est en mesure de trancher adéquatement la question et d'ordonner une mesure réparatrice appropriée» (p. 4). Le Comité reconnaît que le Tribunal canadien pourrait se réserver le droit, si «la question des droits de la personne n'a pas été reconnue, entendue ou tranchée par l'autre instance» ou que le plaignant «n'est pas satisfait du résultat», de «décider [si le plaignant en fait la demande] si tout ou partie de la demande doit suivre son cours dans le processus des droits de la personne» (p. 9). La perspective qu'une décision déjà prononcée par une autre instance soit possiblement révisée par le Tribunal canadien – qui, rappelons-le, n'est pas un tribunal supérieur – si elle vise, selon le Comité, à inciter «à s'assurer que les arbitres sont compétents, [...], clairement informés

122. Quant à la question de l'intérêt public, il peut être tentant pour certaines personnes de soutenir que le Tribunal constitue le seul organisme juridictionnel compétent pour assurer la sauvegarde et la pérennité de cette notion en matière de droits de la personne. Rien ne permet pourtant de conclure que le législateur québécois a voulu faire du Tribunal l'unique fiduciaire de la préservation de l'intérêt public dans le secteur de l'adjudication des droits de la personne. En soi, ce choix législatif devrait suffire pour réfuter une telle prétention.

123. Mais, au-delà de ce premier motif, nous estimons que l'arbitre de grief, dans la mesure de son rôle quant à l'application et à l'interprétation de la *Charte* – et donc du développement de ce droit en milieu syndiqué – participe pleinement à la défense et au maintien de l'intérêt public dans ce domaine du droit. Quoique certaines personnes puissent encore en penser, l'arbitre de grief n'est plus une émanation privée, aux pouvoirs confinés à la seule application de la convention collective³²⁵. Créé et imposé par le *Code du travail*³²⁶, il n'est pas inutile de rappeler que l'arbitrage de grief constitue un processus d'adjudication devant se dérouler en public³²⁷. Les arbitres sont également tenus de respecter les principes de justice naturelle³²⁸ et d'appliquer, si requis, la loi et les Chartes³²⁹. L'arbitre de grief est même autorisé, et ce nonobstant le silence de la convention collective sur cette question ou sur ce pouvoir, à sanctionner les manquements au devoir d'agir équi-

de tous les aspects de la discrimination alléguée [...] (p. 9), possède, à notre avis, tous les ingrédients pour favoriser un dédoublement quasi assuré de recours, un allongement considérable de délais avant d'avoir une décision définitive et, par voie de conséquence, une augmentation notable des coûts. Les recommandations du Comité sur cette question permettent certainement une couverture optimale de toutes les dimensions d'un litige concernant les droits de la personne mais ils nous paraissent très peu compatibles avec le concept d'une justice stable. Cette avenue développée par le Comité de révision fédéral, outre qu'elle est articulée, contrairement à la situation québécoise, dans un environnement législatif prévoyant déjà l'existence du cumul de compétences, nous paraît parsemée d'embûches et source d'une multiplication de recours. Cette approche ne devrait pas être retenue, selon nous, au Québec.

325. À la lecture des différentes décisions du Tribunal étudiées dans ce texte, on peut croire que cette vision fort réductrice de l'arbitrage de grief correspond à l'image qu'on veut attribuer à ce mécanisme d'adjudication.

326. Voir l'art. 100 *C.t.* La Cour suprême du Canada a reconnu à plusieurs reprises cette origine législative de l'arbitrage de grief. Voir, entre autres décisions, *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, 1077-1078; *Ville de Longueuil c. Godbout*, [1997] 3 R.C.S. 844, 883-884.

327. Voir l'art. 100.4 *C.t.* qui prescrit le caractère public des séances d'arbitrage.

328. À titre d'exemple, voir l'arrêt *Université du Québec à Trois-Rivières c. Larocque*, [1993] 1 R.C.S. 471.

329. Voir sur ces questions, *supra*, par. 63-65 et 78.

tablement³³⁰. Enfin, les sentences arbitrales, dont la motivation est obligatoire³³¹, ne sont pas destinées qu'aux parties concernées mais doivent être déposées par l'arbitre au bureau du Commissaire général du travail³³² et sont assujetties au pouvoir de contrôle et de supervision des tribunaux supérieurs³³³.

124. Il est difficile de trouver un mécanisme d'adjudication plus intégré aux principes de base de notre système de droit. Laisser entendre que l'intérêt public pourrait ne pas être assuré lorsqu'un litige aborde une question de droits de la personne, c'est en fait vouloir désavouer, à mots couverts et sans argumentation de fond, un régime qui, depuis plus de quarante ans au Québec, a largement contribué au maintien de la règle de droit dans le monde du travail syndiqué. Nous ne voyons donc pas en quoi la dimension des droits de la personne pourrait être mise en péril si les arbitres exercent leurs compétences à l'égard de celle-ci.

125. La remise en question du principe de l'exclusivité arbitrale ne repose donc sur aucune raison objective. L'existence du Tribunal ne devrait pas constituer *in se* un motif suffisant pour fragmenter le contentieux des litiges découlant d'une convention collective. Même si la présidente du Tribunal dit s'inquiéter du nombre relativement restreint d'affaires dont son organisme est saisi³³⁴, nous ne croyons pas que ceci puisse justifier l'introduction, dans le monde du travail syndiqué, d'une concurrence juridictionnelle. Compte tenu que la majorité des personnes salariées au Québec ne sont pas couvertes par un certificat d'accréditation syndicale³³⁵, il nous semble que, plutôt que de chercher à dédou-

330. Lire à ce sujet *Université Laval c. Syndicat des chargées et chargés de cours de l'Université Laval*, [2000] R.J.D.T. 1 (C.A.).

331. Art. 101.2 C.t.

332. Art. 101.6 C.t. Plusieurs sentences sont subséquemment répertoriées dans des publications spécialisées.

333. Voir P. VERGE et G. VALLÉE, *op. cit.*, *supra*, note 182, p. 151-152. Voir aussi à propos de la norme de contrôle applicable: D. NADEAU, «Arbitres de griefs, tribunaux des droits de la personne et normes de contrôle judiciaire: une critique des arrêts Ross et Green Bay», (1997) 28 R.G.D. 149.

334. Dans le cadre d'une entrevue donnée au *Journal du Barreau*, *supra*, note 60, la présidente du Tribunal, la juge Michèle Rivet, s'inquiète du fait que le Tribunal reçoive un faible nombre de dossiers chaque année. Selon cette dernière, sur les 883 dossiers ouverts à la Commission en 1999, seuls 45 ont nécessité une mesure de redressement et un transfert au contentieux, soit vers le Tribunal. La présidente du Tribunal signalait alors ce qui suit: «Même si nous essayons d'être présents là où les discussions sur les droits de la personne se déroulent, le fait que nous recevions un faible nombre de dossiers chaque année et que la Cour d'appel ait, à proprement parler, fermé complètement la possibilité pour les citoyens de venir d'eux-mêmes devant le Tribunal représentent des obstacles importants au développement de l'institution».

335. Pour les statistiques à ce sujet, voir *supra*, note 223.

bler un mécanisme d'adjudication à l'égard de salariés qui sont déjà représentés par des syndicats munis de moyens financiers et faisant bien souvent appel à des juristes de qualité, l'effort de la Commission – et éventuellement du Tribunal – devrait être tourné principalement vers les salariés plus isolés qui ne jouissent pas de ces avantages.

126. Expliquons-nous bien. Au moment où de plus en plus de litiges en milieu de travail syndiqué québécois soulèvent des questions de droits de la personne, nous croyons que l'intervention du Tribunal à l'égard de ceux qui découlent d'une convention collective s'avère non seulement erronée en droit mais – et ceci nous paraît tout aussi grave – risque d'éloigner, par le biais des objections préliminaires, des objections relatives à la litispendance, à la chose jugée et autres recours incidents³³⁶, les parties et les adjudicateurs des véritables questions de fond³³⁷. Une telle dérive ne peut qu'être préoccupante!

336. Nous pensons, à ce sujet, à des litiges comme les suivants où le chevauchement de compétences entre deux adjudicateurs a provoqué, en raison du caractère délicat du choix devant être effectué entre une ou l'autre des voies ouvertes, des recours ultérieurs contestant les décisions ayant été prises par les représentants des salariés: *Lachapelle c. Syndicat des employés des services sociaux des Laurentides*, 2000T-976 (T.T.) (option entre l'article 32 de la *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*, *supra*, note 76 et l'arbitrage de grief); *Allaire c. Syndicat des employés des métiers d'Hydro-Québec, section locale 1500*, 2000T-1025 (C.S.) (option entre l'arbitrage prévu à la *Charte* et l'arbitrage de grief).

337. Dans son document intitulé *Pour un Code du travail renouvelé, Orientations ministérielles*, (Ministère du travail, Québec, 2000), la ministre du Travail du Québec souligne, sans toutefois faire référence à la problématique étudiée dans le présent texte, l'existence de situations où plusieurs recours peuvent être exercés pour contester une même sanction prétendument illégale. Le document indique que cette situation suscite de nombreuses difficultés procédurales (libellé de la plainte, forum approprié, délai et possibilité de décisions en apparence contradictoires) (p. 26). Face à cette situation, le document se demande s'il ne vaudrait pas «la peine d'indiquer clairement qu'un seul recours pourra être exercé ou qu'un seul forum pourra être saisi de l'ensemble de ses recours» (p. 27, nos italiques). Cette réflexion, on ne peut plus contemporaine, dévoile avec éloquence l'inquiétude que suscite en général la multiplicité des recours dans le monde du travail ainsi que la volonté gouvernementale de contrer ce problème en privilégiant le recours à un seul forum décisionnel. Dans le contexte de notre étude, ces propos traduisent, à notre avis, toute l'importance de mettre un terme à la théorie du chevauchement de compétences mise de l'avant par le Tribunal puisque non seulement celle-ci s'avère fort vulnérable en droit mais elle s'inscrit, de plus, dans la direction opposée des orientations suggérées par la ministre du Travail du Québec. Soulignons que le Projet de loi n° 182 (*Loi modifiant le Code du travail, instituant la Commission des relations du travail et modifiant d'autres dispositions législatives*) présenté le 20 décembre 2000 par la ministre Diane Lemieux s'inscrit dans la perspective annoncée de consolidation de recours devant une seule instance décisionnelle, soit la nouvelle Commission des relations du travail.

CHRONIQUE

DROIT COMMERCIAL

Alain Castonguay* et Pierre Pratte**

Les anciennes sociétés et l'obligation d'immatriculation

INTRODUCTION

Le *Code civil du Québec* (C.c.Q.) et la *Loi sur la publicité légale des entreprises individuelles, des sociétés et des personnes morales*¹ obligent les sociétés en nom collectif et les sociétés en commandite à s'immatriculer en suivant les formalités prévues à cette loi. Cette obligation s'impose tant aux sociétés formées depuis le 1^{er} janvier 1994, date d'entrée en vigueur du C.c.Q., qu'à celles déjà existantes à cette date. Ces dernières avaient jusqu'au 1^{er} janvier 1995 pour s'exécuter², à défaut de quoi elles sont considérées comme des sociétés en participation à compter de l'expiration de cette date³. Selon plusieurs, ce changement serait irréversible pour les anciennes sociétés, de sorte qu'une immatriculation tardive ne permettrait pas à la société retardataire de redevenir une société en

nom collectif ou en commandite. Si cette position s'avérait exacte, les anciennes sociétés, qui ont négligé de s'immatriculer en temps opportun, se verraient sanctionner bien lourdement. On peut se demander si cela correspond bien à l'intention du législateur. Nous en doutons.

Autrefois, le *Code civil du Bas-Canada* (C.c.B.-C.) et la *Loi sur les déclarations des compagnies et des sociétés*⁴ obligeaient les sociétés commerciales⁵ à se déclarer auprès des autorités compétentes. Cette obligation n'était cependant pas toujours respectée. De sorte que, au moment de l'entrée en vigueur du nouveau Code civil, certaines sociétés existantes étaient en défaut de se déclarer selon l'ancien système. Prenant appui sur l'article 118 L.A.R.C.C., on a soutenu que seules ces sociétés défailtantes étaient suscepti-

* Notaire.

** Avocat.

1. L.R.Q., c. P-45 (ci-après: L.P.L.).

2. Art. 519 L.P.L. et art. 118 de la *Loi sur l'application de la réforme du Code civil* (L.Q. 1992, c. 57) (ci-après: L.A.R.C.C.).

3. Art. 2189, al. 2 C.c.Q. et art. 118 L.A.R.C.C.

4. L.R.Q., c. D-1 (ci-après: L.D.C.S.). Cette loi a été remplacée par la L.P.L.

5. Pour la définition d'une société commerciale sous l'emprise du C.c.B.-C., voir l'ancien art. 1863.

bles de devenir des sociétés en participation en cas de non-immatriculation dans le délai prescrit⁶. Pour les autres sociétés existantes au 31 décembre 1993, soit celles qui s'étaient déclarées conformément aux anciennes dispositions législatives, le défaut d'immatriculation n'entraînerait aucune sanction civile⁷.

Nous avons trouvé intéressante l'idée de différencier les anciennes sociétés dûment déclarées des anciennes sociétés en défaut de se déclarer. Cependant, après analyse, il nous a paru préférable de proposer une autre solution. Ainsi, d'une part, nous pensons que la loi n'entend pas traiter différemment les anciennes sociétés, selon qu'elles étaient en règle ou non avec le système de déclaration existant avant le 1^{er} janvier 1994. Mais, d'autre part, nous croyons que la sanction civile, imposée aux anciennes sociétés en défaut de s'immatriculer en temps opportun, n'a pas un caractère permanent; une telle sanction cesserait dès l'immatriculation, même si faite après le 1^{er} janvier 1995.

L'ARTICLE 2189 C.C.Q. ET LES SOCIÉTÉS EXISTANTES AU 31 DÉCEMBRE 1993⁸

L'article 118 L.A.R.C.C. se lit comme suit:

Les sociétés qui sont en défaut de se déclarer lors de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle deviennent des sociétés en participation, en application des dispositions du nouveau code, si elles n'y ont pas remédié à l'expiration d'un délai d'un an à compter de cette entrée en vigueur.

On remarquera que cette disposition réfère aux sociétés «en défaut de se déclarer lors de l'entrée en vigueur de la nouvelle loi». Logiquement, disent certains⁹, il ne peut s'agir que d'un défaut d'exécution s'étant produit sous l'ancien système. Partant de là, ils signalent que cet article ne s'appliquerait pas aux anciennes sociétés qui s'étaient déclarées conformément aux dispositions en vigueur avant le 1^{er} janvier 1994. Même plus, dans le cas des sociétés déclarées¹⁰, ils ajoutent que le défaut d'immatriculation selon les nouvelles dispositions ne pourrait

6. Marc-André LABRECQUE, «Commentaires relatifs aux principales règles régissant la transition des sociétés civiles, des sociétés en nom collectif et des sociétés en commandite du *Code civil du Bas Canada* au *Code civil du Québec*», (2000) 102 *R. du N.* 295.

7. *Ibid.*

8. Dans le présent texte, nous ne discutons pas de la sanction prévue au deuxième alinéa de l'art. 115 L.A.R.C.C. Lorsque nous parlons des sociétés existantes au 31 décembre 1993, nous visons les anciennes sociétés commerciales, plus particulièrement les anciennes sociétés en nom collectif ou en commandite. Toutefois, on peut penser que les conclusions auxquelles nous arrivons sont susceptibles de s'appliquer aux anciennes sociétés civiles (devenues des sociétés en nom collectif aux termes de l'art. 115, al. 1 L.A.R.C.C.) qui ont fait défaut de s'immatriculer dans le délai prescrit.

9. M.-A. LABRECQUE, *loc. cit.*, note 6.

10. C.-à-d. les sociétés qui se sont déclarées conformément aux formalités prévues dans les anciennes dispositions législatives.

entraîner qu'une sanction pénale¹¹. À première vue, le texte de l'article 118 L.A.R.C.C. pourrait soutenir ces prétentions. Cependant, une analyse plus large nous conduit à une solution différente. Voyons cela.

L'article 118 L.A.R.C.C. n'apparaissait pas au départ dans le Projet de loi 38¹². Il fut ajouté en commission parlementaire lors de l'étude, article par article, dudit projet de loi. L'amendement proposé correspond au texte actuel de cet article. Lors de la présentation de cet ajout, on donna le commentaire suivant:

Cet amendement vise à reporter d'un an l'application, aux sociétés existantes, des règles du nouveau Code qui prévoient désormais qu'à défaut de se déclarer les sociétés en commandite ou en nom collectif, y compris celles qui étaient soumises au régime de ces sociétés, seront considérées comme des sociétés en participation.¹³

Si notre compréhension de ce commentaire est exacte, il est possible qu'une erreur se soit glissée lors de la rédaction du texte de loi. Le problème, nous semble-t-il, résulterait du fait que les mots «lors de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle», que l'on retrouve à l'article 118 L.A.R.C.C.¹⁴, n'auraient pas été reliés à la bonne

chose. Nous pensons que, dans l'esprit du commentateur, il s'agissait de «reporter d'un an l'application, à toutes les sociétés existantes, des règles du nouveau Code». Pour être conforme à cette idée, il aurait fallu que l'article 118 L.A.R.C.C. parle des «sociétés existantes lors de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle» plutôt que du «défaut de se déclarer lors de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle», comme le dit actuellement cet article. Plus concrètement, pour respecter ce que nous croyons être la pensée du commentateur¹⁵, la disposition transitoire aurait dû se lire comme suit:

Les sociétés existantes lors de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, qui sont en défaut de se déclarer conformément à cette loi, deviennent des sociétés en participation, en application des dispositions du nouveau code, si elles n'y ont pas remédié à l'expiration d'un délai d'un an à compter de cette entrée en vigueur.

Il est intéressant de constater que les commentaires du ministre de la Justice vont dans le même sens. En effet, le ministre écrit que l'article 118 L.A.R.C.C. «vise à reporter d'un an l'application, aux sociétés existantes lors de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, des règles du nouveau code»¹⁶. Et, plus loin, de parler du «défaut de se

11. M.-A. LABRECQUE, *loc. cit.*, note 6. Pour la sanction pénale applicable, voir les art. 107 et 525 L.P.L.

12. Précisons que ce Projet de loi est devenu la L.A.R.C.C.

13. Source: Pierre-André CÔTÉ et Daniel JUTRAS, *Le droit transitoire civil – Sources annotées*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, édition à feuilles mobiles.

14. Notons que ces mots n'apparaissent pas comme tels dans les propos du commentateur.

15. Il est possible que l'article 118 L.A.R.C.C. ait été rédigé par un légiste du gouvernement, suite à une demande du commentateur.

16. MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, *Commentaires du ministre de la Justice*, Tome III, Publications du Québec, 1993, commentaire sous l'art. 118, p. 95 (nos italiques).

déclarer conformément à la loi [nouvelle]»¹⁷. Ainsi, malgré la rédaction actuelle de l'article en question, le ministre de la Justice considère, d'une part, que la disposition transitoire s'adresse à *toutes* les anciennes sociétés et pas seulement à celles qui sont en défaut de se déclarer selon l'ancien système et, d'autre part, que le défaut, dont il est question à l'article 118 L.A.R.C.C., doit s'entendre d'un défaut d'immatriculation en vertu de la L.P.L. et non d'un défaut de déclaration en vertu du C.c.B.-C. et de L.D.C.S. comme cet article peut le laisser croire. Il y a donc une différence importante entre le texte de loi et les commentaires qui l'ont accompagné. Nous sommes enclin à penser que les commentaires du ministre reflètent probablement la véritable intention du législateur. Cependant, sans intervention de nos élus ou des tribunaux, il nous faut, pour l'instant, vivre avec le texte de loi, tel qu'il est rédigé actuellement. Qu'à cela ne tienne, nous croyons néanmoins possible d'arriver au même résultat que celui envisagé par les commentateurs.

Le deuxième alinéa de l'article 2189 C.c.Q. se lit comme suit:

[La société en nom collectif ou en commandite] est tenue de se déclarer, de la manière prescrite par les lois relatives à la publicité légale des sociétés; à défaut, elle est réputée être une société

en participation, sous réserve des droits des tiers de bonne foi.

Cette disposition énonce l'obligation de déclaration¹⁸ et la sanction applicable en cas de défaut. Notons qu'aucun délai d'exécution n'est spécifié. C'est donc ailleurs qu'il faut chercher pour le trouver. Comme nous invite à le faire cet article, c'est vers la L.P.L. qu'il faut se tourner pour trouver la réponse. Le délai est de soixante jours pour les sociétés formées depuis le 1^{er} janvier 1994¹⁹ et au plus tard le 1^{er} janvier 1995 pour les sociétés existantes au 31 décembre 1993²⁰. Par ailleurs, quant à l'obligation d'immatriculation et à la sanction qui l'accompagne, toutes deux prévues à l'article 2189 C.c.Q., trois possibilités s'offrent à nous: 1) elles ne s'appliquent qu'aux sociétés formées après l'entrée en vigueur de cet article; 2) elles s'appliquent à toutes les sociétés, y compris celles existantes au 31 décembre 1993; 3) elles s'appliquent à toutes les sociétés (anciennes et nouvelles), sauf exception prévues ailleurs. Qu'en est-il au juste?

Selon le premier alinéa de l'article 3 L.A.R.C.C., la «loi nouvelle est applicable aux situations juridiques en cours [au 1^{er} janvier 1994]». Certes, en matière contractuelle, tels les contrats de société, le premier alinéa de l'article 4 L.A.R.C.C.²¹ écarte ce principe général, mais seulement pour

17. *Ibid.*

18. «Immatriculation» selon la nouvelle terminologie utilisée dans la L.P.L.

19. Art. 9 L.P.L.

20. Art. 519 L.P.L.

21. Le premier alinéa de l'art. 4 L.A.R.C.C. se lit comme suit: «Dans les situations juridiques contractuelles en cours lors de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, la loi ancienne survit lorsqu'il s'agit de recourir à des règles supplétives pour déterminer la portée et l'étendue des droits et des obligations des parties, de même que les effets du contrat.»

la détermination des obligations et des conséquences juridiques du contrat *entre les parties contractantes*²²; pour le reste, la loi nouvelle est applicable. Or, manifestement la règle énoncée au deuxième alinéa de l'article 2189 C.c.Q. déborde le cadre du premier alinéa de l'article 4 L.A.R.C.C. Ainsi, *a priori*, il faut tenir que toutes les sociétés existantes au 31 décembre 1993 sont soumises à l'obligation d'immatriculation et à la sanction prévues au deuxième alinéa à l'article 2189 C.c.Q. Ces articles 3 et 4 L.A.R.C.C. sont situés dans le premier chapitre intitulé «Dispositions générales». Quant à l'article 118 de cette même loi, il est localisé au deuxième chapitre intitulé «Dispositions particulières». Au sujet de ces dispositions particulières, on retrouve le commentaire suivant²³:

Certaines de ces dispositions prévoient des exceptions aux principes généraux ou aux règles de bases énoncées dans le premier chapitre [...]. D'autres dispositions de ce chapitre ont pour seul but de préciser ou d'indiquer la règle de droit à appliquer [...].

L'article 118 L.A.R.C.C. constitue-t-il une *exception* aux principes formulés aux articles généraux de cette loi ou contient-il plutôt une *précision* au sujet d'une règle de droit? On l'a vu, normalement l'article 2189 C.c.Q. est applicable aux sociétés existantes au 31 décembre 1993. Il y aurait donc *exception*, si la disposition particulière excluait, pour certaines sociétés existantes, la sanc-

tion prévue au deuxième alinéa de l'article 2189 C.c.Q. Or, l'article 118 L.A.R.C.C. ne formule aucune telle exception; au contraire. En effet, en lisant la disposition transitoire, on constate que les anciennes sociétés en défaut de se déclarer deviennent des sociétés en participation *en application des dispositions du nouveau code*. Ainsi donc, l'article 2189 C.c.Q., et en particulier la sanction civile qui y est prévue, s'applique aux anciennes sociétés ayant omis ou négligé de se déclarer selon l'ancien système. En fait, l'article 118 L.A.R.C.C. ne vient que *préciser* le délai d'exécution de l'obligation d'immatriculation prévue au Code civil.

Qu'en est-il des sociétés déclarées selon les anciennes règles? L'article 2189 C.c.Q. ne faisant aucune distinction entre les anciennes sociétés en défaut de se déclarer et les anciennes sociétés dûment déclarées, nous ne voyons pas pourquoi ces dernières ne seraient pas soumises à la sanction qui y est prévue. Certes, compte tenu de la rédaction de l'article 118 L.A.R.C.C., on pourrait soutenir que le législateur, en se prononçant *expressément* au sujet des anciennes sociétés en défaut de se déclarer, excluait *implicitement* les autres sociétés existantes, soit celles qui n'étaient pas en défaut de se déclarer. Autrement dit, il y aurait là un signe que les anciennes sociétés déclarées seraient exclues de l'application de la nouvelle sanction prévue à l'article 2189 C.c.Q. Nous ne pensons pas qu'il en soit ainsi.

22. MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, *op. cit.*, note, 16, commentaire sous l'art. 4, p. 8 (nos italiques).

23. *Id.*, commentaire général à la p. 17.

Il faut se rappeler que la L.A.R.C.C. a été adoptée en 1992, alors que la L.P.L. a été adoptée seulement en 1993. C'est donc dire qu'au moment de rédiger la L.A.R.C.C., l'article 2189 C.c.Q., qui réfère aux «lois relatives à la publicité légale des sociétés»²⁴, renvoyait le lecteur à la législation en vigueur à ce moment-là, entre autres à la L.D.C.S.²⁵. D'ailleurs, dans ses commentaires le ministre de la Justice indique que la «référence [...] aux lois relatives à la publicité légale des sociétés vise l'actuelle *Loi sur les déclarations des compagnies et sociétés* [...], laquelle devrait faire l'objet de modifications»²⁶. Ainsi, même s'il était prévu de modifier cette dernière loi²⁷, cela n'avait toujours pas été fait lors de l'adoption de la L.A.R.C.C. C'est donc dans ce contexte historique qu'il faut analyser l'article 118 L.A.R.C.C.

Lors de l'adoption de l'article 118 L.A.R.C.C., en 1992, les sociétés qui n'étaient pas en défaut de se déclarer²⁸ respectaient, cette année-là du moins, l'obligation de déclaration prévue à l'article 2189 C.c.Q. Techniquement, en l'absence d'un nouveau système de publicité pour les sociétés commerciales, il devenait inutile de prévoir, pour les sociétés déclarées, un délai quelconque pour s'immatriculer. On comprend, alors, pourquoi le législateur n'a pas pris soin de stipuler, dans la L.A.R.C.C., le délai dans lequel ces sociétés

devaient se déclarer. Ce n'est donc pas le désir de soustraire ces sociétés à la sanction prévue à l'article 2189 C.c.Q. qui a amené nos élus à légiférer seulement à l'égard des sociétés en défaut de se déclarer. C'est tout simplement qu'il apparaissait inutile de le faire à ce moment-là.

Le 4 novembre 1993, était adoptée la L.P.L. Cette loi créa un nouveau système de publicité tout en remplaçant la L.D.C.S. L'efficacité du nouveau système supposait que les sociétés déjà déclarées au 31 décembre 1993 se déclarent à nouveau, mais, cette fois, selon les modalités prévues à la nouvelle loi. C'est pourquoi, à compter de ce moment-là, il devenait utile, voire nécessaire, de prévoir un délai d'immatriculation pour les sociétés déclarées. Rappelons-nous que la L.A.R.C.C. était demeurée silencieuse à l'égard de ces sociétés, puisque, à l'époque, ces dernières étaient déjà déclarées selon la législation en vigueur et qu'il aurait été inutile de prévoir un tel délai. Se posa alors le choix de l'endroit où un tel délai serait édicté. Fallait-il amender la L.A.R.C.C. ou fallait-il plutôt légiférer à ce sujet directement dans la nouvelle loi sur la publicité légale? Nos élus ont choisi la deuxième option. En vertu de l'article 519 L.P.L., les sociétés déclarées avaient jusqu'au 1^{er} janvier 1995 pour s'immatriculer. Cet article se lit comme suit:

24. Voir le deuxième alinéa de l'article 2189 C.c.Q.

25. Précitée, note 4.

26. MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, *Commentaires du ministre de la Justice*, Tome II, Publications du Québec, 1993, commentaire sous l'art. 2189, p. 1380.

27. Rappelons que le législateur a choisi de remplacer cette loi par la L.P.L.

28. C'est-à-dire celles qui s'étaient déclarées selon les modalités prévues à la L.D.C.S.

La déclaration d'immatriculation d'une société visée aux paragraphes 2^o et 3^o de l'article 2 et existant le 31 décembre 1993 doit être présentée à l'inspecteur général pour dépôt au plus tard le 1^{er} janvier 1995.²⁹

Ainsi, rien ne permet de voir dans l'article 118 L.A.R.C.C. une exclusion *implicite* de la loi nouvelle (c.-à-d. le nouveau Code civil) à l'égard des sociétés déclarées. C'est pourquoi, il nous apparaît que l'article 2189 C.c.Q. est applicable à ces sociétés³⁰. Certes, on peut dire que la L.P.L. oblige les sociétés qui se sont déclarées selon l'ancien système à s'immatriculer selon le nouveau³¹. Mais cette obligation est d'abord imposée par le Code civil, la L.P.L. ne faisant que compléter ce dernier, en précisant les modalités et le délai d'exécution de l'obligation d'immatriculation déjà prévue à l'article 2189 C.c.Q. La L.P.L. ne se substitue pas et ne déroge pas au Code civil du Québec. Ainsi, la L.P.L. n'écarte aucunement l'obligation d'immatriculation et la sanction prévues à

l'article 2189 C.c.Q., à l'égard des sociétés qui n'étaient pas en défaut de se déclarer lors de l'entrée en vigueur du nouveau Code civil.

L'IMMATRICULATION TARDIVE

La L.P.L. n'empêche pas une société de s'immatriculer après l'expiration du délai prescrit. De fait, les autorités compétentes acceptent les déclarations produites hors délai. On peut se demander quels sont les effets de l'immatriculation tardive.

Selon l'article 2189 C.c.Q., la société fautive est *réputée être* une société en participation, alors que selon l'article 118 L.A.R.C.C., la société fautive *devient* une société en participation. Certains³² voient une différence entre «réputée être une société en participation» et «devenir une société en participation». La première mesure serait temporaire et prendrait fin sitôt l'obligation de déclaration exécutée³³; la seconde sanction serait de nature permanente et se continuerait

29. Les paragraphes 2^o et 3^o de l'article 2 visent les sociétés formées au Québec et celles formées à l'extérieur du Québec mais qui exercent une activité au Québec.

30. Certains s'en remettent essentiellement à l'art. 519 L.P.L. pour obliger les anciennes sociétés déclarées à s'immatriculer. Voir M.-A. LABRECQUE, *loc. cit.*, note 6, p. 308: «[Les sociétés déclarées avant l'entrée en vigueur du nouveau Code] devaient cependant se conformer à l'obligation d'immatriculation prévue par l'article 519 de la *Loi sur la publicité légale des entreprises, des sociétés et des personnes morales* [...]». Il nous semble que cet article ne fait que préciser le délai dans lequel l'obligation d'immatriculation doit être exécutée.

31. Voir le paragraphe 2^o de l'article 2 L.P.L.

32. Nabil N. ANTAKI et Charline BOUCHARD, *Droit de l'entreprise, Tome I: Entrepreneurs et société de personnes*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1999, p. 409 et s.

33. Autrement dit, une fois l'immatriculation obtenue, il ne faudrait plus considérer la société retardataire comme une société en participation mais bien comme une société en nom collectif ou en commandite. Nous sommes d'accord avec cette interprétation de l'art. 2189 C.c.Q. D'une part, le défaut d'immatriculation n'empêche pas la société d'exister comme société en nom collectif ou en commandite, car l'immatriculation n'est pas une mesure constitutive de la société mais plutôt informative (voir: N.N. ANTAKI et C. BOUCHARD, *op. cit.*, note 32, p. 275). Ainsi, bien que cachée par la présomption, la véritable

rait même au-delà de l'immatriculation tardive. Ainsi donc, l'article 118 L.A.R.C.C. impliquerait beaucoup plus que la présomption prévue à l'article 2189 C.c.Q. Nous ne sommes pas d'accord avec cette vision des choses.

Certes, aux articles voisins³⁴ le législateur a utilisé le verbe «devenir» dans le sens de «transformer», ce qui implique un changement de nature véritable. Par conséquent, si on appliquait la règle d'interprétation qui veut qu'un même mot ait le même sens³⁵, l'article 118 L.A.R.C.C. impliquerait un changement réel au niveau de la société et pas simplement une présomption temporaire comme c'est le cas à l'article 2189 C.c.Q. Sauf que cette règle d'interprétation n'est pas absolue. D'ailleurs, il n'est pas rare que les tribunaux attribuent au même mot un sens différent, même si utilisé de façon rapprochée³⁶. Dans le

présent cas, plusieurs motifs nous incitent à donner au verbe «devenir» une signification différente.

Premièrement, l'article 118 L.A.R.C.C. énonce que les sociétés retardataires *deviennent* des sociétés en participation *en application* des dispositions du nouveau code. C'est donc dire que cet article ne constitue qu'une application particulière de l'article 2189 C.c.Q. C'est pourquoi il faut donner au verbe «devenir» le sens de «réputé être», puisque celui-là n'est qu'une application de celui-ci. Deuxièmement, on peut s'appuyer sur les commentaires du ministre de la Justice. Ce dernier écrit «qu'à défaut de se déclarer, les sociétés en commandite ou en nom collectif [...] seront *considérées comme* des sociétés en participation»³⁷. Troisièmement, hormis le deuxième alinéa de l'article 115 L.A.R.C.C.³⁸, les articles voisins à l'article 118 L.A.R.C.C. visent à établir ce qu'il

nature de la société n'a jamais cessé d'exister. D'autre part, une fois l'immatriculation obtenue, il n'y a aucune raison pour maintenir la sanction civile. Ici, quelques précisions s'imposent. Premièrement, une fois l'immatriculation tardive obtenue, il n'est pas nécessaire que les associés transfèrent à la société les biens détenus par elle au 1^{er} janvier 1995, même si pendant un certain temps ces mêmes biens ont été réputés appartenir aux associés en raison de la présomption prévue à l'art. 2189 C.c.Q. (voir l'art. 2252 C.c.Q.). Par contre, il en va autrement pour les biens que la société aurait pu acquérir durant que courait la sanction civile. Ces biens devront faire l'objet d'un transfert. Deuxièmement, les responsabilités encourues par les associés, pendant que courait la présomption, demeurent soumises aux règles sur la société en participation (voir les art. 2252 et s. C.c.Q.), même après l'immatriculation tardive.

34. Voir les art. 115, al. 1, 116 et 117 L.A.R.C.C.

35. Pierre-André CÔTÉ, *Interprétation des lois*, 3^e éd., Montréal, Thémis, 1999, p. 419 à 422.

36. *Ibid.*

37. MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, *op. cit.*, note 16, commentaire sous l'art. 118, p. 95 (nos italiques). Voir, Le Nouveau Petit Robert, éd. 1999, **RÉPUTER** [...] Être réputé (et attribut): qui est tenu pour, *considéré comme* (nos italiques). Comparer avec le premier alinéa de l'art. 115 L.A.R.C.C. où, à propos des sociétés civiles qui *deviennent* des sociétés en nom collectif, le ministre dit que les sociétés civiles sont *transformées* en sociétés en nom collectif plutôt que *considérées comme* des sociétés en nom collectif (MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, *op. cit.*, note 16, commentaire sous l'art. 115, p. 93).

38. Voir à la note 8.

advient des anciennes sociétés empruntant une forme qui n'est pas reconduite dans le nouveau Code civil. Or, cet article 118 L.A.R.C.C. a un tout autre but: il énonce une sanction en cas d'inexécution de l'obligation d'immatriculation dans le délai imparti. Les dispositions en cause³⁹ n'ayant pas le même objet, il est donc possible de donner au même mot un sens différent. Quatrièmement, on instaurerait un double régime⁴⁰, alors que le législateur s'est efforcé, tout au long du Code civil du Québec, d'uniformiser les approches⁴¹.

Enfin, on peut même se demander si la sanction prévue à l'article 118 L.A.R.C.C. n'a pas été abrogée implicitement par l'adoption de l'article 519 L.P.L. On constatera que la formulation de ce dernier article est suffisamment large pour couvrir toutes les sociétés existantes au 31 décembre 1993, y compris les sociétés en défaut de se déclarer. L'article 118 L.A.R.C.C. accorde à ces sociétés un délai d'un an pour s'immatriculer; l'article 519 L.P.L. est au même effet. L'une et l'autre de ces dispositions constituent une «disposition transitoire», étant toutes deux coiffées de ce titre. Comme ces deux articles ont le même objet, il ne serait peut-être pas interdit de penser que l'un, ayant été adopté postérieurement à l'autre, remplace cet autre, entraînant par la même occasion l'abrogation implicite de l'article

118 L.A.R.C.C. comprenant la sanction qui y est prévue. En effet, on considère que les règles de l'ancienne disposition qui ne sont pas reprises dans la nouvelle disposition de remplacement sont implicitement abrogées⁴². De sorte que la sanction applicable aux anciennes sociétés en défaut de se déclarer serait celle prévue à l'article 2189 C.c.Q., vu la portée générale de ce dernier article, et non pas celle énoncée à l'article 118 L.A.R.C.C.

CONCLUSION

Pour résumer, nous dirions ceci:

Compte tenu du deuxième alinéa de l'article 2189 C.c.Q., de l'article 3 L.A.R.C.C. et de l'article 519 L.P.L., tant les anciennes sociétés en défaut de se déclarer au 31 décembre 1993 que celles dûment déclarées à cette même date devaient s'immatriculer au plus tard le 1^{er} janvier 1995; à défaut, elles sont réputées être des sociétés en participation à compter de l'expiration de cette dernière date, sous réserve des droits des tiers de bonne foi. Dans tous les cas, l'immatriculation tardive a mis fin à la présomption et ce, sans autre formalité. Néanmoins, les rapports juridiques nés durant la période où la société était réputée être une société en participation demeurent régis par les dispositions sur la société en participa-

39. C.-à-d., d'un côté, les art. 115, al. 1, 116 et 117 et, de l'autre côté, l'art. 118 L.A.R.C.C.

40. Un pour les nouvelles sociétés et les anciennes sociétés dûment déclarées au 31 décembre 1993, et un autre pour les anciennes sociétés en défaut de se déclarer au 31 décembre 1993.

41. On songe, par exemple, à la responsabilité contractuelle et extracontractuelle dont les règles ont été unifiées à plusieurs égards.

42. P.-A. CÔTÉ, *op. cit.*, note 35, p. 131.

tion, sous réserve des droits des tiers de bonne foi.

Ces solutions nous semblent préférables à plusieurs égards. Tout d'abord, elles sont plus conformes à ce que nous croyons être la volonté du législateur. Celui-ci voulait, par la sanction civile prévue à l'article 2189 C.c.Q., faire pression sur les sociétés existantes au 31 décembre 1993, afin que ces dernières s'immatriculent de la manière prescrite à la L.P.L. En excluant cette sanction pour les sociétés déclarées au 31 décembre 1993, on limiterait grandement la portée du moyen de pression.

Ensuite, il y a un avantage pratique indéniable à traiter sur un même pied toutes les anciennes sociétés. On sait que les sociétés commerciales devaient déposer auprès du protonotaire une déclaration de société dans chacun des districts judiciaires dans lesquels elles faisaient commerce⁴³. On sait également que tout changement dans le personnel de la société, dans le nom, dans le titre ou raison sous lesquels la société entendait conduire ses affaires obligeait les associés à produire une nouvelle déclaration auprès du protonotaire⁴⁴. Un manquement à l'une ou l'autre de ces obligations pouvait conduire à l'imposition d'une amende⁴⁵. Compte tenu que la loi

associait ces défauts de déclaration à une infraction pénale, cela nous semble suffisant pour considérer la société en défaut sur l'un de ces points comme étant «en défaut de se déclarer lors de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle»⁴⁶. D'ailleurs, l'article 118 L.A.R.C.C. ne fait aucune distinction en ce qui concerne les défauts de déclaration. Aussi faut-il tenir que toute omission, quelle qu'elle soit⁴⁷, constitue un défaut de déclaration. Bien malin qui pourrait certifier que telle société n'était pas en défaut de se déclarer lors de l'entrée en vigueur du nouveau Code civil.

Enfin, une fois l'immatriculation obtenue, les tiers sont dorénavant à même de connaître l'existence de la société en nom collectif ou en commandite, en consultant le registre tenu par l'Inspecteur général des institutions financières. Il y aurait une part de mauvaise foi à vouloir invoquer la sanction attachée à un ancien défaut d'exécution, alors que le premier contact avec la société a eu lieu après l'immatriculation.

Toutes ces raisons justifient amplement la reconnaissance des solutions que nous préconisons. Il reste maintenant à convaincre les tribunaux de les entériner.

43. Art. 1834, al. 1 C.c.B.-C. et art. 9 L.D.S.C.

44. Art. 9(4) L.D.S.C.

45. Art. 1834, al. 2 C.c.B.-C. et art. 14 L.D.S.C.

46. Art. 118 L.A.R.C.C.

47. Que ce soit le manque de production d'une déclaration dans tous et chacun des districts judiciaires où cela était nécessaire ou que ce soit le manque de production d'une déclaration additionnelle suite à un changement d'associé.

LISTE DES MÉMOIRES DE MAÎTRISE ET THÈSE DE DOCTORAT ACCEPTÉES EN 2000

UNIVERSITÉ D'OTTAWA

Doctorat en droit (LL.D) Doctor of laws (LL.D.)

Thèses de doctorat

ATKINSON, Joseph Logan, The Upper Canadian Legal Response to the Cholera Epidemics of 1832 and 1834.

BRUNELLE, Christian, Diversité de la main-d'œuvre et discrimination: du devoir de juste représentation à l'obligation d'accommodement syndicale.

CISSÉ, Yacouba, L'évolution et le développement du droit des espaces maritimes et les contributions des États africains.

NADEAU, Alain-Robert, Vie privée et droits fondamentaux: Étude de la protection de la vie privée en droit constitutionnel canadien et américain et en droit international.

RHÉAUME, Jean, La nature juridique des droits à l'environnement.

WEBB, Kernaghan, Regulatory Offences: The Quest for a Non-Criminal Approach to Penal Liability.

Maîtrise en droit (LL.M.) Master of laws (LL.M.)

Thèses de maîtrise

KOUTOUKI, Dina, Reconsidering Copyright Protection for Software and Databases.

MacNAIR, Deborah, The Case for Introducing Specific Ethical Standards for Legislative Drafters.

Mémoires de maîtrise*:

*** Veuillez noter que les mémoires ne sont pas disponibles pour consultation.**

AHMAD, Nadia, Punishment in International Law: The Search for an Appropriate Penological Model.

- ARELLANO, David, Calvo Clause and the NAFTA: Why is or isn't the Mexican Ace Under the Sleeve?
- ASKRI, Saloua, L'efficacité du système international de protection des droits de l'homme: cas de la Tunisie.
- BADIMBOLI-ATIBASAY, Jean-Faustin, La mise en œuvre des décisions adoptées par l'Organe de règlement des différends de l'OMC et ses implications pour les pays en développement.
- BRAHIM, Chadia, Le tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie: légitimité, efficacité et limites.
- BUTARE, Emmanuel, The Principle of Nonintervention in International Law and its Relevance to Rwanda's Intervention in the Democratic Republic of Congo.
- BUTTINO, Nadia Lucia, Gay and Lesbian Marriage: the Case for Equality.
- CARRIER, Jacynthe, Le statut de Rome de la Cour pénale internationale et le respect du principe de la souveraineté étatique.
- COLLINS, Maeve, Taking Subsidiary (Too) Seriously? Subsidiarity and State Sovereignty in the European Union Today.
- DADSON, Dorothea, The International Law on the Rights of the Female Child: Trokosi.
- DIAMOND, Carol, Blackstone: A Reply to Driedger Part 2: The Canadian Story.
- DOCKING, David, From Diplomatic Protection to WTO Dispute Settlement?: Extending the Application of the Exhaustion of Local Remedies Rule.
- FAULLEM, Jean, Qui doit réglementer le commerce électronique sur Internet et comment?
- FRANCŒUR-LAROCQUE, Doris, La libération conditionnelle: privilège ou droit?
- GAKWERERE, Jean-Paul, La considération de l'inégalité de fait des parties à un contrat de vente internationale.
- GATETE, Louis, Problématique de la preuve quant aux inscriptions informatisées exprimant le consentement à un acte juridique: Étude de cas des opérations bancaires effectuées à un guichet automatique.
- GENDRON, Irene, Can a Statute be all Things to all People? The Reality of Audience-based Legislative Drafting.

- HÉBERT, Anne-Marie, Legitimacy, Justification and a Theory of the Relationship Between the Canadian and the International Legal Orders.
- HORWOOD, Robert, An Exploration of the Foundations for Public Welfare Offences: Prolegomena for Drafting Administrative Monetary Penalties.
- JANIK, Kinga, Les obstacles en droit canadien à la répression des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité.
- KABASU BAMBA, Jacques, La nécessaire indépendance du pouvoir juridique dans un État de droit: analyse du cadre constitutionnel canadien.
- KABEJA, Alain, Étude comparative des effets juridiques de la fraude du bénéficiaire d'un crédit documentaire irrévocable en droit positif rwandais et en droit civil québécois.
- KAITESI, Usta, The International Criminal Tribunal for Rwanda and the Study of Genocide and Gender.
- KALANTZIS, Panagiota, La médiation familiale: le modèle québécois.
- KALINDA, François-Xavier, La protection du droit d'auteur et des droits voisins dans le cadre de l'accord ADPIC et des conventions de l'OMPI.
- KAMANZI, Désiré, L'accès des tierces parties aux procédures de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce face à la problématique de la confidentialité de ces mêmes procédures.
- KAROMBA, Félicité, Mécanisme de protection des droits successoraux du conjoint survivant au Québec et au Rwanda: Étude comparative.
- LAWFORD, Alison, The Shaping of the International Trade Regulating System and the Future of Trade in Services.
- MACPHERSON, Elizabeth, Collective Bargaining for Independent Contractors: Is the Status of the Artist Act a Model for Other Industrial Sectors?
- MALI, Hind, La position de la doctrine et de la jurisprudence à l'égard de l'œuvre doctrinale de détermination de droit international public.
- MATTE, Daniel, La protection de l'environnement en droit canadien: un objectif aux dimensions nationales.

- PORTER, Meredith, First Nations Child Welfare.
- RAVARY, Annick, La conciliation d'un tribunal pénal international avec le principe de souveraineté étatique.
- RUSSO, Guillermo, Uncitral and the Unification of International Trade Law.
- RUTAZANA, Angéline, Le principe de la responsabilité pénale des supérieurs hiérarchiques en droit international.
- SHEPPARD, Ann, The Morality of Humanitarian Intervention: Just War Criteria for the 21st Century.
- SHUTTLE, Paul, Choices and Constraints in the Implementation of International Agreements: A Check-list of Decision-Points and Drafting Techniques for Legislative Drafters and Others.
- STAIRS, Anne Felicite, The Canada Child Tax Benefit: Income Support and the Tax System.
- TAMARI, Amir, Recent Case Law in the Area of Director's Liability.
- TORT, Ludmilla, Les modalités de résolution des conflits entre marques de commerce et noms de domaine de l'Internet.
- TWIINE KABUNDI, Apophia, Abolition of the Death Penalty in International Law.
- UWECHIA, Jide, Mind Your Language: The Competition Act and Advertising Compliance.
- VAILLANCOURT, Luc, Replacement Workers Under the Federal Jurisdiction: An Endangered Species?
- VOYVODIC, Rose Lynne, Considerable Promise and Troublesome Aspects: Theory and Methodology of Clinical Legal Education.
- WILSON, Timothy, Words in Printer's Ink: Interpretation of the WTO Agreement by the Appellate Body?

UNIVERSITÉ LAVAL

Répertoire des mémoires de maîtrise et des thèses de doctorat

- DUBOIS, Karine, L'arbitrage de différend chez les policiers et pompiers municipaux du Québec.

- FORTIN, Nadine, Le pluralisme, l'éducation et le droit: liberté ou dirigisme de l'imposition au monde de l'éducation de fondements philosophiques inadaptés.
- FETZE KAMDEM, Innocent, La responsabilité du transporteur maritime de marchandises au niveau international.
- POULIN, Monique, Le droit à la légitime défense en situation de violence conjugale: un régime de tutelle pour les femmes.
- TOUSIGNANT, Daniel, La prévention et la gestion des litiges en entreprise.
- SIROIS, Joseph, La transmission successorale et le patrimoine successoral: étude historique et comparative sous le *Code civil du Bas-Canada* et le *Code civil du Québec*.
- DORSAF, Jamel, Les codes de conduite volontaires et l'environnement.
- GIARD, Lise, L'utilisation de l'information génétique à des fins médicales face au droit à la liberté de la vie privée en droit québécois.
- LALANCETTE, Josée, La famille d'accueil comme outil de protection de la jeunesse: questions juridiques et paradoxes.
- GUÈVREMONT, Véronique, L'Organisation mondiale du commerce et la libéralisation multilatérale des services financiers à la veille du cycle de négociations du millénaire.
- KABLAN, Serge, L'uniformisation du droit en Afrique: processus comparés et projet de l'OHADA en transport routier.
- TRIGUI, Nader, L'Accord de l'Organisation mondiale du commerce sur les télécommunications de base.
- GARDNER, André, La portée de l'arrêt *Kienapple* en droit pénal de l'environnement.
- CIPRIANI, Lucile, Quantifier l'inqualifiable – La judiciarisation de la violence conjugale.
- PICARD, Simon, La sécurité alimentaire des Inuits au Nunavik: analyse de sécurisation du régime foncier issu de la Convention de la Baie James et du Nord québécois.
- MERCURE, Suzanne, Secrets commerciaux et obligation civile de confidentialité.
- ARBOUR, Marie-Ève, Le contrôle de la compétence professionnelle des membres du Barreau du Québec.

DUBÉ-IZA, Marie-Pierre, Les formules de fixation des pensions alimentaires pour enfant et l'exercice de la discrétion judiciaire: la recherche d'un équilibre.

UNIVERSITÉ DE MONTRÉAL

Grade de deuxième et troisième cycles en droit décernés par le Comité exécutif de l'Université de Montréal sur recommandation de la Faculté des études supérieures

Doctorat (LL.D.)

BRASSARD, Hélène, La protection du sujet de recherche majeur, apte ou inapte: de la théorisation à la personnalisation.

GAGNON, Christine, La copropriété divise dans le *Code civil du Québec*: régime général et jouissance à temps partagé.

GRIMAUD, Marie-Angèle, La preuve par identification génétique en droit canadien; de l'admissibilité à la «légitimité».

HOULE, France, Les règles administratives et le droit public: aux confins de la régulation juridique.

MUKONDE, Musulay Pascal, Droits et obligations démocratiques en Afrique subsaharienne francophone.

ST-AMOUR, Jean-Pierre, La dimension territoriale de la compétence municipale – schéma de systématisation en droit québécois.

Maîtrise (LL.M.)

BEAUGER, Patrick, La vente au détail d'essence et de carburant diesel au Québec: une analyse économique de l'instauration d'un prix de plancher.

BEAULIEU, Hélène, Le conflit d'intérêts et le syndic en matière de faillite et d'insolvabilité.

BENJAMIN, Valérie, L'accès aux nouvelles technologies de reproduction en droit français et québécois.

CHARLAND, Roger, La distribution commerciale et le droit européen de la concurrence.

COMEAU, Chantal, Le consommateur et les aliments dérivés des innovations biotechnologiques: étiquetage et emballage.

DUNBERRY, Eric, La convention relative à la preuve et à la conservation de documents électroniques d'entreprise: perspectives juridiques.

- GIASSON, Édith-Geneviève, Xénotransplantation et gestion des risques: peut-on préserver le bien-être collectif?
- GIROUX, Marie-Hélène, Le pluralisme pour une protection effective des minorités. Hongrie et Roumanie – une étude de cas.
- LABBÉ, Éric, *Spamming* en cyberspace: à la recherche du caractère obligatoire de l'autoréglementation.
- LAUZON, Benoît, L'application des champs légitimes du droit criminel aux manipulations génétiques transmissibles aux générations futures.
- MARTIN, Isabelle, La justice distributive et le droit aux services sociaux-sanitaires à travers la jurisprudence québécoise.
- MORENO VEITIA, Vivian, La dématérialisation du connaissance maritime.
- OBADIA, Alexandra, Xénogreffe, la brevetabilité de l'animal.
- PRUD'HOMME, Éric, Caractéristiques de la fiducie québécoise comme instrument de protection d'actifs.
- ROBERGE, Justin, La répression du tourisme sexuel en droit international et en droit pénal canadien.
- VAILLANCOURT, Patrice, La commercialisation des banques spécialisées dans le contexte planifié des réformes économiques chinoises.
- VERMETTE, Nathaly J., Les noms de domaine dans l'univers des marques de commerce.
- VILLIARD, Patrick, Perspectives modernes de la fonction d'administrateur, corollaires de la responsabilité sociale de la société commerciale.

UNIVERSITÉ MCGILL

Institut de droit comparé

- AGUILAR, Sofia, LL.M., Supranational systems of dispute resolution and their integration into domestic legal systems: a view of the Latin American experience.
- APPIAGYEI-ATUA, Kwadwo, D.C.L., An Akan perspective on human rights in the context of African development.
- BABIN, Dominique, LL.M., The Canadian pharmaceutical patent regime in the World trading system.

- BARCLAY, Claire, LL.M., Recognizing difference and addressing disadvantage: the development of substantive equality in South Africa and Canadian Jurisprudence.
- BISHOP, Kirsten Olga, LL.M., Fairness in international environmental law: accommodation of the concerns of developing countries in the climate change regime.
- BOGHOSSIAN, Nayiri, LL.M., A comparative study of specific performance provisions in the United Nations Convention on Contracts for the International Sales of Goods.
- BOISSEL DOMBREVAL, Hugues, LL.M., La libéralisation des télécommunications dans l'Union européenne.
- BOUFFARTIGUE, Iris, LL.M., Les contrats sur l'Internet, un point de vue international: les approches nord-américaine et française.
- BOURÉLY, Nadia, LL.M., Economic integration of developing countries and regionalism in Latin America and the Caribbean: prospects for a free trade of the Americas.
- CARBONNEAU, André, LL.M., Conscientious objectors to a medical treatment – what are the rules.
- CRAI, Eugen Vasile, LL.M., The «Vampires» of Transylvania: Ethnic accommodation and legal pluralism.
- DEMEYERE, Alexandre, LL.M., Étude comparative de la clause pénale en common law et en droit civil français.
- DESCHAMPS-MARQUIS, M.-Hélène, LL.M., Influence of copyright on the emergence of new technologies: a North American perspective.
- DRAF, Oliver Christian, LL.M., Selected issues of private international law and contracts on the Internet.
- EGAN, Sara Patricia, LL.M., Women (re) incorporated: A thesis examining the application of feminist theory to corporate structures and the legal framework of corporate law.
- FOHLER, Gernot, LL.M., Fraud in the letter of credit transaction and its possible arbitration.
- FORBES, Colin Mark, LL.M., Foreign direct investment in Venezuela.
- FRANK, Robert, Creditors' use of the oppression remedy.
- GAMA E SOUZA JR., Lauro, LL.M., Telecommunications and regional integration: the case of Mercosur.

- GARZA MONTEMAYOR, Salvador, LL.M., Reforming personal property law in Mexico.
- GOMEZ-PEREZ, Alfredo, LL.M., Mexican telecommunications: legal aspects of the privatization of the telecommunications monopoly, and the opening of the market to competition.
- GUILLOU, Solen Anne, What future for the WTO dispute settlement system? The European perspective.
- HADDADIN, Fadi, LL.M., Critique of shareholder status in Jordanian corporate law: a comparative approach.
- HENRY, Elisa, LL.M., Les sûretés mobilières en droit international privé: étude critique du droit français à la lumière du droit comparé et du droit uniforme.
- HOLLARD, Julie, LL.M., The removal of technical barriers to trade in the WTO era: a cause of gains and losses of power among national actors.
- HRLE, Jelena, LL.M., International arbitration and competition law.
- JOHNSTON, Sharon, LL.M., Double agent dilemma the Canadian physician: patient advocate and social agent.
- KÖNIG, Damian, LL.M., Les institutions de l'éthique discursive face au droit dans la régulation des nouvelles technologies médicales.
- KOSTROMOV, Alexey Valerievich, LL.M., The international unification of the law of agency.
- LAPORTA, José Luis, LL.M., The standard of review under the North American Free Trade Agreement Chapter 19: a comparative study with particular emphasis on the law of Mexico.
- LE BOZEC, Charlotte, LL.M., Que reste-t-il de l'influence du droit maritime sur le droit aérien? Étude des conflits de juridictions.
- LE GOFF, Gaëlle, LL.M., Le rôle et l'influence des organisations non gouvernementales (ONG) dans la négociation des conventions internationales scientifiques et techniques.
- LENIK, Jean-Sébastien, LL.M., Prix de transfert et accords de répartition des coûts.
- LIM, Yew Nghee, LL.M., Towards a uniform conflict of laws regime in ASEAN governing international commercial transactions: uniformization of choice of law rules in contract and tort.

- LOUBIER, Christine, LL.M., Les technologies de l'information dans les pays en voie de développement: regard particulier sur l'électronique et le commerce.
- LUNA, Bernardo David, LL.M., Investment opportunities in the Mexican financial markets.
- MADIEGA, Tambiama André, LL.M., For an international competition policy: a global welfare approach.
- MAINVILLE, Robert, LL.M., Compensation in cases of infringement of aboriginal and treaty rights.
- MAJLESSI, M. Shervin, LL.M., Use of economic sanctions under international law: a contemporary assessment.
- MORIN, Sophie, LL.M., La place des droits du patient à l'intérieur de la conception de l'obligation de renseigner en matière médicale.
- NEUWIRTH, Rostam Josef, LL.M., International law and the public/private law distinction.
- PIERROT, Claudia, LL.M., A comparative legal study of preliminary agreements under French and American Law.
- SAVARESE, Josephine, LL.M., The gifts of the Chip?: the regulation of occupational health and safety in the post-industrial age.
- SEROIN, Isabelle, LL.M., L'application des règles d'interprétation de la Convention de Vienne sur le droit des traités dans le cadre de l'ALE, de l'ALENA, du GATT, de l'OMC et de l'Union européenne.
- SEWERIN, Diana, LL.M., International product liability and uniform sales law.
- SHARP, Naomi, LL.M., Wrongful system of rights violations and the potential of court sponsored structural reform.
- SILVA DE LA VEGA, Rodrigo, LL.M., Free trade area of the Americas: the viability of a regional legal order.
- SIMARD, Marie-Pierre, LL.M., Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce: la licence obligatoire de câblodistribution Canado-américaines y surviendra-t-elle?
- SUGRUE, Seana Carole, D.C.L., The somatic state: the dialectics of law's morality.

SWART, Ella Dorothea, LL.M., A feminist critique and comparative analysis of the rule of evidence in rape trials in South Africa.

WASUNNA, Angela Amondi, LL.M., 'Averting a clash between culture, law and science' – an examination of the effects of new reproductive technologies in Kenya.

WEBER, Hedda Anne, LL.M., Comparison of the legal protection standards of HIV-infected public employees in Canada and the United States.

Institut de droit aérien et spatial

ALVARSSON, Karl Sigurour Alvar, LL.M., Perspectives of joint financing of air navigation services.

ANDRADE, Alessandra Arrojado, LL.M., Navigating into the new millennium: the global navigation satellite system regulatory framework.

ANDRIES, Stéphanie, LL.M., The global navigation satellite system (GNSS) and the European Galileo program, legal issues.

BEAMER-DOWNIE, Darcy Ann, LL.M., Freight forwarders' liability during international multimodal transportation.

BERTHOU, Anaïs D., LL.M., Les aéroports à l'aube du troisième millénaire.

BOUVET, Isabelle, LL.M., Certain aspects of the intellectual property rights in outer space.

DJOJONEGORO, Anda, LL.M., The Unidroit aviation finance law reform project: preparing the world to adopt a new aircraft mortgage convention.

GUIDONE, Luigi, LL.M., Lease and leasing of aircrafts in Italy and Québec: default of the lessee.

HERMIDA, Eduardo Julian, LL.M., Legal aspects of space risk management: the allocation of risks and assignment of liability in commercial launch services.

HOERL, Kay-Uwe, LL.M., Legal considerations of space debris.

HOVERSTEN, Michael Romaine, LL.M., The law governing aerospace warfare in the twenty-first century.

HULSEWÉ, Daphne Hester Sophia, LL.M., Going out to sea: international legal implications of an offshore airport outside territorial waters.

- IGLESIAS-BADILLO, Eduardo J., LL.M., International recognition of property interests in leased aircraft the new Unidroit convention on mobile equipment.
- KAYSER, Valérie, D.C.L., Liability risk management for activities related to the launch of space objects. Today's environment and tomorrow's prospects.
- MEN, Jing, LL.M., Is it castle in the air? Accessing the Sino-US WTO agreement: from the perspective of telecommunications and banking liberalization.
- PIERA, Alejandro Jose, Automation in facilitation of air transport.
- RODRIGUES SERRANO, Virginia, LL.M., Trading with space resources: the forces of privatization and commercialization applied to satellite telecommunications through ITU and WTO.
- ROUTH, Robert William, LL.M., Aviation in discrimination.
- SALAZAR, Juan Carlos, LL.M., The burden of proof of the air cargo claimant under international law.
- SCHEVING THORSTEINSSON, Astridur, LL.M., State aid to airlines.
- SCHMID, Thomas Karl, LL.M., Slot allocation at European airports.
- SERRAO, Jacqueline Etil, LL.M., The Montreal Convention of 1999: a «well-worn» restructuring of liability and jurisdiction.
- SIMANTIRAKIS, Christina, LL.M., The Cuban shoot-down of two U.S.-registered civil aircraft on 24th February 1996: study of a new case of use of weapons against civil aviation.
- WANG, Yan, LL.M., Evolution of aircraft finance law – considerations of the unidroit reform project relating to aircraft equipment.

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Programme de maîtrise en droit de la santé

- BERTRAND, Anne-Marie, La maternité sans danger dans le réseau des services de santé et des services sociaux: évolution de la notion de danger.
- BLOND, Joyce, The legal and ethical implications of xenotransplantation.

- BOULET, Denise, La protection juridique du mineur suicidaire.
- CLICHE, Jocelyne, L'éthique des affaires et l'éthique de la recherche en santé: les aspects réconciliables et leur impact sur la qualité de la gouverne des entreprises de santé.
- DESMARAIS, Geneviève, Génétique et assurances: perspectives éthiques et juridiques.
- DUCHAINE, Pierre, Réflexion sur le «living will» de common law dans le contexte du droit civil québécois.
- FOURNIER, Francine, La radiation provisoire immédiate en droit disciplinaire des professions, au Québec.
- FURLONG, Gary, Le consentement aux soins dans le contexte des services à domicile: le problème particulier du refus d'hébergement.
- LÉGER, Sophie, Reconfiguration du système de santé au Québec: les modèles proposés par l'O.M.S., les réformes québécoises, les HMD/OSIS et le paiement par capitation.
- LEPAGE, Jean-François, La position des juges de la Cour suprême du Canada au regard de divers principes propres à la tradition libérale: L'affaire *Sheena B.* rendue en matière de consentement substitué aux soins de santé.
- SAVARD, Anne-Marie, Le prélèvement de gamètes sur un cadavre aux fins d'insémination artificielle sans le consentement préalable de l'homme: considérations juridiques et éthiques.
- SIMARD, Caroline, La responsabilité civile pour la faute de la sage-femme: des projets-pilotes à la légalisation.

UNIVERSITÉ DU QUÉBEC À MONTRÉAL

Maîtrise en droit social et du travail

- JOSEPH, Kerline, L'importance d'une justice face aux crimes sexuels commis à l'égard des femmes en période de conflits armés: le cas du Rwanda.
- COX, Rachel, Le règlement amiable des plaintes de discrimination et l'effectivité des droits de la personne au Québec (1976-1999).

GUIMOND, Louise-Hélène, Analyse juridique comparée France-Québec de l'aménagement du temps de travail.

BACHAND, Rémi, Débats et enjeux Nord-Sud de l'évolution récente du droit international de l'investissement en Amérique.

BLAIN, Louise, L'assurance-médicaments: les conséquences de la mixité du régime sur l'accès équitable aux médicaments.

NOS DISPARUS EN 2000

Nom	Prénom	Admission	Section
Baillargeon	Claude	1974	Montréal
Benaich	Evelyne	1978	Arthabaska
Bertrand	Robert J.	1958	Hull, Montréal
Bigué	Claude	1938	Abitibi- Témiscamingue
Bilodeau	Georges	1944	Montréal
Borden Reed	Joyce A.	1963	Montréal
Campeau	Arthur H.	1967	Montréal
Chassé	Henri	1948 et Gaspésie	Bas St-Laurent
Cheftechi	Fred A.	1979	Montréal
Cherbaka	Jeffrey Michael	1998	Montréal
Décary	Pierre de Beaufort	1927	Montréal
Dansereau	Arthur	1945	Montréal
Dansereau	Jean-Paul	1946	Montréal
David	Roger	1965	Montréal
Deschenes	Jules	1946	Laval
Dupras	Carole	1983	Laurentides – Lanaudière
Flynn	Jacques	1939	Québec
Freed	Gérald G.	1964	Montréal
Gagnon	Marc-André	1971	Montréal
Galipeault	Jean	1960	Montréal
Gauthier	Albert	1980	Saint-François
Hemens	James W.	1947	Montréal
Johnson	Alain	1976	Montréal

Nom	Prénom	Admission	Section
Jones	H. Garry	1989	Montréal
Kandestin	Stanley	1950	Montréal
Kirkpatrick	John G.	1943	Montréal
Kosorwich	Jon	1958	Montréal
Labonté	André	1982	Longueuil
Lacroix	Emé	1937	Longueuil
Lamoureux	Claude	1958	Laurentides – Lanaudière
Lattimer	E. James	1954	Montréal
Lecompte	Michel	1976	Richelieu
Leduc	Paul	1963	Laval
Lefebvre	France	1990	Richelieu
Lejour	Paul-Émile	1948	Montréal
Lemire	Jean-François	1993	Montréal
Maughan	George B.	1968	Montréal
Paquin	Bernard	1957	Montréal
Parsons	Raymond Éric	1954	Montréal
Perrault	Chateauguay	1934	Montréal
Pinsonneault	Guy	1955	Québec
Pouliot	Pierre F.	1969	Québec
Prénoveau	Conrad	1945	Montréal
Puddington	John-Curless	1941	Montréal
Robert	Marc	1981	Québec
Rosenhek	Clarence	1932	Montréal
Roy	Gilles	1974	Québec
Ruest	Cathy	2000	Bas St-Laurent et Gaspésie
Sacchitelle	Robert	1964	Montréal
Sederoff	Sydney B.	1959	Montréal
Senécal	Jacques	1923	Montréal

Nom	Prénom	Admission	Section
Smyth	Jérôme	1955	Montréal
Sullivan	Gérald-E.	1932	Montréal
Théorêt	Gilles	1974	Montréal
Tremblay	Denis-Mario	1978	Saguenay – Lac St-Jean
Trudeau	Pierre-Elliott	1953	Montréal
Vallée	Francine	1993	Québec
Vracas	Constantinos	1991	Montréal

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 caractère gras, des pages.

BELLEY, Dominic C. / Indian taxation powers: sharing Canadian prosperity, **185-245**

BORENSTEIN, Joshua C. / Competence of Tribunal Interjurisdictional Aviation Accidents, **169-182**

CASTONGUAY, Alain / Les anciennes sociétés et l'obligation de s'immatriculer, **475-484**

DRAPEAU, Maurice / La discrimination fondée sur la grossesse: un obstacle à lever pour assurer l'égalité des chances dans l'emploi, **49-80**

FOURNIER, Anne / Les droits judiciaires reconnus à la «personne intéressée» visée par l'article 81 de la Loi sur la protection de la jeunesse, **163-168**

HUGHES, James / Seizing confidential computer data before judgment, **143-148**

MORIN, Michel / Des juristes sédentaires?: l'influence du droit anglais et du droit français sur l'interprétation du Code civil du Bas Canada, **247-386**

NADEAU, Denis / Le Tribunal des droits de la personne du Québec et le principe de l'exclusivité de l'arbitrage de grief ou l'histoire d'une usurpation progressive de compétence, **387-474**

VEILLEUX, Diane / Le droit à la vie privée – sa portée face à la surveillance de l'employeur, **1-46**

VERMETTE, Nathaly J. / Domain Names in the Realm of Trademark Law, **149-161**

VIOLETTE, Anouk / Les tests de dépistage d'alcool et de drogues
en milieu de travail: une question d'équilibre, **81-128**

YORK, Sheila / L'article 106 de la Loi sur la justice administra-
tive: que devient la maxime «à l'impossible nul n'est tenu»?,
129-142

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 caractère gras, des pages.

-A-

Accident d'aviation

«Competence of Tribunal Interjurisdictional Aviation Accidents», **169-182**

Alcool – dépistage – travail

«Les tests de dépistage d'alcool et de drogues en milieu de travail: une question d'équilibre», **81-128**

Arbitrage de grief – compétence

«Le Tribunal des droits de la personne du Québec et le principe de l'exclusivité de l'arbitrage de grief ou l'histoire d'une usurpation progressive de compétence», **387-474**

Arbitre – compétence

«Le Tribunal des droits de la personne du Québec et le principe de l'exclusivité de l'arbitrage de grief ou l'histoire d'une usurpation progressive de compétence», **387-474**

Assurance-emploi

«La discrimination fondée sur la grossesse: un obstacle à lever pour assurer l'égalité des chances dans l'emploi», **49-80**

Autochtone

«Indian taxation powers: sharing Canadian prosperity», **185-245**

Autoroute de l'information

«Domain Names in the Realm of Trademark Law», **149-161**

Avocat – rôle

«Les droits judiciaires reconnus à la «personne intéressée» visée par l'article 81 de la Loi sur la protection de la jeunesse», **163-168**

-C-

Code civil du Bas-Canada – interprétation

«Des juristes sédentaires?: l'influence du droit anglais et du droit français sur

l'interprétation du Code civil du Bas Canada», **247-386**

Code civil du Québec

«Des juristes sédentaires?: l'influence du droit anglais et du droit français sur l'interprétation du Code civil du Bas Canada», **247-386**

Compagnie et société – immatriculation

«Les anciennes sociétés et l'obligation de s'immatriculer», **475-484**

Congé de maternité et congé parental

«La discrimination fondée sur la grossesse: un obstacle à lever pour assurer l'égalité des chances dans l'emploi», **49-80**

Cour suprême du Canada – histoire

«Des juristes sédentaires?: l'influence du droit anglais et du droit français sur l'interprétation du Code civil du Bas Canada», **247-386**

-D-

Délai de déchéance

«L'article 106 de la Loi sur la justice administrative: que devient la maxime «à

l'impossible nul n'est tenu»?», **129-142**

Discrimination

«La discrimination fondée sur la grossesse: un obstacle à lever pour assurer l'égalité des chances dans l'emploi», **49-80**

«Les tests de dépistage d'alcool et de drogues en milieu de travail: une question d'équilibre», **81-128**

«Le Tribunal des droits de la personne du Québec et le principe de l'exclusivité de l'arbitrage de grief ou l'histoire d'une usurpation progressive de compétence», **387-474**

Drogue – dépistage – travail

«Les tests de dépistage d'alcool et de drogues en milieu de travail: une question d'équilibre», **81-128**

Droit – Angleterre

«Des juristes sédentaires?: l'influence du droit anglais et du droit français sur l'interprétation du Code civil du Bas Canada», **247-386**

Droit – France

«Des juristes sédentaires?: l'influence du droit anglais et du droit français sur l'interprétation du Code

civil du Bas Canada», **247-386**

Droit à l'assistance d'un avocat

«Les droits judiciaires reconnus à la «personne intéressée» visée par l'article 81 de la Loi sur la protection de la jeunesse», **163-168**

Droit à l'égalité

«La discrimination fondée sur la grossesse: un obstacle à lever pour assurer l'égalité des chances dans l'emploi», **49-80**

Droit à la vie privée

«Le droit à la vie privée – sa portée face à la surveillance de l'employeur», **1-46**

«Les tests de dépistage d'alcool et de drogues en milieu de travail: une question d'équilibre», **81-128**

Droit civil

«Des juristes sédentaires?: l'influence du droit anglais et du droit français sur l'interprétation du Code civil du Bas Canada», **247-386**

Droit international privé

«Competence of Tribunal Interjurisdictional Aviation Accidents», **169-182**

Droits et libertés

«Le droit à la vie privée – sa portée face à la surveillance de l'employeur», **1-46**

«Le Tribunal des droits de la personne du Québec et le principe de l'exclusivité de l'arbitrage de grief ou l'histoire d'une usurpation progressive de compétence», **387-474**

-E-

Examen médical – emploi

«Les tests de dépistage d'alcool et de drogues en milieu de travail: une question d'équilibre», **81-128**

-F-

Fraude

«Seizing confidential computer data before judgment», **143-148**

-I-

Information confidentielle électronique

«Seizing confidential computer data before judgment», **143-148**

Internet – nom de domaine

«Domain Names in the Realm of Trademark Law», **149-161**

-J-

Justice administrative

«L'article 106 de la Loi sur la justice administrative: que devient la maxime «à l'impossible nul n'est tenu»?», **129-142**

**Représentation par avocat
– personne intéressée**

«Les droits judiciaires reconnus à la «personne intéressée» visée par l'article 81 de la Loi sur la protection de la jeunesse», **163-168**

-M-

Marque de commerce

«Domain Names in the Realm of Trademark Law», **149-161**

-S-

Saisie avant jugement

«Seizing confidential computer data before judgment», **143-148**

-P-

Propriété intellectuelle

«Domain Names in the Realm of Trademark Law», **149-161**

Salarié – réintégration

«Les tests de dépistage d'alcool et de drogues en milieu de travail: une question d'équilibre», **81-128**

Protection de la jeunesse

«Les droits judiciaires reconnus à la «personne intéressée» visée par l'article 81 de la Loi sur la protection de la jeunesse», **163-168**

Salarié – surveillance au travail

«Le droit à la vie privée – sa portée face à la surveillance de l'employeur», **1-46**

-R-

**Régime d'assurance
parentale**

«La discrimination fondée sur la grossesse: un obstacle à lever pour assurer l'égalité des chances dans l'emploi», **49-80**

Salarié syndiqué

«Le Tribunal des droits de la personne du Québec et le principe de l'exclusivité de l'arbitrage de grief ou l'histoire d'une usurpation progressive de compétence», **387-474**

Santé et sécurité au travail

«La discrimination fondée sur la grossesse: un obstacle

à lever pour assurer l'égalité des chances dans l'emploi», **49-80**

Secret commercial

«Seizing confidential computer data before judgment», **143-148**

Société en nom collectif et société en commandite – immatriculation

«Les anciennes sociétés et l'obligation de s'immatriculer», **475-484**

Surveillance électronique

«Le droit à la vie privée – sa portée face à la surveillance de l'employeur», **1-46**

-T-

Taxation

«Indian taxation powers: sharing Canadian prosperity», **185-245**

Test de dépistage – travail

«Les tests de dépistage d'alcool et de drogues en milieu de travail: une question d'équilibre», **81-128**

Transport aérien

«Competence of Tribunal Interjurisdictional Aviation Accidents», **169-182**

Travail

«La discrimination fondée sur la grossesse: un obstacle à lever pour assurer l'égalité des chances dans l'emploi», **49-80**

Tribunal administratif du Québec

«L'article 106 de la Loi sur la justice administrative: que devient la maxime «à l'impossible nul n'est tenu»?», **129-142**

Tribunal de la jeunesse

«Les droits judiciaires reconnus à la «personne intéressée» visée par l'article 81 de la Loi sur la protection de la jeunesse», **163-168**

Tribunal des droits de la personne – compétence

«Le Tribunal des droits de la personne du Québec et le principe de l'exclusivité de l'arbitrage de grief ou l'histoire d'une usurpation progressive de compétence», **387-474**

Tribunal judiciaire – compétence internationale

«Competence of Tribunal Interjurisdictional Aviation Accidents», **169-182**

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.

Brown, P. c., [1979] C.S. 505, 163-168	O'Leary, Nouveau-Brunswick c., [1995] 2 R.C.S. 967, 387-474
Centre hospitalier régional de Lanaudière, Roussin c., [1999] R.J.Q. 903 (T.D. P.Q.), 387-474	Ontario Hydro, Weber c., [1995] 2 R.C.S. 929, 387-474
Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Résidences Laurendeau, Légaré, Louvain, [1999] R.J.Q. 2141 (T.D.P.Q.), 387-474	P. c. Brown, [1979] C.S. 505, 163-168
Ghaly, Tri-Tex Co. Inc. c., [1999] R.J.Q. 2324 (C.A.), REJB 1999-14246 (C.A.), 143-148	R. c. M. (M.R.), [1998] 3 R.C.S. 393, REJB 1998-09406 (C.S.C.), 1-46
Godbout c. Longueuil (Ville), [1997] 3 R.C.S. 844, REJB 1998-02908 (C.S.C.), 1-46	R. c. Stewart, [1988] 1 R.C.S. 963, 143-148
Longueuil (Ville), Godbout c., [1997] 3 R.C.S. 844, REJB 1998-02908 (C.S.C.), 1-46	Résidences Laurendeau, Légaré, Louvain, Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c., [1999] R.J.Q. 2141 (T.D.P.Q.), 387-474
M. (M.R.), R. c., [1998] 3 R.C.S. 393, REJB 1998-09406 (C.S.C.), 1-46	Roussin c. Centre hospitalier régional de Lanaudière, [1999] R.J.Q. 903 (T.D. P.Q.), 387-474
Nouveau-Brunswick c. O'Leary, [1995] 2 R.C.S. 967, 387-474	Stewart, R. c., [1988] 1 R.C.S. 963, 143-148

Syndicat des travailleurs
(euses) de Bridgestone
Firestone de Joliette c.
Trudeau, [1999] R.J.Q.
2229 (C.A.), REJB 1999-
14156 (C.A.), **1-46**

Tri-Tex Co. Inc. c. Ghaly,
[1999] R.J.Q. 2324 (C.A.),
REJB 1999-14246 (C.A.),
143-148

Trudeau, Syndicat des travail-
leurs (euses) de Bridge-
stone Firestone de
Joliette c., [1999] R.J.Q.
2229 (C.A.), REJB 1999-
14156 (C.A.), **1-46**

Weber c. Ontario Hydro,
[1995] 2 R.C.S. 929, 387-
474

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 CANADIENNE

Charte canadienne des droits et libertés dans la Loi de 1982 sur le Canada, (L.R.C. 1985, app. II, n° 44, annexe B, partie I), **387-474**

Charte canadienne des droits et libertés dans la Loi de 1982 sur le Canada, (L.R.C. 1985, app. II, n° 44, annexe B, partie I), art. 7 et 8, **1-46**

CODE CIVIL

Code civil du Bas-Canada, **247-386**

Code civil du Bas-Canada, art. 1863, **475-484**

Code civil du Québec, (L.Q. 1991, c. 64), **247-386**

Code civil du Québec, (L.Q. 1991, c. 64), art. 2189, **475-484**

LOIS FÉDÉRALES

Impôt sur le revenu (Loi de l'), (L.R.C. 1985, 5^e suppl., c. 1), **185-245**

Indian Advancement Act, (S.C. 1880, c. 28), **185-245**

Indiens (Loi sur les), (L.R.C. 1985, c. I-5), **185-245**

LOIS QUÉBÉCOISES

Charte des droits et libertés de la personne, (L.R.Q., c. C-12), **387-474**

Charte des droits et libertés de la personne, (L.R.Q. c. C-12), art. 1, 4 et 5, **81-128**

Charte des droits et libertés de la personne, (L.R.Q. c. C-12), art. 5, **1-46**

Code civil (Loi sur l'application de la réforme du), (L.Q. 1992, c. 57), art. 118, **475-484**

Code du travail, (L.R.Q., c. C-27), **387-474**

Déclarations des compagnies et sociétés (Loi sur les), (L.R.Q., c. D-1), **475-484**

Justice administrative (Loi sur la), (L.R.Q., c. J-3), art. 106, **129-142**

Normes du travail (Loi sur les),
(L.R.Q., c. N-1.1), art. 74,
81.15 et 81.16, **49-80**

Protection de la jeunesse (Loi
sur la), (L.R.Q. c. P-34.1),
art. 81, **163-168**

Publicité légale des entrepri-
ses individuelles, des
sociétés et des personnes
morales (Loi sur la),
(L.R.Q., c. P-45), **475-484**