



Revue 2014 Printemps 2014 - Tome 73

L'énigmatique article 1045 C.p.c. : un espace de créativité pour le juge gestionnaire d'un recours collectif
Pierre-Claude Lafond

Le polygraphe devant les tribunaux civils québécois : croyances, science et jurisprudence
Vincent D. Denault

Les tests de dépistage de drogues et d'alcool en milieu de travail – Soupeser les droits fondamentaux du salarié et les droits et obligations de l'employeur
Katherine Plante

L'affaire *R. c. MacDonald* ou lorsqu'il n'y en a jamais de facile
Abdou Thiaw

La détention des mineurs étrangers non accompagnés dans le contexte de l'immigration
Mouna Haddad

La disposition préliminaire du *Code de procédure civile*
Catherine Piché

L'affaire *Groupe Aldo* : réflexions sur l'encadrement juridique de la cybercriminalité dans les opérations bancaires et l'industrie des paiements
Marc Lemieux

Putting a Price on Legal Services – Determining Reasonable Class Counsel Fees in the Settlement Context
Jean Lortie, Lisa Chamandy et Shaun Finn

Abus et maltraitance envers les aînés : quel est l'apport du droit ?
Hélène Guay

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

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

M^e Michel Deschamps, président

M^e Élise Charpentier

M^e Pierre Giroux

M^e Claude Laferrière

M^e François Montfils

M^e Alain-Robert Nadeau

M^e Hubert Reid

M^e Pierre Séguin

M^e Marc Sauvé, secrétaire

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

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

L'abonnement annuel à la version électronique est gratuit pour les membres
du Barreau du Québec qui en font la demande. Le montant de l'abonnement
est prélevé à même le Fonds d'études juridiques composé des intérêts des
comptes en fidéicommiss des avocats. L'abonnement annuel à la version papier
est de 125\$. Vous pouvez vous abonner en communiquant avec le service à la
clientèle des Éditions Yvon Blais au 1-800-363-3047.

Envoi de Poste-publications
Enregistrement n° 40013642

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

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

ISSN-383669-X

Dépôt légal

Bibliothèque et Archives nationales du Québec, 2014

Bibliothèque et Archives Canada, 2014



L'énigmatique article 1045 C.p.c. : un espace de créativité
pour le juge gestionnaire d'un recours collectif

Pierre-Claude LAFOND 1

Le polygraphe devant les tribunaux civils québécois :
croyances, science et jurisprudence

Vincent D. DENAULT 33

Les tests de dépistage de drogues et d'alcool en milieu de
travail – Soupeser les droits fondamentaux du salarié
et les droits et obligations de l'employeur

Katherine PLANTE 59

L'affaire *R. c. MacDonald* ou lorsqu'il n'y en a jamais de facile

Abdou THIAW 93

La détention des mineurs étrangers non accompagnés
dans le contexte de l'immigration

Mouna HADDAD 115

La disposition préliminaire du <i>Code de procédure civile</i>	
Catherine PICHÉ	135
L'affaire <i>Groupe Aldo</i> : réflexions sur l'encadrement juridique de la cybercriminalité dans les opérations bancaires et l'industrie des paiements	
Marc LEMIEUX.	179
Putting a Price on Legal Services – Determining Reasonable Class Counsel Fees in the Settlement Context	
Jean LORTIE, Lisa CHAMANDY et Shaun FINN . . .	237
Abus et maltraitance envers les aînés : quel est l'apport du droit ?	
Hélène GUAY	263

L'énigmatique article 1045 C.p.c. : un espace de créativité pour le juge gestionnaire d'un recours collectif

Pierre-Claude LAFOND

Résumé

L'article 1045 C.p.c. accorde au juge saisi d'un recours collectif d'importants privilèges de gestion en matière d'avis aux membres, de preuve et de procédure. Il confère de larges pouvoirs discrétionnaires au tribunal, qui s'accordent avec la fonction de juge gestionnaire énoncée à l'article 4.1 du Code actuel et, qui plus est, avec la philosophie du nouveau *Code de procédure civile*. Le présent texte fait le point sur la portée de cette disposition en présentant, à l'aide de nombreux exemples à l'appui, une revue des enseignements tirés de la jurisprudence, mais aussi en proposant à la magistrature et aux avocats les voies que pourrait permettre une interprétation large et créative de l'article en question. Il fait également le lien avec le nouveau Code, lequel reprend, avec quelques nuances, les principes du Code actuellement en vigueur.

L'énigmatique article 1045 C.p.c. : un espace de créativité pour le juge gestionnaire d'un recours collectif

Pierre-Claude LAFOND*

INTRODUCTION	5
1. La compétence du tribunal en matière d'avis.	8
1.1 L'opportunité de la publication d'un avis	8
1.2 La détermination de la forme de l'avis et de son contenu	10
2. Les mesures de simplification de la preuve	13
2.1 Des exemples d'application.	14
2.2 Le respect du droit substantiel.	18
3. Les pouvoirs de gestion du tribunal	19
3.1 Les objectifs et les limites de la loi.	20
3.2 Quelques illustrations jurisprudentielles	24
CONCLUSION	30

* Ad. E. Professeur titulaire à la Faculté de droit de l'Université de Montréal. L'auteur remercie sa collègue Catherine Piché pour ses judicieuses remarques et suggestions à l'endroit d'une version antérieure du présent texte. Les opinions exprimées dans celui-ci n'engagent évidemment que le soussigné.

Introduction

La procédure québécoise de recours collectif connaît, depuis son adoption en 1978, une phase de stabilité et d'évolution à la fois très intéressante et rassurante. L'abondant corpus jurisprudentiel et doctrinal rédigé à son sujet a permis, avec le temps, de tracer les tenants et aboutissants de ce véhicule procédural unique dans le paysage législatif québécois. Les intervenants appelés à l'appliquer ou à l'interpréter connaissent mieux que jamais ses règles de fonctionnement et les principes qui en guident la mise en œuvre.

Pourtant, malgré tous ces enseignements, il subsiste encore quelques zones grises. L'application concrète du recours collectif nous réservera toujours des surprises. À ce titre, de tous les articles du *Code de procédure civile* portant sur le recours collectif, l'article 1045 en demeure un soulevant plusieurs interrogations. Son libellé s'énonce comme suit :

Le tribunal peut, en tout temps au cours de la procédure relative à un recours collectif, prescrire des mesures susceptibles d'accélérer son déroulement et de simplifier la preuve si elles ne portent pas préjudice à une partie ou aux membres ; il peut également ordonner la publication d'un avis aux membres lorsqu'il l'estime nécessaire pour la préservation de leurs droits.

Cette disposition, qualifiée par la Cour d'appel de « vaste pouvoir discrétionnaire »¹ et par la Cour supérieure d'« outil puissant »², témoigne des larges pouvoirs du juge, dont nous avons déjà fait état dans un ouvrage antérieur consacré à ce sujet³. Elle est reprise sous une autre forme, mais avec un contenu similaire, aux articles 158 et 581 de la *Loi instituant le nouveau Code de procédure civile*⁴. L'article 581 reprend quasiment mot pour mot la

-
1. *JTI-MacDonald Corp. c. Létourneau*, 2009 QCCA 795, J.E. 2009-931, par. 14.
 2. *Conseil québécois sur le tabac et la santé c. JTI-MacDonald Corp.*, 2012 QCCS 1870, J.E. 2012-1038, note 7 (juge Brian Riordan), permission d'appeler refusée 2012 QCCA 1009.
 3. Pierre-Claude LAFOND, *Le recours collectif, le rôle du juge et sa conception de la justice*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2006.
 4. *Loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, L.Q. 2014, c. 1, sanctionnée le 21 février 2014.

seconde partie de l'actuel article 1045 relative à la publication des avis aux membres, en s'autorisant d'y ajouter une phrase. Pour sa part, l'article 158 du nouveau Code officialise les pouvoirs judiciaires de gestion d'instance, en toute matière, y compris celle de l'action collective. Notre propos conservera donc son actualité et sa pertinence lors de l'entrée en vigueur de la nouvelle loi.

Ce large pouvoir discrétionnaire du tribunal n'a rien de nouveau et s'inscrit en droite ligne avec les pouvoirs inhérents des tribunaux de l'article 46 C.p.c. et le principe fondamental de saine gestion d'instance énoncé au second alinéa de l'article 4.1 du code actuel. Si le premier alinéa de cette dernière disposition réitère un des piliers du droit judiciaire québécois, soit la maîtrise du dossier par les parties à une instance, ce précepte est immédiatement tempéré par les pouvoirs de gestion du tribunal. Le partage des pouvoirs et des responsabilités devient encore plus clair dans le nouveau code ; son article 19 précise que « Les parties à une instance ont, *sous réserve du devoir des tribunaux d'assurer la saine gestion des instances et de veiller à leur bon déroulement*, la maîtrise de leur dossier [...] ». Si elle n'est pas remise en cause, la règle de la maîtrise de la procédure s'en trouve sérieusement limitée. Le parallèle avec les pouvoirs de gestion du tribunal de l'article 1045 C.p.c. s'impose avec évidence.

À vrai dire, bien avant l'article 4.1 C.p.c. et la philosophie du nouveau code adopté, l'article 1045, adopté il y a plus de 35 ans, accorde au juge une fonction de gestionnaire de l'instance. Voilà une preuve supplémentaire que le recours collectif se voulait en avance sur son temps au regard du rôle actif du juge⁵. Le législateur québécois a toujours fait office de précurseur en matière de recours collectif. Qui plus est, comme le note avec justesse le juge Brian Riordan, responsable du dossier du tabac, le législateur a encouragé les tribunaux à adopter une approche créative à l'égard des procédures de recours collectif⁶. L'article 1045 C.p.c. recèle en effet toute la mesure de cette créativité judiciaire. Les propos imagés du juge Gratien Duchesne dans *Brochu c. Société des loteries*

5. « Le chapitre IX du *Code de procédure civile* prévoit à l'article 1045 une contribution active du juge au processus judiciaire [...] » : *Brochu c. Société des loteries du Québec (Loto-Québec)*, 2009 QCCS 5678, [2010] R.J.Q. 202, par. 47.

6. *Conseil québécois sur le tabac et la santé c. JTI MacDonald Corp.*, 2009 QCCS 5157, [2009] R.J.Q. 2888, par. 48.

du Québec (*Loto-Québec*), le célèbre recours collectif relatif à la dépendance aux loteries vidéos, traduisent mieux que nous ne saurions le faire toute l'étendue de cette latitude :

Cette discrétion impose au Tribunal une obligation de vigilance continuelle à devoir solutionner des problèmes qui surgissent au fur et à mesure du déroulement de la procédure jusqu'au jugement final, *en étant actif, parfois imaginatif et créatif*, alimenté par les procureurs aux idées souvent divergentes.

Bref, *le Tribunal doit oser*, dans le respect de la loi, afin d'assurer aux parties le déroulement harmonieux et juste de la procédure et du procès. Si l'inédit surgit quelquefois pour rendre encore plus problématiques certains aspects du recours collectif, il fait aussi partie de la solution à ces problèmes. *Un recours collectif tel que celui en l'instance pourrait devenir quasiment ingérable sans le secours de l'article 1045 C.p.c.*⁷

L'article 1045 permet au juge d'exercer son rôle de gestionnaire, de solutionneur de problèmes, de juge actif et, surtout, créatif.

Sans doute parce que sa localisation dans le Code se situe en marge des autres dispositions relatives au recours collectif – il ouvre le chapitre V intitulé « Dispositions diverses » –, cet article a été peu utilisé par les procureurs et les tribunaux, du moins jusqu'à récemment. Son libellé très général, voire vague, l'a longtemps relégué au rang des dispositions sous-utilisées. C'est de moins en moins le cas aujourd'hui.

Qu'en est-il de sa portée et des pouvoirs qu'il accorde au juge ? Il importe de préciser ce qu'il permet et ce qu'il n'autorise pas, ce à quoi s'intéresse la présente étude. Notre analyse de la jurisprudence mentionnant l'article 1045 C.p.c. de 1979 jusqu'à 2013, composant un corpus d'une soixantaine de jugements, nous permet d'identifier certaines tendances. Tout comme le contenu de la disposition à l'étude, celle-ci se présente en trois parties : la compétence du tribunal en matière d'avis (1.), les mesures de simplification de la preuve (2.) et les pouvoirs de gestion du juge (3.).

7. J.E. 2005-1606 (C.S.), par. 46-47 (nos italiques).

1. La compétence du tribunal en matière d'avis

S'il est un terrain où le tribunal possède une latitude considérable, c'est bien celui des avis aux membres. Le pouvoir discrétionnaire du juge s'exerce principalement dans le cadre de l'opportunité d'ordonner la publication d'un avis (1.1) et dans celui de la détermination du type d'avis et de son contenu (1.2).

1.1 L'opportunité de la publication d'un avis

D'entrée de jeu, il convient d'écarter les situations où la loi impose la publication d'un avis : avis du jugement d'autorisation (art. 1005 c) C.p.c.), avis de jugement final (art. 1030) et avis d'une transaction (art. 1025). Le juge, dans ces cas, ne dispose d'aucun pouvoir discrétionnaire, sauf quant à la forme et à son contenu.

Le jugement rendu dans *Boire c. Nolisair International inc.*⁸ illustre bien par ailleurs toute la souplesse des pouvoirs discrétionnaires accordés par l'article 1045. En présence d'une proposition de transaction avant l'autorisation, le juge choisit, à la suggestion des parties, d'ordonner la publication d'un seul avis, portant à la fois sur l'autorisation, sur la transaction et sur les modalités des réclamations individuelles, plutôt que trois avis successifs et distincts comme semble le prévoir le Code⁹. En prescrivant cette mesure, le juge insiste sur l'effet d'accélération du déroulement du recours et de l'indemnisation des membres. En revanche, dans certains cas qui le justifient, le tribunal estimera de sa propre initiative qu'il est préférable de prévoir plus d'une publication d'un avis et en profitera incidemment pour prolonger le délai d'exclusion des membres¹⁰. Son rôle de protecteur des intérêts des membres absents l'investit de toute latitude pour agir en cette matière.

Dans d'autres cas, le tribunal jugera utile d'aviser les membres pour les informer d'un événement important, suspendant sa décision finale jusqu'à l'expiration du délai imparti aux membres pour se manifester : un désistement partiel de la demande¹¹,

8. C.S. Montréal, n° 500-06-000002-853, 7 mai 1985, j. Louis Tannenbaum. Les dossiers *Gagnon c. Nolisair International inc.*, n° 500-06-000003-851 et *Samson c. Nolisair International inc.*, n° 500-06-000001-855 étaient joints à ce jugement.

9. *Ibid.*, p. 6-7.

10. *Bourque c. Laboratoires Abbott ltée*, J.E. 98-822 (C.S.), p. 34 du jugement intégral.

11. *Ostiguy c. Québec (Procureur général)*, J.E. 2005-1639 (C.S.), par. 15-16 ; *Plouffe c. Câblevision nationale ltée*, [1982] C.S. 257, 259.

une invitation à se substituer au représentant¹², la scission du recours en sous-groupes ou encore l'intervention d'un tiers dans le recours.

Relativement à l'épineux problème des recours collectifs pluriprovinciaux ou de la concomitance d'autres recours autorisés dans les autres provinces canadiennes, le pouvoir du juge d'ordonner la publication d'avis pour la protection des membres du groupe apparaît capital. Ainsi, dans *Bernèche c. Canada (Procureur général)*, un recours collectif autorisé au Québec par des producteurs de bœuf alors qu'une procédure similaire était pendante en Ontario, le juge Wagner, alors de la Cour d'appel, s'exprima comme suit :

Le Tribunal constate que l'article 1045 C.p.c. n'est pas limitatif. Son paragraphe initial consacre la discrétion du Tribunal pour assurer le bon déroulement de la procédure. Sa dernière phrase qui traite des avis confirme essentiellement la discrétion qui doit marquer la gestion du recours collectif. Le Tribunal est donc d'avis qu'il peut exercer sa discrétion judiciaire dans les cas qui le justifient et ainsi *assujettir la poursuite d'un recours collectif ou sa suspension à l'inclusion de modalités d'exclusions additionnelles* le cas échéant.

Cette possibilité n'entache nullement l'économie du recours ni ne porte préjudice à l'intégralité de son exercice.¹³

Se fondant sur ce principe pour refuser une requête en suspension de procédures, le juge Castonguay, dans *Sifneos c. Pfizer inc.*, considéra qu'il pourrait, « à l'aide d'ordonnances et avis appropriés, faire échec à la crainte formulée par [l'aspirant représentant] quant à une possible confusion de la part des justiciables québécois ».¹⁴

Le nouveau Code, dans le contexte d'un recours collectif multiterritorial exercé à l'extérieur du Québec, prévoit la possibilité pour le juge de refuser le désistement d'une demande d'autorisation ou d'autoriser l'exercice d'un autre recours collectif par un autre représentant, s'il est convaincu que ce recours assurera mieux l'intérêt des membres¹⁵. En outre, dans le cas d'une

12. *Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'Hôpital St-Ferdinand (C.S.N.)*, J.E. 87-41 (C.S.), p. 9 du jugement intégral.

13. 2010 QCCS 6480, 2011EXP-503, par. 19 et 20 (nos italiques).

14. 2012 QCCS 5772, J.E. 2012-2298, par. 37.

15. *Loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, L.Q. 2014, c. 1, art. 577, al. 3.

demande d'homologation d'une transaction ou de reconnaissance d'un jugement relatif à un recours collectif étranger, le tribunal a le devoir de s'assurer que les avis donnés au Québec sont suffisants¹⁶.

1.2 La détermination de la forme de l'avis et de son contenu

Il appartient au tribunal de déterminer les modalités des avis aux membres¹⁷. En cette matière, comme en plusieurs autres, le juge n'est pas lié par la suggestion des parties¹⁸ et doit guider sa décision en fonction de l'efficacité de l'avis et en tenant compte du rapport coûts-bénéfices¹⁹. Un avis mal conçu ou qui ne rejoint pas le groupe peut facilement entraîner un déni de justice pour les membres, jamais informés des effets d'un jugement ou d'une transaction qui leur est favorable. Comme conclut l'association Option consommateurs, qui a réalisé une recherche sur le sujet, les avis traditionnels « ne permettent pas d'informer adéquatement les justiciables sur l'existence d'un recours ; pire, ils peuvent même décourager les membres potentiels d'un recours de se renseigner plus avant »²⁰. Le juge doit favoriser l'atteinte des objectifs du recours collectif : que le plus grand nombre de membres puissent être efficacement informés de leurs droits et bénéficier des éventuelles retombées du jugement final. La responsabilité judiciaire à cet égard est énorme.

De manière générale, la jurisprudence révèle un penchant naturel pour l'avis collectif. L'avis individualisé est rarement utilisé en droit québécois dans le contexte du recours collectif.

Quant au média de publication, de manière majoritaire, les juges se sont montrés très conservateurs, optant trop souvent pour un avis dans les grands quotidiens provinciaux, parfois pour un avis postal joint à la facturation mensuelle avec la complicité

16. *Ibid.*, art. 594.

17. *Rouleau c. Placements Etteloc inc.*, J.E. 99-935 (C.S.).

18. *Gauthier c. Fortier*, J.E. 2000-1107 (C.S.).

19. François LEBEAU, « Certaines difficultés en matière de recours collectif et pistes de solution », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développements récents sur les recours collectifs* (1999), Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1999, p. 109, p. 141.

20. OPTION CONSOMMATEURS et Stéphanie POULIN, *Recours collectifs : deux modèles d'avis pour mieux communiquer avec les membres*, Montréal, juin 2011, p. 9.

du défendeur²¹. Pourtant, rien dans la loi n'interdit que la publication se fasse par un autre moyen que les journaux²². Le législateur a dû intervenir lors de la réforme du *Code de procédure civile* en 2002 en modifiant l'article 1046 afin de préciser certains éléments dont le tribunal doit tenir compte dans l'exercice de son pouvoir : le langage de l'avis, les coûts de publication, la nature de la cause, la composition du groupe et la situation géographique des membres. Le but de cette modification était clairement d'encourager les juges à faire preuve d'un peu plus de créativité en matière d'avis aux membres²³. Ce n'est pas un hasard si l'article 1046 C.p.c. emploie le vocable « diffusion » en plus de celui de « publication » pour désigner le mode de l'avis. L'article 581 du nouveau Code utilise dans le même esprit les termes « publication ou notification ». Le législateur invite la magistrature et les procureurs à actualiser leurs pratiques et à inclure le recours à l'Internet et aux médias électroniques. La version en ligne des journaux et les alertes sur les réseaux sociaux et les téléphones intelligents ont de meilleures chances de rejoindre une clientèle plus jeune ou plus branchée, qui lit peu ou pas les journaux imprimés²⁴.

Certains magistrats n'ont pas attendu cette modification législative pour exercer leur potentiel créateur, que la loi leur reconnaissait bien avant, sous le couvert notamment de l'article 1045. Dans le dossier d'autorisation du recours collectif relatif aux prothèses mammaires, le juge fait preuve d'ingéniosité en ordonnant la publication de l'avis d'autorisation dans une vingtaine de quotidiens et hebdomadaires, ainsi que dans cinq revues dont le lectorat était composé en majorité de femmes, dans le but manifeste de rejoindre le plus grand nombre de membres potentielles²⁵. Les publications régionales sont également mises à profit dans certains cas afin de garantir la plus grande diffusion possible²⁶. Dans *Curateur public c. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, le tribunal de première instance ordonne l'affichage d'un avis sur le babillard de l'hôpital où résidaient les

21. *Union des consommateurs c. Bell Canada*, J.E. 2003-620 (C.S.), par. 70 du jugement intégral.

22. *Brulé c. 134188 Canada inc.*, J.E. 89-1625 (C.S.), p. 7 du jugement intégral.

23. COMITÉ DE RÉVISION DE LA PROCÉDURE CIVILE (Denis Ferland, président), *La révision de la procédure civile – Une nouvelle culture judiciaire*, Sainte-Foy, ministère de la Justice, 2001, p. 206.

24. OPTION CONSOMMATEURS et Stéphanie POULIN, *Recours collectifs : deux modèles d'avis pour mieux communiquer avec les membres*, Montréal, juin 2011, p. 39-40.

25. *Doyer c. Dow Corning Corp.*, J.E. 95-37 (C.S.), p. 24-25 du jugement intégral.

26. *Brochu c. Québec (Société des loteries)*, [2002] R.J.Q. 1351 (C.S.), par. 106.

victimes²⁷. Dans un autre cas, le tribunal a ordonné que l'avis d'autorisation et un communiqué de presse soient transmis à tous les médias montréalais, de même qu'à deux agences de presse, et qu'ils soient diffusés sur le site Internet des procureurs du groupe et de la ville défenderesse²⁸. Dans *Gauthier c. Fortier*, le juge Senécal adresse des directives explicites quant à la publication dans les journaux, en ajoutant un journal, en ordonnant la publication un samedi et en prescrivant la grosseur des caractères et son contenu²⁹. De manière générale, l'expérience des dernières années montre sans l'ombre d'un doute une préoccupation plus grande de la magistrature quant à l'efficacité des avis, refusant souvent les propositions trop simples des procureurs au dossier et ajoutant leur grain de sel.

Le média utilisé n'est pas tout. Ayant analysé la pratique actuelle, l'étude menée par Option consommateurs révèle que le design, le titre, la structure et le langage utilisés dans l'avis ne sont pas suffisamment accrocheurs³⁰. L'association fait certaines recommandations, très pertinentes, et propose des modèles d'avis simplifiés et plus efficaces³¹. Les procureurs mais aussi les juges responsables des avis auraient intérêt à prendre connaissance de ce rapport, de même que de certaines études et expériences américaines en la matière³², et à y voir des sources d'inspiration. Un autre rapport serait d'ailleurs en préparation par le Comité sur les recours collectifs du Barreau du Québec. L'article 581 du nouveau Code prescrit que l'avis doit être « donné en termes clairs et concis », remplaçant de la sorte l'exigence d'un « langage simple et compréhensible pour les personnes auxquelles il est destiné » de l'actuel article 1046 C.p.c., tout en conservant l'esprit d'intelligibilité de l'avis. Nous préférons, pour notre part, les termes de l'ancien Code, car ils prenaient en compte le public cible.

27. C.S. Montréal, n° 500-06-000010-856, 10 janvier 1986, j. Maurice Mercure, p. 8, confirmé par [1996] 3 R.C.S. 211.

28. *Denoncourt c. Montréal (Ville de)*, J.E. 2001-831 (C.S.).

29. J.E. 2000-1107 (C.S.).

30. OPTION CONSOMMATEURS et Stéphanie POULIN, *Recours collectifs : deux modèles d'avis pour mieux communiquer avec les membres*, Montréal, juin 2011, p. 10.

31. *Ibid.*, p. 11-12 et annexes 6a, 6b, 7a et 7b.

32. Voir notamment Todd B. HILSEE, « Effective Class Action Notice Promotes Access to Justice: Insight from a New U.S. Federal Judicial Center Checklist », (2011) 53 *Sup. Ct. L. Rev.* (2d) 275 ; FEDERAL JUDICIAL CENTER, *Judges' Class Action Notice and Claims Process Checklist and Plain Language Guide*, 2010, en ligne : <[http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/NotCheck.pdf/\\$file/NotCheck.pdf](http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/NotCheck.pdf/$file/NotCheck.pdf)>.

L'utilisation de la facturation ou de l'emballage d'un produit de consommation reste pour l'instant sous-exploitée comme mode de diffusion d'un avis. S'il est permis d'afficher des photos d'enfants disparus sur les litres de lait, pourquoi ne pourrait-on pas le faire aussi pour des avis sommaires de recours collectifs ? Internet et les réseaux sociaux ne sont pas non plus suffisamment exploités. L'exemple de l'avis vidéo placé sur *You Tube* annonçant le règlement dans le recours collectif du verglas³³ constitue un modèle à suivre. D'ailleurs, le nouveau Code de procédure civile ouvre la porte à une plus grande utilisation de ce média en autorisant le juge à ordonner l'ouverture d'un site Internet pour la diffusion des avis³⁴. D'aucuns ont déjà émis la suggestion d'un site Internet où seraient regroupés tous les avis aux membres d'un recours collectif³⁵. Malgré son évidente utilité, l'actuel registre électronique des recours collectifs de la Cour supérieure³⁶ ne sert pas cette fin. La consultation d'un site commun permettrait aux citoyens de vérifier si un recours a été autorisé et s'ils font partie du groupe désigné, en plus de connaître les développements relatifs à l'indemnisation. La Cour supérieure ou le Fonds d'aide aux recours collectifs pourrait être investi de la mission de gérer un tel site. Certes, l'idée d'en ordonner la mise sur pied dépasse largement les pouvoirs conférés à l'article 1045 et un juge ne pourrait, à lui seul, l'imposer dans le cadre d'un dossier particulier. Mais, une fois en opération, tous les juges pourraient systématiquement ordonner l'émission d'un avis sur ce site.

2. Les mesures de simplification de la preuve

Le recours collectif québécois est une procédure de traitement collectif des réclamations individuelles. Au stade de l'indemnisation, par exemple, il serait facile de verser dans un individualisme outrancier et d'exiger de la part des membres qu'ils fassent chacun la preuve du bien-fondé de leur réclamation. Mais ce serait là aller à l'encontre de la nature collective du

33. <www.youtube.com/watch?v=qYe85PW9_hA>.

34. *Loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, L.Q. 2014, c. 1, art. 576, al. 2.

35. Janick DESFORGES, conférence prononcée aux Journées Maximilien-Caron, *La justice en marche : du recours collectif à l'arbitrage collectif*, 31 mars 2001, Montréal ; François LEBEAU, « Certaines difficultés en matière de recours collectif et pistes de solution », dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, *Développements récents sur les recours collectifs*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1999, p. 109, p. 142-143.

36. Art. 1050.2 C.p.c. ; <<http://services.justice.gouv.qc.ca/dgsj/rrc/DemandeRecours/DemandeRecoursRecherche.aspx>>.

recours et il semble que la magistrature l'a bien compris. En tant que gardien des intérêts des membres absents, le tribunal se doit de faciliter la tâche de ces derniers au chapitre de la preuve de leurs réclamations afin de favoriser une indemnisation effective. À l'instar de l'article 1039 qui lui permet de déterminer des modes de preuve et de procédure spéciaux au stade de la distribution individuelle, l'article 1045 C.p.c. investit alors le tribunal du pouvoir de simplifier la preuve, à toute étape du processus. Plusieurs exemples d'application en témoignent (2.1). Par ailleurs, le pouvoir discrétionnaire du juge connaît une limite importante : le droit substantiel (2.2).

2.1 Des exemples d'application

Au stade du recouvrement, la preuve par dépôt d'affidavits des membres du groupe est fréquemment utilisée³⁷. L'exigence individualisée de la production d'une facture ou d'une copie du contrat plusieurs années après le fait ne peut réalismement convenir à l'indemnisation d'un groupe. Est aussi admissible la preuve établie par simple déclaration du réclamant, sans être susceptible de contestation, comme ce fut le cas dans *Jobin c. Giguère*³⁸, un recours collectif exercé au nom de victimes de fausses représentations relativement à un produit favorisant la repousse de cheveux. Il faut bien comprendre que cette dernière mesure ne peut être ordonnée dans toutes les circonstances. L'article 1045 rappelle explicitement que les mesures de simplification de la preuve ne doivent pas porter préjudice à une partie. C'est uniquement dans le cas où la déclaration apparaît incontestable, compte tenu de la preuve et des expertises présentées devant le tribunal, que le tribunal peut s'autoriser d'interdire toute contestation, laquelle ne constituerait qu'une mesure dilatoire et inutilement improductive de la part du défendeur. Dans l'affaire *Jobin*, les droits de la partie défenderesse furent respectés dans la mesure où elle a eu le loisir de présenter une contre-preuve lors du procès.

L'établissement d'une preuve au moyen de présomptions de faits entre également dans le cadre de l'article 1045, pourvu

37. *ACEF du Centre de Montréal c. Promotions Ciné-Mode (120984 Canada inc.)*, C.S. Montréal, n° 500-06-000007-886, 2 février 1993, j. Jean Filiatreault, p. 8 ; *Nault c. Jarman*, C.S. Montréal, n° 500-06-000013, 6 novembre 1981, j. Melvin L. Rothman, p. 5-6.

38. *Jobin c. Giguère*, C.S. Québec, n° 200-06-000004-807, 4 janvier 1985, j. Robert Lesage, p. 15.

qu'elles soient suffisamment graves, précises et concordantes³⁹ : présomption de contrat avec le défendeur⁴⁰, présomption de fausses représentations à tous les membres du groupe⁴¹, présomption de dommages communs⁴², présomption de similarité des questions communes ou des dommages subis, présomption réfragable de lien de causalité⁴³, etc. L'utilisation de ces présomptions, constituant des moyens licites de simplifier l'administration de la preuve, montre qu'avec un peu de flexibilité, soutenue par les pouvoirs discrétionnaires du juge, le recours collectif peut dévoiler toute son utilité et parvenir à ses objectifs d'indemnisation.

Très souvent, des éléments importants de la preuve se trouvent entre les mains du défendeur, parfois d'un tiers. Ainsi en va-t-il, par exemple, des listes des coordonnées des abonnés d'un service ou des voyageurs d'un séjour à l'étranger. Le tribunal peut ici exercer son pouvoir discrétionnaire en ordonnant au défendeur en question de fournir les listes ou les informations requises, afin de simplifier la preuve du représentant du groupe⁴⁴. Dans le célèbre dossier du tabac, la Cour d'appel a forcé les compagnies défenderesses à communiquer des documents privilégiés afin d'accélérer la procédure et de simplifier la preuve⁴⁵. Dans le dossier des banques, après l'interrogatoire type de quatre défende-

39. Art. 2849 C.c.Q.

40. *ACEF Sud-Ouest de Montréal c. Arrangements Alternatifs de crédit du Québec inc.*, [1994] R.J.Q. 114, 120 (C.S.) ; *ACEF du Centre de Montréal c. Promotions Ciné-Mode (120984 Canada inc.)*, C.S. Montréal, n° 500-06-000007-886, 2 février 1993, j. Jean Filiatreault, p. 24 ; *Jobin c. Giguère*, C.S. Québec, n° 200-06-000004-807, 4 janvier 1985, j. Robert Lesage, p. 15.

41. *ACEF Sud-Ouest de Montréal c. Arrangements Alternatifs de crédit du Québec inc.*, [1994] R.J.Q. 114, 120 (C.S.) ; *ACEF du Centre de Montréal c. Service d'aide à l'emploi national M.T. inc.*, C.S. Montréal, n° 500-06-000008-876, 22 novembre 1993, j. Jean-Jude Chabot, p. 21-27 ; *ACEF du Centre de Montréal c. Promotions Ciné-Mode (120984 Canada inc.)*, C.S. Montréal, n° 500-06-000007-886, 2 février 1993, j. Jean Filiatreault, p. 10-11, p. 17-18.

42. *Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 R.C.S. 211, 232 (preuve d'un élément de dommage commun : inconfort subi).

43. *Montréal (Ville de) c. Biondi*, 2013 QCCA 404, J.E. 2013-511.

44. *M.G. c. Association Selwyn House*, 2009 QCCS 989, J.E. 2009-605, par. 74 ; *Pellemans c. Lacroix*, J.E. 2008-239 (C.S.) ; *Thibault c. St.Jude Medical Inc.*, 2006 QCCS 2025, J.E. 2006-1027 ; *Service aux marchands détaillants ltée (Household Finance) c. Option consommateurs*, [2003] R.J.Q. 1603 (C.S.), par. 174, confirmé par 2006 QCCA 1319, J.E. 2006-2099 ; *Chartier c. Meubles Léon inc.*, J.E. 2003-762, REJB 2003-37645 (C.S.) ; *Brûlé c. Minerve Canada compagnie de transports aériens inc.*, J.E. 89-1625 (C.S.) ; *Clouâtre c. Beaumont (Ville de)*, C.S. Bedford, n° 455-06-000001-80, 22 août 1983, j. Thomas Toth, p. 2 ; *Plouffe c. Câblevision nationale ltée*, [1982] C.S. 257, 268 ; *Côté c. Boutique 254 inc.*, C.S. Beauce, n° 350-06-000001-806, 6 juin 1980, j. André Desmeules, p. 5.

45. *Rothmans, Benson & Hedges inc. c. Létourneau*, 2011 QCCA 705, J.E. 2011-729.

resses, la Cour supérieure a forcé huit autres banques à fournir les mêmes informations que celles interrogées, sans nécessité d'interrogatoire en règle⁴⁶. Cette façon de procéder, justifiée en raison de l'uniformité des pratiques contractuelles des banques impliquées, a permis d'économiser un temps précieux, tant pour les parties que pour le tribunal. Dans un recours relatif au complot de fixation du prix de l'essence à la pompe, le tribunal est allé plus loin et, sur la base de l'article 1045 et de son pouvoir d'ordonner à un tiers de communiquer des documents ou un élément matériel se rapportant au litige, a ordonné l'accès aux enregistrements des communications privées interceptées lors de l'écoute électronique, sous réserve d'un filtrage effectué par le Directeur des poursuites pénales du Canada afin de protéger la vie privée des tiers⁴⁷. Pareille ordonnance vise également à accélérer le déroulement du processus puisqu'il permet « au tribunal d'intervenir pour éviter que ne se produisent de multiples interrogatoires visant à obtenir le dossier de divulgation de la preuve »⁴⁸. Il est permis également de penser aux recours collectifs multi-territoriaux dans lesquels la preuve de faits, de contrats ou d'éléments étrangers peut présenter des difficultés importantes, que les pouvoirs du tribunal pourraient contribuer à résoudre.

En revanche, lorsque la demande de communication de documents de la part du défendeur est aussi inutile que non pertinente et ne vise qu'à retarder le déroulement du processus, le tribunal est justifié d'invoquer son pouvoir discrétionnaire de l'article 1045 et le « besoin critique de circonscrire le débat au stade du procès »⁴⁹.

Dans le même esprit, le tribunal peut autoriser des admissions de la partie défenderesse, afin d'écourter le débat, de réduire les frais et d'éviter aux membres de se déplacer au greffe de la cour pour faire la preuve complète de leur réclamation⁵⁰. Sans pouvoir forcer le défendeur à le faire, il pourrait certainement l'inviter et

46. Voir les dossiers n° 500-06-000203-030 ; n° 500-06-000375-069 ; n° 500-06-000221-040 ; n° 500-06-000372-066 ; n° 500-06-000249-041 ; n° 500-06-000373-064.

47. *Jacques c. Pétroles Irving inc.*, 2012 QCCS 2954, J.E. 2012-1485 (en appel). Voir aussi *Jacques c. Ultramar ltée*, 2011 QCCS 6023, J.E. 2011-2069 (ordonnance à la Régie de l'énergie de communiquer des informations).

48. *Jacques c. Pétroles Therrien inc.*, 2010 QCCS 5676, J.E. 2011-80, par. 39.

49. *Imperial Tobacco Canada Ltd. c. Létourneau*, 2010 QCCA 2312, J.E. 2011-74, par. 9.

50. *Plouffe c. Câblevision nationale ltée*, [1982] C.S. 257, 259.

l'y encourager, dans une perspective de saine administration de la justice. De même, le juge de l'audience pourrait aller jusqu'à refuser la présentation d'un type de preuve, la jugeant inutile ou non pertinente au débat. Il pourrait en être ainsi, par exemple, dans le cas d'expertises à répétition, qui répètent le même point de vue. Toujours dans un objectif de simplification de la preuve à l'audience, le tribunal dispose du pouvoir de réorganiser l'ordre de la présentation de la preuve de manière à la rendre plus logique et cohérente, même à l'encontre du plan de présentation proposé par la partie concernée. Le juge Riordan l'a d'ailleurs fait dans le dossier du tabac. Rappelons que le nouveau Code permettra d'appliquer le principe de proportionnalité aux moyens de preuve⁵¹, contrairement au Code actuel, ce que l'article 1045 nous semble autoriser néanmoins en matière de recours collectif.

La preuve des dommages par approximation constitue une autre mesure de simplification de la preuve souvent employée par les tribunaux⁵². Ainsi, sur la foi de la preuve présentée, le tribunal peut établir approximativement le montant devant être remboursé à chaque membre. La Cour suprême, dans l'arrêt *Ciment du Saint-Laurent*, a clairement confirmé le principe selon lequel le juge du recours collectif dispose d'un pouvoir discrétionnaire important en matière d'évaluation des préjudices⁵³. L'évaluation approximative, soutenue par une présomption de fait et un pragmatisme judiciaire, loin d'être exceptionnelle, est d'usage courant dans les poursuites individuelles. Elle fait partie inhérente des pouvoirs d'appréciation de la preuve par le juge. Dans le recours collectif, elle a le mérite de simplifier la preuve dans le cas de réclamations modestes ou de dommages moraux.

La portée de l'article 1045 n'est pas uniquement réservée au bénéfice des membres du groupe. Parfois, le tribunal l'invoque

51. *Loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, L.Q. 2014, c. 1, art. 18.

52. Voir *Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 R.C.S. 211 ; *Kavanaght c. Montréal (Ville de)*, 2011 QCCS 4830, J.E. 2011-1825 ; *Conseil pour la protection des malades c. Fédération des médecins spécialistes du Québec*, 2010 QCCS 6094, [2011] R.J.Q. 89 (en appel) ; *Coalition pour la protection de l'environnement du parc linéaire « Petit Train du Nord » c. Laurentides (Municipalité régionale de comté des)*, [2005] R.J.Q. 116, [2005] R.D.I. 171 (rés.) ; *Girard c. 2944-7828 Québec inc.*, [2003] R.J.Q. 2237, [2003] R.R.A. 1209 (C.S.), partage de responsabilité révisé par *Québec (Procureur général) c. Girard*, J.E. 2005-182, [2005] R.R.A. 13 (C.A.) ; *Pearl c. Investissements Contempra ltée*, [1995] R.J.Q. 2697, 2703 (C.S.).

53. *Ciment du Saint-Laurent inc. c. Barrette*, 2008 CSC 64, [2008] 3 R.C.S. 392.

pour autoriser le défendeur à interroger le requérant⁵⁴, des membres du groupe⁵⁵ ou des experts⁵⁶, ou encore accéder à la communication de certaines expertises⁵⁷, documentation ou précisions⁵⁸, afin de mieux étayer sa défense et de compléter sa preuve. Il peut, à cette occasion, déterminer les modalités de l'interrogatoire. Compte tenu de l'article 1019 C.p.c., le défendeur doit parvenir à démontrer que les interrogatoires sollicités sont utiles et pertinents et que les informations recherchées ne peuvent être obtenues d'une autre manière, à défaut de quoi l'autorisation sera refusée⁵⁹. La disposition a également servi, en accord avec les articles 4.1 et 4.2, à justifier le refus d'autorisation d'un troisième recours collectif contre les compagnies de tabac au nom de l'utilisation appropriée des ressources judiciaires et des impératifs de bonne gestion souhaitée par le législateur⁶⁰.

2.2 *Le respect du droit substantiel*

Une des limites les plus importantes, sinon la plus importante, des pouvoirs conférés à l'article 1045 C.p.c. réside dans l'impossibilité de modifier la substance des règles qui gouvernent la preuve civile. La Cour suprême du Canada a eu l'occasion de statuer clairement sur ce point dans *Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*⁶¹ et a rappelé que la procédure de recours collectif n'a pas pour objet de modifier les règles de preuve, lesquelles font partie intégrante du droit substantiel. Tout au plus, le juge peut-il assouplir leur application, les adapter aux circonstances ou administrer la gestion de la preuve différemment, toujours dans le respect des principes de fond.

54. *Quesnel c. KPMG, s.r.l.*, 2007 QCCS 3990, J.E. 2007-1818, par. 32.

55. *Imperial Tobacco Canada Ltd. c. Conseil québécois sur le tabac et la santé*, 2011 QCCA 1714 (à noter que l'article 1045 n'est pas expressément nommé en l'espèce) ; *Carrier c. Québec (Procureur général)*, 2012 QCCS 948, 2012EXT-1706.

56. *Comtois c. Telus Mobilité (Société Telus Communication)*, 2012 QCCS 765, 2012EXP-1410 ; *Brochu c. Société des loteries du Québec (Loto-Québec)*, B.E. 2005BE-904 (C.S.), par. 28-29.

57. *Conseil québécois sur le tabac et la santé c. JTI-MacDonald Corp.*, 2006 QCCS 1098, J.E. 2006-626.

58. *Asselin c. Fiducie Desjardins*, 2013 QCCS 2398, 2013EXP-2049.

59. *Bourgeois c. Ford du Canada ltée*, 2013 QCCS 4913, 2013EXP-3592 ; *Conseil québécois sur le tabac et la santé c. JTI-Macdonald Corp.*, 2010 QCCS 4759, J.E. 2010-2036.

60. *Gagnon c. Imperial Tobacco ltée*, 2006 QCCS 4002, [2006] R.J.Q. 2198, par. 18, 20 et 50.

61. [1996] 3 R.C.S. 211, 229-230.

Par exemple, le juge ne pourrait écarter la règle de l'interdiction du oui-dire, au motif qu'il n'y a pas lieu d'être aussi restrictif et formaliste dans une procédure de recours collectif⁶². Il ne peut non plus dispenser le représentant de faire sa preuve relativement à certaines allégations dans sa déclaration, en admettant en preuve les relevés d'informations des inspecteurs de la ville, lesquels ne constituent pas des déclarations⁶³.

L'exercice d'un pouvoir discrétionnaire doit s'accorder avec le droit applicable⁶⁴ et dans le respect des finalités prescrites par le législateur. Ce sont là des guides fondamentaux. Comme l'enseigne la Cour suprême :

On ne peut analyser un pouvoir discrétionnaire sans examiner les objectifs de la loi, et la question importante est de savoir si la présence d'un tel pouvoir se rattache rationnellement à ces objectifs.⁶⁵

Aucun pouvoir discrétionnaire n'est détaché de la règle de droit. Sa fonction est précisément d'assurer l'adaptation de celle-ci à la réalité des circonstances et du moment⁶⁶. Il serait donc contraire à l'économie du recours collectif de tenter d'écarter une règle du droit substantiel. Ce principe n'exclut pas pour autant des adaptations possibles au contexte d'une poursuite de groupe.

3. Les pouvoirs de gestion du tribunal

Le juge responsable d'un dossier de recours collectif jouit de pouvoirs discrétionnaires considérables dans la gestion de l'instance⁶⁷. Ces pouvoirs de gestion découlent bien sûr de l'article 1045, mais également des pouvoirs inhérents du tribunal et des principes généraux de proportionnalité et de saine gestion de l'instance énoncés aux articles 4.1 et 4.2 C.p.c.⁶⁸. À cela, il est permis d'ajouter la vision prospective proposée par le nouveau

62. C'est pourtant ce qu'a fait le juge dans *Cilinger c. Centre hospitalier de Chicoutimi*, J.E. 2001-1497 (C.S.), par. 5-7 du jugement intégral.

63. *Nadon c. Anjou (Ville d')*, J.E. 96-1447 (C.S.).

64. Pierre ISSALYS et Denis LEMIEUX, *L'action gouvernementale – Précis de droit des institutions administratives*, 3^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2009, p. 61-62.

65. *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3, 73.

66. Jean-Claude VENEZIA, *Le pouvoir discrétionnaire*, Paris, L.G.D.J., 1959, p. 157.

67. *Imperial Tobacco Canada Ltd. c. Létourneau*, 2010 QCCA 2312, J.E. 2011-74.

68. *Beaver c. Capitale (La), assureur de l'administration publique inc.*, 2010 QCCS 1250, 2010EXP-1961, par. 13; *Gagnon c. Imperial Tobacco ltée*, 2006 QCCS 4002, [2006] R.J.Q. 2198, par. 18, 20 et 50.

Code dans laquelle le juge partage la maîtrise du dossier avec les procureurs des parties, au nom du principe de la saine gestion de l'instance et de son bon déroulement⁶⁹. Comme le souligne le juge André Prévost dans *Pellemans c. Lacroix*, « le pouvoir discrétionnaire étendu conféré au tribunal par ces dispositions du *Code de procédure civile* vise à assurer le déroulement harmonieux du recours collectif », pouvoir d'autant plus pertinent qu'« [i]l tient compte aussi de la connaissance acquise du dossier par le juge désigné par le juge en chef pour entendre toute la procédure relative au recours »⁷⁰. Ce pouvoir doit donc s'exercer en fonction des objectifs et des limites de la loi (3.1). Les nombreuses illustrations jurisprudentielles en témoignent de manière éloquente (3.2).

3.1 Les objectifs et les limites de la loi

Dans l'interprétation et l'application d'un texte législatif quel qu'il soit, il convient toujours de se rappeler les objectifs poursuivis par le législateur lors de son adoption. Dans le cas du recours collectif, l'objectif initial était et demeure toujours on ne peut plus clair : servir l'accès des citoyens à la justice, accès en péril au moment de l'introduction de cette procédure en 1978 et encore malmené de nos jours⁷¹, n'eût été de l'existence de cette action de nature collective. La jurisprudence québécoise, y compris celle de la Cour suprême, a depuis longtemps favorisé une interprétation large des dispositions législatives en cette matière, afin d'assurer et de faciliter l'exercice des recours collectifs et de permettre l'atteinte de ses objectifs d'accès à la justice, d'in-

69. *Loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, L.Q. 2014, c. 1, art. 19.

70. 2008 QCCS 1967, J.E. 2008-1175 (C.S.), par. 30. Voir aussi *Sebastian c. English Montreal School Board*, 2010 QCCS 3835, J.E. 2010-1595, requête pour permission d'appel rejetée 2010 QCCA 1630, 2010EXP-3093.

71. Voir les nombreux rapports et ouvrages à cet effet : ASSOCIATION DU BARREAU CANADIEN, *Rapport du groupe de travail sur les systèmes de justice civile*, Ottawa, août 1996 ; COMITÉ D'ACTION SUR L'ACCÈS À LA JUSTICE EN MATIÈRE CIVILE ET COMMERCIALE (Thomas A. CROMWELL, président), *L'accès à la justice en matière civile et commerciale – Une feuille de route pour le changement*, Ottawa, octobre 2013 ; COMITÉ DE RÉVISION DE LA PROCÉDURE CIVILE, *Une nouvelle culture judiciaire*, Québec, Ministère de la justice, 2001, en ligne : <www.justice.gouv.qc.ca/français/publications/rapports/crpc-rap2.htm> ; GROUPE DE TRAVAIL SUR L'ACCESSIBILITÉ À LA JUSTICE (Roderick A. Macdonald, président), *Jalons pour une plus grande accessibilité à la justice*, Ste-Foy, Ministère de la Justice du Québec, 1991 ; Pierre-Claude LAFOND, *L'accès à la justice civile au Québec*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2012 ; QUÉBEC, Ministère de la Justice, *Les Actes du Sommet de la Justice – La justice : une responsabilité à partager*, Québec, 1993.

demnisation des victimes, de dissuasion des contrevenants et d'économie de ressources judiciaires⁷².

Dans ce contexte, comme le rappelle M^e Marc Beauchemin,

une justice accessible en est une qui est rendue dans un délai raisonnable et dont on essaie de limiter les contraintes économiques inévitables qui naissent, notamment, d'un rapport de force souvent inéquitable⁷³. Déjà, les recours collectifs constituent des procédures souvent lourdes et, malheureusement, trop lentes.

[...]

Souvent oublié par nos tribunaux, nous croyons que ce sont, notamment, ces considérations qu'incarne l'article 1045 C.p.c. de par les vastes pouvoirs qu'il confère au juge gestionnaire.⁷⁴

On ne saurait mieux dire. Les pouvoirs judiciaires énoncés à cette disposition doivent se comprendre et être exercés en gardant à l'esprit les objectifs fondamentaux du recours collectif. En évoquant des mesures susceptibles d'accélérer le déroulement de la procédure et de simplifier la preuve, le législateur avait précisé ces visées en tête. Conscient que cette nouvelle procédure pourrait s'échelonner sur une longue période de temps – l'expérience étrangère en témoignant – et également conscient de l'attitude bien ancrée des avocats à étirer les échanges procéduraux dans le temps, le législateur entendait permettre que le déroulement du recours collectif soit géré dans les meilleurs délais. Et il confia cette mission au juge en l'investissant des pouvoirs de gestion nécessaires à l'atteinte de cet objectif. Analysée avec une perspective du XXI^e siècle, cette disposition s'inscrit

72. *Infineon Technologies AG c. Option consommateurs*, 2013 CSC 59, par. 60 ; *Marcotte c. Longueuil (Ville)*, 2009 CSC 43, [2009] 3 R.C.S. 65, par. 22 ; *Comité d'environnement de La Baie inc. c. Société d'électrolyse et de chimie Alcan ltée*, [1990] R.J.Q. 655 (C.A.) ; *Château c. Placements Germarich inc.*, [1990] R.D.J. 625 (C.A.) ; *Tremaine c. A.H. Robins Canada Inc.*, [1990] R.D.J. 500 (C.A.). Voir aussi, sur les objectifs du recours collectif, *AIC ltée c. Fischer*, 2013 CSC 69 ; *Hollick c. Toronto (Ville)*, 2001 CSC 68, [2001] 3 R.C.S. 158 ; *Western Canadian Shopping Centres Inc. c. Dutton*, 2001 CSC 46, [2001] 2 R.C.S. 534, 549-550, par. 27-29.

73. Citant nos propos : Pierre-Claude LAFOND, *Le recours collectif comme voie d'accès à la justice pour le consommateur*, Montréal, Éditions Thémis, 1996, p. 62 à 80.

74. Marc BEAUCHEMIN, « L'article 29 C.p.c. : ou dire si peu pour signifier autant – l'expérience du recours collectif contre les cigarettiers canadiens », dans Service de la formation continue, Barreau du Québec, *Colloque national sur les recours collectifs – Développements récents au Québec, au Canada et aux États-Unis* (2013), vol. 362, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2013, p. 59.

également dans ce qu'il est désormais convenu d'appeler une bonne administration de la justice et une philosophie de gestion de l'instance qui anime dorénavant les magistrats.

En outre, lorsqu'il applique l'article 1045 C.p.c., « le tribunal doit agir dans l'intérêt de la justice », mais aussi des parties. En particulier, compte tenu de son rôle de protecteur des membres absents du groupe, « [i]l doit veiller [...] aux intérêts de tous les membres dans le respect de l'économie générale du recours collectif »⁷⁵. Par ailleurs, pour assurer l'équilibre entre les droits des parties dont fait état la disposition, le juge, dans son rôle de neutralité, doit se garder de préjudicier une des parties en cause. La vaste marge de manœuvre dont il dispose ne peut servir à bafouer les droits des parties, que ce soient ceux des membres mais aussi des défendeurs. Soucieuse de l'impartialité de son statut, la magistrature, y compris celle de la Cour d'appel, est parfaitement consciente de cette limite fondamentale de l'article 1045 et le rappelle abondamment dans ses décisions :

À la seule lecture de cette disposition, l'on conviendra que deux principaux objectifs ont retenu l'attention du législateur : d'une part, permettre que le processus du recours collectif se déroule de façon à ce que son dénouement soit connu dans les meilleurs délais et, d'autre part, que les mesures prévues à cette fin ne préjudicient aux droits d'aucune des parties.

C'est sans doute dans cette optique que la loi prévoit qu'un même juge est désigné pour entendre toute la procédure (c.f. art. 1001 C.p.c.) et qu'elle lui confère la discrétion que l'on retrouve à l'article 1045.

Dans l'exercice de cette discrétion, le Tribunal doit donc évaluer si la décision qu'il prend peut permettre de servir les fins de la justice tout en évitant de porter quelque préjudice à une partie ou aux membres.⁷⁶

À ce titre, et il s'agit d'une donnée incontournable, l'article 1045 ne peut servir à prononcer une ordonnance qui n'existe pas en droit judiciaire ou en droit civil québécois. De la même manière

75. *Thibault c. St.Jude Medical Inc.*, 2006 QCCS 2025, J.E. 2006-1027, par. 11.

76. *Brulé c. 134188 Canada inc.*, J.E. 89-1625 (C.S.), p. 5-6 du jugement intégral. Voir aussi *Imperial Tobacco Canada Ltd. c. Conseil québécois sur le tabac et la santé*, 2011 QCCA 1356, J.E. 2011-1324, par. 6 et 7 ; *Syndicat national des employés de l'Hôpital St-Ferdinand c. Québec (Curateur public)*, [1994] R.J.Q. 2761, [1994] R.R.A. 695 (rés.) (C.A.), confirmé par [1996] 3 R.C.S. 211.

que pour les règles de preuve, l'utilisation des pouvoirs de gestion de cette disposition doit s'effectuer en conformité avec les règles du droit existant⁷⁷. Ainsi, dans *Johnson c. Bayer Inc.*, le tribunal refuse d'émettre une ordonnance d'interdiction de poursuivre (*bar order*) demandée par une partie des intimées sur la foi de l'article 1045 C.p.c., rappelant que cette disposition vise la bonne gestion de la procédure de recours collectif, mais uniquement dans le cadre prévu dans le *Code de procédure civile*⁷⁸.

Le respect de la loi s'applique également à la disposition elle-même. La première décision à citer et à appliquer l'article 1045 C.p.c. est l'affaire *Comartin c. Bordet*⁷⁹, un recours collectif exercé à l'encontre d'un agent de voyages au nom d'un groupe de 95 voyageurs lésés lors de vacances à Acapulco. Le juge Benjamin J. Greenberg, en l'espèce, après avoir ordonné le recouvrement collectif, fait la remarque suivante :

If, on the other hand, there will be a short-fall in order to collocate all the claims pursuant to Article 1035 C.C.P., the Defendant will be ordered to make a further deposit of the sum required to cover such short-fall, this in virtue of the Court's power, under article 1045 C.C.P., to prescribe additional measures.⁸⁰

Ainsi naquit la confusion. En toute déférence, nous sommes loin d'être convaincu que l'article 1045 confère pareil pouvoir au Tribunal. La possibilité de prescrire des mesures additionnelles existe certes, mais plutôt en vertu des articles 1031 et suivants relatifs au recouvrement collectif. L'article 1045 prévoit d'extraordinaires pouvoirs, lesquels sont toutefois limités à trois sphères bien définies : l'accélération du déroulement de l'instance, la simplification de la preuve et la publication d'avis aux membres. Leur portée se veut extrêmement large, certes, mais à la fois circonscrite. Dans le contexte actuel⁸¹, la maîtrise du dossier revient aux parties, particulièrement au représentant et à son procureur, qui dirigent ensemble la marche du recours. Il n'entre pas dans le rôle du juge, gestionnaire public et animé d'un rôle de supervision dans un système contradictoire et non inquisitoire, de prendre le

77. *Thibault c. St.Jude Medical Inc.*, 2006 QCCS 2025, J.E. 2006-1027, par. 12.

78. 2008 QCCS 4957, J.E. 2008-2155, par. 37. Mais voir *Roy c. Cadbury Adams Canada inc.*, 2010 QCCS 4454, J.E. 2010-1856.

79. [1984] C.S. 584.

80. *Ibid.*, 602.

81. Le nouveau Code modifie ce partage de pouvoir avec le juge : *Loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, L.Q. 2014, c. 1, art. 19.

dossier à sa charge à la manière d'un procureur privé du groupe et de le mener à terme. Son objectif doit demeurer centré sur les intérêts généraux de la justice et son administration.

3.2 Quelques illustrations jurisprudentielles

S'il est un dossier où l'article 1045 C.p.c. a été systématiquement cité soit par le demandeur, le défendeur ou le tribunal, et mis à rude épreuve au chapitre d'une gestion efficace du recours, c'est bien celui du tabac. La jurisprudence des dernières années regorge de décisions portant sur des demandes interlocutoires des compagnies défenderesses. Ces décisions du juge de première instance s'appuient généralement sur les pouvoirs concédés dans la disposition sous analyse. Aucune requête en appel dans ce dossier n'a été accordée. La Cour d'appel a émis l'avis que le juge de première instance possède toute la latitude nécessaire pour décider, l'article 29 C.p.c. empêchant d'ailleurs d'accorder la permission d'appel. Au demeurant, selon le juge Dalphond, le pouvoir conféré à l'article 1045, combiné à la fonction de juge gestionnaire du recours collectif, permet à ce dernier de décider de façon finale, sans appel, des requêtes interlocutoires pendant l'instruction⁸².

Une des nombreuses interventions du juge Brian Riordan dans ce dossier fut de refuser de suspendre les procédures des deux recours collectifs en cause dans l'attente d'un jugement déclaratoire sur la constitutionnalité d'une loi notamment pertinente au débat, au motif que pareille suspension ne ferait que ralentir le déroulement du processus⁸³. Comme autre exemple, jugeant d'une autre requête des défendeurs et refusant une ordonnance de huis clos, il se déclare convaincu que l'article 1045 l'autorise à agir de cette façon⁸⁴. Cette décision n'est pas sans rappeler, dans une autre affaire, le refus par le tribunal d'une requête en adjudication sur un point de droit visant à faire rejeter au stade préliminaire une action collective. Comme le souligne le juge saisi, « il y a risque ici, dans la façon de procéder utilisée par les requérantes, que le tribunal d'instance et, après lui celui d'appel,

82. Pierre J. DALPHOND, conférence au *Colloque national sur les recours collectifs – Développements récents au Québec, au Canada et aux États-Unis*, Service de la formation continue du Barreau du Québec, Montréal, 21 mars 2013.

83. *Conseil québécois sur le tabac et la santé c. JTI MacDonald Corp.*, 2009 QCCS 5157, [2009] R.J.Q. 2888.

84. *Conseil québécois sur le tabac et la santé c. JTI MacDonald Corp.*, 2012 QCCS 2581, J.E. 2012-1291, permission d'en appeler rejetée J.E. 2012-1706 (C.A.).

soient saisis du même dossier deux fois, ce qui est à l'encontre d'une saine administration de la justice »⁸⁵. Au nom de la bonne administration de la justice, l'article 1045 C.p.c. ne permet pas aux parties de tout demander. En tout respect, les avocats de la défense devraient se garder d'invoquer cette disposition à toutes les sauces, à la manière de l'article 20 du Code. Notre analyse de la jurisprudence révèle d'inquiétantes tentatives de détournement de la fonction de l'article 1045 à cet égard.

Pareille disposition ne permet pas non plus de tout obtenir. Une illustration éloquente des pouvoirs de gestion du juge est le refus d'accorder aux parties défenderesses dans le dossier du tabac une période de 304 jours pour présenter leur preuve. S'appuyant sur l'article 1045 C.p.c., le juge d'instance choisit de limiter le calendrier à 175 jours d'audience, en laissant toutefois la porte ouverte à une prolongation si nécessaire⁸⁶. Les tribunaux ne possèdent pas de ressources illimitées, comme l'a déjà énoncé l'honorable juge Dalphond⁸⁷.

La permission d'amendement de la requête pour autorisation ou d'un autre acte de procédure illustre parfaitement la marge de manœuvre dont dispose le tribunal en matière de gestion de l'instance. Les illustrations sont très nombreuses dans la jurisprudence. Lorsque le juge est d'avis que l'amendement soumis aura pour effet d'améliorer et de compléter le recours envisagé ou entrepris, de mieux circonscrire le litige ou d'éliminer certains débats interminables, et que le refus d'autorisation de la demande d'amendement se traduirait par l'introduction d'un second recours et du recommencement du débat, il devrait, animé des pouvoirs de bonne gestion dont il dispose, le permettre sans hésitation. La jurisprudence considère que le pouvoir d'autoriser un « amendement s'inscrirait dans l'esprit de l'article 1045 C.p.c. »⁸⁸. Nous agréons dans ce sens. La discrétion judiciaire en matière d'autorisation d'un amendement s'exercerait en fonction non seulement des critères de l'article 199 C.p.c. (utilité, amendement non contraire aux intérêts de la justice et sous réserve qu'il n'en résulte pas une demande entièrement nouvelle sans rapport

85. *Nadon c. Anjou (Ville d')*, J.E. 96-1063 (C.S.).

86. *Conseil québécois sur le tabac et la santé c. JTI-MacDonald Corp.*, 2013 QCCS 1993, 2013EXP-1964.

87. *Cosoltec inc. c. Structure Laferté inc.*, 2010 QCCA 1600, par. 49.

88. *Lavergne c. Union canadienne*, [2002] R.J.Q. 3115 (C.S.), par. 13, requête pour permission d'appeler refusée J.E. 2002-1497 (C.A.). Voir aussi *Pellemans c. Lacroix*, 2009 QCCS 1530, J.E. 2009-1036, par. 24.

avec la demande originaire), mais également des balises tracées par l'article 1045 et de ses objectifs d'efficacité. La procédure ne doit pas l'emporter sur le bon déroulement du recours.

Dans son large pouvoir discrétionnaire, selon un *obiter* du juge Gratien Duchesne, le tribunal pourrait même aller jusqu'à suggérer au requérant des modifications aux conclusions de l'action pour les rendre plus conformes à la preuve et assurer leur éventuelle recevabilité. Le tribunal rappelle que, par requête en amendement des procédures ou par requête en révision d'un jugement d'autorisation, il peut modifier les questions collectives et les conclusions recherchées afin de permettre un règlement complet du litige⁸⁹. Au chapitre des nuances entre les deux textes, l'article 159 du nouveau Code emploie les termes « simplifier ou accélérer » plutôt que simplement « accélérer », comme l'énonce l'article 1045 actuel. Ce pouvoir de simplification permettrait non seulement d'épargner du temps judiciaire, mais aussi d'alléger la marche procédurale, comme dans l'exemple ci-haut. Plus encore, le juge de l'autorisation, parce qu'il est maître précisément de cette autorisation judiciaire, peut décider de modifier la composition du groupe, de la préciser, de l'élargir, de la restreindre ou de la subdiviser. La Cour d'appel considère que les balises fixées par le législateur à l'article 1045 suffisent à justifier ce pouvoir discrétionnaire du juge⁹⁰. Encore là, le juge doit s'assurer que la forme ne l'emporte pas sur le fond. La magistrature, dans son pragmatisme, considère qu'il vaut mieux remédier à des situations que de compromettre artificiellement les droits des membres du groupe.

Certes, le tribunal peut proroger un délai lorsque nécessaire. Là encore, la forme et la technique ne doivent pas supplanter le fond. Cependant, en matière de délai de rigueur, l'article 1045 C.p.c. n'autorise pas le juge à y déroger en permettant à l'une des parties d'outrepasser la volonté du législateur. Pour exercer sa latitude à l'encontre d'un délai de rigueur, il doit se trouver devant des circonstances *exceptionnelles* et le texte législatif doit le permettre clairement et explicitement⁹¹.

89. *Brochu c. Société des loteries du Québec (Loto-Québec)*, 2009 QCCS 5678, [2010] R.J.Q. 202, par. 71.

90. *Société des loteries du Québec (Loto-Québec) c. Brochu*, 2007 QCCA 1392, J.E. 2007-2180. Voir aussi *Spieser c. Canada (Procureur général)*, 2007 QCCS 1207, J.E. 2007-890, par. 113.

91. *Brûlé c. Minerve Canada compagnie de transports aériens inc.*, C.S. Montréal, n° 500-06-000006-888 et 500-06-000011-888, 17 juin 1991, j. Pierre Jasmin, p. 3.

Le pouvoir de gestion du juge peut également s'exercer en matière d'intervention. Dans ce cadre, le pouvoir du tribunal revêt un caractère préventif, non pas pour prescrire une mesure d'accélération du déroulement du processus, mais afin d'écarter un incident qui pourrait avoir pour effet d'en retarder le cours. De la sorte, les demandes d'intervention conservatoire et de mises en cause forcées d'une tierce partie sont souvent refusées pour des raisons d'absence d'intérêt suffisant et parce que pareille intervention retarderait davantage le déroulement du recours et le compliquerait inutilement⁹². Par ailleurs, une telle demande sera autorisée dans les cas où le tribunal juge que l'intervenant a intérêt à participer au débat et que les intérêts de la justice seraient mieux servis, faisant ainsi ressortir toute la preuve nécessaire au bon exercice du recours⁹³. Mieux encore, le dossier du tabac offre un exemple parfaitement éloquent où le juge, investissant son rôle proactif et de gestionnaire efficace fondé sur l'article 1045, considère qu'il n'est pas opportun de laisser à la seule discrétion des parties le soin de décider le moment opportun d'un appel en garantie, et invite les parties à en discuter lors d'une conférence de gestion⁹⁴.

Évidemment, il entre parfaitement dans les pouvoirs du juge de convoquer en tout temps les parties à une conférence de gestion, pour régler certaines difficultés et accélérer le déroulement du recours⁹⁵. Nous y voyons d'ailleurs là une excellente façon pour le tribunal d'assumer son rôle de gestionnaire vigilant. Le juge en chef peut également ordonner pareille gestion particulière de l'instance, en raison de la complexité du dossier, de sa nature ou de son caractère singulier⁹⁶. Dans un esprit similaire, le juge pourrait se permettre de proposer voire d'imposer un échéancier aux procureurs des parties, comme le pratiquent déjà certains membres de la Cour supérieure. À notre avis, l'article 1045 C.p.c. auto-

92. *Sirois c. Agence métropolitaine de transport*, J.E. 2002-431 (C.S.), par. 23-24 et 27 du jugement intégral ; *Monastesse c. Fraternité des chauffeurs d'autobus, opérateurs de métro et employés des services connexes au transport de la C.T.C.U.M.*, C.S. Montréal, n° 500-06-000014-809, 13 janvier 1981, j. Anthime Bergeron, p. 5.

93. *Beaver c. Capitale (La), assureur de l'administration publique inc.*, 2010 QCCS 1250, 2010EXP-1961 ; *Brochu c. Société des loteries du Québec (Loto-Québec)*, 2008 QCCS 2287.

94. *Conseil québécois sur le tabac et la santé c. JTI-MacDonald Corp.*, 2007 QCCS 645, J.E. 2007-940, par. 96 et s.

95. *Doyer c. Canada (Ministre de la Santé)*, [2001] R.J.Q. 724, [2001] R.R.A. 500 (rés.) (C.S.).

96. Art. 151.11 à 151.13 C.p.c. ; *Loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, L.Q. 2014, c. 1, art. 157.

rise le tribunal à faire accélérer la marche du dossier au nom de l'accès à la justice, principe fondamental du recours collectif, et de l'économie des procédures.

Pour être effectif et atteindre ses objectifs, le recours collectif doit procéder rapidement. Or, il est paradoxal de constater que cet instrument d'accès à la justice nécessite plusieurs années pour connaître un dénouement. On parle actuellement d'un délai moyen de deux ans pour obtenir une simple autorisation. Ce délai doit être impérativement réduit. Il convient, dans la même veine, d'accélérer le processus au stade du mérite, lequel connaît des délais qui frisent le déni de justice. L'expérience jusqu'à ce jour montre une hésitation certaine des juges qui s'en remettent encore trop à la maîtrise du dossier par les parties. Faut-il rappeler que le juge est le gardien des intérêts des membres absents du groupe et, qu'à ce titre, il peut intervenir dans cette maîtrise de nature privée au nom de l'intérêt public ? À ce chapitre, l'application du nouveau Code rééquilibrera cette maîtrise entre le tribunal et les parties, en faveur d'une plus grande intervention judiciaire⁹⁷. En outre, la disposition préliminaire du nouveau texte de loi établit clairement l'objectif de ce nouvel instrument législatif : assurer l'accessibilité, la qualité et la célérité de la justice civile⁹⁸. Ces nouvelles avenues fournissent des armes au juge gestionnaire.

À cet effet, la recommandation faite il y a quelques années par le comité de liaison du Barreau avec la Cour supérieure, consistant à confier le processus de gestion des requêtes à un petit groupe de juges spécialisés, jusqu'au jugement d'autorisation, conserve toute sa pertinence et son actualité. L'expérience torontoise démontre l'efficacité d'une telle mesure. Il nous apparaît clair que l'article 1045 C.p.c. autorise la Cour supérieure à aller de l'avant avec cette initiative.

Les pouvoirs du tribunal lui permettraient, à notre avis, d'aller encore plus loin et d'imposer une conférence de règlement à l'amiable dans les cas où le traitement judiciaire du dossier devient trop lourd, à la fois pour le système et pour les parties. Le second alinéa de l'article 151.15 C.p.c. autorise actuellement le

97. *Loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, L.Q. 2014, c. 1, art. 19. Voir Pierre NOREAU et Mario NORMANDIN, « L'autorité du juge au service de la saine gestion de l'instance », (2012) 71 *R. du B.* 207.

98. *Ibid.*, Disposition préliminaire, al. 2.

juge en chef de recommander aux parties la tenue d'une telle conférence. Conjuguée aux pouvoirs discrétionnaires de l'article 1045 et aux pouvoirs généraux de bonne administration de la justice, cette faculté de recommandation pourrait se transformer en pouvoir coercitif. À cela, on pourrait ajouter l'esprit du nouveau Code qui favorise clairement la négociation, le recours aux modes amiables de règlement des différends et l'entente de préférence au jugement⁹⁹. Il est bien connu que certains dossiers de recours collectif sont d'une telle ampleur et d'une telle complexité que seule une transaction entre les parties peut mener à un dénouement favorable pour toutes les parties. Au nom de la protection des membres du groupe et dans le respect des droits des défendeurs, le tribunal pourrait forcer toutes les parties à participer à un exercice de médiation judiciaire, sous la gouverne d'un juge expérimenté. Les parties seraient tenues de se prêter à cet exercice, mais demeureraient libres, bien entendu, de conclure ou non une entente, totale ou partielle. Cependant, l'exemple du dossier Norbourg, réglé en conférence de règlement à l'amiable avec l'intervention du juge en chef François Rolland, avec le résultat extrêmement positif que l'on connaît¹⁰⁰, constitue une puissante inspiration à cet égard.

Très certainement, comme c'est souvent le cas des recours distincts avec défendeurs multiples, le tribunal peut ordonner que l'autorisation ou le recours sur le fond soit entendu conjointement avec d'autres dossiers¹⁰¹, ce qui, outre la simplification de la preuve, s'inscrit dans une bonne administration de la justice. Une fois l'audition des recours ordonnée, le tribunal conserve toujours la possibilité de suspendre l'instruction commune ou de la scinder, au nom de la protection des intérêts des membres du groupe ou de ceux de la partie adverse.

L'article 1045 a notamment servi de fondement à l'application du protocole canadien de gestion de recours collectifs multi-juridictionnels¹⁰². Cette disposition est d'ailleurs mentionnée à l'annexe A du protocole comme faisant partie des articles législa-

99. *Ibid.*, art. 1 à 7, 25.

100. Voir l'approbation de la transaction à *Pellemans c. Lacroix*, 2011 QCCS 1345, J.E. 2011-734.

101. Voir *Boire c. Nolisair International inc.*, C.S. Montréal, n° 500-06-000002-853, 7 mai 1985, j. Louis Tannenbaum, traité avec les dossiers *Gagnon c. Nolisair International inc.*, n° 500-06-000003-851 et *Samson c. Nolisair International inc.*, n° 500-06-000001-855.

102. *St-Marseille c. Proctor & Gamble inc.*, 2012 QCCS 1527, J.E. 2012-998.

tifs autorisant la gestion judiciaire des recours collectifs¹⁰³. Dans un élan créatif, le juge en chef François Rolland a même autorisé la tenue d'une audition commune de trois recours collectifs relatifs à l'hépatite C exercés dans trois provinces distinctes, pour les fins de l'approbation d'un protocole permettant de traiter les réclamations tardives¹⁰⁴. Au nom de la règle de proportionnalité et des intérêts de la justice, il avait déjà procédé de la sorte dans le dossier *Marcotte*¹⁰⁵, en autorisant l'audition commune de deux recours collectifs locaux exercés contre des entités distinctes par le même demandeur, malgré l'interdiction de l'article 271 C.p.c.

Conclusion

L'examen du droit prétorien nous permet d'affirmer que la magistrature s'acquitte relativement bien des pouvoirs discrétionnaires que lui confère l'article 1045 C.p.c. Cet exercice s'y trouve maintes fois illustré et dans des contextes variés. Ceci est particulièrement vrai en ce qui concerne les mesures de protection des intérêts des membres absents et celles visant à simplifier la preuve et accélérer le déroulement de la procédure. En ce sens, la magistrature assume bien le rôle actif et dynamique composé par le législateur.

Dans le futur, dans le contexte de la multiplication des procédures de traitement des réclamations individuelles avalisée par l'arrêt *Biondi* de la Cour d'appel¹⁰⁶, l'article 1045 risque de révéler toute la force de son utilité. Les mesures de simplification de la preuve s'imposeront plus que jamais si on veut éviter que justice soit rendue sans que les tribunaux ne croulent sous le poids des procédures individualisées. L'imagination des juges, mais aussi celle des avocats, devra être au rendez-vous.

En revanche, dans le contexte des avis aux membres, malgré l'évolution des dernières années, force est de constater que la magistrature pourrait faire preuve davantage d'innovation en sortant des sentiers balisés au cours des années, notamment la

103. ASSOCIATION DU BARREAU CANADIEN, *Consultation Paper : Canadian Judicial Protocol for the Management of Multijurisdictional Class Actions*, Ottawa, juin 2011, Schedule « A », en ligne : <www.cba.org/CBA/ClassActions-TaskForce/PDF/Consultation_eng.pdf>.

104. *Honhon c. Canada (Procureur général)*, 2013 QCCS 2782, J.E. 2013-1315.

105. *Marcotte c. Banque de Montréal*, 2006 QCCS 2963, J.E. 2006-1253.

106. *Montréal (Ville de) c. Biondi*, 2013 QCCA 404, J.E. 2013-511.

publication d'avis dans les journaux. L'attachement à de vieilles pratiques nuit à l'évolution et au changement des mentalités. Il en va de même en matière de délais. Les recours collectifs occupent beaucoup trop de temps dans le circuit judiciaire, les délais se calculant minimalement en années. L'exemple récent du recours relatif contre les assureurs suite à la tempête de verglas, se concluant par une transaction partielle 15 ans après l'événement¹⁰⁷, révèle un aspect troublant voire choquant de la procédure. Cette situation de fait est intolérable pour des justiciables en quête d'une justice efficace et à l'endroit d'un moyen procédural censé procurer un accès amélioré à la justice. Dans ces contextes particuliers, les tribunaux ont encore des devoirs à accomplir pour réaliser pleinement la mission du législateur. Nous ne doutons pas qu'ils y arriveront. Leur capacité d'adaptation, largement démontrée au cours des décennies en matière de recours collectif, et leur sensibilité au grave problème actuel d'accès des citoyens à la justice nous invitent à croire en leur volonté d'assumer de plus en plus leur rôle de gestionnaires et nous inspirent confiance.

L'article 1045 C.p.c. offre un formidable espace de créativité qui convient sur mesure aux juges gestionnaires d'un recours collectif et qui leur permet d'expérimenter ou de mettre en œuvre de nouvelles façons de faire. Il n'en tient qu'à leurs titulaires de l'exploiter. Comme l'écrivait Giraudoux, « Le droit est la plus puissante des écoles de l'imagination »¹⁰⁸.

107. *Option consommateurs c. Union canadienne (L'), compagnie d'assurances*, C.S. Longueuil, n° 500-06-000006-002, règlement approuvé par le tribunal le 7 novembre 2013.

108. Jean GIRAUDOUX, *La guerre de Troie n'aura pas lieu*, II, 5 (Hector).

Le polygraphe devant les tribunaux civils québécois : croyances, science et jurisprudence

Vincent D. DENAULT

Résumé

Le polygraphe, communément appelé « détecteur de mensonges », est utilisé dans le cadre d'enquêtes criminelles et civiles, notamment en matière d'assurances. L'objectif de notre article est de présenter aux professionnels du milieu juridique le fonctionnement du polygraphe et la portée que les tribunaux civils québécois ont donnée aux examens polygraphiques au cours des 10 dernières années.

Mots-clés

Polygraphe ; détecteur de mensonges ; déclaration ; confession ; aveu ; tribunal ; enquête ; criminel ; civil ; assurance.

Le polygraphe devant les tribunaux civils québécois : croyances, science et jurisprudence

Vincent D. DENAULT

1. Problématique	37
2. L'utilisation du polygraphe.	39
2.1 Les procédures d'évaluation polygraphique	39
2.2 La controverse scientifique.	42
2.3 Les arrêts <i>Béland</i> et <i>Hotel Central</i>	44
3. La position des tribunaux civils québécois.	46
3.1 Le refus de se soumettre à un examen polygraphique.	47
3.2 Le polygraphiste et les résultats	49
3.3 La finalité : l'obtention de déclarations	52
4. Conclusion	56

1. Problématique

Le 9 mai 2013, l'ex-maire de Laval, Gilles Vaillancourt, était arrêté et accusé d'avoir dirigé une organisation criminelle¹. Le 14 mai 2013, La Presse rapportait que l'ex-directeur général de la Ville de Laval, Gaétan Turbide, était le prochain témoin à la Commission d'enquête sur l'octroi et la gestion des contrats publics dans l'industrie de la construction². Le 15 mai 2013, la procureure en chef de la Commission annonçait que Turbide n'allait pas témoigner vu la réception d'informations mettant sérieusement en doute sa crédibilité. Le 24 mai 2013, La Presse rapportait que cette décision résultait de l'échec par le témoin-vedette d'un examen polygraphique³.

Plus récemment, après l'arrestation du 5 octobre 2013 de l'ancien enquêteur Benoit Roberge alors accusé d'avoir vendu des informations aux Hells Angels, le chef du Service de police de la ville de Montréal, Marc Parent, déclarait que des collègues de Roberge pourraient être soumis à des examens polygraphiques⁴.

1. Fabrice de Pierrebourg et David Santerre, « Gilles Vaillancourt libéré sous conditions », *La Presse* (9 mai 2013) en ligne LaPresse.ca <<http://www.lapresse.ca>>.
2. Pierre-André Normandin, « CEIC : le DG de Laval témoignera publiquement », *La Presse* (14 mai 2013) en ligne LaPresse.ca <<http://www.lapresse.ca>>.
3. Fabrice de Pierrebourg, « CEIC : écarté par le polygraphe, l'ex-DG de Laval n'a pu témoigner », *La Presse* (24 mai 2013) en ligne LaPresse.ca <<http://www.lapresse.ca>>. Dans le cadre du processus d'obtention du statut de témoin repent, le délateur doit se soumettre à un examen polygraphique pour vérifier « l'exactitude de ses déclarations et le fondement des accusations auxquelles elles pourraient donner lieu » afin de prévenir « les manipulations ou les parjures, et donc d'éviter d'éventuelles condamnations injustes, la véracité des révélations du délateur étant ainsi bien vérifiée » : *R c Personne désignée B*, 2013 CSC 9 au para 71 ; *R c Cech*, 2009 QCCS 1041 au para 230 ; *R c Thresh*, 2003 QCCA 32940 au para 13 ; *R c Benoît*, 2013 QCCS 7062 au para 52 ; *Ibid* au para 95 ; *Duguay c R*, 2006 QCCS 7706 au para 19 ; *Duguay c R*, 2006 QCCS 7707 au para 17 ; *R c Beauchamp*, 2003 QCCS 1021 au para 7 ; *Rapport sur l'utilisation des témoins repentis en 1998*, Ministère de la justice du Québec et Ministère de la sécurité publique du Québec (juin 2000) à la p 5 ; *Ibid* à la p 2 de l'Annexe II.
4. Caroline Touzin, « Affaire Benoît Roberge : Marc Parent « dégoûté » », *La Presse* (9 octobre 2013) en ligne LaPresse.ca <<http://www.lapresse.ca>>. Dans le cadre du processus de recrutement ou en cours d'emploi, bien que les questions posées au moment de l'entrevue pré-test, du test polygraphique et de l'entrevue post-test soient susceptibles de porter atteinte aux droits et libertés notamment garantis par la *Charte des droits et libertés de la personne* et le *Code civil du Québec*, aucune loi québécoise ne limite l'utilisation des examens polygraphiques comme en Ontario, au Nouveau-Brunswick et aux États-Unis, entre autres : Commission des droits

Bien que cette attention médiatique donnée au polygraphe, communément appelé « détecteur de mensonges »⁵, soit en lien avec des enquêtes criminelles, les examens polygraphiques ne sont pas pour autant uniquement réservés aux enquêtes de cette nature ; ils sont notamment utilisés comme moyen d'enquête en matière d'assurances⁶. L'objectif de notre article est de présenter aux professionnels du milieu juridique le fonctionnement du polygraphe et la portée que les tribunaux civils québécois ont donnée aux examens polygraphiques au cours des 10 dernières années.

Ainsi, le 1^{er} décembre 2013, à l'aide de l'outil UNIK du Centre d'accès à l'information juridique, nous avons recherché les jugements de la Cour d'appel du Québec, de la Cour supérieure, de la Cour du Québec et de la Division des petites créances, de la Chambre civile de la Cour du Québec où la question des examens polygraphiques a été considérée. Notre recherche s'est concentrée sur les jugements rendus au cours des 10 dernières années. Le résumé de notre recherche juridique ne constitue pas une opinion juridique mais plutôt un texte informatif destiné aux professionnels du milieu juridique québécois.

Notre article est divisé en deux parties. Dans un premier temps, il sera question de l'utilisation du polygraphe ; la littérature scientifique sur le sujet étant extrêmement riche, nous n'avons pas la prétention de procéder à son résumé exhaustif. Notre intention, bien plus modeste, est d'expliquer aux professionnels du milieu juridique les notions qui, à notre avis, sont nécessaires afin de comprendre les enjeux de l'utilisation du polygraphe. Dans un deuxième temps, nous présenterons le résumé de

de la personne et des droits de la jeunesse du Québec, *L'application et l'interprétation de l'article 18.1 de la Charte des droits et libertés de la personne*, Montréal, 2011 ; Commission des droits de la personne du Québec, *L'utilisation du polygraphe (détecteur de mensonges) dans le domaine du travail*, Montréal, 1985 ; Claude D'Aoust et Hélène Lévesque, *Les aspects juridiques de l'utilisation du polygraphe dans les rapports du travail*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1990 ; Pierre Patenaude, « L'inviolabilité de la pensée : de l'utilisation de l'hypnose et du polygraphe à des fins d'enquête et de surveillance » (1994) 28-2 et 3 *Revue juridique Thémis* 965 ; René Laperrière et Nicole Kean, « Le droit des travailleurs au respect de leur vie privée » (1994) 35:4 *Les cahiers de droit* 709 ; *Employment Standards Act*, LO 2000, c 41 ; *Employment Standards Act*, LN-B 1982, c E-7.2 ; *The Employee Polygraph Protection Act of 1988*, Pub L No 100-347, 29 USC (2001).

5. Don Grubin, « The Polygraph and Forensic Psychiatry » (2010) 38 *J Am Acad Psychiatry Law* 446.

6. Bureau d'assurance du Canada, « Guide d'utilisation du polygraphe », août 1997.

notre recherche juridique sur la portée que les tribunaux civils québécois ont donnée aux examens polygraphiques.

Les humains n'ont pas le nez de Pinocchio
– Paul Ekman⁷

2. L'utilisation du polygraphe

La présente section est une explication des notions qui permettent de comprendre les enjeux reliés à l'utilisation du polygraphe. Il sera d'abord question des procédures d'évaluations polygraphiques. Ensuite, nous aborderons la controverse scientifique entourant l'utilisation du polygraphe. Finalement, nous terminerons avec deux très importants arrêts au sujet des examens polygraphiques : *R c Béland*⁸ de la Cour suprême du Canada et *Hotel central (Victoriaville) inc c Compagnie d'assurance reliance*⁹ de la Cour d'appel du Québec. La mise en œuvre des principes établis par ces arrêts sera décrite à la deuxième section de l'article.

2.1 Les procédures d'évaluation polygraphique

Le polygraphe est un outil basé sur la prémisse que le mensonge est associé à différentes réactions provoquées par le système nerveux autonome pouvant se manifester dans l'activité respiratoire, cardiovasculaire et électrodermale du sujet à qui différentes questions sont posées par le polygraphiste, c'est-à-dire par l'individu opérant le polygraphe¹⁰. Un brassard de tensiomètre est attaché autour d'un bras du sujet pour mesurer l'activité cardiovasculaire, un tube pneumatique autour du thorax et un autour de l'abdomen pour l'activité respiratoire et deux électrodes au bout de deux doigts pour l'activité électrodermale. Les trois composantes sont reliées au polygraphe qui recueille les manifestations des différentes réactions et les affiche sur un écran

7. Paul Ekman, témoignage, Hearing on Behavioral Science and Security: Evaluating TSA's SPOT Program, présenté au Committee on Science, Space and Technology, Subcommittee on Investigations and Oversight: U.S. House of Representatives, 6 avril 2011 en ligne : <<http://www.science.house.gov>> [traduction libre].
8. *R c Béland*, 1987 CSC 27, [1987] 2 RCS 398 [Béland] ; *Phillion c La Reine*, 1977 CSC 23, [1978] 1 RCS 18 [Phillion].
9. *Hotel central (Victoriaville) inc c Compagnie d'assurance reliance*, 1998 CanLII 12934 (Qc CA) [Hotel Cental].
10. Don Grubin et Lars Madsen, « Lie Detection and the Polygraph: A Historical Review » (2005) 16:2 J Forens Psychiatry Psychol 357.

d'ordinateur sous forme de relevés polygraphiques ; le polygraphiste qui analyse les relevés pourrait alors qualifier les réponses de véridiques ou mensongères¹¹. Le polygraphe est utilisé comme outil d'enquêtes dans plusieurs pays, par exemple, la Belgique, le Canada, la Chine, le Japon, le Mexique, la Russie, les Philippines et les États-Unis¹².

Les polygraphistes peuvent utiliser différentes procédures d'évaluations polygraphiques, trois des plus documentées sont celles du *Relevant / Irrelevant Technique* (RIT), du *Control Question Test* (CQT) et du *Guilty Knowledge Test* (GKT)¹³.

Essentiellement, dans la procédure du RIT, le polygraphiste pose deux types de questions. Les questions du premier type sont celles reliées à l'évènement sous enquête, par exemple : le 25 décembre 2013, avez-vous transmis des informations confidentielles de votre employeur à un compétiteur ? Le sujet niera son implication dans l'évènement, s'il n'a pas transmis d'informations ou s'il en a transmis mais ne veut pas l'admettre. Les questions du deuxième type sont celles qui ne sont pas reliées à l'évènement sous enquête et pour lesquelles le polygraphiste sait que le sujet répondra la vérité, par exemple : sommes-nous lundi ? Si les réactions du sujet sont plus importantes lors des questions reliées à l'évènement que lors de celles qui ne sont pas reliées à l'évènement, c'est que le sujet a menti en niant son implication. Selon plusieurs chercheurs, la procédure du RIT ne devrait pas être utilisée parce que son hypothèse de base est incorrecte ; lors des questions reliées à l'évènement, le sujet innocent qui dit la vérité peut avoir peur de ne pas être cru et ses réactions peuvent être les mêmes que celles du sujet coupable qui ment et qui a peur d'être découvert¹⁴.

Dans la procédure du CQT, le polygraphiste pose aussi deux types de questions. Les questions du premier type sont celles

-
11. Paul V Trovillo, « Deception Test Criteria: How One Can Determine Truth and Falsehood from Polygraphic Records » (1943) 33:4 J Crim L & Criminology 338 ; William G Iacono, « Effective Policing: Understanding How Polygraph Tests Work and Are Used » (2008) 35 Crim Justice Behav 1295.
 12. Aldert Vrij, *Detecting Lies and Deceit*, 2^e éd, Hoboken, John Wiley & Sons, 2008.
 13. British Psychological Society, *A Review of the Current Scientific Status and Fields of Application of Polygraphic Deception Detection*. BPS Working Party, 6 octobre 2004 en ligne : <<http://www.bps.org.uk>>.
 14. Charles R Honts et Mary V Perry, « Polygraph Admissibility: Changes and Challenges » (1992) 16:3 L & Hum Behav 357.

reliées à l'évènement sous enquête, comme celles posées dans la procédure du RIT, par exemple : le 25 décembre 2013, avez-vous transmis des informations confidentielles de votre employeur à un compétiteur ? À nouveau, le sujet niera son implication dans l'évènement, qu'il dise la vérité ou qu'il mente. Les questions du deuxième type sont celles de contrôle, elles sont imprécises et indirectement liées à l'évènement sous enquête ; elles ont notamment pour objectif de forcer le sujet à mentir, par exemple : avez-vous déjà trahi la confiance que quelqu'un vous a accordée ? Si les réactions du sujet sont plus importantes lors des questions de contrôle que lors de celles qui sont reliées à l'évènement, c'est que le sujet n'a pas menti en niant son implication. Malgré que sa validité et son application fassent l'objet de nombreux débats scientifiques¹⁵, la procédure du CQT est la plus utilisée¹⁶.

Dans la procédure du GKT, des questions à choix multiples reliées à l'évènement sous enquête sont posées. Par exemple, le polygraphiste exhibe une série de couteaux dont un est l'arme du crime ; il sait lequel est l'arme du crime et seul le sujet coupable peut aussi le savoir. Pour chacun des couteaux, un après l'autre, le polygraphiste pose la même question : reconnaissez-vous l'arme du crime ? Lorsque la question sera posée pour le couteau que le polygraphiste sait être l'arme du crime, le sujet niera reconnaître l'arme du crime, s'il n'a pas commis le crime ou s'il l'a commis mais ne veut pas l'admettre. À ce moment, si les réactions du sujet sont plus importantes, c'est qu'il a menti en niant reconnaître l'arme du crime. Contrairement à la procédure du CQT qu'une majorité de psychologues considèrent comme n'étant pas basée sur des principes scientifiquement reconnus, une majorité d'entre eux considère que celle du GKT l'est¹⁷.

Le déroulement d'un examen polygraphique, quant à lui, est divisé en trois étapes : l'entrevue pré-test, le test polygraphique et l'entrevue post-test. Du début de l'entrevue pré-test jusqu'à la fin de l'entrevue post-test, l'examen polygraphique peut durer entre

15. Gershon Ben-Shakhar et Eitan Elaad, « The Validity of Psychophysiological Detection of Information with the Guilty Knowledge Test: A Meta-analytic Review » (2003) 88:3 J Appl Psychol 131.

16. David Carmel *et al*, « Estimating the Validity of the Guilty Knowledge Test From Simulated Experiments: The External Validity of Mock Crime Studies » (2003) 9:4 J Exp Psychol-Appl 261.

17. William G Iacono et David T Lykken, « The Validity of the Lie Detector: Two Surveys of Scientific Opinion » (1997) 82:3 J Appl Psychol 426.

1 et 3 heures¹⁸, voire même plus longtemps¹⁹, jusqu'à 5 heures²⁰, par exemple.

Essentiellement, à l'étape de l'entrevue pré-test, le polygraphiste explique la procédure au sujet ; l'un des objectifs est de convaincre le sujet que le polygraphe est infallible. La conduite verbale et non verbale du sujet est appréciée par le polygraphiste qui peut éventuellement en tenir compte lors de son analyse des relevés polygraphiques²¹.

À l'étape du test polygraphique, après avoir attaché les trois composantes au sujet, le polygraphiste attend 10 à 15 secondes afin d'établir l'activité respiratoire, cardiovasculaire et électrodermale normale du sujet. Il lui pose ensuite les questions qui correspondent à la procédure d'évaluation polygraphique choisie ; il attend 15 à 20 secondes après chacune des questions afin que les réactions du sujet reviennent à la normale. La série de questions est posée deux autres fois, le polygraphiste aura ainsi trois relevés polygraphiques à analyser.

À l'étape de l'entrevue post-test, le polygraphiste peut informer le sujet des résultats de l'examen polygraphique, c'est-à-dire de ses conclusions suite à l'analyse des relevés polygraphiques, et lui demander de s'expliquer sur les réponses qu'il a identifiées comme étant mensongères, entre autres²².

2.2 La controverse scientifique

Le polygraphe, dont l'un des inventeurs est William Moulton Marston, aussi le créateur de Wonder Woman la super-héroïne

-
18. U.S. Congress, Office of Technology Assessment, *Scientific Validity of Polygraph Testing: A Research Review and Evaluation – A Technical Memorandum*, Washington, DC, 1983 ; *Protection de la jeunesse – 121478*, 2012 QCCQ 9807 au para 9 ; *Protection de la jeunesse – 123062*, 2012 QCCQ 15887 au para 72 [*Protection de la jeunesse – 123062*] ; *SSQ, société d'assurances générales inc c Crytes*, 2012 QCCQ 4627 au para 30 [Crytes] ; *Foucher c Assurances générales des caisses Desjardins inc*, 2005 QCCQ 36670 au para 45 [Foucher] ; *Païement c Promotuel L'Abitibienne*, 2004 QCCQ 39239 au para 11 [L'Abitibienne].
 19. *Cyr c R*, 2007 QCCA 1144 au para 40 ; *Di Maggio c Capitale, cie d'assurance générale*, 2005 QCCS 7831 au para 61 [Di Maggio].
 20. *Protection de la jeunesse – 112928*, 2011 QCCQ 8860 au para 24 [*Protection – 112928*].
 21. National Research Council, *The polygraph and lie detection. Committee to Review the Scientific Evidence on the Polygraph*, Washington, The National Academic Press, 2003.
 22. Lars Bang Madsen, *The Utility and Accuracy of Post-Conviction Polygraph Testing with Sex Offenders*, thèse de doctorat en philosophie, Université de

de bande dessinée américaine possédant un lasso magique qui empêche les brigands qu'elle capture de mentir²³, fait l'objet d'un scepticisme assez généralisé dans le milieu du droit et de la psychologie²⁴. Par exemple, en ce qui concerne la procédure d'évaluation la plus utilisée²⁵, celle du CQT, sa validité et son application ont fait à eux seuls l'objet de nombreux débats scientifiques²⁶. D'ailleurs, la controverse existe depuis longtemps. En 1961, un pionnier de l'utilisation du polygraphe dans le cadre d'enquêtes criminelles, John A. Larson, affirmait :

J'espérais initialement que la détection du mensonge instrumentalisée deviendrait une partie légitime de la science de la police professionnelle. Ce n'est rien d'autre qu'une escroquerie. Le détecteur de mensonge, tel qu'utilisé à plusieurs endroits, n'est rien de plus qu'une forme de coercition psychologique destinée à arracher des confessions comme les vieilles raclées le faisaient. Par moment, je me déssole d'avoir contribué à son développement.²⁷

Selon une majorité de psychologues, non seulement la procédure du CQT n'est pas basée sur des principes scientifiquement reconnus, mais elle peut facilement faire l'objet de contremesures – le sujet peut fausser les résultats à l'aide de différentes techniques – et les résultats d'un examen polygraphique ne devraient pas être admis en preuve dans le cadre de procédures judiciaires²⁸. Le danger d'identifier incorrectement un sujet innocent qui dit la vérité comme un sujet coupable qui ment (faux-positifs) n'est d'ailleurs pas négligeable.

Par exemple, au niveau de l'exactitude de la classification des sujets comme étant innocents ou coupables à l'aide de la procédure du CQT, différentes études effectuées sur le terrain ont permis de classer correctement entre 83 et 89 % des sujets coupables et entre 53 et 78 % des sujets innocents. Cependant, entre 10 et 17 % des sujets coupables ont incorrectement été classés comme

Newcastle-upon-Tyne : Département des neurosciences et de la psychiatrie, 2006 [non publiée].

23. Geoffrey C Bunn, « The Lie Detector, Wonder Woman and Liberty: The Life and Work of William Moulton Marston » (1997) 10 Hist Hum Sci 91.

24. Stephen Porter and Leanne ten Brinke, « The Truth About Lies: What Works in Detecting High-stakes Deception ? » (2010) 15 Leg Crim Psychol 57.

25. *Supra* note 16.

26. *Supra* note 15.

27. David T Lykken, *A Tremor in the Blood: Uses and Abuses of Lie Detection*, New York, Plenum, 1981 [Traduction libre].

28. *Supra* note 17.

innocents et entre 11 et 47 % des sujets innocents ont incorrectement été classés comme coupables²⁹.

2.3 Les arrêts *Béland* et *Hotel Central*

Au Québec, depuis l'arrêt *Béland* de la Cour suprême du Canada en 1987, les résultats d'un examen polygraphique ne sont pas admissibles en preuve dans le cadre d'un procès criminel :

En l'espèce la seule question relativement à laquelle on présente une preuve obtenue par détecteurs de mensonges est celle de la crédibilité des accusés, question qui relève clairement de l'expérience de juges et de jurys et à l'égard de laquelle aucune preuve d'expert n'est nécessaire.³⁰

Ainsi, sous la plume du juge McIntyre, la majorité était « d'avis que le détecteur de mensonges n'a pas de place dans le processus judiciaire dans la mesure où l'on s'en sert comme moyen de déterminer ou de vérifier la crédibilité de témoins »³¹. Toutefois, au sujet de la valeur scientifique des résultats, il ajoutait :

Je m'empresse de préciser que cette opinion ne repose nullement sur une crainte des inexactitudes du détecteur de mensonges, question sur laquelle on ne nous a pas présenté une preuve suffisante pour que nous puissions nous prononcer. On peut néanmoins faire remarquer que même une conclusion à l'existence d'un pourcentage important d'erreurs dans les résultats ne constituerait pas en soi un motif suffisant pour en interdire l'usage devant les tribunaux. L'erreur est inhérente aux affaires humaines, scientifiques ou non scientifiques. La procédure établie de nos tribunaux n'en est pas exempte non plus, c'est pourquoi il faut toujours se montrer vigilant.³²

29. *Supra* note 13 ; *supra* note 14 ; *supra* note 27 ; David C Raskin et Charles R Honts, « The Comparison Question Test » dans Murray Kleiner, éd, *Handbook of Polygraph Testing*, London, Academic Press, 2002 ; Douglas Carroll, « Lie Detection: Lies and Truths » dans Raymond Cochrane et Douglas Carroll, éd, *Psychology and Social Issues: A Tutorial Text*, London, The Falmer Press, 1991 ; Gershon Ben-Shakhar et John J Furedy, *Theories and Applications in the Detection of Deception: A Psychophysiological and International Perspective*, New York, Springer-Verlag, 1990 ; Leonard Saxe, Denise Dougherty et Theodore Cross, « The Validity of Polygraph Testing: Scientific and Public Controversy » (1985) 40:3 *Am Psychol* 355 ; William G Iacono et Christopher J Patrick, « Polygraphy and Integrity Testing » dans Richard Rogers, éd, *Clinical Assessment of Malingering and Deception*, New York, The Guildford Press, 1997.

30. *Béland*, *supra* note 8 au para 17.

31. *Béland*, *supra* note 8 au para 18.

32. *Béland*, *supra* note 8 au para 19.

Pourtant, en 1998 dans l'arrêt *Hotel Central*, la Cour d'appel du Québec a invité à la prudence « avant d'importer les règles conçues pour un procès criminel dans l'administration de la preuve en matière civile »³³. Elle s'est plutôt ralliée à la position de la minorité dans l'arrêt *Béland* exprimée sous la plume de la juge Wilson :

À mon humble avis, l'expert en détecteurs de mensonges n'émet pas d'opinion sur la crédibilité du témoin. Sa fonction consiste plutôt à interpréter les données physiologiques et à indiquer si, à son avis, ces données correspondent à celles provenant d'une personne qui dit la vérité. Il témoignera en outre sur la nature et la précision de l'appareil lui-même. Pour en arriver à sa conclusion définitive, le jury prendra en considération cette preuve touchant la question de la crédibilité. Il ne s'agit donc que d'une opinion d'expert sur la façon d'interpréter les résultats du test par détecteurs de mensonges. Cette preuve bien que pertinente relativement à la question de la crédibilité, ne la tranche pas pour autant.³⁴

Ainsi, depuis l'arrêt *Hotel Central* les résultats d'un examen polygraphique sont admissibles en preuve dans le cadre de procès civils. Concernant la valeur scientifique des résultats, le juge Philippon s'exprimait ainsi :

Je ne peux affirmer, à partir des données disponibles du début des années 80, que toute expertise sur de telles réactions physiologiques sont sans valeur et un juge pourrait peut-être, si la crédibilité est difficile à déterminer et tout en demeurant maître de cette détermination, bénéficier de l'éclairage de l'expert. Il va sans dire que je ne me prononce pas sur la valeur scientifique d'un test par détecteur de mensonges et qu'il faut se garder, en appréciant cette valeur, de l'effet mystique de données mal connues ou non reconnues par un large consensus.³⁵

Essentiellement, la Cour d'appel du Québec établissait que la fiabilité des résultats est un élément influant surtout sur leur valeur probante, laquelle doit être évaluée par le juge du fond³⁶ :

En ce qui a trait au résultat du test de polygraphe, il s'agit d'un élément de preuve qui est admissible dans un procès civil mais dont la valeur probante doit être déterminée cas par cas et à la lumière de la preuve par le juge du fond. De plus, il ne s'agit que d'un élément

33. *Hotel Central*, supra note 9.

34. *Béland*, supra note 8 au para 42.

35. *Hotel Central*, supra note 9.

36. *Hotel Central*, supra note 9.

de preuve parmi d'autres que le Tribunal doit soupeser en tenant compte de l'ensemble de la preuve soumise.³⁷

Bref, dans le cadre de procès civils, non seulement les déclarations faites au polygraphiste peuvent être admissibles en preuve en vertu de l'article 2871 du *Code civil du Québec*³⁸ entré en vigueur en 1994 après l'arrêt *Béland*, mais les résultats d'un examen polygraphique aussi. Le juge du fond « s'assurera de la qualification suffisante de l'expert et mesurera la portée scientifique du témoignage et son utilité »³⁹. En outre, si l'exercice est pertinent et utile, l'expert pourra faire « l'exposé de ses prétentions scientifiques »⁴⁰ quant au « degré de correspondance entre les réactions physiologiques du témoin lors du test et celles d'un individu qui dit la vérité »⁴¹.

*Je ne connais rien aux polygraphes, et
je ne connais pas leur précision, mais je sais
qu'ils foutront la trouille aux gens.*
– Richard M. Nixon⁴²

3. La position des tribunaux civils québécois

La présente section est le résumé de notre recherche juridique sur les jugements rendus par les tribunaux civils québécois au cours des 10 dernières années où la question des examens polygraphiques a été considérée. Autrement dit : comment les principes établis par les arrêts *Béland* et *Hotel Central* ont été mis en œuvre. Nous aborderons d'abord les conséquences du refus de se soumettre à un examen polygraphique. Il sera ensuite question de l'impact du témoignage d'un polygraphiste et des résultats d'un examen polygraphique lors de procès. Finalement, nous terminerons avec notre constat : la finalité de l'utilisation du polygraphe est l'obtention de déclarations.

37. *Sigouin c Compagnie mutuelle d'assurances Wawanesa*, 2012 QCCS 2161 au para 70 [Sigouin] ; *Beauchamp c Assurance générale des Caisses Desjardins inc*, 2002 QCCS 41739 au para 30 [Beauchamp].

38. *Code civil du Québec*, LQ 1991, c 64, art 2871 [CcQ].

39. *Hotel Central*, *supra* note 9.

40. *Hotel Central*, *supra* note 9.

41. *Hotel Central*, *supra* note 9.

42. Transcription d'une conversation entre le président Richard M Nixon, John D Erlichman et Egil Krogh, J (24 juillet 1971), Yorba Linda, The Nixon Library and Museum (Cassette Number / Minutes : E-34 (12 minutes), Conversation Number: 545-3) [traduction libre].

3.1 Le refus de se soumettre à un examen polygraphique

Lors d'une enquête criminelle, si les forces de l'ordre demandent à un individu de se soumettre à un examen polygraphique, notamment afin de « vérifier la fiabilité d'une information obtenue par la police »⁴³, celui-ci peut exercer son droit au silence prévu à l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*⁴⁴ et refuser⁴⁵.

La situation est similaire à l'occasion d'enquêtes civiles, notamment en matière d'assurances. En effet, le devoir de collaboration d'un assuré ne l'oblige pas à se soumettre à un examen polygraphique demandé par son assureur⁴⁶ ou à motiver son refus⁴⁷. Un tel examen ne peut lui être imposé « sans porter atteinte à ses droits et libertés garanties par les chartes et le code civil »⁴⁸. Ainsi, un assureur ne peut se baser sur le refus de son assuré afin de refuser, à son tour, de l'indemniser⁴⁹. Le refus d'un assuré ne peut d'ailleurs être assimilé à un défaut de collaboration contraire à l'article 2471 du CcQ⁵⁰ et le tribunal ne peut en tirer une inférence négative⁵¹, même après une acceptation

43. *Boucher c R*, 2006 QCCA 668 au para 45 [*Boucher*].

44. *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R-U), 1982, c 11, art 7 [*Charte*].

45. *Brès c Cie d'assurance générale Cumis*, 2004 QCCA 9801 au para 37 [*Brès*] ; *Brunone c Compagnie SSQ, société d'assurances générales inc*, 2009 QCCQ 8597 au para 52 [*Brunone*] ; *X, Re*, 2003 QCCQ 48687 au para 66.

46. *Brès*, *supra* note 45 au para 34 ; *Brunone*, *supra* note 45 au para 52 ; *Barrette c Union canadienne (L'), compagnie d'assurances*, 2013 QCCA 1687 au para 71 [*Barrette*] ; *Tremblay c Compagnie mutuelle d'assurances Wawanesa*, 2007 QCCQ 2272 au para 51 ; *Blier c Assurances générales des caisses Desjardins inc*, 2004 QCCQ 41295 au para 36 [*Blier*] ; *St-Gelais c Promutuelle de Beauce*, 2004 QCCQ 17871 au para 10 ; *Gélinas c Axa Assurances Inc*, 2003 QCCQ 33018 au para 65 ; *Grenon c La Personnelle*, 2003 QCCQ 21893 au para 6.

47. *Bénard c Assurances SSQ*, 2009 QCCQ 2357 au para 42 [*Bénard*].

48. *Ibid* au para 38 ; CcQ, *supra* note 38 art 3 ; *Charte*, *supra* note 44 art 7 ; *Charte des droits et libertés de la personne*, LRQ, c C-12, art 1, 4 et 5 [*Charte Québécoise*].

49. *Barrette*, *supra* note 46.

50. CcQ, *supra* note 38 art 2471.

51. *Albert c Sécurité (La), assurances générales inc*, 2006 QCCS 3743 au para 93 ; *Richard c ING Groupe Commerce*, 2005 QCCS 6458 au para 48 ; *Tremblay c Promutuel Bagot*, 2003 QCCS 26377 au para 61 ; *Amyot c Assurances Desjardins*, 2009 QCCQ 15149 au para 24 ; *Bellemo c Union canadienne (L'), cie d'assurances*, 2009 QCCQ 9580 au para 67 ; *AG c ING Assurances inc*, 2008 QCCS 5438 au para 32 ; *Joseph c Aviva, compagnie d'assurances*, 2006 QCCQ 4571 au para 45 [*Joseph*] ; *General Motors Acceptance Corporation du Canada ltée c AXA Assurances inc*, 2005 QCCQ 23356 au para 26 ; *Poirier c Assurances générales des Caisses Desjardins inc*, 2004 QCCQ 19458 au para 27 ; *Thibeault c Assurance générale des Caisses Desjardins*, 2004 QCCQ 6626 au para 10 ; *Gendron c Assurances générales des Caisses Desjardins*, 2003 QCCQ 11740 au para 12 ; *Protection de la jeunesse – 984*, [1998] AZ-99031138 (Qc CQ) [*Protection de la jeunesse – 984*].

préalable⁵². Or, cette position claire est parfois modérée, voire ignorée, par le tribunal⁵³ :

Ajoutons à cela le fait que le demandeur ait refusé de se soumettre au test du polygraphe, ce qui n'ajoute pas à sa cause dans les circonstances, même si le Tribunal est bien informé que l'assuré n'y était aucunement obligé, mais cela aurait pu ajouter à la bonne foi dont il se prétend.⁵⁴

En outre, il arrive que le tribunal tire une inférence positive de l'acceptation⁵⁵ ou même juste de l'offre d'une partie de se soumettre à un examen polygraphique⁵⁶ :

La demanderesse a offert de passer le test du polygraphe. En principe, le résultat d'un test de polygraphe est admissible en preuve en droit civil. L'offre de la demanderesse participe à sa volonté de dire la vérité. La beauté de la chose veut qu'une menteuse n'offre pas spontanément d'être soumise à un tel test. La demanderesse est crédible et le Tribunal la croit.⁵⁷

L'offre d'une partie de se soumettre à un examen polygraphique a même déjà été jugée comme étant un élément déterminant pour l'établissement de sa crédibilité :

Ce dernier a aussi établi qu'il avait offert aux représentants de la défenderesse de se soumettre à un détecteur de mensonge pour établir sa crédibilité. Quant au Tribunal, cet élément factuel est déterminant quant à la grande crédibilité qui doit être accordée au demandeur [...].⁵⁸

52. *Crispino c General Accident Insurance Company*, 2007 QCCA 1293 au para 65 ; *Perron c Promutuel Portneuf-Champlain, société mutuelle d'assurances générales*, 2008 QCCQ 11107 au para 49 ; *Gervais c L'Union Canadienne, Cie d'assurances*, 2003 QCCQ 27728 au para 81.

53. *Noël c Union canadienne Cie d'assurance*, 2005 QCCS 35251 au para 80 ; *La Souveraine Cie d'Assurance Générale c 9056-3008 Québec Inc.*, 2003 QCCS 48324 au para 169 ; *Morin c Axa Assurances inc.*, 2007 QCCQ 14243 au para 60 ; *Binette c Assurances générales des Caisses Desjardins*, 2005 QCCQ 19349 au para 16.

54. *Jackson c Compagnie d'assurance RBC du Canada*, 2012 QCCQ 6124 au para 65 ;

55. *Gingras c Compagnie mutuelle d'assurances Wawanese*, 2009 QCCS 5346 au para 63 [Gingras].

56. *Benoît c Compagnie d'assurances Missisquoi*, 2010 QCCS 909 au para 66 ; *Protection de la jeunesse – 131250*, 2013 QCCQ 8171 au para 47 [*Protection de la jeunesse – 131250*] ; *Protection de la jeunesse – 132960*, 2013 QCCQ 9663 au para 178 ; *Protection de la jeunesse – 129421*, 2012 QCCQ 20455 au para 65 ; *Gariépy c Unique (L') assurances générales inc.*, 2010 QCCQ 1530 au para 41 ; *Brousseau c Promutuel Lanaudière, société mutuelle d'assurances générales*, 2007 QCCQ 13495 au para 58 ; *X, Re*, 2006 QCCQ 7561 au para 41 ; *X, Re*, 2004 QCCQ 51666 au para 9.

57. *Sigouin*, *supra* note 37 au para 97.

58. *Genois c Promutuel Dorchester, société mutuelle d'assurances générales*, 2007 QCCQ 1455 au para 8.

3.2 *Le polygraphiste et les résultats*

Bien qu'il puisse être qualifié d'expert technicien en utilisation du polygraphe⁵⁹, le polygraphiste qui n'est ni médecin ni psychologue⁶⁰ n'a pas la compétence pour tirer des conclusions suite à l'analyse des relevés polygraphiques⁶¹, c'est-à-dire si les réactions physiologiques correspondent à celle d'un individu qui dit la vérité, ou qui ment. Il ne peut non plus juger l'état de santé du sujet avant la tenue de l'examen polygraphique⁶² – à l'étape de l'entrevue pré-test, le polygraphiste doit pourtant déterminer si le sujet est physiologiquement et psychologiquement apte à subir l'examen polygraphique⁶³.

Puisque l'analyse des relevés polygraphiques est aussi tributaire de l'appréciation de la conduite verbale et non verbale du sujet à l'étape de l'entrevue pré-test⁶⁴, l'absence de diplôme ou d'autres qualifications académiques amène le tribunal à statuer que le polygraphiste « n'a pas la compétence voulue pour donner une opinion sur le comportement d'un individu aux fins d'interpréter un examen polygraphique »⁶⁵. Autrement dit, le polygraphiste « n'a pas la capacité d'établir une preuve scientifique ou médicale »⁶⁶ ou d'émettre une opinion sur la crédibilité d'un témoin⁶⁷.

-
59. *L'Abitibiennne*, *supra* note 18 au para 17 ; *Protection de la jeunesse – 112928*, *supra* note 20 au para 22 ; *Consultants MAF inc c Union canadienne (L')*, *compagnie d'assurances*, 2006 QCCS 2255 au para 17 [*Consultants MAF*] ; *Les vêtements Paul Allaire inc c La Citadelle Compagnie d'assurances générales inc*, [2000] AZ-00022046 au para 40 (Qc CS) [*La Citadelle*] ; *Lecours c Axa Assurances inc*, 2013 QCCQ 3450 au para 52 [*Lecours*] ; *Protection de la jeunesse – 083831*, 2008 QCCQ 13394 au para 185 [*Protection – 083831*] ; *Halawi c Desjardins Assurances générales inc*, 2007 QCCQ 622 au para 14 [*Halawi*] ; *Fortier c Promutuel Frontenac*, 2004 QCCQ 49101 au para 35 [*Fortier*] ; *Services financiers Daimler Chrysler (Debis) Canada inc c Hébert et al*, [2003] AZ-50195211 au para 22 (Qc CQ) [*Daimler*].
60. *Lecours*, *ibid* note 59 au para 56 ; *Lefebvre c Axa Assurances inc*, 2007 QCCQ 2629 au para 57 [*Lefebvre*] ; *Fournier c Assurances générales des Caisses Desjardins*, 2004 QCCQ 39149 au para 69 [*Fournier*].
61. *Gauthier c Assurances générales Desjardins inc*, 2004 QCCS 295 au para 149 [*Gauthier*].
62. *Ibid* au para 149.
63. *Gingras*, *supra* note 55 au para 27 ; *Lanthier c Promutuel Coaticook-Sherbrooke*, 2006 QCCS 1057 au para 29 [*Lanthier*].
64. *Gauthier*, *supra* note 61 au para 151.
65. *Fortier*, *supra* note 59 au para 33 ; *Gauthier*, *supra* note 61 au para 153.
66. *Consultants MAF*, *supra* note 59 au para 17.
67. *Fortier*, *supra* note 59 au para 34.

En ce qui concerne les résultats d'un examen polygraphique, c'est-à-dire les conclusions suite à l'analyse des relevés polygraphiques effectuée par le polygraphiste, ils ne lient évidemment pas le tribunal⁶⁸ :

Quant au test du polygraphe passé par monsieur Di Maggio, il est établi par la jurisprudence que de tels tests comportent souvent des faiblesses qui parfois remettent en cause les résultats. Il revient avant tout au Tribunal d'analyser les faits prouvés lors de tout procès et d'en tirer des conclusions et ne pas s'en remettre uniquement à un appareil si perfectionné soit-il, dont les résultats sont interprétés par un technicien.⁶⁹

Bien que le tribunal accorde à l'occasion une certaine pertinence aux résultats des examens polygraphiques⁷⁰, souvent il ne leur accorde pas la valeur probante demandée⁷¹ ou ne leur en accorde aucune⁷², les ignore⁷³, ne les considère d'aucune utilité⁷⁴ et refuse parfois même l'interrogatoire du polygraphiste et le

-
68. *Protection de la jeunesse – 131250*, supra note 56 au para 34 ; *Lavoie c Assurances générales des Caisses Desjardins*, 2006 QCCS 1628 au para 73 [Lavoie] ; *Tremblay c Aviva, compagnie d'assurances du Canada*, 2006 QCCQ 1743 au para 35 [Tremblay] ; *Guy c Axa Assurances Inc*, 2003 QCCQ 20936 au para 15.
69. *Di Maggio*, supra note 19 au para 172 ; *Bénard*, supra note 47 au para 41 ; *Tremblay*, ibid au para 34 ; *Giroux c Cie d'assurance Missisquoi*, 2004 QCCS 15946 au para 39 [Giroux] ; *Marandola c Traders General Insurance Company*, 2005 QCCQ 14084 au para 42.
70. *Foucher*, supra note 18 au para 75 ; *Consultants MAF*, supra note 59 au para 15 ; *Halawi*, supra note 59 au para 32 ; *Lavoie*, supra note 68 au para 67 ; *St-Laurent c Promutuel de l'Est, société mutuelle d'assurances générales*, 2012 QCCS 1353 au para 60 ; *Arruda c Compagnie mutuelle d'assurance Wawanesa*, 2004 QCCQ 42184 au para 20 ; *Morissette c Assurances générales des caisses Desjardins inc*, 2004 QCCQ 25981 au para 35 ; *Munajim c Belair Direct*, 2003 QCCQ 5065 au para 28.
71. *Protection de la jeunesse – 083831*, supra note 59 au para 185 ; *Robert c Société nationale d'assurance inc*, 2002 QCCS 10535 au para 35 [Robert] ; *Protection de la jeunesse – 129642*, 2012 QCCQ 20735 au para 84 ; *Lefebvre c Wawanesa Co Mutuelle d'Assurance*, 2003 QCCQ 24132 au para 7 ; *X, Re*, 2003 QCCQ 41988 au para 25 ; *Camacho c Cie Ass Allianz du Canada*, 2003 QCCQ 18098 au para 32.
72. *L'Abitibienne*, supra note 18 au para 47 ; *Protection de la jeunesse – 123062*, supra note 18 au para 73 ; *Di Maggio*, supra note 19 au para 173 ; *Blier*, supra note 46 au para 45 ; *Protection de la jeunesse – 984*, supra note 51 ; *Gingras*, supra note 55 au para 64 ; *Protection de la jeunesse – 131250*, supra note 56 au para 37 ; *La Citadelle*, supra note 59 au para 43 ; *Daimler*, supra note 59 au para 30 ; *Lecours*, supra note 59 au para 68 ; *Fournier*, supra note 60 au para 77 ; *Gauthier*, supra note 61 au para 145 ; *St-Laurent c Lobato*, 2012 QCCS 1848 au para 43 ; *Jutras c Hamel*, 2011 QCCS 91 au para 95 ; *Protection de la jeunesse – 06513*, 2006 QCCS 6091 au para 48 ; *Latouche (Transport GL) c Promutuel Bellechasse*, 2003 QCCS 33301 au para 87 [Transport GL] ; *Protection de la jeunesse – 11725*, 2011 QCCQ 3423 au para 71 ; *Protection de la jeunesse – 093892*, 2009 QCCQ 15821 au para 60.
73. *Protection de la jeunesse – 07395*, 2007 QCCQ 9993 au para 83 ; *WC, Re*, 2005 QCCQ 34938 au para 613 [WC].
74. *Giroux*, supra note 69 au para 39 ; *X, Re*, 2006 QCCQ 11989 au para 19.

dépôt en preuve des résultats⁷⁵. En l'absence de preuve scientifique ou médicale, le tribunal ne peut conclure qu'un individu ment lorsque des réactions physiologiques particulières ou différentes sont enregistrées⁷⁶ parce que le lien exclusif entre le mensonge et l'« échec » d'un examen polygraphique n'est pas démontré⁷⁷ :

Aucune preuve n'a été faite quant à la fiabilité de l'appareil utilisé qui, contrairement à l'ivressomètre, ne fait pas l'objet d'une certification gouvernementale. De plus, aucune preuve scientifique ou médicale n'a été présentée pour supporter la prémisse qu'une personne qui ment démontre des réactions physiologiques mesurables (rythme cardiaque, respiration, pression sanguine et transpiration) différentes de celles d'une personne qui dit la vérité mais est stressée. Ce n'est certes pas par le témoignage [du polygraphiste], aussi expert soit-il dans l'opération de la machine ou l'analyse des résultats, qui permet d'établir le bien-fondé de cette prémisse, en fait sur ce point, le témoignage [du polygraphiste] n'est qu'oui-dire sans valeur probante.⁷⁸

Or, malgré l'absence de preuve scientifique ou médicale démontrant le lien exclusif entre le mensonge et l'« échec » d'un examen polygraphique – le polygraphiste n'a d'ailleurs pas la capacité d'établir une telle preuve⁷⁹ – et malgré que « la polygraphie n'a pas atteint le statut de science pure dont les résultats seraient aussi catégoriques que la réponse donnée à une opération à caractère mathématique »⁸⁰, le tribunal a occasionnellement accordé une valeur probante déterminante⁸¹ aux résultats afin de rejeter la réclamation d'une indemnité à un assureur ; le fait que l'assuré « ait échoué le test de polygraphie constitue un élément important qui détermine, de façon prépondérante, que ses prétentions sont mal fondées »⁸². Dans un autre contexte, soit celui de

75. *Protection de la jeunesse* – 127516, 2012 QCCQ 18442 au para 10 ; *Protection de la jeunesse* – 078840, 2007 QCCQ 22107 au para 3 ; *Protection de la jeunesse* – 078905, 2007 QCCQ 22137 au para 3 [*Protection de la jeunesse* – 078905] ; X, *Re*, 2005 QCCQ 52737 au para 48.

76. *Blier*, *supra* note 46 au para 41 ; *Protection de la jeunesse* – 984, *supra* note 51 ; *Daimler*, *supra* note 59 au para 27 ; *La Citadelle*, *supra* note 59 au para 42 ; *Protection* – 083831, *supra* note 59 ; *Lavoie*, *supra* note 68 au para 76 ; *Transport GL*, *supra* note 72 au para 86 ; *Protection de la jeunesse* – 078905, *supra* note 75 au para 3 ; *Protection de la jeunesse* – 1121, [2000] AZ-50069734 (Qc CQ) ; *Protection de la jeunesse* – 095360, 2009 QCCQ 20795 au para 101.

77. *Fortier*, *supra* note 59 au para 38.

78. *La Citadelle*, *supra* note 59 au para 42 ;

79. *Consultants MAF*, *supra* note 59 au para 17.

80. *Hydro-Québec c Désaulniers*, 2005 QCCS 24441 au para 421.

81. *Bergeron c Axa Assurance inc*, 2004 QCCQ 7925 au para 42.

82. *Décarie c Compagnie d'assurances Bélair inc*, 2007 QCCQ 12603 au para 10.

l'application de la *Loi sur la protection de la jeunesse*⁸³, l'hébergement provisoire d'un enfant mineur en famille d'accueil a même déjà été ordonné « avec retour immédiat dans son milieu familial maternel si les résultats obtenus au test de polygraphe excluent les membres du milieu familial maternel des suspects »⁸⁴.

3.3 La finalité : l'obtention de déclarations

Dans le cadre d'une enquête criminelle, bien que les résultats d'un examen polygraphique ne soient pas admissibles en preuve dans le cadre du procès qui en découle⁸⁵, le polygraphe est néanmoins utilisé comme outil d'enquête⁸⁶ et les différentes déclarations obtenues à l'occasion de l'examen polygraphique du sujet sont admissibles en preuve si elles sont libres et volontaires⁸⁷.

Tout comme la ruse policière et l'utilisation d'éléments de preuve inadmissibles⁸⁸ ou l'omission d'informer le sujet que les résultats sont inadmissibles en preuve dans le cadre d'un procès criminel⁸⁹, l'exagération de la fiabilité de l'examen polygraphique et des résultats ne rend pas nécessairement la déclaration inadmissible :

Bien qu'il faille reconnaître que les policiers ont exagéré la fiabilité de cet appareil, la tactique qui consiste à vanter la fiabilité d'une preuve incriminante est répandue et n'a généralement rien de répréhensible. Qu'on la considère isolément ou en conjugaison avec les autres légères mesures d'encouragement utilisées en l'espèce, cette tactique n'a pas pour effet de rendre les confessions involontaires.⁹⁰

Ainsi, dans une certaine mesure, la ruse policière est admise à moins qu'elle soit de nature à choquer la collectivité⁹¹, et si elle

83. *Loi sur la protection de la jeunesse*, RLRQ, c P-34.1 [LPJ].

84. *Protection de la jeunesse* – 131728, 2013 QCCQ 7642 au para 11.

85. *Béland*, *supra* note 8 au para 17 ; *Phillion*, *supra* note 8 ; *Boucher*, *supra* note 43 au para 45.

86. *R c Trochym*, 2007 CSC 6, [2007] 1 RCS 239 au para 62 ; *R c Oickle*, 2000 CSC 38, [2000] 2 RCS 3 au para 88 [*Oickle*] ; *Deslauriers c R*, 2006 QCCA 994 au para 54 [*Deslauriers*].

87. *Oickle*, *ibid* note 86 au para 99 ; *Amyot c R*, 1990 QCCA 3042.

88. *Oickle*, *supra* note 86 au para 90.

89. *Oickle*, *supra* note 86 au para 91 ; *Directeur des poursuites criminelles et pénales c Somma*, 2011 QCCQ 861 au para 35.

90. *Deslauriers*, *supra* note 86 au para 55 ; *Oickle*, *supra* note 86 au para 2.

91. *Deslauriers*, *supra* note 86 au para 56 ; *R c Branconnier*, 2013 QCCS 3639 au para 61 [*Branconnier*].

ne choque pas, elle demeure néanmoins un élément pertinent à l'évaluation du caractère libre et volontaire de la déclaration⁹² :

Il faut aussi se rappeler qu'une enquête en matière criminelle et la recherche des criminels ne sont pas un jeu qui doit obéir aux règles du marquis de Queensbury. Les autorités, qui ont affaire à des criminels rusés et souvent sophistiqués, doivent parfois user d'artifices et d'autres formes de supercherie, et ne devraient pas être entravées dans leur travail par l'application de la règle. Ce qu'il faut réprimer avec vigueur, c'est, de leur part, une conduite qui choque la collectivité.⁹³

Comme à l'occasion d'une enquête criminelle, lors d'une enquête civile l'utilisation du polygraphe permet aussi d'obtenir du sujet différentes déclarations⁹⁴ notamment à l'étape de l'entrevue pré-test⁹⁵ ou de l'entrevue post-test⁹⁶. Par exemple, à cette dernière étape de l'examen polygraphique, les sujets vont parfois passer aux aveux après avoir été informés de « l'échec » de l'examen polygraphique⁹⁷ et que les résultats sont « une démonstration hors de tout doute raisonnable »⁹⁸ ou, spécifiquement en matière d'assurance, après avoir été informés que, malgré le « succès » de l'examen, les résultats permettent de croire que la

92. *Oickle*, *supra* note 86 au para 91 ; *Branconnier*, *supra* note 91 au para 35.

93. *R c Rothman*, [1981] 1 RCS 640.

94. *Crytes*, *supra* note 18 au para 70 ; *Droit de la famille – 101753*, 2010 QCCS 3326 au para 10 ; *Gendron c Axa Assurances inc*, 2009 QCCS 4649 au para 29 ; *Protection de la jeunesse – 108428*, 2010 QCCQ 20510 au para 20 ; *Protection de la jeunesse – 081972*, 2008 QCCQ 14983 au para 2 ; *Dunn c Assurances générales des Caisses Desjardins*, 2003 QCCQ 17926 au para 5 ; *Plourde c La Cie d'assurance Bélair inc*, 2003 QCCQ 21177 au para 4 ; *St-Pierre c Promutuel Portneuf-Champlain, société mutuelle d'assurances générales*, 2003 QCCQ 46501 au para 50.

95. *Kirkland c Pafco, compagnie d'assurances*, 2012 QCCQ 538 au para 32 ; *Protection de la jeunesse – 86795*, 2008 QCCQ 19196 au para 7 ; *Audio Plus Enr c ING Groupe Commerce*, 2005 QCCQ 36309 au para 27 ; *Viens c Cie Mutuelle d'Assurance Wawanesa*, 2004 QCCQ 40533 au para 7.

96. *Proulx c R*, 2012 QCCA 1302 au para 14 ; *Piché c Promutuel Bois-Franc*, 2005 QCCS 28512 au para 16 ; *R c Poupart*, 2005 QCCS 22049 au para 21 ; *Bussière c Fédération, Cie d'assurances du Canada*, 2003 QCCS 14398 au para 16 ; *Tremblay c Promutuel du Lac au Fjord*, 2013 QCCQ 126 au para 14 ; *Adoption – 064*, 2006 QCCQ 12491 au para 20 ; *Dubuc c Promutuel Lotbinière*, 2006 QCCS 4670 au para 10 ; *Boutin c Promutuel Deux Montagnes*, 2004 QCCQ 29446 au para 49 ; *Émond c Société des casinos du Québec inc*, 2003 QCCS 10586 au para 57 [Émond] ; *R c Paradis*, 2003 QCCQ 2904 au para 6.

97. *Beauchamp*, *supra* note 37 au para 15 ; *Lefebvre*, *supra* note 60 au para 17 ; *Lanthier*, *supra* note 63 au para 33 ; *R c Chav*, 2012 QCCA 354 au para 11 ; *Protection de la jeunesse – 13612*, 2013 QCCQ 4120 au para 13 ; *Protection de la jeunesse – 126321*, 2012 QCCQ 17145 au para 15 ; *Protection de la jeunesse – 072560*, 2007 QCCQ 11260 au para 5 ; *Protection de la jeunesse – 073962*, 2007 QCCQ 16387 au para 6 ; *Protection de la jeunesse – 062624*, 2006 QCCQ 18251 au para 8 ; *Blier c Assurances générales des caisses Desjardins*, 2005 QCCQ 25260 au para 16.

98. *Daimler*, *supra* note 59 au para 32.

valeur de la perte a été amplifiée⁹⁹. Dans le cadre d'un procès civil, les déclarations ainsi faites au polygraphiste peuvent être admissibles en preuve en vertu de l'article 2871 du CcQ¹⁰⁰.

D'ailleurs, même s'ils n'ont aucune obligation de se soumettre à un examen polygraphique pouvant être émotionnellement impliquant¹⁰¹, même si les résultats d'un examen polygraphique peuvent être subjectifs¹⁰² et varier d'un polygraphiste à l'autre – le premier peut conclure au « succès » et le second à l'« échec » de l'examen¹⁰³ – et même si les déclarations¹⁰⁴ et les résultats¹⁰⁵ obtenus peuvent être admissibles en preuve, certains assurés vont néanmoins se livrer volontairement à un examen polygraphique demandé par leur assureur sous la promesse de se faire payer une partie ou la totalité de l'indemnité réclamée advenant le « succès » de l'examen¹⁰⁶. Des assurés ont même déjà été convoqués à une rencontre sans savoir que leur assureur tenterait de les convaincre de se soumettre immédiatement à un examen polygraphique avec le polygraphiste déjà installé dans un local adjacent¹⁰⁷. Dans le cadre de l'application de la LPJ¹⁰⁸, l'examen polygraphique a déjà été proposé par un intervenant aux parents en affirmant « que cela peut être un élément positif pour eux »¹⁰⁹.

Or, le polygraphiste « réussit souvent, en jasant doucement avec l'assuré, à obtenir un quelconque aveu total ou partiel »¹¹⁰ ;

-
99. *Brennan c Promutuel La Vallée*, 2007 QCCQ 5690 au para 6 ; *Miserany c Royal Sun Alliance*, 2007 QCCQ 12212 au para 27 ; *Couture c Compagnie mutuelle d'assurance Wawanesa*, 2005 QCCQ 48391 au para 17 ; *Bissonnette-Morrisette c Assurances générales des Caisses Desjardins*, 2004 QCCQ 49610 au para 7.
100. CcQ, *supra* note 38, art 2871.
101. *Fournier*, *supra* note 60 au para 24 ; *Lanthier*, *supra* note 63 au para 26 ; *WC*, *supra* note 73 au para 308 ; *Protection de la jeunesse – 124264*, 2012 QCCQ 7679 au para 105.
102. Eitan Elaad, Avital Ginton et Gershon Ben-Shakhar, « The Effects of Prior Expectations and Outcome Knowledge on Polygraph Examiners' Decisions » (1994) *J 7 Behav Decis Making* 279.
103. *Di Maggio*, *supra* note 19 au para 62.
104. *Supra* note 94 ; *supra* note 95 ; *supra* note 96 ; *supra* note 97 ; *supra* note 99 ; *Daimler*, *supra* note 59 au para 32.
105. *Hotel Central*, *supra* note 9.
106. *Foucher*, *supra* note 18 au para 39 ; *Joseph*, *supra* note 51 au para 23 ; *Gauthier*, *supra* note 61 au para 141 ; *Transport GL*, *supra* note 72 au para 18 ; *Fizel c Assurances générales des Caisses Desjardins inc*, 2005 QCCS 20603 au para 3 ; *Gendron c Assurance générale des caisses Desjardins*, 2003 QCCQ 2851 au para 22.
107. *Daimler*, *supra* note 59 au para 21 ; *Émond*, *supra* note 96 au para 37.
108. LPJ, *supra* note 83.
109. *Protection – 083831*, *supra* note 59 au para 55.
110. *Fournier*, *supra* note 60 au para 55.

ceci est fréquent, il « semble qu'il en soit ainsi dans pratiquement toutes les autres occasions où le test est passé et que des tribunaux en examinent les résultats »¹¹¹. Le polygraphiste entreprend un « habile stratagème »¹¹² :

[Le polygraphiste] tente par la suite ouvertement d'obtenir un aveu [du sujet], lui suggérant qu'elle aurait peut-être fait une erreur en participant au vol de son véhicule et lui demande si elle a un dossier judiciaire : [le sujet] répète qu'elle n'a rien à voir dans ce vol même si le test démontre le contraire. [Le polygraphiste] enchaîne en lui parlant de preuve circonstancielle, lui en donne un exemple concret et en fait l'application à son cas particulier. Il lui répète encore qu'il est possible qu'elle ait fait une erreur, que l'erreur est humaine, et que si l'enquête se poursuit, bien des affaires peuvent en sortir. Il lui dit que tout peut se régler sans l'intervention de la police, [l'enquêteur au Service Anti-Crime des Assureurs] étant d'accord, et lui répète encore qu'elle n'a pas de dossier judiciaire.¹¹³

Cette façon de faire qui vise à obtenir un aveu se poursuit fréquemment tant que le sujet n'a pas quitté¹¹⁴ :

Bien qu'à l'écoute de l'enregistrement vidéo de l'interrogatoire post-test, [le polygraphiste] agisse informellement et ramasse non-chalamment son équipement, c'est pourtant à ce moment qu'il est le plus efficace dans son interrogatoire et le Tribunal ne croit aucunement qu'il s'agisse là du fruit du hasard.¹¹⁵

Bref, compte tenu de l'interdiction de produire les résultats d'un examen polygraphique dans le cadre d'un procès criminel¹¹⁶ et de l'absence de valeur probante qui leur est généralement accordée dans le cadre d'un procès civil¹¹⁷, notre recherche juridique nous amène à constater que l'une des principales utilités, sinon la première, de l'examen polygraphique est d'obtenir un aveu admissible en preuve dans le cadre d'un procès criminel¹¹⁸

111. *Béland c General Motors Acceptance Corporation du Canada ltée*, 2009 QCCQ 4629 au para 33 [*General Motors*].

112. *Fournier*, *supra* note 60 au para 55.

113. *Daimler*, *supra* note 59 au para 32.

114. *La Citadelle*, *supra* note 59 au para 26.

115. *General Motors*, *supra* note 111 au para 54.

116. *Béland*, *supra* note 8 au para 17.

117. *Supra* note 72.

118. *Oickle*, *supra* note 86 au para 99.

ou civil¹¹⁹, malgré le danger que l'aveu soit faux et résulte plutôt d'un effet d'intimidation¹²⁰ :

À la lecture et à la relecture de ce rapport, il ressort presque que le test « scientifique » lui-même est pratiquement inutile. On comprend plutôt qu'à la limite, il ne sert que comme une occasion pour livrer à un interrogateur chevronné une personne qui présente une réclamation afin de tenter d'en obtenir des aveux. En fait, la stratégie semble la suivante : un interrogatoire serré mené avant le test proprement dit, un test, l'annonce que le résultat est un échec et la demande de dire la vérité.¹²¹

4. Conclusion

L'objectif de notre article était de présenter aux professionnels du milieu juridique le fonctionnement du polygraphe et la portée que les tribunaux civils québécois ont donnée aux examens polygraphiques au cours des 10 dernières années. Ainsi, dans un premier temps, nous avons expliqué aux professionnels du milieu juridique les notions qui, à notre avis, étaient nécessaires afin de comprendre les enjeux de l'utilisation du polygraphe. En résumé, un examen polygraphique peut durer plusieurs heures et son déroulement est divisé en trois étapes : l'entrevue pré-test, le test polygraphique et l'entrevue post-test. À l'étape du test polygraphique, le polygraphiste peut utiliser différentes procédures d'évaluations polygraphiques, notamment celle du RIT, du CQT et du GKT¹²². Malgré que sa validité et son application fassent l'objet de nombreux débats scientifiques¹²³, la procédure du CQT est la plus utilisée¹²⁴.

Dans un deuxième temps, nous avons présenté le résumé de notre recherche juridique sur la portée que les tribunaux civils québécois ont donnée aux examens polygraphiques. Si le « succès » d'un examen polygraphique a parfois motivé la fin d'une

119. CcQ, *supra* note 38 art 2871.

120. Saul M Kassir, « Confession Evidence: Commonsense Myths and Misconceptions » (2008) 35 *Crim Justice Behav* 1309.

121. *General Motors*, *supra* note 115 au para 53.

122. *Supra* note 13.

123. *Supra* note 15.

124. *Supra* note 16.

enquête¹²⁵, l'absence¹²⁶ ou le retrait d'accusations criminelles¹²⁷ et l'absence¹²⁸ ou le désistement de procédures¹²⁹ entreprises en vertu de la LPJ¹³⁰, notre constat est similaire à celui de la littérature scientifique au sujet de l'utilisation du polygraphe¹³¹ : dans le cadre d'enquêtes criminelles ou civiles, le polygraphe sert davantage à obtenir un aveu qu'à réaliser une véritable expertise. Or, nos conclusions ne se limitent pas à ce constat.

En effet, malgré leur position généralement très critique l'endroit de l'utilisation du polygraphe, certaines approches des tribunaux civils québécois laissent perplexes. Par exemple, dans le cadre de procès civils, scientifiquement et juridiquement, rien ne peut justifier qu'une inférence négative soit tirée du refus de se soumettre à un examen polygraphique ou une inférence positive de l'offre de s'y soumettre. Rien ne peut justifier non plus qu'une valeur probante déterminante soit accordée aux résultats des examens polygraphiques.

En effet, le polygraphe n'est tout simplement pas un « détecteur de mensonges » ; aucun indicateur physiologique n'est présent chez tous les individus qui mentent et absent chez tous les individus qui disent la vérité – aucun indicateur n'est semblable au nez de Pinocchio¹³². Au surplus, la validité et l'application de la procédure d'évaluation polygraphique la plus utilisée, celle du CQT, font l'objet de nombreux débats scientifiques, les résultats d'un examen polygraphique peuvent varier d'un polygraphiste à l'autre et le danger d'identifier incorrectement un sujet innocent qui dit la vérité comme un sujet coupable qui ment (faux-positifs) n'est pas négligeable. À la lumière de ce qui précède, les écarts

-
- 125. *Protection de la jeunesse* – 134644, 2013 QCCQ 13466 au para 14 ; *R c Bérubé*, 2006 QCCQ 13141 au para 18.
 - 126. *Droit de la famille* – 083199, 2008 QCCS 5966 au para 11 ; *Paramsothy c De Londres*, 2005 QCCS 102 au para 22 ; *Protection de la jeunesse* – 10638, 2010 QCCQ 12607 au para 16 ; *Protection de la jeunesse* – 093677, 2009 QCCQ 15530 au para 15.
 - 127. *Di Maggio*, *supra* note 19 au para 18 ; *Alarie c Alarie*, 2009 QCCQ 6899 au para 22 ; *Protection de la jeunesse* – 095922, 2009 QCCQ 19058 au para 57.
 - 128. *X, Re*, 2003 QCCQ 19454 au para 4 ; *Protection de la jeunesse* – 105412, 2010 QCCQ 16756 au para 19 ; *Protection de la jeunesse* – 107015, 2010 QCCQ 18098 au para 63.
 - 129. *Protection de la jeunesse* – 131464, 2013 QCCQ 8629 au para 13.
 - 130. LPJ, *supra* note 83.
 - 131. Saul M Kassin et Gisli H Gudjonsson, « The Psychology of Confessions: A Review of the Literature and Issues » (2004) 5:2 Psychol Sci Publ Interest 33.
 - 132. Aldert Vrij, « Why Professionals Fail to Catch Liars and How They Can Improve » (2004) 9:2 L & Criminol Psychol 159.

inusités par rapport à la position généralement très critique des tribunaux civils québécois à l'endroit de l'utilisation du polygraphe sont inquiétants et forcent une question qui, à elle seule, est préoccupante : plus de 15 ans après l'arrêt *Hotel Central*, pourquoi les résultats d'un examen polygraphique sont-ils toujours admissibles en preuve dans le cadre de procès civils ? Nous espérons que, par nos propos, les professionnels du milieu juridique québécois seront davantage outillés pour y répondre si elle leur est posée.

Les tests de dépistage de drogues et d'alcool en milieu de travail

Soupeser les droits fondamentaux du salarié et les droits et obligations de l'employeur

Katherine PLANTE*

Résumé

La question des dépistages de drogues et d'alcool en milieu de travail fait intervenir à la fois les droits des salariés, en tant qu'individus, mais également les droits de l'employeur et de la société en général. Elle interagit donc sur les droits individuels et les droits collectifs. Il est sans contredit que tous ces tests portent incontestablement atteinte aux droits fondamentaux de l'employé. Cependant, les droits fondamentaux ne sont pas absolus. De façon générale, le dépistage de drogues et d'alcool n'est pas permis puisqu'il constitue une atteinte grave aux droits de l'employé. Toutefois, certains tests peuvent être justifiés lors de circonstances précises. Dans l'ensemble, la jurisprudence semble supporter la tendance selon laquelle les tests de dépistage de drogues ou d'alcool sont légitimes lorsqu'ils sont effectués pour une raison valable ou à la suite d'un accident, notamment lorsque l'employeur a des motifs raisonnables de croire que l'employé a un problème sous-jacent de consommation, ou dans le cas d'un accident provoqué par l'altération des facultés dues à la drogue ou à l'alcool. Quoi qu'il en soit, la justification des tests de dépistage de drogues et d'alcool en milieu de travail suscite bien des opinions divergentes, comme tout sujet nécessitant une balance des intérêts.

* LL.B., J.D., LL.M., avocate, Directrice du service du secrétariat général et des archives à la Commission scolaire du Val-des-Cerfs.

Abstract

The issue of drug and alcohol testing in the workplace involves both the rights of employees as individuals, but also the rights of the employer and society in general. It therefore interacts with individual rights and collective rights. It is without doubt that all these tests clearly violate the fundamental rights of the employee. However, fundamental rights are not absolute. In general, screening for drugs and alcohol is not allowed since it is a serious infringement of the employee. However, some tests may be justified in specific circumstances. Overall, the case law seems to support the idea that testing of drugs or alcohol is legitimate when done for a valid reason or as the result of an accident, especially when the employer has reasonable grounds to believe that the employee has an underlying problem of consumption, or in the case of an accident caused by an employee impaired by drugs or alcohol. Anyway, the rationale for drugs and alcohol testing in the workplace raise many differing opinions as any matter requiring a balance of interests.

Les tests de dépistage de drogues et d'alcool en milieu de travail

Soupeser les droits fondamentaux du salarié et les droits et obligations de l'employeur

Katherine PLANTE

INTRODUCTION.	63
PARTIE I : Les tests de dépistage de drogues et d'alcool en milieu de travail et les droits fondamentaux de l'employé	65
A. Les diverses formes de dépistage et leurs limites	65
1. Dépistage aléatoire	67
2. Dépistage ciblé lors de la préembauche	70
3. Dépistage post-accident	73
4. Dépistage en cas de réhabilitation	73
B. L'atteinte aux droits fondamentaux de l'employé	74
PARTIE II : Les moyens de défense pour l'employeur et l'équilibre entre les droits individuels et collectifs	78
A. Objectif légitime	80
B. Motifs raisonnables	82
C. Accommodement raisonnable ou contrainte excessive	84

CONCLUSION	87
BIBLIOGRAPHIE	89

« Le droit est l'ensemble des conditions
qui permettent à la liberté de chacun
de s'accorder à la liberté de tous »

– Emmanuel Kant

INTRODUCTION

De nos jours, il est de plus en plus fréquent que des employeurs procèdent à un examen médical ou à un test de dépistage de drogues lors de l'embauche d'un nouvel employé. C'est le cas de nombreuses entreprises privées ou publiques, d'usines et d'agences de sécurité. Il arrive également que l'employeur impose des tests de dépistage de drogues ou d'alcool en cours d'emploi. Il est aussi commun que les entreprises se dotent de politiques concernant la consommation de drogues et d'alcool, particulièrement dans l'industrie du transport¹.

Cette tendance nous vient notamment des États-Unis. Dans leur étude sur la question, Nancy Holmes et Karine Richer font un bref historique des événements ayant contribué à instaurer les tests de dépistage chez nos voisins du sud :

Au milieu des années 1980, les États-Unis ont commencé à étendre les programmes de dépistage de drogues au travail à tous les organismes publics et privés, tant sur le territoire national qu'à l'étranger. L'imposition de programmes de dépistage des drogues aux États-Unis est en grande partie le résultat de la lutte contre les drogues menée par les gouvernements de Ronald Reagan et de George Bush père.² (Nos soulignés)

Au Canada, aucune loi n'impose et ne rend spécifiquement obligatoires les tests de dépistage. Cela étant dit, c'est de leur propre chef que les entreprises ou organismes publics adoptent

1. *Loi sur l'aéronautique*, L.R.C. 1985, ch. A-2, art. 8.6 ; *Loi sur le pilotage*, L.R.C. 1985, ch. P-14, art. 25 ; *Loi sur la sécurité ferroviaire*, L.R.C. 1985, ch. 32 (4^e suppl.), art. 41 ; « Ces lois interdisent toutes aux employés de consommer des substances intoxicantes lorsqu'ils sont au travail, mais elles ne contiennent aucune disposition prescrivant le dépistage obligatoire » dans Nancy Holmes et Karine Richer, *Le dépistage des drogues en milieu de travail*, Services d'information et de recherche parlementaires, Bibliothèque du Parlement, 28 février 2008, à la p. 18.
2. Nancy Holmes et Karine Richer, *ibid.*, à la p. 3 ; voir également sur le sujet : Finn Makela, « The Drug Testing Virus », (2009) 43 *R.J.T.* 651, aux p. 663 et s.

des politiques internes visant à obliger le dépistage de drogues ou la dénonciation de problèmes de consommation. Et le nombre de ces politiques s'est accru au point tel que le dépistage est devenu un enjeu important en droit du travail canadien³.

La question des dépistages de drogues et d'alcool en milieu de travail fait intervenir à la fois les droits des salariés, en tant qu'individus, mais également les droits de l'employeur et de la société en général. Elle interagit donc sur les droits individuels et les droits collectifs.

D'un côté, l'employeur qui souhaite imposer des tests de dépistage de drogues ou d'alcool au sein de son entreprise, soit pour un cas particulier, soit dans des proportions plus importantes, pour tous ses employés, devra considérer que ces tests portent atteinte à certains droits de ses employés, notamment des droits fondamentaux défendus par les chartes des droits et libertés, de même qu'à d'autres droits protégés par la *Loi canadienne sur les droits de la personne*⁴ ainsi que par le *Code civil du Québec*⁵.

Cependant, d'un autre côté, les droits du salarié ne sont pas absolus⁶. En effet, les « droits fondamentaux peuvent, dans certaines circonstances, devoir céder le pas aux droits et obligations que possède l'employeur dans la gestion de son entreprise »⁷. À titre d'exemple, l'employeur peut, par diverses mesures, vérifier la capacité physique ou mentale des salariés à effectuer leur travail efficacement et de façon sécuritaire. De la même façon, l'employeur doit prendre toutes les mesures nécessaires pour protéger la santé, la sécurité et le bien-être de ses employés⁸. Ces droits et obligations font partie intégrante du droit de gérance de l'employeur.

Par ailleurs, il est inutile de spécifier que la consommation de drogue ou d'alcool influe sur les capacités de l'être humain, à savoir la vitesse de réaction, l'aptitude à la concentration et à la

3. F. Makela, *ibid.* à la p. 655.

4. *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. 1985, ch. H-6.

5. *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64.

6. Anouk Violette, « Les tests de dépistage d'alcool et de drogues en milieu de travail : une question d'équilibre », (2000) 60 *R. du B.* 85-128, à la p. 86.

7. *Ibid.*

8. *Loi sur la santé et la sécurité du travail*, RLRQ, c. S-2.1, art. 2 et 51 ; *Code canadien du travail*, L.R.C. 1985, ch. L-2, art. 124 à 125.3.

communication, la coordination des membres, l'équilibre, etc. Qui plus est, les intérêts de la collectivité doivent aussi être pris en compte. En effet, les dépistages de drogues et d'alcool sur les lieux de travail ont un impact – direct ou indirect – sur la société tout entière et s'inscrivent dans une optique de sécurité publique.

Ainsi, dans la première partie de cette étude, nous aborderons les formes de dépistage de drogues et d'alcool analysées dans la jurisprudence et nous nous attarderons sur les droits fondamentaux interpellés. Dans la deuxième partie, nous établirons ce qui constitue une justification raisonnable à l'imposition de ces tests et nous mettrons en perspective la gravité de l'atteinte aux droits individuels et droits collectifs afin d'y trouver un équilibre.

PARTIE I

Les tests de dépistage de drogues et alcool en milieu de travail et les droits fondamentaux des employés

Avant de se pencher sur les atteintes aux droits fondamentaux de l'employé qui peuvent être engendrées par les tests de dépistage, il convient d'examiner les formes de dépistage utilisées par les employeurs ainsi que leurs limites et contraintes.

A. Les diverses formes de dépistage et leurs limites

Il existe différents tests de dépistage. Quoi qu'il en soit, tous s'exercent au moyen du prélèvement d'un échantillon d'haleine, d'urine, de salive, de cheveu ou de sang⁹ et servent à détecter une consommation de drogue ou d'alcool. En règle générale, les tests de dépistage d'alcool sont effectués par un échantillon d'haleine analysé au moyen de l'alcootest, alors que les tests de dépistage de drogues s'exécutent par l'analyse d'un échantillon d'urine en laboratoire. Les tests de dépistage de drogues nécessitent trois étapes distinctes, soit le prélèvement, l'analyse en laboratoire et la délivrance des résultats par un médecin¹⁰.

9. Commissaire à la protection de la vie privée, *Le dépistage antidrogue et la vie privée*, Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1990, à la p. 12.

10. Barbara Butler, « Developing a Company Alcohol and Drug Policy », (1994) 2-3 *Can. Lab. L.J.* 484, à la p. 10, en ligne : [Réf. 27 janvier 2012] <http://www.apolnet.ca/resources/education/tc_workplacebarbpkg.pdf>.

Dans un rapport préparé par le Comité permanent de lutte à la toxicomanie, mesdames Lise St-Jean et Colette Biron identifient les tests les plus fréquemment utilisés et résument clairement les différences entre le dépistage d'alcool et de drogues :

Dans le cas de l'alcool, l'appareil utilisé pour tester l'individu est *l'alcootest*. Cet appareil permet de détecter rapidement, sur le champ, la présence et la concentration d'alcool dans l'haleine qui peuvent être reliées au taux d'alcool dans le sang. Il est admis juridiquement et accepté socialement qu'à un taux variant de 0,5 à 0,8 % correspond un degré d'altération des facultés psychomotrices suffisant pour interdire la conduite automobile. [...] La méthode la plus fréquemment utilisée pour dépister la présence de toxiques est l'analyse de laboratoire d'un échantillon d'urine. Deux genres de tests sont utilisés par les laboratoires : le premier, le *radioimmuno-essais (RIA)* ; le second, *Yimmuno-essais aux enzymes (EMIT)*. Chacun d'eux permet de vérifier la présence dans l'urine de métabolites d'une drogue. Ceux-ci apparaissent lorsque la drogue se dissout.¹¹ (Nos soulignés)

Ainsi, le test de dépistage d'alcool effectué au moyen de l'alcootest se veut un moyen fiable, juridiquement reconnu et fréquemment utilisé en droit criminel pour déceler la présence d'alcool dans le sang. Et il est définitivement plus simple de procéder à un test de dépistage d'alcool qu'à un test de dépistage de drogues. En effet, le test de dépistage de drogues peut aisément être erroné et, pour obtenir un résultat fiable, le processus devient complexe. À ce propos, M^{me} St-Jean poursuit en énonçant les principales limites des tests de dépistage de drogues :

Il s'agit toutefois d'une réactivité croisée, ce qui signifie que la réaction peut se produire en présence de plusieurs substances. Au nombre de celles-ci, il faut compter certains antibiotiques, les médicaments qui contiennent des amphétamines, certaines médicaments en vente libre qui contiennent de la dextrométhorphan ou de la codéine, qui est un dérivé de l'opium. La réaction aux anti-inflammatoires tels l'ibuprofène, le fénoprophène et le naproxène indique la présence de métabolites du cannabis. Même la réaction à certaines aliments, telles les graines de pavot, peut donner des résultats faussement positifs. [...] Puisque les réactions aux tests *EMIT* et *RIA* ne sont pas spécifiques et que les résultats peuvent être de faux positifs, il est nécessaire de procéder à des

11. Lise St-Jean et Colette Biron, *Les tests de dépistage de drogues en milieu de travail : problématique et enjeux*, Comité permanent de lutte à la toxicomanie, Montréal, octobre 1997, à la p. 19.

tests de confirmation. On procède généralement pour cela à une chromatographie en phase gazeuse (CG) couplée à une spectrométrie de masse (MS). En ce qui concerne les résultats obtenus à la suite de ces tests, ils sont reconnus comme très fiables.¹² (Nos soulignés)

De surcroît, un autre avantage important du test de dépistage d'alcool réside dans le fait que l'alcootest permet en plus de fournir de l'information sur la quantité d'alcool présente. Or, ceci n'est pas le cas pour les tests de dépistage de drogues. Ces derniers ne donnent pas non plus d'informations sur le degré d'altération des facultés de l'employé. En effet, M^{me} Barbara Butler souligne, dans son article sur les politiques internes de dépistage, que :

A positive drug test result confirms recent use of a drug, and indicates that to some degree the individual was under the influence of the substance at the time the sample was collected, but can not confirm the degree of impairment at the time. The concentration of alcohol in end-expiratory breath accurately reflects the alcohol in the blood and can appropriately interpret the presence and degree of intoxication at the time the sample was taken. Because of the higher degree of intrusiveness, blood samples are rarely used to test for alcohol or other drugs.¹³

Par ailleurs, les tests de dépistage de drogues ne donnent pas d'informations précises sur la période de consommation de l'employé. Ainsi, en procédant aux tests de dépistage, il est impossible de savoir avec certitude si le salarié a consommé sur les lieux du travail et pendant ses heures de travail, si la capacité de celui-ci à accomplir ses tâches est affaiblie par la drogue et, le cas échéant, à quel niveau ses facultés peuvent être affaiblies. Et c'est précisément cette incertitude qui pose problème. Mais tout d'abord, il convient d'identifier et de décrire plus en détail les différents types de tests de dépistage auxquels le salarié peut être soumis.

1. Dépistage aléatoire

Le dépistage aléatoire est aussi appelé « dépistage au hasard » ou, en anglais, « random testing ». Cette forme de dépistage implique que l'employeur fasse passer un test à n'importe quel employé et à n'importe quel moment. Il procède au hasard.

12. *Ibid.*, aux p. 19-20.

13. *Supra* note 10, à la p. 11.

Un des arrêts de principe pour les cas de dépistage aléatoire est le jugement *Entrop v. Imperial Oil*¹⁴. La Cour d'appel de l'Ontario a conclu, dans un premier temps, que les tests de dépistage d'alcool pouvaient être acceptables au motif que l'alcootest permet de vérifier l'état réel de l'employé et le degré d'altération de ses facultés, ce que ne permettent pas les tests de dépistage de drogues¹⁵. Ainsi, les tests de dépistage de drogues ne pourraient être justifiés qu'à la suite d'un incident ou en présence de motifs raisonnables. Par ailleurs, il est important de souligner que, selon la Cour d'appel de l'Ontario, l'imposition de l'alcootest peut constituer une *exigence professionnelle justifiée* (ci-après « EPJ »)¹⁶ et qu'en cas d'échec à l'alcootest, le renvoi automatique du salarié n'est pas justifié. En d'autres mots, il est primordial que les conséquences qui résultent de l'échec soient proportionnelles et soient adaptées au cas par cas. Finalement, dans l'affaire *Entrop*, la Cour a jugé que les politiques d'entreprise exigeant la divulgation, la réaffectation ou la réintégration constituaient des mesures discriminatoires et n'étaient pas raisonnablement nécessaires pour assurer la sécurité des employés occupant des postes dangereux¹⁷.

14. *Entrop v. Imperial Oil Ltd.*, [2000] O.J. No. 2689 (C.A.) (Q.L.). Dans cette affaire, la compagnie pétrolière a mis sur pied une campagne de dépistage de drogues aléatoire et une politique visant à dévoiler tout antécédent de consommation. Cependant, il est important de noter que, bien que ce dépistage s'effectuait au hasard, il visait un groupe précis de salariés, soit les employés occupant des postes où la sécurité était primordiale.
15. Dominique Launay, Maria Giagilitsis et Ralph Nero, *L'interdiction du dépistage antidrogue aléatoire est confirmée*, Fasken Martineau, 2007, en ligne : [Réf. 11 octobre 2011] <http://www.fasken.com/files/Publication/0114ecc3-3995-4536-b8f8-710d639842df/Presentation/PublicationAttachment/3e71d272-8997-4738-a94f-7947a5ecc1a8/L_interdiction_du_depistage_antidrogue_aleatoire_est_confirmee.pdf>.
16. Une *exigence professionnelle justifiée* (EPJ) est « une norme ou un règlement essentiel pour exécuter les fonctions d'un poste » dans Commission canadienne des droits de la personne, *Prévenir la discrimination*, en ligne : [Réf. 21 octobre 2011] <http://www.chrc-ccdp.ca/preventing_discrimination/page4-fra.aspx>. Dans son article, la professeure Anne-Marie Laflamme indique que « la défense d'exigence professionnelle justifiée comporte un élément objectif et subjectif : On constate donc que la défense d'EPJ comporte un élément subjectif de bonne foi et un élément objectif de nécessité raisonnable. Ce critère objectif a été défini par la jurisprudence comme comportant deux volets : la rationalité et la proportionnalité de la règle discriminatoire. Ainsi, la Cour introduisait à la défense d'EPJ un élément essentiel, soit l'obligation de démontrer l'absence « d'autres solutions raisonnables » à la règle professionnelle qui exclut une catégorie de personnes sans tenir compte de leur situation particulière » dans Anne-Marie Laflamme, « L'obligation d'accommodement confère-t-elle aux personnes handicapées un droit à l'emploi ? », (2002) *R. du B.* 125, à la p. 136.
17. *Supra* note 14, au para. 118 : « The Board found that a "substance abuse problem" is a handicap. [...] Although he had not a drink since 1984, the Policy required him to disclose his substance abuse problem, his past handicap, to management. [...] Imperial Oil's treatment of him and the Policy's provisions for mandatory dis-

Cependant, au Québec, postérieurement à l'arrêt *Entrop*, certains arbitres et certains juges ont adopté la position à l'effet que les tests de dépistage aléatoire pouvaient être justifiés dans des circonstances particulières¹⁸. À ce propos, dans le jugement *La Section Locale 143 du Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier c. Goodyear Canada inc.*¹⁹, la Cour d'appel du Québec a énoncé qu'une politique visant l'imposition de tests de dépistage aléatoire peut être justifiée si elle rencontre les critères prévus à l'article 9.1 de la *Charte québécoise*²⁰, mais a jugé que la politique adoptée par Goodyear Canada ne rencontrait pas ledit test. Comme le mentionnent les juges :

Une politique qui prévoit des tests de dépistage d'alcool et de drogues doit franchir le test de l'article 9.1 de la *Charte*, une disposition justificative dont l'application est soumise aux critères de l'objectif poursuivi et du moyen adopté (lien rationnel, atteinte minimale et effet de la mesure) établis à l'article premier de la Charte canadienne [...] À l'examen, la Cour est d'avis que le test aléatoire de dépistage d'alcool et de drogues imposé par l'arbitre pour les « postes à risque élevé », dans la section V de sa politique, ne constitue pas une atteinte raisonnablement minimale.²¹ (Nos soulignés)

La Cour explique que les faits exposés ne permettent pas d'établir « que les tests de dépistage obligatoires et aléatoires pour les emplois à haut risque sont essentiels pour assurer des conditions de travail justes et raisonnables qui respectent la santé, la sécurité et l'intégrité physique des salariés »²². En effet, aucun fait

closure, reassignment and reinstatement are, therefore, *prima facie* discriminatory » ; *Ibid.*, aux para. 121-124.

18. *Supra* note 15 ; *Union des chauffeurs de camions, hommes d'entrepôt et autres ouvriers, Teamsters Québec, section locale 106 (F.T.Q.) c. Dufresne*, D.T.E. 2004T-531 (C.S.), REJB 2004-61621 ; *Midland Transport ltée*, D.T.E. 2004T-85 (T.A.), maintenue par la Cour supérieure 2004 CanLII 10210 (QC C.S.) ; *Autocars Orléans Express inc. et Union des employées et employés de service, section locale 800*, D.T.E. 2004T-904 (T.A.).

19. *La Section Locale 143 du Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier c. Goodyear Canada inc.*, D.T.E. 2008T-27 (C.A.). Au paragraphe 9, la Cour d'appel résume l'essence de la politique contestée : « Dans la partie V de la politique qu'il élabore pour les parties, l'arbitre impose des tests de dépistage dans les cas suivants : a) à l'égard des postulants et des nouveaux employés, b) lorsqu'il y a des motifs raisonnables et probables de croire qu'une personne a les capacités affaiblies par la consommation d'alcool ou l'usage de drogues, c) à la suite d'un accident, d) sans préavis et de manière aléatoire pour les "postes à risque élevé" et, finalement, e) à la suite d'une absence reliée à la consommation d'alcool ou à l'usage de drogues ».

20. *Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ, c. C-12, art. 9.1.

21. *Supra* note 19, aux para. 18-19.

22. *Ibid.*, au para. 22.

n'établissait un problème général de consommation chez les employés de l'usine et aucun lien n'avait été établi entre les accidents de travail et la consommation de drogues ou d'alcool.

Face à la preuve présentée, les juges ont conclu :

Le résultat des tests d'analyse capillaire, urinaire ou d'haleine constitue une intrusion importante dans la sphère de la vie privée des salariés. Le résultat des analyses peut révéler une ingestion qui a pu se produire plusieurs semaines avant le prélèvement de l'échantillon. Ainsi, l'employeur est susceptible de s'immiscer dans la vie privée des salariés, en dehors des heures de travail. De même, l'analyse des échantillons peut permettre que soient dévoilées des informations confidentielles sur la condition et l'état de santé des salariés.

Dans le contexte du dossier, un test de dépistage d'alcool et de drogues fondé sur des motifs raisonnables de croire que le salarié est sous l'influence de substances intoxicantes aurait constitué une mesure raisonnable permettant de maintenir un environnement de travail productif et sécuritaire tout en assurant une atteinte minimale aux droits garantis par la *Charte*.²³

En somme, selon la jurisprudence actuelle, les tests aléatoires de dépistage de drogues ou d'alcool portent atteinte aux droits fondamentaux de l'employé et ne sont pas permis. Toutefois, une tendance minoritaire est à l'effet que les tests pourraient être justifiés s'ils respectent le critère d'atteinte minimale aux droits individuels des employés.

2. Dépistage ciblé lors de la préembauche

Comme nous l'avons précédemment mentionné, de nombreux organismes ou entreprises exigent un test de dépistage de drogue ou d'alcool lors de l'embauche d'un candidat. Il va sans dire que, dans ce cas, le futur employé est « théoriquement » libre de consentir ou non à ce test. Néanmoins, même si le candidat accepte de se soumettre au test de dépistage, il n'en demeure pas moins qu'il ne s'agit pas d'une renonciation à l'ensemble de ses droits. Ainsi, l'employeur ne peut écarter une candidature uniquement sous le prétexte que le postulant a échoué au test²⁴. En conséquence, les tests de dépistage préembauche sont valides tant

23. *Ibid.*, aux para. 27-28.

24. *Supra* note 6, à la p. 93.

et aussi longtemps que l'employeur obtient le consentement du futur employé et que les conséquences d'un échec à ces tests n'excluent pas automatiquement l'embauche du candidat. Par ailleurs, il est essentiel que les tests de dépistage s'effectuent au terme d'une offre conditionnelle d'embauche. Ainsi, les tests servent à confirmer, aux mêmes titres que les évaluations médicales, l'offre de l'emploi à un candidat préalablement évalué²⁵.

Toutefois, dans les faits, les tests préembauche posent souvent problème. Les candidats n'ont pas une véritable liberté d'accepter ou de refuser de se soumettre au dépistage puisque ceux-ci risquent de perdre toute chance d'être engagés. De la même façon, s'ils échouent au test, il n'est pas aisé de faire la preuve que cet échec a constitué l'unique motif du rejet de leur candidature.

De façon générale, lors de l'intervention des arbitres et des tribunaux, il est reconnu que les tests de dépistage préembauche portent atteinte aux droits du candidat et qu'ils ne sont pas justifiés. Cependant, ces tests seront tolérés en présence de motifs raisonnables, notamment dans le cas d'emplois à risques élevés.

L'arrêt de principe en cas de dépistage ciblé lors de la préembauche est l'affaire *Canada (Commission des droits de la personne) c. Banque Toronto-Dominion*²⁶. Dans cette affaire, la Banque Toronto-Dominion avait adopté une politique prescrivant des tests de dépistage obligatoires, l'objectif de cette politique étant de maintenir un milieu de travail sain, sécuritaire et productif ainsi que de protéger la réputation de l'entreprise. Un an après l'adoption de la politique, l'Association canadienne des libertés civiles dépose auprès de la Commission canadienne des droits de la personne une plainte prétendant que la politique est discriminatoire et contrevient à l'article 10 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*²⁷, au motif que la dépendance aux

25. Anne-Marie Laflamme et Emilie Gagné, « Le droit québécois régissant l'accès à l'emploi et le droit au maintien du lien d'emploi pour les personnes ayant des incapacités » dans K. Lippel et G. Vallée (dir.), *JurisClasseur Québec – Droit de la santé et de la sécurité du travail*, Montréal, LexisNexis Canada inc., 2010, fascicule 15, au para. 24.

26. *Canada (Commission des droits de la personne) c. Banque Toronto-Dominion*, [1998] 4 C.F. 205 (C.A.) (QL) (ci-après : *Banque Toronto-Dominion*).

27. *Supra* note 4, art. 10.

drogues est une déficience. Dans son article, M^e Anouk Violette résume fort bien les tenants et aboutissants de cette politique. Celle-ci prévoit que :

[...] les employés nouveaux ou réembauchés se soumettent, dans les 48 heures de l'acceptation d'une offre d'emploi, à une analyse initiale d'urine destinée à dépister la présence de diverses drogues. La politique ne prend effet qu'après l'embauche. Les employés nouveaux ou réembauchés qui refusent de se soumettre au test de dépistage sont congédiés pour avoir omis de se conformer à une condition d'emploi. Si le premier résultat est négatif, il n'y a pas de test ultérieur. [...] Si le second test est positif, l'employé est avisé qu'il doit se présenter à un centre de traitement désigné pour y subir une évaluation afin de déterminer s'il a besoin d'un programme de traitement. [...] Si, après des séances de counselling et un programme de réadaptation approprié, les résultats de l'employé demeurent positifs, le service des Ressources humaines de la Banque est notifié et l'employé risque d'être congédié. Les usagers de drogues qui n'ont pas de dépendance envers la drogue peuvent également perdre leur emploi s'ils continuent à utiliser des drogues après avoir obtenu un résultat positif au moins trois fois.²⁸

Dans le jugement *Banque Toronto-Dominion*, la Cour fédérale a conclu essentiellement que la politique était à première vue discriminatoire, privant toute personne ayant une dépendance aux drogues de la possibilité d'obtenir un emploi²⁹. Qui plus est, le juge Robertson spécifie que :

la Banque n'a pas réussi à établir que sa politique est raisonnablement nécessaire et qu'il n'existe pas d'autres solutions réalisables qui soient moins contraignantes à l'égard des employés nouveaux ou réembauchés. À supposer que je me trompe et qu'elle constitue de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable, cette politique doit être rejetée parce qu'elle ne satisfait pas au critère relatif au lien rationnel.³⁰

En somme, la Cour, dans l'affaire *Banque Toronto-Dominion*, a éliminé la possibilité pour l'employeur d'adopter une politique relative aux tests de dépistage obligatoires de drogues et d'alcool dans des cas de préembauche ou nouvelle embauche en l'absence de motifs raisonnables et dans les circonstances où ces

28. *Supra* note 6, à la p. 95.

29. *Supra* note 26, au para. 58.

30. *Ibid.*, au para. 174.

politiques ne s'inscrivent pas dans un programme global de lutte contre les drogues et l'alcool au travail³¹.

3. Dépistage post-accident

À ce stade, il convient de présenter brièvement le dépistage subséquent à un accident ou à un incident ayant des conséquences importantes. En effet, ce type de dépistage « n'est qu'un cas d'application du principe reconnaissant le droit de l'employeur de prescrire un test pour une cause raisonnable »³², ou motif raisonnable, dont nous avons déjà traité et qui sera approfondi dans la section sur les moyens de défense accessibles à l'employeur. Toutefois, M^e Jason Levine, dans son article, définit ce qui suit :

Post-accident testing is testing that is administered to an employee after an accident has occurred, as part of the investigation into the causes of the accident. Typically, post-accident testing has been allowed by arbitrators and courts, as it has been held to be reasonable to investigate employee abuse of alcohol or drugs as one possible cause of the accident.³³

Ainsi, les tests de dépistage post-accident seront justifiés s'ils reposent sur des motifs raisonnables de croire que l'alcool ou la drogue peut avoir été la cause de l'accident ou y avoir contribué. Lorsque survient un accident, « le fardeau de la preuve de la cause raisonnable est allégé »³⁴. Cependant, cela ne permet pas à l'employeur de procéder à n'importe quel test. Les tests de dépistage doivent être exécutés avec discernement.

4. Dépistage en cas de réhabilitation

Dans certains cas, les employés ayant des problèmes connus de dépendance se voient imposer des tests de dépistage à l'improviste. Souvent, ces employés acquiescent volontairement à ces tests pour réintégrer et garder leur emploi. Ces tests de dépistage sont donc justifiés, tel que le résume M^e Jason Levine :

31. Jason W. Levine, « Drug and Alcohol testing in the workplace », *Continuing Legal Education Society of British Columbia*, mai 2001, à la p. 9.1.4, en ligne : [Réf. 24 octobre 2011] <http://online.cle.bc.ca/CourseMaterial/pdfs/2001/289_9_1.pdf>.

32. *Supra* note 6, à la p. 101.

33. *Supra* note 31.

34. *Supra* note 6, à la p. 102.

Where employees have been sent off to counselling as a result of drug or alcohol abuse, often counsellors will recommend that when that employee returns to work, random testing be implemented. Arbitrators have tended to uphold this kind of testing as being reasonable in the circumstances.³⁵

Ceux-ci font partie intégrante de mesures visant à s'assurer que l'employé poursuit sa réadaptation et reste sobre. Ils sont d'autant plus aisés à justifier dans le cadre d'emplois à hauts risques³⁶. Il faut toutefois garder à l'esprit que ces ententes, que l'on dit de « dernière chance », ne peuvent se substituer ou restreindre l'obligation d'accommodement raisonnable des employeurs³⁷.

B. L'atteinte aux droits fondamentaux de l'employé

Les tests de dépistage de drogue et d'alcool portent incontestablement atteinte aux droits fondamentaux de l'employé. Ils sont invasifs et susceptibles d'entraîner des conséquences importantes pour le salarié. À ce propos, M^e Anouk Violette énonce que le test de dépistage est :

[...] susceptible de porter atteinte au droit de l'employé à l'intégrité physique, à ses droits à la sauvegarde de sa dignité, de son honneur et de sa réputation, de même qu'à son droit au respect de sa vie privée. De plus, les tests de dépistage peuvent entraîner une violation du droit à l'égalité sans discrimination fondée sur le handicap (ou la déficience) protégé par les lois sur les droits de la personne, puisque la notion de handicap englobe la dépendance à l'alcool et à la drogue.³⁸ (Nos soulignés)

Les droits susmentionnés sont protégés explicitement par les articles 1, 4, 5 et 10 de la *Charte des droits et libertés de la personne*³⁹ qui énoncent :

1. Tout être humain a droit à la vie, ainsi qu'à la sûreté, à l'intégrité et à la liberté de sa personne.

35. *Supra* note 31.

36. *Supra* note 6, à la p. 105.

37. « Bien qu'il soit certainement loisible à l'intimée de mettre en garde ses employés qui reviennent au travail après avoir suivi un programme de réadaptation que toute rechute pourrait entraîner leur congédiement, l'imposition d'une entente de la dernière chance ne peut servir à neutraliser l'obligation de prendre des mesures d'accommodement établie suivant la législation en matière des droits de la personne », dans *Milazzo c. Autocar Connaissance inc.*, D.T.E. 2005T-539 (T.C.D.P.), au para. 34.

38. *Supra* note 6, à la p. 86.

39. *Supra* note 20.

...

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

5. Toute personne a droit au respect de sa vie privée.

...

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

Ces droits sont également protégés, à l'échelle nationale, par les articles 7, 8 et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*⁴⁰ qui se lisent comme suit :

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne ; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

8. Chacun a droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives.

...

15. (1) La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques. (Nos soulignés)

Toutefois, bien que la *Charte canadienne* contienne de telles dispositions visant à protéger chaque individu, il n'en demeure pas moins que celle-ci ne s'applique qu'à l'État et à ses organismes sous-jacents. La charte ne régit pas les entreprises privées et leurs politiques. Ainsi, si une loi ou une politique publique instaure le dépistage obligatoire, celle-ci pourra être contestée en vertu de la *Charte canadienne*. Cependant, si la politique est d'origine privée, elle ne pourra être contestée qu'en vertu des dispositions législatives régissant les droits de la personne, notam-

40. *Charte canadienne des droits et libertés*, Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), reproduite dans L.R.C. 1985, app. II, n° 44.

ment la *Charte québécoise* (en partie), le *Code civil du Québec*⁴¹, la *Loi canadienne sur les droits de la personne*⁴² et les lois du travail.

Comme nous l'avons mentionné précédemment, les tests de dépistage portent atteinte aux droits fondamentaux de l'employé, principalement le droit à l'intégrité et le droit à la vie privée. En effet, le prélèvement de toute substance corporelle, en l'absence de consentement libre et éclairé, constitue une atteinte à l'intégrité physique de la personne⁴³.

De plus, les tests sont susceptibles de porter atteinte au droit à la vie privée en ce qu'ils peuvent révéler non seulement une consommation de substances illicites⁴⁴, mais surtout une consommation de la part du salarié en dehors des heures de travail. Effectivement, des traces de drogues peuvent être décelées dans le métabolisme de l'employé sans que pour autant ses facultés en soient altérées. Les tests de dépistage sont invasifs en ce sens qu'ils permettent d'identifier les salariés qui font usage, même de façon occasionnelle, de substances illicites et risquent de les empêcher d'œuvrer dans leur milieu de travail.

Or, la consommation de drogues, quelle qu'elles soient, en dehors des heures de travail relève de la vie privée et des choix de l'individu. Le fait d'imposer un test de dépistage à un employé si l'on a des motifs raisonnables et probants de croire que celui-ci est intoxiqué sur son lieu de travail est une chose. Il en est tout autre d'imposer un test de dépistage aléatoire et systématique qui dévoilerait des habitudes de vie personnelles de l'employé, et ce, en l'absence de signes d'intoxication.

41. *Supra* note 5. L'article 3(1) se lit comme suit : « Toute personne est titulaire de droits de la personnalité, tels le droit à la vie, à l'invulnérabilité et à l'intégrité de sa personne, au respect de son nom, de sa réputation et de sa vie privée » ; l'article 10 indique que : « Toute personne est inviolable et a droit à son intégrité. Sauf dans les cas prévus par la loi, nul ne peut lui porter atteinte sans son consentement libre et éclairé » ; l'article 11(1) spécifie que : « Nul ne peut être soumis sans son consentement à des soins, quelle qu'en soit la nature, qu'il s'agisse d'examen, de prélèvements, de traitements ou de toute autre intervention » ; l'article 35(1) mentionne que : « Toute personne a droit au respect de sa réputation et de sa vie privée ».

42. *Supra* note 4.

43. Rhéaume Perreault et Simon-Pierre Paquette, « Le dépistage d'alcool et de drogues en entreprise : où en sommes-nous ? » dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, *Développements récents en droit du travail*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007, section II (EYB2007DEV1297).

44. *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 462.1 et 462.2 ; *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, ch. 19, art. 4.

De surcroît, les tests de dépistage de drogue peuvent porter atteinte aux droits des personnes atteintes de certaines maladies ou des femmes enceintes. En effet, toute analyse effectuée à la suite d'un prélèvement de sang ou d'urine peut révéler à l'employeur des informations sur l'état de santé général des salariés⁴⁵. Ainsi, il est clair que les informations issues des tests de dépistage, même si ces derniers sont justifiés, peuvent engendrer des effets discriminatoires pour l'employé dans le cas où elles seraient utilisées à d'autres fins que le contrôle exclusif de la consommation de drogues⁴⁶.

Finalement, l'article 10 de la *Charte québécoise* prévoit qu'un salarié a droit à l'égalité, sans distinction, exclusion ou préférence fondée sur un handicap. Or, il est clairement établi, dans la jurisprudence et la doctrine, que « la notion de handicap englobe la dépendance à l'alcool et à la drogue »⁴⁷. Ainsi, il est nécessaire d'évaluer les habitudes de consommation de l'employé. Les auteurs Rhéaume Perreault et Simon-Pierre Paquette commentent cette disparité :

[...] un employé dont la performance laisse à désirer, qui s'absente fréquemment sans s'expliquer ni fournir de pièces justificatives ou dont les gestes laissent croire qu'il ne considère les politiques de santé et de sécurité du travail que comme de simples suggestions risque fort de voir son emploi se terminer précipitamment ou, à tout le moins, prématurément. Mais qu'arrive-t-il lorsqu'un employé ne peut se conformer aux standards de comportement ou de productivité de son milieu d'emploi en raison d'une dépendance physique ou psychologique à des substances intoxicantes qui altèrent ses facultés ?⁴⁸

Une consommation régulière ou excessive pourra être attribuée à une dépendance, et donc à un handicap ou même une

45. Or, la révélation d'éléments relatifs à l'état de santé d'une personne a été clairement identifiée comme une atteinte à la vie privée dans *The Gazette c. Valiquette*, 1996 CanLII 6064 (QC C.A.).

46. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, *La position de la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse du Québec face aux tests de dépistage de drogue en milieu de travail*, Montréal, septembre 2002, à la p. 2.

47. *Supra* note 6, à la p. 86. Stéphane Lacoste et Catherine Massé-Lacoste, « Le dépistage de drogues et d'alcool au travail en 2010 : perspective syndicale et examen des récentes décisions judiciaires », *Rivest Schmidt*, janvier 2010, en ligne : [Réf. 11 octobre 2011] <<http://www.rivestschmidt.qc.ca/fr/documents/TexteMeStephaneLacosteDepistagededrogueetdalcoolautravailen2010.pdf>>.

48. *Supra* note 43.

maladie, surtout si cette consommation est hors de contrôle⁴⁹. À l'inverse, une consommation sporadique ou exceptionnelle sera plutôt traitée comme un mode de vie, voire même une irresponsabilité, et ne bénéficiera pas de la protection conférée par l'article 10⁵⁰.

Il est donc incontestable que les tests de dépistage de drogues et d'alcool portent atteinte à divers droits fondamentaux de l'employé. Toutefois, il n'en demeure pas moins que les droits de l'employé ne sont pas absolus et qu'il est essentiel d'évaluer, d'une part, l'atteinte réelle et, d'autre part, les droits et obligations de l'employeur.

PARTIE II

Les moyens de défense pour l'employeur et l'équilibre des droits individuels et collectifs

En vertu du *Code civil du Québec*, l'employeur est tenu de « [...] prendre les mesures appropriées à la nature du travail, en vue de protéger la santé, la sécurité et la dignité du salarié »⁵¹. De la même façon, l'article 46 de la *Charte québécoise* prévoit que « toute personne qui travaille a droit, conformément à la loi, à des conditions de travail justes et raisonnables et qui respectent sa santé, sa sécurité et son intégrité physique »⁵². L'employeur a donc un devoir général de protection de la santé et de la sécurité de ses employés⁵³.

D'emblée, les tests de dépistage doivent s'exercer de façon à restreindre le moins possible les droits des salariés. L'article 9.1 de la *Charte québécoise* prévoit que les droits doivent s'exercer « dans le respect des valeurs démocratiques, de l'ordre public et du bien-être général des citoyens du Québec ». Dans l'arrêt *Godbout*, la Cour suprême explique que « la partie qui invoque l'art. 9.1 pour tenter de justifier la limitation d'un droit garanti par la Charte québécoise a donc la charge de prouver que cette limite est

49. *Milazzo et la Commission canadienne des droits de la personne c. Autocar Connaisseur Inc. et l'Association des autocaristes canadiens*, 2003 T.C.D.P. 37, D.T.E. 2004T-9, au para. 70.

50. *Supra* note 43, section III.

51. *Supra* note 5, art. 2087.

52. *Supra* note 20, art. 46.

53. Voir également *Loi sur la santé et la sécurité du travail*, *supra* note 8, art. 2 et 51 ; *Code canadien du travail*, *supra* note 8, art. 124 à 125.3 ; *supra* note 5, art. 2087.

imposée dans la poursuite d'un objectif légitime et important et qu'elle est proportionnelle à cet objectif, c'est-à-dire qu'elle est rationnellement liée à l'objectif et que l'atteinte est minimale »⁵⁴.

Pour que l'article 9.1 trouve application et puisse justifier les tests, « l'objectif poursuivi par l'employeur doit être légitime et suffisamment important pour justifier une atteinte à un droit fondamental »⁵⁵ et « cette atteinte doit être proportionnelle, ce qui implique que la mesure en cause ou le moyen utilisé a un lien rationnel avec l'objectif poursuivi et qu'elle constitue une atteinte minimale aux droits en cause »⁵⁶. L'atteinte aux droits de l'employé sera minimale notamment dans le cas de tests fondés sur des motifs raisonnables.

Pour être justifiée, l'atteinte doit être rationnelle, minimale et proportionnée. « Les mesures de dépistages sont généralement reconnues par la jurisprudence québécoise et canadienne et constituent une juste conciliation des droits par la pondération du droit des salariés à la dignité et à la vie privée et du droit de la direction à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise et à l'organisation du travail »⁵⁷.

De plus, en vertu de l'article 1 de la *Charte canadienne*, on doit démontrer que la violation est justifiable dans une société libre et démocratique. Ainsi, l'employeur peut établir que sa politique a une visée plus large et que celle-ci s'inscrit dans un objectif qui dépasse le droit individuel. « Autrement dit, même si un programme de dépistage obligatoire des drogues portait atteinte au droit à la sécurité de la personne, il serait néanmoins possible de le justifier en invoquant le critère des "limites raisonnables" prévu à l'article premier »⁵⁸.

54. *Godbout c. Longueuil (Ville de)*, [1997] 3 R.C.S. 844, aux para. 3 et 104 ; *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712, à la p. 770.

55. Jacques Rousse, « Les tests de dépistage de drogues et la *Charte des droits et libertés de la personne* », *VigieRT*, numéro 61, octobre 2011, en ligne : [Réf. 22 février 2013] <<http://www.portailrh.org/vigiert/fichedemo.aspx?p=464263>>.

56. *Ibid.*

57. *La Section Locale 143 du Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier c. Goodyear Canada inc.*, D.T.E. 2008T-27 (C.A.), au para. 19.

58. Nancy Holmes, *Le dépistage de drogues : répercussions juridiques*, Services d'information et de recherche parlementaires, Bibliothèque du Parlement, 10 novembre 1999, en ligne : [Réf. 22 février 2013] <<http://publications.gc.ca/Collection-R/LoPBdP/CIR/901-f.htm#d>>.

Comme le souligne Nancy Holmes dans son article :

Il doit exister un lien rationnel entre le dépistage des drogues et l'objectif visé ; la mesure de dépistage doit restreindre le moins possible les droits constitutionnels et l'objectif visé doit être suffisamment important pour justifier la violation de ces droits. Par conséquent, pour tout programme de dépistage des drogues, il faudrait probablement faire la preuve qu'il existe dans un secteur particulier un grave problème de consommation de drogues et qu'il est impossible de le régler par des moyens moins draconiens que le dépistage obligatoire.⁵⁹

Ainsi, il est possible que les tests de dépistage, même s'ils entraînent une violation des droits fondamentaux de l'employé, soient justifiés.

A. Objectif légitime

Il est possible pour un employeur de justifier un test de dépistage si celui-ci constitue un objectif légitime dans le cadre de la prestation de travail et du maintien d'un environnement sécuritaire. Dans l'arrêt *Entrop*, précédemment cité, la Cour a conclu que le fait de tenter de réduire le risque que des employés accomplissent leurs tâches avec des facultés affaiblies et de leur assurer un environnement de travail exempt de danger est un « objectif légitime rationnellement lié au rendement au travail »⁶⁰.

L'employeur qui impose un test de dépistage doit démontrer, en vertu de l'article 20 de la *Charte québécoise*⁶¹, que cette mesure constitue une exigence professionnelle justifiée. En d'autres termes, « l'employeur doit établir que l'objectif qu'il poursuit est légitime et que le recours au test constitue un moyen rationnel et nécessaire pour atteindre cet objectif »⁶². Il est possible pour l'employeur de démontrer que les tests de dépistage sont voués à un objectif légitime, et que cet objectif est important au point qu'il justifie l'imposition de telles mesures. Cette approche se nomme « la balance des intérêts ». Il s'agit donc de soupeser les droits fondamentaux de l'employé et les intérêts de l'employeur⁶³.

59. *Ibid.*

60. *Supra* note 14, au para. 32.

61. *Supra* note 20.

62. *Supra* note 46, à la p. 3.

63. *Supra* note 31.

La nature de l'entreprise et du poste de l'employé sont alors évalués par la cour. On tient compte des obligations qui incombent au salarié. Jusqu'à maintenant, dans les cas où « les tribunaux ont confirmé la validité et le caractère raisonnable de tels tests, il s'agissait de postes où la sécurité est essentielle »⁶⁴. Et il n'est pas aisé de définir quels sont ces postes. Tout dépend du contexte, du niveau de responsabilité, de supervision de l'employé, des tâches afférentes à son travail, des appareils qu'il utilise, etc.

Dans son article, M^e Anouk Violette met en évidence les différents critères qui doivent être appliqués afin de définir si le poste est critique pour la sécurité de l'employé :

Le premier consiste à déterminer si la personne exerce un rôle important et direct dans une opération dont l'exécution avec des facultés affaiblies peut causer un incident catastrophique. Le second vise à vérifier si la personne est soumise à une surveillance directe ou minimale.⁶⁵ (Nos soulignés)

Ainsi, pour évaluer si un poste est critique pour la sécurité du salarié, la cour apprécie généralement les impacts négatifs qui peuvent résulter d'une mauvaise manœuvre. En effet, si les conséquences d'une mauvaise manœuvre sous influence d'alcool ou de drogue peuvent avoir de graves impacts sur l'employé, elles peuvent également avoir un impact considérable sur l'employeur. Et cet impact doit être pris en compte dans la balance des intérêts. M^e Violette poursuit et expose la complexité de cette analyse :

La sécurité dans ce contexte n'est pas limitée à la protection contre les dangers pour la santé physique, pour l'environnement, pour les biens de l'employeur, mais elle englobe aussi le produit et l'image de l'entreprise. Les risques inhérents à un poste ne sont pas toujours apparents à sa face même et l'identification de ceux-ci peut parfois demander une étude de poste spécifique.⁶⁶ (Nos soulignés)

Si l'emploi en question est lié à l'œuvre principale de l'entreprise, donc revêt une grande importance pour l'employeur, et que l'employeur est en mesure de démontrer une dimension sécuritaire essentielle, le poste pourra être catégorisé comme un poste à haut degré de précision ou de sécurité. Et bien que le travail de l'employé soit inspecté par un superviseur, cela ne minimise pas

64. *Supra* note 6, à la p. 89.

65. *Ibid.*, à la p. 90.

66. *Ibid.*, aux p. 92-93.

les conséquences des risques d'erreurs reliés au type d'emploi⁶⁷. Ainsi, l'image de l'entreprise, surtout d'une entreprise possédant une certaine notoriété, et les conséquences possibles d'une erreur de production sont effectivement prises en compte et ont un poids par ailleurs surprenant⁶⁸.

En somme, la nature de l'emploi laisse à penser que, si l'employé travaille avec des facultés affaiblies par la drogue ou l'alcool et commet une bétise, les conséquences de cette bétise peuvent être catastrophiques. À titre d'exemple, il est reconnu qu'un travail qui implique la conduite d'un véhicule motorisé est réputé un emploi à haut risque⁶⁹. Il est alors logique d'élargir ce propos non seulement aux véhicules moteurs, mais aussi aux appareils hydrauliques contondants ou aux outils électriques coupants.

La Cour d'appel de l'Alberta, en 2007⁷⁰, ainsi que le Tribunal canadien des droits de la personne, en 2008⁷¹, ont reconnu que toute consommation d'alcool, mais surtout de drogue, entraîne à la fois des effets immédiats et des effets à plus long terme sur les fonctions cognitives du salarié.

Ainsi, on peut résumer que les tests de dépistage, bien qu'ils portent immanquablement atteinte aux droits fondamentaux de l'employé ou du candidat, peuvent être justifiés en présence de motifs raisonnables et s'ils constituent une atteinte minimale.

B. Motifs raisonnables

Lorsque l'employeur a des motifs raisonnables de croire qu'un employé exécutera son travail sous l'influence de l'alcool ou de la drogue, et que ce travail est critique, les droits implicites de l'employeur et la sécurité du public doivent prévaloir sur les droits de l'employé. Ainsi, l'employeur peut exiger que l'employé se soumette à un test de dépistage⁷². Ces motifs raisonnables peuvent inclure : « une odeur d'alcool détectée dans l'haleine d'un employé,

67. *Ibid.*, à la p. 92.

68. *Ibid.*, à la p. 93 ; *Aliments Krispy Kernels inc. c. Syndicat démocratique des salariés de Krispy Kernels (C.S.D.)*, [1997] T.A. 904 (Gagnon) (Qué.).

69. *Supra* note 6, à la p. 90.

70. *Alberta (Commission des droits de la personne et de la citoyenneté) c. Kellogg Brown & Root (Canada) Co.* (2006), 267 D.L.R. (4th) 639 (C.A. Alberta).

71. *Dennis c. Eskasoni Band Council (Conseil de bande Eskasoni)*, 2008 TCDP 38.

72. *Supra* note 6, à la p. 98 ; *Canadian Pacific Limited and United Transportation Union* (1987), 31 L.A.C. (3d) 179 (Picher).

des retards chroniques ou absences ou toute autre activité du salarié donnant lieu à des soupçons »⁷³ (notre traduction). Il va sans dire toutefois que ces soupçons se doivent d'être eux aussi raisonnables. De vagues impressions sont insuffisantes.

Qui plus est, dans certains cas particuliers, l'employeur n'a pas à prouver que l'employé travaille véritablement sous l'influence de substances intoxicantes, s'il peut seulement établir un risque significatif que le salarié travaille sous influence⁷⁴. Cette conclusion est extrêmement large et tient compte des habitudes de vie personnelles de l'employé.

Advenant le cas où l'employeur instaure une politique de dépistage et que celle-ci est contestée par l'employé sur la base de la discrimination, l'employeur devra, pour établir que la politique représente une EPJ, rencontrer les trois critères du test développé par la Cour suprême dans l'affaire *Meiorin* :

1. la politique a été adoptée dans un but rationnellement lié à l'exécution du travail en cause ;
2. la politique a été adoptée de bonne foi, c'est-à-dire en croyant sincèrement qu'elle était nécessaire pour réaliser ce but légitime lié au travail ;
3. la politique est raisonnablement nécessaire pour réaliser ce but légitime. À cet égard l'employeur doit établir qu'il n'existait pas de méthode moins attentatoire pour atteindre le but légitime recherché et qu'il a fourni des mesures d'accommodement raisonnables aux personnes lésées par la norme, et ce, jusqu'à la contrainte excessive.⁷⁵ (Nos soulignés)

Dans l'affaire *Milazzo*, le Tribunal canadien des droits de la personne a conclu que les tests de dépistage de drogues chez les chauffeurs d'autobus étaient « une façon légitime de promouvoir la sécurité routière et étaient donc une mesure raisonnable et nécessaire en l'espèce »⁷⁶. En effet, l'entreprise avait établi que la consommation de drogues chez les chauffeurs est un problème

73. *Supra* note 31.

74. *Supra* note 72.

75. *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3, au para. 54.

76. *Supra* note 49, aux para. 100, 104 et 105 ; Brian Thiessen, « Les tests de dépistage de drogues et d'alcool en milieu de travail », *Blakes*, en ligne : [Réf. 11 octobre 2011] <http://www.blakes.com/french/view_disc.asp?ID=1875>.

bien réel et passible de répercussions considérables sur la sécurité du public. Le tribunal a jugé que, vu le risque élevé d'accidents, il existait un lien rationnel entre l'imposition des tests de dépistage et les fonctions des chauffeurs. De surcroît, le tribunal a conclu que l'employeur était de bonne foi. Toutefois, bien que les tests soient justifiés, « l'employeur n'a pas réussi à démontrer qu'il ne pouvait accommoder les chauffeurs qui souffrent d'une dépendance. Selon le Tribunal, en cas de test positif le salarié doit avoir une chance de suivre un programme de réadaptation et de retourner au travail lorsqu'il est apte à ce faire »⁷⁷.

C. Accommodement raisonnable et contrainte excessive

Un autre moyen de défense qui est accessible à l'employeur est l'accommodement raisonnable. Or, en réalité, il s'agit autant d'une obligation pour celui-ci que d'un moyen pour justifier sa mesure. Effectivement, selon M^e Anouk Violette :

L'employeur a l'obligation de fournir des mesures d'accommodement aux employés ayant une dépendance envers l'alcool ou la drogue pourvu que cela ne comporte pas de contrainte excessive. C'est à l'employeur de rechercher des accommodements convenables et de les proposer à l'employé [...] De façon générale, en offrant un programme de réadaptation adéquat l'employeur satisfait à l'obligation relative à l'accommodement raisonnable.⁷⁸

Si l'employeur a bel et bien l'obligation de rechercher et de proposer un accommodement raisonnable, il importe peu que celui-ci soit souhaité ou non par le salarié⁷⁹. En effet, dès l'instant où l'employeur propose un accommodement et qu'il est en mesure d'établir que celui-ci est raisonnable, il a rempli son obligation.

Toutefois, le principe de l'accommodement constitue aussi un moyen de défense lorsqu'il existe une preuve *prima facie* de discrimination. Cette doctrine n'élimine pas la discrimination, mais elle permet d'exclure l'acte discriminatoire de la catégorie des actes illicites⁸⁰. Ainsi donc, pour sa défense, l'employeur pourra

77. S. Lacoste et C. Massé-Lacoste, *supra* note 47.

78. *Supra* note 6, à la p. 111. Dans l'arrêt *Banque Toronto-Dominion*, *supra* note 26, la Cour d'appel du Québec a conclu que si le salarié ne peut venir à bout de sa dépendance et la surmonter, l'employeur ne peut lui demander d'en faire plus car cela constituerait une contrainte excessive ».

79. *Supra* note 43, section II.2.

80. *Supra* note 26, para. 130.

démontrer que la norme est raisonnablement nécessaire, qu'il ne peut pas ou très difficilement trouver une autre norme qui serait aussi efficace ou que le fait d'accommoder la personne entraînerait pour lui une contrainte excessive⁸¹.

En effet, l'article 15(2) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* prévoit qu'une mesure constituera une exigence professionnelle justifiée :

s'il est démontré que les mesures destinées à répondre aux besoins d'une personne ou d'une catégorie de personnes visées constituent, pour la personne qui doit les prendre, une contrainte excessive en matière de coûts, de santé et de sécurité.⁸² (Nos soulignés)

Ainsi, des facteurs de coût, de santé et de sécurité peuvent être pris en compte pour établir qu'un accommodement entraînerait une contrainte excessive. Il est cependant primordial pour l'employeur de le démontrer au moyen de preuves tangibles et réalistes⁸³.

La Cour suprême, dans l'affaire *Meiorin* précédemment citée, a énuméré d'autres facteurs pertinents :

Parmi les facteurs pertinents, il y a le coût de la méthode d'accommodement possible, l'interchangeabilité relative des employés et des installations, de même que la perspective d'atteinte réelle aux droits d'autres employés.⁸⁴

Toutefois, ces facteurs ne sont pas exhaustifs. La preuve d'une contrainte excessive « peut prendre autant de formes qu'il y a de circonstances »⁸⁵.

La mesure d'accommodement la plus fréquente est sans contredit la réintégration des employés suite « à la signature d'une entente de dernière chance qui comprend une clause prévoyant

81. *Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles) c. Colombie-Britannique (Council of Human Rights)*, [1999] 3 R.C.S. 868, au para. 32.

82. *Supra* note 4, art. 15(2).

83. Commission canadienne sur les droits de la personne, en ligne : [Réf. 28 décembre 2011] <http://www.chrc-ccdp.ca/preventing_discrimination/page3-fra.aspx>.

84. *Meiorin*, au para. 67.

85. *Hydro-Québec c. Syndicat des employé-e-s de techniques professionnelles et de bureau d'Hydro-Québec, section locale 2000 (SCFP-FTQ)*, [2008] 2 R.C.S. 561, au para. 12.

des tests de dépistages obligatoires »⁸⁶. Dans l'arrêt *Entrop*⁸⁷, la cour a conclu que « *Imperial Oil* devait tenter de réhabiliter le salarié fautif, notamment par le biais de mesures disciplinaires moins sévères et, dans les cas appropriés, l'apport du soutien nécessaire afin de permettre à l'employé de bénéficier d'un programme de désintoxication »⁸⁸.

Il faut cependant garder à l'esprit l'objectif réel et le fondement même de l'obligation d'accommodement. À ce propos, dans l'arrêt *Québec (Commission des droits de la personne et de la jeunesse) c. Ville de Montréal*, l'honorable juge L'Heureux-Dubé indique :

La législation canadienne en matière de droits de la personne envisage essentiellement la protection contre la discrimination et la jouissance des droits et libertés y garantis. Dans le domaine de l'emploi, son objet plus particulier est de mettre fin à une exclusion arbitraire basée sur des idées préconçues à l'égard de caractéristiques personnelles qui, tout en tenant compte du devoir d'accommodement, n'affectent aucunement la capacité de faire le travail.⁸⁹

L'objectif des mesures d'accommodement est donc de donner les moyens raisonnables à l'employé pour que celui-ci accomplisse son travail. Toutefois, cela implique inévitablement que l'employé soit en mesure d'exécuter ses tâches. C'est d'ailleurs ce que l'honorable juge Deschamps a cru bon de souligner dans l'affaire *Hydro-Québec* rendue en 2008 :

L'obligation d'accommodement a pour objet d'empêcher que des personnes par ailleurs aptes ne soient injustement exclues, alors que les conditions de travail pourraient être adaptées sans créer de contrainte excessive. L'obligation d'accommodement n'a cependant pas pour objet de dénaturer l'essence du contrat de travail, soit l'obligation de l'employé de fournir, contre rémunération, une prestation de travail.⁹⁰

86. S. Lacoste et C. Massé-Lacoste, *supra* note 47.

87. *Supra* note 14.

88. *Supra* note 43, section III.

89. *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville)*, [2000] 1 R.C.S. 665, 2000 CSC 27, au para. 36.

90. *Supra* note 85, aux para. 14-15.

CONCLUSION

Les tests de dépistage sont parfois justifiés. Toutefois, de façon générale, le dépistage de drogues et d'alcool n'est pas permis puisqu'il constitue une atteinte grave aux droits de l'employé. Il y a cependant, comme nous venons de le voir, des cas d'exception et des justifications possibles. Et l'éligibilité diffère si l'on se trouve dans une province de common law ou au Québec.

Conformément à l'arrêt *Entrop*, les tests de dépistage d'alcool aléatoires dans le cadre d'emplois à sécurité critique (*safety-sensitive position*) sont autorisés, puisqu'ils constituent une exigence professionnelle justifiée et puisque l'alcootest permet d'indiquer le degré réel d'altération des facultés de l'employé.

Par ailleurs, dans les provinces de common law, toujours conformément à l'arrêt *Entrop*, les tests de dépistage de drogues aléatoires dans le cadre d'emplois à sécurité critique sont interdits parce qu'ils permettent uniquement de détecter la présence de drogues, mais toutefois sans indiquer si les facultés du salarié sont affaiblies.

Au Québec, la situation est, comme nous l'avons vu, quelque peu différente. On octroie aux tests de dépistage une portée légèrement plus large leur permettant ainsi d'être justifiés en présence de circonstances particulières.

Dans l'ensemble, la jurisprudence semble supporter la tendance selon laquelle les tests de dépistage de drogues ou d'alcool « sont légitimes lorsqu'ils sont effectués “pour une raison valable” ou “à la suite d'un accident”, notamment lorsque l'employeur a des motifs raisonnables de croire que l'employé a un problème sous-jacent de consommation, ou dans le cas d'un accident provoqué par l'altération des facultés due à la drogue ou à l'alcool »⁹¹.

Toutefois, il est également sans contredit que tous ces tests portent incontestablement atteinte aux droits fondamentaux de l'employé, et ce pour de nombreuses raisons. Quoi qu'il en soit, les droits fondamentaux n'étant pas absolus, il est nécessaire de soupeser les droits de l'employé et les droits, mais aussi les obligations de l'employeur, pour établir si le test de dépistage

91. *Supra* note 43, section IV.

correspond à une atteinte minimale et raisonnable et si celui-ci doit être justifié.

Dans leur rapport, Nancy Holmes et Karine Richer synthétisent et exposent les différentes opinions qui entourent les tests de dépistage :

Les partisans du dépistage obligatoire au travail insistent généralement sur l'importance de la sécurité et de la productivité. Certains affirment par exemple que les personnes chez lesquelles le dépistage révèle la présence de drogues ou d'alcool en milieu de travail s'absentent plus souvent et ont un moindre rendement que les autres employés et qu'elles constituent une menace pour la sécurité au travail et, à l'occasion, pour le public. Par contre, les adversaires du dépistage des drogues estiment que même s'il est louable de vouloir assurer un milieu de travail sain, sécuritaire et productif, le dépistage obligatoire entraîne des coûts sociaux trop élevés. Ils soulignent que le dépistage des drogues constitue une atteinte à l'intégrité physique de la personne et au droit à la vie privée.⁹²

Ainsi, les opinions sont partagées et il est ardu, voire impossible, de trouver un consensus. Bien entendu, il apparaît évident que tout individu devrait honorer son contrat de travail et accomplir ses tâches sans être sous l'influence de quelconque substance. Il apparaît aussi évident que tout employeur devrait s'abstenir de s'immiscer dans la vie privée de l'employé pour autant que son travail n'en soit pas affecté. Cependant, la situation réelle est loin d'être aussi simple. La jurisprudence s'est développée graduellement et fait suite aux actes d'abus, d'irresponsabilités et d'irrespect d'êtres humains – imparfaits –. Et c'est pourquoi chaque situation doit être évaluée individuellement, en tenant compte des circonstances propres à chaque emploi, de la personnalité de chaque salarié et de la charge qui incombe à chaque employeur.

92. *Supra* note 1, à la p. 1.

BIBLIOGRAPHIE

Législation

Charte des droits et libertés de la personne, RLRQ, c. C-12.

Charte canadienne des droits et libertés, Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), reproduite dans L.R.C. (1985), app. II, n° 44.

Code canadien du travail, L.R.C. (1985), ch. L-2.

Code civil du Québec, L.Q. 1991, c. 64.

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46.

Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), ch. H-6.

Loi réglementant certaines drogues et autres substances, L.C. 1996, ch. 19.

Loi sur la santé et la sécurité du travail, RLRQ, c. S-2.1.

Loi sur l'aéronautique, L.R.C. (1985), ch. A-2.

Loi sur le pilotage, L.R.C. (1985), ch. P-14.

Loi sur la sécurité ferroviaire, L.R.C. (1985), ch. 32 (4^e suppl.).

Jurisprudence

Alberta (Commission des droits de la personne et de la citoyenneté) c. Kellogg Brown & Root (Canada) Co., (2006) 267 D.L.R. (4th) 639 (C.A. Alberta).

Aliments Krispy Kernels inc. c. Syndicat démocratique des salariés de Krispy Kernels (C.S.D.), [1997] T.A. 904 (Gagnon) (Qué.).

Autocars Orléans Express inc. et Union des employées et employés de service, section locale 800, D.T.E. 2004T-904 (T.A.).

Canadian Pacific Limited and United Transportation Union (1987), 31 L.A.C. (3d) 179.

Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. British Columbia Government and Service Employees' Union (B.C.G.S.E.U.), [1999] 3 R.C.S. 3.

- Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles) c. Colombie-Britannique (Council of Human Rights)*, [1999] 3 R.C.S. 868.
- Dennis c. Eskasoni Band Council (Conseil de bande Eskasoni)*, 2008 TCDP 38.
- Entrop c. Imperial Oil Ltd.*, [2000] O.J. No. 2689 (C.A.) (QL).
- Hydro-Québec c. Syndicat des employé-e-s de techniques professionnelles et de bureau d'Hydro-Québec, section locale 2000 (SCFP-FTQ)*, [2008] 2 R.C.S. 561.
- La Section Locale 143 du Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier c. Goodyear Canada inc.*, D.T.E. 2008T-27 (C.A.).
- Midland Transport ltée*, D.T.E. 2004T-85 (T.A.).
- Milazzo et la Commission canadienne des droits de la personne c. Autocar Connaisseur Inc. et l'Association des autocaristes canadiens*, 2003 T.C.D.P. 37, D.T.E. 2004T-9.
- Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville)*, [2000] 1 R.C.S. 665, 2000 CSC 27.
- The Gazette c. Valiquette*, 1996 CanLII 6064 (QC C.A.).
- Union des chauffeurs de camions, hommes d'entrepôt et autres ouvriers, Teamsters Québec, section locale 106 (F.T.Q.) c. Dufresne*, D.T.E. 2004T-531 (C.S.), REJB 2004-61621.

Doctrine

- LACOSTE, S. et C. MASSÉ-LACOSTE, « Le dépistage de drogues et d'alcool au travail en 2010 : perspective syndicale et examen des récentes décisions judiciaires », *Rivest Schmidt*, janvier 2010, en ligne : [Réf. 11 octobre 2011] <<http://www.rivestschmidt.qc.ca/fr/documents/TexteMeStephaneLacosteDepistagededroguetdalcoolautravailen2010.pdf>>.
- LAUNAY, D., M. GIAGILITSIS et R. NERO, *L'interdiction du dépistage antidrogue aléatoire est confirmée*, Fasken Martineau, 2007, en ligne : [Réf. 11 octobre 2011] <http://www.fasken.com/files/Publication/0114ecc3-3995-4536-b8f8-710d639842df/Presentation/PublicationAttachment/3e71d272-8997-4738-a94f-7947a5ecc1a8/L_interdiction_du_depistage_antidrogue_aleatoire_est_confirmee.pdf>.

- LEVINE, J.W., « Drug and Alcohol testing in the workplace », *Continuing Legal Education Society of British Columbia*, mai 2001, à la p. 9.1.4, en ligne : [Réf. 24 octobre 2011] <http://online.cle.bc.ca/CourseMaterial/pdfs/2001/289_9_1.pdf>.
- MAKELA, F., « The Drug Testing Virus », (2009) 43 *R.J.T.* 651.
- PERREAULT, R. et S.-P. PAQUETTE, « Le dépistage d'alcool et de drogues en entreprise : où en sommes-nous ? », dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, *Développements récents en droit du travail*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007.
- ROUSSE, J., « Les tests de dépistage de drogues et la *Charte des droits et libertés de la personne* », *VigieRT*, numéro 61, octobre 2011, en ligne : [Réf. 22 février 2013] <<http://www.portailrh.org/vigiert/fichedemo.aspx?p=464263>>.
- THIESSEN, B., « Les tests de dépistage de drogues et d'alcool en milieu de travail », *Blakes*, en ligne : [Réf. 11 octobre 2011] <http://www.blakes.com/french/view_disc.asp?ID=1875>.
- VIOLETTE, A., « Les tests de dépistage d'alcool et de drogues en milieu de travail : une question d'équilibre », (2000) 60 *R. du B.* 85-128.

Autres documents

- BUTLER, B., « Developing a Company Alcohol and Drug Policy », (1994) 2-3 *Can. Lab. L.J.* 484, en ligne : [Réf. 27 janvier 2012] <http://www.apolnet.ca/resources/education/tc_workplacebarbpkg.pdf>.
- Comité permanent de lutte à la toxicomanie, *Les tests de dépistage de drogues en milieu de travail : un débat s'impose*, mai 1998.
- Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, *La position de la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse du Québec face aux tests de dépistage de drogue en milieu de travail*, Montréal, septembre 2002.
- Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, *La compatibilité avec la Charte québécoise des tests de dépistage de drogue en emploi*, Montréal, juin 1998.

- Commissaire à la protection de la vie privée, *Le dépistage anti-drogue et la vie privée*, Ottawa, Ministère des Approvisionnement et Services Canada, 1990.
- Commission canadienne sur les droits de la personne, <http://www.chrc-ccdp.ca/preventing_discrimination/page3-fra.aspx>.
- HOLMES, N., *Le dépistage de drogues : répercussions juridiques*, Services d'information et de recherche parlementaires, Bibliothèque du Parlement, 10 novembre 1999, en ligne : [Réf. 22 février 2013] <<http://publications.gc.ca/Collection-R/LoPBdP/CIR/901-f.htm#d>>.
- HOLMES, N. et K. RICHER, *Le dépistage des drogues en milieu de travail*, Services d'information et de recherche parlementaires, Bibliothèque du Parlement, 28 février 2008.
- ST-JEAN, L. et C. BIRON, *Les tests de dépistage de drogues en milieu de travail : problématique et enjeux*, Comité permanent de lutte à la toxicomanie, octobre 1997.

L'affaire *R. c. MacDonald* ou lorsqu'il n'y en a jamais de facile

Abdou THIAW, L.L.M.

Résumé

En 2004, la Cour suprême du Canada rendait une importante décision dans l'affaire *R. c. Mann*. Celle-ci reconnaissait aux policiers un pouvoir de détention à des fins d'enquête ainsi qu'un pouvoir de fouille accessoire à une telle détention. Alors que les conditions d'ouverture de ce pouvoir de fouille sans mandat paraissaient définitivement confirmées par la jurisprudence ultérieure, l'arrêt *R. c. MacDonald* rendue récemment par la Cour suprême du Canada semble remettre en cause ces certitudes juridiques. Le présent texte se propose d'analyser les motifs des juges majoritaires et ceux de la minorité dans cet arrêt afin d'en mesurer l'impact. La conclusion de cette analyse est que l'arrêt *R. c. MacDonald* consacre, pour les policiers, un nouveau pouvoir de fouille accessoire à l'autorisation implicite de frapper à la porte d'une résidence privée. Un tel pouvoir, étant complètement différent de celui reconnu dans la décision *R. c. Mann*, est soumis à des conditions d'ouverture tout aussi différentes.

Abstract

In *R. v. Mann* (2004), the Supreme Court of Canada provided police officers with the ability to detain an individual for investigative purposes as well as to perform a pat-down search incidental to such a detention. Although courts accorded, from sea to sea, with the conditions for opening for such a search, the recent decision by the Supreme Court of Canada in *R. v. MacDonald* seems to have overthrown their findings. However, we make the point that this latter decision establishes a new warrantless pat-down police search that is incidental to the implied licence to knock on a private door. Because this new warrantless search is absolutely distinguishable from the one recognized in *R. v. Mann*, its conditions for opening are also different.

L'affaire *R. c. MacDonald* ou lorsqu'il n'y en a jamais de facile

Abdou THIAW*

Introduction.	97
1. Résumé des faits et de la procédure	98
2. Résumé de la décision de la Cour suprême du Canada.	100
2.1 L'adoption de la norme des motifs raisonnables de <u>croire</u> par les juges majoritaires.	100
2.1.1 Le fait de pousser la porte de M constitue une fouille au sens de l'article 8 de la <i>Charte</i> <i>canadienne</i>	100
2.1.2 La fouille était autorisée par une règle de droit (la common law)	101
2.1.3 La règle de common law n'est pas abusive.	102
2.1.4 La fouille a été effectuée d'une façon non abusive	103
2.2 L'adoption de la norme des motifs raisonnables de <u>soupçonner</u> par les juges minoritaires	103
3. Au commencement était la confusion.	106
3.1 Les suites procédurales et jurisprudentielles de l'arrêt <i>R. c. Mann</i>	106

* Titulaire d'un Baccalauréat en Droit et d'une maîtrise en droit international public, l'auteur est avocat à la Direction du droit public du ministère de la Justice du Québec. Les propos contenus dans le présent texte sont personnels à l'auteur et n'engagent pas son employeur.

3.2 Et naquit une nouvelle exception au pouvoir de fouille sans mandat	108
Conclusion	112
Addendum	113

Introduction

Le 17 janvier 2014, la Cour suprême du Canada rendait sa décision dans l'affaire *R. c. MacDonald* (2014 CSC 3). Celle-ci portait principalement sur la conformité, à l'article 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* (ci-après *Charte canadienne*)¹, d'une fouille de sécurité effectuée, dans la résidence privée de M, par un policier intervenant dans une banale affaire de bruit excessif.

Le fait que seuls le Procureur général de l'Ontario et le Directeur des poursuites pénales du Canada avaient jugé opportun d'intervenir dans cette affaire démontre que celle-ci laissait supposer une application routinière des conclusions de l'arrêt *R. c. Mann*, [2004] 3 R.C.S. 59. Cet arrêt reconnaissait déjà qu'un policier peut détenir pour fins d'enquête une personne dont il a des motifs raisonnables de soupçonner qu'elle est impliquée dans un crime donné ; accessoirement à cette détention, il peut également, par prévention, la fouiller s'il a des motifs raisonnables de croire que sa sécurité ou celle d'autrui est menacée (par. 45).

Cependant, malgré une unanimité décisive quant à la constitutionnalité de l'intervention policière, la Cour s'est fortement divisée dans ses motifs. Face aux quatre juges aux motifs majoritaires (j. en chef McLachlin et j. **LeBel**, Fish et Abella), les juges Rothstein, **Moldaver** et **Wagner** ont signé une très forte dissidence relativement à la norme de raisonnabilité que doit satisfaire une fouille préventive de sécurité.

Cependant, le mur analytique qui, à première vue, sépare les motifs des juges majoritaires de ceux de la minorité repose en réalité sur des postulats opposés que le présent document se propose d'analyser.

Ainsi, après un résumé liminaire des faits et de la décision dans cette affaire, nous expliquerons en quoi les divergences d'opinion entre les deux camps émanent plutôt de deux postulats

1. Cette disposition protège chacun contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives.

différents : alors que la majorité de la Cour créait une nouvelle exception aux pouvoirs de fouille sans mandat, exception applicable uniquement aux fouilles préventives de sécurité dans les résidences privées, la minorité considérait que leurs collègues appliquaient intégralement l'arrêt *R. c. Mann* qui avait été décidé dans un contexte de détention aux fins d'enquête dans une rue.

Nous concluons par un bref exposé des défis que pose la floraison des normes de raisonnable autant aux policiers chargés de l'application de la loi qu'aux tribunaux chargés de veiller à la constitutionnalité de leurs pratiques.

1. Résumé des faits et de la procédure

Le soir du 28 décembre 2009, M, qui travaille en Alberta, reçoit la visite de deux personnes à son unité de condominium à Halifax (Nouvelle-Écosse). Plus tard dans la soirée, le concierge de l'immeuble reçoit une plainte relative au bruit musical émanant de l'unité de M. Profitant du départ des deux visiteurs, le concierge lui demande de baisser le son de la musique. Essuyant un refus, il communique avec la police régionale de Halifax pour que cette dernière s'occupe du problème de bruit.

Une agente de la police se rend à l'unité de M et lui demande, à son tour, de baisser le son ou d'arrêter la musique. Devant le refus réitéré de M, l'agente communique avec son superviseur (le sergent Boyd) qui, environ trente minutes plus tard, se présente à la porte de l'unité, accompagné de l'agente de police et du concierge.

Le sergent frappe à la porte de M tout en s'annonçant. M ouvre la porte d'environ 16 pouces pour ne laisser paraître que le côté droit de son visage et de son corps. À ce moment là, le sergent remarque, dans la pénombre, que M dissimule partiellement, derrière sa jambe droite, quelque chose de « noir et brillant » qu'il tient à sa main droite. Croyant que M dissimule un couteau, le sergent lui demande à deux reprises, en indiquant sa main droite, ce qui se trouve derrière sa jambe. M ne répond pas et le sergent pousse la porte de quelques pouces de plus afin de mieux voir l'objet. Il constate alors qu'il s'agit d'une arme de poing. Il crie « arme ! », entre rapidement de force dans l'unité et désarme M après un bref corps à corps.

L'enquête de police révélera que l'arme était chargée et qu'elle n'était pas enregistrée en Nouvelle-Écosse. M sera accusé de plusieurs infractions relatives à la possession et à la manipulation d'une arme à feu à autorisation restreinte et chargée (suivant les par. 86(1), 88(1) et 95(1) du *Code criminel* (L.R.C. (1985), ch. C-46)).

Au procès, il soutient, notamment, que son droit à la protection contre les fouilles abusives accordée par l'article 8 de la *Charte canadienne* avait été violé lorsque le sergent Boyd avait poussé la porte de l'unité pour l'ouvrir quelques pouces de plus afin de vérifier ce qu'il tenait dans sa main.

Le juge Digby de la Cour provinciale de la Nouvelle-Écosse conclut à l'inexistence d'une violation du droit constitutionnel de M.

En appel (2012 NSCA 50), les juges MacDonald et Saunders de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse rendent la décision majoritaire du tribunal. S'appuyant sur l'arrêt *R. c. Mann*, ils confirment la décision de première instance relativement à l'absence de violation du droit constitutionnel de M. Selon eux, les policiers agissaient dans le cadre de leurs pouvoirs généraux en se rendant chez l'accusé pour répondre à une plainte de bruit. De plus, en ouvrant la porte de l'unité un peu plus pour voir ce que cachait M, le sergent Boyd n'avait pas agi d'une manière abusive. Finalement, ils estiment qu'aucune autre mesure n'aurait été appropriée dans les circonstances car il était trop tard pour que le sergent Boyd puisse simplement se retirer ou donner une contravention pour bruit excessif (par. 15).

Contrairement à ses collègues, le juge Beveridge (dissident) conclut quant à lui à la violation du droit constitutionnel de M au motif que le sergent Boyd avait seulement des soupçons quant à une menace éventuelle à sa sécurité ou celle d'autrui. Il rappelle que, en droit canadien, de tels motifs ne sont pas suffisants pour entrer dans une habitation privée (par. 21-22).

Le 22 novembre 2012, la Cour suprême du Canada accueille la demande d'autorisation d'appel de cette décision.

2. Résumé de la décision de la Cour suprême du Canada

Dès ses premières décisions portant sur la *Charte canadienne*, la Cour suprême du Canada a établi le principe selon lequel, pour être conforme à l'article 8 de la *Charte canadienne*, une fouille, perquisition ou saisie doit préalablement être autorisée par une personne neutre en mesure d'agir de façon judiciaire et sur la base de l'existence de motifs raisonnables et probables, établie sous serment, de croire qu'une infraction a été commise et que des éléments de preuve se trouvent à l'endroit visé. L'exigence de ce mécanisme d'autorisation judiciaire préalable (mandat) vise à éviter que des intrusions injustifiées dans la vie privée des individus soient déterminées seulement après le fait ; elle vise plutôt à les prévenir avant qu'elles ne se produisent².

Par la suite, pour des raisons à la fois juridiques et pratiques, la Cour a introduit un régime d'exemptions à l'autorisation judiciaire préalable, soit à cause de l'urgence de certaines situations ou encore à cause d'une attente de protection réduite ou inexistante dans d'autres³. La fouille préventive de sécurité a été intégrée dans ces exemptions depuis l'arrêt *R. c. Mann*.

Cependant, de telles exemptions étant présumées abusives, elles doivent être justifiées par l'État. Cette justification satisfait la Cour si la fouille, la perquisition ou la saisie est 1) autorisée par une règle de droit (loi ou common law), 2) qui n'est pas abusive, 3) son exécution n'étant pas non plus abusive⁴.

Après ce rappel du cadre constitutionnel pertinent, nous proposons d'exposer tour à tour les motifs de juges majoritaires et ceux de la minorité dans l'arrêt sous étude.

2.1 *L'adoption de la norme des motifs raisonnables de croire par les juges majoritaires*

2.1.1 *Le fait de pousser la porte de M constitue une fouille au sens de l'article 8 de la Charte canadienne*

Écrivant les motifs de la majorité, le juge LeBel rappelle que l'article 8 de la *Charte canadienne* protège seulement une attente

2. *Hunter c. Southam*, [1984] 2 R.C.S. 145, 157.

3. G.-A. BEAUDOIN et E. MENDÈS, *Charte canadienne des droits et libertés*, 4^e éd., LexisNexis Butterworths, 2005, p. 650.

4. *R. c. Mann*, par. 36.

raisonnable de vie privée. Or, l'arrêt *R. c. Evans*, [1996] 1 R.C.S. 8, établit que les policiers sont implicitement autorisés à s'approcher de la porte d'une résidence privée et à y frapper. Une telle conduite ne constitue pas une fouille au sens de l'article 8 de la *Charte canadienne* si leur but demeure uniquement de communiquer avec l'occupant. Une fois que ce dernier ouvre sa porte, il renonce implicitement à son droit au respect de la vie privée étant donné qu'il demeurerait libre de ne pas ouvrir la porte.

Cependant, « [c]ette renonciation permet au policier de parler ou de crier à travers la porte, ou même d'y frapper, mais pas de la pousser pour l'ouvrir » (par. 27). Ainsi, la conduite du sergent Boyd qui a poussé la porte afin de mieux voir ce que M tenait dans sa main droite constitue une fouille au sens de l'article 8 de la *Charte canadienne* car, par ce geste, il « a porté atteinte à l'attente raisonnable en matière de respect de la vie privée de M. MacDonald dans sa demeure » (par. 25, 27-28).

Étant donné que cette fouille a été effectuée sans autorisation judiciaire préalable, elle doit être 1) autorisée par une règle de droit, 2) qui n'est pas elle-même abusive, 3) et le sergent Boyd ne doit pas l'avoir effectuée d'une façon abusive (par. 29).

2.1.2 *La fouille était autorisée par une règle de droit (la common law)*

D'emblée, le juge LeBel postule qu'une fouille est autorisée par une règle de droit si l'exercice d'un pouvoir policier valide le permet. En l'espèce, puisque la common law impose au policier le devoir de protéger la vie et la sécurité, il faudrait déterminer si le fait, pour le sergent Boyd, de pousser la porte de l'unité de M s'inscrit dans l'exercice d'un pouvoir limité reconnu par cette dernière (par. 31).

Se livrant à cette analyse, le juge LeBel écrit qu'il faudrait s'inspirer du précédent de l'arrêt *R. c. Waterfield*, [1963] 3 All E.R. 659 (C.C.A.), avec son double critère, afin de déterminer si, en l'espèce, le pouvoir des policiers englobait une conduite constituant à première vue une atteinte à la liberté d'une personne (par. 33-34).

Selon le juge LeBel, l'action du sergent Boyd satisfait au premier volet de ce critère car, tel qu'établi notamment au par. 38

de l'arrêt *R. c. Mann*, la fouille de sécurité qu'il a effectuée « s'inscrit dans le cadre général du devoir qu'ont les policiers en common law de protéger la vie et la sécurité » (par. 35).

Pour satisfaire au second volet du critère, l'intervention du sergent Boyd devra démontrer que la fouille de sécurité qui a été effectuée « est raisonnablement nécessaire, et donc justifiable » (par. 37, 40). Pour cela, devront être analysés trois facteurs servant à équilibrer le droit à la vie privée de M avec le devoir des policiers d'éliminer une menace imminente à leur sécurité ou à celle du public⁵. Selon le juge LeBel, ce critère est également satisfait car (par. 39) :

- il peut être nécessaire, dans certaines circonstances, que le policier porte atteinte à la liberté individuelle afin de s'acquitter de son devoir de protéger la vie et la sécurité ;
- le policier doit avoir des motifs raisonnables de croire qu'une personne avec qui il interagit est armée et dangereuse. Sur cet aspect, conformément aux arrêts *R. c. Mann* (par. 40, 41, 45) et *R. c. Clayton*, [2007] 2 R.C.S. 725, « les policiers doivent croire pour des motifs raisonnables que leur sécurité est menacée et qu'il est donc nécessaire de procéder à une fouille ». Ils doivent donc agir à partir « d'inférences raisonnables et précises fondées sur les faits connus se rapportant à la situation » et non sur la base de « vagues inquiétudes en matière de sécurité » (par. 41) ;
- la fouille doit remplir une fonction protectrice, nécessaire pour vérifier la présence d'armes.

Concluant que la fouille de sécurité effectuée par le sergent Boyd était autorisée par une règle de droit, la common law, le juge LeBel se propose d'analyser si celle-ci est ou non abusive.

2.1.3 La règle de common law n'est pas abusive

Le juge LeBel conclut, sur ce point, que l'autorisation légale de procéder à une fouille de sécurité, est raisonnablement circonscrite aux seules situations où les policiers ont des motifs raisonna-

5. 1) l'importance que présente l'accomplissement de ce devoir pour l'intérêt public (*Mann*, par. 39) ; 2) la nécessité de l'atteinte à la liberté individuelle pour l'accomplissement de ce devoir (*Dedman*, p. 35 ; *Clayton*, par. 21, 26 et 31) ; 3) l'ampleur de l'atteinte à la liberté individuelle (*Dedman*, p. 35).

bles de croire à l'existence d'une menace imminente pour leur sécurité. Partant, une telle règle ne saurait être abusive (par. 43-45).

2.1.4 La fouille a été effectuée d'une façon non abusive

D'une part, selon le juge LeBel, les trois éléments suivants établissent que le sergent Boyd avait des motifs raisonnables de croire à l'existence d'une menace imminente pour la sécurité du public ou pour celle des policiers et que la fouille de M était nécessaire pour écarter cette menace (par. 44, 46) :

- M cachait, derrière sa jambe, un objet qu'il tenait dans sa main ;
- l'objet, « noir et brillant », était possiblement une arme ;
- M a refusé de répondre lorsque le sergent Boyd lui a demandé à deux reprises ce qu'il tenait derrière son dos.

D'autre part, le juge LeBel conclut que, en poussant la porte un peu plus loin, le sergent Boyd n'avait fait que ce qui était raisonnablement nécessaire pour trouver ce que M dissimulait derrière sa jambe et donc éliminer toute menace pour la sécurité du public ou des policiers. Par conséquent, il n'existait pas de façon moins envahissante d'arriver à cette fin (par. 47-49).

Concluant finalement à la raisonnablement de l'intervention policière, les quatre juges majoritaires concluent que, suivant l'arrêt *R. c. Mann*, celle-ci ne contrevenait pas à l'article 8 de la *Charte canadienne*. Partant, il n'y avait pas lieu de faire l'analyse relative à l'article 24(2) de la *Charte canadienne* (par. 50).

2.2 L'adoption de la norme des motifs raisonnables de soupçonner par les juges minoritaires

Bien que concluant à leur tour à l'absence de violation de l'article 8 de la *Charte canadienne* (par. 92), les juges minoritaires ont néanmoins inscrit une très forte dissidence, interrogeant vigoureusement le choix des juges majoritaires d'adopter la norme des motifs raisonnables de croire pour procéder à une fouille de sécurité.

D'emblée, sous la plume des juges Moldaver et Wagner, les juges minoritaires rappellent l'importance du travail des policiers, ces professionnels qui sacrifient leur vie et leur sécurité sur l'autel de la protection de la société. Ils y infèrent la nécessité, pour ces derniers, dans des situations aussi dangereuses que nébuleuses, de prendre des mesures préventives lorsqu'ils soupçonnent la présence d'armes (par. 64, 67).

Pour en arriver à cette conclusion, les juges minoritaires considèrent que l'arrêt *R. c. Mann*, sur lequel se fondent les juges de la majorité, permet aux policiers d'effectuer, à des fins préventives, une fouille de sécurité s'ils ont des motifs raisonnables de soupçonner que leur sécurité ou celle d'autrui est menacée. Selon eux, cinq considérations les ont convaincus que cet arrêt n'exige pas du policier que la fouille de sécurité satisfasse à la norme plus élevée des motifs raisonnables et probables de croire (par. 65-66, 86).

En premier lieu, ils soulignent que le par. 45 de l'arrêt *R. c. Mann* qui a permis les fouilles préventives de sécurité est ainsi libellé : « le policier qui possède des motifs raisonnables de croire que sa sécurité ou celle d'autrui est menacée peut soumettre la personne qu'il détient à une fouille par palpation préventive » [soulignements des juges minoritaires] (par. 68). Selon eux, un tel libellé signifie qu'une fouille de sécurité est justifiée s'il est *probable* que quelque chose *puisse* se produire (norme des soupçons raisonnables), et non s'il est *probable* que quelque chose *se produise* (qui renverrait à la notion des motifs raisonnables et probables de croire) (par. 70).

En deuxième lieu, ils considèrent que, en reconnaissant un pouvoir de détention aux fins d'enquête ainsi qu'un pouvoir connexe de fouille préventive accessoire à la détention, l'arrêt *R. c. Mann* s'appuyait expressément sur la décision de principe *Terry c. Ohio*, 392 U.S. 1 (1968), rendu par la Cour suprême des États-Unis. Or, les propos énoncés à la p. 27 de cette décision ont été interprétés par la jurisprudence américaine comme exigeant uniquement des motifs raisonnables de soupçonner autant pour la détention que pour la fouille accessoire (par. 74-75).

Troisièmement, autant certains énoncés de la Cour suprême du Canada dans *R. c. Clayton*, [2007] 2 R.C.S. 725, *R. c. Kang-*

Brown, [2008] 1 R.C.S. 456, *R. c. Aucoin*, [2012] 3 R.C.S. 408 et *R. c. Chehil*, 2013 CSC 49, que les décisions des tribunaux inférieurs ont interprété l'arrêt *R. c. Mann* comme n'exigeant rien de plus que les soupçons raisonnables pour effectuer une fouille préventive de sécurité (par. 76-78).

Quatrièmement, considérer que l'arrêt *R. c. Mann* exige des motifs raisonnables et probables de croire que la sécurité du policier est menacée aboutirait à un résultat incongru. En effet, soulignent les juges minoritaires, cela voudrait dire que les policiers qui ont des motifs raisonnables et probables pour procéder à une arrestation y renonceraient alors qu'ils ont un pouvoir de fouille accessoire plus étendue dans le cadre d'une arrestation que dans celui d'une détention aux fins d'enquête (par. 79-81).

Cinquièmement, écrivent les juges minoritaires, les éléments sur lesquels s'était fondé le sergent Boyd pour effectuer la fouille équivalent à des soupçons raisonnables et non pas à des motifs raisonnables et probables de croire que ce dernier était armé et dangereux (par. 82-85).

Pour toutes ces raisons, les trois juges minoritaires concluent que l'existence de motifs raisonnables de soupçonner permettait l'entrée dans la résidence de M (par. 89). Ils concluent en lançant le plaidoyer suivant :

[90] En fin de compte, la présente affaire illustre bien le danger de laisser les tribunaux établir au cas par cas les pouvoirs des policiers. Nos collègues imposent aujourd'hui une norme selon laquelle un policier doit avoir des motifs raisonnables de croire qu'une personne est armée et dangereuse avant d'être autorisé à effectuer une « fouille de sécurité », ce qui supprime dans les faits le pouvoir de fouille reconnu dans *Mann* et écarte du même coup la jurisprudence des dix années qui ont suivi.

[91] Il est important de bien saisir les conséquences de la décision rendue par les juges majoritaires : les policiers sont privés du pouvoir d'effectuer une fouille préventive, sauf s'ils ont déjà des motifs de procéder à une arrestation. À partir d'aujourd'hui, les policiers peuvent détenir à des fins d'enquête les personnes *soupçonnées* d'être armées et dangereuses, mais ne sont pas autorisés à effectuer des fouilles par palpation pour assurer leur sécurité ou celle du public dans le cadre d'une enquête. À notre avis, un policier sur le terrain exposé à un risque réaliste de préjudice imminent devrait

pouvoir agir immédiatement et prendre des mesures raisonnables, sous la forme d'une fouille peu envahissante, pour atténuer ce risque.

Après avoir exposé ces deux positions, nous considérons que chacune d'entre elles trouve une assise juridique très solide. La contradiction entre ces deux conclusions origine plutôt du fait que, bien que discutant la même question, les juges majoritaires et ceux de la minorité ne parlaient pas la même langue. Alors que les juges majoritaires créaient une exception nouvelle aux pouvoirs de fouille sans mandat différente de celle établie dans l'arrêt *R. c. Mann*, la minorité croyait sans doute que leurs collègues appliquaient intégralement les principes de cet arrêt.

3. Au commencement était la confusion

Afin de mieux cerner les origines de la confusion qui a inspiré ces deux analyses, il nous semble intéressant de rappeler les suites à la fois procédurales et jurisprudentielles de l'arrêt *R. c. Mann*. Par la suite, nous expliquerons en quoi les juges majoritaires ont créé une nouvelle exception aux pouvoirs policiers dans l'affaire *R. c. MacDonald*.

3.1 Les suites procédurales et jurisprudentielles de l'arrêt *R. c. Mann*

En rédigeant le paragraphe 45 de l'arrêt *R. c. Mann*, les juges majoritaires dans cette affaire entendaient résumer les principes justifiant une fouille de sécurité accessoire à une détention pour fins d'enquête. Le passage pertinent dans ce paragraphe est ainsi libellé, avec nos soulignements :

45 En résumé, comme il a été expliqué plus tôt, les policiers peuvent détenir une personne aux fins d'enquête s'ils ont des motifs raisonnables de **soupçonner**, à la lumière de toutes les circonstances, que cette personne est impliquée dans un crime donné et qu'il est nécessaire de la détenir. En outre, le policier qui possède des motifs raisonnables de **croire** que sa sécurité ou celle d'autrui est menacée peut soumettre la personne qu'il détient à une fouille par palpation préventive. [...] [Nos soulignements]

Ce passage démontre clairement que la Cour suprême utilisait le terme motifs raisonnables de soupçonner relativement à la détention aux fins d'enquête et, dans la phrase qui suivait immé-

diatement, l'expression motifs raisonnables de croire quant à la fouille accessoire.

Comme le reconnaissent d'ailleurs les juges minoritaires dans l'affaire *R. c. MacDonald*, « [c]onsidérés isolément, les termes “motifs raisonnables de croire” renvoient à la norme des “motifs raisonnables et probables” » (par. 69).

C'est sans doute cette possible confusion qui avait poussé l'intimée dans l'affaire *R. c. Mann*, à présenter, le 23 août 2004, un avis de requête en nouvelle audition de l'appel alors que le jugement avait déjà été rendu exactement un mois plus tôt. Cependant, en refusant, par une ordonnance du 28 octobre 2004, d'entendre la requête, la Cour a manqué une occasion de dissiper les malentendus qui apparaissaient déjà à l'orée de cette décision.

Sur un plan strictement juridique, les cinq points soulevés par les juges de la minorité sont très convaincants. Comme ces derniers, nous pensons que, malgré l'utilisation de deux expressions différentes dans deux phrases immédiatement successives, l'arrêt *R. c. Mann* requiert des motifs raisonnables de soupçonner autant pour la détention aux fins d'enquête que pour la fouille accessoire. En effet, suite à cet arrêt, la Cour s'est prononcée sur l'affaire *R. c. Clayton* qui portait sur les fouilles de sécurité dans la rue, dans un contexte voisin de celui de l'arrêt *R. c. Mann*. Or, dans cette décision, les juges majoritaires utilisaient indistinctement les expressions motifs raisonnables de croire pour la détention et motifs raisonnables de soupçonner pour la fouille et vice-versa (par. 30, 33, 40, 42, 44, 46) alors qu'ils auraient pu, comme dans le par. 45 de l'arrêt *R. c. Mann*, utiliser les soupçons raisonnables uniquement pour la détention et les motifs raisonnables de croire uniquement pour la fouille.

Cependant, un élément factuel très important favorise la position des juges majoritaires dans l'affaire *R. c. MacDonald*. Il s'agit du fait que, parmi les sept juges qui se sont prononcés dans la décision *R. c. MacDonald*, seuls les juges LeBel et Fish avaient également siégé dans l'affaire *R. c. Mann*⁶. Or, ces deux juges font

6. Les trois juges minoritaires dans l'affaire *R. c. MacDonald* n'étaient pas au banc de la Cour dans l'affaire *R. c. MacDonald*. Le juge Rothstein ne siégeait pas dans cette affaire. Le juge Moldaver quant à lui a été nommé à la Cour en octobre 2011 ; il siégeait à la Cour d'appel de l'Ontario à l'époque où a été rendu cet arrêt. Il en est de même du juge Wagner qui a été nommé à la Cour en octobre 2012 et qui siégeait à la Cour supérieure du Québec en septembre 2004.

partie de la majorité dans l'affaire *R. c. MacDonald*. Le fait qu'ils soient les seuls à avoir siégé dans les deux affaires peut laisser croire qu'ils sont plus informés de l'état d'esprit de la Cour quand elle rendait l'arrêt *R. c. Mann*.

Pour notre part, bien que nous partageons la lecture des trois juges minoritaires à l'effet que l'arrêt *R. c. Mann* exige des soupçons raisonnables autant pour la détention que pour la fouille accessoire dans une rue, nous ne croyons pas moins que la trame factuelle dans l'affaire *R. c. MacDonald* est fondamentalement différente. Par conséquent, nous adoptons la conclusion des juges majoritaires à l'effet que la fouille préventive de sécurité effectuée sans mandat dans une résidence privée requiert une norme de raisonnabilité plus élevée, en l'occurrence celle des motifs raisonnables de croire.

3.2 *Et naquit une nouvelle exception au pouvoir de fouille sans mandat*

Une analyse approfondie des arrêts *R. c. Mann* et *R. c. MacDonald* renseigne que les deux affaires se déroulaient dans des contextes fort différents, exigeant des normes de raisonnabilité tout aussi différentes. Ainsi, les juges minoritaires dans l'arrêt *R. c. MacDonald*, bien qu'ayant parfaitement expliqué les exigences de l'arrêt *R. c. Mann* quant aux fouilles préventives de sécurité dans une rue, ne se sont peut-être pas aperçus que les juges majoritaires étaient en train d'établir une norme de raisonnabilité applicable uniquement aux pouvoirs de fouille préventive de sécurité dans une résidence privée par un policier s'y trouvant légalement. Alors que le juge Beveridge, dissident dans la décision de la Cour d'appel, était d'avis qu'il n'existait pas encore un pouvoir de common law permettant à la police de pénétrer dans une résidence privée sur la base de soupçons raisonnables (par. 174), la Cour suprême du Canada vient de créer un tel pouvoir mais sur la base de la norme plus élevée des motifs raisonnables de croire.

Pour la majorité dans l'affaire *R. c. MacDonald*, la juge en chef McLachlin ne siégeait pas dans l'affaire *R. c. Mann* tandis que la juge Abella n'a été assermentée à la Cour que le 4 octobre 2004. Les autres juges qui avaient siégé dans l'affaire *R. c. Mann* s'étaient déjà retirés de la Cour avant l'audition de l'affaire *R. c. MacDonald* : minoritaires dans *R. c. Mann*, les juges Bastarache et Deschamps ont respectivement pris leur retraite en 2008 et en 2012 ; majoritaires dans l'arrêt *R. c. Mann*, les juges Iacobucci, Major et Binnie se sont quant à eux retirés respectivement en 2004, 2005 et 2011.

Les trois points suivants soutiennent notre réflexion.

Premièrement, les juges majoritaires ne semblent pas contester la lecture que les juges minoritaires font de l'arrêt *R. c. Mann*. Nulle part dans leurs motifs, le juge LeBel n'a discuté cette lecture ni même distingué explicitement les conclusions de cet arrêt. Cependant, dès le début de sa réflexion, il posait le postulat selon lequel son raisonnement portait sur les fouilles préventives de sécurité effectuées dans une résidence privée par un policier légalement autorisé à s'y présenter. Les passages suivants sont édifiants :

[1] Dans la présente affaire, il nous faut examiner l'étendue des pouvoirs en matière de fouille dont disposent les policiers dans leurs interactions quotidiennes avec des citoyens lorsqu'ils se présentent à leur porte. En l'espèce, les policiers ont répondu à une plainte de bruit. Sans s'y attendre, ils se sont trouvés dans une situation dangereuse mettant, selon eux, leur sécurité et celle d'autrui en péril. Les accusations portées à la suite de cet incident nous donnent l'occasion d'examiner l'application de l'article 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* dans ce contexte [...]

[38] [...] De telles limites à l'égard des fouilles de sécurité sont particulièrement importantes lorsque la fouille est effectuée dans une résidence privée, comme en l'espèce, où est survenue une atteinte grave à l'intimité du foyer de M. MacDonald. De plus, de telles fouilles peuvent souvent permettre à la police d'obtenir de nombreux renseignements personnels très délicats.
[Nos soulignements]

Par contre, les juges majoritaires dans l'arrêt *R. c. Mann* entamaient ainsi leur réflexion :

1 Le présent pourvoi soulève des questions fondamentales concernant le droit des citoyens de circuler dans les rues sans être dérangés par l'État, compte tenu toutefois du rôle nécessaire que joue la police dans les enquêtes criminelles. [Nos soulignements]

Nanti de ce postulat, nous estimons qu'il y a à la fois similitude et différence entre les deux pouvoirs de fouille accessoire reconnus dans les arrêts *R. c. Mann* et *R. c. MacDonald*. Similitude parce que ces deux pouvoirs se justifient, en quelque sorte, par une certaine urgence de procéder à la fouille afin de protéger la vie et la sécurité des policiers. Différence cependant parce que l'attente de vie privée de Mann était très réduite dans la rue alors

que celle de M dans sa résidence privée est, au contraire, des plus élevées⁷. D'où la logique juridique de la Cour de n'exiger rien de plus que des soupçons raisonnables dans la situation de Mann alors qu'elle exige rien de moins que des motifs raisonnables de croire relativement à la résidence de M⁸.

Deuxièmement, le pouvoir de fouille reconnu dans l'arrêt *R. c. Mann* est directement tributaire de l'existence d'une détention préalable aux fins d'enquête légale⁹. Ainsi, si les juges majoritaires dans l'arrêt *R. c. MacDonald* entendaient appliquer intégralement les conclusions de l'arrêt *R. c. Mann*, ils auraient préalablement déterminé s'il existait, dans le cas de M, une détention préalable aux fins d'enquête et, le cas échéant, si celle-ci était légale. L'absence de la détermination d'une détention aux fins d'enquête dans l'arrêt *R. c. MacDonald* est un indice supplémentaire à l'effet que la majorité de la Cour entendait créer un pouvoir de fouille parallèle à celui reconnu dans l'arrêt *R. c. Mann*. En quelque sorte, la Cour a substitué la détention aux fins d'enquête de l'arrêt *R. c. Mann* par l'invitation implicite aux policiers de s'approcher d'une résidence privée dans le but de communiquer avec ses occupants. Il était donc logique que la Cour ne se sente pas liée par la norme de raisonnablement moins exigeante établie dans l'arrêt *R. c. Mann* de la même manière qu'elle ne s'était pas sentie liée, dans cette dernière décision, par la norme de raisonnablement encore moins exigeante établie relativement aux fouilles accessoires à l'arrestation¹⁰. Étant donné que tous ces pouvoirs de fouille sont parallèles et indépendants les uns par rapport aux autres, il semble tout à fait compréhensible que la Cour applique la norme de raisonnablement qui, au regard de l'article 8 de la *Charte canadienne*, lui semble justifiée au regard de l'ensemble des circonstances¹¹.

Troisièmement, une autre distinction entre le pouvoir de fouille reconnu dans *R. c. Mann* et celui consacré dans *R. c. MacDonald* origine du fait que ces deux pouvoirs s'abreuvent de la

7. *R. c. Feeney*, [1997] 2 R.C.S. 13, par. 43.

8. Rappelons que le juge Beveridge, dissident dans la décision de la Cour d'appel, qui soutenait que l'arrêt *R. c. Mann* ne permet pas une fouille dans une résidence privée (par. 152).

9. Les juges Saunders et MacDonald (majoritaires) de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse avaient reconnu l'absence de détention dans le cas de M (par. 30).

10. *R. c. Caslake*, [1998] 1 R.C.S. 51, par. 19-23.

11. *R. c. A.M.*, [2008] 1 R.C.S. 569, par. 5.

même source de légitimité que constitue la décision *R. c. Waterfield*, jugement longuement discuté dans ces deux décisions. Pour rappel, cet arrêt, qui portait sur la nécessité de doter les policiers des pouvoirs nécessaires à l'exercice de leurs devoirs, est la matrice de plusieurs pouvoirs de fouille policière sans mandat constitutionnellement acceptés par la Cour¹². Or, ces pouvoirs ainsi consacrés, parce que découlant de la même source nourricière, se situent au même niveau de légitimité par rapport à l'article 8 de la *Charte canadienne*. Par conséquent, les juges majoritaires ont établi la norme de raisonabilité qui leur semblait requise indépendamment de celle qui avait été retenue dans l'affaire *R. c. Mann* qui elle-même était indépendante de celle établie dans l'arrêt *R. c. Caslake*.

Ainsi, nous estimons que le pouvoir de fouille consacré dans l'affaire *R. c. MacDonald* doit être circonscrit de la façon suivante :

- le policier se présente à la porte de la résidence privée d'un individu afin seulement de communiquer avec ce dernier. En cela, les exclusions de l'arrêt *R. c. Evans* continuent de s'appliquer. Il est entendu que si, dès le départ, la présence policière est illégale, la fouille accessoire le serait vraisemblablement ;
- le policier se trouve dans une situation dangereuse mettant sa sécurité ou celle d'autrui en péril. Si, dans les mêmes circonstances, une autre personne se trouvait dans l'unité de M et que le sergent Boyd craignait pour la sécurité de cette dernière, le même pouvoir de fouille serait sans doute applicable. Par contre, ce pouvoir n'aurait pas été applicable si, par exemple, le sergent Boyd avait des motifs raisonnables et probables de croire que l'unité de M abritait une culture de marijuana. Dans ce dernier cas, une fouille sans mandat ne saurait être valide que si les critères traditionnels de l'urgence sont rencontrés¹³.

Ainsi circonscrit, il semble raisonnable que le pouvoir de fouille reconnu dans l'arrêt *R. c. MacDonald* exige rien de moins que des motifs raisonnables et probables pour fouiller sans mandat un individu se trouvant dans sa résidence privée. En résumé, cet arrêt vient de créer un pouvoir de fouille accessoire à l'autorisation implicite de frapper à la porte d'une résidence privée.

12. *R. c. Mann*, par. 25.

13. *R. c. Grant*, [1993] 3 R.C.S. 223, 243.

Conclusion

L'apparition d'un nouveau pouvoir de fouille reconnu par la common law aurait de quoi réjouir les corps policiers à la grandeur du pays. En effet, dans la panoplie des devoirs qui leur incombent, les policiers bénéficient désormais d'une nouvelle exemption au principe de l'autorisation préalable établi depuis trois décennies. En cela, la Cour suprême vient non seulement de réaffirmer la nécessité de doter les policiers des pouvoirs nécessaires à l'exercice de leurs devoirs mais encore consacre-t-elle, une fois de plus, l'arrêt *R. c. Waterfield* en tant que source intarissable de ces pouvoirs.

Cependant, la multiplication de ces exceptions aurait été parfaitement salubre si elle ne s'accompagnait pas, dans le même temps, d'une inflation normative qui défie constamment le jugement du policier le plus aguerri. Or, à chaque nouvelle exception, la Cour établit une norme de raisonnable correspondance soit à la probabilité, à la possibilité ou encore à la chance raisonnables. Également, au vu des développements technologiques, les motifs pouvant donner ouverture à ces fouilles rencontrent de nouvelles problématiques. Ce qui laisse présager que, autant pour les policiers que pour les tribunaux inférieurs, il n'y en aura pas de facile.

Il n'y en aura pas de facile pour les policiers qui doivent « réagir avec rapidité, efficacité et souplesse aux diverses situations qu'ils rencontrent quotidiennement aux premières lignes du maintien de l'ordre »¹⁴. Ils devront, dans les quelques secondes précédant souvent la fouille d'un suspect, déterminer la source de leur intervention, identifier la bonne norme de raisonnable qui convient et prendre en compte tout un tas d'éléments sibyllins avant de poser des gestes souvent dans le seul but d'assurer leur protection et celle du public.

Il n'y en aura pas non plus de facile pour les tribunaux qui devront déterminer la constitutionnalité des interventions policières, dans des situations aussi complexes les unes que les autres. Si les juges de la Cour suprême du Canada sont la plupart du temps très fortement divisés dans l'exercice de cette tâche (comme ils viennent de le démontrer dans l'affaire *R. c. Mac-*

14. *R. c. Mann*, par. 16.

Donald), il va sans dire que ceux des tribunaux inférieurs, qui sont en première ligne, seront tout autant éprouvés.

Addendum

Depuis la rédaction de cet article, deux juges de la Cour suprême de l'Ontario se sont brièvement arrêtés sur le sens et la portée de l'arrêt *R. c. MacDonald*. Ces deux décisions font la même lecture de cet arrêt que celle qui est présentée par l'auteur.

Dans la décision *R. v. Green*, 2014 ONSC 1470 (rendue le 7 mars 2014), le juge Spies se déclare certes lié par les motifs de la majorité dans l'arrêt *R. c. MacDonald* ; il a donc appliqué la norme des motifs raisonnables et probables quant à la fouille accessoire à la détention aux fins d'enquête (par. 102). Cependant, il a reconnu la pertinence et le sérieux des motifs des trois juges minoritaires dans cet arrêt (par. 101). Ainsi, il semblait disposé à restreindre la portée de cet arrêt aux fouilles qui se déroulent « at the doorway of the accused's dwelling where he clearly had a strong reasonable expectation of privacy » (par. 101).

Le 1^{er} avril 2014, le juge K.L. Campbell rendait la décision *R. v. Le*, 2014 ONSC 2033. Aux paragraphes 99 et 100 de la décision, le juge restreint très clairement l'arrêt *R. c. MacDonald* aux cas où la fouille se déroulerait dans une *private residence* et non dans la rue comme c'était le cas dans l'arrêt *R. c. Mann*. Les passages pertinents méritent d'être reproduits :

[99] There is some question whether the decision in *R. v. MacDonald* changes the legal threshold for lawful police “safety searches” from the traditional “reasonable suspicion” standard to a higher standard akin to the search warrant requirement of “reasonable and probable grounds.” I do not read the *R. v. MacDonald* decision as having such an effect. It is important to recall that, from its judicial inception in *Terry v. Ohio*, 392 U.S. 1, 88 S.Ct. 1868 (1968), the courts in the United States and Canada have long applied, in somewhat different language, the standard of “reasonable suspicion” to measure the constitutional permissibility of such “stop and frisk” searches. The significantly higher standard of “reasonable and probable grounds” has never been the required threshold, for the sound functional reason that it would render such searches legally redundant and practically useless. If a police officer possessed reasonable and probable grounds to believe a suspect was armed and dangerous, the suspect would invariably be arrested, not merely

detained, and would be physically searched as incident to that arrest. There would be little point in the existence of the police “safety search” power, which has been clearly recognized in the appellate court jurisprudence, if it provided no search powers beyond those already recognized as being incident to an arrest. Moreover, if police officers are to lawfully conduct investigations in relation to detained (but not arrested) suspects, it only stands to reason that they must be given the lawful means of taking the necessary steps to protect themselves and others during the course of such investigations. Otherwise, the police would be needlessly placed at serious risk in the performance of their important public duties. See: *R. v. Chehil*, 2013 SCC 49 (CanLII), 2013 SCC 49, at para. 3, 20-24, 27; *R. v. MacKenzie*, 2013 SCC 50 (CanLII), 2013 SCC 50, at para. 74; *R. v. Clayton and Farmer*, at paras. 20, 28-30, 43-49, 81-84, 98, 103-104, 118, 123-126; *R. v. Simpson*, 1993 CanLII 8489 (ON C.A.), (1993), 12 O.R. (3d) 182; 79 C.C.C. (3d) 482 (C.A.), at p. 202; *Arizona v. Johnson*, 129 S.Ct. 781 (2009), at p. 784; *R. v. Crocker*, 2009 BCCA 388 (CanLII), 2009 BCCA 388, 275 B.C.A.C. 190, at paras. 62-72, *leave denied*: [2010] 1 S.C.R. viii; W.R. LaFave, *Search and Seizure – A Treatise on the Fourth Amendment* (2005, 4th ed.) at § 9.6(a); J.A. Fontana and D. Keeshan, *The Law of Search and Seizure in Canada* (2010, 8th ed.) at pp. 709-712.

[100] In *R. v. Mann* and its progeny the courts have confirmed the existence of the police power to detain individuals for investigative purposes and, where the police have “reasonable grounds” to suspect the detainee is armed and dangerous, to conduct a brief frisk or pat-down search to ensure their own safety and the safety of the public as they conduct such investigations. In my view, *R. v. MacDonald* is but an application of that well-established warrantless search power in a particular factual context, namely, where the search involves police entry of the confines of a private residence, where there is an increased expectation of privacy. See: *R. v. Zargar*, 2014 ONSC 1415 (CanLII), 2014 ONSC 1415, at paras. 29-32. Indeed, in *R. v. MacDonald*, the Supreme Court expressly purports to apply *R. v. Mann* in this factual context – not overrule it (or the many subsequent judgments that have clarified and applied it). The confusion in relation to this legal threshold has arisen, it seems to me, from the use of the phrase “reasonable grounds” to describe the threshold of “reasonable suspicion” or “articulable cause,” as this same terminology is also used to describe the higher threshold of “reasonable and probable grounds.” See: *R. v. Mann*, at paras. 33-35, 40-45, 63-64. Accordingly, it is important to recall that, in this particular context, the term “reasonable grounds” is used to describe a threshold of reasonable suspicion, not a threshold of reasonable probability.

La détention des mineurs étrangers non accompagnés dans le contexte de l'immigration

Mouna HADDAD

Résumé

Dans plusieurs pays à travers le monde certaines autorités gouvernementales arrêtent des mineurs étrangers non accompagnés et les détiennent dans des centres fermés. En général leur détention n'est pas relative à une infraction pénale, mais au manque de documents règlementaires requis qui rendraient possible leur entrée légale dans le pays. Un centre fermé est un lieu propice à des pratiques abusives car son fonctionnement manque de transparence. Il est particulièrement important que les États parties à la *Convention relative aux droits de l'enfant* reconnaissent aux mineurs étrangers non accompagnés le droit d'être traités avec humanité et avec respect de leur qualité d'enfant, et cela en satisfaisant à leurs besoins spécifiques.

Dans le présent article, nous exposons d'abord les faits d'une affaire célèbre survenue en Belgique concernant la détention d'une mineure étrangère non accompagnée, âgée de cinq ans à l'époque. On constate avec cette affaire que la problématique de la détention des mineurs étrangers non accompagnés est pertinente aussi dans d'autres pays que le Canada.

Nous abordons ensuite la norme internationale sur la détention des enfants garantie dans la *Convention relative aux droits de l'enfant*, le but est d'examiner la conformité à cette norme des dispositions concernant la détention des mineurs contenues dans la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* du Canada. Nous concluons par la nécessité d'introduire certaines améliorations dans cette loi fédérale. Le choix d'examiner le droit canadien

s'explique par le fait que le Canada, notamment grâce aux efforts particuliers du Québec, est le pays qui a le plus poussé à l'élaboration de la Convention relative aux droits de l'enfant.

La détention des mineurs étrangers non accompagnés dans le contexte de l'immigration

Mouna HADDAD*

Introduction	119
I. La norme internationale concernant la détention des enfants	121
I.1 L'article 37 de la <i>Convention relative aux droits de l'enfant</i>	121
I.2 La réserve émise par le Canada à l'article 37 de la <i>Convention relative aux droits de l'enfant</i>	123
II. Le cadre légal canadien de la détention des mineurs étrangers non accompagnés dans le contexte de l'immigration	125
II.1 L'absence de données statistiques centrales sur la détention des mineurs étrangers non accompagnés	125
II.2 La <i>Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés</i>	127
2.1 Les quatre motifs facultatifs de détention . .	128
2.2 L'ajout d'un cinquième motif de détention obligatoire par le projet de loi C-4	128
2.3 La durée de la détention	131
Conclusion	133

* Avocate membre du Barreau de Nazareth (Galilée).

INTRODUCTION

Le 18 août 2002, une décision de refus d'accès au territoire avec refolement fut prise par les autorités belges à l'encontre d'une enfant congolaise de cinq ans ; le motif était qu'elle n'était pas en possession des documents requis par la loi belge sur l'accès au territoire des étrangers¹. Le même jour une décision de son maintien dans un lieu de rétention situé à la frontière fut prise. L'enfant a été placée en détention dans le centre fermé *127bis*. Elle a été expulsée sans accompagnement par les autorités belges vers son pays d'origine alors qu'elle cherchait tout simplement à rejoindre sa mère qui l'attendait au Canada. Cette affaire dite *Tabitha*, tiré du nom de la jeune fille, a donné lieu à une condamnation de la Belgique par la Cour européenne des droits de l'homme². Elle a contribué à accélérer le processus d'adoption de la *Loi-programme du 24 décembre 2002 sur la tutelle des mineurs étrangers non accompagnés*³. Cette loi a pour but de mettre en place un système de protection et de représentation spécifique pour ces mineurs et institue à cet effet un service de Tutelles indépendant. La Belgique n'est pas le seul pays concerné par l'arrivée de mineurs étrangers non accompagnés sur son sol. D'autres pays dont le Canada, auquel nous consacrerons cet article, sont également confrontés à ce phénomène qui mérite une réponse juridique adéquate en termes de protection de l'enfance.

Par *mineur étranger non accompagné*, on entend un *enfant* au sens de l'article premier de la *Convention relative aux droits de l'enfant (CRDE)*⁴ qui a été séparé de ses deux parents ainsi que d'autres membres proches de sa famille, et qui n'est pas pris en

1. *Loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers*, M.B. 20.12.2007.
2. Cour eur. D.H., 12 octobre 2006, *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique*, (ci-après : « Tabitha »).
3. *Loi-programme du 24 décembre 2002 sur la tutelle des mineurs étrangers non accompagnés*, Moniteur Belge, 31.12.2002., Chapitre 6 – Tutelles des mineurs étrangers non accompagnés. La loi sur la tutelle est entrée en vigueur le 1^{er} mai 2004 conformément au prescrit de l'arrêté royal du 22 décembre 2003 portant exécution de la loi (M.B., 29.01.2004). Celui-ci fut modifié ensuite par l'arrêté royal du 7 décembre 2007 (M.B., 22.01.2008).
4. *Convention relative aux droits de l'enfant* du 20 novembre 1989, (1992) 1577 R.T.N.U 3 [1992] RT Can. n° 3 (ci-après : *CRDE*).

charge par un adulte investi de cette responsabilité par la loi ou la coutume⁵. Ces mineurs arrivent dans le pays d'accueil sans documents administratifs requis et leur situation nécessite une régularisation. À leur arrivée, certains pays leur permettent de faire une demande d'asile ou toute autre demande permettant d'obtenir une autorisation à entrer et séjourner sur leur territoire.

Différentes raisons poussent le mineur non accompagné à se déplacer seul en dehors de son pays d'origine ou du pays de sa résidence habituelle : la persécution, la traite, la vente de l'enfant par ses parents, un conflit armé, une guerre civile ou tout simplement la recherche d'une meilleure vie loin de la pauvreté et de la famine. Le mineur étranger non accompagné se retrouve bien souvent livré à lui-même, sans repères culturels et familiaux solides ce qui fait de lui un être plus vulnérable. Il est donc davantage exposé au risque d'exploitation, d'abus sexuel ou de détention et mérite qu'on lui prête une attention toute particulière. Néanmoins, sa caractéristique d'être étranger est un frein non négligeable à sa protection par l'Etat d'accueil mais cela ne justifie pas un éloignement de la norme internationale et quasi universelle relative à la protection des enfants.

Le présent article a pour objectif l'examen de la norme internationale sur la détention des enfants garantie par la *Convention relative aux droits de l'enfant* (I). Cette analyse permettra de vérifier la conformité à cette norme des dispositions de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*⁶ du Canada (II) afin de pouvoir proposer une amélioration de cette loi fédérale (**Conclusion**).

5. Nations unies, CRC/GC/2005/6, *Observation générale n° 6 (2005), traitement des enfants non accompagnés et des enfants séparés en dehors de leur pays d'origine*, §7 (ci-après : *O.G. n° 6*). Nous attirons l'attention du lecteur à ne pas confondre le mineur non accompagné avec le mineur séparé. Par *mineur séparé* on entend un enfant au sens de l'article 1^{er} de la CRDE, lequel a été séparé de ses parents ou des personnes qui en avaient la charge à titre principal en vertu de la loi ou de la coutume, mais pas nécessairement séparé d'autres membres de sa famille. Le mineur séparé peut donc être accompagné par d'autres membres de sa famille, ce qui n'est pas le cas pour le mineur non accompagné. Cette distinction est adoptée aussi par le Haut Commissariat aux réfugiés et aux apatrides : Haut-commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, *Manuel de réinstallation – Département de la protection internationale*, Genève novembre 2004, première éd. juillet 1997, p. IV/43.

6. *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27. Version en vigueur depuis le 6 févr. 2014 (ci-après : LIPR). Nous n'aborderons pas la détention en vertu du *Code criminel* canadien ou de la *Loi sur les jeunes contrevenants*.

I. LA NORME INTERNATIONALE CONCERNANT LA DÉTENTION DES ENFANTS

Dans la Convention relative aux droits de l'enfant, la détention est règlementée à l'article 37 (I.1). Le Canada avait émis une réserve à cette disposition (I.2).

I.1 L'article 37 de la *Convention relative aux droits de l'enfant*

Toute forme de privation de liberté est une atteinte au droit de tout être humain à la liberté, que ce soit un adulte ou un enfant. Ce droit fut reconnu d'abord par l'article 9(1) du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*. On peut remarquer que ce pacte permet une certaine restriction du droit à la liberté, mais seulement si la détention n'est pas arbitraire.

En droit international des droits de l'enfant c'est notamment la *Convention relative aux droits de l'enfant*⁷ qui contient une disposition équivalente qui est l'article 37b) selon lequel :

37. Les États parties veillent à ce que :

- a) ...
- b) Nul enfant ne soit privé de liberté de façon illégale ou arbitraire. L'arrestation, la détention ou l'emprisonnement d'un enfant doit être en conformité avec la loi, n'être qu'une mesure de dernier ressort, et être d'une durée aussi brève que possible ;
- c) ...
- d) ...

L'article 37 utilise le terme *enfants privés de liberté* sans préciser la raison de la privation de leur liberté. En conséquence, l'application de l'article 37 n'est pas limitée aux enfants détenus en raison de la commission d'une infraction pénale, mais s'étend aussi à la détention administrative des mineurs étrangers non accompagnés en vertu des lois nationales sur l'immigration.

Le Comité des droits de l'enfant des Nations unies, responsable de la bonne mise en œuvre de la CRDE et de son interprétation, s'appuie sur l'article 37 pour définir les conditions de détention des mineurs étrangers non accompagnés. Le Comité

7. CRDE, *supra*, note 4.

précise qu'« en application de l'article 37 de la Convention et du principe d'intérêt supérieur de l'enfant, les enfants non accompagnés ou séparés ne devraient pas, en règle générale, être placés en détention »⁸. En conséquence, même si la détention du mineur étranger non accompagné n'est pas interdite en soi, le principe mentionné est que la détention ne doit être qu'une mesure de *dernier ressort*. Cela implique que la détention doit être une mesure *nécessaire*. L'article 37b) ajoute que le *délai* de la détention doit être aussi bref que possible. La fixation d'un délai maximal de détention des mineurs devrait, à notre avis, être expressément garantie dans la loi.

Le Comité des droits de l'enfant ajoute que « la détention ne saurait être justifiée par le seul fait que l'enfant est séparé ou non accompagné, ni par son seul statut au regard de la législation relative à l'immigration ou à la résidence ou l'absence d'un tel statut »⁹. Même si la loi nationale sur l'immigration prévoit la possibilité de détenir le mineur étranger pour le motif de séjour irrégulier, une telle loi est contraire aux recommandations du Comité des droits de l'enfant. Le Comité exige quelque chose de plus que ce motif de détention lié au manque de documents réglementaires valides autorisant l'entrée dans le pays. Cela peut être par exemple le fait que le mineur étranger présente un danger concret et réel pour le public, ce qui n'est pas le cas de la majorité des mineurs étrangers non accompagnés.

Par ailleurs, l'article 37c) de la CRDE impose à la charge des États membres une obligation positive de garantir des conditions minimales de détention. Ces conditions permettent d'assurer que les enfants détenus soient traités avec humanité et avec le respect de leur dignité en répondant à leurs besoins spécifiques de leur qualité d'enfant :

37. [...]

c) Tout enfant privé de liberté soit traité avec humanité et avec le respect dû à la dignité de la personne humaine, et d'une manière tenant compte des besoins des personnes de son âge.

Cette norme garantit également que « tout enfant privé de liberté sera séparé des adultes, à moins que l'on estime préférable

8. CRC, *O.G. n° 6, supra*, note 5, § 61.

9. *Ibid.*

de ne pas le faire dans l'intérêt supérieur de l'enfant, ... »¹⁰. Le Canada avait émis une réserve à l'article 37c) de la CRDE au sujet de la séparation des adultes et des enfants lors de la détention.

I.2 La réserve émise par le Canada à l'article 37 de la Convention relative aux droits de l'enfant

En vertu de l'article 2 § 1.d de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*, l'expression *réserve* s'entend « d'une déclaration unilatérale, quel que soit son libellé ou sa désignation, faite par un État quand il signe, ratifie, accepte ou approuve un traité ou y adhère, par laquelle il vise à exclure ou à modifier l'effet juridique de certaines dispositions du traité dans leur application à cet État »¹¹. Lorsque le traité autorise les réserves, comme la CRDE, les réserves n'ont pas besoin du consentement des autres États contractants pour prendre effet¹². Dans la CRDE, ratifiée par le Canada, l'article 51(2) prévoit que les réserves ne doivent pas être « incompatibles avec l'objet et le but » de la convention. Par ailleurs, l'article 51(3) permet aux États membres de retirer à tout moment leurs réserves par une notification adressée au Secrétaire général des Nations unies, qui à son tour informe tous les États membres à la convention.

L'une des réserves que le Canada avait émises à la CRDE concerne l'article 37c) à propos de la détention des jeunes dans des locaux distincts de ceux des adultes, selon laquelle :

10. Le mineur détenu doit bénéficier des mêmes garanties procédurales minimales comme pour les adultes (art. 9(2) et (4) *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* et art. 37(d) de la CRDE). Voir également, ONU, *Ensemble de principes pour la protection de toutes les personnes soumises à une forme quelconque de détention ou d'emprisonnement*, 1988 ; ONU, *Règles minima pour le traitement des prisonniers*, 1955. Il s'agit notamment du : 1^o droit de communiquer au mineur étranger non accompagné tout ordre de détention, incluant les raisons l'ayant motivé et les droits qui s'y rapportent ; 2^o le droit d'être informé de son droit à un conseil juridique et à l'assistance juridique gratuite si elle peut être fournie ; 3^o la possibilité que la décision de détention fasse l'objet de contrôles automatiques périodiques et réguliers par une instance judiciaire ou administrative indépendante de l'autorité chargée de la détention sur la nécessité de maintenir le mineur en détention. Le mineur ou son représentant devront pouvoir y assister. 4^o le droit de récuser, en personne ou par l'intermédiaire d'un représentant, la nécessité de la privation de liberté de l'enfant lors de l'audience de contrôle et de réfuter quelque verdict que ce soit. Enfin, 5^o le droit de contacter et d'être contacté par le bureau local du Haut Commissariat aux réfugiés et aux apatrides, par des institutions nationales pour les réfugiés ou par d'autres agences ainsi que par un avocat.
11. *Convention de Vienne sur le droit des traités*, 23 mai 1969 (entrée en vigueur le 27 janvier 1980), Recueil des Traités, vol. 1155, p. 331.
12. Art. 20 de la Convention de Vienne sur le droit des traités.

Le Gouvernement du Canada accepte les principes généraux prévus à l'alinéa 37c) de la Convention, mais se réserve le droit de ne pas séparer les enfants des adultes dans les cas où il n'est pas possible ou approprié de le faire.

Dans le deuxième rapport périodique du Canada sur la mise en œuvre de la CRDE, qui fut présenté au Comité des droits de l'enfant, le gouvernement canadien avait expliqué que cette réserve était émise « afin de s'assurer que le bien-être des autres jeunes contrevenants et la sécurité du public puissent être pris en compte dans la décision touchant les mesures de garde applicables à un jeune contrevenant »¹³. La détention des jeunes contrevenants avec les adultes concerne notamment les autochtones « afin de mieux satisfaire à leurs besoins »¹⁴.

Dans le Rapport final du Comité sénatorial permanent des droits de la personne, différents témoignages nous permettent de savoir pourquoi le gouvernement a émis cette réserve, nous citons ici le plus marquant ; « le gouvernement voulait laisser une certaine latitude aux collectivités éloignées du Nord canadien, où la construction d'installations distinctes pour un petit nombre de jeunes contrevenants est souvent coûteuse et peu pratique, et où le fait de placer un enfant en détention dans des locaux séparés de ceux des adultes implique de l'envoyer très loin de sa famille »¹⁵.

Le Comité des droits de l'enfant n'a pas été convaincu par l'argument du gouvernement canadien et lui a demandé, à deux reprises, de retirer rapidement cette réserve, chose qui, à ce jour, n'a pas encore été faite¹⁶. En tout état de cause, nous pouvons arguer que la réserve en question concerne expressément la détention pénale en vertu de la *Loi sur les jeunes contrevenants*¹⁷ et ne parle pas de la détention en vertu de la *Loi sur l'immigra-*

13. Deuxième rapport périodique du Canada déposé au Comité des droits de l'enfant, CRC/C/83/Add.6, 27 mars 2003, § 503.

14. *Ibid.*, § 508.

15. Raynell ANDREYCHUK (prés.), *Les enfants : des citoyens sans voix, mise en œuvre efficace des obligations internationales du Canada relatives aux droits des enfants*, Rapport final du Comité sénatorial permanent des Droits de la personne, avril 2007, en ligne : <www.senate-senat.ca/rights-droits.asp>, p. 50-51.

16. *Observations finales sur les troisième et quatrième rapports périodiques du Canada*, CRC/C/CAN/CO/3-4, 6 décembre 2012, § 9 : « Tout en prenant acte avec satisfaction des efforts faits par l'État partie en vue de lever sa réserve à l'article 37c) de la Convention, le Comité réitère avec force sa recommandation précédente (CRC/C/15/Add.215, par. 7, 2003) tendant à ce que l'État partie retire rapidement sa réserve à l'article 37c) ».

17. L.R.C. (1985), ch. Y-1, art. 16.2.

tion¹⁸. En conséquence, cette réserve ne devrait pas affecter le droit des mineurs étrangers non accompagnés à être détenus séparément des adultes.

II. LE CADRE LÉGAL CANADIEN DE LA DÉTENTION DES MINEURS ÉTRANGERS NON ACCOMPAGNÉS DANS LE CONTEXTE DE L'IMMIGRATION

À l'heure actuelle, l'État canadien ne dispose pas de statistiques centrales et unifiées sur les mineurs étrangers non accompagnés qui arrivent à différents points d'entrée du Canada (II.1). Si les mineurs sont repérés par la police des frontières ils peuvent être détenus en vertu de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, une détention qui devrait néanmoins se faire conformément à la norme internationale (II.2).

II.1 L'absence de données statistiques centrales sur la détention des mineurs étrangers non accompagnés

Au Canada, nous n'avons pas de données officielles et centralisées sur le nombre de mineurs étrangers non accompagnés qui sont détenus dans les centres de rétention en vertu de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*¹⁹.

Claudette Deschênes, vice-présidente de l'agence des services frontaliers du Canada, avait témoigné devant le Comité sénatorial permanent des droits de la personne et avait mentionné « qu'en 2005-2006, il y avait 715 enfants migrants qui avaient été détenus au Canada dont 70 p. 100 pendant moins de six jours. Parmi ces enfants, 620 étaient accompagnés et 95 enfants non accompagnés »²⁰. Caroline Montpetit estime qu'il y a au moins 430 enfants demandeurs d'asile par année qui sont détenus dans des

18. Voir, le deuxième rapport périodique du Canada, *supra*, note 13, § 474-475.

19. *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, *supra*, note 6. Voir Wendy AYOTTE, *Separated children seeking asylum in Canada*, juillet 2001, UNHCR-Canada, p. 19, en ligne : <<http://www.unhcr.ch>> : « There are no comprehensive statistics on detention of children, whether accompanied or not. CIC estimates show that during 1999-2000, 338 children were detained: 252 were held with a parent (usually the mother), 86 were separated children. Detention times varied: 252 were detained for one day or less; 24 were detained for less than 15 days; 42 were detained for over 30 days. CIC could not provide the age, nationality, sex, reason for the detention, or whether the children were refugee claimants. Approximately 50% were Chinese and Pakistani children. CIC suggested that most had been detained pending removal. »

20. Raynell ANDREYCHUK (prés.), *Les enfants : des citoyens sans voix*, *supra*, note 15, p. 146-147.

prisons canadiennes en vertu d'un pouvoir discrétionnaire des agents des services frontaliers du Canada²¹. De même, le Conseil canadien pour les réfugiés prétend que les enfants étrangers en séjour irrégulier sont régulièrement détenus au Canada, parfois pour une période de plusieurs semaines, et cela même quand ils ne représentent aucun risque pour la sécurité ni aucun danger pour le public²². Mais nous ne pouvons pas vérifier les données que le Conseil canadien pour les réfugiés fournit. Il faut donc les prendre avec précautions. À ce titre, l'absence d'une base de données centralisée et officielle sur les mineurs étrangers non accompagnés au Canada est regrettable. Une telle base de données nous permettrait de les confronter aux données fournies par les organisations non gouvernementales et de vérifier leur conformité, car ces organisations peuvent avoir des intérêts personnels et financiers à diffuser de telles données, ce qui nuit à leur crédibilité. En l'absence de la base de données gouvernementale il nous est donc compliqué d'avoir accès à la réalité de la situation des mineurs non accompagnés au Canada. La seule conclusion que nous pouvons tirer de cet état de choses est que le Canada détient des mineurs étrangers non accompagnés en centres fermés. En effet, nous ne pouvons pas avoir une meilleure estimation de la situation car nous n'avons pas d'information officielle centralisée concernant le nombre exact de mineurs étrangers détenus, la durée, le motif et les conditions de détention. Finalement, nous ne savons pas si leur droit fondamental à l'éducation et aux soins de santé est respecté pendant leur détention.

Le gouvernement canadien devrait donc corriger l'absence de statistiques centrales, d'autant plus que le Comité des droits de l'enfant des Nations unies avait lui-même constaté que des mineurs étrangers non accompagnés continuent à être détenus au Canada en vertu de la loi canadienne sur l'immigration.

En 1995, le Comité des droits de l'enfant avait recommandé au gouvernement fédéral d'examiner la situation des enfants qui se sont vus refuser le statut de réfugié et qui sont en attente de leur expulsion²³. En 1999, la situation commence à changer au

21. Caroline MONTPETIT, « Des enfants dans les centres de détention », *Le Devoir*, 20 Janvier 2012, p. 1.

22. Conseil canadien pour les réfugiés, *La détention et l'intérêt supérieur de l'enfant*, novembre 2009, p. 2-3, en ligne : <www.ccrweb.ca>.

23. CRC/C/15/Add.37, Observations finales du Comité des droits de l'enfant concernant le rapport initial du Canada, 20 juin 1995, p. 5. En ligne : <<http://tb.ohchr.org/default.aspx>>.

Canada à cause de l'arrivée en Ontario d'un groupe de mineurs étrangers d'origine chinoise âgés de 11 à 17 ans non accompagnés qui étaient exploités par des trafiquants. Ces enfants ont été détenus pour des périodes allant parfois jusqu'à sept mois. Les motifs de ces détentions prolongées étaient qu'ils constituaient un danger pour le public ou qu'ils risquaient de s'enfuir. Leurs conditions de détention ne leur accordaient aucune protection contre l'environnement risqué dans lequel ils étaient détenus. En effet ils étaient placés avec des adultes criminels en centres fermés et rien n'a été mis en place pour les défendre contre cet environnement inadéquat pour un enfant. Ils n'ont eu aucun des services qui auraient permis de combler leurs besoins spéciaux psychologiques, physiques, médicaux, éducatifs et de loisirs²⁴. Depuis cet événement, le Canada a modifié la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (LIPR) de façon à y inclure le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant. Néanmoins, ce principe clé garanti par l'article 3 de la CRDE ne figure pas dans toutes les dispositions de la LIPR concernant les enfants.

II.2 La *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*

La Cour fédérale avait clarifié que « dans la société canadienne la détention constitue une restriction extraordinaire »²⁵. À ce jour, la détention des étrangers dans le contexte de l'immigration est réglementée à la section 6 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*²⁶ (LIPR) à partir de l'article 54 qui donne compétence à la section de l'immigration de contrôler la détention des étrangers.

La détention des mineurs étrangers est réglementée à l'article 60 de la LIPR selon lequel :

60. Pour l'application de la présente section, et compte tenu des autres motifs et critères applicables, y compris l'intérêt supérieur de l'enfant, est affirmé le principe que la détention des mineurs doit n'être qu'une mesure de dernier recours.

24. HCR, « *Separated Children Seeking Asylum in Canada: A Discussion Paper Adapted from an Original Report, Researched and Written by Wendy Ayotte* », juillet 2001, en ligne : <<http://ccrweb.ca>>, p. 22. Dans ce document, on précise également qu'il n'existe pas de statistiques claires sur le nombre des mineurs étrangers non accompagnés détenus au Canada, mais le Service Citoyenneté et Immigration Canada avait estimé à 338 le nombre des mineurs détenus entre 1999-2000, *ibid.*, p. 19.

25. *Ministre de la Citoyenneté et Immigration c. John Doe*, 2011 CF 974, §1.

26. LIPR, *supra*, note 6.

Cette disposition, *a priori* conforme à l'article 37 de la CRDE, incorpore le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant dans les décisions concernant sa détention et affirme que la détention d'un mineur ne doit être qu'une mesure de dernier recours. L'article 60 n'exclut pas la détention du mineur étranger, en raison des motifs de détention applicables aux étrangers adultes, lesquels sont précisés à l'article 55 de la LIPR. Il y avait au départ quatre motifs facultatifs de détention auxquels fut ajouté un cinquième motif de détention qui oblige l'agent à détenir un étranger.

2.1 Les quatre motifs facultatifs de détention

L'article 55 de la LIPR définit *quatre* motifs facultatifs permettant la détention d'un étranger²⁷ : le danger pour la sécurité publique, le risque de fuite de l'étranger, la demande d'enquête du ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration lorsqu'il soupçonne que l'étranger est interdit de territoire pour des raisons de sécurité ou d'atteintes aux droits humains ou internationaux, et le motif de l'identité non établie de l'étranger.

Pour tous ces motifs, la jurisprudence a établi une liste non exhaustive de facteurs appelés facteurs *Sahin*²⁸ dont le décideur doit tenir compte au moment où il rend une décision de détention ou de mise en liberté dans le contexte de l'immigration, que ce soit pour un majeur ou un mineur. Ces facteurs ont été codifiés ensuite à l'article 248 du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés (RIPR)*²⁹.

2.2 L'ajout d'un cinquième motif de détention obligatoire par le projet de loi C-4

Avec l'adoption relativement récente du projet de loi C-4, qui est problématique pour les mineurs étrangers non accompagnés

27. Avec ou sans mandat dépendamment du motif en question.

28. *Sahin c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1995] 1 C.F. 214 (1^{re} inst.), appel rejeté dans *Sahin, Bektas c. M.C.I.* (C.A.F., A-575-94), Stone, MacGuigan, Robertson, 8 juin 1995.

29. *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227 (Règlement à jour au 14-05-2014). Il s'agit du motif de la détention, de la durée de la détention, de l'existence d'éléments permettant l'évaluation de la durée probable de la détention, des retards inexplicables ou du manque inexplicable de diligence de la part du ministère ou de l'intéressé et, de l'existence de solution de rechange à la détention.

en séjour irrégulier, un cinquième motif de détention fut ajouté et inclus à l'article 55(3.1) de la LIPR³⁰. Il s'agit du « défaut d'établir l'identité de l'étranger désigné qui était âgé de seize ans ou plus à la date de l'arrivée visée par la désignation en cause »³¹.

Le projet de loi C-4 émanant du ministre de la Sécurité publique³² avait créé une nouvelle catégorie dite d'*étrangers désignés* insérée dans l'article 20.1 (1) de la LIPR. Cette nouvelle disposition permet au ministre de la Sécurité publique, lorsque l'intérêt public l'exige, de désigner l'arrivée d'un groupe de personnes étrangères au Canada comme une « arrivée irrégulière ». Les membres de ce groupe deviennent alors des « étrangers désignés » en raison de leur arrivée irrégulière. En conséquence, ils doivent subir toutes les restrictions apportées par le projet de loi adopté. Leur détention est désormais rendue obligatoire comme le prévoit l'article 55(3.1) de la LIPR :

Art. 55 Arrestation et détention obligatoires – étranger désigné

(3.1) Lorsqu'une désignation est faite en vertu du paragraphe 20.1(1), l'agent, selon le cas :

- a) détient, à son entrée au Canada, l'étranger qui est un étranger désigné en conséquence de la désignation et qui est âgé de seize ans ou plus à la date de l'arrivée visée par la désignation ;
- b) arrête et détient, sans mandat, l'étranger qui, après son entrée, devient un étranger désigné en conséquence de la désignation et qui était âgé de seize ans ou plus à la date de l'arrivée visée par la désignation ou lance un mandat pour son arrestation et sa détention.

Un mineur étranger non accompagné qui arrive de manière irrégulière avec des passeurs, contre qui le projet de loi est destiné en premier, serait-il aussi considéré comme appartenant à ce

30. Voir également : Commission de l'immigration et du statut des réfugiés, *Directives n° 2 : Directives sur la détention, Directives données par le président en application de l'alinéa 159(1) (h) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, en vigueur depuis le 29 octobre 2010 (mises à jour le 5 juin 2013), en ligne : <<http://www.irb-cisr.gc.ca>>.

31. *Ibid.*, p. 12.

32. Projet de Loi C-4 intitulé *Loi modifiant la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, la Loi sur les mesures de réforme équitables concernant les réfugiés et la Loi sur la sûreté du transport maritime* (dépôt et première lecture à la Chambre des Communes, le 16 juin 2012, 41^e législature, 1^{re} session), en ligne : <www.parl.gc.ca>.

groupe d'*étrangers désignés* et détenus obligatoirement par les agents des frontières ? Le projet de loi adopté n'introduit aucune nuance ou exception en ce qui concerne les enfants en séjour irrégulier. Au contraire, il *inclut expressément les mineurs âgés de 16 ans et plus* dans l'article 55(3.1). À l'instar des adultes, la détention des mineurs étrangers non accompagnés âgés de 16 ans ou plus devient automatique et obligatoire. Nous sommes d'avis que ce caractère *obligatoire* de la détention des mineurs contredit l'article 60 de la même LIPR selon lequel la détention d'un mineur ne doit être qu'une mesure de dernier ressort. Comment envisager la détention d'un mineur comme une mesure de dernier ressort lorsqu'elle est obligatoire ? ! Le caractère obligatoire de la détention est également contraire à l'article 37 de la CRDE et aux lignes directrices du Comité des droits de l'enfant et même aux lignes directrices du Haut Commissariat aux réfugiés et aux apatrides sur la détention des mineurs demandeurs d'asile³³.

Le projet de loi adopté instaure du même coup des conditions de mise en liberté plus difficiles pour les « étrangers désignés » et d'autres restrictions applicables à cette catégorie d'étrangers comme l'impossibilité de demander la résidence permanente pendant au moins cinq ans après leur désignation³⁴. Par ailleurs, le projet de loi adopté n'accorde pas aux « étrangers désignés » le droit d'appel à la Section d'appel des réfugiés. Au contraire, il rend plus difficile le contrôle de la détention des étrangers désignés et les conditions de leur libération. L'actuel article 57.1, §1 de la LIPR rend impossible un premier contrôle des motifs de détention par la section d'appel avant l'expiration d'un délai de 14 jours, ce qui est énorme pour un mineur. Après l'expiration de 14 jours, l'article prévoit un contrôle dans les meilleurs délais. Cette disposition consacrée au groupe d'étrangers désignés est une exception à l'article 57(1) de la LIPR qui permet un premier contrôle des motifs de détention dans les 48 heures suivant la détention. Elle est également une exception à l'article 57(2) de la LIPR qui permet des contrôles supplémentaires au moins une fois tous les sept jours suivant le premier contrôle, ensuite tous les 30 jours.

33. Le Haut commissariat aux réfugiés et aux apatrides (HCR) considère indésirable la détention des enfants demandeurs d'asile qui sont en séjour irrégulier du fait qu'ils sont un groupe vulnérable. HCR, *Principes directeurs du HCR sur les critères et les normes applicables quant à la détention des demandeurs d'asile*, Genève, 1999, p. 2, en ligne : <<http://www.unhcr.fr>>.

34. Art. 11(1.1) LIPR.

S'il semble compréhensible que l'objet principal du projet de loi C-4 est de prévenir l'organisation de l'entrée illégale et l'arrivée massive de migrants irréguliers au Canada³⁵, sa lacune consiste à ne faire aucune distinction, exceptions ou nuances concernant les mineurs étrangers non accompagnés âgés de 16 ans et les adultes étrangers désignés. Nous invitons le législateur à amender l'article 55(3.1) de la LIPR de manière à exclure les enfants âgés de 16 à 18 ans de la définition du groupe d'*étrangers désignés*.

2.3 La durée de la détention

La LIPR ne prévoit aucune durée maximale pour la détention des étrangers mineurs ou majeurs. Tout ce qu'elle prévoit c'est la possibilité d'avoir un contrôle judiciaire de la durée de détention, ce qui n'est pas comparable à une disposition législative fixant une limite maximale de la durée de détention. Le fait d'inclure une telle disposition dans la LIPR liera les tribunaux et limitera leur pouvoir plus ou moins discrétionnaire à fixer par eux-mêmes la durée maximale de la détention de l'étranger. Cela est encore plus pertinent lorsque l'étranger est un mineur. C'est pourquoi nous invitons le législateur fédéral à inclure une telle disposition qui fait défaut dans l'actuelle loi.

Conformément à l'article 56(2) de la LIPR, un étranger désigné peut être libéré uniquement dans trois cas : si sa demande d'asile ou de protection est admise en dernier ressort, ou en cas de prise d'effet d'une mesure de liberté prononcée en vertu de l'article 58, ou en cas de prise d'effet de sa mise en liberté ordonnée par le ministre en vertu de l'article 58.1 de la LIPR.

Le vide législatif concernant la durée maximale de la détention des mineurs étrangers devrait être comblé afin que la LIPR puisse se conformer à la norme internationale de protection des enfants qui exige de garantir un délai de détention aussi bref que possible. D'ailleurs, la Commission de l'immigration et du statut

35. Julie BÉCHARD, *Projet de Loi C-4 : Loi modifiant la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, la loi sur les mesures de réforme équitables concernant les réfugiés et la Loi sur la sûreté du transport maritime*, Publication n° 41-1-C4-F, Bibliothèque du Parlement, 30 août 2011, p. 2. L'auteur examine les obligations internationales du Canada, mais elle ne mentionne pas la Convention relative aux droits de l'enfant parmi les instruments internationaux qu'elle nomme, voyez à la p. 2 et s.

de réfugié (CISR) avait précisé qu'il existe une différence entre la détention d'un mineur et d'un non-mineur³⁶. C'est pourquoi nous ne voyons pas d'obstacles à ce que le législateur effectue un tel amendement à la LIPR.

Notons qu'en vertu de l'article 249 du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés (RIPR)*³⁷ les commissaires ou les agents de l'immigration doivent prendre en considération six critères réglementaires qui devraient être décidés dans *l'intérêt supérieur de l'enfant*³⁸ au moment de la prise de décision de sa détention. Par ailleurs, lorsqu'il s'agit d'évaluer la détention d'un mineur pour le motif d'une identité non établie, les critères qui s'appliquent aux adultes ne doivent pas être les mêmes à l'égard d'un mineur³⁹. C'est le cas par exemple du critère selon lequel l'étranger n'a pas coopéré. Les mineurs étrangers non accompagnés qui arrivent au Canada n'ont pas toujours avec eux les documents administratifs valides et ne coopèrent pas toujours adéquatement avec les autorités, non pas parce qu'ils ne veulent pas coopérer, mais simplement parce que leur degré de maturité ne leur permet pas de comprendre ce que les autorités leur demandent de fournir. L'absence de coopération peut aussi être due à la peur du mineur de parler, notamment s'il est victime d'exploitation ou d'enlèvement par des passeurs criminels.

36. *Canada (Citoyenneté et de l'Immigration) c. Chi*, 2001 CanLII 26665 (CISR). Il s'agissait du contrôle de la détention d'un adulte par la section d'arbitrage de la CISR selon laquelle : « En dernier lieu, le conseil a déposé, en tant que pièce D-1H, l'affaire Gao c. Canada. Je crois que le conseil n'a pas accordé beaucoup d'importance à cette décision et on le comprend aisément. Premièrement, cette affaire traite de mineurs et leur situation est sans aucun doute différente de celle des non-mineurs. Je remarque également que cette décision a été rendue par la Cour supérieure de l'Ontario qui, à en juger par le libellé et la teneur de la décision, ne traite pas nécessairement souvent de questions relatives à l'immigration. Je m'attendrais à ce que l'on accorde plus d'importance à une décision de la Cour fédérale comme Sahin, qui a certainement tenu compte, de façon soignée et détaillée, des conditions de détention à long terme de personnes en vertu de la *Loi sur l'immigration*. ».

37. *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés (RIPR)*, *supra*, note 29.

38. Il s'agit des critères suivants : 1^o la possibilité d'arrangement avec les organismes ou les services d'aide à l'enfance en vue de protéger l'enfant au lieu de le détenir. 2^o La durée de la détention prévue. 3^o Le risque que le mineur demeure sous l'emprise des trafiquants qui l'ont amené au Canada. Ce critère peut être parfois compris par les autorités dans un sens qui favorise la détention des enfants afin de les « protéger » des trafiquants. Néanmoins, il doit y avoir des lieux d'hébergement alternatifs aux centres fermés. 4^o Le genre d'établissement de détention et les conditions de détention. 5^o La disponibilité des locaux permettant la séparation des mineurs des adultes détenus et, 6^o la disponibilité des services sociaux dans l'établissement de détention tels que des services d'éducation, d'orientation ou de loisirs.

39. *RIPR*, *supra*, note 29, par. 247(2).

CONCLUSION

Dans le présent article, nous avons mis en lumière les exigences de l'article 37 de la Convention relative aux droits de l'enfant, dont l'application s'étend à la détention des mineurs étrangers non accompagnés dans le contexte de l'immigration. En droit international des droits de l'enfant, la détention des mineurs étrangers non accompagnés n'est pas interdite en soi, mais cette mesure reste indésirable et doit être prise seulement si elle est nécessaire. Si finalement les autorités déclarent cette mesure nécessaire elle doit alors être prise avec toutes les garanties relatives aux conditions de détention et aux droits procéduraux du mineur détenu.

Nous avons tenté d'examiner la conformité de la loi canadienne de l'immigration face à ces exigences ; nous constatons le besoin d'introduire deux modifications majeures dans cette loi fédérale afin de la rendre plus conforme à la norme internationale. Nous recommandons l'ajout d'une disposition fixant une limite maximale pour la durée de détention des mineurs et l'annulation de l'inclusion des mineurs étrangers âgés de 16 à 18 ans dans la définition de la nouvelle catégorie de groupe *d'étrangers désignés*. Cette inclusion a pour unique et regrettable conséquence de rendre obligatoire la détention de mineurs, ce qui contredit l'article 60 de la même loi. Enfin, nous invitons les autorités fédérales à élaborer une base centrale de données statistiques relatives aux mineurs étrangers non accompagnés, comme le recommande le Comité des droits de l'enfant⁴⁰.

40. CRC, O.G. n° 6, *supra*, note 5, § 98-100.

La disposition préliminaire du *Code de procédure civile*

Catherine PICHE

Le Code judiciaire renferme [...] un système complet des principes fondamentaux qui constituent la procédure comme une science passée au creuset de la philosophie.

P.R. LAFRENAYE, dans Gonzalve DOUTRE,
Les lois de la procédure civile, Tome premier,
Eusèbe Sénéchal, Imprimeur, Montréal, 1867,
p. VIII et X.

Loi instituant le nouveau Code de procédure civile, L.Q. 2014, c. 1,
Disposition préliminaire :

Le *Code de procédure civile* établit les principes de la justice civile et régit, avec le Code civil et en harmonie avec la *Charte des droits et libertés de la personne* (chapitre C-12) et les principes généraux du droit, la procédure applicable aux modes privés de prévention et de règlement des différends lorsque celle-ci n'est pas autrement fixée par les parties, la procédure applicable devant les tribunaux de l'ordre judiciaire de même que la procédure d'exécution des jugements et de vente du bien d'autrui.

Le Code vise à permettre, dans l'intérêt public, la prévention et le règlement des différends et des litiges, par des procédés adéquats, efficaces, empreints d'esprit de justice et favorisant la participation des personnes. Il vise également à assurer l'accessibilité, la qualité et la célérité de la justice civile, l'application juste, simple, proportionnée et économique de la procédure et l'exercice des droits des parties dans un esprit de coopération et d'équilibre, ainsi que le respect des personnes qui apportent leur concours à la justice.

Enfin, le Code s'interprète et s'applique comme un ensemble, dans le respect de la tradition civiliste. Les règles qu'il énonce s'interprètent à la lumière de ses dispositions particulières ou de celles de la loi et, dans les matières qui font l'objet de ses dispositions, il supplée au silence des autres lois si le contexte le permet.

La disposition préliminaire du *Code de procédure civile*

Catherine PICHÉ*

INTRODUCTION	139
I. RÉFORMES LÉGISLATIVES, DISPOSITIONS PRÉLIMINAIRES ET PRÉAMBULES	141
A. L'évolution des codes de procédure civile	141
B. Dispositions préliminaires, dispositions interprétatives et préambules	143
C. Champ d'application du <i>Code de procédure civile</i>	146
1. Le <i>Code de procédure</i> établit les principes de justice et régit la procédure « avec » le <i>Code civil</i>	146
2. Le <i>Code de procédure</i> régit la procédure, « en harmonie avec » la Charte et les principes généraux du droit	148
D. Une stratégie ingénieuse et séduisante de codification de la procédure	150
II. L'OBJET DU <i>NOUVEAU CODE</i> ET SES PRINCIPES DIRECTEURS	152
A. La justice privée à l'avant-scène	152
1. Élargissement de la justice civile québécoise	152

* L'auteure tient à remercier le professeur associé Denis Ferland, Ad. E., de la Faculté de droit de l'Université Laval, pour ses précieux commentaires relativement à la version finale de l'article. Elle remercie également Mani Allamehzadeh pour son apport à certaines questions de recherche en préparation de cet article.

2. L'obligation de considération des modes privés	157
B. Des procédés empreints « d'esprit de justice » . . .	159
C. La proportionnalité et l'économie des procédures et des preuves	163
D. Une mission (glorifiée) de saine gestion par le tribunal	166
E. La coopération des parties, l'avocat responsable et le respect des personnes	169
III. PRINCIPES D'INTERPRÉTATION DU <i>CODE DE</i> <i>PROCÉDURE CIVILE</i>	172
Le respect de la tradition civiliste et de la mixité des sources de la procédure civile québécoise	174
CONCLUSION ET OUVERTURE	178

INTRODUCTION

Une nouvelle étape dans la réforme de la procédure civile québécoise vient d'être franchie. Le nouveau *Code de procédure civile* est né. Le 21 février 2014, le *Projet de Loi instituant le nouveau Code de procédure civile* a été sanctionné à l'unanimité¹ et doit entrer en vigueur à l'automne 2015. La réforme d'abord envisagée par l'*Avant-projet de Loi instituant le nouveau Code de procédure civile*² avait donné lieu à des débats agités devant la Commission des institutions en début d'année 2012. Plusieurs mois, travaux et amendements plus tard, tous se sont entendus pour aller de l'avant et accueillir cette réforme importante du Code voulant que l'on modernise et que l'on simplifie le déroulement de l'instance, le procès civil et son appel éventuel.

Le *Nouveau Code de procédure civile* recherche un « effet de système » avec sa Disposition préliminaire qui, tout comme celle du *Code civil du Québec*, surplombe le Code et « redonne force et légitimité aux conceptions fondamentales de la loi en système de droit civil codifié »³. Le *Nouveau Code* s'inscrit dans le cadre d'objectifs et de valeurs classiquement reconnus des réformes de la procédure civile à travers le monde⁴, tels l'accessibilité à la justice, la qualité, la simplicité, la proportionnalité et la célérité de la justice civile par la reconnaissance des modes privés et volontaires de prévention et de règlement des différends⁵. Il propose, du coup, des changements catégoriques relativement à la définition même de la procédure civile et judiciaire et aux modes de résolution des différends à préconiser au Québec.

La formule proposée par le *Nouveau Code* est intéressante car s'inscrivant, de prime abord, dans un mouvement de gouvernance participative souhaitable à maints égards. De fait, on y reconnaît aujourd'hui officiellement le caractère fondamental des modes de prévention et de règlement des différends en priorisant la justice privée dans une obligation de « considérer » ces modes

1. *Loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, 2014, ch. 1 (« *Nouveau Code* », « *Nouveau Code de procédure civile* » ou « N.C.p.c. »).
2. *Avant-projet de loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, 2^e session, 39^e législature, 2011 [« L'Avant-projet »].
3. Alain-François BISSON, « Nouveau Code civil et jalons pour l'interprétation : traditions et transitions », (1992) 23 *R.D.U.S.* 1, 3 (BISSON, « Jalons »).

avant d'envisager la voie judiciaire. De plus, par cette réforme, le rôle du tribunal dans la gestion de l'instance devient beaucoup plus actif, même prioritaire à la maîtrise du dossier par les parties. Ces dernières seront malgré tout requises de coopérer dans le déroulement de l'instance, la communication des éléments de preuve et la mise en état du dossier.

Le présent article a pour objet de présenter certains des changements majeurs proposés par le *Nouveau Code* et sa culture judiciaire propre, et de manière plus fondamentale, de proposer une interprétation de sa riche disposition préliminaire, tout en situant l'importance de cette disposition dans l'interprétation de l'ensemble du Code. Cette interprétation se fera largement, de manière non littérale, en se fondant sur une méthode déductive, en souscrivant systématiquement à l'intention du législateur⁶. Seront d'abord abordés certains concepts d'interprétation des lois relativement aux distinctions entre préambule et disposition pré-

4. Voir notamment, DOBSON et KLEBBA, *Global Civil Procedure Trends in the 21st Century* (2011), etc.
5. Voir Notes explicatives, par. 1, de l'Avant-projet (« Cette loi institue le nouveau Code de procédure civile ayant principalement pour objectifs d'assurer l'accessibilité, la qualité et la célérité de la justice civile, l'application juste, simple, proportionnée et économique de la procédure, l'exercice des droits des parties dans un esprit de coopération et d'équilibre et le respect des personnes qui apportent leur concours à la justice. »).
6. Jean-Louis BAUDOUIN, « Conférence de clôture », dans *Le nouveau Code civil : interprétation et application*, Journées Maximilien-Caron (1992, Faculté de droit, Université de Montréal), Montréal, Éditions Thémis, 1993, p. 324. Cette manière d'interpréter la loi suit aussi, dans les grandes lignes, la méthode préconisée par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Doré c. Verdun (Ville)*, [1997] 2 R.C.S. 862, para. 15 (« [Le Code civil du Québec] doit recevoir une interprétation large qui favorise l'esprit et la lettre et qui permette aux dispositions d'atteindre leur objet. »). Cet arrêt, d'importance fondamentale en interprétation des lois, et pour l'interprétation du C.c.Q., particulièrement, confirme la préséance du Code civil du Québec sur la Loi sur les cités et villes (art. 585 L.C.V.) qui impose un avis préalable de 15 jours de la date d'un accident comme condition à l'exercice d'une action en réparation du préjudice corporel contre une municipalité. L'article 2930 du Code civil du Québec édicte que la prescription en matière de préjudice corporel est de trois ans. Fait intéressant, le juge Gonthier y cite les propos du juge Baudouin en Cour d'appel à l'effet que le Code civil du Québec s'applique à tous quand il est question de droit privé, même aux municipalités, et que son caractère impératif et d'ordre public lui donne préséance sur les lois particulières qui les constituent ainsi que sur celles qui leur sont applicables. Il mentionne que, contrairement au droit d'origine législative des provinces de common law, le Code civil n'est pas un droit d'exception, que son interprétation doit refléter ce fait, et qu'il constitue le droit commun du Québec. Ainsi, il doit recevoir une interprétation large qui favorise l'esprit sur la lettre et qui permette aux dispositions d'atteindre leur objet. La Cour précise qu'une disposition du Code peut aussi restreindre l'application de dispositions de lois particulières. Ainsi, elle conclut que le législateur québécois a exprimé clairement et précisément par l'article 2930 C.c.Q. son intention de rendre cette disposition impérative et d'ordre public.

liminaire, et à l'évolution de la présente réforme, partant de l'Avant-projet à la loi telle que sanctionnée. Ensuite, seront abordés le champ d'application du *Nouveau Code*, l'objet du *Nouveau Code* et des principes directeurs et enfin, les principes d'interprétation du *Nouveau Code* et de la procédure civile québécoise.

À travers la Disposition préliminaire, une nouvelle procédure civile apparaît et est organisée⁷, une justice civile moderne prend forme, reflétant par ses principes et valeurs les réalités sociales, morales, culturelles et économiques du justiciable québécois, réagissant à ses préoccupations, ses priorités et ses besoins, rééquilibrant les pendules de la justice pour accorder à la justice privée la place et l'importance qui lui revient pleinement.

I. RÉFORMES LÉGISLATIVES, DISPOSITIONS PRÉLIMINAIRES ET PRÉAMBULES

A. L'évolution des codes de procédure civile

Le *Code de procédure civile du Bas Canada* de 1867 fut la toute première codification de procédure civile au Québec⁸. Le législateur souhaitait alors concilier le droit français et le droit anglais tout en réunissant les principales sources codifiées et coutumières en la matière⁹. Cet objectif ne fut pas rempli, perturbant du coup le travail et la mission des tribunaux¹⁰. On a référé à cette codification comme présentant des « hésitations des codificateurs », « quelques contradictions », des « conflits de textes », « des difficultés sans nombre »¹¹.

Plusieurs réformes se sont ensuivies et ont défini et circonscrit ce domaine du droit judiciaire privé¹². En 1965, le législateur a

7. BISSON, « Jalons », *supra*, note 3, p. 5. Voir aussi Alain-François BISSON, « La Disposition préliminaire du C.c.Q », (1999) *R.D. McGill* 539 (BISSON, « Disposition préliminaire »).

8. *Acte concernant le Code de procédure civile du Bas Canada*, 29-30 Vict., c. 25, art. 6 (1866), proclamé le 22 juin 1866. Voir aussi G. DOUTRE, *Les lois de la procédure civile*, t. 1, Montréal, Eusèbe Sénécal Imprimeur-Éditeur, 1867 (DOUTRE, t. 1).

9. Jean-Maurice BRISSON, *La formation d'un droit mixte : l'évolution de la procédure civile de 1774 à 1867*, Montréal, Éditions Thémis, 1986 ; *Acte concernant le Code de procédure civile du Bas Canada*, S.R.B.C. 1866, c. 25.

10. *Ibid.*, p. 162.

11. DOUTRE, *Les lois de la procédure civile*, t. 2, Montréal, Eusèbe Sénécal Imprimeur-Éditeur, 1869, p. iii (DOUTRE, t. 2).

12. *Ibid.* Voir *Loi concernant le Code de procédure civile de la province de Québec*, S.Q. 1897, c. 48.

voulu « accélérer la marche de la justice » et codifier des dispositions nouvelles « propres à simplifier la procédure et à la ramener à son rôle de servante du droit substantiel »¹³. Au début des années 2000, a été entreprise une vaste réforme du *Code de procédure civile*, laquelle a mené, en 2002, à des modifications importantes au Code. En 2001, le législateur-codificateur a souhaité « revoir le Code afin d'énoncer et de compléter les principes qui devraient être à la base du *Nouveau Code* et d'en renouveler les règles dans un ensemble mieux intégré »¹⁴. Le Comité de révision a d'ailleurs alors recommandé (R.1-1 et R.1-2) d'énoncer certaines valeurs de justice dans une disposition préliminaire et des principes directeurs et des règles générales au début du code, et notamment d'énoncer dans une disposition préliminaire du code qu'un litige peut, dans les limites prévues par la loi, être résolu par l'un ou l'autre des modes suivants : la négociation, la conciliation ou la médiation d'une part, le recours à l'arbitre ou au tribunal d'autre part¹⁵. Le Comité de révision a référé au terme « litige » plutôt que « différend », et proposé d'intégrer la conciliation judiciaire (sous forme de conférence de règlement à l'amiable) et non les modes privés de prévention et de règlement des différends en général. Il a donc été question d'une révision complète de la procédure civile – et non d'une révision de la justice civile dans son ensemble – fondée sur une vision nouvelle articulée autour du respect des personnes, de la responsabilisation des parties, de l'intervention accrue du juge, de la proportionnalité de la procédure et de l'ouverture aux technologies de l'information.

Un nouveau départ est lancé avec le code réformé de 2014 qui, lui, redéfinit la justice civile, publique et privée, au-delà du *Code de procédure civile* actuel.

Le 29 septembre 2011, le ministre de la Justice déposait un avant-projet de loi visant à instituer un nouveau *Code de procédure civile*¹⁶. Après discussions et débats en commission parle-

13. Note explicative, Bill 20, *Code de procédure civile*, 3^e session, 27^e législature, 13 Elizabeth II, 1964, première lecture, p. IVa. Voir le Code de 1965 : *Code de procédure civile*, S.Q. 1965, c. 80 ((1966) 23 G.O., 3258).

14. Québec, Comité de révision de la procédure civile, *Une nouvelle culture judiciaire*, juillet 2001, (28 octobre 2010), en ligne : Justice Québec <<http://www.justice.gouv.qc.ca/francais/publications/rapports/pdf/crpc/crpc-rap2.pdf>> [Rapport « Une nouvelle culture judiciaire »].

15. *Ibid.*, p. 35 et s.

16. L'Avant-projet est disponible à : <file:///C:/Users/pichecat/Downloads/11-avpl-f%20(10).pdf>. Voir aussi OBSERVATOIRE DU DROIT À LA JUSTICE, Mémoire présenté à la Commission des institutions de l'Assemblée nationale du Québec

mentaire, le ministre de la justice a déposé le 30 avril 2013 un projet de loi visant à remplacer le présent Code¹⁷ par le *Nouveau Code de procédure civile*. Ce projet de loi avait pour objet :

- D'imposer une obligation accrue de coopérer et de s'informer ;
- De simplifier les demandes en cours d'instance ;
- De réformer complètement les interrogatoires préalables ainsi que les expertises ;
- En général, de rendre la justice civile beaucoup plus accessible.

C'est dans ce contexte et avec ces objectifs à l'esprit que le *Nouveau Code* a été sanctionné le 21 février 2014. La réforme de 2014 simplifie de manière drastique la loi et la pratique devant les tribunaux, dans le respect des objectifs de la réforme et du droit judiciaire en général. Fruit de réflexions et de discussions soutenues et prolongées, elle apporte la promesse d'un changement de culture processuelle et procédurale fondamental. Pour donner le ton à cette réforme fondamentale et faciliter le changement de culture, une Disposition préliminaire a semblé souhaitable. Elle coiffe aujourd'hui le *Nouveau Code de procédure civile*. À quoi cette disposition sert-elle ?

B. Dispositions préliminaires, dispositions interprétatives et préambules

Quoique l'idée d'intégrer une disposition préliminaire au code ait déjà été effleurée – et même proposée¹⁸, c'est la première fois qu'un code de procédure civile québécois prévoit une disposition préliminaire¹⁹. Quant au *Code civil du Québec*, ni le *Code civil*

dans le cadre de la consultation générale et des auditions publiques sur l'*Avant-projet de loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, décembre 2011, 58 pages [« Mémoire de l'Observatoire de 2011 »] ; Pierre NOREAU et Mario NORMANDIN, en collaboration avec les membres de l'Observatoire du droit à la justice, « L'autorité du juge au service de la saine gestion de l'instance », (2012) 71 *R. du B.* 207-248. L'article peut être consulté sur le site du Barreau du Québec à : <<http://www.barreau.qc.ca/pdf/publications/revue/2012-tome-71-1.pdf>>.

17. *Code de procédure civile*, RLRQ, c. C-25 (« C.p.c. »).

18. Une nouvelle culture judiciaire, *supra*, note 14, p. 35 et s.

19. Le *Code de procédure civile* québécois ne comportait pas non plus de disposition préliminaire quoique la deuxième version de ce Code de 1899 ait comporté des « Dispositions déclaratoires et interprétatives ».

du Bas Canada, ni le *Code Napoléon*²⁰, ne comportaient de disposition préliminaire. Ce n'est qu'avec la plus récente version du *Code civil du Québec* que l'on voit apparaître une disposition préliminaire au C.c.Q.²¹. Cette disposition, plus succincte que celle du *Code de procédure civile*, octroie expressément au Code civil le statut de « droit commun »²², confirmant l'intention du législateur d'accorder « la plus grande portée possible au champ opérationnel du Code civil »²³. La notion de « droit commun » peut aussi être perçue au regard de sa relation avec les autres lois, c'est-à-dire les « lois particulières »²⁴. En fait, le Code civil joue le rôle de

20. Par contre, les six premiers articles du Code Napoléon – qui précédaient le « Titre I^{er} » – étaient regroupés sous un « Titre préliminaire : De la publication, des effets et de l'application des lois en général ».
21. La Disposition préliminaire du C.c.Q. se lit comme suit :
« Le *Code civil du Québec* régit, en harmonie avec la *Charte des droits et libertés de la personne* (chapitre C-12) et les principes généraux du droit, les personnes, les rapports entre les personnes, ainsi que les biens.
Le code est constitué d'un ensemble de règles qui, en toutes matières auxquelles se rapportent la lettre, l'esprit ou l'objet de ses dispositions, établit, en termes exprès ou de façon implicite, le droit commun. En ces matières, il constitue le fondement des autres lois qui peuvent elles-mêmes ajouter au code ou y déroger. »
Pour l'historique de la Disposition préliminaire du C.c.Q., voir Mélanie SAMSON, *Les interactions de la Charte des droits et libertés de la personne avec le Code civil du Québec : une harmonie à concrétiser*, collection Minerve, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2013, p. 34.
22. « En adoptant le *Code civil du Québec* en 1991, le législateur québécois a innové en conférant expressément à ce dernier le statut de droit commun du Québec, et ce, même en matière de droit public ». SAMSON, *ibid.*, p. 65. Sur la notion de « droit commun », voir aussi : Matthieu JUNEAU, *La notion de droit commun en droit civil québécois*, mémoire de maîtrise, Sainte-Foy, Faculté des études supérieures, Université Laval, 2009.
23. *Prud'homme c. Prud'homme*, [2002] 4 R.C.S. 663, 683 (par. 29). Voir aussi BISSON, « Disposition préliminaire », *supra*, note 7 ; D. LEMIEUX, « L'impact du *Code civil du Québec* en droit administratif », (1994) 15 *Admin. L.R.* (2d) 275, 295-297.
24. Sylvio NORMAND, « Un thème dominant de la pensée juridique traditionnelle au Québec : la sauvegarde de l'intégrité du droit civil », (1987) 32 *R.D. McGill* 559, 565. Voir aussi John E.C. BRIERLEY, « Quebec's "Common law" (Droits communs): How many are there ? », dans E. CAPARROS (dir.), *Mélanges Louis-Philippe Pigeon*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1989 ; Jean-Maurice BRISSON, « Le Code civil, droit commun ? », dans *Le nouveau Code civil : interprétation et application*, Journées Maximilien-Caron (1992, Faculté de droit, Université de Montréal), Montréal, Éditions Thémis, 1993 ; John E.C. BRIERLEY, « La notion de droit commun dans un système de droit mixte : le cas de la province de Québec », dans *La formation du droit national dans les pays de droit mixte*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1989, p. 103. Voir aussi, quant à la procédure, BRISSON, « Disposition préliminaire », *supra*, note 12 ; Gilles E. NÉRON *Communication Marketing inc. c. Chambre des notaires du Québec*, [2004] 3 R.C.S. 95, par. 56 (le Code civil est « la loi fondamentale générale du Québec »). Et enfin, sur la notion de « droits communs », voir Adjutor RIVARD, « La notion du "droit commun" », (1924-25) 3 *R. du D.* 257-264.

« réservoir conceptuel » et de « complément normatif » par rapport à ces autres lois²⁵.

L'utilisation d'une disposition préliminaire ou d'un préambule est une pratique répandue dans la gouvernance législative qui permet de contextualiser la loi et de présenter à la fois ses origines et ses objectifs²⁶. Selon l'article 40 de la *Loi d'interprétation* québécoise, « [l]e préambule d'une loi en fait partie et sert à en expliquer l'objet et la portée »²⁷. C'est ainsi que le préambule peut servir à assister les tribunaux dans leur interprétation des lois²⁸. La disposition préliminaire ou interprétative a-t-elle le même objet et la même utilité ?

Certains auteurs ont distingué les dispositions préliminaires des préambules, sous prétexte qu'elles font partie de la loi²⁹. Ces dispositions confèreraient ainsi une force obligatoire à la loi³⁰. Comme le remarquait avec un brin d'humour Alain-François Bisson, quoiqu'elles précèdent le tout, elles font néanmoins *partie* du tout³¹ ! Par leur force normative, les dispositions préliminaires donnent le ton à la loi, et permettent de l'interpréter de manière

25. Matthieu JUNEAU, *La notion de droit commun en droit civil québécois*, mémoire de maîtrise, Sainte-Foy, Faculté des études supérieures, Université Laval, 2009, p. 202. Voir aussi Pierre-André CÔTÉ avec la collaboration de Stéphane BEAULAC et Mathieu DEVINAT, *Interprétation des lois*, 4^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2009, p. 402 (« Le Code sert non seulement de réservoir conceptuel pour les lois particulières, mais il en constitue également le complément normatif ».)
26. Kent ROACH, « The Uses and Audiences of Preambles in Legislation », (2001-2002) 47 *R.D. McGill* 129. Voir notamment *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Boisbriand (Ville)*, [2000] 1 R.C.S. 65, par. 33 ; *Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] R.C.S. 536.
27. *Loi d'interprétation*, RLRQ, c. I-16, art. 40. Par contraste, la loi canadienne prévoit que : « Le préambule fait partie du texte et en constitue l'exposé des motifs » : *Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 13. Voir Luc B. TREMBLAY, « La justification de la législation comme jugement pratique », (2001) 47 *R.D. McGill* 59 ; France ALLARD, « La Charte des droits et libertés de la personne et le Code civil du Québec : deux textes fondamentaux du droit civil québécois dans une relation d'"harmonie ambiguë" », (2006) numéro thématique hors-série *R. du B.* 43. Voir aussi l'article 13 de la *Loi d'interprétation* fédérale, qui prévoit, de manière quasi-identique, que « [l]e préambule fait partie du texte et en constitue l'exposé des motifs. » : *Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21.
28. R. SULLIVAN, *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4^e éd., Markham (Ontario), p. 296-300.
29. BISSON, « Disposition préliminaire », *supra*, note 7, p. 554 et BAUDOUIN, « Conférence de clôture », *supra*, note 6, p. 319 à la p. 323.
30. *Prud'homme c. Prud'homme*, [2002] 4 R.C.S. 663, 683 (par. 30) ; Denis LEMIEUX, « Le rôle du Code civil du Québec en droit administratif », dans *Actes de la Conférence des juristes de l'État*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2006, p. 359.
31. BISSON, « Disposition préliminaire », *supra*, note 7, p. 554.

dynamique³². Elles doivent être distinguées des dispositions « interprétatives », lesquelles servent principalement à définir les termes clés de la loi en définissant certaines modalités d'application. Au final, les dispositions préliminaires ou interprétatives, ainsi que les préambules, ont des objectifs et usages fort similaires.

C. Champ d'application du *Code de procédure civile*

1. *Le Code de procédure établit les principes de justice et régit la procédure « avec » le Code civil*

Le premier alinéa de la Disposition préliminaire du *Nouveau Code de procédure civile* reprend en essence une partie de la Disposition préliminaire du *Code civil du Québec*. Il statue que le Code « établit les principes de la justice civile et régit, avec le Code civil [...] la procédure [...] », puis énumère les trois procédures principales régies par ce Code : a) la procédure applicable aux modes privés de prévention et de règlement des différends [...], b) la procédure applicable devant les tribunaux de l'ordre judiciaire et c) la procédure d'exécution des jugements et de la vente du bien d'autrui. Par cette disposition, le Code accorde une place fondamentale et une force normative aux principes de justice fondamentaux adoptés formellement avec le Code de 2003 et sa nouvelle culture judiciaire, tels la proportionnalité, la gestion d'instance par le tribunal, la maîtrise du dossier, la contradiction, la bonne foi³³.

L'utilisation par le législateur de la préposition « avec » intrigue et interpelle. D'abord, cette préposition suggère une relation d'accompagnement, de complémentarité qui semble signifier – par une interprétation littérale, que la procédure et les principes généraux du droit sont régis par le *Code de procédure civile* et le *Code civil*, à égalité, « dans un rapport de réciprocité »³⁴. Cet énoncé aura un impact certain sur le droit civil, car la Disposition préliminaire du *Code civil*, elle, ne réfère pas au *Code de procédure civile* comme étant au centre du droit commun. De plus, certains auteurs ont bien interprété la référence au « droit commun » à la

32. J.E.C. BRIERLEY, « Preface », (1994) 39 *R.D. McGill* 743, 746 (« It is with the Preliminary Provision in mind, and in exploiting its full import, that a general theory of interpretation of Quebec private law must be constructed. »).

33. JUTRAS, *supra*, note 36, p. 290. Ces principes sont codifiés aux articles 4.1, 4.2, 4.3 et 5 C.p.c.

34. BISSON, « Disposition préliminaire », *supra*, note 7, p. 556.

Disposition préliminaire du *Code civil* comme signifiant que ce dernier « devient en matière de droit civil l'instrument premier et principal de référence », et que par conséquent, « toute autre législation civile soumise à interprétation devrait nécessairement l'être en référence directe au Code »³⁵.

Quel sens donner alors au terme « avec » ? En procédure civile québécoise, l'instrument premier et principal de référence serait alors double ? : les deux codes, civil, davantage sur le plan substantiel, et de *procédure* civile, sur le plan procédural ?³⁶ Il nous semble évident, à cet égard, que l'essentiel de la procédure civile se retrouve au *Code de procédure civile*, quoique ses principes fondamentaux puissent s'interpréter de pair avec le droit québécois codifié au Code civil. Quelle procédure civile québécoise se retrouve donc ainsi au Code civil ? On peut penser, notamment, aux dispositions applicables au litige qui présente un élément d'extranéité, et aux règles de compétence internationale des autorités du Québec des articles 3134 et s. C.c.Q., auxquels fait référence l'article 491 du *Nouveau Code*. On peut aussi penser à tous les articles de droit substantiel de la preuve, lesquels se lisent et s'interprètent de pair avec le (*Nouveau*) *Code de procédure civile*.

Somme toute, ce que le Nouveau Code édicte, c'est que le *Code civil du Québec* s'applique à la procédure civile québécoise et à son droit processuel, notamment pour l'interpréter. Il faudra néanmoins s'assurer, toujours, du respect du principe fondamental de prévalence du fond sur la forme³⁷. De fait, la procédure civile a un caractère mixte, un caractère de droit sanctionnateur : « le droit substanti[el] détermine les droits subjectifs, la procédure civile permet de les sanctionner »³⁸.

Ensuite, la Disposition préliminaire du *Code de procédure civile* confirme que les principes directeurs, principes de la justice civile, appartiennent au droit positif. Ces principes font partie du

35. BAUDOUIN, *supra*, note 6, p. 323.

36. Daniel JUTRAS, « Culture et droit processuel : le cas du Québec », (2009) *R.D. McGill* 273, 289 : « le Code de procédure [...] devient [...] le lieu d'expression cohérente de principes fondamentaux et d'une architecture conceptuelle relativement stable. ».

37. *Duquet c. Ville de Sainte-Agathe*, [1977] 2 R.C.S. 1132. Ce principe était codifié à l'article 2 du *Code de procédure civile* actuel, ainsi qu'au nouveau Code, à l'article 25 N.C.p.c.

38. SAVOIE & TASCHEREAU, *Procédure civile* (1973), t. I, cités dans *Vidéotron ltée c. Industries Microlec Produits Électroniques inc.*, [1992] 2 R.C.S. 1065.

Code et doivent être respectés. Ils confèrent une saveur particulière au Code et à la nouvelle culture qu'il souhaite instaurer. Ces principes pourront toutefois être interprétés à la lumière du droit étranger, en droit comparé³⁹. Fait intéressant, comme le mentionne Jean Pineau, alors que plusieurs principes fondamentaux du droit – et du droit judiciaire – ont été codifiés au *Code civil du Québec*, d'autres ne l'ont jamais été, comme par exemple le principe voulant que le juge ne puisse refuser de juger⁴⁰.

2. *Le Code de procédure régit la procédure, « en harmonie avec » la Charte et les principes généraux du droit*

La Disposition préliminaire du *Nouveau Code de procédure civile* dispose qu'il régit « en harmonie avec la *Charte des droits et libertés de la personne* (chapitre C-12) et les principes généraux du droit [...] ». De prime abord, nous constatons que cette partie a été textuellement reprise de la Disposition préliminaire du *Code civil du Québec*⁴¹. Il nous faut aussi souligner, dans le contexte de *procédure* civile, cette référence non pas cette fois aux principes de justice civile, mais aux principes généraux du droit, « énigmatiques et plastiques toujours en attente de service, [...] comme l'âme et l'armature du système », que l'on pourra retrouver dans la législation, dans l'esprit du droit national, dans la tradition juridique, dans une raison universelle qui pourrait provenir du droit comparé⁴². Cette section de la Disposition préliminaire sert à rappeler et à confirmer que le Code ne contient pas tout le droit, qu'il « est

39. H.P. GLENN, « Le droit comparé et l'interprétation du Code civil », dans *Interprétation et Application*, *supra*, note 24, 175 à la p. 190, cité dans BISSON, « Disposition préliminaire », *supra*, note 7, p. 557.

40. Jean PINEAU, « La philosophie générale du Code civil », dans *Le nouveau Code civil – Interprétation et application*, Les Journées Maximilien-Caron 1992, Université de Montréal, Éditions Thémis, p. 275 à la p. 276. Ce principe a néanmoins été codifié à l'article 41.2 de la Loi d'interprétation québécoise. Voir aussi Fabien GÉLINAS, « Codes, silence et harmonie – Réflexions sur les principes généraux et les usages du commerce dans le droit transnational des contrats », (2005) 46:4 *C. de D.* 941-960.

41. Voir notamment SAMSON, *supra*, note 21, p. 24 ; PINEAU, *ibid.*, p. 281 et s.

42. BISSON, « Disposition préliminaire », *supra*, note 7, p. 556-7 (Les principes généraux sont des : « [...] êtres normatifs énigmatiques et plastiques toujours en attente de service, sur l'existence autonome, la nature, la provenance et les fonctions légitimes desquels on ne s'est jamais guère entendu, mais qui sont comme l'âme et l'armature du système et que certains iront débusquer dans la législation elle-même, d'autres dans l'esprit du droit national, d'autres encore dans la tradition juridique, d'autres enfin dans une espèce de raison universelle, ou en tout cas de large étendue, que le droit comparé serait propre à fournir. ») Voir aussi H. Patrick GLENN, *On Common Laws*, Oxford, Oxford University Press, 2005.

plus grand que la loi »⁴³ et que le *Code de procédure civile* doit collaborer avec la Charte et les principes généraux. Collaborer dans le sens de s'harmoniser, bien sûr, à la manière de la mélodie musicale, combinant sons, rythmes, accents, et notes. S'harmoniser dans le sens de concilier ou de réconcilier les droits civils et les droits de l'homme, de s'unir dans un lien de réciprocité.

Or, avant même que la Disposition préliminaire du *Nouveau Code de procédure civile* n'existe, la Cour suprême du Canada a eu à se prononcer sur l'interaction entre le *Code de procédure civile*, le *Code civil*, les Chartes et les principes généraux du droit. Dans l'arrêt *Lac d'amiante*, elle a réitéré :

40 [...] les liens de la procédure civile avec l'ensemble du droit québécois. *Cette procédure civile est soumise aux principes généraux que l'on retrouve dans le Code civil du Québec.* Sa disposition préliminaire, dont la jurisprudence a déjà eu l'occasion de souligner l'importance (voir *Verdun (Municipalité de) c. Doré*, [1995] R.J.Q. 1321 (C.A.), confirmé par notre Cour à [1997] 2 R.C.S. 862), déclare que le *Code civil* constitue le droit commun du Québec. La procédure civile doit donc tenir compte de ces principes. Au-delà même du *Code civil*, elle doit aussi respecter les valeurs exprimées par la *Charte québécoise* dont l'art. 52 exprime la primauté dans les matières relevant de la compétence législative de l'Assemblée nationale du Québec. Son article 53 établit d'ailleurs un principe d'interprétation favorable à son application en cas de doute. Enfin, dans un domaine comme la publicité des procès, restent présents les principes constitutionnels fondamentaux de la *Charte canadienne des droits et libertés* lorsqu'ils sont applicables dans un débat judiciaire privé.⁴⁴ [Nos italiques]

L'omission du législateur de référer dans la disposition préliminaire à la *Charte canadienne des droits et libertés* étonne. Cette Charte trouve application dans plusieurs domaines de procédure civile québécoise, notamment en matière d'outrage au tribunal, le défendeur étant considéré comme un inculpé au sens de l'article 11 de la Charte⁴⁵. Dans le même ordre d'idées, le législateur ne

43. BISSON, « Nouveau Code civil », *supra*, note 3, p. 6. *Cie immobilière Viger ltée c. Lauréat Giguère inc.*, [1977] 2 R.C.S. 67, 76 (« Le Code civil ne contient pas tout le droit civil. Il est fondé sur des principes qui n'y sont pas tous exprimés et dont il appartient à la jurisprudence et à la doctrine d'assurer la fécondité. »).

44. *Lac d'Amiante du Québec ltée c. 2858-0702 Québec inc.*, [2001] 2 R.C.S. 743, 2001 CSC 51.

45. Voir *Vidéotron ltée c. Industries Microlec Produits Électroniques inc.*, [1992] 2 R.C.S. 1065.

réfère aucunement à la common law comme l'une des sources de la procédure civile, contrairement aux enseignements de la Cour suprême, qui assure néanmoins le respect de la tradition civiliste⁴⁶.

Au final, nous nous devons de souligner que le législateur a choisi, dans la Disposition préliminaire, non pas de *soumettre* la procédure civile québécoise aux principes généraux du droit, comme le souhaitait la Cour suprême du Canada, mais bien de l'harmoniser (« en harmonie avec ») avec la Charte et les principes généraux du droit, et de la faire coexister (« avec ») avec le *Code civil*. Cela signifie donc, à notre avis, que l'on devra par exemple interpréter les dispositions des articles 19, al. 2 (devoir de bonne foi procédurale) et 51 et s. (le pouvoir de sanctionner les abus de la procédure) de pair avec le principe général du droit de bonne foi substantive de l'article 6 C.c.Q.

D. Une stratégie ingénieuse et séduisante de codification de la procédure

Renouveau, continuité, refonte, renouvellement, changement... tout est possible lorsque l'on souhaite changer un système, un code. Comme le disait si justement le Doyen Cornu, « [s]i le législateur, au moment où il parle, est derrière les mots qu'il emploie, une nouvelle écriture est l'occasion de discerner ce qui peut encore et ce qui ne doit plus s'énoncer de la même manière. Un code est, pour le langage du droit, un bain de jouvence »⁴⁷. Il sera néanmoins généralement préférable de conserver tout ce que l'on n'a pas besoin de détruire : « les lois doivent ménager les habitudes, quand ces habitudes ne sont pas des vices »⁴⁸.

C'est bien cela qu'a envisagé le législateur avec le *Nouveau Code*. Il a à la fois gardé la majeure partie du *corpus* des règles

46. *Lac d'amiante*, par. 33. Dans la version originale du nouveau Code, le législateur québécois omettait même de référer aux tribunaux fédéraux, soit la Cour suprême, la Cour d'appel fédérale et la Cour fédérale, pourtant également chargés d'administrer la justice civile au Québec ! Voir <file:///C:/Users/pichecat/Downloads/11-avpl-f%20(8).pdf>.

47. Gérard CORNU, « Codification contemporaine : valeurs et langage », dans Philippe RÉMY, *Codification : valeurs et langage*, Acte du colloque international de droit civil comparé, Université de Montréal, octobre 1981, Montréal, Conseil de la langue française, 1985, p. 35.

48. PINEAU, *supra*, note 40, p. 275, citant Portalis, en note 12.

du *Code de procédure civile* actuel, à la fois changé beaucoup de termes et d'expressions référentiels d'étapes du déroulement de l'instance, et à la fois modernisé la conception même de la justice civile en innovant. Il a priorisé les modes privés sur la justice publique des tribunaux judiciaires. Il a déstabilisé l'équilibre de l'article 4.1 C.p.c. entre la maîtrise du dossier par les parties et la gestion d'instance par le juge, pour prioriser la gestion d'instance. Il a favorisé les démarches pré-judiciaires et les discussions initiales entre les parties, en stimulant et encourageant les parties à régler plus tôt dans l'instance. Il a choisi d'accorder encore plus de latitude et de pouvoirs aux tribunaux dans la gestion de l'instance (et les mesures de gestion afférentes).

Il y a 50 ans, les commissaires ayant la charge de réformer le *Code de procédure civile* disaient redouter la trop grande innovation des codes :

Le point de départ d'une bonne réforme de la procédure est dans l'amélioration raisonnée du système en vigueur chez un peuple, et non dans l'adoption de théories ingénieuses, et séduisantes peut-être, mais que leur nouveauté rend inacceptables dans une matière où l'expérience surtout doit avoir de l'autorité.⁴⁹

Le Code de procédure de 2014 présente plusieurs théories nouvelles, certes, mais aussi quelques théories « ingénieuses et séduisantes », principalement relatives à l'obligation de considération, qui nous vient immédiatement à l'esprit⁵⁰. Ces théories sont et seront-elles acceptables pour – et *acceptées* par – le justiciable québécois ? L'expérience québécoise devant appuyer ces réformes et théories est-elle suffisante ? Voyons ainsi dans la prochaine sous-section de quelle manière cette réforme impose un changement de culture à travers des principes directeurs et des valeurs de justice beaucoup plus élaborés – et souvent « ingénieux et séduisants ». C'est d'ailleurs à travers ces valeurs et principes que nous pourrions comprendre l'esprit de la réforme et nous y référer⁵¹.

49. Note explicative, Bill 20, *Code de procédure civile*, 3^e session, 27^e législature, 13 Elizabeth II, 1964, première lecture, p. Iia.

50. Voir l'article 1, al. 2 N.C.p.c.

51. PINEAU, *supra*, note 40, p. 290.

II. L'OBJET DU NOUVEAU CODE ET SES PRINCIPES DIRECTEURS

A. La justice privée à l'avant-scène

1. *Élargissement de la justice civile québécois*

L'un des grands changements annoncés par le *Nouveau Code* est celui d'élargir l'idéal de justice civile québécois. Ainsi, le Code vise à permettre, au-delà de la traditionnelle instance civile, la résolution des conflits et des désaccords juridiques, même avant qu'ils ne soient portés devant un tribunal. La justice civile privée est valorisée de façon spectaculaire dans ce *Nouveau Code*. D'abord, on affirme sa reconnaissance en lui consacrant un livre entier au Code, soit le Livre VII, et une série de « Principes de la procédure applicable aux modes privés de prévention et de règlement des différends », aux articles 1 à 7. Ensuite, la Disposition préliminaire prévoit, en partie, que

Le *Code de procédure civile* établit les principes de justice civile et régit [...] la procédure applicable aux modes privés de prévention [...] lorsque celle-ci n'est pas autrement fixée par les parties, la procédure applicable devant les tribunaux de l'ordre judiciaire [...]

Le Code vise à permettre, dans l'intérêt public, la prévention et le règlement des différends et des litiges, par des procédés adéquats, efficaces, empreints d'esprit de justice et favorisant la participation des personnes. [...]

Plusieurs remarques s'imposent. D'abord, la formulation même de la disposition, très novatrice en soi, affirme l'existence des modes privés, laisse entendre que ces modes font maintenant partie de la procédure civile, et les nomme comme étant des pratiques de la justice civile privée. C'est donc dire que la conception du législateur de la justice civile comprend la justice civile privée, véhiculée par les modes privés, ainsi que la justice civile publique, que permettent le procès et la conférence de règlement à l'amiable. Ce dernier mode est certes même hybride, car permettant aux parties de régler leur différend dans le contexte du litige civil⁵². Les parties devront réfléchir à la possibilité de régler par le biais de cette dernière procédure dès l'étape de l'établissement du protocole de l'instance, en vertu de l'article 148, al. 2(2) du *Nouveau Code*.

52. Art. 161 à 165 N.C.p.c.

Ensuite, la Disposition préliminaire souligne que dans le Code seront codifiés les principes de procédure s'appliquant à ces modes privés dans l'alternative où aucun tel principe n'aurait été établi par les parties. Ainsi, les parties sont toujours libres de fixer les règles s'appliquant à leurs modes privés. C'est d'ailleurs ce que réitère l'article 1. On comprend donc par cette disposition que les modes privés (« modes privés de prévention et de règlement des différends » ou « MPPRG ») font partie de ce que l'on veut officiellement être la « nouvelle » justice civile, mais sont des modes applicables aux tribunaux *autres* que ceux de l'ordre judiciaire, parties à cette nouvelle notion de la justice civile. Question terminologie, on peut d'ailleurs se demander s'il n'aurait pas été préférable, pour des fins de simplification, de continuer à utiliser l'expression « modes alternatifs » pour signifier les modes *autres* que ceux exercés dans les tribunaux *judiciaires*.

De même, on prévoit à la Disposition préliminaire que le Code visera la prévention et le règlement des « différends » par des « procédés » de justice civile⁵³. D'abord, le terme « différend » vise un désaccord ou un conflit de nature juridique qui n'a pas encore été porté devant les tribunaux civils⁵⁴. Ce terme est beaucoup plus large que celui de « litige », qui visera un conflit cette fois porté officiellement devant les tribunaux⁵⁵. C'est donc dire que la justice civile se voit élargie par le *Nouveau Code*, pour inclure tous types de différends, et couvrir la période antérieure au début d'une instance civile, ainsi que ses « démarches ». Cette nouvelle forme de justice civile se voit également mieux balisée par des « Principes de la procédure applicables aux modes privés de prévention et de règlement des différends », codifiés aux articles 1 à 7. Par ailleurs, le *Nouveau Code* élargit aussi la portée du Code par le choix du terme « procédé », qui réfère à une approche, une démarche, une méthode ou un moyen, plutôt que celui de « procédure », qui vise plutôt un ensemble d'actions strictement codifiées.

On comprend des Notes explicatives du Ministre fournies sur le site internet de l'Assemblée nationale que ce dernier souhaite définir la « procédure civile » plus largement, comme étant

53. « Le Code vise à permettre, dans l'intérêt public, la prévention et le règlement des différends et des litiges, par des procédés adéquats, efficaces, empreints d'esprit de justice et favorisant la participation des personnes. »

54. Pierre-Claude LAFOND, *L'accès à la justice civile au Québec. Portrait général*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2012, p. 40.

55. Voir Antoine JEAMMAUD, « Conflit, différend, litige », (2001) 34 *Droits* 15, 17, cité par Lafond, *ibid.*, p. 39.

l'ensemble des règles à suivre lorsqu'une personne fait appel au système de justice pour régler un conflit ou une situation qui n'est pas de nature criminelle ou pénale.

Ces règles prévoient, entre autres, les différentes étapes judiciaires à respecter, les pouvoirs du juge et les différents moyens pouvant être utilisés pour régler un conflit, y compris l'arbitrage et la médiation.⁵⁶

Pourquoi alors ne pas intituler ce *Nouveau Code* comme étant un « Code de procédure et de règlement des conflits (ou des différends) » ? Ce titre aurait permis de pousser plus loin la reconnaissance et l'acceptation des modes privés, tout en donnant confiance au justiciable que ses intérêts seront servis au mieux possible, compte tenu de toutes les options de règlement et de résolution des différends. Ce titre novateur faisant partie de la loi, il aurait pu alors servir à l'interprétation de cette nouvelle loi novatrice, pour comprendre sa portée, son nouveau lexique, le tout à la lumière des circonstances dans lesquelles le texte a été édicté⁵⁷.

Il nous faut remarquer, d'ailleurs, qu'il était déjà question, à la réforme du *Code de procédure civile* de 2001, de reconnaître en ce Code l'existence des modes privés, alors qualifiés de « modes amiables de règlement des litiges ». Dans son rapport intitulé « Une nouvelle culture judiciaire »⁵⁸, le Comité recommandait que l'on redonne au justiciable la place qui lui revient dans le système de justice, qu'on le responsabilise, qu'on favorise le maintien du dialogue et des relations entre les parties qu'une demande en justice pourrait autrement compromettre, que l'on rende justice plus rapidement et à moindre coût, que l'on fournisse aux parties plus de contrôle et que l'on accroisse leur participation à la solution du litige⁵⁹. Ce Comité désirait déjà, alors, reconnaître au sein du Code le recours aux modes privés de prévention et de règlement des différends. L'on désirait qu'une disposition du Code clarifie « qu'un litige peut, dans les limites prévues par la loi, être résolu par l'un ou l'autre des modes suivants : la négociation, la conciliation ou la médiation d'une part, le recours à l'arbitre ou au tribunal d'autre part »⁶⁰. Le recours à ces modes alternatifs devait,

56. <<http://www.justice.gouv.qc.ca/francais/ministre/paj/procedure.htm#message>>.

57. CÔTÉ, *supra*, note 25, p. 72.

58. Rapport « Une nouvelle culture judiciaire », *supra*, note 14.

59. *Ibid.*, p. 32-34.

60. *Ibid.*, p. 37.

toutefois, se faire de manière volontaire⁶¹. Fait important, la différence entre ces désirs et le projet de réforme actuel est que l'on parlait alors de résolution des *litiges*, alors que la réforme réfère à la résolution des *différends*.

Pour aller dans ce sens d'ouverture aux modes privés, le *Nouveau Code* encourage directement à un plus grand accès à la justice pour le justiciable qui se trouve *encouragé à explorer tous* les modes de résolutions de son différend ; et *éduqué* quant à ces autres modes. Les résultats obtenus par les modes alternatifs sont durables et satisfont davantage les parties que le respect de la règle de droit, laquelle reste le plus souvent incomprise...⁶².

Cette obligation est nouvelle au Code et apparaît pour plusieurs comme avant-gardiste à plusieurs égards. Mais l'est-elle vraiment ? Il existe une politique publique favorisant le règlement des différends, ainsi que des obligations déontologiques dans plusieurs juridictions canadiennes de forcer la considération d'un règlement à l'amiable avant celle du procès civil traditionnel⁶³.

De plus, un Groupe de travail de l'Association du Barreau canadien sur les systèmes de justice civile recommandait, il y a plusieurs années, que chacune des provinces « impose aux parties, par ses règles de procédure, l'obligation positive et permanente, tôt dans l'instance, d'envisager les possibilités qui leur sont offertes de règlement amiable et de participation aux mécanismes non exécutoires de règlement des conflits »⁶⁴. Le fait d'imposer une

61. *Ibid.*

62. LAFOND, *supra*, note 54, p. 25-86.

63. Voir notamment l'article 2.02 des *Ontario Law Society of Upper Canada Rules of Professional Conduct*, <<http://www.lsuc.on.ca/WorkArea/DownloadAsset.aspx?id=2147486159>>, qui se lisent comme suit :

« Encouraging Compromise or Settlement

(2) A lawyer shall advise and encourage the client to compromise or settle a dispute whenever it is possible to do so on a reasonable basis and shall discourage the client from commencing useless legal proceedings.

(3) The lawyer shall consider the use of alternative dispute resolution (ADR) for every dispute, and, if appropriate, the lawyer shall inform the client of ADR options and, if so instructed, take steps to pursue those options. »

64. Voir Groupe de travail de l'ABC sur les systèmes de justice civile, ASSOCIATION DU BARREAU CANADIEN, Rapport du groupe de travail sur les systèmes de justice civile, Ottawa 1996, p. 38 : « Du point de vue du Groupe de travail, l'élément important de cette obligation [l'obligation d'envisager le règlement amiable avant l'instance] demeure le fait que les parties devront attester d'une manière appropriée qu'elles ont examiné les options offertes en matière de règlement amiable, avant qu'elles puissent avoir recours au système judiciaire ». Voir aussi Margaret

« obligation positive et permanente » est néanmoins fort différent d'une obligation de préserver la caractéristique « volontaire » de l'alternative du règlement à l'amiable.

Un Comité quadripartite du Barreau du Québec composé de représentants de la Cour supérieure et de la Cour du Québec, de l'Association du Barreau canadien et du Barreau du Québec a, de même, étudié le *Rapport du Groupe de travail sur les Systèmes de justice civile au Canada de l'Association du Barreau canadien*⁶⁵. Le mémoire de ce Comité recommandait d'« encourager le recours aux modes amiables de règlement de conflits en permettant aux parties, en tout temps pendant l'instance, de demander à un juge de les référer en médiation, conciliation ou à une autre technique de règlement amiable »⁶⁶. Le Barreau du Québec s'est toutefois opposé à ce que la participation des parties aux mécanismes de règlements amiables des conflits constitue une étape obligatoire et préalable à leur accès aux tribunaux, imposant ainsi une course à obstacles avant d'accéder aux tribunaux judiciaires. Pour cet organisme, l'accès aux tribunaux de l'ordre judiciaire devait rester un service public, dont le libre accès ne devait pas être entravé et devait plutôt être favorisé, tout en respectant le libre choix des parties à un différend de préférer les modes privés de prévention et de règlement des différends.

Certains universitaires ont aussi critiqué cette place favorable donnée aux modes privés. Sylvette Guillemard, professeure à l'Université Laval, remarquait, dans son mémoire à la Commission des institutions, que le fait de faire côtoyer, à l'*Avant-projet*,

[...] les règles de la médiation avec celles de la justice étatique, place les premières dans une situation de compétition ou de concurrence avec les deuxièmes, en les faisant pratiquement passer pour des options interchangeables dans une même situation, ce qu'elles ne peuvent être.

En officialisant ainsi la médiation, il y a lieu de craindre que le législateur lui fasse perdre sa nature originelle et ne la serve pas

A. SHONE, « Vers le futur – Réforme de la justice civile du Canada 1996 à 2006 et au-delà », décembre 2006, <<http://www.cfcj-fcjc.org/sites/default/files/docs/2006/shone-final-fr.pdf>>, p. 18.

65. Mémoire du Comité quadripartite du Barreau du Québec sur le Rapport de la justice civile au Canada, Barreau du Québec, mars 1998 : <<http://www.barreau.qc.ca/pdf/journal/vol30/no9/justicecivile.html>>.

66. *Ibid.*

adéquatement. Le danger ultime, que l'on ne peut écarter, est que cet encadrement normatif fasse diminuer l'attrait qu'elle présente pour les citoyens⁶⁷.

À notre avis, il faut plutôt reconnaître et encourager le recours aux modes privés de prévention et de règlement des différends car ils élargissent l'accès à la justice et ne remettent pas en cause la légitimité de l'institution judiciaire traditionnelle. Il s'agit bel et bien de deux modes distincts formant officiellement le nouveau visage de la justice civile québécoise.

2. L'obligation de considération des modes privés

Les Notes explicatives clarifient par ailleurs cet élan d'élargissement de la notion de justice civile québécoise en ce qu'elles établissent, d'une manière on ne peut plus innovatrice, que le Code vise à « affirmer l'existence des modes privés et volontaires de prévention et de règlement des différends, *d'inciter les parties à considérer le recours à ces modes avant de s'adresser aux tribunaux* et à coopérer activement dans la recherche d'une solution [...] »⁶⁸. S'agit-il ici d'une incitation ou d'une invitation à considérer, ou plutôt d'une obligation en bonne et due forme ? À notre sens, il s'agit bel et bien d'une obligation de considérer les modes privés, laquelle se retrouve aussi à l'article 1, al. 3 du *Nouveau Code*, en les mêmes termes⁶⁹. Cette obligation de considérer doit être interprétée de concert avec l'article 7 qui souhaite rassurer les parties en leur soulignant que leur recours aux modes privés ne les empêche pas d'agir en justice⁷⁰. De plus, à l'article 148, al. 1 du *Nouveau Code*, les parties doivent indiquer au protocole de l'instance « la considération qu'elles ont portée à recourir aux modes privés de prévention et de règlement des différends ».

67. Mémoire de Sylvette Guillemard présenté à la Commission des institutions en novembre 2011, <file:///C:/Users/pichecat/Downloads/022m_sylvette_guillemard.pdf>, p. 4.

68. Notes explicatives, al. 2. Il est intéressant d'ailleurs de comparer cette version nouvelle à la version de *l'Avant-projet* : « « affirmer l'existence de la justice civile privée reposant sur les modes privés et volontaires de prévention et de règlement des différends et *obliger les parties à considérer* le recours à ces modes avant de s'adresser aux tribunaux. » [nos italiques]. »

69. Art. 1 : « Les parties doivent considérer le recours aux modes privés de prévention et de règlement de leur différend avant de s'adresser aux tribunaux. »

70. Ici encore, il est fort intéressant de remarquer la différence avec la version antérieure de *l'Avant-projet*, art. 7 : « Les parties peuvent s'adresser aux tribunaux si elles ne réussissent pas à régler leur différend par la voie privée, sous réserve [...] ».

Que comprendre de cette nouvelle obligation prévue au Code ? Quelle est l'intention du législateur à cet égard ? Pour ne pas faire entrave à la nécessité de s'accorder de manière volontaire en choisissant les modes alternatifs, il faudrait alors comprendre de cette l'obligation qu'il s'agit d'un devoir de discussion, de bonne foi, d'une possible solution à l'amiable au différend. Comme l'énonçait lui-même l'ancien Ministre de la Justice Jean-Marc Fournier, à l'occasion des consultations générales et audiences publiques devant la Commission des institutions concernant *l'Avant-projet* de réforme, tenues à Québec, à partir du 17 janvier 2012 : « [référant à l'intention du législateur dans l'instauration d'une obligation de considération] ce qu'on veut, c'est considérer. Ça ne veut pas dire entrer dans la danse... c'est considérer est-ce que cela [les modes privés] est possible ou pas »⁷¹.

Ainsi, un choix réel est offert aux parties entre les modes de résolution des différends, avec une emphase ou priorité donnée aux modes privés. Le *Nouveau Code* place toutefois symboliquement les modes privés à l'avant-scène, en ouverture au Code, avant même le mode judiciaire et les règles de procédure traditionnellement applicables aux tribunaux, ce qui énonce très clairement à tous que le système de justice civile se décline en deux voies. Cette perspective est contemporaine et pluraliste.

Une incertitude perdure, alors, quant aux obligations réelles des parties à l'égard des modes privés ou alternatifs. Les parties ont-elles l'obligation d'avoir véritablement tenté (et éventuellement réussi ou échoué) de parvenir à un règlement à l'amiable pour envisager la voie judiciaire, ou est-il plutôt question d'avoir simplement considéré, par la voie d'une discussion sérieuse avec la partie adverse, sans certitude de réussir l'opération, le recours aux modes privés de prévention et de règlement ?

Les parties doivent garder un choix, réel, entre les modes traditionnels et les modes privés. Ce choix devra être guidé par les objectifs fondamentaux de la justice civile d'accessibilité, de qualité et de célérité, de justice, de simplicité, d'économie et de proportionnalité de la procédure⁷². Une discussion franche entre

71. Pour entendre les retranscriptions des auditions en Commission, voir <<http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/projets-loi/projet-loi-28-40-1.html>>.

72. Ainsi, dans la révision des modes de facturation, en vue d'une plus grande conformité avec les principes préconisés à *l'Avant-projet*, il devra être pris en compte

les parties, pré-litige, pourra démontrer les avantages indéniables sur les plans économique et pratique de conclure un règlement à l'amiable. La seule obligation qui devrait perdurer au Code, toutefois, devrait être celle de discuter d'un règlement et non de conclure un tel règlement. Le choix accordé aux parties dans les modes de résolution des différends limite la possibilité de précipiter tous les efforts de négociation au stade pré-judiciaire, en réservant l'accès aux tribunaux civils comme ultime recours, mais en gardant les frais juridiques aussi élevés qu'avant et en n'améliorant pas au final l'accès à la justice des justiciables.

Une question se pose, néanmoins, quant aux sanctions possibles et existantes à un manquement éventuel à l'obligation de considération. L'obligation de considérer est une obligation légale préjudicielle imposée aux parties, dont l'exécution devrait être recherchée par une directive précise du juge en chef guidant l'examen du protocole ou par une disposition du Règlement de procédure civile des tribunaux visant à assurer le respect de ce devoir légal. Les articles 149 et 150 prescrivent le caractère contractuel et obligatoire du protocole de l'instance et de ses engagements, lequel doit être respecté « sous peine, entre autres, des frais de justice ». Les parties doivent indiquer au protocole qu'elles ont discuté d'un règlement, mais aucune sanction ne s'applique, en tant que tel, à l'obligation de considération, laquelle est préliminaire à la négociation du protocole. Un refus de coopérer ou de discuter pourrait certes fonder la nécessité pour le tribunal de convoquer une conférence de gestion, dans laquelle il pourra insister sur la nécessité d'envisager l'usage d'un mode privé ou alternatif, dans l'intérêt des parties⁷³. Il en reste que la justice privée ou alternative doit être une alternative moins coûteuse, plus rapide et plus efficiente que la justice traditionnelle. C'est à la lumière des objectifs de la justice civile et des principes directeurs que le juge gestionnaire devra guider les parties dans le choix de la voie du règlement.

B. Des procédés empreints « d'esprit de justice »

La Disposition préliminaire postule que le Code a pour objectif de « permettre, dans l'intérêt public, la prévention et le

que les modes privés devront continuer d'être plus rapides, efficaces, efficients et économiques dans le règlement du différend, que les modes de justice civile traditionnels.

73. Art. 158, al. 1(1) N.C.p.c.

règlement des différends et des litiges, *par des procédés* adéquats, efficaces, *empreints d'esprit de justice* et favorisant la participation des personnes »⁷⁴. Ce postulat réfère à la justice participative, certes, qui est au centre du *Nouveau Code* et souhaite prioriser les modes privés avant le recours à la justice civile traditionnelle. Mais il y a plus. Le législateur prescrit des procédés de justice civile adéquats et efficaces, lesquels, de pair avec le principe de proportionnalité (sur lequel nous reviendrons à la prochaine sous-section), seront choisis en fonction des moyens financiers et des coûts appropriés et proportionnels aux fins souhaitées. À notre sens, ces notions d'« adéquation », d'« efficacité » et de « proportionnalité », quoique distinctes, s'entrecoupent et se rejoignent, avec la proportionnalité comme noyau dur. Les parties devront ainsi maximiser les moyens choisis et mis en œuvre pour parvenir à leurs fins, dans l'instance civile.

La notion « d'esprit de justice », elle, rassure et inquiète davantage tout à la fois et se doit d'être explorée et exploitée. Elle rassure, d'abord, car elle réfère à l'équité de ceux qui appliquent les lois, soit les tribunaux et les juges⁷⁵. L'esprit de justice recoupe les notions d'équité (« *aequitas* »), d'égalité et de juste proportion. C'est ainsi que l'esprit de justice est le « tempérament, la disposition d'esprit qui caractérise la personne juste »⁷⁶. Pour Aristote, le juge d'équité, empreint de justice est celui qui

[...] de propos délibéré se décide et agit pratiquement ; ce n'est pas l'homme d'une justice tatillonne et enclin à adopter la solution la moins favorable que les autres ; il est toujours prêt à céder de son dû, bien qu'il puisse invoquer l'aide de la loi ; sa disposition ordinaire est l'équité qui est une variété de la justice et une disposition qui n'en diffère pas.⁷⁷

Ainsi, l'esprit de justice est le souci de respecter l'esprit de la loi plutôt que sa lettre, dans une conception « supérieure » de la

74. Deuxième alinéa de la Disposition préliminaire.

75. Voir, comme référence plus large et importante : Loïc CADIET, Jacques NORMAND et Soraya AMRANI MEKKI, *Théorie générale du procès* (Paris, Thémis droit P.U.F., 2010).

76. Gary WATT, *Equity Stirring. The Story of Justice Beyond Law*, Oxford, Hart, 2009, p. 28-29 ; cité par Michelle CUMYN, « L'équité : définitions et concepts », dans Pierre-Claude LAFOND et Benoît MOORE, *L'équité au service du consommateur*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2009, p. 5.

77. ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, trad. Par J. Voilquin, Paris, Flammarion, 1965, livre V, chap. X, n° 8, cité par CUMYN, *ibid.*, p. 6.

justice⁷⁸, au point de pouvoir parfois prendre une décision qui déroge à la loi : « La nature propre de l'équité consiste à corriger la loi, dans la mesure où celle-ci se montre insuffisante, en raison de son caractère général »⁷⁹. C'est là que la mention d'« esprit de justice » à la Disposition préliminaire peut inquiéter. La décision d'équité sera prise en vertu de circonstances et de faits particuliers. Elle aura une saveur fort subjective. Certains auteurs s'inquiétaient d'ailleurs de la présence de l'équité dans le *Code de procédure civile* – précisément dans celui du Bas-Canada de 1869 :

[...] nous ne pouvons nous défendre d'un malaise instinctif, quand nous voyons la sournoise équité disputant son trône à la loi, pour l'y remplacer. Il semble que nous sommes menacés dans nos biens ou notre personne.

L'idée que la loi peut n'être pas équitable entraîne nécessairement derrière elle la défiance, et de la loi et des magistrats, et le mépris des deux. On devrait à notre avis se hâter de faire disparaître du code tout vestige d'un préjugé aussi dangereux.⁸⁰

En fait, à la différence de la justice traditionnelle représentée avec un bandeau sur les yeux pour symboliser la mécanique du jugement rendu de manière neutre, l'équité « , au contraire, considère les personnes auxquelles s'applique la règle de droit et évalue quelles conséquences résulteraient pour elles de l'application stricte de la règle. La bienveillance et l'indulgence [...] sont des caractères traditionnels de l'équité »⁸¹. L'équité réfère ici à l'équité procédurale, bien sûr, laquelle garantit l'accessibilité à la justice, l'égalité des parties, et le principe du contradictoire⁸². Or, la justice est au service des gens. Ce n'est pas une abstraction ; il faut y avoir accès. Ainsi, est mise à l'avant-scène la question de l'Accès à la Justice (et non seulement aux tribunaux) du justiciable⁸³. Le législateur québécois a ainsi voulu, par la réforme,

78. CUMYN, *supra*, note 76, p. 7.

79. ARISTOTE, livre V, chap. XI, n° 6, cité par CUMYN, *supra*, note 76, p. 7.

80. DOUTRE, t. 2, *supra*, note 11, p. x.

81. André TUNC, « Équité », dans *Encyclopédia Universalis*, [en ligne], [www.universalis-edu.com/index.php], cité par CUMYN, *supra*, note 76, p. 9.

82. Voir Disposition préliminaire et Art. 17 N.C.p.c. Et pour explorer le concept d'équité procédurale, voir Catherine PICHE, « L'équité procédurale », dans LAFOND & MOORE, *L'équité au service du consommateur*, *supra*, note 76, p. 73.

83. Division de la recherche et de la statistique, Ministère de la Justice Canada, « Expanding Horizons – Rethinking Access to Justice in Canada », [en ligne] <http://www.justice.gc.ca/eng/rp-pr/csj-sjc/jsp-sjp/op00_2-po00_2/op00_2.pdf>. Voir aussi Adrian ZUCKERMAN, « Civil Litigation: a Public Service for the Enforcement of Civil Rights », (2007) 26 *Civil Justice Quarterly* I, 3.

clarifier que les procédés de justice doivent être « empreints d'équité » et guidés par la « mesure des droits et des obligations des individus »⁸⁴.

Enfin, le législateur a incorporé encore plus clairement par le *Nouveau Code*, le principe de bonne foi procédurale, pendant de la bonne foi en droit substantiel⁸⁵. C'est ainsi qu'il incorpore le contenu des articles 6 et 7 du *Code civil du Québec* à travers la notion de procédés « empreints de justice », réfère à un devoir explicite de bonne foi à l'article 19, al. 2 N.C.p.c⁸⁶, et enfin, réitère la doctrine de l'abus de procédure des articles 54.1ss C.p.c., dont la sanction est prévue aux articles 51 à 56 N.C.p.c.

Il en reste que la référence à l'équité au *Nouveau Code* doit rassurer et non inquiéter le justiciable et les acteurs judiciaires. Comme le remarquaient si habilement et justement les professeurs Cadet, Normand et Amrani Mekki, la justice et l'équité vont de pair, sans que l'une des notions n'enlève à l'autre ou ne diminue l'importance de l'autre :

Concilier, composer, l'équité est toujours une œuvre de pesée. La balance est son symbole, la proportionnalité son critère. C'est bien sûr la justice à l'état pur, *natural justice*. Dans la philosophie d'Aristote, l'équité (*epieikeia*) couronne l'édifice de la justice ; elle en est la pointe extrême, ou l'épicentre, selon la géométrie qu'on en retient. « L'équitable, tout[sic] en étant supérieur à une certaine justice, est lui-même juste, et ce n'est pas comme appartenant à un genre différent qu'il est supérieur au juste. Il y a donc bien identité du juste et de l'équitable, et tous deux sont bons, bien que l'équitable soit le meilleur des deux. [...] » [...] l'équité [apparaît] comme « une forme spéciale de la justice et non pas une disposition entièrement distincte ».⁸⁷

C'est donc dire que sous le *Nouveau Code*, la procédure civile et ses procédés « empreints de justice » feront intervenir justice et équité sur une base égalitaire, avec la proportionnalité comme trame de fond. Sous ce Code, c'est aussi un juge contemporain qui

84. François HÉLEINE, « Les tribunaux d'équité ou l'équité et sa mise en œuvre », (1971) 2 *R.D.G.* 15, 16, cité par PICHE, *supra*, note 82, p. 79.

85. PICHE, *ibid.*, p. 81.

86. « [Les parties] doivent veiller à limiter l'affaire à ce qui est nécessaire pour résoudre le litige et elles ne doivent pas agir en vue de nuire à autrui ou d'une manière excessive ou déraisonnable, allant ainsi à l'encontre des exigences de la bonne foi. »

87. CADIET *et al.*, *supra*, note 75, p. 202-203.

rend justice. Ce juge n'est plus le « serviteur mécanique de la règle de droit »⁸⁸, mais plutôt celui qui soupèse et recherche une « solution d'équilibre, proportionnée aux intérêts en cause »⁸⁹.

C. La proportionnalité et l'économie des procédures et des preuves

Par le *Nouveau Code*, le législateur codifie certains principes devant guider les tribunaux, les parties et leurs avocats dans le déroulement d'une instance, notamment le principe fondamental de proportionnalité procédurale. Ce principe d'origine anglaise⁹⁰ exige que « les démarches, les actes de procédure [...] et les moyens de preuve choisis [soient], eu égard aux coûts et au temps exigés, proportionnés à la nature et à la complexité de l'affaire et à la finalité de la demande »⁹¹. Selon la Cour suprême du Canada, il implique « que le meilleur forum pour régler un litige ne soit pas toujours celui dont la procédure est la plus laborieuse »⁹². C'est donc dire que « le recours à la justice [doit respecter] les valeurs de la bonne foi et de l'équilibre entre les plaideurs [sans toutefois entraîner] une utilisation abusive des institutions de la justice civile »⁹³. Pour Lord Woolf, la proportionnalité procédurale interagit avec l'égalité, l'économie et l'efficacité des procédures, et s'explique comme suit :

Rule I of the new procedural code, which imposes an obligation on the courts and the parties to further the overriding objective of the rules so as to deal with cases justly. *The rule provides a definition of 'dealing with a case justly', embodying the principles of equality, economy, proportionality and expedition which are fundamental to an effective contemporary system of justice. These requirements of*

88. *Ibid.*, p. 87.

89. *Ibid.*, p. 88-89. Voir aussi Antoine GARAPON, *La prudence et l'autorité – L'office du juge au XXI^e siècle*, Rapport de l'IHEJ, mai 2013, en ligne : <http://www.ihej.org/wp-content/uploads/2013/07/rapport_office_du_juge_mai_2013.pdf>.

90. Voir le rapport de Lord WOOLF : The Right Honourable The Lord Woolf, Master of the Rolls, « Access to Justice – Final Report to the Lord Chancellor on the Civil Justice System in England and Wales », Londres, Her Majesty's Stationery Office, juillet 1996 (28 octobre 2010), en ligne : DCA <<http://www.dca.gov.uk/civil/final/index.htm>> [Rapport Woolf].

91. Notes explicatives, nouveau Code.

92. *Hryniak c. Mauldin*, 2014 CSC 7, para. 28.

93. *Marcotte c. Longueuil (Ville de)*, [2009] 3 R.C.S. 65 ; *Vergers Leary inc. c. Fédération de l'UPA de St-Jean-Valleyfield*, 2009 QCCA 2401, au par. 42. Voir aussi Catherine PICHÉ, « Analyse comparative : Figures, Spaces and Procedural Proportionality », (2012) 1 *Revue Int'l de droit processuel* 145 ; Catherine PICHÉ, « La proportionnalité procédurale : une perspective comparative » (2009-10) 40 *R.D.U.S.* 551 (PICHÉ, « La proportionnalité procédurale »).

procedural justice, operating in the traditional adversarial context, will give effect to a system which is substantively just in the results it delivers as well as in the way in which it does so.⁹⁴ [Nos italiques]

En droit judiciaire privé québécois, le principe de proportionnalité est fondamental car permettant à la fois d'asseoir l'autorité du juge qui intervient en gestion d'instance et de guider les actions des procureurs et des parties⁹⁵. Fait important, la Cour suprême du Canada a reconnu la proportionnalité comme étant un principe directeur, par opposition à un « simple principe à valeur interprétative », et s'est servi du principe comme source d'un pouvoir d'intervention des tribunaux :⁹⁶

Le principe de la proportionnalité qu'énonce l'art. 4.2 C.p.c. [aujourd'hui 18 N.C.p.c.] n'est pas entièrement nouveau. Toute bonne procédure devrait le respecter [...]. L'exigence de proportionnalité dans la conduite de la procédure reflète d'ailleurs la nature de la justice civile qui, souvent appelée à trancher les litiges privés, remplit les fonctions d'État et constitue un service public. Ce principe veut que le recours à la justice respecte les principes de la bonne foi et de l'équilibre entre les plaideurs et n'entraîne pas une utilisation abusive du service public que forment les institutions de la justice civile.⁹⁷

La Cour suprême a aussi reconnu, à une autre occasion plus récente, que le « virage culturel oblige les juges à gérer activement le processus judiciaire dans le respect du principe de proportionnalité »⁹⁸, et qu'au-delà des devoirs du juge à cet égard, les avocats doivent, eux aussi, « tenir compte des moyens limités de leurs clients et de la nature de leur dossier et élaborer des moyens proportionnés d'arriver à un résultat juste et équitable »⁹⁹. Pour la Cour suprême du Canada,

[la] proportionnalité est forcément de nature comparative ; même les procédures lentes et coûteuses peuvent s'avérer proportionnées lorsqu'elles constituent la solution la plus rapide et la plus efficace. La question est de savoir si les frais et les délais additionnels occasionnés par la recherche des faits lors du procès sont essentiels à un processus décisionnel juste et équitable.¹⁰⁰

94. Rapport Woolf, *supra*, note 90.

95. Rapport « Une nouvelle culture judiciaire », *supra*, note 14.

96. *Marcotte c. Longueuil (Ville de)*, [2009] 3 R.C.S. 65 [Marcotte], au par. 42. Voir aussi PICHE, « La proportionnalité procédurale », *supra*, note 93, p. 570.

97. *Marcotte*, *ibid.*, para. 43.

98. *Hryniak*, *supra*, note 92, para. 32.

99. *Ibid.*

100. *Ibid.*, para. 33.

La proportionnalité procédurale québécoise surprend par son ampleur d'application. Elle assure que les tribunaux prendront les moyens nécessaires et rendront des ordonnances appropriées pour permettre de simplifier ou d'accélérer la procédure, ou encore d'abréger l'audition. De plus, elle assure, avec le nouvel article 18, une proportionnalité dans les moyens de preuve choisis. Cet élément de droit nouveau est le bienvenu, selon les théoriciens du droit, dont la présente¹⁰¹.

Pierre angulaire du *Nouveau Code*, la proportionnalité sert au pouvoir d'intervention des tribunaux en gestion d'instance. Nous écrivions, à un autre moment, et avant l'avènement du *Nouveau Code*, que « le juge a le devoir, à titre curatif, de s'assurer du respect de la proportionnalité [mais qu'] il a aussi ce devoir à titre préventif, comme gestionnaire de l'instance, et pourrait donc intervenir de son propre chef en cas de gestion disproportionnée du dossier par les parties »¹⁰². Avec le *Nouveau Code*, et son article 150, le tribunal examine le protocole de l'instance, en fonction des principes directeurs, et doit, à titre préventif, choisir d'intervenir en conférence de gestion ou l'accepter tel quel. De plus, à l'article 158, il peut à tout moment dans l'instance prendre des mesures de gestion, d'office ou sur demande, et ce, en fonction des principes directeurs, et principalement de la proportionnalité.

Enfin, il nous faut souligner que la proportionnalité québécoise est encadrée par le pouvoir de sanctionner les abus de procédure, codifié aux articles 51 et suivants du *Nouveau Code*. Ces articles permettent au juge de sanctionner tout abus de procédure, en application du principe de la bonne foi procédurale de l'article 19, al. 2 (et de la Disposition préliminaire), et du principe de proportionnalité de l'article 18. C'est ainsi que l'on peut constater que la proportionnalité permet à la fois de contrer les utilisations abusives des ressources judiciaires et de promouvoir l'accès à la justice, le tout, en prenant appui sur l'autorité et la responsabilité des tribunaux¹⁰³. La proportionnalité est donc une « valeur », conçue comme une « source du pouvoir d'intervention des tribunaux dans la gestion des procès »¹⁰⁴.

101. PICHE, « La proportionnalité procédurale », *supra*, note 93, p. 577 ; Yves-Marie MORISSETTE, « Gestion d'instance, proportionnalité et preuve civile : état provisoire des questions », (2009) 50 *C. de D.* 361, 397.

102. PICHE, « La proportionnalité procédurale », *ibid.*, p. 576.

103. Mémoire de l'Observatoire de 2011, *supra*, note 16, p. 43.

104. Marcotte, *supra*, note 96, au para. 43. Voir aussi CADIET *et al.*, *supra*, note 75, p. 86-87.

D. Une mission (glorifiée) de saine gestion par le tribunal

Le *Nouveau Code* élabore une série de principes et de modalités permettant d'accorder une plus grande autorité au juge dans la gestion de l'instance, et ce, plus tôt dans son déroulement. À la Disposition préliminaire, il est question de « l'application juste, simple, proportionnée et économique de la procédure » par les tribunaux¹⁰⁵. Pour ce faire, le législateur investit les tribunaux d'un devoir d'« assurer la saine gestion des instances en accord avec les principes et les objectifs de la procédure »¹⁰⁶. Plus loin, au premier alinéa de l'article 19, les parties ont, « sous réserve du devoir des tribunaux d'assurer la saine gestion des instances et de veiller à leur bon déroulement, la maîtrise du dossier » [notre soulignement]. Cet alinéa rééquilibre de façon heureuse les devoirs de gestion du juge et de maîtrise du dossier par les parties lesquels sont, actuellement, sur un pied d'égalité et d'importance dans le *Code de procédure civile*. Ainsi, le *Nouveau Code* donne priorité aux devoirs du juge sur les droits des parties, une suggestion qui est à saluer pour maintes raisons énoncées par l'auteur du présent article¹⁰⁷, ainsi que d'autres¹⁰⁸.

Les Notes Explicatives du *Nouveau Code*¹⁰⁹ prévoient

*qu'il entre dans la mission du tribunal non seulement de favoriser la conciliation des parties mais également d'assurer la saine gestion des instances en accord avec les principes et les objectifs de la procédure et d'adopter des règles en ce sens, d'exiger le dépôt d'un protocole de l'instance convenu entre les parties, précisant leurs conventions et engagements et les questions en litige et réglant le déroulement de l'instance et d'établir la tenue de conférences de gestion présidées par un juge.*¹¹⁰ [Nos italiques]

Le principe de proportionnalité exige du juge qu'il s'assure que les démarches, les actes de procédure et les moyens de preuve

105. Voir aussi Pierre NOREAU et Mario NORMANDIN, « L'autorité du juge au service de la saine gestion de l'instance », (2012) 71 *R. du B.* 207.

106. Art. 9, al. 2 N.C.p.c.

107. PICHE, « La proportionnalité procédurale », *supra*, note 93, p. 571-2.

108. Voir aussi MORISSETTE, *supra*, note 101.

109. Notons d'ailleurs que les notes explicatives ont une fonction importante, soit d'expliquer les modifications apportées par un projet de loi et éventuellement, par une loi modifiant le droit actuel. Les notes ne sont pas considérées comme faisant partie du projet de loi.

110. Notes explicatives, N.C.p.c.

des parties soient, eu égard aux coûts et au temps exigés, proportionnés à la nature et à la complexité de l'affaire et à la finalité de la demande¹¹¹. Le juge devra aussi veiller à ce que les « mesures et les actes qu'ils ordonnent ou autorisent [soient proportionnés], tout en tenant compte de la bonne administration de la justice »¹¹².

D'une manière plus générale, le législateur accorde un pouvoir de gestion beaucoup plus large au tribunal. Il prévoit que les tribunaux pourront à tout moment intervenir en gestion par une variété de mesures, et ce, d'office ou sur demande, lesquelles pourront viser entre autres à simplifier ou à accélérer la procédure, à préciser les questions en litige, à modifier les actes de procédure, à fixer les modalités des expertises des parties, à ordonner une expertise commune ou à déterminer le nombre ou la durée des interrogatoires¹¹³. Le protocole de l'instance déposé par les parties devra ainsi systématiquement être examiné par le tribunal, qui déterminera si une conférence de gestion doit être convoquée¹¹⁴.

Ces pouvoirs d'intervention plus larges sont les bienvenus, particulièrement à la lumière du Projet-pilote de Longueuil, réalisé par l'observatoire du droit à la justice en 2009¹¹⁵. Ce projet avait pour hypothèse que le juge était le seul à pouvoir favoriser une véritable prise de conscience des enjeux et à permettre un changement de culture judiciaire. Il a permis de souligner les effets bénéfiques de l'intervention du juge tôt dans l'instance.

Par contre, on peut se demander s'il est souhaitable – ou au contraire trop prématuré – que le juge intervienne à une étape préliminaire du déroulement de l'instance, et convoque une conférence de gestion, avant même que la preuve n'ait été communiquée, et à un moment où les parties sont trop peu informées du dossier pour pouvoir se positionner adéquatement. Le tribunal a, sous le *Nouveau Code*, le pouvoir de convoquer les parties à une conférence de gestion dès la production au greffe de la réponse du défendeur, le tout afin que le protocole de l'instance puisse être discuté, élaboré et convenu en présence du juge et des parties¹¹⁶.

111. Art. 18, al. 1 N.C.p.c.

112. Art. 18, al. 2 N.C.p.c.

113. Art. 158 N.C.p.c.

114. Art. 150-151 N.C.p.c.

115. Voir Pierre NOREAU, *Les conférences de conciliation et de gestion judiciaire*, Cour du Québec, Projet pilote de Longueuil 2009, Observatoire du droit à la justice, juin 2010.

116. Art. 150, al. 1 et 153 N.C.p.c.

Le moment initial de l'intervention du tribunal dans l'instance civile est-il trop précoce ?

De plus, sera-t-il réalisable, en pratique, de requérir du tribunal qu'il examine tous et chacun des protocoles, dans un contexte de congestion des tribunaux judiciaires québécois ? C'est une question importante, qui pourra donner lieu à certains ajustements sous forme d'un règlement de procédure civile.

Plusieurs réformes judiciaires ont eu cours dans les dernières années à l'échelle internationale, dans un but de favoriser l'accès à la justice des justiciables¹¹⁷. Ces réformes, principalement fondées sur la réforme anglaise de Lord Woolf, se sont concentrées sur le principe de proportionnalité applicable aux parties et au juge, ainsi que sur celui d'une gestion active – et précoce ! – du dossier par le juge dans ce même objectif de proportionnalité. Au Québec, le Comité de révision du *Code de procédure civile* a noté à l'occasion de la dernière réforme que l'intervention plus active du juge permettrait de « circonscrire, plus tôt dans l'instance, les prétentions des parties et favoriser une meilleure gestion des instances »¹¹⁸. Quelques années plus tard, à l'occasion de l'évaluation de cette réforme, le ministère de la Justice remarquait que l'intervention précoce du juge était bénéfique, « pour contribuer, sinon à un règlement du litige à peu de frais et rapidement, du moins pour limiter le cadre du procès »¹¹⁹.

L'expérience du Projet-pilote de Longueuil de 2009, enfin, a servi à démontrer l'importance de l'intervention rapide du juge auprès des parties ainsi que sa capacité à faciliter le règlement rapide des litiges ou du moins à circonscrire le débat. Dans ce projet, le juge intervenait dès la comparution, où une conférence de conciliation et de gestion judiciaire était tenue entre un juge et les avocats des parties au palais de justice ou au moyen d'un appel conférence. Dans l'ensemble, le projet a été un succès : presque 82 % des avocats participants ont jugé l'expérience très ou plutôt satisfaisante. Du projet sont également ressorties les conclusions suivantes : la coopération des avocats était fondamentale au bon

117. Il suffit de penser à la réforme anglaise des *Civil Procedure Rules* : voir Lord WOOLF, *Access to Justice: Final Report to the Lord Chancellor on the Civil Justice System in England and Wales*, 1996. Voir aussi Rapport « Une nouvelle culture judiciaire », *supra*, note 14.

118. *Rapport du Comité de révision de la procédure civile*, p. 32-33, 40.

119. Ministère de la Justice du Québec, *Rapport d'évaluation de la Loi portant réforme du Code de procédure civile*, Québec, 2006, p. 34.

déroulement de la conférence, les coûts étaient équivalents au tiers des coûts usuellement engagés dans la procédure ordinaire, et plus des trois quarts des avocats consultés ont dit être « d'avis que l'intervention rapide du juge permet d'aplanir les difficultés, d'éviter la multiplication des procédures, de mieux cibler les enjeux du débat et de faciliter le traitement des questions interlocutoires ou préliminaires liées à la cause¹²⁰. Ainsi, on pouvait conclure du projet que « l'autorité du juge [gestionnaire de l'instance] est le gage de la crédibilité, de l'utilité et de la légitimité de son intervention à titre de gestionnaire tôt dans l'instance »¹²¹. Il en reste qu'il pourra être difficile de mettre en œuvre ces mesures, et pour le juge, d'agir à la fois comme adjudicateur, administrateur et gestionnaire d'un dossier civil, tout en demeurant gardien des maigres ressources de l'état.

E. La coopération des parties, l'avocat responsable et le respect des personnes

*The method of paying lawyers on an hourly basis ensures that they have no incentives to economize in the provision of legal services.*¹²²

Il est vrai, comme l'explique si justement Zuckerman¹²³, que la facturation horaire des avocats constitue un réel obstacle à l'accès à la justice, en Europe comme au Québec et ailleurs au Canada. L'avocat qui facture en fonction du nombre d'heures passées à travailler le dossier aura naturellement moins d'incitatif à travailler plus rapidement, et à ce que le dossier se règle à l'amiable, par exemple. Or, à cet égard, le *Nouveau Code* impose aux parties et aux avocats un devoir de coopération, de collaboration, de proportionnalité dans les moyens envisagés. Il souhaite prendre réellement un grand pas vers l'avant et forcer l'avocat à être « responsable ».

D'abord, le deuxième alinéa de la Disposition préliminaire établit un devoir de coopération et d'équilibre, ainsi que du respect des personnes. Ce devoir de coopération est réitéré à l'article 2, puis à l'article 20, cette fois de manière beaucoup plus explicite :

120. Voir NOREAU et NORMANDIN, *supra*, note 105, p. 19.

121. *Ibid.*, p. 9.

122. A.A.S. ZUCKERMAN, « A Reform of Civil Procedure – Rationing Procedure Rather than Access to Justice », (1995) 22 *Journal of Law and Soc.* 155, 157.

123. *Ibid.*

Les parties se doivent de coopérer notamment en s'informant mutuellement, en tout temps, des faits et des éléments susceptibles de favoriser un débat loyal et en s'assurant de préserver les éléments de preuve pertinents.

Elles doivent notamment, au temps prévu par le Code ou le protocole de l'instance, s'informer des faits sur lesquels elles fondent leurs prétentions et des éléments de preuve qu'elles entendent produire.

De plus, le *Nouveau Code* prévoit que lorsqu'il est question d'envisager un règlement à l'amiable du dossier, les parties « sont tenues de coopérer pour régler l'affaire ou pour établir le protocole de l'instance »¹²⁴. Enfin, à l'obligation accrue de coopération s'ajoute un protocole de l'instance beaucoup plus étoffé que celui que constitue l'actuelle entente sur le déroulement de l'instance. Le protocole de l'instance comprend et précise les conventions, les engagements des parties, les questions en litige ; évalue l'opportunité de recourir à une conférence de règlement, etc¹²⁵. Ainsi, ce protocole plus détaillé implique de nouvelles obligations de divulgation de la part des parties de leurs intentions quant au litige, et va de pair avec la nouvelle obligation de coopération.

Pour combattre la crise actuelle de la justice civile québécoise¹²⁶, le remaniement du déroulement de l'instance civile et les pouvoirs de gestion d'instance par le tribunal plus étendus prévus au *Nouveau Code* constituent d'excellentes initiatives du législateur. Or, le rôle de l'avocat aussi doit évoluer. L'avocat ne doit plus être un guerrier ou un batailleur ; il doit être à l'écoute de son client, cherchant de concert avec lui ou elle la meilleure solution possible au conflit ou au différend¹²⁷. Le règlement à l'amiable doit être envisagé, « considéré »¹²⁸, discuté sérieusement entre les parties. Et lorsque la voie de l'instance civile est choisie et suivie, l'avocat doit la considérer comme une occasion, malgré le litige, d'échange, de coopération avec la partie adverse quant à leurs positions respectives, en toute bonne foi. Le procès, en ce sens, est perçu comme étant l'étape ultime et le dernier ressort de l'ins-

124. Art. 148 N.C.p.c.

125. *Ibid.*

126. A.A.S. ZUCKERMAN, *Civil Justice in Crisis: Comparative Perspectives of Civil Procedure* (OUP : 2000). Voir aussi <<http://cfjc-fcjc.org/inventory/reform.php?id=67>>.

127. Julie MACFARLANE, *The New Lawyer: How Settlement is Transforming the Practice of Law* (UBC Press : 2008).

128. Voir *supra*, sous-section II.A.2 du présent article sur le devoir de considération.

tance civile, envisageable lorsque la justice civile alternative n'est pas possible.

Ainsi apparaît à la réforme proposée par le *Nouveau Code* un changement important d'approche du classique avocat « adversaire » désirant confronter, vers l'avocat dit « responsable » (« responsible lawyer »). Cette notion de responsabilité de l'avocat avait d'ailleurs déjà été discutée par la Cour suprême du Canada, il y a plus de dix ans, dans un jugement unanime dans l'arrêt *Fortin c. Chrétien*¹²⁹. Dans cet arrêt, la Cour expliquait l'importance de l'avocat conciliateur, lequel envisage systématiquement le recours aux modes alternatifs :

[...] [C]ontrairement à la croyance populaire, le bon avocat, loin d'accentuer et d'exacerber les différends entre les parties, tentera de rapprocher les intérêts opposés afin d'éviter l'affrontement ultime que constitue le procès. Il sera appelé à jouer un rôle de modérateur, de négociateur et de conciliateur. Il est d'ailleurs de son devoir de faciliter la solution rapide des litiges et de ne pas intenter de recours inutiles ou frivoles [...] Ainsi, à chaque fois que la situation s'y prête, l'avocat doit envisager avec son client les modes alternatifs de règlement des litiges (médiation, conciliation et arbitrage) et il doit l'informer adéquatement des avantages à procéder à l'amiable. Il pourra également discuter avec la partie adverse et négocier un règlement du différend qui les oppose [...] ¹³⁰

Ce devoir de coopération de l'avocat, et de facilitateur de règlements, n'est alors pas entièrement nouveau. D'ailleurs, dans les discussions de réforme de 2003, le rapport intitulé « Une nouvelle culture judiciaire » mentionnait, déjà, que le rôle de l'avocat « en tant qu'auxiliaire de justice », comprend notamment celui de « donner des conseils juridiques » et de « favoriser le règlement d'un litige »¹³¹. Fait intéressant, le *Nouveau Code* impose à l'avocat et aux parties de « veiller à limiter l'affaire à ce qui est nécessaire pour résoudre le litige [sans jamais] agir en vue de nuire à autrui ou d'une manière excessive ou déraisonnable, allant ainsi à l'encontre des exigences de la bonne foi »¹³².

Au final, le *Nouveau Code* amène un changement de culture chez les avocats que l'on incite – et oblige par un texte de loi sanc-

129. [2001] 2 R.C.S. 500, 2001 CSC 45.

130. *Ibid.*, para. 53.

131. Rapport « Une nouvelle culture judiciaire », *supra*, note 14, p. 23.

132. Art. 19, al. 2 N.C.p.c.

tionnaire – à devenir des solutionneurs de conflits d’abord, avant-même leurs devoirs traditionnels. On les encourage au dialogue et à la coopération dès les premières expressions du différend. On les oblige aussi à informer et à prodiguer des conseils à leur client quant aux alternatives au litige, aux autres possibilités non-judiciaires, aux choix concrets qu’ils ont dans la manière de régler leurs différends, notamment en fonction des coûts du litige. Ces derniers coûts devront être anticipés afin que les parties puissent exercer un choix éclairé. Fait intéressant, par un projet de règlement publié en mai 2013, le Barreau du Québec a introduit un nouveau devoir d’information et de conseil à l’article 45 du *Code de déontologie des avocats*¹³³.

Comment néanmoins s’assurer que ces exhortations au changement de culture se concrétisent ? Il semble évident que des incitatifs financiers pourront rendre intéressante l’option de la justice alternative et de l’avocat solutionneur de différends, et du coup concrétiser ce changement¹³⁴. Le Code réformé offre néanmoins un immense pas dans la bonne direction en donnant au justiciable le choix du mode de règlement des conflits, et l’opportunité de se faire entendre, comme les chercheurs et sociologues Lind et Tyler l’avaient déjà remarqué il y a plusieurs années : « Procedures are viewed as fairer when they vest process control or voice in those affected by a decision »¹³⁵.

III. PRINCIPES D’INTERPRÉTATION DU *CODE DE PROCÉDURE CIVILE*

Dès la seconde mouture du *Code de procédure civile* de 1899, le législateur a prévu des dispositions interprétatives permettant de mieux comprendre ses 1444 articles. Dans ce Code, parmi les « Dispositions déclaratoires et interprétatives » se retrouvaient,

133. Art. 45 : « Tout au cours du mandat, l’avocat informe et conseille le client sur l’ensemble des moyens disponibles pour régler son différend, dont l’opportunité de recourir aux modes de prévention et de règlement des différends. »

134. Voir GARAPON, *supra*, note 89, p. 36 et s. et p. 159 et s.

135. E. Allan LIND et Tom R. TYLER, *The Social Psychology of Procedural Justice*, New York, Plenum Press, 1988, p. 208 ; Oscar G. CHASE, « Legal Processes and National Culture », (1997) 5 *Cardozo Journal of International & Comparative Law* 1, 21. Voir aussi Observatoire du droit à la justice, Mémoire présenté à la Commission des institutions de l’Assemblée nationale du Québec dans le cadre des consultations particulières et des auditions publiques sur le Projet de loi n° 28, *Loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, 11 septembre 2013 ; Mémoire disponible à : <file:///C:/Users/pichecat/Downloads/007m_observatoire_du_droit_%C3%A0_la_justice%20(2).pdf>.

notamment, les deux règles fondamentales d'interprétation suivantes ayant résisté au fil du temps : 1) il n'y a pas de droit sans action : si le code ne contient aucune disposition pour faire valoir ou maintenir un droit ou une réclamation, toute procédure qui n'est pas incompatible doit être accueillie et est valable ; et 2) les règles et dispositions concernant la procédure s'interprètent les unes par les autres et de manière à leur donner tout l'effet requis¹³⁶.

La prévalence du fond sur la forme, d'abord, découle implicitement des Notes explicatives¹³⁷ et de la Disposition préliminaire¹³⁸ du *Nouveau Code*, et est codifiée à l'article 25. Cette règle veut que, lorsqu'une décision sur une question de forme a pour conséquence qu'un justiciable perde son droit, elle cesse d'être une question de forme et devient une question de droit¹³⁹. Alors que cet article (anciennement l'article 2 C.p.c.) était à l'origine destiné à assouplir le formalisme des procédures, les tribunaux s'en sont inspirés au fil des ans pour assurer une saine gestion de l'instance et éviter que le formalisme procédural nuise au déroulement de l'instance et au procès.

Ensuite, le principe de cohérence est ancré au sein de la Disposition préliminaire du *Nouveau Code de procédure civile*, à son troisième alinéa, et se lit comme suit :

Enfin, le Code s'interprète et s'applique comme un ensemble, dans le respect de la tradition civiliste. Les règles qu'il énonce s'interprètent à la lumière de ses dispositions particulières ou de celles de la loi et, dans les matières qui font l'objet de ses dispositions, il supplée au silence des autres lois si le contexte le permet.

Cet extrait réfère au principe de logique et de cohérence, codifié à l'article 41.1 de la *Loi d'interprétation*¹⁴⁰. Ce principe veut que le tribunal soit rationnel, et qu'il interprète les disposi-

136. Repris non textuellement de MARTINEAU & DELFAUSSE, *Code de procédure civile annoté et supplément*, Montréal, C. Théorêt, 1899.

137. La loi prévoit un ensemble de règles ayant notamment comme objectif « – de simplifier et de moderniser non seulement la structure du *Code de procédure civile* et la terminologie qui y est utilisée, mais également les règles portant, entre autres, sur la forme [...] ».

138. Voir aussi l'arrêt *Duquet*, *supra*, note 37.

139. *Hamel c. Brunelle*, [1975] A.C.S. n° 112, [1977] 1 R.C.S. 147. Voir aussi *Ressources informatiques Quantum ltée c. Hôpital Royal Victoria*, [1997] J.Q. n° 3463, J.E. 97-2139, REJB 1997-03173 (C.A.) (les règles du *Code de procédure civile* doivent être interprétées de façon libérale).

140. *Loi d'interprétation*, RLRQ, c. I-16.

tions de la loi en ne créant pas d'absurdités, de contradictions ou d'incompatibilités¹⁴¹. Cette interprétation se fonde sur la formulation du texte, en souhaitant dégager, à partir des rapports entre les normes, le sens réel du texte¹⁴². À la cohérence horizontale – entre les dispositions du Code elles-mêmes et entre les dispositions du Code et des lois qui traitent des matières connexes –, on doit retrouver le principe de cohérence verticale, c'est-à-dire avec les normes de hiérarchie supérieure¹⁴³. À cet égard, la Disposition préliminaire affirme que « [l]es règles [que le Code] énonce s'interprètent à la lumière de ses dispositions particulières ou de celles de la loi [...] »¹⁴⁴.

Le respect de la tradition civiliste et de la mixité des sources de la procédure civile québécoise

L'ajout des termes « dans le respect de la tradition civiliste », mérite que nous nous y attardions. L'interprétation des articles du *Code de procédure civile* doit tenir compte des traditions juridiques diverses l'ayant influencé au fil des années¹⁴⁵. Avant l'avènement du *Code de procédure civile du Bas Canada*, les régimes français et anglais ont coexisté, de pair avec des règles et coutumes locales, pour former le droit applicable au Québec¹⁴⁶. C'est ainsi que le Code contient des instruments et des procédures d'origines et de traditions diverses, tantôt de droit civil, tantôt de common law, exprimant, du coup, la mixité de ses sources¹⁴⁷.

141. CÔTÉ, *supra*, note 25, p. 352. Ce principe est d'ailleurs reconnu depuis très longtemps dans la jurisprudence. Voir, notamment, *Grey c. Pearson*, (1857) 6 H.L.C. 61, 106, 10 E.R. 1216, 1234 ; *City of Victoria c. Bishop of Vancouver Island*, [1921] 2 A.C. 384, 387 ; *R. c. Assessors of the Town of Sunny Brae*, [1952] 2 R.C.S. 76, 97.

142. Voir, par exemple, *Boudreau c. Axa Assurances inc.*, 2012 QCCA 1845.

143. CÔTÉ, *supra*, note 25, p. 352.

144. Disposition préliminaire du *Code de procédure civile*, al. 3.

145. BRISSON, *supra*, note 12, p. 1-50.

146. *Ibid.*

147. *Lac d'Amiante*, *supra*, note 44, para. 32. L'expertise est l'exemple parfait d'un instrument d'origine anglaise dans le *Code de procédure civile* québécois. Voir aussi par. 33 de *Lac d'Amiante* : « 33 [...] les procès civils au Québec se déroulent dans un cadre marqué par l'influence des tribunaux de common law. Des traits tels le caractère contradictoire de la procédure, le rôle imparti respectivement aux avocats et aux juges, l'interrogatoire direct des témoins devant le tribunal et, aujourd'hui, l'utilisation des procédures d'examen préalable, soulignent l'importance de cet apport dans la procédure civile du Québec. [...] ». DOUTRE, vol. 2, *supra*, note 11, expliquant la mixité des sources de la procédure civile québécoise : « Notre procédure, quoiqu'ayant pour objet (*sic*) de mettre en mouvement des principes de droit, soit exclusivement français ou exclusivement anglais participe néanmoins, dans chaque matière isolée, des procédures

De plus, à travers les diverses codifications en procédure civile québécoise, de 1867 à aujourd'hui, il est devenu clair, et éventuellement reconnu par la majorité de la Cour suprême du Canada, que le droit judiciaire déborde du Code¹⁴⁸. Ce débordement est confirmé à la lecture des articles 25 et 49 du *Nouveau Code*, qui veulent que la procédure soit la servante du droit substantiel et que le tribunal puisse suppléer au Code. C'est donc dire qu'il existe en dehors du Code des règles de droit judiciaire qui le complètent.

Or, l'expression « dans le respect de la tradition civiliste », prévue à la Disposition préliminaire, suggère une lecture « civiliste » du Code, de ses principes et de ses institutions. Cette expression vient parfaitement traduire le *ratio decidendi* de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Lac d'Amiante*. Pour mieux contextualiser cette règle d'interprétation, il est utile de souligner que l'arrêt fut rendu en 2001, de manière contemporaine à l'adoption des deux règles d'interprétation bijuridique de la *Loi d'interprétation fédérale*¹⁴⁹, et ce, bien avant l'adoption de la nouvelle Disposition préliminaire. L'honorable juge Gonthier y expli-

françaises et anglaise tout à la fois. Les codificateurs semblent avoir fait des efforts pour ramener chaque ordre de législation à sa procédure propre ; mais nos mœurs judiciaires avaient trop d'empire sur les codificateurs eux-mêmes pour qu'ils pussent rattacher l'exercice des lois empruntées à l'Angleterre ou des lois coutumières à une pratique exclusivement anglaise ou exclusivement française. Au reste, le succès d'une telle entreprise eut jeté tant de perturbation dans nos tribunaux que nous devons leur savoir gré de n'avoir manifesté que des semblants de préférence pour un système ou pour un autre. »

148. *Vidéotron ltée c. Industries Microlec Produits Électroniques inc.*, [1992] 2 R.C.S. 1065 (J. Gonthier). Voir aussi *Globe and Mail c. Canada (Procureur général)*, 2010 CSC 41, [2010] 2 R.C.S. 592, para. 30 (« La codification de la procédure civile, appliquée par les cours du Québec n'a pas pour autant détaché complètement celle-ci du modèle de common law. [...] comme notre Cour l'a indiqué dans *Lac d'Amiante*, le *C.p.c.* ne contient pas toute la procédure civile. Il laisse place aux règles de pratique. Il permet également aux tribunaux d'intervenir de manière ciblée et leur confère le pouvoir de rendre des ordonnances adaptées au contexte particulier des causes dont ils sont saisis, notamment en vertu des art. 20 et 46 du *C.p.c.* »).

149. Il s'agit des articles 8.1 et 8.2 de la *Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, adoptés par l'article 8 de la Loi d'harmonisation n° 1 du droit fédéral avec le droit civil. Ces articles reconnaissent, dans une disposition législative, le bijuridisme canadien et le principe de la complémentarité de la législation fédérale avec le droit privé des provinces en matière de propriété et de droits civils. L'article 8.1 affirme l'égalité des deux systèmes juridiques qui existent au Canada en reconnaissant qu'ils « font pareillement autorité » et « sont tous deux sources de droit en matière de propriété et de droits civils ». L'article 8.2 sert à interpréter les textes fédéraux bijuridiques. Il en reste que les articles 8.1 et 8.2 prévoient qu'on ne peut déroger à certaines règles de droit qui, parfois, empêchent l'application du droit privé de la province comme source supplétive.

quait alors les traditions diversifiées du Code et la nécessité d'honorer dans son interprétation, la tradition civiliste :

D'origines fort diverses, les règles de la procédure civile québécoise font partie d'un Code de procédure. À ce titre, elles s'inscrivent dans une tradition juridique différente de la common law. Le droit fondamental en matière de procédure civile demeure celui qu'édicte l'Assemblée nationale. Ses règles se retrouvent dans un code rédigé en termes généraux. La création des règles de droit appartient ainsi principalement au législateur.

Le *Code de procédure civile* contient l'ordonnancement législatif du droit processuel. D'abord, il édicte l'ensemble des principales règles de procédure civile quant à la compétence des tribunaux, à l'institution des actions judiciaires, à leur mise en état, à la conduite de l'audience, au jugement et à son exécution. [...]

De plus, le droit procédural reconnaît des pouvoirs inhérents aux tribunaux pour régler des situations non prévues par la loi ou les règles de pratique. [...]

Ainsi, la législature québécoise n'a pas laissé aux tribunaux la même marge de liberté que les législatures des autres provinces. La procédure civile se retrouve principalement dans le Code. [...]

Un tribunal québécois ne peut décréter une règle positive de procédure civile uniquement parce qu'il l'estime opportune. À cet égard, dans le domaine de la procédure civile, le tribunal québécois ne possède pas le même pouvoir créateur qu'une cour de common law, quoique l'intelligence et la créativité de l'interprétation judiciaire puissent souvent assurer la flexibilité et l'adaptabilité de la procédure. Bien que mixte, la procédure civile du Québec demeure un droit écrit et codifié, régi par une tradition d'interprétation civiliste. [...] *Suivant la tradition civiliste, les tribunaux québécois doivent donc trouver leur marge d'interprétation et de développement du droit à l'intérieur du cadre juridique que constituent le Code et les principes généraux de procédure qui le sous-tendent.* [...] ¹⁵⁰
[Nos italiques]

Cet extrait vient confirmer que l'interprétation des instruments et procédures prévues au *Code de procédure civile* et à sa

150. *Lac d'amiante*, supra, note 44, par 35 à 39. Voir aussi Maurice TANCELIN, « Comment un droit peut-il être mixte ? », dans Frederick Parker WALTON, *Le domaine et l'interprétation du Code civil du Bas-Canada*, Toronto, Butterworths, 1980, p. 1 ; J.-M. BRISSON, « La procédure civile au Québec avant la codification : un droit mixte, faute de mieux », dans *La formation du droit national dans les pays de droit mixte*, (1989) 93, p. 93-95.

nouvelle mouture devra se faire d'abord et avant tout en fonction du Code et des principes de procédure, dans le respect de la tradition propre au Québec. L'office et les pouvoirs du juge, quoique larges dans sa gestion des procédures, seront moins créateurs que ceux du juge de common law, malgré la référence aux procédés « empreints de justice », au deuxième alinéa de la Disposition préliminaire, dont nous avons traité ci-haut, qui ouvre la porte à l'équité.

Néanmoins, plusieurs des dispositions du *Code de procédure civile* ont des origines anglaises, de common law. Comment doit-on alors les interpréter ? La Cour suprême du Canada a répondu à la question dans l'arrêt *Globe and Mail*, en soulignant que l'évolution de cette règle en système de common law devrait être examinée pour bien l'interpréter :

Si la mixité du droit de la procédure et de la preuve au Québec, [...], est dûment reconnue, il est difficile d'admettre que les principes juridiques de common law ne sauraient jouer aucun rôle résiduel dans l'évolution de cet aspect du droit québécois. Après tout, le Québec est une province de droit mixte. Si une règle juridique découle en définitive de la common law, il demeure logique de recourir à celle-ci dans l'interprétation et l'élaboration de cette même règle en droit civil. *Même si une règle a été transplantée et adaptée dans le contexte du droit civil, l'examen de son évolution dans le système de common law du Canada reste pertinent et intéressant pour établir l'interprétation correcte de la règle en question dans le contexte du système de droit civil* : [...]

Cette conclusion doit cependant reposer sur le principe fondamental selon lequel l'interprétation et l'élaboration d'une telle règle doivent rester conformes aux principes généraux énoncés dans le *C.c.Q.* et dans la *Charte québécoise*.¹⁵¹ [Nos italiques]

Quoique les tribunaux québécois ne puissent réinventer la loi en créant le droit comme peuvent le faire les tribunaux de common law, ils pourront à l'occasion, en usant de « tous les pouvoirs nécessaires à l'exercice de leur compétence »¹⁵², par « l'intelligence et la créativité de l'interprétation judiciaire »¹⁵³, « statuer au-delà des codes écrits et de la législation, lorsque des vides apparaissent »¹⁵⁴, pour « assurer la flexibilité et l'adaptabilité de la

151. *Globe and Mail*, *supra*, note 148, para. 45.

152. Art. 49 N.C.p.c.

153. *Lac d'Amiante*, *supra*, note 44, para. 39.

154. *Globe and Mail*, *supra*, note 148, para. 46.

procédure »¹⁵⁵. Ils interpréteront les règles du Code, « destinées à favoriser le règlement des différends et des litiges, à faire apparaître le droit et à en assurer la sanction »¹⁵⁶. Et alors, comme pour vouloir complexifier encore ce mécanisme d'interprétation, ils devront interpréter ces règles « dans le respect de la tradition civiliste » pour refléter l'importance du contexte culturel propre au Québec.

CONCLUSION ET OUVERTURE

Au final, la procédure civile québécoise, aux sources plurielles, doit être interprétée dans la tradition civiliste, en cohérence avec le *Code civil du Québec* et les chartes, comme un tout cohérent et harmonieux. Même les institutions et procédures québécoises inspirées de la common law devront être interprétées en fonction des principes puisés dans les deux codes, et en considérant leurs cultures et traditions propres. Le *Nouveau Code* propose un virage controversé en élevant les modes privés comme étant prioritaires à la justice civile traditionnelle. Il innove, avec une obligation de considération de ces modes. Sa structure et son lexique simplifiés impressionnent, tout comme ses principes directeurs, à la fois anciens et novateurs, applicables tantôt aux modes privés, tantôt aux modes publics. L'étendue et le potentiel d'application de ces principes en deviennent d'ailleurs beaucoup plus importants pour les tribunaux, étant donné leurs pouvoirs d'intervention en gestion beaucoup plus larges et les mesures y relatives possibles des conférences de gestion. Il reste maintenant à voir comment ces principes et ce Code seront interprétés, dans le respect de la tradition civiliste.

Il nous faut s'écarter de la vision de Lafrenaye dans notre citation d'ouverture, pour conclure que les principes directeurs et d'interprétation de la Disposition préliminaire du *Nouveau Code de procédure civile* font de la procédure non une « science passée au creuset de la philosophie », mais bien une « science active », qui au simple regard du juge gestionnaire interprète, est une lorgnette par laquelle on entrevoit un meilleur – et plus efficace, efficient, équitable, juste, proportionné et économique – accès à la justice et aux tribunaux québécois.

155. *Lac d'Amiante*, *supra*, note 44, para. 39.

156. Art. 25 N.C.p.c.

L'affaire *Groupe Aldo* : réflexions sur l'encadrement juridique de la cybercriminalité dans les opérations bancaires et l'industrie des paiements

Marc LEMIEUX

Résumé

Les médias rapportent de plus en plus des cas de cybercriminalité dans une variété de domaines. Nous nous intéressons ici au phénomène de la cybercriminalité dans les industries des banques et du paiement.

Les numéros de nos comptes bancaires, de nos cartes de crédit et de débit, nos numéros d'identification personnels, nos mots de passe et nos réponses à d'éventuelles questions de sécurité sont la convoitise de cybercriminels qui cherchent à s'en accaparer pour réaliser des fraudes financières. De quelle façon cette information est-elle ou devrait-elle être protégée dans les ordinateurs des banques et des marchands, dans nos propres ordinateurs et dans ceux de tous les intermédiaires qui en prennent possession ? Qui assume la responsabilité de dommages lorsqu'une partie innocente doit éponger les actions criminelles de malfaiteurs ? Dans quelle mesure cette responsabilité peut-elle être couverte par une assurance ? De quelle façon nos gouvernements fédéral et provinciaux encadrent-ils ou devraient-ils encadrer le phénomène de la cybercriminalité, plus particulièrement dans les industries des banques et du paiement ?

Telles sont en résumé les principales questions auxquelles cet article cherche à répondre.

L'affaire *Groupe Aldo* : réflexions sur l'encadrement juridique de la cybercriminalité dans les opérations bancaires et l'industrie des paiements

Marc LEMIEUX*

INTRODUCTION	183
1. LES CIRCONSTANCES DE L'AFFAIRE <i>GRUPE ALDO</i>	184
1.1 Les faits	184
1.2 Les questions en litige	186
1.3 Cartes à bande magnétique, cartes à puce et fraude	187
2. LE PHÉNOMÈNE DU CYBERCRIME.	189
2.1 La portée générale du cybercrime	189
2.2 La cybercriminalité dans les opérations bancaires et l'industrie des paiements	191
3. L'ENCADREMENT JURIDIQUE DE LA CYBERCRIMINALITÉ DANS LES OPÉRATIONS BANCAIRES ET L'INDUSTRIE DES PAIEMENTS . .	197

* Avocat-conseil, Dentons Canada et chargé de cours, Faculté de droit de l'université McGill. L'auteur remercie Jacqueline Rowniak et Barbara Karczewska pour leur collaboration à la préparation de cet article. Pour éviter toute ambiguïté, nous précisons que le cabinet Dentons Canada n'agit pas dans les litiges impliquant le Groupe Aldo dont traite le présent article.

3.1	L'état général de l'encadrement juridique de l'industrie des paiements	198
3.2	Les conseils du BSIF sur l'autoévaluation en matière de cybersécurité.	199
3.3	La divulgation du risque de cybercriminalité aux investisseurs des banques	201
3.4	La cybersécurité et les lois protégeant les renseignements personnels	203
3.5	L'attribution de responsabilité suite à une cyberattaque	212
4.	LA DISPONIBILITÉ D'UNE ASSURANCE CONTRE LES CYBERRISQUES	230
4.1	Les polices d'assurance responsabilité générale . .	230
4.2	Les polices visant les cyberrisques de façon plus particulière.	235
	CONCLUSION	236

INTRODUCTION

Cet article s'inspire d'un litige présentement en cours au Québec et en Ontario entre, d'une part, un marchand et, d'autre part, un réseau de cartes de crédit, un fournisseur de services d'acquisition¹ et l'assureur du marchand.

Le litige trouve son origine dans une cyberattaque contre les systèmes informatiques du marchand, à l'issue de laquelle les malfaiteurs se sont approprié les noms et détails des cartes de crédit de consommateurs ayant effectué des achats chez le marchand dans le passé. Les cybercriminels ont ensuite utilisé cette information pour cloner ces cartes ou les utiliser par téléphone ou internet et faire de nouveaux achats qui ont été frauduleusement imputés sur les comptes des détenteurs véritables qui n'avaient rien acheté. Les détenteurs lésés ont été remboursés par les banques qui leur avaient émis les cartes. Ces banques ont à leur tour été indemnisées par le réseau dont les cartes portaient la marque. Enfin, le réseau de cartes s'est lui-même remboursé en faisant débiter par le fournisseur de services d'acquisition un compte de règlement des transactions établi par le marchand.

Les circonstances du litige suscitent des réflexions plus larges sur l'encadrement juridique actuel et souhaitable de la cybercriminalité dans les opérations bancaires et l'industrie des paiements.

Dans la première partie de cet article nous exposons ces circonstances de façon plus détaillée.

La deuxième partie de cet article est consacrée à la portée générale du phénomène de la cybercriminalité et ses manifestations plus particulières dans les opérations bancaires et l'industrie des paiements.

1. Les services d'acquisition dans le contexte de paiements par carte comprennent la captation des renseignements relatifs à la carte et au paiement au point de vente et la transmission de cette information au réseau de cartes concerné pour que celui-ci traite le paiement et en règle le montant au marchand.

Dans la troisième partie de cet article, nous examinons l'encadrement juridique de la cybercriminalité dans les opérations bancaires et l'industrie des paiements. Cette partie du texte est divisée en plusieurs sections consacrées à l'état général de l'encadrement juridique de l'industrie des paiements, l'encadrement de la cybercriminalité par les régulateurs des banques, des marchés de capitaux et de la protection des renseignements personnels, et l'attribution de responsabilité suite à une cyberattaque.

La quatrième et dernière partie de cet article étudie la couverture des cyberrisques au moyen d'une police d'assurance.

1. LES CIRCONSTANCES DE L'AFFAIRE GROUPE ALDO

Dans cette section de l'article nous présentons les faits et les questions en litige dans l'affaire qui est répertoriée en Ontario comme *Aldo Group Inc. c. Moneris Solutions Corporation* et *MasterCard International Inc.*² et au Québec comme *Aldo Group Inc. c. Chubb Insurance Company of Canada*³. Nous traitons aussi des distinctions entre les cartes à bande magnétique et les cartes à puce du point de vue de la fraude.

1.1 Les faits

Comme la vaste majorité des marchands, le détaillant de chaussures Groupe Aldo Inc. (« Groupe Aldo ») permet aux consommateurs qui se présentent en magasin ou qui effectuent leurs achats en ligne sur son site internet de payer au moyen d'une carte de paiement (une carte de crédit, carte de débit ou carte prépayée)⁴.

2. *Aldo Group Inc c Moneris Solutions Corporation*, 2012 ONSC 2581, 221 ACWS (3d) 563. Confirmé en appel par : *Aldo Group Inc c Moneris Solutions Corporation*, 2013 ONCA 725, 118 OR (3d) 81. Requête pour permission d'en appeler à la Cour suprême du Canada rejetée : *MasterCard International Inc c The Aldo Group Inc*, 2013 ONCA 725, autorisation de pourvoi à la CSC refusée, 35700 (1^{er} mai 2014). Ces décisions concernent la contestation par le réseau de cartes de la compétence des tribunaux ontariens. Elles ne portent pas sur le mérite, et le litige entre le marchand, le réseau de cartes et le fournisseur de services d'acquisition est toujours devant ces tribunaux.

3. *Aldo Group Inc c Chubb Insurance Company of Canada*, 2013 QCCS 2006 [*Aldo c Chubb*], présentement en appel.

4. Au Canada, en 2012, 1 402 423 marchands acceptaient les cartes de crédit émises par les réseaux Visa ou MasterCard comme moyen de paiement. Cette année-là,

Le paiement par carte est rendu possible par des réseaux de cartes et des banques qui en sont membres. Des contrats s'établissent entre les réseaux et les banques permettant à celles-ci, d'une part, d'émettre des cartes portant la marque du réseau à leurs clients et leur permettant aussi, d'autre part, d'établir des ententes avec des marchands pour faire traiter les paiements qu'ils acceptent au moyen des cartes portant la marque du réseau. Les banques jouent donc un double rôle dans les paiements par carte : un rôle d'émission des cartes et un autre rôle dit d'« acquisition » des paiements (en ce qu'elles « acquièrent » le droit de faire traiter par le réseau les paiements que les marchands reçoivent).

En ce qui concerne les activités d'acquisition, les contrats entre les réseaux et les banques permettent à celles-ci de retenir les services d'un fournisseur de services pour veiller au traitement des paiements par carte, de la captation de la transaction au point de vente à son règlement en faveur du marchand. Lorsqu'une banque utilise un fournisseur de services d'acquisition, des contrats s'établissent entre la banque et le marchand, la banque et le fournisseur, entre le fournisseur et le marchand, de même qu'entre le fournisseur et le réseau dont la banque est membre.

Dans l'affaire *Groupe Aldo*, la Banque de Montréal (« BMO ») avait contracté avec Groupe Aldo pour le traitement des paiements par carte MasterCard. BMO avait imparti cette fonction à Services Moneris (« Moneris ») aux termes d'un contrat intervenu entre ces deux parties. Un contrat distinct est intervenu entre Moneris et Groupe Aldo. Enfin Groupe Aldo a aussi signé une convention avec le réseau MasterCard.

Les contrats auxquels Groupe Aldo était partie lui imposaient une obligation de se conformer à des normes de sécurité informatique édictées par l'industrie bancaire, le Payment Card Industry Data Security Standards (« PCI DSS »).

des achats pour un montant global de l'ordre de \$355 milliards ont été effectués chez des marchands par les détenteurs de cartes de crédit de ces deux réseaux : Association des banquiers canadiens, « Statistiques sur les cartes de crédit – Visa et Mastercard » (23 mai 2014), en ligne : <http://www.cba.ca/contents/files/statistics/stat_cc_db038_fr.pdf> [*Statistiques sur les cartes de crédit – Visa et MasterCard*]. Le réseau Interac rapporte pour sa part qu'en 2012, sa carte de débit était acceptée par 794 000 guichets automatiques et 472 000 marchands au Canada et a été utilisée pour réaliser des transactions d'une valeur globale de \$190 milliards : Interac, « Recherche et statistiques – Nombre de transactions, de commerçants, de terminaux, d'utilisateurs et valeur en \$ » (2013), en ligne : <www.interac.ca/fr/transactions-merchants-terminals-dollar-value-users>.

En 2010, Moneris a déterminé qu'une intrusion potentielle survenue dans les systèmes informatiques du Groupe Aldo était à l'origine d'une vague de transactions frauduleusement imputées à des détenteurs de cartes de crédit MasterCard ayant auparavant effectué des transactions chez ce marchand. Moneris a avisé Groupe Aldo de cette détermination et a tenu une enquête qui a révélé que les transactions frauduleuses résultaient d'une cyber-attaque sophistiquée qui avait bel et bien eu lieu contre les systèmes informatiques de Groupe Aldo. L'enquête a aussi conclu que Groupe Aldo était en défaut de respecter une des normes du PCI DSS. Sur la base des dispositions contractuelles entre les parties et, à la demande de MasterCard, Moneris a débité d'un compte de règlement⁵ établi par Groupe Aldo et remis à MasterCard les montants des indemnités payées par MasterCard aux banques qui avaient elles-mêmes remboursé les détenteurs véritables des cartes contrefaites ou usurpées (une somme de \$3,4 millions) et le montant d'une indemnité administrative (une somme additionnelle de \$1,5 million, pour un total de \$4,9 millions).

1.2 Les questions en litige

Dans le litige ontarien, Groupe Aldo réclame de Moneris et de MasterCard le remboursement du montant de \$4,9 millions débité à son compte de règlement, au motif que les contrats entre les parties ne lui en attribuent pas la responsabilité. Plus particulièrement Groupe Aldo conteste avoir été en défaut de respecter les normes PCI DSS. En Ontario, Moneris et MasterCard ont vigoureusement contesté la compétence des tribunaux locaux sur la base de dispositions dans l'un des contrats référant aux tribunaux de l'état de New York en cas de litige⁶. Les tribunaux ontariens ont toutefois affirmé leur compétence et le litige poursuit son cheminement devant eux en vue d'être éventuellement tranché au mérite.

Dans le litige québécois, Groupe Aldo demande d'enjoindre son assureur à l'indemniser pour les procédures et une éventuelle

5. Un compte de règlement est un compte ouvert par le marchand auprès de la banque d'acquisition où sont déposés tous les règlements d'achats effectués chez le marchand au moyen des cartes émises par le réseau concerné.

6. Voir les jugements décrits à la note 2 ci-dessus ainsi que le commentaire suivant : Benjamin Geva, « The processor and the contractual matrix in a card scheme: How privacy fell and resurrected in *Aldo v. Moneris* » (2013) 32 Nat'l Banking L. Rev 73.

condamnation dans le litige ontarien. La Cour supérieure a rejeté cette demande⁷ et Groupe Aldo a inscrit la cause en appel.

1.3 Cartes à bande magnétique, cartes à puce et fraude

Au moment de leur introduction en 1950, les cartes de crédit étaient de simples plaquettes de plastique sur lesquelles le nom et le numéro de carte du détenteur étaient embossés. Les achats étaient constatés au moyen d'une empreinte mécanique de la carte sur du papier carbone. On vérifiait l'identité du détenteur au moyen de sa signature dont un spécimen apparaissait à l'endos de la carte. Les achats étaient traités par les réseaux de cartes à compter de la réception des reçus-papier.

À compter des années 1970, une bande magnétique renfermant les renseignements du détenteur a été imprimée à l'endos des cartes. La carte à bande magnétique est glissée dans un lecteur qui capte et transmet cette information et les détails de la transaction au réseau de façon électronique pour un traitement immédiat. L'identité du détenteur peut être vérifiée au moyen de la signature dont un spécimen demeure à l'endos de la carte ; elle peut aussi être vérifiée à l'aide d'un numéro d'identification personnel (« NIP ») qui n'est pas stocké sur la bande magnétique mais qui est associé à la carte par son détenteur.

Enfin, depuis les années 2010, les cartes à bande magnétique sont progressivement remplacées par des cartes à puce. De nouveaux lecteurs sont requis pour capter l'information dorénavant stockée dans la puce, soit par l'insertion de la carte dans le lecteur (lecture « avec contact »), soit par un simple rapprochement de la carte au lecteur (lecture « sans contact »), la puce émettant cette information à courte distance. La transaction est toujours traitée de façon immédiate au moyen d'une connexion électronique au réseau. L'identité du détenteur d'une carte à puce est vérifiée par le NIP que le détenteur lui a associé et qui n'est pas stocké sur la puce.

Avec le nom et le numéro de carte d'un détenteur, les malfaiteurs peuvent depuis plusieurs années cloner la carte à bande magnétique qui lui a été émise par sa banque. Chez les marchands qui ne vérifient les transactions qu'au moyen de la signature du

7. *Aldo c Chubb*, *supra* note 3.

détenteur, les malfaiteurs peuvent alors facilement procéder à des transactions frauduleuses. La carte à puce n'a pas à ce jour été clonée et même si elle pouvait l'être les malfaiteurs ne pourraient réaliser des transactions frauduleuses sans le NIP du détenteur. L'introduction des cartes à puce a dramatiquement réduit les transactions frauduleuses au Canada et dans les quatre-vingts pays où elle a été introduite, notamment en Europe, en Amérique latine, en Asie et dans la région du Pacifique⁸.

Au Canada, le processus de migration des cartes à bande magnétique vers les cartes à puce a été entamé il y a plusieurs années et est presque complété. Un très grand nombre de marchands peuvent aujourd'hui accepter les cartes à puce. Toutefois, les cartes à puce canadiennes comportent toujours une bande magnétique, pour permettre au détenteur de réaliser des transactions chez des marchands qui ne se sont pas encore converti à la nouvelle technologie.

Aux États-Unis et dans d'autres pays, les cartes continuent d'être émises sur support de bande magnétique et les transactions au point de vente continuent d'être vérifiées avec la signature du détenteur. Ces pays où la carte à puce et le NIP n'ont pas encore été déployés expliquent l'intérêt des cybercriminels pour les renseignements des détenteurs de cartes que renferment notamment les ordinateurs des marchands et des fournisseurs de services d'acquisition.

La preuve n'a pas été faite dans l'affaire *Groupe Aldo* mais on peut croire que les cybercriminels qui ont capté l'information des clients ont utilisé cette information pour cloner des cartes et les utiliser dans des pays comme les États-Unis où la carte à bande magnétique continue d'être la norme. Même si l'environnement canadien est plus sécuritaire, les marchands canadiens qui ont

8. Smart Card Alliance, « Where has EMV been adopted? », en ligne : <<http://www.smartcardalliance.org/pages/publications-emv-faq#q2>> ; Randy Vanderhoof, « Can Technology Protect Americans from International Cybercriminals? » (Témoignage devant Subcommittee on Oversight and Subcommittee on Research and Technology Joint Hearing, présentée à 2318 Rayburn House Office Building, 6 mars 2014), en ligne : <<http://science.house.gov/sites/republicans.science.house.gov/files/documents/HHRG-113-SY21-WState-RVanderhoof-20140306.pdf>> à la p 5 et pp 7-9. « Countries that have implemented EMV chip technology have seen their counterfeit fraud decline by as much as 67 % », se référant à Financial Fraud Action UK, « Fraud: The Facts (2012) » (2012), *The UK Cards Association*, en ligne : <www.theukcardassociation.org.uk/wm_documents/fraud_the_facts_2012.pdf>.

des établissements aux États-Unis et dans ces autres pays devraient être conscients que leur exposition au risque de cybercriminalité est plus élevé à l'égard de leurs activités à l'étranger.

2. LE PHÉNOMÈNE DU CYBERCRIME

Dans cette section nous évoquons la portée générale du cybercrime et considérons plus particulièrement son incidence dans les opérations bancaires et l'industrie des paiements.

2.1 La portée générale du cybercrime

Au moment d'écrire ces lignes, les Canadiens venaient d'apprendre qu'un adolescent a paralysé l'accès au site web de l'Agence du revenu du Canada pendant quelques semaines après avoir réussi à voler l'information personnelle dont les numéros d'assurance sociale de 900 contribuables⁹. Ce n'est pas la première fois que les ordinateurs du gouvernement canadien sont la proie de visiteurs mal intentionnés. Entre autres, en 2011, au moment de rumeurs sur une prise de contrôle du capital d'une grande entreprise minière des Prairies, les systèmes informatiques du Ministère des finances et du Conseil du trésor (de même que ceux de firmes nationales de services juridiques) avaient été piratés, vraisemblablement aux fins de mettre la main sur des informations privilégiées¹⁰.

Depuis quelques années, les cybercriminels multiplient leurs attaques contre les systèmes informatiques des entreprises¹¹ et des gouvernements. Lors d'un sondage réalisé auprès de plus de 500 entreprises faisant affaire au Canada, 70 % des répon-

-
9. Agence du Revenu du Canada, « Déclaration du commissaire de l'Agence du revenu du Canada sur la faille Heartbleed » (14 avril 2014), *Marketwired*, en ligne : <<http://www.marketwired.com/press-release/declaration-du-commissaire-de-lagence-du-revenu-du-canada-sur-la-faille-heartbleed-1899054.htm>> ; Gendarmerie royale du Canada, « La GRC dépose des accusations contre le pirate qui a exploité la faille informatique Heartbleed » (16 avril 2014), en ligne : <<http://www.rcmp-grc.gc.ca/ottawa/ne-no/pr-cp/2014/0416-heartbleed-fra.htm>>.
 10. Jameson Berkow, « Chinese hackers went after aborted Potash deal » (30 novembre 2011), *Financial Post*, en ligne : <www.business.financialpost.com/2011/11/30/chinese-hackers-went-after-aborted-potash-deal-report>.
 11. Plus du tiers des grandes entreprises faisant partie du Fortune 500 rapportent que les cyberrisques auxquels ils font face sont importants ou sérieux : Willis North America « Willis Fortune 500 Cyber Disclosure Report, 2013 » (mai 2013), en ligne : <www.blog.willis.com/wp-content/uploads/2013/05/willis-cyberdisclosure_2013.pdf> [Willis North America « Fortune 500 Cyber Disclosure Report »].

dants ont déclaré avoir été victimes d'une cyberattaque au cours de l'année précédente¹². À l'échelle planétaire, commentant l'ampleur du phénomène, le président d'une compagnie de sécurité informatique a déclaré récemment que « cybercrime has become a \$105 billion business that now surpasses the value of the illegal drug trade worldwide »¹³. Une enquête internationale menée par une entreprise spécialisée dans la sécurité informatique rapporte à cet égard qu'en 2013 un nombre record de 550 millions d'identités ont été usurpées, un autre nombre record de 8 « méga-attaques » ont compromis 10 millions ou plus de dossiers chacune et près des deux tiers des petites et moyennes entreprises ont été visées par des cybercriminels¹⁴.

Reconnaissant le danger que représente la cybercriminalité de façon générale pour la sécurité nationale, le bon fonctionnement de l'économie et l'intérêt public, le gouvernement américain a adopté en 2013 un décret exécutif donnant mandat au Department of Homeland Security de tenir un registre de l'information se rapportant aux cyberattaques contre les infrastructures importantes des États-Unis. Le décret a aussi donné mandat au National Institute of Standards and Technology de préparer un guide de normes d'industrie et de meilleures pratiques pour aider ces infrastructures dans tous les secteurs de la société et de l'économie à mettre en place des mesures de sécurité ou améliorer les mesures déjà en vigueur pour lutter contre la cybercriminalité¹⁵. Ce guide a récemment été adopté¹⁶ et constitue la base sur laquelle la société américaine entend dorénavant répondre au phénomène global de la cybercriminalité.

12. International Cyber Security Protection Alliance, « Study of the impact of cybercrime on businesses in Canada » (mai 2013), en ligne : <www.icspa.org/fieladmin/user_upload/downloads/icspa_canada_cyber_crime_study_may_2013.pdf>.
13. Richard Martin, « Cyberthreats outpace security measures, says McAfee CEO » (18 septembre 2007), *InformationWeek*, en ligne : <<http://www.informationweek.com/cyberthreats-outpace-security-measures-says-mcafee-ceo/d/d-id/1059336>>.
14. Symantec Corporation, « Internet Security Threat Report 2014: volume 19 » (avril 2014), en ligne : <www.symantec.com/content/en/us/enterprise/other_resources/b-istr_main_report_v19_21291018.en-us.pdf>. Voir aussi : Verizon Enterprise Solutions, « 2014 Data Breach Investigations Report » (2014), en ligne : <www.verizonenterprise.co/DBIR/2014>.
15. The White House Office of the Press Secretary, Executive Order, 13636, « Improving Critical Infrastructure Cybersecurity » (12 février 2013), en ligne : <www.whitehouse.gov/the-press-office/2013/02/12/executive-order-improving-critical-infrastructure-cybersecurity>.
16. National Institute of Standards and Technology, « Framework for improving critical infrastructure cybersecurity » (12 février 2014), en ligne : <www.nist.gov/cyberframework/upload/cybersecurity-framework-021214-final.pdf>.

2.2 La cybercriminalité dans les opérations bancaires et l'industrie des paiements

Le cybercriminel s'attaque aux ordinateurs des banques, des clients des banques, des fournisseurs de services d'acquisition et des marchands. Nous traitons dans cette section de ces quatre types de cybercriminalité.

i) Cyberattaques contre les ordinateurs des banques

La plupart des plus grandes banques canadiennes rapportent à leurs investisseurs les risques liés aux cyberattaques dirigées contre leurs systèmes informatiques. À titre d'exemple nous trouvons dans le rapport annuel de la Banque Royale du Canada pour 2013 l'énoncé suivant :

En raison de notre dépendance à l'égard des technologies numériques et d'Internet aux fins de nos activités partout au monde et de l'accroissement de ces activités, nous sommes de plus en plus exposés aux risques liés à la cybersécurité. Ces incidents comprennent l'accès non autorisé à nos systèmes visant le détournement d'actifs, l'accès à des informations sensibles, la corruption de données ou des perturbations opérationnelles. Bien que nos systèmes informatiques continuent de faire l'objet de cyberattaques, nous n'avons jusqu'à présent pas composé avec une atteinte importante à la cybersécurité. Un tel événement pourrait compromettre les renseignements confidentiels nous concernant et ceux concernant nos clients et des tiers avec lesquels nous faisons affaire, et pourrait avoir des conséquences négatives, y compris des coûts de remise en état, une perte de revenus, un contrôle réglementaire accru, des litiges et l'atteinte à notre réputation. Nous continuons d'accorder une grande importance à l'amélioration des technologies, processus et pratiques en matière de cybersécurité auxquels nous avons recours pour protéger nos réseaux, nos systèmes, nos ordinateurs et nos données contre toute attaque, tout dommage ou accès non autorisé. Nous avons l'intention de continuer à surveiller activement le contexte des menaces à la cybersécurité, à procéder à un examen des meilleures pratiques, et à mettre en œuvre des contrôles supplémentaires pour atténuer ce risque¹⁷.

17. Banque Royale du Canada, « Rapport annuel 2013 » (décembre 2013), en ligne : <www.rbc.com/investisseurs/pdf/ar_2013_f.pdf> à la p 53 [« Rapport annuel BRC »]. Nous traitons de la divulgation de ces risques aux investisseurs des banques dans la section 3.3 ci-dessous.

Les cybercriminels cherchent ou parviennent à s'introduire directement dans les ordinateurs des banques pour y voler des renseignements personnels des clients, dont les numéros de comptes des clients et les mots de passe qui y sont associés ou les numéros de cartes de crédit ou de débit des clients et les numéros d'identification personnels qui y sont associés. Les malfaiteurs utilisent cette information pour détourner les fonds du client au moyen de virements de compte frauduleux ou de retraits frauduleux aux guichets bancaires ou d'achats aux points de vente frauduleusement portés aux comptes des clients dont les cartes ont été contrefaites ou usurpées.

Les cybercriminels bloquent aussi les sites web des banques au moyen d'attaques connues sous le nom d'« attaques de déni de service » qui empêchent les clients d'effectuer des transactions électroniques. Cette dernière forme d'attaque sert parfois de diversion pour la précédente¹⁸.

Ainsi, au mois de mai 2011, des pirates informatiques se sont introduits dans les systèmes informatiques de Citibank et y ont obtenu l'information bancaire de 200 000 clients. Ils ont utilisé cette information pour fabriquer des fausses cartes et procéder à des transactions frauduleusement portées aux comptes compromis pour un montant de \$3 millions¹⁹. Pendant une période de 9 mois de septembre 2012 à juin 2013, des cyberattaques répétées revendiquées par un groupe islamiste contre de nombreuses banques américaines ont paralysé jusqu'à 30 % de la disponibilité mensuelle des sites transactionnels bancaires privant les clients d'un accès électronique à leurs comptes²⁰.

18. Jordan Robertson, « Cheapest way to rob bank seen in cyber attack like Hustle » (6 mai 2013), *Bloomberg*, en ligne : <<http://www.bloomberg.com/news/2013-05-06/cheapest-way-to-rob-bank-seen-in-cyber-attack-like-hustle.html>>.

19. Maria Aspan, « Regulators pressure banks after Citi data breach » (9 juin 2011), *Reuters*, en ligne : <<http://www.reuters.com/article/2011/06/09/us-citi-idUSTRE7580TM20110609>> ; Nelson D. Schwartz et Eric Dash, « Thieves found Citigroup site an easy entry » (13 juin 2011), *The New York Times*, en ligne : <www.nytimes.com/2011/06/14/technology/14security.html> ; Aaron Smith, « Citi : Millions stolen in May hack attack » (27 juin 2011), *CNN Money*, en ligne : <www.money.cnn.com/2011/06/27/technology/citi_credit_card/index.htm>.

20. Bob Sullivan, « Bank website attacks reach new high: 249 hours offline in past six weeks » (6 juin 2013), *Canada MSN News*, en ligne : <<http://news.ca.msn.com/top-stories/bank-website-attacks-reach-new-high-249-hours-offline-in-past-six-weeks>>.

ii) Cyberattaques contre les ordinateurs des clients des banques

L'accès électronique aux comptes bancaires jouit d'une popularité grandissante depuis plusieurs années. De plus en plus, les clients personnels et commerciaux font leurs transactions bancaires à partir de leurs ordinateurs personnels, leurs téléphones intelligents et leurs tablettes, qui sont des cibles de choix pour les cybercriminels²¹.

Dans certains cas, les cybercriminels cherchent à y introduire des virus qui espionnent les communications du client et détectent les communications avec les sites bancaires ainsi que les numéros de comptes et mots de passe. Dans d'autres cas, les malfaiteurs utilisent la technique d'« hameçonnage » pour induire le client en erreur et lui faire révéler lui-même ses coordonnées bancaires sous la fausse croyance qu'il s'adresse à sa banque.

Des attaques semblables contre les ordinateurs des clients sont fréquentes. Une étude de 2013 a estimé que 2,11 sur 1000 comptes commerciaux font l'objet d'une prise de contrôle par des cybercriminels²².

Il existe déjà des litiges occasionnés par des cyberattaques contre les ordinateurs des clients de banques. Par exemple, dans *Patco Construction c. Ocean Bank*²³ et *Choice Escrow and Land Title c. Bancorp Bank*²⁴, des virus ont été installés dans les ordinateurs des clients, permettant aux cybercriminels de faire frauduleusement transférer les fonds des comptes des clients en faveur de tiers complices. Une fois la fraude découverte, les clients ont cherché à recouvrer de leurs banquiers les fonds frauduleusement

21. Commissaire à la protection de la vie privée du Canada Jennifer Stoddart, « Cybersécurité et protection de la vie privée : Des objectifs qui se renforcent mutuellement à l'ère numérique » allocution prononcée devant le Groupe de travail portant sur la messagerie, les logiciels malveillants et la lutte contre l'abus mobile (M3AAWG), 23 octobre 2013, en ligne : <www.priv.gc.ca/media/sp-d/2013/sp-d_20131023_f.asp> [Stoddart « Cybersécurité et protection de la vie privée »].

22. Financial Services – Information Sharing and Analysis Center, « Results of FS-ISAC Commercial account takeover survey now available » (9 janvier 2013), *American Bankers Association*, en ligne : <www.aba.com/tools/function/fraud/documents/pressrelease010913.pdf>.

23. *Patco Const. Co, Inc c Peoples United Bank*, 684 F (3d) 197 (1st Cir 2012) [*Patco*].

24. *Choice Escrow and Land Title, LLC c BancorpSouth Bank* 2013 WL 1121339 (WD Mo.).

débités de leurs comptes. Dans une autre affaire²⁵, un courriel d'hameçonnage a incité un cabinet d'avocats à révéler son information bancaire à des cybercriminels qui ont utilisé l'information pour faire frauduleusement transférer des fonds d'un compte de ce cabinet au compte d'un tiers complice²⁶. Un litige est en cours pour attribuer la responsabilité de cette situation à la banque ou son client.

iii) Cyberattaques contre les ordinateurs des fournisseurs de services d'acquisition

En 2012, 3,1 milliards de transactions ont été réglées au moyen de cartes de crédit au Canada²⁷. Les très nombreuses transactions au moyen de cartes de crédit sont toutes traitées par des fournisseurs de services d'acquisition dont les systèmes en capturent et en stockent les détails. Cette masse d'information est convoitée par les cybercriminels, qui cherchent et parviennent notamment à la voler pour produire de fausses cartes (aux États-Unis ou dans d'autres pays qui n'ont pas adopté la carte à puce) et s'en servir pour réaliser des transactions frauduleuses.

À titre d'exemple, en 2012, le fournisseur de services d'acquisition Global Payments a fait l'objet d'une cyberattaque qui a compromis des millions de comptes de cartes de crédit et résulté en des transactions frauduleuses de l'ordre de \$36 millions. La nouvelle a poussé à la baisse la valeur des actions de Global Payments. Des recours collectifs ont été intentés contre Global Payments par des détenteurs de cartes ayant subi ou craignant subir des charges non autorisées à leurs comptes de cartes de crédit ou d'autres conséquences d'un vol d'identité réel ou appréhendé, par des banques faisant face à l'obligation d'indemniser les charges non autorisées imputées aux comptes des clients, et par des marchands qui sont aussi dans la mire des clients lésés ou des réseaux dont les cartes contrefaites ou usurpées portaient la marque. Les frais d'enquête, les frais légaux, les frais de suivi du crédit des détenteurs des cartes contrefaites ou usurpées et les frais associés à la

25. *Park Sterling Bank c Wallace & Pittman, PLLC*, 12-CVS-12725 (Mecklenburg, North Carolina 2012) (Complaint, Plaintiff).

26. Quelques semaines avant la rédaction de cet article un courriel venant en apparence du banquier de notre cabinet et nous invitant à accéder à un site pour y mettre à jour notre information bancaire a été identifié comme une tentative d'hameçonnage.

27. *Statistiques sur les cartes de crédit – Visa et MasterCard*, supra note 4.

protection des victimes contre le vol d'identité ont fait grimper la facture d'un montant additionnel de \$60 millions²⁸.

Les pirates qui ont attaqué les systèmes de Global Payments ont éventuellement été identifiés et il s'est avéré qu'ils étaient aussi les auteurs de plusieurs autres attaques contre d'autres fournisseurs de services d'acquisition, dont Heartland Payment Services en 2008, alors que les détails des cartes de plus de 100 millions de consommateurs avaient été compromis menant à des indemnisations et autres dépenses de l'ordre de \$140 millions²⁹. Les malfaiteurs ont récemment été condamnés à de lourdes peines de prison³⁰, qui n'effaceront toutefois pas les pertes monétaires et les atteintes négatives à la perception qu'ont les consommateurs et les marchands de la sécurité des transactions par carte³¹.

iv) Cyberattaques contre les ordinateurs des marchands

Les médias ont rapporté la fraude massive perpétrée contre le détaillant Target aux États-Unis en décembre 2013 et janvier 2014. Des cybercriminels ont introduit des virus dans les terminaux de point de vente de cette grande chaîne de détaillants pour espionner les paiements par carte, emmagasiner et transmettre aux malfaiteurs au bout d'un certain temps les détails des cartes utilisées par les clients pour payer leurs achats. Des transactions de l'ordre de \$200 millions ont été frauduleusement imputées aux

28. Mickey Meece, « Credit card processor hit by data breach ; trading halted » (30 mars 2012), *Forbes*, en ligne : <www.forbes.com/sites/mickeymeece/2012/03/30/report-mastercard-and-visa-warn-of-massive-security-breach> ; Information Security Media Group, « Global Payments breach tab : \$94 million » (10 janvier 2013), *Bank Info Security*, en ligne : <www.bankinfosecurity.com/global-payments-breach-tab-94-million>.

29. À la suite de cette cyberattaque, Heartland Payment Services a fait l'objet de recours collectifs intentés par des banques ayant émis des cartes qui ont été contrefaites ou usurpées ainsi que l'objet de contrefaçons de transactions frauduleuses par les réseaux dont les cartes portaient la marque : Tracy Kitten, « More litigation tied to Hartland breach : card issuers appeal, argue processor was negligent » (21 février 2013), *Bank Info Security*, en ligne : <www.bankinfosecurity.com/more-litigation-tied-to-hartland-breach-a-5528>.

30. The United States Department of Justice, Office of Public Affairs, communiqué, 13-842, « Five indicted in New Jersey for largest known data breach conspiracy » (25 juillet 2013), en ligne : <<http://www.justice.gov/opa/pr/2013/July/13-crm-842.html>>.

31. Data Security & Privacy Group, « Privacy & Security : The new drivers of brand, reputation and action global insights 2012 » (March 2012), en ligne : <<http://datasecurity.edelman.com/wp-content/uploads/2012/03/Data-Security-Privacy-Executive-Summary.pdf>>.

comptes de quarante millions des détenteurs³². Target a réagi en prenant une série de mesures pour déterminer l'origine du piratage informatique, indemniser les clients et les protéger contre les conséquences du vol de leur information³³.

Un élément intéressant de ce cas est que les mesures de sécurité des systèmes informatiques des détaillants venaient d'être approuvées comme conformes aux meilleures pratiques de l'industrie par un consultant spécialisé. Target ne semble pas avoir fait à ce jour l'objet d'une contrepassement par les réseaux des cartes compromises. Pour le moment, Target fait plutôt l'objet de recours collectifs de la part de banques, qui dirigent aussi leurs poursuites contre le consultant qui a approuvé la sécurité des systèmes³⁴. Dans ces recours, les banques cherchent notamment à obtenir une réparation pour les indemnités qu'elles ont été ou seront appelées à fournir aux clients en faveur desquels elles ont émis des cartes qui ont été contrefaites ou usurpées dans ces cyberattaques.

Target a fortement critiqué le maintien de l'emploi de la technologie des bandes magnétiques par les réseaux de cartes américains et s'est fait le porte-parole d'une transition vers la technologie de la puce qui est considérée plus sécuritaire³⁵.

32. Steven Musil, « Target confirms malware used on point-of-sale terminals » (12 janvier 2014), *Cnet News*, en ligne : <www.news.cnet.com/8301-1009_3-57617106-83/target-confirms-malware-used-on-point-of-sale-terminals> ; Dara Kerr, « Target hack strips banks and credit unions of \$200M » (18 février 2014), *Cnet*, en ligne : <<http://www.cnet.com/news/target-hack-strips-banks-and-credit-unions-of-200m/>>. Un autre détaillant, Neiman Marcus, a fait l'objet d'une cyberattaque semblable au même moment. Même si quarante millions de cartes ont fait l'objet de cette attaque, des transactions frauduleuses n'ont été commises qu'à l'égard de quelques milliers des cartes : Elizabeth A. Harris, Nicole Perlroth et Nathaniel Popper, « Neiman Marcus data breach worse than first said » (23 janvier 2014), <<http://www.nytimes.com/2014/01/24/business/neiman-marcus-breach-affected-1-1-million-cards.html>> ; Karen Katz, « To our loyal Neiman Marcus Group customers » (21 février 2014), *Neiman Marcus*, en ligne : <www.neimanmarcus.com/en-ca/NM/Security-Info/cat49570732/c.cat>.
33. Target a aussi créé un site web d'information pour le public : Target, « Responses and resources related to Target's data breach », en ligne : <<https://corporate.target.com/about/payment-card-issue.aspx>>.
34. Tracy Kitten, « Suits against Target make 'statement': banks, credit unions argue breached retailers should pay » (19 février 2014), *Bank Info Security*, en ligne : <www.bankinfosecurity.com/suits-against-target-make-statement-a-6515/op-1> ; Adam Greenberg, « Banks file class-action against Target and Trustwave over massive breach » (25 mars 2014) *SC Magazine*, en ligne : <www.scmagazine.com/banks-file-class-action-against-target-and-trustwave-over-massive-breach/article/339760/>.
35. John Mulligan, « Written Testimony: Hearing on protecting personal consumer information from cyber attacks and data breaches » (Témoignage devant Senate

Ces cyberattaques s'ajoutent à une liste déjà longue de marchands dont les systèmes ont été infiltrés dans un but frauduleux, comme ceux du Groupe Aldo dans le litige qui a inspiré cet article. Contrairement aux cas de Target et de Groupe Aldo, certains petits marchands n'ont pas de systèmes informatiques et se fient entièrement aux terminaux et logiciels de point de vente des fournisseurs de services d'acquisition ; cette particularité ne les immunise toutefois pas contre d'éventuels recours de clients dont les cartes auraient fait l'objet d'une cyberattaque contre les équipements de ces fournisseurs³⁶.

Les marchands annoncent souvent sur leur site la sécurité des paiements faits par l'entremise de leurs systèmes. On a vu dans le cas d'une cyberattaque contre la chaîne d'hôtels Wyndham un recours du régulateur américain des pratiques commerciales, la Federal Trade Commission, alléguant que suite à des cyberattaques répétées qui exploitaient une faille non réparée de ses systèmes, la publicité que Wyndham faisait de la sécurité de son site était fausse et trompeuse³⁷.

3. L'ENCADREMENT JURIDIQUE DE LA CYBERCRIMINALITÉ DANS LES OPÉRATIONS BANCAIRES ET L'INDUSTRIE DES PAIEMENTS

Dans cette section nous présentons l'encadrement juridique de la cybercriminalité dans les opérations bancaires et l'industrie des paiements. Nous traitons plus particulièrement des sujets suivants :

- l'état général de l'encadrement juridique de l'industrie des paiements ;

Committee on Commerce, Science, & Transportation, 26 mars 2014), en ligne : <www.corporate.target.com/_media/targetcorp/global/pdf/target-SJC-032614.pdf>.

36. Craig Hoffman, « Do merchants that outsource payment processing still have risk from a breach? » (11 février 2013), *Data Privacy Monitor*, en ligne : <<http://www.dataprivacymonitor.com/data-breaches/do-merchants-that-outsource-payment-processing-still-have-risk-from-a-breach/>> ; David Huen, « Small-biz breaches stem from hacks of PC-based point of sale » (6 février 2013), *Payments Source*, en ligne : <www.paymentsource.com/news/small-biz-breaches-stem-from-hacks-of-pc-point-of-sale>.

37. Erin Rigik, « Learning from Wyndham's data breach » (25 septembre 2012), *CS Decisions*, en ligne : <www.csdecisions.com/2012/09/25/learning-from-wyndhams-data-breach/>. Voir aussi *Federal Trade Commission c Wyndham Worldwide Corporation*, 2014 WL 1349019 (D.N.J) qui confirme la compétence de l'organisme dans ses actions contre le marchand.

- les conseils du Bureau du Surintendant des Institutions Financière (« BSIF ») sur l'autoévaluation en matière de cybersécurité ;
- la divulgation du risque de cybercriminalité aux investisseurs des banques ;
- la cybersécurité aux termes des lois protégeant les renseignements personnels ; et
- l'attribution de responsabilité suite à une cyberattaque.

3.1 L'état général de l'encadrement juridique de l'industrie des paiements

Le Groupe de travail sur l'examen du système de paiement (le « Groupe de travail ») a procédé à un vaste examen de l'encadrement juridique de l'industrie des paiements. Dans un rapport de 2011, le Groupe de travail a « constaté que l'actuel système de lois, de règles et de codes qui régit l'industrie des paiements au Canada est relativement complet, quoique complexe et fragmenté »³⁸. Il a jugé que même si cette constatation pouvait sembler rassurante, « l'absence de cadre législatif général assurant la cohérence et la réactivité dans le contexte d'une situation changeante n'est pas de bon augure pour l'avenir »³⁹. Par exemple, plusieurs intervenants – dont les fournisseurs de services d'acquisition – ne sont soumis à aucune sorte d'encadrement. La stratégie d'encadrement du gouvernement fédéral, a observé le Groupe de travail, est « fondée sur des interventions ponctuelles »⁴⁰, ce qui « accroît les lenteurs et l'incertitude et réduit la capacité du gouvernement à intervenir pour régler les problèmes susceptibles de se poser dans une branche particulière, ou pour des catégories de participants, qui n'appartiennent pas au secteur financier traditionnellement réglementé »⁴¹.

38. Groupe de travail sur l'examen du système de paiement, « Document d'orientation C : Législation – Établir l'industrie des paiements » (décembre 2011), *Payment System Review*, en ligne : <http://paymentsystemreview.ca/wp-content/themes/psr-esp-hub/documents/ppC_fra.pdf> [Document d'orientation sur la législation] à la p 5.

39. *Ibid.* à la p 6.

40. *Ibid.*

41. *Ibid.*

Ces observations se sont avérées prémonitoires. Le gouvernement fédéral n'a pas donné suite à la recommandation du Groupe de travail d'adopter une nouvelle législation définissant l'industrie des paiements et en prévoyant un encadrement et une réglementation plus complets et simplifiés. Le ministre des Finances a plutôt réagi en créant un comité, le Comité consultatif du ministère des Finances sur le système de paiement (le « Comité consultatif »), pour offrir « une tribune où des représentants des secteurs public et privé discuteront des développements sectoriels touchant le système de paiement canadien »⁴². Le Comité consultatif a notamment pour tâche de conseiller le ministère des Finances sur les enjeux de politique publique reliés aux paiements (dont les enjeux de sécurité informatique). Toutefois, le ministre des Finances n'a, à ce jour, annoncé aucune mesure ni orientation en matière de cybercriminalité, ni aucune autre contribution du Comité consultatif à cet égard.

Pour reprendre les mots du Groupe de travail, l'encadrement juridique de l'industrie des paiements demeure donc dans un état « complexe et fragmenté » et la stratégie « fondée sur des interventions ponctuelles ».

3.2 Les conseils du BSIF sur l'autoévaluation en matière de cybersécurité

En 2013, le BSIF a transmis aux institutions financières fédérales une note d'information portant à leur attention des conseils sur l'autoévaluation en matière de cybersécurité (la « Note d'information »)⁴³. Par cette action, le BSIF a imité les régulateurs américains, qui s'intéressent depuis quelques années au phénomène de la cybercriminalité⁴⁴.

42. Ministère des Finances Canada, « Membres du Comité consultatif du ministère des Finances sur le système de paiement » (6 décembre 2012), en ligne : <<http://www.fin.gc.ca/activity/pcc-ccsp-fra.asp>>.

43. Bureau du surintendant des institutions financières, « Note d'information – Conseils sur l'autoévaluation en matière de cybersécurité » (28 octobre 2013), en ligne : <www.osfi-bsif.gc.ca/fra/fi-if/in-ai/pages/cbrsk.aspx> [« Note d'information »].

44. Voir notamment : U.S. Department of Treasury: Office of the Comptroller of the Currency, bulletin, 2008-16, « Application security » (8 mai 2008), en ligne : <<http://www.occ.gov/news-issuances/bulletins/2008/bulletin-2008-16.html>> ; U.S. Department of Treasury : Office of the Comptroller of the Currency, alerte, 2011-4, « Incident prevention and detection-protecting information security of national banks » (18 avril 2011), en ligne : <www.occ.gov/news-issuances/alerts/2011/alert-2011-4.html> ; U.S. Department of Treasury : Office of the Comptroller

La Note d'information est très certainement d'intérêt pour les banques, car le BSIF y mentionne ses attentes et son intention d'accorder une priorité à la gestion du risque de cybercriminalité dans la supervision réglementaire des activités bancaires⁴⁵.

La Note d'information est aussi d'intérêt pour les fins de notre propos, car elle définit les pratiques souhaitables en matière de lutte contre la cybercriminalité et invite les banques et autres institutions financières fédérales à comparer leurs pratiques actuelles à ces pratiques souhaitables dans une perspective d'amélioration continue. Nous en retenons deux parmi les dizaines de pratiques souhaitables qui y sont répertoriées :

- « l'IFF évalue les éventuelles expositions au cybercrime découlant de ses ententes d'impartition réputées importantes aux termes de la ligne directrice B-10 du BSIF et prend des mesures pour les atténuer »⁴⁶ ; et
- « l'IFF a un plan de communication externe pour traiter des incidents de cybersécurité qui comprend des protocoles de communication [...] pour les principaux intervenants externes [...] »⁴⁷.

Ces pratiques peuvent être souhaitables du point de vue du régulateur des banques mais le sont-elles du point de vue des enjeux de politique publique en matière de cybersécurité ? Est-il en effet souhaitable que les banques puissent ne pas se soucier de leur exposition au cybercrime pouvant résulter des ententes que les banques concluent avec des fournisseurs de services d'acquisition, au motif que ces ententes ne sont pas suffisamment importantes de leur point de vue ? Est-il souhaitable du point de vue de la politique publique que les banques soient libres de déterminer

of the Currency, bulletin, 2012-34, « Supervision of technology service providers » (31 octobre 2012), en ligne : <www.occ.gov/news-issuances/bulletins/2012/bulletin-2012-34.html> ; U.S. Department of Treasury : Office of the Comptroller of the Currency, alerte, 2012-16, « Information security – distributed denial of service attacks and customer account fraud » (21 décembre 2012), en ligne : <www.occ.gov/news-issuances/alerts/2012/alert-2012-16.html> ; Thomas J. Curry, « Remarks before a meeting of CES government » présentée à Washington, DC, 16 avril 2014 en ligne : <www.occ.gov/news-issuances/speeches/2014/pub-speech-2014-59.pdf>.

45. Bureau du surintendant des institutions financières, « Plan et priorités pour 2013-2016 », en ligne : <www.osfi-bsif.gc.ca/fra/docs/pp1316.pdf>, à la p 12.

46. *Note d'information*, *supra* note 42 à la p 3 (point 2.2) et à la p 7 (points 4.25 et 4.26).

47. *Ibid.* à la p 9 (point 5.3).

quelle information doit être divulguée et quand cette information doit être divulguée en cas d'incident de cybercriminalité ?

En outre, la Note d'information ne s'applique pas aux fournisseurs de services d'acquisition ou aux marchands qui ne sont pas des banques ; n'aurait-il toutefois pas été opportun d'un point de vue de politique publique de concevoir pour leur attention également des meilleures pratiques de cybersécurité ?

3.3 La divulgation du risque de cybercriminalité aux investisseurs des banques

Les lois qui règlementent les marchés des capitaux exigent que les sociétés publiques divulguent aux investisseurs les principaux risques auxquels la valeur de leurs titres est exposée. La U.S. Securities and Exchange Commission a précisé ses attentes plus particulières en ce qui concerne la divulgation des risques associés à la cybercriminalité⁴⁸. Plus de huit grandes entreprises faisant partie du Fortune 500 sur dix font état de ce type de risque dans les documents d'information aux investisseurs⁴⁹.

Les Autorités canadiennes en valeurs mobilières ont aussi adopté un avis en matière de cybercriminalité⁵⁰. Cet avis invite les sociétés publiques qui n'ont pas encore évalué leurs risques liés à la cybercriminalité à le faire et à chercher la meilleure façon de gérer ces risques, notamment en suivant les meilleures pratiques des organismes reconnus en sécurité informatique. L'avis leur recommande aussi d'évaluer si ces risques, les incidents qui peuvent en découler et les contrôles mis en place pour en mitiger la survenance devraient être communiqués aux investisseurs. L'avis s'adresse plus spécifiquement aux « entités réglementées » – dont les banques⁵¹ :

De leur côté, les entités réglementées, particulièrement celles qui sont des infrastructures clés des marchés financiers, devraient

48. Division of Corporate Finance, « CF Disclosure Guidance: Topic No.2 Cybersecurity » (13 octobre 2011), U.S. Securities and Exchange Commission, en ligne : www.sec.gov/divisions/corpfin/guidance/cfguidance-topic2.htm.

49. Willis North America « Fortune 500 Cyber Disclosure Report », *supra* note 11.

50. Autorités canadiennes en valeurs mobilières, avis, 11-326, « Cybersécurité » (26 septembre 2013), en ligne : <<http://www.lautorite.qc.ca/files/pdf/reglementation/valeurs-mobilières/0-avis-acvm-staff/2013/2013sept26-11-326-avis-acvm-fr.pdf>> à la p 253 [« Avis 11-326 »].

51. *Ibid.* à la p 254.

envisager de prendre les mesures nécessaires pour gérer ce type de risques.

Nous avons examiné le rapport annuel de huit grandes institutions financières canadiennes⁵². Toutes sauf une traitent nommément du risque de cybercriminalité⁵³. Parmi les institutions qui traitent nommément de ce risque, toutes affirment avoir pris des mesures pour le contrôler. Toutefois, le contenu de la divulgation varie sensiblement d'une institution à l'autre. Seulement deux de ces institutions divulguent avoir fait l'objet de cyberattaques, ajoutant que leurs mesures de cybersécurité tiennent le coup et n'ont pas subi d'atteinte importante⁵⁴ et trois autres indiquent être exposées au risque de cyberattaques sans mentionner si elles font l'objet d'attaques⁵⁵. De ces cinq institutions, quatre évoquent la possibilité qu'une incidence de cyberrisques puisse déjouer les mesures de cybersécurité qu'elles ont mises en place⁵⁶. Enfin, en ce qui concerne les autres institutions qui réfèrent nommément au risque de cybercriminalité, une institution traite en général du risque de cybercriminalité et des conséquences que ce risque peut avoir⁵⁷ et une autre affirme sans donner de détail qu'elle a pris des mesures pour le contrôler⁵⁸.

52. Banque Royale du Canada, Groupe Banque TD, Banque Scotia, Banque de Montréal, Banque CIBC, Banque nationale du Canada, Mouvement Desjardins et Banque Laurentienne du Canada.

53. Le rapport annuel du Mouvement Desjardins réfère aux « risques technologiques », aux « risques informationnels » et aux « risques liés à l'impartition » et affirme avoir pris des mesures pour gérer ces risques, mais ne traite pas de « cybercriminalité », de « cybermenaces », de « piratage informatique » ni de « cybersécurité » comme les autres institutions : Mouvement Desjardins, « Rapport annuel 2013 » en ligne : <www.desjardins.com/ressources/pdf/d50-rapport-annuel-complet-2013-f.pdf> à la p 72.

54. Banque Scotia, « Rapport annuel 2013 » en ligne : <http://www.scotiabank.com/ca/fr/files/13/12/BNS_2013_Annual_Report_fr.pdf> à la p 80 [« Rapport annuel Scotia »] et « Rapport annuel BRC », *supra* note 17, à la p 53.

55. Groupe Banque TD, « Rapport annuel 2013 » en ligne : <<http://www.td.com/francais/document/PDF/ar2013/ar2013-Rapport-complet.pdf>> à la p 67 ; Banque CIBC, « 2013 Rapport annuel » en ligne : <www.cibc.com/ca/pdf/investor/ar-13-fr.pdf> à la p 72 [« Rapport annuel CIBC »] ; et Banque de Montréal, « Rapport annuel 2013 » en ligne : <www.bmo.com/ra2013/downloads/bmo_ar2013.pdf> à la p 31 [« Rapport annuel BMO »].

56. « Rapport annuel CIBC », *supra* note 55 à la p 72 ; « Rapport annuel BMO », *supra* note 55 aux pp 31 et 79 ; « Rapport annuel Scotia », *supra* note 55 à la p 80 ; et « Rapport annuel BRC », *supra* note 17, à la p 53.

57. Banque Nationale du Canada, « Rapport annuel 2013 » en ligne : <www.bnc.ca/bnc/files/bncpdf/fr/2/f_ri_ra2013.pdf> à la p 60.

58. Banque Laurentienne, « Rapport annuel 2013 » en ligne : <https://www.banque-laurentienne.ca/pdf/A0521_RA_BanqueLaurentienne2013_FR_11-12-2013_COMPLET.pdf> à la p 61.

On comprend que l'encadrement des marchés des capitaux commande une divulgation de ces risques aux investisseurs, mais n'existe-t-il pas de raison de politique publique à l'égard de l'industrie des paiements qui justifierait que non seulement les banques, mais aussi les fournisseurs de services d'acquisition et peut-être aussi les marchands qui enregistrent dans leurs systèmes informatiques les détails des paiements par carte, divulguent non pas aux investisseurs mais aux détenteurs de carte et aux clients des banques – ou encore à une autorité centrale chargée de veiller à leurs intérêts – les risques de cybercriminalité auxquels ils sont exposés et les mesures prises pour prévenir la matérialisation de ces risques ?

3.4 La cybersécurité et les lois protégeant les renseignements personnels

Deux régimes de protection des renseignements personnels coexistent au Canada. D'une part, la Colombie-Britannique⁵⁹, l'Alberta⁶⁰ et le Québec⁶¹ ont adopté des lois à cet effet qui s'appliquent de façon générale à toutes les entreprises qui exercent leurs activités dans ces provinces. D'autre part, le gouvernement fédéral a aussi appliqué une loi de protection des renseignements personnels⁶² qui s'applique de façon générale à toutes les entreprises qui exercent leurs activités au Canada, sauf dans ces trois provinces, où les entreprises de compétence fédérale – comme les banques – demeurent assujetties au régime fédéral.

En somme, selon l'endroit où la banque, le fournisseur de service d'acquisition ou le marchand exercent leurs activités, les renseignements personnels qu'ils collectent et détiennent pour les fins de l'opération d'un compte bancaire ou du traitement des paiements par carte seront assujettis à l'un ou l'autre des régimes – et peut-être aussi les deux.

Dans cette section nous considérons les mesures de cybersécurité que ces régimes de protection des renseignements personnels imposent aux banques et à l'industrie des paiements.

59. *Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, RSBC 1996, c 165.

60. *Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, RSA 2000, c F-25 [*FIPPA Alberta*].

61. *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*, RLRQ, c P-39.1.

62. *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*, LC 2000, c 5 [*LPRPDE Canada*].

i) Les standards de collecte et de protection de l'information électronique

Les mesures de protection établies par les lois fédérales et provinciales sont très générales et proviennent d'une époque pas si lointaine « où les nuages renfermaient vraiment de la vapeur d'eau et non des données, où les téléphones n'étaient pas intelligents et où les gazouillis étaient un bruit produit par les oiseaux »⁶³.

Aux termes de la LPRPDE Canada, une entreprise ne peut recueillir, utiliser ou communiquer des renseignements personnels qu'à des fins qu'une personne raisonnable estimerait acceptables dans les circonstances⁶⁴. Les fins auxquelles les renseignements personnels sont recueillis doivent être déterminées avant la collecte ou au moment de celle-ci⁶⁵. Toute personne doit être informée de toute collecte, utilisation ou communication de renseignements personnels qui la concernent et y consentir, à moins qu'il ne soit pas approprié de le faire ou que la loi en dispose autrement⁶⁶.

En outre, l'entreprise ne doit conserver les renseignements personnels qu'aussi longtemps que nécessaire pour la réalisation des fins déterminées⁶⁷. Pendant leur conservation, les renseignements personnels doivent être protégés au moyen de mesures de sécurité correspondant à leur degré de sensibilité⁶⁸. Les renseignements plus sensibles doivent être mieux protégés⁶⁹. Les méthodes de protection doivent comprendre des moyens matériels, des mesures administratives et des mesures techniques⁷⁰. La LPRPDE Canada ne spécifie toutefois pas davantage la nature des mesures de protection, et plus particulièrement les mesures techniques, dans le contexte de renseignements personnels stockés de façon électronique.

Des paramètres semblables sont établis par la FIPPA Colombie-Britannique, la FIPPA Alberta et la LPRPSP Québec.

63. Stoddart « Cybersécurité et protection de la vie privée », *supra* note 21 à la p 5.

64. *LPRPDE Canada supra* note 62 à l'art 5(3).

65. *Ibid.* à l'annexe 1 Principe 4.2.

66. *Ibid.* à l'annexe 1 Principe 4.3.

67. *Ibid.* à l'annexe 1 Principe 4.5.

68. *Ibid.* à l'annexe 1 Principe 4.7.

69. *Ibid.* à l'annexe 1 Principe 4.7.1.

70. *Ibid.* à l'annexe 1 Principe 4.7.3.

Le Commissaire à la protection de la vie privée du Canada (le « Commissaire canadien ») et le Commissaire à la vie privée d'Alberta (le « Commissaire albertain ») ont considéré cet encadrement réglementaire dans un contexte d'intérêt pour les fins de notre propos, à savoir un incident de cybercriminalité contre les systèmes informatiques d'une chaîne nationale de détaillants, TJX Companies Inc. (« TJX »)⁷¹. Au mois de décembre 2006, TJX a constaté qu'un logiciel malveillant avait été introduit à son insu dans ses systèmes informatiques. TJX a immédiatement tenu une enquête interne qui a démontré que des cybercriminels ont pénétré ses systèmes informatiques en exploitant une faille des réseaux locaux sans fil de deux de ses magasins. L'enquête a déterminé qu'au mois de septembre 2005, et par la suite de la mi-mai 2006 au mois de janvier 2007, des cybercriminels ont eu accès à des renseignements personnels de 45 millions de clients stockés électroniquement dans les serveurs de TJX. Les renseignements touchés comprenaient les numéros et dates d'échéance de cartes de crédit utilisées pour effectuer des achats dans les magasins de TJX du mois de décembre 2002 au mois de juin 2004 ; ils comprenaient aussi les noms, adresses, numéros de téléphone et numéros de permis de conduire des clients qui rapportaient des marchandises mais qui n'avaient pas leur preuve d'achat et reçu de paiement, à qui les employés de TJX demandaient de fournir cette information.

TJX a informé le Commissaire canadien et le Commissaire albertain de l'incident au mois de janvier 2007. Les deux Commissaires ont tenu une enquête conjointe pour déterminer si l'incident révélait de la part de TJX des infractions aux régime fédéral et albertain de protection des renseignements personnels⁷².

Les Commissaires ont jugé que TJX avait un motif raisonnable pour conserver les numéros et les dates d'échéance des cartes de crédit⁷³ :

Il est nécessaire de recueillir les données relatives aux cartes de paiement, y compris les numéros de cartes de crédit et les dates

71. TJX détenait Winners Merchant International L.P., laquelle exploitait 184 magasins Winners et 68 magasins Home Sense à travers le Canada.

72. *Rapport d'enquête sur la sécurité, la collecte et la conservation des renseignements personnels* (TJX Companies Inc./Winners Merchant International L.P.), 2007 CanLII 41283 (CVPC) [« Rapport d'enquête TJX/Winners »].

73. *Ibid.* au para 35.

d'expiration, afin de conclure une vente ; par conséquent, cette pratique est raisonnable.

En outre, les Commissaires ont noté qu'il était raisonnable pour TJX de conserver les renseignements sur les cartes de crédit pour la durée prévue aux contrats entre TJX et les banques relativement aux paiements par carte⁷⁴.

Cependant, les Commissaires ont conclu que la collecte et la conservation des numéros de permis de conduire était excessive⁷⁵.

Les Commissaires se sont ensuite demandé si TJX avait mis en place des mesures adéquates de protection de l'information qu'elle avait collectée et conservait. Ils ont approuvé les moyens matériels (dont la présence de personnel de sécurité, des cartes d'identité et cartes magnétiques émises au personnel autorisé pour avoir accès aux serveurs) et les mesures administratives (dont la structure de gouvernance chapeautée par un dirigeant principal de l'information et un code de conduite pour les employés).

En revanche, les Commissaires ont été plus critiques des mesures techniques mises en place par TJX.

Les Commissaires ont d'abord noté ce qui suit à l'égard de la sensibilité de l'information relative aux cartes de crédit des clients de TJX⁷⁶ :

Vu la nature des renseignements personnels auxquels ont eu accès les pirates, le nombre de personnes touchées et le temps écoulé avant que ne soit découvert l'intrusion, le préjudice pourrait être très grave. Les auteurs ont eu accès à des millions de numéros de carte de crédit pendant une longue période – assez longue pour commettre des fraudes relatives aux cartes de crédit ou pour communiquer les renseignements à d'autres aux mêmes fins. Même si les personnes qui découvrent des dépenses inhabituelles sur leur relevé de carte de crédit peuvent ne pas avoir à en assumer les coûts, les entreprises émettrices de cartes de crédit et les détaillants doivent les assumer. Cela pourrait entraîner d'importantes pertes pour ces organisations, sans mentionner les coûts associés

74. *Ibid.* au para 63.

75. *Ibid.* aux para 39-46.

76. *Ibid.* aux para 77 et 78.

au remplacement des cartes de crédit ayant fait l'objet d'une fraude.

En outre, en raison de la brèche, des personnes ont pu vivre des niveaux plus élevés d'anxiété. Si leurs cartes de crédit ont été utilisées à des fins abusives, ils doivent communiquer avec des agences d'évaluation du crédit afin de s'assurer que leur cote de crédit ne sera pas touchée. Dans certains cas, cela exige qu'on appose une véritable alerte à la fraude sur leurs dossiers et qu'on demeure vigilant lors de l'examen des futurs relevés.

Les Commissaires ont ensuite jugé que, vu la sensibilité de cette information, la norme de chiffrement utilisée par TJX était insuffisante au moment de la cyberattaque :

On a habituellement recours à des exigences législatives pour établir des normes minimales en matière de conduite. Le fait que le chiffrement figure dans la liste des mesures de protection au principe 4.7.3 de la LPRPDE laisse croire qu'il s'agit d'une mesure de protection bien établie.

TJX a mis en place un protocole de chiffrement (WEP). Elle était en train de transformer ce protocole en protocole WPA au moment de la brèche. Selon nous, le protocole WEP ne fournit pas une protection suffisante puisqu'on peut le contourner relativement facilement. Il semble que l'intrus ait eu accès aux serveurs RTS et aux données sur les clients en raison de l'utilisation d'une norme de chiffrement inadéquate ou minimale. On ne peut pas utiliser le protocole WEP pour sécuriser un système puisqu'on peut facilement contourner la méthode de chiffrement utilisée ; en outre, le protocole ne représente pas une protection adéquate pour un réseau. Nous reconnaissons que TJX procédait alors à la mise en œuvre d'une norme de chiffrement supérieure, et qu'une telle conversion exige un délai d'exécution (financement, planification et mise en œuvre).

Cependant, depuis 2003, des experts remettent en question l'utilisation du protocole WEP en tant que protocole sécuritaire. L'Institute of Electrical and Electronic Engineers (IEEE) est l'organisation qui, à l'origine, a élaboré la norme WEP. En juin 2003, l'IEEE même a recommandé de laisser tomber le protocole WEP et d'adopter le protocole WPA en tant que norme de chiffrement sans fil⁷⁷.

77. *Ibid.* aux para 79-81.

Les Commissaires ont référé aux normes de sécurité du PCI DSS qui venaient d'être adoptées et jugé que la migration par TJX de son protocole de chiffrement vers le protocole plus strict recommandé lors d'une modification de ces normes en 2006 n'a pas été complétée aussi rapidement ni de façon aussi sécuritaire qu'elle aurait dû l'être :

La version 1.1 des normes de sécurité sur les données de l'industrie des cartes de paiement (PCI DSS) est en circulation depuis septembre 2006 (la version 1.0 des PCI DSS avait été lancée en décembre 2004). Les PCI DSS ont été élaborées et approuvées par le Security Standards Council de l'industrie des cartes de paiement. Le conseil, organisme indépendant créé en septembre 2006, est composé de représentants de VISA International, de MasterCard Worldwide, d'American Express, de Discover Financial Services et de JCB. Le conseil travaille en collaboration avec les détaillants et les fournisseurs de services de paiement afin de s'assurer que les données sur les consommateurs sont protégées en veillant à ce qu'on respecte les PCI DSS. On a créé ces normes afin de s'attaquer au problème grandissant du vol de données associées aux cartes de crédit. Bien que les lignes directrices ne soient pas obligatoires, on encourage les organisations à les suivre afin de réduire les risques financiers associés aux brèches dans la protection des données relatives aux comptes de paiement.

Les PCI DSS sont un ensemble d'exigences permettant d'améliorer la sécurité des données relatives aux comptes de paiement. Fondées sur 12 principes, ces normes tiennent compte de différents aspects comme la gestion de la sécurité, les politiques, les procédures, l'architecture de réseau, la conception des logiciels et d'autres mesures de protection essentielles comme la surveillance et la mise à l'essai des réseaux.

La version 1.0 n'exigeait pas la technologie WPA ; la version 1.1 l'exigeait. À la fin de 2006, TJX aurait dû s'être conformée à la version 1.1 des PCI DSS, qui avait été rendue accessible en septembre de la même année. Nous soulignons que les brèches ont eu lieu sur une période qui s'est prolongée au-delà de l'adoption de la nouvelle version des PCI DSS.

Les experts des technologies de l'information parlent régulièrement de « couches » de sécurité des données parce qu'elles sont généralement plus faciles à installer et à entretenir. En outre, il est généralement reconnu que les organisations ont besoin de plus d'une mesure de protection pour décourager un pirate informatique résolu. Il faut déployer beaucoup plus d'efforts et avoir beaucoup plus de compétences pour contourner plusieurs couches de protec-

tion (administratives, physiques et techniques), ce qui a pour effet de réduire les risques d'accès non autorisés.

Au moment de l'intrusion, TJX avait en place des politiques et des procédures. Elle comptait sur les éléments suivants : sécurité physique, mesures administratives (règles de comportement et procédures d'application connexes, comme des politiques pour réduire la quantité et le type de données ainsi que les durées de conservation et des règles associées à « l'accès sélectif ») et mesures de protection techniques (comme le chiffrement et l'accès à distance).

Cependant, il y avait des lacunes. TJX utilisait un protocole de chiffrement peu fiable et n'a pas mis en place une norme de chiffrement plus stricte dans un délai raisonnable. La brèche a eu lieu en juillet 2005, la conversion a commencé en octobre 2005 et le projet pilote s'est terminé en janvier 2007. Nous savons aussi que la conversion finale à un protocole de chiffrement supérieur sera bientôt terminée.

En outre, même si TJX a fait ce qu'il fallait pour mettre en place un protocole de chiffrement de niveau supérieur, rien n'indique qu'elle a séparé ses données de manière à ce que les données sur les détenteurs de cartes soient stockées sur un serveur sécuritaire durant le processus de conversion au protocole WPA.

TJX avait l'obligation de surveiller ses systèmes de façon attentive. Si TJX avait mis en place des mesures adéquates de contrôle des menaces à la sécurité, elle aurait découvert l'intrusion avant décembre 2006.

Selon nous, le risque d'une brèche était prévisible en raison de la quantité de renseignements personnels de nature délicate conservés et du fait que l'organisation ayant établi les normes de l'industrie avait déterminé les faiblesses du protocole de chiffrement WEP. Les renseignements auraient pu être séparés, et les systèmes, mieux surveillés. Par conséquent, TJX n'a pas respecté les dispositions relatives aux mesures de protection de la LPRPDE et de la PIPA⁷⁸.

À TJX qui faisait valoir qu'elle avait entrepris une conversion vers le protocole WPA plus rapidement que la plupart de ses concurrents, les Commissaires ont sèchement répondu que cela « ne change rien au fait que c'est TJX qui a fait l'objet de la brèche »⁷⁹.

78. *Ibid.* aux para 85-93.

79. *Ibid.* au para 98.

La perspective du Rapport d'enquête TSX/Winners est entièrement nourrie par l'objectif légitime et important de protéger les renseignements personnels. Pour cette raison, les Commissaires ont exigé une adhésion stricte et continue à des normes qui sont en constante évolution, sans s'émouvoir du fardeau financier et opérationnel que cette conformité représente pour les marchands. TJX, une grande chaîne nationale de détaillants qui disposait de moyens importants, était en migration vers de nouveaux standards de cybersécurité qui venaient d'être adoptés, avant la plupart des autres détaillants. Les Commissaires ne se sont pas interrogés sur le caractère raisonnable des délais établis par l'industrie bancaire pour la mise en place des normes plus sécuritaires, ni sur le temps que l'industrie avait elle-même pris pour réviser ses propres normes qui étaient devenues inadéquates, ni encore sur la justesse des normes comme pratiques souhaitables de cybersécurité. À la lumière de la rigueur du regard des Commissaires sur les actions de TJX, on imagine la sévérité du jugement que les Commissaires auraient exprimé à l'égard de la masse des marchands de petite et moyenne taille qui n'arrivaient pas à s'adapter aussi vite que TSX et Winners à l'évolution des techniques de cybercriminalité et des standards de protection.

Aucune norme de sécurité ne procure de garantie absolue contre la cybercriminalité. Des banques, des grandes entreprises et des gouvernements dont les systèmes de cybersécurité sont les plus sophistiqués au moment de leur mise en place font avec le temps et le perfectionnement des cybercriminels l'objet de failles et d'attaques.

Ceci ne signifie pas qu'il faille abdiquer dans la lutte contre les cybercriminels. Au contraire ! La confiance des Canadiens dans la sécurité des transactions électroniques et des renseignements personnels qu'ils y engagent est un élément fondamental du succès de notre système de paiement. En revanche, les enjeux de politique publique que soulève la cybercriminalité dans les opérations bancaires et l'industrie des paiements impliquent la considération de perspectives et d'intérêts variés avec lesquels un équilibre n'a peut-être pas été entièrement atteint par le Rapport d'enquête TJX/Winners.

On peut aussi regretter que l'importance de la protection des renseignements personnels n'ait pas mérité au Commissaire canadien ou à ses homologues provinciaux un siège permanent au

Comité consultatif qui est chargé de conseiller le ministre fédéral des Finances sur ces enjeux.

ii) L'obligation de divulguer des incidents de cybercriminalité

Le Commissaire canadien a récemment affirmé dans un discours que les Canadiens se préoccupent de la sécurité des renseignements personnels les concernant, citant un sondage selon lequel 97 % des répondants souhaiteraient être informés de la perte, du vol ou de la divulgation involontaire de ces renseignements⁸⁰.

Or la LPRPDE n'oblige pas les entreprises qui y sont assujetties à aviser le Commissaire canadien ou les individus concernés d'une atteinte aux renseignements les concernant, notamment suite à une cyberattaque. La FIPA Colombie-Britannique et la LPRPSP sont au même effet.

En revanche, la FIPPA Alberta contient des dispositions rendant une telle divulgation obligatoire :

An organization having personal information under its control must, without unreasonable delay, provide notice to the Commissioner of any incident involving the loss of or unauthorized access to or disclosure of the personal information where a reasonable person would consider that there exists a real risk of significant harm to an individual as a result of the loss or unauthorized access or disclosure⁸¹.

Un projet de loi fédéral émanant d'un député du nouveau Parti Démocratique aurait modifié la LPRPDE pour y ajouter la disposition suivante :

L'organisation qui a la gestion de renseignements personnels avise le Commissaire de tout incident ayant entraîné la perte ou la communication de renseignements personnels ou l'accès non autorisé à ceux-ci, lorsqu'une personne raisonnable conclurait à l'existence d'un risque de préjudice pour une personne en raison de cette perte ou communication ou de cet accès non autorisé⁸².

80. Stoddart, « Cybersécurité et protection de la vie privée », *supra* note 21 à la p 3.

81. *FIPPA Alberta*, *supra* note 60 à l'art 34(1).

82. Canada PL C-475, *Loi modifiant la Loi sur la protection des renseignements personnels et documents électroniques (pouvoir de rendre des ordonnances)*, 2^e sess, 41^e lég, 2013 (rejeté en deuxième lecture le 29 janvier 2014).

Sur communication de cet avis le Commissaire canadien aurait eu le pouvoir d'enjoindre l'organisation d'informer les individus concernés et de rendre d'autres mesures, dont ordonner à l'organisation à revoir ses pratiques en matière de protection des renseignements personnels et d'imposer des sanctions pécuniaires ou des dommages intérêts punitifs à une organisation qui ne s'acquitterait pas de ses obligations suite à un incident de cette nature.

Ce projet de loi a toutefois été rejeté et le Commissaire canadien continue de recommander au gouvernement fédéral de réformer la LPRPDE pour « obliger les organisations à signaler au Commissariat les atteintes à la sécurité des renseignements personnels et à aviser les personnes touchées, s'il y a lieu »⁸³.

Aux États-Unis, quarante-huit états ont adopté des lois obligeant les sociétés faisant l'objet d'une cyberattaque d'en aviser les autorités⁸⁴.

3.5 L'attribution de responsabilité suite à une cyberattaque

En l'absence d'un encadrement législatif, ce sont les régimes contractuels adoptés par les parties et les régimes extra-contractuels en vigueur dans les provinces canadiennes qui fournissent les outils avec lesquels les tribunaux sont appelés à attribuer la responsabilité découlant d'une cyberattaque. Nous traitons de cette responsabilité dans le contexte des quatre types de cyberattaques que nous avons identifiés dans la section 2 ci-dessus.

i) Cyberattaques contre les ordinateurs des banques

Les contrats entre les banques et leurs clients imposent-ils aux banques des obligations quant à la sécurité des renseignements personnels qu'elles stockent dans leurs systèmes électroniques, tels les numéros des comptes bancaires et les mots de passe pour accéder électroniquement, et les numéros de cartes de crédit

83. Stoddart, « Cybersécurité et protection de la vie privée », *supra* note 21 à la p 5.

84. National Conference of State Legislatures, « State security breach notification laws » (11 avril 2014), en ligne : <www.ncsl.org/research/telecommunications-and-information-technology/security-breach-notification-laws.aspx>.

ou de débit et les numéros d'identification personnels qui y sont attachés ?

Nous avons consulté les formulaires contractuels que plusieurs banques canadiennes utilisent pour établir leurs contrats avec les clients. Plusieurs de ces formulaires comportent une reconnaissance par les clients que la banque collecte des renseignements personnels à leur égard ; les formulaires permettent aussi aux banques de communiquer ces renseignements à des destinataires pour un certain nombre de motifs, dont l'offre de services financiers aux clients. Toutefois, les formulaires sont silencieux quant à toute obligation que les banques auraient de protéger ces renseignements personnels pendant le temps que les banques les conservent dans leurs systèmes.

On trouve néanmoins dans des documents à l'intention des clients sur les sites web des banques des déclarations relatives aux efforts mis en place pour protéger les renseignements personnels.

À titre d'exemple considérons le cas de la Banque CIBC dont les Principes de protection des renseignements personnels⁸⁵ énoncent ce qui suit :

Au moment de recueillir, d'utiliser ou de communiquer vos renseignements personnels, la Banque CIBC observe les principes ci-dessous :

Prendre nos responsabilités

La Banque est responsable des renseignements personnels qu'elle administre. [...].

[...].

Protéger vos renseignements personnels

La Banque CIBC assure la confidentialité des renseignements personnels en prenant des mesures de sécurité choisies en fonction de la sensibilité des renseignements.

[...].

85. CIBC, « Principes de protection des renseignements personnels de la Banque CIBC » en ligne : <www.cibc.com/ca/legal/privacy-policy/privacy-principles-fr.html>.

L'Énoncé sur la protection des renseignements personnels⁸⁶ de la même banque ajoute ce qui suit :

À la Banque CIBC, la protection et la sécurité de vos renseignements personnels sont d'une importance capitale. [...].

[...].

Comment protégeons-nous vos renseignements personnels ?

La protection et la sécurité de vos renseignements personnels et des opérations financières que vous effectuez en direct revêtent de la plus haute importance. Nous utilisons de multiples niveaux de protection lorsque vous accédez à nos produits ou services en direct, comme Services bancaires CIBC en direct, y compris :

Chiffrement du navigateur Web – Tous les navigateurs pris en charge par Services en direct CIBC sont assortis du chiffrement à 128 bits. Cela permet d'assurer un niveau de protection élevé pour la transmission de données confidentielles sur le Web.

Pare-feu – Nos avons conçu des pare-feu sécuritaires afin d'empêcher des utilisateurs non autorisés d'accéder à nos systèmes.

Surveillance – Pour accroître votre sécurité et protéger vos renseignements personnels, nous surveillons les activités pratiquées au moyen de Services en direct CIBC.

Enfin, la Politique de la Banque CIBC sur les renseignements personnels⁸⁷ ajoute ce qui suit :

Protection de vos renseignements personnels

À la Banque CIBC, nous prenons la protection de vos renseignements personnels au sérieux. Nous déployons tous les efforts raisonnables pour éviter l'utilisation ou la communication non autorisée de renseignements, ainsi que la perte de vos renseignements. Nous vérifions régulièrement nos procédures de sécurité pour nous assurer qu'elles demeurent efficaces et appropriées.

86. CIBC, « Énoncé sur la protection des renseignements personnels en direct CIBC » (1^{er} juin 2012), en ligne : <www.cibc.com/ca/legal/cibc-online-privacy-statement-fr.html>.

87. CIBC, « Politique de la Banque CIBC sur la protection des renseignements personnels » (1^{er} septembre 2013), en ligne : <www.cibc.com/ca/legal/privacy-policy-fr.html>.

Il est utile de référer aussi aux déclarations que la même banque fait à ses investisseurs dans son rapport annuel :

Les institutions financières telles que la CIBC améliorent leurs processus opérationnels pour tirer profit des technologies innovatrices et de l'internet afin d'améliorer leur expérience client et de rationaliser leurs activités. Par contre, les cybermenaces sont de plus en plus complexes, et le risque financier, le risque de réputation et le risque d'interruption des affaires qui y sont liés s'amplifient.

Nous continuons de gérer ces risques de façon active au moyen d'outils technologiques déployés à l'échelle de l'entreprise et de programmes de protection de l'information, dont l'objectif est de lutter globalement contre ces cybermenaces pour prévenir, détecter et traiter des menaces telles que les fuites de données, les accès non autorisés et les attaques par déni de service.

Étant donné l'importance des systèmes financiers électroniques, y compris les services bancaires en direct et mobiles sécurisés offerts par la CIBC à ses clients, la CIBC continue d'élaborer des contrôles et des processus visant à protéger nos systèmes et nos renseignements relatifs aux clients contre des dommages et la divulgation non autorisée.

Malgré notre engagement à l'égard de la protection des renseignements et de la cybersécurité, la CIBC et ses tiers lésés pourraient ne pas être en mesure d'atténuer entièrement tous les risques relatifs à la complexité croissante de ces menaces et au rythme rapide auquel celles-ci évoluent⁸⁸.

Comme on peut le voir, la CIBC reconnaît la possibilité que ses systèmes de cybersécurité ne parviennent pas à contrer des cybermenaces qui sont en constante évolution. Cette précision apporterait une information importante aux détenteurs de compte si elle leur était aussi adressée.

Toutes ces déclarations expriment une volonté d'assumer à l'égard des clients des obligations de la même nature que les obligations qui incombent aux banques en vertu des lois assurant la protection des renseignements personnels. Il est donc permis de croire que ces obligations statutaires et ces déclarations permettraient à un tribunal de reconnaître qu'une obligation de protéger

88. « Rapport annuel CIBC », *supra* note 55 à la p 72.

les renseignements personnels des clients fait implicitement partie du contrat bancaire.

Quelle serait l'intensité de cette obligation ? Si un tribunal appelé à trancher la question adoptait une approche aussi exigeante à l'égard des banques que les Commissaires ont adoptée à l'égard des marchands dans le Rapport d'enquête TJX/Winners⁸⁹, les banques seraient tenues de se conformer strictement et de façon continue aux meilleures normes d'industrie en matière de cybersécurité. Un tribunal pourrait vraisemblablement s'inspirer du Guide d'autoévaluation du BSIF pour établir ces pratiques souhaitables, en plus des pratiques qui seraient mises en preuve.

Quels dommages pourraient être subis ou réclamés par les clients dont les renseignements personnels seraient ainsi volés lors d'une cyberattaque contre les systèmes de leur banque ?

On pense en premier lieu aux montants qui seraient débités au compte du client à la suite de la présentation d'ordres de paiement frauduleux. Pour recouvrer une telle perte monétaire, le client n'a pas à établir de manquement à un devoir de prudence de la part de sa banque. En vertu du contrat bancaire, sous réserve des clauses d'exonération qui pourraient s'y trouver, la banque ne peut rembourser les dépôts du client qu'à celui-ci ou toute autre personne que le client a autorisée. Un versement à une personne non autorisée ne libère pas la banque de son devoir et elle demeure responsable du montant à l'égard de son client.

On pense aussi, en second lieu, à d'autres dommages, dont des dommages moraux résultant de l'angoisse de savoir que des cybercriminels ont les renseignements personnels des clients en main, des dommages à la réputation pouvant résulter d'avis négatifs, d'agences de crédit, et des dommages matériels pour pertes de revenus ou d'opportunité, ou des dépenses encourues pour faire redresser le dossier de crédit du client. Ces dommages dépendent davantage que les premiers de la preuve d'une faute dans la protection de la sécurité des renseignements personnels des clients.

Cette question a été considérée dans l'affaire *Larose c. Banque nationale du Canada*⁹⁰, où un recours collectif a été

89. Voir la partie 3.4 i) de l'article ci-dessus.

90. *Larose c Banque Nationale du Canada*, 2010 QCCS 5385.

intenté contre une banque suite au vol d'un ordinateur portable appartenant à la banque et contenant des renseignements personnels de 225 000 clients. Les renseignements personnels comprenaient le nom et l'adresse des clients, les montants des prêts hypothécaires que leur avait consentis la banque et des soldes de ces prêts, et les montants des taux hypothécaires et des versements mensuels. Les renseignements dans l'ordinateur ne comprenaient pas les numéros de cartes de débit ou de crédit émises le cas échéant par la banque aux clients.

À la suite du vol, la banque a informé les clients concernés de même que le Commissaire canadien, et a donné avis de l'incident aux bureaux de crédit Trans Union et Équifax. La banque s'est en outre engagée à indemniser tout client qui serait victime de fraude ou d'usurpation d'identité en rapport avec le vol de l'ordinateur.

Les requérants alléguait diverses fautes de la banque et réclamaient à titre de dommages le remboursement de toute perte pécuniaire et des dommages moraux et punitifs en raison de l'angoisse résultant de ces inconvénients et autres atteintes non pécuniaires. Le recours alléguait aussi l'usurpation de l'identité du requérant qui aurait résulté en un prêt et des comptes de cartes de crédit frauduleusement portés à sa charge, et des démarches auprès de bureaux de crédit et d'institutions bancaires qui auraient résulté en des débours et perte de temps. La Cour a noté ce qui suit :

De plus, le Tribunal adhère aux enseignements jurisprudentiels voulant que la crainte qu'un préjudice se manifeste un jour ne constitue pas en soi un chef de réclamation autonome, et ne suffit pas à autoriser l'exercice d'un recours collectif. Toutefois, ici les allégations des requérants dépassent la simple appréhension⁹¹.

La Cour a aussi noté que les requérants alléguait la faute lourde de la banque, suggérant que ceci pourrait éventuellement justifier l'octroi de dommages punitifs.

En définitive, la Cour a jugé que le recours rencontrait l'exigence d'apparence de droit et en a autorisé l'exercice⁹².

91. *Ibid.* à la p 7.

92. Ce litige a fait l'objet d'un règlement après son autorisation et avant l'audition au mérite.

Tenant compte des propos de la Cour et des circonstances particulières dans cette affaire, il faut penser qu'en l'absence de perte monétaire des dommages ne seraient pas disponibles contre les banques qui seraient jugées responsables suite à une cyberattaque contre leurs ordinateurs. C'est d'ailleurs le sens d'une décision américaine ayant considéré la question⁹³.

ii) Cyberattaques contre les ordinateurs des clients des banques

On trouve dans les contrats entre les banques et leurs clients deux types de dispositions qui encadrent les conséquences d'une cyberattaque contre les ordinateurs des clients des banques.

Les premières se trouvent dans les conventions spéciales qui interviennent lorsque les clients souhaitent avoir un accès électronique à leur compte et sont elles-mêmes de deux ordres : en premier lieu elles établissent des obligations du client à l'égard de la sécurité du mot de passe donnant accès à son compte ; en second lieu elles énoncent les responsabilités respectives de la banque et du client si des instructions étaient frauduleusement données par un pirate informatique qui s'introduirait par effraction dans les systèmes informatiques du client.

Les secondes apparaissent dans les conventions plus générales relatives aux opérations dans les comptes de banque.

Prenons à nouveau à titre d'exemple le cas de la Banque CIBC.

L'Entente relative à l'accès électronique⁹⁴ de cette banque prévoit que le client doit « préserver le caractère strictement confidentiel de vos mots de passe et Questions de vérification personnelle » et ne pas « les divulguer à personne (ni à un proche parent, un ami, une institution financière ou un fonctionnaire) »⁹⁵. Les mots de passe et questions de vérification personnelle doivent être

93. Voir par exemple *Willingham c Global Payments, Inc*, 2013 WL 440702 à la p 19 (N.D. Ga. 2013 : « Plaintiffs' [personally identifiable information] does not have an inherent monetary value. » Voir aussi *In re Hannaford Bros Co Customer Data Security Breach Litigation*, 671 F. Supp. (2d) 198 (D. Me 2009).

94. CIBC, « entente relative à l'accès électronique CIBC (2013) » (novembre 2013), en ligne : <www.cibc.com/ca/mobile/legal/agreement-fr.html> [« Entente accès électronique »].

95. *Ibid.* à l'art 7.

choisis « avec soin [...] afin qu'il ne soit pas aisé pour un tiers de les deviner ou de les remanier »⁹⁶. Le client doit mémoriser ses mots de passe et questions de vérification personnelle plutôt que d'en conserver une trace écrite. Toutefois, si le client a « vraiment besoin d'en conserver une trace écrite », il s'engage notamment à ne pas inscrire les mots de passe et les questions de vérification personnelle au même endroit et à « ne pas garder trace de votre Mot de passe ou de vos Questions de vérification personnelle dans votre appareil électronique de quelque manière que ce soit »⁹⁷. Si ces renseignements sont volés ou si le client soupçonne que quelqu'un d'autre les connaît, le client doit aviser la banque aussitôt que possible et modifier son mot de passe et ses questions de vérification personnelle.

Cette entente prévoit aussi que le client doit prendre des mesures pour protéger ses systèmes informatiques contre les cyberattaques :

Utilisation d'un programme anti-virus, d'un programme anti-logiciel espion et d'un coupe-feu ; fermeture de session : L'appareil électronique que vous utilisez peut être vulnérable aux virus ou aux attaques informatiques dont l'objectif est de tenter ou d'intercepter ou d'altérer des renseignements, notamment ceux de nature délicate que vous fournissez par l'intermédiaire d'internet. Afin de diminuer les risques de dommages, vous devez prendre toutes les précautions raisonnables nécessaires, comme celles de vous assurer que l'appareil électronique que vous utilisez pour accéder aux Services bancaires en direct ou à Gestion des avoirs en direct est doté d'un programme anti-virus, d'un programme anti-logiciel espion et d'un coupe-feu à jour, si de telles mesures de sécurité sont offertes pour votre appareil électronique. Afin d'éviter tout accès non autorisé à vos comptes, vous devez fermer votre session des Services bancaires en direct ou de Gestion des avoirs en direct, fermer votre navigateur ou fermer les applications mobiles que vous utilisez au moyen des Services bancaires mobiles dès que vous cessez d'utiliser les services précités⁹⁸.

Tout défaut par le client de se conformer à ces mesures de sécurité entraîne une exonération de la banque à l'égard de tout dommage. De plus, ces mesures de sécurité sont complétées par des dispositions qui exonèrent la banque lorsqu'un tiers accède

96. *Ibid.* à l'art 7.

97. *Ibid.*

98. *Ibid.* à l'art 12.

électroniquement au compte du client avec le mot de passe et les questions de vérification personnelle de celui-ci :

Responsabilité en cas de perte : Vous êtes responsables de toute perte découlant de votre propre utilisation de votre carte bancaire ou de votre Code d'utilisateur et de vos Mots de passe ou Questions de vérification personnelle. Vous êtes également responsable de toute perte provenant de toute utilisation de votre Carte bancaire ou de votre Code d'utilisateur et de vos Mots de passe ou Questions de vérification personnelle par un tiers, y compris notamment par un fournisseur de services qui offre des services de regroupement de comptes en direct⁹⁹, et qui récupère, consolide et présente votre compte pour l'unique objectif de vous permettre de visualiser vos comptes en un seul endroit, que vous avez autorisé (contrairement à [la présente Entente]) à utiliser votre Carte bancaire ou votre Code d'utilisateur et vos Mots de passe ou Questions de vérification personnelle. Sans limiter la portée générale de la première phrase de la [présente clause], vous êtes également responsable de toute perte découlant des situations suivantes : [...] quelqu'un d'autre utilise votre Carte bancaire ou votre Code d'utilisateur sans votre autorisation mais vos actions (ou votre inaction) contribuent à cette utilisation non autorisée. [...] ¹⁰⁰.

Ces dispositions sont complétées par une Garantie de sécurité¹⁰¹ faite sur le site web de la banque à l'attention des clients :

Garantie de sécurité de CIBC en direct

Dans le cas fort improbable où une personne non autorisée accèderait à vos comptes par l'intermédiaire de CIBC en direct, nous vous rembourserons la totalité de l'argent subtilisé à vos comptes, à condition que vous ayez respecté vos engagements envers nous.

Les dispositions de l'Entente relative à l'accès électronique et la Garantie de sécurité s'ajoutent aux dispositions plus générales de l'Entente relative à la tenue d'un compte personnel¹⁰² qui pré-

99. Les services de regroupement de comptes permettent aux clients qui ont différents types de comptes dans plus d'une institution financière de suivre leurs opérations financières au moyen d'un site web ou d'une application unique. De tels services demandent généralement aux clients de leur fournir les numéros et autres identificateurs des comptes et les mots de passe qui y sont associés.

100. *Ibid.* à l'art 9.

101. CIBC, « Garantie de sécurité de CIBC en direct », en ligne : <www.cibc.com/ca/legal/online-security-guarantee-fr.html>.

102. CIBC, « Entente relative à la tenue d'un compte personnel CIBC » en ligne : <www.cibc.com/ca/mobile/legal/pers-acct-agreement-fr.html> [« Entente tenue de compte »].

voient notamment que le client doit aviser la banque de tout débit irrégulièrement porté à son compte dans un court délai (soit 30 jours à compter de l'envoi du relevé de compte ou 60 jours à compter de l'écriture du débit au compte, selon le cas). En l'absence d'avis à l'intérieur de ce délai le client libère la banque de toute réclamation relative au compte¹⁰³.

Que retenir de cet encadrement contractuel ?

Dans les cas d'hameçonnage, où le client est piégé par le cybercriminel et lui donne ses renseignements de sécurité en croyant les remettre à sa banque ou une autre personne en droit de les recevoir, le client aurait de la difficulté à se faire rembourser. La banque pourrait alors invoquer que le client a « contribué » par mégarde ou négligence à l'utilisation non autorisée et qu'il est en conséquence responsable de la perte.

Dans les cas où un pirate arriverait à s'introduire dans l'ordinateur du client au moyen d'un virus ou d'un logiciel espion et capter les numéros de compte, les mots de passe et les questions de vérification personnelle, la banque ferait vraisemblablement une enquête pour déterminer si le client s'est conformé à ses obligations de sécurité, et plus particulièrement s'il avait muni son ordinateur d'un programme anti-virus, d'un programme anti-logiciel espion et d'un pare-feu, et s'il fermait ses sessions de services bancaires en direct. En cas de défaut la banque aurait un fondement contractuel pour contester la réclamation du client. En cas de conformité, les dispositions de l'Entente relative à l'accès électronique donneraient aussi à la banque un fondement pour contester la réclamation du client, puisqu'elle prévoit que le client est responsable de toute utilisation du mot de passe et des questions de vérification personnelle par un tiers. Toutefois, on peut se demander si la Garantie de sécurité ne fait pas implicitement partie du contrat entre la banque et son client. Nous serions alors en présence de deux stipulations contradictoires : celles de l'Entente, qui feraient porter par le client les dommages occasionnés

103. *Ibid.* à l'art 3. Sur l'efficacité d'une telle clause d'exonération, voir M. Lemieux, « L'affaire *Productions Mark Blandford inc. c. Caisse populaire St-Louis de France* et les accords de vérification en droit québécois » (1997) *Rev. Bar. Can.* 478 et 9083-2957 *Québec inc. c. Caisse populaire Desjardins Rivière-des-prairies*, 2007 QCCS 4389, décision commentée par M. Lemieux, « L'encaissement et le paiement de chèques frauduleux : Enjeux légaux entre la banque d'encaissement, la banque de paiement et leurs clients respectifs » dans *Le droit bancaire en 2011 : Nouveautés et tendances*, 2012, 77, aux pp 87-91.

par le cybercriminel, et celles de la Garantie, qui les feraient plutôt porter par la banque, en autant que le client se soit conformé à ses obligations. On peut imaginer que devant un tel conflit un tribunal soit tenté d'interpréter le conflit contre la partie qui a rédigé l'Entente et la Garantie.

Il est intéressant de comparer l'encadrement juridique canadien à celui qui existe aux États-Unis à cet égard. Dans ce pays, les dispositions contractuelles comme L'Entente relative à l'accès électronique font l'objet des limites contenues à l'article 4A du *Uniform Commercial Code* (« UCC »). L'article 4A-202(b) du UCC stipule que, si la banque et le client ont convenu que l'authenticité des instructions de paiement données électroniquement est vérifiée selon une procédure de sécurité, les instructions sont réputées valables, qu'elles proviennent ou non du client, si deux critères sont rencontrés : premièrement, si la procédure de sécurité dont les parties ont convenu est un moyen raisonnable de protection contre les instructions frauduleuses, et deuxièmement, si la banque a agi de bonne foi et en conformité avec la procédure de sécurité.

Cette disposition est le fondement de la décision de la United States Court of Appeals for the First Circuit dans l'affaire *Patco Construction Co. v. People's United Bank*¹⁰⁴. Au mois de mai 2009, des instructions de virement de fonds ont frauduleusement été données sur le compte de Patco Construction Co. (« Patco ») chaque jour pendant une période de cinq jours ouvrables consécutifs, avant d'être découvertes au moment du retour d'un virement qui avait été dirigé par les cybercriminels à un compte inexistant. People's United Bank (« People's Bank ») a alors avisé Patco qui a immédiatement dénoncé ce virement et les autres. Au total près de 340 000 \$ ont été frauduleusement débités du compte de Patco qui a intenté une action contre People's Bank pour récupérer ce montant que la banque refusait de rembourser volontairement. Une vérification des systèmes de Patco a révélé qu'un logiciel espion avait été introduit dans ses ordinateurs et avait transmis aux cybercriminels les numéros de compte de banque, les mots de passe et les réponses aux questions de vérification.

L'enquête a révélé que Patco avait souscrit au service d'accès électronique de People's Bank principalement pour transférer

104. *Patco*, *supra* note 23.

électroniquement le montant des salaires dans les comptes de ses employés. En 2004 People's Bank a retenu les services d'un consultant pour mettre en place un service d'accès électronique aux comptes de ses clients en conformité avec les règles alors en vigueur. Un système a été mis en place en 2007. Le système comportait les caractéristiques suivantes :

- il exigeait l'emploi d'un numéro d'identification et d'un mot de passe ;
- il avait placé un « cookie » pour identifier l'ordinateur de Patco ;
- il établissait un profil de risque pour le client et s'en servait pour attribuer une cote de risque pour chaque transaction ;
- au-delà d'une cote de 750 le système posait des questions de vérification à l'utilisateur ;
- au-delà d'un seuil monétaire le système posait des questions de vérification à l'utilisateur ; le seuil avait été initialement établi par People's Bank à 100 000 \$; il a toutefois été réduit à 1 \$ en 2009, de sorte que des questions de vérification étaient posées à chaque transaction ; et
- il était relié à un système collectif de lutte contre le cybercrime.

La Cour a noté que le service d'accès électronique ne comportait pas d'examen par des employés de People's Bank ou de vérification auprès du client lorsque les transactions présentaient un score de risque élevé. La seule conséquence d'une cote de risque élevé était de provoquer une question de vérification personnelle. Or comme ces questions étaient posées à chaque transaction, le logiciel espion avait de nombreuses occasions de détecter les réponses à ces questions.

Les transactions frauduleuses présentaient toutes une cote de crédit élevé, dans certains cas au-delà de 750, alors que la moyenne des scores de crédit était beaucoup plus basse. Les virements étaient dirigés vers des comptes où Patco n'avait jamais envoyé de fonds ; les instructions provenaient d'ordinateurs dont l'adresse IP n'était pas celle de Patco ; et les virements étaient pour des montants beaucoup plus élevés que les virements que Patco avait l'habitude de faire. Pour l'ensemble de ces motifs la

Cour a jugé que le système mis en place par People's Bank n'était pas commercialement raisonnable, de sorte que les instructions frauduleuses n'étaient pas réputées valables aux termes de l'article 4A-202(b) du UCC.

Cette disposition instaure un certain équilibre dans les clauses d'attribution de responsabilité qui sont essentiellement dictées par les banques à leurs clients. Il convient de noter que les banques canadiennes ont adopté un standard semblable à celui de l'article 4A-202 (b) du UCC pour les fins des débits préautorisés (« DPA ») qui sont échangés, compensés et réglés par l'entremise du système automatisé de compensation et de règlement. Le bénéficiaire d'un DPA doit obtenir l'autorisation préalable du payeur au moyen d'un accord, qui peut être sous format papier ou électronique. Dans le cas d'un accord électronique, le bénéficiaire doit vérifier l'identité du payeur au moyen d'une méthode « commercialement raisonnable »¹⁰⁵. Si ce standard convient pour les fins des autorisations données électroniquement par les payeurs aux bénéficiaires dans un système de paiement utilisé par les banques, ne peut-on pas penser qu'il conviendrait également pour les autorisations données électroniquement par les détenteurs de comptes aux mêmes banques ? Il a le mérite d'engager un débat sur la nature des mesures de sécurité mises en place par les banques pour vérifier l'authenticité des instructions données électroniquement. Si ces mesures s'avéraient déficientes en comparaison avec les meilleures pratiques de l'industrie, les enjeux de politique publique liés au cybercrime permettraient-ils aux banques d'attribuer aux clients la responsabilité pour des cyberattaques contre les ordinateurs des clients qu'un système plus performant de sécurité chez la banque aurait pu détecter ?

Au Canada, dans les années 1980, des recommandations avaient été faites au gouvernement fédéral pour l'adoption d'une loi encadrant les nouveaux moyens de paiements électroniques. Ces recommandations sont restées sans réponse, de sorte qu'aujourd'hui nous avons une loi qui encadre le paiement par chèque alors que ce moyen de paiement est en déclin, mais nous n'avons pas de loi sur les virements électroniques, alors que ce moyen de paiement est devenu le plus courant.

105. Voir l'article 10(c) de la Règle H1 (Débits préautorisés) de l'Association canadienne des paiements (et la définition de l'expression « commercialement raisonnable » à l'article 5(e)).

iii) Les cyberattaques contre les ordinateurs des marchands et des fournisseurs de services d'acquisition

Ce sont les dispositions des contrats et les régimes de responsabilité extracontractuelle qui déterminent les responsabilités suite à une cyberattaque contre les ordinateurs des marchands et ceux des fournisseurs de services d'acquisition.

Sous l'angle contractuel, les contrats entre les banques qui émettent des cartes de crédit ou de débit et leurs clients comportent une obligation de la banque de rembourser certaines opérations non autorisées. Lorsqu'un cybercriminel s'introduit dans les systèmes du marchand pour y obtenir des renseignements concernant des détenteurs de cartes ayant réalisé des transactions chez le marchand et fabriquer de fausses cartes, les premiers affectés sont les clients dont les cartes ont été contrefaites ou usurpées, qui réclament des banques émettrices les montants frauduleusement débités à leurs comptes suite à la cyberattaque.

Considérons à cet égard les dispositions de l'Entente avec le titulaire de carte conclue entre la Banque CIBC et les clients en faveur de qui elle émet des cartes Visa :

Jusqu'à ce que nous recevions d'un Titulaire de carte un avis écrit ou verbal selon lequel la Carte a été perdue ou volée, si un Titulaire de carte ne s'est pas conformé à toute obligation stipulée dans l'article « Numéro d'identification personnel (NIP) » de la présente Entente, toute Opération effectuée à la suite de ce manquement est réputée être autorisée par le Titulaire de carte, ce qui signifie que si une personne autre que le Titulaire de carte effectue toute opération au moyen d'un NIP dans le Compte de carte de crédit, le Titulaire de carte principal est responsable de cette Opération ainsi que tous les intérêts, frais et perte connexes (ce qui comprend les Opérations effectuées après le vol ou la perte d'une Carte)¹⁰⁶.

Le Titulaire principal n'assume aucune responsabilité si une Carte est perdue ou volée ou que des Opérations non autorisées sont effectuées sans NIP ou si on a autrement accédé au Compte de carte de crédit sans NIP et sans l'autorisation de tout Titulaire de carte.

106. CIBC, « Entente avec le titulaire de carte CIBC » en ligne : <www.cibc.com/ca/pdf/visa/s8260-consumer-agreement-small-fr.pdf>.

L'Entente ne traite pas expressément des cartes clonées ou contrefaites, mais les mots « si on a autrement accédé au Compte de carte de crédit sans NIP et sans l'autorisation de tout Titulaire de carte » paraissent avoir une portée suffisamment large pour couvrir cette éventualité. En revanche, les mots « sans NIP » laissent entendre que si un cybercriminel subtilisait le NIP du titulaire de la carte, sans faute de celui-ci, l'Entente protégerait la banque contre la demande de remboursement du client.

Cette disposition contractuelle est complétée par une réglementation fédérale et québécoise en matière d'utilisation non autorisée de cartes de crédit et de débit.

D'une part, au niveau fédéral, le *Règlement sur les coûts d'emprunt (banques)* oblige la banque à déclarer au titulaire de carte de crédit :

- « la somme maximale pour laquelle l'emprunteur peut être tenu responsable advenant l'utilisation non autorisée d'une carte de crédit perdue ou volée, laquelle somme est la moindre de \$50 et la somme maximale prévue par la convention » ; et
- « dans le cas d'une opération effectuée à un guichet automatique à l'aide du numéro d'identification personnel de l'emprunteur, celui-ci [...] est tenu responsable de la somme maximale »¹⁰⁷.

Le *Code de pratique canadien des services de cartes de débit*¹⁰⁸ (le « Code de pratique ») prévoit de son côté que le titulaire d'une carte de débit « n'est pas responsable des pertes attribuables à des situations indépendantes de sa volonté ». Ces situations comprennent l'utilisation non autorisée d'une carte et d'un NIP lorsqu'il incombait à l'émetteur d'empêcher une telle situation » et « une utilisation non autorisée de la carte, lorsque le titulaire a involontairement contribué à une telle utilisation, à la condition qu'il collabore à toute enquête ultérieure ». Dans tous les autres cas où le titulaire contribue à l'utilisation non autorisée de sa carte de débit, le Code de pratique le rend responsable des pertes.

107. *Règlement sur le coût d'emprunt (banques)*, DORS/2001-101, art 12(1)(c), (d).

108. Groupe de travail sur le transfert électronique de fonds, « Consommateurs et cartes de débit : Code de pratique Canadien des services de cartes de débit » (2004), en ligne : <www.cba.ca/contents/files/misc/vol_20090000_cdncodepracticeconsumerdebitcardservices_fr.pdf>, art 5.

D'autre part, au niveau québécois, la *Loi sur la protection du consommateur*¹⁰⁹ prévoit qu'en cas de perte ou de vol d'une carte de crédit le consommateur ne peut être tenu responsable d'une dette découlant de l'usage de la carte par un tiers après que l'émetteur ait été avisé de la perte ou du vol de la carte. Des amendements à la loi¹¹⁰ auraient élargi la portée de cette disposition pour inclure toute utilisation non autorisée de la carte autrement que suite à une perte ou un vol (comme par exemple suite au clonage de la carte). Ces amendements auraient aussi assuré aux consommateurs une protection équivalente en cas de perte, de vol ou d'autre utilisation non autorisée de leur carte de débit.

On a déjà souligné l'étonnante complexité qui résulte de l'enchevêtrement de ces dispositions contractuelles et statutaires et des doctrines constitutionnelles qui régissent la complémentarité ou la primauté des unes par rapport aux autres¹¹¹.

Pour les fins de notre propos, il suffit de constater que la justification contractuelle du droit d'un titulaire de carte clonée de recouvrer les montants frauduleusement débités à son compte pourrait faire l'objet de débats selon les circonstances. Plus particulièrement, sous réserve de l'application éventuelle du *Règlement sur les coûts d'emprunt (banques)*, du *Code pratique canadien des services de cartes de débit*, de la *Loi sur la protection du consommateur* et de l'emploi d'une carte de crédit plutôt que d'une carte de débit, la banque qui a émis la carte pourrait s'appuyer sur les dispositions de son contrat avec le titulaire de la carte pour contester une démarche de remboursement suite à une fraude lorsque les opérations frauduleuses ont été réalisées au moyen du NIP du titulaire. En revanche, sans égard aux subtilités contractuelles et juridiques, les banques qui émettent des cartes et les réseaux de cartes annoncent une garantie dite de « responsabilité zéro » en cas de fraude. L'Association des banquiers cana-

109. *Loi sur la protection du consommateur*, RLRQ, c P-40.1, art 123, 124.

110. *Loi visant principalement à lutter contre le surendettement des consommateurs et à moderniser les règles relatives au crédit à la consommation*, aussi connue sous le nom de « Projet de Loi 24 » au moment de son adoption en première lecture par l'Assemblée nationale du Québec le 8 juin 2011. Le Projet de Loi 24 n'a toutefois jamais été adopté.

111. Groupe de travail sur l'examen du système de paiement, « Document d'orientation A : Malaise parmi les usagers » (décembre 2011), *Payment System Review*, en ligne : <<http://paymentsystemreview.ca/index.php/rapports/documents-d-orientation/document-dorientation-a-les-utilisateurs-et-leur-mecontentement/indexe68f.html?lang=fr#/1>> aux pp 12- 14.

diens annonce à cet effet sur son site web que « conformément à la politique suivie par les banques, le client n'assume aucune responsabilité financière s'il se retrouve victime de fraude par carte de paiements »¹¹².

Retenons donc que le titulaire d'une carte contrefaite ou usurpée à la suite d'une cyberattaque contre un marchand ou un fournisseur de services d'acquisition et qui est subséquentement clonée et utilisée dans un environnement sans NIP dispose en principe d'une réclamation contre la banque qui lui a émis la carte. La banque émettrice qui a dédommagé un titulaire de carte dispose à son tour de deux types de recours :

- elle peut rechercher une indemnisation du réseau de cartes, qui cherchera à son tour à obtenir une indemnisation du marchand ou du fournisseur de services d'acquisition en invoquant les dispositions contractuelles liant les parties ; ou
- en l'absence d'une indemnisation par le réseau, la banque émettrice peut rechercher la responsabilité du marchand ou du fournisseur de services d'acquisition en invoquant les règles de la responsabilité extracontractuelle, si elle était en mesure de démontrer que ceux-ci n'ont pas agi avec la prudence et la diligence requises dans la protection de leurs systèmes informatiques.

L'affaire *Groupe Aldo* met en lumière les dispositions des contrats entre les réseaux et leurs membres, les réseaux et les marchands, les membres des réseaux et les marchands, les membres des réseaux et les fournisseurs de services d'acquisition, et les fournisseurs de services d'acquisition et les marchands. Il ressort de tous ces contrats que le marchand est tenu de se conformer aux normes PCI DSS et qu'en cas de défaut de la part du marchand, les réseaux rembourseront à leurs membres, les banques émettrices, les indemnisations versées aux titulaires des cartes contrefaites ou usurpées, et que le marchand sera responsable de rembourser les montants aux réseaux de même que les pénalités administratives prévues aux contrats.

En quoi consistent les normes PCI DSS ?

112. Association des banquiers canadiens, « Votre banque est là pour vous protéger » (9 mai 2013), en ligne : <www.cba.ca/fr/consumer-information/42-safeguarding-your-money/58-credit-card-fraud>.

Le Payment Card Industry (« PCI ») a été fondé en 2006 par les principaux réseaux de cartes de paiements pour concevoir des conditions techniques et opérationnelles de protection des données des titulaires de cartes (le « Data Security Standard » ou « DSS »). Tous les marchands qui acceptent des cartes de paiement et les fournisseurs de services d'acquisition qui en facilitent le traitement par les réseaux doivent se conformer aux PCI DSS. Ces normes sont révisées de façon continue par le PCI.

D'autres intervenants de l'industrie des paiements peuvent être invités par le PCI à participer à la révision des PCI DSS. Le PCI ne fait pas l'objet d'un encadrement réglementaire au Canada et les normes PCI DSS deviennent contractuellement obligatoires sans avoir à être sanctionnées par une autorité gouvernementale.

Les DSS sont exprimés dans un document de 135 pages sans compter leurs documents accessoires. Les marchands et autres assujettis peuvent autoévaluer leur conformité et faire appel à des consultants externes spécialisés en sécurité informatique et agréés par le PCI pour évaluer de façon plus objective leurs systèmes et en confirmer la conformité aux normes PCI DSS. On peut imaginer les coûts colossaux de la mise en œuvre de ces normes et de la vérification continue de cette conformité.

Le recours à un consultant externe même agréé par le PCI ne constitue pas une garantie de conformité. Malgré leur ampleur, les normes PCI DSS comportent des zones laissant place à l'interprétation ou au jugement. Comme nous l'avons déjà signalé, peu avant d'être victimes d'une cyberattaque, les systèmes de Target venaient de faire l'objet d'une vérification favorable de conformité aux PCI DSS par un consultant externe. La question de conformité ou de non-conformité à ces normes peut être débattue entre experts qui peuvent différer d'opinion – et elle le sera sans doute dans l'affaire *Groupe Aldo*, où le marchand se défend d'avoir été en défaut de s'y conformer.

Il faut bien sûr féliciter les banques et l'industrie des paiements d'avoir pris en charge l'établissement de normes de sécurité pour les transactions par carte. Mais dans une perspective de politique législative, est-il souhaitable que l'élaboration de ces normes échappe entièrement aux régulateurs des banques et des systèmes de paiements ? Les marchands et les consommateurs

qui en partagent ultimement le coût et les conséquences jouent-ils le rôle qu'ils devraient jouer dans l'élaboration et la mise en application de ces règles ? L'affaire *Target* met pour sa part en lumière les recours extracontractuels des banques émettrices contre les marchands. Pour le moment, les réseaux de cartes n'ont pas donné effet aux dispositions contractuelles qui trouveraient application (et dont l'application est contestée par Groupe Aldo), s'il s'avérait que Target ne se conformait pas aux normes PCI DSS, malgré l'avis favorable que Target avait reçu d'un consultant agréé par PCI.

Ces recours sont soumis aux règles des régimes généraux de responsabilité extracontractuelle et doivent en revanche établir une faute (en droit civil) ou une négligence (en common law) et on peut se demander si les normes PCI DSS constituent la norme de conduite de référence en l'absence d'un contrat.

4. LA DISPONIBILITÉ D'UNE ASSURANCE CONTRE LES CYBERRISQUES

La banque, le client de la banque, le fournisseur de services d'acquisition et les marchands peuvent chercher à se protéger contre les risques d'une cyberattaque au moyen d'une assurance.

Nous nous interrogeons dans cette section sur la portée des polices d'assurance responsabilité générale en matière de cyberattaque et signalons l'existence de polices ciblant les cyberrisques de façon plus particulière.

4.1 Les polices d'assurance responsabilité générale

Toutes les polices d'assurance responsabilité ne sont pas identiques. La police dont Groupe Aldo disposait procurait la couverture suivante :

The Company shall pay [...] all Loss which the Insured Organization becomes legally obligated to pay on account of an Entity Claim [...] in respect of any Entity Claim, any Wrongful Act, committed, attempted, or allegedly committed or attempted before or during the Policy Period¹¹³.

113. *Aldo c Chubb*, *supra* note 3 à la p 2.

L'assureur s'était engagé à tenir Groupe Aldo indemne des actions dans les termes suivants :

The Company shall have the right and duty to defend any Claim covered by this Policy. Coverage shall apply even if any of the allegations are groundless, false or fraudulent¹¹⁴.

Les termes débutant en majuscules étaient définis comme suit :

Loss: "the total amount covered under this Policy which any Insured becomes legally obligated to pay on account of any Claim made against any Insured for Wrongful Acts, including, but not limited to, damages, judgments, settlements, costs and Defence Costs [...]."

Entity Claim includes "a written demand for monetary damages [...] against an Insured Organization for a Wrongful Act, including any appeal therefrom."

Wrongful Act: "any error, misstatement, misleading statement, act, omission, neglect or breach of duty committed, attempted or allegedly committed or attempted by the Insured Organization"¹¹⁵.

La police énonçait un certain nombre d'exceptions dont deux ont été plaidées devant la Cour supérieure.

La première exception se lisait comme suit :

The Company shall not be liable [...] for Loss on account of any Entity Claim: [...]

(b) based upon, arising from or in consequence of any actual or alleged liability assumed under or as a result of any oral or written contract or agreement with the Insured Organization. Provided, however, that this exclusion shall not apply to Loss for which the Insured Organization would be liable in the absence of such a contract or agreement.

[...] ¹¹⁶

114. *Ibid.*

115. *Ibid.* à la p 3.

116. *Ibid.* à la p 8.

La Cour supérieure a jugé que cette exception trouvait application :

The Ontario Action is a purely contractual dispute which falls under the “Contractual Liability Exclusion”. The allegations made by Mastercard/Moneris in the documents that define the Mastercard/Moneris Claim and in the Ontario Action are contractual in nature. Aldo’s contractual liability under the Agreement and Moneris MasterCard’s contractual obligations under same are in dispute in the Ontario Action. Nothing else.

CHUBB therefore has no duty to defend Aldo in respect of same.

The specific contractual security rules to which the parties committed themselves and the process elaborated to enforce compliance with same is central in the correspondence which preceded the Ontario Action.

[...]

The issue in the Ontario Action entirely lies with whether or not the Agreement and the relevant contractual standards authorized Moneris/MasterCard to impose the Assessment (contractual penalty) on Aldo, in view of the alleged ADC Event. Moneris/MasterCard allege that the US \$4,9M Assessment was imposed in conformity with the Agreement. Aldo holds to the contrary.

[...]

The Agreement is the cornerstone of the Ontario Action. It sets out the relevant rights and obligations of the parties.

Aldo deploys impressive efforts to tack on the Ontario Action to its extra contractual liability to its customers, and bypass the Contractual Liability Exclusion of the Policy. Aldo begs the Tribunal to read into the Ontario Action issues which do not arise from it. Aldo hammers that its extra contractual liability to its customers is at stake.

With respect, such is not the case.

Although interesting, Aldo’s references to its potential extra contractual liability to its customers have no connection to the reality of the Ontario Action, for which Aldo seeks its insurer’s support. In view of the parties’ respective positions in the current proceedings and of the alleged supporting documents, there is no real possibility

of a debate on the issue. Unsubstantiated speculations are not sufficient to overcome the Contractual Liability Exclusion¹¹⁷.

Il est exact que le litige ontarien dans l'affaire *Groupe Aldo* est entièrement fondé sur un contrat. Mais l'exclusion ne s'applique pas « to Loss for which the Insured Organization would be liable in the absence of such a contract or agreement ». Il s'agit donc de déterminer si Groupe Aldo aurait subi la perte en l'absence de son engagement contractuel d'indemniser le réseau de cartes. Or, dans tous les incidents de cyberattaques contre des marchands et des fournisseurs de services, les banques émettrices qui indemnisent les titulaires dont les cartes ont été contrefaites ou usurpées intentent des recours en responsabilité extracontractuelle pour recouvrer des marchands et fournisseurs de services d'acquisition ces montants qu'ils allèguent être des dommages occasionnés par leur faute. Dans un cas comme Target où le réseau n'a pas établi que les dispositions contractuelles permettent au réseau de débiter le compte du marchand pour rembourser ses membres qui ont indemnisé les titulaires de cartes, le seul recours des banques émettrices est de tenir le marchand responsable sur une base d'une faute commise en l'absence de tout contrat. Ne peut-on donc pas conclure qu'en l'absence de son contrat avec le réseau de cartes, Aldo aurait subi la même perte, mais à l'égard des banques émettrices plutôt que du réseau ? L'exception dans la police d'assurance du Groupe Aldo exige-t-elle qu'en l'absence du contrat, Aldo aurait subi la même perte à l'égard du même demandeur ? Peut-on interpréter l'exception comme si elle aurait été rédigée comme suit : « to loss for which the Insured Organization would be liable in respect of the same claimant in the absence of such a contract or agreement » ?

La deuxième exception se lisait comme suit :

No insured shall settle any Claim, incur any Defence Costs, or otherwise assume any contractual obligation or admit any liability with respect to any Claim without the Company's written consent, which shall not be unreasonably withheld. The Company shall not be liable for any settlement, Defence Costs, assumed obligation or admission to which it has not consented¹¹⁸.

117. *Ibid.* aux pp 9-14.

118. *Ibid.* à la p 15.

Les ententes entre Groupe Aldo, d'une part, et Moneris et MasterCard, d'autre part, permettaient au réseau de débiter le compte de règlement de Groupe Aldo pour s'indemniser des sommes remboursées aux banques émettrices et des pénalités administratives qui y étaient stipulées. Comme ces ententes ont été conclues sans le consentement de CHUBB, la Cour a jugé que la deuxième exception trouvait application :

These contractual commitments were made without CHUBB's knowledge or consent. They deprive CHUBB of its right to defend and amount to a breach of Aldo's obligation to cooperate with the insured, as per the jurisprudence and as per the Policy.

[...]

Although entered into for sound commercial reasons, Aldo could not, by contract, abandon its right to object to payment and pass that risk to CHUBB. The Agreement limits Aldo's right to defend against the allegedly illegal withdrawal. CHUBB never accepted such a limitation and cannot be forced to live with it¹¹⁹.

À Groupe Aldo qui protestait que cette exception ne s'applique qu'à des règlements postérieurs aux réclamations, la Cour supérieure déclare que l'exception vise aussi des règlements qui précèdent les réclamations :

[...] The timing of the Aldo's renunciations of rights or admissions is irrelevant. The only relevant issue is whether or not the insurer consented to such renunciations or limitations. In the present matter, CHUBB clearly did not.

When Aldo advised CHUBB of the MasterCard/Moneris letters, and the Ontario Acton, CHUBB was presented essentially with a "fait accompli". Aldo had already assumed obligations, admitted liability and committed to making payment without CHUBB's consent. Without its prior knowledge or consent, CHUBB had been deprived of its rights to defend. This was a breach of Aldo's obligations as an insured¹²⁰.

119. *Ibid.* aux pp 15-16. Un argument semblable est soulevé dans un litige américain par un assureur contestant la réclamation d'une banque qui a indemnisé les détenteurs de comptes compromis suite à une cyberattaque sans aviser l'assureur : *First Commonwealth Bank c St-Paul Mercury Insurance Co*, 2:14-CV-00009 (Western District of Pennsylvania 2014).

120. *Aldo c Chubb*, *supra* note 3 aux pp 16-17.

Nous ne commenterons pas cette partie du jugement de la Cour supérieure, mais soulignons que, si elle s'avère bien fondée, elle annule complètement l'utilité des polices d'assurances comportant une exclusion semblable dans la couverture des cyberrisques des marchands, vu que les conventions entre les parties contiennent toutes des dispositions permettant aux réseaux de se faire justice en débitant les comptes de règlement des marchands. Les marchands n'ont pas vraiment le choix de négocier ces dispositions qui sont entièrement à l'avantage des réseaux. En outre, les marchands protesteraient sans doute que leur signature de ces ententes ne comporte aucune admission de responsabilité.

Bien que cela n'était pas le cas dans l'affaire *Groupe Aldo*, certaines polices d'assurance responsabilité générale comportent une exclusion expresse en cas de cybercriminalité. Dans ces cas, l'assureur a un argument d'ordre contractuel plus puissant pour contester la réclamation de l'assuré¹²¹.

Les banques, les clients des banques, les fournisseurs de services d'acquisition et les marchands qui estiment que leurs cyberrisques sont couverts par une police d'assurance responsabilité générale seraient donc bien avisés, à la lumière de l'affaire *Groupe Aldo*, de relire le contenu du contrat et d'en réévaluer la portée. Au moment de la création de l'assurance responsabilité générale, le risque du cybercrime n'existait pas, mais il pourrait être couvert si les termes généraux de la police d'assurance trouvaient application. En revanche, s'il était couvert, il ne le serait probablement pas dans la mesure requise pour assurer une pleine protection des dommages associés à ce risque.

4.2 Les polices visant les cyberrisques de façon plus particulière

Un bon nombre d'assureurs offrent aujourd'hui des polices visant plus particulièrement l'assurance des cyberrisques¹²². Ces polices augmentent la certitude d'une couverture dans l'éven-

121. *Metro Brokers, Inc c Transportation Insurance Company*, 2013 WL 7117840 (N.D. Ga. 2013).

122. Richard S. Betterley, « Cyber/privacy insurance market survey 2013 » (juin 2013), *Betterley Risk Consultants, Inc*, en ligne : <www.betterley.com/samples/cpims13_nt.pdf>.

tualité d'une cyberattaque¹²³ mais leur libellé – comme celui des polices d'assurance responsabilité générale – doit être revu avec attention pour correspondre au profil de risque de la société qui recherche la protection.

Entre autres considérations, la police couvre-t-elle les coûts éventuels de spécialistes en sécurité informatique pour confirmer les circonstances de la cyberattaque, des spécialistes en affaires publiques et gestion de crise, des communications avec les personnes affectées et du suivi de leurs dossiers de crédit, de la relocalisation des serveurs et systèmes informatiques, des frais juridiques, des pertes d'interruption d'affaires, des pénalités contractuelles ou réglementaires, et des indemnités et dommages réclamés par des clients ou par des tiers ? Les définitions englobent-elles suffisamment tous les cyberrisques auxquels la société est confrontée ? Les exclusions visent-elles des situations n'empêchant pas la société de gérer son risque de façon satisfaisante ?

CONCLUSION

L'affaire *Groupe Aldo* suivra son cours en Ontario et au Québec et donnera lieu à des débats juridiques qui sont d'intérêt pour les banques, les réseaux de cartes, les fournisseurs de services d'acquisition, les détenteurs de cartes, les marchands et les assureurs.

Mais au-delà des décisions à venir dans cette affaire, nous avons noté dans cet article un certain nombre d'enjeux de politique législative soulevés par l'incidence de la cybercriminalité sur les opérations bancaires et l'industrie des paiements. Nous ne pouvons que souhaiter que le Comité consultatif et le ministre fédéral des Finances se saisissent de ces enjeux et s'interrogent sur le caractère adéquat de l'encadrement réglementaire actuel de la cybercriminalité. Le Canada offre un environnement sécuritaire pour les opérations bancaires et les paiements électroniques. Toutefois les cybercriminels perfectionnent leurs méthodes à un rythme qui se compare à celui de l'évolution de la cybersécurité et un environnement réglementaire plus robuste permettrait aux banques et à l'industrie des paiements d'inspirer davantage la confiance dont elles ont besoin pour pleinement jouer leur rôle fondamental dans une économie de plus en plus numérique.

123. *Retail Ventures, Inc c National Union Fire Insurance Company of Pittsburgh*, 2007 WL 943011 (S.D. Ohio 2007).

Putting a Price on Legal Services

Determining Reasonable Class Counsel Fees in the Settlement Context

Jean LORTIE, Lisa CHAMANDY and Shaun FINN

Abstract

Although it is impossible to put a price on justice, legal services have been monetized for centuries. But what constitutes fair and reasonable fees? How should one go about evaluating them? How does one differentiate appropriate compensation from entrepreneurial excess? Perhaps nowhere are these questions more relevant than in the context of class action settlements, in which both class counsel and the courts play a unique role. Over the years, two methods have been developed in the United States to award class counsel fees: i) the percentage method, which grants class counsel a share of the benefits obtained on behalf of the class members; and ii) the lodestar method, which multiplies billable hours by a number that reflects the risks taken on behalf of the class. While the Superior Court of Quebec has the discretion to adopt either approach, the authors argue that the lodestar method harmonizes particularly well with Quebec's *Code of Ethics of Advocates* and enables the case management judge, at a minimum, to better gauge the reasonableness of a proposed fee arrangement.

Putting a Price on Legal Services

Determining Reasonable Class Counsel Fees in the Settlement Context

Jean LORTIE, Lisa CHAMANDY and Shaun FINN*

Introduction	241
I. Courts Approve Fair and Reasonable Fees	241
II. What Counts as Fair and Reasonable Fees?	241
III. Two Methods for Determining Class Counsel Fees. . .	245
IV. The Use of a Multiplier in Quebec.	247
V. Reticence to Use a Multiplier	254
VI. Should Judges Use a Multiplier?	255
Conclusion	262

* McCarthy Tétrault LLP. The authors wish to thank Marc-André Russell, lawyer, and Stéphanie St-Jean, law student, for their generous assistance. Any error is that of the authors only. Prior versions of this paper were submitted in the context of the *Colloque national sur les recours collectifs (2013)* and to the Canadian Class Action Review.

Introduction

Justice is invaluable. Perhaps that is why attaching a price to legal services is such a controversial issue, although lawyers have been doing so since classical times. Whether that price was political support (as in ancient Rome), goods and services in kind, fees agreed to beforehand, fees based on hours billed or fees made contingent on other factors, legal services have been carefully quantified and monetized over the ages. In more recent times, a debate has arisen as to how class counsel fees should be calculated in the settlement context. Although the subject involves some interesting ethical considerations, this paper does not enquire into the underlying appropriateness of such fees. Rather, it examines the two approaches that have been developed to calculate them: the multiplier (or “loadstar”) method and the percentage method. More specifically, this paper promotes the view that, in Quebec particularly, courts have discretion to use either method to approve class counsel fees and can rely on either method in order to gauge the reasonableness of a particular award. Such a view not only harmonizes with the *Code of Civil Procedure* (“C.C.P.”) and the existing jurisprudence, but with the professional obligations owed by members of the Quebec Bar.

I. Courts Approve Fair and Reasonable Fees

Under Quebec law, the *Civil Code* (“C.C.Q.”) enunciates the principle that “[r]emuneration, if any, is determined by the contract, usage or law or on the basis of the value of the services rendered.”¹ In the context of class actions specifically, two key considerations apply to the remuneration of class counsel.

In the first place, courts must approve class counsel fees.² The source and mechanism of court approval are somewhat vague, although the jurisprudence has long and uniformly recog-

1. Art. 2134 C.C.Q.

2. See McCarthy Tétrault LLP, *Defending Class Actions in Canada*, 3rd ed. (Toronto: CCH Canadian, 2011) at 353-354.

nized this requirement,³ which is apparently rooted in the enhanced case-management role played by the judge.

In addition to this enhanced judicial role, the requirement for approval of fees is also apparently rooted in the positive obligation created by article 1025 C.C.P. with respect to settlements more generally: “Transaction, acceptance of a tender or acquiescence, except where it is unconditional in the whole of the demand, is valid only if approved by the court. [...]”

Early on in *Nault v. Jarmak*,⁴ a 1985 case, Justice Rothman stated that a judge could not simply rubber-stamp an agreement on the apportionment of fees. Again, in *Doyon v. Fédération des producteurs acéricoles du Québec*,⁵ the Superior Court explained that in the class action setting the presiding judge is called upon to approve *all* of the agreements entered into by the parties (including, it would seem, any agreement as to the payment of extrajudicial fees).

Legislative provisions other than article 1025 C.C.P. also refer to the need for court approval and create obligations accessory to it. For instance, *An Act Respecting the Class Action* provides that “[t]he Court must hear the Fonds [d’aide aux recours collectifs] before [...] approving a transaction on costs or fees.”⁶ A plain reading of this provision suggests that a court must necessarily approve a settlement as it relates to the payment of fees. Moreover, article 1035 C.C.P. states that following a judgment granting a class action on the merits, the court must collocate the fees of the representative’s lawyer. While this provision does not relate to settlements, it is at least debatable that it indicates judges are invested with a supervisory role insofar as class counsel fees are concerned since the payment of such fees (including in the settlement context) can impinge upon the rights and financial interests of class members. This raises the question of whether the judge’s supervisory role is appropriate in instances where class counsel fees are paid over and above – rather than sub-

3. See Pierre-Claude Lafond, *Le recours collectif, le rôle du juge et sa conception de la justice: Impact et évolution* (Cowansville: Éditions Yvon Blais, 2006) at 174 and 175.

4. [1985] R.D.J. 180 at 182 (Qc. Sup. Ct.).

5. B.E. 97BE-899 (Qc. Sup. Ct.).

6. *An Act Respecting the Class Action*, CQLR, c. R-2.1, s. 32(2). See also *Rules of practice of the Superior Court of Québec in civil matters*, CQLR, c. C-25, r. 11, s. 69, which states that: “Any motion for fixing costs or the fees of the representative’s attorney or for approval of a transaction respecting such costs or fees shall be served upon the Fonds, together with a notice of its presentation.” Our emphasis.

tracted from – the benefits provided to the class members. Although debatable, the answer is probably “yes,” since settlements and class counsel fees are typically negotiated together and there exists a rebuttable presumption that the fees, although paid separately, represent dollars that could otherwise have gone to the class. Judges also have an interest in ensuring not only that justice is done, but that it is seen to be done by class members and the public at large. A disproportionately large fee award could imply poor bargaining, at best, and collusion, at worst, thereby potentially bringing the administration of justice into disrepute.

In the second place, class counsel fees must be fair, reasonable and in the best interests of class members. Article 3.08.01 of Quebec’s *Code of Ethics of Advocates* (“*Ethics Code*”)⁷ imposes a positive obligation on lawyers: “[t]he advocate must charge and accept fair and reasonable fees.” The court, for its part, may only approve class counsel fees that meet this test.⁸

The law in the other Canadian provinces⁹ and the U.S.¹⁰ also requires courts to approve class counsel fees and provides that such fees must be fair and reasonable. Common law jurisprudence has even come to enrich our own in this regard.¹¹ Nevertheless, although the “fairness and reasonableness” test seems well established,¹² it is surprising that only two provinces, Ontario and

7. CQLR, c. B-1, r. 3.

8. See *Guilbert v. Sony BMG Musique (Canada) Inc.*, 2007 QCCS 432, aff’d 2009 QCCA 231; *Landry v. Syndicat du transport de Montréal (Employés des services d’entretien)* CSN, 2006 QCCS 1623.

9. See, Ontario: *Class Proceedings Act*, 1992, S.O. 1992, c. 6, s. 32 (2): “An agreement respecting fees and disbursements between a solicitor and a representative party is not enforceable unless approved by the court, on the motion of the solicitor.”; British Columbia: *Class Proceedings Act*, R.S.B.C. 1996, c. 50, s. 38(2); Alberta: *Class Proceedings Act*, S.A. 2003, c. C-16.5, s. 39(1); Saskatchewan: *Class Actions Act*, S.S. 2001, c. C-12.01, s. 41(2); Manitoba: *Class Proceedings Act*, C.C.S.M., c. C130, s. 38(2); New Brunswick: *Class Proceedings Act*, R.S.N.B. 2011, c. C-125, s. 40(2); Nova Scotia: *Class Proceedings Act*, S.N.S. 2007, c. 28, s. 41(2); Newfoundland & Labrador: *Class Actions Act*, S.N.L. 2001, c. C-18.1, s. 38(2). P.E.I. has enacted no statute in regard of class actions.

10. In the U.S., Rule 23 (h) of the *Federal Rules of Civil Procedure* governs: “In a certified class action, the court may award reasonable attorney’s fees and nontaxable costs that are authorized by law or by the parties’ agreement.”

11. See *Association de protection des épargnants et investisseurs du Québec (APEIQ) v. Corporation Nortel Networks*, 2009 QCCS 2407 at para. 41, aff’d 2011 QCCA 767: The parties agreed that class counsel fees in each jurisdiction where actions were taken against the company would apply to the courts of their jurisdiction to have requests for class counsel fees approved.

12. *Parsons v. Coast Capital Savings Credit Union*, 2009 BCSC 330 at para. 9, rev’d on other grounds 2010 BCCA 311; *Killough v. The Canadian Red Cross Society*, 2007 BCSC 941; *Northwest v. Canada (Attorney General)*, 2006 ABQB 902.

Alberta, provide for it through class action legislation.¹³ The mere absence of such legislation, however, does not indicate that Quebec's legislature wanted to exclude such a test from the class action sphere. On its face, article 3.08.01 of the *Ethics Code* is plainly applicable to every aspect of legal practice and services.

II. What Counts as Fair and Reasonable Fees?

Under Quebec's *Ethics Code*, for fees to be "fair and reasonable" they must be "warranted by the circumstances and correspond to the professional services rendered."¹⁴ The *Ethics Code* provides further guidance by enumerating both quantitative and qualitative factors to guide such a determination.¹⁵

Quantitative factors are arguably simpler to adduce and appreciate. In other words, judges will likely have little difficulty in evaluating the "time devoted to the matter,"¹⁶ "the result obtained,"¹⁷ and "the judicial and extrajudicial fees fixed in the tariffs,"¹⁸ when called upon to approve fees. This last quantitative factor will likely need to be revisited in light of the latest amendments to the C.C.P. The amendments will do away with costs altogether by rescinding the existing tariff. Nevertheless, the elimination of costs should have little practical impact given their relative insignificance in class action matters.

Qualitative factors, on the other hand, are more complex. It is necessarily more difficult to weigh the fairness and reasonableness of fees with a view to "experience,"¹⁹ "the difficulty of the question involved,"²⁰ "the importance of the matter,"²¹ "the responsibility assumed,"²² and "the performance of unusual professional services or professional services requiring exceptional competence or celerity."²³

13. Ontario: *Class Proceedings Act, 1992*, S.O. 1992, c. 6, ss. 33(7)(b), 33(8); Alberta: *Class Proceedings Act*, S.A. 2003, c. C-16.5, s. 39(1)(b).

14. Art. 3.08.02 *Ethics Code*.

15. Art. 3.08.02 *Ethics Code*.

16. Art. 3.08.02 (b) *Ethics Code*.

17. Art. 3.08.02 (g) *Ethics Code*.

18. Art. 3.08.02 (h) *Ethics Code*.

19. Art. 3.08.02 (a) *Ethics Code*.

20. Art. 3.08.02 (c) *Ethics Code*.

21. Art. 3.08.02 (d) *Ethics Code*.

22. Art. 3.08.02 (e) *Ethics Code*.

23. Art. 3.08.02 (f) *Ethics Code*.

Yet our criteria for determining fair and reasonable fees in Quebec are similar to those adopted in other Canadian provinces²⁴ and in the U.S.²⁵ The oft-cited Ontario case of *Dabbs v. Sun Life*²⁶ lists the following factors: likelihood of success; amount and nature of discovery evidence; settlement terms and conditions; recommendation and experience of counsel; future expense and likely duration of litigation; recommendation of neutral parties if any; number and nature of objections; the good faith of the parties; and the absence of collusion.²⁷ These factors likewise require judges to evaluate qualitative, at times elusive, elements.

It must be noted that although *Dabbs* was decided by Ontario's Superior Court of Justice, it was part of a multi-jurisdictional class action settlement that also required the approval of the Quebec and British Columbia Courts. Consequently, the analysis in this case reflects "national" considerations and reflects submissions made by counsel from across the country.

III. Two Methods for Determining Class Counsel Fees

Along with these substantive legal considerations go two popular methods for determining class counsel fees, which result either from a settlement agreement or (occasionally but much more rarely) from a judgment on the merits.²⁸

24. *Osmun v. Cadbury Adams Canada Inc.*, 2010 ONSC 2752; *Reid v. Ford Motor Company et al.*, 2006 BCSC 1454; *Fakhri et al. v. Alfalfa's Canada, Inc. (c.o.b. Capers Community Market)*, 2005 BCSC 1123, 47 B.C.L.R. (4th) 379; *Cardozo v. Becton, Dickinson and Company*, 2005 BCSC 1612; *Parsons v. Canadian Red Cross Society* (1999), 40 C.P.C. (4th) 151 (Ont. Sup. Ct.); *Haney Iron Works Ltd. v. Manufacturers Life Insurance Co.* (1998), 169 D.L.R. (4th) 565 (B.C. Sup. Ct.).
25. See: *Hensley v. Eckerhart*, 461 U.S. 424 (1983): "The most useful starting point for determining the amount of a reasonable fee is the number of hours reasonably expended on the litigation multiplied by a reasonable hourly rate." See also the factors determining what a reasonable fee is: *Johnson v. Georgia Highway Express, Inc.*, 488 F. 2d 714 (5th Cir. 1974); *Kerr v. Screen Extras Guild, Inc.*, 526 F. 2d 67 (9th Cir. 1975), writ of certiorari denied, 425 U.S. 951. This is also consistent with Rule 1.5(a) of the American Bar Association's *Model Rules of Professional Conduct*.
26. [1998] O.J. 1598 (Ont. Sup. Ct.).
27. Criteria cited in *Guilbert v. Sony BMG Musique (Canada) Inc.*, 2007 QCCS 432 at para. 42, aff'd 2009 QCCA 231, where observation is made that "...tout en reconnaissant qu'il n'y a pas lieu d'importer purement et simplement le droit d'une autre juridiction, les juges du Québec ont souvent tenu compte des critères élaborés par le juge Sharpe..." in this case.
28. McCarthy Tétrault LLP, *Defending Class Actions in Canada*, 3rd ed. (Toronto: CCH Canadian, 2011) at 354.

Under the “percentage method,” class counsel is simply awarded a percentage of the plaintiffs’ overall recovery.²⁹ Quebec courts typically employ this method and award fees ranging from 15 % to 33 %.³⁰

The “multiplier method” for establishing class counsel fees was initially developed in the U.S.³¹ and is specifically provided for in Ontario’s *Class Proceedings Act*.³² According to Section 33 of the Act, a solicitor may move to have his or her base fees (defined as “the result of multiplying the total number of hours worked by an hourly rate”) increased by a multiplier (defined as “a multiple to be applied to a base fee”). The Act also provides that:

(7) On the motion of a solicitor who has entered into an agreement under subsection (4), the court,

(a) shall determine the amount of the solicitor’s base fee;

(b) may apply a multiplier to the base fee that results in fair and reasonable compensation to the solicitor for the risk incurred in undertaking and continuing the proceeding under an agreement for payment only in the event of success; and

[...]

(8) In making a determination under clause (7) (a), the court shall allow only a reasonable fee.

(9) In making a determination under clause (7) (b), the court may consider the manner in which the solicitor conducted the proceeding.

An Ontario court may therefore apply a multiplier to a base fee that it deems acceptable in order to arrive at fair and reasonable compensation given the level of risk assumed by class counsel and his handling of the litigation.³³

29. *Ibid.*, which cites *Hotte v. Servier du Canada Inc.*, 2006 QCCS 4007 for a case law analysis.

30. See Pierre-Claude Lafond, *Le recours collectif, le rôle du juge et sa conception de la justice: Impact et évolution* (Cowansville: Éditions Yvon Blais, 2006) at 174. Note, however, that there is no authority as to what a reasonable percentage would be if the settlement amount provides very little or very significant benefits to class members.

31. *Ibid.* at 175.

32. S.O. 1992, c. 6.

33. This arguably acts as a safeguard against disproportionate proceedings.

The fact that the multiplier method has not been enacted in Quebec does not mean that it is somehow impermissible. The percentage method is not contemplated by the *Code of Civil Procedure* either, even though it, like the multiplier method, has been recognized and employed by Quebec courts on several occasions.

IV. The Use of a Multiplier in Quebec³⁴

For its part, Quebec has a class action tradition that has been strongly influenced by American and, later, Ontario case law, including with regard to the two methods for calculating class counsel fees outlined above.

Quebec's legislation does not favour a particular approach and, unlike Ontario, does not specifically provide for the use of a multiplier. Yet there are instances in which judges have used the multiplier method to determine class counsel fees. The manner in which this method has been employed has varied from one judge to another, demonstrating its inherent flexibility, the considerable discretion enjoyed by Quebec judges in the class action setting and the factual variation that exists in class action litigation.

Cases in which Quebec judges have used a multiplier in one form or another fall into a spectrum. At one end of the spectrum, the multiplier has little direct impact and simply serves to verify the reasonableness of fees determined through other means. At the other end of the spectrum, the multiplier is used to assess the fees that should be awarded to class counsel.

An early example of the verification approach is *Doyer v. Dow Corning Corporation*.³⁵ In that case, Justice Tingley considered a Motion to Approve a Fee and Disbursements Agreement. This agreement stipulated that class counsel would receive 20 % of an eventual favourable judgment or settlement, which would have resulted in the amounts payable corresponding to a multiplier of 3. Justice Tingley found that this multiplier was "well within the range of multipliers used and approved in U.S. cases (1 to 5),"³⁶ and granted the motion.

34. See McCarthy Tétrault LLP, *Defending Class Actions in Canada*, 3rd ed. (Toronto: CCH Canadian, 2011) at note 99.

35. [1999] Q.J. No. 6203 (Qc. Sup. Ct.) Tingley J.

36. See (1999), AZ-50373576 at para. 8 (Qc. Sup. Ct.) Tingley J.

A more recent example is *Association de protection des épargnants et investisseurs du Québec (APEIQ) v. Corporation Nortel Networks*,³⁷ where the fees requested by class counsel in the “Nortel I” file were four times more than the amount of hours that had been billed. The intervening party, arguing that such amount was unreasonable in light of the nature and value of the services rendered, proposed an alternative: a multiplier of 2.5 for one part of the litigation and a multiplier of 1.5 for another.

Having considered, among other things, the applicable law, the nature of the litigation, the level of participation of class counsel in mediation and negotiation efforts, the interplay between the proceedings in Quebec and parallel proceedings in other jurisdictions, the risks and difficulties assumed, as well as other elements, the Court concluded as follows:

[196] Compte tenu de ce qui précède, le Tribunal estime qu’il est raisonnable d’accorder aux procureurs-requérants une rémunération de 1 750 000 \$, soit environ 2 fois la valeur des heures qu’ils ont consacrées au dossier, sans distinction quant à la période à laquelle les heures ont été travaillées.

It appears that the award was determined beforehand and that a multiplier of 2 was then used in order to validate this award, which Justice Monast considered to be reasonable under the circumstances.

In the “Nortel II” file, class counsel was unable to provide detailed records of the quantity of time that had been spent on some aspects of the case. The intervening party argued that the estimated time was surprisingly high given the services that had been rendered. It proposed to reduce the amount for one part of the litigation by 25 % before applying a multiplier, which it suggested should be set at 2.5 for some of the work accomplished and 1.5 for the other (as in Nortel I).

Justice Monast agreed that the estimated number of hours was unusually high. After analysing the relevant factors, but without mentioning the application of a specific percentage or multiplier, the Court concluded as follows:

37. See *Association de protection des épargnants et investisseurs du Québec (APEIQ) v. Corporation Nortel Networks*, 2009 QCCS 2407 at paras. 175-178, aff’d 2011 QCCA 767.

[219] Tenant compte des risques qui ont été pris par les procureurs-requérants, du travail accompli dans ce dossier et des résultats obtenus, le Tribunal estime que des honoraires de 1 250 000 \$ doivent leur être accordés pour les services rendus dans ce dossier. Il sera également ordonné que leurs débours soient remboursés jusqu'à concurrence d'une somme de 25 571,31 \$ CA.

Class counsel in the Nortel II file appealed the decision. The appellants argued, among other things, that the judge of first instance had erred in his application of the rules of law relevant to the approval of class counsel fees and had failed to exercise judicial discretion in a reasonable manner. The Court of Appeal noted that the appellants did not dispute the legal principles relevant to the assessment of class counsel fees, but rather their application to the facts at hand. The Court of Appeal concluded as follows:

[35] Or, la juge de première instance a tenu compte de tous les facteurs pertinents. L'omission d'appliquer un facteur multiplicateur aux honoraires ne rend pas sa décision arbitraire. En effet, elle n'envisage cette méthode que dans une optique corroborative:

[151] Cette approche globale permet d'évaluer l'importance et la valeur des services fournis par les procureurs. L'utilisation d'un facteur multiplicateur peut aussi s'avérer utile pour vérifier ou corroborer les résultats obtenus à la suite de l'analyse des critères identifiés précédemment. [Nos soulignements.]

[36] Enfin, plusieurs paramètres mentionnés par la juge de première instance justifient le fait qu'elle accorde un montant d'honoraires extrajudiciaires substantiellement moindre dans le cas des appelants, avocats du recours Nortel II, par rapport à ceux octroyés dans le cadre du recours Nortel I. Il s'agit notamment: des faiblesses inhérentes à la preuve présentée par les appelants relativement aux heures travaillées; du délai beaucoup plus court entre l'introduction des procédures et l'annonce d'une transaction imminente, faisant en sorte que les risques assumés l'ont été moins longtemps; de manière corollaire, l'attente bien moins longue avant de toucher les honoraires; du momentum plus grand qui existait en raison de la première vague de recours contre Nortel introduits en 2001 et de la pression induite par ceux introduits en 2005.

[37] Le montant des honoraires extrajudiciaires accordé aux appelants ne peut être qualifié de déraisonnable. Ce moyen d'appel doit également échouer.

[38] En somme, la juge de première instance s'est bien dirigée en droit et aucune erreur de principe ne peut lui être reprochée dans

l'exercice de la latitude que le législateur lui a conférée à l'article 1025 C.p.c. Elle a, par ailleurs, correctement apprécié la preuve administrée sur les questions de fait et les appelants n'ont démontré aucune erreur manifeste et déterminante à cet égard.

Here, the Court of Appeal tacitly acknowledged the multiplier as a useful tool to verify or corroborate the result achieved by analysing all of the applicable factors.

*Desjardins and Rochon v. Procureur général du Canada*³⁸ seems to go further along the spectrum by using the multiplier as a factor to assist in the determination of whether a dollar amount is reasonable. In this case, Justice Tingley reasoned that the percentage agreed to by the settling parties was fair and reasonable *on the basis that* it represented a multiplier of 3.75. In other words, the multiplier itself (and not the amount it represented) led Justice Tingley to conclude that the judicial and extrajudicial fees were fair, reasonable and justified in the circumstances.

Yet Quebec courts have gone even further. In *Guilbert v. Sony BMG Musique (Canada) inc.*,³⁹ for instance, Justice Chaput multiplied the billing of class counsel by 2.5 to determine the extrajudicial fees that should be awarded.

Class counsel had contracted with the representative plaintiff for fees representing 25 % of the value of an eventual recovery. Defence counsel argued, in the first place, that the agreement could not be enforced against its client⁴⁰ and, in the second place, that even if it could be, the percentage had to be a function of the actual amounts claimed by the class members (i.e., the take-up rate).

Before deciding on a multiplier of 2.5, Justice Chaput engaged in a thorough analysis of the legal framework. He considered relevant legislative principles including: (a) the definitions of judicial fees (costs) and extrajudicial fees (attorney fees);⁴¹ (b) that

38. 2007 QCCS 2797 Tingley J.

39. *Guilbert v. Sony BMG Musique (Canada) Inc.*, 2007 QCCS 432 Chaput J, aff'd 2009 QCCA 231.

40. Art. 1440 C.C.Q.

41. *An Act respecting the Barreau du Québec*, CQLR, c. B-1, s. 1(m): "judicial costs" or "costs": costs provided for in the tariff, and taxable by the competent officer of a court;" and s. 1(n): "extrajudicial costs": fees or costs which an advocate may

the losing party pays costs;⁴² taxed by the clerk,⁴³ including in the class action setting;⁴⁴ (c) that the court must hear the *Fonds d'aide aux recours collectifs* (the “*Fonds d'aide*”) before approving class counsel fees;⁴⁵ (d) that class counsel fees are paid further to the mandate given by the class representative to his counsel;⁴⁶ (e) that these fees cover services rendered pursuant to the mandate or, alternatively, according their value;⁴⁷ (f) that such an agreement in a class action context is binding on the class members;⁴⁸ and (g) that it is open to the parties to stipulate an amount of class counsel fees in their settlement agreement, although such fees are subject to the approval of the court.

Justice Chaput also reviewed the relevant jurisprudence, including decisions addressing the court’s approval of settlements that incorporate an agreement as to fees.⁴⁹ He cited Justice Rothman in *Nault v. Jarmak*⁵⁰ regarding the court’s discretionary power “to set aside any unreasonable agreement as to extra-judicial fee” and, with respect to the role of the judge more specifically, quoted Justice Morneau in *Page v. Canada (P.G.)*:⁵¹

En effet, la loi confie aux tribunaux la responsabilité de décider, d'approuver, de rejeter ou de modifier tant les ententes que les demandes ou les contestations. Il s'agit là du principe. Ils doivent juger les demandes comme les ententes à leur mérite. Ceci vaut pour les ententes entre procureurs quant au partage de leurs

charge for professional services or in addition to judicial costs, and which arise from the practice of the profession of advocate.”

42. Art. 477 C.C.P.

43. Art. 480 C.C.P.

44. Art. 1050.1 C.C.P.

45. *An Act respecting the class action*, CQLR, c. R-2.1, s. 32(2): “The court must hear the Fonds before deciding the payment of costs, determining the fees of the representative’s attorney, or approving a transaction on costs or fees.”

46. Art. 2134 C.C.Q.: “Remuneration, if any, is determined by the contract, usage or law or on the basis of the value of the services rendered.”

47. *An Act respecting the Barreau du Québec*, CQLR, c. B-1, s. 126: “(1) Services justifying extrajudicial fees shall include, among others, attendances, travelling, notices, written and oral consultations, the examination, reparation, drafting, dispatch or delivery of any document, proceeding or record, and generally all other services required of an advocate. (2) (Subsection repealed). (3) In the absence of an express agreement between the advocate and his client, an advocate shall be entitled to his extrajudicial costs on the basis of services rendered.”

48. See para. 30, citation from *Nault v. Jarmak*, [1985] R.D.J. 180 at 182 (Qc. Sup. Ct.).

49. Justice Chaput cites *Bouchard v. Abitibi-Consolidated*, J.E. 2004-1053 (Qc. Sup. Ct.).

50. [1985] R.D.J. 180 at 182 (Qc. Sup. Ct.).

51. (2000), J.E. 2000-1898 (Qc. Sup. Ct.).

honoraires. Le tribunal ne saurait être contraint d'entériner un partage d'honoraires parce que placé devant un fait accompli, savoir que les avocats se sont entendus. La loi ne prévoit pas cela.
(Our underlining.)

Justice Chaput also factored in the relevant provisions of the *Ethics Code*, discussed above, in order to determine what is fair and reasonable, and noted the importance of preventing the legal profession from acquiring a commercial or profit-seeking character.⁵²

The finality of class actions (which allow access to justice for those who might otherwise not be able to bear the costs⁵³ and the risks involved),⁵⁴ the proportionality principle codified at article 4.2 C.C.P., the *Dabbs* criteria, and the *ACEF-Centre v. Bristol-Myers Squibb Co.*⁵⁵ and *Honhon v. Canada (Procureur général)*⁵⁶ decisions (in which multipliers of 2 and of 3 were applied)⁵⁷ were likewise taken into account.

Justice Chaput further noted that: (i) the agreement as to fees was not binding on the Defendants, who were third parties to the contract;⁵⁸ (ii) the experience of class counsel was uncontested; (iii) the amount of time spent on the file seemed reasonable, given the experience of other jurisdictions in which parallel litigation was also taking place; (iv) the litigation was an important one, given that the facts involved possible confidentiality breaches, potentially resulting in the consumers' personal and

52. Arts. 3.08.01, 3.08.02, 3.08.03 *Ethics Code*.

53. *Western Canadian Shopping Centers Inc. v. Dutton*, [2001] 2 S.C.R. 534, and *Dumoulin v. Pouliot, Caron, Prévost, Bélisle, Galarneau, S.E.N.C.*, 2001 CanLII 15904 (QC C.A.).

54. The Court cites *Landry v. Syndicat du transport de Montréal (Employés des services d'entretien) CSN*, 2006 QCCS 1623, which itself cites *Doyer v. Dow Corning Corporation*, [1999] Q.J. No. 6203 (Qc. Sup. Ct.), for the principle that even though the element of risk is not included in art. 3.08.02 of the *Ethics Code*, "le tribunal ne saurait faire abstraction du fait que les avocats ont mené le dossier, sans garantie de succès, depuis plus de deux ans." See *Guilbert v. Sony BMG Musique (Canada) Inc.*, 2007 QCCS 432 at para. 41, aff'd 2009 QCCA 231.

55. (1995), J.E. 97-621 (Qc. Sup. Ct.) Denis J.

56. (2000), J.E. 2000-2039 (Qc. Sup. Ct.) Morneau J.

57. Note that in *ACEF-Centre v. Bristol-Myers Squibb Co.* (1995), J.E. 97-621 (Qc. Sup. Ct.), Justice Denis used a multiplier of 2 to determine class counsel fees. In 2000, in *Honhon v. Canada (Procureur général)*, (2000), J.E. 2000-2039 (Qc. Sup. Ct.), Justice Morneau used a multiplier of 3. And in 2006, in *Hotte v. Servier du Canada Inc.*, 2006 QCCS 4007, Justice Mongeon used a multiplier of 1.4.

58. Art. 1440 C.C.Q. See also *Roberge v. Capitale (La), assureur de l'administration publique*, *infra* note 63.

business information having not been properly protected; (v) class counsel, having received no funding from the *Fonds d'aide*, had assumed the risks of the litigation by accepting the mandate without any guarantee of success; and (vi) the Defendant benefited from *res judicata*⁵⁹ with respect to all the members, regardless of how many would opt to make a claim.

This comprehensive analysis ultimately led the Court to set the extrajudicial fees as the hours billed, multiplied by 2.5 (for a total amount of \$585,700).

Justice Chaput's decision was subsequently appealed. The defendant-appellants sought to reduce the amount of fees to \$176,000, whereas the respondent-plaintiff, by incidental appeal, sought fees of \$1,320,328.49. The Court of Appeal affirmed the Superior Court's decision and declared that:

[6] Neither ground of appeal is valid. The judge of first instance properly analyzed all relevant circumstances and adhered to all applicable legal principles in reaching his conclusions regarding the base fees, which he valued at \$236,280.25, and applying thereto a multiple of 2.5.

[7] It bears mentioning that the judge of first instance had managed the class action from the start and was familiar with all aspects of it, as well as with the degree of involvement of class counsel. He was particularly well placed to determine the issue of fees payable to the latter and Appellants have failed to show any ground for interfering with the exercise of his discretion.

The lesson of this case is that a multiplier can provide an effective enabling mechanism to bring all the explicit, implicit, tacit and often elusive legal criteria and factual elements together, without compromising the need for a nuanced analysis.

In *Markus v. Reebok*,⁶⁰ Justice Gagnon specifically referred to *Sony* and applied its reasoning to the facts of that case in order to grant class counsel fees that amounted to a portion of the time billed multiplied by 2.5. In his reasons, Justice Gagnon wrote, among other things, that the Court in *Sony* had invoked the principles of judicial economy, access to justice and behaviour modifi-

59. Art. 2848 C.C.Q.

60. 2013 QCCS 549. Note that author Shaun Finn was counsel-of-record for the defendants in this case.

cation laid out by the Supreme Court of Canada in *Western Canadian Shopping Centres v. Dutton*,⁶¹ as well as the risk assumed by class counsel in carrying forward the litigation, and had concluded “que sa discrétion l’autorisait à tenir compte notamment du montant résultant de l’application d’un multiplicateur aux honoraires de base établis en fonction des heures consacrées aux dossier.”⁶²

V. Reticence to Use a Multiplier

Although multipliers have been used by Quebec courts to buttress the fairness and reasonableness of class counsel fees, in some instances they have been overlooked and even marginalized. One example is the 2007 decision *Roberge v. Capitale (La), assureur de l’administration publique*.⁶³ In this case, Justice Trahan considered the generally accepted factors as relevant to an analysis of whether extrajudicial fees are fair and reasonable. But on the issue of whether a multiplier should be used, while she did not say doing so is always inappropriate, she refused to employ this method:

[76] Avec égards pour les collègues qui ont utilisé le système de multiplicateur, la soussignée est d’avis qu’il est préférable de ne pas importer de solution d’autres juridictions lorsque le droit québécois nous offre les outils nécessaires pour trouver une solution. Or, en l’instance, le *Code de déontologie des avocats*, l’ancien tarif et les faits de la cause nous donnent suffisamment d’information pour en arriver à une solution. (Our underlining)

Justice Trahan seems to suggest that, when assessing extrajudicial fees, judges need only consider Quebec’s own legal tradition and the facts in issue, without a view to external sources, models or approaches.

This position is rather surprising when one considers that Quebec’s entire class action regime was explicitly modeled on Rule 23 of the *Federal Rules of Civil Procedure*, a U.S. regulation. Might Quebec’s courts not also benefit, in certain circumstances at least, from incorporating some of the tools that are part and parcel of the jurisprudence elaborated south of the border?

61. [2001] 2 S.C.R. 534.

62. Para. 30 of the decision.

63. 2007 QCCS 4395 Trahan J. Note that authors Jean Lortie and Shaun Finn were counsel-of-record for the defendant in this case.

As Justice Trahan states, the *Ethics Code* does provide “*les outils nécessaires pour trouver une solution*.” Arguably, however, the tools provided by the *Ethics Code* only enunciate quantitative and qualitative factors. From a practical standpoint, how exactly ought judges to go about translating such factors into a precise monetary award? The *Ethics Code* does not provide an answer to this underlying question.

VI. Should Judges Use a Multiplier?

In light of these considerations, we respectfully suggest that Quebec courts should keep the door open to the use of a multiplier for several reasons.

Another Analytical Tool

A multiplier may help to distil complex factors into something simpler and more concrete. While courts should not be required to employ this method, they should have the ability to make use of it at their discretion.

As we have seen, multipliers can help gauge whether, given the circumstances, a percentage of the recovery would constitute a “fair and reasonable” fee award. They can also be used in their own right to determine what amount of class counsel fees would be appropriate with a view to the specifics of the case and the risks assumed by class counsel. Either way, it can provide the court with a helpful analytical tool.

A Quantifier of the Qualitative

A multiplier can also assist in quantifying the qualitative, sometimes elusive, elements that judges must weigh when determining class counsel fees. For example, it gives substance to some of the factors listed in section 3.08.02 of the *Ethics Code*. *ACEF-Centre v. Bristol-Myers Squibb Co.* affords a helpful illustration of this:⁶⁴

[42] Quant aux honoraires déjà encourus, la Cour croit juste et raisonnable d'utiliser le multiplicateur 2 et de doubler le montant des honoraires auxquels les procureurs ont droit pour la prestation de

64. (1995), J.E. 97-621 (Qc. Sup. Ct.) Denis J.

services inhabituels exigeant une compétence exceptionnelle et menant à un résultat hors du commun. Les procureurs ont donc droit immédiatement à un honoraire extrajudiciaire de 1 546 650 \$.

The Court goes on to state that:

C'est l'exemple parfait du dossier requérant une « prestation de services professionnels inhabituels ou exigeant une compétence ou une célérité exceptionnelle » auquel fait référence l'article 3.08.02 du *Code de déontologie des avocats*.⁶⁵

This provides an example (a “perfect example,” to employ the term used by Justice Denis) of just how a requirement that judges must consider such things as unusual services, degree of competency and exceptional speed can be given practical, real-world meaning.

A Safeguard against Lucre

A multiplier can also serve as a safeguard against the kind of inappropriate entrepreneurial behaviour that is contrary to a lawyer's ethical obligations. According to section 3.08.03 of the *Ethics Code*: “The advocate must avoid all methods and attitudes likely to give to his profession a profit-seeking or commercial character.” Courts have intervened when lawyers have infringed this provision in the context of an agreement regarding extrajudicial fees.⁶⁶

In *Guilbert*, Justice Chaput considered section 3.08.03 in arriving at his decision to use a multiplier, citing Justice Rousseau-Houle in *Francaeur v. Belzil*⁶⁷ in support of his position:

[32] Les préoccupations concernant le bien-fondé des ententes à pourcentage au plan de l'éthique professionnelle, déjà soulevées en 1956 lors de l'adoption du *Tarif de certains honoraires extrajudiciaires des avocats*, sont toujours présentes. L'on craint que l'avocat payé à pourcentage du montant reçu ou obtenu ne soit pas suffisamment indépendant pour conseiller en toute objectivité ses clients. On craint qu'il ne suscite inutilement des litiges par simple

65. *ACEF-Centre v. Bristol-Myers Squibb Co.* (1995), J.E. 97-621 at para. 26 (Qc. Sup. Ct.) Denis J.

66. See, for example, *Dikranian v. Québec (Procureur général)*, 2008 QCCS 6.

67. (2004), J.E. 2004-1252 (QC C.A.), cited in *Guilbert v. Sony BMG Musique (Canada) Inc.*, 2007 QCCS 432, aff'd 2009 QCCA 231.

cupidité personnelle et qu'il ne donne à sa profession un caractère de lucre et de commercialité.

Mais ces risques existent aussi lorsque l'avocat est rémunéré selon un tarif horaire ou forfaitaire. Bien qu'il ait cessé d'être en vigueur, faute d'avoir été reconduit, le règlement du Barreau intitulé *Tarif de certains honoraires extrajudiciaires* conserve tout de même un caractère indicatif auquel il est possible de se reporter pour vérifier si l'entente à pourcentage est juste et raisonnable. L'avocat qui conclut une telle entente demeure néanmoins tenu de respecter les devoirs et obligations que lui dicte le *Code de déontologie des avocats*. Ainsi, l'entente ne doit pas être susceptible de donner à la profession un caractère de lucre et de commercialité, les honoraires exigés doivent être justes et raisonnable et le client doit être bien informé du coût prévisible des services. (Our underlining.)

Justices Rousseau-Houle and Chaput appear to be less concerned with the precise mechanism of how fees are paid to counsel than with the impact the payment of such fees will have on the lawyer's impartiality and ability to represent their client's true interests. The multiplier approach is one way of avoiding perceived abuses.

An Enabler of Proportionality

Finding that class counsel fees are fair and reasonable is arguably simply another way of saying that they are "proportionate" under the circumstances. From this vantage point, a multiplier is consistent with article 4.2 C.C.P., which states:

4.2 In any proceeding, the parties must ensure that the proceedings they choose are proportionate, in terms of the costs and time required, to the nature and ultimate purpose of the action or application and to the complexity of the dispute; the same applies to proceedings authorized or ordered by the judge.

At first blush, article 4.2 C.C.P. suggests that the "proceedings" in question refer to any motions or demands presented to a court, including a motion for authorization to institute a class action and a motion to approve a class action settlement. This reading is consistent with the majority and minority opinions in *Marcotte v. Longueuil (City)*⁶⁸ and with decisions of the Court of

68. [2009] 3 S.C.R. 65.

Appeal. For instance, in *Lallier v. Volkswagen Canada Inc.*,⁶⁹ Justice Pelletier stated:

[42] L'exercice d'un recours collectif entraîne des coûts importants et ne doit pas être intenté à la légère. Son autorisation doit satisfaire le critère de proportionnalité que le législateur a maintenant codifié à l'article 4.2 C.p.c. : [...]

[43] Celui que cherche à entreprendre le requérant est périlleux à sa face même en raison des sérieuses lacunes qui affectent le syllogisme développé dans la requête. À mon avis, autoriser son exercice contreviendrait à l'exigence de l'article 4.2 C.p.c. appréciée en conjonction avec celle du paragraphe b) de l'article 1003 C.p.c.

As *Marcotte* makes plain, however, the proportionality principle does not simply apply at authorization, but to all of the steps and stages of class action litigation.⁷⁰ This leads one to question the degree to which inferences can be made with respect to the calculation of class counsel fees.

Outside the class action context, courts have applied the proportionality principle to lower the amounts claimed for expert fees. For example, in *Bolduc v. Fédération (la) compagnie d'assurances du Canada*,⁷¹ although proportionality had not yet been codified, it was nonetheless invoked to find that the expert fees claimed in that case went beyond what could be considered reasonable:

[53] Conformément au jugement rendu par la Cour d'appel dans *Massinon c. Ghys*, le Juge a discrétion pour évaluer les frais d'expertise taxables, incluant les frais attribuables à la présence d'un expert au procès.

[54] Par ailleurs, la jurisprudence a aussi établi que les frais d'expertise alloués à une partie doivent être raisonnables et proportionnels avec l'enjeu du litige car la finalité de la justice dépend de son accessibilité.

[...] (Citations omitted and our underlining.)

69. EYB 2007-121289 (QC C.A.). See also *Bouchard c. Agropur Coopérative*, 2006 QCCA 1342 (CanLII) and *Lorrain v. Petro-Canada*, 2013 QCCA 332 (CanLII); application for leave to appeal to the S.C.C., 2013 CanLII 59885 (C.S.C.).

70. See also *Conseil québécois sur le tabac et la santé v. JTI MacDonald Corp.*, 2006 QCCS 7251 at para. 24.

71. 2002 CanLII 41451 (QC C.Q.).

*Abattoirs Laurentides (1987) Inc. v. Olymel*⁷² provides a comparable example:

[144] Enfin, le montant total des factures de l'expert paraît élevé devant la mesure des sommes réellement en litige. Le principe de la proportionnalité vient à l'esprit, même si le nouveau *Code de procédure civile* n'a, de toute évidence, pas d'application ici. Toutefois, au niveau de l'octroi de frais d'experts, le Tribunal jouit d'une certaine discrétion.

[145] Tenant compte de ces considérations, il y a lieu de réduire substantiellement les frais d'experts taxables à titre de dépens. Le Tribunal considère raisonnable de les fixer à la somme de 75 000 \$, ce qui inclut la préparation des rapports, la préparation pour le procès et la présence et le témoignage à l'audience.

Courts have also used the proportionality principle to put an end to excessive discovery examinations and to impose costs on the examining party, irrespective of which side was ultimately successful. In *Parsons v. Communimed inc.*,⁷³ Justice Charette applied articles 4.2 and 396.4 C.C.P. in order to put an end to a discovery the Court deemed vexatious. Justice Charette found that such an abuse of procedure justified a sanction as to costs:

[14] Le législateur a prévu d'abord une disposition qui constitue un principe général, soit l'art. 42 C.p.c., pour contrer une attitude procédurale abusive. [...]

[15] Le législateur n'a pas prévu de sanction en application de l'art. 4.2 C.p.c. Par contre, il a prévu des situations particulières avec une sanction appropriée, comme dans le cas des interrogatoires. La sanction, dans cette situation, est l'arrêt de l'interrogatoire et la possibilité d'adjuger des dépens. Lorsqu'une situation abusive se présente où il n'y a pas de sanction particulière prévue au Code, l'application de l'art. 46 C.p.c., et en particulier lorsqu'il donne le pouvoir au Tribunal de « rendre toute ordonnance appropriée pour pourvoir au cas où la loi n'a pas prévu de remède spécifique » constitue la sanction qui devrait s'appliquer.

[16] En l'espèce donc, il y a une sanction appropriée, soit celle de l'art. 396.4 C.p.c.

72. J.E. 2003-1262 (Qc. Sup. Ct.).

73. 2005 CanLII 11855 (QC C.Q.).

A parallel can arguably be drawn between the limitation of expert fees or discovery examinations when they are disproportionate and the limitation of class counsel fees when what has either been sought by counsel or agreed to by the settling parties is similarly disproportionate in light of the *Ethics Code*. Such an approach would be rational given that: (a) proportionality is a relevant consideration and has been invoked at the authorization stage of class proceedings; and (b) proportionality has been said to apply to the class action as it does to any other proceeding or type of action.⁷⁴ Indeed, in *Guilbert* article 4.2 C.C.P. was discussed by Justice Chaput, although he only suggested (and did not expressly state) that the multiplier is a means of ensuring that fees must be proportionate in order to avoid giving the legal profession an appearance of “lucre.”⁷⁵

Moreover, it makes sense to consider article 4.2 C.C.P. in the fee-approval context, especially in light of the *raison d’être* of class actions: providing access to justice while ensuring judicial economy.⁷⁶ In *Sigouin v. Merck & Co. inc.*,⁷⁷ again in the context of a judgment on authorization, Justice Denis wrote:

[33] Le recours collectif vise à faciliter l’accès à la justice, limiter la prolifération des recours et limiter les frais et énergies de toutes les parties. C’est encore plus vrai depuis l’entrée en vigueur de l’article 4.2 C.p.c.

74. *Supra* notes 69 and 70.

75. See *Guilbert v. Sony BMG Musique (Canada) Inc.*, 2007 QCCS 432 at paras. 113-114 (unofficial CanLII translation), *aff’d* 2009 QCCA 231:

[113] Finally, the Court must keep in mind the spirit of the 2003 reform of civil procedure, and particularly the rule of proportionality set out in article 4.2 C.C.P., which aims to ensure a balance between the objective sought by the proceeding and the fees charged. And, as stated in the Code, it must avoid allowing any practice in class actions that are likely to give the profession of advocate a profit-seeking or commercial character.

[114] The value of the hours devoted by the Kugler Kandestin attorneys to this action is established at \$236,280.25. A settlement was finally reached in this action, as in the other actions in the United States and Canada. To be sure, in Quebec, the settlement required the attorneys to make certain interventions in compliance with the particular nature of the law and language requirements. But on the merits, all of the actions had the same objectives and the negotiation of the settlement was done together. Given this context, the Court feels that, in setting the fees, it is appropriate to bear in mind the amount of the fees fixed in the settlements of the other actions. In the circumstances of the present case, the Court feels it is appropriate to increase the time devoted by the Kugler Kandestin attorneys by a multiplier of 2.5 and to fix the attorneys’ fees at \$585,700.

76. Indeed, this was underscored in 2007 by Justice Lachance in the context of authorization of a class action in *Regroupement des citoyens du quartier St-Georges inc. v. Alcoa Canada ltée*, 2007 QCCS 2691.

77. 2006 QCCS 5325.

Doing so would also be consistent with the principled approach to settlement-approval advocated by Professor Catherine Piché:⁷⁸

Fair settlements should respect the proportionality principle. Practically speaking, this statement requires that due consideration be given to the costs, and time involved in reaching the proposed settlement, as compared to the expected outcome and projected compensation to class members. It also requires, in my sense, a broader form of proportionality that balances the energy and costs spent in achieving the deal, versus the energy and costs spent to approve that deal and make it effective.

Courts should also monitor possible abuses in class action settlements, and verify the defendant's position within the settlement. Accordingly, settlements that result from a defendant being forced to settle should be firmly rejected. Evidence of that abuse may be difficult to obtain, but in any event, red flags suggesting abuse should not go unnoticed.

Finally, the fair settlement should be one rigorously reviewed and properly questioned as an outsider would – with a fresh eye. Because the fair settlement is approved by a judge who will prefer an inquisitorial role at the fairness hearing, true fairness of settlement will depend not just on the reviewing process's adequacy and fairness, but on the judge's role. Again, no presumptions of fairness should influence the judge's decision to approve or deny proposed class settlements.

A Fit with the Quebec Class Actions Regime

Allowing judges to use a multiplier fits in with the overall architecture of Book IX of the *Code of Civil Procedure*. This architecture is such that judges who case manage class actions are provided with substantive guidelines and are afforded considerable discretion. This discretion, it is respectfully submitted, certainly includes the ability to use a multiplier method, rather than an arbitrary percentage, in awarding fair and reasonable class counsel fees in a manner consistent with the *Ethics Code*.

78. Catherine Piché, *Fairness in Class Action Settlements* (Toronto: Carswell, 2011) at 272.

Conclusion

In this paper, we have seen that: class counsel fees must be approved by the courts; they must be fair and reasonable; the criteria for assessing what is fair and reasonable are provided in the *Ethics Code* with varying degrees of clarity; judges in Quebec have used a multiplier either to gauge or award reasonable class counsel fees; and some judges in Quebec are reticent to use a multiplier for any purpose whatsoever.

We have argued that judges in Quebec ought to be able to use the multiplier at their discretion because it provides another analytical tool to assist in determining the appropriateness of class counsel fees in the settlement context. It can also serve to quantify the qualitative criteria set out in the *Ethics Code*, provide a safeguard against lucre and give meaning to proportionality.

Quebec's legal tradition has never been an island unto itself, impervious to outside ideas and influences. Not only has the Province's civil law been enriched by external common law sources, but its legislature has actively modelled certain proceedings, actions, institutions and regimes on those of foreign jurisdictions. One obvious example of such active modelling is the class action. In adopting the class action, the National Assembly naturalized what was until 1978 an American rule of civil procedure. It follows that in deciding how to construe Quebec's class action regime – including how best to determine class counsel fees – courts should not hesitate to look for inspiration to those jurisdictions where the class action was first fostered, modernized and codified. Although not bound by what is done elsewhere, there is no reason why the courts of this Province cannot benefit greatly from the experiences and approaches of others when it comes to employing multipliers. Doing otherwise would not only be contrary to our traditions, but to the rationality that they embody.

Abus et maltraitance envers les aînés : quel est l'apport du droit ?

Hélène GUAY

Résumé

Le vieillissement de la population fait couler beaucoup d'encre en ce début de XXI^e siècle. Alors qu'on s'inquiète à juste titre de l'étendue de la maltraitance à l'égard des aînés, et que se succèdent rapports, enquêtes, politiques et plans d'action gouvernementaux, il s'avère utile de connaître la réponse du droit à la maltraitance des aînés. Afin de saisir l'apport du droit, l'auteure se penche sur les instances qui reçoivent des plaintes pour abus, maltraitance et exploitation à l'égard des personnes âgées.

Après avoir exposé l'ampleur du phénomène de la maltraitance et les avancées sociales récentes, de même que défini les termes et expressions, l'auteure aborde l'historique des actions politiques depuis 30 ans. Elle recense les signalements, interventions, décisions et avis, émis par les différents acteurs : le Protecteur du citoyen, la Commission des droits de la personne, le Tribunal des droits de la personne, les commissaires aux plaintes des établissements de santé hébergeant des personnes âgées, les régisseurs de la Régie du logement et les tribunaux judiciaires civils. Il ressort de l'analyse que les plaintes et les poursuites pour abus et maltraitance à l'égard des personnes âgées vont croissantes et ont conduit à des décisions éloquentes qui condamnent les auteurs de maltraitance et accordent compensation aux victimes.

L'auteure analyse les rapports publics et les décisions des tribunaux où la notion d'exploitation a reçu une interprétation respectueuse de la préservation de l'autonomie et de la dignité des aînés. Les multiples exemples qui parsèment le texte permettent de comprendre l'intolérance face aux gestes d'abus et de maltraitance à l'égard des aînés. Il ressort de l'examen que les décisions

les plus récentes font foi d'un désir d'appliquer la notion d'exploitation, retenue dès 1983 par la Commission des droits. Il se dégage du texte un constat à l'effet que la gravité de l'atteinte aux droits des personnes âgées victimes d'abus ou de maltraitance trouve une réponse dans la jurisprudence qui, malgré le peu de décisions rendues en 30 ans, forme un corpus utile pour lutter contre la maltraitance par une interprétation cohérente et adaptée de la notion d'exploitation.

Abus et maltraitance envers les aînés : quel est l'apport du droit ?

Hélène GUAY*

Introduction	267
1. L'ampleur du phénomène	268
2. Les politiques relatives à la maltraitance envers les aînés au Québec	273
3. Quelques chiffres sur les personnes aînées et la maltraitance au Québec	277
3.1 Statistiques québécoises et canadiennes	277
3.2 Les signalements ou plaintes au Curateur public du Québec	278
3.3 Les interventions du Protecteur du citoyen	279
3.4 Les infractions criminelles à l'égard de la personne	284
3.5 Les plaintes à la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse	284
4. L'exploitation des personnes âgées au sens de la <i>Charte des droits et libertés de la personne</i>	288
4.1 La notion d'exploitation	288

* B.C.L., LL.M. L'auteure est avocate en pratique privée, spécialisée en droit de la santé, en droits de la personne et des aînés. Elle enseigne à l'École du Barreau du Québec et elle est chargée de cours à l'Université McGill. Elle désire remercier M^e Thu Mai Nguyen pour ses recherches documentaires qui ont contribué à alimenter les sources d'information qui ont servi à la préparation de ce texte.

4.2	Les condamnations civiles en vertu de l'article 48 de la Charte des droits et libertés	293
5.	Les recours des personnes âgées contre les abus en matière de logement.	298
6.	Les plaintes au sein des réseaux de santé	307
6.1	Le processus de plainte et le dépôt des rapports . .	307
6.2	Les rapports des commissaires locaux et régionaux des établissements	309
6.3	Des mesures pour contrer la maltraitance envers les personnes vulnérables dans le réseau de la santé et des services sociaux	312
7.	La protection spécifique des aînés en matière criminelle	314
	Conclusion	315

« Les personnes âgées devraient :

- avoir la possibilité de vivre dans la dignité et la sécurité sans être exploitées ni soumises à des sévices physiques ou mentaux ;
- être traitées avec justice quels que soient leur âge, leur sexe, leur race ou leur origine ethnique, leurs handicaps ou autres caractéristiques, et être appréciées indépendamment de leur contribution économique. »¹

INTRODUCTION

De toutes les appellations utilisées pour qualifier la violence à l'égard des aînés, celle de « maltraitance » fait consensus pour identifier un phénomène que les sociétés nord-américaines en particulier dénoncent de manière de plus en plus véhémente et constante depuis 30 ans. Les recherches sociologiques pour identifier les causes, les études pour caractériser les auteurs, les moyens mis en œuvre pour contrer l'abus et la maltraitance à l'égard des aînés révèlent sans l'ombre d'un doute une préoccupation sérieuse de notre société québécoise. Bien que ceux-ci ne soient pas exclusifs aux aînés, il demeure que le phénomène reste encore en 2014 mal contrôlé.

Les situations de maltraitance à l'égard des aînés ont fait les manchettes au cours des 20 dernières années². Le phénomène

1. Nations Unies, Principes des Nations Unies destinés à permettre aux personnes âgées de mieux vivre les années gagnées, ONU, 1991, en ligne : <<http://www.un.org/french/esa/socdev/iyop/friyoppo.htm#Dignité>>. Ces principes ont été adoptés par l'Assemblée générale des Nations Unies ; Résolution 46/91, le 16 décembre 1991. La notion de « **dignité** » est l'un des points forts de ces principes.
2. Le plus récent scandale financier revient à Earl Jones, condamné à 11 ans de prison, en 2009, pour avoir floué plus de 150 investisseurs, en majorité des personnes aînées. Suite à un recours collectif de 40 millions de dollars, pour dédommagement, intenté en 2010 par les victimes contre la Banque Royale, les parties arrivaient à une entente hors Cour en mars 2012 : La Presse canadienne, « Règlement à l'amiable entre les victimes d'Earl Jones et la Banque royale : les investisseurs obtiennent 17 millions », *Le Devoir*, 6 mars 2012, en ligne : <<http://www.ledevoir.com/economie/actualites-economiques/344407/reglement-a-l-amiable-entre-les-victimes-d-earl-jones-et-la-banque-royale>> ; aussi Catherine PELLERIN, « L'arnaque des grands-parents : Une résidence pour aînés ciblée par des fraudeurs au téléphone », *TVA Nouvelles*, 14 mars 2013, en ligne : <<http://tvanouvelles.ca/lcn/infos/faitsdivers/archives/2013/03/20130314-142047.html>>.

n'est pas exclusif au Québec³, non plus que l'inconfort qu'il génère. Les consultations et déclarations publiques, de même que les rapports publics et les politiques adoptées depuis les années 90 témoignent de la volonté gouvernementale de contrer la maltraitance à l'égard des aînés. Mais la partie est loin d'être gagnée. Pour y arriver, une réelle intolérance à la violence à l'égard des aînés permettrait d'assurer la quiétude et le respect à toute personne qui arrive à un âge avancé.

D'ailleurs, qui est cette personne âgée, maintenant que l'âge de la retraite n'est plus la référence d'il y a 20 ans ? À partir de quel âge sommes-nous des aînés ? Quelle protection le droit confère-t-il aux aînés et quels sont les moyens légaux existants pour contrer l'exploitation, l'abus et la maltraitance envers les personnes aînées ? Il convient que nous voyions la réponse du droit à cette problématique.

C'est dans une perspective analytique que nous aborderons le problème. Nous verrons quelles instances reçoivent des plaintes, des signalements, des dénonciations, des réclamations. Nous examinerons plus précisément les contextes des milieux de soins et du logement, en choisissant d'analyser ultérieurement les contextes de la représentation et de l'indemnisation des victimes d'actes criminels. Nous étudierons les réponses des instances aux besoins de protection des aînés qui démontrent une vulnérabilité. Notre perspective de défense des droits de la personne nous mènera à conclure qu'à travers les recours existants, il en existe pour promouvoir une réelle culture du respect des aînés.

1. L'ampleur du phénomène

Selon toute probabilité, la maltraitance à l'égard des aînés a toujours existé sous une forme ou une autre. Des chercheurs soutiennent que les personnes âgées sont maltraitées par des membres de leur famille depuis la nuit des temps⁴. Le phénomène a été initialement rapporté sous l'expression « *granny battering* », au cours des années 1970, pour identifier et qualifier la violence à

3. Le Figaro, *Les personnes âgées victimes de maltraitance financière*, 9 février 2011, en ligne : <<http://www.lefigaro.fr/actualite-france/2011/02/08/01016-20110208ARTFIG00798-les-personnes-agees-victimes-demaltraitance-financiere.php>>.

4. National Initiative for the Care of the Elderly, *Defining and Measuring Elder Abuse and Neglect : Synthesis of Preparatory Work Required to Measure the Prevalence of Abuse and Neglect of Older Adults in Canada*, Toronto, Avril 2012, 125 p. (ci-après : NICE).

l'égard des grands-mères⁵. Au début des années 1980, une étude menée au Manitoba commence à éveiller les consciences⁶. L'étude Shell a pour objet de colliger des informations sur la « négligence et la brutalité exercées sur les personnes âgées ». Pour faciliter la collecte difficile vu le phénomène, les chercheurs interrogent des infirmières, des travailleurs sociaux, des médecins et d'autres professionnels sur ces questions délicates. Ce rapport suggère trois catégories de maltraitance⁷ :

Sérvices : les situations où il y a des voies de fait, des rudoiments causant des blessures ou des malaises physiques, des blessures infligées ou une grossière négligence exercée par autrui, une ignorance du besoin d'aide, le fait de retenir les nécessités matérielles, par exemple, la nourriture, de ne pas assurer les soins d'entretien et d'hygiène personnelle, les soins médicaux.

Violence psychosociale : le confinement, l'isolement, les soins insuffisants qu'il s'agisse du temps, de l'attention ou de la compréhension des besoins, et la suppression du rôle actif à jouer dans sa propre vie. Est aussi comprise dans cette catégorie la violence affective qui [...] se rapporte à l'humiliation, à l'intimidation, à la privation des droits, à l'infantilisation, ou à n'importe quelle manière de traiter la personne qui diminue son sentiment d'identité, de dignité et de valeur personnelle.

Exploitation financière : les situations touchant les questions financières, et comporte le fait de retenir l'argent, les ruses, la fraude, le vol, le fait de s'approprier à tort ou de mal utiliser l'argent ou les biens. Entrent aussi dans cette catégorie les cas où il y a retenue des moyens qui permettent d'assurer les nécessités quotidiennes.

Le Québec fait figure de pionnier et de précurseur avec la *Charte des droits et libertés de la personne*, entrée en vigueur en 1975, laquelle enchâsse une protection spécifique aux personnes âgées en situation de vulnérabilité (*infra*, section 4). Il participe

5. K.D. KATZ, « Elder Abuse », (1980) 18 *J. Fam. L.* 695 ; M.R. BLOCK et J.D. SINNOTT, *The Battered Elder Syndrome: An Exploratory Study*, University of Maryland, Centre on Aging, 1979 ; E. LAU et J.I. KOSBERG, « Abuse of the Elderly by Informal Care Providers », (1979) 299 *Aging* 10 ; Organisation mondiale de la santé, *Rapport mondial sur la violence et la santé*, sous la dir. de E.G. Krug *et al.*, Genève, OMS, 2002, p. 139, en ligne : <http://www.who.int/violence_injury_prevention/violence/world_report/fr/full_fr.pdf>.

6. D.J. SHELL, *Protection des personnes âgées : étude sur les personnes âgées maltraitées*, Rapport préparé pour le Sous-comité de la protection des personnes âgées établi par l'Association de gérontologie du Manitoba, janvier 1982.

7. *Ibid.*, p. 27.

en 1982 à la première assemblée internationale sur le vieillissement organisée par les Nations Unies qui se déroule à Vienne. Dans ses recommandations, le rapport d'assemblée souligne notamment la nécessité de protéger les personnes âgées contre l'exploitation⁸.

À la fin des années 80, une étude pancanadienne révèle l'ampleur du phénomène de la maltraitance envers les aînés⁹. Menée par téléphone auprès de 2008 personnes âgées de 65 ans et plus, vivant dans la communauté, l'étude révèle que 96 % des personnes sondées n'ont pas vécu une quelque forme de maltraitance et que 90 % d'entre elles sont plutôt satisfaites d'avoir une personne de confiance auprès d'elles¹⁰. Néanmoins, l'étude conclut qu'environ 4 % des personnes sondées ont subi une ou plusieurs formes de maltraitance (soit environ 2,5 % abus financier, 1,4 % agression verbale chronique, 0,5 % abus physique, 0,4 % négligence) ce qui, en extrapolant au nombre de personnes âgées de 65 ans et plus au Canada à cette époque, permettait aux chercheurs de conclure qu'environ 98 000 personnes âgées avaient fait l'objet de l'une ou l'autre forme d'abus ou de négligence.

Au Québec, en 1987, un Comité se voit confier la tâche par la ministre de la Santé de faire le point sur la situation des abus exercés à l'endroit des personnes âgées et d'examiner la situation des victimes et des agresseurs, les droits des personnes âgées, et les divers mécanismes ou organismes de recours existants. Le premier rapport gouvernemental portant sur la condition des aînés, *Vieillir ... en toute liberté*¹¹, dresse un tableau factuel et inquiétant de la problématique de l'abus dans les institutions (personnel, conditions d'hébergement, organisation des services), et dans la communauté (violence conjugale, abus à domicile)¹². La préoccupation quant à la situation des aînés en institution est

8. NATIONS UNIES, *Rapport de l'assemblée mondiale sur le vieillissement*, Vienne, Août 1982, A/CONF.113/31, en ligne : <<http://www.un.org/esa/socdev/ageing/documents/Resources/VIPEE-French.pdf>>.

9. E. PODNIEKS *et al.*, *National Survey on Abuse of the Elderly in Canada*. Toronto, The Ryerson Polytechnical Institute, 1990, à la p. 21, en ligne : <<https://www.ncjrs.gov/pdffiles1/Photocopy/139167NCJRS.pdf>>.

10. *Ibid.*, p. 78.

11. GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, Ministère de la Santé et des Services sociaux, *Rapport du Comité sur les abus exercés à l'endroit des personnes âgées : Vieillir... en toute liberté*, Québec, 3^e trimestre 1989 ; madame Thérèse Lavoie-Roux, ministre.

12. H. MASSÉ, « Rapport de consultation pour le Comité sur les abus exercés à l'endroit des personnes âgées », dans *Vieillir sans violence*, sous la dir. J. Carrette et L. Plamondon, Presses de l'UQAM, 1990, p. 59 (ci-après : *Vieillir sans violence*).

tangible, les facteurs de risques sont identifiés, et les moyens pour intervenir commencent à se définir¹³. En 1989, une vidéo diffusée par le ministère de la Justice pour dénoncer la violence envers les aînés provoque un « véritable choc »¹⁴. Puis, en 1990, le colloque *Vieillir sans violence*, qualifie le phénomène au Québec et enclenche la réflexion dans les milieux de soins en particulier. La problématique de la violence à l'égard des aînés est recensée¹⁵.

En 1992, le Conseil des aînés adopte 7 grands principes dont celui d'« [a]ccorder la priorité aux aînés les plus vulnérables et leur assurer un bien-être économique, physique, psychologique et social »¹⁶. En 1995, le Conseil écrit dans son rapport au ministre de la Santé : « le phénomène des abus dirigés contre les aînés existe et [...] il ne s'agit pas d'une réalité nouvelle »¹⁷. Il retient la notion de l'**abus** parce qu'elle est suffisamment large pour apprécier les multiples facettes de la problématique, et suggère d'y ajouter la notion de **négligence** :

Une action directe ou indirecte destinée à porter atteinte à une personne ou à la détruire, soit dans son intégrité physique ou psychique, soit dans ses possessions, soit dans ses participations symboliques.

Par négligence on entend le manque d'un soignant à répondre aux besoins d'une personne âgée incapable de pourvoir à ses propres besoins. La négligence signifie lui refuser de la nourriture, de l'eau, des médicaments, des traitements médicaux, de la thérapie, des soins infirmiers, de l'aide ou de l'équipement thérapeutique, l'habillement, la visite de personnes importantes pour la personne âgée, ou encore ses droits.¹⁸

13. L. TREMBLAY, « La violence faite aux personnes âgées en institution », dans *Vieillir sans violence*, *ibid.*, p. 97.

14. Michel COUTURE, « Un colloque, pourquoi ? », dans *Vieillir sans violence*, *supra*, note 12, p. xxix ; la Sûreté du Québec qui s'inquiète de la violence envers les aînés suggère une réflexion qui se traduira par le colloque qui s'est tenu à l'Université du Québec à Montréal en 1990.

15. M.-J. LÉVESQUE, « Les personnes maltraitées : éléments de problématique et bibliographie sélective (1980-1987) », dans *Vieillir sans violence*, *supra*, note 12, p. 29. Voir aussi l'ouvrage de P.L. MC DONALD, J.P. HORNICK, J.B. ROBERTSON et J.E. WALLACE, *Elder Abuse and Neglect in Canada*, Toronto, Butterworths, 1991, 131 p.

16. Conseil des Aînés, *Avis sur les abus portant sur les personnes aînées*, Septembre 1995, en ligne : <<http://www.santecom.qc.ca/bibliothequevirtuelle/hyperion/2550250133.pdf>> ; le Conseil formule 12 recommandations à court terme, cinq recommandations à moyen terme et quatre recommandations à long terme.

17. *Ibid.*, p. 9.

18. *Ibid.*, p. 6-7.

Les acteurs sont multiples pour identifier le phénomène de l'abus, de la maltraitance ou de la négligence à l'égard des personnes âgées et pour tenter de le contrer¹⁹. En 2002, l'Organisation mondiale de la Santé adopte une définition de la maltraitance, qui s'inspire de celle adoptée par le Royaume-Uni et l'*International Network for the Prevention of Elder Abuse* (INPEA). Cette définition fait désormais partie des politiques québécoises :

On entend par maltraitance des personnes âgées un acte isolé ou répété, ou l'absence d'intervention appropriée, qui se produit dans toute relation de confiance et cause un préjudice ou une détresse à la personne âgée.

On distingue généralement les catégories suivantes de maltraitance :

- Violence physique – infliger des douleurs ou des blessures, utiliser la contrainte physique, ou recourir à des moyens de contention physiques ou médicamenteux.
- Violence psychologique ou morale – infliger des souffrances morales.
- Exploitation financière ou matérielle – exploiter ou utiliser de manière illégale ou impropre les fonds ou les ressources d'une personne âgée.
- Violence sexuelle – contact sexuel non consensuel avec une personne âgée.
- Négligence – refuser de s'acquitter d'une obligation de soin ou de ne pas s'en acquitter. Cela peut supposer un acte conscient et une intention visant à infliger une détresse physique ou morale à une personne âgée.²⁰

En 2006, l'OMS s'associe à l'INPEA pour décréter la journée du 15 juin, *Journée mondiale pour la prévention de la maltraitance envers les personnes âgées*.

19. À titre d'exemple, le Service de la formation permanente du Barreau du Québec tenait un colloque intitulé *L'exploitation des personnes âgées*, à Longueuil, le 1^{er} novembre 2002 à l'initiative de M^e Diane Trudeau de la Commission des services juridiques. À cette occasion un manuel d'intervention juridique auprès des personnes âgées et exploitées était soumis par M^e Pierre Proulx du Centre communautaire juridique de Québec.

20. Il s'agit de la Déclaration de Toronto : *The Toronto Declaration on the Global Prevention of Elder Abuse*, adoptée par l'OMS, le Ryerson Institute de Toronto et l'INPEA, en ligne : <http://www.who.int/ageing/projects/elder_abuse/alc_toronto_declaration_en.pdf?ua=1>. Organisation mondiale de la Santé, *Rapport mondial sur la violence et la santé*, supra, note 5, p. 141.

Enfin, en 2007, le gouvernement québécois entreprend une vaste consultation sur les conditions de vie des aînés afin de « comprendre la réalité des personnes aînées et d'établir des priorités d'action susceptibles de répondre davantage à leurs besoins »²¹. Une enquête menée en 1999 avait relevé que 7 % des personnes sondées ont déclaré avoir été victimes d'abus et de maltraitance au cours des cinq années précédant l'enquête, dont la majorité des abus provenaient du conjoint²². Les formes les plus fréquentes de violence émotive rapportées étaient « de se faire dénigrer ou se faire dire des mots blessants, et d'être forcés à limiter les contacts avec les membres de la famille et des amis »²³.

Enfin, une enquête menée en 2011 auprès de 267 personnes âgées vivant dans la communauté et en institution à travers le Canada a révélé que l'abus psychologique était le type d'abus le plus fréquent. Plus d'un tiers des répondants (37,1 %) a rapporté avoir souffert plus d'une fois de l'une ou l'autre forme d'abus psychologique²⁴.

2. Les politiques relatives à la maltraitance envers les aînés au Québec

En 2001, le gouvernement québécois adopte ses orientations ministérielles en matière de services offerts aux personnes âgées en perte d'autonomie²⁵. Ces orientations présentent « la toile de fond qui permettra de situer l'ensemble des actions qui doivent être entreprises [...] pour adapter les services aux besoins des personnes âgées en perte d'autonomie »²⁶. La problématique de

21. GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, Rapport de la consultation publique sur les conditions de vie des aînés, *Préparons l'avenir avec nos aînés*, collaboration Secrétariat aux aînés, Québec, 2008, p. 21-22, en ligne : <http://aines.gouv.qc.ca/documents/rapport_consultation_aines.pdf>. La consultation publique attire plus de 4 000 participants.

22. Statistique Canada, *Enquête sociale sur la victimisation*, en ligne : <<http://www.statcan.ca/bsolc/francais/bsolc?catno=85-553-X>>.

23. *Préparons l'avenir avec nos aînés*, supra, note 21, p. 102.

24. NICE, supra, note 4, p. 40-41 ; 86 % des répondants résidant en communauté étaient âgés de moins de 75 ans, tandis que 69 % des résidents vivant en hébergement étaient âgés de plus de 75 ans.

25. GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *Orientations ministérielles sur les services offerts aux personnes âgées en perte d'autonomie*, ministère de la Santé et des services sociaux, Québec, Février 2001, 47 p., à la p. 21, en ligne : <<http://publications.msss.gouv.qc.ca/acrobat/f/documentation/2000/00-702.pdf>> : soit, 1) l'intégration des services, 2) l'accès aux services répondant à la volonté d'agir précocement et adaptés aux besoins, et 3) la qualité et l'évolution des pratiques, des interventions et des milieux de prestation de soins.

26. *Ibid.*, p. 5.

l'abus et de la négligence est identifiée comme un enjeu lié au vieillissement et au maintien de l'autonomie des personnes âgées en perte d'autonomie²⁷.

En 2005, le gouvernement adopte un premier plan d'action qui vise principalement à sauvegarder l'autonomie des aînés. Ce plan prévoit la mise en place d'une table multisectorielle visant à contrer la maltraitance envers les aînés dans chaque territoire local²⁸. À la fin de l'exercice en 2010, plus de la moitié des centres de santé et de services sociaux bénéficient de tables locales de concertation et près du tiers ont mis en place une équipe multidisciplinaire d'intervention en maltraitance envers les aînés²⁹.

En 2010, le gouvernement adopte le *Plan d'action pour contrer la maltraitance envers les personnes âgées 2010-2015*³⁰. Ce deuxième plan prévoit des actions concrètes, telles : sensibiliser le public au phénomène de la maltraitance, créer une chaire de recherche universitaire, implanter une ligne téléphonique, mettre en place une équipe de coordonnateurs régionaux afin de contrer la maltraitance envers les aînés³¹. La chaire de recherche sur la maltraitance voit le jour en 2010 et publie un premier ouvrage de vulgarisation en 2012³². La Ligne Aide Abus Aînés (LAAA) entre en fonction le 1^{er} octobre 2010³³.

27. *Ibid.*, p. 29 et 32.

28. GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, Ministère de la Santé et des Services sociaux, *Plan d'action 2005-2010 : Un défi de solidarité : Les services aux aînés en perte d'autonomie*, Québec, 2005, p. 35.

29. GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, Ministère de la santé et des services sociaux, *Plan d'action gouvernemental pour contrer la maltraitance envers les personnes âgées 2010-2015*, Québec, p. 14-15.

30. GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, Ministère de la santé et des services sociaux, *Plan d'action gouvernemental pour contrer la maltraitance envers les personnes âgées 2010-2015*, Québec, p. 45 et s.

31. Ces actions ont été réalisées. L. PLANTE, « Maltraitance des aînés : les campagnes de sensibilisation fonctionnent », Montréal, *La Presse*, 14 juin 2013, en ligne : <<http://www.lapresse.ca/le-nouvelliste/actualites/201306/14/01-4661353-maltraitance-des-aines-les-campagnes-de-sensibilisation-fonctionnent.php>> ; voir aussi GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *Vieillir et vivre ensemble : chez soi, dans sa communauté, au Québec*, 2012, p. 124, en ligne : <<http://www.vieilliretvivreensemble.gouv.qc.ca>>.

32. M. BEAULIEU et J. BERGERON-PATENAUE, *La maltraitance envers les aînés. Changer le regard*, Chaire de recherche sur la maltraitance envers les personnes âgées, Université de Sherbrooke, P.U.L., 2012, 132 p.

33. La ligne téléphonique Aide Abus Aînés (ci-après : LAAA) remplace la ligne Info-Abus qui avait été créée en 1994 par le centre québécois de consultation sur l'abus envers les aînés du CLSC René-Cassin. La LAAA demeure gérée par ce dernier. Elle répond tant à des appels relatifs à une présumée situation de maltraitance qu'à des demandes d'information. Selon les statistiques de la LAAA,

Pour la période de 2013 à 2014, la LAAA rapporte que près de 65 % des appels reçus proviennent de personnes âgées entre 70 et 89 ans³⁴, alors que 62 % des appels proviennent de personnes vivant à domicile et 28 % des appels de personnes âgées vivant dans les milieux d'hébergement, privés ou publics (CHSLD, ressource intermédiaire, ressource familiale). D'ailleurs, lors de l'évaluation de la pertinence de l'implantation de la ligne téléphonique provinciale, il était ressorti que :

Très souvent, la personne commettant les gestes présumés de maltraitance est l'enfant de l'ainé (34,49 %). En ajoutant à ce pourcentage les conjoints ainsi que les autres membres de la famille, on constate que 48,33 % des appels traités à la LAAA concernent des personnes âgées qui seraient victimes de maltraitance de la part d'un membre de sa famille.³⁵

De même, pour la période de 2011 à 2012, la LAAA a noté que le nombre d'appels et le pourcentage des appels traités selon le type de maltraitance faisait référence majoritairement à des abus psychologiques (32,23 %) et financiers (34,6 %) ³⁶, et que dans plus de 52 % des appels, la personne qui maltraite serait un membre de la famille de l'ainé³⁷.

Puis, en 2012, le gouvernement adopte sa première politique québécoise sur le vieillissement, *Vieillir et vivre ensemble : chez soi dans sa communauté, au Québec*³⁸, qui a pour principal objectif

pour la période du 1^{er} avril 2013 au 31 mars 2014, les utilisateurs du service de toutes les régions du Québec se répartissaient comme suit : 31,15 %, soit 1171 appels proviennent de personnes aînées victime de maltraitance, 37,03 %, soit 1392 appels proviennent de membres de la famille, 8,25 %, soit 310 appels d'un ami ou voisin, 2,50 %, soit 94 appels d'un travailleur social ou intervenant de la santé, 2,05 %, soit 77 appels d'un organisme communautaire, 0,19 %, soit 7 appels d'un journaliste, 0,37 %, soit 14 appels d'un policier, 14,29 % appels d'une autre personne et 4,18 % appels d'un inconnu.

34. CSSS Cavendish, *Statistiques périodiques de la Ligne Aide Abus Aînés mois de janvier 2014*, C.J. Chrysostome, coord., 7 février 2014.

35. CSSS Cavendish, *Ligne téléphonique Aide Abus Aînés : analyse de l'implantation et de la pertinence clinique*. Rapport de recherche soumis au ministère de la Famille et des Aînés et au ministère de la Santé et des Services sociaux, sous la dir. M. Charpentier et M. Soulière, mars 2012, p. 36, en ligne : <http://www.aideabusaines.ca/images/FINAL%20VERSION_Rapport%20LAAA_4%20AVRIL%202012_web.pdf>.

36. *Ibid.*, p. 37.

37. *Ibid.*, p. 39.

38. GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *Vieillir et vivre ensemble : chez soi, dans sa communauté, au Québec*, coord. ministère de la Famille et des Aînés, Québec, 2012, 204 p. (ci-après : Politique sur le vieillissement), en ligne : <<http://aines.gouv.qc.ca/documents/politique-vieillir-et-vivre-ensemble.pdf>> ; elle avait été annoncée en février 2011.

d'offrir aux personnes âgées les conditions de maintien dans leur milieu de vie. Elle a aussi l'ambitieux projet de changer la perception du vieillissement dans la société. Elle arbore plusieurs orientations dont celle de créer des environnements sains, sécuritaires et accueillants dans la communauté dont le choix premier est de « contrer la maltraitance envers les personnes âgées »³⁹. Le gouvernement se félicite de voir des actions concrètes se multiplier et entend poursuivre le travail entrepris avec le plan d'action 2010-2015⁴⁰.

Enfin, en novembre 2013, le ministère de la Santé et des Services sociaux en collaboration avec le ministère de la Famille et des Aînés lance le *Guide de référence : pour contrer la maltraitance envers les personnes âgées*⁴¹. Ce guide conçu par et pour les professionnels qui travaillent avec des clientèles de personnes âgées à risque de maltraitance constitue un outil exemplaire, complet et précieux, de même que riche en informations pour la lutte contre la maltraitance envers les personnes âgées. Il s'adresse aux personnes qui travaillent au sein du réseau de la santé⁴².

Le ministre de la Justice résume bien le défi que pose le problème de la maltraitance pour les juristes :

Massivement rejetée par notre société parce qu'inacceptable, la maltraitance envers les personnes âgées constitue, sur le plan légal, une transgression grave de droits fondamentaux : droit à la vie, à la sécurité et à l'intégrité, droit à l'égalité et à l'autodétermination, droit au secours, droit au respect de la vie privée et du secret professionnel, droit d'obtenir justice et réparation, pour ne mentionner que ceux-là.

39. *Ibid.*, p. 123.

40. Du nombre, une trousse « SOS Abus », créée par l'Association québécoise de défense des retraités et préparée avec le Réseau québécois de lutte contre les abus envers les aînés, qui vise à soutenir les aidants et intervenants dans la lutte contre la maltraitance envers les aînés ; *ibid.*, p. 124. Il entend consacrer des investissements à hauteur de 10,2 millions de dollars pour la période 2012-2017.

41. GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *Guide de référence : pour contrer la maltraitance envers les personnes âgées*, 460 p., en ligne : <<http://publications.msss.gouv.qc.ca/acrobat/f/documentation/2013/13-830-10F.pdf>> ; un chapitre entier est consacré aux mesures légales et juridiques permettant aux intervenants de se familiariser avec les articles de loi et les notions essentielles : consentement, confidentialité, négligence, etc. ; un autre chapitre est consacré aux pistes de solutions à l'égard des abus financiers, de la maltraitance physique et psychologique, etc. La publication du Guide de référence en 2013 est accompagnée d'une campagne publicitaire et de la création d'un site accessible à tous : *La maltraitance envers les aînés un problème de société*, en ligne : <<http://maltraitanceaines.gouv.qc.ca/>>.

42. *Ibid.*, p. xvii.

Aussi l'État a-t-il mis en place des mécanismes visant à prévenir la maltraitance sous ses multiples formes, à en dépister la manifestation et, le cas échéant, à aider les personnes qui en sont victimes et à punir celles qui s'en sont rendues coupables.⁴³

Le phénomène de la maltraitance est toujours en 2014, existant, universel et persistant. Les moyens pour le contrôler demeurent nécessaires trente ans après les premières alertes.

3. Quelques chiffres sur les personnes âgées et la maltraitance au Québec

3.1 Statistiques québécoises et canadiennes

Au 1^{er} juillet 2013, la population des personnes âgées de 65 ans et plus s'élevait à 1 355 261, soit 16,6 % de la population totale québécoise⁴⁴. Selon les prédictions, la population des personnes âgées de 65 ans et plus atteindra 26 % de la population totale en 2031⁴⁵.

Par ailleurs, selon les données compilées par le ministère de la Famille et des Aînés, en 2011, le nombre de personnes âgées de 65 ans et plus s'élevait à 1 253 550, représentant 15,7 % de la population totale au Québec⁴⁶. Selon ces données, environ 90 % de ce groupe de personnes vivaient dans un ménage privé, dont 57 % vivant dans une famille et 27 % vivant seules⁴⁷. L'autre 10 % des

43. GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *Guide de référence : pour contrer la maltraitance envers les personnes âgées*, supra, note 41, p. viii, monsieur Bertrand St-Arnaud, ministre de la Justice.

44. STATISTIQUE CANADA, *Estimations démographiques annuelles*, Novembre 2013, p. 71, en ligne : <<http://www.statcan.gc.ca/pub/91-215-x/91-215-x2013002-fra.pdf>>; Institut de la statistique du Québec, *Le bilan démographique du Québec*, Décembre 2013, p. 29, en ligne : <<http://www.stat.gouv.qc.ca/statistiques/population-demographie/bilan2013.pdf>>.

45. Institut de la statistique du Québec, *Population par année selon le sexe, l'âge et le scénario, 2006-2106, Perspectives démographiques du Québec et des régions, 2006-2056*, Mai 2010, en ligne : <http://www.stat.gouv.qc.ca/donstat/societe/demographie/persp_poplt/pers2006-2056/index.htm>. Politique sur le vieillissement, supra, note 38, p. 18.

46. GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *Les aînés du Québec : quelques données récentes*, Ministère de la Famille et des Aînés, coord. M.-C. Francœur, Québec, 2012, 26 p., à la p. 6. Ce rapport propose une série de données en lien avec le portrait des aînés et permet de mieux connaître la population québécoise vieillissante ; en ligne : <<http://aines.gouv.qc.ca/documents/sommaire- vieillir-et-vivre-ensemble.pdf>>.

47. Selon nos calculs à partir des données des tableaux 2 (ménage privé vivant en famille) et 3 (vivant hors famille) dans la publication statistique du ministère

personnes âgées vivaient dans un ménage collectif⁴⁸, c'est-à-dire dans un « établissement commercial, institutionnel ou communautaire »⁴⁹. Seulement 3 % des personnes âgées de 65 ans et plus vivaient dans une ressource d'hébergement (centre d'hébergement et de soins de longue durée, ressource intermédiaire, ressource de type familial)⁵⁰.

3.2 Les signalements ou plaintes au Curateur public du Québec

Le curateur public représente des personnes qui sont sous un régime de protection de tutelle ou de curatelle publique, en plus d'assurer la surveillance des tuteurs et des curateurs issus des régimes privés de protection. Il a un pouvoir d'intervention, circonscrit et conféré par sa loi habilitante, la *Loi sur le curateur public*⁵¹.

Au 31 mars 2013, le curateur public représentait 12 891 personnes adultes inaptes sous régime de protection public et assurait la surveillance de 8 253 personnes adultes inaptes sous régime de protection privé⁵².

Au 31 mars 2007, selon les statistiques du curateur public les plus récentes disponibles par catégories d'âge, les personnes de 65 ans et plus représentaient 58 % des majeurs sous protection juridique (sous un régime légal de protection public ou privé, ou sous mandat de protection)⁵³, ce qui correspondait à moins de 3 % de la population totale des personnes de 65 ans et plus au Québec à cette époque.

de la Famille : GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, Direction de la recherche, de l'évaluation et de la statistique du ministère de la Famille, *Quelle famille ?*, Vol. 1 N° 1, Automne 2013, p. 6 et 10 ; en ligne : <<http://www.mfa.gouv.qc.ca/fr/publication/Documents/quelle-famille-automne2013.pdf>> ; voir aussi pour les données tirées du recensement de 2001, *Les aînés du Québec : quelques données récentes*, *supra*, note 46, p. 12 et 13.

48. Selon nos calculs à partir des données du tableau 4 (ménage collectif) du portrait statistique des familles au Québec, 2013, *ibid.*, p. 12.

49. *Ibid.*, p. 14.

50. Selon nos calculs à partir des données des tableaux 1 et 8 des données récentes, 2012, *supra*, note 43, p. 6 et 13.

51. *Loi sur le curateur public*, RLRQ, c. C-81, art. 13.

52. Le Curateur public du Québec, Statistiques au 31 mars 2013, en ligne : <<https://www.curateur.gouv.qc.ca/cura/fr/curateur/statistiques.html>>.

53. Le Curateur public du Québec, *Vieillesse et inaptitude : un enjeu à considérer*, Mémoire déposé dans le cadre de la consultation publique sur les conditions de vie des aînés, Montréal, Octobre 2007, p. 2, en ligne : <http://www.curateur.gouv.qc.ca/cura/publications/consult_pub_memoire.pdf>.

Enfin, dans un rapport préparé pour les fins de la consultation publique sur les conditions de vie des aînés en 2007, le curateur public a énoncé la situation des abus exercés envers les personnes âgées pour lesquelles il assure la représentation⁵⁴. Selon ce rapport, « 55,4 % des signalements traités en 2006-2007 avaient pour objet des aînés. Ils provenaient essentiellement de la famille (50,7 %) et du réseau de la santé (24,1 %) »⁵⁵. Pour la majorité de ces signalements, le curateur public avait peu de marge de manœuvre pour agir puisque les situations d'abus affectaient surtout des aînés qui n'étaient pas sous un régime de protection. Selon ce même rapport, les signalements au curateur public portant sur des personnes âgées sous régime de protection étaient principalement relatifs à des allégations d'abus financiers (31,2 %) et d'abus physiques ou psychologiques (16,5 %).

3.3 Les interventions du Protecteur du citoyen

La loi confère au Protecteur du citoyen le pouvoir d'intervenir, de sa propre initiative ou suite à un signalement, lorsqu'il a des motifs raisonnables de croire qu'une personne a été lésée ou peut l'être par l'acte ou l'omission d'un organisme public ou des personnes qui en relèvent⁵⁶. Le Protecteur fait rapport annuellement de ses activités au gouvernement. Au fil des ans, le Protecteur a fait état dans ses rapports annuels des interventions réalisées face à des situations potentielles d'abus envers les aînés dans les établissements de santé publics. Le Protecteur intervient généralement suite à un signalement⁵⁷, plus rarement de sa propre initiative. Il intervient dans le cadre de ses visites après avoir reçu le signalement. Lorsque l'enquête révèle la présence d'abus ou de mauvais traitements envers les personnes, le Protecteur émet généralement des recommandations dans le but de mettre fin aux situations d'abus, incluant celles à l'égard des personnes aînées.

54. *Ibid.*, p. 14 et s. Il n'a pas été possible d'obtenir du curateur public des statistiques plus récentes relativement aux signalements concernant les personnes aînées, à l'hiver 2013-2014. Voir aussi A. DUFOUR, « Le rôle et l'intervention du Curateur public du Québec en matière de prévention des abus financiers envers les aînés » allocution présentée lors d'une journée de formation à l'Université Laval, *La prévention de la fraude et l'exploitation financière chez les aînés*, avril 2007, p. 6 et 7.

55. Mémoire du curateur public, 2007, *supra*, note 53, p. 15.

56. *Loi sur le Protecteur du citoyen*, RLRQ, c. P-32, art. 13.

57. Le signalement au Protecteur du citoyen peut provenir de toute personne, que ce soit un résident d'un établissement de santé, un représentant légal ou encore un professionnel ou un employé de l'établissement. La source du signalement demeure toutefois confidentielle.

De 2010 à 2012, le Protecteur est intervenu suite à des plaintes et à des signalements à l'égard de personnes âgées dans les contextes suivants⁵⁸ :

- Du soutien à l'autonomie des personnes âgées (à domicile ou en ménage) :
 - o Aspects financiers : 2,5 %
 - o Non-respect des droits : 11,3 %
 - o Compétence et attitude de personnel : 15,1 %
- Des CHSLD et des résidences privées d'hébergement :
 - o Aspects financiers : 5,3 %
 - o Non-respect des droits : 13,3 %
 - o Compétence et attitude de personnel : 14,7 %

Ainsi, à l'automne 2006 notamment, le Protecteur a traité une plainte pour mauvais traitements à l'égard d'ainés en perte d'autonomie dans quatre CHSLD⁵⁹. L'enquête a révélé que, malgré l'attitude en général chaleureuse du personnel, les valeurs du respect des personnes âgées n'étaient pas comprises. L'enquête avait révélé qu'un résident avait été traîné par terre, ce qui constitue clairement une attitude inacceptable. Ce geste peut clairement être qualifié de violence physique ou de mauvais traitement.

En conclusion de son rapport, le Protecteur a réitéré le principe à l'effet que :

[t]oute personne hébergée a droit à un milieu de vie qui respecte son identité, sa dignité et son intimité, qui assure sa sécurité et son confort, qui lui permette de donner un sens à sa vie et d'exercer sa capacité d'autodétermination.⁶⁰

58. Selon les statistiques fournies par le Protecteur du citoyen en mars 2014, à la suite d'une demande d'accès au responsable de l'accès à l'information.

59. Québec, Protecteur du citoyen, *Rapport final : Intervention dans les quatre centres d'hébergement du Centre de santé et de services sociaux du Sud de Lanaudière*, 1^{er} mai 2007, dossier n° 2006-00341.

60. *Ibid.*, p. 21.

Et il a formulé 30 recommandations dont celles de :

[s]'assurer de la connaissance et du respect des valeurs énoncées dans les orientations du ministère de la Santé et des Services sociaux et de veiller à ce qu'elles soient comprises et partagées par tous les intervenants des quatre centres d'hébergement, [et de]

[d]évelopper les connaissances (savoir), les aptitudes (savoir-faire), les attitudes (savoir-être) des intervenants dans l'utilisation de la communication de base et des stratégies spécialisées de la communication.⁶¹

À l'inverse, après avoir fait enquête suite à deux plaintes pour mauvais traitements physiques et psychologiques reçues en 2010, le Protecteur a conclu qu'il n'y avait pas matière à émettre de recommandations, son enquête ne lui permettant pas de conclure à la maltraitance des aînés semi autonomes ou en perte d'autonomie des centres d'hébergement visés⁶².

Par ailleurs, en 2010, le Protecteur a émis trois rapports suite à des plaintes pour abus à l'égard de deux centres d'hébergement. Dans le premier dossier, le Protecteur avait reçu une pétition des résidents d'une résidence pour personnes âgées demandant la destitution de son conseil d'administration⁶³. Il avait été informé que certains résidents se sentaient intimidés, harcelés au point de ne plus vouloir sortir de leur chambre, que les policiers étaient régulièrement interpellés à la résidence et que des plaintes pour voies de faits avaient été déposées. Préoccupé par la qualité de vie à la résidence et par la vulnérabilité des personnes âgées, le Protecteur a donc décidé d'intervenir. Son enquête a révélé l'existence d'un conflit entre les résidents et les membres du conseil d'administration, ainsi qu'une gestion déficiente des relations interpersonnelles, créant un frein au droit des résidents de bénéficier du processus de plaintes prévu par la loi. Afin de remédier à ces problèmes, le Protecteur a formulé plusieurs recommandations, dont celle de retenir les services d'une

61. *Ibid.*, p. 27 et 30.

62. QUÉBEC, PROTECTEUR DU CITOYEN, *Rapport final : Intervention au centre d'hébergement Cartierville du Centre de santé et de services sociaux de Bordaux-Cartierville-Saint-Laurent*, 1^{er} février 2010 ; Québec, Protecteur du citoyen, *Rapport final : Intervention au centre d'hébergement Chartwell Inc. Manoir Pierrefonds*, 17 février 2010.

63. QUÉBEC, PROTECTEUR DU CITOYEN, *Rapport final : Intervention au Manoir des Pommiers, résidence pour personnes âgées*, 13 juillet 2010.

ressource externe dans le but de guider le conseil d'administration et le directeur général dans l'amélioration de la gestion et le maintien d'une bonne qualité de vie à la résidence⁶⁴.

Dans le deuxième dossier, l'enquête du Protecteur s'est tenue suite à un grave accident. Une personne âgée de 94 ans était décédée suite à de graves blessures causées par une exposition à de l'eau trop chaude après une chute dans la baignoire⁶⁵. Le centre d'hébergement visé par l'événement dessert une clientèle en perte d'autonomie âgée de 65 ans et plus. L'enquête a révélé qu'un incident semblable avait eu lieu trois ans auparavant mais n'avait pas été rapporté, que l'Agence de la Santé et des Services sociaux (ASSS) avait appris l'existence de l'accident tardivement, que le bureau du coroner n'avait pas été informé du décès et qu'il n'y avait pas de cloche d'appel pour les résidents près des baignoires. Le Protecteur a émis plusieurs recommandations au centre d'hébergement, à l'ASSS et au ministère de la Santé et des Services sociaux visant à améliorer les conditions de vie sécuritaires des résidents au Manoir-de-l'Ouest de l'Île incluant notamment l'édiction de normes rendant obligatoire la limitation de la température de l'eau chaude par le ministère, la vérification de la température de l'eau chaude par l'ASSS, la procédure à suivre suite à une déclaration de décès et l'installation d'un mécanisme d'alarme sécuritaire facilement accessible de la baignoire par le centre d'hébergement⁶⁶.

Cette situation fait bien ressortir un cas de négligence à l'égard d'une personne âgée, résidente dans un centre d'hébergement et dépendante des services fournis par ce dernier. Il s'agit d'un accident grave qui soulève l'inquiétude mais surtout la sécurité en milieu d'hébergement que doit fournir tout établissement de santé⁶⁷.

Dans le troisième dossier, le Protecteur est intervenu suite à une plainte pour agressions verbales de la part des dirigeants

64. *Ibid.*, p. 6 et s.

65. QUÉBEC, PROTECTEUR DU CITOYEN, *Rapport final : Intervention au centre d'hébergement et de soins de longue durée du Manoir de l'Ouest-de-l'Île, S.E.C.*, 15 juillet 2010.

66. *Ibid.*, p. 10 et s.

67. *Loi sur les services de santé et les services sociaux*, RLRQ, c. S-4.2, art. 3 et 8 (ci-après : LSSSS) ; voir aussi le recueil de Plaidoyer Victime, *Droits des victimes et violences institutionnelles*, Les Cahiers de PV : antenne sur la victimologie, mars 2011.

d'une résidence pour personnes âgées à l'égard des résidents, au nombre de 215 et dont 90 % sont âgés de 75 ans et plus⁶⁸. L'enquête a révélé la présence de conflits perpétuels entre un groupe de résidents et la direction. Le Protecteur a recommandé de nouveau l'implication d'une ressource externe pour un coaching sur la gestion, l'adoption d'un code d'éthique pour les administrateurs et les dirigeants, de même que la révision du processus de gestion des insatisfactions au sein de la résidence.

Enfin, en mai 2012, le Protecteur a fait enquête de sa propre initiative suite au décès d'une résidente en novembre 2011 au centre d'hébergement Champlain Marie-Victorin, lequel dessert une clientèle atteinte de démence avec des déficits permanents⁶⁹. La résidente était décédée après avoir subi plusieurs agressions physiques d'autres résidents à l'automne 2011. L'enquête du Protecteur a révélé un environnement physique inadéquat, de l'instabilité du personnel et un encadrement clinique insuffisant. Le Protecteur a constaté qu'un plan d'action pour rehausser la sécurité des soins et services aux résidents avait été élaboré par la direction et que plusieurs actions qui étaient prévues avaient été réalisées⁷⁰. Le Protecteur a notamment recommandé au centre d'hébergement de l'informer de l'état de réalisation des actions prévues au plan et de s'assurer d'un mécanisme de contrôle et de suivi continu de la qualité des services d'hébergement⁷¹.

En définitive, lorsque saisi de signalements ou de plaintes, le bureau du Protecteur du citoyen identifie des situations préoccupantes et, par son enquête, apporte une contribution essentielle à une meilleure compréhension de la problématique de la maltraitance et des attentes relatives au respect de la dignité des personnes âgées en milieu d'hébergement. Ses rapports et recommandations publics participent nécessairement à un objectif d'amélioration des conditions de vie de ce groupe de la population captive au sein des centres d'hébergement et de contrer la maltraitance.

68. QUÉBEC, PROTECTEUR DU CITOYEN, *Rapport final : Intervention à la résidence Le 1313 Chomedey, résidence pour personnes âgées*, 29 octobre 2010.

69. QUÉBEC, PROTECTEUR DU CITOYEN, *Rapport final : Intervention au centre d'hébergement Champlain Marie-Victorin du Groupe Champlain Inc.*, 2 mai 2012.

70. *Ibid.*, p. 9 et s.

71. *Ibid.*, p. 11.

3.4 Les infractions criminelles à l'égard de la personne

Le ministère de la Sécurité publique s'intéresse à la problématique des abus envers les personnes âgées depuis plusieurs années. Interpellés sur la ligne de front, les services de police sont les témoins de situations tangibles parfois graves. Préoccupés par le sort fait aux aînés, ils ont tôt fait de mettre sur pied des programmes visant à diriger les personnes âgées abusées vers les ressources appropriées⁷².

Le ministère compile aussi des données relativement aux actes criminels posés envers les personnes âgées de 65 ans et plus⁷³. Les aînés sont moins nombreux parmi les victimes d'infractions que la population en général. Néanmoins, elles sont exposées à des situations d'abus comme toute personne. En 2010, le ministère a rapporté qu'environ 70 % des victimes aînées connaissent l'auteur présumé de l'infraction, que ce soit une simple connaissance ou une personne membre de la famille⁷⁴. De plus, les événements criminels avaient eu lieu dans une résidence privée dans environ 70 % des cas. Toujours selon les statistiques du ministère, les personnes âgées étaient plus souvent victimes de menaces et de harcèlement criminel – infractions qui peuvent être assimilées à de l'abus psychologique – que la population en général. Les statistiques policières montraient qu'en 2007, 7 % du total des fraudes – pouvant être assimilées à des abus financiers – enregistrées au Québec visaient les personnes âgées⁷⁵.

3.5 Les plaintes à la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse

En 1999, la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse lance une vaste consultation publique sur le

72. R. BOURDON, « Le programme d'aide aux victimes d'actes criminels du service de police de la CUM », dans *Vieillir sans violence*, *supra*, note 12, p. 277.

73. MINISTÈRE DE LA SÉCURITÉ PUBLIQUE, Bulletin d'information, *La criminalité envers les personnes âgées*, juin 2009, en ligne : <http://www.securitepublique.gouv.qc.ca/fileadmin/Documents/statistiques/prevention/criminalite_personnes_agees/criminalite_personnes_agees.pdf>.

74. MINISTÈRE DE LA SÉCURITÉ PUBLIQUE, Statistiques 2010, *Violence à l'endroit des aînés*, 9 p., à la p. 7, en ligne : <http://www.securitepublique.gouv.qc.ca/fileadmin/Documents/statistiques/prevention/violence_ages/violence_endroit_aines.pdf>.

75. Bulletin d'information, *La criminalité envers les personnes âgées*, *supra*, note 73, p. 12. Ces données doivent toutefois être pondérées puisqu'elles ne comprennent pas les plaintes des victimes de fraude à leur succursale bancaire.

thème de l'exploitation des personnes âgées. C'est l'Année internationale des personnes âgées proclamée par les Nations Unies. Cette consultation avait pour but, d'une part, de mieux connaître les diverses manifestations du phénomène de l'exploitation des personnes âgées et les difficultés à y mettre fin et, d'autre part, d'améliorer les moyens de prévention et les recours. La Commission a reçu 117 mémoires et entendu 57 témoignages.

Dans son rapport de consultation, publié en 2001, « L'exploitation des personnes âgées : vers un filet de protection resserré »⁷⁶, la Commission formule 48 recommandations, dont l'adoption d'un plan d'action gouvernemental en matière de vieillissement « visant à enrayer les abus faits aux personnes âgées », la sensibilisation et l'information par le biais d'une campagne visant les personnes âgées et leur entourage « portant sur l'exploitation et les abus, le caractère inacceptable de ces actes et les divers moyens qui existent pour y mettre fin », et l'élaboration de programmes de formation en gérontologie pour les intervenants des établissements de santé comprenant un « volet sur les aspects physiques, psychologiques et psychosociaux associés au vieillissement et à la perte d'autonomie, un volet sur les droits des usagers et un volet sur la prévention des comportements abusifs »⁷⁷.

Par ses recommandations, la Commission a démontré une sensibilité et une compréhension des graves atteintes qu'engendrent les abus à l'égard des droits des personnes âgées. Dans son rapport publié en 2001, elle sonne le glas et donne la direction à suivre au gouvernement pour que cesse la maltraitance à l'égard des aînés.

Du reste, la Commission a pour mission de veiller au respect des principes qui sont énoncés dans la *Charte des droits et libertés de la personne*⁷⁸. Elle doit s'assurer notamment du respect des droits énoncés à l'article 48 de la *Charte*, en vigueur depuis 1975⁷⁹. Elle reçoit donc plaintes et signalements de personnes qui veulent dénoncer une situation d'exploitation à l'égard d'une personne âgée et susceptible d'être abusée.

76. QUÉBEC, Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, *L'exploitation des personnes âgées : Vers un filet de protection resserré, Rapport de consultation et recommandations*, Québec, Octobre 2001, 194 p., en ligne : <http://www.cdpcj.qc.ca/publications/exploitation_age_rapport.pdf>.

77. *Ibid.*, p. 140, 144, 150 (recommandations 1, 6 et 15).

78. *Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ, c. C-12, art. 57.

79. Voir *infra*, section 4.1.

Ainsi, de 2008 à 2013, la Commission estime avoir traité un nombre total de **demandes reçues** et de **dossiers ouverts**, relativement à l'exploitation des personnes âgées, dans les proportions suivantes⁸⁰ :

- 2008-2009 : 78 / 47
- 2009-2010 : 90 / 52
- 2010-2011 : 119 / 59
- 2011-2012 : 175 / 94
- 2012-2013 : 209 / 90

L'augmentation significative du nombre de demandes reçues – de 90, en mars 2009, à 209, en mars 2013 – s'explique notamment par le fait qu'en 2010, la Commission s'est vue confier le mandat de mettre en place une équipe d'intervention spécialisée en matière de lutte contre l'exploitation des personnes âgées. Ce mandat a entraîné une hausse importante du nombre de demandes d'intervention de la Commission⁸¹.

Par ailleurs, entre 1998 et 2013, les plaintes reçues à la Commission relativement à l'exploitation des personnes âgées ont porté sur les droits économiques et sociaux, le motif principal étant les abus financiers. Suivant les rapports annuels, les plaintes pour **exploitation** représentent environ 80 % des dossiers de plaintes ouverts annuellement pour atteintes aux droits. Cette proportion diminue exceptionnellement à moins de 50 % pour l'année 2003-2004. De façon constante et non surprenante, près de la moitié des plaintes relatives à l'exploitation des personnes âgées proviennent de la région de Montréal, et environ 60 % des victimes présumées sont des femmes⁸². Les abus financiers constituent 95 % des types d'exploitation traités par la Commission.

80. Statistiques reçues de la Commission des droits de la personne relatives à l'exploitation des personnes âgées pour les années financières 2008 à 2012, du 1^{er} avril au 30 mars.

81. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, *Rapport d'activités et de gestion 2010-2011*, p. 55 : passant de 11, en 2007-2008, à 63, en 2010-2011.

82. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, *Rapport d'activités et de gestion 2012-2013*, p. 58 : ce nombre passant toutefois à 65 % en 2012-2013.

Pour l'année 2012-2013, l'équipe d'intervention spécialisée en matière de lutte contre l'exploitation des personnes âgées a recensé que, dans la très grande majorité des situations signalées, les abus sont commis par un particulier, soit un membre de la famille ou une connaissance⁸³.

Le délai moyen pour traiter une plainte relative à l'exploitation des personnes âgées est passé de 294 jours, pendant l'année financière 2010-2011⁸⁴, à 347 jours, pendant l'année 2012-2013⁸⁵.

Vu ce long délai, il faut souligner que la Commission peut agir dans les situations d'urgence. En effet, l'article 81 de la *Charte* énonce :

81. Lorsqu'elle a des raisons de croire que la vie, la santé ou la sécurité d'une personne visée par un cas de discrimination ou d'exploitation est menacée, ou qu'il y a risque de perte d'un élément de preuve ou de solution d'un tel cas, la Commission peut s'adresser à un tribunal en vue d'obtenir d'urgence une mesure propre à faire cesser cette menace ou ce risque.

La Commission peut donc saisir un tribunal pour **faire cesser une menace ou un risque à une personne âgée** incluant des mauvais traitements, de la violence, de la négligence, du chantage, etc. La Commission présente alors une requête pour l'obtention de mesures d'urgence et de mesures conservatoires. En ce sens, l'article 81 de la *Charte* constitue un outil efficace pour faire cesser une situation de maltraitance envers des personnes âgées.

Exceptionnellement, les tribunaux sont saisis d'une telle demande urgente de la Commission. Dans un cas répertorié d'abus financier, l'enquêteur de la Commission a constaté que la nièce de la personne âgée s'était approprié une somme d'au moins 152 000 \$ apparemment sans le consentement de la victime. L'argent avait été placé à son nom auprès d'une entreprise de placements. Constatant qu'en moins d'une année la mise en cause s'était approprié une somme de 80 000 \$ du compte de placements,

83. *Ibid.*, p. 58.

84. QUÉBEC, Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, *Rapport d'activités et de gestion 2010-2011*, p. 53.

85. QUÉBEC, Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, *Rapport d'activités et de gestion 2012-2013*, p. 60.

la Commission a demandé et obtenu l'émission d'une ordonnance en vertu de l'article 81 en cours d'enquête⁸⁶.

Dans une autre situation, une femme âgée de 81 ans avait été victime de violence physique et psychologique de la part de son fils⁸⁷. Les faits sont portés à la connaissance de la Commission en août 2008 et cette dernière commence son enquête. Le 17 décembre 2008, la Commission présente sa demande pour mesures d'urgence en vertu de l'article 81 de la *Charte*. Quelques jours plus tard, le Tribunal rend jugement et ordonne (1) au fils de cesser toute violence à l'endroit de sa mère, (2) au centre de santé et de services sociaux de prodiguer des soins à domicile à la victime, et (3) au service de police d'assurer la sécurité de cette dernière.

Dans un autre cas, la Commission a eu recours à l'article 81 afin de faire cesser une situation d'abus financier de la part du fils d'une femme âgée. Le Tribunal a rendu un jugement provisoire avant l'audition sur le fond un mois plus tard. Il a ainsi interdit au fils de « transiger de quelque manière que ce soit relativement aux comptes bancaires, placements et autres actifs de la victime »⁸⁸.

Voilà autant d'interventions légales et efficaces qui participent à l'objectif de contrer la maltraitance et l'exploitation des personnes âgées.

4. L'exploitation des personnes âgées au sens de la *Charte des droits et libertés de la personne*

4.1 La notion d'exploitation

L'article 48 de la *Charte des droits et libertés de la personne* consacre le droit de toute personne âgée d'être protégée contre toute forme d'exploitation :

48. Toute personne âgée ou toute personne handicapée a droit d'être protégée contre toute forme d'exploitation.

86. QUÉBEC, Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, *Rapport d'activités et de gestion 2004-2005*, p. 76-77.

87. *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse et D.R.*, 2008 QCTDP 33.

88. *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. A.B.*, 2009 QCTDP 21.

Telle personne a aussi droit à la protection et à la sécurité que doit lui apporter sa famille ou les personnes qui en tiennent lieu.

La protection spécifique conférée par l'article 48 de la *Charte* rejoint un objectif central : la mise en place d'une protection des personnes âgées qui se trouvent dans une situation de vulnérabilité potentielle engendrant un recours contre l'auteur de la violation de ses droits.

Dès 1983, la Commission suggérait que la notion d'exploitation de l'article 48 comporte trois conditions⁸⁹.

- 1) La **personne âgée** subit un **préjudice**.
- 2) Elle se trouve dans une situation de **dépendance**.
- 3) La personne mise en cause **met à profit** cette situation de dépendance et cause un préjudice à la personne âgée.

En 1994, le Tribunal des droits de la personne interprète pour la première fois cet article de la *Charte* dans une décision phare en matière d'exploitation à l'égard des personnes âgées. Le Tribunal énonce les trois éléments essentiels de la notion d'exploitation : (1) une mise à profit, (2) une position de force, (3) au détriment d'intérêts plus vulnérables⁹⁰.

L'affaire *Brzozowski* mettait en cause une société qui exploitait une résidence d'hébergement pour personnes âgées principalement originaires de l'Europe de l'Est. La société ne détenait pas de permis d'exploitation du ministère de la Santé et des Services sociaux. L'enquête de la Commission a révélé que les résidents étaient confinés à leur chambre, qu'ils avaient peur de parler, que l'alimentation était de mauvaise qualité et qu'ils étaient privés d'argent, privés de la faculté de gérer leur argent et qu'ils avaient signé une procuration en faveur des propriétaires de la résidence.

89. QUÉBEC, Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, « L'exploitation des personnes âgées ou handicapées », dans *Droits et libertés*, vol. 6, cahier n° 4, juin 1983, p. 35 ; Johanne WHITE, « La personne âgée et l'exercice de ses droits personnels », dans *Les personnes âgées et le droit*, Prix Charles-Coderre pour l'avancement du droit social, 1986, 1 à la p. 14 ; M. BILCOQ, « La Commission des droits de la personne », dans *Vieillir sans violence*, *supra*, note 12, p. 271.

90. *Québec (Commission des droits de la personne) c. Brzozowski*, 1994 CanLII 1792 (QC T.D.P.), p. 41.

Le Tribunal a conclu à l'exploitation après avoir constaté l'état de dépendance des résidents, la mise à profit par les propriétaires et leur position de force au détriment des intérêts des résidents plus vulnérables. Il a accordé des dommages non pécuniaires variant de 2 500 \$ à 15 000 \$ par résident, ainsi que des dommages exemplaires variant de 2 500 \$ à 5 000 \$ à chaque résident.

Dans l'affaire *Fiset*⁹¹, décision rendue en 1998, le Tribunal des droits de la personne a eu recours aux conditions de l'exploitation dans un contexte de milieu familial. Le neveu de la personne âgée de 78 ans, veuve et sans enfant, avait établi une relation d'aide et de confiance vis-à-vis celle-ci. Il avait profité de cette relation, ainsi que de la vulnérabilité, de la dépendance et de l'isolement de sa tante afin que celle-ci effectue des travaux de rénovation à sa maison dont il se savait héritier, et afin de soutirer toutes les économies de la victime⁹². Le Tribunal a conclu à l'exploitation, les trois conditions étant réunies, et ordonné le remboursement du prêt allégué de 20 500 \$ pour rénovations, ainsi que des dommages moraux exemplaires de 5 000 \$. Il a annulé le prêt qui avait été consenti par crainte de la personne âgée d'être abandonnée et de rester seule et sans aide.

Il est à propos de rappeler que l'article 48 de la *Charte* a une portée large qui a pour objet « toute forme d'exploitation » qui peut être d'ordre physique, psychologique, social, moral ou financier⁹³. Quant à l'expression « personne âgée », elle signifie simplement : « personne d'un âge plus avancé »⁹⁴. Il n'existe aucun seuil fixe. Ainsi, une personne âgée de 55 ans pourrait valablement invoquer l'article 48 de la Charte dans la mesure où elle satisfait les critères de la notion d'exploitation.

La notion d'exploitation a fait jurisprudence en particulier avec l'arrêt *Vallée* de la Cour d'appel, rendu en 2005. On se rappellera des faits : en 1998, monsieur Marchand (81 ans) fait connaissance avec madame Vallée (47 ans)⁹⁵. Alors qu'il a vécu modestement pendant toute sa vie, il se départit au cours de

91. *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Fiset*, 1998 CanLII 31 (QC T.D.P.).

92. *Ibid.*, par. 34.

93. *Commission des droits de la personne c. Brzozowski*, 1994 CanLII 1792 (QC T.D.P.).

94. *Ibid.*, p. 40.

95. *Vallée c. Québec (Commission des droits de la personne)*, 2005 QCCA 316, par. 6.

ses mois de fréquentation avec madame Vallée d'un capital de 118 000 \$ en plus de dépenser tous les revenus perçus pendant cette période et de s'endetter envers le fisc⁹⁶. Le Tribunal conclut que monsieur a été victime d'exploitation. La Cour d'appel précise l'aspect fondamental de la protection conférée par la *Charte* :

[l']article 48 est une **disposition de droit substantiel** qui confère à la personne âgée le **droit strict d'être protégée contre toute forme d'exploitation** et qui englobe, mais ne se limite pas aux droits conférés par le *Code civil*. Il englobe donc tant les droits énoncés au Code civil que ceux qui n'y sont pas prévus, dans la mesure où une personne âgée est victime d'exploitation.

[...] elle étend la protection aux personnes âgées victimes d'exploitation **sans égard à la validité de leur consentement** ou à l'existence d'un régime de protection et d'autre part, elle vise toute forme d'exploitation, et ne se limite donc pas au seul contrôle des actes juridiques et obligations contractées par les personnes âgées.⁹⁷ [notre emphase]

Aussi, la notion d'exploitation se rapproche de celle de la **lésion** « en réprouvant toute forme d'abus dont peuvent être victimes les personnes âgées, un abus qui peut se manifester par une disproportion, un déséquilibre important et injuste dans leurs rapports avec autrui »⁹⁸.

La vulnérabilité de la personne âgée est « le pivot de la dynamique de l'exploitation »⁹⁹. La vulnérabilité s'entend selon *Le Petit Robert* de ce « qui peut être facilement atteint, se défend mal ». Bien que les personnes âgées soient perçues comme étant susceptibles d'être vulnérables, elles ne le sont pas automatiquement. En effet, l'âge de la personne n'est qu'un facteur aggravant la vulnérabilité parmi d'autres, tels : les problèmes de santé physique ou psychique, les problèmes affectifs (liés à un deuil par exemple), l'isolement social, l'hébergement contre le gré de la personne¹⁰⁰, etc.

96. *Ibid.*, par. 9.

97. *Ibid.*, par. 23 et 24.

98. *Ibid.*, par. 41.

99. *L'exploitation des personnes âgées : Vers un filet de protection resserré*, *supra*, note 76, p. 8 et 9.

100. M.-A. DOWD, « L'exploitation des personnes âgées ou handicapées : Où tracer les limites de l'intervention de l'État ? », dans *Service de la formation permanente du Barreau du Québec*, vol. 182, *Pouvoirs publics et protection*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 62.

La **vulnérabilité** vise la personne elle-même alors que la **dépendance** vise la relation entre deux personnes. Une personne âgée peut être exploitée sans qu'il y ait une relation de dépendance avec l'abuseur. La décision *Hamel*¹⁰¹ en est une bonne illustration. Dans cette affaire, trois personnes âgées réclamaient des dommages du défendeur qui leur avait vendu à des prix très élevés des appareils destinés à pallier leur handicap physique. Le Tribunal a conclu à l'exploitation, la preuve révélant que le défendeur avait abusé de la vulnérabilité et de l'isolement des victimes. En l'espèce, il n'y avait aucun lien de dépendance entre le défendeur et chacune des personnes âgées. Le défendeur n'était qu'un commerçant vendant des fauteuils roulants et des appareils orthopédiques.

Plus généralement, un lien de dépendance sera présent. Ainsi, dans une situation rapportée, le Tribunal des droits de la personne a conclu à l'exploitation financière de la part d'une propriétaire d'une résidence à l'égard de résidents. Non seulement le Tribunal a ordonné réparation à hauteur de 13 000 \$, mais il a de plus ordonné la cessation de certaines pratiques et l'adoption de mesures de prévention dont celle de ne pas enfermer les résidents dans leur chambre et de respecter leur vie privée¹⁰².

Dans une autre affaire, suite à une enquête de sa propre initiative, la Commission a déposé des procédures pour exploitation contre la propriétaire d'une résidence pour personnes âgées. L'enquête avait révélé des comportements empreints de violence verbale, psychologique et physique à l'égard des personnes âgées vulnérables. La Commission réclamait 25 000 \$ pour chacune des victimes, le dossier s'est conclu par un règlement¹⁰³.

Dans une autre situation, suite à une enquête de sa propre initiative, la Commission a déposé des procédures contre les propriétaires d'une résidence pour exploitation financière d'une personne âgée, vulnérable en raison d'un syndrome démentiel. Une compensation d'environ 3 500 \$ a été versée à cette dernière¹⁰⁴.

101. *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Hamel*, 2003 CanLII 918 (QC T.D.P.).

102. QUÉBEC, Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, *Rapport d'activités et de gestion 2007-2008*, p. 131.

103. QUÉBEC, Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, *Rapport d'activités et de gestion 2008-2009*, p. 127.

104. *Ibid.*

Par ailleurs, dans une autre affaire, la Commission a conclu un règlement à l'amiable suite à une enquête menée de sa propre initiative dans un CSSS¹⁰⁵. L'enquête avait révélé que les personnes âgées dans quatre résidences relevant du CSSS de Beauce avaient été victimes d'abus physique et moral depuis 2004. Le règlement a conduit à un dédommagement versé aux représentants des résidents, ainsi qu'à la mise en œuvre de diverses mesures systémiques telles l'implantation d'une approche « milieu de vie » dans les centres d'hébergement, la mise en place d'une procédure de dépistage et de prévention des abus, le resserrement des critères d'embauche du personnel, l'amélioration de la formation du personnel, et l'adoption d'un règlement sur l'utilisation exceptionnelle des mesures de contrôle des résidents, permettant de réduire de manière significative le recours aux contentions.

Enfin, la Commission a agi comme médiateur dans une situation impliquant la mandataire d'une personne âgée qui se plaignait que le voisin de sa mère avait profité de la vulnérabilité de cette dernière pour lui soutirer de l'argent avant qu'elle ne soit nommée mandataire. Sa mère habitait seule. Elle était isolée géographiquement et bénéficiait de son voisin pour le déneigement et la pelouse. Toutefois, il avait encaissé un chèque fait à son ordre avec la mention « cadeau » au montant de 8 000 \$. Par entente, le voisin a remboursé le montant total à la victime¹⁰⁶.

4.2 Les condamnations civiles en vertu de l'article 48 de la Charte des droits et libertés

Des dizaines de jugements ont été rendus à ce jour suite à des poursuites fondées sur l'exploitation, en vertu des articles 48 et 49 de la *Charte des droits et libertés*. Suivant les jugements rapportés, entre 1985 et 2014, environ le tiers des recours ont été intentés par la Commission devant le Tribunal des droits de la personne. Dans ces décisions, l'article 48 de la *Charte* constituait le fondement du recours judiciaire.

Le droit à la protection de toute personne âgée contre l'exploitation est aussi invoqué dans le cadre d'autres recours

105. QUÉBEC, Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, *Rapport d'activités et de gestion 2007-2008*, p. 54-55.

106. QUÉBEC, Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, *Rapport d'activités et de gestion 2008-2009*, p. 47.

judiciaires : injonction pour faire cesser l'exploitation¹⁰⁷, annulation de donations¹⁰⁸, remboursement de prêts¹⁰⁹, résiliation de bail¹¹⁰, appropriation de fonds¹¹¹. Le Tribunal des droits de la personne a par ailleurs affirmé que l'article 48 de la *Charte* donne ouverture à l'annulation d'un testament, sans nécessité de procéder par inscription de faux¹¹².

Dans la majorité des décisions rendues par les tribunaux civils, et répertoriées depuis 1985, la personne qui abuse n'est **pas** un parent proche de la victime aînée. Il s'agira tantôt d'un exploitant d'une résidence¹¹³, tantôt d'un tuteur¹¹⁴, d'un locataire¹¹⁵, d'un locateur¹¹⁶, d'un comptable¹¹⁷, d'un médecin...

Dans une poursuite, une femme âgée de 86 ans demandait le remboursement de prêts totalisant 75 000 \$ qu'elle avait accordés à son médecin traitant¹¹⁸. La Cour supérieure, malgré l'absence d'expertise, a jugé que la santé de la demanderesse était entre les mains du médecin et qu'il avait abusé de sa vulnérabilité en plus de lui avoir fait de fausses représentations : le défendeur avait induit en erreur sa patiente en lui disant que la résidence pour personnes âgées accueillerait plusieurs personnes, sans la mettre au courant de ses propres difficultés financières¹¹⁹. Le défendeur n'a pas réussi à repousser la présomption d'intention frauduleuse

107. *Lévesque Canuel c. Canuel*, AZ-94021362 (C.S., 1994).

108. *Longtin c. Plouffe*, AZ-50102256 (C.S., 2001).

109. *Tremblay c. Gagné*, 2005 CanLII 31545 (QC C.S.); *Ampleman c. Lachance*, 2013 QCCQ 3137.

110. *Gourves c. Hector*, AZ-50421115 (R.L., 2006) ; *Boivin c. Savio*, 2010 QCRDL 3803.

111. *M.C. c. Service d'aide à domicile Bélanger inc.*, 2011 QCCS 4471 ; *Handman c. Reinblatt*, 2012 QCCS 6342.

112. *Commission des droits de la personne c. Bradette Gauthier*, 2010 QCTDP 10, par. 103.

113. *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Bilo-deau*, 2005 CanLII 45544 (QC T.D.P.) ; *Québec (Commission des droits de la personne) c. Bradette Gauthier*, 2010 QCTDP 10 ; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Courchesne*, 2013 QCTDP 24 ; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Richer (Résidence des Sources)*, 2008 QCTDP 4 ; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Payette*, 2006 QCTDP 14 (conciERGE à la résidence).

114. *Québec (Sous-ministre du Revenu) c. T.M.*, 2009 QCCS 861.

115. *Gourves c. Hector*, *supra*, note 110 ; *Boivin c. Savio*, *supra*, note 110.

116. *Chicheportiche c. Brûlé-Duval*, AZ-86031028 (C.Q., 1985) ; *Veilleux c. Roy*, AZ-87021254 (C.S., 1987).

117. *Handman c. Reinblatt*, *supra*, note 111.

118. *Tremblay c. Gagné*, 2005 Can LII 31545 (QC C.S.).

119. *Ibid.*, par. 63, 64, 72, 75 et 76.

devant le tribunal. Ce dernier invoque l'exploitation de l'article 48 et condamne le défendeur à 5 000 \$ de dommages moraux¹²⁰.

Dans une autre affaire, le Tribunal des droits a été saisi d'une plainte pour exploitation de la part du propriétaire d'une résidence pour personnes âgées¹²¹. Au moment des faits, le résident était âgé de 90 ans, en perte d'autonomie sévère, vulnérable et dans un état de dépendance physique, affective et psychologique à l'égard du défendeur. Il avait des troubles de mémoire et son jugement était altéré¹²². Le Tribunal conclut que le défendeur a utilisé la vulnérabilité et les pertes de mémoire de la victime afin de s'approprier des sommes auxquelles il n'a pas droit. Il accorde, en plus des dommages matériels, 5 000 \$ en dommages moraux et 3 000 \$ en dommages punitifs¹²³.

Enfin, dans un autre dossier, le sous-ministre du Revenu poursuivait le tuteur d'une personne âgée de 70 ans qui souffrait de la maladie de Parkinson, lui réclamant le remboursement de montants qu'il s'était appropriés indûment¹²⁴. La preuve a révélé que le tuteur soutirait de l'argent des comptes bancaires au nom de la personne âgée et qu'il s'était tiré des chèques d'un compte au nom de celle-ci. La Cour supérieure conclut à l'exploitation de la personne âgée, atteinte d'une maladie dégénérative et sous un régime de protection, et que le défendeur a utilisé sa position de force à titre de tuteur pour l'exploiter. En plus des sommes volées, la Cour accorde des dommages exemplaires à hauteur de 10 000 \$¹²⁵.

Par ailleurs, la décision suivante constitue aussi un exemple clair d'exploitation financière¹²⁶. La Commission des droits poursuivait le défendeur *Venne* pour atteinte au droit d'un homme âgé d'être protégé contre l'exploitation. La preuve a révélé que le défendeur avait conclu des transactions de placements à hauteur de 83 000 \$, qu'il avait fait émettre une carte de guichet pour accéder au compte bancaire de la victime, et ce, à son insu, et retiré

120. *Ibid.*, par. 84.

121. *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Bilo-deau*, 2005 CanLII 45544 (QC T.D.P.), par. 1.

122. *Ibid.*, par. 68.

123. *Ibid.*, par. 73, 79 à 83.

124. *Québec (Sous-ministre du Revenu)*, *supra*, note 114.

125. *Ibid.*, par. 109-110, 121.

126. *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Venne*, 2010 QCTDP 9.

5 500 \$ du compte de cette dernière¹²⁷. Or, selon le rapport de l'ergothérapeute, la victime était très vulnérable à la fraude en raison de son analphabétisme, de sa difficulté à se déplacer et de son isolement social¹²⁸. Le Tribunal a conclu à l'exploitation car les trois éléments essentiels étaient présents : (1) le défendeur avait retiré 5 500 \$ du compte de la victime, à son insu (mise à profit) ; (2) le défendeur était en position de force par rapport à la victime car étaient présentes les caractéristiques élaborées dans l'ODIVA (Outil de Dépistage et d'Intervention des Victimes Aînées) (position de force) ; (3) au détriment d'intérêts plus vulnérables¹²⁹. Le Tribunal accorde en conséquence 5 500 \$ en dommages matériels, 5 000 \$ en dommages moraux et 2 000 \$ en dommages punitifs¹³⁰.

Une autre décision est digne de mention. La mandataire d'une personne âgée de 69 ans, veuve et vivant seule, intente un recours contre l'entreprise de services à domicile, qu'elle a engagée pour répondre aux besoins de sa mère¹³¹. Cette dernière avait des pertes de mémoire et avait besoin de surveillance permanente selon les rapports d'expertise¹³². La Cour supérieure conclut à l'exploitation en ce que (1) la défenderesse s'était approprié des fonds avec des chèques falsifiés (mise à profit), (2) elle prenait soin d'une personne qui devait accepter la présence d'une aide si elle voulait continuer de vivre chez elle, vu sa perte d'autonomie et de jugement (position de force) et (3) elle ne prenait pas soin de la victime qui était dépendante de son bon vouloir (préjudice)¹³³. La Cour conclut qu'il y a atteinte au droit strict d'être protégée contre toute forme d'exploitation et accorde 12 000 \$ en dommages moraux, 50 000 \$ en dommages punitifs et 2 486,24 \$ à titre de remboursement de fonds¹³⁴.

Par ailleurs, la Cour du Québec a conclu à l'exploitation d'une personne âgée par sa coiffeuse¹³⁵. Cette dernière avait une relation de confiance avec la victime et elle en avait profité pour percevoir des montants excédant ses services de coiffure. Le tribu-

127. *Ibid.*, par. 54, 60 et 61.

128. *Ibid.*, par. 100.

129. *Ibid.*, par. 130, 131, 133-138, 141-142.

130. *Ibid.*, par. 151, 160, 167.

131. *M.C. c. Service d'aide à domicile Bélanger inc.*, 2011 QCCS 4471.

132. *Ibid.*, par. 8.

133. *Ibid.*, par. 47, 50.

134. *Ibid.*, par. 53, 61 et 63.

135. *Dion Bourdages (Succession de) c. Ouellet*, 2012 QCCQ 7245.

nal a accordé des dommages moraux (500 \$) à la succession de la victime¹³⁶.

Finalement, un comptable a été jugé responsable du détournement de fonds d'une personne, veuve et âgée, qui lui avait confié ses placements¹³⁷. La preuve a révélé que le comptable n'avait pas fait de placements sûrs avec l'argent de la victime. Le tribunal a conclu à l'exploitation et accordé 10 000 \$ en dommages moraux et 15 000 \$ en dommages punitifs¹³⁸.

La position de force et la mise à profit ressortent nettement de ces décisions concluant à l'exploitation.

Plus rares sont les décisions rapportées dans lesquelles de proches parents ont été condamnés pour exploitation d'une personne âgée, fondée sur l'article 48 de la Charte¹³⁹.

L'affaire *Gagné* constitue une illustration de l'exploitation économique que peut subir une personne âgée en milieu familial¹⁴⁰. Un homme âgé décide en 1996 d'habiter en permanence chez son fils et son épouse. L'enquête de la Commission révèle qu'il est devenu fragile, vulnérable, dépendant et influençable après le décès de son épouse et d'un autre fils¹⁴¹. Son fils l'incite à vendre sa maison sans en parler à ses autres enfants et à lui transférer la somme résultant de la vente de la maison¹⁴². La situation financière du père se détériore pendant son séjour chez son fils. Il fait aussi l'objet d'infantilisation de la part de l'épouse de ce dernier, portant ainsi atteinte à sa dignité¹⁴³. Le Tribunal conclut à l'exploitation et accorde ainsi 52 000 \$ en dommages matériels et 5 000 \$ en dommages moraux¹⁴⁴.

Dans une autre décision rapportée, un neveu poursuit pour vices cachés sa tante suite à l'achat de sa propriété¹⁴⁵. Celle-ci

136. *Ibid.*, par. 60.

137. *Handman c. Reinblatt*, *supra*, note 111.

138. *Ibid.*, par. 69-70.

139. *Lévesque Canuel c. Canuel*, *supra*, note 107 ; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Fiset*, *supra*, note 91 ; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Gagné*, 2002 CanLII 6887 (QC T.D.P.).

140. *Gagné*, *ibid.*

141. *Ibid.*, par. 109.

142. *Ibid.*, par. 110-111.

143. *Ibid.*, par. 117 et 122.

144. *Ibid.*, par. 139.

145. *Deschênes c. Limoges*, 2013 QCCQ 6429.

répond par une demande reconventionnelle et réclame le double de la réclamation au motif d'exploitation. La Cour analyse la situation et constate que plusieurs facteurs rendent la personne âgée plus susceptible d'être victime d'exploitation : isolement, insécurité, problème de santé, surdité, faible scolarité¹⁴⁶. La formation, les expériences de travail, la compréhension de la transaction de la personne à qui l'on reproche l'exploitation sont des éléments à considérer¹⁴⁷. En l'espèce, le neveu savait que les conditions d'acquisition de la propriété de sa tante étaient financièrement très avantageuses pour lui. Pour la Cour, l'article 48 comporte pour le notaire une vérification qui va au-delà de la simple vérification du consentement de la personne âgée. Elle conclut que la vente était à l'avantage exclusif du neveu, qu'il y a déséquilibre et exploitation de la personne âgée¹⁴⁸. La Cour accorde 34 000 \$ pour dommages matériels, 5 000 \$ pour dommages moraux et 2 500 \$ pour dommages punitifs¹⁴⁹.

Ces décisions révèlent l'importance accordée par les tribunaux civils dans les cas d'abus où la qualification des faits exige un exercice attentif avant de conclure à l'exploitation. Le montant de l'indemnisation demeure souvent symbolique. Rares sont les victimes d'exploitation, de la part d'un tiers ou d'un membre de la famille, qui intentent un recours devant un tribunal civil. La Commission des droits joue ici un rôle primordial d'enquête et du dépôt de la poursuite consécutive. Les recours relativement à des situations d'exploitation envers des aînés en matière de logement semblent plus fréquents.

5. Les recours des personnes aînées contre les abus en matière de logement

Le domicile de toute personne constitue un endroit privilégié. Le droit au maintien du logement et le respect du domicile, conférés par le *Code civil* et la *Charte*, témoignent de l'importance que notre société québécoise accorde au domicile d'une personne : *la demeure est inviolable*¹⁵⁰. D'aucuns considèrent que, pour la personne âgée, rester à domicile constitue un atout dans un contexte de vieillissement. « Rester dans ses choses », pour

146. *Ibid.*, par. 103 à 106.

147. *Ibid.*, par. 109.

148. *Ibid.*, par. 117, 127 et 131.

149. *Ibid.*, par. 135, 138 et 152.

150. *Charte des droits et libertés de la personne*, art. 7.

reprendre une expression courante, permet une quiétude qui participe à sauvegarder l'autonomie, à respecter les choix et à privilégier la dignité de la personne en priorité¹⁵¹.

Les abus à l'égard des aînés en matière de logement existent et sont encore mal connus¹⁵². Tout aussi déplorable que le rudoieusement ou l'infantilisation d'une personne âgée par un enfant ou par un intervenant, l'augmentation abusive du prix du loyer voire l'immixtion de clauses illégales, constituent un mauvais traitement à l'égard des personnes âgées et locataires. Il se trouve que la menace d'abus à l'égard des aînés est si grande qu'un projet de loi a été déposé en juin 2014 pour protéger les aînés-locataires¹⁵³.

Des décisions importantes ont reconnu les droits des aînés en matière de maintien du logement. Elles s'inscrivent dans un contexte de respect de la dignité, de la sécurité et du respect de la santé des personnes âgées. Cette jurisprudence s'étoffe depuis 20 ans.

Dans une affaire qui remonte à 1985, la Cour du Québec a accueilli la réclamation de la locataire âgée qui demandait des dommages pour harcèlement par les locateurs qui cherchaient à l'amener à quitter son logement. Ces derniers avaient fait des travaux sans avis préalable. Ils avaient aussi mis en vente l'immeuble de manière répétitive ce qui avait entraîné des procédures inutiles. Le tribunal a conclu qu'il y avait exploitation et ordonné le versement de dommages exemplaires à hauteur de 1 500 \$¹⁵⁴.

La Régie du logement condamne d'ailleurs le locateur qui tente par tous les moyens d'obtenir le départ de locataires âgés. Ainsi, le tribunal a refusé la demande de **résiliation du bail** du locateur qui réclamait un recouvrement de loyer de 510 \$ repré-

151. M. ASSELIN-VAILLANCOURT, « L'acheminement des plaintes, l'exercice des droits et le règlement des conflits », dans *Vieillir sans violence*, *supra*, note 12, 283 aux p. 288-290.

152. M.A. GRÉGOIRE et S. GRATTON, « La légalité des baux de résidences privées pour personnes âgées : étude réflexive sur l'effectivité des droits dans un contexte de vieillissement de la population », (2011) 70 *Revue du Barreau* 473.

153. F. DAVID, « Il faut protéger les personnes âgées », Montréal, *Le Devoir*, 30 mai 2014, p. A9 ; Le projet de loi 190 pour protéger les aînés – locataires obligerait les propriétaires désirant évincer de son logement une personne âgée dont la situation financière ou l'état de santé est précaire, pour agrandissement ou reprise de possession à lui offrir un logement équivalent : <<http://www.quebecsolidaire.net/projet-de-loi-190-pour-protéger-les-aînés-es-locataires-le-gouvernement-appelle-le-projet-de-loi-de-francoise-david/>>.

154. *Chicheportiche c. Brûlé-Duval*, AZ-86031028 (C.Q., 1985), p. 11-12.

sentant des frais de stationnement intérieur que le locataire, une personne âgée, croyait être inclus dans son loyer. Le régisseur écrit :

Par ailleurs, le tribunal constate que le fait de demander la résiliation du bail d'un locataire âgé de 79 ans, pour une simple histoire de stationnement d'une valeur de 30 \$ par mois n'est pas un fait sans importance, étant donné les lourdes conséquences financières et humaines qui découlent d'une résiliation de bail. L'article 7 du *Code civil du Québec* stipule très clairement :

7. Aucun droit ne peut être exercé en vue de nuire à autrui ou d'une manière excessive et déraisonnable, allant ainsi à l'encontre des exigences de la bonne foi.

Il faut donc conserver un équilibre entre les recours utilisés pour faire valoir « ses droits ». Il est évident que cela n'est pas le cas lorsqu'on demande la résiliation du bail d'une personne âgée de 79 ans lorsqu'une modeste somme de 510 \$ est en litige et que cette réclamation est contestée avec des motifs sérieux par cette personne âgée.¹⁵⁵

Le tribunal invoque l'article 48 de la *Charte*, rejette la demande du locateur et le condamne à des dommages de 300 \$.

La Régie du logement a aussi fait échec à la demande de résiliation du bail de la locatrice qui tentait par tous les moyens d'obtenir le départ des locataires âgés, au motif que les enfants qui se rendent chez les locataires sont très bruyants, que « les locataires sont toujours réticents aux changements demandés », et qu'ils « gardent beaucoup d'objets personnels chez eux », le locateur ayant pris des photos :

En effet, la partie-locataire a clairement démontré que la locataire et son conjoint ont une attitude répréhensible et harcelante à son égard. Les locataires qui sont des personnes âgées qui sont donc à cause de cela plus fragiles, d'où la protection particulière prévue à la Charte des droits et libertés de la personne. Il est évident que la partie-locataire tente d'obtenir le départ des locataires par tous les moyens et qu'en agissant ainsi, elle prive ces derniers sérieusement de leur jouissance des lieux.

[...]

155. *Borgia c. Ferland*, dossier n° 18-080924-022G, M^e Jacques Cloutier, 10 décembre 2009.

Le tribunal conclut donc que le témoignage de M^{me} Suzie Dallaire a été très convaincant et tout à fait crédible. En particulier, lorsque cette dernière a déclaré qu'elle était heureuse et reconnaissante à l'égard de ses parents âgés qui ont eu la générosité de la recevoir à leur domicile lorsqu'elle était à Québec avec sa famille, puisqu'elle habite en Gaspésie. Cette dernière a déclaré qu'elle était heureuse que ses enfants puissent alors avoir l'occasion de côtoyer leurs grands-parents puisqu'ils n'auront plus souvent la chance de les voir à cause de l'éloignement.

Le tribunal constate donc que les locataires ont démontré clairement que la demande de la locataire est mal fondée en faits et en droit et qu'elle semble plutôt constituer un abus de droit.¹⁵⁶

La Régie n'a pas hésité à invoquer la protection contre l'exploitation envers une locatrice âgée lorsque saisie d'une demande abusive de remboursement de frais par la locataire¹⁵⁷ :

Après avoir pris connaissance des prétentions des deux parties et après avoir étudié la preuve offerte le tribunal se questionne non seulement quant à la crédibilité de la locataire, mais en plus, il s'interroge quant à ses véritables intentions à l'égard de la locataire qui est une personne âgée.

[...]

Le tribunal a évidemment constaté, lors de l'audience, que la locataire est une personne âgée et fragile qui semble avoir certaines difficultés cognitives. La locataire a-t-elle tenté de profiter de cette situation ?

Aussi, la Régie a accueilli la demande de résiliation du bail et d'éviction du locateur âgé, au motif de retards dans le paiement des loyers, de mauvais entretien du logement, de très mauvaises relations et des plaintes non fondées du locataire. Ce dernier se plaignait de « bruits de pas ». La conjointe du locateur est handicapée, doit se déplacer en fauteuil roulant et recevoir des soins à domicile¹⁵⁸. Invoquant l'article 48 de la *Charte*, le tribunal écrit : « La conjointe du locateur a donc le droit de recevoir des soins chez elle et le locataire n'a pas à s'en plaindre. Le Législateur a accordé

156. *Lamer c. Dallaire*, dossier n° 18-090227-083G, M^e Jacques Cloutier, 5 octobre 2009.

157. *Bernier c. Michenko*, dossier n° 18-070222-022G, M^e Jacques Cloutier, 22 juin 2009.

158. *Boivin c. Savio*, 2010 QCRDL 3803.

une protection particulière aux personnes âgées et aux personnes handicapées ; ce fait est important en la présente instance »¹⁵⁹.

Par ailleurs, un locateur a été débouté de sa réclamation, la mandataire d'un locataire âgé lui opposant l'annulation du bail dans une résidence pour personnes âgées, pour cause d'exploitation d'une personne âgée et locataire. Ce dernier avait quitté la résidence après avoir découvert qu'une somme de 3 705 \$, en surplus du loyer, avait été « prêtée » au locateur. Cet emprunt avait fait l'objet d'une déclaration écrite par le locateur et signée par le locataire, sans son consentement libre et éclairé. Le tribunal a considéré que le fait d'emprunter une somme importante en plusieurs versements d'un locataire malade et âgé, à l'insu de sa famille, constitue une forme d'exploitation au sens de l'article 48 de la *Charte*¹⁶⁰. La Régie a rejeté la demande principale du locateur et l'a condamné aux frais.

Cet exemple d'exploitation mis au jour par la mandataire, représentante légale du locataire âgé, n'est pas un cas isolé.

Dans une autre affaire, la locataire était liquidatrice de la succession de sa mère et de son père, qui étaient pensionnaires de la résidence du locateur¹⁶¹. Elle réclamait du locateur deux sommes.

La locataire demande d'abord un remboursement de 1 000 \$, qui représente une partie d'une somme de 1 500 \$, versée en surplus du premier mois de loyer. Nommée « derniers moments », la somme de 1 500 \$ est conservée par le locateur lorsque le pensionnaire décède pendant son séjour dans la résidence. Selon les renseignements fournis, il s'agit de prévoir les frais et soins supplémentaires pour l'accompagnement à la mort de la personne visée. [...]

Ce dépôt est illégal et la locataire a le droit d'en réclamer le remboursement intégral. Toutefois, comme la locataire réclame uniquement 1 000 \$ à ce poste, c'est la somme qui lui est accordée par le tribunal.

159. *Ibid.*, par. 10 et 11.

160. *Bilodeau c. Davidson*, dossier n° 13-030319-004G, M^e Pierre Thérien, 20 octobre 2004.

161. *Dumoulin, ès qualité liquidatrice de la succession de Simone Dumoulin c. Caillé*, dossier n° 22-040830-010P, M^e Pierre C. Gagnon, 22 juin 2009 ; *Dumoulin, ès qualité liquidatrice de la succession de Rosario Dumoulin c. Caillé*, dossier n° 22-061113-007G, M^e Pierre C. Gagnon, 22 juillet 2009.

La locataire réclamait également une somme de 1 380 \$, alléguant que le locateur avait détourné à son avantage le « **crédit d'impôt pour le maintien à domicile d'une personne âgée** », une subvention versée par le gouvernement du Québec lorsque certains services sont fournis à une personne âgée.

Le tribunal conclut à l'exploitation et attribue des dommages-intérêts en vertu de l'article 49 de la *Charte*.

L'ensemble de la preuve convainc le soussigné que le locateur a pris avantage de la santé précaire et de l'âge avancé de la mère de la locataire pour lui soutirer l'avantage fiscal auquel elle avait droit. C'est un cas caractérisé d'exploitation. Qui plus est, il reconnaît candidement à l'audience qu'il procède de la même façon avec les vingt pensionnaires de son établissement.¹⁶²

Ainsi, la vigilance des représentants légaux a permis de mettre en lumière des situations d'exploitation d'aînés locataires qui ne sont certainement pas des cas isolés.

Enfin, dans un contexte de maintien à domicile des personnes âgées, il faut souligner une décision de la Régie portant sur l'inclusion dans le loyer de **frais de distribution de médicaments**. Dans cette affaire, la locataire, âgée et fragile, avait été menacée de ne plus recevoir ses médicaments et de devoir quitter son logement si elle refusait de payer 75 \$ par mois pour cette distribution. La locataire était assistée par sa fille¹⁶³. La preuve a révélé que (1) le service de distribution de médicaments était inclus dans le bail de la locataire depuis le début, que (2) le locateur a tenté d'intimider la locataire en la menaçant de cesser le service de distribution de médicaments et de mettre fin à son bail, et (3) qu'il avait déposé une procédure excessive devant la Régie du logement en accusant la locataire d'avoir falsifié leur contrat¹⁶⁴.

Le tribunal conclut à l'exploitation de la locataire, une personne âgée, qui fait l'objet d'un régime de protection, et à l'abus de droit : « le locateur savait fort bien qu'il était dangereux de cesser de distribuer à la locataire les médicaments dont elle a absolu-

162. *Ibid.*

163. *E.P. c. 9254-7348 Québec inc.*, 2014 QCRDL 5467, M^e Jacques Cloutier, 12 février 2014.

164. *Ibid.*, par. 47 et 48.

ment besoin. Malgré cela, le locateur a menacé la locataire et sa fille de le faire. »¹⁶⁵. Le tribunal écrit :

La bonne foi quant à l'exercice des droits du locateur et la gestion d'une résidence pour personnes âgées ne se résument certainement pas à faire une simple gestion financière saine. Le Législateur a prévu une protection particulière pour les personnes âgées, dans la *Charte des droits et libertés de la personne*, ce qui correspond aux valeurs sociales propres à notre société. Le locateur devait agir en conséquence avec ces valeurs, lors de l'exercice de ses droits.¹⁶⁶

En conclusion, le tribunal accorde à la locataire 2 000 \$ en dommages moraux, 3 000 \$ en dommages punitifs, et 300 \$ pour les frais de distribution de médicaments¹⁶⁷.

Enfin, une décision phare a été rendue en 2005 par la Cour du Québec, portant sur la **reprise du logement** dans le contexte de faits en lien avec le maintien à domicile d'une personne âgée. Cette décision reconnaît l'existence des besoins spécifiques des personnes âgées au maintien du domicile et confirme leur droit à la protection et à la sécurité en matière de logement. Les faits à l'origine de ce litige méritent d'être soulignés.

La locatrice, Hana Gubner, âgée de 87 ans au moment des événements, demandait la reprise du logement du locataire pour y loger les aides à domicile dont elle avait besoin¹⁶⁸. La Régie du logement a refusé sa demande sur la base de l'article 1957 du *Code civil* qui énonce que la reprise d'un logement est permise pour y loger les seules personnes suivantes : le locateur lui-même, ses ascendants ou descendants au premier degré, tout autre parent ou allié dont il est le principal soutien, un conjoint dont le locateur demeure le principal soutien après une séparation ou un divorce. La demanderesse porte alors en appel la décision de la Régie. La Cour du Québec accueille l'appel et met de côté l'interprétation stricte et littérale de l'article 1957. Le tribunal d'appel donne une interprétation large de cet article, en harmonie avec l'article 48 de la *Charte* et avec l'interprétation alors récente de la Cour d'appel dans l'arrêt *Vallée*, en 2005¹⁶⁹, le tout dans un contexte contemporain :

165. *Ibid.*, par. 52.

166. *Ibid.*, par. 62.

167. *Ibid.*, par. 67, 69 et 70.

168. *Gubner c. Dahan*, 2005 Can LII 48946 (QC C.Q.), l'honorable Jean-F. Keable, J.C.Q., par. 6.

169. *Supra*, note 95.

[47] Dans le cas particulier sous étude et en se basant sur la disposition préliminaire du Code civil, de même que sur l'article 48 de la *Charte des droits et libertés de la personne* (la Charte), le Tribunal entend donner une interprétation large à l'article 1957 du Code civil, favorisant « **une approche évolutive et dynamique** ».

[...]

[52] Sur la seule base des objets de l'article 1957 du Code civil, le Tribunal retient que la locataire-propriétaire sans entité familiale est justifiée de jouir de sa propriété en profitant de l'aide requise selon son état de santé même si cela entraîne le départ du locataire : il y va de sa protection et de sa sécurité. Autrement, il faudrait accepter que le législateur a opté pour les situations absurdes décrites aux paragraphes 41 à 45 de ce jugement.¹⁷⁰ [notre emphase]

Pour faire droit à la reprise du logement, la Cour invoque le deuxième alinéa de l'article 48 de la *Charte* : « Telle personne a aussi droit à la protection et à la sécurité que doivent lui apporter sa famille ou les personnes qui en tiennent lieu ». Elle étend la notion de « famille » aux « aides familiaux » :

[57] À titre de personne âgée protégée par la Charte, Hana Gubner a droit à la « protection de la famille » dont parle l'article 48, 2^e alinéa de la Charte. En l'absence de membres de sa famille résidant à Montréal, elle doit recevoir la protection et la sécurité garanties par les aides recherchées puisque seules ces personnes peuvent tenir lieu de « famille ».

[58] En définitive, l'article 48 alinéa 2 de la Charte renferme des droits autonomes et distincts. Ces droits s'ajoutent aux conditions de reprises habituelles des articles 1957 et 1963 du Code civil. L'article 48 alinéa 2 de la Charte suffit à lui seul pour stériliser le droit du locataire au maintien dans les lieux. L'article 48 alinéa 2 de la Charte constitue un des cas prévus par la loi qui justifie l'éviction du locataire selon l'article 1936 du Code civil :

1936. Tout locataire a un droit personnel au maintien dans les lieux ; il ne peut être évincé du logement loué que dans les cas prévus par la loi.

[59] En conclusion, que ce soit par l'interprétation large de l'article 1957 du Code civil ou par l'effet de l'article 48 alinéa 2 de la Charte, Hana Gubner a droit de reprendre le logement de son locataire du

170. *Gubner c. Dahan*, *supra*, note 168, par. 47 et 52.

4317 rue Van Horne pour y loger des aides nécessaires à sa protection et à sa sécurité.

[60] Ainsi, l'article 1957 du Code civil s'harmonise avec l'article 48 de la Charte. Hana Gubner a donc **droit à la protection et à la sécurité que doivent lui apporter les personnes qui lui tiennent lieu de « famille »**, c'est-à-dire des aides ou des infirmières ou autres préposés qu'elle choisira.¹⁷¹ [notre emphase]

À n'en pas douter, ce jugement a une portée significative pour les droits des personnes âgées. Il reconnaît la spécificité de ce groupe de personnes. Il vise la personne âgée, tant locataire ou locatrice, à qui le législateur a reconnu un droit fondamental à la protection et à la sécurité. Il constitue une avancée tangible en matière de reconnaissance des droits des aînés au maintien de leur domicile.

À plusieurs occasions, la Régie du logement a repris les principes élaborés dans le jugement *Gubner*. Ainsi, elle a accueilli la demande de reprise de logement pour qu'une personne âgée puisse y loger son petit-fils afin qu'il prenne soin d'elle¹⁷². Elle a également donné droit à des locateurs de reprendre un logement afin d'y loger leurs parents âgés¹⁷³.

Dans le contexte de la présente décision, le tribunal estime qu'il entend autoriser le droit à la reprise du logement à la mère de la copropriétaire. Cette dernière a la difficulté à entendre et a besoin des soins que peut lui procurer sa famille.

À l'audience, la mère de la locatrice a reconnu avoir besoin d'aide pour les travaux ménagers et l'aide de sa famille lui apportera tout le soutien nécessaire.

En lui permettant de vivre dans son logement, le tribunal lui permettra de profiter de l'aide requise par son état de santé. Le tribunal adopte ainsi le raisonnement adopté par la Cour du Québec dans l'affaire *Gubner* qui vise à prendre en considération la protection des personnes âgées et favorise une interprétation large de l'article 48 de la *Charte québécoise des droits et libertés*.¹⁷⁴

171. *Ibid.*, par. 57-60.

172. *Cancilla c. Mathieu*, dossier n° 31-100114-067G, M^e Éric Luc Moffatt, 31 mars 2010.

173. *Mailhot c. Banas*, dossier n° 37-060109-025G, M^e Anne Morin, 27 mars 2006 ; *Gavazzi c. Odenwald*, dossier n° 22-070220-001G, M^e Pierre C. Gagnon, 3 avril 2007.

174. *Mailhot c. Banas*, *ibid.*

En matière de logement, force est de reconnaître que l'abus et la maltraitance des aînés se vit au quotidien, que ce soit au moment de la conclusion ou au cours du bail. Heureusement, lorsque saisis de situations qui s'apparentent à de l'exploitation, les tribunaux n'hésitent pas à s'adapter et à répondre aux besoins spécifiques des personnes âgées, qu'elles soient locatrices ou locataires. Ils se montrent soucieux de leur situation et adoptent une attitude dynamique qui milite en faveur du respect des droits des aînés.

6. Les plaintes au sein des réseaux de santé

6.1 *Le processus de plainte et le dépôt des rapports*

La *Loi sur les services de santé et les services sociaux* prévoit que les usagers des réseaux de santé peuvent déposer des plaintes au commissaire local et régional aux plaintes et à la qualité des services¹⁷⁵. Ainsi, une personne âgée qui se croit victime de maltraitance, ou son représentant légal, peut déposer une plainte, écrite ou verbale, au commissaire aux plaintes. Alors que les commissaires *locaux* traitent les plaintes provenant des usagers des établissements de santé, les commissaires *régionaux* traitent celles provenant des personnes hébergées dans les résidences privées pour aînés¹⁷⁶. Vu la complexité du réseau de la santé, il est utile d'apporter un éclairage sur les établissements et les résidences privées pour aînés, ainsi que sur les compétences des commissaires locaux et régionaux.

Au sens de la LSSSS, un établissement, qu'il soit public ou privé, est une personne ou une société exerçant des activités propres à un ou à plusieurs des centres suivants : centres locaux de services communautaires (CLSC), centres hospitaliers (CH), centres de protection de l'enfance et de la jeunesse (CPEJ), centres d'hébergement et de soins de longue durée (CHSLD) et centres de réadaptation (CR)¹⁷⁷. On compte 18 agences de la santé et des services sociaux (ASSS), qui regroupent 268 établissements¹⁷⁸. En termes pratiques, un établissement est souvent un centre de

175. LSSSS, art. 30.

176. LSSSS, art. 60.

177. LSSSS, art. 79, 94 et 97.

178. QUÉBEC, Ministère de la santé et des services sociaux, *Établissements : entités légales*, en ligne : <<http://wpp01.msss.gouv.qc.ca/appl/M02/M02ListeEtab.asp?Etab=Region>>.

santé et de services sociaux (CSSS) ayant plusieurs missions, mais il peut également être exclusivement un CHSLD, un CLSC, etc. Ainsi, chaque établissement est doté d'un commissaire local aux plaintes. Ce commissaire local relève du conseil d'administration de l'établissement et reçoit les plaintes des usagers de cet établissement.

Par ailleurs, la LSSSS définit une **résidence privée pour aînés** comme un immeuble occupé principalement par des personnes âgées de 65 ans et plus, et où l'exploitant de la résidence offre la location de chambres ou de logements, les services de repas, d'assistance personnelle, les soins infirmiers, les services d'aide domestique, de sécurité ou de loisirs¹⁷⁹. En juin 2013, plus de 2 000 résidences privées pour aînés étaient desservies par les territoires des ASSS¹⁸⁰. Chaque ASSS compte un commissaire régional. Ce commissaire régional relève du conseil d'administration de cette ASSS et reçoit notamment les plaintes des résidents des résidences privées pour aînés.

Bien que les commissaires locaux et régionaux traitent les plaintes de différents groupes d'usagers, ils exercent les mêmes fonctions. Ainsi, autant les commissaires locaux que les commissaires régionaux appliquent une procédure d'examen des plaintes, examinent les plaintes qu'ils reçoivent, formulent des conclusions et des recommandations suite à l'examen des plaintes, réfèrent des plaintes au Protecteur du citoyen, interviennent de leur propre initiative s'ils ont des motifs raisonnables de croire que les droits d'un usager ne sont pas respectés¹⁸¹, souvent suite aux signalements qu'ils reçoivent.

Puisque les commissaires locaux sont tenus de fournir un bilan annuel de leurs activités au conseil d'administration de leur établissement et que les commissaires régionaux sont tenus à la même obligation envers le conseil d'administration de leur ASSS¹⁸², nous avons formulé des demandes d'accès à l'information¹⁸³ afin d'obtenir des renseignements sur les plaintes et en faire une analyse. Nous avons constaté que les rapports des com-

179. LSSSS, art. 346.0.1, al. 2.

180. Québec, Ministère de la santé et des services sociaux, *Résidences privées pour aînés : nombre d'unités locatives par région*, 2014, en ligne : <<http://wpp01.msss.gouv.qc.ca/appl/K10/statistiques/K10Tableau1.asp?tableau=1>>.

181. LSSSS, art. 33 et 66.

182. *Ibid.*

183. Les rapports des commissaires ne sont pas toujours publiés ou disponibles en ligne.

missaires locaux ne fournissent pas de données sur l'âge des plaignants. Ceci a réduit notre champ d'analyse sur les personnes âgées dans les réseaux de la santé. Par conséquent, nous avons limité notre analyse aux plaintes déposées dans les établissements hébergeant exclusivement les personnes âgées. Par ailleurs, le problème ne se pose pas quant aux plaintes traitées par les commissaires régionaux puisqu'elles ont nécessairement pour objet les aînés dans les résidences privées.

6.2 Les rapports des commissaires locaux et régionaux des établissements

L'analyse des rapports des commissaires locaux et régionaux nous permet de formuler les commentaires suivants. Tout d'abord, il est rare que les commissaires locaux et régionaux recourent à la notion d'« abus » lorsqu'ils qualifient une plainte. Plus précisément, les rapports des commissaires aux plaintes divisent généralement les plaintes et interventions en six catégories : (1) les *Soins et services dispensés* qui portent sur l'application de connaissances, le savoir-faire et les normes de pratique appropriées à la situation de l'utilisateur ; (2) l'*Accessibilité* qui vise à identifier les problèmes structurels reliés à l'accessibilité et à la continuité des services ; (3) l'*Organisation du milieu et des ressources matérielles* qui réfère à l'environnement matériel et physique qui influe sur la qualité des services ; (4) les *Droits particuliers* qui a pour objet l'obligation d'informer les usagers de leurs droits et obligations, le consentement aux soins, etc. ; (5) l'*Aspect financier* qui constitue la contribution financière des usagers pour certains services ; et (6) les *Relations interpersonnelles* qui réfère au savoir-être des professionnels et intervenants.

Cette dernière catégorie fait référence à « une relation d'aide, assistance et soutien, conforme au code d'éthique du milieu, en respect de la dignité, des valeurs, des droits et liberté, des attentes et des aspirations légitimes de l'utilisateur »¹⁸⁴. Elle nous intéresse particulièrement puisqu'elle regroupe les éléments tels que l'abus, la violence, l'attitude, la communication, la disponibilité, la discrimination, le respect, etc.¹⁸⁵.

184. Agence de la santé et des services sociaux de Chaudière-Appalaches, *Rapport sur l'application de la procédure d'examen des plaintes 2011-2012*, p. 67.

185. Agence de la santé et des services sociaux de la Montérégie, *Rapport sur l'application de la procédure d'examen des plaintes et l'amélioration de la qualité des services 2012-2013*, p. 29.

À titre d'exemple, lors d'interventions au sein de résidences privées, le commissaire régional de Laval a noté « chez quelques propriétaires, une attitude autoritaire et contrôlante qui brime l'autonomie et la liberté des résidents et favorise une dépendance et une infantilisation dans leurs relations »¹⁸⁶.

Aussi, de 2002 à 2005, l'ASSS de l'Estrie a spécifiquement répertorié l'abus, la violence verbale, le comportement contrôlant et la négligence parmi les motifs de signalement dans les résidences privées lesquels représentaient près de la moitié des signalements¹⁸⁷. Ces motifs ne se retrouvent pas dans les rapports des années subséquentes.

Enfin, pour l'année 2010-2011, le commissaire régional de la Mauricie et du Centre-du-Québec a rapporté que les situations relatives aux relations interpersonnelles dans les résidences privées pour aînés avaient pour motif principal le droit au respect, les situations d'abus et les attitudes du personnel¹⁸⁸. Selon le commissaire régional, pour cette période, les exploitants et le personnel des résidences qui étaient visées par les situations avaient de la difficulté à adopter une approche respectueuse de la personne à l'égard des aînés car ils semblaient ne pas connaître l'ampleur de l'impact de leur attitude sur leur clientèle¹⁸⁹.

Quant aux rapports des commissaires locaux des établissements de santé hébergeant les personnes âgées, il faut noter qu'ils ne font que très rarement état de situations d'abus suite à des plaintes des résidents. Les rapports font plutôt état du fait que les usagers ont exprimé des « insatisfactions », ce qui doit nécessairement être autre chose qu'une plainte.

À titre d'exemple, au CHSLD Bourget, malgré l'absence de plaintes reçues au cours de l'année 2006-2007, le commissaire local invoque des « insatisfactions » de la part des résidents âgés

186. Agence de la santé et des services sociaux de Laval, *Rapport annuel sur l'application de la procédure d'examen des plaintes et l'amélioration de la qualité des services 2004-2005*, p. 40.

187. Région de l'Estrie, *Rapport consolidé sur l'examen des plaintes 2002-2003, 2003-2004 et 2004-2005*.

188. Agence de la santé et des services sociaux de la Mauricie et du Centre-du-Québec, *Rapport 2010-2011 sur l'application de la procédure d'examen des plaintes, la satisfaction des usagers et le respect des droits*, p. 27.

189. Agence de la santé et des services sociaux de la Mauricie et du Centre-du-Québec, *Rapport 2009-2010 sur l'application de la procédure d'examen des plaintes, la satisfaction des usagers et le respect des droits*, p. 32.

ou de leur famille. Le commissaire a rapporté quatre insatisfactions en lien avec l'attitude du personnel pour cette période¹⁹⁰. Pour remédier à ces insatisfactions, les personnes responsables du CHSLD ont organisé des rencontres avec les membres du personnel concernés afin d'opérer un changement dans leur attitude. Cette démarche s'est avérée utile. De façon similaire, à la *Résidence Wales*, le commissaire local a rapporté qu'il n'avait eu aucune plainte à traiter en 2010 puisque les « insatisfactions » reliées aux situations avaient été résolues avant qu'elles ne donnent lieu à des plaintes¹⁹¹.

Le mécanisme de plainte mis en place par l'adoption de la *Loi sur les services de santé et les services sociaux*, entrée en vigueur en 1992, permet assurément une porte ouverte pour porter à la connaissance de la direction une situation qui est inacceptable de l'ordre de la maltraitance, de l'abus ou de la négligence à l'égard des personnes âgées. Toutefois, il est clair que le nombre de plaintes et les insatisfactions rapportées par les commissaires locaux ou régionaux ne peut pas être représentatif des situations de cet ordre. Le fait que ces derniers reçoivent peu ou pas de plaintes d'abus ou de maltraitance peut s'expliquer par le fait que les personnes âgées craignent les conséquences de leurs plaintes. Comme le soulignait le commissaire régional de l'Outaouais, en 2012, « la réalité demeure que les personnes âgées hésitent à porter plainte par crainte de représailles et c'est souvent les proches qui signalent les situations problématiques et la plupart du temps sous le couvert de l'anonymat »¹⁹².

À l'inverse, le centre d'hébergement *Residence Angelica*, une résidence qui héberge des personnes âgées en perte d'autonomie sévère, est un des rares centres où le commissaire local a rapporté avoir reçu des plaintes relatives à des abus envers des aînés. Ainsi, pour l'année 2012-2013, le commissaire local de la résidence a reçu deux plaintes verbales des représentants de résidents du centre. Ces plaintes étaient fondées. Traitées à l'intérieur d'un délai d'un mois, elles ont entraîné des mesures

190. CHSLD Bourget, Commissaire local, Lisette Corriveau, *Rapport annuel 2006-2007*.

191. Remy LAVIGNE, *Quality and Complaints Commissioner's Report 2010*.

192. Agence de la santé et des services sociaux de l'Outaouais, *Rapport annuel sur l'application de la procédure d'examen des plaintes et l'amélioration de la qualité des services 2011-2012*, p. 13.

correctives, des mesures disciplinaires dans un cas, et la relocalisation de la personne âgée dans l'autre¹⁹³.

En conclusion, les mesures correctives émises par les commissaires varient et s'adaptent aux circonstances. Elles peuvent donner lieu à l'élaboration d'un code d'éthique et à sa diffusion aux intervenants, à la relocalisation de la personne âgée¹⁹⁴, à une lettre d'excuses aux victimes de représailles, de harcèlement ou d'abus¹⁹⁵, ou encore à l'adoption de mesures visant l'amélioration de la communication respectueuse envers les personnes âgées¹⁹⁶.

6.3 Des mesures pour contrer la maltraitance envers les personnes vulnérables dans le réseau de la santé et des services sociaux

Les personnes âgées sont assurément susceptibles d'être hébergées dans un établissement de santé, que ce soit un centre d'hébergement et de soins de longue durée, ou une ressource intermédiaire ou de type familial. À un moment ou l'autre, la vie dans un ménage privé peut devenir impossible en raison de la fragilité qui s'accroît avec le vieillissement, des difficultés ou l'isolement occasionnés par le fait de vivre seul, ou encore pour des raisons financières. Les personnes âgées vulnérables sont les plus susceptibles d'être sujettes à la maltraitance dans les milieux d'hébergement sans être en mesure de porter plainte, voire d'aviser un proche si elles sont victimes de mauvais traitements.

Pour pallier cet écueil, le gouvernement a présenté le 10 octobre 2013 un projet de loi ayant pour but de protéger certaines personnes vulnérables contre la maltraitance¹⁹⁷. Ce projet de loi n'a pas pour seul objet les personnes âgées, bien que celles-ci soient manifestement visées. Il vise à renforcer les obligations des établissements de santé en ce qu'il crée une obligation spécifique

193. RÉSIDENCE ANGELICA, *Rapports annuels d'activités de tous les services de la Résidence Angelica 2012-2013*.

194. *Ibid.*

195. Agence de la santé et des services sociaux de la Montérégie, *Rapport sur l'application de la procédure d'examen des plaintes et l'amélioration de la qualité des services 2009-2010*, p. 18.

196. Agence de la santé et des services sociaux des Laurentides, *Rapport annuel 2010-2011 – Régime d'examen des plaintes en matière de santé et de services sociaux*, p. 16.

197. ASSEMBLÉE NATIONALE, P.L. 399, *Loi visant à enrayer la maltraitance des personnes vulnérables hébergées dans le réseau de la santé et des services sociaux*, 1^{re} sess., 40^e lég., Québec, 2013.

aux établissements de santé et de services sociaux de mettre en place des moyens pour contrer la maltraitance envers cette clientèle spécifique que sont les personnes vulnérables. Cette loi aura pour effet d'imposer aux établissements l'adoption des mesures de prévention de la maltraitance.

Le projet de loi définit la notion de « personne vulnérable » comme « une personne de 18 ans ou plus en situation de dépendance ou dont la capacité de demander de l'aide est limitée notamment en raison d'une contrainte physique, d'une maladie, d'une blessure ou d'un handicap »¹⁹⁸. La notion de « maltraitance » est définie comme « une action, un comportement délibéré ou un défaut d'agir d'une personne en situation de confiance qui cause ou risque de causer à une personne vulnérable un préjudice physique, sexuel, psychologique ou économique »¹⁹⁹.

Le projet de loi prévoit la désignation d'une « personne responsable de protéger les personnes vulnérables contre la maltraitance ». Celle-ci est notamment chargée de formuler une plainte à la Commission des droits lorsqu'il y a matière à exploitation au sens de la *Charte* envers une personne vulnérable²⁰⁰. Le projet prévoit aussi un devoir de signalement de la part de tout professionnel ou membre du personnel d'un établissement à la personne responsable de protéger les personnes vulnérables contre la maltraitance, lorsqu'ils ont des motifs raisonnables de croire qu'il y a maltraitance envers une personne vulnérable²⁰¹. Le signalement demeure toutefois confidentiel²⁰². Il en est de même des rapports de signalements et de plaintes fournis annuellement par les établissements au ministre de la Santé²⁰³.

À n'en pas douter, tous les efforts sont déployés pour dénoncer les abus à l'égard des personnes âgées qui sont souvent considérées dans les milieux de soins comme vulnérables à l'abus et à la maltraitance en raison de leur situation de dépendance et de leurs besoins spécifiques. Reste à savoir si ce projet de loi qui a pour but leur protection en milieu de soins continuera son cheminement législatif.

198. *Ibid.*, art. 3.

199. *Ibid.*, art. 4.

200. *Ibid.*, art. 5 et 9.

201. *Ibid.*, art. 8.

202. *Ibid.*, art. 10.

203. *Ibid.*, art. 13.

7. La protection spécifique des aînés en matière criminelle

En matière d'infraction à l'égard des personnes et à l'égard des biens, le *Code criminel* s'applique à tous. La négligence criminelle, les voies de fait, la menace, le vol, la fraude, l'intimidation, le harcèlement, l'exploitation, l'extorsion, l'abus de confiance, l'omission de fournir les choses essentielles à la vie ou les soins nécessaires, sont autant d'infractions criminelles dont les personnes âgées peuvent être victimes²⁰⁴. Toutes ces infractions s'apparentent nécessairement à l'abus soit physique, psychologique ou financier, ou à la négligence, somme toute à la maltraitance.

Bien qu'il n'existe pas d'infraction spécifique à l'égard de la maltraitance envers les aînés, le *Code criminel* prévoit que la sanction prend en considération la maltraitance à l'égard des personnes âgées. L'article 718.2 édicte :

718.2 Le tribunal détermine la peine à infliger compte tenu également des principes suivants :

a) la peine devrait être adaptée aux circonstances aggravantes ou atténuantes liées à la perpétration de l'infraction ou à la situation du délinquant ; sont notamment considérées comme des circonstances aggravantes des éléments de preuve établissant :

(iii.1) que l'infraction a eu un effet important sur la victime en raison de son âge et de tout autre élément de sa situation personnelle, notamment sa santé et sa situation financière, [...] [notre emphase]

Cette disposition du *Code criminel* tire son origine du projet de loi C-36²⁰⁵, présenté à Ottawa en 2012, et qui avait pour but de « faire en sorte que la détermination de la peine imposée pour les crimes contre les aînés au Canada tienne compte des graves répercussions qu'ont ces crimes dans leur vie »²⁰⁶.

204. Voir le *Guide de référence pour contrer la maltraitance envers les personnes aînées*, *supra*, note 41 et le Rapport de la Commission des droits, *Vers un filet de protection resserré*, *supra*, note 76, p. 114-115.

205. Bibliothèque du Parlement, *Résumé législatif du projet de loi C-36 : Loi modifiant le Code criminel (maltraitance des aînés)*, 26 avril 2012.

206. CANADA, Ministère de la Justice, « Le gouvernement présente un projet de loi pour mieux protéger les personnes âgées au Canada », communiqué, Toronto, 15 mars 2012, en ligne : <http://www.justice.gc.ca/fra/nouv-news/cp-nr/2012/doc_32715.html>.

De façon constante, les tribunaux canadiens sanctionnent la maltraitance à l'égard d'une personne âgée en la considérant comme une circonstance aggravante aux fins de la détermination de la peine²⁰⁷. Les instances pénales et criminelles remplissent donc leur rôle en punissant de sanctions plus sévères les abuseurs envers les personnes âgées et imposent des peines plus sévères permettant ainsi de dénoncer les abus envers celles-ci.

Un seul exemple, éloquent par ailleurs, permet d'illustrer cette affirmation. En première instance, l'accusé Poupert, préposé dans un hôpital, plaide coupable à une accusation d'agression sexuelle commise sur une femme âgée de 77 ans²⁰⁸. Il est condamné à 22 mois d'emprisonnement. La Couronne porte la décision sur la peine en appel²⁰⁹. La Cour d'appel accueille le pourvoi et hausse la peine d'emprisonnement de 22 mois à 3 ans en précisant « qu'il s'agit d'un crime grave, commis sur une personne âgée et malade, et donc vulnérable, dans une situation d'abus de confiance et d'autorité en milieu hospitalier »²¹⁰.

En somme, bien que la maltraitance à l'égard d'une personne âgée ne constitue pas une infraction au sens du *Code criminel*, elle constitue néanmoins un facteur aggravant dans la détermination de la peine d'une personne reconnue coupable d'un crime commis sur la personne âgée. La décision de la Cour d'appel, rendue en 2010, confirme que les tribunaux contribuent à rehausser la valeur que l'on doit attribuer au respect des aînés dans la société.

Conclusion

L'éveil à la problématique de la maltraitance envers les aînés s'opère depuis plusieurs années. La réponse du droit s'est faite timide et lente depuis l'adoption de la *Charte des droits et libertés de la personne*. On remarque néanmoins une croissance des recours qui ont permis de rendre gagnants des démarches pour faire valoir des droits devant les tribunaux. Bien qu'on craigne

207. *R. v. LaFantaisie*, 2004 ABPC 106, par. 77 ; *R. v. Mitchell*, 2005 NLTD 80, par. 55 ; *R. v. Okumu*, 2006 ABQB 856, par. 21 ; *R. v. Kralik*, 2006 BCSC 1322, par. 24 ; *R. c. Charland*, 2007 QCCQ 7980, par. 13 et 16 ; *R. v. Foubert*, 2009 CanLII 64826 (ON C.S.), par. 33 ; *R. v. Klopp*, 2010 ABPC 119, par. 28 ; *R. c. Poupert*, 2010 QCCA 880 (CanLII), par. 53 ; *R. v. Banks*, 2010 ONCJ 339, par. 40 et 59 ; *R. v. Skorobohach*, 2011 BCPC 0303, par. 29.

208. *Poupert*, *ibid.*, par. 9.

209. *Ibid.*, par. 1.

210. *Ibid.*, par. 53.

pour les coûts, les conséquences négatives, voire les énergies humaines qu'il faut déployer pour faire valoir les droits des aînés, il faut reconnaître que, face à l'intolérance du geste d'abus envers les aînés, la réponse du droit demeure une des forces qui se mobilisent pour enrayer cette problématique.

Certains ont suggéré de mettre en place un système de signalement obligatoire qui permettrait de pallier au problème d'abus envers les personnes âgées. La dénonciation de signes, de comportements ou de gestes inappropriés s'apparentant à de la maltraitance mériterait que ce moyen soit mis en place, à l'instar d'autres juridictions, pour dénoncer et faire cesser les abus dont sont victimes des aînés²¹¹. Cette option comporte des risques non négligeables qui pourront nuire tout autant qu'aider les personnes âgées²¹². Néanmoins, une réflexion est amorcée et mérite d'être poursuivie.

Changer les mentalités ne se fera pas sans difficultés. Dans notre système socio-économique actuel, les préjugés persistent envers les personnes âgées. L'âgisme est présent dans toutes les sphères de l'activité économique : « [l]es stéréotypes à l'endroit des personnes âgées, nombreux et persistants, sont malheureusement ancrés dans les mœurs et sont issus de l'ignorance et des sentiments de peur que suscitent la vieillesse et la mort »²¹³. Maintenant que l'âge de la vieillesse recule, et que la population vieillissante augmente, nous avons espoir que ces inquiétudes s'estompent dans l'intérêt d'un plus grand respect de la dignité de la personne âgée.

Les options pour améliorer la lutte contre la maltraitance envers les aînés sont nombreuses : recherche, prévention, sensibilisation, condamnations. De plus, la formation des personnes qui côtoient les aînés s'avère nécessaire pour contribuer à cette lutte²¹⁴. Non seulement toutes les forces doivent-elles être mises

211. Association québécoise des retraités des secteurs public et parapublic, *La maltraitance envers les aînés dans les milieux d'hébergement collectifs au Québec*, Mémoire de l'AQRP, 11 octobre 2013, 12 p.

212. M.-J. LÉVESQUE, *supra*, note 15, p. 40-41 ; *L'exploitation des personnes âgées : Vers un filet de protection resserré*, *supra*, note 76, p. 125-127.

213. H. MASSÉ, « Rapport de consultation pour le Comité sur les abus exercés à l'endroit des personnes âgées », dans *Vieillir sans violence*, *supra*, note 12, p. 71.

214. Regroupement provincial des comités des usagers (RPCU) du réseau de la santé et des services sociaux, *Contre la maltraitance envers les personnes âgées par la formation et la sensibilisation*, Sherbrooke, 3 mars 2014, en ligne : <<http://www.rpcu.qc.ca/fr/comm/Programme-de-lutte-maltraitance-aines.aspx>>.

de l'avant pour contrer les abus, mais elles doivent aussi s'unir pour faire changer les mentalités à l'égard du vieillissement et en faire un succès. Comme l'énonçait Madeleine Carle, conseillère en milieu de vie, « [s]i dans notre société on redonnait aux "vieux" leur droit d'être vieux, en centre d'accueil ou ailleurs, nous n'aurions pas à les revaloriser. Nous les saurions valables. Ils se sauraient valables »²¹⁵. Que la famille, les personnes qui en tiennent lieu, les décideurs, les directions et les tribunaux continuent de tendre vers cet objectif, voilà notre souhait.

215. M. CARLE, « Un exemple de charte des droits en résidence », dans *Vieillir sans violence*, *supra*, note 12, p. 327.

Barreau
du Québec



445, boulevard St-Laurent
Montréal (Québec) H2Y 3T8
514-954-3400 1 800 361-8495
www.barreau.qc.ca