



Revue 2011

Automne 2011 - Tome 70

Le statut juridique des assesseurs du Tribunal des droits de la personne

Luc Huppé

Le régime de détermination de la peine en matière de fraude : étude des modifications législatives visant la dissuasion

Marie-Pierre Robert et William Lemay

Premières interprétations des nouvelles dispositions sur les poursuites abusives et les poursuites-bâillons : la confusion des genres

Lucie Lemonde et Marie-Claude P. Bélair

Condition résolutoire et clause résolutoire : deux choses à distinguer

Pierre Pratte

Le secret professionnel de l'avocat interne : regards croisés Europe-Canada-Québec

Lytte Doré

Le huis clos

Chahé Philippe Arslanian

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

Marie Annik Grégoire et Sophie Gratton

Le recours controversé à l'adoption pour établir la filiation de l'enfant né d'une mère porteuse : entre ordre public contractuel et intérêt de l'enfant

Michelle Giroux

Barreau

du Québec



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

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

M^e Michel Deschamps, président

M^e Élise Charpentier

M^e Pierre Giroux

M^e Claude Laferrière

M^e François Montfil

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 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. Le prix d'abonnement annuel pour les non-membres (public en général) est de 67\$ (plus taxes), et de 56\$ (plus taxes) pour les étudiants.

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, 2012

Bibliothèque et Archives Canada, 2012



Revue 2011

Automne 2011 - Tome 70

Le statut juridique des assesseurs du Tribunal des droits
de la personne

Luc Huppé 219

Le régime de détermination de la peine en matière
de fraude : étude des modifications législatives visant
la dissuasion

Marie-Pierre Robert et William Lemay 243

Premières interprétations des nouvelles dispositions
sur les poursuites abusives et les poursuites-bâillons :
la confusion des genres

Lucie Lemonde et Marie-Claude P. Bélair 271

Condition résolutoire et clause résolutoire : deux choses à
distinguer

Pierre Pratte 323

Le secret professionnel de l'avocat interne : regards croisés
Europe-Canada-Québec

Lyette Doré 401

Le huis clos

Chahé-Philippe Arslanian 431

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

Marie Annik Grégoire et Sophie Gratton 473

Le recours controversé à l'adoption pour établir la
filiation de l'enfant né d'une mère porteuse : entre ordre
public contractuel et intérêt de l'enfant

Michelle Giroux 509

Liste des mémoires de maîtrise et thèses de doctorat
acceptés en 2011. 545

Index des auteurs 555

Index analytique 557

Table de la jurisprudence commentée 565

Table de la législation commentée 567

Le statut juridique des assesseurs du Tribunal des droits de la personne

LUC HUPPÉ

Résumé

Le Tribunal des droits de la personne est la seule institution judiciaire du Québec comptant des assesseurs parmi ses membres. Leur fonction consiste à assister – impartialement et en toute indépendance – les juges du Tribunal dans l'exercice de la compétence qui leur est accordée par la *Charte des droits et libertés de la personne*, notamment en ce qui a trait aux diverses formes interdites de discrimination. Bien qu'ils ne disposent d'aucun pouvoir décisionnel, les assesseurs contribuent néanmoins à définir l'identité propre du Tribunal des droits de la personne. Le présent texte analyse leur statut juridique, tel qu'il découle des dispositions de la *Charte des droits et libertés de la personne*, de ses règlements d'application et du pouvoir de régie interne conféré à la présidente du Tribunal.

Le statut juridique des assesseurs du Tribunal des droits de la personne

Luc HUPPÉ*

INTRODUCTION	223
1. Le processus de nomination.	225
2. L'encadrement institutionnel	228
3. Les obligations déontologiques	232
4. Le contenu de la fonction	237
CONCLUSION	242

* L'auteur est avocat et assesseur au Tribunal des droits de la personne. Les opinions exprimées dans le présent texte n'engagent que son auteur et ne représentent pas nécessairement celles des autres membres du Tribunal.

INTRODUCTION

Établi par la *Charte des droits et libertés de la personne*¹, le Tribunal des droits de la personne² est non seulement formé de juges, provenant de la Cour du Québec³, mais aussi d'assesseurs⁴. La *Charte* n'en limite pas le nombre mais, en exigeant que le Tribunal compte au moins sept membres, dont la présidente et les assesseurs, elle laisse entendre qu'ils en forment la majeure partie. Les assesseurs constituent donc une composante fondamentale du Tribunal des droits de la personne, mis en place en 1990⁵ pour décider, à titre principal, de litiges concernant les différentes formes de discrimination prohibées par la *Charte*.

En droit québécois, la fonction d'assesseur remonte au Régime français. Un édit de 1742 y faisait spécifiquement référence en confirmant le pouvoir du gouverneur et de l'intendant de nommer des assesseurs au Conseil supérieur de Québec, la plus haute instance judiciaire de la colonie⁶. Énoncé au préambule de cet édit, un double objectif inspirait une telle mesure : d'une part, améliorer l'efficacité de l'institution en accélérant le traitement des dos-

-
1. *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12 (ci-après citée la « *Charte* »), art. 100.
 2. Pour alléger le texte, il sera parfois appelé le « Tribunal ».
 3. Aux termes de l'article 101 de la *Charte*, la présidente est choisie, après consultation du juge en chef de la Cour du Québec, parmi les juges de cette cour. Selon l'article 103, il en est de même des autres juges qui, à la demande de la présidente, peuvent être désignés comme membres du Tribunal pour entendre et décider d'une demande ou pour une période déterminée. La Cour du Québec est établie aux termes de l'article 79 de la *Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.Q., c. T-16.
 4. *Charte*, art. 101 al. 1. Bien que le masculin soit employé tout au long de ce texte, la fonction d'assesseur auprès du Tribunal est occupée tant par des hommes que par des femmes.
 5. *Loi modifiant la Charte des droits et libertés de la personne concernant la Commission et instituant le Tribunal des droits de la personne*, L.Q. 1989, c. 51, art. 16. Les dispositions de cette loi établissant le Tribunal sont entrées en vigueur le 1^{er} septembre 1990 et celles encadrant son fonctionnement et sa compétence le 10 décembre 1990 : *Décret 1146-90*, 8 août 1990, (1990) 122 G.O. III, p. 3381 ; *Décret 1686-90*, 5 décembre 1990, (1990) 122 G.O. III, p. 4531.
 6. *Lettres patentes en forme d'édit concernant les assesseurs aux conseils supérieurs des colonies*, août 1742, reproduit dans *Édits, ordonnances royaux, déclarations et arrêts du Conseil d'état du roi concernant le Canada*, Québec, Presse à vapeur de E.R. Fréchette, 1854, p. 561.

siers et, d'autre part, favoriser en la personne de ces assesseurs la formation de futurs juges⁷.

À l'époque contemporaine, le recours à des assesseurs demeure limité à certains domaines spécifiques du droit, dans lesquels ils remplissent des fonctions variées. En droit du travail, des assesseurs respectivement nommés par la partie patronale et par la partie syndicale assistent l'arbitre d'un différend ou d'un grief au cours de l'audition et du délibéré⁸. De même, à la discrétion du président de la Commission des lésions professionnelles, des assesseurs peuvent être adjoints aux commissaires afin de les conseiller sur toute question de nature médicale, professionnelle ou technique⁹. Si la complexité des événements qui font l'objet de l'enquête l'exige, le gouvernement peut aussi désigner comme assesseur, auprès d'un coroner, une personne en mesure de l'assister et de l'éclairer en raison de ses connaissances et de ses compétences particulières¹⁰.

À la différence de ces organismes, toutefois, le Tribunal des droits de la personne est une institution dont les pouvoirs sont exercés par des juges faisant partie de l'ordre judiciaire. Si le droit fédéral fait une certaine place aux assesseurs au sein des cours fédérales¹¹ – voire à la Cour suprême du Canada¹² – leur rôle se limite aussi à une assistance technique auprès des juges¹³. Le Tribunal des droits de la personne est la seule institution judiciaire

7. On peut aussi constater que depuis la création du Tribunal des droits de la personne, en 1990, quelques assesseurs ont été nommés juges à la Cour du Québec ou ont accédé à un poste de décideur administratif.

8. *Code du travail*, L.R.Q., c. C-27, art. 78, 99.2 et 100.1.1.

9. *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*, L.R.Q., c. A-3.001, art. 422-423. Au plan fiscal, la jurisprudence a attribué le statut d'employé à un assesseur médical œuvrant à temps plein pour la Commission des lésions professionnelles : *Grimard c. Le sous-ministre du Revenu du Québec*, 2005 QCCA 346 (CanLII), résumé à [2005] R.D.F.Q. 69 (C.A.) ; *Grimard c. La Reine*, [2009] 4 R.C.F. 592 (C.A.F.).

10. *Loi sur la recherche des causes et des circonstances des décès*, L.R.Q., c. R-0.2, art. 110.

11. L'article 52 des *Règles des cours fédérales*, DORS 98/106, adoptées en vertu de l'article 46 de la *Loi sur les cours fédérales*, L.R.C., c. F-7, permet à la Cour fédérale et à la Cour d'appel fédérale de demander à un assesseur de les aider à comprendre des éléments de preuve techniques ou de leur fournir un avis écrit dans une instance.

12. L'article 31 de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C., c. S-26, permet à celle-ci, dans tout appel en matière maritime où elle le juge à propos, de requérir un ou plusieurs assesseurs spécialistes pour l'assister.

13. Pour un aperçu de la façon dont la common law conçoit le rôle des assesseurs dans ce contexte, voir : *Porto Seguro Companhia de Seguros Gerais c. Balcan S.A.*, [1997] 3 R.C.S. 1278.

du Québec à laquelle le législateur impose la présence d'assesseurs : pour l'audition d'une demande, le Tribunal siège en effet par divisions composées de trois membres, soit un juge qui la préside et deux assesseurs qui l'assistent¹⁴.

L'encadrement juridique des assesseurs du Tribunal des droits de la personne découle de trois sources principales : en premier lieu, les dispositions de nature législative contenues dans la *Charte* et les règlements qu'elle permet d'adopter ; en second lieu, l'autorité administrative conférée à la présidente pour la direction du Tribunal ; en troisième lieu, les normes à caractère déontologique que les membres du Tribunal doivent respecter. À partir de ces sources, le présent texte tente une première étude de leur statut juridique en abordant les quatre sujets suivants : le processus qui mène à leur nomination (section 1), le cadre institutionnel dans lequel ils évoluent (section 2), les obligations déontologiques qui s'imposent à eux (section 3) et, finalement, le contenu de leur fonction (section 4).

1) Le processus de nomination

Nommés par le Gouvernement du Québec, les assesseurs du Tribunal des droits de la personne sont choisis au terme d'un processus de sélection rigoureusement encadré. La *Charte* attribue au Gouvernement le pouvoir d'édicter la procédure de recrutement et de sélection des personnes aptes à être nommées assesseur et identifie les composantes minimales de cette procédure, notamment quant à la formation d'un comité de sélection par le ministre de la Justice et quant aux critères de sélection dont ce comité tient compte¹⁵. Il est significatif de constater que l'encadrement du processus de sélection des assesseurs représente le principal pouvoir réglementaire accordé au Gouvernement par la *Charte*.

La façon dont le Gouvernement a exercé ce pouvoir, au moyen du *Règlement sur la procédure de recrutement et de sélection des personnes aptes à être désignées à la fonction d'arbitre ou nommées à celle d'assesseur au Tribunal des droits de la personne*¹⁶, donne une indication de la conception qu'il se fait de la

14. *Charte*, art. 104.

15. *Charte*, art. 97.

16. R.R.Q., c. C-12, r. 2 (ci-après cité le « *Règlement* »).

fonction d'assesseur. Sans que la *Charte* n'impose expressément une telle similarité, le processus de recrutement des assessesurs présente une parenté évidente avec celui qui conduit à la nomination des juges relevant de l'autorité du Gouvernement du Québec¹⁷. C'est d'ailleurs dans cette perspective qu'il a été introduit par le ministre de la Justice, tant au moment de l'étude du projet de loi créant le Tribunal¹⁸ que lors de l'examen du règlement mettant en place ce processus¹⁹.

Le processus de sélection débute à l'initiative du ministre de la Justice. Celui-ci fait publier un avis invitant les personnes intéressées à soumettre leur candidature²⁰. Toute personne, ainsi que tout groupe de personnes ou organisme voué à la défense et à la promotion des droits et libertés de la personne, peuvent aussi proposer une candidature²¹. De nombreuses informations devant être fournies par le candidat²² permettent à un comité de sélection²³ d'apprécier son mérite. Entre autres, il doit mentionner s'il est membre d'un ordre professionnel, le nom de ses employeurs au cours des dix années précédentes, ainsi que la nature des activités qu'il a exercées et qu'il considère lui avoir permis d'acquérir une expérience pertinente dans le domaine des droits et libertés de la personne.

17. *Loi sur les tribunaux judiciaires*, précitée, note 3, art. 88 et *Règlement sur la procédure de sélection des personnes aptes à être nommées juges*, R.R.Q. c. T-16, r. 5. Ce règlement est en cours de révision.

18. « [Les assessesurs seront] sélectionnés selon une procédure de recrutement fortement inspirée de celle qui a cours pour le recrutement et la sélection des juges de la Cour du Québec » : ASSEMBLÉE NATIONALE DU QUÉBEC, *Journal des débats*, 20 juin 1989, vol. 30, n° 133, p. 6932.

19. ASSEMBLÉE NATIONALE DU QUÉBEC, *Journal des débats*, Commissions parlementaires, Commission permanente des institutions, 29 mars 1990, n° 8, p. C1-42.

20. *Règlement*, art. 3. Selon l'article 4, cet avis donne une description de la fonction et précise, entre autres, les critères de sélection des candidats et le régime de confidentialité applicable dans le cadre de la procédure de sélection.

21. *Règlement*, art. 4, par. 3 et art. 7.

22. *Règlement*, art. 6. La liste des renseignements exigés des candidats à la fonction d'assesseur concorde presque exactement avec celle des candidats à la fonction de juge : *Règlement sur la procédure de sélection des personnes aptes à être nommées juges*, précité, note 17, art. 5.

23. Selon l'article 9 du *Règlement*, le Comité de sélection est formé par le ministre de la Justice et comprend trois membres : la présidente ou un autre juge du Tribunal, un avocat nommé après consultation du Barreau du Québec et une personne qui n'est ni juge ni avocat et que le ministre de la Justice estime représentative parmi celles qui œuvrent au sein des divers groupes ou organismes qu'il considère voués à la défense et à la promotion des droits et libertés de la personne.

Le candidat doit aussi fournir un exposé résumant les motifs de son intérêt à exercer la fonction d'assesseur et un état de « son expérience, son expertise, sa sensibilisation et son intérêt marqués en matière des droits et libertés de la personne ». Repris par le *Règlement* à même une exigence posée par la Charte, ce critère constitue le pivot de la composition du Tribunal, puisqu'il entre non seulement dans l'évaluation de la candidature des assessseurs²⁴, mais également dans le choix de la présidente du Tribunal²⁵ et des autres juges de la Cour du Québec appelés à y siéger²⁶. Il exprime donc le point de convergence des qualités et des compétences qui réunissent les membres du Tribunal, au-delà de leur formation et de leur occupation respectives, et qui confèrent à cette institution son caractère distinctif.

Ce critère prend en compte tant des facteurs objectifs que des facteurs subjectifs. Au plan objectif, la personne qui souhaite accéder au poste d'assesseur doit démontrer qu'elle a passé le stade d'un certain apprentissage dans le domaine des droits de la personne, ce que doivent refléter « son expérience » et « son expertise ». Quelle qu'en soit la forme – publications, enseignement, pratique professionnelle, engagement communautaire, etc. – ses activités antérieures doivent lui avoir permis d'acquérir des connaissances ou des habiletés suffisantes. Au plan subjectif, elle doit démontrer une certaine forme d'intégration, dans sa personne, des valeurs reliées à la protection des droits et libertés. Ayant atteint, par « sa sensibilisation », une compréhension suffisante des enjeux de ce domaine, elle exprime, par « son intérêt », une volonté réelle de contribuer à leur implantation concrète dans la société.

Le *Règlement* identifie de façon non limitative les autres facteurs dont le comité de sélection tient compte pour déterminer l'aptitude d'un candidat²⁷ : ses qualités personnelles et intellectuelles ; son degré de connaissances pertinentes dans le domaine des droits et libertés ; sa capacité de jugement, sa perspicacité, sa pondération et son esprit de décision ; enfin, la conception que le candidat se fait des fonctions d'assesseur. Ces critères retiennent

24. *Charte*, art. 62 et 101 ; *Règlement*, art. 17, al. 1.

25. *Charte*, art. 101.

26. *Charte*, art. 103.

27. *Règlement*, art. 17.

la même perspective que celle qui préside à l'évaluation des candidatures à un poste de juge²⁸.

Dans son rapport au ministre de la Justice, le comité de sélection indique les candidats qu'il a rencontrés et qu'il estime aptes à exercer la fonction d'assesseur et mentionne tout commentaire qu'il juge opportun, notamment à l'égard des caractéristiques ou compétences particulières des personnes jugées aptes²⁹. Leur nom est inscrit sur une liste publique, dressée par le Gouvernement et conservée au ministère de la Justice³⁰. Au moins la moitié des personnes inscrites doivent être des avocats³¹. Bien que les assessseurs soient nommés à partir de cette liste³², la *Charte* ne fixe cependant aucune proportion particulière quant à la présence d'avocats au sein du Tribunal.

Le soin envisagé par les dispositions de la *Charte* et du *Règlement* dans la sélection des assessseurs se compare à celui qui mène à la nomination des juges au Québec. Ce sont donc des attentes élevées que la société exprime à l'égard des assessseurs du Tribunal au moyen des dispositions législatives et réglementaires qui encadrent leur sélection. Même si les assessseurs ne rendent pas de jugements, la mise en place d'un processus aussi exigeant pour leur sélection représente un indice de l'importance de la fonction qui leur incombe en vertu de la *Charte*. En effet, un processus aussi élaboré ne serait pas nécessaire pour choisir des personnes sans influence, ou dont les actes n'affectent en rien les droits des justiciables.

2) L'encadrement institutionnel

La *Charte* ne laisse aucun doute quant au fait que les assessseurs constituent des membres à part entière du Tribunal³³. À cet

28. *Règlement sur la procédure de sélection des personnes aptes à être nommées juges*, précité, note 17, art. 18.

29. *Règlement*, art. 18.

30. *Règlement*, art. 20 et 21.

31. *Règlement*, art. 2.

32. *Charte*, art. 101, al. 1.

33. L'article 101 de la *Charte* énonce que « le Tribunal est composé d'au moins sept membres, dont le président et les assessseurs ». Leur statut diffère donc de celui que le droit québécois réserve à d'autres assessseurs. Ainsi, dans *Société d'électrolyse et de chimie Alcan Limitée (SECAL) c. Le Syndicat national des employés de l'aluminium d'Arvida inc.*, [1982] C.A. 93, la Cour d'appel mentionne-t-elle expressément que les assessseurs choisis par les parties à une convention collective pour assister l'arbitre de grief ne font pas partie du tribunal arbitral (p. 94).

égard, le législateur ne distingue pas les assesseurs des juges faisant aussi partie du Tribunal, tous étant par ailleurs également assujettis à l'autorité administrative de la présidente. Ce statut permet aux assesseurs de participer de plein droit, au même titre que les juges, aux divers aspects de la vie et des activités du Tribunal.

Comme celui de la présidente, le mandat des assesseurs du Tribunal des droits de la personne est de cinq ans, renouvelable et pouvant être prolongé pour une durée moindre et déterminée³⁴. Leur présence au sein du Tribunal est ainsi mieux ancrée que celle des juges de la Cour du Québec qui y siègent en plus de la présidente : la *Charte* ne fixe pas la durée du mandat de ces juges, qui est donc laissée à la discrétion du Gouvernement. Ni la *Charte*, ni aucun règlement adopté sous son autorité, ne prévoient la possibilité d'une révocation du mandat des assesseurs. Étant donné qu'ils sont membres du Tribunal et qu'ils participent à ses fonctions juridictionnelles, une telle révocation serait susceptible d'affecter l'indépendance institutionnelle du Tribunal. Bien que cette question ne semble pas encore avoir été débattue, le mandat d'un assesseur ne pourrait vraisemblablement être révoqué que pour cause, au terme d'un processus lui permettant de pleinement se justifier.

En ce qui a trait aux modalités financières de la fonction, la *Charte* attribue au Gouvernement le soin d'établir les normes et barèmes régissant la rémunération, les conditions de travail et les allocations des assesseurs³⁵. Un décret adopté au moment de la création du Tribunal³⁶ édicte que « les assesseurs au Tribunal des droits de la personne y exercent leur fonction à vacation, aussi souvent que le président du Tribunal l'exigera ». Bien que le statut des assesseurs soit continu tout au long de la durée de leur mandat, ils n'exercent donc leurs fonctions que de façon ponctuelle, au gré des assignations décidées par la présidente. Aucune exclusivité n'est requise de leur part³⁷, de sorte que les assesseurs peu-

34. *Charte*, art. 101, al. 2. Dans un contexte autre que celui du Tribunal des droits de la personne, la Cour d'appel a considéré qu'un terme de cette durée, conjugué à la haute qualification des candidats, assurait l'impartialité et le détachement des personnes exerçant des fonctions d'assesseur : *Galea c. Centre hospitalier Rouyn-Noranda*, [1984] C.A. 34, 42.

35. *Charte*, art. 101, al. 3.

36. *Décret 1434-90*, 3 octobre 1990, (1990) 122 G.O. III, p. 3825.

37. La seule exclusivité requise par la *Charte* concerne les fonctions de la présidente : *Charte*, art. 106.

vent poursuivre leur carrière parallèlement à la charge qu'ils occupent au Tribunal. Ce décret – qui n'a pas été révisé depuis son adoption – établit la rémunération des assesseurs en fonction d'un tarif, calculé par demi-journée de travail. Les assesseurs ne reçoivent donc pas de rémunération fixe, ni même une rémunération minimale. Leur participation aux fonctions et aux activités du Tribunal est rétribuée selon le nombre d'heures qu'ils y consacrent effectivement.

Au moment de leur entrée en fonction, le Tribunal fournit aux assesseurs la formation nécessaire à l'accomplissement de leur tâche³⁸. À cette formation initiale s'ajoutent celles que leur procurent les sommets annuels organisés par le Tribunal à l'attention de ses membres, de même que les colloques dont le Tribunal prend l'initiative avec d'autres participants de la communauté juridique³⁹. En outre, des réunions mensuelles⁴⁰ permettent aux membres du Tribunal d'échanger à propos des développements jurisprudentiels ou doctrinaux et leur fournissent aussi parfois le bénéfice de présentations par des conférenciers invités. Toutes ces activités contribuent à permettre aux assesseurs de maintenir à jour leurs connaissances, une responsabilité que leur impose la présidente du Tribunal⁴¹.

-
38. Cette responsabilité institutionnelle a d'ailleurs été consacrée à l'article 2.1 des *Orientations générales du Tribunal des droits de la personne*, 10 décembre 2006 (ci-après citées les « *Orientations* »), publiées dans TRIBUNAL DES DROITS DE LA PERSONNE, *Bilan d'activités 2006-2007*, p. 105 et dans *Le Tribunal des droits de la personne – Présentation générale et textes législatifs*, 2009, p. 81. Adoptées par la présidente en vertu des pouvoirs que lui accorde l'article 106 al. 2 par. 1 de la *Charte*, elles remplacent les orientations générales adoptées le 22 août 2001, publiées pour la première fois dans TRIBUNAL DES DROITS DE LA PERSONNE, *Bilan d'activités 2001-2002*, p. 31.
 39. Les communications présentées lors des colloques organisés conjointement par le Tribunal et le Barreau du Québec ont été publiées : *La Charte des droits et libertés de la personne : pour qui et jusqu'où ?*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005 ; *L'accès direct à un tribunal spécialisé en matière de droit à l'égalité : l'urgence d'agir au Québec*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008 ; *Race, femme, enfant, handicap : les conventions internationales et le droit interne à la lumière des enjeux pratiques du droit à l'égalité*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2010.
 40. La tenue de telles réunions mensuelles a aussi été consacrée par les *Orientations* : l'article 2.2 énonce qu'en vue de favoriser la concertation entre ses membres et la mise à jour de leurs connaissances, le Tribunal organise des réunions mensuelles et planifie des sessions de formation portant sur les développements jurisprudentiels tant en droit interne qu'en droit international, tout en prenant en compte les aspects sociaux liés au phénomène de la discrimination.
 41. *Code de déontologie des membres du Tribunal des droits de la personne*, R.R.Q., c. C-12, r. 1 (ci-après cité le « *Code de déontologie* »), art. 8 ; *Orientations*, art. 2.1.

L'organisation du fonctionnement interne du Tribunal incombe à la présidente, à qui la *Charte* confie d'amples pouvoirs à cette fin. L'une de ses fonctions consiste à « coordonner et répartir le travail entre les membres qui, à cet égard, doivent se soumettre à ses ordres et directives, et veiller à leur bonne exécution »⁴². Ce pouvoir est semblable à celui accordé aux juges en chef de la Cour supérieure et de la Cour du Québec⁴³. Un tel pouvoir a été interprété par la jurisprudence comme créant un rapport de subordination administrative entre le juge en chef et les autres juges⁴⁴. Élaborée à l'égard des membres de la magistrature, qui bénéficiaient du plus haut degré d'indépendance dans l'exercice de leurs fonctions, cette conception de l'autorité administrative du juge en chef à l'égard des autres membres du tribunal qu'il préside peut très certainement être transposée au Tribunal des droits de la personne.

Au moyen de directives aux assesseurs, la présidente est en mesure de compléter l'encadrement très limité contenu à la *Charte* quant à l'assistance qu'ils peuvent procurer aux juges saisis des demandes soumises au Tribunal. La conception qu'elle se forme de leur place au sein de l'institution, de leur apport au Tribunal et du rôle effectif qu'ils peuvent y remplir présente donc une importance considérable quant à la portée concrète de la fonction d'assesseur. Au-delà des attributs minimaux prévus par la *Charte*, et de ceux qui en constituent des composantes inhérentes, le rôle des assesseurs est susceptible de varier en fonction de ce que la présidente considère le plus approprié au fonctionnement du Tribunal.

La structure institutionnelle du Tribunal des droits de la personne impose néanmoins certaines limites implicites à l'autorité administrative de la présidente à l'égard des assesseurs. En tant que membre du Tribunal, chacun des assesseurs possède, du seul fait de sa nomination, le droit de participer à l'exercice de

42. *Charte*, art. 106, al. 2, par. 2. Cette disposition trouve un écho à l'article 9 du *Code de déontologie*, qui édicte que « le membre est soumis aux directives administratives de la présidente dans l'accomplissement de son travail ». Les juges de la Cour du Québec sont d'ailleurs assujettis à une obligation similaire : *Code de déontologie de la magistrature*, R.R.Q., c. T-16, r. 1, art. 9.

43. *Loi sur les tribunaux judiciaires*, précitée, note 3, art. 22 et 96, al. 2, par. 2. Certains présidents de tribunaux administratifs possèdent aussi de tels pouvoirs : Y. OUELLETTE, *Les tribunaux administratifs au Canada*, Montréal, Éditions Thémis, 1997, p. 233 et s.

44. *Re Therrien*, [2001] 2 R.C.S. 3, 92 (par. 141).

sa compétence et la présidente doit en tenir compte lors de l'assignation des dossiers. De même, bien que la Charte ne le précise pas, il serait logique d'inférer que la présidente doit respecter une certaine parité entre les assessseurs dans la coordination et la répartition du travail. Sans pour autant équilibrer à la demi-journée près le travail confié à chacun, elle doit à tout le moins s'assurer de fournir à chaque assesseur une possibilité véritable d'apporter sa contribution à la fonction juridictionnelle du Tribunal et à son rayonnement. Égaux entre eux en dépit de la diversité de leur formation et de leur expérience respectives, les assessseurs possèdent en effet un même droit de participer à l'exercice de la compétence du Tribunal.

La *Charte* confère aussi un rôle non négligeable aux assessseurs quant à l'organisation interne du Tribunal. Ainsi, le consentement d'un certain nombre d'assesseurs est nécessaire pour l'adoption des règles de procédure et de pratique du Tribunal⁴⁵ : cette participation à l'élaboration des règles de pratique représente d'ailleurs l'unique pouvoir décisionnel qui leur est accordé. De plus, en attribuant à la présidente le devoir de favoriser « la concertation des membres » à propos des orientations générales du Tribunal⁴⁶, le législateur envisage aussi implicitement une certaine contribution des assessseurs à la discussion entourant ces orientations. Ceci étant, la *Charte* n'attribue aux assessseurs aucun pouvoir administratif au sein du Tribunal.

3) Les obligations déontologiques

Avant d'entrer en fonction, les assessseurs doivent prêter, devant la présidente du Tribunal, un serment qui se lit comme suit⁴⁷ :

Je, (désignation de la personne), déclare sous serment de remplir fidèlement, impartialement, honnêtement et en toute indépen-

45. L'article 110 de la *Charte* énonce que la présidente peut adopter de telles règles « avec le concours de la majorité des autres membres du Tribunal ». La même exigence serait sans doute aussi applicable à la modification des règles de procédure et de pratique.

46. *Charte*, art. 106, al. 2 par. 1.

47. *Charte*, art. 102 et Annexe II. Dans un contexte autre que celui de la *Charte*, la jurisprudence a considéré que le fait pour la personne investie du pouvoir décisionnel de ne pas recueillir le serment d'assesseurs ne participant pas à la prise de décision ne constituait pas un motif de nullité : *Commission scolaire Chomedey de Laval c. Caron*, 1996 CanLII 5990 (C.A.), p. 15 des motifs du j. Robert.

dance, au meilleur de ma capacité et de mes connaissances, tous les devoirs de ma fonction, d'en exercer de même tous les pouvoirs.

De plus, je déclare sous serment que je ne révélerai et ne laisserai connaître, sans y être dûment autorisé, aucun renseignement ni document dont j'aurai eu connaissance, dans l'exercice de ma fonction.

Malgré les différences de leurs fonctions respectives, tous les membres du Tribunal – juges et assesseurs – s'engagent par le même serment. Une telle similarité souligne indéniablement l'importance du statut des assesseurs. Au plan déontologique, le rapprochement entre le statut de l'assesseur et celui du juge est accentué par le *Code de déontologie des membres du Tribunal des droits de la personne*⁴⁸, adopté par la présidente en vertu d'un pouvoir qui lui est spécifiquement attribué par la *Charte*⁴⁹. Il apparaît ainsi significatif pour la définition du statut juridique des assesseurs que la personne possédant la plus haute autorité au sein de l'institution ait choisi de traiter indistinctement dans ce code tous les membres du Tribunal, juges et assesseurs⁵⁰.

Manifestement inspiré du *Code de déontologie de la magistrature*⁵¹, applicable aux juges de la Cour du Québec, le code de déontologie qui régit les assesseurs du Tribunal des droits de la personne exprime des exigences déontologiques comparables à celles que la société attend d'un juge. Certaines des règles qui y sont contenues reprennent, en les amplifiant, les engagements du serment (ex : obligation du membre d'exercer ses fonctions avec intégrité, honneur et dignité⁵², obligation de respecter le secret du

48. Précité, note 41. Les assesseurs de la Commission des lésions professionnelles sont aussi assujettis à un code de déontologie, adopté en vertu de l'article 426 de la *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*, précitée, note 9 : *Code de déontologie des assesseurs et des conciliateurs de la Commission des lésions professionnelles*, R.R.Q., c. A-3.001, r. 3. Pour un exemple de la conduite d'un assesseur (autre que ceux du Tribunal des droits de la personne) entrant dans le champ de la déontologie, voir : *Procureur général du Canada c. Ste-Marie*, 2002 CanLII 41839 (C.S.), par. 73 ; *Pelletier-Laplante c. Commission des lésions professionnelles*, 2009 QCCS 3481 (CanLII), par. 67-76.

49. *Charte*, art. 106, al. 2, par. 3.

50. La version actuelle de ce code supprime ainsi certaines différences que la version précédente établissait entre les assesseurs et les autres membres du Tribunal : *Code de déontologie du Tribunal des droits de la personne*, L.R.Q., c. C-12, r. 0.001. Des dispositions traitaient alors de certaines causes de récusation propres aux assesseurs (art. 11) et encadraient leurs interventions lors des auditions (art. 12).

51. Précité, note 42. Ce Code a été adopté par le Conseil de la magistrature du Québec en vertu des articles 256b) et 261 de la *Loi sur les tribunaux judiciaires*, précitée, note 3.

52. *Code de déontologie*, art. premier.

délibéré, de préserver la confidentialité des informations qu'il obtient et de demeurer discret relativement à ce dont il a connaissance dans l'exercice de ses fonctions)⁵³. D'autres visent notamment à assurer un fonctionnement efficace du Tribunal (ex : obligation de diligence⁵⁴, obligation de maintien des connaissances et de développement des habiletés)⁵⁵ ou encore à préserver l'image du Tribunal auprès des justiciables (ex : devoir de réserve dans les représentations publiques⁵⁶, obligation d'assurer à tous un traitement égal et conforme à la loi)⁵⁷.

Puisqu'ils prêtent le même serment et sont assujettis au même code de déontologie, les assesseurs du Tribunal des droits de la personne doivent s'astreindre à des normes de conduite d'un niveau aussi élevé que celui des juges. Leurs obligations comprennent notamment un engagement solennel envers les valeurs d'indépendance et d'impartialité qui caractérisent l'exercice des fonctions judiciaires.

En ce qui a trait à l'exigence d'impartialité, imposée aux assesseurs tant par leur serment que par le *Code de déontologie*⁵⁸, elle requiert que ceux-ci – tout comme le juge – abordent avec ouverture d'esprit et sans parti-pris les positions des parties. Bien que la jurisprudence reconnaisse comme légitime la mise à profit de l'expérience personnelle du juge⁵⁹, l'impartialité requise de chaque assesseur du Tribunal des droits de la personne doit tempérer toute inclination excessive qu'auraient pu développer en lui « son expérience, son expertise, sa sensibilisation et son intérêt marqués en matière des droits et libertés de la personne ». L'assesseur ne défend pas une idéologie auprès du juge qu'il assiste. Il doit se garder de tout dogmatisme dans l'interprétation et l'application des droits fondamentaux⁶⁰. Indépendamment de

53. *Code de déontologie*, art. 4. L'obligation de préserver le secret du délibéré est aussi expressément imposée aux assesseurs assistant l'arbitre de griefs : *Code du travail*, précité, note 9, art. 101.3.

54. *Code de déontologie*, art. 3.

55. *Code de déontologie*, art. 8.

56. *Code de déontologie*, art. 6. Le devoir de réserve est réitéré au 3^e considérant des *Orientations*.

57. *Code de déontologie*, art. 7.

58. L'article 2 du *Code de déontologie* énonce que « le membre doit, de façon manifeste, être impartial et objectif ». De plus, le 3^e considérant des *Orientations* réitère que les membres ont l'obligation de respecter le principe de l'impartialité individuelle.

59. *R. c. S. (R.D.)*, [1997] 3 R.C.S. 484, 501 (par. 29) et 534 (par. 119).

60. En droit québécois, un autre type d'assesseur a pour fonction de tenter de rallier à un certain point de vue la personne qu'il assiste et qui exerce le pouvoir

ses préférences personnelles, son apport doit viser à trouver une solution juste et équitable, conforme au droit et respectueuse des valeurs consacrées par la *Charte*.

En ce qui a trait à l'indépendance des assesseurs, elle aussi réitérée par le *Code de déontologie*⁶¹, elle présente de l'importance en raison de la position privilégiée dans laquelle ils se trouvent pour exercer une influence sur le juge qui décide des demandes soumises au Tribunal. L'assesseur doit agir en fonction de sa propre appréciation des dossiers. Il ne peut se laisser gouverner par les intérêts de son milieu. Il doit aussi éviter de mettre sa fonction au service d'autrui, notamment ces divers groupes voués à la défense et à la promotion des droits et libertés de la personne, auxquels le processus de sélection reconnaît un statut spécial et qui servent de moteur à l'avancement de la cause des droits et libertés dans la société⁶².

L'un des aspects de la fonction d'assesseur plus particulièrement susceptible de soulever des interrogations quant à l'exigence d'indépendance est l'absence d'exclusivité rattachée à ce poste. Au hasard des circonstances, les occupations professionnelles des assesseurs peuvent ainsi les mettre en rapport avec des justiciables poursuivis devant le Tribunal ou encore, s'ils sont avocats, les opposer au procureur d'une partie devant le Tribunal, dans le cadre d'un dossier se déroulant auprès d'une autre instance. Toutefois, les facteurs pris en considération par la Cour suprême du Canada dans l'appréciation du statut des juges municipaux exerçant leur fonction à temps partiel⁶³ fournissent un cadre d'analyse que l'on peut transposer au contexte du Tribunal des droits de la personne. Tout comme pour ces juges, le statut juridique des

décisionnel : *Ville de Roberval c. Association des policiers-pompiers municipaux de Roberval*, [1994] R.J.Q. 2313 (C.S.), 2313 ; *La Commission scolaire Crie c. Tremblay*, 1997 CanLII 10306 (C.A.), p. 5 à 7 des motifs de la juge Otis.

61. L'article premier du *Code de déontologie* énonce que le membre « exerce ses fonctions avec intégrité, honneur, dignité et en toute indépendance ». Le 3^e considérant des *Orientations* aborde le sujet dans une perspective quelque peu différente, en ajoutant que les membres ont l'obligation de respecter le principe d'indépendance institutionnelle, une mention qui concerne plutôt l'indépendance du Tribunal.
62. En ce qui concerne les membres de la magistrature, la jurisprudence a souligné que l'indépendance judiciaire empêchait notamment un groupe de pression d'intervenir ou de tenter d'intervenir dans la façon dont un juge mène l'affaire et rend sa décision : *La Reine c. Beauregard*, [1986] 2 R.C.S. 56, 69. Une telle approche paraît tout aussi appropriée en ce qui a trait aux assesseurs du Tribunal des droits de la personne.
63. *R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114, 147-151.

assesseurs comporte de nombreux contrepoids permettant d'atténuer les risques découlant de cette absence d'exclusivité : existence d'une immunité de poursuite⁶⁴, assujettissement à un code de déontologie destiné entre autres à prévenir les conflits d'intérêts⁶⁵, obligation de récusation dans les cas qui le justifient⁶⁶.

Bien que la *Charte* attribue à la présidente la tâche de veiller au respect du *Code de déontologie*⁶⁷, elle ne donne aucune autre précision à cet égard. Les assesseurs ne sont pas assujettis au processus de plaintes qui permet au Conseil de la magistrature du Québec de mettre en œuvre les codes de déontologie respectivement applicables aux juges de la Cour du Québec et aux juges des cours municipales⁶⁸. Par ailleurs, le Conseil de la justice administrative, qui exerce en matière déontologique un pouvoir similaire à l'égard des membres de certains tribunaux administratifs, ne possède aucune compétence à leur sujet⁶⁹. Une certaine ambiguïté marque donc le mécanisme de mise en œuvre des obligations

64. *Ibid.*, p. 147. L'article 112 de la *Charte* accorde au Tribunal, à ses divisions et à chacun de ses juges, dans l'exercice de leur fonction, les immunités des commissaires nommés en vertu de la *Loi sur les commissions d'enquête*, L.R.Q., c. C-37. L'article 16 de cette loi reconnaît aux commissaires la même immunité et les mêmes privilèges que les juges de la Cour supérieure pour tout acte fait ou omis dans l'exécution de leurs devoirs. On peut donc en conclure que les assesseurs jouissent de la même immunité de poursuite que celle des membres de la magistrature. Par comparaison, on peut noter que l'immunité de poursuite des assesseurs à temps plein de la Commission des lésions professionnelles est spécifiquement prévue à l'article 429.5 de la *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*, précitée, note 9.

65. *Ibid.*, p. 148. Les articles 10 à 13 du *Code de déontologie* contiennent des dispositions traitant des conflits d'intérêts chez les membres du Tribunal. Sont notamment considérées comme incompatibles avec leurs fonctions le fait de s'impliquer dans une cause, de participer à une organisation ou à un groupe de pression dont les objectifs sont reliés aux matières qui relèvent de la compétence du Tribunal ou de se livrer à une activité politique.

66. *Ibid.*, p. 150. L'article 118 de la *Charte* donne à toute partie le droit de demander la récusation d'un membre du Tribunal et l'article 13 du *Code de déontologie* oblige le membre qui connaît en sa personne une cause valable de récusation à s'abstenir de siéger.

67. *Charte*, art. 106, al. 2, par. 3.

68. La compétence du Conseil de la magistrature du Québec est limitée aux juges nommés en vertu de la *Loi sur les tribunaux judiciaires*, aux juges des cours municipales et aux juges de paix magistrats : *Loi sur les tribunaux judiciaires*, précité, note 3, art. 260.

69. La compétence du Conseil de la justice administrative est établie par les articles 177 par. 3 et 182 de la *Loi sur la justice administrative*, L.R.Q., c. J-3. Par ailleurs, étant donné que la *Charte* encadre leurs obligations déontologiques, il est douteux que les assesseurs soient assujettis aux articles 3.0.1 et 3.0.2 de la *Loi sur le ministère du Conseil exécutif*, L.R.Q., c. M-30, traitant de la déontologie des administrateurs publics, et ce, en dépit du fait qu'ils ne sont pas expressément exclus de l'application de ces dispositions, comme le sont les juges.

déontologiques des assesseurs du Tribunal des droits de la personne, et ce, tant en ce qui concerne le rôle de la présidente, la procédure à suivre pour rendre les assesseurs redevables de leurs obligations déontologiques, que les sanctions auxquelles ceux-ci s'exposent en cas de manquements.

Selon les termes utilisés par la *Charte*, le rôle de la présidente est de veiller au respect d'un code de déontologie qu'elle a seule le pouvoir d'édicter⁷⁰. À la différence du code applicable aux juges de la Cour du Québec⁷¹, adopté par le Conseil de la magistrature du Québec après consultation des juges auxquels il est applicable, le *Code de déontologie des membres du Tribunal des droits de la personne* demeure une initiative exclusive de la présidente. L'obligation qui lui est faite de « veiller à son respect » doit en permettre une réalisation effective. À cette fin, elle possède sans doute le pouvoir de réprimander les assesseurs en cas de manquement déontologique. Toutefois, étant donné que la *Charte* ne consacre expressément aucune garantie procédurale au bénéfice des assesseurs dans un tel contexte, le pouvoir de la présidente devrait être exercé avec prudence, de manière à ne pas porter atteinte à leur indépendance.

4) Le contenu de la fonction

Peu élaboré dans la *Charte*, le rôle des assesseurs du Tribunal des droits de la personne demeure encore largement indéfini, après deux décennies d'activités. Leur fonction principale est exprimée de façon lapidaire par l'article 104 de la *Charte* :

104. Le Tribunal siège, pour l'audition d'une demande, par divisions constituées chacune de 3 membres, soit le juge qui la préside et les 2 assesseurs qui l'assistent, désignés par le président. Celui qui préside la division décide seul de la demande.

70. Un jugement a interprété restrictivement le pouvoir du juge en chef de la Cour du Québec de « veiller au respect de la déontologie judiciaire » en ce qui concerne les juges de ce tribunal, en considérant qu'il ne lui attribuait aucune autorité contraignante à leur égard : *Ruffo c. Gobeil*, [1989] R.J.Q. 1943 (C.S.), 1945. Cependant, le raisonnement exposé dans ce jugement repose principalement sur l'harmonisation du pouvoir attribué au juge en chef en matière déontologique avec le mécanisme de plaintes auprès du Conseil de la magistrature prévu aux articles 256c) et 263 de la *Loi sur les tribunaux judiciaires*, précitée, note 3. Or, aucun tel mécanisme ne limite l'autorité de la présidente du Tribunal à l'égard des assesseurs.

71. *Loi sur les tribunaux judiciaires*, précitée, note 3, art. 261.

Toutefois, une demande préliminaire ou incidente, ou une demande présentée en vertu de l'article 81 ou 82 est entendue et décidée par le président ou par le juge du Tribunal auquel il réfère la demande ; cette demande est cependant déferée à une division du Tribunal dans les cas déterminés par les règles de pratique ou si le président en décide ainsi. [soulignés ajoutés]

Si le rôle des assesseurs n'y est énoncé qu'en termes généraux, la structure décisionnelle mise en place par cette disposition fournit néanmoins certaines indications permettant de cerner plus précisément leur fonction. On peut à tout le moins en déduire les quatre caractéristiques suivantes.

En premier lieu, il appert de cette disposition que la présence des assesseurs est nécessaire à l'exercice de la compétence du Tribunal, pour l'audition au mérite des demandes dont il est saisi⁷². Il est significatif de constater que la *Charte* ne laisse à la présidente aucune discrétion quant au type de membres qui composent les divisions : il s'agit nécessairement d'un juge et de deux assesseurs. Il aurait été loisible au législateur d'autoriser un mode différent de composition des divisions et de permettre au Tribunal de siéger à trois juges, par exemple pour mettre fin à d'éventuels conflits de jurisprudence. Cette faculté n'existe pas.

Au contraire, la structure décisionnelle retenue par la *Charte* rend indispensable la présence des assesseurs aux côtés du juge qui prend les décisions, et ce, à l'étape la plus importante du déroulement d'un dossier. Seules les demandes incidentes ou intérimaires, ainsi que celles reliées à des mesures d'urgence, échappent à cette règle. Puisque la présence des assesseurs n'est pas purement facultative⁷³, il en résulte qu'un juge du Tribunal ne pourrait vraisemblablement procéder à l'audition d'une demande en leur absence sans entacher son jugement de nullité⁷⁴. Il s'agit

72. Aux termes de l'article 55 des *Règles de procédure et de pratique du Tribunal des droits de la personne*, R.R.Q., c. C-12, r. 4, les assesseurs peuvent aussi être appelés à assister le juge qui préside une conférence préparatoire.

73. Cette caractéristique distingue les assesseurs du Tribunal des droits de la personne d'autres types d'assesseurs ; à titre d'exemple, voir : *Ville de Roberval c. Association des policiers-pompiers municipaux de Roberval*, [1994] R.J.Q. 2313 (C.S.), 2313.

74. Ce n'est pas le cas pour tous les types d'assesseurs : *Lortie c. La Commission d'appel en matière de lésions professionnelles*, 1999 CanLII 13748 (C.A.) ; requête pour autorisation de pourvoi à la Cour suprême du Canada rejetée : [2000] 1 R.C.S. xiv. Dans le même sens, voir : *Les contenants industriels ltée c. La Commission des lésions professionnelles*, EYB 2002-45619 (C.S.), 61-73.

d'une modalité essentielle des pouvoirs dévolus au Tribunal par la *Charte*.

En deuxième lieu, le rôle des assesseurs se distingue – sur un point capital – de celui du juge qui préside les auditions⁷⁵ : ils ne prennent aucune décision, que ce soit au mérite d'une demande ou quant aux questions qui se soulèvent en cours d'audience, puisque le pouvoir décisionnel incombe en exclusivité à un juge du Tribunal. Le statut des assesseurs du Tribunal des droits de la personne diffère donc de celui accordé à un certain type d'assesseurs, qui participent à la décision au même titre que les autres membres de l'organisme dont ils font partie⁷⁶. Leur participation à la fonction juridictionnelle du Tribunal se concrétise de façon indirecte, par le biais de l'assistance qu'ils procurent au juge.

C'est le juge qui détermine, en dernière analyse, le contenu du jugement rendu par le Tribunal, et ce, quelle que soit l'opinion que les assesseurs se forment à propos du dossier. Son pouvoir de rendre jugement ne dépend pas de l'accord des assesseurs, bien qu'il puisse lui paraître souhaitable de rechercher un consensus au sein de la division qu'il préside. Tant en ce qui concerne le sens de la décision, qu'en ce qui a trait aux motifs qui servent à l'expliquer, la volonté du juge prévaut et celle des assesseurs ne peut y faire échec. Le seul pouvoir que les assesseurs peuvent concrètement exercer à cet égard découle de l'ascendant que leur procurent l'étendue de leurs connaissances, l'acuité de leur compréhension et la rectitude de leur jugement.

Bien que son nom apparaisse au jugement, un assesseur ne peut s'en dissocier en inscrivant une dissidence, s'il n'en partage pas le sens, ou en rédigeant des motifs séparés de ceux du juge, si les motifs élaborés par ce dernier ne lui paraissent pas adéquats⁷⁷. Quoique rien dans la *Charte* ne l'interdise, le juge qui préside la

75. L'article 2 des *Orientations générales* de 2001, précité, note 38, énonçait que « les membres du Tribunal, juges et assesseurs, ont les mêmes responsabilités ». Une telle affirmation ne tenait pas suffisamment compte du rôle respectivement attribué par la *Charte* aux juges et aux assesseurs, ce qui explique sans doute qu'elle n'ait pas été reprise dans les *Orientations générales* de 2006.

76. Pour un exemple du statut de ce type d'assesseurs, voir : *Galea c. Centre hospitalier Rouyn-Noranda*, [1984] C.A. 34, 42.

77. Dans un contexte autre que celui de la *Charte*, la jurisprudence a souligné l'absence de pertinence des observations ou des opinions dissidentes d'assesseurs ne participant pas à la prise de décision : *Ville de Roberval c. Association des policiers-pompiers municipaux de Roberval*, [1994] R.J.Q. 2313 (C.S.), 2313.

division n'est pas tenu de mentionner le point de vue des assesseurs à propos du litige, ni même de leur donner le crédit des portions de jugement qui résulteraient de leur contribution personnelle à sa réflexion. La pratique du Tribunal consiste d'ailleurs à ne pas faire état de la position des assesseurs.

En troisième lieu, en énonçant que le Tribunal siège par « divisions » composées de trois membres, la *Charte* pose une exigence de collégialité entre eux, une collégialité qui ne prend pas la même forme que celle qui existe au sein d'un tribunal d'appel, où l'opinion de chaque juge concourt à former le jugement. De cette exigence découle, à tout le moins, un devoir pour le juge de consulter les assesseurs avant de décider de la demande dont il est saisi. L'apport de ceux-ci à la fonction juridictionnelle du Tribunal ne peut se limiter à une simple présence aux côtés du juge lors des audiences⁷⁸. Au cours des diverses phases du dossier, et plus particulièrement après l'audition, le juge doit d'une façon ou d'une autre s'enquérir du point de vue des assesseurs à propos de la décision qu'il doit prendre. Bien que son idée puisse déjà être arrêtée, il ne peut se dispenser d'entendre l'opinion que les assesseurs se sont eux-mêmes formée à propos du dossier, leurs suggestions et leurs mises en garde, ainsi que toutes autres considérations pertinentes qu'ils font valoir.

Par ailleurs, rien dans la *Charte* n'empêche le juge de donner plus d'amplitude à la participation des assesseurs. En autant que son autorité exclusive de décider de la demande soumise au Tribunal demeure intacte, il peut requérir une contribution plus substantielle de leur part. Ayant tout comme le juge entendu les témoignages, pris connaissance des documents déposés en preuve et écouté les plaidoiries, les assesseurs se trouvent dans une position similaire à celle du juge pour apprécier globalement le mérite d'une demande. Ils peuvent donc se révéler particulièrement utiles pour rédiger un projet de jugement, ou encore pour porter un

78. La fonction des assesseurs désignés par les parties à une convention collective pour conseiller l'arbitre saisi d'un grief a été décrite par la Cour d'appel comme comprenant la participation à l'audition du grief et à la délibération menant à la sentence arbitrale, à laquelle les termes de la convention collective ne leur permettaient pas de prendre part : *Société d'électrolyse et de chimie Alcan Limitée (SECAL) c. Le Syndicat national des employés de l'aluminium d'Arvida inc.*, [1982] C.A. 93, 94. Dans ce contexte, la Cour considérait que les assesseurs jouent un rôle de conseil, excluant toute participation à la prise de décision : *Ibid.*, p. 95. À ce sujet, voir aussi : *Les viandes du Breton inc. c. Samson*, 2010 QCCS 3349 (CanLII), par. 33.

regard critique à propos d'un projet que le juge aurait lui-même préparé. À cet égard, le serment qu'ils prêtent et les obligations déontologiques qui s'imposent à eux – identiques à ceux du juge – garantissent que leur participation à l'élaboration du jugement n'affecte ni l'indépendance, ni l'impartialité du Tribunal.

En quatrième lieu, le rôle des assesseurs est décrit par le législateur en termes d'« assistance » au juge qui préside l'audition. Cette formulation laisse entendre qu'il incombe au juge – et non aux assesseurs – de définir la forme et l'ampleur de leur participation à la fonction juridictionnelle du Tribunal. Pour les fins de l'audition des demandes, elle implique nécessairement une subordination des assesseurs envers le juge qui préside une audition. Ce faisant, ce dernier n'accomplit pas un rôle de coordination des membres de la division, mais bien un rôle de direction.

Bien que les dossiers de discrimination ne comportent aucune caractéristique intrinsèque exigeant que le juge qui en décide soit assisté d'assesseurs, leur présence au sein du Tribunal des droits de la personne s'explique par la valeur particulière que la *Charte* accorde à la norme d'égalité. Avec le respect de la dignité, l'égalité est en effet le seul droit fondamental spécifiquement mentionné au préambule de la *Charte*. Elle y apparaît deux fois, l'une pour proclamer solennellement que tous les êtres humains sont égaux en valeur et en dignité et qu'ils ont droit à une égale protection de la loi, et l'autre pour consacrer l'égalité entre les hommes et les femmes.

La norme d'égalité constitue l'un des fondements essentiels d'une société moderne, qui valorise la diversité. Elle justifie la mise en place d'un système destiné à élargir la perspective du juge chargé de décider des demandes reliées à la discrimination. En rendant nécessaire la contribution d'assesseurs⁷⁹, la *Charte* donne au juge qui siège au Tribunal des droits de la personne la possibilité d'apprécier les enjeux d'un dossier en tenant compte de points de vue divers, susceptibles de favoriser une pleine intégration dans la société de tous les individus qui la composent. Dans la constitution même de l'institution chargée de juger, est ainsi

79. La Cour d'appel a d'ailleurs souligné la présence des assesseurs au Tribunal des droits de la personne comme l'un des éléments de la structure mise en place par le législateur afin de lui permettre d'exercer sa compétence en matière de droits et libertés : *Procureure générale du Québec c. Tribunal des droits de la personne*, [2002] R.J.Q. 628 (C.A.), 640 (par. 71).

reflété cet idéal de pluralisme auquel la *Charte* invite l'ensemble des justiciables.

Considérées globalement, ces quatre caractéristiques permettent de mieux cerner la dynamique dans laquelle les assesseurs du Tribunal des droits de la personne exercent leur fonction. En tenant compte des critères qui encadrent leur sélection et des obligations déontologiques qui s'imposent à eux, elles permettent aussi de prendre la mesure de leur contribution à la compétence du Tribunal. Ni demi-juges, ni spécialistes techniques, ni porte-paroles de groupe d'intérêts, les assesseurs représentent plutôt, au sein du Tribunal, la voix du citoyen éclairé.

CONCLUSION

Choisis en fonction de leurs qualités personnelles et de leur ouverture d'esprit, les assesseurs du Tribunal des droits de la personne forment un bassin de personnes particulièrement utiles pour aider les juges à rendre des décisions judicieuses et pondérées. Par leur présence majoritaire au sein du Tribunal, et bien que dépourvus de pouvoirs réels, ils donnent une identité particulière à cette institution, au-delà des règles de droit dont le juge demeure le maître. Au moyen du rôle qui est dévolu aux assesseurs, le Tribunal intègre ainsi dans sa structure un mode inusité – sinon unique – de participation citoyenne.

Telle qu'elle est conçue par la *Charte*, la fonction d'assesseur représente la forme la plus achevée de soutien qui puisse être accordée à la magistrature pour l'exercice de fonctions judiciaires. Quoiqu'il soit bien réel, le bénéfice que procure leur présence peut difficilement être mesuré par un observateur de l'extérieur. Le rôle effacé réservé par la *Charte* aux assesseurs masque leur contribution véritable au développement du droit et à la justesse sociale des jugements du Tribunal. Muette mais essentielle, la fonction des assesseurs comporte une large part d'anonymat. C'est pourquoi il importait de la faire mieux connaître.

Le régime de détermination de la peine en matière de fraude : étude des modifications législatives visant la dissuasion

Marie-Pierre ROBERT et William LEMAY

Résumé

Afin de prévenir les crimes en col blanc, les peines pour les fraudes ont été augmentées de façon significative dans les dernières années, et ce, en deux temps. D'abord, en 2004, la peine maximale pour la fraude a été augmentée à 14 ans d'emprisonnement et certains facteurs aggravants ont été prévus pour cette infraction. Ensuite, en 2011, une peine minimale de 2 ans d'emprisonnement a été instaurée pour les fraudes de plus d'un million de dollars et d'autres facteurs aggravants ont été ajoutés. À l'aide de la jurisprudence rendue en la matière, les auteurs analysent l'effet qu'auront ces modifications législatives sur la prévention de la criminalité en col blanc, notamment en critiquant le régime des peines minimales obligatoires.

Le régime de détermination de la peine en matière de fraude : étude des modifications législatives visant la dissuasion

Marie-Pierre ROBERT* et William LEMAY**

INTRODUCTION	247

1. Les effets de la <i>Loi modifiant le Code criminel (fraude sur les marchés financiers et obtention d'éléments de preuve)</i> (C-13 de 2004) sur les peines en matière de fraude . . .	248
1.1 L'augmentation de la peine maximale de 10 à 14 ans d'emprisonnement	248
1.1.1 Quelques dossiers ayant donné lieu à des peines de plus de 10 ans d'emprisonnement	250
1.1.2 L'augmentation générale de la sévérité des peines prononcées dans les dossiers de fraude	251
1.2 L'ajout de facteurs aggravants	253
2. Les effets de la <i>Loi sur la défense des victimes de crimes en col blanc</i> (C-21 de 2011) sur les peines en matière de fraude.	254
2.1 L'ajout d'une peine minimale pour les fraudes de plus d'un million de dollars	255

* Professeure, Faculté de droit, Université de Sherbrooke.

** Étudiant à la maîtrise, Faculté de droit, Université de Sherbrooke.

2.1.1	Les conséquences de cette peine minimale	255
2.1.1.1	La nature de la peine : emprisonnement dans un pénitencier	256
2.1.1.2	La durée de la peine : état de la jurisprudence	256
2.1.1.3	La sévérité de la peine	258
2.1.2	Critiques du régime des peines minimales obligatoires.	260
2.1.2.1	Les peines minimales contraires aux principes de détermination de la peine	260
2.1.2.2	Les peines minimales : efficaces dans la lutte contre la criminalité ?	262
2.2	Les autres modifications apportées par la <i>Loi sur la défense des victimes de crimes en col blanc</i>	263
2.2.1	L'ajout de facteurs aggravants	264
2.2.2	L'ordonnance d'interdiction d'emploi	267
2.2.3	L'ordonnance de dédommagement	267
2.2.4	La déclaration au nom d'une collectivité	268
CONCLUSION		269

INTRODUCTION

Dans la dernière décennie, des fraudes de grande envergure ont fait de nombreuses victimes au Canada comme ailleurs dans le monde. Face à cette réalité, le législateur fédéral a voulu dissuader les fraudeurs éventuels en accroissant la sévérité des peines qui peuvent être infligées. Ainsi, les paramètres de détermination de la peine pour les fraudes ont été substantiellement modifiés dans les dernières années.

Au printemps 2011, le Parlement fédéral a adopté une loi qui impose une peine minimale obligatoire de deux ans d'emprisonnement pour les fraudes de plus d'un million de dollars¹. Cette loi prévoit également plusieurs facteurs aggravants supplémentaires pour ce crime et met en place des mécanismes assurant une plus grande participation des victimes au processus de détermination de la peine.

Cette initiative législative fait suite à une loi, adoptée en 2004, qui augmentait la peine maximale de la fraude de 10 à 14 ans d'emprisonnement². De plus, cette loi prévoyait des facteurs aggravants applicables à cette infraction.

Nous étudierons donc, dans ce texte, les modifications apportées au régime de la détermination de la peine pour la fraude dans les dernières années. Nous tenterons de circonscrire les effets de ces amendements législatifs afin de voir si l'objectif de dissuasion qu'ils poursuivent sera atteint.

Pour ce faire, nous étudierons les deux lois chronologiquement, donc, d'abord, la modification législative de 2004, puis, celle de 2011.

1. *Loi sur la défense des victimes de crimes en col blanc*, L.C. 2011, c. 6.

2. *Loi modifiant le Code criminel (fraude sur les marchés financiers et obtention d'éléments de preuve)*, L.C. 2004, c. 3.

1. LES EFFETS DE LA LOI MODIFIANT LE CODE CRIMINEL (FRAUDE SUR LES MARCHÉS FINANCIERS ET OBTENTION D'ÉLÉMENTS DE PREUVE) (C-13 DE 2004) SUR LES PEINES EN MATIÈRE DE FRAUDE

Au début des années 2000, plusieurs scandales financiers sans précédent ont ébranlé les marchés financiers partout dans le monde. Les affaires Enron et Worldcom – pour ne nommer que celles-là – ont marqué l'imaginaire collectif en la matière. Suite à ces scandales, les États-Unis ont adopté leur célèbre loi Sarbanes-Oxley³, entrée en vigueur le 30 juillet 2002, qui vise à accroître la transparence de la gestion des entreprises, d'en améliorer les processus de vérification et qui instaure des peines plus sévères pour la fraude⁴. Dans cette optique, le Canada a adopté en 2004 la *Loi modifiant le Code criminel (fraude sur les marchés financiers et obtention d'éléments de preuve)*⁵, qui avait pour objectif de « consolider les mesures d'investigation, de poursuite et de dissuasion relative à la fraude sur les marchés financiers »⁶. Cette loi contient plusieurs mesures, dont la création de nouvelles infractions de délit d'initié⁷ et de menaces et représailles⁸. Nous nous intéressons, dans ce texte, aux mesures contenues dans cette loi qui sont reliées au régime de la détermination de la peine en matière de fraude, soit la hausse de la peine maximale pour la fraude de 10 à 14 ans d'emprisonnement (1.1) et l'ajout d'une liste de facteurs aggravants (1.2)

1.1 L'augmentation de la peine maximale de 10 à 14 ans d'emprisonnement

Avant 2004, la fraude de plus de 5000 \$ était passible d'un emprisonnement maximal de 10 ans. La *Loi modifiant le Code criminel (fraude sur les marchés financiers et obtention d'éléments de preuve)*⁹ a amendé l'alinéa 380(1) a) C.cr. afin de hausser la peine

3. *Sarbanes-Oxley Act of 2002*, Pub. L. No. 107-204, 116 Stat. 745.

4. Sur l'effet de cette loi sur les peines en matière de fraude aux États-Unis, voir « *Go Directly to Jail : White Collar Sentencing After The Sarbanes-Oxley Act* », (2008) 122 *Harv. L. Rev.* 1728.

5. *Supra*, note 2.

6. Résumé législatif du Projet de loi C-13 : *Loi modifiant le Code criminel (fraude sur les marchés financiers et obtention d'éléments de preuve)*, Bibliothèque du Parlement, 16 février 2004, p. 1.

7. Art. 382.1 C.cr.

8. Art. 425.1 C.cr.

9. *Supra*, note 2.

maximale dans ce cas à 14 ans d'emprisonnement. Cette loi est entrée en vigueur le 15 septembre 2004. Ainsi, compte tenu du droit de bénéficier de la peine la moins sévère si cette dernière est modifiée entre le moment de la commission de l'infraction et le moment de son prononcé¹⁰, cette peine maximale de 14 ans ne s'appliquera qu'aux fraudes commises après le 15 septembre 2004.

Cette date du 15 septembre 2004 est donc fort importante en matière de détermination de la peine pour fraude. Comme cette infraction est souvent commise sur une longue période de temps et qu'elle peut faire plusieurs victimes, il est fréquent qu'une partie des faits se soit déroulée avant le 15 septembre 2004 et qu'une autre partie des faits se soit déroulée après cette date. Dans ce cas, le juge doit faire la distinction dans son jugement entre les deux périodes et imposer des peines qui respectent les maxima applicables pour chacune des périodes. C'est, par exemple, ce que le juge Wagner a fait dans le dossier de Vincent Lacroix¹¹.

Compte tenu de la complexité et de la longueur des enquêtes en matière de fraude, il est tout à fait possible qu'une personne soit accusée aujourd'hui pour une fraude commise avant le 15 septembre 2004. Dans ce cas, la peine maximale de 10 ans est toujours applicable, car c'est le moment de la perpétration de l'infraction qui compte, et non celui du jugement. Cette réalité est malheureusement parfois oubliée. En effet, nous avons pu lire dans certains jugements visant des fraudes commises avant le 15 septembre 2004 que la peine maximale pour la fraude était de 14 ans, ce qui, dans le contexte factuel applicable, était erroné¹².

Ayant cette limite temporelle en tête, nous allons analyser les effets de cette hausse de la peine maximale en matière de fraude. Cette hausse a permis, dans certains dossiers, que soient imposées des peines de plus de 10 ans d'emprisonnement (1.1.1), mais elle a aussi eu un effet plus général sur les peines prononcées en matière de fraude (1.1.2).

10. Art. 11 i) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, Annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.U.) (ci-après *Charte canadienne*).

11. *R. c. Lacroix*, (2009) J.Q. 10890 (C.S.), par. 85.

12. Voir, par exemple, *R. c. Dion*, [2006] J.Q. n° 424 (C.Q.), par. 8 (les faits ont eu lieu de 2001 à 2002) ; *R. c. Stevens*, [2008] N.J. n° 147, par. 63 (les faits ont eu lieu de 1996 à 1998).

1.1.1 Quelques dossiers ayant donné lieu à des peines de plus de 10 ans d'emprisonnement

La hausse de la peine maximale pour la fraude de 10 ans à 14 ans d'emprisonnement permet, évidemment, de condamner un délinquant à plus de 10 ans d'emprisonnement, ce qui était impossible avant 2004. Cette possibilité n'est pas demeurée théorique. Au contraire, les fraudes d'envergure qui ont été commises au Canada dans les dernières années ont commandé des peines d'emprisonnement très importantes.

Nous songeons en premier lieu au dossier Norbourg, dans lequel Vincent Lacroix, après avoir été condamné à 5 ans moins un jour d'emprisonnement pour des infractions pénales relevant de l'Autorité des marchés financiers, a finalement plaidé coupable à 200 chefs d'accusation de complot pour fraude, de fraude, de recyclage des produits de la criminalité, de complot pour fabrication de faux documents et de fabrication de faux documents. Ces crimes, qui se sont déroulés de 2002 à 2005, ont fait perdre environ 95 millions de dollars à 9200 investisseurs. Il s'agit d'un scandale financier sans précédent au Canada, qui commandait une peine sans précédent. La hausse de la peine maximale pour la fraude à 14 ans d'emprisonnement a permis d'infliger cette peine sans précédent. En effet, le juge Wagner de la Cour supérieure du Québec a imposé une peine de 13 ans d'emprisonnement à Vincent Lacroix pour ses crimes¹³. De nombreux facteurs aggravants, dont l'ampleur de la fraude, son impact sur les marchés financiers et le rôle de premier plan joué par Lacroix ont été pris en compte. Cette peine de 13 ans d'emprisonnement pour les infractions criminelles a été purgée subséquemment à la peine de 5 ans moins un jour pour les infractions pénales, ce qui pose la question du cumul des peines¹⁴.

La deuxième peine la plus importante en matière de fraude a été imposée récemment à Steeve Boulanger¹⁵. Compte tenu de ses très nombreux antécédents judiciaires en la matière, il a été condamné à 12 ans d'emprisonnement pour une fraude de

13. *Supra*, note 11.

14. Anne-Marie BOISVERT, Hélène DUMONT et Alexandre STYLIOU, « En marge de l'affaire Lacroix-Norbourg : les enjeux substantifs et punitifs suscités par le double aspect, réglementaire et criminel, de certains comportements frauduleux dans le domaine des valeurs mobilières », (2009) 50 *C. de D.* 469.

15. *R. c. Boulanger*, 2011 Q.C.C.Q. 4380.

82 000 \$. Il s'agit d'un fraudeur multirécidiviste qui se faisait passer notamment pour un militaire afin de soutirer des sommes à ses victimes.

La troisième peine la plus importante en la matière a été imposée à Earl Jones, qui a été condamné à 11 ans d'emprisonnement pour une fraude de 50 millions de dollars visant 158 victimes¹⁶. Jones se présentait comme un conseiller financier et promettait des rendements très intéressants aux clients qui lui confiaient leurs économies, mais les sommes n'étaient pas investies ; elles étaient simplement détournées à son profit. La peine a été imposée suite à une recommandation commune de la Couronne et de la défense.

Le dernier dossier dont nous aimerions traiter est celui de Jerry Russell Johnson qui, par un stratagème de fraude à la Ponzi, a soutiré environ 2,4 millions de dollars à 50 victimes. Pour ce faire, il utilisait sa position de confiance d'aide-pasteur à l'église. Le juge de première instance l'avait condamné à 13 ans d'emprisonnement, mais la Cour d'appel de l'Alberta a réduit la peine à 10 ans d'emprisonnement¹⁷.

Ces quelques cas démontrent que l'ancien plafond de 10 ans d'emprisonnement a été dépassé dans plusieurs dossiers. Le Québec semble se distinguer à cet égard, car c'est dans cette province que les trois plus lourdes peines pour fraude ont été prononcées dans toute l'histoire du Canada.

1.1.2 L'augmentation générale de la sévérité des peines prononcées dans les dossiers de fraude

L'effet de la hausse de la peine maximale pour la fraude ne se fait pas seulement sentir dans les quelques dossiers les plus graves. Au contraire, cette hausse influence tout le régime de détermination de la peine pour la fraude, en débutant par un effet sur les dossiers les moins graves.

La peine maximale de 14 ans rend dorénavant impossible l'absolution dans les cas de fraude. En effet, l'article 730 C.cr. exclut l'absolution pour les infractions passibles d'une peine maxi-

16. R. c. Jones, [2010] J.Q. n° 956 (C.Q.).

17. R. c. Johnson, [2010] A.J. No. 1445 (C.A.).

male de 14 ans ou de l'emprisonnement à perpétuité. Tel était également l'état du droit en 2004, lors de l'adoption du projet de loi C-13. Ainsi, en augmentant la peine maximale à 14 ans d'emprisonnement pour la fraude, le législateur était conscient du fait qu'il enlevait la possibilité d'une absolution pour cette infraction.

En retirant la possibilité d'une absolution et en ajoutant la possibilité d'une peine d'emprisonnement d'une durée qui se situe entre 10 et 14 ans d'emprisonnement, la *Loi modifiant le Code criminel (fraude sur les marchés financiers et obtention d'éléments de preuve)*¹⁸ est venue modifier l'échelle des peines applicables. Ainsi, nous pouvons nous demander si cette loi a eu pour effet d'augmenter les peines pour les fraudes en général. Autrement dit, pour des dossiers similaires, qui ne sont ni dans les cas les moins graves, ni dans les cas les plus graves, est-ce que les peines imposées sont plus sévères depuis 2004 à cause de la hausse de la peine minimale ? Nous formulons l'hypothèse que la hausse de la peine minimale a eu un tel effet d'entraînement sur tous les dossiers de fraude. Cette hypothèse est cependant très difficile à vérifier, car le processus de détermination de la peine est à ce point individualisé qu'il est ardu de trouver des dossiers identiques et de les comparer. Une petite modification dans les faits peut expliquer la disparité entre deux sentences mieux que la modification législative.

Un autre élément qui rend l'analyse très difficile est l'importance du montant de la fraude dans le régime de détermination de la peine. Or, pour certaines années, la valeur moyenne des fraudes est beaucoup plus élevée que pour d'autres années. Pour ces années, il est normal que les peines soient généralement plus élevées, indépendamment de toute modification législative. Et justement, depuis 2004, nous observons de plus en plus de scandales financiers de grande envergure, ce qui complexifie l'analyse.

De plus, le nombre de fraudes commises chaque année au Canada est très élevé (entre 10 000 et 12 000 cas)¹⁹ et seulement

18. *Supra*, note 2.

19. Statistique Canada, Tableau 252-0046 – *Enquête sur les tribunaux de juridiction criminelle pour adultes, le nombre de causes avec condamnation, selon le type de peine, annuel (nombre)*, 1997-2009, CANSIM (base de données).

une infime proportion de ces jugements est rapportée. Dans ce contexte, l'analyse de la jurisprudence rapportée est d'autant plus difficile et elle peut même être trompeuse.

Les statistiques sont donc une source intéressante de renseignements. Elles montrent que le taux d'incarcération pour la fraude a augmenté de 2,7 % depuis l'entrée en vigueur du projet de loi C-13 en 2004. Une plus grande proportion des personnes reconnues coupables de ce crime sont donc incarcérées, mais cela ne nous renseigne pas sur la durée de cette incarcération. En 2008-2009, 34,1 % des personnes reconnues coupables de fraude au Canada étaient incarcérées²⁰. Ces constatations statistiques sont intéressantes, elles semblent aller dans le sens de notre hypothèse, sans pouvoir cependant la confirmer.

La hausse de la peine maximale pour la fraude traduit une hausse de la gravité objective de cette infraction, ce qui pourrait logiquement se traduire par une hausse générale des peines infligées aux personnes qui en sont reconnues coupables. Telle est d'ailleurs l'opinion de la Cour d'appel de l'Alberta, qui écrit :

Parliament's decision to increase the maximum penalty for fraud over \$5000 certainly reflects its view of the increased seriousness of this offence. That increased seriousness will tend to be reflected in the sentences imposed by the courts, especially when dealing with frauds, such as the one here, that are comparatively more serious than others.²¹

Même si la Cour insiste sur l'effet particulier que cette augmentation de la gravité objective du crime aura sur les peines dans les dossiers les plus sérieux – ce qui était le cas en l'espèce –, ses propos sont tout de même assez larges pour s'appliquer à l'ensemble des fraudes.

1.2 L'ajout de facteurs aggravants

La *Loi modifiant le Code criminel (fraude sur les marchés financiers et obtention d'éléments de preuve)*²² a également ajouté l'article 380.1 C.cr., qui prévoit une série de circonstances aggravantes applicables notamment en matière de fraude. Ces facteurs,

20. *Ibid.*

21. *R. c. Johnson*, *supra* note 17, par. 39.

22. *Supra*, note 2.

qui s'ajoutent aux circonstances aggravantes générales prévues à l'article 718.2 C.cr., sont les suivants : 1) la fraude commise a une valeur supérieure à un million de dollars ; 2) l'infraction a nui – ou pouvait nuire – à la stabilité de l'économie canadienne ; 3) l'infraction a causé des dommages à un nombre élevé de victimes ; 4) le délinquant a indûment tiré parti de la réputation d'intégrité dont il jouissait.

L'alinéa 380.1(2) C.cr. prévoit quant à lui que ne constitue pas une circonstance atténuante l'emploi qu'occupe le délinquant, ses compétences professionnelles ni son statut si ces facteurs ont contribué à la perpétration de l'infraction.

Ce nouvel article concernant les circonstances aggravantes et non atténuantes s'inscrit dans la logique du durcissement des peines en matière de fraude, car « il s'agit d'arguments législatifs pouvant dorénavant justifier l'imposition de peines plus sévères »²³. Ces principes de détermination de la peine vont plus loin que la simple confirmation des règles jurisprudentielles en la matière. Selon Naccarato et Létourneau, ces facteurs démontrent l'importance qu'attache le législateur à la confiance dans ce contexte²⁴.

Cette volonté de punir plus sévèrement les personnes reconnues coupables de fraude s'est à nouveau manifestée dans une loi récemment adoptée.

2. LES EFFETS DE LA LOI SUR LA DÉFENSE DES VICTIMES DE CRIMES EN COL BLANC (C-21 DE 2011) SUR LES PEINES EN MATIÈRE DE FRAUDE

La *Loi sur la défense des victimes de crimes en col blanc*²⁵, entrée en vigueur le 1^{er} novembre 2011, modifie substantiellement le *Code criminel*²⁶ en matière de détermination de la peine pour le crime de fraude. Cet amendement législatif mérite une

23. Mario NACCARATO et Audrey LÉTOURNEAU, « La confiance trahie : la répression pénale et criminelle du manquement contractuel de l'intermédiaire de marché en valeurs mobilières et la détermination des peines applicables », (2010) 44 *R.J.T.* 145, 194.

24. *Ibid.* Voir p. 193-215 pour une analyse plus détaillée de la détermination de la peine pour une conduite fautive d'un intermédiaire de marché en valeurs mobilières.

25. *Supra*, note 1.

26. L.R.C. (1985), c. C-46.

attention particulière puisqu'il dénote, au même titre que le projet de loi C-13 de 2004, une intention claire du législateur d'augmenter la gravité objective de la fraude et de punir plus sévèrement ceux qui la commettent. En effet, cette loi vise « la répression de la criminalité en col blanc et [à rendre] davantage justice aux victimes »²⁷.

Parmi les modifications importantes apportées par ce projet de loi, l'ajout d'une peine minimale obligatoire d'emprisonnement figure assurément en tête de liste. Cette mesure fera donc l'objet d'une section particulière, alors que la section suivante fera état des autres modifications apportées par le projet de loi C-21, notamment de l'ajout de certains facteurs aggravants.

2.1 L'ajout d'une peine minimale pour les fraudes de plus d'un million de dollars

Avant cet amendement, le *Code criminel* ne prévoyait aucune peine minimale pour la fraude, il ne prévoyait que la peine maximale de 14 ans d'emprisonnement. Le projet de loi C-21 vient ajouter une peine minimale de deux ans d'emprisonnement pour toute personne reconnue coupable d'une fraude dont la valeur totale de l'objet dépasse un million de dollars²⁸. En raison du principe de non-rétroactivité des peines²⁹, cette peine minimale ne s'appliquera qu'aux fraudes excédant un million de dollars ayant été commises après le 1^{er} novembre 2011.

Cet ajout d'une peine minimale s'avère lourd de conséquences, autant sur la nature de la peine infligée que sur sa sévérité. De plus, nombreuses ont été les critiques du régime des peines minimales obligatoires au fil des dernières années.

2.1.1 Les conséquences de cette peine minimale

L'ajout d'une peine minimale pour les fraudes de plus d'un million de dollars retire la discrétion normalement accordée au juge en matière de détermination de la peine. De façon plus spéci-

27. Cynthia KIRKBY et Dominique VALIQUET, Résumé législatif du *Projet de loi C-21 : Loi modifiant le Code criminel (peines pour fraude)*, publication n° 40-3-C21-F (7 mai 2010, révisé le 11 février 2011).

28. Art. 380 (1.1) C.cr.

29. Art. 11 i) de la Charte canadienne.

fique, ce dernier ne pourra désormais plus adapter la nature de la peine de même que sa sévérité aux circonstances particulières du contrevenant et à celles de l'affaire dont il est saisi.

2.1.1.1 La nature de la peine : emprisonnement dans un pénitencier

Comme le juge doit imposer une peine d'au moins deux ans d'emprisonnement, cette peine devra normalement être purgée dans un pénitencier fédéral³⁰. Le délinquant sera donc incarcéré avec d'autres délinquants ayant commis des crimes assez graves. Cette peine ne pourrait être purgée dans une prison provinciale que si le temps passé en détention préventive permettait de réduire la durée de la peine en deçà de deux ans³¹.

La peine d'emprisonnement minimale obligatoire a pour corollaire l'illégalité de l'imposition de certaines autres peines prévues au *Code criminel*. Ainsi, l'emprisonnement avec sursis devient impossible dans une pareille situation, puisqu'une telle modalité n'est permise que lorsque l'infraction en cause n'est pas assortie d'une peine minimale d'emprisonnement³². Le même principe s'applique pour la probation³³ et l'amende³⁴ comme seules peines (elles pourront toutefois être imposées en sus de l'emprisonnement), ainsi qu'à l'absolution³⁵, qu'elle soit conditionnelle ou inconditionnelle.

2.1.1.2 La durée de la peine : état de la jurisprudence

Cependant, l'ajout de cette peine minimale n'entraînera vraisemblablement que peu de changements sur les peines généralement imposées en matière de fraude de plus d'un million de dollars. Une étude de la jurisprudence en matière de détermination de la peine démontre effectivement que depuis 1997 (en tenant compte de la date des faits), la grande majorité des fraudes dont l'objet excédait un million de dollars a été punie par des

30. Art. 743.1(1)b) C.cr.

31. *R. c. Wust*, [2000] 1 R.C.S. 455.

32. Art. 742.1 C.cr.

33. Art. 731(1)a) C.cr.

34. Art. 734(1)a) C.cr.

35. Art. 730(1) C.cr.

peines d'emprisonnement de deux ans et plus³⁶. Seules quatre décisions constituent des exceptions.

Dans la première³⁷, la Cour provinciale du Manitoba condamne l'accusé à purger deux ans moins un jour d'emprisonnement avec sursis après qu'il eut été déclaré coupable d'avoir commis une fraude de plus de 1 500 000 \$ contre une banque et une compagnie, sans toutefois en bénéficier personnellement.

Dans la seconde³⁸, la Cour du Québec ordonne à l'accusé de purger une peine de deux ans moins un jour d'emprisonnement avec sursis alors que ce dernier avait orchestré une fraude d'environ 2 500 000 \$. Les deux victimes de ce stratagème étaient des banques au sein desquelles l'accusé n'occupait pas de position de confiance.

Dans l'affaire *Ratelle*³⁹, l'accusé a été condamné par la Cour d'appel du Québec à 18 mois de prison pour avoir commis une fraude fiscale d'un peu plus de 2 500 000 \$. Il s'agit d'une peine plus sévère que celle ayant été infligée à l'accusé en première instance, alors qu'il avait été condamné à une peine de 23 mois d'emprisonnement avec sursis.

Finalement, dans l'affaire *Leo-Mensah*⁴⁰, la Cour d'appel de l'Ontario a substitué une peine de 22 mois et un jour d'emprisonnement⁴¹ par une peine globale de 46 mois d'emprisonnement⁴² pour une fraude de 3 280 000 \$.

Un autre exemple aurait très bien pu s'ajouter à cette liste, mais la Cour d'appel du Québec a récemment augmenté à 36 mois d'emprisonnement une peine initiale de deux ans moins un jour d'emprisonnement avec sursis dans le cadre d'une fraude d'un peu plus de 4 000 000 \$ à laquelle l'accusée n'avait que très peu

36. Cette étude a été menée à partir des décisions répertoriées dans la base de données Quicklaw du 1^{er} janvier 1997 au 22 mars 2011.

37. *R. v. Loewen*, [2002] M.J. No. 298.

38. *R. v. Toman*, [2005] Q.J. No. 3694, appel rejeté : *R. c. Toman*, [2005] J.Q. n° 17879.

39. *R. c. Ratelle*, [2010] J.Q. n° 239.

40. *R. v. Leo-Mensah*, [2010] O.J. No. 712, demande d'autorisation à la C.S.C. rejetée : [2010] C.S.C.R. n° 170.

41. Pour lesquels 11 mois de détention préventive ont été comptabilisés en double, donc la peine effective était de un jour d'emprisonnement.

42. Pour lesquels 11 mois de détention préventive ont été comptabilisés en double, donc la peine effective était de 24 mois d'emprisonnement.

participé⁴³. Cette tendance de condamner les auteurs de fraudes d'envergure à des peines d'emprisonnement excédant deux ans est également confirmée dans l'affaire *Drabinsky*, où le juge Benotto s'exprime ainsi : « Penitentiary sentences have been imposed in large scale fraud cases ranging from 4 years to 15 years »⁴⁴.

Donc, même si, de façon générale, des peines de plus de deux ans de pénitencier sont imposées pour les fraudes de plus d'un million de dollars, ces quatre exceptions démontrent le besoin de flexibilité et de discrétion judiciaire dans le processus de détermination de la peine.

2.1.1.3 *La sévérité de la peine*

L'introduction de cette peine minimale dans les cas de fraude retire au juge sa discrétion et augmente la sévérité de la peine, particulièrement dans certaines situations. D'abord, tous les participants à l'infraction, que ce soit l'auteur principal, le complice ou le conseiller, sont visés par la peine minimale⁴⁵. Ainsi, le complice d'une fraude d'un million de dollars devra être condamné à la même peine minimale malgré le fait qu'il n'ait joué qu'un rôle mineur dans la commission de l'infraction et bien qu'il n'ait pas tiré profit du crime.

De plus, la notion « d'objet de la fraude », telle que définie par la Cour suprême dans l'arrêt *Théroux*⁴⁶, englobe beaucoup plus que les pertes réellement subies par les victimes. Selon cet arrêt, il suffit au poursuivant de démontrer l'existence d'un risque de privation⁴⁷. Le fait que les victimes n'aient pas vraiment perdu les sommes en question n'a donc aucune incidence. De la même façon, le montant faisant l'objet de la fraude ne sera pas diminué malgré un remboursement subséquent aux victimes, bien que le fait de rembourser ses victimes constitue un facteur atténuant dans la détermination de la peine. Suivant la portée de la notion de « l'objet de la fraude », deux contrevenants ayant fraudé pour plus d'un million de dollars pourraient se voir imposer la même peine

43. R. c. *Cioffi*, [2010] J.Q. n° 192, infirmant R. c. *Cioffi*, [2009] J.Q. n° 5373.

44. R. v. *Drabinsky*, [2009] O.J. No. 3282, par. 26. Voir également la jurisprudence citée à l'appui de cette décision.

45. Voir les articles 21(1)b) et c), 21(2) et 22 C.cr.

46. R. c. *Théroux*, [1993] 2 R.C.S. 5.

47. *Ibid.*

d'emprisonnement, malgré le fait que les pertes réelles des victimes ne soient pas équivalentes dans les deux cas. Le résultat absurde provoqué par cette situation potentielle soulève plusieurs questionnements sur l'objet de la fraude, particulièrement dans un contexte de peine minimale obligatoire : ce dernier ne devrait-il pas plutôt se définir comme étant les pertes réelles subies par les victimes afin de mieux respecter le principe de proportionnalité des peines⁴⁸ ?

Puisque le facteur déterminant pour l'imposition de la peine minimale constitue l'objet de la fraude, il s'avère probable que les avocats de la défense tentent de négocier le montant de la fraude dont leur client est accusé. Dans la même logique, seule l'infraction de fraude prévue à l'article 380 du *Code criminel* est visée par cette peine minimale, ce qui ouvre la porte à une négociation des chefs d'accusation (substituer un chef de fraude par un chef d'utilisation de faux, par exemple). Ces deux situations démontrent qu'il sera néanmoins possible de contourner la peine minimale, malgré son application à première vue unilatérale et automatique aux cas de fraude de plus d'un million de dollars⁴⁹.

Enfin, la peine minimale prévue en matière de fraude contraste, de par sa durée relativement longue, avec les autres peines minimales du *Code criminel*. En effet, cette peine minimale de deux ans constitue l'une des plus sévères prévues par la loi, en excluant les infractions armées et celles impliquant la mort d'un individu. Il s'agit d'une durée de plus de 16 fois supérieure à la peine minimale pour un contact sexuel avec un mineur (45 jours)⁵⁰ et du double de celle prévue pour la production de pornographie juvénile (1 an)⁵¹.

Tel qu'il fut démontré par certains exemples ci-haut, l'introduction d'une peine minimale d'emprisonnement en matière de fraude interfère sérieusement avec la discrétion judiciaire en matière de détermination de la peine. Il s'agit là de l'une des critiques les plus virulentes formulées par les nombreux opposants de ce régime.

48. Voir à ce sujet « *Go Directly to Jail : White Collar Sentencing After The Sarbanes-Oxley Act* » *supra*, note 4, p. 1746-1747.

49. Voir à ce sujet l'opinion du professeur Simon Roy présentée au Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles, le 3 mars 2011, p. 22 :165.

50. Art. 151a) C.cr.

51. Art. 163.1(2)a) C.cr.

2.1.2 Critiques du régime des peines minimales obligatoires

Le Barreau du Québec, dans ses commentaires au ministre de la Justice par rapport au projet de loi C-21, a réitéré son opposition à l'imposition d'une peine minimale d'emprisonnement⁵². D'ailleurs, le Barreau du Québec s'est toujours opposé à l'imposition de peines minimales puisqu'elles limitent la discrétion judiciaire. Plusieurs arguments ont été avancés à l'encontre du régime général des peines minimales obligatoires, et ce, sans égards à l'infraction visée par cette peine. D'un côté, l'imposition d'une peine minimale prévue par la loi serait contraire à certains objectifs et principes fondamentaux de détermination de la peine inscrits au *Code criminel*. De plus, le recours à ce type de sanction ne s'avérerait pas efficace en pratique pour lutter contre la criminalité, bien au contraire.

2.1.2.1 Les peines minimales contraires aux principes de détermination de la peine

Le *Code criminel* prévoit certains objectifs⁵³ et principes⁵⁴ devant normalement guider le juge lorsqu'il doit déterminer la peine applicable dans une situation précise. Or, plusieurs de ces objectifs et principes entrent en contradiction directe avec la notion même de peine minimale.

D'abord, le principe de proportionnalité de la peine à la gravité de l'infraction et au degré de responsabilité du délinquant⁵⁵, principe fondamental de détermination de la peine s'il en est un, voit son application pratiquement annulée⁵⁶. En effet, aucune exception à la peine minimale n'est possible, même lorsqu'il appert que l'une ou l'autre des composantes (gravité de l'infraction ou responsabilité du délinquant) est moindre⁵⁷. Le res-

52. Lettre de Gilles OUIMET, Bâtonnier du Québec, à l'honorable Robert Douglas Nicholson, ministre de la Justice et procureur général du Canada, ayant pour objet le Projet de loi C-21 : Loi modifiant le *Code criminel* (peines pour fraudes), Montréal, 8 juin 2010.

53. Voir l'article 718 C.cr.

54. Voir les articles 718.1 et 718.2 C.cr.

55. Art. 718.1 C.cr.

56. Anne-Marie BOISVERT, « Peines minimales obligatoires et exemptions constitutionnelles : la politique du pire », (2001) 31 *R.G.D.* 647.

57. Wade Riordan RAAFLAUB, *Les peines minimales obligatoires*, Bibliothèque du Parlement du Canada 2006.

pect de ce principe de proportionnalité implique nécessairement un degré de discrétion suffisant accordé au juge dans le processus de détermination de la peine, ce qui s'avère évidemment impossible dans un contexte de peine minimale⁵⁸.

Ensuite, le *Code criminel* prévoit, à son article 718.2a), que la peine doit être adaptée, entre autres, à la situation personnelle du délinquant. Encore une fois, ce principe d'individualisation de la peine est sacrifié au profit du régime de la peine minimale obligatoire⁵⁹. La situation devient d'autant plus alarmante puisque les juges ne peuvent « exprimer leur compassion à l'endroit des délinquants primaires et de jeunes adultes lesquels, faute de ségrégation carcérale, sont mélangés dans les pénitenciers avec des criminels endurcis »⁶⁰.

De plus, l'imposition d'une peine minimale s'applique sans aucun égard au principe de modération des peines établi par le législateur⁶¹. Ce dernier « invit[e] le juge à envisager la privation de liberté seulement après l'épuisement des sanctions alternatives à l'emprisonnement ». L'imposition d'une peine minimale s'avère bien entendu incompatible avec le fait de considérer quelque autre mesure pénale que ce soit.

Enfin, sous réserve des restrictions contenues dans la loi, la peine à imposer relève de la discrétion du juge⁶². Cependant, dans un contexte de peine minimale, ce pouvoir peut être indument délégué au poursuivant⁶³. En effet, « La possibilité d'une PMO [peine minimale obligatoire] entraîne parfois la suspension ou le retrait des accusations, ou encore une négociation de plaider en vue de faire modifier les chefs d'accusation parce que les avocats du ministère public jugent la PMO trop sévère » [nos ajouts]⁶⁴. La justesse de la peine serait également affectée par l'introduction

58. Jacques GAGNÉ, « *Les peines minimales obligatoires : Un effet pervers dans la lutte contre la criminalité* », Actes du 33^e Colloque de la Société de criminologie du Québec, *La peine, ça vaut la peine d'en parler*, 2007, disponible en ligne : <http://www.societecrimino.qc.ca/actescongres/pdf/bloc_a_atelier_6.pdf>.

59. *Ibid.*

60. *Ibid.*

61. Art. 718.2d) C.cr.

62. 718.3(1) C.cr.

63. *Supra*, note 57.

64. *Ibid.*

d'une peine minimale dans le Code, du moins selon un peu plus de la moitié des juges canadiens⁶⁵.

En plus de se heurter à plusieurs objectifs et principes de détermination de la peine, l'efficacité du régime des peines minimales obligatoires en laisse plus d'un perplexe.

2.1.2.2 Les peines minimales : efficaces dans la lutte contre la criminalité ?

Le projet de loi C-21, selon le ministère de la Justice, s'inscrit dans un effort de répression de la fraude d'envergure⁶⁶. L'imposition d'une peine minimale pour les fraudes excédant un million de dollars devrait donc, en toute logique, contribuer à la diminution du nombre de ces fraudes à grande échelle. Toutefois, si la tendance observée suite à l'introduction d'une peine minimale pour d'autres infractions se maintient, ce résultat serait fort surprenant. En effet, « Les périodes d'emprisonnement plus longues dues aux PMO [peines minimales obligatoires] [...] ne sont pas nécessairement compensées par la réduction de la criminalité et de la récidive »⁶⁷ [nos ajouts]. Plusieurs études menées aux États-Unis⁶⁸ et au Canada⁶⁹ abondent dans le même sens. Ainsi, « les PMO n'ont pas réussi en général à faire reculer la criminalité aux États-Unis »⁷⁰.

L'instauration d'une peine minimale obligatoire s'avèrerait également inefficace pour dissuader les contrevenants potentiels. Ainsi, en l'absence d'effet dissuasif, difficile de conclure à un effet répressif, ce qui constitue pourtant l'objectif visé par les mesures contenues dans le projet de loi C-21. L'Association canadienne de justice pénale s'exprime ainsi au sujet des peines minimales obligatoires :

Les peines minimales obligatoires et les peines consécutives ne dissuadent pas de la criminalité. Au contraire, des peines d'emprisonnement plus longues pourraient de fait contribuer à accroître les chances de récidive des contrevenants. Les délinquants ne s'arrê-

65. Julian V. ROBERTS, *Mandatory Sentences of Imprisonment in Common Law Jurisdictions : Some Representative Models* (2005), Ministère de la Justice du Canada à la p. 10.

66. *Supra*, note 27.

67. *Supra*, note 57.

68. Voir notamment *Ibid.*

69. *Ibid.*

70. *Ibid.*

tent tout simplement pas à considérer la *durée* de la peine qu'ils pourraient encourir avant de décider s'ils devraient ou non commettre un crime. Ils s'inquiètent davantage de savoir s'ils risquent d'être pris et punis pour ce crime. Conséquemment, les mesures qui misent sur la sévérité du châtement en tant que fondement de la détermination de la peine n'auront aucun effet dissuasif concret. [nos soulignements]⁷¹

Enfin, en plus de ne pas réellement contribuer à la répression du crime, les peines minimales obligatoires engendrent des coûts sociaux non négligeables. Dans une ère où la surpopulation carcérale constitue d'ores et déjà un enjeu important, nul doute que « l'utilisation abusive des PMO [peines minimales obligatoires] conduirait à un surpeuplement carcéral »⁷². L'hypothèse selon laquelle moins de plaidoyers de culpabilité seraient enregistrés dans le cas d'une infraction comportant une peine minimale étant fort plausible, il apparaît alors probable que le nombre de procès augmente. Cette augmentation amènerait une hausse corrélative des frais reliés à l'administration de la justice. En plus de provoquer la tenue de davantage de procès, ce mécanisme augmenterait sans doute le nombre d'appels⁷³.

En somme, l'ajout d'une peine minimale obligatoire ne révolutionnera certainement pas le droit en matière de détermination de la peine pour fraude, car la grande majorité des sentences rendues pour des fraudes dont l'objet excède un million de dollars prévoient déjà des peines d'emprisonnement supérieures à deux ans. Par contre, le retrait total de la discrétion auparavant accordée aux juges traduit une méfiance du pouvoir législatif envers le pouvoir judiciaire. Cette absence de discrétion enlève une flexibilité qui peut s'avérer très utile dans certaines situations précises. Également, l'objectif de répression de la fraude d'envergure, si prisé soit-il par le législateur, ne sera vraisemblablement pas rencontré avec l'ajout d'une peine minimale d'emprisonnement.

2.2 Les autres modifications apportées par la *Loi sur la défense des victimes de crimes en col blanc*

En plus de prévoir une nouvelle peine minimale pour les fraudes de plus d'un million de dollars, le projet de loi C-21 prévoit

71. ASSOCIATION CANADIENNE DE JUSTICE PÉNALE, Les peines minimales obligatoires : *Énoncé de principe*. Voir également *supra*, note 58.

72. *Supra*, note 57.

73. *Supra*, note 72.

d'autres mesures qui ont également pour but la répression de la fraude et la participation accrue des victimes dans le processus de détermination de la peine. Dans cette logique, la loi prévoit de nouveaux facteurs aggravants pour cette infraction, instaure de nouvelles règles relatives à des ordonnances que le juge peut rendre et, enfin, prévoit la possibilité, pour une personne, de faire une déclaration au nom d'une collectivité de victimes.

2.2.1 L'ajout de facteurs aggravants

En 2004, le législateur a ajouté un article 380.1 au *Code criminel*, article qui dressait la liste de plusieurs facteurs aggravants parmi lesquels on retrouvait, en premier lieu, le fait que la fraude commise avait une valeur supérieure à un million de dollars. La *Loi sur la défense des victimes de crimes en col blanc*⁷⁴ vient modifier cet article, premièrement, en enlevant ce premier facteur aggravant pour la fraude, car, dans ce cas, le juge est tenu d'imposer la peine minimale de deux ans d'emprisonnement⁷⁵. Cette loi modifie également cet article par l'ajout de quatre nouveaux facteurs aggravants.

Premièrement, l'alinéa 380.1 a) C.cr. prévoit désormais que « l'ampleur, la complexité, la durée ou le niveau de planification de la fraude commise est important ». Cet amendement législatif ne vient en fait que codifier l'état de la jurisprudence, car les tribunaux considéraient déjà ces éléments dans les jugements sur sentence rendus en matière de fraude⁷⁶. Par exemple, dans la tristement célèbre affaire *Lacroix*, le tribunal a considéré tous ces éléments afin de déterminer qu'une peine de 13 ans de pénitencier était appropriée :

Le Tribunal est d'avis que l'ampleur de la fraude, la durée, la complexité de l'arnaque, la préméditation, les conséquences dévastatrices sur la population et la confiance des justiciables en général dans le système financier demandent une peine exemplaire.⁷⁷

74. *Supra*, note 1.

75. Ce facteur aggravant demeure toutefois pour la manipulation frauduleuse d'opérations boursières, le délit d'initié et le faux prospectus : art. 380.1(1.1) C.cr.

76. *R. v. King*, [1998] A.J. No. 61 (C.A. Alta), par. 12 (pour l'ampleur, la durée et le degré de planification de la fraude) ; *R. c. Leo-Mensah*, [2010] O.J. n° 712 (C.A. Ont.) (pour l'ampleur de la fraude).

77. *R. c. Lacroix*, *supra*, note 11, par. 69.

Deuxièmement, le nouvel alinéa 380.1 c.1) C.cr. prévoit comme facteur aggravant le fait que « l'infraction a entraîné des conséquences importantes pour les victimes étant donné la situation personnelle de celles-ci, notamment leur âge, leur état de santé et leur situation financière ». Ce facteur aggravant n'est pas limité à la fraude, mais s'applique également à d'autres crimes économiques, soit la manipulation frauduleuse d'opérations boursières, le délit d'initié et le faux prospectus. Encore ici, cet amendement législatif s'inscrit dans la lignée des facteurs aggravants qui avaient été identifiés par les tribunaux. En effet, ceux-ci considéraient déjà, lors de la détermination de la peine, les conséquences néfastes du crime sur les victimes, qu'elles soient de nature économique ou même personnelle⁷⁸. Par exemple, le fait qu'une victime puisse faire des cauchemars, vivre une dépression ou un divorce suite à un crime économique pourra être considéré par le juge. D'ailleurs, dans cette logique, le Code prévoit déjà que le juge prend en considération la déclaration de la victime sur les dommages ou les pertes qu'elle a subis des suites de la commission de l'infraction⁷⁹.

Troisièmement, la nouvelle loi ajoute un alinéa e) à l'article 380.1 du *Code criminel*, qui prévoit comme autre facteur aggravant le fait que le délinquant « n'a pas satisfait à une exigence d'un permis ou d'une licence, ou à une norme de conduite professionnelle, qui est habituellement applicable à l'activité ou à la conduite qui est à l'origine de la fraude ». Le fait que la violation d'une norme réglementaire ou déontologique s'ajoute à la commission de la fraude militera donc pour une peine plus sévère. Par exemple, un professionnel qui frauderait ses clients en effectuant des transactions non autorisées dans son compte en fidéicomis serait visé par ce nouvel alinéa. Ce facteur aggravant était présent dans la jurisprudence, mais sous une autre forme. Comme les professionnels sont généralement en position de confiance par rapport à leurs clients, la jurisprudence identifie souvent, dans ce cas, le facteur aggravant général qui veut que l'infraction perpétrée constitue un abus de la confiance de la victime⁸⁰.

78. *R. v. Drakes*, [2009] O.J. No. 2886 (C.A. Ont.), par. 26.

79. Art. 722 C.cr.

80. Art. 718.2a) iii) C.cr. voir, par exemple, *R. v. Wirick*, [2009] B.C.J. No. 2479, par. 13 ; *R. c. Ferron*, [2000] J.Q. n° 2449, par. 10.

Finalement, constitue un nouveau facteur aggravant le fait que le délinquant « a dissimulé ou détruit des dossiers relatifs à la fraude ou au décaissement du produit de la fraude »⁸¹. Cet aspect réfère au comportement postdélictuel de l'accusé, qui peut être considéré dans la détermination de la peine. Lorsque le délinquant adopte, après la commission de son crime, un comportement qui aide l'administration de la justice, en plaçant coupable ou en collaborant avec les autorités, ce comportement sera considéré en sa faveur lors de la détermination de la peine. Il est donc logique que lorsqu'il tente de nuire à l'administration de la justice, en dissimulant de la preuve, par exemple, que cet élément soit considéré en sa défaveur.

En bref, les nouveaux facteurs aggravants ne viennent pas réellement modifier l'état du droit sur la question. Ils codifient la jurisprudence sur la détermination de la peine en matière de fraude. Ils prévoient donc des applications plus précises du principe général qui veut que la peine doive être proportionnelle à la gravité du crime et au degré de responsabilité du délinquant⁸². L'ampleur de la fraude, sa complexité, sa durée, sa planification, l'effet qu'elle a eu sur les victimes ne sont que des éléments qui permettent d'en établir la gravité. Le non-respect d'une norme professionnelle ainsi que la dissimulation de dossiers relatifs à la fraude témoignent, quant à eux, d'un degré de responsabilité du délinquant plus élevé.

Cette codification de la jurisprudence peut avoir deux buts, l'un étant plus louable que l'autre. Le législateur peut vouloir clarifier le droit, le *Code criminel* étant une source de droit plus accessible que la jurisprudence et plus élevée dans la hiérarchie des normes. Guidé par la primauté du droit, il peut avoir voulu éclairer le citoyen sur le droit applicable. Cet objectif est certainement très louable. Mais le législateur peut avoir eu un objectif plus politique lorsqu'il a adopté ces amendements. Guidé par ses priorités que sont la loi et l'ordre, le gouvernement a pu vouloir donner l'impression, en ajoutant des facteurs aggravants à la loi, que la loi serait dorénavant plus sévère, ce qui est de nature à contenter une partie de son électorat.

81. Art. 380.1f) C.cr.

82. Art. 718.1 C.cr.

2.2.2 L'ordonnance d'interdiction d'emploi

La *Loi sur la défense des victimes de crimes en col blanc*⁸³ ajoute au *Code criminel* un nouvel article 380.2, qui prévoit que le tribunal qui inflige une peine pour une fraude de plus de 5000 \$ peut, en plus de toute autre peine, interdire au délinquant de « chercher, d'accepter ou de garder un emploi ou un travail bénévole dans le cadre duquel il exerce ou exercerait un pouvoir sur les biens immeubles, l'argent ou les valeurs d'autrui ». Contrairement à la peine minimale, cette mesure est discrétionnaire, le tribunal ne rendra donc cette ordonnance que s'il le juge approprié. Le pouvoir de rendre une telle ordonnance ne se limite cependant pas aux fraudes de plus d'un million de dollars, elle pourrait donc être rendue dans un cas de fraude relativement mineur. Le Code ne prévoit pas non plus de durée maximale pour une telle ordonnance. Au contraire, elle pourra être rendue pour la période que le tribunal juge appropriée⁸⁴, cette période pouvant donc être très longue.

Le paragraphe 380.2(4) du Code prévoit désormais que le délinquant qui ne se conforme pas à une ordonnance d'interdiction d'emploi commet une infraction passible d'une peine maximale de deux ans d'emprisonnement.

Le Barreau du Québec a indiqué son inquiétude par rapport à cet article prévoyant un pouvoir très large, qui ne favorise pas la réinsertion sociale et qui pourrait même être interprété comme interdisant à un délinquant d'occuper un emploi de caissier dans un dépanneur⁸⁵. Heureusement toutefois, il préserve la discrétion judiciaire. Lorsqu'ils décident de rendre une telle ordonnance, les tribunaux pourront donc considérer comme facteur pertinent le lien entre la fraude et l'emploi qu'occupait le délinquant ainsi que l'impact de l'ordonnance sur les chances de réinsertion du délinquant.

2.2.3 L'ordonnance de dédommagement

La *Loi sur la défense des victimes des crimes en col blanc*⁸⁶ prévoit des mesures de nature à favoriser la considération, par le

83. *Supra*, note 1.

84. Art. 380.2(2) C.cr.

85. Gilles OUMET, *supra*, note 52.

86. *Supra*, note 1.

tribunal, de l'opportunité de dédommager les victimes. Le *Code criminel* prévoyait déjà la possibilité, pour le tribunal pénal, d'ordonner le dédommagement de certains dommages subis par les victimes suite à la commission de l'infraction⁸⁷. L'innovation apportée par la nouvelle loi consiste à obliger le tribunal à considérer cette possibilité pour les victimes de fraude et à s'enquérir, auprès du poursuivant, des mesures qui ont été prises pour offrir aux victimes l'occasion d'indiquer si elles réclament un dédommagement pour leurs pertes⁸⁸. Si la victime demande un tel dédommagement, le tribunal devra motiver toute décision de ne pas le lui accorder⁸⁹.

Le Barreau du Québec estime que cette disposition est problématique, car elle est de nature à affecter l'indépendance professionnelle du poursuivant et elle demande au juge de délaisser son rôle d'arbitre impartial⁹⁰. Si l'indemnisation des victimes de fraude est certes souhaitable, on peut se demander si ces mesures sont nécessaires.

2.2.4 La déclaration au nom d'une collectivité

Lors de la détermination de la peine, le tribunal prend en considération la déclaration de la victime sur les dommages ou les pertes qui lui ont été causés par la perpétration de l'infraction⁹¹. La nouveauté qu'apporte la *Loi sur la défense des victimes de crimes en col blanc*⁹² consiste en la possibilité pour une personne de faire une telle déclaration au nom d'une collectivité de victimes de fraude⁹³. Ainsi, si une fraude à grande échelle a fait un nombre important de victimes, elles peuvent mandater un représentant qui pourra faire une déclaration en leurs noms. Le Code ne prévoit cependant pas les conditions qui permettent à une personne de faire une telle déclaration collective. En fait, le Code ne prévoit pas même que le mandataire en question soit lui-même victime. Si une telle déclaration est faite, le tribunal pourra alors la prendre en considération lors de la détermination de la peine, mais il n'est pas obligé de le faire⁹⁴.

87. Art. 738 et 739 C.cr.

88. Art. 380.3(1) et (2) C.cr.

89. Art. 380.3(5) C.cr.

90. Gilles OUMET, *supra*, note 52.

91. Art. 722 C.cr.

92. *Supra*, note 1.

93. Art. 380.4(1) C.cr.

94. *Ibid.*

Toutes ces mesures législatives sont donc de nature soit à augmenter la sévérité des peines imposées en matière de fraude soit à assurer aux victimes une participation accrue dans le processus de détermination de cette peine.

CONCLUSION

Dans les dernières années, deux lois importantes sont venues modifier le régime de détermination de la peine en matière de fraude. Après que la peine maximale ait été augmentée, voici maintenant qu'une peine minimale est ajoutée pour les fraudes de plus d'un million de dollars. L'instauration d'une liste de facteurs aggravants, puis, l'ajout, plus récemment, de plusieurs facteurs à cette liste, s'inscrivent également dans cette logique.

À cela s'ajoute la modification du régime de libération conditionnelle qui fera en sorte que les délinquants reconnus coupables de fraude purgeront une partie plus importante de leur peine en établissement. En effet, la *Loi sur l'abolition de la libération anticipée des criminels*⁹⁵, adoptée en mars 2011, a récemment supprimé la procédure d'examen expéditif, ce qui a enlevé la possibilité aux délinquants reconnus coupables de fraude de demander leur semi-liberté après avoir purgé le sixième de leur peine. Ces nouvelles règles ont un effet rétroactif, car elles s'appliquent aux délinquants qui sont incarcérés dans un pénitencier au moment de l'entrée en vigueur de la loi. Ce caractère rétroactif de la loi a d'ailleurs soulevé plusieurs critiques⁹⁶.

Ces mesures ont toutes pour but de dissuader la criminalité financière en général et la fraude en particulier. Y parviendront-elles ? Cet objectif de dissuasion est particulièrement difficile à atteindre, compte tenu du profil particulier du fraudeur de grande envergure. Souvent plus âgé et plus instruit que les autres criminels, ayant un bon emploi, il a souvent des traits narcissiques qui le poussent à croire à sa supériorité et donc au fait qu'il ne se fera pas prendre⁹⁷. Le criminel à col blanc de grande envergure

95. L.C. 2011, c. 11.

96. Lettre de Gilles OUMET, bâtonnier du Québec, à l'honorable Vic Toews, Ministre de la Sécurité publique, ayant pour objet le Projet de loi C-59 intitulé *Loi modifiant la Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition (procédure d'examen expéditif)* et apportant des modifications corrélatives à d'autres lois (*Loi sur l'abolition de la libération anticipée des criminels*), 15 février 2011.

97. Gérard OUMET, « Criminel à col blanc de grande envergure : Un renard bien cravaté », *Cahiers de recherche HEC* n° 10-02 (juin 2010).

se caractérise également souvent par son machiavélisme et sa psychopathie⁹⁸. Compte tenu de son profil psychologique, la sévérité de la peine est un élément qui risque donc d'avoir moins de prise sur le fraudeur en puissance.

Compte tenu du nombre et de l'importance des scandales financiers survenus dans les dernières années au Québec et partout dans le monde, la prévention de la criminalité financière est sans conteste un objectif à atteindre. Malgré toutes les difficultés que ce but représente, nous ne pouvons qu'espérer que les nouvelles mesures y contribuent.

98. *Ibid.*

Premières interprétations des nouvelles dispositions sur les poursuites abusives et les poursuites-bâillons : la confusion des genres

Lucie LEMONDE et
Marie-Claude P. BÉLAIR

Résumé

La *Loi modifiant le Code de procédure civile pour prévenir l'utilisation abusive des tribunaux et favoriser le respect de la liberté d'expression et la participation des citoyens aux débats publics* est entrée en vigueur le 4 juin 2009. Dans un premier temps, les auteures rappellent les objectifs recherchés par les acteurs de la société civile ayant réclamé l'adoption d'une loi contre les poursuites-bâillons. Puis, elles font état des choix qui ont été privilégiés par le législateur parmi les solutions proposées par un comité d'expert et par les groupes de défense des droits. Elles analysent ensuite les décisions rendues au cours des deux années suivant l'entrée en vigueur des nouveaux articles 54.1 à 54.6 C.p.c. pour tenter d'évaluer si les objectifs visés, soit la protection de la liberté d'expression et de la participation citoyenne aux débats publics, l'interruption rapide des *poursuites-bâillons*, la dissuasion des initiateurs de telles poursuites, le maintien de l'intégrité de l'institution judiciaire et l'accès à la justice, ont été atteints et si un changement de culture juridique s'est produit. Elles concluent que le souhait du législateur de faire en sorte que les tribunaux n'hésitent plus à intervenir en cas d'abus ou d'apparence d'abus ne s'est pas vraiment réalisé et que les choix législatifs ont entraîné une confusion des genres.

Premières interprétations des nouvelles dispositions sur les poursuites abusives et les poursuites-bâillons : la confusion des genres

Lucie LEMONDE* et
Marie-Claude P. BÉLAIR**

INTRODUCTION	277
1. LES DROITS EN JEU ET LES OBJECTIFS RECHERCHÉS	279
1.1 Les droits en jeu	279
1.1.1 La liberté d'expression et le droit de participer aux débats publics	279
1.1.2 Le droit d'accès à la justice et le droit à un procès équitable	280
1.2 Les objectifs recherchés	280
1.3 Les solutions proposées	281
2. LES CHOIX DU LÉGISLATEUR.	283
2.1 Le préambule	284
2.2 Le regroupement des formes de poursuites abusives et l'abrogation des articles 75.1 et 75.2 C.p.c. . . .	285

* Professeure, Département des sciences juridiques, UQAM.

** L.L.B., Département des sciences juridiques, UQAM. Les auteures remercient la Fondation du Barreau pour l'octroi d'une subvention qui a permis la réalisation de la recherche.

2.3	La définition d'abus	285
2.4	Le fardeau de la preuve	286
2.5	La provision pour frais	286
2.6	Les sanctions possibles	287
2.7	Le rapport sur la mise en œuvre de la loi	288
3.	L'INTERPRÉTATION JURISPRUDENTIELLE	288
3.1	La participation aux débats publics et la diffamation.	288
3.2	Les sources d'interprétation	291
3.2.1	Le recours à l'intention du législateur	291
3.2.2	L'intégration des principes de prudence et de retenue	292
3.3	La procédure abusive	295
3.3.1	La qualification de l'abus	295
3.3.2	Le fardeau de la preuve	298
3.3.2.1	L'exercice de la liberté d'expression dans le contexte de débats publics	298
3.3.2.2	La démonstration sommaire	300
3.3.2.3	L'effet de la poursuite sur la liberté d'expression ou son objectif	302
3.3.2.4	Les critères d'identification de l'abus ou de l'apparence d'abus	303
3.3.3	Le renversement du fardeau de la preuve	306
3.3.4	La décision de rejet	308

3.3.5	Les autres sanctions de l'abus.	310
3.3.5.1	Les dommages compensatoires	310
3.3.5.2	Les dommages punitifs	312
3.3.5.3	La responsabilité des administrateurs	314
3.3.6	L'imposition de mesures dans les cas d'apparence d'abus.	315
3.3.6.1	La gestion de l'instance	316
3.3.6.2	La provision pour frais	317
3.3.6.3	Le cautionnement pour frais	318
4.	DISCUSSION SUR L'ATTEINTE DES OBJECTIFS	319

INTRODUCTION

La *Loi modifiant le Code de procédure civile pour prévenir l'utilisation abusive des tribunaux et favoriser le respect de la liberté d'expression et la participation des citoyens aux débats publics*¹ a été adoptée à l'unanimité par l'Assemblée nationale le 3 juin 2009. Cette adoption est survenue après trois ans de mobilisation contre les poursuites-bâillons ou, selon l'expression américaine, les *Strategic Lawsuits Against Public Participation* (SLAPP)². Les poursuites-bâillons sont des poursuites abusives intentées par des entreprises, des institutions ou des particuliers contre des groupes de pression ou des individus qui dénoncent publiquement leurs activités. Ces poursuites stratégiques sont entreprises non pas dans le but de gagner en cour, mais plutôt de réduire l'adversaire au silence, l'épuiser par la lourdeur et le coût du processus judiciaire et décourager d'autres personnes à s'engager dans le débat public. Il s'agit d'une forme d'intimidation judiciaire qui a pour effet de limiter l'exercice de la liberté d'expression.

Le Québec est la seule province au Canada, et, à notre connaissance, la première juridiction de tradition civiliste, à posséder une loi destinée à prévenir et à mettre un terme rapidement aux poursuites abusives contre la participation aux débats publics et à assurer un meilleur équilibre financier des parties devant la justice. L'objectif de cet article est d'analyser comment les nouvelles dispositions ont été interprétées par les tribunaux à ce jour pour voir si les objectifs visés sont atteints et si le changement de culture juridique qu'elles avaient le potentiel d'induire s'est produit.

Nous commençons par rappeler les objectifs recherchés par les acteurs de la société civile ayant réclamé une intervention du législateur. Puis, nous faisons état des choix qui ont été privilégiés par celui-ci parmi les solutions proposées par un comité d'experts

1. L.Q. 2009, c. 12.

2. La paternité de l'acronyme SLAPP revient à deux chercheurs de l'Université de Denver, auteurs du premier ouvrage sur la question : George W. PRINGET et Penelope CANAN, *SLAPPs. Getting Sued for Speaking Out*, Philadelphie, Temple University Press, 1996.

formé par les professeurs Daniel Jutras, Pierre Noreau et Roderick Macdonald³ et celles mises de l'avant par les groupes de défense des droits, les groupes écologistes, les syndicats, devant la Commission des institutions.

Nous analysons ensuite la jurisprudence pertinente. Nous avons répertorié, entre le 4 juin 2009 et le 4 juin 2011, soit au cours des deux années suivant l'entrée en vigueur des articles 54.1 à 54.6 du *Code de procédure civile*⁴, deux cent quatre-vingts (280) décisions invoquant les nouvelles dispositions de cette loi. Nous avons tenu compte aussi de trois décisions rendues au cours de l'été 2011 touchant des cas de poursuites-bâillons. De l'ensemble des décisions, seules sept affaires concernent spécifiquement une poursuite-bâillon⁵. Dans deux autres cas, les juges concluent qu'ils ne sont pas en présence d'une telle poursuite même si les faits impliquent l'exercice de la liberté d'expression dans le contexte de débats publics⁶. Toutes les autres décisions concernent des poursuites qui, auparavant, auraient été jugées en vertu des défunts articles 75.1 et 75.2 C.p.c.

Finalement, nous nous demandons si le souhait du législateur de faire en sorte que les tribunaux n'hésitent plus à intervenir en cas d'abus ou d'apparence d'abus s'est réalisé et si les choix législatifs ont permis d'atteindre les objectifs de favoriser le respect de la liberté d'expression et la participation citoyenne aux débats publics de même que d'assurer l'égalité d'accès à la justice. Cette discussion est importante puisque le ministre de la Justice doit, au plus tard le 1^{er} octobre 2012, présenter au gouvernement un rapport sur la mise en œuvre de la loi.

3. Ce comité a été mis sur pied par le ministre de la Justice d'alors, M. Yvon Marcoux, en octobre 2006.

4. *Code de procédure civile*, L.R.Q., c. C-25. Nous avons consulté les sites *Azimet et jugement.qc.ca* à l'aide des mots-clés « 54.1 » et « liberté » et « expression ».

5. *Trace Foundation c. Centre For Research On Globalization*, (CRG) 2010 QCCS 2119 [Trace Foundation] ; requête pour permission d'appeler accueillie à 2010 QCCA 1444 ; *Complexe Estrie Environpôle c. Lavigne*, 2010 QCCS 3761 [Lavigne] ; *Constructions Infracab inc. c. Drapeau*, 2010 QCCS 17343 [Drapeau] ; 2332-4197 *Québec inc. c. Galipeau inc.*, 2010 QCCS 3427 [Galipeau n° 1] et 2011 QCCS 2332 [Galipeau n° 2] ; *Acadia Subaru c. Michaud*, 2011 QCCA 1037 [Acadia Subaru] (permission d'appeler refusée le 9 janvier 2012, CSC, n° 34383) ; 3834310 *Canada inc. c. Lapointe*, 2011 QCCS 4014 [Lapointe] ; *Barrick Gold Corporation c. Éditions Écosociété inc.*, 2011 QCCS 4232 [Barrick Gold].

6. *Association des propriétaires de Boisés de la Beauce c. Monde Forestier*, 2010 QCCQ 1468 [Monde forestier] ; *Garderie Loulou de Marieville inc. c. Lapierre*, 2010 QCCS 5485 [Garderie Loulou].

1. LES DROITS EN JEU ET LES OBJECTIFS RECHERCHÉS

En 2007, les experts nommés par le gouvernement ont conclu qu'une intervention législative était nécessaire pour endiguer la pratique des poursuites-bâillons qui constituent non seulement une véritable menace pour la démocratie participative, mais également un détournement des finalités de la justice⁷.

1.1 Les droits en jeu

1.1.1 *La liberté d'expression et le droit de participer aux débats publics*

La liberté d'expression comprend le droit d'exprimer tout message politique, économique, artistique, social. Selon la Cour suprême du Canada, « la liberté d'expression a été consacrée par notre Constitution et est garantie dans la Charte québécoise pour assurer que chacun puisse manifester ses pensées, ses opinions, ses croyances, en fait, toutes les expressions du cœur ou de l'esprit, aussi impopulaires, déplaisantes ou contestataires soient-elles »⁸. Même des propos diffamatoires « d'une virulence malsaine » sont permis dans une société libre et démocratique⁹.

Cette liberté comprend également le droit à l'information et la liberté de presse. Brimer la liberté d'expression des groupes de pression et des individus engagés socialement implique donc aussi une atteinte au droit du public d'être informé et de se forger une opinion critique, libre et éclairée, sur un sujet donné. La démocratie repose sur la libre circulation de l'information, même celle en dehors du courant dominant. Les poursuites-bâillons ont un « chilling effect », un effet refroidissant, susceptible d'écarter des citoyens de la prise de décisions collectives et d'entraîner une régression majeure du principe de la démocratie participative.

7. Québec, ministère de la Justice, *Les poursuites stratégiques contre la mobilisation publique – les poursuites-bâillons (SLAPP)*, rapport du Comité au ministre de la Justice par Roderick A. Macdonald (président), Pierre Noreau et Daniel Jutras, Montréal, 15 mars 2007, p. 76, en ligne : <www.justice.gouv.qc.ca/Francais/publications/rapports/pdf/slapp.pdf> (ci-après « rapport Macdonald »).

8. *Irwin Toy Ltd. c. Québec (P.G.)*, [1989] 1 R.C.S. 927, 968.

9. *Genex Communications inc. c. Association québécoise de l'industrie du disque, du spectacle et de la vidéo*, 2009 QCCA 2201, par. 29, commentant la décision de la Cour suprême dans l'affaire *WIC Radio Ltd. c. Simpson*, [2008] 2 R.C.S. 420.

Ces poursuites soulèvent un grave problème d'instrumentalisation du système judiciaire. Ces poursuites stratégiques constituent un détournement des fins de la justice en vue de restreindre l'exercice de droits constitutionnels, la liberté d'expression et la liberté d'association.

1.1.2 Le droit d'accès à la justice et le droit à un procès équitable

La pratique des poursuites-bâillons met aussi en évidence le déséquilibre et l'inégalité dans l'accès à la justice. Il y a souvent dans ce genre de poursuites non seulement déséquilibre dans les ressources financières entre les parties, mais aussi dans l'accès aux services de professionnels du droit et aux experts. L'inégalité des armes est parfois si importante qu'elle entraîne une violation du droit à un procès juste et équitable comme l'a conclu la *Cour européenne des droits de l'homme* dans la célèbre affaire du *McLibel Case*¹⁰.

1.2 Les objectifs recherchés

Selon le rapport Macdonald, bien que certaines dispositions du droit québécois aient pu être invoquées par une victime de poursuite-bâillon, celles-ci n'offraient pas une protection appropriée à cause de l'interprétation judiciaire restrictive et des difficultés inhérentes au fardeau de preuve. Ainsi, la possibilité prévue à l'article 75.1 C.p.c. de rejeter une action frivole ou manifestement mal fondée fait l'objet d'une grande retenue de la part des tribunaux puisque cela a pour effet de priver la partie de son droit de se faire entendre¹¹. L'article 165(4) C.p.c., faisant l'objet de la même retenue, ne constitue pas non plus un moyen de défense efficace lors d'une poursuite-bâillon.

Constatant les faiblesses du droit alors en vigueur, les auteurs du rapport Macdonald recommandaient au ministre de la Justice d'intervenir. Pour eux, l'intervention du législateur devait viser les objectifs suivants : « 1) la protection du droit à la liberté d'expression et d'opinion politique ; 2) l'interruption rapide des *poursuites-bâillons* en cours d'instance ; 3) la dissuasion des ini-

10. *Steel et Morris c. Royaume-Uni*, Requête n° 68416/01, CEDH, 2004.

11. *Viel c. Entreprises immobilières du terroir ltée*, [2002] RJQ 1262 ; *Royal Lepage commercial inc. c. 109650 Canada Ltd.*, 2007 QCCA 915.

tiateurs de SLAPP ; 4) le maintien de l'intégrité et des finalités de l'institution judiciaire ; 5) l'accès à la justice »¹².

1.3 Les solutions proposées

Pour atteindre ces objectifs, trois options législatives étaient mises de l'avant dans le rapport. La première option consistait en l'adoption d'une loi spécifique contre les poursuites-bâillons reconnaissant le droit à la participation publique et prévoyant l'établissement d'une procédure judiciaire spécifique d'urgence, le renversement du fardeau de la preuve, le versement d'une provision pour frais et l'octroi de dommages-intérêts exemplaires. La deuxième option était la modification de l'article 75.1 du *Code de procédure civile* pour permettre le rejet d'une procédure « alors même qu'elle paraît fondée est vexatoire, excessive, abusive ou dilatoire, ou susceptible de constituer un détournement des finalités de la justice ». Cette nouvelle disposition, précisaient les auteurs, devrait être interprétée largement en tenant compte du contexte général des relations entre les parties et du droit fondamental à la liberté d'expression, de manière à rendre possible le rejet de la requête principale même dans les cas où subsiste une apparence de droit. Enfin, la troisième option consistait en l'adoption, dans le cadre d'une loi spécifique dédiée à favoriser la participation des citoyens au débat public et à l'exercice de la liberté d'expression, des modifications au *Code de procédure civile* de la deuxième option¹³.

Des audiences publiques sur la réforme du *Code de procédure civile* et sur les poursuites stratégiques contre la mobilisation publique ont été tenues en février 2008 par la Commission des institutions. Trente groupes¹⁴ ont participé à cette consultation générale et ont réclamé une intervention législative en vue d'une meilleure protection du droit des citoyens et des citoyennes à participer aux débats publics¹⁵. Seul le Barreau du Québec jugeait

12. Rapport Macdonald, *supra*, note 7, p. 76.

13. Rapport Macdonald, *supra*, note 7, p. 77-82.

14. Soit plusieurs groupes écologistes, des syndicats, des organisations de défense des droits, des associations de consommateurs ainsi que la *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*.

15. Pour consulter les mémoires, voir : Québec, Assemblée nationale, « Mémoires déposés lors de la consultation générale sur la réforme du Code de procédure civile et les poursuites stratégiques contre la mobilisation publique (SLAPP) », en ligne : [www.assnat.qc.ca/fra/38legislature1/commissions/Ci/depot-Code-SLAPP.html] (19 janvier 2010).

qu'il était « prématuré d'effectuer des modifications législatives et de bâtir dans l'abstrait »¹⁶. Tout en se disant sensible aux problèmes suscités par ces poursuites, dont l'accès à la justice, l'intégrité du système judiciaire et la liberté d'expression, le Barreau estimait que le dossier n'était pas assez mûr et l'ampleur du phénomène au Québec pas assez documentée pour justifier une intervention législative.

Plusieurs organismes, dont la Ligue des droits et libertés et la *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse* (CDPDJ), étaient d'avis que l'intervention législative devait reposer sur les objectifs identifiés dans le rapport Macdonald. Parmi les trois solutions proposées dans le rapport, les deux organismes de défense des droits, de même que la Confédération des syndicats nationaux (CSN), privilégiaient la première.

Pour eux, la simple modification de l'article 75.1 C.p.c. serait insuffisante et inefficace car elle « ne répond pas à l'urgent besoin de reconnaître solennellement le droit à la participation des citoyens au débat public et, d'autre part, elle donnera lieu à une foule d'interprétations jurisprudentielles et de controverses devant les tribunaux »¹⁷. La CSN écrivait dans son mémoire :

Cette solution paraît nettement insuffisante. Elle ne change rien au fait qu'il demeurera extrêmement difficile d'obtenir un rejet préliminaire d'action. Nous sommes convaincus que les tribunaux continueront à se montrer peu réceptifs à mettre un terme à une poursuite sans qu'il n'y ait eu procès au fond. C'est actuellement le cas, et l'ajout des termes « procédures vexatoires ou excessive » n'y changera rien.¹⁸

Pour la Ligue, la CSN et la CDPDJ, l'adoption d'une loi-cadre, reconnaissant officiellement le droit à la participation citoyenne aux débats publics et ayant pour objet de favoriser

16. Lettre de Michel Doyon, bâtonnier du Québec, à Lise Thériault, présidente de la Commission des institutions, 1^{er} février 2008, p 2 et 3, en ligne : <www.bibliotheque.assnat.qc.ca/01/mono/2008/02/962089.pdf>.

17. Ligue des droits et libertés, *Les poursuites contre la mobilisation publique – les poursuites-bâillons (SLAPP). Mémoire présenté à la Commission des institutions*, Montréal, 1^{er} février 2008, p. 22 ; accessible sur le site de l'Assemblée nationale du Québec.

18. Confédération des syndicats nationaux (CSN), *Mémoire présenté par la Confédération des syndicats nationaux à la Commission des institutions sur la réforme du Code de procédure civile et les poursuites stratégiques contre la mobilisation publique*, Montréal, 30 janvier 2008, p. 34 ; accessible sur le site de l'Assemblée nationale du Québec.

l'accès à la justice et de rétablir le déséquilibre financier entre les parties, était la meilleure option. Ces organismes recommandaient aussi la création d'un fonds d'aide aux victimes de poursuites-bâillons pour couvrir les frais d'une requête en rejet de la poursuite abusive.

2. LES CHOIX DU LÉGISLATEUR

Quelques jours après la fin des audiences, le ministre de la Justice déposait le projet de loi n° 99 intitulé *Loi modifiant le Code de procédure civile pour prévenir l'utilisation abusive des tribunaux et favoriser le respect de la liberté d'expression et la participation des citoyens aux débats publics*¹⁹. C'est finalement la troisième option du rapport Macdonald qui a été retenue.

Les groupes impliqués dans le processus ont accueilli le projet de loi de façon assez positive, mais regrettaient le choix de la troisième option plutôt que la première. Pour eux, outre ce choix, le projet était plutôt satisfaisant en raison, notamment, du préambule qui exprime clairement la volonté de reconnaître le problème et de s'y attaquer sérieusement, de la possibilité de condamner les personnes à l'origine de ces poursuites à des dommages-intérêts compensatoires et punitifs et du pouvoir de condamner personnellement les administrateurs et les dirigeants de la personne morale ayant participé à la décision de poursuivre de manière abusive.

À leur avis toutefois, certains aspects du projet de loi demeuraient perfectibles. Les groupes réclamaient un allègement du fardeau de la preuve, estimant que la nécessité de démontrer, *à sa face même*, l'abus était trop onéreuse. Ils demandaient aussi une modification des critères d'octroi de la provision pour frais, jugeant que la preuve de « motifs sérieux » et de l'« impossibilité de valablement faire valoir son point de vue » était trop exigeante et ne permettait pas d'atteindre l'objectif de « veiller à favoriser un meilleur équilibre dans les forces économiques » énoncé dans le préambule. Ils recommandaient finalement l'introduction d'un mécanisme d'évaluation de la loi auquel devraient prendre part les groupes et les citoyens ayant eu à y recourir²⁰.

19. 1^{re} sess., 38^e légis. (Qc).

20. Ligue des droits et libertés, *Pour une protection efficace des victimes des poursuites-bâillons. Mémoire présenté à la Commission des institutions sur le projet de*

Ce projet de loi est mort au feuillet à cause du déclenchement des élections en novembre 2008. En avril suivant, la nouvelle ministre, Madame Weil, a déposé le projet de loi n° 9, portant le même titre que le précédent²¹.

2.1 Le préambule

Le préambule de la loi est inséré dans le *Code de procédure civile* et se lit comme suit :

CONSIDÉRANT l'importance de favoriser le respect de la liberté d'expression consacrée dans la Charte des droits et libertés de la personne ;

CONSIDÉRANT l'importance de prévenir l'utilisation abusive des tribunaux, notamment pour empêcher qu'ils ne soient utilisés pour limiter le droit des citoyens de participer à des débats publics ;

CONSIDÉRANT l'importance de favoriser l'accès à la justice pour tous les citoyens et de veiller à favoriser un meilleur équilibre dans les forces économiques des parties à une action en justice.²²

L'insertion d'un préambule dans une loi est une chose inusitée. Comme l'écrit le professeur Pierre-André Côté, « il est rare de nos jours qu'un préambule précède le dispositif d'une loi publique. Lorsque c'est le cas, le texte du préambule est réputé faire partie de la loi et peut donc servir « à en expliquer l'objet et la portée »²³. Dans ses remarques introductives lors de son adoption à l'Assemblée nationale, la ministre de la Justice a expliqué que le projet de loi comportait exceptionnellement un préambule afin de « renforcer le message que le législateur souhaite faire part à la population, soit que la liberté d'expression est fondamentale et qu'il importe d'empêcher ou, à tout le moins, de contrer l'utilisa-

loi 99 : *Loi modifiant le Code de procédure civile pour prévenir l'utilisation abusive des tribunaux et favoriser le respect de la liberté d'expression et la participation des citoyens aux débats publics*, Montréal, octobre 2008, p. 6 et 9, en ligne : <www.assnat.qc.ca/fra/38legislature1/commissions/ci/depot-pl99-codeprocedurecivile.html>.

21. *Loi modifiant le Code de procédure civile pour prévenir l'utilisation abusive des tribunaux et favoriser le respect de la liberté d'expression et la participation des citoyens aux débats publics*, 1^{re} sess., 39^e légis. (Qc).
22. Voir la version officielle du Code de procédure civile du Québec mis à jour. Publications du Québec. « Code de procédure civile du Québec » Publications du Québec. Lois et règlements, en ligne : <http://www2.publicationsduquebec.gouv.qc.ca/dynamicSearch/telecharge.php?type=2&file=/C_25/C25.html>.
23. Pierre-André CÔTÉ, *Interprétation des lois*, 3^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 1999, p. 72.

tion abusive des tribunaux, favorisant ainsi l'accessibilité à la justice pour l'ensemble des citoyens »²⁴.

La loi crée une nouvelle section dans le chapitre sur les pouvoirs des tribunaux et des juges du *Code de procédure civile* s'intitulant « Du pouvoir de sanctionner les abus de la procédure ». Elle octroie le pouvoir aux tribunaux, « à tout moment, sur demande et même d'office »²⁵, de constater un abus ou une apparence d'abus et de sanctionner son auteur. Elle intègre certaines améliorations proposées par les groupes dans leurs mémoires à la Commission des institutions.

2.2 Le regroupement des formes de poursuites abusives et l'abrogation des articles 75.1 et 75.2 C.p.c.

La loi abroge les articles 75.1 et 75.2 du *Code de procédure civile*. Le législateur a opté pour le regroupement en une seule disposition de toutes les formes de procédures abusives, tant les poursuites manifestement mal fondées ou dilatoires, que celles issues d'un comportement quérulent et les poursuites-bâillons. Lors de l'étude détaillée du projet de loi, la ministre a expliqué ce choix par la volonté de « respecter l'économie générale du *Code de procédure civile* », « de faire un tout », « d'éviter que l'on se retrouve avec deux régimes »²⁶. En réponse à la crainte que la nouvelle disposition fasse l'objet de la même interprétation restrictive que l'ancien article 75.1 C.p.c. et de la même réticence des tribunaux à rejeter une action au stade préliminaire, la ministre a répondu que « la disposition aborde la question de l'abus d'une manière beaucoup plus large que ne le fait actuellement l'article 75.1 » et qu'elle vise à offrir aux tribunaux « des moyens additionnels lorsqu'ils sont confrontés à de possibles abus »²⁷.

2.3 La définition d'abus

L'abus, selon l'article 54.1, peut résulter du détournement des fins de la justice, notamment si cela a pour effet de limiter la

24. *Journal des débats*, le mercredi 3 juin 2009 – Vol. 41, n° 39.

25. Art. 54.1 C.p.c.

26. Québec, Assemblée nationale, *Journal des débats de la Commission permanente des institutions*, 1^{re} sess., 39^e légis., 26 mai 2009, « Étude détaillée du projet de loi n° 9 – Loi modifiant le *Code de procédure civile* pour prévenir l'utilisation abusive des tribunaux et favoriser le respect de la liberté d'expression et la participation des citoyens aux débats publics », 11 h 40.

27. *Ibid.* 12 h 10.

liberté d'expression d'autrui dans le contexte de débats publics. Le législateur a retenu la formulation privilégiée par la *Ligue des droits et libertés*, en parlant de la procédure qui *a pour effet* de limiter la liberté d'expression plutôt que celle qui avait été proposée dans le rapport Macdonald, à savoir la procédure qui *visé* à limiter la liberté. La Ligue pensait que cette formulation éviterait à la partie défenderesse d'avoir à prouver l'intention de nuire et de restreindre la liberté. La conseillère juridique de la ministre de la Justice, Me Marie-Josée Longtin, pensait la même chose en disant lors de l'étude détaillée du projet de loi : « On a évité l'utilisation du mot « visant à » pour éviter justement que la partie ait à faire une preuve ou donner des éléments de preuve sur l'intention ».

2.4 Le fardeau de la preuve

Selon l'article 54.2, si une partie établit sommairement que la demande en justice ou l'acte de procédure peut constituer un abus, il y a alors renversement du fardeau de la preuve sur l'autre partie. Le législateur a retenu les suggestions des groupes en employant les termes « sommairement » et « peut constituer un abus » plutôt que ceux employés dans le projet de loi n° 99, soit l'obligation de prouver que la demande en justice « constitue, à sa face même, un abus ».

Le législateur a toutefois refusé de créer une présomption d'abus lorsque la poursuite survient après l'exercice de la liberté d'expression dans le contexte de débats publics. Selon Madame Weil, l'équilibre est atteint avec la preuve sommaire et le renversement du fardeau de la preuve qui s'ensuit. Elle affirme que le fardeau primaire « n'est pas très onéreux », est « très léger » mais que « c'est le minimum que ça prend pour que le juge puisse déterminer qu'il y a une poursuite abusive »²⁸.

2.5 La provision pour frais

S'il ne rejette pas l'action, mais qu'il y a abus ou apparence d'abus, le tribunal peut prendre diverses mesures pour assurer l'équité du procès et la saine administration de la justice. L'article 54.3, al. 2(5°) prévoit que le juge peut ordonner au poursuivant de verser une provision pour frais « si les circonstances le justifient et s'il constate que sans cette aide cette partie risque de se retrouver

28. *Ibid.* 15 h 22.

dans une situation économique telle qu'elle ne pourrait faire valoir son point de vue valablement ».

Le législateur ne retient donc pas l'idée de mettre sur pied un fonds d'aide aux victimes d'une poursuite-bâillon, comme le suggéraient les auteurs du rapport Macdonald et les organismes actifs dans le dossier. Tout en reconnaissant le fait que la provision pour frais n'est que rarement accordée, la ministre de la Justice a précisé que son intention était de faire en sorte que les tribunaux n'hésitent plus à intervenir pour rétablir un équilibre entre les forces économiques des parties et que la jurisprudence restrictive à cet effet devrait être écartée. Elle s'exprime ainsi : « Avec le préambule qu'on a, avec tout l'esprit de ce projet de loi, on encourage évidemment le juge à être interventionniste »²⁹.

2.6 Les sanctions possibles

Dans le cas où une poursuite est abusive, le tribunal peut, selon l'article 54.4, « condamner une partie à payer, outre les dépens, des dommages-intérêts en réparation du préjudice subi par une autre partie, notamment pour compenser les honoraires et débours extrajudiciaires que celle-ci a engagés ou, si les circonstances le justifient, attribuer des dommages-intérêts punitifs ». Selon la ministre Weil, « cet article vise principalement à permettre la réparation du préjudice subi par la partie victime d'une procédure abusive, mais il est également une mesure de dissuasion importante, puisqu'une partie sera plus hésitante à intenter une procédure qu'elle sait abusive si elle peut être tenue de dédommager la victime »³⁰.

Il est également possible, en vertu de l'article 54.6, de condamner personnellement les administrateurs et les dirigeants d'une personne morale au paiement de dommages-intérêts. Lors de l'étude détaillée du projet de loi à l'Assemblée nationale, la ministre Weil a expliqué que cette disposition « visant la répression des poursuites abusives en employant des mécanismes réparateurs et dissuasifs »³¹.

29. *Ibid.* 16 h 10.

30. *Ibid.* 17 h 10.

31. *Ibid.* 17 h 30.

2.7 Le rapport sur la mise en œuvre de la loi

Le législateur a répondu favorablement à la demande des groupes concernant un mécanisme de révision de la loi. Il est en effet prévu à l'article 7 de la loi que : « Le ministre de la Justice doit, au plus tard le 1^{er} octobre 2012, présenter au gouvernement un rapport sur la mise en œuvre de la présente loi [...] ». Madame Weil a expliqué que, comme nous étions en présence de droit nouveau, « il y a plusieurs aspects de ce projet de loi qu'on va vouloir surveiller, regarder, observer, étudier pour voir comment les tribunaux vont réagir à ces nouvelles dispositions, comment les parties vont réagir. Est-ce qu'on aura réussi à réduire le nombre ou est-ce que vraiment la portée dissuasive de ce projet de loi aura fonctionné »³² ?

3. L'INTERPRÉTATION JURISPRUDENTIELLE

Avant de procéder à l'analyse des décisions portant sur les nouvelles dispositions, il nous semble important de faire état rapidement de l'évolution du droit de la diffamation et de son actualisation en fonction du respect de la liberté d'expression.

3.1 La participation aux débats publics et la diffamation

Les poursuites-bâillons, lorsqu'elles prennent la forme d'une poursuite en diffamation, impliquent la confrontation entre deux valeurs fondamentales, à savoir la protection contre l'atteinte à la réputation, d'une part, et la liberté d'expression, d'autre part. Comme l'a écrit la Cour supérieure dans l'affaire *Barrick Gold*, ces deux droits ne s'opposent pas mais se concilient³³.

Dans l'arrêt *Hill c. Église de scientologie de Toronto*³⁴, le juge Cory, de la Cour suprême du Canada, rappelle que, traditionnellement, les tribunaux ont privilégié le droit à la réputation, mais que la *common law* devait évoluer en fonction des valeurs exprimées dans la *Charte canadienne des droits et libertés*. Reprenant ces propos dans l'affaire *WIC Radio Ltd. c. Simpson*³⁵, le juge Binnie explique ainsi les raisons justifiant la modification des élé-

32. *Ibid.* 12 h 50.

33. *Barrick Gold*, *supra*, note 5, par. 21.

34. [1995] 2 R.C.S. 1130, par. 92.

35. 2008 CSC 40, par. 15.

ments du délit de diffamation dans le sens d'un plus grand respect de la liberté d'expression :

La fonction du délit de diffamation est de permettre le rétablissement de la réputation, mais de nombreux tribunaux ont conclu qu'il faudrait peut-être modifier les éléments constitutifs traditionnels de ce délit pour faire plus de place à la liberté d'expression. On redoute en effet que, par crainte des coûts de plus en plus élevés et des problèmes engendrés par les poursuites en diffamation, les diffuseurs passent sous silence des questions d'intérêt public. Selon la Coalition des médias, des reportages d'enquête sont mis à l'écart, en dépit de leur véracité, parce qu'ils sont fondés sur des faits difficiles à établir en fonction des règles de preuve. Inévitablement, lorsqu'il y a controverse, il y a souvent poursuite, non seulement pour des motifs sérieux (comme en l'espèce), mais simplement à des fins d'intimidation. Bien sûr, il n'est pas intrinsèquement mauvais que les propos faux et diffamatoires soient « réprimés », mais lorsque le débat sur des questions d'intérêt public *légitimes* est réprimé, on peut se demander s'il n'y a pas censure ou autocensure indues. La controverse publique a parfois de rudes exigences, et le droit doit respecter ses exigences.

En décembre 2009, la Cour suprême, dans *Grant c. Torstar Corp.*³⁶, renchérit en affirmant qu'il convient de modifier les règles relatives à la diffamation « pour y inclure la défense de communication responsable concernant des questions d'intérêt public »³⁷. Selon la Cour, « exiger que la couverture des questions d'intérêt public atteigne à une certitude judiciaire peut aboutir à empêcher la communication de faits qu'une personne raisonnable tiendrait pour fiables et qui sont pertinents et importants pour le débat public »³⁸.

Finalement, en 2011, la juge Deschamps résume ainsi l'exercice d'équilibre entre les deux droits et l'évolution au cours des dernières décennies :

Bien entendu, il n'existe pas d'instrument de mesure précis pour déterminer le point d'équilibre entre la protection de la réputation et la liberté d'expression. La conciliation de ces deux droits reposera sur le respect des principes qui servent de fondement à une société libre et démocratique. Le point d'intersection varie suivant l'évolution de la société. Ce qui était une limite acceptable à la

36. 2009 CSC 61. Voir aussi la décision sœur, *Quan c. Cusson*, 2009 CSC 62.

37. *Grant c. Torstar Corp.*, 2009 CSC 61, par. 7.

38. *Ibid.*, par. 53.

liberté d'expression au 19^e siècle peut ne plus l'être aujourd'hui. D'ailleurs, au cours des dernières décennies particulièrement, on observe une évolution du droit de la diffamation afin de protéger plus adéquatement la liberté d'expression à l'égard des questions touchant l'intérêt public. En common law par exemple, notre Cour a réévalué la défense du commentaire loyal (*WIC Radio Ltd. c. Simpson*, 2008 CSC 40, [2008] 2 R.C.S. 420, par. 49 et suiv.) et reconnu l'existence d'une défense de communication responsable concernant des questions d'intérêt public (*Grant c. Torstar Corp.*, 2009 CSC 61, [2009] 3 R.C.S. 640).³⁹

Dans l'affaire *Genex Communications*⁴⁰, la Cour d'appel reconnaît le besoin d'actualiser les principes de droit civil en matière de diffamation dans le sens avancé par la Cour suprême dans *Wic Radio*. Le juge Dalphond s'exprime ainsi :

Bien sûr, cet arrêt rendu sous le régime de la *common law* ne s'applique pas directement en droit civil québécois où la défense de commentaire loyal n'existe pas (*Prud'homme c. Prud'homme*, [2002] 4 R.C.S. 663, 697-699) et où tout se joue au niveau de la caractérisation du comportement reproché comme fautif au sens de l'article 1457 C.c.Q. Il fournit néanmoins des repères utiles afin de déterminer dans quelles circonstances il y a lieu de conclure que la personne qui a tenu les propos reprochés n'a pas respecté « les règles de conduite qui, suivant les circonstances, les usages ou la loi, s'imposent à elle, de manière à ne pas causer de préjudice à autrui.⁴¹

Dans une décision subséquente, la Cour d'appel est d'avis que les nouvelles dispositions sur les poursuites-bâillons pourraient bien faire partie de cette tendance vers une plus grande protection de la liberté d'expression :

The enactment of rules designed to give special protection to freedom of expression in public debate by the Quebec legislature might well be seen as partaking of this same trend. The preamble to the law enacting articles 54.1 and following underscores the special importance of freedom of expression and the need to prevent the

39. *Bou Malhab c. Diffusion Métromédia CMR inc. et al.*, 2011 CSC 9, par. 19.

40. *Genex Communications inc. c. Association québécoise de l'industrie du disque, du spectacle et de la vidéo*, 2009 QCCA 2201 ; voir aussi *Gesca ltée c. Groupe Polygone Éditeurs inc. (Malcom Média inc.)*, 2009 QCCA 1534, *Plante c. Société Radio-Canada*, 2011 QCCS 437.

41. *Genex Communications inc. c. Association québécoise de l'industrie du disque, du spectacle et de la vidéo*, 2009 QCCA 2201, par. 31.

improper use of the courts to “thwart the right of citizens to participate in public debate”.⁴²

3.2 Les sources d'interprétation

Nous analysons dans cette section dans quelle mesure les tribunaux réfèrent à l'intention du législateur, au préambule de la loi et aux débats parlementaires dans leur interprétation des nouvelles dispositions. Nous verrons ensuite jusqu'à quel point ils importent les principes de prudence et de retenue développés antérieurement sous l'article 75.1 C.p.c. Nous portons une attention particulière aux décisions traitant spécifiquement de poursuites-bâillons ainsi qu'à celles jugées significatives sur le plan conceptuel.

3.2.1 Le recours à l'intention du législateur

Puisque le préambule fait partie de la loi et sert à en expliquer l'objet et la portée⁴³, la jurisprudence y fait référence à maintes reprises pour rappeler les trois grands objectifs des nouvelles dispositions, à savoir favoriser le respect de la liberté d'expression, prévenir l'utilisation abusive des tribunaux et favoriser l'accès à la justice et un meilleur équilibre dans les forces économiques des parties.

L'inclusion du préambule dans la loi est perçue par plusieurs juges comme un moyen de renforcer le message du législateur⁴⁴, qui veut assainir l'activité judiciaire⁴⁵, prévenir l'utilisation abusive des tribunaux⁴⁶, augmenter le pouvoir d'intervention des juges⁴⁷. Dans l'affaire *Corriveau c. Canoe*, la Cour supérieure s'exprime ainsi :

Ce préambule vise, selon le ministre de la Justice en fonction lors de l'adoption de la loi, à « renforcer le message que le législateur souhaite faire part à la population » (*Journal des débats*, cahier n° 39, 3 juin 2009, p. 2359-2363 (ministre de la Justice). [...] L'intention du

42. *Acadia Subaru*, *supra*, note 5, par. 71.

43. *Loi d'interprétation*, L.R.Q., c. I-16, art. 40, al. 1 ; *Drapeau*, *supra*, note 5, par. 21.

44. *Corriveau c. Canoe inc.*, 2010 QCCS 3396, par. 133.

45. *Cossette c. Corporation d'urgences-santé de la région de Montréal métropolitain*, 2010 QCCS 879, par. 29 ; *Anber c. Piché*, 2009 QCCS 4159, par. 22 ; *Paule Drouin c. Denise Gagné et al.*, 2010 QCCS 2934, par. 24.

46. *Bernard c. Desrochers*, 2009 QCCS 5535, par. 26.

47. *Ouellet c. Pelletier*, 2009 QCCQ 12271, par. 12.

législateur est donc claire : il veut changer les façons de faire en modifiant le droit antérieur.

Le législateur lance donc un message clair à l'ensemble de la communauté juridique et aux justiciables : l'abus du droit d'ester en justice, entrave majeure à l'accessibilité à la justice des citoyens, constitue un comportement inacceptable qui doit être sanctionné. [...] Les articles 54.1 et s. doivent donc être interprétés et appliqués dans cet esprit.⁴⁸

Du même souffle toutefois, les juges apportent plusieurs bémols. Dans l'affaire *Lavigne*, la juge Matteau dit que si le législateur désirait protéger la liberté d'expression des individus, il ne voulait pas « restreindre la protection accordée aux autres droits prévus par la Charte, notamment le droit à la sauvegarde de la réputation »⁴⁹. D'autre part, dans plusieurs décisions⁵⁰, les juges reprennent l'affirmation à l'effet que « les objectifs de la Loi 9, tels qu'énoncés à son préambule, s'ils visent à prévenir l'utilisation abusive des tribunaux, n'en consacrent pas moins le principe de l'accès à la justice pour tous »⁵¹. Ce principe sert de justificatif à la prudence des tribunaux avant de rejeter une procédure à un stade préliminaire. Ceux-ci doivent « veiller à maintenir un équilibre entre l'accès à la justice et les abus possibles du système judiciaire en faisant preuve de discrétion judiciaire exercée avec une saine prudence »⁵².

3.2.2 L'intégration des principes de prudence et de retenue

Les tribunaux disent de façon quasi unanime que, bien que les nouvelles dispositions aillent plus loin que les anciennes et leur fournissent de nouveaux outils d'intervention, le principe de

48. *Corriveau c. Canoe inc.*, 2010 QCCS 3396, par. 133 et 134 ; voir aussi *Bal Global Finance Canada Corporation c. Aliments Breton (Canada) inc.*, 2010 QCCS 325.

49. *Lavigne*, *supra*, note 5, par. 37.

50. *Godbout c. Pagé*, 2010 QCCS 1812 ; *St-Onge c. Reeves*, 2009 QCCS 4895 ; *Ouellet c. Pelletier*, 2009 QCCQ 12271 ; *Jarry c. Lafleur*, 2010 QCCS 2427 ; *Tanguay c. Bailargeon Pépin*, 2010 QCCQ 3759 ; *Commission de la construction du Québec c. 9035-3608 Québec inc. (Globe 2000) (Plomberie Globe)*, 2010 QCCQ 2560 ; *Makohoniuk c. Stepanian*, 2010 QCCS 665 ; *Michalakopoulos c. Lawyers Title Insurance Corporation*, 2009 QCCS 4645 ; *A.G. c. Centre jeunesse du Saguenay – Lac-St-Jean*, 2009 QCCQ 13503 ; *Fédération (La), compagnie d'assurances du Canada c. Constructions Luc Loiselle inc.*, 2009 QCCS 3708.

51. *Centre hospitalier Robert-Giffard c. Gestion Francis Carrier inc.*, 2009 QCCS 3131, par. 23.

52. *Tanguay c. Baillargeon Pépin*, 2010 QCCQ 3759, par. 27.

prudence développé dans la jurisprudence sous l'article 75.1 C.p.c. demeure pertinent. Dans l'affaire *Aliments Breton*, la Cour d'appel précise que ce principe doit toutefois être nuancé pour tenir compte du renversement du fardeau en cas d'apparence d'abus. La Cour s'exprime ainsi :

Dans ce contexte, la jurisprudence découlant des articles 75.1 et 75.2 C.p.c. demeure pertinente, particulièrement quant à la notion d'abus et à la définition d'acte de procédure manifestement mal fondée. Sans entrer dans les détails, la jurisprudence a consacré la règle selon laquelle le rejet d'une procédure doit reposer sur la conviction du tribunal qu'elle est manifestement mal fondée. La jurisprudence a aussi enseigné que le rejet doit être appliqué avec la plus grande prudence. Ces précédents devront toutefois être nuancés pour tenir compte de la question du renversement du fardeau lorsque la procédure paraît abusive. Les nouvelles dispositions vont plus loin que les anciennes en ce qu'elles visent non seulement les procédures abusives, mais aussi celles qui « peuvent » constituer un abus (article 54.2 C.p.c.) ou qui paraissent abusives (54.3 C.p.c.) et en ce qu'elles prévoient des mesures alternatives au rejet de la procédure ou non, qui constituaient les deux seules options possibles sous l'article 75.1 C.p.c. Ces mesures alternatives sont décrites à l'article 54.3 C.p.c. dont je viens de traiter.⁵³

La grande majorité des décisions étudiées applique le principe de prudence jugé essentiel pour respecter le droit de tous de se faire entendre et pour éviter de mettre fin à un recours de manière prématurée⁵⁴. Le rejet demeure la « sanction ultime »⁵⁵, une « mesure exceptionnelle »⁵⁶, la « guillotine »⁵⁷, « la peine de mort »⁵⁸. Cette sanction doit être réservée aux cas les plus

53. *Aliments Breton (Canada) inc. c. Bal Global Finance Canada Corporation*, 2010 QCCA 1369, par. 37 [Aliments Breton]. Au même effet, *Acadia Subaru*, *supra*, note 5, par. 31.

54. Par exemple, *Corriveau c. Canoe inc.*, 2010 QCCS 3396, par. 128 : « De plus, le tribunal doit manifester une grande prudence dans l'application de l'article 54.1 C.p.c. Cet article qui vise à améliorer l'accessibilité à la justice doit être appliqué avec discernement pour éviter de créer le mal qu'il est censé régler [...] » ; *Garderie Loulou*, *supra*, note 6, par. 36 ; *Monde forestier*, *supra*, note 6, par. 31 ; *Lavigne*, *supra*, note 5, par. 12, 13 et 31 ; *Bernard c. Desrochers*, 2009 QCCS 5535, par. 33 ; *Tanguay c. Baillargeon Pépin*, 2010 QCCQ 3759, par. 28 ; *Anber c. Piché*, *supra*, note 45, par. 27 ; *Centre hospitalier Robert-Giffard c. Gestion Francis Carrier inc.*, 2009 QCCS 3131, par. 23 ; *Paule Drouin c. Denise Gagné et al.*, 2010 QCCS 2934, par. 23, 26, 27, 31, et 32 ; *Oakes c. St-Jacques* 2010 QCCS 252, par. 19 et 20.

55. *Clinique Ovo inc. c. Curalab inc.*, 2010 QCCA 1214, par. 19 [Clinique Ovo] ; *Cosoltec inc. c. Structure Laferté inc.*, 2010 QCCA 1600, par. 55 [Cosoltec].

56. *Manoukian c. Canada (Procureur général) (Gendarmerie royale du Canada)*, 2010 QCCS 1549.

57. *Fiducie Albert c. 9184-9919 Québec inc.*, 2010 QCCS 4052, par. 14.

58. *Geysens c. Gonder*, 2010 QCCS 4385, par. 42.

lourds⁵⁹, les plus clairs⁶⁰, les plus manifestes⁶¹. Dans *Cosoltec*, la Cour d'appel explique que le rejet d'une action est « la sanction procédurale ultime, dont les conséquences peuvent être sérieuses, voire irréparables, si un droit s'en trouve irrémédiablement perdu »⁶².

Dans l'affaire *Lavigne*, la Cour supérieure va plus loin en affirmant que ce n'est qu'en présence d'une *situation manifeste d'abus* que les tribunaux peuvent utiliser les pouvoirs que leur confèrent les nouvelles dispositions⁶³. S'il est vrai que le rejet ne sanctionne que l'abus déclaré, les nouvelles dispositions peuvent être appliquées non seulement en présence d'abus, mais également quand il y a apparence d'abus (art. 54.3, 2^e al.).

Dans les affaires où les juges concluent qu'ils sont en présence d'une poursuite-bâillon ou d'une procédure qui en a l'apparence⁶⁴, ceux-ci font peu allusion au principe de prudence. Dans ces arrêts, les tribunaux se réfèrent plutôt à l'intention du législateur de favoriser l'exercice de la liberté d'expression dans le contexte de débats publics et de mettre fin à l'intimidation judiciaire. Comme dit la juge dans l'affaire *Lapointe*, « certes, la prudence, toutefois le législateur, en adoptant les articles 54.1 et suivants C.p.c. a voulu donner à ces articles une portée plus grande que les articles 75.1 et 75.2 C.p.c. maintenant abrogés »⁶⁵.

Par contre, dans les cas où les tribunaux concluent qu'il n'y a pas d'abus, le principe de prudence est invoqué pour justifier leur non-intervention⁶⁶. Ce principe de prudence n'est donc pas seulement appliqué dans les cas de procédures manifestement mal fondées qui, auparavant, auraient été jugés en fonction de l'article 75.1 C.p.c. Dans l'affaire *Acadia Subaru*, la Cour d'appel affirme que la prudence traditionnelle avant de rejeter une action au pre-

59. *Matte c. Bernadet*, 2011 QCCQ 3348.

60. *Services énergie Brookfield inc. c. Legris*, 2010 QCCS 4226, par. 47.

61. *Garderie Loulou*, *supra*, note 6, par. 36 ; *Centre hospitalier Robert-Giffard c. Gestion Francis Carrier inc.*, 2009 QCCS 3131, par. 27.

62. *Cosoltec*, *supra*, note 55, par. 55.

63. *Lavigne*, *supra*, note 5, par. 12 et 13.

64. *Trace Foundation*, *supra*, note 5 ; requête pour permission d'appeler accueillie à 2010 QCCA 1444 ; *Drapeau*, *supra*, note 5 ; *Galipeau n° 1*, *supra*, note 5 et *Galipeau n° 2*, *supra*, note 5 ; *Lapointe*, *supra*, note 5 ; *Barrick Gold*, *supra*, note 5.

65. *Lapointe*, *supra*, note 5, par. 68.

66. *Lavigne*, *supra*, note 5, par. 12, 13 et 31. *Monde forestier*, *supra*, note 6, par. 31 ; *Garderie Loulou*, *supra*, note 6, par. 36 ; *Services énergie Brookfield inc. c. Legris*, 2010 QCCS 4226, par. 46 à 49.

mier stade des procédures demeure une approche appropriée dans le cas où la poursuite survient après la participation aux débats publics⁶⁷.

3.3 La procédure abusive

3.3.1 La qualification de l'abus

Si la loi visait à l'origine à « sanctionner les poursuites-bâillons pour éviter les déséquilibres entre les justiciables dans certains dossiers d'intérêt public »⁶⁸, le législateur a fait de ces poursuites un motif d'abus pouvant faire l'objet de sanctions comme les autres types de procédures abusives. Il a en effet opté pour réunir dans une même disposition tous les types d'abus. Selon le deuxième alinéa de l'article 54.1 C.p.c.,

L'abus peut résulter d'une demande en justice ou d'un acte de procédure manifestement mal fondé, frivole ou dilatoire, ou d'un comportement vexatoire ou quérulent. Il peut aussi résulter de la mauvaise foi, de l'utilisation de la procédure de manière excessive ou déraisonnable ou de manière à nuire à autrui ou encore du détournement des fins de la justice, notamment si cela a pour effet de limiter la liberté d'expression d'autrui dans le contexte de débats.

Les tribunaux affirment de façon unanime que l'abus ne se présume pas⁶⁹. La mauvaise foi, l'intention de nuire, la témérité, le comportement blâmable, restent la base de l'abus de droit. De très nombreux arrêts font référence au passage suivant du juge Dalphond dans *Royal LePage* :

Pour conclure en l'abus, il faut donc des indices de mauvaise foi (telle l'intention de causer des désagréments à son adversaire plutôt que le désir de faire reconnaître le bien-fondé de ses prétentions) ou à tout le moins des indices de témérité.

Que faut-il entendre par témérité ? Selon moi, c'est le fait de mettre de l'avant un recours ou une procédure alors qu'une personne raisonnable et prudente, placée dans les circonstances connues par la

67. *Acadia Subaru*, *supra*, note 5, par. 30 et 31.

68. *Anber c. Piché*, *supra*, note 45, par. 26. Au même effet : *Bauer c. Société du Vieux-Port de Montréal*, 2009 QCCS 4962, par. 15 ; *Immeubles MLM inc. c. 2640-7999 Québec inc.*, 2009 QCCQ 14783, par. 124.

69. Voir entre autres *Cosoltec*, *supra*, note 55, par. 63.

partie au moment où elle dépose la procédure ou l'argumente, conclurait à l'inexistence d'un fondement pour cette procédure. Il s'agit d'une norme objective, qui requiert non pas des indices de l'intention de nuire mais plutôt une évaluation des circonstances afin de déterminer s'il y a lieu de conclure au caractère infondé de cette procédure.⁷⁰

Avant de conclure à abus, un tribunal doit « être convaincu par la preuve présentée devant lui, que la conduite de la partie, à qui l'on fait ce reproche, est elle-même abusive, outrageante, répréhensible et de mauvaise foi »⁷¹. Pour la Cour d'appel, il faut « de la mauvaise foi, de la témérité, du mépris évident pour les règles de procédure ou le contrat judiciaire, ou un détournement des fins de la justice »⁷².

Une demande en justice qui n'est pas manifestement mal fondée peut tout de même être abusive et ainsi faire l'objet d'une sanction ou être rejetée. Dans l'affaire *Acadia Subaru*, la Cour d'appel considère que :

By separating the grounds of “clearly unfounded” from some of the other measures of impropriety, the legislature has made plain that circumstances exist in which an action might have a basis in law or in fact yet still be subject to dismissal or some other sanction. These other grounds include conduct that is in bad faith, a use of procedure that is excessive or unreasonable or causes harm to another person, or an attempt to defeat the ends of justice.⁷³

À l'inverse, il semble bien qu'une action mal fondée en droit ne soit pas automatiquement abusive⁷⁴. Selon la jurisprudence constante fondée principalement sur les principes établis dans les affaires *Viel*⁷⁵ en 2002 et *Royal LePage*⁷⁶ en 2007, l'abus comporte

70. *Royal LePage commercial inc. c. 109650 Canada Ltd.*, 2007 QCCA 915, par. 45 et 46.

71. *Gestolex c. Delisle*, 2009 QCCQ 14137, par. 45 ; au même effet : *Action Utility Québec inc. c. 6771564 Canada inc.*, 2011 QCCQ 53 ; *MP2B c. Payette*, 2010 QCCS 5223 ; *D'Alessandro c. Mastrocola*, 2010 QCCS 3630 ; *Promutuel Portneuf-Champlain c. CPE La Chat-Maille*, 2009 QCCQ 15645.

72. *Cosoltec*, *supra*, note 55, par. 69.

73. *Acadia Subaru*, *supra*, note 5, par. 25.

74. Marc-Alexandre HUDON, Frédéric PÉRODEAU, « La prévention de l'utilisation abusive des tribunaux », dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, *Développements récents et tendances en procédure civile*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2010, p. 259.

75. *Viel c. Entreprises immobilières du terroir ltée*, [2002] R.J.Q. 1262.

76. *Royal LePage commercial inc. c. 109650 Canada Ltd.*, 2007 QCCA 915.

un « blâme envers le comportement de la personne concernée »⁷⁷. En conséquence, il faut en plus démontrer que cette personne, en intentant la poursuite mal fondée, a agi « in a manner that is so patent, or so frivolous or dilatory as to be an abuse of process »⁷⁸. Ce point de vue, exprimé dans l'affaire *Acadia Subaru*, a été réitéré par la juge Thibault de la Cour d'appel dans *Paquette c. Lau-rier* :

Avant de déclarer un recours abusif, il est nécessaire d'y déceler un comportement blâmable. Le terme abus porte en lui-même l'idée d'un usage mauvais, excessif ou injuste. Cette appréciation est confortée par l'utilisation d'un vocabulaire particulier qui est relié à la démesure, l'excès ou l'outrance. Dans cette optique, l'utilisation des mots « acte de procédure manifestement mal fondé » en parallèle avec les mots frivole, dilatoire, vexatoire, quérulent, etc. emporte la nécessité d'y associer une mesure de blâme avant de déclarer un acte de procédure abusif.⁷⁹

Cette exigence supplémentaire de prouver le comportement blâmable est critiquée par un auteur qui conclut ainsi après analyse de l'affaire *Acadia Subaru* :

Ce qui, à nos yeux, conduit à la problématique suivante : la jurisprudence en vertu de l'ancien article 75.1 C.p.c. abonde d'exemples où un tribunal a accueilli une requête en rejet sans exiger la démonstration additionnelle d'une conduite « téméraire » de la part de la partie l'ayant introduite (et par le fait même, sans condamner cette dernière à rembourser les honoraires extrajudiciaires encourus par son adversaire). [...]

Bref, force est de constater que la Cour d'appel, en cherchant à distinguer les moyens préliminaires prévus aux articles 54.1 et 165(4) C.p.c., a, intentionnellement ou non, retiré aux tribunaux l'outil dont ils disposaient en vertu de l'ancien article 75.1 C.p.c. Pourtant, ceci n'était certainement pas ce qu'avait en tête le législateur lors de l'adoption du projet de loi n° 9⁸⁰.

Selon nous, en affirmant qu'il ne suffit pas qu'une procédure soit manifestement mal fondée pour être jugée abusive, mais qu'en plus, il doit y avoir la preuve d'une conduite blâmable, une

77. *Duni c. Robinson Sheppard Shapiro, S.E.N.C.R.L. / L.L.P. et al.*, 2011 QCCA 677, par. 14.

78. *Acadia Subaru*, *supra*, note 5, par. 58.

79. 2011 QCCA 1228, par. 27.

80. Raphaël LESCOP, « L'arrêt *Acadia Subaru c. Michaud* : la conciliation difficile entre les articles 54.1 et 165(4) du *Code de procédure civile* », (2011) 70 *R. du B.* 169, 175 et 195.

intention malveillante, les tribunaux modifient le libellé et le sens de l'article 54.2. En vertu de cet article, l'abus peut résulter soit d'une procédure manifestement mal fondée, soit de la mauvaise foi, non pas obligatoirement des deux motifs à la fois.

3.3.2 *Le fardeau de la preuve*

Dans sa décision sur la poursuite de Barrick Gold contre les auteurs du livre *Noir Canada* et la maison d'édition Écosociété, la juge Beaugé résume bien la démarche que doit suivre le tribunal :

Bien que le Tribunal ait entendu une preuve sommaire de part et d'autre, son rôle, à ce stade-ci, ne consiste pas à départager le vrai du faux, ni même à déterminer si la réputation de Barrick se trouve ternie aux yeux d'une personne raisonnable. La tâche du Tribunal se limite ici à décider : 1) si les auteurs et la maison d'édition ont établi sommairement que l'action peut constituer un abus ; 2) dans l'affirmative, si Barrick a réussi à démontrer que sa procédure n'est ni excessive ni déraisonnable ; 3) en cas d'abus, s'il doit rejeter l'action ou en modifier les conclusions ; 4) en cas d'apparence d'abus, s'il doit ordonner le versement d'une provision pour les frais de l'instance.⁸¹

En tout premier lieu donc, en vertu de l'article 54.2 C.p.c., la partie qui invoque l'abus doit démontrer *sommairement* que la demande en justice ou l'acte de procédure *peut* constituer un abus. Il serait donc plus juste de parler de fardeau de démonstration que de fardeau de preuve. Avant d'analyser en quoi consiste ce fardeau, il convient d'aborder un point spécifique aux poursuites-bâillons, soit l'exercice de la liberté d'expression dans le contexte de débats publics.

3.3.2.1 *L'exercice de la liberté d'expression dans le contexte de débats publics*

La partie qui se dit victime d'une poursuite-bâillon doit en premier lieu démontrer qu'elle a exercé sa liberté d'expression dans le cadre de débats publics⁸². L'expression « débats publics », au pluriel dans la version française et au singulier dans la version anglaise, n'est pas définie dans la loi. Dans l'affaire *Grant c. Tor-*

81. *Barrick Gold*, *supra*, note 5, par. 18.

82. *Acadia Subaru*, *supra*, note 5, par. 71.

*star Corp.*⁸³, la Cour suprême explique que l'intérêt public ne se limite pas aux questions politiques, mais que cette notion inclut « un grand éventail de sujets concernant tout autant la science et les arts que l'environnement, la religion et la moralité »⁸⁴.

Dans la jurisprudence récente, réclamer la fermeture d'un dépotoir qui ne respecte pas les normes environnementales⁸⁵, poser une question lors d'un conseil municipal⁸⁶, diffuser un article sur un site WEB⁸⁷, critiquer le système québécois de redevances des compagnies gazières et minières⁸⁸, ont été considérés comme une participation aux débats publics. Protéger les intérêts des consommateurs aussi. Dans *Acadia Subaru*, la Cour d'appel, citant l'arrêt *Grant c. Torstar Corp.*⁸⁹, s'exprime ainsi :

“Public debate” deserves, as well, at least a wide enough understanding to include the present circumstance. Mr. Michaud's words were expressed editorially as a journalist. Spoken in the public square, his remarks were meant to guide consumers in the purchase of automobiles. He denounced publicly what he sees as the car dealers' inappropriate behaviour, by warning others or at least inviting his audience to reflect critically as they considered car prices. The comments may or may not have been defamatory, but they can fairly be said to partake of a participation in “public debate” within the meaning of that term in article 54.1 C.C.P. I note that the motions judge was of this view, aptly describing Mr. Michaud as adopting “une forme de rôle public important au niveau du droit de la consommation”. (para. [76])⁹⁰

Par contre, dans l'affaire *Lavigne*, les critiques répétées d'un maire auprès des municipalités régionales de comté et lors d'une assemblée publique organisée par *AmiEs de la Terre de l'Estrée* sur les dangers de la gestion privée des déchets, ne sont pas, selon la Cour supérieure, des propos tenus dans le cadre d'un débat public mais s'inscrivent plutôt dans le cadre d'une « campagne de peur et de dénigrement »⁹¹. Pour plusieurs, cette affirmation semble être discutable.

83. *Grant c. Torstar Corp.*, 2009 CSC 61. Voir aussi la décision sœur, *Quan c. Cusson*, 2009 CSC 62.

84. *Ibid.*, par. 106.

85. *Galipeau n° 1*, *supra*, note 5.

86. *Drapeau*, *supra*, note 5.

87. Permission d'appeler accordée à *Trace Foundation c. Chossudovsky*, 2010 QCCA 1444.

88. *Lapointe*, *supra*, note 5.

89. *Grant c. Torstar Corp.*, 2009 CSC 61.

90. *Acadia Subaru*, *supra*, note 5, par. 72.

91. *Lavigne*, *supra*, note 5, par. 35.

3.3.2.2 La démonstration sommaire

La jurisprudence est constante à l'effet que le terme « sommairement » de l'article 54.1 C.p.c. doit être interprété dans son sens usuel, c'est-à-dire « brièvement, promptement, sans les formalités de l'enquête et de l'instruction au fond »⁹². Dans l'affaire *Panju*, la Cour supérieure explique que :

Le tribunal permettra aux parties, s'il le juge à propos, d'apporter la preuve nécessaire dans les limites d'une démonstration sommaire. L'évaluation de l'abus se fera par un examen des procédures, des pièces et du comportement des parties. Le tribunal dans son rôle de balancer le droit des parties autorisera, s'il le juge approprié, une preuve documentaire, une déclaration écrite pour valoir témoignage ou des interrogatoires hors ou devant la cour, dont il détermine les conditions. L'objectif de l'exercice de cette discrétion judiciaire demeure celui de rester à l'intérieur des limites d'une démonstration sommaire d'une possibilité d'abus de la procédure.⁹³

Dans certains cas, les juges disent que le terme « sommairement » équivaut à l'expression « à première vue »⁹⁴, qu'il ne requiert qu'« une démonstration réduite à sa forme la plus simple »⁹⁵ ou qu'il « correspond à une volonté de favoriser l'allègement du fardeau de preuve de celui qui présente la requête en rejet »⁹⁶. D'autres n'y voient pas un allègement du degré de preuve. Dans *McKibben v. Townend et al.*, le juge Riordan dit que le requérant se trompe en affirmant que le mot « sommairement » signifie qu'il n'a qu'à démontrer *prima facie* la futilité du recours pour que le renversement du fardeau ne s'opère⁹⁷. Au contraire, écrit le juge :

Far from being a *prima facie* test for a petitioner, he must go beyond the balance of probabilities to show a practical certainty that the proceeding will be dismissed in order to deprive a party of his day in court. This was the test under the former provision and the Court believes that it still applies.

92. *Fortin c. Fortin (Complexe funéraire Fortin)*, 2009 QCCS 5345, par. 6 ; approuvé par la Cour d'appel dans *Acadia Subaru*, *supra*, note 5, par. 67. Voir aussi *Fiducie Albert c. 9184-9919 Québec inc.*, 2010 QCCS 4052, par. 14 ; *Regroupement des citoyens contre la pollution c. Alex Couture inc.*, 2010 QCCS 3453, par. 20, 26.

93. *153114 Canada Inc. c. Panju*, 2010 QCCS 1190, par. 41 ; voir aussi *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Lusk*, 2010 QCTDP 17.

94. *Galipeau n° 1*, *supra*, note 64, par. 44.

95. *Fiducie Albert c. 9184-9919 Québec inc.*, 2010 QCCS 4052, par. 14.

96. *Regroupement des citoyens contre la pollution c. Alex Couture inc.*, 2010 QCCS 3453, par. 15.

97. *McKibben v. Townend et al.*, 2011 QCCS 135, par. 4.

As such, the wording of article 54.2 does not affect the degree of proof required. The expression “summarily establishes” is not qualifying the test to be met but merely the process to be followed.

The fact that the proof may be made in an expeditious manner, as was also the case under article 75.1, does not lessen the degree of conviction that the judge must have before dismissing an action without a hearing.

In this context, the *prima facie* notion does indeed apply, although not to the petitioner’s burden but, rather, to the respondent’s. The latter need merely show that there is some possibility that he will succeed – whether it be in the form of some additional proof that he could make beyond what is already in the file or otherwise – in order to live to fight another day. Even if the Court believes on the balance of probabilities that the proceeding will fail, that is not enough. It must be convinced that there is no reasonable hope for success.⁹⁸

Dans *Acadia Subaru*, la Cour d’appel qualifie ce passage de convaincant⁹⁹. Pour le juge Kasirer, il s’agit d’un fardeau de démonstration considérable (« significant »)¹⁰⁰. Il nous semble que cette interprétation contredit à la fois le sens de la loi et l’intention du législateur. Dire que la personne qui demande le rejet d’une procédure a le fardeau de prouver son caractère abusif au-delà de la prépondérance de preuve et convaincre le juge qu’il n’y a aucun espoir raisonnable de succès est peu conciliable avec le choix délibéré des mots « démontrer sommairement qu’elle peut constituer un abus ».

Comme nous l’avons souligné plus haut, le législateur pensait accéder au souhait des personnes impliquées et alléger le fardeau de la preuve de la partie requérante en employant cette terminologie plutôt que celle utilisée dans le projet de loi antérieur, soit l’obligation de démontrer que la demande en justice « constitue, à sa face même, un abus ». Pour la ministre, le requérant doit « expliquer très sommairement qu’il s’agit de liberté d’expression » ce qui « n’est pas très onéreux ». Elle ajoute que les termes employés favorisent la partie défenderesse « qui n’a pas besoin d’établir absolument qu’il s’agit d’un abus »¹⁰¹.

98. *Ibid.*, par. 5, 6, 7 et 8.

99. *Acadia Subaru*, *supra*, note 5, à la note 27 de la décision.

100. *Acadia Subaru*, *supra*, note 5, par. 78.

101. Québec, Assemblée nationale, Journal des débats de la Commission permanente des institutions, 1^{re} sess., 39^e légis., 26 mai 2009, « Étude détaillée du projet de

3.3.2.3 *L'effet de la poursuite sur la liberté d'expression ou son objectif*

Malgré le préambule de la loi et les termes employés à l'article 54.1 C.p.c., les tribunaux se sont demandé si la personne touchée par une poursuite-bâillon n'avait qu'à démontrer son effet restrictif sur l'exercice de sa liberté d'expression dans le contexte de débats publics pour que s'opère le renversement du fardeau de la preuve, ou si elle devait prouver l'intention blâmable du poursuivant et le détournement des fins de la justice.

Dans *Acadia Subaru*, le juge est d'avis que, même si la version française dit « a pour effet de », l'emploi des termes « détournement des fins de la justice » indique fortement qu'il doit y avoir une conduite impropre. Le juge Kasirer écrit que : « The choice of the phrase «détournement des fins de la justice» is highly suggestive of behaviour that defeats the ends of justice not just in its effects but in its purpose »¹⁰². Selon lui, la définition de poursuite-bâillon donnée par la ministre Weil, soit « une poursuite qui a pour but essentiel non pas d'obtenir la réparation d'un préjudice, mais en fait de limiter l'expression des points de vue et de neutraliser »¹⁰³ appuie la position à l'effet que la motivation est une caractéristique de ces poursuites¹⁰⁴.

Le juge Kasirer réfère aux critiques à l'effet que cette exigence rend le fardeau quasi insurmontable¹⁰⁵, mais il dit que ce fardeau est juste sinon « every claim that has the effect of restricting freedom of expression in public debate is improper since that would render all actions in defamation *ipso facto* abusive »¹⁰⁶. Selon lui, l'effet ne peut pas être la seule mesure de l'abus¹⁰⁷.

loi n° 9 – Loi modifiant le *Code de procédure civile* pour prévenir l'utilisation abusive des tribunaux et favoriser le respect de la liberté d'expression et la participation des citoyens aux débats publics », 15h22.

102. *Acadia Subaru*, *supra*, note 5, par. 76.

103. Québec, Assemblée nationale, *Journal des débats*, Commission permanente des institutions, 39^e Lég., 1^{re} Sess., 26 mai 2009, p. 3.

104. *Acadia Subaru*, *supra*, note 5, par. 78.

105. *Acadia Subaru*, *supra*, note 5, à la note 39 de la décision, *Mayo Moran et al., Anti-SLAPP Advisory Panel : Report to the Attorney General [Ontario]*, October 28, 2010 et à la note 40 et Lucie LEMONDE et Gabrielle FERLAND-GAGNON, « Les étapes de la mobilisation citoyenne et l'adoption de la loi contre les poursuites bâillons », (2010) 51 *C. de D.* 195.

106. *Acadia Subaru*, *supra*, note 5, par. 78.

107. *Acadia Subaru*, *supra*, note 5, par. 78 : « effects cannot be the sole measure of abuse at the end of the day ».

Il conclut que seules les poursuites qui ont un effet indu ou disproportionné (« Only those that have an undue or disproportionate effect on freedom of expression »)¹⁰⁸, sont abusives.

L'ajout par la Cour des qualificatifs *indu et disproportionné* semble aller à l'encontre de l'intention du législateur, des objectifs de la loi et des termes employés. La preuve sommaire que l'effet restrictif sur la liberté d'expression peut constituer un abus devrait être suffisante pour que soit transféré le fardeau de la preuve sur les épaules du poursuivant qui, dès lors, doit démontrer que cet effet n'est pas indu ou disproportionné.

3.3.2.4 *Les critères d'identification de l'abus ou de l'apparence d'abus*

Dans l'affaire de *Barrick Gold*, la juge Beaugé explique que :

Le régime établi aux articles 54.1 et s. C.p.c. a de cela particulier que malgré la légitimité ou l'apparence de droit du recours entrepris par la partie demanderesse, celui-ci peut constituer un détournement des fins de la justice s'il a pour effet de limiter la liberté d'expression dans le contexte de débats publics. [...] Si le Tribunal se convainc de la présence d'un abus ou d'une apparence d'abus, ou encore d'un effet injustifié et disproportionné sur la liberté d'expression, il détermine le remède approprié.¹⁰⁹

Dans les cas de poursuites-bâillons, les juges identifient certains éléments démontrant que la poursuite est abusive, qu'elle constitue un détournement de la justice, ou qu'elle a pour effet (ou pour but) d'intimider et de faire taire : l'intention révélée dans la mise en demeure ou la requête¹¹⁰, le fait que la poursuite cible un individu en particulier¹¹¹, le fait que le poursuivant affirme dans sa requête qu'il versera le montant accordé à un organisme de charité¹¹², le montant exorbitant des dommages réclamés¹¹³, le fait que les dommages allégués soient vagues et imprécis¹¹⁴, le fait

108. *Ibid.*

109. *Barrick Gold*, *supra*, note 5, par. 15.

110. *Acadia Subaru*, *supra*, note 5, par. 82 ; *Drapeau*, *supra*, note 5, par. 26 ; *Barrick Gold*, *supra*, note 5, par. 24.

111. *Acadia Subaru*, *supra*, note 5, par. 83.

112. *Ibid.*, par. 84, *Lapointe*, *supra*, note 5, par. 61.

113. *Galipeau n° 2*, *supra*, note 5 ; *Barrick Gold*, *supra*, note 5, par. 24 ; *Lapointe*, *supra*, note 5, par. 60.

114. *Galipeau n° 2*, *supra*, note 5 ; *Acadia Subaru*, *supra*, note 5 ; *Trace Foundation*, *supra*, note 5 ; *Barrick Gold*, *supra*, note 5, par. 24.

que les critiques sont fondées sur des griefs sérieux¹¹⁵, le nombre de jours d'interrogatoire au préalable¹¹⁶, la connaissance de l'impécuniosité de la partie défenderesse¹¹⁷ et l'impact négatif sur la liberté d'expression du défendeur et d'autres personnes¹¹⁸.

Sur ce dernier point, la décision dans la poursuite contre Ugo Lapointe et le journal *Le Soleil* est intéressante. La compagnie Petrolia faisait valoir que sa poursuite n'avait pas mis fin au débat sur l'industrie pétrolière au Québec. La juge Tessier Couture se demande alors : « Oui, pour l'instant le débat se poursuit mais, suite à un jugement accueillant la Requête de Pétrolia, qu'en serait-il ? »¹¹⁹ Elle conclut que :

Voilà pourquoi il est important que des « Ugo Lapointe » se lèvent, s'expriment en des termes que le citoyen ordinaire peut saisir et que les médias en fassent état. [...]

Les médias ont un rôle d'information fondamental. Parfois trouve-t-on qu'ils vont trop loin alors il faut, bien sûr, les arrêter, mais dans d'autres situations, c'est la seule façon pour certains groupes qui disposent de faibles moyens financiers de se faire entendre.¹²⁰

Concernant le fait que les montants réclamés sont si élevés qu'ils en deviennent abusifs, les tribunaux considèrent que ce facteur, à lui seul, ne peut établir le caractère abusif des procédures¹²¹. Mais dans l'affaire *Galipeau*, le juge Dallaire dit que le montant de 1 250 000 \$ est à ce point élevé « qu'il permet de penser que le but de la demande est d'intimider ou d'effrayer les personnes poursuivies »¹²². Il ajoute que « le fait d'instituer des procédures pour un montant très élevé contre des individus susceptibles d'être ruinés par une telle action en justice est certainement susceptible de les bâillonner et leur enlever le goût de s'exprimer publiquement¹²³. Dans *Trace Foundation*, le juge est d'avis que « it

115. *Galipeau* n° 2, *supra*, note 5.

116. *Barrick Gold*, *supra*, note 5, par. 24.

117. *Ibid.*, note 5, par. 24.

118. *Galipeau* n° 2, *supra*, note 5, par. 32, 33 ; *Trace Foundation c. Center For Research On Globalization (CRG)*, 2010 QCCS 2119, par. 26 ; *Acadia Subaru*, *supra*, note 5, par. 88.

119. *Lapointe*, *supra*, note 5, par. 76.

120. *Ibid.*, par. 80, 81.

121. *Laliberté c. Transit Éditeur inc.*, 2009 QCCS 6177 ; *Minco-Division construction inc. c. 9170-6929 Québec inc.*, 2010 QCCS 3339.

122. *Galipeau* n° 2, *supra*, note 5, par. 28.

123. *Ibid.*, par. 31, 32.

is just as clear that a claim of over a million dollars has a strong chilling effect »¹²⁴.

Dans l'affaire *Acadia Subaru*, le juge de première instance avait conclu que le montant des dommages punitifs réclamés, soit 5 000 \$ pour chacun des 93 concessionnaires demandeurs, était nettement exagéré et semblait être une tactique destinée à ébranler le défendeur suffisamment pour le faire taire et à lui donner une leçon¹²⁵. Comme remède, il les avait réduits à 200 \$ par concessionnaire. La Cour d'appel renverse en disant qu'à ce stade préliminaire, aucune preuve ne permet d'évaluer les dommages tant compensatoires que punitifs et que ce sera au juge du fond de le faire en tenant compte des critères de l'article 1621 C.c.Q.¹²⁶.

Pour la Cour d'appel, le montant réclamé, 930 000 \$ (soit 10 000 \$ par concessionnaire demandeur) n'indique pas que l'action avait pour but de faire peur à M. Michaud et de le réduire au silence. C'est vrai, dit le juge, que cela peut sembler une tactique d'intimidation mais on ne peut reprocher aux 93 concessionnaires de s'être regroupés¹²⁷. Par contre, la Cour est d'avis que l'accumulation de plaintes auxquelles il fait face, l'inégalité des moyens (93 contre 1) et le fait qu'il pourrait virtuellement être imputable à toute l'industrie, ont des effets négatifs non seulement sur lui, mais également sur les autres journalistes qui pourraient s'autocensurer. « It is possible, as Mr. Michaud contended in argument, that the impact will be widespread, and have an adverse effect on the free flow of information on matters of consumer interest in this sector »¹²⁸, écrit le juge Kasirer.

Dans *Barrick Gold*, une poursuite de 6 000 000 \$, la juge dit qu'elle n'ignore pas « qu'à elle seule, une réclamation élevée ne suffit pas à conclure à abus de procédure » mais elle infère de ce comportement immodéré « qu'au-delà du rétablissement de sa réputation, Barrick semble chercher à intimider les auteurs »¹²⁹.

C'est donc un ensemble de facteurs qui permettent de circonscrire l'abus ou l'apparence d'abus. Dans certains cas, ces élé-

124. *Trace Foundation*, *supra*, note 5, par. 25.

125. *Acadia Subaru*, *supra*, note 5, par. 76.

126. *Ibid.*, par. 38.

127. *Ibid.*, par. 87.

128. *Ibid.*, par. 88.

129. *Barrick Gold*, *supra*, note 5, par. 25.

ments sont jugés suffisants pour établir l'apparence d'abus et pour opérer le renversement du fardeau de la preuve¹³⁰. Dans les autres cas où les défendeurs ne réussissent pas à prouver sommairement que la poursuite peut constituer un abus, et ce, bien qu'ils impliquent la liberté d'expression dans le contexte de débats publics, l'affaire est renvoyée pour jugement au mérite¹³¹.

3.3.3 *Le renversement du fardeau de la preuve*

Lorsque la partie défenderesse établit sommairement que la demande en justice ou l'acte de procédure peut constituer un abus, il revient alors à la partie qui l'introduit de démontrer que « son geste n'est pas exercé de manière excessive ou déraisonnable et se justifie en droit »¹³².

Dans l'affaire *Acadia Subaru*, la Cour d'appel est d'avis que le renversement du fardeau de la preuve a été édicté pour pallier aux faiblesses des dispositions antérieures :

Prior to the enactment of article 54.1 C.C.P., some criticism had been levied against courts that they were seen as too skittish to take bold action to counter abuse, including dismissing claims entirely, for fear of putting an end to an action that might have some basis in law. The reversal of the burden of proof and the powers to sanction apparent impropriety were enacted in part to answer the shortcomings of the former rules.¹³³

Dans les causes analysées, très rares sont celles qui se sont rendues au stade du renversement du fardeau de la preuve.

130. *Galipeau n° 1*, *supra*, note 5 ; *Drapeau*, *supra*, note 5, *Acadia Subaru*, *supra*, note 5 ; *Barrick Gold*, *supra*, note 5, par. 30.

131. *Garderie Loulou*, *supra*, note 6 (poursuite en diffamation contre des employés et des parents qui ont porté plainte de maltraitance d'enfants au Ministère de la Famille) ; *Monde forestier*, *supra*, note 6 (poursuite en diffamation pour des propos diffusés dans un journal de grande diffusion).

132. Article 54.2 C.p.c. ; *Aliments Breton*, *supra*, note 53, par. 37.

133. *Acadia Subaru*, *supra*, note 5, par. 27. Une remarque du juge Kasirer nous laisse toutefois perplexes. Il affirme au paragraphe 71 que : « Only when freedom of expression is restricted in “public debate” does the advantage of the reverse onus in proving procedural impropriety comes to the aid of defendants in defamation actions such as Mr. Michaud under article 54.2 C.C.P. ». Pourtant, une action en diffamation pour propos tenus en dehors de débats publics peut être abusive, mal fondée, ou constitue un détournement des fins de la justice au sens l'article 54.2 C.p.c. (voir entre autres *Guimont c. RNC Média inc. (CHOI-FM)*, 2010 QCCS 5109 ; *G.L. c. Y.L.*, 2010 QCCS 6692 ; *Ouellet c. Pelletier*, 2009 QCCQ 12271 ; *Geysens c. Julien*, 2009 QCCQ 10013). Si tel est le cas, pourquoi le défendeur ne jouirait-il pas du renversement du fardeau de la preuve ?

Fréquemment, les tribunaux rejettent l'action en disant que le défendeur avait démontré qu'elle était abusive, sans opérer le renversement du fardeau de la preuve¹³⁴. Il arrive aussi très souvent que les juges décident à la première étape, c'est-à-dire sans faire référence au renversement du fardeau de preuve, qu'ils ne sont pas en mesure de se prononcer sur l'abus sans une audition complète de la preuve¹³⁵.

Dans les autres cas où il y a effectivement renversement du fardeau de la preuve, les juges concluent que la partie s'est déchargée de son fardeau quand elle a démontré que le recours est fondé en droit¹³⁶, que la requête n'est pas abusive¹³⁷ ou qu'elle ne constitue pas une utilisation déraisonnable de la procédure ou de manière à nuire à autrui ou encore du détournement des fins de la justice¹³⁸. À l'inverse, ils estiment que la partie ne s'est pas déchargée de son fardeau quand elle ne réussit pas à démontrer qu'elle n'a pas agi de manière excessive¹³⁹, que son action a des chances raisonnables de succès et qu'elle n'est pas abusive¹⁴⁰.

Dans l'affaire *Galipeau*, après avoir conclu que les requérants avaient démontré l'apparence d'abus, le juge Dallaire écrit que, puisque les demandeurs ont « choisi de ne pas être présents et de ne pas présenter de preuve, ils doivent succomber sous le fardeau de preuve qui leur échoit et dont ils ne se sont pas déchargés »¹⁴¹. Pour la Cour dans l'affaire *Infrabec*, le demandeur n'a pas rempli son fardeau de preuve, en ce qu'il n'a pas démontré que son geste a été exercé de manière raisonnable, qu'il a pu être offensé par les propos du défendeur, que le montant réclamé n'était

134. *Ouellet c. Pelletier*, 2009 QCCQ 12271 ; *Cartier Avenue Developments Inc. c. Dalla Riva*, 2010 QCCQ 9567 ; *Desrosiers c. Bolduc*, 2010 QCCQ 10190 ; *Chhuon c. Société des casinos du Québec inc.*, 2009 QCCQ 11077 ; *St-Onge c. Reeves*, 2009 QCCS 4895 ; *Immeubles France Lévesque inc. c. Martins*, 2010 QCCS 180.

135. *Garderie Loulou*, *supra*, note 6 ; *Fédération (La), compagnie d'assurances du Canada c. Constructions Luc Loiselle inc.*, 2009 QCCS 3708, par. 20 ; *Geysens c. Gonder*, 2010 QCCS 4385 ; *Monde forestier*, *supra*, note 6.

136. *P. M. c. A.G.*, 2010 QCCS 246, par. 23.

137. *Société d'investissement Rhéaume ltée et autres c. Ponce et al.*, 2010 QCCS 1672, par. 23 ; *Commission des normes du travail c. Benjamin*, 2011 QCCQ 732.

138. *M.S. c. E.S.*, 2010 QCCS 6707, par. 21.

139. *Guimont c. RNC Média inc. (CHOI-FM)*, 2010 QCCS 5109 ; *Adams c. Dupuis*, 2010 QCCS 6071 ; *Jules Esterton c. Marc Renaud*, 2011 QCCS 486.

140. *Geysens c. Julien*, 2009 QCCQ 10013, par. 29 ; *Guimont c. RNC Média inc. (CHOI-FM)*, 2010 QCCS 5109, par. 50 ; *Commission des normes du travail c. Benjamin*, 2011 QCCQ 732, par. 50.

141. *2332 4197 Québec inc. c. Galipeau*, *supra*, note 5, par. 56.

pas exagéré, et que le recours n'était pas motivé par la volonté d'intimider¹⁴².

Dans *Acadia Subaru*, la Cour d'appel estime que les concessionnaires automobiles n'ont pas dissipé l'impression que leur action en diffamation paraissait abusive ; ils n'ont pas repoussé les éléments qui suggèrent fortement une tentative de détournement des fins de la justice. Le juge Kasirer écrit que : « The appellants have brought no persuasive arguments to counter the impression that the effect of their concerted action against Mr. Michaud is to restrict his freedom of expression in public debate »¹⁴³.

Finalement, dans *Barrick Gold*, la juge estime que la multinationale « échoue à convaincre le Tribunal que sa procédure ne semble pas empreinte de démesure »¹⁴⁴ du fait entre autres de la documentation monumentale déposée sans raison et du fait « que les défendeurs ne disposent pas de la capacité financière, d'une part de mener un procès de quarante jours, et d'autre part, d'honorer, le cas échéant, une condamnation de 6 millions \$ »¹⁴⁵.

3.3.4 La décision de rejet

Si une action est jugée abusive, le tribunal peut la rejeter. En vertu de l'article 54.3, 1^{er} alinéa, le rejet d'une action au stade préliminaire n'est possible que s'il y a eu, au préalable, une conclusion d'abus¹⁴⁶. S'il y a seulement apparence d'abus, l'action ne peut pas être rejetée, mais uniquement faire l'objet de mesures alternatives de redressement prévues à l'article 54.3, 2^e al.¹⁴⁷.

Comme on l'a vu, une jurisprudence importante est à l'effet que la sanction de rejet est la sanction ultime réservée aux cas les plus graves¹⁴⁸ qui ne doit être utilisée qu'avec grande prudence¹⁴⁹.

142. *Drapeau*, *supra*, note 5, par. 28 à 34.

143. *Acadia Subaru*, *supra*, note 5, par. 92.

144. *Barrick Gold*, *supra*, note 5, par. 26.

145. *Ibid.*, par. 29.

146. *Acadia Subaru*, *supra*, note 5, par. 27.

147. *Cosoltec*, *supra*, note 55, par. 72 ; *Aliments Breton*, *supra*, note 53, par. 37.

148. *Clinique Ovo*, *supra*, note 55, par. 19 ; *Cosoltec*, *supra*, note 55, par. 55 ; *Fiducie Albert c. 9184-9919 Québec inc.*, 2010 QCCS 4052, par. 14 ; *Geysens c. Gonder*, 2010 QCCS 4385, par. 42 ; *Matte c. Bernadet*, 2011 QCCQ 3348 ; *Services énergie Brookfield inc. c. Legris*, 2010 QCCS 4226, par. 47.

149. *Cosoltec*, *supra*, note 55, par. 55 ; *Bastone c. Di Marco*, 2010 QCCA 1663, par. 1 ; *Société d'investissement Rhéaume ltée et al. c. Ponce et al.*, 2010 QCCS 1672,

Certains juges estiment que la décision de rejeter une procédure est dictée par la volonté d'agir dans l'intérêt de la justice, c'est-à-dire afin d'éviter que les ressources judiciaires ne soient inutilement mobilisées¹⁵⁰, et que les défendeurs ne soient forcés d'engager des coûts exorbitants en temps, en énergie et en ressource, pour se défendre d'une action qui n'a aucune chance de succès¹⁵¹. À ce sujet, la Cour d'appel rappelle que « le droit de rejeter sommairement une procédure abusive constitue, en réalité, un pouvoir inhérent des tribunaux »¹⁵².

Dans le corpus jurisprudentiel analysé, certaines demandes en justice ou actes de procédure ont été rejetés parce que manifestement mal fondés, n'offrant aucune chance de succès et étant voués à l'échec¹⁵³ ; d'autres l'ont été parce qu'ils étaient frivoles, farfelus ou encore prescrits¹⁵⁴. Quelques actions qualifiées de poursuites-bâillons ont fait l'objet d'une sanction de rejet¹⁵⁵. Dans l'affaire *Drapeau*, le tribunal estime que le rejet d'une poursuite ayant pour but d'intimider et faire taire un citoyen prenant part au débat public est la seule issue possible¹⁵⁶.

À l'inverse, il arrive souvent que les tribunaux décident de ne pas rejeter une action même si elle est abusive, mais de prendre d'autres mesures pour sanctionner l'abus¹⁵⁷. Ainsi, dans l'affaire

par. 24 ; *Paule Drouin c. Denise Gagné et al.*, 2010 QCCS 2934, par. 31 ; *Anber c. Piché*, *supra*, note 45, par. 27 ; *T.D. c. Caron*, 2010 QCCS 2303, par. 18.

150. Par exemple : *Carignan c. Bourgeois*, 2009 QCCS 4047, par. 78 ; *Paule Drouin c. Denise Gagné et al.*, 2010 QCCS 2934, par. 24 : « On veut ainsi éviter d'engorger les tribunaux et d'imposer à une partie des coûts inutiles avec des procédures qui n'ont aucune chance raisonnable de succès et qui sont manifestement vouées à l'échec ».

151. *Guimont c. RNM Média inc. (CHOI-FM)*, 2010 QCCS 5109, par. 54.

152. *Aliments Breton*, *supra*, note 53, par. 36.

153. *Adam c. Dupuis*, 2010 QCCS 6071, par. 46 et 55 ; *Cossette c. Corporation d'urgences-santé de la région de Montréal Métropolitain*, 2010 QCCS 879, par. 57 ; *Guénard c. Houle*, 2010 QCCS 2628, par. 43 et 44 ; *Lanthier c. Rolland-Tremblay*, 2010 QCCQ 1688, par. 22 ; *Lavoie c. Industrielle Alliance, assurances et services financiers*, 2010 QCCS 5446, par. 48 et 49 ; *Carignan c. Bourgeois*, 2009 QCCS 4047, par. 77 ; *Bernard c. Desrochers*, 2009 QCCS 5535, par. 103 ; *Lebrun c. Brassard*, 2009 QCCS 2664, par. 45 et 71 ; *C.T. c. Hudon*, 2011 QCCS 2454, par. 55 et 56 ; *Guimont c. RNC Média inc. (CHOI-FM)*, 2010 QCCS 5109, par. 54 ; *Aliments Breton*, *supra*, note 53, par. 37.

154. *Bérubé c. Lapointe, Cayen, avocats*, 2010 QCCS 575, par. 91 ; *St-Onge c. Reeves*, 2009 QCCS 4895, par. 53 ; *N.M. c. P.P.*, 2010 QCCS 1195 ; *Droit de la famille – 111102*, 2011 QCCS 1874, par. 38 ; *Lambert c. Lavallée*, 2011 QCCQ 2540.

155. *Trace Foundation*, *supra*, note 5, par. 28 ; *Galipeau n° 1*, *supra*, note 5, par. 57 ; *Drapeau*, *supra*, note 5 ; *Lapointe*, *supra*, note 5.

156. *Drapeau*, *supra*, note 5, par. 34.

157. *Cosoltec*, *supra*, note 55, par. 33, 39, 71 ; *GB Démolition inc. c. Caron Construction inc.*, 2010 QCCQ 6574 ; *Curalab inc. c. Clinique Ovo inc.*, 2009 QCCS 5731 ;

Cosoltec, après avoir conclu qu'elle était en présence d'abus, la Cour d'appel estime que le rejet n'est pas la sanction appropriée puisque la conduite de l'appelante n'appartient pas à la catégorie la plus grave. La Cour affirme :

Cela dit avec les plus grands égards, la sanction imposée sous l'art. 54.1 C.p.c., le rejet de la demande reconventionnelle de l'appelante, ne respecte pas les principes généraux que j'ai énoncés précédemment, notamment ceux de la modération en matière de perte de droit, de la proportionnalité de la sanction aux manquements et de la meilleure administration de la justice.¹⁵⁸

3.3.5 Les autres sanctions de l'abus

3.3.5.1 Les dommages compensatoires

Aux termes de l'article 54.4 C.p.c., le tribunal peut, après avoir conclu au caractère abusif d'une demande en justice ou d'un acte de procédure, condamner une partie à payer, outre les dépens, des dommages-intérêts en réparation du préjudice subi par l'autre partie, notamment pour compenser les honoraires et débours extrajudiciaires que celle-ci a engagés.

Cette sanction est utilisée par les juges tant dans les cas où il y a eu rejet de la procédure abusive¹⁵⁹, que dans ceux où ils ont préféré ne pas la rejeter¹⁶⁰. Des dommages-intérêts sont octroyés pour compenser les dommages moraux, tels l'atteinte à la vie privée, la perte de jouissance, le stress, l'angoisse et l'anxiété¹⁶¹, et pour compenser les dommages matériels comme les dépenses engagées pour des procédures dilatoires ou abusives¹⁶², les som-

Gratton c. Pouliot, 2010 QCCQ 10166 ; À l'opposé : *Matte c. Bernadet*, 2011 QCCQ 3348 : dans cette affaire, le tribunal préfère rejeter la demande en garantie, et ne pas accorder de dommages-intérêts puisque la procédure des intimés était dépourvue d'une intention malicieuse ou de quelques actes de mauvaise foi que ce soit, les sanctions autres que le rejet étant réservés aux cas les plus lourds.

158. *Cosoltec*, *supra*, note 55, par. 78.

159. *Guénard c. Houle*, 2010 QCCS 2628 ; *Cartier Avenue Developments Inc. c. Dalla Riva*, 2010 QCCQ 9567 ; *Desrosiers c. Bolduc*, 2010 QCCQ 10190 ; *Trace Foundation c. Center For Research On Globalization (CRG)*, 2010 QCCS 2119 ; *Galipeau n° 1*, *supra*, note 5 ; *Galipeau n° 2*, *supra*, note 5 ; *Drapeau*, *supra*, note 5.

160. *Corriveau c. Canoe inc.*, 2010 QCCS 3396 ; *GB Démolition inc. c. Caron Construction inc.*, 2010 QCCQ 6574 ; *Curalab inc. c. Clinique Ovo inc.*, 2009 QCCS 5731 ; *Cosoltec*, *supra*, note 55.

161. *G.L. c. Y.L.*, 2010 QCCS 6692.

162. *Corriveau c. Canoe inc.*, 2010 QCCS 3396, par. 147.

mes payées inutilement en honoraires et en débours extrajudiciaires¹⁶³, les frais de déplacement et d'hébergement¹⁶⁴, ou la perte de revenus¹⁶⁵.

Pour fixer le montant des honoraires extrajudiciaires, les juges tiennent compte de la nature, de la complexité et de la durée des procédures judiciaires¹⁶⁶, des embûches posées par le demandeur¹⁶⁷, du comportement quérulent ou vexatoire, de la mauvaise foi ou de l'utilisation de la procédure de manière excessive ou déraisonnable¹⁶⁸.

Dans les cas de poursuites-bâillons, les tribunaux déterminent le montant des dommages sur le champ¹⁶⁹, soit ils réservent le droit des défendeurs de présenter plus tard une requête en dommages-intérêts¹⁷⁰. Dans l'affaire *Drapeau*, la juge n'accorde qu'une partie des honoraires judiciaires encourus soit 15 000 \$ au lieu de 20 000 \$. La juge dit tenir compte du fait que le défendeur a un revenu modeste et que la demanderesse a les moyens de se payer une guérilla judiciaire¹⁷¹, mais elle réduit le montant estimant que « les heures de travail dépassent de beaucoup le temps normalement requis pour une telle requête »¹⁷².

Dans *Galipeau*, le juge alloue 50 000 \$ pour le préjudice non pécuniaire, 10 000 \$ pour l'atteinte à la réputation, 15 000 \$ pour la perte de revenus et 17 535,86 \$ à titre d'honoraires extrajudiciaires. Le montant accordé est beaucoup moindre que celui réclamé. Pour le juge, l'attribution de dommages-intérêts résultant d'une poursuite abusive doit demeurer à l'intérieur de paramètres raisonnables¹⁷³.

163. *G.L. c. Y.L.*, 2010 QCCS 6692, par. 105 ; *Industries Lassonde inc. c. Oasis d'Olivie inc.*, 2010 QCCS 3901, par. 73 ; *Corriveau c. Canoe inc.*, 2010 QCCS 3396, par. 147 ; *Bergeron c. Promutuel Lac St-Pierre – Les Forges*, 2010 QCCQ 5595, par. 343 ; *Cartier Avenue Developments Inc. c. Dalla Riva*, 2010 QCCQ 9567, par. 40 et 41 ; *Desrosiers c. Bolduc*, 2010 QCCQ 10190, par. 100.

164. *Guénard c. Houle*, 2010 QCCS 2628, par. 150.

165. *Ibid.*, par. 151 à 153.

166. *Industries Lassonde inc. c. Oasis d'Olivie inc.*, 2010 QCCS 3901, par. 73.

167. *9176-1874 Québec inc. (FPG Construction) c. Dion*, 2009 QCCS 5761.

168. *Geysens c. Julien*, 2009 QCCQ 10013, par. 34.

169. *Drapeau*, *supra*, note 5.

170. *Galipeau n° 1*, *supra*, note 5, *Trace Foundation*, *supra*, note 5 ; cela n'a pas eu lieu car la permission d'appeler de la décision de rejet a été accordée : *Trace Foundation c. Chossudovsky*, 2010 QCCA 1444 ; *Lapointe*, *supra*, note 5.

171. *Drapeau*, *supra*, note 5, par. 39 et 40.

172. *Ibid.*, par. 38.

173. *Galipeau n° 2*, *supra*, note 5, par. 59.

Concernant le remboursement des honoraires et des frais extrajudiciaires, le juge Dallaire affirme que c'est la totalité des honoraires extrajudiciaires qui doit être octroyée lorsque la poursuite est jugée abusive :

Dans la mesure où le Tribunal sanctionne ici une poursuite qui est abusive en ce qu'elle vise à priver les défendeurs de leur droit de parole, il n'y a pas lieu d'accorder seulement une partie des honoraires extrajudiciaires. En effet, c'est l'ensemble de la poursuite qui est abusive et, partant, c'est l'ensemble des frais extrajudiciaires en défense qui fait partie du préjudice qui en découle.¹⁷⁴

Concernant la perte de revenu, il refuse d'accorder un taux horaire pour rétribuer les heures passées à préparer la défense. Il conclut également qu'il n'a pas été démontré que la diminution de revenus de l'entreprise des défendeurs est la conséquence directe de la poursuite abusive¹⁷⁵.

Concernant les dommages moraux, le juge, tout en reconnaissant que les défendeurs ont été profondément perturbés par l'action en diffamation, au point « qu'ils en ont perdu tout sens de la mesure et ont ramené toute leur existence à cette lutte qui est devenue leur obsession pendant plus de six ans »¹⁷⁶, dit qu'aucun montant ne pourra compenser la valeur de leur perte compte tenu de l'immensité de leurs sacrifices¹⁷⁷ et il les fixe à 50 000 \$.

3.3.5.2 *Les dommages punitifs*

En plus des dommages compensatoires, le tribunal peut « si les circonstances le justifient » attribuer des dommages-intérêts punitifs. Après quelques hésitations, il a été décidé que l'octroi de dommages punitifs en vertu de l'article 54.4 n'était pas tributaire de la preuve d'une atteinte illicite et intentionnelle à un droit garanti par la *Charte des droits et libertés de la personne*¹⁷⁸.

174. *Ibid.*, par. 82.

175. *Ibid.*, par. 88 à 94.

176. *Ibid.*, par. 55.

177. *Ibid.*, par. 58.

178. L.R.Q., c. C-12. Voir *Bergeron c. Promutuel Lac St-Pierre – Les Forges*, EYB 2010-176097 (C.Q.), par. 358 ; *Coriveau c. Canoe inc.*, 2010 QCCS 3396, par. 149 ; *Immeubles MLM inc. c. 2640-7999 Québec inc.*, 2009 QCCQ 14783, par. 133 ; 2332-4197 *Galipeau* n° 2, *supra*, note 5, par. 99, 100.

Le rejet d'une action abusive ne donne pas automatiquement lieu à l'octroi de tels dommages¹⁷⁹. Il serait réservé aux cas les plus graves¹⁸⁰, aux cas d'abus patents¹⁸¹, à la présence de comportement outrageant¹⁸². Dans cette optique, il n'est pas surprenant que la revue de la jurisprudence démontre que les circonstances ne justifient que rarement l'octroi de dommages punitifs¹⁸³.

Dans l'affaire *Galipeau*, le juge Dallaire rappelle que les dommages-intérêts punitifs ont pour « objectif de dissuader la personne visée de persister dans la voie où elle s'est engagée (dissuasion), et de servir d'exemple pour s'assurer que d'autres personnes qui prennent connaissance de la condamnation ne posent pas elles-mêmes des actes répréhensibles (exemplarité) »¹⁸⁴. Dans tous les cas, il faut tenir compte, dans la détermination du montant, des critères de l'article 1621 C.c.Q., soit les montants auxquels sont déjà condamnés les demandeurs ainsi que leur capacité de payer¹⁸⁵.

Le juge Dallaire ajoute que :

Ceci dit, le Tribunal considère qu'un montant de 50 000 \$ à titre de dommages punitifs constitue en l'espèce le montant approprié dans le but de lancer clairement le message que l'utilisation des procédures judiciaires, de façon abusive, dans le but d'entraver le droit de parole et la liberté d'expression, doit être sanctionnée sévèrement et ne sera pas tolérée.

Malgré le fait que le pouvoir d'attribuer des dommages-intérêts punitifs doit, selon la Cour suprême du Canada, « être exercé avec une très grande prudence » et à titre exceptionnel, il n'y a aucun doute que l'attribution de dommages punitifs substantiels s'impose même d'office dans un tel cas.¹⁸⁶

179. 9176-1874 Québec inc. (FPG Construction) c. Dion, 2009 QCCS 5761, par. 53.

180. Clinique Ovo, supra, note 55 ; Corriveau c. Canoe inc., 2010 QCCS 3396, par. 150.

181. Corriveau c. Canoe inc., 2010 QCCS 3396, par. 150.

182. Finexcorp inc. c. Délices du Maghreb inc., 2009 QCCQ 9862, par. 63.

183. Mais parfois oui. Voir : 144-9176-1874 Québec inc. (FPG Construction) c. Dion, 2009 QCCS 5761 ; CPA Pool Products Inc. c. Patron, 2010 QCCS 1339 ; Gratton c. Pouliot, 2010 QCCQ 10166 ; Droit de la famille – 10758, 2010 QCCS 1411 ; Sirois c. Boisvert, 2010 QCRDL 11116 ; Comito c. Markos, 2010 QCCS 765 ; 9089-8941 Québec inc. c. Sultan, 2010 QCCQ 1388 ; GB Démolition inc. c. Caron Construction inc., 2010 QCCQ 6574 ; Cartier Avenue Developments Inc. c. Dalla Riva, 2010 QCCQ 9567 ; Galipeau n° 2, supra, note 5.

184. Galipeau n° 2, supra, note 5, par. 96. Au même effet, Bergeron c. Promutuel Lac St-Pierre – Les Forges, 2010 QCCQ 5595, par. 347.

185. Bergeron c. Promutuel Lac St-Pierre – Les Forges, 2010 QCCQ 5595.

186. Galipeau n° 2, supra, note 5, par. 104, 105.

Cela dit, malgré l'intention claire du législateur de mettre en place des mécanismes efficaces pour dissuader les initiateurs de poursuites-bâillons, seule l'affaire *Galipeau* a donné lieu, à ce jour, à l'octroi de tels dommages punitifs.

3.3.5.3 *La responsabilité des administrateurs*

Le mécanisme, qui se voulait lui aussi dissuasif et qui consiste à condamner personnellement les dirigeants ou les administrateurs d'une personne morale qui ont pris part à la décision de poursuivre, n'est quasiment jamais employé. En fait sur l'ensemble des 280 décisions analysées, c'est seulement dans trois cas que la responsabilité des administrateurs a été reconnue.

Tout d'abord, dans l'affaire *GB Démolition*¹⁸⁷, la Cour a décidé que cette possibilité n'était pas offerte quand le dirigeant n'avait pas été informé des conclusions recherchées contre lui et que la requête ne lui avait pas été signifiée personnellement. Dans deux cas, parce que la preuve démontrait que le dirigeant était la personne « qui a agi en tout temps pour le bénéfice de la demanderesse »¹⁸⁸ ou était « le seul administrateur des défenderesses, ce qui laisse supposer qu'il est celui qui prend les décisions au sein de ces deux entreprises »¹⁸⁹, ils ont été jugés responsables du comportement abusif et condamnés personnellement au paiement des dommages.

Finalement dans l'affaire *Galipeau*, le juge Dallaire, sans expliquer pourquoi et sans citer l'article 54.6 C.p.c. a condamné, « conjointement et solidairement »¹⁹⁰ les compagnies propriétaires du dépotoir et l'un de leurs dirigeants à payer des dommages compensatoires et des dommages punitifs¹⁹¹.

187. *GB Démolition inc. c. Caron Construction inc.*, 2010 QCCQ 6574, par. 62.

188. *Immeubles France Lévesque inc. c. Martins*, 2010 QCCS 1805, par. 36.

189. *Jobin c. Krypton Imagination inc.*, 2009 QCCQ 7843, par. 14.

190. En juin 2011, le juge Dallaire a apporté un rectificatif à son jugement pour ajouter les termes « conjointement et solidairement » : 2332-4197 *Québec inc. c. Galipeau*, 2011 QCCS 3020.

191. *Galipeau n° 2*, *supra*, note 5. Le juge a simplement dit qu'il ne pouvait pas se prononcer sur la réclamation contre le deuxième dirigeant parce qu'il a fait cession de ses biens et est sous le coup d'une suspension des procédures par le syndic de faillite.

3.3.6 *L'imposition de mesures en cas d'apparence d'abus*

Si le tribunal ne peut pas conclure qu'une procédure est abusive et ne veut pas la rejeter au stade préliminaire ou en cours d'instance, il arrive toutefois qu'il estime qu'il y a apparence d'abus au sens de l'article 54.3 C.p.c. Selon les termes de cet article, dans un tel cas ou dans les cas où il conclut à abus mais estime que le rejet est inapproprié, le tribunal peut :

1^o assujettir la poursuite de la demande en justice ou l'acte de procédure à certaines conditions ;

2^o requérir des engagements de la partie concernée quant à la bonne marche de l'instance ;

3^o suspendre l'instance pour la période qu'il fixe ;

4^o recommander au juge en chef d'ordonner une gestion particulière de l'instance ;

5^o ordonner à la partie qui a introduit la demande en justice ou l'acte de procédure de verser à l'autre partie, sous peine de rejet de la demande ou de l'acte, une provision pour les frais de l'instance, si les circonstances le justifient et s'il constate que sans cette aide cette partie risque de se retrouver dans une situation économique telle qu'elle ne pourrait faire valoir son point de vue valablement.

Il y a donc une différence entre l'abus et l'apparence d'abus. La Cour d'appel explique cette distinction de la façon suivante :

Il ressort du texte de l'article 54.3 C.p.c. que le législateur a voulu distinguer entre les cas où l'abus est établi et ceux où, sans conclure en l'abus, le tribunal considère qu'il semble y en avoir, ce que confirment les propos de la ministre. L'apparence d'abus ne permet pas le rejet d'une demande ou d'une procédure ou sa modification. Seul le cas de l'abus démontré l'autorise comme l'indique le 1^{er} al. de l'article 54.3. Dans le cas de l'apparence d'abus, seul le 2^e al. s'applique¹⁹².

Les juges concluent ainsi à apparence d'abus dans quelques décisions, par exemple quand il y a stratégie d'épuisement et agissement abusif¹⁹³, production tardive et inacceptable de docu-

192. *Cosoltec, supra*, note 55, par. 72.

193. *Ibid.*

ments¹⁹⁴, intention de faire taire ou tentative de détourner les fins de la justice¹⁹⁵.

À ce moment, ils imposent diverses conditions en tenant compte des circonstances de l'espèce et de la gravité de l'abus. Selon la Cour supérieure, comme il existe une gamme de situations abusives, toutes « ne conduisent pas nécessairement à la même sanction »¹⁹⁶. Pour la Cour d'appel, les mesures prévues à l'article 54.3 s'inscrivent dans le contexte de la volonté du législateur de favoriser l'équilibre entre les parties et d'assurer une gestion efficace de l'instance tout en respectant la règle de la proportionnalité édictée à l'article 4.2 C.p.c.¹⁹⁷.

3.3.6.1 *La gestion de l'instance*

Quand l'apparence d'abus découle de la multiplication de procédures, d'un comportement dilatoire ou autre, les juges peuvent rendre diverses ordonnances pour assurer une saine et efficace gestion de la justice. Dans un cas par exemple, le tribunal dit ne pas pouvoir conclure à ce stade des procédures, sans preuve plus claire et complète, au caractère abusif de la demande. Il considère toutefois que les délais inexcusables « causent un préjudice sérieux, non seulement aux parties intéressées, mais aussi au tribunal et à l'administration de la justice en général »¹⁹⁸. Il ordonne aux parties « d'entamer immédiatement des négociations, de bonne foi, dans le but de s'entendre sur un échéancier »¹⁹⁹ pour que la cause soit en état rapidement.

Dans l'affaire *Barrick Gold*, la juge a convoqué les parties à une conférence préparatoire « pour revoir le calendrier du procès et envisager des moyens d'écourter l'audience prévue à l'origine pour une durée de quarante jours, et alors qu'une résolution non judiciaire du litige pourrait être encore possible, voire souhaitable »²⁰⁰.

194. *Curalab inc. c. Clinique Ovo inc.*, 2009 QCCS 5731, confirmé à 2010 QCCA 1214.

195. *Acadia Subaru*, *supra*, note 5 ; *Barrick Gold*, *supra*, note 5.

196. *Matte c. Bernadet*, 2011 QCCQ 3348, par. 31.

197. *Aliments Breton*, *supra*, note 53, par. 38.

198. *Geysens c. Gonder*, 2010 QCCS 4385, par. 54.

199. *Ibid.*, par. 55.

200. *Barrick Gold*, *supra*, note 5, par. 40. Cette poursuite s'est soldée par une entente hors cour confidentielle que certains ont qualifiée de nouveau bâillon contre la maison d'édition et les auteurs du livre : *Le Devoir*, 19 octobre 2011, Collectif d'auteurs, « Encore une fois le bâillon contre Noir Canada ».

3.3.6.2 La provision pour frais

Dans l'ensemble du corpus jurisprudentiel étudié, la possibilité d'ordonner le versement d'une provision pour frais n'a été employée qu'une seule fois²⁰¹. Pourtant, le législateur avait espéré que, par ce moyen, les tribunaux n'hésitent plus à intervenir pour favoriser l'accès des citoyens et des citoyennes à la justice et pour rétablir l'équilibre financier des parties.

Dans *Cosoltec*²⁰², la Cour d'appel affirme que l'article 54.3, al. 2 (5) C.p.c. est la codification du principe établi dans l'arrêt *Hétu c. Notre-Dame de Lourdes (Municipalité)* à l'effet que la provision pour frais n'est possible que si « la partie qui la sollicite établit qu'elle est si dépourvue de ressources qu'elle serait incapable, sans cette ordonnance, de faire entendre sa cause »²⁰³. Dans *Eden Palace*, elle ajoute qu'« il ne suffit pas de l'affirmer généralement, encore faut-il énoncer les faits précis qui démontrent que la détérioration de la situation économique de la partie qui demande ce redressement est susceptible de l'empêcher de faire valoir ses droits »²⁰⁴.

Dans l'affaire *Acadia Subaru*, le juge de première instance avait estimé que, comme il réduisait le montant des dommages punitifs de 465 000 \$ à 18 600 \$, le litige redevenait « relativement normal » et qu'il n'y avait donc pas lieu d'intervenir pour équilibrer les forces entre les parties²⁰⁵. Cette décision a été renversée en appel, le juge Kasirer estimant qu'au stade préliminaire, aucune preuve ne permettait d'évaluer les dommages tant compensatoires que punitifs²⁰⁶.

Une provision pour frais a été accordée aux auteurs du livre *Noir Canada* dans l'affaire *Barrick Gold* à cause du déséquilibre financier patent entre les parties. La juge Beaugé s'exprime ainsi :

La preuve révèle que les auteurs tirent respectivement pour 2007, un revenu d'environ 22 000 \$, 23 500 \$ et 8 000 \$. Devant une société aurifère qui générerait en 2008 un revenu de quelque 6,5 mil-

201. *Barrick Gold*, *supra*, note 5.

202. *Cosoltec*, *supra*, note 55, à la note 10 de la décision.

203. 2005 QCCA 199, par. 40.

204. *Eden Palace inc. c. Dinard*, 2010 QCCA 2015, par. 9. Au même effet, *Ordinateurs MG c. Ordinateurs MG* 2007, 2009 QCCQ 9593, par. 165.

205. *Acadia Subaru c. Michaud*, 2009 QCCQ 14458, par. 83, 84.

206. *Ibid.*, par. 38.

liards \$, et dont la performance financière ne se dément pas, la disproportion des ressources est incontestable.

Dans les circonstances, le Tribunal, préoccupé par l'accès à la justice, constate que sans une provision pour les frais de l'instance, les auteurs risquent de se retrouver dans une situation économique telle qu'ils ne pourront faire valoir leur point de vue valablement. Ils n'ont manifestement pas les moyens d'assumer les frais occasionnés par le litige, et ne disposent d'aucune autre source suffisante de financement.²⁰⁷

Pour la juge, il apparaît raisonnable d'accorder une provision pour frais de 143 190,96 \$, correspondant à la moitié des honoraires extrajudiciaires ainsi qu'aux débours anticipés²⁰⁸. Il y a lieu de se demander si une telle somme, correspondant à la moitié des dépenses est de nature à rétablir le déséquilibre financier entre les parties compte tenu de l'ampleur de la poursuite de 6 millions de dollars²⁰⁹ et des énormes ressources de Barrick Gold.

3.3.6.3 *Le cautionnement pour frais*

Si les juges n'ont presque jamais ordonné le versement d'une provision pour frais, ils ont à quelques reprises ordonné le versement d'un cautionnement pour garantir le paiement des dommages-intérêts, incluant les honoraires et frais extrajudiciaires, pouvant être accordés par le jugement final. Tout comme la provision pour frais, ce remède est disponible uniquement suite à une conclusion préalable à l'effet que la demande en justice est abusive ou en a les apparences²¹⁰. La raison de ce choix plutôt que l'octroi d'une provision pour frais n'est pas toujours expliquée clairement. Dans une affaire, le juge affirme simplement qu'il « n'ordonne pas aux demandeurs de verser une provision pour les frais de l'instance, mais simplement un cautionnement pour garantir les dommages que peut engendrer cette poursuite qui semble abusive »²¹¹.

Dans *Acadia Subaru*, le requérant n'avait pas demandé de provision pour frais mais uniquement un cautionnement de

207. *Barrick Gold*, *supra*, note 5, par. 36 et 37.

208. *Ibid.*, par. 40.

209. À laquelle s'ajoute une poursuite de 6 000 000 \$ de *Barro Corp.* en Ontario.

210. *Ernst & Young, l.l.p. c. Weinberg*, 2010 QCCA 1040, par. 6 ; *Services énergie Brookfield inc. c. Legris*, 2010 QCCS 4226.

211. *Walker Nappert (Succession de)*, 2009 QCCS 4784, par. 85.

65 000 \$. La Cour d'appel a jugé que le cautionnement pour frais (*security for cost*) était un remède accessible bien qu'il ne soit pas spécifiquement prévu à l'article 54.3 C.p.c. Même si, généralement, un tel cautionnement n'est octroyé que dans des circonstances bien délimitées, par exemple quand le demandeur ne réside pas au Québec, il n'en demeure pas moins, selon le juge Kasirer, qu'il peut constituer un remède approprié. Dans le cas précis, cela fera en sorte que la poursuite de l'action, en apparence abusive, soit conditionnelle à la protection des intérêts du défendeur²¹². Le juge Kasirer conclut : « I think it not inappropriate, given what appears to be the imbalance of resources in this fight between 93 car dealers and a single defendant, to provide security for the extrajudicial fees that Mr. Michaud will have to spend in order to defend himself in what appears to be an abusive action »²¹³.

4. DISCUSSION SUR L'ATTEINTE DES OBJECTIFS

Il est évidemment prématuré de dresser un bilan significatif à un stade aussi précoce, d'autant plus que le nombre de décisions portant spécifiquement sur des poursuites-bâillons est peu important. Il est toutefois possible de faire quelques constats.

* L'analyse des décisions rendues au cours des deux années étudiées nous amène à nous demander si le choix du législateur de ne pas adopter une loi spécifique sur les poursuites-bâillons mais de réunir au sein de mêmes dispositions du *Code de procédure civile* toutes les formes de procédures abusives était approprié pour atteindre les objectifs recherchés, soit mettre fin rapidement aux poursuites-bâillons et sanctionner les initiateurs de telles poursuites contre des citoyens et les groupes impliqués dans le débat public.

Comme on l'a vu, dans la grande majorité des décisions, les juges continuent à recourir au principe de prudence développé sous l'ancien article 75.1 C.p.c. pour l'interprétation des nouvelles dispositions. La Cour d'appel dit clairement que la prudence traditionnelle demeure une approche appropriée dans le cas où la poursuite survient après la participation aux débats publics²¹⁴. Le

212. *Acadia Subaru*, *supra*, note 5, par. 100.

213. *Acadia Subaru*, *supra*, note 5, par. 102. Il ajoute au paragraphe 103 que le montant demandé n'est pas très élevé d'autant qu'il sera divisé entre 93 personnes.

214. *Ibid.*, par. 30 et 31.

message, censément clair, que le législateur entendait envoyer aux tribunaux d'être plus interventionnistes et de s'éloigner de leur retenue habituelle avant de rejeter une action au stade préliminaire, n'a pas toujours été suivi par eux.

Le fait de ne pas avoir traité distinctement des poursuites-bâillons a entraîné une confusion des genres, comme nous l'avons relevé à plusieurs reprises dans ce texte. En Ontario, le *Comité consultatif pour contrer les poursuites-bâillons* qui a déposé un rapport en 2010, après avoir fait référence à l'exemple québécois, recommandait que le nouveau recours soit distinct de celui déjà existant dans les *Règles de procédure civile* pour s'assurer qu'on l'utilise de façon efficace et pour encourager les tribunaux à le mettre en application conformément à l'esprit des mesures adoptées²¹⁵.

* La recommandation du rapport Macdonald, reprise par les intervenants en audience publique, de tout mettre en œuvre pour alléger le fardeau de la preuve de la partie qui requiert le rejet d'une poursuite abusive a été endossée par le législateur mais ne s'est pas toujours traduite dans les décisions des tribunaux. Comme on l'a vu, les juges exigent que la personne prouve une intention ou une motivation malveillante, une conduite impropre, un effet indu et disproportionné même dans les cas impliquant la liberté d'expression dans le cadre des débats publics.

Pourtant, c'était clairement là l'intention du législateur québécois. Premièrement, comme nous l'avons souligné auparavant, le choix des termes *qui a pour effet de* plutôt que *qui vise à* limiter la liberté d'expression était délibéré et visait à éviter aux victimes de poursuites-bâillons d'avoir à prouver une intention de nuire, fardeau jugé trop lourd et difficile à surmonter.

Deuxièmement, à cause de l'emploi du mot *notamment*, il faut comprendre qu'une procédure qui a pour effet de limiter la liberté d'expression d'autrui dans le contexte de débats publics est un exemple de détournement des fins de la justice, et partant, peut constituer un abus. La preuve sommaire que l'effet restrictif sur la liberté d'expression dans le débat public peut constituer un abus devrait être suffisante pour que s'opère le transfert du far-

215. Mayo Moran *et al.*, Comité consultatif pour contrer les poursuites-bâillons, *Rapport à l'intention du Procureur général*, [Ontario], 28 octobre 2010, par. 14 et 39.

deau de la preuve sur les épaules du poursuivant qui doit, dès lors, démontrer que l'effet n'est pas indu ou disproportionné.

En Ontario, le *Comité consultatif pour contrer les poursuites-bâillons* est également d'avis que « l'accent mis sur la présence ou l'absence de mauvaise foi ou d'un motif inapproprié est non seulement inutile, mais également inapproprié »²¹⁶. Pour le Comité, il est difficile, voire impossible, de juger du motif d'un demandeur dans le cas d'une instance accélérée. Il recommande donc que l'accent soit plutôt mis sur l'incidence de la poursuite sur la capacité des citoyens et des citoyennes de participer à des débats d'intérêt public.

* Il est trop tôt pour se prononcer sur l'atteinte de l'objectif visant à fournir aux tribunaux les outils nécessaires pour sanctionner et dissuader les auteurs de poursuites abusives de même que celui visant à rétablir le déséquilibre financier entre les parties. Mais on peut toutefois noter que les sanctions dissuasives, tel l'octroi de dommages punitifs, la condamnation personnelle des administrateurs et le versement d'une provision pour frais, n'ont, à toutes fins pratiques, presque jamais été ordonnées.

* Nous n'avons pas abordé la question des délais dans ce texte. De longues discussions avaient eu lieu, lors de l'étude détaillée du projet de loi à l'Assemblée nationale, sur l'opportunité de prévoir un délai précis pour l'audition de la requête en rejet. La proposition d'inclure un délai de trente jours n'a pas été retenue. En pratique, il s'avère que les délais ont parfois été longs entre le dépôt de la requête en rejet et son audition, notamment dans l'affaire *Galipeau*. Pour remédier à ce problème, l'*Avant-projet de loi instituant le nouveau Code de procédure civile* déposé par le ministre de la Justice en septembre 2011 prévoit l'ajout, à l'actuel article 54.2, du paragraphe suivant : « La demande faite au tribunal de se prononcer sur le caractère abusif d'un acte de procédure qui a pour effet de limiter la liberté d'expression d'autrui dans le contexte de débat public est, en première instance, traitée en priorité »²¹⁷.

216. *Ibid.*, par. 34.

217. Québec 2^e sess., 39^e légis., 2011, art. 52.

Condition résolutoire et clause résolutoire : deux choses à distinguer

Pierre PRATTE

Résumé

La *condition résolutoire* subordonne la résolution du contrat à l'arrivée ou non, selon le cas, d'un événement futur et incertain, alors que la *clause résolutoire* relie la résolution du contrat à l'inexécution d'une obligation contractuelle. Bien que différentes, la condition résolutoire et la clause résolutoire sont souvent perçues comme des choses interchangeables ou comme si l'une était une variété particulière de l'autre. Cette confusion des genres s'explique. D'une part, elles ont des points communs comme, par exemple, la résolution rétroactive du contrat dans le cas où elles entrent en jeu. D'autre part, la jurisprudence ne fait pas toujours la distinction entre les deux. En effet, il n'est pas rare de lire un jugement où, au sujet d'une même clause, le tribunal va parler tantôt de condition résolutoire et tantôt de clause résolutoire. Le lecteur aura donc tendance à faire de même ce qui contribue à perpétuer le mélange des genres.

Certes, déterminer si la clause à qualifier est une condition résolutoire ou une clause résolutoire n'est pas toujours évident et il est facile de confondre l'une pour l'autre. Malgré tout, comme le régime juridique de l'une et l'autre diffèrent à plusieurs égards, en particulier au niveau de leur mécanique, il est nécessaire de les différencier. Le présent texte vise à distinguer la condition résolutoire de la clause résolutoire, en mettant l'emphasis sur la condition résolutoire.

Condition résolutoire et clause résolutoire : deux choses à distinguer

Pierre PRATTE*

INTRODUCTION	327
1. Rappel de certaines notions au sujet de la condition	328
2. Différences conceptuelles, mécaniques et rédactionnelles entre la condition résolutoire et la clause résolutoire	336
2.1 Différences conceptuelles	336
2.2 Différences mécaniques	339
2.3 Différences rédactionnelles	344
3. Rédaction de la condition résolutoire	348
4. Rédaction de la condition résolutoire à partir d'un cas pratique : une restriction d'utilisation en regard d'un immeuble	351
4.1 La formulation de la condition doit être <i>appropriée</i>	351
4.2 La formulation de la condition doit être <i>expresse</i>	357
4.3 La formulation de la condition doit être <i>claire</i>	357

* Avocat chez BCF Avocats d'affaires. Les avis exprimés sont ceux de l'auteur et non du cabinet.

5. Condition résolutoire accompagnée d'une stipulation expresse de la prestation implicite qui en découle sous la forme d'une obligation apparente	359
5.1 L'obligation apparente est une obligation ajuridique	359
5.2 La présence de l'obligation apparente n'est pas un obstacle à la reconnaissance d'une véritable condition résolutoire	361
5.3 L'obligation apparente module les contours de la condition	377
6. Condition résolutoire et clause résolutoire en même temps	379
7. Condition résolutoire et article 1742 C.c.Q.	380
8. Condition résolutoire et responsabilité civile	386
9. <i>Quid</i> des obligations essentielles pour le vendeur sans lesquelles il n'aurait pas vendu sans engagement formel par l'acheteur de s'exécuter	389
CONCLUSION	396

INTRODUCTION

D'un point de vue rédactionnel, une *condition résolutoire* est une clause énonçant un événement futur et incertain dont l'arrivée entraîne l'extinction du contrat dont la survie était justement liée au fait que l'événement en question n'arrive pas. De son côté, la *clause résolutoire* est celle qui prévoit la résolution du contrat en cas d'inexécution d'une obligation contractuelle. D'un point de vue conceptuel, la condition résolutoire vise à prémunir un contractant contre une perte d'intérêt à maintenir le contrat suite à la disparition ou à la non-survenance de l'événement qui lui donnait un sens, alors que la clause résolutoire vise à protéger une partie contre un risque inhérent au contrat, à savoir la possibilité de l'inexécution d'une obligation par l'autre partie¹. D'un point de vue mécanique, les différences sont trop nombreuses pour les énumérer maintenant. Néanmoins, juste à titre d'exemple, mentionnons qu'avec une condition résolutoire la résolution ne s'accompagne pas de dommages-intérêts, sauf convention expresse, alors qu'avec une clause résolutoire, outre la résolution, des dommages-intérêts peuvent être réclamés, sans nécessité d'une convention expresse. Nous nous proposons d'examiner ce qui distingue la condition résolutoire de la clause résolutoire, en mettant l'emphasis sur la condition résolutoire.

Malgré les différences et malgré l'invitation faite à distinguer l'une de l'autre², les expressions « condition résolutoire » et « clause résolutoire » sont régulièrement utilisées comme s'il s'agissait là de choses interchangeables ou équivalentes³ ou encore elles sont traitées comme si l'une était une variété particu-

-
1. Mathias LATINA, *Essai sur la condition en droit des contrats*, Paris, L.G.D.J., 2009, n° 399, p. 297 (ci-après : LATINA).
 2. Voir, par exemple : *Obligations et contrats*, Collection de droit 2011-2012, École du Barreau du Québec, vol. 5, Nathalie VÉZINA et Louise LANGEVIN, « Les modalités de l'obligation », EYB2011CDD132, à la note 4 apparaissant à la fin de leur texte : « il faut se garder de confondre la condition résolutoire [...] et la clause résolutoire ».
 3. Un exemple parmi tant d'autres : *Perret c. Ste-Sabine (Municipalité de)*, EYB 2010-168515 (C.S.). Au sujet de la même clause, le tribunal parle de « clause résolutoire » (par. 45 et 46) et de « condition résolutoire » (par. 10 et 47).

lière de l'autre⁴. Leur distinction s'avère pourtant nécessaire à plusieurs égards. Pensons, entre autres, à l'article 1742 C.c.Q. Celui-ci énonce que le vendeur d'un immeuble peut demander la résolution de la vente, en raison de l'inexécution d'une obligation par l'acheteur, seulement si le contrat contient une stipulation particulière à cet effet et si la demande en résolution est faite dans les cinq ans de la vente. À première vue, cet article ne vise qu'une clause résolutoire car on y parle de résolution du contrat en raison d'inexécution d'une obligation contractuelle. Si la clause résolutoire et la condition résolutoire étaient interchangeables ou que l'une n'était qu'une variété particulière de l'autre, on pourrait avancer que l'article 1742 C.c.Q. s'applique tout autant aux clauses résolutoires qu'aux conditions résolutoires, sans avoir à se questionner. Mais voilà, l'une et l'autre sont distinctes. Malgré tout, cet article, en particulier le délai qui y est prévu, est-il applicable aux conditions résolutoires ? À notre connaissance, les tribunaux n'ont pas encore répondu expressément à cette question. Quant à la doctrine, certains auteurs relient la condition résolutoire à l'article 1742 C.c.Q.⁵, alors que d'autres ne font pas un tel lien⁶. Cela mérite que nous nous y attardions.

Au départ, un bref rappel de certaines notions au sujet de la condition nous paraît nécessaire.

1. Rappel de certaines notions au sujet de la condition

Une *obligation* est une prestation à laquelle le débiteur est tenu envers le créancier et qui consiste à faire ou à ne pas faire quelque chose (art. 1373 C.c.Q.). Précisons que le transfert de propriété est inclus dans la prestation de faire et est donc une obliga-

4. Voir, par exemple, Jean GAGNON, *L'examen des titres immobiliers*, 3^e éd., mis à jour par Lucie LAFLAMME, Marie GALARNEAU et Pierre DUCHAINE, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2009 (ci-après : GAGNON). À la page 166 on retrouve le titre II, intitulé « Condition ou clause résolutoire stipulée dans un acte de vente ». Sous l'item « définition », on commence par référer à la condition résolutoire de l'article 1497 C.c.Q. (ce qui est correct car cet article traite effectivement de la condition résolutoire) pour, après, donner comme exemple la clause visant à sanctionner le non paiement du prix vente que l'on retrouve dans un acte de vente avec solde de prix de vente. Dans ce dernier cas, il s'agit d'une clause résolutoire qui ne rend aucunement le contrat conditionnel. C'est d'ailleurs du titre « clause résolutoire » que les notaires ont l'habitude de coiffer la clause en question.

5. Par exemple : Vincent KARIM, *Les obligations*, vol. 1, 3^e éd, Montréal, Wilson & Lafleur, 2009, p. 66 et 77 (ci-après : KARIM).

6. Par exemple : Didier LLUELLES et Benoît MOORE, *Droit des obligations*, Montréal, Éd. Thémis, 2006, p. 1393 et s. (ci-après : LLUELLES et MOORE).

tion. L'« obligation à terme suspensif » est celle dont l'exigibilité est suspendue jusqu'à l'arrivée d'un événement futur et certain (art. 1508 C.c.Q.)⁷. Ainsi, l'événement qui, un jour ou l'autre doit se produire, est un événement certain, même si son échéance est incertaine. L'absence d'un terme précis rend peut-être la chose incertaine quant au moment de son arrivée mais ne rend pas pour autant cette arrivée incertaine, car le tribunal peut fixer un délai d'échéance (art. 1512 C.c.Q.).

Selon l'article 1497 C.c.Q. une « obligation est conditionnelle lorsqu'on la fait dépendre d'un événement futur et incertain, soit en suspendant sa naissance jusqu'à ce que l'événement arrive ou qu'il devienne certain qu'il n'arrivera pas, soit en subordonnant son extinction au fait que l'événement arrive ou n'arrive pas ». Dans le premier cas, on parle de condition suspensive et, dans le deuxième, de condition résolutoire⁸. Il faut remarquer que le Code civil ne définit pas comme telle la condition. En effet, l'article 1497 C.c.Q. porte sur la définition de l'*obligation conditionnelle*. Et, cet article et les autres qui le suivent traitent du fonctionnement de la condition sans la définir. Malgré tout, on a coutume d'utiliser le mot « condition » pour parler de l'« événement futur et incertain »⁹. À vrai dire le terme « condition » désigne certes tantôt l'événement futur lui-même mais également tantôt le lien de dépendance entre une obligation et un événement futur et incertain¹⁰, tantôt une modalité de l'obligation et tantôt la clause contractuelle comme telle¹¹. Le contexte permet normalement de savoir de quelle désignation il s'agit.

7. L'obligation à terme extinctif est prévue à l'article 1517 C.c.Q.

8. Pour être plus exact, on parle de « condition résolutoire » dans la situation où il y a extinction rétroactivement au début du contrat et de « condition résiliatoire » lorsqu'il y a extinction du contrat pour l'avenir seulement (par exemple, pour un bail). Pour les fins des présentes, cette distinction n'est pas importante. Ceci étant, certains distinguent la « condition résolutoire » produisant un effet rétroactif de la « condition extinctive » qu'ils considèrent comme étant une condition résolutoire non-rétroactive produisant une résiliation comme, par exemple, dans le cas des contrats à exécution successive. Comme l'article 1497 C.c.Q. parle d'*extinction* en rapport avec la condition résolutoire, sans doute que l'expression « condition extinctive » vise tant la résolution que la résiliation.

9. Par exemple dans l'ouvrage de Jean-Louis BAUDOUIN et Pierre-Gabriel JOBIN (*Les obligations*, 6^e éd., par Pierre-Gabriel JOBIN avec la collaboration de Nathalie VÉZINA, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, n° 611, p. 604) (ci-après : BAUDOUIN et JOBIN), la condition est définie comme un événement futur et incertain.

10. LATINA, précité note 1, n° 257, p. 185 : la condition désigne l'événement futur et incertain, mais plus fondamentalement, elle est la relation de dépendance entre l'efficacité du contrat et l'événement incertain.

11. Pour les fins des présentes, nous utilisons ce mot pour référer à l'une ou l'autre de ces désignations. Précisons que le mot « condition » est susceptible de plusieurs

Le présent texte s'attarde à la présence d'une condition résolutoire¹² dans le cadre d'une vente immobilière¹³. Pour nos fins, l'« obligation conditionnelle » sujette à la résolution est le transfert de propriété¹⁴. Bien que l'article 1497 C.c.Q. indique que c'est l'obligation qui est conditionnelle et non le contrat, la résolution de l'obligation conditionnelle entraînera bien souvent la résolution de tout le contrat de vente¹⁵. En effet, si l'obligation conditionnelle est essentielle au contrat, tel le transfert de propriété (art. 1708 C.c.Q.), en pratique c'est tout le contrat qui sera résolu¹⁶. Ainsi, l'arrivée de la condition entraînera la résolution

utilisations. Par exemple, le Code civil utilise le mot « condition » pour maintes choses et situations. Il n'y a qu'à consulter un index du Code civil pour s'en rendre compte. Dans le présent texte ce mot réfère à une condition au sens de l'article 1497 C.c.Q.

12. Par conséquent, tous et chacun de nos propos ne s'appliquent pas nécessairement aux conditions suspensives. Inversement, lorsqu'il s'agit de consulter la jurisprudence ou la doctrine, il faut être conscient qu'un principe énoncé en matière de condition suspensive ne s'applique pas nécessairement en présence d'une condition résolutoire et, lorsqu'il s'applique, il y a lieu de faire les adaptations nécessaires. Autrement dit, il faut être prudent lorsqu'il s'agit d'utiliser un jugement ou un commentaire d'auteur et s'assurer que les propos portent bien sur une condition résolutoire. Par exemple, KARIM (précité, note 5, p. 12 et 13) indique que la condition suspensive et la condition résolutoire peuvent être formulées de façon positive (vente conditionnelle à ce que l'événement futur arrive) ou de façon négative (vente conditionnelle à ce que l'événement futur n'arrive pas). Les exemples proposés par KARIM visent tous une condition suspensive. Or, avec une condition résolutoire la formulation diffère, comme nous le verrons. Retenons donc que si on veut utiliser les modèles proposés par KARIM, il est impératif de les adapter, si la condition visée est une condition résolutoire. Pour un exemple de mélange des genres, voir *Investissements Mékinac inc. c. 3064310 Canada inc.*, EYB 2010-175095 (C.A.), par. 40, où après avoir estimé qu'une clause était une condition résolutoire, la cour indique que l'obligation était valable puisque sa naissance ne relevait pas de la seule discrétion d'une partie (art. 1500 C.c.Q.). Or, ce dernier article ne vise que la condition suspensive.
13. L'insertion d'une condition dans une vente apparente pourrait-elle permettre de modifier la qualification de l'acte, par exemple de vente à donation ? Selon BONNET (David BONNET, *Cause et condition dans les actes juridiques*, Paris, L.G.D.J., 2005, nos 375 et s., p. 225 et s.) (ci-après : BONNET), la condition ne permet pas la requalification de l'acte ; par contre, elle incurve la vente vers une de ses variétés, voire vers une vente innommée. Ceci étant, il n'exclut pas totalement la possibilité que la condition puisse permettre, avec d'autres éléments, une requalification de l'acte. Pour LATINA (précité, note 1, n° 127, p. 82), fondamentalement accessoire, la condition est impuissante à modifier la nature même d'une convention.
14. Parfois, on peut se demander si la clause à qualifier est une condition suspensive ou une condition résolutoire. S'il appert d'une mention dans l'acte que le transfert de propriété a lieu en date du contrat ou a déjà eu lieu, il s'agit logiquement d'une vente sous condition résolutoire en regard de l'obligation conditionnelle de transférer la propriété.
15. Voir les articles 1497 et s. C.c.Q. Comparez avec les anciens articles 1079 C.c.B.C. (l'obligation est conditionnelle) et 1088 C.c.B.C. (le contrat est résolu).
16. Pour LLUELLES et MOORE (précités, note 6, n° 2501, p. 1418), l'anéantissement de l'obligation conditionnelle frappera le contrat porteur, sans faire une

du transfert de propriété et, par voie de conséquence, de la vente. Notons que souvent les parties auront, de toute façon, dit que la vente est conditionnelle à tel événement ou qu'advenant tel événement la vente sera résolue¹⁷. Précisons que c'est par rapport à l'obligation conditionnelle qu'on identifie qui est le « créancier » et qui est le « débiteur » aux fins des articles 1497 et s. C.c.Q. Dans le présent texte, nous avons pris pour acquis que l'obligation conditionnelle soumise à une condition résolutoire est le transfert de propriété. Le créancier est donc l'acheteur et le débiteur est le vendeur, puisque ce dernier est le débiteur de l'obligation de transférer la propriété et que l'acheteur est le créancier de cette même obligation.

L'événement futur doit être incertain¹⁸, plus exactement objectivement incertain. Ainsi, les parties ne peuvent tenir pour incertain ce qui est objectivement certain¹⁹. Par contre, un événement a priori incertain mais qui aux yeux des parties paraît certain est alors considéré comme objectivement certain²⁰. Par ailleurs, la possibilité d'inexécution d'une obligation, même si cette inexécution est future et incertaine, ne saurait être considérée comme un événement incertain pour les fins de l'article 1497 C.c.Q.²¹. Certes l'acheteur peut s'exécuter ou non, ce qui peut donner à penser que l'inexécution est un événement incertain. Or, s'exécuter ou ne pas s'exécuter n'est pas une option légale pour l'acheteur, car l'obligation est obligatoire, ce qui prive l'inexécution éventuelle d'être qualifiée d'événement futur objectivement incertain²². La possible inexécution contractuelle est une incertitude structurelle qui se protège par une clause résolutoire et non une incertitude contextuelle nécessaire à la condition²³. Ajoutons

distinction entre selon qu'il s'agit d'une obligation essentielle ou d'une obligation accessoire.

17. Si le contrat comporte à la fois un contrat de vente et un autre contrat (contrat de bail, par exemple) ou une obligation étrangère à la vente ou qu'il contient la création d'un droit (une servitude, par exemple), la survie de ceux-ci pourrait dépendre selon qu'ils sont intimement liés ou non à la vente.
18. L'incertitude est de l'essence de la condition. Soulignons que *incertitude* n'est pas synonyme d'*imprévisibilité* (art. 1470, al. 2 C.c.Q.). Et, un événement *probable* n'est pas nécessairement un événement *certain* (*Guertin c. Dufresne*, REJB 1998-06374, n° 32 (C.S.)).
19. KARIM, précité, note 5, p. 5.
20. Générosa BRAS MIRANDA, « Modalité de l'obligation », dans *JurisClasseur Québec*, coll. « Droit Civil », *Obligations et responsabilité civile*, fasc. 9, Montréal, LexisNexis Canada, feuilles mobiles, Mars 2010, n° 7, p. 9/12 (ci-après : BRAS MIRANDA).
21. *Roy c. Caisse populaire de Percé*, EYB 2003-52318 (C.A.), par. 7.
22. BONNET, précité, note 13, n° 215, p. 125.
23. LATINA, précité, note 1, n° 396, p. 294.

que la condition se rattache aux motifs qui ont incité le vendeur à vendre. La possibilité d'une inexécution éventuelle ne saurait être un motif qui a incité à vendre²⁴. Bref, la clause qui stipule « dans l'éventualité où il y aurait inexécution d'une obligation » comme événement futur ne saurait être une clause conditionnelle. Précisons, toutefois, que l'absence d'incertitude dont il s'agit ici porte sur l'inexécution liée au refus ou à la négligence de s'exécuter de la part de l'acheteur. Si l'inexécution peut également avoir lieu en raison d'un élément incertain qui ne relève pas de la volonté de l'acheteur, alors il ne serait pas exclu, dans un tel cas, que l'inexécution soit considérée comme objectivement incertaine. Cela dit, même si l'inexécution pourrait être incertaine en raison d'un facteur extérieur (force majeure, etc.), la clause qui relie la résolution du contrat à l'inexécution d'une obligation est, en raison de sa formulation, une clause résolutoire et non une condition résolutoire, comme nous le verrons.

C'est l'arrivée ou la non-arrivée, selon le cas, de l'événement futur qui entraînera l'extinction de l'obligation conditionnelle. Ici, il faut s'en remettre à la formulation apparaissant dans le contrat pour savoir duquel des deux cas il s'agit. Avec une formulation positive, par exemple « advenant le cas où telle chose arrive », il y aura extinction du contrat si la chose en question arrive. Avec une formulation négative, par exemple « advenant le cas où telle chose n'arrive pas », alors il y aura extinction du contrat si la chose en question n'arrive pas.

Aux articles 1501 et s. C.c.Q. on parle d'« accomplissement » et de « défaillance » de la condition. À cet égard, il faut préciser que le terme « accomplissement » n'est pas synonyme d'arrivée de l'événement futur. Ce terme s'applique également à la non-arrivée de l'événement, lorsque la condition est formulée négativement. Autrement dit, il y a accomplissement si l'événement de la condition positive arrive ou si l'événement de la condition négative n'arrive pas, puisque dans les deux cas il y aura extinction du contrat. Et, il y a défaillance, si l'événement de la condition positive n'arrive pas ou si l'événement de la condition négative arrive, car dans les deux cas il n'y aura pas de résolution du contrat vu justement la défaillance de la condition. Ceci étant, il faut également préciser que l'article 1500 C.c.Q. vise la condition suspen-

24. Christophe PAULIN, *La Clause résolutoire*, Paris, L.G.D.J., 1996, n° 130, p. 142 (ci-après : PAULIN).

sive, l'article 1501 vise la condition positive, l'article 1502 vise la condition négative et l'article 1503 vise la condition suspensive²⁵.

La condition résolutoire peut être « casuelle » ou « potestative ». Dans le premier cas, la réalisation de l'événement dépend uniquement d'un tiers ou d'un événement dû au hasard. Dans le deuxième, la condition relève en tout (condition purement potestative) ou en partie (condition simplement potestative²⁶ ou condition mixte²⁷) de la volonté de l'acheteur²⁸. Tant la condition purement potestative que celle simplement potestative sont valides en matière de condition résolutoire²⁹. Par ailleurs, il faut noter qu'une condition résolutoire potestative implique, en regard de ce qui relève de la volonté de l'acheteur, que celui-ci posera un geste ou s'abstiendra de faire quelque chose s'il veut empêcher que la condition arrive ou n'arrive pas, selon le cas³⁰. On pourrait qualifier ce geste ou cette abstention d'« obligation implicite » ; nous préférons parler de « prestation implicite »³¹. Cette dernière, à l'instar de la condition dont elle s'infère, n'est pas obligatoire pour l'acheteur³². Si l'acheteur n'accomplit pas la prestation implicite, il s'expose à l'arrivée ou non, selon le cas, de l'événement futur et, par voie de conséquence, à la résolution du contrat³³ ; mais c'est tout. Or, comme on sait, une obligation légale ordinaire expose le

25. Pour connaître les raisons de cela, voir KARIM, précité note 5.

26. Volonté d'une partie à l'acte plus contingences extérieures (temps, argent, réglementation, etc.).

27. Volonté d'une partie à l'acte plus volonté d'un tiers.

28. Pour les fins des présentes, nous n'examinons pas le cas où la condition relève de la volonté du débiteur (c.-à-d. le vendeur) de l'obligation conditionnelle de faire accomplir ou défaillir la condition. De plus, sauf exception, dans le reste de notre texte, nous utiliserons « condition potestative » pour viser tant la condition simplement potestative que la condition mixte.

29. KARIM, précité, note 5, p. 28 ; Jean PINEAU, Danielle BURMAN et Serge GAUDET, *Théorie des obligations*, 4^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2001, n^o 375, p. 650 (ci-après : PINEAU, BURMAN et GAUDET).

30. Prenons, par exemple, le cas où le contrat comporte la condition résolutoire potestative suivante : « advenant que le terrain ne serait pas utilisé à des fins de stationnement, la vente sera résolue ». On comprend qu'à cette condition potestative est rattachée une prestation implicite : celle d'utiliser le terrain à des fins de stationnement. En effet, pour éviter que la condition se réalise, il faut bien que l'acquéreur utilise l'immeuble à des fins de stationnement.

31. La prestation implicite peut consister à faire ou à ne pas faire quelque chose. Nous analyserons plus loin le cas où la prestation implicite est, par ailleurs, formulée expressément en sus de la condition potestative.

32. LATINA, précité, note 1, n^o 284, p. 206 : la prestation que l'acheteur est libre d'accomplir mais qu'il doit accomplir s'il ne veut pas voir le contrat résolu n'est pas une obligation car elle ne peut être ramenée à exécution forcée.

33. C'est là l'un des aspects de la condition potestative. La résolution éventuelle exerce chez l'acheteur une pression afin qu'il mette tout ce qui est en son pouvoir pour éviter l'accomplissement de la condition.

débiteur à différentes sanctions en cas d'inexécution. L'expression « obligation implicite » peut laisser entendre qu'il s'agit d'une obligation légale ordinaire, ce qui n'est pas le cas³⁴. En somme, la condition résolutoire potestative qui fait appel à la volonté du créancier de l'obligation conditionnelle est admise ; et, cette condition n'est pas seulement *au pouvoir* mais également *au bon vouloir*³⁵ du créancier de faire accomplir ou défaillir. Il en résulte, d'une part, qu'aucun reproche ne peut être adressé à l'acheteur qui provoque la résolution en n'exécutant pas la prestation implicite³⁶ et, d'autre part, que le vendeur ne peut forcer légalement l'acheteur à exécuter la prestation implicite.

La condition (l'événement futur) doit être extrinsèque ou étrangère au rapport de droit, c.-à-d. au contrat envisagé (vente, donation, échange, prêt, etc.). Ainsi, tout d'abord, l'événement futur ne doit pas être un élément nécessaire à la formation³⁷, à la

34. Cela permet de mieux comprendre que dans une vente sous condition résolutoire (dont l'obligation conditionnelle est le transfert de propriété) le *créancier* est l'acheteur et le *débiteur* est le vendeur. En effet, c'est par rapport à l'obligation conditionnelle, et non par rapport à la condition ou à la prestation implicite qui en découle, que l'on identifie le créancier et le débiteur. Ainsi, en regard du transfert de propriété (étant l'obligation conditionnelle), le créancier est l'acheteur et le débiteur est le vendeur, car c'est ce dernier qui est le débiteur de cette obligation conditionnelle. Lorsque la condition résolutoire fait appel à la volonté de l'acheteur, on peut avoir tendance à prendre ce dernier pour le débiteur et le vendeur pour le créancier, alors que c'est bien le vendeur qui est le débiteur, puisque c'est bien lui qui est le débiteur de l'obligation conditionnelle de transférer la propriété.

35. Si l'accomplissement ou la défaillance de la condition n'était pas au bon vouloir de l'acheteur, il ne s'agirait plus alors d'une condition *potestative* mais d'une condition *obligatoire*.

36. L'article 1503 C.c.Q. permet de tenir compte du comportement du débiteur de l'obligation conditionnelle qui ferait défaillir une condition suspensive, en considérant la condition comme accomplie dans un tel cas. Cette disposition ne s'applique pas en matière de condition résolutoire. Si une telle disposition législative existait pour les conditions résolutoires, elle serait du genre : la condition résolutoire est défaillie si son accomplissement a été favorisé ou provoqué par le créancier (l'acheteur). À défaut de retrouver dans le contrat, de manière expresse ou implicite, quelque chose du même genre, on ne devrait pas pouvoir adresser un reproche à l'acheteur qui favorise ou provoque l'accomplissement de la condition, du moins pas à partir des articles 1497 et s. C.c.Q.

37. KARIM, précité, note 5, p. 8. Voir aussi LATINA, précité, note 1, n° 140, p. 92 : l'élément nécessaire doit déjà exister pour que le contrat se forme, alors que la condition suppose un contrat régulièrement formé, puisqu'elle se situe dans le futur. LATINA, no 169, p. 118 : la condition doit porter sur un événement accessoire et non essentiel à la formation du contrat envisagé. Précisons, à cet égard, que cela ne veut pas dire que l'événement futur n'est pas essentiel pour le vendeur. En effet, la condition (même si elle n'était pas essentielle à la formation du contrat) peut néanmoins être essentielle pour le vendeur au point où sans la présence de celle-ci il n'aurait pas vendu. Précisons, aussi, que c'est bien l'événement futur qui doit être étranger au rapport de droit et non l'obligation conditionnelle qui,

validité ou à la qualification du type de contrat envisagé³⁸. Le contrat voulu doit pouvoir exister sans la condition, c.-à-d. que le contrat envisagé (vente, donation, prêt, etc.) pourrait exister même si la clause établissant la condition était absente. Ensuite, la condition ne doit pas être une obligation imposée à l'acheteur, fût-elle une obligation accessoire, car même cette dernière fait partie du rapport de droit en tant qu'obligation réciproque comme dans tout contrat synallagmatique. Une condition obligatoire n'est pas une condition mais une obligation. À cet égard, il faut mentionner que, dans un contrat, le mot condition « désigne très souvent un ensemble de stipulations qui n'ont vraiment rien de conditionnel et qui sont tout simplement des obligations qu'une partie, par exemple l'acquéreur dans une vente, s'engage à remplir au bénéfice du vendeur »³⁹. Pourtant, il ne faut pas confondre une condition au sens de 1497 C.c.Q. avec ce « qu'on appelle communément les *conditions du contrat* qui ne sont en vérité que les obligations des parties résultant du contrat »⁴⁰. Ainsi, la présence du mot « condition » n'a pas pour effet de créer une véritable condition s'il s'agit en réalité d'une obligation⁴¹.

Après ce bref rappel, il faut maintenant regarder ce qui distingue la condition résolutoire de la clause résolutoire, d'un point de vue conceptuel, mécanique et rédactionnel.

elle, fait partie du rapport de droit. Dans le cas d'une vente conditionnelle, l'élément essentiel dont il est question ici ce n'est pas le transfert de propriété (qui correspond à l'obligation conditionnelle) ; c'est l'événement futur dont dépend l'extinction du transfert de propriété.

38. LLUELLES et MOORE, précités, note 6, n° 2473, p. 1400. Voir aussi BRAS MIRANDA, précitée, note 20, n° 29, p. 9/21. L'article 1708 définit le contrat de vente comme étant celui par lequel le vendeur transfère la propriété d'un bien à l'acquéreur qui, en contrepartie, s'oblige à payer un prix en argent. L'événement conditionnel ne saurait être lié au paiement du prix de vente, puisqu'il s'agit là d'un élément essentiel à la formation et à la qualification du contrat de vente et que celui-ci ne saurait exister en tant que contrat de vente sans cet élément. Ainsi, la clause qui dirait que « la vente est conditionnelle au paiement du prix de vente » n'établirait pas une condition résolutoire.
39. Yvan DESJARDINS, « Un regrettable arrêt de la cour d'appel », (1990-91) 93 *R. du N.* 216, p. 218 (ci-après : DESJARDINS). BRAS MIRANDA, précitée note 20, n° 22, p. 9/19 : le terme condition réfère très souvent aux obligations du contrat. Par exemple, on peut retrouver dans un acte de vente une section intitulée « Conditions » ou une phrase disant que la vente est faite « aux conditions suivantes ». Il s'agit, la plupart du temps, de l'annonce d'obligations et non de véritables conditions au sens de l'article 1497 C.c.Q.
40. PINEAU, BURMAN et GAUDET, précités, note 29, n° 374, p. 648.
41. LLUELLES et MOORE (précités, note 6, n° 2466, p. 1399) soulignent que, dans certains cas, il faut se demander si la réalisation ou la non-réalisation de l'événement n'est pas plutôt, dans l'esprit des parties, une véritable obligation. Comme nous le verrons, en matière de condition résolutoire, le mot « condition » va souvent introduire une obligation, en raison d'une formulation inappropriée, si l'intention est de créer une véritable condition.

2. Différences conceptuelles, mécaniques et rédactionnelles entre la condition résolutoire et la clause résolutoire

2.1 Différences conceptuelles

Le vendeur qui veut restreindre l'utilisation de l'immeuble vendu, par exemple à des fins de stationnement, peut formuler une obligation imposant cet usage, accompagnée d'une clause résolutoire pour le cas où il y aurait inexécution de cet engagement. Il peut également établir une condition résolutoire potestative pour le cas où l'immeuble ne serait pas utilisé à des fins de stationnement. On comprend qu'à cette condition potestative est rattachée une prestation implicite pour l'acheteur : utiliser l'immeuble à des fins de stationnement. Ces deux méthodes peuvent paraître à première vue assez identique. Tout d'abord, toutes deux peuvent conduire à la résolution, si l'acheteur n'utilise pas l'immeuble à des fins de stationnement⁴². Ensuite, toutes deux exercent une pression sur l'acheteur l'incitant à exécuter l'obligation, dans un cas, ou la prestation implicite, dans l'autre cas, et prévenant autant que faire se peut l'inexécution de l'obligation, pour l'une, ou de la prestation implicite, pour l'autre. En effet, comme l'inexécution de la prestation implicite entraîne l'accomplissement de la condition, il faut bien que l'acquéreur utilise l'immeuble à des fins de stationnement, pour éviter la résolution. On doit donc admettre que la condition potestative peut inciter l'acheteur à exécuter la prestation implicite, d'une part, et prévenir l'inexécution de cette dernière, d'autre part, en raison des conséquences produites par l'accomplissement de la condition. La distance peut donc sembler mince entre les deux façons de faire, vu que la condition résolutoire potestative exerce une pression proche de celle qui apparaît en présence d'une obligation accompagnée d'une clause résolutoire⁴³. Malgré cette proximité, il

42. Dans un cas, il y aura résolution en raison de l'inexécution de l'obligation donnant ouverture à la mise en œuvre de la clause résolutoire. Dans l'autre cas, il y aura résolution suite à l'accomplissement de la condition faisant suite au défaut d'exécution de la prestation implicite.

43. En raison de cette proximité, certains auteurs français remettent en cause la condition potestative dont le créancier (ici l'acheteur) peut faire arriver en n'exécutant pas la prestation implicite. Voir, par exemple, LATINA (précité, note 1, n° 395, p. 293). Cet auteur admet la qualification de condition potestative réelle si l'aspect casuel est plus présent. Selon lui (n° 395, p. 294), il n'y a pas de véritable condition potestative de la part du créancier, lorsque le vendeur veut soit inciter l'acheteur à s'exécuter soit prévenir l'inexécution de la prestation implicite. Dans les deux cas, avance-t-il, l'emphasis n'est pas sur l'intérêt à maintenir le

demeure que ces méthodes sont conceptuellement différentes, ce qui nécessite de les différencier.

Conceptuellement, condition résolutoire et clause résolutoire se distinguent de différentes façons dont : le caractère pénal de la clause résolutoire qui est absent dans la condition résolutoire (i) ; un moyen de protection contre l'inexécution d'une obligation, pour l'une, une façon de préserver l'utilité de l'acte contre toute chose (y compris un défaut d'exécution de la prestation implicite) qui pourrait entraîner l'accomplissement de la condition, pour l'autre (ii).

(i) La clause résolutoire sanctionne l'inexécution d'une obligation comme un reproche pour la faute commise, car l'obligation est obligatoire, alors que la condition résolutoire potestative et la prestation implicite qui en découle n'étant pas obligatoires⁴⁴, c'est sans idée de stigmatisation que survient la résolution⁴⁵. Avec une clause résolutoire, l'acheteur est sanctionné par la résolution non en raison des conséquences de sa faute, mais en raison de la faute elle-même⁴⁶. La clause résolutoire est une peine privée (une sanction) qui protège un contractant contre l'autre contractant qui ne respecte pas ses obligations. Avec la condition résolutoire potesta-

contrat, c.-à-d. à rendre conditionnel le transfert de propriété lié à une incertitude, mais sur la prestation implicite que l'on veut voir se réaliser. Ceci étant, LATINA reconnaît toutefois que le droit positif reconnaît l'existence d'une condition potestative de la part du créancier en indiquant que, selon lui, cette solution n'est qu'un expédient permettant de ne pas avoir à faire un travail de requalification (n° 408, p. 306). Autrement dit, c'est plus facile d'accepter la validité de la condition potestative impliquant la volonté du créancier que de requalifier la condition comme une clause résolutoire. Cet auteur reconnaît toutefois qu'il est difficile de savoir si la condition potestative est liée à l'absence d'intérêt à maintenir le contrat en cas d'accomplissement de la condition ou si elle n'est qu'une dissimulation, sous forme de condition, d'une contrepartie. Ici, il nous semble que cette approche découle d'une formulation inappropriée de la condition résolutoire plutôt que d'une requalification de la condition. En effet, l'auteur prend comme exemple une formulation du genre « la vente est faite à la condition que l'acquéreur accomplisse telle chose » pour se demander s'il s'agit d'une condition résolutoire ou d'une contrepartie. Or, nous le verrons, une telle formulation est une formulation inappropriée pour établir une condition résolutoire. Voir aussi : BONNET (précité, note 13, n° 1030 et s., p. 521 et s.). Pour cet auteur, si la condition arrive par le fait de l'acheteur, alors il y aurait résolution pour inexécution et, si elle résulte d'un fait extérieur, il y aurait accomplissement de la condition résolutoire. Or, cet auteur ne semble pas tenir compte du fait que c'est au moment de la conclusion du contrat qu'il faut se placer pour qualifier la clause. Si celle-ci peut être qualifiée de condition lors de la formation du contrat, le fait que l'accomplissement de la condition résulte postérieurement du fait fautif de l'acquéreur ne devrait pas changer la qualification initiale.

44. Le mot « potestatif » n'implique-t-il pas un caractère non-obligatoire !

45. LATINA, précité, note 1, n° 389, p. 287.

46. PAULIN, précité, note 24, n° 107 et s., p. 117 et s.

tive, le contrat est résolu en raison des conséquences du défaut de l'acheteur, sans égard au défaut lui-même, ce qui écarte la notion de peine privée.

(ii) La condition résolutoire « permet de faire face à une incertitude qui inquiète l'un des contractants au moins, et de contracter malgré tout »⁴⁷, tandis que la clause résolutoire se veut une garantie, un moyen de protection, pour assurer l'exécution de l'obligation. La condition permet d'anticiper un risque que les parties ne maîtrisent pas complètement⁴⁸. Elle a pour but la préservation de l'utilité de l'acte en tenant compte de la survenance d'un événement incertain qui, s'il se réalise, viendrait ruiner l'utilité même de l'engagement même si ce dernier se trouve déjà exécuté⁴⁹. Avec la clause résolutoire le vendeur ne cherche pas à se prémunir contre une perte d'intérêt consécutive à l'accomplissement de l'événement futur qui donnait un sens au contrat, mais souhaite se prémunir contre un risque inhérent au contrat : l'inexécution d'une obligation⁵⁰. Avec la condition résolutoire, le vendeur ne cherche pas seulement à être protégé contre un défaut de l'acheteur mais de manière plus large et plus générale contre tout ce qui est susceptible d'empêcher d'atteindre le résultat souhaité⁵¹ et, ainsi, rendre le contrat dépourvu d'intérêt pour lui⁵². Il s'agit certes de se prémunir contre un défaut de l'acheteur. Mais plus fondamentalement il s'agit de couvrir plus large et se prémunir : contre l'acheteur dont il n'est pas certain qu'il pourra parvenir au résultat souhaité malgré sa bonne volonté ; contre une force majeure ou toute autre situation qui n'en présente pas les caractères mais à laquelle les parties ont voulu en conférer les caractères ; contre la non-collaboration d'un tiers étranger au contrat mais dont la participation est nécessaire ; contre un changement néfaste de la législation en regard du résultat souhaité, etc.

47. LLUELLES et MOORE, précités, note 6, n° 2461, p. 1393. Entre l'absence d'engagement et l'engagement pur et simple, la condition est une troisième voie (LATINA, précité, note 1, n° 192, p. 140).

48. Cela fait donc dire à un auteur français que l'événement conditionnel est celui qui ne relève pas de la pleine maîtrise des contractants (LATINA, précité, note 1, n° 398, p. 296). Or, au Québec, la condition résolutoire purement potestative est admise.

49. Olivier MILHAC, *La notion de condition dans les contrats à titre onéreux*, 2001, L.G.D.J., Paris, n° 426, p. 161 (ci-après : MILHAC) ; LATINA, précité, note 1, n° 399, p. 297.

50. LATINA, précité, note 1, n° 399, p. 297.

51. Qu'il s'agisse de l'arrivée ou de la non arrivée, selon le cas, de l'événement futur.

52. La condition ne s'attache pas aux difficultés momentanées d'exécution mais à l'utilité même de l'engagement (MILHAC, précité, note 49, n° 426, p. 161).

Le vendeur, qui veut se protéger contre toute situation susceptible d'empêcher d'atteindre le résultat souhaité et ainsi rendre le contrat dépourvu d'intérêt pour lui, peut recourir à la condition résolutoire. La clause conditionnelle ne va pas mentionner ces différentes situations mais va plutôt référer à la conséquence commune qui en résultera, si l'une d'elles devait se produire.

Par ailleurs, on peut envisager des situations où c'est l'acheteur qui, par exemple, souhaite ardemment utiliser le terrain à des fins de stationnement. Autrement dit, s'il achète c'est pour cet usage effectif, car autrement il n'aurait pas acheté. Or, il peut arriver qu'il se méfie de certains facteurs extérieurs incertains qui pourraient l'empêcher éventuellement d'utiliser le terrain comme stationnement⁵³. La condition résolutoire permettra à cet acheteur de contracter néanmoins, car la condition en question lui assure qu'il y aura résolution dans l'éventualité où un de ces facteurs incertains l'empêche d'utiliser le terrain comme stationnement. Ainsi, l'acheteur peut y voir son compte avec une condition résolutoire.

Ceci étant, le critère « utilité de l'acte » doit toutefois être mis en perspective. En effet, l'article 1497 C.c.Q. ne semble pas limiter la validité de la condition au fait de l'utilité même de l'acte. Il serait donc théoriquement possible de lier la résolution du contrat à un événement qui, s'il devait arriver ou non, selon le cas, n'aurait aucune incidence sur l'utilité comme telle de l'acte.

2.2 Différences mécaniques

D'un point de vue mécanique, condition résolutoire et clause résolutoire ont certaines choses en commun : la résolution rétroactive⁵⁴ du contrat, la restitution des prestations au cas de résolu-

53. Par exemple : possibilité d'un manque de collaboration d'un tiers dont la participation est nécessaire ; manque de financement, etc.

54. Les parties pourraient toutefois prévoir qu'il n'y aura pas de rétroactivité. Par ailleurs, par principe dans les contrats à exécution successive (contrat de travail, de location, etc.), la rétroactivité est écartée (BRAS MIRANDA, précitée, note 20, n° 85, p. 9/41) (KARIM, précité, note 5, p. 61-62 et 66) ; contra : LLUELLES et MOORE, précités, note 6, n° 2500, p. 1418 : la condition résolutoire agit rétroactivement tant pour le contrat à exécution immédiate que pour le contrat à exécution successive. Vu la controverse possible, les parties auraient intérêt à aménager les conséquences de la résolution au niveau de la restitution des prestations et quant à la rétroactivité pour les contrats à exécution successive ; peut-être prévoir l'extinction pour l'avenir seulement et sans restitution des prestations.

tion (art. 1507 C.c.Q., pour l'une, et 1605 C.c.Q., pour l'autre)⁵⁵ et la publication pour être opposable aux tiers⁵⁶. Toutefois, le régime de la condition résolutoire lors de son accomplissement⁵⁷ diffère à plusieurs égards de celui applicable à la clause résolutoire en cas de défaut d'exécution d'une obligation⁵⁸. De façon sommaire, ces différences sont, notamment⁵⁹ :

A) en présence d'une condition résolutoire

i) la résolution est automatique sans devoir être prononcée judiciairement une fois la condition accomplie⁶⁰, le tribunal ne faisant que la constater en cas de contestation par l'une des parties⁶¹ ;

55. Sous réserve de l'article 1699 C.c.Q. qui permet au tribunal de refuser exceptionnellement la restitution.

56. BRAS MIRANDA, précitée, note 20, n° 38, p. 9/24 et les articles 2938 et 2939 C.c.Q. La publicité de la vente à l'index des immeubles vaut également publicité de la clause résolutoire énoncée dans la vente, sans qu'il soit nécessaire d'une mention « clause résolutoire » à l'index des immeubles (*Caisse populaire de La Tuque c. Labrie*, EYB 2007-119296 (C.A.)). On peut penser qu'il en est de même avec la condition résolutoire. Par ailleurs, il arrive que la promesse d'achat indique que la vente comportera une clause résolutoire pour sanctionner l'inexécution d'une obligation de l'acheteur mais que, au final, la clause n'apparaisse pas dans l'acte de vente. Les parties ont pu indiquer, dans l'acte de vente, que celle-ci est faite en exécution d'une promesse d'achat dont toutes les clauses sont présumées faire partie de l'acte de vente, même si elles ne sont pas reproduites, sauf incompatibilité avec l'acte de vente. Cela ne respecte pas l'article 1742 C.c.Q., car la clause résolutoire doit être stipulée dans l'acte de vente lui-même (*Progab inc. c. Bergenco inc.*, EYB 2009-161041 (C.S.)).

57. Rappelons que l'accomplissement résulte de l'arrivée de l'événement, si la condition est formulée positivement, et de la non-arrivée de l'événement, si elle est formulée négativement.

58. BAUDOUIN et JOBIN, précités, note 9, n° 613, p. 606-607.

59. Ces différences résument ce que nous avons lu ici et là. Nous n'avons pas vérifié de façon exhaustive si, dans chaque cas, cela représente la position actuelle de la doctrine et de la jurisprudence.

60. *Placements André Turgeon inc. c. Ville de Longueuil*, REJB 2003-37454 (C.A.) par. 23-34. Précisons que l'extinction du contrat est instantanée dès sa première manifestation, sauf si les parties ont indiqué un délai durant lequel l'événement devait perdurer pour entraîner la résolution. Ajoutons que les parties peuvent prévoir que la résolution ne sera pas automatique ou qu'elle ne vaudra que pour l'avenir seulement. Dans ces cas, les parties devront clairement stipuler la non-automaticité ou que la condition accomplie n'entraînera que la résiliation pour l'avenir (BRAS MIRANDA, précitée, note 20, n° 84, p. 9/41).

61. Puisque la résolution est automatique le tribunal ne devrait que la constater et non la prononcer. De plus, c'est l'extinction ou la résolution (ou la résiliation pour les contrats à exécution successive) qui devrait être constatée et non l'annulation, cette dernière faisant suite, par exemple, à l'annulation pour vice de consentement (art. 1407 C.c.Q.).

ii) le tribunal n'a aucun pouvoir d'appréciation de l'opportunité du jeu de la condition⁶² et ne peut davantage consentir un délai ;

iii) la résolution n'a pas à être précédée d'une mise en demeure ou d'un avis quelconque⁶³, en théorie du moins ;

iv) il est possible d'invoquer la condition résolutoire, même si l'arrivée de l'événement futur et incertain ne touche qu'une partie de l'immeuble vendu⁶⁴ ;

v) une fois la condition accomplie, il faut l'accord des deux parties pour écarter les effets de la résolution, car la condition résolutoire est stipulée dans l'intérêt des deux parties⁶⁵, sauf s'il apparaît que la condition a été écrite dans l'intérêt d'une seule partie où, dans ce cas, cette dernière pourrait y renoncer seule⁶⁶ ;

62. Est-ce que l'abus de droit ou la mauvaise foi pourrait constituer une fin de non-recevoir à l'extinction du contrat ? BRAS MIRANDA (précitée, note 20, n° 50, p. 9/28) avance que, même si 1503 C.c.Q. ne vise que la condition suspensive, il serait possible d'étendre le même principe à l'égard du créancier de mauvaise foi dont les agissements entraînent l'accomplissement de la condition résolutoire. Mentionnons toutefois l'arrêt *Haddad c. Le Groupe Jean Coutu (PJC) inc.*, EYB 2010-183214 (C.A.). Au sujet d'une clause de non-concurrence éteinte par confusion, la cour d'appel a déclaré que même la mauvaise foi ne peut justifier le prolongement des effets d'une clause éteinte (par. 85). La confusion amène une extinction automatique et de plein droit (LLUELLES et MOORE, précités, note 6, n° 2712, p. 1582). Par analogie, on pourrait dire que la mauvaise foi ne peut justifier la survie d'un contrat qui, en raison de l'accomplissement de la condition, a été anéanti automatiquement et de plein droit. Ceci étant, on verra une situation où la faute de l'acheteur (et par extension la mauvaise foi) ne lui permettrait pas de prétendre à la résolution automatique du contrat, en raison d'un aménagement conventionnel qui s'inspire de l'article 1503 C.c.Q. (voir ci-après au numéro 5.3).

63. BRAS MIRANDA, précitée, note 20, n° 48, p. 9/27.

64. La condition ne peut que s'accomplir ou défaillir pour le tout, sa réalisation n'étant pas divisible (BRAS MIRANDA, précitée, note 20, n° 41, p. 9/25). L'accomplissement de l'événement conditionnel est indivisible (LATINA, précité, note 1, n° 521, p. 398). *Quid* si la condition est à l'avantage de deux personnes et que l'une d'elles renonce (voir : *Perret c. Ste-Sabine (Municipalité de)*, EYB 2010-168515 (C.S.)). Par ailleurs, sans doute faut-il apporter certaines nuances. Prenons le cas où la condition résolutoire porte sur l'usage d'un immeuble. Un usage accessoire ou secondaire non conforme n'entraînera pas nécessairement l'accomplissement de la condition et la résolution du contrat si l'usage principal est, quant à lui, conforme et que cet usage secondaire n'empêche pas l'usage principal. Autre exemple, une partie de l'immeuble ne peut être utilisée aux fins souhaitées. Cette partie pourrait être utilisée à d'autres fins, sauf si cette autre utilisation était justement ce que la condition résolutoire visait à empêcher.

65. En cas d'accord des deux parties, il y a sans doute un nouveau contrat avec un nouveau transfert de propriété.

66. *Investissements Mékinac inc. c. 3064310 Canada inc.*, EYB 2010-175095 (C.A.) par. 42. Cette renonciation peut être expresse ou tacite, par exemple le cas où le vendeur, au courant de l'arrivée de la condition, continue à faire comme si de rien n'était. Mentionnons, toutefois, l'arrêt *Placements André Turgeon inc. c. Ville de Longueuil* (REJB 2003-37454 (C.A.)). Au paragraphe 24, la cour mentionne que

vi) la résolution est absolue et peut être invoquée par toute personne intéressée (art. 1506 C.c.Q.)⁶⁷ ;

vii) si la condition est accomplie, le contrat est résolu même si ultérieurement l'événement disparaît ou apparaît, selon le cas en fonction d'une rédaction positive ou négative de la condition⁶⁸, en raison de l'automaticité de la résolution ;

viii) la résolution du contrat ne s'accompagne pas de dommages-intérêts, à moins que les parties n'aient prévu conventionnellement la possibilité d'en obtenir⁶⁹, car l'accomplissement de la condition opère en dehors de la responsabilité contractuelle⁷⁰ ;

ix) il n'y a pas de délai au-delà duquel la condition résolutoire deviendrait inopérante⁷¹, sauf stipulation par les parties⁷² ;

x) une entente subséquente ne saurait normalement rendre conditionnelle la vente initiale, si celle-ci ne l'était pas⁷³ ;

xi) le droit à la résolution doit être exercé de bonne foi (art. 1375 C.c.Q.)⁷⁴.

« comme la résolution opère de plein droit, sans devoir être prononcée judiciairement, l'inaction de la Couronne ne peut avoir empêché l'anéantissement rétroactif ». La cour a cependant ajouté qu'il était manifeste que la Couronne n'avait jamais renoncé à ses droits. Vu cet ajout, il ne s'agit peut-être pas d'un refus de reconnaître la possibilité d'une renonciation par le bénéficiaire de la condition, mais tout simplement que, dans ce cas précis, la preuve ne permettait pas d'établir une renonciation expresse ou tacite. Par ailleurs, en présence d'une condition stipulée à l'avantage d'une seule partie, la renonciation n'est pas constitutive d'un nouveau contrat, car cette renonciation unilatérale ne peut en aucun cas être constitutive, à elle seule, d'un nouvel accord (LATINA, précité, note 1, n° 583, p. 441). La renonciation emporte le maintien du contrat initial (*Ibid.*). Si le bénéficiaire ne se prononce pas explicitement, il devrait être possible pour l'autre partie de le mettre en demeure de se prononcer dans un délai raisonnable. Vu le maintien du contrat initial, la restitution des prestations n'a pas lieu (art. 1507 C.c.Q.) et chacune des parties peut exiger de l'autre qu'elle exécute les obligations prévues au contrat, comme s'il s'agissait d'un contrat pur et simple.

67. Tel que mentionné ci-devant, une condition peut être stipulée au profit d'une des parties seulement. Les tribunaux admettent que cette partie puisse renoncer à se prévaloir de la condition accomplie. Dans un tel cas, le tiers peut-il invoquer la résolution ?

68. LATINA, précité, note 1, n° 545 et s., p. 415 et s.

69. Les parties pourraient prévoir conventionnellement la possibilité de réclamer des dommages-intérêts (voir KARIM, précité, note 5, p. 77).

70. Comme nous le verrons un peu plus loin.

71. Voir ci-après sur la possibilité d'appliquer le délai de cinq ans prévu à l'article 1742 C.c.Q. aux conditions résolutoires.

72. D'où l'importance pour les parties de considérer l'énonciation d'un délai.

73. KARIM, précité, note 5, p. 9.

74. *Investissements Mékinac inc. c. 3064310 Canada inc.*, EYB 2010-175095 (C.A.) par. 42. Ainsi, il pourrait être mal vu pour un vendeur de prétendre à la résolution,

B) en présence d'une clause résolutoire visant à sanctionner l'inexécution d'une obligation imposée à l'acheteur (et selon le même ordre que la condition résolutoire)

i) en raison de la formulation de l'article 1742 C.c.Q.⁷⁵ et de l'article qui le suit, on en déduit que la résolution automatique et sans poursuite judiciaire prévue à l'article 1605 C.c.Q. n'est pas possible en matière immobilière, la résolution devant être prononcée par le tribunal⁷⁶ ;

ii) le tribunal conserve une marge d'appréciation, de sorte qu'il pourrait refuser d'accorder la résolution⁷⁷ ;

iii) la résolution judiciaire doit être précédée d'un préavis de 60 jours (art. 1743 C.c.Q.) ;

iv) la résolution ne peut avoir lieu si le défaut d'exécution est de peu d'importance (art. 1604 al. 2 C.c.Q.) ou en cas de force majeure ;

v) c'est le vendeur qui a le choix de demander ou non la résolution, car la clause résolutoire est stipulée à son profit, l'acheteur ne pouvant s'en prévaloir ;

vi) un tiers ne peut invoquer la résolution tant que le tribunal ne l'a pas prononcée à la demande du vendeur ;

vii) si avant la résolution judiciaire l'inexécution cesse, la résolution ne pourra pas, normalement, être accordée ;

viii) outre la résolution, des dommages-intérêts peuvent être réclamés, le cas échéant (art. 1590 C.c.Q.) ;

ix) en matière immobilière, la résolution doit être demandée dans les cinq ans de la vente (art. 1742 C.c.Q.)⁷⁸.

lorsque l'accomplissement de la condition résulte d'une inadvertance de l'acquéreur et qu'il serait facile et rapide de corriger cette inadvertance.

75. Art. 1742 : « Le vendeur d'un bien immeuble ne peut demander la résolution ... » (nous avons souligné).

76. Est-il possible pour les parties de prévoir une résolution automatique nonobstant ces articles ? Il semble que l'article 1742 C.c.Q. soit d'ordre public.

77. L'article 1538 C.c.B.C., non reproduit dans le C.c.Q., disait que tribunal ne pouvait accorder un délai. Est-ce que la disparition de cet article permet dorénavant au tribunal d'accorder un délai ?

78. Il s'agit là d'un délai de déchéance qui n'est pas susceptible d'interruption (*Rousset c. Créations Marcel Therrien Inc.*, EYB 2011-187882 (C.A.)). Si l'acquéreur subséquent assume les obligations et la clause résolutoire mentionnées dans la

2.3 Différences rédactionnelles⁷⁹

La condition résolutoire est une clause qui établit un lien de dépendance entre un événement futur et incertain dont l'arrivée ou la non-arrivée, selon le cas, entraînera la résolution de la vente. Par exemple, « advenant que tel événement arrive, alors la vente sera résolue »⁸⁰. On s'intéresse au résultat et non pas au comportement qui peut entraîner le résultat. C'est pourquoi, la condition résolutoire porte sur la conséquence et non sur le comportement, fût-il fautif, ou un autre élément qui peut amener une telle conséquence. En supposant l'absence d'une obligation expresse⁸¹, il y a

vente initiale, cela n'a pas pour effet de créer une nouvelle clause résolutoire avec un nouveau délai de 5 ans (*Domaine du Massif c. Ruel*, EYB 2005-86542 (C.S.), par. 23 à 27 et 32 ; appel rejeté sur requête). Le délai de 5 ans prévu à l'article 1742 C.c.Q. s'applique aux ventes antérieures à 1994, tant pour les clauses résolutoires expresses que pour les clauses résolutoires implicites*. De sorte que, pour les ventes antérieures à 1994, il n'est plus possible de demander la résolution pour inexécution d'une obligation depuis le 1^{er} janvier 1999. À cet effet, voir : *Commission scolaire des Découvreurs c. Sillery (Ville de)*, REJB 2001-27693 (C.S.) ; *Domaine du Massif c. Ruel*, EYB 2005-86542 (C.S.) (appel rejeté sur requête) ; GAGNON, précité, note 4, p. 173-174 ; Francine PAGER, « Des immeubles donnés ou vendus sous condition », (2010) 112 *R. du N.* p. 263 (ci-après : PAGER). Voir aussi : *Roussel c. Créations Marcel Therrien Inc.*, EYB 2011-187882 (C.A.).

* Selon certains, il existait une clause résolutoire implicite pour garantir les obligations autres que le paiement du prix de vente. Nous aurons l'occasion de rappeler cette controverse, un peu plus loin.

Aparté : La radiation de la clause résolutoire inopérante ne s'impose pas d'emblée (GAGNON, précité note 4, p. 175). D'une part, le législateur n'a pas prévu un mécanisme simple et sans la participation du créancier comme pour l'hypothèque périmée (voir les art. 2799 et 3059 C.c.Q.). D'autre part, l'article 1723 C.c.Q. oblige le vendeur à purger le bien vendu des hypothèques qui le grèvent, mais est silencieux sur le sort des clauses résolutoires. Il y a peut-être là des indications à l'effet qu'il n'est pas obligatoire de radier les clauses résolutoires inopérantes, d'où l'absence d'un mécanisme simple de radiation et sans la participation du vendeur dans le Code civil à l'égard de telles clauses inopérantes. Quoi qu'il en soit, la décision récente de la cour d'appel (arrêt *Roussel*) peut donner un argument en faveur de la non-nécessité de radier une clause résolutoire aujourd'hui déchuë, en l'absence de la publication d'un préavis d'exercice à l'intérieur du délai de cinq ans de la vente. En effet, en l'absence d'un préavis d'exercice, il est impossible qu'une action ait été intentée à l'intérieur du délai de 5 ans, le préavis d'exercice étant une formalité obligatoire préalable au recours judiciaire.

79. Nous aurons l'occasion d'élaborer davantage au sujet de la rédaction de la condition résolutoire, plus loin dans le texte. Ici, il s'agit simplement de faire ressortir les différences rédactionnelles entre la condition résolutoire et la clause résolutoire.
80. Sans doute qu'une mention d'extinction au lieu de résolution dans le contrat ferait plus clairement ressortir l'idée de condition résolutoire, puisque c'est à l'extinction et non à la résolution que l'article 1497 C.c.Q. réfère. Néanmoins, comme l'idée de résolution est omniprésente chez les rédacteurs d'actes, nous avons choisi de référer à la résolution dans cet exemple et dans les exemples utilisés dans le présent texte.
81. Nous examinerons plus loin la situation où on retrouve à la fois une condition résolutoire et à la fois une obligation expresse dont l'inexécution peut entraîner l'accomplissement de la condition.

condition résolutoire si la résolution n'est pas formulée directement en lien avec l'inexécution d'une obligation contractuelle mais avec un événement futur et incertain.

Voyons quelques exemples de conditions résolutoires. La clause disant « making the property revert to the Crown in case of the Ferry being discontinued » a été considérée comme une condition résolutoire⁸². Autre exemple : dans un acte de donation, on retrouve, d'une part, la mention que la donation est faite dans le but et aux fins d'y ériger une église et, d'autre part, une clause prévoyant le retour de l'immeuble au donateur dans le cas où il ne serait pas construit une église ou que la future église serait abandonnée définitivement. Le tribunal a considéré qu'il y avait une condition résolutoire⁸³. Enfin, il nous semble qu'il pourrait y avoir condition résolutoire, avec la phrase « dans le cas où l'acquéreur ne ferait pas telle chose ». En effet, ici il ne saurait y avoir inexécution, défaut ou manquement contractuel, puisque nous avons supposé l'absence d'une obligation de faire la chose en question⁸⁴. Il ne saurait donc y avoir clause résolutoire, celle-ci n'ayant rien à sanctionner. Si la clause a été rédigée dans un contexte hypothétique, rien n'empêche de la considérer comme une véritable condition.

Quant à la clause résolutoire, elle prévoit la résolution du contrat, si l'acquéreur n'exécute pas une obligation prévue au contrat. Elle est une application particulière de l'article 1604 C.c.Q. En principe, une telle clause n'est pas nécessaire dans un acte. Toutefois, en matière de vente immobilière, l'article 1742 C.c.Q. rend nécessaire une telle clause expresse, peu importe l'obligation imposée à l'acheteur⁸⁵. Elle peut prendre différentes formes. Dans une forme simple, la clause indiquera quelque chose comme « en cas d'inexécution d'une obligation par l'acheteur, le vendeur pourra demander la résolution de la vente »⁸⁶. L'important c'est que la clause relie la résolution à l'inexécution d'une obligation contractuelle (art. 1590 et 1742 C.c.Q.), à un défaut du débiteur

82. *Placements André Turgeon inc. c. Ville de Longueuil*, REJB 2003-37454 (C.A.).

83. *Perret c. Sainte-Sabine (Municipalité de)*, EYB 2010-168515 (C.S.).

84. Faire la chose en question correspond à la prestation implicite, laquelle n'est pas une obligation.

85. Art. 1742 C.c.Q. : Le vendeur d'un bien immeuble ne peut demander la résolution de la vente, faute par l'acheteur d'exécuter l'une de ses obligations, que si le contrat contient une stipulation particulière à cet effet.

86. On peut également dire, par exemple, « que le vendeur pourra reprendre la chose en cas de non paiement (du prix de vente) » (L. FARIBAULT, *Traité de droit civil du Québec*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1961, n° 355, p. 329).

(art. 1604 et 1607 C.c.Q.), à un manquement aux engagements pris (art. 1458 C.c.Q.), etc. En somme, il faut retrouver l'idée que la résolution a lieu en raison d'un non-respect d'une obligation et non pas parce que le résultat final, si l'obligation avait été exécutée, n'a pas été atteint. Voyons quelques exemples de clauses résolutoires.

Si la clause dit « dans le cas où l'acheteur ferait défaut de faire telle chose, la vente sera résolue », il s'agit là d'une clause résolutoire. Certes, tout semble hypothétique et incertain (« dans le cas où » et « ferait ») avec une résolution qui semble automatique (« la vente sera résolue ») comme en matière de condition résolutoire et non à la demande du vendeur comme en matière de clause résolutoire (« pourra demander la résolution », art 1742 C.c.Q.). Néanmoins, on constate qu'il s'agit bien de sanctionner un défaut d'exécution (« l'acheteur ferait défaut de [...] »). Ainsi, malgré la mention d'une résolution qui paraît automatique, celle-ci devra néanmoins être demandée au tribunal. Autre exemple : il est prévu dans l'acte, d'une part, que la vente est faite à charge de se servir de l'immeuble acquis à des fins communautaires et sans but lucratif et, d'autre part, que si l'acquéreur ne respectait pas les fins pour lesquelles l'immeuble est cédé par le vendeur, l'acquéreur devra alors rétrocéder au vendeur l'immeuble vendu. On constate que la rétrocession est liée au non-respect de l'obligation d'utilisation aux fins prévues⁸⁷. Autre exemple : l'acte indique, d'une part, que la vente est consentie à la condition expresse que le terrain serve exclusivement à des fins publiques et communautaires et, d'autre part, qu'advenant le cas où cette condition ne serait pas respectée par l'acquéreur, la vente deviendra nulle. Même si les parties ont indiqué que la vente est consentie « à la condition que », cela n'introduit pas une condition mais une obligation d'utilisation à des fins publiques et ce, en raison d'une formulation inappropriée, si l'intention est d'introduire une véritable condition⁸⁸. Ensuite, ici aussi la résolution est reliée au cas où la condition (lire « l'obligation » en réalité) ne serait pas respectée par l'acquéreur. Bref, dans tous ces exemples, on constate que la résolution est attachée à une mention d'un défaut de l'acheteur.

87. Cette clause provient du contrat faisant l'objet du jugement *Commission scolaire des Découvreurs c. Sillery (Ville de)*, REJB 2001-27693 (C.S.). Les parties ont soumis que la clause pouvait constituer un réméré ou une clause résolutoire. Le tribunal ne s'est pas prononcé sur la qualification de la clause, car dans les deux cas l'action était prescrite.

88. Voir ci-après au numéro 4.1.

Par ailleurs, la clause résolutoire standard pour garantir le paiement du solde du prix de vente mérite quelques propos. Un contrat de vente qui comporte un solde de prix de vente contiendra normalement une clause résolutoire. Dans presque tous les cas, la clause en question visera non seulement l'inexécution des obligations qui sont prévues au contrat mais également certains événements, telle la mise en faillite de l'acheteur par un tiers, qui ne sont pas comme telles des obligations à la charge de l'acheteur⁸⁹. On pourrait avancer qu'il s'agit là d'événements futurs et incertains. De sorte que la clause en question pourrait être une condition résolutoire à l'égard de ces événements futurs. Nous ne pensons pas qu'il en soit ainsi, dans les circonstances. Ces événements tout comme les obligations mentionnées dans le contrat ont un objectif commun : assurer qu'à l'échéance le solde du prix de vente sera payé en totalité et, dans l'entre-temps, garder un œil sur la solvabilité de l'acheteur et faire en sorte que l'immeuble conserve sa valeur, dans le cas où le solde ne serait pas payé à l'échéance et que le vendeur devrait récupérer l'immeuble en exerçant la clause résolutoire. Une telle clause résolutoire participe à la fois des articles 1604 et 1742 C.c.Q. et à la fois d'un aménagement conventionnel où les parties ont convenu d'une clause résolutoire visant non seulement l'inexécution d'une obligation mais également d'autres événements, fussent-ils incertains. Autrement dit, il s'agit d'une situation où les parties ont conventionnellement soumis tant l'inexécution d'une obligation que l'arrivée d'un événement incertain à une même clause résolutoire⁹⁰. Conceptuellement, la clause en question est une clause résolutoire puisqu'elle vise à protéger le vendeur contre un risque inhérent au contrat, à savoir le non-paiement du prix de vente à l'échéance ; il ne s'agit donc pas pour le vendeur de se prémunir contre une perte d'intérêt à maintenir le contrat suite à la disparition ou à la non-survenance d'un événement qui lui donnait un sens, comme c'est le cas avec une condition résolutoire⁹¹.

89. Voir, par exemple, la clause résolutoire suggérée dans le formulaire de la Chambre des notaires (Répertoire de droit, Vente, Formulaire, Doc. 2.4).

90. Ajoutons que le formulaire précité de la Chambre des notaires introduit la notion de faillite de l'acheteur sous l'item « défauts » et que le texte de la clause résolutoire qui y est proposée indique que « au cas de défaut de l'acheteur [...] le vendeur aura le droit [...] de demander la résolution ». On retrouve donc l'idée que la résolution découle et a lieu en raison d'un défaut de l'acheteur. Précisons, enfin, que la clause en question est intitulée « clause résolutoire » dans le formulaire en question.

91. Voir ci-devant pour les différences conceptuelles entre la clause résolutoire et la condition résolutoire.

3. Rédaction de la condition résolutoire

Il n'y a pas de formule sacramentelle pour établir une condition résolutoire. Techniquement, il faut retrouver un événement futur et incertain (i) dont l'arrivée (formulation positive) ou la non-arrivée (formulation négative) (ii), selon le cas, entraînera l'extinction du contrat ou le retour de l'immeuble au vendeur (iii).

(i) Des formules comme « conditionnel à », « à la condition que », « pourvu que », « si » peuvent annoncer un événement futur et incertain⁹². D'autres formules telles « dans le cas où »⁹³, « advenant le cas où »⁹⁴, « dans l'éventualité où »⁹⁵ peuvent aussi indiquer une condition. Il faut toutefois ajouter que, même si toutes ces formules peuvent annoncer une condition, cela n'est pas toujours le cas. Tout d'abord, l'emploi de l'une ou l'autre d'elles n'a pas pour effet de changer la réalité en rendant incertain ce qui paraît certain⁹⁶. Or, à défaut d'être objectivement incertain, l'événement futur se disqualifie comme condition. Ensuite, comme un contrat de vente est un contrat synallagmatique, cela suppose une ou des obligations à la charge de l'acheteur. On l'a vu le mot « condition » introduit souvent une obligation à la charge de l'acheteur. Ainsi, ce n'est pas parce que l'acte dira que « la vente est conditionnelle à telle chose » qu'elle devient de ce fait une vente conditionnelle soumise aux articles 1497 et s. C.c.Q. Si la chose en question correspond à une obligation imposée à l'acheteur, celle-ci n'est pas une condition au sens où nous l'entendons. Enfin, même si les parties ont en tête la création d'une condition véritable mais que la formulation de celle-ci est inadéquate, la clause risque fort d'être qualifiée comme obligation⁹⁷.

(ii) Dans le cas d'une formulation positive, on doit retrouver l'idée qu'« advenant le cas où tel événement arrive (événement non-souhaité dont l'arrivée enlève tout intérêt à maintenir le con-

92. LLUELLES et MOORE, précités, note 6, n° 2476, p. 1402. Précisons immédiatement que ces formules posent moins de problèmes au niveau de la rédaction d'une condition suspensive qu'avec une condition résolutoire. En effet, avec une condition résolutoire, l'utilisation de « à la condition que » ou « conditionnelle à » amène une difficulté, comme nous le verrons.

93. *Placements André Turgeon inc. c. Ville de Longueuil*, REJB 2003-37454 (C.A.).

94. *Mascouche (Ville de) c. Québec (Ministère des Transports)*, EYB 2010-177559 (C.S.) (en appel).

95. *Dussault c. Comact inc.*, EYB 2006-110666 (C.A.).

96. LLUELLES et MOORE, précités, note 6, n° 2471, p. 1399. Rappelons que les parties ne peuvent tenir pour incertain ce qui est objectivement certain.

97. Nous verrons plus en détail ce dernier point, dans quelques instants.

trat) la vente sera résolue ». Dans le cas d'une formulation négative, l'idée qu'« advenant le cas où tel événement n'arrive pas (événement souhaité dont la non-arrivée enlève tout intérêt à maintenir le contrat) la vente sera résolue ». Ici, nous avons volontairement écarté, dans un premier temps, l'utilisation du mot « conditionnel », comme par exemple « la vente est conditionnelle à l'arrivée de tel événement » (formule positive) ou « la vente est conditionnelle à la non-arrivée de tel événement » (formule négative). En effet, l'utilisation du mot « conditionnel » présente une difficulté, que nous examinerons plus loin.

(iii) En principe il n'est pas nécessaire d'indiquer expressément que l'accomplissement de la condition résolutoire entraînera l'extinction du contrat. En effet, la loi prévoit déjà l'extinction du contrat à l'accomplissement de la condition (art. 1506 C.c.Q.). Certes, rien n'interdit d'accompagner la condition résolutoire d'une stipulation qui prévoit expressément la résolution⁹⁸ (ou un autre terme du même genre, tels l'anéantissement, l'extinction, l'annulation⁹⁹, etc.) de la vente dans le cas où la condition s'accomplit ; ou, d'accompagner la condition résolutoire d'un énoncé prévoyant le retour de l'immeuble¹⁰⁰ au vendeur (ou une autre tournure du même genre) dans le cas où la condition s'accomplit. Ceci étant, il faut préciser que certaines formulations doivent, par ailleurs, être complétées par une mention de résolution du contrat ou un énoncé prévoyant le retour de l'immeuble au vendeur. Si la clause établissant une condition résolutoire débute, par exemple, par « dans l'éventualité où tel événement¹⁰¹ arrive », il faudra bien ajouter quelque chose comme « alors la vente

98. Parfois en précisant la résolution *automatique* ou la résolution *retroactive*. Ces précisions ne sont pas nécessaires, vu l'article 1506 C.c.Q.

99. Le terme « annulation » nous paraît inexact, en matière de condition résolutoire. Malgré l'emploi du terme « annulation », le tribunal pourra décider qu'il s'agit d'une condition résolutoire (voir : *Investissements Mékinac inc. c. 3064310 Canada inc.*, EYB 2010-175095 (C.A.).

100. Pour un exemple, voir : *Placements André Turgeon inc. c. Ville de Longueuil*, REJB 2003-37454 (C.A.). Dans cette cause, il s'agissait d'un transfert par lettres patentes. Les juges majoritaires ont présumé que ces dernières contenaient une clause « making the property revert to the Crown in case of the Ferry being discontinued » (par. 20) (nos soulignés), clause traitée comme une condition résolutoire. Notons que dans ce jugement on parle de « clause résolutoire » au par. 20, pour ensuite utiliser le bon terme, c.-à-d. « condition résolutoire », aux par. 21 et suiv. Il ressort de ces paragraphes qu'il s'agit bien d'une condition résolutoire que les juges avaient en tête. Par ailleurs, la clause peut parfois préciser le retour *automatique*. Cette précision n'est pas nécessaire, vu l'article 1507 C.c.Q. Toutefois, l'article 1699 peut faire obstacle à la chose. Nous n'analysons pas ce dernier article dans le présent texte.

101. Événement futur et incertain.

sera résolue » ou « alors il y aura retour de l'immeuble au vendeur ». Sans cela, la phrase formulant la condition résolutoire sera incomplète¹⁰². Dans un tel cas nous disons que la mention de résolution ou l'énoncé de retour participent à la formulation de la condition résolutoire.

Que la condition résolutoire soit accompagnée d'une mention de résolution ou d'un énoncé de retour de l'immeuble ou encore que ceux-ci participent à la formulation de la condition résolutoire, il s'agit somme toute d'une réécriture des conséquences légales déjà prévues aux articles 1497 et suivants C.c.Q. à l'arrivée de la condition. Ainsi, d'une part, il ne s'agit pas d'une résolution conventionnelle, même si la résolution est mentionnée au contrat. Et, d'autre part, la stipulation de résolution ou l'énoncé du retour de l'immeuble ne sont pas reliés à un défaut d'exécution de la prestation implicite¹⁰³. Ils ne s'inscrivent pas dans la « mise en œuvre du droit à l'exécution de l'obligation »¹⁰⁴ et ils ne sont pas une application de l'article 1604 C.c.Q. Dans ce dernier cas, nous parlons de « clause résolutoire ». Dans le cas d'une stipulation de résolution de la vente ou de l'énoncé du retour de l'immeuble (qui accompagne ou qui participe à la formulation de la condition), nous utiliserons « stipulation d'extinction »¹⁰⁵, afin de bien la distinguer de la clause résolutoire.

102. Avec l'utilisation de « conditionnelle » ou « à la condition que », il n'est sans doute pas nécessaire d'ajouter une mention de résolution ou de retour d'immeuble, ceux-ci étant sous-entendus avec ces expressions.

103. Rappelons que l'inexécution de la prestation implicite (celle-ci n'étant pas obligatoire) n'équivaut pas à l'inexécution d'une obligation.

104. Section II, chapitre VI, Titre premier, Livre Cinquième du Code civil du Québec.

105. Nous aurions pu dire « stipulation de résolution » au lieu de « stipulation d'extinction », mais cela pourrait porter à confusion avec « clause résolutoire ». On nous objectera peut-être que « stipulation d'extinction » est davantage appropriée pour les contrats à exécution successive. Il demeure que l'article 1497 C.c.Q. utilise le mot « extinction » et non « résolution », pour viser tous les contrats, y compris celui à exécution instantanée. Nous avons mentionné l'arrêt *Placements André Turgeon inc. c. Ville de Longueuil* (REJB 2003-37454 (C.A.)) dans lequel on retrouve une condition résolutoire disant que « the property reverts to the Crown in case of the Ferry being discontinued » (nos soulignés). Nous estimons qu'il s'agit d'une situation où l'on retrouve justement une stipulation d'extinction qui participe à la formulation de la condition résolutoire. L'événement futur et incertain est la discontinuation du Ferry. Ici, la mention que l'immeuble retournera à la couronne participe à la formulation de la condition résolutoire en la complétant.

4. Rédaction de la condition résolutoire à l'aide d'un cas pratique : une restriction d'utilisation en regard d'un immeuble

Nous utiliserons comme cas pratique celui où les parties ont envisagé une restriction d'utilisation en regard d'un immeuble. *A priori*, une telle chose n'est pas illégale. En tout cas, la légalité d'une restriction d'utilisation n'a pas été remise en cause dans le passé¹⁰⁶. Comme on sait, la fonction de la condition est de préserver l'intérêt du contrat en liant sa survie à l'avènement ou à la persistance d'un contexte contractuel donné, ici la restriction d'utilisation envisagée. Il est donc possible d'établir une condition qui permet de se prémunir contre une perte d'intérêt consécutive à la non-survenance ou à la disparition de l'usage envisagé¹⁰⁷. Encore faut-il que la formulation de la condition résolutoire soit appropriée, expresse et claire. Voyons cela.

4.1 *La formulation de la condition résolutoire doit être appropriée*

Imaginons que je vende mon terrain avec l'intention qu'il soit utilisé comme stationnement, et que sans cela je n'aurais pas vendu, l'absence de cette utilisation rendant pour moi sans intérêt la vente. N'étant pas certain que le résultat souhaité soit atteint ou qu'il perdure, en raison de différents facteurs, je songe à incorporer une condition résolutoire dans l'acte. Pour ce faire, j'indique que « la vente est conditionnelle à l'utilisation du terrain à des fins de stationnement » et ce, justement dans le but de rendre la vente conditionnelle. Cette formulation a-t-elle pour effet de rendre la vente conditionnelle au sens de l'article 1497 C.c.Q. ? Nous sommes d'avis que non, car nous estimons qu'ici le mot « conditionnelle » sert à introduire une obligation et non une condition. Rappelons que, dans le langage contractuel, le mot « condition » peut être utilisé pour indiquer un événement futur et incertain dont dépend l'extinction de la vente mais qu'il est également employé régulièrement pour introduire une obligation à la charge

106. Mentionnons que l'ancien art. 415 *Loi sur les cités et villes*, L.R.Q., c. C-19 (remplacé le 1^{er} janvier 2006, par l'article 72 de la *Loi sur les compétences municipales*, L.R.Q. c. 47.1) permettait à une ville de disposer d'un immeuble libre de toute restriction d'usage comme rue qui aurait été stipulée dans le titre d'acquisition. Le législateur avait donc reconnu la validité de ces clauses de restriction d'usage.

107. Voir, par exemple, *Placements André Turgeon inc. c. Ville de Longueuil*, REJB 2003-37454 (C.A.).

de l'acheteur¹⁰⁸. À notre avis, il faut tenir que c'est le cas ici (c.-à-d. introduction d'une obligation), en raison de la formulation utilisée, celle-ci étant inappropriée dans les circonstances.

Premièrement, dans la phrase précitée, la condition (c.-à-d. l'événement incertain), si tel était le cas, serait l'utilisation du terrain comme stationnement. En tout cas, c'est ce qui est dit. Or, les parties n'ont sans doute pas envisagé cet événement comme un événement incertain. N'est-il pas plus probable que les parties ont vu cela comme étant quelque chose qu'il était plus certain qu'incertain que l'acquéreur ferait, car c'est bien cela qui était voulu. Rappelons que l'emploi des mots « à la condition » n'a pas pour effet de rendre incertain ce qui paraît davantage certain. Certes, l'utilisation à des fins de stationnement présente une certaine incertitude¹⁰⁹. Néanmoins on l'a vu, cette incertitude devient objectivement certaine pour les parties, si celles-ci l'ont envisagée ainsi.

Deuxièmement, on sait que si la condition arrive¹¹⁰, il y aura résolution de la vente. Ainsi, dès que l'acquéreur utilisera l'immeuble à des fins de stationnement, la condition arrivera entraînant ainsi la résolution de la vente, comme le prévoit l'article 1497 C.c.Q. Ce n'est certainement pas là le résultat voulu.

Troisièmement, un exercice de comparaison avec la condition suspensive permettra de constater qu'il s'agit bien d'une formulation inappropriée. Dépendant qu'il s'agit d'une vente sous condition suspensive ou d'une vente sous condition résolutoire, en toute logique la condition ne sera pas formulée de la même façon en regard d'un même événement. Imaginons que je vende mon terrain, mais cette fois sous condition suspensive, avec la même

108. MILHAC, précité, note 49, n° 702, p. 262 réfère à une décision judiciaire où la clause litigieuse portait sur la vente d'un terrain à Tombouctou sous la condition d'y construire une maison. L'auteur critique le tribunal qui a qualifié la clause de condition pour ensuite préciser que le tribunal a néanmoins décidé en fonction d'une inexécution d'une obligation. Il s'agissait somme toute d'une mauvaise utilisation du mot « condition » par le tribunal, ce mot servant à introduire une obligation et non à créer une condition. Nous ajoutons qu'il s'agissait d'une formulation inappropriée, si l'objectif était d'introduire une véritable condition.

109. Peut-être faudra-t-il obtenir un changement de zonage ou peut-être faudra-t-il obtenir une autorisation municipale pour cette utilisation. Il y a donc incertitude sur l'obtention de l'une ou l'autre de ces choses et, par conséquent, incertitude quant à l'utilisation comme stationnement.

110. On parle d'« arrivée » car il s'agit d'une formulation positive dans l'exemple choisi ci-devant.

idée que le terrain soit utilisé à des fins de stationnement. Dans un tel cas, je dirais que « la vente est conditionnelle à l'utilisation du terrain à des fins de stationnement ». En effet, l'utilisation à des fins de stationnement rendra la vente rétroactivement pure et simple, dès qu'il y aura usage comme stationnement. C'est bien là le résultat voulu. On peut constater qu'en matière de condition suspensive on retrouve un événement futur et incertain avec l'idée que l'arrivée de l'événement (formulation positive) ou la non-arrivée de l'événement (formulation négative), selon le cas, rendra le contrat définitif. À cet égard, dans un cas (formulation positive), on dira « la vente est conditionnelle à ce que telle chose arrive » (événement souhaité dont l'arrivée procure l'intérêt à faire naître rétroactivement le contrat). Dans l'autre cas (formulation négative), on dira « la vente est conditionnelle à ce que telle chose n'arrive pas » (événement non-souhaité dont la non-arrivée procure l'intérêt à faire naître rétroactivement le contrat). Si la formulation mentionnée initialement¹¹¹ est appropriée pour une condition suspensive, logiquement la même formulation devrait être inappropriée pour une condition résolutoire. Ici on peut constater que la clause litigieuse a été rédigée de la même manière que si le contrat avait été un contrat sous condition suspensive et qu'on avait eu à rédiger la clause en question. Sauf que pour les fins du présent texte le contrat n'est pas suspensif mais résolutoire¹¹². Nous pensons que les rédacteurs d'acte ont une tendance naturelle à rédiger une condition résolutoire de la même manière qu'une condition suspensive, lorsqu'ils utilisent les mots « conditionnelle », « à la condition que », etc. C'est là que le bât blesse.

Quatrièmement, nous avons débuté notre texte, en écrivant qu'une condition résolutoire est une clause énonçant un événement futur et incertain dont l'arrivée entraîne l'extinction du contrat dont la survie était justement liée au fait que l'événement en question n'arrive pas¹¹³. Nous retrouvons dans cette phrase deux

111. C.-à-d. « la vente est conditionnelle à l'utilisation du terrain à des fins de stationnement ».

112. LATINA, précité, note 1, n° 458, p. 347 : si l'événement est espéré la condition suspensive s'impose, alors que si l'événement est redouté c'est la condition résolutoire qui s'impose. De cette idée, on comprend que l'utilisation à des fins de stationnement, étant un événement espéré, convient à une condition suspensive mais pas à une condition résolutoire.

113. Avec une condition formulée négativement, une condition résolutoire est une clause énonçant un événement futur et incertain dont la non-arrivée entraîne l'extinction du contrat dont la survie était justement liée au fait que l'événement en question arrive.

approches en la matière. Idée d'*extinction* et idée de *survie*, toutes deux liées à l'événement incertain. On constate, toutefois, une dichotomie. Pour l'une (idée d'*extinction*), c'est l'arrivée de l'événement qui emporte l'anéantissement, alors que pour l'autre (idée de *survie*), c'est la non-arrivée qui permet le maintien¹¹⁴. On voit qu'il se profile à l'horizon une rédaction différente, selon la perspective mise de l'avant. Certes, on peut avancer qu'il s'agit des deux côtés d'une même pièce. Et, dans ce cas, que l'on regarde d'un côté ou de l'autre, la pièce a la même valeur en fin de compte. Ceci étant, le texte de l'article 1497 C.c.Q. nous invite à regarder du côté de l'*extinction* et non de la *survie*. Si cet article avait parlé de *survie* au lieu d'*extinction* comme conséquence à l'arrivée de l'événement futur, alors dans ce cas c'est bien « la vente est conditionnelle à l'utilisation du terrain à des fins de stationnement » qu'il faudrait dire. Toutefois, comme c'est en fonction de l'*extinction* et non de la *survie* de la vente que la condition résolutoire doit être rédigée, pour être conforme au texte de l'article 1497 C.c.Q., la formulation de notre exemple¹¹⁵ est inappropriée.

Comment interpréter la clause en question ? Il faut tenir que l'utilisation à des fins de stationnement apparaît comme une obligation imposée à l'acheteur¹¹⁶ et non comme une condition¹¹⁷. Ainsi, quand le vendeur dit que la vente est « conditionnelle à ce que l'acquéreur utilise le terrain comme stationnement » il ne fait qu'introduire une obligation à la charge de l'acheteur. D'une part, c'est l'interprétation à retenir si on veut maintenir en vie le contrat suite à l'utilisation comme stationnement, compte tenu de la formulation utilisée. La volonté des parties est certainement le maintien du contrat et non sa résolution, en cas d'utilisation comme stationnement. En effet, s'il s'agissait d'une condition, l'article 1497 C.c.Q. nous obligerait à résoudre le contrat, puisque

114. Dans le cas d'une formulation négative de la condition, alors pour l'une (idée d'*extinction*), c'est la non-arrivée qui emporte extinction, alors que pour l'autre (idée de *survie*), c'est l'arrivée qui permet le maintien.

115. C.-à-d. « la vente est conditionnelle à l'utilisation du terrain à des fins de stationnement ».

116. Même si ce type d'obligation suppose parfois l'autorisation d'un tiers, cela n'est pas suffisant pour exclure la notion d'obligation. Par exemple, l'inexécution résultant du fait d'un tiers est prise en compte par l'article 1693 C.c.Q.

117. Dans l'arrêt *Cimon c. L'Archevêque catholique romain de Québec*, (EYB 1990-57026 (C.A.)), il s'agit d'une vente faite sous la condition que l'immeuble soit utilisé pour la construction d'une église. Le juge Beauregard y a vu une condition résolutoire. Pour les raisons que nous avons données, il faut tenir qu'il s'agit d'une obligation et non d'une condition. Autrement, la construction d'une église entraînerait la résolution, ce qui n'est pas le résultat voulu par les parties. Les juges Dubé et Gendreau y ont vu, avec raison selon nous, une obligation.

l'utilisation comme stationnement (formulation positive) entraînerait l'extinction suite à l'arrivée de l'événement qui y est stipulé. Il faut donc écarter la condition. Ainsi, comme il ne s'agit pas d'une condition, il faut bien considérer la chose comme une obligation. D'autre part, dans l'esprit des parties l'événement que l'on prétend être un événement futur et incertain apparaît davantage comme une contrepartie recherchée. En effet, l'utilisation à des fins de stationnement est bien la chose voulue par le vendeur. Rappelons que le mot condition « désigne très souvent un ensemble de stipulations qui n'ont vraiment rien de conditionnel et qui sont tout simplement des obligations qu'une partie, par exemple l'acquéreur dans une vente, s'engage à remplir au bénéfice du vendeur »¹¹⁸. On constate donc que cette façon de formuler, que l'on retrouve régulièrement dans les contrats, pose un problème, si on veut créer une véritable condition résolutoire. Ajoutons qu'il n'y aurait toujours pas de condition résolutoire, même si l'on disait que « la vente est conditionnelle à l'utilisation du terrain à des fins de stationnement, à défaut de quoi elle sera résolue ». Nous voyons cela comme une obligation accompagnée d'une clause résolutoire expresse.

Mais alors comment la clause devrait-elle être rédigée lorsqu'on utilise le mot « condition » ou un de ses dérivés (« conditionnel à », « sous la condition de », etc.) ? Dans le présent cas, pour établir une condition résolutoire appropriée, il faudrait, à notre avis, dire par exemple que « la vente est conditionnelle à la non-utilisation du terrain à des fins de stationnement »¹¹⁹. D'une part, la non-utilisation à des fins de stationnement apparaît, dans ce cadre, un événement incertain ou, en tout cas, plus incertain que certain aux yeux du vendeur. D'autre part, c'est la non-utilisation à des fins de stationnement, si jamais cela devait se produire, qui entraînera la résolution du contrat. Or, c'est bien le résultat que les parties auraient voulu. Nous avouons qu'il s'agit d'une formulation qui n'apparaît pas naturellement chez le rédacteur. Rappelons toutefois ce que nous avons dit précédemment. Comme il s'agit d'une formulation négative¹²⁰, l'événement doit correspondre à un événement souhaité dont la non-arrivée enlève tout

118. DESJARDINS, précité, note 39, p. 218.

119. Une autre façon de le dire serait d'énoncer qu'il y aura retour de l'immeuble au vendeur dans le cas où l'immeuble ne serait pas utilisé à des fins de stationnement.

120. C'est le cas ici puisque la clause porte sur la non-arrivée d'un événement futur : la vente est conditionnelle à la non-utilisation à des fins de stationnement.

intérêt à maintenir le contrat. C'est bien le cas lorsqu'on dit que « la vente est conditionnelle à la non-utilisation du terrain à des fins de stationnement ». En effet, l'événement souhaité (l'utilisation comme stationnement) n'arrive pas, ce qui enlève tout intérêt à maintenir la vente.

En gros, on peut dire qu'il existe deux choix pour écrire une condition résolutoire. Le premier, c'est d'utiliser l'expression « condition » et ses dérivés¹²¹ ; le deuxième c'est d'utiliser les mots « dans le cas où » et ses dérivés¹²² accompagnés, dans ce cas, d'une stipulation d'extinction afin de compléter la phrase¹²³. Considérant les difficultés de rédaction avec le mot « conditionnel », sans doute serait-il plus simple de s'en remettre à la deuxième façon. Ici, cela donnerait : « dans le cas où l'immeuble ne serait pas utilisé à des fins de stationnement, la vente sera résolue ». D'une part, les parties à l'acte comprendront probablement mieux la clause. En effet, avec le mot « condition », on a tendance à vouloir indiquer comme événement futur celui qui est souhaité, ce qui est correct avec une condition suspensive mais inapproprié avec une condition résolutoire, comme on l'a vu. Alors les parties auront la même tendance et il faudra leur expliquer deux fois plutôt qu'une¹²⁴. D'autre part, si jamais un tribunal considérait que l'événement choisi n'est pas objectivement incertain¹²⁵, il pourrait y avoir disqualification comme condition résolutoire. Dans ce cas, la stipulation expresse de résolution qui accompagne la clause litigieuse pourra au moins servir de clause résolutoire. Cela ne sera probablement pas le cas avec la « vente est conditionnelle à ce que telle chose n'arrive pas ». En effet, si un tribunal écarte la condition, peu importe le motif, il n'est pas certain que le mot « conditionnelle » soit suffisant pour équivaloir à introduire une clause résolutoire.

121. Par exemple : « à la condition que », « conditionnelle à », etc.

122. Par exemple : « advenant le cas où », « dans l'éventualité où », « si », etc.

123. Rappelons que dans ce genre de formulation, il faut bien ajouter une mention de résolution car, autrement, la phrase serait incomplète.

124. Allez expliquer à quelqu'un qu'en disant que la « vente est conditionnelle à ce que l'immeuble ne soit pas utilisé à des fins de stationnement » on veut dire qu'il faut utiliser l'immeuble comme stationnement. Ce n'est pas évident.

125. Rappelons que l'incertitude est de l'essence de la condition. Ainsi, même si la formulation est appropriée, il demeure qu'en bout de ligne l'événement doit être objectivement incertain. À défaut, il ne s'agit pas d'une condition.

4.2 La formulation de la condition résolutoire doit être expresse

Malgré tout, à partir de l'obligation mentionnée ci-devant (obligation d'utiliser à des fins de stationnement)¹²⁶, on pourrait vouloir déduire l'existence d'une condition implicite : la vente serait conditionnelle à la non-utilisation du terrain à des fins de stationnement. La condition implicite correspondrait, en quelque sorte, à l'autre côté de l'obligation et se déduirait de cette obligation de l'acquéreur d'utiliser l'immeuble à des fins de stationnement. Le problème avec cette approche c'est qu'il sera généralement possible de prétendre à une condition implicite à partir d'une obligation quelconque qui doit être exécutée postérieurement à la vente par l'acquéreur¹²⁷. La doctrine indique d'ailleurs qu'il y a peu de place pour la condition implicite, la condition devant en principe être stipulée, du moins en ce qui concerne la condition résolutoire¹²⁸. Ajoutons qu'il n'est pas dans la nature d'une obligation d'être conditionnelle. En effet, l'article 1497 dit bien que l'obligation est conditionnelle lorsqu'on la fait dépendre d'un événement futur et incertain¹²⁹. Ajoutons également qu'il serait injuste envers une partie de supporter une incertitude que l'autre partie n'a pas pris soin d'énoncer expressément dans le contrat. Par conséquent, celui qui a contracté en situation incertaine sans recourir à une formulation expresse a pris des risques qu'il doit assumer. Quoi qu'il en soit, en matière immobilière la condition doit être publiée pour être opposable aux tiers (art. 2938 et 2939 C.c.Q.). Il faut donc exclure la condition implicite, ne serait-ce que pour des fins d'opposabilité. Nous disons donc qu'une condition peut rarement découler implicitement d'une obligation et que la condition doit normalement apparaître expressément. Le principe de liberté des immeubles commande une telle chose.

4.3 La formulation de la condition résolutoire doit être claire

Par ailleurs, nonobstant nos réticences à voir une condition implicite, est-il possible d'interpréter la phrase initiale au-delà de

126. Nous avons conclu que malgré l'utilisation du terme « conditionnelle » (« conditionnelle à l'utilisation à des fins de stationnement »), celui-ci introduisait une obligation dans les circonstances.

127. Roy c. Caisse populaire de Percé, EYB 2003-52318 (C.A.), par. 7-8.

128. LLUELLES et MOORE, précités, note 6, nos 2476 et 2477, p. 1482 ; KARIM, précité, note 5, p. 15 ; BRAS MIRANDA, précitée, note 20, n° 37, p. 23.

129. BONNET, précité, note 13, n° 606, p. 322.

ses mots. Autrement dit, est-il possible de lire cette phrase comme si, dans le fond, l'événement futur et incertain est la non-utilisation du terrain à des fins de stationnement ? L'article 1425 C.c.Q. permet de rechercher l'intention commune au-delà du sens littéral des termes utilisés. Les parties ont la liberté d'aménager leur volonté de différentes façons incluant l'emploi de mauvais termes ou expressions. Il est toujours possible d'interpréter en attribuant aux mots utilisés leur sens véritable nonobstant la formulation utilisée. Il ne faut toutefois pas oublier que le « principe de la primauté de la volonté réelle, que nos tribunaux ont avalisé, n'est cependant pas absolu, en ce qu'il n'emporte pas que l'on doive faire totalement abstraction de la lettre du contrat, lorsque celui-ci a été consigné par écrit. L'écrit par lequel les parties choisissent de constater leur entente est, après tout, la première manifestation de leur commune intention »¹³⁰. À la base, les termes utilisés par les parties sont supposés refléter leur intention commune. Ce qui est clair n'a pas besoin d'être interprété¹³¹. Où est donc l'ambiguïté qui justifierait l'interprétation judiciaire ? Peut-être que les parties voulaient établir une condition. Mais ce n'est pas ce qu'elles ont fait. La formulation utilisée introduit une obligation. Il faudrait donc arriver à dire que l'intention des parties n'était pas d'introduire une obligation mais de créer une condition et que l'événement conditionnel n'est pas celui qui est écrit dans la clause mais l'événement contraire. Or, le pouvoir judiciaire d'interprétation va rarement jusqu'à changer les mots pour leur faire dire le contraire de ce qui est dit¹³², à moins d'une erreur cléricale évidente, ce qui n'est pas le cas ici. En effet, la clause telle que formulée est tout à fait fonctionnelle en tant que génératrice d'une obligation et ressemble à beaucoup de clauses semblables qui empruntent la même forme pour introduire une obligation. Quoi qu'il en soit, en présence d'un doute, quant à l'existence ou non d'une condition, le transfert de propriété doit être considéré comme pur et simple¹³³. Ainsi, l'ambiguïté qui permettrait au tribunal de rechercher l'intention commune des parties au-delà

130. *Sobeys Québec Inc. c. Coopérative des consommateurs de Sainte-Foy*, EYB 2005-98532 (C.A.), par. 52.

131. À ce sujet on sait cependant qu'il est facile pour le juge de considérer l'absence de clarté pour justifier son intervention au niveau de l'interprétation.

132. Ici, dire que « la vente est conditionnelle à la non-utilisation du terrain à des fins de stationnement ».

133. DESJARDINS, précité, note 39, p. 218 ; KARIM, précité, note 5, p. 15 et 16 ; LLUELLES et MOORE, précités, note 6, n° 2476, p. 1402 : tout doute à cet égard doit se résoudre dans le sens de l'obligation pure et simple.

d'une formulation inappropriée l'obligerait vraisemblablement, à la fin, d'écarter la condition en raison de cette ambiguïté.

5. Condition résolutoire accompagnée d'une stipulation expresse de la prestation implicite qui en découle sous la forme d'une obligation apparente

Ici, on examine la situation où la condition résolutoire potestative est accompagnée d'une stipulation expresse de la prestation implicite qui en découle. Prenons l'exemple où la vente comporte une première clause disant que « dans le cas où l'immeuble ne serait pas utilisé à des fins de stationnement, alors la vente sera résolue » (ci-après : clause litigieuse), cette fois accompagnée d'une deuxième clause correspondant à la prestation implicite qui en découle¹³⁴ et prévoyant donc que « l'immeuble doit être utilisé à des fins de stationnement ». Dans la vraie vie, cette façon de faire est sans doute plus courante que celle où il n'y a que la condition résolutoire qui est énoncée. Il s'agit donc d'analyser la question de la coexistence d'une condition résolutoire potestative dont la prestation implicite qui en découle est par ailleurs stipulée expressément sous la forme d'une obligation que l'on nommera « obligation apparente »¹³⁵ dans le reste de notre texte. Dans un premier temps, notre attention portera sur l'obligation apparente pour voir comment la présence d'une condition résolutoire peut influencer la nature de l'obligation apparente (5.1). Dans un deuxième temps, notre attention se déplacera vers la condition résolutoire pour constater que la présence de l'obligation apparente n'est pas un obstacle à la reconnaissance d'une véritable condition résolutoire (5.2). En fait, on verra que l'obligation apparente permet de moduler les contours de la condition (5.3).

5.1 *L'obligation apparente est une obligation ajuridique*

Nous avons l'impression que la condition résolutoire potestative sera souvent, voire très souvent, accompagnée d'une clause qui énonce sous une forme expresse la prestation implicite qui découle de la condition. La prestation expresse pourra être formulée en s'adressant personnellement à l'acheteur¹³⁶. Elle pourra

134. Voir ci-devant au sujet de la prestation implicite.

135. Nous disons « obligation apparente » car, nous le verrons, il n'est pas certain que cette obligation soit une obligation ordinaire.

136. Par exemple : « l'acquéreur doit utiliser l'immeuble à des fins de stationnement » ou « l'acquéreur s'engage à utiliser l'immeuble à des fins de stationnement ».

également être formulée d'une manière impersonnelle¹³⁷. Dans ce dernier cas, il nous semble que cela revient, en fin de compte, à adresser une prestation à l'acheteur, la plupart du temps¹³⁸. Dans les deux cas, nous avons donc, en apparence, une obligation ordinaire. Mais il pourrait s'agir là que d'une obligation apparente. En effet, que ce soit par souci de précision¹³⁹ ou pour éviter tout doute ou pour éviter un exercice d'interprétation ou encore pour empêcher un contentieux, il peut être de bonne rédaction de compléter la clause conditionnelle en énonçant expressément ce à quoi correspond la prestation implicite qui en découle¹⁴⁰. On sait que l'implicite laisse plus de place à l'interprétation que l'expresse. Il n'est pas certain que, en raison d'un souci de précision en regard de la prestation implicite, les parties introduisent par le fait même une obligation ordinaire, alors que la même prestation n'en serait pas une, si elle était demeurée au niveau de l'implicite¹⁴¹. En somme, comme la prestation implicite n'est pas obligatoire, par extension l'obligation apparente ne devrait pas, elle non plus, être obligatoire car, après tout, celle-ci n'est pas autre chose que celle-là, mais sous une forme expresse. La qualification d'« obligation ajuridique »¹⁴² permettrait de la différencier d'une obligation ordinaire qui, elle, est obligatoire.

137. Par exemple : « l'immeuble doit être utilisé à des fins de stationnement ».

138. En effet, ici on peut en déduire que la prestation d'utiliser l'immeuble à des fins de stationnement revient à l'acquéreur. Mais il faut reconnaître que certaines prestations pourraient relever de l'acheteur ou du vendeur ou des deux à la fois. La formulation personnelle pourrait, dans ce cas, écarter tout doute.

139. Nous verrons plus loin (voir 5.3) comment concrètement l'obligation apparente permet de préciser tant les contours de la prestation implicite qui découle de la condition que ceux de la condition.

140. MILHAC, précité, note 49, n° 174, p. 57 et n° 176, p. 58. Ajoutons qu'en imposant expressément à une partie la prestation implicite qui découle de la condition, on sait à qui elle incombe. Certes, le contexte permet généralement d'identifier celui qui est tenu à la prestation implicite, mais pas toujours. Tout comme cette dernière, la condition résolutoire peut référer à une des parties (« dans le cas où l'acheteur n'utiliserait pas l'immeuble à des fins de stationnement, la vente sera résolue ») ; elle peut également être de facture impersonnelle (« dans le cas où l'immeuble ne serait pas utilisé à des fins de stationnement, la vente sera résolue »). Dans ce dernier cas, il nous semble évident que la prestation implicite repose sur les épaules de l'acheteur. Cela dit, pour certaines conditions résolutoires cela ne sera pas toujours évident.

141. Rappelons que la prestation implicite n'est pas obligatoire, comme nous l'avons vu.

142. Une obligation ajuridique est une obligation non-obligatoire mais dont l'inexécution peut avoir des incidences fâcheuses (voir : BAUDOUIN et JOBIN, précités, note 9, n° 27, p. 31-32.). C'est justement ce qui se passe ici. L'obligation apparente n'est pas obligatoire, mais son inexécution entraînera l'accomplissement de la condition et donc la résolution du contrat, ce qui peut être fâcheux pour l'acquéreur.

La condition résolutoire opère en dehors de la responsabilité contractuelle, comme nous le verrons plus loin. L'obligation apparente n'est pas étrangère à condition. D'une part, en précisant l'étendue de la prestation implicite qui en découle, comme nous l'avons dit. D'autre part, en modulant les contours de la condition, comme nous le verrons. Cette relation entre l'obligation apparente et la condition potestative porte à penser que celle-là n'est pas indépendante par rapport à celle-ci. L'obligation apparente apparaît comme un accessoire de la condition laquelle agit comme élément principal ou, à tout le moins, apparaît comme un partenaire étroitement lié à la condition. Comme la condition évolue en dehors de la responsabilité civile, l'obligation apparente, étant accessoire ou partenaire étroitement lié à la condition, devrait également agir en dehors de la responsabilité contractuelle. De sorte que l'inexécution de l'obligation apparente ne donnerait pas ouverture aux recours prévus à l'article 1590 C.c.Q. D'où la mention d'obligation ajuridique.

Enfin, il ne faut pas oublier que la condition peut également être utilisée par l'acheteur. En effet, ce dernier peut ne pas vouloir assumer la responsabilité d'une prestation qu'il ne maîtrise pas totalement en raison de facteurs extérieurs ou en raison de circonstances susceptibles d'évoluer défavorablement au point où il perdrait tout intérêt à maintenir le contrat. Dans l'un ou l'autre de ces cas, on voit mal que l'obligation apparente puisse être obligatoire, si les parties ne l'ont pas envisagée comme obligatoire en liant justement l'obligation apparente à une condition résolutoire potestative.

5.2 La présence de l'obligation apparente n'est pas un obstacle à la reconnaissance d'une véritable condition résolutoire

Concrètement, il peut être difficile de savoir si c'est l'obligation apparente qui a été ajoutée à la condition résolutoire¹⁴³ ou si c'est le contraire¹⁴⁴. Dans le premier cas, l'hypothèse d'une condition est forte. Dans le deuxième cas, la condition, même formulée adéquatement, paraît à première vue plus vulnérable à une remise en cause, si l'obligation apparente est considérée comme

143. Pour préciser la portée de la prestation implicite (voir ci-devant) et/ou pour moduler les contours de la condition (voir ci-après).

144. C'est comme se demander qui est venu en premier : l'œuf ou la poule. En réalité on ne pourra pas vraiment le savoir.

une obligation ordinaire. Est-ce que le fait que la prestation implicite apparaisse expressément sous la forme d'une obligation ordinaire (si on écarte l'idée d'une obligation ajuridique)¹⁴⁵ empêche l'existence de toute condition résolutoire dont l'événement futur serait lié, quelle que soit la façon, à cette obligation ? Nous ne le pensons pas¹⁴⁶.

En raison de la présence de l'obligation apparente obligatoire¹⁴⁷, il faut s'assurer encore plus que la condition résolutoire n'est pas une clause résolutoire déguisée. À cet égard, même si le résultat final (c.-à-d. la résolution du contrat) est semblable, il demeure que la condition résolutoire et la clause résolutoire ont, comme nous l'avons vu, des différences conceptuelles et rédactionnelles. De plus, rappelons-le, la condition se caractérise par son extranéité au rapport de droit et son incertitude. Il convient de revoir ces différences et ces caractéristiques en tenant compte, cette fois-ci, de la présence de l'obligation apparente (i). Il faudra revoir, de plus, le cas où c'est l'acheteur qui a imposé une condition résolutoire (ii). Enfin, on parlera de liberté contractuelle permet-

145. Si l'obligation apparente est considérée comme une obligation ajuridique, alors il ne saurait être question de clause résolutoire. En effet, celle-ci vise à sanctionner une obligation ordinaire. Par ailleurs, si l'incertitude est de l'essence de la condition, le caractère non obligatoire de la prestation implicite est plutôt de sa nature. De sorte que l'énonciation expresse de la prestation implicite pourrait avoir comme effet de la rendre obligatoire au point d'en faire non pas une obligation ajuridique mais une obligation ordinaire.

146. L'article 35 du *Règlement sur le domaine hydrique de l'État* (L.R.Q., c. R-13, r.1) stipule que le ministre peut vendre une partie du domaine hydrique à une municipalité pour 1 \$, si celle-ci s'engage, sous condition résolutoire, à maintenir les lieux à des fins non lucratives publiques. Cette disposition laisse voir que la présence d'une obligation n'est pas un obstacle à la création d'une condition résolutoire liée à cette obligation. Précisons qu'on aurait tort d'écrire que « la vente est conditionnelle à ce que la municipalité utilise les lieux à des fins non lucratives publiques ». Il s'agirait d'une formulation inappropriée, comme nous l'avons déjà vu. Pour bien faire les choses, il faut, selon nous, une clause imposant l'obligation en question. Et, une autre clause prévoyant que « dans le cas où l'immeuble ne serait pas utilisé ou ne serait plus utilisé à des fins non lucratives publiques, alors la vente sera résolue ». Nous préférons la formulation impersonnelle à celle qui dirait que « dans le cas où la municipalité n'utiliserait pas ou n'utiliserait plus les lieux à des fins non lucratives publiques, alors la vente sera résolue ». Non pas que la condition adressée directement à l'acheteur ne peut jamais être une condition, mais plutôt parce que la formulation impersonnelle laisse voir plus clairement que l'accomplissement de la condition peut certes être dû à l'exécution volontaire de l'obligation d'utilisation mais également être dû en raison d'un facteur qui ne relève pas de la volonté de la municipalité.

147. Pour les fins de la discussion, nous allons écarter l'idée d'une obligation ajuridique, et faire comme si l'obligation apparente était obligatoire.

tant aux parties de choisir la condition résolutoire et peut-être même de créer une condition *sui generis* (iii)¹⁴⁸.

(i) D'un point de vue rédactionnel, il est relativement aisé de qualifier de clause résolutoire celle qui relie la résolution au défaut d'exécution de l'obligation apparente, et de condition résolutoire celle qui attache la résolution uniquement aux éléments casuels qui accompagnent l'exécution de l'obligation apparente. Comme la clause litigieuse n'indique pas qu'il y aura résolution en cas d'inexécution de l'obligation apparente (ou en cas de défaut du débiteur, etc.), elle n'apparaît pas, à première vue, comme une clause résolutoire. D'un autre côté, bien que la formulation retenue¹⁴⁹ s'apparente à l'énonciation d'un événement futur et incertain, elle n'est toutefois pas limitée à la partie casuelle en raison de sa tournure générale. En effet, l'immeuble peut ne pas être utilisé à des fins de stationnement en raison d'un facteur extérieur à l'acheteur mais peut aussi ne pas être utilisé à des fins de stationnement parce que l'acheteur néglige de l'utiliser comme stationnement. Vu que la clause litigieuse comporte aussi une partie potestative qui relève de la volonté de l'acheteur (ici la prestation implicite au bon vouloir de l'acheteur d'utiliser l'immeuble à des fins de stationnement), mais que cette même prestation est, par ailleurs, obligatoire en raison de sa stipulation expresse, il faut pousser plus avant l'analyse pour savoir si la clause litigieuse est une condition véritable ou s'il s'agit d'une clause résolutoire déguisée.

Il faut distinguer l'inexécution comme telle des conséquences de cette inexécution. L'acquéreur doit utiliser l'immeuble à des fins de stationnement (c'est l'obligation apparente). S'il ne le fait pas, il y a inexécution de l'obligation. Voilà une chose. Cette inexécution aura pour conséquence que l'immeuble ne sera pas utilisé à des fins de stationnement. Voilà une autre chose. On sait que la responsabilité civile requiert une faute, un préjudice et un lien entre les deux. La faute se rapporte à l'inexécution de l'obligation, alors que le préjudice se rapporte aux conséquences de l'inexécution. On voit donc que l'inexécution et la conséquence qui en résulte sont deux choses distinctes. C'est la même chose en matière de condition résolutoire : l'inexécution de l'obligation

148. La présence de l'obligation apparente nous oblige aussi à regarder l'article 1742 C.c.Q. qui est impératif. Cet article fera l'objet d'un chapitre distinct, en raison de son importance.

149. C.-à-d. « dans le cas où l'immeuble ne serait pas utilisé comme stationnement ».

apparente et la conséquence de cette inexécution sont deux choses différentes. À cet égard, soulignons l'article 1503 C.c.Q. qui permet de prendre en compte le comportement du débiteur en présence d'une condition suspensive. Cet article prévoit que la condition suspensive a tout son effet lorsque le débiteur de l'obligation conditionnelle suspensive en empêche l'accomplissement. Ainsi, le Code civil distingue entre le comportement d'une partie et les conséquences de ce comportement, en présence d'une condition suspensive. On ne voit pas pourquoi cette distinction n'existerait pas avec une condition résolutoire.

De même, il faut distinguer la clause qui relie la résolution à l'inexécution de la clause qui subordonne la résolution aux conséquences de cette inexécution. Dans notre exemple¹⁵⁰, d'un point de vue rédactionnel ce n'est pas l'inexécution de l'obligation apparente qui est érigée en événement futur mais plutôt la conséquence résultant de cette inexécution. Précisons que cette conséquence est bien un « événement »¹⁵¹ et peut donc satisfaire au texte de l'article 1497 C.c.Q. Le fait que l'acheteur doive exécuter l'obligation apparente n'autorise pas à déduire, au regard du concept de condition, que le vendeur ne puisse pas rendre conditionnelle la vente à partir des conséquences de l'inexécution de cette obligation. Cela dit, on sait que l'événement conditionnel doit être incertain. Si la possibilité d'inexécution due au refus ou à la négligence de l'acheteur n'est pas un événement incertain¹⁵², la conséquence factuelle de l'inexécution peut, quant à elle, être néanmoins incertaine¹⁵³. En effet, cette conséquence peut certes être le résultat de l'inexécution d'une obligation. Mais cette même conséquence peut également être due à un autre facteur qui, lui, ne relève pas de la volonté de l'acheteur d'exécuter ou non l'obligation apparente. C'est pourquoi l'événement futur mentionné dans la clause litigieuse, et qui correspond à la conséquence factuelle de l'inexécution de l'obligation apparente, peut être incertain, s'il existe un autre facteur (facteur incertain préci-

150. C.-à-d. « dans le cas où l'immeuble ne serait pas utilisé à des fins de stationnement ».

151. Le Nouveau Petit Robert, éd. 2008, définit l'événement comme un « fait auquel vient aboutir une situation ».

152. Voir ci-devant au numéro 1.

153. L'article 1611 C.c.Q. mentionne que l'on doit tenir compte du préjudice futur lorsqu'il est *certain*. Comme le Code reconnaît *a contrario* qu'un comportement fautif puisse entraîner un préjudice incertain, par analogie il est possible que la conséquence puisse se qualifier comme « incertaine », même si la possibilité d'inexécution ne l'est pas.

sons-le) qui est susceptible de conduire également au même événement¹⁵⁴. Autrement dit, la conséquence résultant de l'inexécution d'une obligation peut être incertaine, du moment qu'il existe un facteur incertain susceptible de conduire à cette conséquence. Bref, faire des conséquences de l'inexécution un événement futur ce n'est pas mettre en condition l'inexécution elle-même, d'une part, et ces conséquences peuvent être qualifiées d'incertaines s'il existe un autre facteur (facteur incertain) susceptible de conduire à ces mêmes conséquences, d'autre part.

C'est au moment de la conclusion du contrat qu'il faut se placer pour savoir s'il y a condition résolutoire ou clause résolutoire. C'est pourquoi, si au départ le seul facteur envisagé par les parties, comme pouvant entraîner l'accomplissement de la condition, est la possibilité d'inexécution de l'obligation apparente en raison d'un refus ou de la négligence de l'acheteur, alors la clause pourrait ne pas être une condition résolutoire. En effet, bien que l'inexécution fautive et la conséquence de cette inexécution doivent être distinguées, on pourrait avancer que, la première ne se qualifiant pas comme « incertaine », la deuxième ne saurait logiquement se qualifier à son tour, si le seul facteur envisagé est la possibilité d'inexécution de l'obligation apparente. Il en serait de même si, outre l'inexécution de l'obligation apparente, il existe au départ d'autres facteurs qui peuvent entraîner l'accomplissement de la condition, mais qui ne sont pas incertains, ou étant incertains les parties ne les ont pas envisagés ou encore, les ayant envisagés, ils les ont tenus pour certains¹⁵⁵. Dans tous ces cas, il pourrait ne pas y avoir une condition résolutoire, faute d'un contexte hypothétique. Par contre, même si l'inexécution peut entraîner l'accomplissement de la condition, s'il existe au départ d'autres facteurs qui sont objectivement incertains et envisagés

154. Songeons, par exemple, à la nécessité d'obtenir un permis municipal pour être autorisé à utiliser l'immeuble à des fins de stationnement. Pour fins de discussion, nous présumons que cela relève de la discrétion de la municipalité d'accorder ou non le permis demandé. On peut penser que les parties ont envisagé que les deux alternatives étaient possibles, autant l'une que l'autre. Il s'agit bien d'un facteur incertain. Si la municipalité refuse d'octroyer le permis en question, on aura comme conséquence que l'immeuble ne sera pas utilisé à des fins de stationnement. Ainsi, bien que l'inexécution de l'obligation apparente (celle-ci étant d'utiliser l'immeuble à des fins de stationnement) puisse entraîner cette conséquence, le refus municipal le peut également. Comme le facteur municipal est incertain, cette conséquence est globalement incertaine, même si cette conséquence peut faire suite au défaut de l'acheteur.

155. Rappelons que les parties peuvent tenir pour certain ce qui est objectivement incertain.

comme incertains par les parties, la qualification de condition peut être retenue car l'événement futur est incertain. Dans ce dernier cas, au final, la non-utilisation à des fins de stationnement sera peut-être due à un défaut de l'acheteur ; mais cela ne change rien. En effet, la qualification de la clause doit se faire comme un tout, d'une part, et se faire en considérant la chose au moment où le contrat a été conclu, d'autre part. C'est pourquoi, si au départ il y a condition, le fait que postérieurement l'accomplissement de celle-ci résulte du défaut de l'acheteur, cela ne devrait pas changer la qualification initiale. Dans un tel cas, nous sommes d'avis que si l'accomplissement de la condition résulte de la faute de l'acheteur, ce n'est pas au niveau de la qualification de la clause que cela doit jouer mais plutôt au niveau de la mise en œuvre de la condition¹⁵⁶. D'un autre côté, si au départ le seul facteur envisagé par les parties est l'inexécution volontaire ou négligente de l'obligation apparente, la découverte subséquente d'un autre facteur, qui lui était incertain au départ, ne devrait pas modifier la clause en condition résolutoire. Cela, même si c'est cet autre facteur qui entraîne éventuellement l'accomplissement de la condition.

Quitte à nous répéter, nous voulons être clairs. La condition résolutoire stipulée sans restriction quant aux facteurs y donnant ouverture comprend l'inexécution de l'obligation apparente. Autrement dit, comme la condition résolutoire vise beaucoup plus large que la simple inexécution de l'obligation apparente, elle comprend néanmoins cette inexécution comme un élément parmi d'autres susceptible de faire arriver ou non, selon le cas, l'événement futur. S'il y a condition véritable, l'inexécution de l'obligation apparente fait partie dès le départ des différentes causes potentielles qui peuvent entraîner l'accomplissement de la condition. Le contrat sera résolu à l'accomplissement de la condition et ce, en raison de cet accomplissement, peu importe que cela soit dû au défaut de collaboration d'un tiers ou d'une faute de l'acheteur. Ainsi, techniquement ce qui entraîne l'accomplissement de la condition c'est l'arrivée ou non, selon la formulation choisie, de l'événement futur mentionné dans la clause conditionnelle, et non le fait, le cas échéant, que l'acheteur ait commis une faute. C'est pourquoi, la simple présence de l'obligation apparente et son inexécution éventuelle ne justifient pas la disqualification de la condition, si elle correspond à une condition véritable au moment

156. Comme nous le verrons, la présence de l'obligation apparente peut être vue comme un aménagement conventionnel où la faute de l'acheteur ne permet pas à ce dernier d'invoquer la condition résolutoire.

de la conclusion du contrat. Bref, ce qui est au départ une condition ne saurait se disqualifier et se transformer en clause résolutoire du fait que l'accomplissement de la condition résolutoire résulte éventuellement de l'inexécution de l'obligation apparente.

La formulation proposée¹⁵⁷ sous-tend d'autres facteurs, que juste l'inexécution, qui peuvent entraîner l'accomplissement de la condition. Cela permet de soutenir, a priori du moins, que l'accomplissement de la condition n'est pas relié seulement à l'inexécution de l'obligation apparente, car d'autres facteurs le peuvent aussi, ce qui permet de présumer la qualification de condition. Celui qui veut renverser cette présomption devra établir qu'au moment de la conclusion du contrat le seul facteur envisagé par les parties était l'inexécution volontaire ou négligente de l'obligation apparente ou que les autres facteurs pouvant entraîner l'accomplissement de la condition n'étaient pas incertains ou étant incertains les parties ne les ont pas envisagés ou encore, les ayant envisagés, ils les ont tenus pour certains. Bref, établir l'absence d'un contexte hypothétique donné nécessaire à la condition, l'accomplissement de celle-ci étant, aux yeux des parties, attaché seulement au défaut du débiteur. Au fond qu'il s'agit d'une clause qui relie la résolution au défaut de l'acheteur et seulement à ce défaut, nonobstant la formulation utilisée par les parties.

Par ailleurs, la situation devient plus délicate, lorsque la condition est rédigée en s'adressant à l'acheteur : « dans le cas où l'acheteur n'utiliserait pas l'immeuble à des fins de stationnement, alors la vente sera résolue ». Nous aurions une clause résolutoire avec « dans le cas où l'acheteur serait en défaut d'utiliser l'immeuble à des fins de stationnement ». D'un point de vue rédactionnel, la formulation de la première phrase s'approche de la deuxième, donc d'une clause résolutoire. Cela dit, nous ne retrouvons pas la référence à un comportement fautif comme dans le cas d'une clause résolutoire. En effet, on ne parle pas d'inexécution d'une obligation, d'un défaut du débiteur ou d'un manquement à un engagement pris¹⁵⁸. La formulation utilisée est, disons, plus neutre, ce qui laisse entrevoir la possibilité qu'elle soit autre chose qu'une clause résolutoire.

157. C.-à-d. « dans le cas où l'immeuble ne serait pas utilisé comme stationnement ».

158. Voir ci-devant au numéro 2.3.

A priori, avec une condition adressée à l'acheteur, la résolution semble être reliée au cas où l'acheteur n'utiliserait pas l'immeuble aux fins voulues et non reliée à d'autres facteurs incertains. Mais, cela dit, il peut néanmoins exister un facteur incertain qui peut faire en sorte que l'acheteur ne pourra pas utiliser l'immeuble aux fins voulues. À titre de facteur incertain, imaginons qu'un permis municipal soit nécessaire pour l'utilisation à des fins de stationnement. Un facteur incertain peut être appréhendé comme quelque chose en dehors et à côté de l'obligation apparente. Avec une formulation impersonnelle¹⁵⁹, le refus de permis municipal est traité au même niveau que l'inexécution volontaire, l'un et l'autre étant un facteur susceptible d'entraîner l'accomplissement de la condition. Un facteur incertain peut, par ailleurs, être vu comme quelque chose qui est en amont de l'exécution de l'obligation apparente ou encore quelque chose qui agit en même temps. L'acheteur ne pourra pas s'exécuter, s'il n'obtient pas au préalable le permis municipal. Quand les parties formulent la condition en disant « dans le cas où l'acheteur n'utiliserait pas l'immeuble à des fins de stationnement », elles peuvent avoir envisagé l'hypothèse que le permis municipal nécessaire pourrait être obtenu mais également qu'il pourrait ne pas être obtenu, les deux alternatives étant possibles. Dans ce dernier cas, elles se retrouveront dans la situation où l'acheteur ne pourra pas utiliser l'immeuble aux fins voulues. Il s'agit bien d'un événement incertain dans les circonstances, l'inexécution n'étant pas due à la faute de l'acheteur.

Ainsi, il n'est pas exclu que les parties aient rédigé la clause conditionnelle adressée à l'acheteur dans un esprit réellement hypothétique. Peut-être que dans le cas où la condition est formulée directement à partir de l'acheteur, il appartiendrait à celui qui soutient la présence d'une condition d'établir l'existence d'autres facteurs incertains¹⁶⁰ et que ceux-ci ont été envisagés dès le départ comme incertains par les parties, faisant en sorte que l'acheteur pourrait ou pourrait ne pas utiliser l'immeuble aux fins voulues. Si la preuve est faite¹⁶¹, il appert que la formulation adressée à l'acheteur est bien une condition, même si celle-ci peut

159. C.-à-d. « dans le cas où l'immeuble ne serait pas utilisé comme stationnement ».

160. Facteurs incertains qui peuvent faire en sorte que l'acheteur n'utilisera pas l'immeuble à des fins de stationnement.

161. En supposant que la preuve n'est pas présumée, comme dans le cas d'une formulation impersonnelle, et qu'elle doit être faite lorsque la condition est adressée à l'acheteur.

s'accomplir en raison du comportement fautif de l'acheteur. En effet, la clause conditionnelle doit être analysée comme un tout. L'accomplissement de la condition peut certes être le résultat de l'inexécution volontaire de l'acheteur mais il peut également être dû à un autre facteur incertain envisagé par les parties. La qualification de la clause doit se faire en prenant l'ensemble des facteurs envisagés par les parties (inexécution de l'obligation apparente et un facteur incertain). Si dans cet ensemble il y a un facteur incertain, la qualification de la condition résolutoire peut être maintenue. En somme, quand les parties réfèrent « au cas où l'acheteur n'utiliserait pas l'immeuble à des fins de stationnement », elles ne rédigent pas textuellement une clause qui relie la résolution à l'inexécution de l'obligation apparente, d'une part. S'il est démontré un contexte hypothétique, la qualification de condition pourrait être maintenue, d'autre part.

Tel que mentionné ci-devant, pour savoir s'il y a condition véritable, il faut se placer au moment de la conclusion du contrat. Même si la condition potestative fait appel à la volonté de l'acheteur mais qu'elle s'inscrit au départ dans une incertitude contextuelle, il y a condition. C'est pourquoi, ce n'est pas au moment où l'acheteur, en raison de son comportement, entraîne l'accomplissement de la condition qu'il faut se placer pour qualifier la clause. Ce n'est pas non plus à partir de la gravité de la faute commise par l'acheteur qu'il faut décider s'il y a condition ou non, car il faut se placer bien avant, c.-à-d. au moment de la conclusion du contrat. Ainsi, si au départ l'exécution de l'obligation apparente est incertaine et envisagée comme incertaine par les parties, l'événement futur (c.-à-d. « dans le cas où l'acheteur n'utiliserait pas l'immeuble à des fins de stationnement ») est également objectivement incertain.

D'un point de vue conceptuel, rappelons qu'avec la clause résolutoire le vendeur cherche à se prémunir contre un risque inhérent au contrat : l'inexécution d'une obligation. On pourrait soutenir que la clause litigieuse¹⁶² vise justement à se protéger contre le défaut d'exécution de l'obligation apparente. Or, il se peut que le vendeur ne cherche pas seulement à être protégé contre un défaut d'exécution de l'acheteur mais de manière plus large et plus générale contre tout ce qui est susceptible d'empêcher d'atteindre le but pour lequel il a accepté de contrac-

162. C.-à-d. « dans le cas où l'immeuble ne serait pas utilisé comme stationnement ».

ter. Le vendeur, qui veut se protéger contre tous ou une partie des facteurs susceptibles d'empêcher d'atteindre le résultat souhaité et ainsi rendre le contrat dépourvu d'intérêt pour lui, peut recourir à une condition résolutoire. Dans un tel cas, nous sommes bien loin de la clause résolutoire. Il faut noter que la condition ne va pas mentionner ces différentes situations, mais va plutôt référer à la conséquence (conséquence factuelle)¹⁶³ commune qui en résultera, si l'une d'elles devait se produire : le terrain ne sera par utilisé comme stationnement¹⁶⁴. C'est pourquoi, l'événement futur et incertain apparaissant dans la clause conditionnelle sera « dans le cas où le terrain ne serait pas utilisé comme stationnement » ou encore, mais d'une manière moins évidente, « dans le cas où l'acheteur n'utiliserait pas le terrain à des fins de stationnement ».

On sait que l'accomplissement de la condition entraîne la résolution du contrat. Cet accomplissement serait-il conséquent à l'inexécution de l'obligation apparente, la résolution n'aura pas pour cause immédiate la violation de cette obligation, mais le fait que la condition s'est accomplie, peu importe la raison¹⁶⁵. On a vu que la clause résolutoire se distingue de la condition résolutoire en raison de son caractère pénal. En effet, la condition ne tend pas à sanctionner le contractant défaillant, mais le fait que le contrat n'est plus apte à remplir le but en vue duquel il a été conclu¹⁶⁶. Avec une clause résolutoire, l'acheteur est sanctionné par la résolution non en raison des conséquences de l'inexécution d'une obligation mais en raison de l'inexécution elle-même¹⁶⁷ ; avec une condition résolutoire véritable, le contrat est résolu en raison des

163. L'article 1497 C.c.Q. réfère à l'arrivée ou la non-arrivée d'un « événement ». Le Nouveau Petit Robert, éd. 2008, définit l'*événement* comme un « fait auquel vient aboutir une situation ».

164. Sauf évidemment si les parties veulent préciser les contours de la clause conditionnelle, en limitant les situations pouvant entraîner l'accomplissement de la condition. Dans un tel cas, la condition résolutoire sera accompagnée d'une clause disant quelque chose comme « il est précisé que l'accomplissement de la condition n'aura lieu que si telle ou telle chose se produit ». Si la précision a pour effet de limiter la clause conditionnelle au seul cas où il y aurait inexécution de l'obligation, il s'agit possiblement d'une clause résolutoire déguisée.

165. PAULIN, précité, note 24, n° 134, p. 147 : avec une condition résolutoire, le vendeur ne cherche pas exclusivement à être protégé contre un défaut de l'acheteur mais, de manière plus générale, contre tout événement susceptible de rendre le contrat dépourvu d'intérêt. Pour cela, le vendeur précisera par exemple que la non obtention du résultat envisagé entraînera la résolution du contrat. L'obtention de ce résultat serait-il une obligation pour l'acheteur, la résolution n'aura pas pour cause la violation de l'obligation, mais le fait que le résultat n'a pas été atteint, quelles qu'en soient les raisons.

166. PAULIN, précité, note 24, n° 129, p. 141-142.

167. PAULIN, précité, note 24, n° 112, p. 120.

conséquences du défaut d'exécution, sans égard au défaut lui-même. Même si les parties ont stipulé la prestation implicite sous forme d'une obligation apparente, le but poursuivi par la condition résolutoire n'est pas de sanctionner l'inexécution de l'obligation apparente mais de subordonner le contrat à la réalisation effective de l'opération pour laquelle il a été conclu même si cela fait suite à l'inexécution de l'obligation apparente¹⁶⁸. C'est le défaut d'obtention du résultat souhaité qui est pris en compte et non le comportement de l'acheteur, car la clause litigieuse vise l'accomplissement de la condition que cela soit imputable ou non à l'acheteur. Dans ce contexte, il nous semble que rejeter l'idée de condition reviendrait à nier le rôle de cette dernière.

Enfin, nous avons évoqué le principe à l'effet que la condition doit être extrinsèque ou étrangère au rapport de droit c.-à-d. au contrat envisagé. Dans une conception large de ce principe, il ne saurait être question de condition, du moment que celle-ci est liée à une obligation quelconque du contrat, même si cette obligation n'est pas nécessaire au contrat envisagé. Dans une acceptation plus restrictive, à laquelle nous adhérons, seules les obligations essentielles à la formation et à la qualification du contrat envisagé sont visées par ce principe¹⁶⁹. Ainsi, il n'y a pas contravention à ce principe, même si l'événement futur et incertain est calqué sur la conséquence résultant de l'inexécution d'une obligation accessoire ou non essentielle au contrat envisagé. Dans un tel cas, certes la condition est reliée à une obligation. Mais si cette dernière est accessoire ou non essentielle au contrat, fût-elle une véritable obligation, alors il n'y a pas infraction au principe mentionné ci-haut. La Cour suprême a déjà indiqué que c'est probablement aller trop loin que de dire qu'un élément essentiel du contrat (tel le paiement du prix de vente) ne constitue jamais une condition¹⁷⁰. Elle a ajouté que, vu le principe de la liberté contractuelle, les parties pourraient en convenir autrement par une stipulation expresse, pourvu qu'elles réussissent à le faire sans vider le contrat de tout contenu¹⁷¹. *A fortiori*, on doit comprendre qu'il serait possible de relier une obligation non essentielle au contrat

168. PAULIN, précité, note 24, n° 135, p. 149.

169. PAULIN, précité, note 24, note 2 en bas de la p. 142.

170. *Venne c. Québec (Commission de protection du territoire agricole)*, EYB 1989-67773 (C. Sup.), par. 62.

171. Ces propos ont eu lieu à propos d'une condition suspensive. Nous en comprenons qu'une obligation non essentielle au contrat pourrait être formulée sous la forme d'une condition suspensive. Nous ne voyons pas pourquoi il ne serait pas possible de le faire dans un contexte de condition résolutoire.

envisagé, telle une restriction d'utilisation dans un contrat de vente¹⁷², à une condition résolutoire.

(ii) N'oublions pas, non plus, la situation où c'est l'acheteur qui souhaite ardemment utiliser le terrain à des fins de stationnement. Autrement dit, s'il achète c'est pour cet usage, car autrement il n'aurait pas acheté. Certes, il a assumé l'obligation apparente d'utiliser l'immeuble à des fins de stationnement. Néanmoins, il peut arriver qu'il se méfie de certains facteurs extérieurs incertains (manque de financement, etc.) qui pourraient l'empêcher éventuellement d'utiliser le terrain comme stationnement, malgré sa bonne volonté. La condition résolutoire permettra à cet acheteur de contracter néanmoins, car la condition en question lui assure qu'il y aura résolution dans l'éventualité où un de ces facteurs incertains l'empêche d'utiliser le terrain comme stationnement. En fait, même à supposer que la condition soit reliée seulement à l'inexécution de l'obligation apparente, il ne saurait y avoir clause résolutoire. En effet, nous voyons mal que la condition résolutoire se disqualifie au profit d'une clause résolutoire car, la première ayant été stipulée au profit de l'acheteur, elle ne saurait se transformer en clause résolutoire à l'avantage du vendeur. Bref, on peut difficilement parler de requalification d'une condition résolutoire à l'avantage de l'acheteur en clause résolutoire au profit du vendeur visant à sanctionner l'inexécution de l'acheteur.

(iii) Jusqu'à présent, nous avons indiqué qu'une condition peut exister, même si l'inexécution de l'obligation apparente est un facteur susceptible d'entraîner l'arrivée ou la non-arrivée, selon le cas, de l'événement futur. Il faut, avons-nous dit, qu'il existe un autre facteur à caractère incertain également susceptible d'entraîner cet accomplissement et que cet autre facteur soit pris en considération par les parties dès le départ. Par ailleurs, nous avons laissé à penser qu'il n'y aurait pas de condition véritable, si la clause à qualifier ne vise, au fond, que l'inexécution d'une obligation. C'est que le caractère incertain nécessaire à la condition fait possiblement défaut. Cela étant, on peut se demander si la liberté contractuelle permet aux parties d'établir conventionnellement une obligation conditionnelle (ici le transfert de propriété) liée à l'exécution des obligations de l'acheteur.

172. Dans une vente, les obligations essentielles sont le transfert de propriété, la livraison et le paiement du prix de vente (art. 1708, 1716 et 1734 C.c.Q.).

La Cour suprême a ouvert la porte à des aménagements conventionnels en matière de conditions en vertu du principe de liberté contractuelle¹⁷³. Certains mentionnent que ce jugement laisse entrevoir la possibilité, par exemple, que les parties puissent conventionnellement rendre conditionnel le transfert de propriété en liant celui-ci à l'exécution des obligations de l'acheteur¹⁷⁴. Ainsi, la liberté contractuelle permettrait d'aménager la violation de l'obligation apparente en sanctionnant cette violation par une clause résolutoire mais permettrait également aux parties de choisir une autre voie, soit celle de la condition résolutoire. Pour ce faire, il demeure que la clause, que l'on voudrait conditionnelle, soit faite selon une formulation et dans un concept de condition résolutoire et non de clause résolutoire. Les propos de la cour ont été tenus dans un contexte où les contractants prétendaient qu'il y avait eu vente sous condition suspensive. Cette porte entrouverte doit être mise en perspective, considérant la différence de rédaction entre une condition suspensive et une condition résolutoire, d'une part, et que la cour n'avait pas à examiner l'arrimage de cette ouverture avec les articles 1536 et 1537 C.c.B.C. (aujourd'hui, l'article 1742 C.c.Q.), d'autre part¹⁷⁵. Voyons cela.

Une première formulation d'un tel aménagement conventionnel pourrait être : « le transfert de propriété est conditionnel à l'exécution des obligations de l'acheteur ». Or, nous l'avons vu, une telle formulation est inappropriée pour une condition résolutoire, car elle introduit une obligation et non une véritable condition. Une deuxième formulation serait à l'effet que « dans le cas où l'acheteur n'exécuterait pas ses obligations, alors la vente sera résolue ». Bien que la formulation soit *a priori* appropriée¹⁷⁶, il demeure que l'événement ne serait pas incertain¹⁷⁷, ce qui prive la qualification de condition, d'une part, et la référence à l'inexécution d'une obligation rapproche la clause d'une clause résolutoire, d'autre part. Une troisième formulation serait basée sur les consé-

173. *Venne c. Québec (Commission de protection du territoire agricole)*, EYB 1989-67773 (C. Sup.), par. 62.

174. En ce sens, voir : Voir BAUDOUIN et JOBIN, précités, note 9, n° 613, p. 606.

175. La relation entre la condition résolutoire et l'article 1742 C.c.Q. fait l'objet d'un chapitre distinct (voir ci-après).

176. Comme il s'agit d'une formulation négative, la clause qui se voudrait conditionnelle devrait porter sur un événement souhaité dont la non-arrivée entraîne tout intérêt à maintenir le contrat. C'est le cas ici avec la formulation utilisée.

177. Nous avons vu que l'inexécution volontaire ou par négligence d'une obligation n'est pas un événement incertain.

quences de l'inexécution d'une obligation. Cette troisième approche est celle que nous avons utilisée pour rédiger notre clause litigieuse, en distinguant l'inexécution comme telle des conséquences de cette inexécution¹⁷⁸. Ainsi, si jamais on concluait que les articles 1497 et s. C.c.Q. ne prévoient pas la création d'une condition basée sur les conséquences de l'inexécution d'une obligation, il nous semble que cette possibilité pourrait néanmoins exister comme aménagement conventionnel. En effet, cette dernière approche peut correspondre à une condition résolutoire, si la rédaction est appropriée, expresse et claire, tout d'abord, si la condition est étrangère au rapport de droit, ensuite, et si, en sus de l'inexécution de l'obligation, il existe au moins un facteur incertain susceptible d'entraîner l'accomplissement de la condition, enfin. Notre clause litigieuse semble rencontrer ces exigences.

Par ailleurs, on peut avancer que la liberté contractuelle mise de l'avant par le plus haut tribunal permet la création d'une clause qui s'apparente à une condition en subordonnant la résolution du contrat à l'arrivée ou non, selon le cas, d'un événement futur qui ne se qualifie pas comme « incertain »¹⁷⁹. Cette clause qui, sans être une condition au sens de l'article 1497 C.c.Q. (en l'absence d'un événement futur incertain), ne serait pas, par ailleurs, une clause résolutoire. En effet, la clause en question ne serait pas rédigée en termes de sanction à l'encontre de l'inexécution d'une obligation ; elle serait rédigée à partir des conséquences de cette inexécution, tout comme nous l'avons fait pour la condition résolutoire accompagnée d'une obligation apparente. Toutefois, à la différence de la condition résolutoire, la conséquence résultant du défaut de l'acheteur ne serait pas incertaine¹⁸⁰. À défaut d'y voir une condition résolutoire, il pourrait s'agir non pas d'une clause résolutoire mais d'une condition *sui generis*, puisque la résolution ne serait pas reliée à l'inexécution d'une obligation mais aux conséquences de cette inexécution. Rappelons que le défaut d'exécution et les conséquences de ce

178. Voir ci-devant au numéro 5.2(i).

179. Martin BOODMAN, « The Conditional Sale : de quoi s'agit-il ? », dans *Mélanges Paul-André Crépeau*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997, p. 75, p. 79 : « while the codal taxonomy might reflect the most common forms of variation, in principle the parties are free to create and apply new, non-codified modalities and even to restrict, exclude and substitute the characteristics of those enumerated in the code. »

180. Par exemple, parce que le seul facteur envisagé par les parties comme étant susceptible de faire arriver ou non, selon le cas, l'événement futur serait l'inexécution d'une obligation.

défaut sont deux choses distinctes. Et, faire des conséquences de l'inexécution un événement futur ce n'est pas mettre en condition (condition *sui generis* ici) l'inexécution elle-même. À l'instar de la condition résolutoire, cette condition *sui generis* aurait pour finalité la préservation de l'utilité de l'acte en se prémunissant contre une perte d'intérêt consécutive à l'accomplissement de la condition *sui generis*. Ainsi, même si cette dernière se démarque de la condition résolutoire au niveau de l'incertitude de l'événement futur, par sa formulation et sa finalité elle s'apparente malgré tout à une condition résolutoire et non à une clause résolutoire. C'est donc le régime de la condition résolutoire qu'il faudrait lui appliquer à titre supplétif¹⁸¹.

La clause conditionnelle adressée à l'acheteur à partir des conséquences de l'inexécution¹⁸² mais dont la preuve ou la réalité ne soutiendrait pas la présence d'un facteur incertain, en sus de l'inexécution de l'obligation, est un bon exemple du genre de clause que nous avons en tête. Voyons trois situations auxquelles nous pensons pour une condition *sui generis*. La première situation est celle où, dès le départ, il a été entendu implicitement que le vendeur ne réclamerait pas l'exécution en nature de l'obligation visée¹⁸³. On sait que, même en présence d'une clause résolutoire, le vendeur peut demander l'exécution en nature. La condition *sui generis* n'étant pas une clause résolutoire mais que, par ailleurs, son accomplissement entraîne la résolution automatique du contrat, elle permet d'aménager cette situation. La deuxième situation est, d'une certaine façon, l'envers de la première. C'est celle où le vendeur ne peut forcer l'exécution en nature d'une obligation. En effet, une obligation peut s'inscrire dans un contexte où, en cas d'inexécution, il n'est pas possible d'en obtenir l'exécution forcée en nature (par exemple, si l'utilisation envisagée repose sur une prérogative de l'acheteur)¹⁸⁴ ou que l'exécution forcée est diffi-

181. Voir la disposition préliminaire du *Code civil du Québec*.

182. Par exemple : dans l'éventualité où l'acheteur n'utiliserait pas l'immeuble à des fins de stationnement (voir ci-devant, au numéro 5.2(i)).

183. Prenons, par exemple, l'article 35 du *Règlement sur le domaine hydrique de l'État* (L.R.Q., c. R-13, r. 1). Cet article stipule que le ministre peut vendre une partie du domaine hydrique à une municipalité pour 1 \$, si celle-ci s'engage, sous condition résolutoire, à maintenir les lieux à des fins non lucratives publiques. En cas de manquement à cet engagement, on peut présumer que le gouvernement ne va pas s'adresser aux tribunaux pour forcer l'exécution en nature et que c'est cela qui a été convenu, du moins implicitement.

184. On songe, entre autres, à la vente d'un terrain à une municipalité pour servir uniquement pour l'ouverture d'une rue. Il est évident que le vendeur ne pourra forcer la municipalité à ouvrir une rue, même au moyen d'une obligation expresse en ce sens, car cela relève de sa seule prérogative de le décider.

cilement envisageable voire impossible¹⁸⁵. Le vendeur qui veut se protéger contre cette impossibilité de forcer l'exécution en nature devrait pouvoir recourir à une condition *sui generis*. Certes, le vendeur pourrait stipuler une clause résolutoire. Mais celle-ci étant limitée à une durée de cinq ans (art. 1742 C.c.Q.), elle ne permet pas de maintenir l'utilité de l'acte au-delà de cette période¹⁸⁶. La troisième situation est celle où il appert que les parties ont accordé expressément ou implicitement à l'acheteur la possibilité de mettre fin au contrat (une sorte de vente à réméré en faveur de l'acheteur), en lui permettant de faire accomplir la condition en n'exécutant pas ou en cessant d'exécuter l'obligation¹⁸⁷. Ici aussi, la condition *sui generis* s'inscrit dans cet esprit. Dans toutes ces situations, il nous semble que la condition *sui generis* est un usage acceptable de la liberté contractuelle et non un moyen intolérable de contourner une disposition impérative¹⁸⁸.

185. Malgré une plus grande ouverture à l'exécution en nature aux obligations de faire découlant du nouvel article 1601 C.c.Q., il demeure que souvent ces obligations entrent dans la catégorie des cas qui ne le permettent pas, surtout lorsque la participation personnelle de l'acheteur est requise.

186. L'article 1742 C.c.Q. porte sur une clause résolutoire visant à sanctionner l'inexécution d'une obligation. Puisque cet article est impératif, il ne semble pas possible de le contourner, si l'objectif final est de sanctionner l'inexécution d'une obligation. Par contre, si le but poursuivi est tout autre comme, par exemple, le maintien de l'utilité de l'acte, il n'y a pas forcément contournement de la loi.

187. Reprenons l'article 35 du *Règlement sur le domaine hydrique de l'État* (voir ci-devant à la note 183). Il nous semble que lors du transfert à la municipalité il a été implicitement entendu que la ville pourrait remettre l'immeuble au gouvernement, le jour où elle ne veut plus maintenir l'usage non lucratif public. La résolution prévue dans la condition *sui generis* permet à la municipalité de résoudre le contrat, même s'il y a inexécution de l'obligation relative à l'utilisation.

188. Voir BAUDOUIN et JOBIN (précités, note 9, n° 143, p. 210), pour l'énonciation générale de cette approche en présence d'une disposition impérative. Dans l'arrêt *Mascouche (Ville de) c. Québec (Ministère des Transports)* (EYB 2010-177559 (C.S.) (en appel), il s'agit d'une vente d'un terrain par le gouvernement provincial à Ville de Mascouche. Dans l'acte, nous retrouvons : a) une obligation d'utiliser l'immeuble à des fins municipales ; b) une clause prévoyant qu'advenant le cas où l'immeuble ne serait plus utilisé par la ville à des fins municipales, alors cet immeuble redeviendra alors automatiquement la propriété du vendeur. Le tribunal a considéré qu'il y avait ici clause résolutoire. Ni les parties ni le tribunal n'ont soulevé la possibilité de l'existence d'une condition *sui generis*. Pourtant, on peut présumer qu'en cas de manquement à l'engagement d'utilisation cet immeuble redeviendra alors automatiquement la propriété du vendeur. Le tribunal a considéré qu'il y avait ici clause résolutoire. Ni les parties ni le tribunal n'ont soulevé la possibilité de l'existence d'une condition *sui generis*. Pourtant, on peut présumer qu'en cas de manquement à l'engagement d'utilisation le gouvernement n'allait pas s'adresser aux tribunaux pour forcer l'exécution en nature de cet engagement. On peut penser, par ailleurs, que l'obligation d'utilisation à des fins publiques s'inscrit dans un contexte où, en cas d'inexécution, il n'est pas possible d'en obtenir l'exécution, car cela relève de la prérogative de la municipalité de le décider. Enfin, n'est-il pas plausible de tenir que les parties ont accordé implicitement à la municipalité la possibilité de mettre fin au contrat (une sorte de vente à réméré en sa faveur), en lui permettant de faire accomplir la condition en cessant d'utiliser l'immeuble à des fins

5.3 L'obligation apparente module les contours de la condition

À partir de notre exemple voyons comment l'obligation apparente¹⁸⁹ peut venir préciser les contours de la condition (la clause litigieuse). Nous pouvons aborder la chose en se disant que la prestation implicite est une prestation qui consiste à faire quelque chose, soit d'utiliser l'immeuble à des fins de stationnement. Effectivement, l'exécution de cette prestation va empêcher la condition de se réaliser. Mais la prestation implicite peut également être appréhendée comme une prestation qui consiste à ne pas faire quelque chose, soit de ne pas utiliser l'immeuble à des fins autres que de stationnement. Cette seconde approche est moins exigeante pour l'acquéreur, car il lui suffit de s'abstenir d'effectuer un acte quelconque. Ainsi, suite à l'acquisition, il peut bien ne faire aucune utilisation de l'immeuble. Cela n'entraînera pas l'accomplissement de la condition, selon une interprétation stricte de celle-ci. En effet, l'absence d'utilisation, le laisser à l'abandon, n'est pas strictement parlant une non-utilisation à des fins de stationnement. Dans un tel cas, en ne faisant rien, l'acheteur n'entraînera pas l'accomplissement de la condition. Ici, l'énonciation expresse de la prestation implicite sous la forme d'une obligation apparente permet de préciser les contours de la condition. On comprendra qu'il s'agit d'utiliser activement l'immeuble à des fins de stationnement. En somme, il s'agit pour l'acquéreur *de tout faire pour* et pas simplement se contenter *de ne rien faire contre*¹⁹⁰, pour éviter éventuellement que le vendeur prétende à l'accomplissement de la condition. Ce dernier serait en droit de soutenir que l'absence d'utilisation, parce que l'acheteur ne fait rien pour y arriver, équivaut à la non-utilisation à des fins de stationnement, vu la précision apportée à cet égard par la présence de l'obligation apparente. En outre, et de façon complémentaire, il s'agirait pour l'acquéreur d'utiliser non seulement activement mais aussi dès à présent (ou très prochainement)

municipales. Autrement dit, de permettre à la municipalité de remettre l'immeuble à l'État, si elle ne voulait plus faire un usage municipal du terrain acquis. On retrouve possiblement là, dans un même dossier, la présence des trois situations que nous avons en tête en parlant d'une condition *sui generis*. Peut-être que la Cour d'appel aura l'occasion de se prononcer sur la question de savoir si la liberté contractuelle permet la création d'une condition *sui generis*, nonobstant l'article 1742 C.c.Q.

189. Qu'elle soit une obligation ordinaire ou une obligation ajuridique.

190. Cela permettra d'empêcher l'acheteur qui, à l'insu du vendeur, voudrait se constituer une réserve foncière pour fins de spéculation.

l'immeuble aux fins voulues. Le fait de mentionner expressément la prestation implicite apporterait un élément temporel à la condition. Si la condition doit se réaliser, cela devra se produire dans un certain délai, pour éviter que les parties demeurent dans l'incertitude trop longtemps¹⁹¹. Il s'agit ici, non pas de fixer un délai précis, mais de laisser à l'acheteur un délai raisonnable, après quoi le vendeur pourrait faire fixer par le tribunal un délai précis¹⁹². Ainsi, l'acheteur devra choisir entre agir activement et dans un délai raisonnable ou perdre l'immeuble.

Voyons une autre influence possible de l'obligation apparente sur la condition. En temps normal, la condition potestative qui fait appel à la volonté de l'acheteur n'est pas seulement *au pouvoir* mais également *au bon vouloir*¹⁹³ de celui-ci de faire accomplir ou défaillir. Il en résulte qu'aucun reproche ne peut être adressé à l'acheteur qui provoquerait la résolution en n'exécutant pas la prestation implicite. Ainsi, a priori, la faute dans l'inexécution de la prestation implicite par le créancier (l'acheteur) n'empêche pas la condition de se réaliser, vu le principe de résolution de plein droit en la matière, chacune des parties pouvant, par principe, invoquer la résolution. La stipulation expresse de la prestation implicite (sous forme d'obligation apparente) pourrait apparaître comme une modification conventionnelle où la faute du créancier ne permettrait pas à ce dernier d'invoquer la résolution du contrat. Autrement dit, l'ajout de l'obligation apparente priverait l'acheteur de prétendre à l'extinction du contrat, si l'accomplissement de la condition est dû à sa faute. On peut y voir une sorte d'aménagement conventionnel (qui s'inspire de l'article 1503 C.c.Q.)¹⁹⁴ où l'acheteur qui, par son comportement, favorise

191. Par opposition à la condition suspensive, la condition résolutoire est appropriée lorsque les parties ont le sentiment que l'événement redouté ne se produira pas, si cela devait se produire, dans un temps rapproché (LATINA, précité, note 1, n° 459, p. 348).

192. KARIM, précité, note 5, p. 41 : un tribunal aurait la possibilité de fixer un délai, lorsque les parties ne l'ont pas fait. Voir également Mignault, tome 5, 1901, p. 441, qui prône la possibilité de faire fixer un délai par le tribunal, en disant qu'il serait absurde, lorsque la condition est potestative de la part du créancier, que le débiteur demeure perpétuellement dans l'incertitude. Notons que les propos de Mignault visent sans doute le contrat suspensif. Malgré cela, ces propos peuvent s'appliquer avec une condition résolutoire, en faisant les adaptations nécessaires.

193. Voir ci-devant.

194. Cet article prévoit qu'une obligation conditionnelle sous condition suspensive a tout son effet lorsque le débiteur de cette obligation en empêche l'accomplissement. Cet article ne s'applique pas à la condition résolutoire (KARIM, précité, note 5, p. 45).

ou provoque l'accomplissement de la condition, serait forclos de considérer le contrat résolu¹⁹⁵. L'aménagement conventionnel correspondrait donc à quelque chose comme : le créancier (l'acheteur) de l'obligation conditionnelle sous condition résolutoire ne peut prétendre à son extinction lorsqu'il en favorise ou provoque l'accomplissement¹⁹⁶. Ce n'est que si la partie casuelle entraîne l'accomplissement de la condition que l'acheteur pourra considérer la condition résolue de plein droit. Ainsi, la condition résolutoire pourra être invoquée par le vendeur en cas de réalisation de la condition, peu importe la raison, alors que l'acheteur ne pourra l'invoquer qu'en l'absence de faute de sa part¹⁹⁷. En outre, en cas d'inexécution fautive, le vendeur pourra également choisir de maintenir en vie le contrat et, ainsi, conserver les prestations reçues. À cet égard, la manifestation de la volonté du vendeur pourra être expresse ou implicite¹⁹⁸.

6. Condition résolutoire et clause résolutoire en même temps

Ici, on examine le contrat dans lequel on retrouve à la fois une condition résolutoire potestative, une stipulation expresse de la prestation implicite qui découle de la condition, sous la forme d'une obligation apparente, et une clause résolutoire sanctionnant l'inexécution de l'obligation apparente. Il y a ici une zone d'interférence possible entre la condition résolutoire et la clause résolutoire.

Comme les notaires se plaisent à le dire : trop fort casse pas. D'autres diront que le vendeur veut la ceinture et les bretelles en même temps. Est-ce qu'à vouloir trop on finit par devoir se contenter de l'un ou l'autre ? Ou, est-ce qu'à trop mettre on finit par contaminer la condition ? On peut soutenir que l'obligation apparente¹⁹⁹ et la clause résolutoire, d'une part, et la condition résolu-

195. Au sujet de l'article 1503 C.c.Q., voir KARIM, précité, note 5, p. 45 et s.

196. Dans le même sens, mais formulé autrement : la condition résolutoire est défaillie si son accomplissement a été favorisé ou provoqué par le créancier (l'acheteur).

197. Évidemment, il se peut que l'on soit dans une des situations abordées au sujet d'une condition *sui generis* (voir ci-devant 5.2(iii)). Dans un tel cas, la faute de l'acheteur ne serait pas un obstacle à ce qu'il puisse réclamer, lui aussi, la résolution du contrat.

198. Voir *Investissements Mékinac inc. c. 3064310 Canada inc.*, EYB 2010-175095 (C.A.).

199. Ici, pour fins de discussion, nous présumons qu'il s'agit bien d'une obligation ordinaire et non d'une obligation ajuridique.

toire et l'obligation apparente, d'autre part, peuvent coexister, en vertu du principe de liberté contractuelle²⁰⁰. Ainsi, le vendeur pourrait, à son choix, se prévaloir de la clause résolutoire²⁰¹, en raison du défaut de l'acheteur, ou invoquer l'accomplissement de la condition²⁰², cette dernière étant conséquente au défaut de l'acheteur. Considérant l'automatisme de la résolution à l'accomplissement de la condition, il faudrait nécessairement une clause permettant au vendeur de faire le choix, par exemple, en prévoyant un avis adressé à l'acheteur dans lequel le choix serait indiqué. Par ailleurs, on pourrait prétendre que la clause résolutoire l'emporte sur la condition vu la règle impérative de l'article 1742 C.c.Q., dans le cas où l'accomplissement de la condition résulte de l'inexécution de l'obligation apparente. Ou encore, qu'en liant l'inexécution de l'obligation apparente à la clause résolutoire les parties ont exclu implicitement ce facteur parmi les facteurs susceptibles d'entraîner l'accomplissement de la condition. De sorte que l'inexécution de l'obligation apparente ne donnerait ouverture qu'à la clause résolutoire, cette inexécution n'entraînant pas l'accomplissement de la condition, car elle ne serait pas incluse dans les facteurs susceptibles d'entraîner cet accomplissement.

7. Condition résolutoire et article 1742 C.c.Q.

Bien que l'article 1742 C.c.Q. semble s'adresser uniquement à la clause résolutoire, en raison de sa formulation²⁰³, certains relient néanmoins cet article aux conditions résolutoires, en disant qu'en matière de condition résolutoire immobilière la demande en résolution doit être instituée dans les 5 ans de la date de la conclusion du contrat sous condition résolutoire²⁰⁴. D'autres

200. En présence d'une clause résolutoire et d'une condition résolutoire ce ne serait pas forcément l'une ou l'autre ; ça pourrait être aussi l'une et l'autre.

201. En suivant le régime applicable en l'espèce.

202. En suivant le régime applicable en l'espèce.

203. Cet article relie la résolution du contrat à l'inexécution d'une obligation par l'acheteur.

204. KARIM, précité, note 5, p. 66 et 77 (l'auteur semble relier l'article 1742 C.c.Q. à toutes les clauses résolutoires, sans distinction) ; GAGNON, précité, note 4 (comme les auteurs de ce livre traitent la condition résolutoire et la clause résolutoire comme si l'une n'était qu'une variété de l'autre, on comprend qu'ils visent indistinctement l'une ou l'autre en rapport avec le délai de 5 ans). Voir aussi : BAUDOUIN et JOBIN, précités note 9, à la note 77 en bas de la p. 607. Dans ce dernier cas, le lien avec l'article 1742 C.c.Q. n'est pas généralisé à toutes les conditions résolutoires mais à une situation très précise : soit le cas où le transfert de propriété serait conditionnel à l'exécution des obligations de l'acheteur, selon un aménagement conventionnel qui prendrait appui sur l'arrêt *Venne c.*

n'associent pas l'article 1742 C.c.Q. aux articles qui portent sur la condition résolutoire²⁰⁵. Pour notre part, nous excluons le recours systématique à cet article en matière de conditions résolutoires qui portent sur un immeuble. Voyons cela.

On l'a vu, une condition potestative sous-tend une prestation implicite laquelle peut également être stipulée expressément sous forme d'obligation apparente. La question est de savoir si l'article 1742 C.c.Q. s'applique dorénavant aux conditions résolutoires potestatives dont la prestation implicite ou l'obligation apparente, le cas échéant, incombe à l'acheteur. Cet article semble devoir être utilisé dans un contexte d'inexécution d'une obligation que l'on veut sanctionner par une clause résolutoire. Il correspond à une application particulière du droit à la résolution prévue aux articles 1604 et suivants C.c.Q. Il s'inscrit dans un contexte différent de la résolution du contrat survenant dans le cadre d'une condition résolutoire, cette dernière fût-elle accomplie en raison de l'inexécution de la prestation implicite ou de l'obligation apparente, le cas échéant. En effet, la condition résolutoire potestative comprend certes le cas où la condition s'accomplit en raison du défaut de l'acheteur. Mais elle vise aussi le cas où l'accomplissement de la condition résulte de la partie casuelle de la condition potestative. Si l'article 1742 C.c.Q. devait s'appliquer en présence d'une condition résolutoire, il faudrait tenir qu'il joue en cas de faute de l'acheteur mais également si la condition s'accomplit en raison de la partie casuelle de la condition potestative, puisque l'article 1742 C.c.Q. n'annonce aucune distinction à cet égard. On voit là un malaise qui se dessine à l'horizon, lorsque c'est la partie casuelle de la condition potestative qui aura provoqué l'accomplissement de la condition. Pourrait-on dissiper ce malaise ? Voyons cela.

Premièrement, on pourrait vouloir faire jouer différemment la clause litigieuse selon ce qui entraîne l'accomplissement de la condition : clause résolutoire en cas d'inexécution de l'obligation apparente et condition pour les autres facteurs. Or, on voit mal que la même clause soit considérée à la fois comme une clause résolutoire et à la fois comme une condition résolutoire ; c'est

Québec (Commission de protection du territoire agricole), EYB 1989-67773 (C. Sup.) par. 62. Nous avons eu l'occasion de traiter d'un tel aménagement conventionnel (voir ci-devant au numéro 5.2 (iii)).

205. BRAS MIRANDA, précitée note 20 ; LLUELLES et MOORE, précités note 6 (soulignons que tout en considérant l'article 1742 C.c.Q. comme d'ordre public, ces auteurs ne lient pas celui-ci aux conditions résolutoires).

l'une ou c'est l'autre. Deuxièmement, on pourrait vouloir refuser d'inclure l'inexécution de l'obligation apparente dans les facteurs susceptibles d'entraîner l'accomplissement de la condition. Dans ce cas, on se retrouvera alors dans la situation où cette inexécution ne permettra pas la résolution du contrat, vu l'absence d'une clause résolutoire²⁰⁶. En effet, la condition n'étant pas une clause résolutoire, elle ne correspond pas à la stipulation particulière dont fait état l'article 1742 C.c.Q. Autrement, il faudrait tenir que l'une et l'autre sont interchangeable ou que l'une n'est qu'une variété particulière de l'autre. Troisièmement, on pourrait vouloir faire de la clause litigieuse une clause résolutoire. Dans ce cas, cela reviendrait à faire jouer la responsabilité civile et à transformer l'obligation apparente en obligation de garantie. En effet, par sa formulation générale, la clause litigieuse permet de couvrir tous les facteurs qui pourraient servir d'excuse à l'acheteur, si l'obligation apparente était une obligation de moyens ou de résultat. Par exemple, un refus municipal empêchera d'utiliser l'immeuble à des fins de stationnement, ce qui entraînera l'accomplissement de la condition²⁰⁷. Si celle-ci est qualifiée de clause résolutoire, l'acheteur ne pourra justifier l'inexécution de l'obligation apparente pour éviter sa responsabilité civile, car celle-ci ne pourra être écartée en l'absence d'une condition²⁰⁸. En somme, en écartant la condition au profit de la clause résolutoire, l'obligation apparente deviendrait indirectement une obligation de garantie. Or, ce n'est probablement pas ce que les parties ont voulu en rédigeant la clause litigieuse. Ainsi, pour éviter un malaise, il serait préférable d'écarter l'article 1742 C.c.Q. en matière de conditions résolutoires. Et, que l'inexécution de l'obligation apparente soit soumise au régime de la condition, en l'incluant dans les facteurs susceptibles d'entraîner l'accomplissement de la condition.

Par ailleurs, en rapport avec les conditions résolutoires antérieures à 1994, on a dit que : 1) il n'était pas nécessaire d'accompagner la condition résolutoire d'une stipulation d'extinction expresse²⁰⁹ ; 2) la résolution opérait de plein droit, sans devoir

206. Art. 1742 C.c.Q. À moins évidemment de se trouver dans la situation où le contrat comporte à la fois une condition résolutoire pour la partie casuelle et à la fois une clause résolutoire pour couvrir l'inexécution de l'obligation. Or, un tel scénario risque de créer une zone d'interférence.

207. La condition étant « dans le cas où l'immeuble ne serait pas utilisé à des fins de stationnement ».

208. Voir ci-après au sujet de la condition résolutoire et la responsabilité civile.

209. *Caisse populaire de Scott c. Guillemette*, [1962] B.R. 293 ; *Curateur public c. Ville de Laval*, [1986] R.D.I. 577. Sauf évidemment le cas où la mention de résolution

être prononcée judiciairement²¹⁰ ; 3) il n'y avait pas de délais légaux rendant la condition résolutoire inopérante après un certain temps²¹¹. Si l'article 1742 C.c.Q. devait dorénavant s'appliquer en matière de condition résolutoire potestative où la prestation implicite (ou l'obligation apparente) relève de l'acheteur, alors : 1) il faudrait que la condition résolutoire soit accompagnée expressément d'une stipulation d'extinction²¹² ; 2) la résolution n'aurait pas lieu automatiquement et devra être prononcée par le tribunal ; 3) il faudrait tenir qu'une condition résolutoire ne sera valide que pour 5 ans seulement²¹³. Ainsi, l'événement futur et incertain devra arriver ou ne pas arriver, selon le cas, dans les 5 ans de la vente et la demande en résolution devra se faire à l'intérieur de ce délai.

On constate donc que l'application de l'article 1742 C.c.Q. aux conditions résolutoires apporterait des changements par rapport au droit antérieur. Pourtant, en regard de la condition, le nouveau code reprend en substance les règles de l'ancien code, en veillant néanmoins à les clarifier et à les compléter suivant les enseignements de la doctrine et de la jurisprudence, selon les commentaires du ministre de la Justice²¹⁴. Et, en regard de l'article 1742 C.c.Q., les commentaires sont à l'effet que cet article modifie le droit antérieur, en réduisant de cinq à dix ans le délai²¹⁵. À notre avis, si le législateur avait voulu limiter la condition résolutoire potestative qui relève de la volonté de l'acheteur pour toute vente

et/ou l'énoncé de retour participe(nt) à la formulation de la condition résolutoire (voir ci-devant, au numéro 3(iii)).

210. *Placements André Turgeon inc. c. Ville de Longueuil*, REJB 2003-37454 (C.A.), par. 24. En cas de débat judiciaire, le tribunal ne faisait que constater la résolution.
211. Notons que la prescription extinctive du recours pour faire constater la résolution contre une partie récalcitrante commence à compter de l'accomplissement de la condition. Ce délai est de dix ans.
212. Voir ci-devant pour notre définition de « stipulation d'extinction ». La stipulation d'extinction devra-t-elle attacher la résolution non seulement à l'accomplissement de la condition mais également à l'inexécution de l'obligation apparente ?
213. Cela faciliterait grandement le travail d'examineur de titres et la sécurité du titre du propriétaire actuel serait plus rapide ! Ajoutons encore plus : à l'instar des clauses résolutoires, les conditions résolutoires apparaissant dans un acte de vente antérieur à 1994 seraient maintenant inopérantes depuis le 1^{er} janvier 1999.
214. *Commentaires du ministre de la Justice*, tome I, Québec, Publications du Québec, 1993, p. 920 et 921.
215. *Commentaires du ministre de la Justice*, tome I, Québec, Publications du Québec, 1993, p. 1089.

immobilière à un délai de cinq ans, il aurait été explicite à ce sujet. Or, il n'y a qu'en matière de vente à réméré qu'il l'a fait²¹⁶.

Ceci étant, la condition résolutoire peut être totalement casuelle. Il y aurait alors deux régimes : soit celui applicable aux conditions résolutoires potestatives et celui pour les conditions résolutoires casuelles. Pour ces dernières, il faudrait recourir au régime normal en matière de condition résolutoire. Ce n'est certainement pas le but voulu par le législateur d'avoir deux régimes, selon que la condition est potestative ou casuelle.

Dans un autre ordre d'idée, soulignons que l'article 1497 C.c.Q. réfère à l'*extinction* et non à la *résolution* du contrat. Et, l'article 1506 C.c.Q. parle d'effet rétroactif, alors que l'ancien article 1088 C.c.B.C. disait que « la condition résolutoire, lorsqu'elle est accomplie, opère de plein droit la *résolution* du contrat ». La référence à la *résolution* du contrat (art. 1088 C.c.B.C.) ou à sa *résiliation* (art. 1079 C.c.B.C.) est textuellement disparue des articles 1497 à 1507 C.c.Q. Certes, la condition en question est toujours nommée « condition résolutoire » (art. 1507 C.c.Q.)²¹⁷. Il est également vrai que, dans le présent texte, nous avons régulièrement fait référence à la résolution du contrat à l'arrivée de la condition. On voit que les habitudes sont tenaces ! Il demeure que l'« extinction du contrat à l'accomplissement de la condition » (1497 C.c.Q.) n'est pas juridiquement synonyme de « résolution du contrat pour défaut d'exécution » (1742 C.c.Q.) ou d'« annulation pour vice de consentement » (1407 C.c.Q.), bien que toutes entraînent la disparition du contrat. Ainsi, la *résolution* mentionnée à l'article 1742 C.c.Q. ne devrait pas viser l'*extinction* prévue à l'article 1497 C.c.Q.

On sait que les parties peuvent stipuler une condition résolutoire (en réalité *résiliatoire*) dans un bail. L'article 1863 C.c.Q. a une rédaction proche de celle de l'article 1742 C.c.Q. Dans les deux cas, on réfère à l'inexécution d'une obligation et à une demande en résolution. Si, malgré le fait que l'article 1742 vise textuellement l'inexécution d'une obligation et non l'accomplissement d'une condition résolutoire, l'on devait appliquer cet article à cette der-

216. La vente à réméré est une vente sous condition résolutoire (art. 1750 C.c.Q.).

217. L'expression « condition extinctive » permettrait de couvrir à la fois la résolution et la résiliation, tout en étant conforme au terme choisi par le législateur à l'article 1497 C.c.Q. En effet, dans certains cas l'extinction du contrat aura comme effet la résiliation et non la résolution.

nière, alors il faudrait faire de même avec une condition résolutoire dans un bail. Or, nous n'avons pas connaissance d'une telle chose. En regard de l'article 1863 C.c.Q., malgré la référence à la nécessité de demande la résiliation, les tribunaux montrent une certaine souplesse. En effet, la validité des clauses de résiliation extrajudiciaire est maintenant admise, en matière de bail commercial, malgré les articles 1863 et 1883 C.c.Q.²¹⁸. S'il est possible d'emprunter conventionnellement un autre chemin que l'article 1863 C.c.Q. avec une formulation appropriée, pourquoi ne serait-il pas possible de le faire en regard de l'article 1742 C.c.Q. au moyen d'une condition résolutoire rédigée de façon appropriée, claire et expresse.

On pourrait nous objecter qu'il sera facile aux parties de contourner l'article 1742 C.c.Q. par une rédaction appropriée sous la forme d'une condition résolutoire potestative. Certes, nous n'excluons pas la possibilité que les parties aient manœuvré dans le but de contourner le délai de cinq ans prévu à l'article 1742 C.c.Q.²¹⁹. Il demeure que différentes considérations peuvent justifier la présence d'une condition résolutoire. Il faut ajouter qu'il ne sera pas nécessairement facile de contourner cet article, si c'est là le seul objectif. Quoi qu'il en soit, il faut préciser certaines choses.

Premièrement, si la condition est invoquée par l'acheteur, l'article 1742 C.c.Q. ne devrait pas jouer sur la condition résolutoire, vu que cet article réfère au vendeur qui veut demander la résolution. Par conséquent, on ne saurait appliquer cet article, si l'acheteur peut invoquer et invoque effectivement la condition résolutoire²²⁰. Deuxièmement, si la condition résolutoire a été stipulée à l'avantage du vendeur et qu'on considère qu'il y a contournement de l'article 1742 C.c.Q., la qualification de condition pourrait être maintenue. C'est au niveau mécanique qu'il y aurait modification. Ainsi, alors qu'en temps normal la résolution est

218. E. SAUCIER et V. NEOFOTESTOS, *Chronique – Les clauses de résiliation ipso facto dans les baux commerciaux : une revue de la jurisprudence depuis 2003 et quelques considérations pratiques*, EYB 2007REP 651.

219. Rappelons que cet article, dont on dit qu'il est impératif (voir LLUELLES et MOORE, précités, note 6), prévoit un délai de déchéance de cinq ans pour demander la résolution judiciaire du contrat, qui devra avoir été précédé d'un préavis d'exercice de soixante jours. Précisons que ces auteurs, bien qu'ils jugent impératif l'article 1742 C.c.Q., ne relient pas celui-ci à la condition résolutoire. Nous en concluons qu'une condition n'est pas nécessairement une tentative de contournement de cet article.

220. On suppose ici que la condition a été stipulée dans l'intérêt des deux parties ou, à tout le moins, dans l'intérêt de l'acheteur.

automatique, dans un tel cas la résolution devrait être demandée dans les cinq ans de la vente et être prononcée par le tribunal, suite à l'envoi d'un préavis de soixante jours. Pour le reste, la mécanique pourrait demeurer inchangée. Par exemple, des dommages-intérêts ne pourraient être réclamés. Troisièmement, en regard de l'acheteur qui invoque une condition résolutoire stipulée à son profit, il ne pourrait y avoir disqualification. En effet, la condition stipulée à son profit ne saurait se transformer en clause résolutoire à l'avantage du vendeur. Enfin, si le contrat comporte une condition résolutoire avec une prestation implicite mais que celle-ci n'a pas fait l'objet d'une stipulation expresse, sous forme d'obligation apparente, l'article ne saurait s'appliquer, en l'absence de l'inexécution d'une obligation. En effet, la prestation implicite n'étant pas obligatoire, il n'y a donc pas une obligation inexécutée que le vendeur voudrait voir sanctionner.

8. Condition résolutoire et responsabilité civile

Même si la condition potestative fait appel à la volonté de l'acheteur, la condition n'est pas une obligation pour autant et, par conséquent, n'est pas obligatoire. C'est pourquoi, même si la condition s'accomplit par le fait de l'acheteur, la responsabilité civile ne joue pas²²¹. Ainsi, l'acheteur n'encourt aucune responsabilité contractuelle même si l'accomplissement de la condition résolutoire est dû à son inconduite. Si on admet la validité des conditions résolutoires potestatives dont la prestation implicite est au bon vouloir de l'acheteur, logiquement il faut bien que le comportement de ce dernier n'entraîne aucune responsabilité civile. Le vendeur ne peut donc réclamer des dommages-intérêts²²² ou l'exécution en nature de la prestation implicite ; il ne peut prétendre à autre chose qu'à la résolution du contrat, même

221. MILHAC, précité, note 49, n^{os} 212 et s., p. 72 et s : l'accomplissement de la condition entraînant la résolution du contrat exclut la responsabilité civile des deux parties.

222. KARIM (précité, note 5, p. 77) indique que les parties peuvent prévoir conventionnellement le paiement de dommages-intérêts. Même là, il nous semble que cette convention n'écarte pas le principe que la condition évolue en dehors du champ de la responsabilité contractuelle. Il s'agit simplement d'un aménagement conventionnel dans le cas où il y aurait accomplissement de la condition par le fait de l'acheteur. Par ailleurs, en l'absence d'une telle convention, est-ce que des dommages-intérêts pourraient être réclamés, en dehors de la responsabilité contractuelle, en vertu d'un manquement à l'obligation d'agir de bonne foi (art. 1375 C.c.Q.) ? Autrement dit, pourrait-on sanctionner par des dommages-intérêts sur la base de l'article 1375 C.c.Q. l'acheteur qui, de mauvaise foi, provoque l'accomplissement de la condition ?

en cas de comportement fautif. Ainsi, si la condition élargit favorablement pour le vendeur les circonstances menant à la résolution d'un côté²²³, elle restreint, par ailleurs, les recours contre l'acheteur de l'autre côté.

Quand les parties font une condition résolutoire, elles envisagent l'accomplissement ou la défaillance de la condition comme étant normale autant l'une que l'autre. Aucun reproche ne peut donc être adressé par une partie à l'autre. Donc, soit que la condition est accomplie soit qu'elle est défaillie ; mais c'est tout. Les contractants ont accepté que l'événement arrive ou n'arrive pas, l'une et l'autre de ces alternatives étant considérées comme normales. Rappelons que l'événement futur doit être incertain selon l'article 1497 C.c.Q. Cet article reconnaît donc implicitement qu'il peut ne pas se produire. D'où l'exclusion de la responsabilité civile, car le non-accomplissement de la condition n'a pas été pris en charge par l'acquéreur, d'une part. La résolution consécutive à l'accomplissement de la condition n'est pas une peine, d'autre part. Or, cette dernière est le propre de la responsabilité civile.

Comme la résolution consécutive à l'accomplissement de la condition entraîne l'extinction automatique et rétroactive du contrat, il n'y a plus de contrat, donc il n'y a plus de manquement contractuel donnant ouverture à la responsabilité civile. En l'absence d'une disposition législative expresse permettant à la fois la résolution et à la fois des dommages-intérêts, comme c'est le cas avec la résolution pour inexécution d'une obligation (art. 1590 C.c.Q.), il ne saurait y avoir octroi de dommages-intérêts en raison du rapport contractuel éteint²²⁴.

Ceci étant, rappelons que si la condition a été stipulée à son avantage exclusif, le vendeur pourra renoncer à la résolution et maintenir le contrat. Mais, même dans un tel cas, il ne pourra forcer l'exécution en nature de la prestation implicite (celle-ci ne devenant pas pour autant obligatoire en cas de renonciation à la résolution) ou obtenir des dommages-intérêts à titre d'exécution par équivalent. Il pourra cependant conserver ce qu'il a reçu, le deuxième alinéa de l'article 1507 C.c.Q. ne jouant pas dans un tel cas. Il pourra également obtenir l'exécution forcée ou par équivalent des obligations, le cas échéant, que l'acheteur était tenu

223. Par exemple, en cas de force majeure (voir ci-devant).

224. Sous réserve de prévoir conventionnellement la possibilité de réclamer des dommages-intérêts en cas d'accomplissement de la condition.

d'exécuter pendant le contrat, par exemple, le paiement d'une redevance mensuelle. En somme, en cas de maintien du contrat, on peut dire du vendeur qu'il n'a pas moins mais pas plus de droits qu'avant l'accomplissement de la condition.

Par ailleurs, qu'en est-il de la responsabilité civile, lorsque la prestation implicite a été stipulée expressément sous la forme d'une obligation apparente. Si cette dernière est une obligation ajuridique non obligatoire²²⁵, la responsabilité civile est d'emblée écartée. Mais qu'arrive-t-il si l'on considère que l'obligation apparente est une obligation ordinaire ? Comme la résolution est automatique et rétroactive, l'extinction du contrat entraînera ipso facto la disparition rétroactive de l'obligation apparente. Vu que cette dernière n'aura jamais existé (fictivement du moins), il ne saurait y avoir responsabilité contractuelle pour inexécution de l'obligation apparente. Ajoutons que la résolution ayant lieu à cause de l'accomplissement de la condition et non à cause de l'inexécution d'une obligation, la responsabilité civile ne joue pas, celle-ci ayant vocation à sanctionner un défaut d'exécution. Ici, aussi, on peut dire qu'en l'absence d'une disposition expresse permettant à la fois la résolution et à la fois des dommages-intérêts, comme c'est le cas avec la résolution pour inexécution d'une obligation (art. 1590 C.c.Q.), il ne saurait y avoir octroi de dommages-intérêts en raison du rapport contractuel éteint. Cela dit, il est possible pour le vendeur de renoncer à la condition résolutoire si celle-ci a été stipulée à son avantage exclusif. Pourrait-il, dans ce cas, forcer l'exécution en nature de l'obligation apparente ? La réponse n'est pas évidente.

D'un côté, on pourrait soutenir que la non-extinction du contrat, suite à la renonciation à la condition, laisse intacts les recours liés à l'inexécution de l'obligation apparente obligatoire. De sorte qu'il serait possible d'agir en responsabilité et de forcer l'exécution en nature de l'obligation apparente.

D'un autre côté, on pourrait soutenir que le vendeur a fait son nid en formulant une clause conditionnelle dont l'événement futur peut être la conséquence de plusieurs facteurs, comprenant l'inexécution d'une obligation. Il aurait implicitement convenu qu'il ne réclamerait pas l'exécution en nature, même dans le cas où il renoncerait à la condition. De plus, on peut présumer que lorsque le vendeur renonce à la condition accomplie c'est que son

225. Voir ci-devant, au numéro 5.1.

intérêt à maintenir en vie le contrat ne tient plus à l'arrivée ou non de l'événement futur. Ainsi, qu'il y ait accomplissement ou défaillance de la condition, cela ne présente plus la même préoccupation pour le vendeur. L'intérêt tient dorénavant au fait qu'il ne veut plus redevenir propriétaire ou que la contrepartie reçue et à recevoir dépasse l'avantage de redevenir propriétaire. En toute logique, comme la renonciation à la condition suppose que l'accomplissement de la condition n'a plus la gravité anticipée, il devrait en être de même avec l'inexécution de l'obligation apparente qui a entraîné cet accomplissement. Et, en parallèle, la défaillance de la condition qui pouvait être recherchée par l'imposition de l'obligation apparente n'est plus prioritaire. Or, vouloir forcer l'exécution en nature c'est soutenir que la défaillance de l'événement est recherchée, alors que la renonciation suppose justement que cette défaillance n'est plus une préoccupation. La renonciation est sans retour. Comme il n'est pas certain que l'exécution forcée en nature sera accordée par le tribunal et, même si l'injonction est accordée, comme un autre facteur qui ne relève pas de la volonté de l'acheteur peut éventuellement entraîner à nouveau l'accomplissement de la condition, le vendeur peut difficilement prétendre que l'événement qui donnait un sens au contrat est toujours aussi fondamental pour lui. Ainsi, en choisissant de renoncer à la condition accomplie, le vendeur ne pourrait que conserver ce qu'il a reçu, la restitution des prestations n'étant pas requise dans un tel cas. Il pourrait également continuer à percevoir, par exemple, une redevance mensuelle qui aurait été prévue au contrat²²⁶. Toutefois, il ne pourrait forcer l'exécution en nature de l'obligation apparente ou en réclamer l'exécution par équivalent par des dommages-intérêts.

9. *Quid des obligations essentielles pour le vendeur sans lesquelles il n'aurait pas vendu sans engagement formel par l'acheteur de s'exécuter*²²⁷

Sous l'ancien Code civil, l'article 1536 C.c.B.C. référait à la nécessité d'une clause résolutoire expresse pour sanctionner le

226. LATINA, précité, note 1, n° 583, p. 441 : la renonciation emporte le maintien du contrat initial.

227. On voit parfois le cas où une partie, après avoir imposé une obligation, ajoute qu'il s'agit là d'une condition essentielle sans quoi elle n'aurait pas contracté. Pour nos fins, il s'agit d'une utilisation maladroite du terme « condition », car il ne s'agit pas d'une condition au sens de l'article 1497 C.c.Q. Il faudrait plutôt dire une considération essentielle ou un élément important.

défaut du paiement du prix de vente²²⁸. On constate, en apparence, une différence avec le nouvel article 1742 C.c.Q. qui vise toute obligation de l'acheteur, alors que son prédécesseur référerait seulement à l'obligation du paiement du prix de vente. Les commentaires du ministre²²⁹ n'indiquent pas s'il agit d'une codification d'une certaine doctrine et jurisprudence ou d'une modification au droit antérieur. En effet, l'article 1536 C.c.B.C. a donné lieu à une controverse à l'égard des obligations autres que le paiement du prix de vente. Pour les uns, l'exigence d'une stipulation spéciale prévue à l'article 1536 C.c.B.C. s'appliquait également aux autres obligations²³⁰. Pour les autres, si l'autre obligation en question était essentielle pour le vendeur, au point où il n'aurait pas vendu si l'acheteur ne s'était pas engagé à la respecter et s'il avait su que l'obligation serait inappliquée²³¹, alors il était possible de demander la résolution même en l'absence d'une clause résolutoire expresse, sur la base d'une clause résolutoire implicite²³².

Bien que le nouvel article 1742 C.c.Q. couvre toutes les obligations de l'acheteur, et pas seulement le paiement du prix de vente comme le faisait l'ancien article 1536 C.c.B.C., la controverse semble encore d'actualité pour les contrats de vente conclus depuis 1994, en regard des obligations jugées essentielles pour le vendeur.

228. Art. 1536 C.c.B.C. : Le vendeur d'un immeuble ne peut demander la résolution de la vente, faute par l'acheteur d'en payer le prix, à moins d'une stipulation spéciale à cet effet.

229. *Commentaires du ministre de la Justice*, tome I, Québec, Publications du Québec, 1993, p. 1089.

230. Juge Gendreau, dans *Cimon c. L'Archevêque catholique romain de Québec*, EYB 1990-57026 (C.A.). Voir aussi : L. FARIBAUT, *Traité de droit civil du Québec*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1961, n° 356, p. 330, qui, au sujet de l'article 1536 C.c.B.C., indique que « le prix comprend non seulement des sommes d'argent, mais également toutes les prestations que l'acheteur a promis de faire, car c'est tout cela qui représente la valeur de la chose qu'il a reçue ». Voir aussi DESJARDINS (précité, note 39, p. 218-220). Bien qu'ayant intitulé le début de ses commentaires « La condition résolutoire tacite », il parle néanmoins de clause résolutoire tacite. Nous comprenons que M. Desjardins vise toute obligation de l'acheteur.

231. Le vendeur peut avoir dit tout cela dans le contrat. À défaut d'être dit dans l'acte, le tribunal peut arriver à cette conclusion.

232. Juge Dubé dans l'arrêt *Cimon c. L'Archevêque catholique romain de Québec*, EYB 1990-57026 (C.A.). Voir la critique vigoureuse de DESJARDINS (précité note 39). Voir également PINEAU, BURMAN et GAUDET, précités, note 29. Il faut noter que le juge Dubé s'appuie, entre autres, sur l'arrêt *Rouleau c. Power*, (1927) 42 B.R. 422. Or, comme le souligne à juste titre Y. Desjardins (*op. cit.*), le juge Dubé omet de faire une distinction importante. C'est que l'arrêt *Rouleau* porte sur une vente mobilière et non immobilière.

1) *Aubin c. Arseneault*, EYB 2010-181990 (C.S.). Dans cette cause, la clause qui nous intéresse se lit comme suit : « la présente vente est conditionnelle et n'a de valeur que si chacun des comparants pourvoit à parts égales au paiement de l'hypothèque existante [...] ». L'acheteur a fait défaut de payer sa part de l'hypothèque. Le tribunal a retenu que la venderesse demande l'exécution d'une clause résolutoire du contrat de vente (par. 1) et qu'elle allègue que la condition non respectée de contribuer à parts égales au paiement de l'hypothèque lui donne droit à la rétrocession de l'immeuble (par. 4). Le tribunal a indiqué aussi que la demanderesse soutient que la vente était conditionnelle à ce que chacun pourvoie à parts égales au paiement de l'hypothèque (par. 39) et que sans cela elle n'aurait pas vendu son immeuble si l'acheteur ne s'était pas engagé à respecter cette clause du contrat.

Le tribunal a déclaré résolue la vente. L'analyse du tribunal se résume comme suit. D'abord, la juge cite l'article 1742 C.c.Q. Puis, elle réfère aux juges majoritaires de l'arrêt *Cimon*²³³ ayant accueilli l'action en nullité qui, ajoute-t-elle, se sont référés au passage suivant de l'arrêt *Rouleau c. Power* : « il faut prononcer la résolution du contrat s'il ressort de la preuve que les parties n'auraient pas contracté s'ils avaient su que la condition serait inappliquée ». Enfin, de l'avis du tribunal la vente était subordonnée à ce que l'acheteur contribue au paiement de l'hypothèque.

233. *Cimon c. L'Archevêque catholique romain de Québec*, EYB 1990-57026 (C.A.). Dans cette cause, la majorité était formée du j. Dubé et du j. Beaugrand. Pour le juge Gendreau (juge minoritaire) et pour le juge Dubé (l'un des juges majoritaires), il y avait obligation et non une condition (ce qui nous semble correct, en raison de la formulation utilisée). Sauf que, pour le premier, la résolution ne pouvait être prononcée, faute d'une clause résolutoire expresse, alors que pour le deuxième, cela n'était pas un obstacle vu que l'obligation était essentielle aux yeux du vendeur. Pour le juge Beaugrand (l'autre juge de la majorité), il y avait une condition résolutoire. Dans cet arrêt, la clause en litige prévoyait que l'acheteur devait utiliser l'immeuble pour la construction d'une église pour la future fabrique et autres fins paroissiales. Cette clause n'a jamais été respectée. Selon plusieurs, la clause en question créait une obligation et non une condition expresse et encore moins une condition résolutoire implicite. Outre les juges Dubé et Gendreau, voir : DESJARDINS (précité, note 39) ; L. MARQUIS, « Le caractère incertain de la condition », (1990) 50 *R. du B.* 793 ; PINEAU, BURMAN et GAUDET, précité, note 29. Nous estimons qu'il s'agissait d'une formulation inappropriée pour établir une condition, ce qui obligeait à considérer la clause comme une obligation (voir ci-devant).

On ne sait pas trop si le tribunal aborde la clause en litige comme une condition résolutoire²³⁴ ou comme une clause prévoyant une obligation essentielle sans laquelle le vendeur n'aurait pas vendu s'il avait su que l'acheteur ne s'exécuterait pas permettant ainsi la résolution même en l'absence d'une clause résolutoire expresse²³⁵ ou bien comme une obligation accompagnée d'une clause résolutoire expresse²³⁶. En s'appuyant sur les deux juges majoritaires de l'arrêt *Cimon*, le tribunal entretient encore plus la confusion. C'est que la même clause a été vue par l'un des juges majoritaires comme une clause créant une obligation (j. Dubé), alors que l'autre juge (j. Beauregard) y a vu une condition résolutoire. En somme, pour l'un, il y avait eu vente pure et simple, mais inexécution d'une obligation essentielle donnant ouverture à la résolution du contrat (sur la base d'une clause résolutoire implicite), alors que pour l'autre, il y avait eu vente sous condition résolutoire, avec arrivée de la condition entraînant ainsi la résolution.

2) *Lessard c. Beaudriault*, EYB 2008-134604 (C.S.). Dans cette cause, l'acheteur d'un triplex s'était engagé envers le vendeur à maintenir un locataire dans son logement, le vendeur ayant à cœur le bien-être de ce locataire. La situation s'étant détériorée entre l'acheteur et son locataire, ce dernier a finalement quitté son logement. Le vendeur a soumis que l'acheteur n'a jamais eu l'intention de respecter l'obligation précitée, qu'il a été induit en erreur et que son consentement a été vicié (par. 31). Le vendeur a ajouté qu'il n'aurait pas vendu sans engagement formel de l'acheteur d'exécuter cette obligation. Le tribunal n'a pas sous-

234. Vu la mention à l'effet que le contrat de vente est conditionnel (par. 3), vu la mention à l'effet que, de l'avis du tribunal, la vente était subordonnée au paiement de l'hypothèque (par. 53) (voir l'article 1497 C.c.Q.) et vu l'emploi du mot « condition » à plusieurs reprises dans le jugement.

235. Vu la référence aux arrêts *Rouleau* (j. Rivard) et *Cimon* (j. Gendreau) qui ont permis la résolution pour inexécution d'une obligation même en l'absence d'une clause résolutoire expresse. On parlait alors de clause résolutoire implicite.

236. Vu, entre autres, la référence à l'article 1742 C.c.Q. (par. 43), puisque cet art. réfère à la clause résolutoire expresse pour inexécution. Ici, la clause résolutoire expresse apparaîtrait en quelque sorte dans la mention à l'effet que la vente est « conditionnelle ». Est-il possible de soutenir l'existence d'une clause résolutoire simplement à partir du mot « conditionnelle » ? Ce n'est pas certain, eu égard à la nécessité de retrouver une formulation suffisante pour établir une clause résolutoire. Une clause résolutoire est celle qui indique que l'inexécution d'une obligation pourra donner lieu à une demande en résolution. Sauf la présence d'autres indices dans le contrat, il nous semble que le mot « conditionnelle » ne peut équivaleoir à lui seul à une clause résolutoire expresse, dans le présent cas. Nous estimons donc que les mots « est conditionnelle et n'a de valeur » servaient simplement à introduire une obligation.

crit aux arguments du vendeur, estimant que le reproche adressé à l'acheteur n'est pas un vice de consentement mais tout simplement le non-respect d'une obligation pour le vendeur. Le tribunal a rejeté la demande en résolution, vu l'absence d'une clause explicite prévoyant la résolution en cas d'inexécution d'une obligation par l'acheteur.

3) *Progab Inc. c. Bergenco Inc.*, EYB 2009-161041 (C.S.) (règlement à l'amiable, suite à l'appel). L'acquéreur s'est engagé à construire une résidence sur le terrain vacant qu'il a acheté. Aucune résidence n'a été érigée. La vente ne comporte pas de clause résolutoire. Le vendeur soutient, d'une part, que l'obligation de construire une résidence était une obligation essentielle et que sans cet engagement il n'aurait pas vendu. D'autre part, que l'acheteur a acquis le terrain en sachant pertinemment qu'il ne bâtirait pas une résidence, commettant ainsi un dol envers le vendeur et viciant le consentement de ce dernier (art. 1401 C.c.Q.). Le vendeur demande la nullité de la vente. En ce qui concerne le premier motif, le tribunal ne semble pas en discuter. Quant au deuxième motif, le tribunal a souligné que cela équivaut à faire indirectement ce que ne permet pas l'article 1742 C.c.Q., en l'absence d'une clause résolutoire expresse, sans pour autant formellement rejeter l'idée. Dans ce cas précis, le tribunal a conclu à l'absence de preuve d'un dol commis par l'acheteur.

Que penser de cette controverse ? Premièrement, depuis le 1^{er} janvier 1994, la clause résolutoire implicite pour garantir l'exécution d'une obligation autre que le paiement du prix de vente ne tient plus en raison de l'article 1742 C.c.Q., en supposant que cela ait existé avant 1994²³⁷. Pour ce qui est des clauses résolutoires expresses antérieures à 1994, il est maintenant acquis que le délai de cinq ans leur est applicable à compter du 1^{er} janvier 1994²³⁸. La solution devrait être la même pour les clauses résolutoires implicites²³⁹, si cela a déjà existé. On peut difficilement concevoir que les parties n'ayant pas prévu une clause résolutoire expresse soient dans une meilleure situation que ceux ayant été prévoyants.

237. Voir la controverse à ce sujet que nous avons mentionnée ci-devant.

238. *Commission scolaire des Découvreurs c. Sillery (Ville de)*, REJB 2001-27693 (C.S.) ; *Domaine du Massif c. Ruel*, EYB 2005-86542 (C.S.) (appel rejeté sur requête) ; GAGNON, précité, note 4, p. 173-174 ; PAGER, précitée, note 78, p. 263.

239. PAGER, précitée, note 78, p. 273.

Deuxièmement, l'emploi du mot « condition » peut simplement introduire une obligation, comme on le voit souvent²⁴⁰. Dans un tel cas, il ne s'agit pas d'une situation où la vente est conditionnelle au sens de l'article 1497 C.c.Q. De plus, il y a utilisation maladroite du terme « condition », lorsqu'il est dit au sujet d'une obligation de l'acheteur qu'il s'agit d'une « condition essentielle » sans quoi le vendeur n'aurait pas vendu. Il faudrait dire une « considération essentielle ». Enfin, la résolution du contrat ne saurait être liée à une considération essentielle, en l'absence d'une condition résolutoire expresse. En effet, par sa nature et sa formulation la considération essentielle seule ne lie aucunement l'extinction de la vente au fait que la considération en question arrive ou non.

Troisièmement, les règles régissant l'annulation pour vice de consentement (art. 1400 et s. C.c.Q.) et celles de la résolution pour défaut d'exécution ne sont pas les mêmes. De plus demander la nullité pour vice consentement (art. 1407 C.c.Q.), même si cette demande fait suite à l'inexécution d'une obligation, ce n'est pas demander la résolution pour défaut d'exécution d'une obligation (art. 1742 C.c.Q.). Bien que nullité et résolution amènent l'anéantissement rétroactif du contrat, il y a beaucoup de choses qui les distinguent. Ainsi, il est possible d'agir en nullité, même en l'absence d'une clause résolutoire expresse, sur la base d'un vice de consentement, puisqu'une telle clause expresse n'est pas requise dans ce cas.

Ceci étant, l'annulation pour vice de consentement²⁴¹ situe l'analyse au moment de la formation du contrat. Il faut que le fait sur lequel le vendeur s'est trompé soit un fait passé ou présent et non un fait futur²⁴². Il y a vice de consentement si on croit vrai, alors que c'est faux, un fait passé ou présent. Ainsi, l'annulation pour vice de consentement devrait porter sur une chose passée ou présente au moment de la formation du contrat²⁴³. Une obligation essentielle non exécutée ne peut être la cause d'un vice de consentement. D'une part, il n'y a pas eu erreur sur la chose, l'obligation indiquée dans l'acte étant bien celle envisagée par les parties.

240. DESJARDINS, précité, note 39, p. 218 ; BRAS MIRANDA, précitée, note 20, n° 22, p. 9/19 ; PINEAU, BURMAN et GAUDET, précités, note 29, n° 374, p. 648.

241. Qu'il s'agisse d'une erreur simple (1400 C.c.Q.) ou d'une erreur provoquée par le dol de l'acheteur (1401 C.c.Q.).

242. BRAS MIRANDA, précitée, note 20, n° 41.

243. BONNET, précité, note 13, n° 134, p. 82 : l'erreur incarne une représentation inexacte de la réalité au moment de la formation du contrat.

D'autre part, la possibilité d'inexécution ou l'inexécution, lorsqu'elle arrive, ne peut constituer une erreur sur le consentement. En effet, le vice de consentement suppose une inexactitude présente ou passée au moment du contrat. Or la possibilité d'inexécution ou l'inexécution elle-même situe l'action dans le futur. Le dol ne change rien à la situation. Le dol aura consisté à amener l'autre partie à croire vrai ce qui est faux. Mais en fin de compte, l'erreur porte sur une qualité passée ou présente du service attendu. De son côté, la résolution pour inexécution situe l'action après la formation du contrat, en prenant pour acquis un contrat valablement formé donc sans vice de consentement. Ainsi, l'erreur sur une incertitude future ne peut être un motif déterminant ayant incité le vendeur à vendre²⁴⁴. Dire que le vendeur n'aurait pas vendu s'il avait su que l'acheteur n'aurait pas exécuté une obligation, ne peut logiquement que viser un fait futur et, par conséquent, ne peut être un vice de consentement. Si le vendeur veut se prémunir contre l'inexécution future d'une obligation, en sanctionnant l'inexécution elle-même, il faut une clause résolutoire expresse à cet effet (art. 1742 C.c.Q.).

Quatrièmement, l'article 1410 C.c.Q. définit la cause du contrat comme étant la raison qui détermine chacune des parties à le conclure. On se situe davantage au niveau de la cause du contrat, lorsqu'on soutient que telle obligation était une considération essentielle pour le vendeur sans laquelle il n'aurait pas vendu si l'acheteur ne s'était pas engagé à exécuter cette obligation. La cause ne donne lieu à annulation du contrat que si elle est prohibée par la loi ou contraire à l'ordre public (art. 1411 C.c.Q.). Il est toutefois possible d'amener la cause non prohibée par la loi ou non contraire à l'ordre public dans le champ contractuel au moyen d'une condition. En effet, la condition résolutoire permet d'intégrer au contrat un motif important ayant amené le vendeur à céder son immeuble et ainsi maîtriser le risque de non-réalisation ou la disparition du motif ayant présidé à l'engagement²⁴⁵. C'est une façon de protéger le vendeur de son intérêt sur le contrat dû à la non-réalisation ou la disparition d'un motif ayant présidé à sa conclusion. Ce motif peut apparaître dans l'obligation jugée essentielle. En effet, si la prestation qui y est stipulée et la présence de cette obligation sont des considérations essentielles pour

244. BRAS MIRANDA, précitée, note 20, n° 46.

245. LATINA, précité, note 1, nos 178 et 179, p. 128-132 ; PAULIN, précité, note 24, n° 134, p. 146.

le vendeur sans quoi il n'aurait pas vendu, nous sommes bien dans le domaine de la cause du contrat²⁴⁶. L'obligation essentielle va donc être intégrée dans la condition, car elle est la chose qui a incité à vendre. Pour être appropriée, la condition sera toutefois formulée à partir des conséquences non-souhaitées résultant de l'inexécution. Certes, c'est au moment de la formation du contrat qu'il faut se placer pour apprécier la cause et non au moment de son exécution. En effet, la cause repose sur un événement présent ou imminent. La formation du contrat suppose une cause qui doit exister ou être imminente pour qu'il se forme. De son côté, la condition résolutoire repose sur un événement futur. Malgré cette différence, la condition permet d'intégrer la cause en subordonnant l'extinction du contrat à l'événement futur et incertain²⁴⁷ lequel est calqué sur la conséquence résultant de la non-réalisation ou à la disparition du motif ayant présidé à sa conclusion. Mentionnons, enfin, que faire entrer la cause du contrat dans le champ contractuel au moyen d'une condition ce n'est pas introduire une clause résolutoire.

En considérant ce qui précède, avec respect, la décision *Aubin* nous paraît mal fondée, la décision *Lessard* nous semble correcte²⁴⁸. Et, dans *Progab*, le tribunal aurait dû fermer la porte à l'idée de soulever un dol en regard d'une obligation essentielle non exécutée, en l'absence d'une clause résolutoire expresse ou d'une condition résolutoire qui incorpore le motif déterminant.

CONCLUSION

Nous avons voulu rappeler la distinction entre une condition résolutoire et une clause résolutoire, de même que celle entre une condition (au sens des art. 1497 et s. C.c.Q.) et une obligation. Autrement dit, rappeler que les expressions « condition résolutoire » et « clause résolutoire » ne sont pas interchangeables et qu'il faut se méfier de confondre une « obligation » (au sens légal) introduite par le mot « condition » avec une véritable « condition » (au sens de 1497 C.c.Q.).

246. Art. 1410 C.c.Q.

247. BONNET, précité, note 13, n° 647 et s., p. 344 et s.

248. Il est à noter que le tribunal (tout comme le vendeur) parle « de condition » dans le sens « d'obligation » (par. 37 et 38). En effet, le contexte laisse clairement voir qu'il s'agit d'obligation et non de condition au sens de 1497 C.c.Q.

La clause résolutoire (qui accompagne une obligation) et la condition résolutoire potestative (qui est accompagnée d'une prestation implicite, voire d'une obligation apparente) exercent toutes deux une pression sur l'acheteur afin qu'il agisse dans le sens voulu. C'est donc ailleurs qu'il faut trouver une façon de les distinguer. Pour ce faire, nous avons examiné ce qui distingue la condition résolutoire de la clause résolutoire aux niveaux conceptuel et rédactionnel.

Conceptuellement, deux critères de différenciation sont avancés : caractère pénal de la clause résolutoire ; utilité de l'acte pour la condition résolutoire. Essentiellement, la clause résolutoire prend appui sur l'inexécution d'une obligation et vise à sanctionner celle-ci au moyen d'une peine soit la résolution. De son côté, la condition résolutoire vise à prévenir une perte d'intérêt à maintenir le contrat suite à l'absence du résultat souhaité, peu importe ce qui est à l'origine de cette absence de résultat. C'est pourquoi le caractère pénal n'est pas présent, même si l'accomplissement de la condition résulte de la faute de l'acheteur.

D'un point de vue rédactionnel, la clause résolutoire relie la résolution au fait que l'acheteur n'exécute pas une obligation à laquelle il est tenu, alors que la condition résolutoire attache la résolution à l'arrivée ou non, selon le cas, d'un événement futur et incertain. Cette distinction rédactionnelle est d'ailleurs conforme à celle retenue par le Code civil²⁴⁹. Cela dit, ce serait faire preuve d'un formalisme exagéré que de soutenir que la clause qui ne relie pas textuellement la résolution à l'inexécution d'une obligation, au défaut du débiteur ou à un manquement aux engagements pris n'est pas une clause résolutoire. Pour des bonnes ou des mauvaises raisons les parties peuvent vouloir déguiser la clause résolutoire en lui donnant l'apparence d'une condition résolutoire. Et, même sans l'avoir voulu, il se peut que les parties rédigent une clause qui a toutes les apparences d'une condition au surplus rédigée de façon appropriée, claire et expresse, mais qui au fond se veut une clause résolutoire dans l'esprit des parties²⁵⁰.

249. Pour la clause résolutoire, voir les articles 1590 et 1742 C.c.Q. ; pour la condition résolutoire, voir l'article 1497 C.c.Q.

250. On peut concevoir qu'entre les parties la condition puisse être requalifiée de clause résolutoire par le tribunal. Mais pour les tiers, ceux-ci ne devraient-ils pas pouvoir s'en remettre à la lettre du contrat, sans devoir procéder à un exercice d'interprétation, en l'absence des parties ?

Ceci étant, en cas de doute sur la qualification, logiquement la condition résolutoire devrait être écartée, car tout doute sur l'existence ou non d'une condition doit se résoudre en faveur d'une vente pure et simple. Une difficulté d'interprétation ne devrait toutefois pas amener le tribunal à classer rapidement la clause comme clause résolutoire. Il faut réellement une ambiguïté et que cette ambiguïté persiste malgré un effort d'interprétation. À cet égard, il faut qu'après analyse du contrat et prise en compte de l'intention des parties un doute subsiste, à savoir que la clause pourrait tout aussi bien être une clause résolutoire qu'une condition résolutoire. Dans un tel cas, il faudrait écarter la condition au profit de la clause résolutoire. Rappelons que c'est au moment de la conclusion de l'acte qu'il faut se placer pour qualifier la clause litigieuse. Par conséquent si au départ il y a condition véritable la qualification ne devrait pas changer, même en cas d'inexécution fautive par l'acheteur de la prestation implicite ou de l'obligation apparente. Bref, la faute commise ne devrait pas être prise en compte au niveau de la qualification. Certes, le défaut de l'acheteur pourrait l'empêcher d'invoquer la résolution en présence d'une obligation apparente. Il ne s'agit toutefois pas de requalifier la clause mais d'en aménager la mécanique dans un tel cas.

Nous nous permettons quelques suggestions, pour réduire le risque d'ambiguïté entre une condition résolutoire et une clause résolutoire. Premièrement, il serait préférable que l'obligation apparente et la clause conditionnelle soient rédigées ensemble, l'une à la suite de l'autre, dans une section particulière. Le fait de mettre l'obligation apparente avec les autres obligations de l'acheteur peut semer un doute sur le caractère de l'obligation apparente, si on veut soutenir qu'il s'agit d'une obligation ajuridique. De plus, même si l'obligation apparente était jugée obligatoire, il y aurait moins de risque que la clause litigieuse soit vue comme une clause résolutoire. En effet, la présence d'une obligation obligatoire n'est pas un obstacle à la reconnaissance d'une condition véritable. Deuxièmement, cette section particulière devrait être intitulée « Condition résolutoire », pour bien faire ressortir l'intention des parties. Troisièmement, il serait préférable que la condition soit rédigée sous une forme impersonnelle²⁵¹ au lieu de s'adresser directement à l'acheteur²⁵². En effet,

251. C.-à-d. « dans le cas où l'immeuble ne serait pas utilisé à des fins de stationnement ».

252. C.-à-d. « dans le cas où l'acheteur n'utiliserait pas l'immeuble à des fins de stationnement ».

bien que l'adresse directe à l'acheteur puisse être une condition résolutoire, il demeure qu'elle peut être plus facilement confondue avec une clause résolutoire que ne peut l'être une formulation impersonnelle. Quatrièmement, une mention à l'effet que l'accomplissement de la condition rendra inutile le maintien de l'acte. Cette mention fera présumer que les parties ont reconnu que la clause à qualifier s'inscrit dans un contexte de condition résolutoire. Enfin, il serait plus avantageux de stipuler l'obligation apparente d'une manière impersonnelle, en ajoutant que la situation visée par l'obligation apparente est une considération essentielle ayant amené une partie, par exemple le vendeur, à contracter.

Outre la formulation choisie et les suggestions faites, il faut regarder si les parties ont donné des indications sur le régime applicable, permettant le rapprochement avec soit la clause résolutoire (ex. : la résolution pourra être demandée) soit la condition résolutoire (ex. : résolution automatique, etc.)²⁵³. Plus les parties ont précisé la mécanique de la clause comme étant normalement reliée à une condition résolutoire plus il est possible que la clause soit une condition. À l'inverse, les indications mécaniques qui rapprochent la clause d'une clause résolutoire peuvent faire incliner dans le sens d'une clause résolutoire. Évidemment, il faut tenir compte du fait que les parties peuvent avoir voulu tout simplement aménager différemment le fonctionnement d'une condition résolutoire, sans pour autant en faire une clause résolutoire. D'un autre côté, la présence de plusieurs modifications conventionnelles proches de la responsabilité civile et de la clause résolutoire pourrait finir par contaminer suffisamment la condition, pour lui faire perdre son statut.

Par ailleurs, la clause conditionnelle accompagnée de la prestation implicite qui en découle et ce, sous la forme d'une obligation apparente, soulève certaines difficultés. La différence peut paraître ténue entre la clause qui attache la résolution à l'inexécution de cette obligation et la clause qui relie la résolution aux conséquences de cette inexécution. Il demeure que cette différence existe. Tout comme la faute et le préjudice qui en résulte sont distincts, l'inexécution et les conséquences de celle-ci sont deux choses différentes. Sont également distinctes, la clause qui

253. Voir ci-devant sur les distinctions de régime entre la condition résolutoire et la clause résolutoire.

relie la résolution à l'inexécution d'une obligation et la clause qui attache la résolution aux conséquences de cette inexécution. La clause à qualifier a-t-elle comme objectif principal de sanctionner²⁵⁴ l'inexécution de l'obligation apparente ou plutôt de subordonner l'extinction du contrat à l'arrivée ou la non-arrivée, selon le cas, de l'événement incertain qui lui donnait un sens. Dans ce dernier cas, peu importe la raison (y compris un comportement fautif) qui pourrait entraîner cette non-arrivée, c'est bien de condition qu'il s'agit. Si le vendeur aurait vendu de toute façon à l'acheteur ou à un autre, on entrevoit peut-être une clause résolutoire. Toutefois, si le vendeur a vendu à cet acheteur, en estimant qu'il y avait des chances que ce dernier puisse parvenir au résultat souhaité, mais que, par ailleurs, il a considéré qu'il n'était pas certain que le résultat voulu soit atteint, en raison d'une défaillance de l'acheteur, oui, mais en raison également d'autres facteurs que les parties ne maîtrisent pas complètement, alors il y a sans doute condition. Évidemment, s'il appert que le seul facteur réellement susceptible d'entraîner l'accomplissement de la condition est la faute de l'acheteur, l'aspect « incertitude » qui doit caractériser la condition risque fort d'être absent. En effet, à elle seule, la possibilité d'inexécution ne saurait être considérée comme un événement incertain. Or, si c'est là le seul facteur réellement envisagé par les parties, il n'y a peut-être pas de condition résolutoire, peu importe les mots utilisés. Cela dit, nous avons invoqué la possibilité de créer une condition *sui generis* en vertu de la liberté contractuelle. Une telle clause, bien que basée sur un événement certain, pourrait, selon les circonstances s'apparenter à une condition et non à une clause résolutoire. C'est donc le régime de la condition qu'il faudrait lui appliquer à titre supplétif.

Enfin, l'application ou non de l'article 1742 C.c.Q. aux conditions résolutoires ou à certaines d'entre elles mérite un débat qui ne semble pas avoir eu lieu jusqu'à présent. À cet égard, nous avons exprimé l'avis que l'article 1742 C.c.Q. ne s'applique pas aux conditions résolutoires ou, à tout le moins, qu'il ne s'applique pas à toutes les conditions résolutoires et qu'il faudrait apporter des nuances à ce sujet.

254. Voir PAULIN, précité, note 24, n° 112, p. 120-121 : si l'objectif est de sanctionner l'acheteur, la clause résolutoire remplit cette fonction quelle que soit la forme sous laquelle elle se présente.

Le secret professionnel de l'avocat interne : regards croisés Europe-Canada-Québec

Lyette DORÉ

Résumé

L'approche adoptée en Europe, suite à l'arrêt *Akzo* rendu par la Cour de justice de l'Union européenne, et celle qui prévaut au Canada et au Québec en ce qui a trait au secret professionnel sont aux antipodes. Dans cet article, les textes de lois et la jurisprudence concernant la définition du secret professionnel, ses fondements, sa portée et sa place dans les divers systèmes juridiques sont comparés. Il sert aussi à décrire et à mettre en relief les distinctions qui existent entre le régime européen et les notions en droit canadien et en droit québécois du secret professionnel, des privilèges et des règles de preuve qui s'y rattachent. Enfin, les retombées de l'arrêt *Akzo* sont analysées pour en tirer les enseignements idoines pour les professionnels du droit œuvrant des deux côtés de l'Atlantique.

Le secret professionnel de l'avocat interne : regards croisés Europe-Canada-Québec

Lyyette DORÉ*

Toile de fond	405
Regard européen...	406
Regard canadien...	411
Regard québécois...	417
Regards croisés...	422

* Avocate au Barreau du Québec. L'auteur tient à exprimer toute sa reconnaissance à madame Danielle Jodoin du Centre d'accès à l'information juridique (CAIJ – la Bibliothèque du Barreau à Montréal) pour ses judicieux conseils, son amabilité et sa générosité.

Toile de fond

Par le biais de son arrêt *Akzo Nobel Chemicals Ltd. et Akros Chemicals Ltd. c. Commission des Communautés européennes*¹ (*Akzo*), la Cour de justice de l'Union européenne s'est prononcée sur le statut légal à conférer au juriste œuvrant au sein d'une entreprise. Plus spécifiquement, la Cour de justice a tranché la question du degré de confidentialité à accorder aux documents en possession d'un avocat interne lors d'une perquisition.

Loin d'adopter une approche libérale et généreuse de son statut professionnel, le plus haut tribunal européen s'est plutôt attardé à sa condition de salarié pour décider que les communications du juriste d'entreprise n'ont pas droit au même degré de protection que celles des avocats et notaires exerçant en pratique privée. Rendue dans le contexte d'une vérification et d'une perquisition effectuées dans les locaux d'une entreprise dans le cadre d'une enquête sur de présumées pratiques anticoncurrentielles, la décision *Akzo* trace un contour restrictif de la notion de « secret professionnel » et des privilèges juridiques qui en découlent.

Le contraste avec la jurisprudence canadienne et québécoise en ce qui a trait à la portée du secret professionnel est à la fois énorme et saisissant et il appelle à la vigilance. Au Canada, les tribunaux, qu'ils soient judiciaires ou administratifs, se fondent tant sur le statut et les obligations déontologiques du professionnel du droit que sur le rôle capital que joue le secret professionnel dans le système de justice pour lui donner une portée extensive et l'assortir d'une protection quasi-absolue.

Au Canada et au Québec, les communications professionnelles d'un juriste – peu importe qu'il pratique dans le secteur public, privé ou associatif, peu importe qu'il soit employé par un gouvernement, une entreprise, un syndicat, une organisation non-gouvernementale (ONG), par un cabinet d'avocats ou de notaires, ou qu'il pratique à son propre compte – tombent toutes sous le coup

1. Affaire C-550/7 P, arrêt rendu le 14 septembre 2010 par la Grande Chambre de la Cour, disponible à l'adresse : <<http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2010-09/cp100090fr.pdf>>.

du secret professionnel et partant, ces communications jouissent du plus haut degré de protection.

La différence d'approche adoptée en Europe quant à la définition du secret professionnel, de même qu'à sa portée et à la protection qui doit lui être conférée, n'est pas sans avoir d'importantes répercussions pour les juristes des deux côtés de l'Atlantique.

Dans cet article, nous verrons d'abord à décrire et à mettre en relief les différences qui prévalent entre le régime européen, dans le sillage de l'arrêt *Akzo*, et les notions en droit canadien et en droit québécois du secret professionnel, des privilèges et des règles de preuve qui s'y rattachent. Par la suite, nous nous attarderons sur les retombées de l'arrêt *Akzo* pour, enfin, en tirer les enseignements idoines pour les professionnels du droit au Québec et ailleurs au pays.

Regard européen...

Les faits ayant donné naissance au litige opposant les sociétés *Akzo* et *Akcros* et la Commission sont relativement simples². En février 2003, la Commission ordonne à *Akzo Nobel Chemicals Ltd.* et à sa filiale *Akcros Chemicals Ltd.*³ de se soumettre à une recherche d'éléments qui pourraient démontrer qu'elles ont eu des pratiques anticoncurrentielles. Forts de ce mandat écrit, des fonctionnaires de la Commission, accompagnés d'homologues de l'autorité britannique de la concurrence (l'*Office of Fair Trading*), se présentent dans les locaux d'*Akzo* et d'*Akcros* à Manchester au Royaume-Uni et ils y effectuent des « descentes à l'aube » (qu'on appelle aussi parfois « descentes de la première heure »).

Au cours de ces perquisitions, les fonctionnaires prennent copie de divers documents, dont des livres comptables et autres documents professionnels, incluant deux messages de courrier électronique. Des représentants de la société, présents au moment où les perquisitions sont effectuées, s'objectent sur le champ à la saisie de ces courriels invoquant qu'ils sont suscep-

2. Arrêt *Akzo*, précité, points 3 et suivants.

3. *Akzo Nobel Chemicals Ltd. et Akcros Chemicals Ltd. c. Commission des Communautés européennes*, Décision C (2003) 559/4, 10 février 2003.

bles d'être couverts par la protection de la « confidentialité des communications entre avocats et clients »⁴.

À cette assertion les représentants de la Commission rétorquent qu'ils doivent consulter sommairement les deux courriels en question afin de se forger leur propre opinion. Les courriels en litige consignaient des échanges de vues intervenus entre le directeur général d'Akcros et le coordonnateur d'Akzo pour le droit de la concurrence. Ce coordonnateur est par ailleurs un avocat dûment inscrit au Barreau néerlandais et il fait partie de l'équipe des Services juridiques d'Akzo et par conséquent, il est employé de façon permanente par cette société.

Après avoir examiné les deux courriels, les représentants de la Commission concluent qu'ils ne sont pas protégés et ils procèdent donc à en faire une copie qu'ils versent dans le dossier des documents saisis – sans pour autant l'isoler dans une enveloppe scellée qui aurait porté mention de leur présumé caractère protégé.

Suite à la perquisition et à la saisie de ces deux courriels, Akzo adresse une lettre à la Commission, lettre dans laquelle l'entreprise renouvelle son objection et réitère ses arguments à l'effet que le document (i.e. la copie des courriels) doit être protégé au titre de la « confidentialité des communications entre avocat et client ». Par lettre, la Commission répond à Akzo en refusant de conférer cette protection aux courriels mais, bon joueur, elle accorde un délai à Akzo pour présenter des observations additionnelles sur la question.

Akzo se prévaut de cette offre, mais, après avoir analysé les observations transmises par Akzo, la Commission rejette la demande de confidentialité de l'entreprise⁵. Devant ce refus, Akzo décide de s'adresser au Tribunal (auparavant appelé Tribunal de première instance) pour faire renverser cette décision, mais elle essuie un autre refus⁶. Akzo fait alors appel auprès de la Grande

4. Le texte français de l'arrêt utilise cette expression alors que dans le texte anglais, il est question de « *documents covered by the protection of confidentiality of communications between lawyers and their clients* (« *legal professional privilege* ») ». Tout au long de la version française de l'arrêt, l'expression « confidentialité des communications entre avocats et clients » est utilisée sans faire référence à un « privilège » ou sans utiliser de raccourci linguistique.

5. *Akzo Nobel Chemicals Ltd. / Commission*, Décision C (2003) 1533, 3 mai 2003.

6. Affaire T-125/03 et Affaire T-253/03, 17 septembre 2007.

Chambre de la Cour européenne de justice (la CJUE) qui, en confirmant la décision antérieure du Tribunal, refuse d'étendre aux juristes d'entreprise le droit à la protection de la confidentialité des communications entre avocats et clients⁷.

Le pourvoi devant la Cour de justice portait exclusivement sur les deux courriels échangés entre le directeur général de l'entreprise et l'avocat interne qui occupait aussi la fonction de coordonnateur du secteur du droit de la concurrence au sein de l'entreprise. Quoiqu'elle ait été pressée par nombre d'intervenants de haut niveau d'élargir la portée de la protection accordée aux communications entre avocats et clients, la Grande Chambre a choisi de se cantonner dans le sillon qu'elle avait tracé près de trente ans plus tôt dans l'arrêt *AM & S*⁸.

Akzo était en effet soutenue dans son appel et ses efforts pour élargir la notion de confidentialité par les gouvernements du Royaume-Uni, de la Grande-Bretagne, de l'Irlande du Nord et du Royaume des Pays-Bas, de même que par le Conseil des Barreaux européens, par l'Association européenne des avocats d'entreprise, par le chapitre européen de l'American Corporate Counsel Association et par l'International Bar Association. Tous ces intervenants plaidaient pour que la Cour de justice prenne acte des importants changements dont l'Europe a été témoin depuis 1982, non seulement dans la pratique du droit mais aussi à cause de la mondialisation de l'économie et de l'accroissement des échanges commerciaux et industriels.

Les entreprises et les intervenants n'ayant pas réussi à prévaloir dans leurs arguments, l'arrêt *Akzo* est donc venu réaffirmer que la protection de la confidentialité des communications entre avocats et clients ne doit pas s'évaluer à l'aune du contenu des documents préparés par un avocat, ni à la lumière de ses devoirs déontologiques, ou du rôle que joue le secret professionnel dans le système de justice, mais plutôt simplement par le fait qu'il est l'employé salarié d'une entreprise.

Pour être en mesure de jouir de la protection de la confidentialité des communications entre avocats et clients, l'arrêt *Akzo* affirme de nouveau que les deux conditions qui avaient été énon-

7. Arrêt *Akzo*, précité, note 1, banc de 10 juges présidé par M. Vassilios Skouris.

8. Arrêt *AM & S Europe / Commission*, 155/79, Rec. p. 1575, 18 mai 1982.

cées dans *AM & S* doivent être satisfaites et ce, de façon cumulative⁹. Ces deux exigences sont à l'effet que, d'une part l'échange avec l'avocat doit être lié à l'exercice du droit de la défense et du client et que, d'autre part, il doit s'agir d'un échange émanant d'avocats indépendants, et qu'il faut comprendre par là une absence de rapport d'emploi entre l'avocat et le client. En pratique, un avocat indépendant ne peut être un employé salarié de son client¹⁰.

Le cœur du raisonnement de la Cour européenne est consigné aux points 45 à 49 de la décision *Akzo*. Ainsi, pour le plus haut tribunal européen, le critère d'indépendance est défini sous deux angles, à la fois de façon positive et de façon négative.

Pour l'aspect positif, il faut reconnaître que les juristes à l'emploi d'une entreprise peuvent être membres d'un ordre professionnel national et, du coup, être assujettis à un ensemble de règles. Dans ce contexte, le critère d'indépendance fait référence aux règles de discipline auxquelles sont astreints des juristes, qu'ils soient membres d'un Barreau ou d'une Chambre des notaires. Il est en effet fort possible qu'une entreprise ait à son emploi non seulement un/des avocat/s mais aussi un/des notaires car nombre de pays membres de l'Union européenne connaissent cette profession¹¹.

Quant à la définition négative, elle fait référence à l'absence d'un rapport d'emploi :

Un avocat interne, en dépit de son inscription au barreau et de la soumission aux règles professionnelles qui s'ensuit, ne jouit pas à l'égard de son employeur du même degré d'indépendance qu'un avocat exerçant ses activités dans un cabinet externe à l'égard de son client.¹²

car il ne fait pas de doute pour la Cour de justice qu'il est « plus difficile pour un avocat interne que pour un avocat externe de remé-

9. Arrêt *Akzo*, précité, note 1, point 40.

10. Arrêt *Akzo*, points 41, 43 et 44, et arrêt *AM & S*, précité, note 8, point 27.

11. C'est en effet le cas des trois-quarts des États en Europe, c'est-à-dire : Allemagne, Autriche, Belgique, Bulgarie, Espagne, Estonie, France, Grèce, Hongrie, Italie, Lettonie, Lituanie, Luxembourg, Malte, Pays-Bas, Pologne, Portugal, République tchèque, Roumanie, Slovaquie et Slovénie.

12. Arrêt *Akzo*, précité, note 1, point 45.

dier à d'éventuelles tensions entre les obligations professionnelles et les objectifs poursuivis par son client »¹³.

Le concept de l'avocat indépendant, qui détermine l'application du privilège, est quant à lui défini en ces termes dans l'arrêt *Akzo Nobel* :

cet avocat ne doit pas être lié à son client par un rapport d'emploi [...] Le critère ainsi consacré est celui d'une assistance légale fournie « en toute indépendance », par un avocat qui est, structurellement, hiérarchiquement et fonctionnellement, un tiers par rapport à l'entreprise qui bénéficie de cette assistance.¹⁴

Selon la Cour de justice, ces tensions remettent en question la capacité d'agir de façon détachée et ne peuvent être réconciliées dans la pratique du juriste interne du simple fait qu'il tire ses revenus du salaire que lui verse son employeur et que cette « situation de salariat de par sa nature même ne [lui] permet pas de s'écarter des stratégies commerciales de son employeur »¹⁵. Au surplus, ce que la Cour de justice appelle la « dépendance économique de l'avocat interne » ne peut se comparer à l'indépendance d'un avocat externe.

S'appuyant sur la ratio de l'arrêt *AM & S*, la Cour de justice fait remarquer que même si ce n'était pas le cas dans l'affaire *Akzo*, puisque le juriste interne était membre en bonne et due forme du Barreau des Pays-Bas, plusieurs États-membres de l'Union européenne n'autorisent pas les juristes d'entreprises à s'inscrire à un Barreau et partant, ils ne peuvent prétendre au statut d'avocat¹⁶.

Nous verrons plus loin sous la rubrique « regards croisés » qu'il y a un mouvement en France sous l'impulsion du Rapport Prada pour permettre justement aux juristes d'entreprise d'adhérer au Barreau.

Toutefois, qu'un juriste interne soit membre ou non d'un ordre professionnel, et donc contraint au respect de règles de conduite professionnelle et de déontologie, n'y change rien puisque, pour l'heure, selon l'arrêt *Akzo* :

13. *Ibid.*

14. Point 5.

15. Point 47.

16. Point 72.

Lorsque l'entreprise s'adresse à son avocat interne, elle traite non pas avec un tiers indépendant, mais avec une personne qui fait partie de ses employés nonobstant les éventuels devoirs résultant de l'inscription au barreau.

En somme, le simple fait qu'un document ait fait l'objet d'une discussion avec un avocat ne lui confère pas la protection du secret professionnel, même si le document traite d'affaires de droit communautaire.¹⁷

Comme on le constate, sous aucune considération le travail d'un juriste d'entreprise européen ne peut-il bénéficier de la confidentialité des communications entre avocats et clients. Le serment d'office, si ce juriste est membre d'un ordre professionnel comme le Barreau ou la Chambre des notaires, ne change rien à la situation ni, non plus, le contenu ou le sujet d'une communication écrite. Seul le lien d'emploi est le critère retenu pour écarter la protection du secret professionnel, la « protection des communications entre avocats et clients » en droit européen. En résumé, l'employeur ne peut être un client... et le client ne peut être l'employeur ! Une telle approche est en net contraste avec le régime qui prévaut en droit canadien et en droit québécois.

Regard canadien...

En droit canadien, le secret professionnel du juriste d'entreprise est protégé, tant par la jurisprudence que par les textes législatifs. Quand bien même le juriste – avocat ou notaire – serait à l'emploi d'une entreprise privée, d'une institution gouvernementale, d'une ONG ou d'un syndicat, ses communications professionnelles tombent sous le coup du secret professionnel et des privilèges qui s'y rattachent. On notera au passage qu'en anglais dans les provinces de Common Law on utilise généralement l'expression « solicitor-client privilege » qu'on traduit par « privilège avocat-client » alors qu'en droit civil québécois, on utilise l'expression « secret professionnel » qu'on traduit par « professionnel secrecy ». Au final, les concepts sont les mêmes, leur portée également et les privilèges qui en découlent sont aussi identiques.

17. Point 94.

Comme le juge Linden l'affirme, au nom de ses collègues les juges Robertson et Stone de la Cour d'appel fédérale, dans *Stevens c. Canada (Premier Ministre)*¹⁸ :

l'identité du client est sans importance quant à la portée et au contenu du privilège. Que le client soit un particulier, une société ou un organisme public, il n'y a aucune distinction dans le degré de protection qu'offre la règle.

Ces commentaires rejoignent d'ailleurs ceux des juges MacGuigan et Décary de la Cour d'appel fédérale exprimés quelques années plus tôt dans la décision *Bande indienne Samson* :

Les principes liés au privilège des communications entre avocat et client s'appliquent tant en matière civile qu'en matière criminelle et sans égard au fait que l'avocat exerce en cabinet privé, qu'il soit un avocat salarié, ou qu'il appartienne à la fonction publique.¹⁹

Quelques années plus tard, c'est la Cour suprême cette fois, sous la plume du juge Binnie s'exprimant au nom d'un banc unanime, qui a confirmé cette approche dans l'arrêt *Campbell* : « Les communications avocat-client entre les employés d'une société et l'avocat interne bénéficient du privilège »²⁰ car le fait qu'un avocat soit un employé salarié n'empêche pas « la création d'une relation avocat-client et des fonctions, obligations et privilèges qui y sont rattachés »²¹. Pour en arriver à cette conclusion, la Cour suprême s'est appuyée sur les commentaires du célèbre Lord Denning dans l'arrêt *Crompton (Alfred) Amusement Machines Ltd. c. Comrs. of Customs and Excise (No. 2)*²² :

Beaucoup d'avocats travaillent à plein temps à titre de conseillers juridiques pour un seul employeur. L'employeur est parfois une grande entreprise. Parfois, il s'agit d'un ministère ou d'une administration locale. Il peut même s'agir du gouvernement lui-même, comme le *Treasury Solicitor* et son personnel. Dans chaque cas, ces

18. [1998] 4 C.F. 89, par. 22.

19. *Nation et Bande des Indiens Samson c. Canada*, 1995 CanLII 3602 (CAF), [1995] 2 C.F. 762, motifs auxquels a aussi souscrit le juge Pratte. Voir aussi : *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821, 836 ; *Descôteaux et autre c. Mierzewski*, [1982] 1 R.C.S. 860 ; *Weiler c. Canada (Ministère de la Justice)*, [1991] 3 C.F. 617 (CFPI) ; *Shell Canada Ltd. (In re)*, [1975] C.F. 184 (CAF) ; *IBM Canada Limited-IBM Canada Limitée c. Xerox du Canada Limitée*, [1978] 1 C.F. 513 (CAF) ; *Canada (Ministre de l'Industrie et du Commerce) c. Central Cartage Company et autres*, (1987), 10 F.T.R. 225 (CFPI).

20. *R. c. Campbell*, [1999] 1 R.C.S. 565, par. 50.

21. *Ibid.*

22. [1972] 2 All E.R. 353 (C.A.), lord Denning, M.R., p. 376.

conseillers juridiques rendent des services juridiques uniquement à leur employeur. Ils ne reçoivent pas des honoraires selon le travail effectué, mais un salaire fixe annuel. Il ne fait aucun doute qu'ils sont des préposés ou des mandataires de leur employeur. C'est ce qui a fait penser au juge qu'ils se trouvaient dans une position différente de celle des conseillers juridiques qui exercent en pratique privée. Je ne pense pas que cela soit exact. La loi les considère en tous points de la même façon que ceux qui pratiquent à leur compte. La seule différence réside dans le fait qu'ils agissent pour un seul client, et non pas pour plusieurs. Ils doivent respecter les mêmes normes d'honneur et de bonne conduite. Ils sont soumis aux mêmes obligations envers leur client et envers la cour. Ils doivent respecter le secret professionnel de la même manière. Leurs clients et eux ont les mêmes privilèges. [...] J'ai toujours tenu pour acquis que les communications entre les conseillers juridiques et leur employeur (qui est leur client) font l'objet du secret professionnel, et cela n'a jamais été remis en question, à ma connaissance.

Le plus haut tribunal du pays a réitéré cette approche quelques années plus tard dans l'arrêt *Pritchard* en affirmant qu'un avis juridique fourni par un avocat interne entre dans la catégorie du privilège puisque « [l]e fait qu'il ait été fourni par une avocate interne ne change pas la nature de la communication ni celle du privilège » et que « [l]orsqu'un avocat salarié donne des conseils que l'on qualifierait de privilégiés, le fait qu'il est un avocat « interne » n'écarte pas l'application du privilège ni n'en modifie la nature »²³.

En Common Law, le secret professionnel de l'avocat revêt une importance fondamentale. Comme l'a réitéré le juge Cory dans l'arrêt *Jones*²⁴ « Le secret professionnel de l'avocat est considéré depuis longtemps comme étant d'une importance fondamentale pour notre système judiciaire. Cette règle a été reconnue il y a plus de cent ans, dans l'arrêt *Anderson* »²⁵ :

L'objet et la teneur de la règle sont les suivants : comme, en raison de la complexité et des difficultés inhérentes à notre droit, les procès ne peuvent être correctement menés que par des professionnels, il est absolument nécessaire qu'un homme fasse appel à des avocats professionnels pour faire valoir ses droits ou se défendre contre une demande injustifiée [...] qu'il puisse, pour employer une expres-

23. *Pritchard c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, 2004 CSC 31, par. 28.

24. *Smith c. Jones*, 1999 CanLII 674 (CSC), [1999] 1 R.C.S. 455, par. 45.

25. *Anderson c. Bank of British Columbia* (1876), 2 Ch. D. 644 (C.A.), p. 649 ; cité dans : *Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 61, [2002] 3 R.C.S. 209, par. 36.

sion populaire, tout avouer au professionnel qu'il consulte pour faire valoir sa demande ou pour se défendre [...], qu'il puisse placer toute sa confiance dans ce représentant professionnel et que les choses communiquées demeurent secrètes, sauf consentement de sa part (car il s'agit de son privilège et non de celui du mandataire qui reçoit l'information confidentielle), afin qu'il soit bien préparé à mener son procès.

Outre sa reconnaissance en jurisprudence comme principe fondamental dans notre système judiciaire, les provinces de Common Law ont adopté des lois pour régir la profession d'avocat et prévoir le secret professionnel²⁶. Certaines, comme la législation manitobaine à titre d'exemple, prescrivent spécifiquement que le secret professionnel s'applique même si l'avocat est employé par « une corporation » :

35(2) Les responsabilités professionnelles et déontologiques des membres, y compris leur obligation en matière de secret professionnel, envers les personnes auxquelles ils fournissent des services juridiques :

a) ne sont pas amoindries du fait que les services sont fournis au nom d'une corporation ;

b) s'appliquent également aux corporations au nom desquelles les services sont fournis ainsi qu'à leurs administrateurs, dirigeants et actionnaires.²⁷

Ainsi au Canada, le secret professionnel de l'avocat a pour but de faciliter une communication complète, franche et candide entre un avocat et son client pour la sollicitation, la formulation ou la transmission de conseils juridiques et la prestation d'autres actes de nature juridique. Dans notre régime, le secret professionnel de l'avocat s'applique donc : 1) aux communications entre un avocat et un client ; 2) lorsqu'elles comportent la sollicitation ou la

26. *Legal Profession Act*, S.B.C. 1998, c. 9 ; *Legal Profession Act*, C.C.S.M. c. L-107 ; *Legal Profession Act*, S.N.S. 2004, c. 28 ; *Legal Services Act*, R.S.N.W.T. 1990, c. L-8 ; *Law Society Act*, R.S.O. 1990, c. L.8 ; *Legal Profession Act*, R.S.Y. 2002, c. 134 ; *Law Society Act*, 1999, S.N.L. 1999, c. L-9.1 ; *Legal Profession Act*, R.S.A. 2000, c. L-8 ; *Legal Profession Act*, 1990, S.S. 1990-91, c. L-10.1 ; *Loi sur les notaires*, L.R.N.-B. 2011, c. 197 ; *Legal Profession Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. L-6.1.

27. Art. 35(2) de la *Loi sur la Profession d'avocat*, C.P.L.M. c. L-107. Les libellés tant français qu'anglais de cette disposition utilisent l'expression « corporation ».

prestation de conseils juridiques ; et 3) lorsque les parties entendent que la communication soit confidentielle²⁸.

Comme le soulignait la Cour suprême dans *Smith c. Jones*²⁹, le système de justice canadien se fonde sur le principe que chacun a le droit de retenir les services d'un avocat pour défendre et pour protéger ses intérêts, et même que

nul ne doit être privé du droit à une défense pleine et entière, si épouvantable que soit le crime reproché. Nul ne doit non plus être lésé parce qu'il a retenu les services d'un avocat et discuté en toute liberté de l'affaire avec lui.

Ainsi, si les communications ne faisaient pas l'objet du secret professionnel, de toute évidence « les personnes accusées hésiteraient à se confier à leurs conseillers juridiques, qui seraient à leur tour incapables de les représenter convenablement »³⁰. En outre, le secret professionnel (libellé « privilège » dans cette décision)

est essentiel si l'on veut que des avis juridiques judicieux soient donnés dans tous les domaines. Il revêt une grande importance dans presque chaque cas où un avis juridique est sollicité, qu'il s'agisse d'opérations commerciales, de relations familiales, de litiges civils ou d'accusations criminelles. Les secrets de famille, les secrets d'entreprise, les faiblesses et les étourderies doivent parfois être révélés par le client à l'avocat. Sans ce privilège, les clients ne pourraient parler avec franchise à leurs avocats ni leur communiquer l'ensemble des renseignements qu'ils doivent connaître pour conseiller judicieusement leurs clients. Il s'agit d'un élément qui constitue une partie extrêmement importante du fonctionnement du système judiciaire. C'est en raison de l'importance cruciale de ce privilège qu'il incombe à juste titre à ceux qui désirent l'écarter de justifier une mesure d'une telle gravité.³¹

Le secret professionnel n'est toutefois pas absolu. Il ne trouve pas application lorsque des communications n'ont pas trait à une consultation juridique ou à un avis juridique, c'est-à-dire lorsque l'avocat n'est pas consulté en sa qualité de professionnel

28. *R. c. Solosky*, [1980] 1 R.C.S. 821, p. 835, et *Pritchard*, précité, note 23, par. 15. Voir aussi la décision de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse dans : *Mitsui & Co. (Point Aconi) Ltd. v. Jones Power Co.*, 2000 NSCA 96, par. 15.

29. *Smith c. Jones*, précité, note 24, par. 6.

30. *Ibid.*

31. *Ibid.*, par. 46.

du droit. Aussi, le secret professionnel ne s'attache pas non plus à une communication qui n'est pas censée être confidentielle. Enfin, si un client consulte un avocat dans le but d'obtenir des conseils pour pouvoir perpétrer plus facilement un crime ou une fraude, la communication ne tombera pas sous le coup du secret, peu importe que l'avocat soit un participant actif ou qu'il ait été dupé par son client³².

La Cour suprême a précisé que le secret professionnel ne s'applique que dans les situations où l'avocat interne donne des avis juridiques et non lorsqu'il offre des conseils sur des questions purement commerciales :

Dans la pratique privée, certains avocats sont autant ou davantage appréciés pour leur sens inné des affaires que pour leur perspicacité juridique. Le secret professionnel de l'avocat ne s'applique pas aux conseils sur de pures questions d'affaires mêmes [sic] s'ils sont donnés par un avocat.³³

Il en va de même lorsqu'un avocat fait partie de l'équipe de direction d'une entreprise. Si une de ses communications contient ses conseils sur une question liée à la conduite des activités de l'entreprise mais n'ont pas un caractère juridique, elle ne sera pas réputée tomber sous le coup du secret professionnel³⁴.

Par contre, la jurisprudence nous enseigne que le secret professionnel s'attache aux communications intervenues entre un travailleur social et le conseiller juridique de la Société de l'aide à l'enfance lorsque les discussions portent sur les aspects juridiques du dossier d'un enfant pour lequel la Société a reçu un signalement et dont elle s'est saisie du dossier³⁵.

Signalons enfin que la Cour suprême de Nouvelle-Écosse a jugé qu'il est tout à fait approprié d'invoquer le secret professionnel de l'avocat pour soustraire à la divulgation des messages de courriels initiés ou reçus par des avocats internes³⁶.

32. *Solosky*, précité, note 28, p. 835.

33. *R. c. Campbell*, précité, note 20, par. 50.

34. *Toronto-Dominions Bank v. Leigh Instruments Ltd. (Trustee of)*, 1998 CanLII 14806 (ON SC).

35. *Children's Aid Society of Hamilton-Wentworth v. A.L.*, 2000 CanLII 22573 (ON SC).

36. *Saturley v. CIBC World Markets Inc.*, 2010 NSSC 361.

Regard québécois...

Si l'on évoque le « privilège avocat-client » en Common Law, en droit québécois, le secret professionnel touche autant l'avocat que le notaire. Aussi, le respect du secret professionnel revêt un caractère fondamental puisqu'il trouve ses assises dans des lois et des textes réglementaires sectoriels, tels la *Loi sur la justice administrative*, la *Loi sur le Barreau*, le *Code de déontologie des membres du Barreau du Québec*, la *Loi sur le notariat* et le *Code de déontologie des notaires*, et il est aussi consacré dans la *Charte québécoise des droits et libertés de la personne*.

La *Loi sur le Barreau*³⁷ énonce l'obligation pour l'avocat de respecter le secret professionnel et les strictes conditions en vertu desquelles il peut en être relevé :

131. 1. L'avocat doit conserver le secret absolu des confidences qu'il reçoit en raison de sa profession.

2. Cette obligation cède toutefois dans le cas où l'avocat en est relevé expressément ou implicitement par la personne qui lui a fait ces confidences ou lorsque la loi l'ordonne ou l'autorise par une disposition expresse.

2.1. L'avocat donne communication d'un testament ou d'un codicille au testateur ou à une personne autorisée par lui. Sur preuve du décès du testateur, il en donne communication, en tout ou en partie selon le cas, à une personne justifiant de son identité à titre de représentant, d'héritier ou de successible du testateur, à titre de liquidateur de la succession, à titre de bénéficiaire d'assurance-vie ou d'indemnité de décès ou à titre de titulaire de l'autorité parentale, même si l'enfant mineur est décédé.

3. L'avocat peut en outre communiquer un renseignement protégé par le secret professionnel, en vue de prévenir un acte de violence, dont un suicide, lorsqu'il a un motif raisonnable de croire qu'un danger imminent de mort ou de blessures graves menace une personne ou un groupe de personnes identifiable. Toutefois, l'avocat ne peut alors communiquer ce renseignement qu'à la ou aux personnes exposées à ce danger, à leur représentant ou aux personnes susceptibles de leur porter secours. L'avocat ne peut communiquer que les renseignements nécessaires aux fins poursuivies par la communication.

37. *Loi sur le Barreau*, L.R.Q., c. B-1.

Le *Code de déontologie des avocats*³⁸, adopté sous l'autorité de la *Loi sur le Barreau*, contient quant à lui des dispositions qui définissent les devoirs et les obligations d'un avocat, notamment son devoir d'agir avec intégrité et de protéger le secret professionnel. Selon l'article 2.01.01 du Code, « l'avocat doit servir la justice » et de plus, « il doit soutenir l'autorité des tribunaux. Il ne peut agir de façon à porter préjudice à l'administration de la justice ».

En ce qui a trait aux notaires, l'article 14 de la *Loi sur le notariat*³⁹ consigne leur devoir de respecter le secret professionnel en ces termes :

14.1. Le notaire doit conserver le secret absolu des confidences qu'il reçoit en raison de sa profession.

Cette obligation cède toutefois dans le cas où le notaire en est relevé expressément ou implicitement par la personne qui lui a fait ces confidences ou lorsque la loi l'ordonne ou l'autorise par une disposition expresse.

Le notaire peut en outre communiquer un renseignement protégé par le secret professionnel, en vue de prévenir un acte de violence, dont un suicide, lorsqu'il a un motif raisonnable de croire qu'un danger imminent de mort ou de blessures graves menace une personne ou un groupe de personnes identifiable. Toutefois, le notaire ne peut alors communiquer ce renseignement qu'à la ou aux personnes exposées à ce danger, à leur représentant ou aux personnes susceptibles de leur porter secours. Le notaire ne peut communiquer que les renseignements nécessaires aux fins poursuivies par la communication.

Ce devoir est complété par le *Code de déontologie des notaires*⁴⁰ qui consigne trois articles pertinents au devoir de confidentialité imposé aux notaires dans l'exercice de leurs fonctions :

3.5 Le notaire est tenu au secret professionnel.

3.6 Le notaire ne peut être relevé de son secret professionnel qu'avec l'autorisation écrite de la personne concernée ou si la loi l'ordonne.

3.7 Le notaire ne doit pas, à moins que la nature du cas l'exige, révéler qu'une personne a fait appel à ses services.

38. *Code de déontologie des avocats*, R.R.Q., c. B-1, r. 3.

39. *Loi sur le Notariat*, L.R.Q., c. N-3.

40. *Code de déontologie des notaires*, R.R.Q., c. N-3, r. 2.

Le *Code des professions* quant à lui contient une disposition générale appelant au respect du secret par tout professionnel qui y est assujéti, ce qui inclut bien sûr les avocats et les notaires en exercice. Seul le client peut relever le professionnel du secret. Si une loi l'ordonne ou encore, pour prévenir un acte de violence ou un suicide et dans de telles situations, le professionnel est relevé de son obligation de confidentialité. Toutefois, il ne peut communiquer des informations tombant sous le coup du secret qu'aux personnes exposées à ce danger, à leur représentant ou aux personnes susceptibles de leur porter secours et encore, cette communication doit se limiter aux seuls renseignements nécessaires pour intervenir ou porter secours⁴¹.

Le texte de référence en la matière est certes l'excellente réflexion de M^e Yves D. Dussault, intitulée *Divulguer des renseignements confidentiels en vue de protéger des personnes*, présentée et publiée dans le cadre de la XVI^e conférence des juristes de l'État⁴². En plus de cerner les tenants et aboutissants de la décision de la Cour suprême dans *Smith c. Jones*, M^e Dussault décrit avec moult détails les balises fixées par la *Loi (québécoise) modifiant diverses dispositions législatives eu égard à la divulgation de renseignements confidentiels en vue d'assurer la protection des personnes*⁴³ (dont la *Loi sur le Barreau* et la *Loi sur le notariat* comme nous l'avons vu plus haut) et fournit un éclairage fort utile à propos des notions concurrentes de droit au secours, droit au respect de la vie privée et droit au secret professionnel.

La *Loi sur la justice administrative*⁴⁴ commande que les juges administratifs du Tribunal administratif du Québec n'autorisent aucune question qui pourrait mettre en péril le secret professionnel ; ils sont tenus de refuser une preuve qui « n'est pas de nature à servir les intérêts de la justice ». D'une part, il ne fait aucun doute qu'un accroc au secret professionnel dessert les intérêts de la justice. D'autre part, le second alinéa de l'article 11 de la *Loi sur la justice administrative* prévoit que doit être rejeté d'office tout élément de preuve dont l'utilisation est « susceptible de déconsidérer l'administration de la justice ». En outre, il y a

41. *Code des professions*, L.R.Q., c. C-26, art. 60.4.

42. Le texte est disponible en ligne à l'adresse : <<http://www.conferencedesjuristes.gouv.qc.ca/textes-de-conferences/pdf/2004/Divulguerdesrenseignementsconfidentielsenvuedeprotegerdespersonnes.pdf>>.

43. L.Q. 2001, c. 78.

44. L.R.Q., c. J-3, art. 139.

présomption que contrevenir au secret professionnel déconsidère l'administration de la justice : « L'utilisation d'une preuve obtenue par la violation du droit au respect du secret professionnel est réputée déconsidérer l'administration de la justice ».

Enfin, même en l'absence de l'objection d'une partie à un procès ou à l'audition d'une cause en matière civile ou administrative à ce que soit posée une question qui fait accroc au secret professionnel, le juge entendant l'affaire doit la refuser d'office parce qu'elle constituerait une atteinte à un droit ou à une liberté fondamentale. La *Charte québécoise des droits et libertés de la personne*⁴⁵ contient une disposition spécifique portant sur le secret professionnel et la protection qui doit lui être accordée :

9. Chacun a droit au secret professionnel.

Divulgaration de renseignements confidentiels

Toute personne tenue par la loi au secret professionnel et tout prêtre ou autre ministre du culte ne peuvent, même en justice, divulguer les renseignements confidentiels qui leur ont été révélés en raison de leur état ou profession, à moins qu'ils n'y soient autorisés par celui qui leur a fait ces confidences ou par une disposition expresse de la loi.

Devoir du Tribunal

Le Tribunal doit, d'office, assurer le respect du secret professionnel.

Il convient de noter que pour les fins de l'article 9 de la *Charte québécoise*, son paragraphe 56.1 prévoit qu'outre les tribunaux judiciaires comme tels, l'expression « tribunal » englobe tout organisme ou toute personne qui exerce des fonctions quasi-judiciaires. Ce devoir est d'autant plus exigeant que la Cour suprême a statué que la *Charte québécoise* jouit d'un statut particulier de nature quasi-constitutionnelle⁴⁶.

45. L.R.Q., c. C-12.

46. *Québec (Commission des droits de la personne et de la jeunesse) c. Montréal (Ville)*; *Québec (Commission des droits de la personne et de la jeunesse) c. Boisbriand (Ville)*, [2000] 1 R.C.S. 665, par. 27 et par. 28 qui reprend les propos du juge Gonthier dans *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics inc.*, [1996] 2 R.C.S. 345, par. 116, et *Chaoulli c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 35, [2005] 1 R.C.S. 791.

D'autre part, la Cour suprême a aussi établi le caractère quasi-absolu du secret professionnel qui incombe à l'avocat et, par extension en droit civil québécois, au notaire⁴⁷. Le simple fait de consulter un professionnel du droit, qu'il soit avocat ou notaire, tombe sous le coup du secret professionnel et des privilèges juridiques qui s'y rattachent.

Le dernier texte dont il faut tenir compte en matière de secret professionnel au Québec est certes le serment d'office. En effet, en joignant les rangs de la profession, l'avocat prête le serment suivant :

Je, (nom) jure (ou affirme solennellement) que je remplirai les devoirs de la profession d'avocat avec honnêteté, fidélité et justice. Je maintiendrai dans mes actes et mes paroles une attitude et une conduite respectueuses envers les personnes chargées de l'administration de la justice. J'exécuterai fidèlement les mandats qui me seront confiés. Je respecterai le secret professionnel. Je me conformerai au *Code des professions*, à la *Loi sur le Barreau* et aux règlements du Barreau et j'aurai toujours le souci de ne pas compromettre l'honneur et la dignité de la profession dans laquelle je m'engage aujourd'hui.

(nos soulignés)

La jurisprudence québécoise a reconnu, tant en matière civile qu'administrative, le secret professionnel qui s'attache aux communications de l'avocat interne. À titre d'exemples :

- une intervenante, en sa qualité d'employée et de représentante de la Direction de la Protection de la Jeunesse (la DPJ), consulte une avocate dans le but d'obtenir un avis juridique sur un des dossiers de l'organisme ; elle bénéficie du secret professionnel. De la même façon, lorsqu'une intervenante consulte l'avocate du contentieux « interne » de la DPJ pour obtenir son avis juridique concernant un des dossiers dont elle est responsable, tant l'employée que l'avocate considèrent que cette consultation est de nature confidentielle⁴⁸ ;
- le conseiller juridique au service du contentieux d'une entreprise conserve son statut professionnel, et, en conséquence, ses

47. *Blank c. Canada (Ministre de la justice)*, 2006 CSC 39, [2006] 2 R.C.S. 319 et *Goodis c. Ontario (Ministre des Services correctionnels)*, 2006 CSC 31, [2006] 2 R.C.S. 32.

48. *Protection de la jeunesse – 11849*, 2011 QCCS 1825 (CanLII).

communications avec d'autres employés de l'entreprise sont sujettes au secret professionnel de l'avocat de la même façon qu'elles le seraient si elles étaient intervenues avec un conseiller juridique externe⁴⁹ ;

- ce n'est pas tout ce que dit ou écrit un dirigeant de société à l'avocat interne et tout ce que cet avocat accomplit qui sont nécessairement marqués du sceau de la confidentialité. Le secret professionnel s'applique lorsqu'un avocat salarié d'une société est consulté en vue de fournir un avis juridique à un employé de cette société, peu importe son rang dans l'entreprise, ou au conseil d'administration, dans le cours de ses activités usuelles. « Vu la nature du travail d'un avocat interne, dont les fonctions sont souvent à la fois juridiques et non juridiques, chaque situation doit être évaluée individuellement pour déterminer si les circonstances justifient l'application du privilège. » En conséquence, il faut analyser au cas par cas chaque situation en fonction du contexte et du but visé par les communications internes entre le conseiller juridique et un employé de la société ou un membre de son conseil d'administration⁵⁰ ; et enfin
- une société ayant intenté une poursuite en garantie demande la production d'un document émanant d'une firme d'ingénierie et qui avait été adressé à l'avocat interne de la Commission de la Capitale Nationale du Canada (la CCN, défenderesse dans cette cause) et la CCN s'y objecte au motif qu'il tombe sous le coup du secret professionnel, objection à laquelle le tribunal a fait droit⁵¹.

Regards croisés...

Comme on peut le constater, l'approche européenne en matière de secret professionnel du juriste interne, qu'il pratique au sein d'une entreprise privée ou d'un autre organisme, est fort différente de celle retenue au Canada, tant en Common Law qu'en droit civil. En droit européen, selon l'arrêt *Akzo* de la Cour de justice de l'Union européenne, les communications du juriste en entreprise ne tombent pas sous le coup du secret professionnel

49. *Bombardier inc. c. Union Carbide Canada inc.*, 2010 QCCS 6780 (CanLII), par. 8.

50. *Robinson c. Weinberg*, 2005 CanLII 35800 (QC CS), par. 31, s'appuyant sur l'arrêt *Pritchard*, précité, note 23, par. 21.

51. *Axor Construction Canada Inc. c. McCormick Rankin Corp.*, 2003 CanLII 48384 (QC CS).

car ce juriste n'aurait pas l'indépendance voulue vis-à-vis son employeur. En d'autres termes, l'employeur ne peut être le « client » d'un avocat salarié.

En droit canadien, le secret professionnel jouit d'une reconnaissance quasi-absolue parce qu'il est au cœur du système de justice et parce qu'il fait partie des obligations déontologiques de l'avocat ou du notaire. Comme le signalait la juge Arbour dans l'arrêt *Lavallee, Rackel & Heintz*, « le privilège du secret professionnel de l'avocat doit demeurer aussi absolu que possible si l'on veut qu'il demeure utile et qu'il inspire confiance »⁵². Le secret professionnel appartient au client et, à moins de circonstances exceptionnelles, seul le client peut relever le professionnel du droit de son obligation de garder secrètes leurs communications.

Dans la foulée de l'arrêt *Akzo*, nombre d'organisations ont fait connaître leurs préoccupations quant à ses ramifications. Ainsi, dans un communiqué de presse émis le jour de la décision, le président d'une des parties qui était intervenue dans le litige, l'Association européenne des juristes d'entreprises, Me Han Kooy, a exprimé sa grande déception que la Cour n'ait pas saisi l'occasion que lui offrait l'arrêt *Akzo* pour assouplir les critères décrits près de trente ans plus tôt dans l'arrêt *AM & S* et que les avocats œuvrant au sein d'entreprises ne soient pas traités de la même façon que ceux œuvrant dans des cabinets privés. Me Kooy était d'avis que les entreprises européennes seront mal servies par les conclusions auxquelles en est arrivé le plus haut tribunal d'Europe et qu'elles auront à assumer des coûts plus élevés et devront se prévaloir des services d'avocats dans des cabinets privés pour communiquer avec les membres de leurs équipes de direction sur des questions touchant le droit de la concurrence européenne⁵³.

Pour sa part, le gouvernement français a aussi réagi. Dans le mois qui a suivi le prononcé de l'arrêt *Akzo*, la ministre de la Justice et garde des Sceaux de l'époque, Michèle Alliot-Marie, et sa collègue la ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie, Christine Lagarde (devenue depuis directrice du Fonds

52. Cité dans : *Canada (Procureur général) c. Canada (Commissaire à l'information)*, 2007 CF 1024 (CanLII), [2008] 4 R.C.F. 302, par. 46.

53. Le communiqué a été versé sur le site internet de l'Association et il peut être consulté en ligne à l'adresse : <http://www.ecla.org/wp-content/uploads/ECLA_Press_Release.pdf>.

monétaire international suite aux déboires et à la démission de Dominique Strauss-Kahn) ont confié à Michel Prada, ancien directeur de l'Autorité des marchés financiers, le mandat de proposer des mesures pour améliorer la compétitivité des professions juridiques en France, notamment celle des juristes d'entreprise.

Le *Rapport Prada*⁵⁴, remis le 19 avril 2011 pour être ensuite soumis à une large consultation, propose la création d'un statut d'avocats en entreprise, leurs situations étant loin d'être homogènes au sein de l'Union Européenne. Sauf pour les pays de Common Law où les juristes d'entreprise bénéficient du privilège de confidentialité (« *legal privilege* »), la plupart des pays européens ne confèrent pas de statut particulier aux juristes d'entreprise, ni de protection ou de confidentialité aux documents qu'ils produisent ou aux consultations auxquelles ils participent.

Certains pays, comme l'Allemagne, la Grèce et le Danemark, consentent à ce que les avocats conservent leur titre professionnel et restent soumis à leur déontologie lorsqu'ils exercent en entreprise. D'autres pays ont plutôt opté pour la création d'un statut spécifique pour les juristes d'entreprise, comme la Belgique à titre d'exemple. Enfin, plusieurs pays, comme la France et l'Italie, ne reconnaissent aucun statut aux juristes exerçant en entreprise et partant, aucune confidentialité n'est attachée à leurs communications, tant verbales qu'écrites.

Sur cette toile de fond et en réaction aux conclusions de l'arrêt *Akzo*, le *Rapport Prada* propose, dans un premier temps, d'instaurer en France un statut d'avocat en entreprise dont les principales caractéristiques seraient que :

- l'avocat exerçant en entreprise pourrait conserver son titre et demeurer inscrit au Barreau ; il serait alors inscrit sur une liste spécifique et serait soumis aux principes déontologiques de la profession d'avocat ;
- l'avocat en entreprise bénéficierait d'un privilège de confidentialité (« *legal privilege* ») quoique le *Rapport* n'en définit pas les contours, laissant à la loi qui serait adoptée le soin d'en définir le contenu ;

54. En ligne : <<http://www.fnuja.com/docs/RapportPRADA.pdf>>.

- l'avocat en entreprise ne pourrait plaider devant les tribunaux et devrait exclusivement exercer au profit de son employeur ;
- enfin, un dispositif spécifique devrait être prévu en cas d'enquêtes administratives ou pénales pour permettre la levée du privilège de confidentialité.

Allant plus loin, le rapport de M. Prada suggère « une initiative visant à préciser par voie de directive la portée du « legal privilege » en Europe »⁵⁵.

L'instauration d'un statut d'avocat en entreprise serait une bouffée d'air frais et pour les entreprises françaises, et pour les entreprises multinationales. Les juristes exerçant en Europe qui ne peuvent se prévaloir d'un privilège de confidentialité ont beaucoup de difficulté à contrer la communication de documents s'ils ne tombent pas sous le coup du « legal privilege » ou s'ils l'ont perdu du fait que ces documents ont été envoyés dans une entreprise européenne, dans le cadre des procédures de « disclosure » ou de « discovery » existant dans les pays de Common Law.

Pour l'heure, l'arrêt *Akzo* est peut-être circonscrit à l'inopposabilité, en Europe, du secret professionnel pour des communications produites par un juriste d'entreprise lors d'une perquisition effectuée dans le cadre d'une enquête sur de présumées pratiques anticoncurrentielles. Néanmoins, le *Rapport Prada* sert une importante mise en garde :

On peut, cependant, penser que cette jurisprudence pourrait s'étendre à de nouveaux domaines, remettant en cause le « legal privilege » et compromettant son éventuelle instauration en droit français. La question se pose donc de l'opportunité, en concertation avec nos partenaires [...] d'une initiative visant à préciser par voie de directive la portée du « legal privilege » en Europe.⁵⁶

Dans ce contexte, les juristes québécois et canadiens feront donc bien de changer leurs pratiques afin de protéger le caractère confidentiel des communications qu'ils échangent avec leurs confrères œuvrant au sein d'entreprises européennes. Et comme on sait qu'il y a des projets de négociations d'ententes commerciales de libre-échange entre le Québec et l'Europe, et comme des entre-

55. Page 9.

56. *Ibid.*

prises des deux côtés de l'Atlantique s'engagent de façon soutenue dans des opérations commerciales et industrielles, il importe donc de prendre l'initiative et de mettre en place une série de mesures préventives comme :

- en premier lieu, une entreprise fera bien d'informer ses employés, les membres de son équipe de direction, de même que les membres de son Conseil d'administration (s'il y a lieu), de l'importance de bien identifier et de protéger les communications qui devraient tomber sous le coup du secret professionnel de l'avocat (ou du notaire, le cas échéant), dans la foulée de l'arrêt *Akzo* ;
- une entreprise devrait aussi sensibiliser les personnes à qui des avis juridiques sont adressés de l'importance d'en conserver le caractère confidentiel ;
- de concert avec ses juristes, autant internes qu'externes, une entreprise fera bien de développer un système pour identifier comme telles ses communications juridiques internationales comme, à titre d'exemples : des avis juridiques, des ententes de défense conjointe, des projets de règlements de différends, des rapports sur l'observance de règles en matière de concurrence, etc. ;
- les avis juridiques et autres documents connexes ne devraient être transmis qu'aux personnes qui, de par leurs fonctions et leurs responsabilités, ont clairement besoin de les connaître ; en d'autres termes, une entreprise devrait faire sienne l'approche du « *need to know* » plutôt que celle du « *nice to know* » lorsqu'il s'agit de disséminer de l'information de nature délicate comme des avis juridiques (petite traduction maison : « besoin de savoir » plutôt que « bon à savoir ») ;
- lorsqu'elle sollicite un avis juridique de la part d'un juriste œuvrant hors du cadre européen, comme au Québec ou ailleurs au Canada par exemple, une société devrait s'assurer que cet avis soit approuvé par un juriste œuvrant dans un cabinet privé en Europe ;
- lors d'échanges de courriels sur des questions de nature juridique, les correspondants feront bien de le mentionner dans la rubrique « sujet » et lorsque l'échange est terminé, les deux (ou toutes les) parties aux communications feront aussi bien de les imprimer sur papier pour ensuite les supprimer de leur boîte de

réception. Avec les progrès de la technologie, de tels messages électroniques pourront probablement toujours être retrouvés mais ils auront été clairement identifiés comme devant être protégés, tant dans leur forme électronique qu'écrite (voir points suivants) ;

- les avis juridiques échangés entre un juriste externe et le juriste interne à une entreprise devrait être clairement identifiés à cet effet, par exemple avec une inscription « CONFIDENTIEL : couvert par le secret professionnel des communications entre avocats / notaires et clients » ;
- cette mention devrait apparaître aussi bien lorsque les communications se font par écrit que lorsqu'elles se font par courrier électronique. Dans les deux cas, lorsqu'elles sont imprimées sur papier, le document ainsi produit devrait être placé dans une enveloppe identifiant son contenu comme tombant sous le coup du secret professionnel ;
- lors d'une perquisition (descente à la première heure), les documents doivent clairement être identifiés comme étant protégés et être placés dans une enveloppe scellée isolée des autres documents saisis.

Ces mesures peuvent aider dans l'immédiat mais on peut toujours rêver du jour où la Cour de justice de l'Union européenne fera sienne l'approche canadienne développée par la Cour suprême dans son arrêt *Lavallee* quant aux perquisitions menées dans des bureaux d'avocats – et par extension, de notaires – qu'ils soient des juristes internes ou qu'ils œuvrent à leur compte ou au sein de grands cabinets privés⁵⁷ :

1. Aucun mandat de perquisition ne peut être décerné relativement à des documents reconnus comme étant protégés par le secret professionnel de l'avocat.
2. Avant de perquisitionner dans un bureau d'avocats, les autorités chargées de l'enquête doivent convaincre le juge saisi de la demande de mandat qu'il n'existe aucune solution de rechange raisonnable.
3. Lorsqu'il permet la perquisition dans un bureau d'avocats, le juge saisi de la demande de mandat doit être rigoureusement

57. *Lavallee*, précité, note 25, par. 49.

exigeant, de manière à conférer la plus grande protection possible à la confidentialité des communications entre client et avocat.

4. Sauf lorsque le mandat autorise expressément l'analyse, la copie et la saisie immédiates d'un document précis, tous les documents en la possession d'un avocat doivent être scellés avant d'être examinés ou de lui être enlevés.
5. Il faut faire tous les efforts possibles pour communiquer avec l'avocat et le client au moment de l'exécution du mandat de perquisition. Lorsque l'avocat ou le client ne peut être joint, on devrait permettre à un représentant du Barreau de superviser la mise sous scellés et la saisie des documents.
6. L'enquêteur qui exécute le mandat doit rendre compte au juge de paix des efforts faits pour joindre tous les détenteurs potentiels du privilège, lesquels devraient ensuite avoir une occasion raisonnable de formuler une objection fondée sur le privilège et, si cette objection est contestée, de faire trancher la question par les tribunaux.
7. S'il est impossible d'aviser les détenteurs potentiels du privilège, l'avocat qui a la garde des documents saisis, ou un autre avocat nommé par le Barreau ou par la cour, doit examiner les documents pour déterminer si le privilège devrait être invoqué et doit avoir une occasion raisonnable de faire valoir ce privilège.
8. Le procureur général peut présenter des arguments sur la question du privilège, mais on ne devrait pas lui permettre d'examiner les documents à l'avance. L'autorité poursuivante peut examiner les documents uniquement lorsqu'un juge conclut qu'ils ne sont pas privilégiés.
9. Si les documents scellés sont jugés non privilégiés, ils peuvent être utilisés dans le cours normal de l'enquête.
10. Si les documents sont jugés privilégiés, ils doivent être retournés immédiatement au détenteur du privilège ou à une personne désignée par la cour.

Le secret professionnel de l'avocat constitue une règle de preuve, un droit civil important ainsi qu'un principe de justice fondamentale en droit canadien. Même si le public a intérêt à ce que des enquêtes criminelles ou sur de présumées pratiques anti-

concurrentielles soient menées efficacement, son intérêt est tout aussi grand à ce que soit préservée l'intégrité de la relation avocat-client. Il ne faut ménager aucun effort pour protéger le secret professionnel du juriste car :

Il en va de la nature même de la mission et du travail d'un avocat qu'il soit le dépositaire des secrets de son client et le destinataire de communications confidentielles. Sans une garantie de confidentialité, il ne peut exister une relation de confiance entre un avocat et son client [...] Le respect du secret professionnel constitue à la fois un droit pour le client et un devoir fondamental et primordial de l'avocat. L'avocat doit respecter le secret de toute information confidentielle reçue par lui de son client, à propos de son client, ou à propos de tiers dans le cadre des affaires de son client.⁵⁸

En s'attardant sur ce qu'elle a appelé la « dépendance économique de l'avocat interne », la Cour de justice de l'Union européenne s'écarte certes de l'approche canadienne et québécoise qui place le secret professionnel au premier plan des valeurs essentielles de notre système de justice et des obligations déontologiques du juriste, peu importe d'où il tire son chèque de paye... pourvu bien sûr qu'il pratique le droit. Le contraste ne peut être plus saisissant... et il appelle à la vigilance !

58. Lyette DORÉ et Chahé-Philippe ARSLANIAN, « Grandeur et misères des privilèges liés au secret professionnel de l'avocat : les arrêts *Goodis* et *Blank* en Cour suprême », (2006) 8 *R.C.L.F.* 353, 358.

Le huis clos

Chahé-Philippe ARSLANIAN

Résumé

Selon le contexte et les faits d'une cause, le juge entendant une affaire peut imposer une ordonnance de huis clos. De telles ordonnances visent à préserver la morale, l'ordre public, le bon fonctionnement de la justice, le droit à la vie privée, la protection d'informations commerciales de grande valeur, le secret professionnel de l'avocat et des informations de nature délicate liées à la sécurité nationale. Ce texte sert à cerner les pourtours de la notion de huis clos. En introduction, il explicite en quoi consiste le huis clos et en décrit les origines. La seconde partie permet de connaître les fondements et les critères d'émission des ordonnances de huis clos, à partir d'arrêts-clés rendus par la Cour suprême, tout en veillant bien sûr à en identifier les assises législatives et jurisprudentielles. Ce tour d'horizon est complété par une présentation d'illustrations pratiques où le huis clos est de mise – illustrations glanées dans des textes de lois de toutes les provinces et territoires du pays, de même que dans les lois fédérales.

Le huis clos

Chahé-Philippe ARSLANIAN*

1. DÉFINITION / ORIGINES	435
2. FONDEMENTS	437
3. CADRE D'ANALYSE	441
4. CRITÈRES D'ÉMISSION	447
A. L'ordre public et la morale	448
B. Le secret professionnel	449
C. Le droit à la vie privée / à la réputation	450
D. La sécurité nationale	450
E. Les intérêts commerciaux.	451
F. Le bon fonctionnement de la justice	451
5. ORDONNANCES ACCESSOIRES	451
A. Non-accessibilité	452
B. Non-divulgation	452
C. Non-publication	453
6. ILLUSTRATIONS JURISPRUDENTIELLES	453
A. Droit administratif	453

* Juge-coordonnateur, Section des Affaires sociales, Tribunal administratif du Québec (T.A.Q.).

B.	Droit pénal.	454
C.	Droit de la famille	454
D.	Protection de la jeunesse	454
E.	Sécurité publique	454
F.	Secret professionnel	455
7.	ILLUSTRATIONS LÉGISLATIVES	455
A.	Droit disciplinaire et droit du travail.	456
B.	Santé publique	460
C.	Sécurité nationale et sécurité publique	461
D.	Droit de la famille	463
E.	Droit municipal	464
F.	Accès à l'information et protection des renseignements personnels	465
G.	Intérêts économiques	467
H.	Secret professionnel	468
I.	Enquêtes menées par une Commission ou un Ombudsman	468
J.	<i>Loi sur la justice administrative</i>	470
	CONCLUSION	471

L'enfer, c'est les autres.

En faisant de cette phrase la dernière réplique de sa pièce *Huis clos*, Jean-Paul Sartre n'aura jamais si bien dit. Ses réflexions s'appliquent *mutatis mutandis* dans le processus judiciaire car les mesures de huis clos servent à soustraire certaines audiences ou des procédures du regard des autres, justement pour éviter un « enfer ».

Les ordonnances de huis clos visent à préserver la morale, l'ordre public, le bon fonctionnement de la justice, le droit à la vie privée, la protection d'informations commerciales de grande valeur, le secret professionnel de l'avocat et des informations de nature délicate liées à la sécurité nationale.

Voilà quelques exemples de situations qui appellent l'imposition du huis clos. Il ne s'y limite toutefois pas puisqu'il trouve aussi application en matière administrative, en matière de gouvernance et même... pour préserver temporairement le secret des décisions de la Cour suprême... jusqu'à leur publication¹ !

Au fil des pages qui suivent, nous verrons à cerner les contours de la notion de huis clos. Si l'introduction servira à expliciter en quoi consiste le huis clos et à en décrire les origines, la seconde partie permettra d'élaborer les fondements et les critères d'émission des ordonnances de huis clos, à partir d'arrêts-clés rendus par le plus haut tribunal du pays, tout en veillant bien sûr à en identifier les assises législatives et jurisprudentielles. Nous compléterons ce tour d'horizon par une présentation d'illustrations pratiques où le huis clos est de mise.

1. DÉFINITION / ORIGINES

L'étymologie de l'expression « huis clos » présente un certain intérêt puisque le mot « huis » serait issu du bas latin *ūstium* qui signifie « ouverture, porte », dont une des dérivations est « huis-sier », terme utilisé pour désigner celui qui garde la porte exté-

1. Le texte intégral en français des directives applicables au huis clos de ses décisions peut être obtenu auprès du greffe de la Cour suprême à Ottawa ou en ligne à l'adresse <http://www.scc-csc.gc.ca/media/decisions/lu-hc-fra.asp>.

rieure – d'où l'expression « ouvrir ou clore l'huis »². Dans nos systèmes modernes, les huissiers sont des officiers de justice chargés, entre autres, de signifier des procédures judiciaires, de procéder à des saisies³ mais un huissier est aussi un officier public dont la charge principale est d'ouvrir et fermer une porte, c'est-à-dire la personne qui se tient dans l'antichambre et qui introduit dans une pièce les seules personnes qui ont le droit d'y être admises⁴.

Dans son acception moderne, et selon le *Larousse*, l'expression « huis clos » doit s'entendre d'un contexte de droit et signifie la tenue de « débats judiciaires hors de la présence du public. (Le huis clos peut être ordonné par le juge lorsque les débats présentent un danger pour l'ordre public ou les bonnes mœurs) »⁵. En somme, « huis clos » sert principalement à décrire les situations où le public est exclu de la salle d'audience où se déroule une procédure judiciaire.

Comme nous le verrons plus bas, il ne s'agit toutefois pas toujours d'un procès comme tel car le huis clos peut, et même doit, être ordonné lorsqu'un juge est appelé à trancher sur des demandes d'autorisation d'écoute électronique par exemple, ou encore pour permettre l'utilisation d'autres techniques de surveillance intrusives telles la filature ou la pose de balises électroniques sur une voiture⁶. Le huis clos est par ailleurs de mise lors de la tenue

2. Voir « Les expressions françaises décortiquées » dans le dictionnaire *Expressio* disponible en ligne à l'adresse : <<http://www.expressio.fr/expressions/a-huis-clos.php>>.
3. En ce qui a trait à l'exercice de la profession de huissier au Québec, voir : *Code de procédure civile*, L.R.Q., c. C-25 ; *Loi sur les huissiers de justice*, L.R.Q., c. H-4.1 ; *Règlement sur les conditions et modalités de délivrance des permis de la Chambre des huissiers de justice du Québec*, c. C-26, r. 98.1.3 ; *Règlement sur les stages et les cours de perfectionnement de la Chambre des huissiers de justice du Québec*, c. C-26, r. 98.2.1 ; *Tarif d'honoraires et des frais de transport des huissiers*, c. H-4.1, art. 13.
4. Définition de « huissier » dans le dictionnaire de français *Litttré*, disponible en ligne à l'adresse : <<http://littre.reverso.net/>>.
5. <<http://www.larousse.com/en/dictionaries/french/huis%20clos>>.
6. Partie VI du *Code criminel*, (« Atteintes à la vie privée »), L.R.C. (1985), ch. C-46. D'autres textes de lois autorisent également l'écoute électronique dans des circonstances ou cas particuliers. Ainsi, depuis son entrée en vigueur en 1984, la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité (SCRS)*, L.R.C. (1985), ch. C-23 l'autorise à intercepter légalement des communications privées, à condition d'avoir obtenu au préalable un mandat judiciaire. Pour ce faire, le SCRS doit être en mesure de démontrer des motifs raisonnables de croire que des activités constituent une menace envers la sécurité du Canada, telles que définies à l'art. 12 de la *Loi*. Aussi, en vertu de l'art. 273.65 de la *Loi sur la défense nationale*, L.R.C. (1985), c. N-5, le Centre de la sécurité des Télécommunications peut également procéder à l'interception de communications privées dans le but d'obtenir des renseignements étrangers, s'il en a préalablement été autorisé par le ministre de la Défense nationale.

d'interrogatoires au préalable⁷ ou, enfin, lors de conférences préparatoires⁸ ou de conciliation en vue d'en arriver à des règlements à l'amiable⁹. Le huis clos intervient aussi hors du processus judiciaire, comme il en sera question plus loin dans ce document.

Dans le cadre de ce texte, nous nous concentrerons sur la notion de « huis clos » dans le domaine juridique, avec quelques incursions dans le domaine administratif, pour terminer avec une série d'illustrations législatives et jurisprudentielles de huis clos. Mais avant d'entrer dans le vif du sujet, il est intéressant et utile de noter que si l'expression huis clos est la seule utilisée en français pour désigner une activité qui se déroule hors de la présence du public, il en va tout autrement en anglais. Chez nos voisins canadiens, plusieurs expressions sont utilisées, tant dans les textes de loi que dans les motifs à l'appui de jugements, dont : « in camera », « behind closed doors », « in private », « from which the public is excluded », « closed to the public » et même « lockup »¹⁰.

C'est bien la première fois où il n'y a qu'une seule expression en français pour couvrir une activité qui en génère une panoplie dans la langue de Shakespeare ! C'est donc dire que dans les provinces où seul l'anglais a valeur juridique (i.e. en Alberta, en Colombie-Britannique, en Nouvelle-Écosse, à Terre-Neuve, à l'Île-du-Prince-Édouard), une recherche de la législation en vigueur ou de la jurisprudence portant sur le « huis clos » commandera plus d'énergie et d'imagination !

2. FONDEMENTS

L'imposition du huis clos est une mesure d'exception puisqu'elle fait entorse au droit fondamental de liberté d'expression qui, selon les enseignements de notre Cour suprême, englobe « la

7. *Lac d'Amiante du Québec Ltée c. 2858-0702 Québec Inc.*, 2001 CSC 51 (CanLII), [2001] 2 R.C.S. 743.

8. Art. 151.16 du *Code de procédure civile*.

9. Art. 508.1 du *Code de procédure civile*, conférences tenues en présence du juge saisi d'une affaire.

10. Voir par exemple l'avis émis par le Ministère fédéral des Finances en vue de la présentation du budget pour l'année financière 2010-2011 : www.fin.gc.ca/notices-avis10/2010-02-19-eng.asp ; celui du Ministère des Finances de l'Ontario : <http://www.fin.gov.on.ca/en/media/lockup/> ; ou encore, celui émis par le Ministère des Finances du Québec : <http://communiqués.gouv.qc.ca/gouvqc/communiqués/GPQE/Mars2010/24/c4700.html?slang=fr>

publicité des débats judiciaires »¹¹. En d'autres termes, la règle, le principe de base est que le processus judiciaire est et doit être ouvert au public alors que l'exception permet, dans des circonstances bien circonscrites, d'exclure le public d'une salle d'audience.

En droit québécois, le pouvoir de restreindre la présence du public en salle d'audience trouve ses racines tant dans la *Charte québécoise des droits et libertés de la personne*¹² que dans le *Code de procédure civile*¹³, et dans une myriade de lois sectorielles. Ainsi, l'article 23 de la *Charte québécoise*, qui figure sous la rubrique *Droits judiciaires*, prévoit en son 1^{er} alinéa que

Toute personne a droit, en pleine égalité, à une audition publique et impartiale de sa cause par un tribunal indépendant et qui ne soit pas préjugé, qu'il s'agisse de la détermination de ses droits et obligations ou du bien-fondé de toute accusation portée contre elle

alors que son second alinéa précise que

Le tribunal peut toutefois ordonner le huis clos dans l'intérêt de la morale ou de l'ordre public.

L'article 13 du *Code de procédure civile* précise quant à lui que

13. Les audiences des tribunaux sont publiques, où qu'elles soient tenues, mais le tribunal peut ordonner le huis clos dans l'intérêt de la morale ou de l'ordre public.

Cependant, en matière familiale, les audiences de première instance se tiennent à huis clos, à moins que, sur demande, le tribunal n'ordonne dans l'intérêt de la justice, une audience publique.

11. *Sierra Club du Canada c. Canada (Ministre des Finances)*, 2002 CSC 41 (CanLII), [2002] 2 R.C.S. 522, par. 48 ; *Personne désignée c. Vancouver Sun*, 2007 CSC 43 (CanLII), [2007] 3 R.C.S. 253, par. 2 ; *Société Radio-Canada c. La Reine*, 2011 CSC 3 (CanLII), [2011] 1 R.C.S. 65, par. 1 et arrêt connexe : *Société Radio-Canada c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 2 (CanLII), [2011] 1 R.C.S. 19, par. 1, 2 et 27 ; *Toronto Star Newspapers Ltd. c. Canada*, 2010 CSC 21 (CanLII), [2010] 1 R.C.S. 721, par. 65, juge Abella dissidente mais pas sur ce point ; *Toronto Star Newspapers Ltd. c. Ontario*, 2005 CSC 41 (CanLII), [2005] 2 R.C.S. 188, par. 7 ; *Lac d'Amiante du Québec Ltée c. 2858-0702 Québec Inc.*, 2001 CSC 51 (CanLII), [2001] 2 R.C.S. 743, par. 72 ; *Edmonton journal c. Alberta (Procureur général)*, 1989 CanLII 20 (CSC), [1989] 2 R.C.S. 1326 ; *Ontario (Sûreté et Sécurité publique) c. Criminal Lawyers' Association*, 2010 CSC 23 (CanLII), [2010] 1 R.C.S. 815, par. 40 ; *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, 2002 CSC 75 (CanLII), [2002] 4 R.C.S. 3, par. 53.

12. L.R.Q., c. C-12.

13. L.R.Q., c. C-25.

Tout journaliste qui prouve sa qualité est admis, sans autre formalité, aux audiences à huis clos, à moins que le tribunal ne juge que sa présence cause un préjudice à une personne dont les intérêts peuvent être touchés par l'instance. Le présent alinéa s'applique malgré l'article 23 de la *Charte des droits et libertés de la personne*.

Les règles de pratique peuvent déterminer les conditions et les modalités relatives à l'application du huis clos à l'égard des avocats et des stagiaires au sens de la *Loi sur le Barreau*.¹⁴

Nous aurons l'occasion de préciser la portée de cette disposition dans une prochaine rubrique.

Quoique la *Charte canadienne des droits et libertés*¹⁵ soit muette sur la question, les mêmes principes opèrent néanmoins en droit canadien, car le pouvoir d'ordonner le huis clos, s'il n'est pas prévu spécifiquement dans un texte de loi, découle des traditions de la Common Law¹⁶.

Le huis clos fait échec à la tradition de la publicité des débats judiciaires qui est profondément enracinée dans notre terreau juridique. Déjà en 1830, Jeremy Bentham postulait dans son *Traité des preuves judiciaires* que :

La publicité est la plus efficace de toutes les sauvegardes du témoignage, et des décisions qui en dépendent ; elle est l'âme de la justice ; elle doit s'étendre à toutes les parties de la procédure et à toutes les causes, à l'exception d'un petit nombre [...]

Notre Cour suprême a eu l'occasion de commenter sur l'importance à accorder au précepte de transparence du processus judiciaire, et sur la nécessité de tenir des procès publics. Ces arrêts ont été rendus à l'occasion d'importants litiges découlant de l'interprétation à donner à diverses dispositions de la *Charte canadienne*, et plus particulièrement de son article 2b) où est enchâssée la liberté d'expression qui comprend aussi la liberté de la presse et des autres moyens de communication.

14. L.R.Q., c. B-1.

15. *Loi constitutionnelle de 1982* (R.-U.), constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11.

16. Voir : *Vancouver Sun (Re)*, 2004 CSC 43 (CanLII), [2004] 2 R.C.S. 332, par. 31 ; et *Dagenais c. Société Radio-Canada*, 1994 CanLII 39 (CSC), [1994] 3 R.C.S. 835, p. 916.

Dans l'arrêt *Vancouver Sun*, les juges Arbour et Iacobucci se sont appuyés sur l'affirmation de Bentham pour dire que la transparence est un principe sous-jacent de tout processus judiciaire. Ce principe vaut autant en droit criminel ou pénal qu'en droit civil¹⁷. Et j'ajouterais qu'il vaut pour toutes les branches du droit, particulièrement en droit administratif où les litiges à trancher concernent l'État.

Pourquoi ? Eh bien, pour que le public puisse développer une meilleure compréhension de notre système de justice et partant, la transparence vise à accroître la confiance du public et à assurer l'intégrité du système de justice. La transparence se trouve aussi au cœur des valeurs fondamentales de toute société démocratique qui commande la mise en œuvre d'un système de justice indépendant, impartial et transparent.

Le juge LaForest a d'ailleurs affirmé, dans l'arrêt *Société Radio-Canada*, qu'une des caractéristiques d'une société démocratique réside justement dans la publicité des procédures judiciaires. Aux dires du juge LaForest, elle constitue le « souffle même » et « la garantie des garanties »¹⁸ contre l'arbitraire d'une justice qui serait rendue en secret. Le secret ne ferait que mener à l'érosion de la confiance du public « dans la probité du système judiciaire et la compréhension de l'administration de la justice »¹⁹.

La publicité des débats participe par ailleurs de façon essentielle à la tenue de procès équitables et elle permet un examen critique, par le public, de la conduite des procédures et de ses participants²⁰.

Les principes de transparence et de publicité des débats judiciaires servent aussi à renforcer, à animer le débat public et ce faisant, ils permettent au public d'exercer son droit à la libre expression en ce qu'il peut discuter de l'objet des litiges que nos tribunaux sont chargés de trancher, qu'ils agissent dans une fonction judiciaire, quasi-judiciaire ou administrative. Ces principes permettent aussi au public de mieux comprendre le fonctionne-

17. *Vancouver Sun (Re)*, précité note 16, par. 24.

18. *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, 1996 CanLII 184 (CSC), [1996] 3 R.C.S. 480, par. 22.

19. *Ibid.*, s'appuyant sur *Procureur général de la Nouvelle-Écosse c. MacIntyre*, 1982 CanLII 14 (CSC), [1982] 1 R.C.S. 175.

20. *Société Radio-Canada*, précité, note 18, par. 20.

ment du système de justice et ses rouages. La transparence vient donc renforcer la confiance du public dans la bonne administration de la justice.

Le principe de base requiert donc la transparence, principe que la Cour suprême décrit comme « une présomption » à l'effet que les procédures judiciaires doivent être publiques et non censurées²¹. Selon ses enseignements dans l'arrêt *Mentuck*, le huis clos et la non-publicité viennent miner cette présomption. Mais comme il s'agit d'une présomption, elle peut être renversée et, dans certaines circonstances, elle doit l'être²². C'est le cas, encore selon les enseignements de notre Cour suprême, cette fois dans l'arrêt *McIntyre*, lorsqu'il est nécessaire de restreindre l'accès du public afin de protéger des valeurs sociales jugées être d'une importance primordiale²³.

3. CADRE D'ANALYSE

Les arrêts-clés de la Cour suprême qui permettent d'étayer le cadre d'analyse et les critères à satisfaire pour asseoir une ordonnance de huis clos sont, sans contredit, les décisions rendues dans les affaires *Dagenais* et *Mentuck*. D'ailleurs, le processus à appliquer pour justifier une ordonnance de huis clos est généralement appelé le « test Dagenais/Mentuck »²⁴. Avant de s'y attarder plus en détail, il peut être utile de brosser une brève toile de fond.

À l'origine, le huis clos, c'est-à-dire le pouvoir d'interdire au public d'assister à un procès, était limité au droit pénal et criminel. De nos jours, il est toutefois loisible à tout tribunal d'ordonner le huis clos en matière civile, en matière administrative et en matière disciplinaire.

21. *Toronto Star Newspapers Ltd. c. Ontario*, 2005 CSC 41 (CanLII), [2005] 2 R.C.S. 188, par. 4, 21, 25 ; *Vancouver Sun (Re)*, précité, note 16, par. 23-27 ; voir aussi *Dagenais c. Société Radio-Canada*, 1994 CanLII 39 (CSC), [1994] 3 R.C.S. 835.

22. *Dagenais c. Société Radio-Canada*, 1994 CanLII 39 (CSC), [1994] 3 R.C.S. 835, par. 39.

23. *Procureur général de la Nouvelle-Écosse c. MacIntyre*, 1982 CanLII 14 (CSC), [1982] 1 R.C.S. 175, par. 27.

24. Voir : *Toronto Star*, précité, note 21, par. 5 ; *Vancouver Sun (Re)*, précité, note 16, par. 28 ; *Société Radio-Canada c. La Reine*, 2011 CSC 3 (CanLII), [2011] 1 R.C.S. 65, par. 13 ; *Globe and Mail c. Canada (Procureur général)*, 2010 CSC 41 (CanLII), [2010] 2 R.C.S. 592, par. 86 et s. ; *Personne désignée c. Vancouver Sun*, 2007 CSC 43 (CanLII), [2007] 3 R.C.S. 253, par. 11 et 34 et s. ; *Société Radio-Canada c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 2 (CanLII), [2011] 1 R.C.S. 19, par. 56 ; *Toronto Star Newspapers Ltd. c. Canada*, 2010 CSC 21 (CanLII), [2010] 1 R.C.S. 721, par. 18.

Aussi, avant l'adoption de lois prévoyant expressément l'imposition d'un huis clos dans certaines circonstances circonscrites, la Common Law l'autorisait dans le but de préserver la sérénité des débats judiciaires, ou en vue de protéger la bonne administration de la justice, pourrait-on dire.

Aujourd'hui, ce pouvoir découlant du droit commun persiste en l'absence d'une disposition législative spécifique. Le pouvoir conféré à un magistrat qui entend une affaire d'imposer le huis clos découle donc de la Common Law, ou il est d'origine légale. Mais qu'il découle du droit commun ou qu'il soit expressément prévu par une loi, ce pouvoir est de nature discrétionnaire et non arbitraire – à moins qu'une disposition ne contienne une obligation stricte de tenir une audience à huis clos. On fera donc bien de garder à l'esprit que même si une disposition législative exige le huis clos, sa validité peut toujours être remise en cause – comme cela s'est vu dans l'affaire *Ruby* et sur laquelle nous reviendrons.

C'est au juge qui entend une affaire qu'appartient le pouvoir d'ordonner le huis clos. Il peut le faire *proprio motu*, (de sa propre initiative pour ceux qui ont perdu leur latin...) ou il peut intervenir à la demande d'une partie. Dans ce cas, c'est à la partie qui le réclame qu'incombe le fardeau de prouver que le huis clos est requis dans les circonstances (selon les arrêts *Dagenais* et *Société Radio-Canada*).

La Cour suprême a d'abord analysé cette question en 1994 dans l'affaire *Dagenais*, sous la plume du juge en chef Lamer. Cette affaire avait abouti devant les tribunaux parce que quatre membres d'un ordre catholique étaient accusés d'avoir abusé physiquement et sexuellement de jeunes garçons placés dans ce qu'on appelait jadis des orphelinats. Les religieux demandaient aux tribunaux d'une part d'interdire à la SRC de diffuser partout au Canada *Les garçons de Saint-Vincent*, une minisérie – une œuvre de fiction dont l'action se déroulait à Terre-Neuve précisons-le, pas un documentaire – portant sur des abus sexuels et physiques commis sur des enfants dans un orphelinat catholique et ce, jusqu'à l'issue de leurs procès devant se tenir en Ontario et, d'autre part, d'interdire la publication de la demande et l'existence même de la procédure ayant entraîné l'interdiction de publication.

Le juge Lamer avait alors élaboré deux critères, à savoir : prouver (i) qu'une telle ordonnance était nécessaire (soulignement du juge) et (ii) que ses effets bénéfiques seraient plus importants que ses effets préjudiciables²⁵. Il s'agissait en somme de procéder à une mise en balance des inconvénients, un test que l'on retrouve par exemple lors d'une demande pour que soit délivrée une ordonnance de huis clos, ou de non-publication ou de non-diffusion d'informations. Au final, la partie demandant l'ordonnance devait d'abord prouver qu'il existait un danger de nuire au procès, que ce danger n'était pas incertain ou hypothétique, qu'il était réel et important. Dans une seconde étape, il fallait soupeser les effets escomptés, si l'ordonnance devait être rendue, par rapport aux risques qui seraient encourus si elle ne l'était pas.

Deux ans plus tard, le juge LaForest a repris le test de *Dagenais* dans un autre arrêt impliquant la Société Radio-Canada ; la décision est généralement connue sous le nom de *Nouveau-Brunswick* puisqu'elle impliquait le procureur de cette province. Le juge LaForest (originaire du Nouveau-Brunswick faut-il le savoir...) avait en quelque sorte raffiné le test de l'arrêt *Dagenais* en y ajoutant un critère de « proportionnalité », c'est-à-dire que l'ordonnance pouvait être émise s'il s'agissait d'une mesure qui porterait le moins atteinte possible à la liberté d'expression, c'est-à-dire dans ce cas au droit des médias d'assister à un procès.

Rappelons les faits dans l'affaire *SRC-Nouveau-Brunswick* : un accusé avait plaidé coupable à des chefs d'agression sexuelle et de contacts sexuels mettant en cause de jeunes filles. À la demande de la Couronne, demande à laquelle avait consenti l'avocat de la défense, le juge au procès avait ordonné, en vertu du paragraphe 486(1) du *Code criminel*, que les médias et le public soient exclus de la partie des procédures ayant trait à la détermination de la peine et qui comporterait une description des actes commis par l'accusé. L'ordonnance avait été demandée en raison de la nature de la preuve, que la cour n'avait pas encore entendue et qui était censée établir que les infractions commises étaient de nature « très délicate » et qu'il y allait de l'intérêt de la « bonne administration de la justice » d'éviter un « préjudice indu considérable aux personnes concernées, tant les victimes que l'accusé »²⁶.

25. *Dagenais*, précité, note 16, p. 878.

26. *Société Radio-Canada*, précité, note 11, par. 81-82 et 86-89.

En 2001, soit cinq ans après l'arrêt *Nouveau-Brunswick*, la Cour suprême a eu l'occasion de se pencher à nouveau sur le test à appliquer dans son fameux arrêt *Mentuck*²⁷, une autre affaire de droit criminel où le juge avait émis une ordonnance pour exclure le public et les médias de la salle d'audience pendant l'introduction en preuve d'informations liées à certaines méthodes d'enquête utilisées par la police. L'arrêt rendu dans *Mentuck* a permis de moduler la méthode d'analyse à être utilisée par les tribunaux lorsqu'ils ont à émettre des ordonnances de huis clos. Ces arrêts ont servi à développer le test que l'on désigne maintenant sous le vocable « test de *Dagenais/Mentuck* »²⁸.

Le test comporte essentiellement deux volets. Le premier volet vise à déterminer si l'ordonnance est nécessaire pour écarter un risque sérieux pour la bonne administration de la justice, vu l'absence d'autres mesures raisonnables pouvant écarter ce risque. Le second volet appelle une mise en balance des effets bénéfiques de l'ordonnance par rapport à ses effets préjudiciables sur les droits et les intérêts, tant des parties que du public, notamment sur le droit à la libre expression et sur l'efficacité de l'administration de la justice²⁹.

Au final, on voit donc que les critères à satisfaire pour une ordonnance de huis clos tiennent à la fois du danger réel et grave que la publicité des débats judiciaires pourrait entraîner pour l'administration de la justice, du bénéfice ou de l'avantage que l'ordonnance pourrait apporter, de même que de l'absence d'autres mesures pouvant minimiser ou éliminer ce risque.

Ce test s'inspire des enseignements que la Cour suprême nous avait donnés dans l'arrêt *Oakes*³⁰ qui visait, quant à lui, à identifier les critères à satisfaire dans le cadre de l'article 1 de la *Charte canadienne des droits et libertés* qui permet de justifier une entorse, une contravention à l'un des droits ou à l'une des libertés enchâssés dans la *Charte canadienne* si elle peut se justifier dans le cadre d'une société libre et démocratique. D'aucuns décrivent cette disposition comme le cœur de la *Charte*, celle qui permet

27. *R. c. Mentuck*, 2001 CSC 76 (CanLII), [2001] 3 R.C.S. 442.

28. *Dagenais c. Société Radio-Canada*, précité, note 16, p. 878 et *R. c. Mentuck*, précité, note 27, par. 23 (test « *Dagenais-Mentuck* »).

29. *Globe and Mail c. Canada (Procureur général)*, 2010 CSC 41 (CanLII), [2010] 2 R.C.S. 592, par. 90.

30. *R. c. Oakes*, 1986 CanLII 46 (CSC), [1986] 1 R.C.S. 103.

d'atteindre un équilibre entre les droits individuels et les droits collectifs.

Pour justifier une contravention, trois critères doivent être satisfaits, critères que l'on peut résumer brièvement pour les fins de cette présentation comme le lien rationnel, la proportionnalité et l'atteinte minimale.

En d'autres termes, il est nécessaire de s'attarder à trois questions : la mesure vise-t-elle à atteindre un but légitime ? Est-elle proportionnelle au but visé ? Et enfin, existe-t-il des mesures moins contraignantes pour atteindre ce but ?

Les affaires *Dagenais*, *Radio-Canada* et *Mentuck* que l'on vient de mentionner étaient toutes issues de procès tenus suite au dépôt d'accusations au criminel. Elles concernaient des ordonnances de huis clos et / ou de non-publication d'informations, point sur lequel nous reviendrons dans une rubrique subséquente. Mais de telles ordonnances, et plus particulièrement celle du huis clos qui permet d'entendre une affaire en l'absence du public – ce qui inclut les médias – peuvent aussi intervenir dans le cadre d'affaires qui ne sont pas de nature criminelle.

Ainsi, dans l'arrêt *Sierra*³¹, la Cour suprême a élargi le cadre d'analyse pour se pencher sur les conditions devant être réunies pour autoriser l'émission d'une ordonnance en vue de protéger des secrets commerciaux ou des intérêts économiques. Dans cette affaire, un organisme voué à la défense de l'environnement, le Sierra Club, demandait le contrôle judiciaire de la décision du gouvernement fédéral de fournir une aide financière à Énergie atomique du Canada Ltée, une société de la Couronne, pour la construction et la vente à la Chine de deux réacteurs CANDU. D'après *Sierra*, avant d'accorder l'aide financière, le gouvernement devait procéder à une évaluation environnementale sinon les ententes devaient être annulées et dans ce contexte, *Sierra* avait demandé que lui soient communiqués les documents concernant l'entente intervenue entre la Chine et Énergie atomique Canada, demande à laquelle Énergie Atomique s'était opposée.

31. *Sierra Club du Canada c. Canada (Ministre des Finances)*, 2002 CSC 41 (CanLII), [2002] 2 R.C.S. 522.

Par le biais de sa décision *Sierra*, la Cour suprême a affiné le test Dagenais/Mentuck pour qu'il puisse trouver application dans un contexte commercial ou financier. Elle a édicté qu'une ordonnance ne devait être accordée que si, d'une part, elle est nécessaire pour écarter un risque sérieux pour un intérêt important, y compris un intérêt commercial, dans le contexte d'un litige, en l'absence d'autres options raisonnables pour écarter ce risque³², et d'autre part, lorsque ses effets bénéfiques, y compris ses effets sur le droit des justiciables civils à un procès équitable, l'emportent sur ses effets préjudiciables, y compris ses effets sur la liberté d'expression qui, dans ce contexte, comprend l'intérêt du public dans la publicité des débats judiciaires³³.

En ce qui a trait au premier volet, à savoir « le risque sérieux », notre plus haut tribunal édicte que le risque en cause doit être réel et important, être bien étayé par la preuve et menacer gravement un intérêt commercial. Deuxièmement, l'intérêt doit pouvoir se définir en termes d'intérêt public à la confidentialité. Enfin, le juge doit non seulement déterminer s'il existe d'autres options raisonnables, il doit aussi restreindre l'ordonnance autant qu'il est raisonnablement possible de le faire tout en préservant l'intérêt commercial en question.

Cette approche a été reprise avec les aménagements nécessaires dans l'affaire *Ruby*³⁴ qui portait sur la décision du Service canadien du renseignement de sécurité de refuser de confirmer ou de nier l'existence de renseignements personnels demandés par un individu, à savoir monsieur Ruby, en application de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*³⁵. Cette Loi, comme on le sait, prévoit que tout individu a droit de se faire communiquer les renseignements personnels le concernant. Ce droit est toutefois assorti d'exceptions en vue de protéger certains intérêts, comme par exemple la sécurité nationale, l'application efficace des lois ou le bon déroulement d'enquêtes, qu'elles soient de nature policière ou de sécurité.

Suite au refus du SCRS non seulement d'accéder à la demande d'accès mais même de confirmer ou de nier l'existence de renseignements le concernant, monsieur Ruby s'était adressé à la Cour

32. Par. 45 et 58.

33. Par. 70-72.

34. *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, 2002 CSC 75 (CanLII), [2002] 4 R.C.S. 3.

35. L.R.C. (1985), c. P-21.

fédérale pour faire réviser cette décision. Le SCRS avait alors demandé que l'affaire soit entendue à la fois à huis clos et *ex parte*, comme le permettait la Loi. La Cour suprême a donné une interprétation atténuante à cette disposition de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* en indiquant que le huis clos ne pouvait être ordonné dans le cas où les renseignements demandés pourraient avoir une incidence sur la sécurité nationale et que l'affaire devait être entendue en l'absence d'une partie – *ex parte*³⁶.

On voit donc que le cadre d'analyse pertinent à l'émission d'une ordonnance de huis clos s'emploie non seulement en matière criminelle ou pénale mais aussi dans des affaires civiles, dans des affaires où des intérêts financiers ou économiques sont en jeu ou dans un contexte où des renseignements concernent la sécurité nationale.

En conséquence, voici ce qu'il faut retenir en termes de cadre d'analyse. Tout d'abord, le huis clos judiciaire peut s'appliquer dans tout litige, non seulement ceux de nature criminelle ou pénale comme c'était le cas à l'origine, qu'il s'agit d'un pouvoir discrétionnaire et non arbitraire. Les ordonnances de huis clos ne sont pas prononcées systématiquement. La partie qui demande le huis clos a le fardeau d'en prouver la nécessité – quoique, en l'absence d'une demande spécifique, un juge peut toujours l'imposer de sa propre initiative. Pour obtenir une ordonnance de huis clos, un test en trois étapes doit être satisfait, selon les critères dégagés dans les arrêts *Dagenais* et *Mentuck* – et affinés dans *Sierra* et *Ruby* (pour ce qui est des matières commerciales ou de sécurité nationale) – à savoir : d'abord, l'objectif de l'ordonnance – éviter un danger réel et sérieux à la bonne administration de la justice ; ensuite, l'absence d'autres mesures qui pourraient permettre d'atteindre cet objectif ; et enfin, la mise en balance des effets bénéfiques de l'ordonnance et les risques encourus si elle n'est pas émise.

4. CRITÈRES D'ÉMISSION

Le huis clos peut être ordonné en vue de protéger une série d'intérêts qui ont été identifiés au fil de la jurisprudence ou plus récemment, parce qu'ils sont expressément identifiés dans des textes de lois. Rappelons que le huis clos est une règle d'excep-

36. Par. 3, 60 et 67.

tion qui restreint la liberté d'expression qui englobe le droit du public et des médias d'assister aux débats judiciaires. La liberté d'expression est reconnue comme un droit fondamental dans nos *Chartes*, tant canadienne que québécoise. Mais il faut avoir à l'esprit que les *Chartes* enchâssent d'autres droits aussi fondamentaux qui peuvent, dans certains cas, être en opposition.

À titre d'exemples, tant la *Charte québécoise* que la *Charte canadienne* garantissent le droit à un procès juste et équitable – quoique dans la *Charte canadienne*, ce droit est opposable en matière pénale et criminelle alors que dans la *Charte québécoise*, c'est tout litige qui donne droit à une audition en public devant un tribunal impartial et indépendant. En même temps, les individus ont droit au respect de leur vie privée. La *Charte québécoise* prévoit ce droit expressément à son article 5 alors que si la *Charte canadienne* n'énumère pas ce droit expressément, la Cour suprême a eu tôt fait de le reconnaître, notamment avec l'arrêt *Aubry*³⁷, car il découle implicitement des articles 7 et 8 qui enchâssent respectivement le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne et le droit d'être protégé contre les fouilles et les saisies abusives.

Une grille d'analyse qui permet de déterminer dans quelles circonstances le huis clos est approprié doit donc mettre en opposition ces droits fondamentaux et faire intervenir une évaluation des intérêts à préserver. Voyons-les tour à tour et brièvement :

A. L'ordre public et la morale

Comme on l'a mentionné d'entrée de jeu, tant le *Code de procédure civile* que la *Charte québécoise* autorisent le huis clos dans le but de préserver l'ordre public et la morale. L'intérêt de la morale est peu utilisé en jurisprudence ; on retrouve effectivement peu (ou même pas) de décisions portant spécifiquement et exclusivement sur cette notion. En général, les décisions utilisent l'expression « ordre public et morale » sans opérer de distinction entre les deux³⁸.

Ceci s'explique probablement par deux facteurs. D'abord, parce que la protection de la morale est souventes fois reconnue législativement, par exemple lorsqu'il est question d'infractions

37. *Aubry c. Éditions Vice-Versa inc.*, 1998 CanLII 817 (CSC), [1998] 1 R.C.S. 591.

38. À titre d'exemple, voir : *Lac d'Amiante du Québec Ltée*, précité, note 7, par. 62.

d'ordre sexuel. À titre d'illustration, ce serait le cas par exemple dans un litige en matière de droit disciplinaire où l'infraction reprochée est de caractère sexuel. Aussi, il faut bien reconnaître que les mentalités et les mœurs ont beaucoup évolué et qu'on assiste presque à une banalisation des questions portant sur la morale comme telle.

Quant à l'ordre public, il s'entend, par exemple, pour préserver l'intégrité du système disciplinaire en favorisant le dépôt de plaintes et pour protéger les personnes appelées à témoigner.

B. Le secret professionnel

Nombre de lois prévoient spécifiquement le huis clos lorsqu'il est nécessaire pour protéger le secret professionnel. Cependant, même en l'absence de dispositions législatives spécifiques à cet effet, les tribunaux verront à protéger d'office le secret professionnel en imposant le huis clos. La Cour suprême a eu l'occasion de réitérer que le secret professionnel de l'avocat revêt un caractère quasi-absolu, notamment dans les arrêts *Blank*³⁹ et *Goodis*⁴⁰ – qui ont fait l'objet d'une analyse dans un article que j'ai cosigné dans la *Revue de Common Law en français* publiée par la Faculté de Droit de l'Université de Moncton⁴¹.

Le huis clos sera ordonné pour protéger la teneur même de renseignements tombant sous le coup du secret professionnel mais parfois, le simple fait de consulter un professionnel peut révéler des informations tombant sous le coup du secret ; le huis clos sera alors de mise.

Dans des litiges portant sur la divulgation de documents ayant fait l'objet de demandes d'accès – soit en vertu de la législation sur l'accès à l'information gouvernementale, soit en vertu des lois autorisant l'accès par les individus aux renseignements personnels les concernant, qu'ils soient détenus par des organismes publics ou par des personnes ou des organisations opérant dans le

39. *Blank c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2006 CSC 39 (CanLII), [2006] 2 R.C.S. 319.

40. *Goodis c. Ontario (Ministère des Services correctionnels)*, 2006 CSC 31 (CanLII), [2006] 2 R.C.S. 32.

41. Lyette Doré et Chahé-Philippe Arslanian, « Grandeur et misères des privilèges liés au secret professionnel de l'avocat : les arrêts *Goodis* et *Blank* en Cour suprême », (2006) 8 *R.C.L.F.* 353-381.

secteur privé – préserver le secret peut être au cœur des questions qu'un juge aura à trancher.

À titre d'exemple, si un document auquel on a demandé accès contient, ou peut contenir, des renseignements tombant sous le coup du secret professionnel, il serait illusoire que la partie de l'audience consacrée au dépôt en preuve du document, de même que les représentations faites par les procureurs des parties à cet effet, se fassent en présence du public. Le but étant justement de préserver le secret, un juge fera bien d'ordonner le huis clos pour cette portion de l'audience en vue de trancher le litige. Si, au final, l'information ne tombe pas sous le coup du secret professionnel, il pourra toujours en faire état dans sa décision. Toutefois, si elle se qualifie, il faut la protéger à toutes les étapes.

C. Le droit à la vie privée / à la réputation

Le huis clos peut être obtenu pour protéger le droit à la vie privée et à l'intimité de victimes d'agressions sexuelles⁴², particulièrement lorsque les détails sont scabreux ou que les victimes sont vulnérables. Le huis clos peut aussi être ordonné pour protéger des témoins ou des tiers qui sont, en somme, des parties innocentes.

D. La sécurité nationale

Le huis clos peut être ordonné lorsqu'une instance judiciaire est appelée à trancher un litige portant sur des questions liées à la sécurité nationale. Ce fut le cas dans l'affaire *Ruby*⁴³, comme nous venons de le voir, et qui traitait d'une demande d'accès à des renseignements personnels présentée au Service canadien du renseignement de sécurité. La question a aussi été soulevée dans les affaires impliquant Adil Charkaoui⁴⁴, mais comme le débat sur le fond n'a pas encore été tranché, il peut être prématuré de tenter à ce stade-ci d'en dégager tous les tenants et aboutissants.

42. *R. c. O'Connor*, 1995 CanLII 51 (CSC), [1995] 4 R.C.S. 411, par. 163.

43. *Ruby*, précité, note 34.

44. *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CSC 9 (CanLII), [2007] 1 R.C.S. 350, et *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2008 CSC 38 (CanLII), [2008] 2 R.C.S. 326.

E. Les intérêts commerciaux

L'affaire *Sierra* a illustré l'importance du huis clos en vue de préserver des ententes de confidentialité dans le cadre d'opérations commerciales de nature délicate. On peut aussi facilement imaginer des cas où le huis clos pourra et devra être ordonné lorsqu'un litige portera sur un secret industriel. Il est facile d'imaginer que, si le public pouvait assister à des audiences où un procédé industriel est décrit avec moult détails, un membre du public pourrait bien être un concurrent de la firme qui a développé le secret et qui en souffrirait un préjudice irréparable.

F. Le bon fonctionnement de la justice

Le bon fonctionnement de la justice appelle l'imposition du huis clos pour éviter de déconsidérer l'administration de la justice. Ce peut être le cas par exemple lorsque des sources confidentielles de renseignements sont appelées à témoigner. C'est aussi ce qui permet d'exclure le public des procédures par lesquelles on demande à un juge d'émettre un mandat, soit de perquisition soit d'écoute électronique, à titre d'exemples. S'il fallait autoriser la présence du public à de telles instances, le système de justice et d'application des lois s'effondrerait.

5. ORDONNANCES ACCESSOIRES

Le huis clos est une procédure exceptionnelle qui permet d'exclure le public d'une salle d'audience en vue de protéger des intérêts primordiaux. Le huis clos peut être prononcé pour toute la durée d'une instance ou il peut l'être seulement pour une partie. Comme nous l'enseigne le test *Dagenais/Mentuck*, l'ordonnance doit être modulée pour atteindre les objectifs recherchés. C'est donc dire que le huis clos peut être partiel ou qu'il peut être temporaire. D'autres mesures peuvent par ailleurs être imposées pour protéger les intérêts en jeu sans toutefois aller jusqu'au huis clos comme, par exemple, une ordonnance de non-divulgateion. Mais lorsque le huis clos est décrété, il y a lieu de prévoir des mesures accessoires pour protéger l'information de nature délicate qui mérite justement d'être protégée. Voyons de quoi il en retourne.

A. Non-accessibilité

En rendant une ordonnance de huis clos, un juge fera bien de l'accompagner d'une ordonnance de non-accessibilité, c'est-à-dire que les documents qui font état de l'information protégée par le huis clos ne doivent pas être autrement accessibles dans les dossiers de cour. Il faudra donc voir à ce que de tels documents soient déposés sous scellés, qu'ils soient bien identifiés à cet effet, et qu'ils soient conservés à part des autres documents que le public a droit de consulter.

Si le juge ordonne le huis clos de sa propre initiative, il prononcera une ordonnance de non-accessibilité concurrente. Par contre, si la demande émane d'une des parties au litige, il faudra avoir prévu avant l'audience les mesures nécessaires pour préserver la confidentialité des documents. Cela se fait généralement au moment du dépôt des pièces de procédure où un juge en chambre ou un protonotaire peut accéder à une demande de non-accessibilité.

B. Non-divulgation

Dans certaines instances, le huis clos peut être imposé pour exclure seulement un segment particulier du public. C'est le cas par exemple en matière familiale alors que, si le public en général est exclu des salles d'audience, les représentants des médias peuvent y assister. C'est d'ailleurs l'article 13 du *Code de procédure civile*, cité en introduction, qui autorise la présence des médias mais exclut le public en général.

Les journalistes ne sont donc pas assujettis au huis clos mais en revanche, il leur est interdit de publier ou de divulguer des renseignements qui permettraient d'identifier les parties au litige (cf. art. 815.4 du *Code de procédure civile* de même que l'article 19(d) de la *Loi sur la presse*)⁴⁵. Cette obligation est parfois battue en brèche, surtout de nos jours où des montagnes d'informations circulent sur l'internet – qui fait aussi office d'immense mémoire. Il est facile de recouper toutes sortes d'informations, par ailleurs librement accessibles sur l'internet, avec des bribes divulguées par des journalistes pour être en mesure d'identifier de façon assez fiable des parties, surtout lorsque celles-ci jouissent d'une

45. L.R.Q., c. P-19.

certaine notoriété. On n'a qu'à penser à la récente affaire *Éric contre Lola*...

C. Non-publication

Dans le même ordre d'idée, le huis clos doit s'accompagner de mesures pour que les informations révélées en secret ne soient pas autrement rendues publiques. À titre d'illustration, lorsqu'il rend ses motifs par écrit, un juge se gardera de révéler les renseignements qui ont été mis en preuve à l'occasion d'un huis clos. On pense, par exemple, à des renseignements tombant sous le coup du secret professionnel, à des renseignements permettant d'identifier une source confidentielle, à des renseignements portant sur un secret industriel ou un brevet.

6. ILLUSTRATIONS JURISPRUDENTIELLES

Afin d'illustrer comment ces notions ont été mises en œuvre par les tribunaux au fil des ans, voici une courte liste d'illustration de décisions où des ordonnances de huis clos ont été rendues dans divers domaines :

A. Droit administratif

*Ruby*⁴⁶ : un litige portant sur la divulgation de renseignements personnels relevant d'une institution fédérale, suite à une demande d'accès présentée en vertu de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*⁴⁷, et pour lesquels l'institution invoque son droit de refuser d'en confirmer ou d'en nier l'existence pour des motifs de sécurité nationale, comme l'y autorise le paragraphe 16(2) de la Loi ; ce litige peut être entendu à huis clos.

Au T.A.Q., une demande d'indemnisation refusée à une victime d'agression sexuelle par la Direction de l'indemnisation des victimes d'actes criminels (communément appelée « l'IVAC ») pourrait être entendue à huis clos.

46. *Ruby*, précité, note 34.

47. Précité, note 35.

B. Droit pénal

*R. c. O'Connor*⁴⁸ : les dossiers thérapeutiques concernant une victime d'agression sexuelle, et que l'accusé veut faire admettre en preuve, sont examinés lors d'un voir-dire qui se tient à huis clos.

*Société Radio-Canada c. Lessard*⁴⁹ : lors d'une saisie de matériel journalistique, si un média prétend qu'il s'agit de matériel confidentiel, qui révélerait par exemple une source, il doit être placé dans une enveloppe scellée et la question et le matériel seront examinés lors d'une audience à huis clos tenue par le juge siégeant en révision.

*R. c. Basi*⁵⁰ : lors d'un procès, lorsque le privilège de l'indicateur est invoqué, la partie du procès où des renseignements à cet effet sont mis en preuve doit se dérouler à huis clos.

C. Droit de la famille

*2747-3174 Québec Inc. c. Québec*⁵¹ : le *Code de procédure civile* énumère les situations en matière familiale qui impliquent l'intérêt de tenir des audiences à huis clos lorsqu'il y a risque d'affecter un enfant.

D. Protection de la jeunesse

*R. c. M (S.H.)*⁵² : il y a un avantage à ce que les adolescents qui sont traduits en justice en vertu de la *Loi sur les jeunes contrevenants*⁵³ bénéficient de la protection particulière que leur confère la tenue de procès se déroulant à huis clos.

E. Sécurité publique

*Starr c. Holden*⁵⁴ : une Commission d'enquête mise sur pied par un gouvernement provincial peut entendre des témoignages à

48. *O'Connor*, précité, note 42.

49. [1991] 4 R.C.S. 495.

50. 2009 CSC 52 (CanLII), [2009] 3 R.C.S. 389.

51. [1996] 3 R.C.S. 919.

52. [1989] 2 R.C.S. 446.

53. Comme elle s'intitulait lorsque cet arrêt a été rendu mais qui porte maintenant le nom de *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents*, L.C. 2002, c. 1.

54. [1990] 1 R.C.S. 1366.

huis clos lorsque surgissent des questions ayant trait à la sécurité publique.

F. Secret professionnel

*Lavallée, Rackel, Heintz c. Canada (Procureur général)*⁵⁵ : lorsque des documents ont fait l'objet d'une saisie dans un bureau d'avocat en application d'un mandat de perquisition, et qu'une demande est présentée pour déterminer s'ils tombent sous le coup du secret professionnel, l'article 488(.10) du *Code criminel* prévoit que l'affaire est entendue à huis clos.

7. ILLUSTRATIONS LÉGISLATIVES

En introduction, nous signalions qu'une recherche de la banque de données CanLII de l'Institut canadien d'information juridique indiquait que l'expression « huis clos » apparaît en français près de 500 fois (479 fois, pour être précis...) dans les textes de lois et règlements adoptés par le Parlement fédéral et les assemblées législatives des provinces et des territoires. Si l'on ajoute les dispositions similaires apparaissant dans les textes législatifs des provinces où seul l'anglais a valeur juridique, ce nombre augmente de façon considérable.

Puisqu'en première partie nous avons fait le tour des grands arrêts interprétant la notion de huis clos, il peut être utile d'illustrer la portée de telles dispositions et la diversité des domaines du droit où l'on prévoit que le huis clos est indiqué. Dans cette section, nous brosserons donc un tableau de dispositions apparaissant dans des lois adoptées par le Parlement fédéral ou par les assemblées législatives des provinces ou territoires à la grandeur du Canada et qui permettent ou exigent le huis clos. Elles n'ont pas nécessairement donné lieu à des décisions judiciaires pour en cerner l'ampleur ou l'application – mais voilà un tableau certes sélectif mais qui, je l'espère, sera instructif et parfois même... amusant !

55. *Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général)* ; *White, Ottenheimer & Baker c. Canada (Procureur général)* ; *R. c. Fink*, 2002 CSC 61 (CanLII), [2002] 3 R.C.S. 209.

A. Droit disciplinaire et droit du travail

Nombreux sont les textes de lois et de règlements régissant divers ordres professionnels qui commandent, de manière générale, que les audiences des comités de discipline siégeant pour statuer sur une plainte à l'encontre d'un professionnel soient publiques mais qui autorisent, ou qui commandent dans certaines circonstances, que ces audiences soient tenues, en tout ou en partie, à huis clos. D'autres prévoient par contre que le huis clos est décrété d'office mais peut être levé selon certaines conditions.

Il ne fait pas de doute que dans ce contexte, le huis clos sert d'abord et avant tout à protéger la vie privée – tant celle de la victime présumée de l'acte répréhensible, que celle du / de la professionnel/le qui est l'objet de la plainte, que celle des témoins participant au processus.

À titre d'exemple, la *Loi (du Nouveau-Brunswick) sur les sages-femmes*⁵⁶ érige en règle que le public est admis à toute audience d'un comité de discipline mais lui confère, sur une base discrétionnaire, le droit d'ordonner le huis clos (pour toute l'audience ou seulement pour une partie), si les membres du comité sont, d'une part, convaincus de se trouver dans une situation où des renseignements personnels, financiers ou autres risquent d'être révélés et que les divulguer pourrait causer un tort important, ou d'autre part parce que l'audience publique pourrait porter préjudice à une personne impliquée dans une instance criminelle ou civile ou encore, parce qu'elle pourrait mettre une personne en danger.

Au Yukon, la *Loi sur la profession d'infirmière autorisée et d'infirmier autorisé*⁵⁷, exige que l'enquête par un comité de discipline sur une plainte soit tenue à huis clos, à moins que le comité n'en décide autrement, sans toutefois que la Loi ne précise selon quels critères.

Au Manitoba, la *Loi sur les conseillers en économie domestique*⁵⁸ prévoit que le comité de discipline tient ses audiences à huis clos, à moins que la personne qui fait l'objet de l'enquête ne demande que l'audience soit ouverte au public ; il en va de même

56. L.N.-B. 2008, c. M-11.5, art. 51.

57. L.R.Y. 2002, c. 194, art. 32.

58. C.P.L.M., c. H-70, art. 34(6).

dans sa *Loi sur l'institut des décorateurs intérieurs professionnels*⁵⁹.

Quant à la *Loi (ontarienne) sur les courtiers d'assurances inscrits*⁶⁰, elle prévoit en son paragraphe 19(4) que, malgré les dispositions de la *Loi sur l'exercice des compétences légales*⁶¹, les audiences du comité de discipline sont tenues à huis clos à la demande du courtier dont la conduite fait l'objet de l'enquête ; elles peuvent se tenir en public sauf si des questions intéressant la sécurité publique risquent d'être divulguées ou si le risque de divulgation de renseignements privés d'ordre financier ou personnel l'emporte sur l'avantage de tenir une audience publique.

Au Québec, le *Code des professions*⁶² prévoit en son article 142 que pour l'instruction d'une plainte « Toute audience est publique » mais qu'un

conseil de discipline peut, d'office ou sur demande, ordonner le huis clos ou interdire la divulgation, la publication ou la diffusion de renseignements ou de documents [...] pour un motif d'ordre public, notamment pour assurer le respect du secret professionnel ou la protection de la vie privée d'une personne ou de sa réputation.

Ces exemples illustrent les divers régimes prévalant pour les professionnels œuvrant dans le secteur privé ou à leur compte. Qu'en est-il cependant des fonctionnaires et autres officiers publics ? Là aussi, les régimes varient.

Ainsi, le *Règlement sur la discipline des membres de la Sûreté du Québec*⁶³, pour sa part, prévoit en son article 23 que « Toute personne peut porter une plainte relative à la conduite d'un membre en la soumettant par écrit au supérieur immédiat de ce membre. » Quant aux travaux d'un comité de discipline qui aurait à se pencher sur une telle allégation d'inconduite, selon les termes de l'article 70 du *Règlement* : « Une audition est publique. Toutefois, l'autorité disciplinaire peut ordonner le huis clos notamment dans l'intérêt de la morale et de l'ordre public. »

59. C.P.L.M., c. I-57, art. 31(6).

60. L.R.O., 1990, c. R.19.

61. L.R.O., 1990, c. S.22.

62. L.R.Q., c. C-26.

63. R.R.Q., c. P-13.1, r. 2.

On notera au passage que pour les plaintes portant sur la conduite de ses policiers, le Manitoba a prévu le même régime à l'article 24 de sa *Loi sur les enquêtes relatives à l'application de la loi*⁶⁴.

Dans le cas de la GRC, la *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada*⁶⁵ commande que se tiennent à huis clos les audiences d'une commission d'enquête, constituée soit à la demande du ministre de la Sécurité publique, soit à la demande du Commissaire de la GRC, et chargée d'enquêter et de faire rapport sur toute question liée à l'organisation, la formation, la conduite, l'exercice des fonctions, la discipline, l'efficacité et la bonne administration de la GRC ou touchant un de ses membres ou de ses employés.

En ce qui a trait aux militaires membres des Forces armées canadiennes, la *Loi sur la défense nationale*⁶⁶ prévoit qu'un Comité des griefs peut tenir des enquêtes et des audiences, en tout ou en partie, à huis clos pour tenir compte de l'intérêt des personnes qui prennent part à une telle audience ou de celui du public.

Toujours au niveau fédéral, selon l'article 20.7 de la *Loi sur la protection des fonctionnaires divulgateurs d'actes répréhensibles*⁶⁷, un Tribunal de la protection des fonctionnaires divulgateurs d'actes répréhensibles est constitué et il peut tenir ses séances à huis clos sur demande de toute partie, à condition que celle-ci lui en démontre la nécessité⁶⁸.

Des régimes particuliers ont été mis en œuvre pour les avocats et pour les juges. Par exemple, en vertu de la *Loi sur le Barreau* de l'Ontario⁶⁹, le Comité d'audition et le Comité d'appel peuvent tenir des audiences à huis clos, et les assortir d'ordonnances de non-publication, lorsqu'ils ont à trancher des questions liées à la suspension d'un avocat qui aurait omis de produire un rapport exigible ou d'effectuer le paiement de ses cotisations.

64. C.P.L.M. c. L-75.

65. L.R.C. (1985), c. R-10, art. 24.1, par. 9.

66. L.R.C. (1985), c. N-5, art. 29.26.

67. L.C. 2005, c. 46.

68. Art. 21.3.

69. L.R.O. 1990, c. L.8, art. 61.2.

Il en va de même dans la province voisine du Manitoba alors que *Loi sur la Profession d'avocat*⁷⁰ prévoit que tout comité, sous-comité ou tribunal qui est saisi d'une plainte, d'une accusation ou d'un appel sous le régime de cette Loi peut ordonner qu'une audience soit tenue à huis clos dans le but d'éviter la communication de renseignements qui tombent sous le coup du secret professionnel de l'avocat ou pour des raisons d'intérêt public ou dans l'intérêt d'une personne.

Si les membres du Barreau d'une province peuvent faire l'objet d'une plainte, il en va de même des juges. Nous verrons plus avant dans une prochaine rubrique le régime mis de l'avant pour les juges administratifs au Québec mais pour l'heure, il faut souligner que les juges de juridiction supérieure et nommés par le gouvernement fédéral peuvent faire l'objet d'enquêtes. Elles sont alors menées par le Conseil canadien de la magistrature qui est autorisé à les tenir à huis clos en vertu de la *Loi sur les juges*⁷¹. Les juges québécois de cours inférieures dont la conduite fait l'objet d'une plainte doivent se soumettre à une enquête qui sera alors menée par le Conseil de la magistrature du Québec, Conseil qui a le pouvoir d'ordonner le huis clos⁷².

Enfin, à titre d'exemple dans le domaine du droit du travail, le Conseil canadien des relations industrielles peut, selon le *Code canadien du travail*⁷³, ordonner la tenue de conférences préparatoires à huis clos, en marge de toute affaire pour laquelle le Conseil exerce la compétence que lui confère le Code.

En contexte québécois, il en est de même pour les séances du Conseil consultatif du travail et de la main-d'œuvre⁷⁴ tout comme pour les audiences des bureaux de révision de la Commission de la santé et de la sécurité du travail (la CSST) qui peuvent se dérouler à huis clos⁷⁵.

70. C.P.L.M. c. L-107, art. 78.

71. L.R.C. (1985), c. J-1, art. 63(6).

72. *Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.Q., c. T-16, art. 252.

73. L.R.C. (1985), c. L-2, art. 16.

74. *Règlement du Conseil consultatif du travail et de la main-d'œuvre*, R.R.Q. 1981, c. C-55, r. 1, art. 9.

75. Art. 18 des *Règles de preuve, de procédure et de pratique des bureaux de révision de la Commission de la santé et de la sécurité du travail*, 1986 G.O. II, 4424.

B. Santé publique

Étant donné le caractère délicat d'informations liées à l'état de santé, et dans le but évident de préserver le droit à la vie privée d'une personne, nombre de dispositions législatives ont été adoptées par les différents paliers de gouvernement, soit pour permettre, soit pour contraindre au huis clos la tenue de séances où des décisions sont prises ou lorsque des poursuites judiciaires sont intentées. Leurs champs d'application sont aussi nombreux que variés.

Ainsi, la législation de l'Île-du-Prince-Édouard exige que tant l'audition en appel que la décision initiale d'exclure un étudiant d'un établissement scolaire, parce qu'il est porteur d'une maladie contagieuse, se font à huis clos⁷⁶. Ailleurs au Canada, les poursuites intentées à l'encontre d'un individu porteur d'une maladie vénérienne se déroulent à huis clos⁷⁷.

L'illustration législative la plus fréquente du huis clos en matière de santé a certes trait à la tenue de procédures judiciaires pour l'examen, l'observation ou l'évaluation, que ce soit sur une base volontaire ou pour une mise en cure, ou pour le maintien d'une hospitalisation non volontaire, d'une personne aux prises ou que l'on croit affectée par des troubles de santé mentale⁷⁸.

Par ailleurs, dans le domaine de la santé, si, en règle générale, les réunions des conseils d'administration de centres ou d'établissements de santé et de services sociaux sont ouvertes au public, les conseils peuvent décréter un huis clos total ou partiel de leurs travaux⁷⁹.

76. *School Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. S-2.1, art. 79 et *Students and Parents Regulations*, P.E.I. Reg. EC69/96, art. 12 et art. 14.

77. Ex. : *Règlement sur les maladies transmissibles*, R.R.T.N.-O. (Nu) 1990 c. P-13, art. 19(2) pris en vertu de la *Loi sur la santé publique*, L.R.T.N.-O. (Nu) 1988, c. P-12, *Règlement sur les maladies transmissibles*, Y.O.C. 1961/48, art. 20(2).

78. Voir, par exemple : *Loi sur les services à la famille*, L.N.-B. 1980, c. F-2.2, art. 8 et 19(1) et *Règlement général – Loi sur la santé mentale*, R.N.-B. 94-33, art. 9(1) ; *Loi sur la Santé mentale*, L.R.O. 1990, c. M.7 ; *Règlement sur la santé mentale*, R.R.T.N.-O. (Nu) 018-92, art. 23 ; *Loi sur la santé mentale*, L.R.T.N.-O. 1988, c. M-10, art. 47 et 48 ; *Loi sur la santé mentale*, C.P.L.M. c. M-110, art. 36(4), 53(5) et 59(4) ; *Mental Health Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. M-6.1, art. 30(8).

79. *Loi sur les services de santé et les services sociaux*, L.R.Q., c. S-4.2, art. 161 ; *Health Authorities Act*, R.S.B.C. 1996, c. 180, art. 8(3) ; *Loi sur les régies régionales de la santé*, L.R.N.-B. 2011, c. 217, art. 23(2).

Enfin, en Saskatchewan, les séances du Comité de révision chargé de revoir la décision de sa régie de l'assurance-maladie de ne pas rembourser à un patient les coûts d'un acte médical peuvent se dérouler à huis clos⁸⁰.

C. Sécurité nationale et sécurité publique

Des impératifs de sécurité nationale ou de sécurité publique peuvent appeler l'imposition du huis clos.

Pour incarner son adhésion aux Conventions de Genève, le Parlement canadien a adopté la *Loi sur les Conventions de Genève*⁸¹ de même que le *Règlement sur la détermination du statut de prisonnier de guerre*⁸². Les tribunaux spéciaux chargés de statuer sur le statut de prisonnier de guerre peuvent tenir leurs audiences, et ils peuvent même entendre la preuve à huis clos et en l'absence de la personne détenue, s'ils le « juge[nt] nécessaire dans l'intérêt de la sécurité nationale »⁸³.

Dans la foulée des attentats terroristes du 11 septembre 2001, le Parlement canadien a adopté une série de mesures en vue de lutter contre le terrorisme – dont des amendements au *Code criminel*⁸⁴ – tel l'article 83.05 qui prévoit l'établissement d'une liste d'entités qui se sont livrées, qui ont participé, qui ont facilité une activité terroriste, ou qui ont agi au nom d'une telle entité, sous sa direction ou en collaboration avec elle. En outre, un juge de la Cour fédérale saisi d'une demande en ce sens présentée par le Procureur général du Canada peut ordonner la confiscation des biens appartenant ou mis à la disposition d'un groupe terroriste, de même que des biens qui ont été ou qui pourraient être utilisés pour commettre ou faciliter un acte terroriste⁸⁵. De telles demandes se tiennent à huis clos et de surcroît, *ex parte*⁸⁶.

80. *Saskatchewan Medical Care Insurance Act*, R.S.S. 1978, c. S-29, art. 48(12).

81. L.R.C. (1985), c. G-3.

82. DORS/91-134, tel que modifié.

83. Art. 5 du *Règlement* et par. 15(1). Toutefois, selon le second paragraphe de cet article, « Le tribunal donne à la personne détenue un sommaire verbal ou écrit de tout élément de preuve entendu en son absence qui, de son avis, ne porterait pas préjudice à la sécurité nationale. »

84. L.R.C. (1985), c. C-46.

85. Art. 83.14(5) du *Code criminel*.

86. Art. 83.13(1) du *Code criminel*.

De manière générale, les procès criminels se tiennent en public mais l'article 486(1) du *Code criminel* autorise le magistrat qui préside un procès à décréter le huis clos et à exclure de la salle d'audience une personne ou l'ensemble du public pour éviter toute atteinte aux relations internationales, ou à la défense, ou à la sécurité nationales.

Sous le régime de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*⁸⁷, les séances se déroulent en principe en public mais tant la Section de la protection des réfugiés que la Section de l'immigration peuvent décider, d'office ou à la demande d'une partie, de tenir une audience à huis clos si, notamment, il y a un risque sérieux de divulgation de questions touchant la sécurité publique⁸⁸.

Un détenu dans un pénitencier, ou une personne agissant en son nom, peut déposer une plainte auprès de l'enquêteur correctionnel (qu'on appelait autrefois l'Ombudsman) et les auditions de cet enquêteur se tiennent à huis clos – à moins qu'il n'en décide autrement⁸⁹.

Par ailleurs, les provinces se sont dotées de lois pour encadrer la tenue d'enquêtes par des coroners ou par des magistrats lors de morts violentes ou suspectes. Ces lois prévoient la possibilité de tenir, en tout ou en partie, ces enquêtes ou des auditions à huis clos pour protéger la sécurité publique⁹⁰.

Enfin, au Nouveau-Brunswick, selon le *Code de déontologie professionnelle* auquel sont soumises les forces policières de la province⁹¹, lorsqu'un chef de police ou une autorité municipale signifie un avis d'audience d'arbitrage à un policier présumé avoir commis une infraction, toutes les audiences d'arbitrage sont ouvertes au public ; toutefois, dans le cas où des questions intéressant la sécurité publique pourraient être révélées, les audiences se tiennent à huis clos.

87. L.C. 2001, c. 27.

88. Art. 166.

89. *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, L.C. 1992, c. 20, art. 171.

90. *Loi (manitobaine) sur les enquêtes médico-légales*, C.P.L.M. c. F-52, en anglais : *Fatalities Act*, art. 31(2) ; *Fatality Investigations Act*, S.N.S. 2001, c. 31, art. 32 ; *Loi sur les coroners*, L.R.O. 1990, c. C.37, art. 32 ; *Fatalities Investigations Act*, S.N.L. 1995, c. F-6.1, art. 26 ; *Fatality Inquiries Act*, R.S.A. 2000, c. F-9, art. 42.

91. R.N.-B. 2007-81, art. 9 et 16.

D. Droit de la famille

Les provinces ont toutes adopté des lois pour encadrer les services et le soutien à être offerts aux enfants en situation de vulnérabilité et à leurs familles. Ces services peuvent prendre la forme de consultations, d'orientation, de soutien, d'éducation et, en cas d'urgence, de placement ou d'hébergement d'un enfant en vue de contribuer au règlement de problèmes familiaux qui peuvent nuire à son épanouissement normal ou le mettre dans une situation où il pourrait subir des mauvais traitements.

Toutes les instances judiciaires où de telles questions sont débattues se tiennent à huis clos quoique parfois, sur demande expresse, un tribunal pourrait autoriser la présence de représentants des médias mais en l'assortissant d'une ordonnance de non-divulgence de la preuve ou des témoignages entendus et surtout, de l'identité des personnes en cause. À l'instar d'autres provinces⁹², c'est le cas au Québec où, malgré l'article 23 de la *Charte québécoise des droits et libertés de la personne* – qui prévoit que les séances des tribunaux se déroulent en présence du public – les audiences tenues en vertu de la *Loi sur la protection de la jeunesse* se déroulent à huis clos⁹³.

En outre, les textes de lois provinciales portant sur l'adoption d'un enfant contiennent des dispositions pour protéger l'identité des parents adoptifs ou biologiques, de même que celle de l'enfant adopté. Ces lois autorisent une audience publique assortie cependant d'une ordonnance de non-divulgence ou elles exigent la tenue d'audiences à huis clos – que l'enfant adopté soit né au Canada ou à l'étranger et... même s'il est d'âge adulte⁹⁴.

92. Voir, à titre d'exemples : *Loi sur les services à l'enfant et à la famille*, C.P.L.M. c. C-80, art. 75(1) et *Loi sur les services à la famille*, L.N.-B. 1980, c. F-2.2, art. 6(3) ; *Children and Family Services Act*, S.N.S. 1990, c. 5, art. 26(4) ; *Child and Family Services Act*, S.S. 1989-90, c. C-7.2, art. 26(1) ; *Child, Youth and Family Enhancement Act*, R.S.A. 2000, c. C-12, art. 109 ; *Loi sur les Services à l'enfance et à la famille*, L.R.O. 1990, c. C.11, art. 45.

93. L.R.Q., c. P-34.1, art. 82.

94. *Loi du Manitoba sur l'adoption*, C.P.L.M. c. A-2, art. 100 ; *Loi sur l'adoption internationale*, L.N.-B. 1996, c. I-12.01, art. 12 et 33 ; *Loi du Nunavut sur l'adoption*, L.T.N.-O. (Nu) 1998, c. 9, art. 73 ; *Loi des Territoires du Nord-Ouest sur l'adoption*, L.T.N.-O. 1998, c. 9, art. 73 ; *Loi de 1998 sur l'adoption*, L.S. 1998, c. A-5.2, art. 12 ; *Children and Family Services Act*, S.N.S. 1990, c. 5, art. 77 ; *Adoption Act*, S.N.L. 1999, c. A-2.1, art. 29 ; *Child, Youth and Family Enhancement Act*, R.S.A. 2000, c. C-12, art. 109 ; *Adult Adoption Act*, R.S.A. 2000, c. A-4, art. 8.

E. Droit municipal

En règle générale, la tenue des réunions des conseils municipaux se fait en public. Néanmoins, les réunions peuvent se tenir, en tout ou en partie, à huis clos dans le but de protéger des intérêts économiques, la vie privée d'employés ou d'élus, les relations de travail ou les négociations avec les employés municipaux, le déroulement de procédures judiciaires (y compris devant des tribunaux administratifs), le déroulement d'enquêtes, la sécurité publique, pour discuter du traitement de demandes présentées en vertu des lois sur l'accès à l'information et sur la protection des renseignements personnels, ou encore pour préserver le processus de discussions et de décision en comité.

Les villes de grande taille ont des comités exécutifs dont les réunions se tiennent à huis clos. On peut expliquer cette approche en disant que les comités exécutifs municipaux s'apparentent au Conseil des ministres au Québec et au Cabinet au niveau fédéral. Ainsi, si les projets de règlements font l'objet de débats auxquels le public a droit d'assister, les discussions antérieures pour en arriver à un projet de règlement doivent se tenir à huis clos pour préserver l'intégrité du processus et assurer la candeur des discussions. Ainsi, au Québec, tant la *Charte de la Ville de Montréal*⁹⁵, que les *Chartes* des villes de Québec, Lévis, Longueuil et Gatineau⁹⁶, à titre d'exemples, prévoient que les séances de leur comité exécutif se déroulent à huis clos.

Ailleurs au Canada, la *Loi de 2006 sur la cité de Toronto*⁹⁷, la *Charte de Vancouver*⁹⁸, la *Charte de la ville de Winnipeg*⁹⁹ exigent que les réunions de leurs conseils municipaux se tiennent en public mais elles peuvent se tenir à huis clos (en tout ou partiellement). Il en va de même pour des villes de moindre taille comme Summerside et Charlottetown¹⁰⁰ à l'Île-du-Prince-Édouard ou Lloydminster en Alberta¹⁰¹.

95. L.R.Q., c. C-11.4, art. 29.

96. *Charte de la Ville de Québec*, L.R.Q., c. C-11.5, art. 27. « Le comité exécutif siège à huis clos, sauf s'il estime que, dans l'intérêt de la ville, ses délibérations doivent avoir lieu publiquement. » ; *Charte de la Ville de Lévis*, L.R.Q., c. C-11.2, art. 27 ; *Charte de la Ville de Longueuil*, L.R.Q., c. C-11.3, art. 29 ; *Charte de la Ville de Gatineau*, L.R.Q., c. C-11.1, art. 18.

97. L.O. 2006, c. 11, ann. A.

98. S.B.C. 1953, c. 55, art. 165.2.

99. L.M. 2002, c. 39, art. 190.

100. *Summerside (City of) Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. S-9.1, art. 19(4) et *Charlottetown Area Municipalities Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. C-4.1, art. 19(4).

101. *Lloydminster Charter*, Alta Reg. 43/1979, art. 26.

Aux Territoires du Nord-Ouest, on a prévu, dans une loi au titre poétique : la *Loi sur les hameaux*¹⁰², que les séances du conseil d'un hameau ou de ses comités se tiennent en public mais si les deux-tiers de leurs membres l'approuvent par vote, elles peuvent se dérouler à huis clos.

F. Accès à l'information et protection des renseignements personnels

Tant le palier fédéral que toutes les provinces et tous les territoires à la grandeur du pays se sont dotés de régimes législatifs pour permettre au public d'avoir accès à l'information de même qu'aux renseignements personnels détenus par les administrations publiques. Ces droits d'accès sont toutefois assortis d'une série d'exceptions qui visent à protéger, de manière générale, l'intérêt public, les intérêts privés et le bon fonctionnement de l'appareil gouvernemental.

Par exemple, les renseignements dont la divulgation pourrait nuire à la sécurité nationale ou à des intérêts économiques, des renseignements concernant la vie privée d'individus et les renseignements tombant sous le coup du secret professionnel des avocats n'ont pas à être divulgués en réponse à une demande d'accès. Pour s'assurer que le recours à ces exceptions au droit d'accès ne soit pas abusif, toutes les lois ont prévu un mécanisme de révision des décisions refusant la divulgation de l'information recherchée.

Les commissaires chargés de telles responsabilités sont, selon la formule retenue, investis du pouvoir de rendre des décisions exécutoires ou ils jouent le rôle d'un ombudsman chargé d'examiner le dossier et de formuler des recommandations à l'issue d'un processus d'enquête. Il est à noter que dans tous les régimes, l'auteur d'une demande d'accès peut s'adresser à un tribunal pour obtenir le contrôle judiciaire de la décision de l'organisme public qui a refusé de lui communiquer les documents ou les renseignements demandés.

De toute évidence, tenir des séances publiques où la teneur de ces documents et renseignements serait révélée irait à l'encontre des régimes de protection inscrits dans ces lois d'accès ... et du

102. L.T.N.-O. 2003, c. 22, ann. C, art. 25.

bon sens ! Voilà pourquoi tous les textes législatifs prévoient le huis clos lors de l'examen de documents de nature délicate, et pour lesquels une exception au droit d'accès est revendiquée, que l'examen soit effectué par un commissaire agissant dans un cadre administratif, qu'il soit effectué par un commissaire agissant dans un processus quasi-judiciaire, comme c'est le cas de la Commission d'accès à l'information du Québec à titre d'exemple, ou qu'il soit effectué par un juge siégeant dans un processus judiciaire¹⁰³.

Non seulement ces audiences se déroulent souvent à huis clos, mais également *ex parte* afin d'éviter que celui qui demande l'accès aux renseignements puisse les connaître en assistant à l'argumentation présentée par l'organisme qui refuse de confirmer l'existence des documents ou qui refuse d'en donner l'accès. Cela est prévu notamment dans les règles de preuve et de procédure de la Commission d'accès à l'information du Québec¹⁰⁴.

Par ailleurs, en vertu de la *Loi (manitobaine) sur les renseignements médicaux personnels*¹⁰⁵, les enquêtes de l'Ombudsman se déroulent à huis clos lorsqu'elles portent sur une demande d'accès ou de correction de tels renseignements, lorsqu'il y a allégation de bris de confidentialité des renseignements personnels de nature médicale ou du numéro d'identification médical personnel attribué à un particulier.

103. Art. 20 des *Règles de preuve et de procédure de la Commission d'accès à l'information*, R.R.Q., c. A-2.1, r. 6 ; art. 70 de la *Loi sur le droit à l'information et la protection de la vie privée*, L.N.-B. 2009, c. R-10.6 ; art. 42 du *Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, S.N.S. 1993, c. 5 ; art. 58 du *Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, S.S. 1990-91, c. F-22.01 ; art. 47 du *Local Authority Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, S.S. 1990-91, c. L-27.1 ; art. 47 et 52 de la *Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. 1985, c. A-1 ; art. 46 et 51 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. 1985, c. P-21 ; art. 41 de la *Loi sur l'accès à l'information municipale et la protection de la vie privée*, L.R.O. 1990, c. M.56 ; art. 51 de la *Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée*, L.R.O. 1990, c. F.31 ; art. 52 de la *Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée*, C.P.L.M. c. F-175 ; art. 32 et 38 de la *Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée*, L.T.N.-O. 1994, c. 20.

104. Voir les *Règles de preuve et de procédure de la Commission d'accès à l'information*, R.R.Q., c. A-2.1, r. 6, précité note 103.

105. C.P.L.M. c. P-33.5, art. 31 et art. 48.4(3).

G. Intérêts économiques

L'Ontario a inclus dans sa *Loi sur les Bibliothèques publiques*¹⁰⁶ – qui relèvent des municipalités – une disposition pour les autoriser à tenir des réunions à huis clos afin de soustraire à l'attention du public les discussions sur l'acquisition ou la disposition d'un terrain et ce, dans le but évident d'éviter la spéculation. Ce faisant, on préserve les intérêts économiques de ces entités publiques.

Lorsqu'un employé d'une institution fédérale ou d'une entreprise sous contrat avec l'administration fédérale réalise, dans l'exercice de ses fonctions ou de son emploi, une invention portant sur des instruments ou sur des munitions de guerre, sur demande du ministre de la Défense nationale il doit céder pour le compte de la Couronne le plein bénéfice de cette invention et de tout brevet qui y est ou serait lié – moyennant compensation bien sûr. S'il y a différend sur le montant de cette compensation, il sera tranché par la Cour fédérale qui, cela se comprend aisément, entendra l'affaire à huis clos dans le but de protéger le secret industriel et les intérêts économiques des parties en cause¹⁰⁷.

En Saskatchewan, un sociétaire ou le détenteur de valeurs mobilières peut demander à un tribunal de déclencher une enquête s'il croit qu'une société à but non lucratif s'adonne à des activités frauduleuses ou illégales. Cette demande est entendue à huis clos¹⁰⁸.

Le Tribunal du commerce extérieur est responsable de faire enquête et rapport au ministre canadien du Commerce international sur toute question touchant, en matière de marchandises ou de services, les intérêts économiques ou commerciaux du Canada et pour ce faire, il est investi du pouvoir de tenir ses séances à huis clos¹⁰⁹.

Enfin, nombre de lois prévoient la possibilité de recourir à l'arbitrage pour obtenir une compensation. Ainsi, en vertu de la *Loi québécoise sur les chemins de fer*¹¹⁰ le propriétaire d'un terrain

106. L.R.O. 1990, c. P.44, art. 16.

107. Art. 20 de la *Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), c. P-4.

108. *Loi de 1995 sur les sociétés sans but lucratif*, L.S. 1995, c. N-4.2, art. 214.

109. Art. 32 de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, L.R.C. (1985), c. 47 (4^e suppl.).

110. L.R.Q., c. C-14.1, art. 24.

ou d'un immeuble exproprié peut s'adresser à un arbitre qui pourra, s'il le juge opportun, entendre à huis clos la demande de compensation.

Des pouvoirs similaires sont conférés aux arbitres chargés de trancher un litige en matière de compensation de dommages causés par l'épandage ou l'utilisation de pesticides en vertu des *Règles du Conseil d'arbitrage de l'agriculture et de l'agroalimentaire*¹¹¹ et des *Règles de procédure de l'évaluateur*¹¹² adoptées sous l'autorité de la *Loi sur l'indemnisation du dommage causé par des pesticides*¹¹³.

H. Secret professionnel

La *Loi sur la concurrence*¹¹⁴ prévoit que le Commissaire sur la concurrence peut exiger la production de documents dans le cadre des enquêtes qu'il est habilité à mener. Lorsque des documents sont susceptibles de contenir des renseignements tombant sous le coup du secret professionnel de l'avocat, diverses mesures doivent être prises pour en protéger le caractère confidentiel – dont le renvoi de l'affaire à un juge d'une cour supérieure ou de la Cour fédérale qui entendra le litige à huis clos.

I. Enquêtes menées par une Commission ou un Ombudsman

Nombre de textes de lois régissent la tenue d'enquêtes ; elles peuvent porter sur une question particulière – généralement controversée et accaparant l'attention du public, ou suite au dépôt d'une plainte, ou avoir été déclenchée de sa propre autorité par un commissaire ou un fonctionnaire spécialisé sur une question qu'il juge d'intérêt public. Ces enquêtes peuvent être décrites comme étant de nature administrative car elles n'ont pas pour but de déboucher sur le dépôt d'accusations de nature pénale ou criminelle. Afin de préserver l'intégrité du processus jusqu'à sa conclusion, afin de protéger la vie privée ou la réputation d'individus, ou l'ordre public, ces enquêtes peuvent être menées, entièrement ou en partie, à huis clos.

111. DORS/2000-306, art. 14.

112. DORS/2003-293, art. 22.

113. L.R.C. (1985), c. P-10.

114. L.R.C. (1985), c. C-34, art. 19.

À titre d'illustrations, on peut mentionner les enquêtes que mènera le Commissaire à l'éthique et à la déontologie sur les activités des députés québécois siégeant à l'Assemblée nationale lorsque sa loi constitutive entrera en vigueur¹¹⁵, celles du Commissaire au lobbying en Saskatchewan¹¹⁶ ou celles de la Commission des droits de la personne de la Colombie-Britannique¹¹⁷.

Aussi, nombre des lois instituent un poste d'Ombudsman investi de larges pouvoirs dont celui de décider si une enquête doit être effectuée à huis clos, on peut mentionner les lois de la Nouvelle-Écosse¹¹⁸ et celle de la Colombie-Britannique¹¹⁹ qui, curieusement, l'a appelé « Ombudsperson »... ignorant ainsi l'origine scandinave et non anglaise du terme « ombudsman »...

Dans le cas du Commissaire-enquêteur, dont les pouvoirs découlent de la *Loi sur la sécurité incendie*¹²⁰, les audiences de ses enquêtes sont publiques mais il peut toutefois ordonner, dans l'intérêt de l'ordre public, qu'une audience soit tenue à huis clos, en tout ou en partie.

En ce qui a trait aux commissions d'enquête comme telles, le huis clos peut être ordonné afin de préserver le droit à la vie privée ou pour des raisons de sécurité. Ainsi, la *Loi (ontarienne) de 2009 sur les enquêtes publiques*¹²¹ autorise une commission d'enquête à tenir, en tout ou en partie, ses travaux à huis clos pour empêcher la divulgation de renseignements dont on pourrait raisonnablement s'attendre qu'elle nuise à la sécurité nationale alors qu'au Québec, c'est par le biais de l'article 7 de la *Loi sur les commissions d'enquête*¹²², qui confère aux Commissaires tous les pouvoirs d'un juge de la Cour supérieure, que le huis clos peut être décrété – pour l'ensemble ou pour une partie des séances.

Et si le rapport d'une commission d'enquête est généralement rendu public dans son entier, en revanche, il n'en va pas de même pour les transcriptions des témoignages au Québec. Le jeu

115. Art. 96 du *Code d'éthique et de déontologie des membres de l'Assemblée nationale*, L.R.Q., c. C-23.1. Cette loi entre en vigueur en janvier 2012.

116. *Lobbyists Act*, S.A. 2007, c. L-20.5, art. 15.

117. *Human Rights Code*, R.S.B.C. 1996, c. 210.

118. *Ombudsman Act*, R.S.N.S. 1989, c. 327, art. 16.

119. *Ombudsperson Act*, R.S.B.C. 1996, c. 340, par. 9(6).

120. L.R.Q., c. S-3.4, art. 9.

121. L.O. 2009, c. 33, ann. 6, art. 14(3)a).

122. L.R.Q., c. C-37.

combiné du *Règlement sur les rapports des commissions d'enquête*¹²³, et de la *Loi sur les commissions d'enquête*¹²⁴ fait en sorte que toute personne peut obtenir des copies certifiées des témoignages en s'adressant au Conservateur des Archives nationales, sauf pour la preuve reçue à huis clos.

J. *Loi sur la justice administrative*

À tout seigneur, tout honneur ! Pour conclure ce catalogue de dispositions législatives autorisant ou exigeant le huis clos, il convient de se pencher sur la *Loi sur la justice administrative* du Québec¹²⁵ qui contient nombre de dispositions touchant au huis clos. D'abord, selon son article 10, les audiences du Tribunal administratif du Québec (T.A.Q.), et celles de tout autre organisme de l'ordre administratif chargé de trancher des litiges opposant un administré à une autorité administrative, sont publiques mais « le huis clos peut être ordonné, même d'office, lorsque cela est nécessaire pour préserver l'ordre public. »

Comme la *Loi* autorise, et même favorise, la conciliation en vue d'en arriver à des règlements de litiges à l'amiable, elle prévoit du même coup que « La conciliation a lieu à huis clos, sans frais, sans formalités ni écrit préalable »¹²⁶. Toutefois, un journaliste peut être admis à une audience à huis clos sauf si le T.A.Q. juge que sa présence pourrait porter préjudice à une des parties à l'instance ou aux intérêts d'une autre personne. En aucun cas cependant, le journaliste admis à une audience tenue à huis clos n'est-il autorisé à publier ou à diffuser quelque information qui permettrait d'identifier les personnes concernées – à moins que le Tribunal ne l'y autorise¹²⁷.

Dans un souci de transparence, la *Loi* exige toutefois que « Toute ordonnance de huis clos, de non-publication, de non-divulgation ou de non-diffusion prononcée par le Tribunal au cours d'une affaire est expressément mentionnée dans la décision » que rend le T.A.Q.¹²⁸.

123. R.R.Q. 1981, c. C-37, r. 2, art. 6.

124. Précitée, note 121, art. 18.

125. L.R.Q., c. J-3.

126. Art. 121.1, al. 2.

127. Art. 130.

128. Art. 151.

C'est aussi la *Loi sur la justice administrative* qui voit à la constitution du Conseil de la justice administrative et de la déontologie¹²⁹. Le Conseil étudie et tranche les plaintes en matière de conduite logées à l'encontre des juges administratifs qui siègent au T.A.Q., à la Régie du logement, au Conseil des relations de travail et à la Commission des lésions professionnelles¹³⁰.

Selon l'article 173 de la *Loi*, les séances du Conseil sont publiques, à moins que le Conseil n'ordonne le huis clos en vue de préserver l'ordre public.

CONCLUSION

En guise de conclusion, voici les grandes lignes À RETENIR en matière de huis clos :

- le huis clos est une mesure d'exception ;
- la règle est la publicité des débats judiciaires ;
- le huis clos n'est pas uniquement réservé aux matières pénales ou criminelles ;
- le huis clos peut être prévu par une disposition législative spécifique ou découler des traditions de Common Law ;
- le huis clos peut être ordonné *proprio motu* par un juge entendant une affaire ou à la demande d'une partie ;
- le test à satisfaire est celui dégagé par les arrêts *Dagenais* et *Mentuck*, c'est-à-dire qu'il faut :
 - préciser l'objectif visé, l'intérêt à être protégé par l'ordonnance de huis clos

129. Art. 1, al. 3 et art. 165.

130. Les textes législatifs pertinents sont : le *Code de déontologie applicable aux membres du Tribunal administratif du Québec*, (2006) 138 G.O. II, 1443, R.R.Q., c. J-3, r. 0.1. ; la *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*, L.R.Q., c. A-3.001, le *Code de déontologie des membres de la Commission des lésions professionnelles*, D. 722-2005, (2005) 137 G.O. II, 4500, R.R.Q., c. A-3.001, r. 4, le *Code du travail*, L.R.Q., c. C-27, le *Code de déontologie des commissaires de la Commission des relations du travail*, D. 575-2007, (2007) 139 G.O. II, 2757, R.R.Q., c. C-27, r. 1.1, la *Loi sur la Régie du logement*, L.R.Q., c. R-8.1, le *Code de déontologie des régisseurs de la Régie du logement*, D. 1200-2002, (2002) 133 G.O. II, 7350, R.R.Q., c. R-8.1, r. 1. Voir aussi le site du Conseil à l'adresse : <<http://www.cja.gouv.qc.ca/fr/02-lois-et-regles-deontologiques.html>>.

- déterminer si d'autres mesures raisonnables pourraient permettre de protéger cet intérêt et
- soupeser les effets bénéfiques du huis clos et les effets préjudiciables d'une entorse au droit fondamental à la liberté d'expression, à la liberté de la presse et au principe de publicité des débats judiciaires ;
- le huis clos peut et doit être modulé ; il pourra être partiel ou temporaire ;
- des mesures accessoires peuvent ou doivent accompagner une ordonnance de huis clos en vue de préserver la confidentialité des informations.

Mais le mot final appartient à la loi de Terre-Neuve et du Labrador sur l'interprétation qui, dans un élan de clarté et de brièveté..., définit « *in camera* » / huis clos comme signifiant « en privé »¹³¹. C'est donc dire que ce qui doit être à huis clos doit être en privé ... car Sartre a bien raison : l'enfer, c'est d'être soumis au regard des autres !

131. *Interpretation Act*, R.S.N.L. 1990, c. I-19, art. 27.

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

Marie Annik GRÉGOIRE
et Sophie GRATTON

Résumé

Alors que l'industrie des résidences privées pour personnes âgées est en pleine expansion et que le vieillissement de la population ne peut qu'alimenter cette tendance, le droit québécois ne régit pas expressément les baux utilisés par cette industrie. Afin de savoir si le droit québécois, et plus particulièrement le *Code civil du Québec*, devait protéger plus spécifiquement les personnes âgées locataires en résidences privées, les auteures ont procédé à l'étude empirique de baux provenant de diverses résidences situées dans plusieurs villes du Québec.

En analysant les résultats, qui regroupent plus de 19 000 unités de logement, les auteures ont noté une tendance lourde au sein de cette industrie à bafouer, à divers degrés, les droits des locataires. Elles concluent qu'un encadrement législatif plus adapté à cette clientèle vulnérable paraît s'imposer puisque tous les baux qu'elles ont examinés comportaient une ou plusieurs clauses contrevenant aux règles pourtant impératives du *Code civil du Québec* en matière de louage résidentiel. Le présent texte présente donc les résultats détaillés de cette étude ainsi que des suggestions de modifications législatives et de contrôle afin d'assurer une meilleure protection des personnes âgées vulnérables locataires dans une résidence pour aînés.

Ce texte présente les résultats de l'étude à tous les stades de la vie contractuelle, soit la formation du bail, l'exécution du bail, ce qui dans le cas de l'étude se traduit par les conditions de vie au sein de la résidence, et finalement, l'extinction du bail, notamment en cas de décès du locataire ou le déménagement de celui-ci vers une ressource plus appropriée, le plus souvent un CHSLD. Il permet de démontrer à quel point les règles générales du *Code civil du Québec* en matière résidentielle semblent mal adaptées aux personnes âgées et qu'un contrôle supplémentaire apparaît nécessaire et ce, à toutes les étapes du processus contractuel.

La légalité des baux de résidences privées pour personnes âgées : Étude réflexive sur l'effectivité des droits dans un contexte de vieillesse de la population

Marie Annik GRÉGOIRE*
et Sophie GRATTON

INTRODUCTION	477
MÉTHODOLOGIE	481
ANALYSE DES BAUX EN RÉSIDENCES POUR PERSONNES ÂGÉES	484
1. LA FORMATION DU CONTRAT	484
1.1 L'utilisation du formulaire obligatoire	484
1.2 Le plus bas loyer payé au cours des 12 derniers mois (annexe G du formulaire obligatoire)	484
1.3 Dépôts de toutes sortes	485
1.4 Coût du loyer	485
1.5 Bail conditionnel à l'examen médical du locataire	486
2. L'EXÉCUTION DU CONTRAT	487
2.1 La prise de possession du logement	487

* Professeure et avocate, Faculté de droit, Université de Montréal et Sophie Gratton, PhD., candidate au Barreau. Les recherches de cette étude ont, en partie, été financées par la Bourse Bordner, Ladner, Gervais.

2.2	La vie au sein de la résidence.	488
2.2.1	Les clauses contrevenant aux dispositions impératives en matière de louage résidentiel	488
a)	Les frais de toutes sortes	490
b)	Clauses d'exonération de responsabilité du locateur ou d'imputation de responsabilité au locataire.	491
c)	Les modifications unilatérales au bail et au règlement de la résidence	492
2.2.2	Les clauses contrevenant à la Charte des droits et libertés de la personne	492
a)	Entrée par le locateur ou ses représentants dans le logement	492
b)	Droit de visites, de sorties et de repas.	494
c)	Le mode de vie	496
d)	La question particulière des animaux de compagnie	496
3.	L'EXTINCTION DU BAIL	499
3.1	Les clauses de résiliation unilatérale du bail par le locateur.	499
3.2	Les dispositions relatives au décès ou au déménagement de la personne âgée	500
	CONCLUSION	503
	ANNEXE – Tableau des résultats	508

INTRODUCTION

La population québécoise vieillit. En 2007, le Conseil des aînés¹ prévoyait que le nombre de personnes âgées de 65 ans et plus au Québec dépasserait le cap du 1,2 million en 2011. Quant à lui, le gouvernement du Québec prévoit que ce nombre sera de plus de 2 millions de personnes en 2030². Par ailleurs, au sein même de ce bassin de population, la moyenne d'âge ne cesse d'augmenter. Certaines prévisions statistiques permettent d'estimer qu'en 2036³ les plus de 75 ans formeront plus de 12% de la population québécoise totale⁴. Or, on observe une augmentation de la fréquence de problèmes de santé causant une perte d'autonomie dans cette tranche de la population⁵ et par conséquent, une augmentation des besoins d'assistance et de soins.

Le gouvernement du Québec prône une politique de maintien à domicile aussi longtemps que possible pour les personnes âgées⁶. Dans son plan d'action 2005-2010 sur les services aux aînés en situation de perte d'autonomie, le gouvernement du Québec explique comment il compte « repositionner » l'hébergement en CHSLD (Centre d'hébergement et de soins de longue durée)

1. CONSEIL DES AÎNÉS, *La réalité des aînés québécois*, 2007, p. 15, en ligne : <http://www.mfa.gouv.qc.ca/fr/publication/Documents/CDA_aines3.pdf> (site consulté le 11 juillet 2011).
2. GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, MINISTÈRE DES FINANCES, *Stratégie du gouvernement, Un milieu de vie amélioré, une participation encouragée*, Budget 2007-2008, vol. 1, février 2007, p. 4, en ligne : <<http://www.budget.finances.gouv.qc.ca/budget/2007-2008/fr/pdf/Aines.pdf>> (site consulté le 5 juillet 2011).
3. Denise BOULET, « La protection due à l'ascendant âgé, une obligation à sens unique ? », dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, vol. 219, *Famille et protection*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 333, p. 339-340. Elle se réfère pour obtenir cette statistique à un rapport ministériel : GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, MINISTÈRE DE LA SANTÉ ET DES SERVICES SOCIAUX, *Bien vivre avec son âge, Revue de littérature sur la promotion de la santé des personnes âgées*, Québec, Publications du Québec, 1999, p. 36-37. Chantale LEFEBVRE, *Un portrait de la santé des Québécois de 65 ans et plus*, Institut national de la santé publique du Québec, Québec, Ministère de la Santé et des Services sociaux, 2003. Voir au même effet, Michèle CHARPENTIER, *Priver ou privatiser la vieillesse ? Entre le domicile à tout prix et le placement à aucun prix*, Ste-Foy, Presses de l'Université Laval, 2002, p. 56.
4. CONSEIL DES AÎNÉS, préc., note 1.
5. *Ibid.*, p. 16.
6. GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, MINISTÈRE DE LA SANTÉ ET DES SERVICES SOCIAUX DU QUÉBEC, *Pour faire les bons choix. Chez soi : le premier choix. La politique de soutien à domicile*, Québec, Publications du Québec, 2003, p. 5.

afin de n'offrir ce service qu'aux seules personnes qui « en ont le plus besoin sur le plan clinique »⁷. Cette décision se traduit concrètement par un gel des places en CHSLD et une hausse des critères d'admissibilité afin de favoriser un hébergement hors du secteur public⁸. Elle a d'ailleurs été critiquée par la Curatrice publique du Québec puisqu'ainsi, le gouvernement n'assurerait plus qu'aux seuls aînés totalement non autonomes un accès aux soins et mesures de soutien requis par leur état, laissant les autres aux soins du secteur privé. Ainsi, les personnes admises en CHSLD sont de plus en plus âgées et requièrent plus d'heures de soin et d'assistance par jour qu'auparavant⁹ alors que les ressources y sont de plus en plus limitées. Par conséquent, un nombre grandissant d'aînés requérant des soins et de l'assistance sont hébergés dans le réseau de résidences privées en attente d'une place dans le réseau public¹⁰, place qu'ils n'obtiennent pas toujours.

Une étude réalisée au début des années 2000 démontrait que, déjà à cette époque, 75 % de la clientèle des résidences privées était âgée de 75 ans et plus¹¹. Or, selon des statistiques gouvernementales, 40 % des personnes de 75 ans et plus souffrent d'une incapacité physique ou mentale¹² et sont donc particulièrement vulnérables. On compte d'ailleurs parmi les facteurs de vulnérabilité de ces personnes âgées : le grand âge de celles-ci (plus de 75 ans), la perte d'autonomie fonctionnelle qui va en s'accroissant (incapacités physique et intellectuelle), leur isolement social (perte du conjoint, des membres de la famille, des amis) et une

-
7. 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*, 2005, p. 35, en ligne : <<http://publications.msss.gouv.qc.ca/acrobat/f/documentation/2005/05-830-01.pdf>> (site consulté le 11 juillet 2011).
 8. CURATEUR PUBLIC DU QUÉBEC, *Mémoire du Curateur public du Québec, Vieillesse et inaptitude, Consultation publique sur les conditions de vie des aînés*, 2007, p. 6, en ligne : <http://www.curateur.gouv.qc.ca/cura/publications/consult_pub_memoire.pdf> (site consulté le 11 juillet 2011).
 9. M. CHARPENTIER, préc., note 3, p. 18.
 10. Michèle CHARPENTIER et Maryse SOULIÈRES, *Paroles de résidents, Droit et pouvoir d'agir (empowerment) des personnes âgées en résidence et en centre d'hébergement*, Rapport final de recherche soumis au Ministère de la Santé et des Services sociaux et Secrétariat aux Aînés, mai 2006, p. 10-11, en ligne : <http://www.mfa.gouv.qc.ca/fr/publication/Documents/AINES_parole_residents.pdf> (site consulté le 11 juillet 2011).
 11. M. CHARPENTIER, préc., note 3, p. 138.
 12. GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, MINISTÈRE DE LA SANTÉ ET DES SERVICES SOCIAUX, préc., note 7, p. 19.

grande précarité financière¹³, les empêchant même parfois d'avoir accès aux soins et services dont elles auraient besoin¹⁴.

Au plan juridique, la vulnérabilité spécifique aux personnes âgées en général est reconnue à l'article 48 de la *Charte des droits et libertés de la personne*¹⁵ qui spécifie que cette population a droit à une protection particulière contre toute forme d'exploitation. Bien qu'elle ait longtemps été négligée, cette disposition de la Charte québécoise commence à se frayer un chemin parmi les juristes, notamment en jurisprudence. C'est ainsi qu'elle a permis à certains juges d'intervenir pour rééquilibrer certaines situations contractuelles nuisibles à une personne âgée¹⁶.

Pourtant, malgré cette reconnaissance expresse du caractère vulnérable des aînés, il existe très peu de dispositions législatives protégeant spécifiquement ces personnes dans leurs relations contractuelles comme locataires en résidences privées. Bien que la *Loi sur les services de santé et les services sociaux*¹⁷ et le *Règlement sur les conditions d'obtention d'un certificat de conformité de résidences pour personnes âgées*¹⁸ fournissent un certain cadre pour la gestion des résidences pour personnes âgées, ils ne contiennent aucune disposition concernant spécifiquement les clauses des baux utilisés par ces résidences. De même, on ne trouve au *Code civil du Québec* qu'une seule disposition visant spécifiquement les aînés en tant que population locataire vulnérable, soit l'article 1974 C.c.Q.¹⁹. De même, il n'existe pas de formulaire obligatoire de bail distinct pour les résidences privées pour personnes âgées. Par contre, une annexe obligatoire doit être jointe au bail des résidences lorsque celles-ci offrent certains services. Cette annexe consiste simplement en une énumération de ces services et, le cas échéant, des coûts supplémentaires associés. En résumé, la protection en matière d'hébergement offerte par le cadre juridique québécois à cette tranche de la population repose essentiellement sur le respect des dispositions générales régissant le bail résidentiel.

13. M. CHARPENTIER, préc., note 3, p. 58.

14. *Ibid.*, p. 102-104.

15. L.R.Q., c. C-12 (ci-après « Charte québécoise »).

16. Voir notamment les arrêts *Vallée c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2005 QCCA 316 ; *Christiaenssens c. Rigault*, 2006 QCCA 853.

17. L.R.Q., c. S-4.2, art. 346.0.1 à 346.0.20.

18. R.R.Q., c. S-4.2, r. 5.

19. Cette disposition permet à une personne âgée de résilier son bail lorsqu'elle est admise de manière permanente dans un CHSLD ou un foyer d'hébergement.

Pourtant, la dépendance d'une personne âgée augmente au fur et à mesure qu'une résidence pourvoit à ses nombreux besoins : l'hébergement, les repas, l'assistance quotidienne (se laver, se vêtir, tâches ménagères et certains soins, notamment infirmiers ou autres)²⁰. De même, les personnes âgées constituent une clientèle particulièrement vulnérable par le contexte même de l'hébergement en résidence et le « certain manque de contrôle sur leur vie et leur environnement » qu'il entraîne d'une manière inéluctable²¹. Cette dépendance serait le « produit d'une relation instituante » résultant d'« une culture de soumission, de passivité et souvent d'inactivité propre aux milieux d'hébergement et de soins »²². Ce milieu a aussi tendance à infantiliser les personnes âgées, comme le démontre une étude effectuée auprès de résidents de ce milieu²³.

De même, la dépendance économique de certaines personnes âgées accroît d'autant leur vulnérabilité. Dans une étude publiée en 2002, la professeure Charpentier a interrogé un groupe de propriétaires de résidences. Plusieurs ont mentionné que la gestion des biens des personnes âgées par la famille n'était pas toujours adéquate, avec pour conséquence qu'ils s'en chargeaient eux-mêmes²⁴. De plus, il n'y a qu'un nombre infime de ces personnes qui soient bénéficiaires d'un régime de protection ou fassent l'objet d'une représentation par un mandataire en raison de leur inaptitude, si bien qu'elles échappent à tout contrôle du Curateur public²⁵. Dans de telles circonstances, il apparaît quasi-impossible qu'une telle personne entreprenne un recours contre son propriétaire.

Nous avons donc cherché à tracer un portrait sur le respect des droits des aînés dans diverses résidences pour personnes âgées. Spécifiquement, nous voulions savoir si généralement les

20. La professeure Michèle Charpentier souligne que la dépendance des personnes âgées est d'autant une occasion de domination de la part des propriétaires de résidences, « la dépendance est souvent une occasion de sujétion : qui donne se croit des droits », M. CHARPENTIER, préc., note 3, p. 60.

21. M. CHARPENTIER, préc., note 3, p. 59.

22. *Ibid.*, p. 59-60.

23. Michèle CHARPENTIER et Maryse SOULIÈRES, *Vieillir en milieu d'hébergement, Le regard des résidents*, Ste-Foy, Presses de l'Université Laval, 2007, p. 114-115.

24. M. CHARPENTIER, préc., note 3, p. 60.

25. Art. 27 C.c.Q. ; *Loi sur le curateur public*, L.R.Q., c. C-81 article 12, qui limite *a contrario* les pouvoirs du curateur aux personnes faisant l'objet d'un régime de protection ou aux majeurs inaptes représentés par un mandataire ; CURATEUR PUBLIC DU QUÉBEC, préc., note 8, p. 5-8 et 16.

dispositions impératives du *Code civil du Québec* qui régissent ces baux étaient respectées ou si, au contraire, ceux-ci comportaient des clauses illégales ou abusives. Pour résumer, nous avons cherché à vérifier si une protection plus particulière semblait nécessaire pour les personnes âgées locataires en résidence privée ou si celle offerte généralement par les dispositions générales du *Code civil* apparaissait suffisante.

Les conclusions de nos démarches nous paraissent inquiétantes : nous avons identifié des clauses abusives ou illégales, allant de la simple clause pénale à l'atteinte aux droits fondamentaux, dans la totalité des baux complets examinés. Ceci dit, nous tenons à spécifier que nous ne prétendons aucunement, à la lumière de nos résultats, que la totalité des baux en résidence pour personnes âgées au Québec contiennent de telles clauses illicites. Nous croyons cependant que notre examen démontre une tendance importante qui mérite une réflexion. Cette étude vise directement plus de 19 000 unités où habitent une ou deux personnes âgées. Ce sont autant d'aînés qui sont directement touchés. Notre étude démontre minimalement que les droits de ces personnes âgées locataires ne sont pas assez protégés. Quant aux tendances observées, elles nous permettent d'esquisser des pistes de redressement.

Voici donc le résultat détaillé de notre étude mais avant tout, nous tenons à faire quelques commentaires préliminaires concernant notre méthodologie.

MÉTHODOLOGIE

Pour effectuer notre recherche, nous avons procédé à un appel public pour l'obtention de baux en résidence : nous avons contacté un organisme dont les membres sont composés de personnes âgées de 50 ans et plus, soit la FADOQ (Fédération de l'âge d'or du Québec), qui a publié une annonce, dans sa revue trimestrielle, demandant à ses membres de nous faire parvenir une copie de leur bail. Dans le texte de l'annonce, nous garantissions la protection des noms inscrits sur ces baux, le cas échéant, et le fait qu'aucune personne ne serait directement contactée. Suite à cette démarche, nous avons obtenu 40 documents qui se voulaient des baux sous diverses formes. De ceux-ci, nous avons finalement écarté ceux qui ne concernaient pas des résidences privées pour personnes âgées (plusieurs provenaient de personnes hébergées

en CHSLD privés) de même que ceux qui concernaient une même résidence ou un même regroupement corporatif de résidences²⁶. Nous avons aussi séparé ceux qui étaient complets de ceux qui ne l'étaient pas (souvent parce que le règlement de la résidence manquait alors que le bail affirmait qu'un tel règlement existait). Ces exercices nous ont permis d'examiner plus en détails 13 baux suffisamment complets pour être étudiés de manière concluante. Ces documents proviennent de tous les types d'acteurs de l'industrie, soit de la petite résidence autonome aux compagnies contrôlant, une fois les divers voiles corporatifs levés, un grand nombre de résidences pour personnes âgées sur tout le territoire québécois. À elles seules, ces compagnies à résidences multiples sont propriétaires ou gestionnaires d'une soixantaine de résidences et les copies que nous avons reçues démontrent qu'elles utilisent le même bail au sein de leur regroupement. Ainsi, notre étude est représentative de plus de 70 résidences (pour plus de 19 000 unités de logement) pour personnes âgées au Québec. Par ailleurs, comme la grande majorité des résidences privées pour personnes âgées de la province²⁷, ces établissements sont à but lucratif.

Finalement, nous avons aussi fait plusieurs recherches dans les décisions rendues par la Régie du logement. À cette fin, nous avons consulté, sur place, les archives de ce tribunal et donc, notre analyse porte aussi sur des décisions non publiées.

Ceci dit, avant même d'étudier de manière plus approfondie les documents reçus, il est possible de constater certains éléments confirmant la vulnérabilité extrême de certaines personnes âgées. D'abord, parmi les documents reçus, certains n'étaient nullement des baux. Ainsi, nous avons reçu plusieurs formulaires pour un

26. Nous avons considéré que des résidences avaient le même propriétaire dès qu'il était clair que celles-ci étaient liées entre elles. En effet, une recherche au registre des entreprises démontre que même dans les cas où plusieurs résidences ont une dénomination sociale semblable, chaque établissement est autonome et possède sa propre personnalité juridique. Il faut donc se fier au site internet de cette dénomination sociale pour connaître le nombre exact de résidences liées au sein d'un même regroupement. Par exemple, la Résidence XYZ Château Boucherville est une personne morale différente de la Résidence XYZ Château St-Laurent. Cependant, le site internet de Résidences XYZ listera ces deux résidences comme faisant partie de son regroupement d'établissements.

27. SECRÉTARIAT AUX AÎNÉS, MINISTÈRE DE LA FAMILLE ET DES AÎNÉS, *Fonctionnement des résidences privées pour personnes âgées : Approches mises de l'avant par les administrations canadiennes*, Québec, mars 2005, p.10, en ligne : <http://www.mfa.gouv.qc.ca/fr/publication/Documents/AINES_residences_privées.pdf> (site consulté le 5 juillet 2011).

crédit d'impôt lié à l'hébergement. Il semble donc que la notion même de bail soit plus ou moins claire pour plusieurs personnes.

Il est aussi intéressant de mentionner que dans plusieurs cas nous n'avons pas reçu le règlement de l'immeuble qui doit être remis au locataire avant la signature du bail tant en vertu de l'article 1894 C.c.Q. que de l'article 5(7) du *Règlement sur les conditions d'obtention d'un certificat de conformité de résidence pour personnes âgées*²⁸. Ces règles de fonctionnement font partie du bail, celles-ci s'annexant au formulaire obligatoire du bail résidentiel. Or, puisqu'il n'y a pas de formulaire type pour ceux-ci, ce sont ces règlements qui sont le plus susceptibles de contenir des dispositions illégales. C'est pour cette raison que les baux non accompagnés du règlement de la résidence ont été rejetés lors de notre étude plus approfondie, sauf en ce qui concerne les annexes F et G du formulaire prescrit, soit les annexes relatives au plus bas loyer payé au cours des 12 derniers mois.

Il faut aussi mentionner que malgré que le *Règlement sur les conditions d'obtention d'un certificat de conformité de résidences pour personnes âgées*²⁹ prévoit que l'exploitant d'une résidence doit remettre à la personne qui demande à y être accueillie plusieurs documents, dont la procédure de gestion des plaintes, un code d'éthique et les règles de fonctionnement, nous n'avons pas rejeté les baux qui ne contenaient pas ces documents puisqu'un seul bail parmi ceux reçus aurait pu ainsi se qualifier.

Ces commentaires préliminaires effectués, nous procéderons à l'analyse générale des baux examinés et des conséquences de ceux-ci dans le contexte particulier des résidences pour personnes âgées. Nous tenons à spécifier que les citations mentionnées sont authentiques. Cependant, nous les avons parfois limitées afin de préserver l'anonymat des personnes nous ayant transmis leur bail.

28. *Règlement sur les conditions d'obtention d'un certificat de conformité de résidences pour personnes âgées*, préc., note 18.

29. *Règlement sur les conditions d'obtention d'un certificat de conformité de résidences pour personnes âgées*, préc., note 18, art. 5.

ANALYSE DES BAUX EN RÉSIDENCES POUR PERSONNES ÂGÉES

Afin de mieux cerner les difficultés rencontrées par les personnes âgées dans leurs rapports contractuels avec les résidences, nous avons regroupé celles-ci en trois périodes-clés de la vie contractuelle, soit la formation du contrat, l'exécution de celui-ci, qui dans ce cas se constate par les conditions de vie au sein de la résidence, et l'extinction du bail. Pour chacune de ces périodes, nous avons relevé des situations problématiques pour lesquelles des corrections pourraient être envisagées. Nous avons d'ailleurs joint en annexe à cette étude un tableau résumant nos constatations et permettant de mieux saisir cette réalité.

1. LA FORMATION DU CONTRAT

1.1 L'utilisation du formulaire obligatoire

Au stade même de la formation du contrat, nous avons pu constater que plusieurs dispositions du *Code civil* ne sont pas respectées. C'est ainsi que deux résidences n'ont pas utilisé le formulaire obligatoire en vertu de l'article 1895 C.c.Q. et des règlements afférents. Malheureusement, nous avons pu aussi constater que cela a de grandes répercussions sur le contenu du bail. Ces baux contiennent plusieurs clauses portant particulièrement atteinte à la vie privée du locataire et à son droit au maintien dans son logement. Les formulaires obligatoires ne semblent donc pas avoir été écartés par simple négligence ou méconnaissance de cette disposition impérative de la loi. Aussi, parce que le formulaire obligatoire comprend une description des droits et devoirs de chacune des parties, le fait d'utiliser un autre formulaire prive le locataire de cette information et peut permettre au locateur d'imposer ses propres règles au mépris des dispositions impératives de la loi.

1.2 Le plus bas loyer payé au cours des 12 derniers mois (annexe G du formulaire obligatoire)

Pour cette partie, nous avons analysé le contenu de 20 baux, puisque cette information se trouve en principe sur le formulaire obligatoire et que l'étude des règlements annexés de la résidence n'est ainsi pas nécessaire à son obtention. Même chez ceux utilisant le formulaire obligatoire, nous avons pu constater que la

section G, concernant l'avis au nouveau locataire quant au plus bas loyer payé au cours des 12 derniers mois, n'a été complété librement qu'en seulement 3 occasions (5 résidences se prévalant par ailleurs de l'exemption des immeubles neufs de moins de 5 ans permettant de ne pas répondre à cette question)³⁰. Cela implique que 12 baux sur les 20 étudiés n'ont pas complété cette section pourtant obligatoire. À notre avis, ce taux élevé de non-respect s'explique par l'absence de sanction réelle liée à la violation de cette disposition. La seule sanction prévue est l'allongement du délai pour contester le montant du loyer³¹. Or, particulièrement dans le cas des personnes âgées vulnérables, de telles contestations ont peu de chances de se produire. On peut donc s'interroger sur l'utilité d'une telle disposition tant et aussi longtemps qu'elle ne comportera pas de sanctions plus sévères, par exemple de type pénal.

1.3 Dépôts de toutes sortes

Parmi les clauses fréquemment rencontrées, on trouve celles prévoyant des dépôts, notamment pour assurer le retour de clés ou de cartes magnétiques. Les dépôts réclamés varient entre 30,00 \$ et 60,00 \$. Pourtant, de telles clauses sont expressément interdites par l'article 1904 C.c.Q.

1.4 Coût du loyer

Deux points à ce sujet sont préoccupants. En ce qui concerne le premier, nous avons constaté à deux reprises une mention à l'effet que le loyer est fixé en fonction d'une occupation simple et qu'un changement à cet effet entraînerait une modification du prix du loyer dit « de base », soit celui n'incluant pas les coûts liés aux repas et aux soins de santé supplémentaires. Or, une telle clause est interdite par l'article 1900 C.c.Q. qui prévoit expressément que les droits du locataire ne peuvent être modifiés « en raison de l'augmentation du nombre d'occupants », à moins que les dimensions du logement en justifient l'application.

Le deuxième point nous semble encore plus inquiétant. Les aînés quittent leur maison le plus souvent lorsqu'eux-mêmes ou leur famille sentent qu'ils ne sont plus en mesure d'y rester seuls

30. Annexe F du formulaire de bail obligatoire ; art. 1896, 1955 et 1956 C.c.Q.

31. Art. 1896 et 1950 C.c.Q.

ou d'en assumer l'entretien³². De même, l'augmentation de l'âge entraîne presque inévitablement une perte d'autonomie graduelle. C'est dans ce contexte que plusieurs résidences incluent dans leur bail des clauses par lesquelles elles se fixent le droit de modifier unilatéralement le coût du loyer en cas de changement dans l'état d'autonomie du locataire. Une d'elles va même jusqu'à prévoir un montant additionnel spécifique, à l'image d'une clause pénale, en cas de modification à cet état. Naturellement, il va sans dire que de telles clauses sont illégales, particulièrement dans le contexte actuel où les résidences privées fixent elles-mêmes leurs critères d'évaluation de la perte d'autonomie de la personne et des soins qui lui sont alors nécessaires. En effet, comme le démontrait l'émission *La Facture* du 9 novembre 2010, les résidences pour personnes âgées n'utilisent aucune grille d'évaluation commune ou émanant des autorités publiques et il n'existe aucune norme spécifique pour évaluer la condition des personnes âgées qui vivent sous leur toit. Or, de telles normes standardisées existent pourtant dans le secteur public. Il est donc nécessaire qu'une plus grande intégration se fasse entre les deux réseaux et qu'un contrôle soit exercé sur les frais réclamés aux locataires de résidences pour les soins de santé particuliers.

1.5 Bail conditionnel à l'examen médical du locataire

Une clause d'un des baux étudiés³³ prévoit que le locateur se réserve le droit d'exiger un rapport médical sur l'état de santé du locataire avant la prise de possession du logement. Cette exigence est clairement problématique. En effet, l'article 5 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*³⁴ prévoit qu'une entreprise ne peut recueillir que les renseignements nécessaires à l'objet pour lequel elle a un intérêt légitime et sérieux de constituer un dossier sur autrui. Par ailleurs, l'article 9 de la même loi prévoit que cette entreprise ne peut refuser d'acquiescer à une demande de biens ou de services à cause du refus d'une personne de fournir un renseignement personnel sauf s'il est démontré que ce renseignement est nécessaire à l'exécu-

32. Dans des entrevues effectuées auprès de résidents, la professeure Charpentier a pu constater à quel point ceux-ci avaient l'impression « de ne pas avoir pris la décision d'aller vivre en résidence ». Leurs témoignages se teint[ai]ent d'un sentiment de perte de contrôle, d'abdication ou de résignation. M. CHARPENTIER et M. SOULIÈRES, préc., note 23, p. 79.

33. Mais ce bail provient d'un regroupement important de résidences.

34. L.R.Q., c. P-39.1, art. 5.

tion du contrat. Ce même article prévoit aussi qu'en cas de doute, le renseignement sera réputé non nécessaire. Or, comme tout autre contrat, le bail peut être annulé en présence d'un vice de consentement, notamment pour l'erreur du locateur suite à de fausses représentations du locataire sur son état de santé et sur le fardeau qu'il peut représenter pour la résidence. Ainsi, nous ne voyons pas en quoi il est nécessaire d'exiger, dans le cas des personnes âgées, des rapports médicaux confidentiels.

Par ailleurs, on peut s'interroger sur l'usage de telles informations médicales. Les articles 10 et 12 de la *Charte des droits et libertés de la personne*³⁵ interdisent la discrimination fondée sur l'âge, la condition sociale et le handicap dans la conclusion d'un acte juridique pour « des biens ou services ordinairement offerts au public ». Or, quel autre motif que celui de refuser d'offrir la location peut-on trouver dans l'exigence d'un rapport médical sur l'état de santé d'un potentiel locataire ? L'exigence de ces rapports nous apparaît contrevenir à cette interdiction de discrimination.

Ceci dit, il est vrai qu'une fois le bail conclu, le *Règlement sur les conditions d'obtention d'un certificat de conformité de résidence pour personnes âgées*³⁶ prescrit au propriétaire de la résidence de consigner certaines informations sur la santé du locataire. Cependant, ce même article permet aussi à la personne âgée de refuser de fournir l'une ou l'autre de ces informations sans qu'elle en soit pénalisée dans la conclusion de son bail.

2. L'EXÉCUTION DU CONTRAT

Nous avons divisé cette partie en deux sous-parties, soit celle concernant la prise de possession du logement et celle concernant la vie au sein de la résidence.

2.1 La prise de possession du logement

L'article 1910 C.c.Q. fait supporter au locateur le fardeau des frais de délivrance d'un logement en bon état d'habitabilité, ce qui inclut, selon la jurisprudence, les réparations et la peinture³⁷. Ces

35. Charte québécoise, préc., note 15, art. 10 et 12.

36. *Règlement sur les conditions d'obtention d'un certificat de conformité de résidences pour personnes âgées*, préc., note 18, art. 6 et 7.

37. *Côté c. Demers*, [2001] n°AZ-01036274 (C.Q.); *Blais c. Ngo*, [2000] n°AZ-50081412 (C.Q.); *Rozenblat c. Miller*, B.E. 98BE-886 (C.Q.).

travaux doivent être effectués, selon cette même jurisprudence, avant la prise de possession par le locataire et ne peuvent aucunement lui être imputés. Dans la même lignée, l'article 1910 C.c.Q. prévoit qu'une clause par laquelle le locataire se déclare satisfait de l'état d'un logement est sans effet.

Pourtant, malgré cet article clair, nous avons trouvé dans certains baux reçus des clauses où le locataire reconnaît que tout « est en parfait ordre et bon état » ou « qu'il accepte les lieux dans l'état actuel ». D'autres clauses imputent au locataire les frais de peinture, de réparation ou de pose d'un nouveau plancher remplaçant un tapis en mauvais état avant la prise de possession. Par ailleurs, certains processus sont plus subtils, mais font tout de même supporter au nouveau locataire les frais de remise en état de logement. Dans ces cas, les locateurs procèdent de deux manières : soit on prévoit que le locataire devra effectuer ou faire effectuer les travaux à ses frais, soit on prévoit qu'il ne pourra prendre possession de son logement, malgré le loyer payé, tant que ces travaux ne seront pas terminés, le tout sans compensation financière : « le Locateur a un MINIMUM de sept (7) jours ouvrables pour préparer ce logement [...] Le locataire accepte ce délai pour l'occupation de son logement sans pour autant exiger une compensation monétaire ». Il est clair qu'une telle clause, en plus de contrevenir à l'esprit de l'article 1910 C.c.Q. va à l'encontre même de la définition du bail, que l'on trouve à l'article 1851 C.c.Q. puisque par une telle clause, le locateur perçoit un loyer alors qu'il n'offre pas la jouissance paisible du logement.

2.2 La vie au sein de la résidence

Dans cette section, nous avons choisi de diviser les clauses en deux catégories, soit celles qui contreviennent aux dispositions impératives du *Code civil* en matière de bail résidentiel et celles qui contreviennent aux droits et libertés fondamentaux de la personne âgée.

2.2.1 Les clauses contrevenant aux dispositions impératives en matière de louage résidentiel

Nous trouvons, dans cette catégorie, des clauses le plus souvent expressément interdites par le *Code civil du Québec*.

a) *Les frais de toutes sortes*

Parmi les baux étudiés, nous trouvons un bon nombre de clauses où des frais sont facturés au locataire, peu importe le montant des dommages réellement encourus par le locateur. Par exemple, nous avons constaté de telles clauses pour des clés ou des cartes magnétiques perdues, des chèques retournés, des retards de paiement du loyer et même des éviers ou toilettes obstrués, les montants réclamés variant généralement entre 30,00 et 50,00 \$. Or, en vertu de l'article 1901 C.c.Q., de telles clauses sont abusives si la peine stipulée dépasse la valeur du préjudice réellement subi par le locateur.

D'ailleurs, en ce qui concerne la valeur du préjudice réellement subi par le locateur, d'autres montants nous ont paru particulièrement excessifs. Par exemple, nous avons vu des clauses imposant des augmentations de plus de 100\$ par mois en cas de maladie du locataire ou en cas d'utilisation d'un climatiseur³⁸, afin, allègue-t-on, de couvrir les coûts supplémentaires engendrés. Nous avons aussi noté une clause qui, « conformément aux règles de la Régie du Logement », ce qui naturellement est inexact, imputait des frais dits « administratifs » de 350,00 \$ (montant par ailleurs « sujet à changement sans préavis ») au locataire désirant céder ou sous-louer son bail. De tels frais sont clairement illégaux et contreviennent tant à l'article 1901 qu'à l'article 1904 C.c.Q. qui prévoit, dans ce dernier cas, qu'on ne peut exiger du locataire aucune autre somme que le loyer ou les autres frais prévus par la loi. Or, dans le cas d'une sous-location, l'article 1872 C.c.Q. prévoit que « le locateur qui consent à la sous-location ou à la cession ne peut exiger que le remboursement des dépenses raisonnables qui peuvent résulter de la sous-location ou de la cession », c'est-à-dire les frais raisonnables réellement déboursés par le locateur pour un motif légitime. Cela peut par exemple comprendre les frais encourus pour s'enquérir du crédit du locataire proposé mais ne peut pas, par ailleurs, inclure les frais d'avocats³⁹. Ainsi, il apparaît clair qu'une clause qui fixe arbitrairement ce montant à une somme aussi élevée que 350,00 \$ a pour but d'intimider le locataire afin de le décourager de céder son bail ou de sous-louer son

38. Dans son étude sur les milieux de vie des personnes âgées, la professeure Charpentier a démontré que de tels coûts supplémentaires étaient une source de préoccupations financières pour les aînés : M. CHARPENTIER, *préc.*, note 3, p. 103.

39. *F.D.L. Compagnie c. Morin*, [1996] J.L. 366 (R.D.L.).

appartement, le tout en contravention des articles 1870 et suivants du *Code civil*.

b) Clauses d'exonération de responsabilité du locateur ou d'imputation de responsabilité au locataire

Parmi les baux examinés, certaines clauses font porter au locataire la responsabilité de certains événements, sans égard à sa faute, le tout en contravention de l'article 1900 C.c.Q. De même, toujours en contravention de cet article, plusieurs clauses exonèrent le locateur de sa responsabilité à l'égard de tout dommage, perte, vol et blessure que pourrait subir le locataire. On trouve dans ces mêmes baux des clauses où le locataire est réputé responsable d'un dommage concomitant à un quelconque irrespect des règlements imposés par le locateur, le tout sans égard à sa faute réelle. Par exemple, dans un cas, le locataire est tenu responsable de tout dommage causé par un dégât d'eau ou un incendie qui aurait pour origine son appartement en cas de branchement d'une laveuse ou d'une sècheuse, puisque le règlement interdit un tel branchement. Ce seul branchement constitue un cas de responsabilité réputée⁴⁰ selon les termes du bail. Or, une telle clause viole non seulement les articles 1900 et 1901 C.c.Q. mais aussi l'article 1862 C.c.Q. qui stipule qu'un « locataire n'est tenu des dommages-intérêts résultant d'un incendie que s'il est prouvé que celui-ci est dû à sa faute ou à celle des personnes à qui il a permis l'accès à l'immeuble ». On ne peut imputer un incendie à un locataire du seul branchement d'un appareil électrique.

Une autre clause abusive observée concerne la présence et l'extermination d'insectes. Certains baux contiennent une clause qui limite la responsabilité du locateur en cas d'infestation du logement par des insectes. Dans cette clause, le locateur indique que le locataire devra permettre et subir tout traitement ou réparation nécessaire pour l'extermination d'insectes et autres vermines et ce, sans qu'il puisse réclamer une diminution de loyer à titre de dommages-intérêts ou de compensation. Or, l'obligation d'exterminer les insectes et la vermine relève de l'obligation d'offrir une jouissance paisible d'un logement en bon état d'habitabilité résultant des articles 1854 et 1910 C.c.Q. Il s'agit d'une obligation de garantie⁴¹. De même, le locateur a le devoir de

40. On sait qu'en vertu de l'article 2847 C.c.Q., la présomption de faits réputés « est absolue et aucune preuve ne peut lui être opposée ».

41. *DiGiambattista c. Mohanarajan*, [1996] J.L. 80 (C.Q.).

maintenir le logement en bon état d'habitabilité, de sécurité et de salubrité⁴². En cas de défaut, le locataire peut réclamer une diminution de loyer⁴³, des dommages moraux⁴⁴ et même la résiliation du bail⁴⁵. Le locataire conserve ces droits malgré toute stipulation contraire⁴⁶. Les clauses limitant les droits du locataire à ce titre sont donc clairement contraires aux dispositions du *Code civil du Québec*.

c) *Les modifications unilatérales au bail et au règlement de la résidence*

Nous l'avons mentionné, le règlement régissant une résidence et son mode de fonctionnement fait partie du bail puisqu'il régit le mode de vie au sein de la résidence et en ce sens, a un impact important pour le locataire. C'est pour cette raison qu'il doit obligatoirement être remis à ce dernier avant la signature du bail et qu'il ne peut être modifié unilatéralement par la suite, sauf par la procédure prévue aux articles 1941 C.c.Q. et suivants. Cette demande doit alors se faire de bonne foi⁴⁷. Elle peut causer certains inconvénients au locataire mais ne peut l'obliger à déménager puisque ce dernier a droit au maintien dans les lieux⁴⁸. Le loyer doit alors être ajusté en conséquence, notamment si la modification entraîne une réduction des commodités ou services offerts au locataire⁴⁹. Or, encore une fois, on peut constater une méconnaissance de cette réalité. Parmi les règlements reçus, plusieurs mentionnent qu'ils sont modifiables sans autre préavis et s'accompagnent d'une renonciation à réclamer une baisse de loyer suite à toute modification.

Les exemples de clauses où le locateur se réserve le droit de modifier unilatéralement certains aspects du bail sont nombreux. Ainsi, plusieurs baux prévoient, dans le règlement officiel, la possibilité de modifier unilatéralement l'accès aux espaces communs, telles les piscines, salles communes ou d'entraînement : « Les locataires auront accès aux endroits communs tels : la cour, les salons

42. Art. 1910-1913 C.c.Q.

43. *DiGiambattista c. Mohanarajan*, préc., note 41.

44. *Bailey c. Diramio*, J.E. 86-107 (C.P.).

45. *Jules-Valon c. Les Immeubles Yamiro inc.*, [1998] J.L. 101 (C.Q.) ; *Chavez c. Immeubles Yamiro inc.*, [1994] J.L. 248 (C.Q.).

46. Art. 1900 C.c.Q.

47. *Sniatowsky c. Cour du Québec*, 2011 QCCS 1508, par. 43-46.

48. *Ibid.*, par. 42-46 ; *Société 3505 Ste-Famille inc. c. Langlois*, [2005] R.J.Q. 1217 ; [2005] J.L. 182 (C.Q.), par. 35.

49. *Ibid.*

communautaires, le bain tourbillon et le locateur pourra édicter des règlements pour l'utilisation des lieux communs. [...] Il est bien entendu que le locateur n'a et n'aura aucune obligation de maintenir ces endroits communs à la disposition des locataires. ». Or, les accès aux parties communes constituent des accessoires au bail pour lesquels le locateur doit fournir la jouissance paisible⁵⁰. Un locataire qui perd l'accès à une partie commune suite à une décision de la résidence de la fermer ou d'en modifier les conditions d'accès pourra demander une baisse de loyer correspondant à la valeur objective de la perte de jouissance ainsi encourue⁵¹.

Ceci dit, certains baux vont encore plus loin. Dans ces derniers, les administrateurs des résidences se réservent le droit de relocaliser le locataire pour toutes « raisons pertinentes », aux frais du locateur, mais sans que le locataire ne puisse réclamer un dédommagement quelconque. Naturellement, il va sans dire que de telles clauses nous apparaissent abusives et contraires aux articles 1900 et 1901 C.c.Q. puisqu'elles exonèrent les résidences de toute responsabilité en plus d'imposer au locataire une obligation qui peut être déraisonnable compte tenu des circonstances.

2.2.2 Les clauses contrevenant à la Charte des droits et libertés de la personne

L'examen des baux reçus expose de manière encore plus flagrante la vulnérabilité des personnes âgées. Plusieurs contiennent des violations importantes de leurs droits fondamentaux et plus particulièrement, celui du respect à leur vie privée⁵².

a) Entrée par le locateur ou ses représentants dans le logement

En ce qui concerne cette question, nous rappelons qu'en plus des principes généraux de l'article 5 de la Charte québécoise concernant le respect de la vie privée, le *Code civil du Québec*

50. Art. 1892 et 1854 C.c.Q. ; *La Mauricienne, Société d'assurance générale c. 9020-3886 Québec inc.*, J.E. 2005-142 (C.A.) (concernant un bail commercial).

51. *Boyer c. Martin*, [2003] J.L. 177 (R.L. agissant en révision).

52. En ce sens, il est bon de rappeler les articles pertinents de la Charte québécoise, préc., note 15 :

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

6. Toute personne a droit à la jouissance paisible et à la libre disposition de ses biens, sauf dans la mesure prévue par la loi.

7. La demeure est inviolable.

8. Nul ne peut pénétrer chez autrui ni y prendre quoi que ce soit sans son consentement exprès ou tacite. »

encadre spécifiquement les droits d'accès du locateur⁵³. Ainsi, l'article 1931 C.c.Q. prévoit que le propriétaire qui désire pénétrer dans un logement doit, à moins d'une urgence, fournir un préavis de 24 heures au locataire. De même, les articles 1932 et 1933 C.c.Q. prévoient les heures entre lesquelles ces visites devront avoir lieu (toujours sous réserve de l'urgence). Naturellement, conformément aux postulats fondamentaux du droit privé, ce droit d'accès doit être exercé selon les exigences de la bonne foi⁵⁴. Il n'est donc pas permis au locateur de pénétrer sans préavis dans un logement pour tout autre motif que l'urgence ou d'une manière abusive. Cela constitue une violation du domicile du résident qui pourra entraîner, à défaut de dommages matériels, une diminution de loyer⁵⁵ et l'octroi de dommages moraux⁵⁶ ou même punitifs⁵⁷, selon les circonstances.

53. Certaines décisions ont considéré que les dispositions spécifiques du *Code civil du Québec* constituaient en quelque sorte l'harmonisation nécessaire des droits du locateur et ceux du locataire au sens de l'article 9.1 de la Charte québécoise, préc., note 15. Voir par exemple les commentaires du régisseur Jean-Claude Pothier dans la décision *Tino c. Forget*, [1998] J.L. 357 (R.D.L.), repris intégralement dans la décision *Lacourse c. Petit*, [2005] J.L. 262 (R.D.L.) : « ... le droit au respect de sa vie privée et à l'inviolabilité de sa demeure pour la locataire et celui à la jouissance paisible de son bien pour le locateur sont des droits protégés par la *Charte des droits et libertés de la personne* (Charte québécoise, préc., note 15, art. 5-8), lesquels doivent être exercés conformément aux règles prévues au *Code civil du Québec* et en harmonie avec ce dernier. C'est ce que la disposition préliminaire du *Code civil du Québec* prévoit :

« Le *Code civil du Québec* régit, en harmonie avec la *Charte des droits et libertés de la personne* 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. »

[...]

« Il m'apparaît clairement que les articles 1930 à 1935 C.c.Q. énoncent la « portée » et les modalités d'« exercice » de ces droits et l'équilibre qui doit être maintenu entre eux, car même contradictoires, ils doivent être conciliés et harmonisés ; c'est ce qu'édicté l'article 9.1 de la Charte, surtout au 2^e alinéa. Il est à noter que ce dernier alinéa utilise les mêmes termes de « portée » et d'« exercice » que les dispositions préliminaires ci-dessus ; ceci est évidemment voulu :

« 9.1 [Exercice des libertés et droits fondamentaux] Les libertés et droits fondamentaux s'exercent dans le respect des valeurs démocratiques, de l'ordre public et du bien-être général des citoyens du Québec.

[Rôle de la loi] La Loi peut, à cet égard, en fixer la portée et en aménager l'exercice. »

54. Art. 6, 7 et 1375 C.c.Q.

55. *Lacourse c. Petit*, préc., note 53.

56. *Gillery c. Chao*, 2010 QCRDL 13338 ; *Brodeur c. Gestion immobilière JB enr.*, [1995] J.L. 294 (C.Q.).

57. Charte québécoise, préc., note 15, art. 49(2) ; *Gillery c. Chao*, préc., note 56. Les dommages punitifs ne peuvent être octroyés qu'en cas d'atteinte illicite et intentionnelle. Concernant l'interprétation du critère de l'atteinte intentionnelle, voir

Pourtant, plusieurs baux prévoient une stipulation par laquelle le locateur « est autorisé à entrer dans l'appartement du locataire en tout temps pour effectuer toute réparation ou vérification qu'il jugera nécessaire » ou encore « afin de s'assurer que [le] logement est parfaitement entretenu ». Par ailleurs, nous pensons que les services de surveillance et de soins sont autant de prétextes pouvant permettre une intrusion dans l'appartement du locataire et le *Code civil* ne tient malheureusement pas compte de cette particularité liée à la clientèle des résidences pour personnes âgées. Entre les soins et les services offerts par une résidence et requis par la personne âgée, la ligne à tracer entre l'intrusion violant la vie privée et l'accès autorisé devient parfois difficile à discerner.

b) Droit de visites, de sorties et de repas

Dans certains baux, nous avons observé des clauses particulièrement choquantes en ce qu'elles violent impunément les droits à la liberté, à la dignité et à la vie privée des personnes âgées. Le droit à la vie privée inclut celui « de prendre des décisions fondamentalement personnelles sans influence externe induite »⁵⁸, notamment les décisions qui ont un effet déterminant sur la qualité même de la vie privée⁵⁹. Le droit à la dignité exige, quant à lui, que la personne soit traitée avec le respect qui lui est dû en tant qu'être humain⁶⁰. Ces droits impliquent qu'une personne peut choisir le mode de vie qui lui convient, qu'elle est libre de circuler comme elle l'entend et qu'elle peut donner accès à son logement aux personnes qu'elle souhaite inviter, dans la mesure où ces dernières ne causent pas de préjudice aux autres locataires ou au propriétaire⁶¹. Malgré tout, certains baux imposent aux résidents des heures de visite et de sortie et interdisent toute visite en dehors de ces heures. Or, celles-ci ne comprennent pas, dans la plupart

Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand, [1996] 3 R.C.S. 211, par. 117-118.

58. *Godbout c. Longueuil (Ville de)*, [1997] 3 R.C.S. 844, par. 98 ; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, 166.

59. *Godbout c. Longueuil (Ville de)*, préc., note 58, para. 68 ; *R. c. Morgentaler*, préc., note 58.

60. *Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, préc., note 57, par. 99-106 ; *Commission des droits de la personne et de la jeunesse c. Coutu*, [1995] R.J.Q. 1628 (T.D.P.Q.), confirmé en appel à J.E. 98-2088 (C.A.).

61. Art. 1860 C.c.Q.

des cas observés, les heures de repas ni la nuit. Certaines résidences imposent un couvre-feu aux résidents. Un bail prévoit même expressément qu'il est interdit de recevoir un membre de sa famille ou une autre personne pour la nuit et ce, « même à titre temporaire ou exceptionnel ». Deux baux stipulent par ailleurs qu'un résident qui souhaite se prévaloir d'un droit de sortie doit prévenir la résidence 24 heures à l'avance, sauf en présence d'une situation exceptionnelle. Un de ceux-ci prévoit même qu'un processus de sanctions, pouvant mener à l'expulsion, s'enclenchera en cas de non-respect de la procédure du préavis de sortie.

En ce qui concerne les repas, nous l'avons mentionné, certaines clauses interdisent aux résidents de recevoir de la visite pendant la période des repas, quand d'autres exigent des préavis d'au moins 24 heures en cas d'absence, et ce malgré que les repas ne soient pas crédités. Finalement, un des baux prévoit que les repas sont obligatoires et qu'il est important que le résident discute avec les autres résidents à ce moment.

Il va sans dire que de telles stipulations sont extrêmement troublantes en ce qu'elles isolent les personnes âgées de leurs proches et risquent d'augmenter du fait même leur vulnérabilité. De plus, non seulement ces clauses portent atteinte à la vie privée⁶², à la liberté et à la libre jouissance des biens de la personne âgée mais elles contreviennent directement à l'article 3 du *Règlement sur les conditions d'obtention d'un certificat de conformité de résidence pour personnes âgées*⁶³ qui spécifie que « [l']espace est aménagé dans la résidence pour personnes âgées de façon à permettre à chaque résident de recevoir des visiteurs, en tout temps, dans le respect de son intimité ». Pour ces raisons, nous croyons que de telles clauses devraient être sévèrement sanctionnées, y compris de manière pénale. Ces pratiques infantilisent les personnes âgées d'une manière inadmissible. Nous rappelons que nous sommes ici en présence de baux de logement signés par des personnes autonomes et semi-autonomes, et non de chambres en CHSLD. Les aînés ont droit au même respect de leur liberté, de leur vie privée et de leur dignité que les autres catégories de locataires.

62. Charte québécoise, préc., note 15, art. 5 ; *Poulin c. Lacourse*, [1992] J.L. 15 (R.D.L.).

63. *Règlement sur les conditions d'obtention d'un certificat de conformité de résidences pour personnes âgées*, préc., note 18, art. 3.

c) *Le mode de vie*

Les droits à la dignité et la vie privée incluent le droit pour un individu d'être traité avec tous les égards dus à une personne humaine et notamment dans le respect de ses sphères les plus intimes. Pourtant, nous avons pu trouver un bail où le locateur, d'une résidence s'identifiant par ailleurs pour personnes âgées autonomes, impose qu'un bain par semaine soit donné par ses préposés à chacun des résidents, sans qu'« aucune excuse ne [soit] acceptée pour détourner [sic] cette directive ». Même le jour et l'heure de ce bain obligatoire est établi par le locateur. Sur ce même sujet, nous avons constaté des clauses dans divers baux obligeant le locataire à s'habiller selon certains standards ou à certaines périodes de la journée.

Aussi, nous avons constaté des clauses où le locateur restreint l'accès au locataire à des services extérieurs, notamment en lui imposant d'obtenir son autorisation préalable avant d'utiliser de tels services. On peut penser au locataire qui souhaiterait obtenir une aide extérieure au ménage ou des soins infirmiers autres que ceux fournis par la résidence. Dans un cas, de tels services sont même strictement interdits à l'intérieur des murs de la résidence. Pourtant, ces clauses contreviennent au *Code civil du Québec* puisqu'elles restreignent « le droit du locataire d'acheter ou d'obtenir les biens ou les services des personnes de son choix, suivant les modalités dont lui-même convient »⁶⁴.

d) *La question particulière des animaux de compagnie*

La grande majorité des baux qui nous ont été soumis interdisent la possession d'animaux de compagnie. Ces clauses soulèvent aussi la question de la jouissance paisible, de la vie privée et de la libre disposition de ses biens. Par le passé, de telles clauses ont d'ailleurs été contestées au motif qu'elles contrevenaient à la liberté et qu'elles étaient abusives ou déraisonnables au sens de l'article 1901 C.c.Q. Dans la majorité des cas, ces tentatives ont échoué, au nom de la liberté contractuelle. Voici d'ailleurs les propos d'un juge dans un tel litige :

Une telle clause, d'application générale et d'intérêt commun, n'est pas déraisonnable ni abusive à sa face même... Selon la jurisprudence, une telle clause n'est pas injuste parce que, d'une part, tous

64. Art. 1900 C.c.Q.

les locataires et occupants de l'immeuble y sont assujettis et que, d'autre part, *elle a été clairement énoncée au locataire qui y a adhéré librement*.⁶⁵

D'autres, au nom de la stabilité contractuelle, ont refusé d'annuler une telle clause même s'ils la jugeaient abusive dans les circonstances⁶⁶. Ils ont préféré en suspendre les effets pour une durée déterminée.

Malheureusement de telles décisions méconnaissent tant les fondements de la liberté contractuelle que la situation particulière des personnes âgées locataires. La théorie contractuelle se fonde sur la validité d'un consentement libre et éclairé. Or, la liberté du consentement est interprétée d'une manière fort restrictive, se limitant à se demander si une personne a été victime d'un vice de consentement prévu aux articles 1400 à 1406 C.c.Q. Pourtant, les fondements mêmes de la théorie contractuelle exigeraient un niveau de liberté beaucoup plus important fondé sur la capacité à veiller à ses intérêts. Or, une telle capacité ne peut exister lorsqu'une personne se trouve en situation de vulnérabilité par rapport à l'autre puisque cette dernière est en mesure de lui imposer ses propres intérêts⁶⁷. Nous sommes d'avis qu'il faut cesser de justifier cette interdiction par le paradigme de la liberté contractuelle et permettre à celui de la dignité, en raison de sa valeur sous-jacente de respect⁶⁸, de gérer les rapports contractuels de ces personnes doublement vulnérables à titre d'aînés locataires.

Un rapport de force particulièrement inégal entre deux contractants explique certaines protections accordées par le législateur. On peut penser aux consommateurs, aux adhérents et aux locataires. En vertu même des fondements de la théorie contractuelle et des rapports de force existant entre le locataire et le locateur, il nous semble difficile de prétendre que le locataire doit supporter certaines clauses du bail nuisant à ses intérêts sous le

65. *Office municipal d'habitation de Sept-îles c. Bouchard*, C.Q. 650-02-000412-948, 27 octobre 1995, J. G. de Pokomandy, tel que cité dans Pierre GAGNON, « L'équité contractuelle en droit du logement depuis 1994 et l'interdiction conventionnelle relative aux animaux favoris », (1999) 59 *R. du B.* 333, 342 [nos italiques].

66. *J.L. c. Coopérative de l'Ébène*, [2005] R.J.Q. 267 (C.Q.), par. 87.

67. Voir généralement sur le rapport inégal des forces en présence et son impact sur la théorie contractuelle, Marie Annik GRÉGOIRE, *Liberté, responsabilité et utilité : la bonne foi comme instrument de justice*, coll. « Minerve », Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2010.

68. *Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, préc., note 57, par. 99-106.

prétexte qu'il les a librement acceptées. Cela est d'autant plus vrai lorsqu'il s'agit d'une personne âgée dont la vulnérabilité est reconnue tant par l'article 48 de la *Charte des droits et libertés de la personne* que par la jurisprudence.

Il faut tenir compte aussi des données sociodémographiques. Les personnes âgées en résidence habitant souvent seules, notamment les femmes⁶⁹, les animaux de compagnie sont à même de leur apporter présence et réconfort⁷⁰. D'ailleurs il faut mentionner que tant aux États-Unis qu'en Ontario, la législation prévoit la nullité d'une telle clause⁷¹. En vertu de cette législation, il est permis à une personne âgée de posséder un animal de compagnie à la condition qu'il ne cause pas de préjudice au locateur. Nous sommes d'avis que le Québec devrait adopter la même approche. Rien ne justifie un locateur à interdire d'emblée tout animal de compagnie sous le prétexte qu'un dommage *pourrait* être causé par ce dernier.

Certaines décisions ont d'ailleurs commencé à accorder une telle permission. Elles ont déterminé qu'une telle clause pouvait être considérée déraisonnable au sens de l'article 1901 lorsque la présence de l'animal était nécessaire à la santé ou la sécurité du locataire et qu'il ne causait aucun préjudice au locateur ou autre résident de l'immeuble⁷². Mais pour en arriver à une telle conclusion, ces décideurs ont souvent exigé des preuves médicales bien documentées sur la nécessité de la zoothérapie et ont déclaré que les effets de la clause n'étaient suspendus que le temps nécessaire

69. 40 % des personnes âgées féminines et 18 % des masculines vivent seuls. Or, selon les données de Statistiques Canada en 2001 58 % des Québécois de 65 ans et plus étaient des femmes mais elles représentaient 80 % des 100 et plus. Voir à ce sujet, M. CHARPENTIER et M. SOULIÈRES, préc., note 10, p. 14.

70. Pour une revue traitant des bienfaits des animaux de compagnie, voir : June McNICHOLAS, Andrew GILBEY, Ann RENNIE, Sam AHMEDZAI, Jo-Ann DONO, et Elizabeth ORMEROD, « Pet Ownership and Human Health: A Brief Review of Evidence and Issues », (2005) 331(7527) *BMJ* 1252 ; voir aussi Alain ROY, « Papa, maman, bébé et ... Fido ! L'animal de compagnie en droit civil ou l'émergence d'un nouveau sujet de droit », dans Benoît MOORE (dir.), *Mélanges Jean Pineau*, Montréal, Éditions Thémis, 2003, 131, p. 134.

71. Pour l'Ontario : *Loi de 2006 sur la location à usage d'habitation (Residential Tenancies Act)*, L.O. 2006, ch. 17, art. 14, et pour les États-Unis : *Pet ownership for Elderly and Persons with Disabilities*, 24 CFR part 5, en ligne : <<http://ecfr.gpoaccess.gov/cgi/t/text/textidx?c=ecfr&sid=f619507ab0ce03d0017c32e6b4e9727b&rqn=div6&view=text&node=24:1.1.1.1.5.3&idno=24>> (consulté le 12 juillet 2011).

72. *Fram c. Office municipal d'habitation de Pointe-Claire*, R.E.J.B. 1998-06451 (C.Q.) ; *J.L. c. Coopérative de l'Ébène*, préc., note 66.

au rétablissement du locataire⁷³. Ainsi, bien qu'elles constituent un pas dans la bonne direction, ces décisions ne sont tout de même pas à l'abri des critiques et notamment en ce qui concerne leurs postulats juridiques. On ne devrait pas avoir à dévoiler des parties intimes de sa vie privée pour avoir le droit de posséder un animal de compagnie. De même, le postulat de la liberté contractuelle ne devrait jamais permettre d'accroître la vulnérabilité et la dépendance d'autrui, au mépris de sa dignité.

3. L'EXTINCTION DU BAIL

Sur cette question, nous nous sommes attardées plus particulièrement à deux sujets, soit la résiliation unilatérale du bail par le locateur et les dispositions relatives au décès ou au déménagement de la personne âgée. Elles feront chacune l'objet d'un développement distinct.

3.1 Les clauses de résiliation unilatérale du bail par le locateur

Ne met pas fin à un bail résidentiel qui veut. Le droit au maintien dans les lieux par le locataire est consacré à l'article 1936 C.c.Q. et les droits du locateur quant à la résiliation du bail ou la reprise de possession du logement sont expressément limités.

Pourtant, nous l'avons mentionné, plusieurs baux contiennent des clauses de résiliation unilatérale du bail en faveur du locateur. Certaines de ces clauses utilisent les termes « renvoi » ou « expulsion », ce qui, à notre avis, infantilise et menace d'autant les personnes âgées. Les déménagements sont une source d'inquiétude et de stress presque insurmontable dans leur cas⁷⁴. Cela accroît leur insécurité et compromet toute tentative d'« empowerment », méthode pourtant prônée comme processus de prise en charge des problèmes vécus par les personnes âgées au sein des résidences⁷⁵. La menace d'un déménagement est d'autant plus

73. Voir par exemple *J.L. c. Coopérative de l'Ébène*, préc., note 66.

74. M. CHARPENTIER, préc., note 3, p. 58-59.

75. Voir par exemple, M. CHARPENTIER et M. SOULIÈRES, préc., note 23, p. 30 et s. Cependant, on souligne aussi qu'un tel processus peut s'avérer difficile à implanter, parce que la clientèle actuelle des résidences fait partie d'une génération peu portée à contester l'autorité et parce que la structure organisationnelle des résidences ne favorise pas une telle prise en charge en raison de la culture de

anxiogène que, comme nous l'avons constaté en introduction, la clientèle des résidences se fragilise, tant en fonction de son grand âge, de son niveau croissant d'incapacité que de sa dépendance structurelle⁷⁶.

Encore une fois, de telles clauses de résiliation unilatérale par le locateur ou « d'expulsion » dérogent aux dispositions impératives du *Code civil du Québec*. La résiliation d'un bail doit être prononcée par le tribunal⁷⁷ et ne peut être obtenue que si le locateur fait la preuve d'un préjudice sérieux pour lui-même ou pour les occupants de l'immeuble et résultant d'une inexécution d'une obligation par le locataire⁷⁸. D'ailleurs, une certaine discrétion est laissée en cette matière au tribunal, qui pourra accorder la résiliation immédiatement ou plutôt laisser au locataire un certain délai afin qu'il puisse se conformer à ses obligations, auquel cas la résiliation n'aura pas lieu⁷⁹. Cela démontre d'autant l'illégalité des menaces « d'expulsion immédiate ».

3.2 Les dispositions relatives au décès ou au déménagement de la personne âgée

Il s'agit très certainement du sujet où l'inadaptation des règles du *Code civil du Québec* en fonction de la clientèle des personnes âgées est la plus évidente. Le sens commun veut qu'une personne âgée quitte habituellement la maison ou l'appartement qu'elle habite pour des raisons de santé ou de perte d'autonomie. C'est souvent suite à des événements pénibles que cette décision est prise : décès du conjoint, maladie ou accident⁸⁰. Dans les faits, il s'agira généralement de la dernière demeure de cette personne ou, du moins, d'une demeure de transition avant un transfert en CHSLD si la perte d'autonomie s'accroît grandement. Or, les dispositions du *Code civil* ne tiennent pas compte de ces réalités,

dépendance y régnant. De même, plusieurs résidents interrogés par la professeure Charpentier ont manifesté des craintes à exprimer certaines insatisfactions, par peur de « passer pour des malcommodes » ou par crainte de représailles (p. 105).

76. La professeure Michèle Charpentier mentionne d'ailleurs que « [c]ompte tenu des difficultés énormes que représente un déménagement, surtout pour une personne très âgée et en perte d'autonomie, les résidents se retrouvent dans une position de négociation difficile, et ce dans toutes les circonstances (hausse de loyer ou des services à la carte, insatisfactions, etc.). Voir, M. CHARPENTIER, préc., note 3, p. 60.

77. *Place Fleur de lys c. Tag's Kiosque inc.*, [1995] R.J.Q. 1659 (C.A.).

78. Art. 1863 C.c.Q.

79. *Ibid.*, art. 1973.

80. M. CHARPENTIER, préc., note 3, p. 62.

ce qui entraîne de nombreux problèmes d'interprétation et d'application.

Deux articles gèrent, en théorie, ces situations, soit les articles 1939 et 1974 C.c.Q. Le premier concerne la résiliation par la succession en cas de décès du locataire et le second encadre la résiliation lors du déménagement permanent du locataire dans un foyer d'hébergement ou un CHSLD. Dans les deux cas, on prévoit un préavis de résiliation de 3 mois (aussi appelé « indemnité de relocation »). Cette règle peut sembler simple mais l'interprétation qu'en font certaines résidences, réconfortées par une jurisprudence parfois contradictoire, a largement contribué à la confusion en ce domaine. Le tout au préjudice de personnes en grande perte d'autonomie.

Les articles 1939 et 1974 C.c.Q. sont au cœur de nombreux litiges et controverses. Ils font aussi l'objet d'un grand nombre de clauses contradictoires au sein des baux étudiés, les résidences n'hésitant pas à les écarter ou à réclamer des frais supplémentaires à ceux prévus par la loi⁸¹. En plusieurs occasions, le locateur réclame des frais de résiliation à des héritiers en deuil sous prétexte que leur auteur s'était engagé à payer de tels frais et qu'ils y sont conséquemment tenus. Il est clair que certaines résidences tirent profit de la vulnérabilité particulière de leur clientèle, notamment en misant sur le fait que le locataire décèdera avant l'échéance du bail ou encore que sa perte d'autonomie entraînera un déménagement vers un centre de soins mieux adapté. Il est donc facile d'inclure des clauses exigeant du locataire ou de sa succession des frais supplémentaires en de telles circonstances⁸², même si de tels frais contreviennent aux dispositions impératives du *Code civil*.

81. Par exemple, un des baux étudiés prévoit des frais supplémentaires de 250,00 \$ en de telles circonstances. Il y est indiqué que ces frais visent à couvrir les frais d'une remise en état de l'appartement pour le prochain locataire. De même, plusieurs baux spécifient que l'indemnité de relocation devra être payée même si le logement est loué à nouveau pendant la période de 3 mois de préavis.

82. Même si nous n'avons pas personnellement constaté l'existence d'une telle clause dans les baux étudiés, nous savons, par l'étude de certaines décisions de la Régie du logement, que certains baux incluent des clauses dites de « derniers moments » par laquelle le locataire remet une somme lors de la signature du bail qui sera conservée par le locateur si la personne décède pendant la durée du bail. Cette somme servirait à couvrir, selon les dires du locateur, « les frais et soins supplémentaires d'accompagnement de la personne âgée au moment du décès ». Voir par exemple, *Dumoulin (Succession de) c. Caillé*, no. 22-040830-010, le 28 septembre 2006, régisseur Pierre C. Gagnon.

En plus des frais supplémentaires, nous avons aussi constaté que certains baux tentent d'écarter les dispositions impératives concernant la résiliation en cas de décès ou de déménagement en foyer d'hébergement en imposant le paiement total de cette indemnité de 3 mois en un seul montant, au moment de l'avis de résiliation. Ces baux spécifient que l'avis sera réputé invalide en l'absence d'un tel paiement alors que le *Code civil du Québec* n'impose pas une telle condition. Or, au prix très élevé de certains loyers, un tel paiement sur-le-champ peut s'avérer impossible tant pour la succession que pour la personne âgée. De plus, l'indemnité de relocation étant, en fait, le loyer payable au locateur pour une période de 3 mois, il nous apparaît clair que l'article 1904 C.c.Q. qui interdit que chaque versement excède un mois de loyer trouve ici application. L'indemnité est payable un mois à la fois, si le logement n'est pas, par ailleurs, reloué par le locateur (et surtout si l'ancien locataire ou sa succession peuvent prouver cette relocation, ce qui en pratique constitue un réel problème, vu les circonstances mêmes de la résiliation). Le locateur, ne pouvant réclamer un paiement autre que le loyer⁸³ et devant, en échange, fournir la jouissance paisible du logement⁸⁴, ne peut réclamer un loyer pour un logement reloué à un nouveau locataire⁸⁵.

Bien qu'il s'agisse ici d'hypothèses fondées sur nos expériences personnelles de juristes et qui mériteraient d'être étudiées plus amplement, nous croyons que la notion de dispositions impératives est une notion incomprise par la population en général et que le fait « d'avoir signé » un document donne à son signataire et ses héritiers l'impression qu'ils sont automatiquement tenus aux obligations stipulées, sans que celles-ci ne puissent être remises en cause. Le locataire ou ses héritiers paient donc ces sommes sans discuter, alors même qu'on leur demande de vider le logement au plus vite et que le locateur reloue ce logement très rapidement.

83. Art. 1904 C.c.Q.

84. Art. 1854 C.c.Q.

85. Voir *Madore c. Tessier*, [1994] J.L. 18 (R.D.L.). C'est d'ailleurs aussi le raisonnement qui sous-tend l'arrêt *Groupe Clifton Inc. c. Solutions réseau d'affaires Meta-4 Inc.*, J.E. 2003-1954 (C.A.) puisque dans cette affaire, on n'accorde au locateur que les loyers impayés pour 4 mois puisqu'il n'a fait aucun effort pour tenter de relouer les lieux. Il est donc clair que dans l'esprit de la Cour si le locateur avait pu relouer l'espace en cause, il n'aurait pu réclamer les loyers impayés par le locataire ayant quitté les lieux.

De même, il faut mentionner que plusieurs baux incluent dans le montant de l'indemnité de relocation les coûts des services tels le repas et les soins infirmiers même si ceux-ci ne sont pas consommés. Et même en l'absence d'une telle mention, plusieurs décisions judiciaires ont reconnu que ces services devaient être inclus dans l'indemnité de 3 mois⁸⁶, ce qui naturellement constitue un enrichissement important pour la résidence qui n'a pas par ailleurs à fournir ces services. Ces décisions s'appuient essentiellement sur l'article 1892 C.c.Q. qui prévoit que les services inscrits au bail sont inclus dans celui-ci. Pour les décideurs en faveur de l'inclusion des services, l'article 1892 C.c.Q., qu'ils interprètent alors contre les intérêts du locataire, fait donc du bail et de ses accessoires une seule « entité indivisible »⁸⁷. Si cet argument peut juridiquement sembler valide, à première vue, il ne nous semble pas tenir compte du postulat de protection des intérêts des locataires qui devrait dominer dans l'interprétation et l'application des règles impératives en matière de louage résidentiel. En édictant ces règles, le législateur cherchait à protéger le locataire, comme une partie vulnérable, et non les intérêts commerciaux d'un locateur.

CONCLUSION

Nous croyons que notre étude a démontré une tendance permettant de conclure que les règles du libre marché et de l'autorégulation ne sont pas suffisantes pour assurer aux personnes âgées en résidence privée, en tant que population vulnérable, des baux exempts de clauses illégales. Tous les baux complets étudiés contenaient au moins une et souvent plusieurs dispositions illégales. Cela nous amène aussi à conclure à une apparente insuffisance des dispositions normatives régissant ces baux et des contrôles étatiques permettant d'assurer le respect de ces normes.

86. Une décision de la Cour supérieure a rejeté un recours en évocation intenté contre la Régie du logement et une régisseuse qui avait refusé la demande du locateur d'inclure ses services dans l'indemnité de relocation. La Cour supérieure a motivé son jugement en expliquant qu'il y avait controverse sur cette question au sein même de la Régie du logement et que conséquemment la décision de la régisseuse ne pouvait être jugée manifestement déraisonnable. La Cour supérieure ne tranche cependant pas la controverse mais maintient par ailleurs la décision de la régisseuse. Pour illustrer la controverse, la Cour supérieure mentionne qu'en plus de la régisseuse concernée, elle a pu trouver 6 décisions refusant d'inclure les services dans l'indemnité et 7 décisions l'incluant. Voir *Savoie c. Régie du logement*, [2004] R.J.Q. 2151, [2004] J.L. 290 (C.S.).

87. *Résidences Soleil Manoir Boucherville c. Pelletier*, R.D.L. Longueuil 37-02114-012G, le 19 mai 2006, r. Morin, tel que cité dans *Manoir & Cours de l'Atrium c. Bélanger*, 2010EXP-1056, J.L.E. 2009JL-62 (R.D.L.).

En ce sens, nous recommandons que certaines pratiques et législations soient modifiées afin d'assurer de manière optimale un meilleur encadrement légal des résidences. Vu le champ de cette étude, nous limiterons nos présentes recommandations au contenu du bail. Par contre, nous sommes conscientes que des problèmes de respect des droits, de clarification légale de ceux-ci et d'accessibilité à la justice se posent aussi.

Ainsi, nous proposons que, par le biais de la réglementation, un nouveau formulaire de bail obligatoire soit utilisé par toutes les résidences pour personnes âgées au sens de la *Loi sur les Services de Santé et les Services Sociaux*⁸⁸ et le *Règlement sur les conditions d'obtention d'un certificat de conformité de résidences pour personnes âgées*⁸⁹. Ce nouveau formulaire serait plus détaillé, écrit plus simplement et obligerait les locateurs à distinguer le coût du loyer de celui des services offerts. Il permettrait ainsi l'absence de toute confusion possible en cas de résiliation suite à un décès ou une admission dans un foyer d'hébergement ou un CHSLD et éviterait que l'on aille à procéder à un exercice approximatif d'estimation des coûts liés à chacun des éléments du bail.

Ce bail détaillé devrait aussi rappeler qu'il est de la responsabilité du locateur de fournir un logement en bon état, y compris les travaux de peinture et de restaurations mineures, et que ces frais ne relèvent pas de la responsabilité du locataire. Il y serait spécifié que le locateur doit remettre un document rédigé clairement et simplement et contenant obligatoirement les éléments prévus par le *Règlement sur les conditions d'obtention d'un certificat de conformité de résidence pour personnes âgées*⁹⁰, incluant le règlement de la résidence et la procédure de gestion de plainte.

88. *Loi sur les services de santé et les services sociaux*, préc., note 17, art. 346.0.1 à 346.0.20.

89. *Règlement sur les conditions d'obtention d'un certificat de conformité de résidences pour personnes âgées*, préc., note 18.

90. *Ibid.*, art. 5, « L'exploitant remet à la personne qui demande à y être accueillie, à un de ses proches ou, le cas échéant, à son représentant, un document rédigé en termes clairs, simples et précisant obligatoirement les informations suivantes :

- 1^o la vocation de la résidence ;
- 2^o l'ensemble des services offerts dans la résidence, les coûts de ces services et, le cas échéant, une mention à l'effet que la résidence n'offre aucun service d'assistance personnelle ;
- 3^o les conditions d'accueil de personnes présentant une incapacité ainsi que les limites quant à sa capacité d'héberger de telles personnes ;
- 4^o la procédure de gestion des plaintes ;
- 5^o le code d'éthique applicable aux personnes qui travaillent dans la résidence ainsi qu'aux résidents ;

Il y serait mentionné que le règlement remis ne peut être modifié que par la procédure prévue aux articles 1941 C.c.Q. et s. De même, il y serait spécifié que la personne âgée a droit à sa vie privée et que son droit de recevoir des visiteurs dans le respect de son intimité doit être respecté en tout temps. Aussi, ce bail mentionnerait que le locateur ne peut exiger de dépôts ou autres frais fixes, peu importe la nature de ceux-ci et ce, même en cas de décès ou de déménagement. Finalement, il devrait contenir une mention que ces dispositions s'appliquent peu importe toute autre stipulation contraire.

Par ailleurs, le législateur québécois devrait explicitement interdire les clauses restreignant la présence d'animaux de compagnie. Si la présence d'un animal permet de combattre la solitude et de contribuer à l'amélioration des conditions de vie d'une personne, il participe très certainement au maintien de sa dignité. Ce principe fondamental doit primer sur tout autre, y compris en matière contractuelle. On doit donc cesser d'avaliser l'interdiction de possession d'animaux sous des prétextes de liberté contractuelle.

Pour éviter que ne se reproduisent les situations d'illégalités constatées dans notre étude, nous proposons un plus grand contrôle étatique des baux de résidences pour personnes âgées. S'il est souhaitable de favoriser l'autonomie des aînés dans la défense de leurs droits, l'augmentation de l'âge moyen de cette population, avec la vulnérabilité qu'elle entraîne sur son sillage, de même que le manque d'éducation juridique général de la population nuit à un réel respect de leurs droits. Les personnes âgées sont peu portées à défendre leurs droits, surtout si cette défense implique une judiciarisation du litige⁹¹. Or, cette réalité entretient un « libéralisme sauvage » en faveur des propriétaires⁹². Le système actuel

6^o les modalités et le coût du service de gestion des réclamations prévues dans les programmes gouvernementaux d'aide financière lorsque ce service est rendu disponible ;

7^o les règles de fonctionnement de la résidence. »

91. Comme le souligne une auteure : « si les individus les mieux outillés de notre société peuvent se sentir dépourvus face à la machine judiciaire, qu'en est-il de ceux qui affichent d'entrée de jeu une vulnérabilité inhérente ? », Lucie JONCAS, *Les défis de la représentation des personnes vulnérables*, dans École du Barreau du Québec, Collection de Droit 2008-2009, vol. Hors série, *Justice, Société et personnes vulnérables*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008, p. 67. Voir au même effet, M. CHARPENTIER, préc., note 3, p. 65.

92. L'expression est de la professeure Charpentier : M. CHARPENTIER, préc., note 3, p. 65.

est insuffisant pour veiller à l'absence d'exploitation financière et juridique des personnes âgées et de leurs proches. En de telles circonstances, un meilleur contrôle étatique nous apparaît incontournable.

Il nous semble que la légalité des dispositions contractuelles, y compris les règles de fonctionnement de la résidence, doit devenir un critère à respecter dans l'octroi des certificats de conformité. Cette nouvelle exigence impliquerait qu'une équipe de juristes indépendants, par exemple un sous-comité de la Régie du logement ou de la Commission des droits de la personne et de la jeunesse, devrait donner son assentiment quant à la légalité des documents utilisés. Cette première étape n'empêcherait pas une exploitation financière ultérieure, mais elle permettrait au moins d'éviter quelques cas patents découlant de la peur, à tort, de ne pas respecter la parole donnée ou de perdre son logement. On ne pourrait opposer à la personne âgée ou son représentant sa signature et donc son « acceptation » des dispositions contractuelles illégales. De même, il éviterait la tolérance tacite des stipulations illégales dans les baux de résidence pour personnes âgées. En effet, les données recensées par la professeure Charpentier démontrent qu'un système de protection qui ne peut être enclenché que par des plaintes est d'une efficacité fort limitée⁹³. D'ailleurs, les résultats mêmes de notre étude tendent à le confirmer. Il faut donc que les mesures de contrôle soient étatiques et incluses dans un processus d'accréditation plutôt qu'un processus de sanctions. Autrement dit, il faut protéger en amont plutôt qu'en aval.

Finalement, nous sommes conscientes que nos recommandations ne constituent qu'un petit pas dans l'amélioration des conditions de vie des personnes âgées, la légalité des contrats n'assurant pas par ailleurs une meilleure qualité des soins offerts. Cependant, nous croyons qu'il est primordial d'amorcer une réflexion sociale sur la vulnérabilité particulière des personnes âgées et sur les modifications systémiques et structurelles que celle-ci doit engendrer. En d'autres termes, nous espérons que notre étude permettra de démontrer que la question de l'héber-

93. Dans une étude publiée en 2007 et menée auprès de personnes âgées vivant en milieu d'hébergement, la professeure Charpentier a constaté que la vulnérabilité est d'autant plus grande que la dénonciation est extrêmement difficile et les recours disponibles sont peu adaptés à leur réalité et à leurs besoins : M. CHARPENTIER et M. SOULIÈRES, préc., note 23, p. 31-32. Voir aussi, M. CHARPENTIER, préc., note 3, p. 88.

gement des personnes âgées en est une qui mérite une attention immédiate. Si le gouvernement souhaite clairement confier au secteur privé le développement des infrastructures, il ne peut par ailleurs renier le rôle d'élaboration et de suivi d'une politique législative efficace qui ne revient qu'à lui seul. Malheureusement, le « laisser faire » et la politique du libre marché se traduisent ici par des abus. Et avec le vieillissement grandissant de cette tranche de la population, nous n'avons aucune raison de penser que ceux-ci iront en diminuant. Espérons donc que cette bouteille à la mer ne restera pas lettre morte.

ANNEXE — Tableau des résultats

[illegible]

- i. Une annexe offre la possibilité de résilier le bail avec un préavis d'un mois mais en incluant le coût des services et dans des situations plus restrictives que celles prévues à l'article 1754 C.c.q.
- ii. Les chiens sont interdits.
- iii. Ce bail prétend en principe « s'appuyer » sur la *Charte des droits et libertés de la personne*, alors qu'il contient nombre de clauses violant plusieurs droits fondamentaux de la personne. Seuls les animaux de moins de 12 ans sont admis.
- iv. Le bail permet la résiliation du bail avec une indemnité de relocation de 2 mois pour des raisons médicales mais exige alors une attestation médicale et surtout le paiement complet de l'indemnité déduits s'ils ne sont pas utilisés durant la période de préavis. Dans les autres cas, on exige aussi le paiement complet de l'indemnité de 3 mois.
- v. Bain et lavage de tête obligatoirement donnés une fois par semaine par des préposés de la résidence. Aucune excuse acceptée.
- vi. La « procédure d'expulsion » s'applique si la personne âgée fait défaut de venir qu'elle s'absente plus de 3 fois.
- vii. Entre autres choses, l'estimation de faire une pétition, une habitation doit être autorisée par le propriétaire « à son seul jugement » et l'usage de services externes à ceux de la résidence doit être autorisé.
- viii. La permission écrite de la direction est nécessaire.

Le recours controversé à l'adoption pour établir la filiation de l'enfant né d'une mère porteuse : entre ordre public contractuel et intérêt de l'enfant

Michelle GIROUX

Résumé

Le recours à une « mère porteuse » afin d'avoir un enfant a donné lieu à plusieurs décisions de la Cour du Québec depuis 2009. Les différents scénarios offerts par la jurisprudence récente font voir l'incertitude quant à l'établissement de la filiation maternelle de l'enfant conçu en ayant recours à une telle convention. Ils permettent également de réfléchir à l'effet de l'article 541 du *Code civil du Québec*, qui édicte que ces conventions sont nulles de nullité absolue. Plus particulièrement, dans ce contexte, peut-on utiliser l'adoption pour rattacher l'enfant aux parents qui l'ont désiré ? Sur cette question, la jurisprudence de la Chambre de la jeunesse se divise en deux courants : l'un, au nom de l'ordre public, refuse le recours à l'adoption et l'autre au contraire, l'accepte, au nom de l'intérêt de l'enfant. L'analyse détaillée de ces deux courants jurisprudentiels montre que le droit fournit des arguments en faveur de l'une ou de l'autre de ces positions. Cependant, cela ne signifie pas que ces positions soient d'égale valeur. L'auteure prend position en faveur de l'adoption lorsqu'il y a exécution volontaire des conventions de « mères porteuses ». En effet, dans de tels cas, en s'appuyant sur l'intérêt concret de l'enfant ainsi que sur ses droits fondamentaux, tels que reconnus dans la *Convention de l'ONU relative aux droits de l'enfant*, il semble préférable de distinguer la question contractuelle de celle de l'état de la personne et de rattacher l'enfant à ses parents d'intention.

Le recours controversé à l'adoption pour établir la filiation de l'enfant né d'une mère porteuse : entre ordre public contractuel et intérêt de l'enfant

Michelle GIROUX*

INTRODUCTION	513
I. LE CŒUR DU PROBLÈME : LE DÉDALE DE LA MATERNITÉ	514
A. Différents scénarios : un même projet	514
1. Des conventions de procréation	515
a. Un cadre similaire.	515
b. Des différences	516
2. Des conventions de gestation	517
a. Un cadre similaire.	517
b. Des différences secondaires.	518

* Professeure titulaire, Faculté de droit, Section de droit civil, Université d'Ottawa. L'auteure est reconnaissante envers sa collègue, la professeure Marie Pratte, pour les échanges d'idées stimulants sur le thème de cet article, avant sa nomination comme juge à la Cour du Québec. Elle désire exprimer sa gratitude au professeur émérite, Alain-François Bisson, pour ses précieux commentaires. Elle remercie également ses assistantes de recherche, Amélie Plouffe-Deschamps, alors étudiante au Barreau du Québec, maintenant étudiante à la maîtrise à l'Université de Sherbrooke et Fanny Létourneau-Hudon, étudiante à la licence en droit civil pour la recherche documentaire ainsi qu'Annique Cullen, étudiante au programme de maîtrise en droit notarial, pour le soutien à l'édition.

B. Une même question : l'établissement de la filiation « maternelle »	518
1. La nullité absolue des conventions de procréation ou de gestation pour le compte d'autrui	519
2. La détermination de la filiation : la voie éventuelle de l'adoption pour rattacher l'enfant au parent d'intention	525
II. UNE RÉPONSE INCERTAINE : ENTRE ORDRE PUBLIC CONTRACTUEL ET INTÉRÊT DE L'ENFANT	526
A. La préséance de l'ordre public	527
1. Les motifs	528
2. Les questions	530
a. Les justifications	530
b. Les conséquences	532
B. La prédominance de l'intérêt de l'enfant	538
1. La notion de l'intérêt de l'enfant : deux conceptions	538
2. Prononcer l'adoption au nom de l'intérêt de l'enfant : une question de respect des droits fondamentaux de l'enfant	541
CONCLUSION	543

INTRODUCTION

Le phénomène des « mères porteuses » a fréquemment retenu l'attention des médias depuis 2009¹. Cette situation n'est pas complètement indépendante de décisions judiciaires rendues durant cette même période.

Plusieurs questions se posent autour de ce phénomène social. Comme le recours aux mères porteuses existe², un questionnement plus fondamental et global sera peut-être nécessaire afin de réfléchir à l'adéquation des règles actuelles. Une certaine remise en question est d'ailleurs déjà commencée³.

Dans cet article, nous n'insisterons cependant pas sur la légalité des processus utilisés pour avoir recours aux mères porteuses sur le plan du droit criminel, ni sur l'adéquation des règles en place afin d'encadrer cette pratique. Notre objectif consiste plutôt à analyser les deux courants jurisprudentiels de la Cour du Québec, à savoir s'il faut ou non permettre l'adoption d'un enfant afin d'établir sa filiation à l'égard de son parent d'intention, dans le contexte de l'exécution volontaire d'une convention de « mère porteuse ».

1. Voir entre autres : Judith LACHAPELLE, « Adoption d'un enfant d'une mère porteuse : avertissement aux couples », (11 mars 2009), *La Presse* ; Geneviève PROULX, « Recourir à une mère porteuse, légal ? », (27 janvier 2010), *La Presse* ; Christian RIOUX, « La mère porteuse, à quel prix ? », *Le Devoir*, 23 mars 2009, A-1 ; *Ventres à louer* (Réalisé par Kristina Von Hlatky), diffusé à la SRC, à l'émission *Une heure sur terre*, le 19 mars 2010. Pour des exemples au Canada anglais, voir Joseph BREAN, « Surrogate not legally a baby's mother, Sask. judge rules », (14 septembre 2011), *National Post*, commentant la décision *WJQM v. AMA*, 2011 SKQB 317 (CanLII).
2. Pour plus de détails, voir COMMISSION DE L'ÉTHIQUE DE LA SCIENCE ET DE LA TECHNOLOGIE, *Avis éthique et procréation assistée : des orientations pour le don de gamètes et d'embryons, la gestation pour autrui et le diagnostic préimplantatoire*, Gouvernement du Québec, Québec, 2009, (« CEST »), p. 67 et s.
3. Voir notamment Louise LANGEVIN, « Réponse jurisprudentielle à la pratique des mères porteuses au Québec : une difficile réconciliation », (2010) 26 *Can. J. Fam. L.* 171 ; Marie-France BUREAU et Edith GUILHERMONT, « Maternité, gestation et liberté : Réflexions sur la prohibition de la gestation pour autrui en droit québécois », (2011) 4 *RD&Santé McGill* 45 ; Karen BUSBY et Delaney VUN, « Revisiting *The Handmaid's Tale* : Feminist Theory Meets Empirical Research on Surrogate-Mothers », (2010) 26 *Can. J. Fam. L.* 13. D'anciens rapports pourraient être consultés de nouveau. Voir entre autres COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DE L'ONTARIO, *Report on Human Artificial Reproduction and Related Matters*, Ministère du Procureur Général, Toronto, 1985.

À l'aide des différents scénarios offerts par la jurisprudence récente, nous verrons donc, en première partie, l'incertitude quant à l'établissement de la filiation « maternelle » de l'enfant conçu en ayant recours à une convention de « mère porteuse ». Puis, en deuxième partie, nous présenterons les deux courants jurisprudentiels sur la possibilité de permettre ou non l'adoption de l'enfant ainsi conçu en cas d'exécution volontaire de cette convention. Doit-on, au nom de l'ordre public, refuser le recours à l'adoption ou au contraire, l'accepter, au nom de l'intérêt et des droits de l'enfant ?

I. LE CŒUR DU PROBLÈME : LE DÉDALE DE LA MATERNITÉ

A. Différents scénarios : un même projet

La maternité de substitution se décline sous plusieurs formes. L'enfant se trouve au centre d'un dédale de liens. La femme qui consent à donner naissance à un enfant destiné à une autre personne peut, ou non, être liée biologiquement à celui-ci. Si elle a fourni ses propres ovules, il s'agira alors d'une convention de procréation. S'il y a eu fécondation in vitro à partir des ovules d'une autre femme⁴, ce sera une convention de gestation. Dans l'un ou l'autre de ces cas, l'entente peut être à titre gratuit ou onéreux ; la mère porteuse peut contracter avec une ou deux personnes et celles-ci peuvent être de sexe différent ou de même sexe. Un tiers peut aussi agir à titre de donneur de sperme. Bref, il y a plusieurs scénarios possibles.

Pas moins de six décisions⁵ rendues par la Cour du Québec depuis 2009 témoignent de cette diversité. Elles reposent en effet

4. Il pourrait s'agir des ovules de la femme à qui la mère porteuse a promis l'enfant ou de ceux d'une tierce personne.

5. *Adoption – 091*, 2009 QCCQ 628 (j. DuBois) 6 janvier 2009, EYB 2009-154793 ; *Adoption – 09184*, 2009 QCCQ 9058, jugement corrigé et décision identique, car il s'agissait de jumeaux, *Adoption – 09185*, 2009 QCCQ 8703 (j. Tremblay) 9 juillet 2009 (nous nous contenterons de référer à la première décision et comptabiliserons ces décisions comme étant une seule) ; *Adoption – 09367*, 2009 QCCQ 16815, (j. Grégoire) 4 août 2009 (une décision identique est répertoriée sous une autre référence ; *Adoption – 09558*, 2009 QCCQ 20292 (j. Grégoire)) ; *Adoption – 10329*, 2010 QCCQ 18645 (j. Garneau-Fournier) 1^{er} octobre 2010 et autre décision identique dans le cas de jumeaux, *Adoption – 10330*, (ici aussi, nous nous contenterons de référer à la première pour la suite du texte et comptabiliserons ces décisions comme étant une

sur des bases factuelles différentes. Dans deux d'entre elles, il s'agissait d'un contrat de procréation ; les autres mettent en scène un contrat de gestation. La moitié des conventions étaient à titre gratuit et l'autre à titre onéreux. Dans ces décisions, une seule « mère porteuse » avait un lien familial d'alliance avec le couple d'intention (la tante de la mère d'intention) ; les autres lui étaient parfois inconnues, parfois connues, au moment de l'entente. Dans chacun de ces cas, toutefois, une personne désire devenir un père ou une mère et une autre lui permet de réaliser ce désir en donnant elle-même naissance à cet enfant. L'objectif est donc le même, le problème juridique aussi.

1. Des conventions de procréation

Dans deux des affaires soumises à la Cour du Québec, en 2009, celle-ci devait décider du placement pour adoption d'un enfant conçu à la suite d'une convention de procréation. Le premier jugement⁶ est rendu par le juge Michel DuBois, le 6 janvier 2009 et le second⁷, par le juge Louis Grégoire, le 4 août 2009. Si des particularités les distinguent, les trames factuelles sur lesquelles reposent ces deux décisions comportent néanmoins des similitudes importantes.

a. Un cadre similaire

Chacune de ces affaires implique des personnes ayant des traits communs ; elles ont aussi des fonctions ou des obligations similaires.

Dans l'un et l'autre de ces cas, la mère porteuse a en effet été inséminée avec le sperme du père de l'enfant. Liée biologiquement à l'enfant auquel elle donnera naissance, elle n'a cependant pas l'intention d'assumer sa maternité. Elle agit dans un but altruiste. Le donneur de sperme, par ailleurs, désire devenir père de l'enfant que cette femme mettra au monde. Lié génétiquement à l'enfant, il lui est aussi juridiquement rattaché, puisqu'il signe, à titre de père, la déclaration de naissance qui servira à confectionner l'acte de naissance de cet enfant. Par ailleurs, la conjointe ou

seule) ; *Adoption – 10489*, 2010 QCCQ 19971 (j. Leduc) 13 décembre 2010 et décision A.C. E.S. A.-M.M., n° 525-43-005788-092 (j. Wilhelmy) 7 janvier 2010.

6. *Adoption – 091*, *ibid.*

7. *Adoption – 09367*, précité, note 5.

le conjoint du père ne sont liés à cet enfant que par le cœur ou l'intention. Si elle a un projet parental, la personne concernée n'a en effet ni lien génétique, ni lien légal la rattachant à l'enfant qu'elle attend. Seule la perspective d'une adoption peut lui donner l'espoir de devenir parent de cet enfant, ce qu'elle demande d'ailleurs au tribunal.

Dans ces deux cas, aussi, le contrat est conclu à titre onéreux⁸. Dans *Adoption – 091*⁹, les parents d'intention¹⁰ ont convenu verbalement de verser 20 000 \$ à la mère porteuse pour couvrir ses inconvénients et ses dépenses¹¹. Par ailleurs, dans l'affaire *Adoption – 09367*¹², la convention écrite prévoyait que les parents d'intention devaient défrayer « tous les coûts inhérents autant aux services de madame C, de l'agence, ainsi que ceux requis pour les soins médicaux de la mère et de l'enfant, avant, pendant et après l'accouchement »¹³. Les obligations ont été exécutées de part et d'autre. La rémunération a été versée à la mère porteuse, celle-ci ayant donné naissance à l'enfant et l'ayant confié aux parents d'intention.

Si l'essentiel des trames factuelles est identique, certaines particularités les distinguent. Ces distinctions sont généralement secondaires. Elles ne modifient pas la question juridique et ne justifient donc pas des solutions différentes.

b. Des différences

Les différences concernent le sexe des parents d'intention, le lieu de conclusion du contrat et les mentions figurant au certificat de naissance de l'enfant. Cette dernière distinction est la plus

8. La question de la validité, sur le plan du droit criminel, des ententes à titre onéreux, dépasse le cadre de ce texte, mais il faut mentionner que l'éventuelle adoption du règlement fédéral sur les frais remboursables dans le cas de maternité de substitution, conformément à l'article 12 de la *Loi sur la procréation assistée*, L.C. 2004, C. 2, sera utile pour en juger.

9. Précité, note 5.

10. D'autres expressions sont utilisées pour faire référence à cette réalité. À titre d'exemple, la COMMISSION DE L'ÉTHIQUE DE LA SCIENCE ET DE LA TECHNOLOGIE, *op. cit.*, note 2, utilise celle de « parents sociaux ». De la même façon, on a recours à plusieurs expressions afin d'identifier la mère porteuse et les différents types de convention : mère porteuse, gestation pour autrui, maternité de substitution, etc. Lorsque nous leur accordons une définition précise, nous le spécifions dans le texte.

11. *Adoption – 091*, précité, note 5, par. 15.

12. Précitée, note 5.

13. *Ibid.*, par. 6.

importante. Dans la première affaire¹⁴, les parents d'intention sont de sexe différent. Ils vivent en union de fait depuis un peu plus de 6 ans. Le contrat, qui est verbal, est conclu et exécuté au Québec. Au moment de la naissance de l'enfant, l'identité de la mère n'a pas été déclarée au directeur de l'état civil. L'acte de naissance de l'enfant ne mentionne donc que le nom du père, conjoint de fait de la requérante. Selon les prescriptions du deuxième alinéa de l'article 551 C.c.Q.¹⁵, seul ce dernier consent donc à l'adoption de son enfant par sa conjointe.

Par ailleurs, dans *Adoption – 09367*¹⁶, les parents d'intention, qui contractent avec la mère porteuse, sont deux hommes unis civilement depuis quelques mois. Ils font affaire avec une agence californienne et leur contrat est conclu aux États-Unis. L'un d'entre eux fournit le sperme nécessaire à la conception. La mère porteuse accouche cependant au Québec et, contrairement au cas précédent, son identité est déclarée au directeur de l'état civil. L'acte de naissance de l'enfant mentionne donc le nom du père, qui est à la fois parent « d'intention », parent biologique et parent légal, et celui de la mère, qui est la mère porteuse. Chacun des parents consent à l'adoption de l'enfant par le conjoint du père.

À ces deux cas d'espèce, s'ajoutent quatre autres décisions qui impliquent un contrat de gestation.

2. Des conventions de gestation

Dans ces autres jugements¹⁷, la Cour doit décider du placement pour adoption d'un enfant conçu à la suite d'un contrat de gestation.

a. Un cadre similaire

Le contexte est donc différent de celui des deux décisions citées précédemment. Les deux parents d'intention sont en effet

14. *Adoption – 091*, précité, note 5.

15. L'article 551 du *Code civil du Québec*, L.Q., 1991, c.64 (ci-après cité « C.c.Q. ») se lit ainsi : « Lorsque l'adoption a lieu du consentement des parents, les deux doivent y consentir si la filiation est établie à l'égard de l'un et l'autre. Si la filiation de l'enfant n'est établie qu'à l'égard de l'un d'eux, le consentement de ce dernier suffit ».

16. Précité, note 5.

17. *Adoption – 09184* ; *Adoption – 10329*, 2010 QCCQ 18645 ; *Adoption – 10489* ; *A.C. E.S. A.-M.M.*, précités, note 5.

liés biologiquement à l'enfant : les ovules des mères d'intention ont été fécondés avec du sperme des pères d'intention. De façon similaire, les enfants ont été remis aux parents dès leur naissance. Le registre de l'état civil indique le nom du père et celui de la mère porteuse, qui a donné naissance aux enfants¹⁸. Conformément aux articles 551 et 555 C.c.Q., chacun des parents consent à l'adoption des enfants par la conjointe du père.

b. Des différences secondaires

Dans trois des décisions, la convention est à titre gratuit¹⁹ et dans l'autre, à titre onéreux²⁰. Par ailleurs, dans seulement un cas, la « mère porteuse » n'était pas du tout connue du couple d'intention²¹. Dans un autre, la « mère porteuse » est la tante par alliance de la requérante et elle rend ce service sans rémunération aucune : le geste est donc purement altruiste²². De plus, dans cette situation, la mère d'intention allaite ses jumeaux, suite à un traitement hormonal subi à cet effet. Un dernier scénario laisse entrevoir que la « mère porteuse » était une collègue de travail avant de porter l'enfant pour le couple et devenir leur amie²³.

En dépit de certaines dissemblances, qui reflètent l'inévitable variété des circonstances familiales et des caractéristiques individuelles, chacune des affaires soulève, dans le contexte juridique actuel, une même question : qui sont les parents de l'enfant ? Le droit peut-il reconnaître un lien de parenté entre l'enfant ainsi conçu et le conjoint ou la conjointe de son père ?

B. Une même question : l'établissement de la filiation « maternelle »

Il faut d'abord s'arrêter sur l'article 541 C.c.Q. qui statue sur la nullité des conventions, pour rappeler ce qui en ressort généralement et voir ensuite comment la filiation d'un enfant né d'une

18. Aucun certificat de naissance n'a d'ailleurs été demandé. S'il avait été confectionné, le nom de la mère porteuse y aurait été inscrit comme étant celui de la mère de l'enfant. Voir *Adoption – 09184*, précité, note 5, par. 9 et 11.

19. *Adoption – 09184* ; *Adoption – 10329* ; *Adoption – 10489*, précités, note 5.

20. *A.C. E.S. A.-M.M.*, précité, note 5.

21. *Adoption – 10489*, précité, note 5 ; selon les faits relatés, le couple aurait vu la « mère porteuse » par l'entremise d'une entrevue à la télévision avant d'entrer en contact avec elle.

22. *Adoption – 09184*, précité, note 5.

23. *Adoption – 10329*, précité, note 5.

telle convention s'établit. Puis, dans l'hypothèse où la convention est exécutée volontairement, il importe de se pencher sur la possibilité d'avoir recours à l'adoption par consentement spécial, afin de rattacher l'enfant ainsi conçu à son parent d'intention.

1. La nullité absolue des conventions de procréation ou de gestation pour le compte d'autrui

Dans un premier temps, il faut s'attarder sur le fait que depuis 1994, l'article 541 C.c.Q. prévoit expressément que « Les conventions de procréation ou de gestation pour le compte d'autrui sont nulles de nullité absolue ». Ces contrats n'ont donc aucun effet en droit québécois. Les commentaires du ministre précise ce qui suit sur cet article :

Cet article, de droit nouveau, établit clairement la nullité des conventions de procréation ou de gestation pour le compte d'autrui par lesquelles une personne s'engage envers une autre à engendrer ou à porter un enfant et le caractère absolu de cette nullité, que ces conventions aient été faites à titre gratuit ou à titre onéreux. [...]

Ainsi, il est d'abord permis d'affirmer clairement que l'article inclut à la fois les conventions de gestation et les conventions de procréation pour le compte d'autrui. Tel que la jurisprudence le démontre, les deux scénarios sont factuellement différents²⁴, mais il reste que le droit québécois ne fait pas de distinction entre ceux-ci²⁵.

En outre, l'article 541 C.c.Q. vise autant les conventions faites à titre gratuit, que celles conclues à titre onéreux. Il n'est donc pas possible de prétendre que le droit civil québécois établit une distinction entre les deux types de contrat. Bien que le juge Trem-

24. *Supra*, Partie I A. 1 et 2.

25. La situation est différente dans d'autres provinces canadiennes. En Alberta, l'article 8.2 du *Family Law Act*, SA 2003, c F-4.5 prévoit que, dans un délai de 30 jours, lorsque la mère porteuse exécute volontairement la convention, la mère d'intention peut inscrire sa maternité sur l'acte de naissance de l'enfant. Dans la province de Terre-Neuve, à la lecture combinée du *Vital Statistics Act*, 2009, SNL 2009, c V-6.01 (art. 5(6)) et de l'*Adoption - Act*, SNL 1999, c A-2.1, on prévoit qu'on peut enregistrer les parents d'intention d'un enfant né d'une mère porteuse, lorsqu'une cour de justice a rendu un jugement d'adoption ou un jugement déclaratoire, et ce, sans même obtenir l'accord de la mère porteuse. Ces jugements peuvent même être rendus avant que l'enfant ne soit né. La jurisprudence de l'Ontario et de la Colombie-Britannique semble aussi permettre l'enregistrement des parents d'intention avant la naissance de l'enfant. Pour plus de détails, voir K. BUSBY et D. VUN, *loc. cit.*, note 3, notamment aux p. 24-32.

blay évoque des arguments selon lesquels il y aurait lieu d'établir une distinction entre les contrats à titre onéreux et ceux conclus à titre gratuit, la nullité affectant les premiers et non les autres²⁶, il finit par conclure, à bon droit, que le droit civil québécois n'effectue pas cette distinction non plus.

Pour l'instant, sur le plan provincial, l'accès à la pratique n'est pas plus amplement encadré²⁷. D'une part, cela signifie que toutes les techniques de reproductions disponibles pourraient être utilisées. D'autre part, de telles ententes pourraient donc être conclues dans toutes sortes de situations de convenance (ne pas interrompre une carrière par exemple), qui dépassent le strict cadre médical (comme l'impossibilité de porter un enfant).

Depuis 2004, la *Loi fédérale sur la procréation assistée*²⁸ vient ajouter au cadre juridique provincial entourant la maternité de substitution²⁹. Cette loi ne condamne pas cette pratique ; elle

26. *Adoption* – 09184, précité, note 5, par. 20

27. La *Loi sur les activités cliniques et de recherche en matière de procréation assistée*, L.Q. 2009, c. 30, n'ajoute rien à l'encadrement de cette pratique. Pour plus de détails sur l'encadrement, voir notamment l'avis de la COMMISSION DE L'ÉTHIQUE DE LA SCIENCE ET DE LA TECHNOLOGIE, *op. cit.*, note 2, p. 65 et s. qui recommande le *statu quo* sur le plan législatif. Voir par ailleurs L. LANGEVIN, *loc. cit.*, note 3, qui, dans une perspective féministe, milite en faveur de la rémunération des « mères porteuses ».

28. Précitée, note 8. L'art. 6 se lit comme suit : « (1) Il est interdit de rétribuer une personne de sexe féminin pour qu'elle agisse à titre de mère porteuse, d'offrir de verser la rétribution ou de faire de la publicité pour le versement d'une telle rétribution. (2) Il est interdit d'accepter d'être rétribué pour obtenir les services d'une mère porteuse, d'offrir d'obtenir ces services moyennant rétribution ou de faire de la publicité pour offrir de tels services. (3) Il est interdit de rétribuer une personne pour qu'elle obtienne les services d'une mère porteuse, d'offrir de verser cette rétribution ou de faire de la publicité pour le versement d'une telle rétribution. (4) Nul ne peut induire une personne de sexe féminin à devenir mère porteuse, ni lui conseiller de la devenir, ni pratiquer un acte médical pour aider une personne de sexe féminin à devenir mère porteuse, s'il sait ou a des motifs de croire qu'elle a moins de vingt et un ans. (5) Le présent article ne porte pas atteinte à la validité, en vertu du droit provincial, de toute entente aux termes de laquelle une personne accepte d'être mère porteuse ».

L'article 12 de la loi fédérale ajoute : « (1) Il est interdit, sauf en conformité avec les règlements et avec une autorisation, de rembourser les frais supportés : [...] c) par une mère porteuse pour agir à ce titre. (2) Il est interdit de rembourser les frais visés au paragraphe (1) s'ils ne font pas l'objet d'un reçu. (3) Il est interdit de rembourser à une mère porteuse la perte de revenu de travail qu'elle subit au cours de sa grossesse, sauf si les conditions suivantes sont respectées : a) un médecin qualifié atteste par écrit que le fait, pour la mère porteuse, de continuer son travail peut constituer un risque pour la santé de celle-ci, de l'embryon ou du fœtus ; b) le remboursement est effectué conformément aux règlements et à une autorisation. »

29. Il faut noter que la décision de la Cour suprême dans le *Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée*, [2010] 3 R.C.S. 457, ne portait pas sur l'article 6 et que la validité constitutionnelle de l'article 12 a été maintenue, tout comme celle des

l'encadre. En effet, elle permet ce type de contrat, mais à certaines conditions, notamment s'ils sont conclus sur une base altruiste. Elle fixe également l'âge minimal permettant d'agir à titre de mère porteuse à vingt et un ans. La loi prévoit des sanctions pénales à l'égard de certains intermédiaires dans la conclusion du contrat, notamment lorsque le contrat est conclu à titre onéreux³⁰. L'article 12 de la *loi fédérale* (non en vigueur)³¹ prévoit par ailleurs la possibilité de rembourser la mère porteuse de certains frais faisant l'objet de reçus. Les détails quant aux frais admissibles au remboursement seront prévus dans un règlement fédéral qui se fait attendre³².

Dans un deuxième temps, il faut s'attarder aux règles d'établissement de la filiation. Comme la jurisprudence récente l'a démontré, malgré le fait que les conventions de maternité de substitution vont à l'encontre de l'ordre public, cela ne décourage pas le recours à la pratique, qui est d'ailleurs, rappelons-le, encadré par la loi fédérale. Donc, la question de la détermination de la filiation se pose. Il faut voir comment la nullité de la convention influence l'application des règles quant à l'établissement de la filiation.

La filiation s'établit selon le droit provincial et donc, la logique du droit civil québécois en la matière doit être suivie. Tel qu'exprimé dans les commentaires du ministre sur l'article

articles 8, 9, 19 et 60. En revanche, les articles 10, 11, 13, 14 à 18, 40(2), (3), (3.1), (4), (5), et 44(2) et (3) ont été invalidés comme excédant la compétence législative du Parlement du Canada suivant la *Loi constitutionnelle de 1867*. De plus, la Cour a maintenu la validité constitutionnelle des articles 40(1), (6) et (7), 41 à 43, 44(1) et (4), 45 à 53, 61 et 68, dans la mesure où ils se rattachaient à des dispositions constitutionnelles.

Par ailleurs, comme la CEST l'a noté dans son avis, *op. cit.*, note 2, p. 66 : « Mais ce contrat, bien qu'illicite, et par conséquent non exécutoire pour le droit civil, n'est pas pour autant nécessairement illégal, c'est-à-dire sanctionné par une peine d'amende ou d'emprisonnement. [...] Il existerait donc, *a priori*, une dichotomie entre le droit criminel et le droit civil, qui n'a pas été sans engendrer une certaine confusion entre ce qui est nul et ce qui est illégal, chez les cliniciens qui pratiquent dans ce domaine. » Néanmoins, sans pouvoir pousser l'analyse de cette question plus loin dans le cadre de ce texte, il reste que l'état du droit tel qu'il est, sans criminalisation de la pratique à la base, sert mieux l'intérêt des femmes et des enfants dans ce contexte.

30. *Loi sur la procréation assistée*, précitée, note 8, art. 6, 12 et 60. L'encadrement criminel de la pratique est beaucoup plus sévère en France, par exemple. Voir l'interdiction prévue dans le Code pénal français, à l'article 227-13 qui prévoit une peine de trois ans d'emprisonnement pour le recours à une mère porteuse et une amende de 45 000 euros).

31. *Ibid.*

32. Il faut aussi noter que l'exigence de soumettre un reçu a été et demeure vivement contestée. Voir également les commentaires formulés aux notes 8 et 81.

541 C.c.Q., il importe notamment qu'on ne puisse déterminer à l'avance la filiation d'un enfant à naître, par une convention de gestation ou de procréation pour le compte d'autrui :

[...] Ces conventions étant nulles, les parties ne pourront pas s'en prévaloir ou demander leur exécution. Il a paru contraire à l'ordre public de permettre que la filiation de l'enfant soit déterminée par une convention. Celle-ci étant réputée n'avoir jamais existé, la filiation sera établie suivant les modes de preuve prévus précédemment.³³

Ainsi, aux yeux du droit québécois, une telle convention est nulle et l'application des règles de la filiation par le sang s'impose « suivant les modes de preuve prévus précédemment, [voir dans le chapitre sur la filiation par le sang] »³⁴. Rappelons que dans ce cadre, selon l'article 523 C.c.Q., « [l]a filiation tant paternelle que maternelle se prouve par l'acte de naissance, quelles que soient les circonstances de la naissance de l'enfant ».

En ce qui a trait à l'établissement de la paternité, le père d'intention (il est généralement aussi le père biologique) peut déclarer sa paternité à l'égard de l'enfant, ce qui a été fait dans tous les scénarios que nous avons étudiés à la partie IA, puisque les conventions ont été exécutées volontairement³⁵.

L'établissement de la maternité s'établit, quant à elle, conformément à la maxime *mater semper certa est* ; la femme qui accouche est la mère de l'enfant³⁶. Les articles 111 et suivants du

33. GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *Commentaires du ministre de la Justice. Le Code civil du Québec*, Tome1, Québec, Publications du Québec, 1993, p. 327. (Nous soulignons.)

34. Pour plus de détails sur les règles de la filiation par le sang, voir Marie PRATTE, « Filiation par le sang », dans *JurisClasseur Québec*, coll. « Droit civil », *Personnes et famille*, fasc. 29, Montréal, LexisNexis Canada, feuilles mobiles ; Michelle GIROUX, « Filiation de l'enfant né d'une procréation assistée », dans *JurisClasseur Québec*, coll. « Droit civil », *Personnes et famille*, fasc. 30, Montréal, LexisNexis Canada, feuilles mobiles ; Jean PINEAU et Marie PRATTE, *La famille*, Montréal, Éditions Thémis, 2006, p. 595 et suiv. *contra* : Marie Christine KIROUACK, « Le projet parental et les nouvelles règles relatives à la filiation : une avancée ou un recul quant à la stabilité de la filiation ? », dans *Développements récents en droit familial (2005)*, Service de la formation permanente, Barreau du Québec, EYB2005DEV1063, 2005, qui examine quelques possibilités qui nous semblent inexacts en droit québécois.

35. Dans le cas contraire, l'établissement de la paternité dépendrait de l'état matrimonial de la mère, notamment de l'application ou non de la présomption de paternité de l'article 525 C.c.Q. Voir les articles 523 et s. C.c.Q.

36. Cette règle est aussi vraie en matière de filiation par procréation assistée, voir l'article 538.1 C.c.Q. *Contra* : Marie-Christine KIROUACK, *loc. cit.*, note 34, p. 57,

C.c.Q. concernant les actes de l'état civil complètent ce principe. En effet, d'une part, l'article 111 C.c.Q. édicte que lors de l'accouchement, l'accoucheur dresse le constat de naissance, qui doit énoncer « les lieu, date et heure de la naissance, le sexe de l'enfant, de même que le nom et le domicile de la mère »³⁷. De plus, l'article 112 C.c.Q. précise qu'il est du devoir de l'accoucheur de remettre « un exemplaire du constat à ceux qui doivent déclarer la naissance ; il transmet, sans délai, un autre exemplaire du constat au directeur de l'état civil, avec la déclaration de naissance de l'enfant, à moins que celle-ci ne puisse être transmise immédiatement »³⁸.

Par ailleurs, l'article 113 C.c.Q. prévoit que les parents doivent déclarer la naissance de l'enfant « [...] au directeur de l'état civil, dans les trente jours [...] »³⁹. Puis, conformément à l'article 108 C.c.Q., le directeur de l'état civil dresse l'acte de naissance de l'enfant à l'aide du constat et de la déclaration qu'il a reçus. Finalement, selon l'article 130 C.c.Q. :

Lorsqu'une naissance [...] n'est pas constaté[e] ou déclaré[e][...], le directeur de l'état civil procède à une enquête sommaire, dresse l'acte de l'état civil sur la foi de l'information qu'il obtient et l'insère dans le registre de l'état civil.

Ainsi, tel que mentionné en partie IA dans les différents scénarios qui se sont présentés devant la Cour du Québec en 2009, la mère porteuse accouche de l'enfant et dès lors, comme cela se fait normalement après un accouchement, l'accoucheur a l'obligation de constater la naissance et d'en aviser le directeur de l'état civil. Quant à la mère porteuse, elle a l'obligation de déclarer sa maternité à l'égard de l'enfant.

Nous ouvrons une parenthèse sur la confection des actes de l'état civil dans ces cas. Dans la décision rendue par le juge

qui prétend que le droit québécois n'est pas clair sur l'établissement de la maternité de l'enfant. Il est vrai qu'on ne peut prévoir à l'avance qui sera ultimement aux yeux du droit la mère, mais il est cependant clair que le principe selon lequel la femme qui accouche est la mère de l'enfant trouve application. Par ailleurs, son application est critiquée ; voir M. F. BUREAU et E. GUILHERMONT, *loc. cit.*, note 3.

37. Nous soulignons.

38. Nous soulignons.

39. Les articles 114 et s. ajoutent des détails quant à la déclaration de naissance que nous n'énumérerons pas ici. Nous nous contenterons de discuter de la situation applicable aux situations factuelles présentes dans les décisions analysées.

Dubois, la maternité n'a pas été déclarée, la déclaration de naissance ayant été remplie par le père seulement. Le directeur de l'état civil a dans ces circonstances, et comme nous venons de le voir, un pouvoir d'enquête sommaire. Le juge mentionne que la preuve est muette sur ce point⁴⁰. Pourtant, pour reprendre les termes du jugement⁴¹,

[l]e Directeur de l'état civil demande aux parents de s'assurer que le nom de famille et le prénom de la mère, la date et l'heure de naissance et le sexe de l'enfant correspondent aux données inscrites par l'accoucheur sur le constat de naissance (sur ce constat, la mère biologique est identifiée). Il conseille aussi de vérifier si toutes les cases sont bien remplies. » Peut-être sommes-nous justement en présence d'une enquête sommaire ? En note, le juge ajoute que « rien ne prouve que la requérante et le père ont eu accès à ces recommandations du Directeur de l'état civil.

Il nous paraît important de rappeler le rôle de l'officier de l'état civil dans la confection des actes de naissance. Étant donné le nombre accru de cas de maternité de substitution, l'exercice effectif de ce rôle peut faciliter la protection des droits de l'enfant, c'est-à-dire l'établissement de la maternité, mais également le droit de connaître ses origines⁴².

Cela étant dit, dans le contexte où la convention est exécutée volontairement⁴³, comme dans les scénarios présents dans

40. Art. 109 et 130 C.c.Q. ; *Adoption – 091*, précité, note 5, par. 28.

41. *Adoption – 091*, précité, note 5, par. 27. L'absence de déclaration de naissance de la part de la mère porteuse semble agacer, avec raison d'ailleurs, le juge Dubois. En effet, il s'agit de la seule différence digne de mention entre cette décision et toutes les autres. Cela porte ombrage à la bonne foi des parties. Comme le juge le mentionne au par. 73, l'enfant a le droit fondamental de l'enfant de connaître ses parents, conformément à l'article 7 de la *Convention relative aux droits de l'enfant*, 20 novembre 1989, (1991) R.T.N.U. (n° 27531), ratifiée par le Canada le 13 décembre 1991 : ci-après citée « Convention de l'ONU ». La maternité n'étant pas déclarée, un jugement d'adoption empêcherait toute réclamation de maternité dans l'avenir, conformément à l'article 577 C.c.Q. et priverait donc l'enfant de ce droit.

42. Sur cette question, voir notamment Michelle GIROUX, « Le droit fondamental de connaître ses origines biologiques », dans C. COLLINS, R. GRONDIN *et al.*, *Rights of the Child. Proceedings of the International Conference / Ottawa 2007*, coll. « Bleue », Montréal, Wilson & Lafleur, 2008, pp. 353 à 390, version légèrement remaniée, auparavant parue sous « Le droit fondamental de connaître ses origines biologiques : impact des droits fondamentaux sur le droit de la filiation », (2006) *R. du B. / Numéro thématique hors série* 255 ; M. GIROUX, *loc. cit.*, note 34. Voir également Michelle GIROUX et Mariana DE LORENZI, « Putting the child first » : A necessary step in the recognition of the right to identity in Canadian law » (titre provisoire), à paraître dans (2011) 1 *C.J.F.L.*

43. Comme nous l'avons mentionné, dans le cadre du présent texte, nous ne nous attardons que sur les cas d'exécution volontaire.

la jurisprudence, les parents d'intention, avec l'assentiment de la mère porteuse, voudront faire établir la filiation de l'enfant à leur égard. Le recours aux règles de l'adoption est un moyen pour ce faire et c'est précisément cette question qui est controversée.

2. La détermination de la filiation : la voie éventuelle de l'adoption pour rattacher l'enfant au parent d'intention

L'article 522 C.c.Q. précise que « Tous les enfants dont la filiation est établie ont les mêmes droits et les mêmes obligations, quelles que soient les circonstances de leur naissance ». L'adoption est un moyen visant à pallier la situation où un parent ne peut ou ne désire pas être responsable de l'enfant dont il est biologiquement le père ou la mère. De prime abord, il semble donc normal de permettre l'adoption de l'enfant conçu par maternité de substitution, afin d'établir un lien de filiation entre l'enfant et le parent d'intention, la filiation paternelle étant déjà établie à l'égard du père d'intention⁴⁴. Comme l'affirme à bon droit le juge Grégoire : « Ces enfants ayant tous les mêmes droits et les mêmes obligations, ils bénéficient donc des bénéfices de la loi de l'adoption »⁴⁵.

L'article 543 C.c.Q. précise ce qui suit : « L'adoption ne peut avoir lieu que dans l'intérêt de l'enfant et aux conditions prévues par la loi. [...] ». Les articles 544 et suivants précisent ces conditions de la loi, dont l'obligation d'obtenir le consentement des parents. En effet, l'article 544 C.c.Q. précise que : « L'enfant mineur ne peut être adopté que si ses père et mère ou tuteur ont consenti à l'adoption [...] ». Dans le cas décidé par le juge Dubois, seule la paternité est établie, la mère n'a donc pas à consentir à l'adoption⁴⁶. Dans les autres scénarios, tous les parents par le sang ont consenti à l'adoption.

L'article 555 C.c.Q. précise que :

Le consentement à l'adoption peut être général ou spécial. Le consentement spécial ne peut être donné qu'en faveur d'un ascendant de l'enfant, d'un parent en ligne collatérale jusqu'au troisième degré ou du conjoint de cet ascendant ou parent ; il peut également

44. Au surplus, l'article 579 C.c.Q. précise bien que « l'adoption, par une personne, de l'enfant de son conjoint ne rompt pas le lien de filiation établi entre ce conjoint et son enfant ».

45. *Adoption* – 09367, précité, note 5.

46. Art. 551 C.c.Q.

être donné en faveur du conjoint du père ou de la mère. Cependant, lorsqu'il s'agit de conjoints de fait, ces derniers doivent cohabiter depuis au moins trois ans.

Dans les différents cas étudiés, en alléguant l'intérêt de l'enfant, les juges ont, en majorité permis l'utilisation de l'article 555 C.c.Q. afin que le père et la mère porteuse puissent donner un consentement spécial à l'adoption en faveur de la conjointe du père ou de son conjoint, dans le contexte d'une union homosexuelle.

Cependant, cette interprétation ne fait pas l'unanimité, comme on le verra plus amplement dans la prochaine partie, certains estimant que l'ordre public doit avoir préséance.

II. UNE RÉPONSE INCERTAINE : ENTRE ORDRE PUBLIC CONTRACTUEL ET INTÉRÊT DE L'ENFANT

L'enfant né d'une mère porteuse se retrouve au centre d'un dédale de liens. La maternité se fragmente, les liens de sang ou de cœur se dissocient ou se superposent. La mère porteuse consent, avant même la conception de l'enfant, à le remettre à ceux qui ont planifié sa venue au monde. L'enfant, dans les faits, vivra avec ceux qui ont voulu être ses parents et qui vont agir ainsi. Dans quelle mesure le droit doit-il alors favoriser une correspondance entre cette filiation de cœur, et parfois de sang, et la filiation juridique ? Dans le contexte juridique actuel, nous l'avons vu précédemment, la seule voie possible pour permettre à la conjointe ou au conjoint du père biologique d'accéder à la filiation est celle de l'adoption : doit-on la permettre ?

La réponse donnée par la Cour du Québec à cette dernière question est incertaine ; deux courants jurisprudentiels coexistent. En janvier 2009⁴⁷, le juge Michel DuBois rejetait la demande en ordonnance de placement présentée par la conjointe du père ; par ailleurs, les cinq décisions rendues par la suite accueillaient tour à tour de telles requêtes. Les distinctions factuelles entre ces affaires ne justifiaient pas à elles seules de telles divergences d'interprétation. En effet, si certaines situations peuvent davan-

47. *Adoption* – 091, précité, note 5.

tage surprendre ou émouvoir, cela n'altère pas la question juridique qui demeure identique : la nullité du contrat de procréation ou de gestation empêche-t-elle le prononcé de l'adoption ?

De prime abord, il ne faut pas s'étonner de l'absence d'unanimité à ce sujet au sein de la Cour du Québec. D'une part, la question de la légitimité de la maternité de substitution est controversée⁴⁸, et d'autre part, les dispositions législatives actuelles sont susceptibles d'interprétations opposées. Malgré que la doctrine ne soit pas unanime⁴⁹, nous croyons que le droit fournit des arguments en faveur de l'une ou de l'autre de ces positions. Si l'on accorde préséance à l'ordre public et que l'on croit qu'il empêchera le phénomène de la maternité de substitution, au nom de la protection des femmes et des enfants, on refusera toute possibilité d'adoption. Au contraire, si l'on est convaincu que le phénomène étant, l'intérêt de l'enfant doit prédominer, on la permettra. Ces arguments seront étudiés dans un deuxième temps (II.B), mais ce sont d'abord ceux faisant prédominer l'ordre public qui retiendront notre attention.

A. La préséance de l'ordre public

Le respect de l'ordre public constitue l'argument principal de la décision du juge DuBois dans *Adoption – 091*⁵⁰. Il rejette en effet la requête en ordonnance de placement présentée par la conjointe du père de l'enfant au motif que l'adoption vise à parfaire un projet « illégal » : l'exécution d'une convention de procréation⁵¹. Cette décision n'est pas dénuée de fondement, mais elle n'est pas non

48. Pas seulement au Québec d'ailleurs. Le droit belge connaît les mêmes hésitations. Lire à ce sujet : E. MONTERO, « Observations : l'adoption consécutive à un contrat de mère porteuse », *Rev.drt.Santé*, (1997-1998), p. 127 ; Gand, 16 janvier, T.G.R., 1989, p. 52 ; par ailleurs, dans Civ. Bruxelles, ch. jeun., 4 juin 1996, J.L.M.B. 1996, p. 1182 ; Civ. Turnhout, ch. jeun., 4 octobre 2000, R.W., 2001-2002, p.206 ; Anvers, 14 janvier 2008, R.W., 2007-2008, p. 1774, les tribunaux accordent préséance à l'intérêt de l'enfant.

49. Voir également Carmen LAVALLÉE, *L'enfant, ses familles et les institutions de l'adoption. Regards sur le droit français et le droit québécois*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2005, n° 513, p. 411 à 413 ; Alain ROY, *Le droit de l'adoption au Québec. Adoption interne et internationale*, coll : « Bleue », Montréal, Wilson & Lafleur, 2006, n° 38.

50. Précité, note 5.

51. Comme on l'a vu, l'article 541 C.c.Q., en effet, « Toute convention par laquelle une femme s'engage à procréer ou à porter un enfant pour le compte d'autrui est nulle de nullité absolue ».

plus à l'abri de toute critique⁵². Après en avoir exposé les motifs, nous nous attarderons donc aux questions qu'elle soulève.

1. *Les motifs*

Selon le premier alinéa de l'article 543 C.c.Q, l'intérêt de l'enfant ne suffit pas à justifier l'adoption, celle-ci doit aussi respecter les conditions prévues par la loi. Mais quelles sont-elles ?

Il y a bien sûr les conditions mentionnées au chapitre du Code civil portant sur l'adoption⁵³. Il y aurait aussi, selon le juge DuBois, celles prévues ailleurs, que ce soit dans d'autres chapitres du Code ou dans d'autres lois.

Le Code civil, on le sait, permet l'adoption d'un enfant par le conjoint de son père ou de sa mère, à la condition qu'un consentement spécial ait été donné par les parents à l'égard desquels la filiation de l'enfant est établie⁵⁴. Or, on se rappellera que, dans cette affaire, le nom de la mère porteuse n'avait pas été déclaré au directeur de l'état civil. Le consentement de cette dernière à l'adoption de son enfant n'était donc pas nécessaire ; celui du père suffisait et il avait été donné en bonne et due forme, selon les prescriptions des articles 551 et 555 du Code civil du Québec. Les conditions requises par le Code civil semblaient donc respectées ; la requête est pourtant rejetée. Pourquoi ? Parce que cette adoption vise la réalisation d'un projet parental avec assistance à la procréation par l'entremise d'une mère porteuse et que l'entente par laquelle les parties ont convenu d'avoir recours à ce type de procréation assistée est nulle de nullité absolue. Le juge DuBois estime en effet « que les conditions prévues par la loi vont bien au-delà du respect formel et procédural du consentement à l'adoption [...] »⁵⁵. Elles exigent que le processus ayant mené à l'adoption respecte les exigences de l'ordre public et des « lois existantes »⁵⁶. Or, la nullité prévue à l'article 541 C.c.Q. rend le contrat passé entre la requérante et la mère porteuse « illégal, qu'il soit à titre onéreux ou à titre gratuit »⁵⁷. Selon le juge DuBois, qui reprend à

52. Les juges Tremblay, Grégoire, Garneau-Fournier s'en sont d'ailleurs expressément dissociés, tout en prenant bien soin de souligner que les faits de l'espèce différaient. Les juges Leduc et Wilhelmy font en quelque sorte de même.

53. Art. 543-584 C.c.Q.

54. Art. 555 et 551 C.c.Q.

55. *Adoption – 091*, précité, note 5, par. 55.

56. *Ibid.*, par. 63.

57. *Ibid.*, par. 52.

cet égard le raisonnement de certains auteurs de doctrine⁵⁸, on ne peut « ériger une cloison étanche entre les articles du Code civil du Québec traitant de l'adoption (articles 543 et suivants C.c.Q.) et ceux traitant de la filiation des enfants nés d'une procréation assistée (articles 538 et suivants C.c.Q. [...] »⁵⁹.

Le fait que l'adoption soit l'étape ultime d'un processus contrevenant à l'ordre public aurait notamment comme conséquence de vicier le consentement à l'adoption donné par le père de l'enfant. Le juge DuBois refuse en effet de « dissocier la question de la validité de ce consentement [...] des étapes précédentes concoctées dans la réalisation du projet parental de ce couple »⁶⁰. Le consentement à l'adoption serait, selon le juge, « partie prenante à la démarche illégale et contraire à l'ordre public »⁶¹. « Il n'est que la suite logique et prévue de ce même projet parental soigneusement planifié bref, **une manière détournée de donner effet à cette entente contractuelle** » en faisant produire des conséquences juridiques à ce qui est prohibé par la loi »⁶². La nullité absolue de la convention de procréation altérerait donc la validité du consentement du parent à l'adoption de son enfant par sa conjointe et entacherait ainsi tout le processus d'adoption.

À l'exemple de la jurisprudence française⁶³, le juge DuBois adopte donc une interprétation basée sur la cohérence interne de la loi : utilisée pour fixer juridiquement la maternité ou la paternité de ceux ayant eu recours aux services d'une mère porteuse, l'adoption deviendrait la « phase ultime » d'un processus d'ensem-

58. *Supra*, note 49.

59. *Adoption – 091*, précité, note 5, par. 48

60. *Ibid.*, par. 57.

61. *Ibid.*

62. *Ibid.*, par. 59. Les références sont omises.

63. Voir LABRUSSE-RIOU, « De l'illicéité de la maternité de substitution », (1991) 4 *Revue critique de droit international privé* 711, voir la section concernant le rapport Y. CHARTIER, note D. THOUVENIN ; M. GOBERT, *R.T.D.C.* 1992.489. La Cour de cassation rend cet arrêt sur la base des articles 6 et 1128 du Code civil. Mentionnons que ce n'est qu'en 1994 que le législateur français insère au Code civil l'article 16-7 qui prévoit ceci : « Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle ». Par la suite, dans une décision, pour ne mentionner que celle-là, qui a mis fin à une saga célèbre, celle des jumelles Mennesson, la Cour d'appel de Paris, dans son Arrêt du 18 mars 2010 RG no. 2009/11017, va dans le même sens et « annule la transcription, sur les registres du service central d'état civil de Nantes, des actes de naissance établis dans le comté de San Diego (Californie) et désignant M. Dominique et M^{me} Sylvie P. en qualité de père et mère des enfants Valentina [...] et Fiorella [...]. Ordonne la transcription du présent arrêt en marge des actes de naissance annulés. », p. 6 du jugement.

ble illicite⁶⁴. Cette position est celle de juristes qui considèrent qu'on ne peut permettre un tel détournement de l'institution⁶⁵.

Donner effet au consentement du père à l'adoption de son enfant serait pour le Tribunal, dans les circonstances, faire preuve d'aveuglement volontaire et confirmer que la fin justifie les moyens.⁶⁶

Ce raisonnement n'est certainement pas dénué de fondement ; il peut toutefois être questionné.

2. *Les questions*

L'article 541 C.c.Q. établit clairement la nullité absolue des conventions par lesquelles une femme s'engage à procréer ou à porter un enfant pour le compte d'autrui. Il faut toutefois s'interroger sur la portée de cette sanction. Lorsque l'un des parents d'intention désire adopter l'enfant afin d'établir un lien de filiation entre l'enfant et lui, l'invalidité du contrat contamine-t-elle nécessairement les consentements à l'adoption donnés par le parent d'intention et par la mère porteuse conformément aux exigences du Code civil ? La question exige que l'on examine à la fois les justifications et les conséquences de la sanction prévue à l'article 541 C.c.Q.

a. *Les justifications*

Pour être valide, un contrat doit respecter certaines conditions. Si plusieurs ont comme objectif la protection d'intérêts particuliers⁶⁷ – principalement ceux des parties – d'autres s'imposent pour la protection de l'intérêt général – c'est-à-dire de l'ordre public de direction. Selon Jean Carbonnier, cette exigence « exprime le vouloir-vivre de la nation que menaceraient certaines initiatives individuelles en forme de contrats »⁶⁸. La collectivité l'emporte ainsi sur l'individu⁶⁹. C'est ainsi, par exemple, qu'est

64. Gérard CORNU, *La famille*, 8^e éd., Paris, Montchrestien, 2003, p. 464, faisant référence à l'arrêt de la Cour de cassation de mai 1991.

65. Voir notamment G. CORNU, *ibid.*, « on pourrait également énoncer que l'adoption, acte juridique privé soumis à un contrôle juridictionnel, est nul par l'illicéité de sa cause impulsive et déterminante ».

66. *Adoption – 091*, précité, note 5, par. 78.

67. Voir par exemple, l'article 1399 C.c.Q. C'est alors l'ordre public de protection qui est en cause. Voir aussi et entre autres, Jean PINEAU, Danielle BURMAN et Serge GAUDET, *Théorie des obligations*, 4^e éd., Montréal, Thémis, 2001, n° 167.

68. Voir notamment J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *ibid.*, n° 158 ; J. CARBONNIER, *Droit civil*, tome 2, Paris, P.U.F., 2004, n° 984, p. 2037.

69. *Ibid.* « L'idée générale est celle d'une suprématie de la collectivité sur l'individu ».

nul le contrat dont la cause ou l'objet est contraire à l'ordre public⁷⁰.

L'article 541 C.c.Q., on le sait, précise que « toute convention par laquelle une femme s'engage à procréer ou à porter un enfant pour le compte d'autrui est nulle de nullité absolue ». On considère généralement que l'objet de cette entente contrevient à l'ordre public de direction, puisqu'il serait contraire à certaines valeurs sociales⁷¹, jugées fondamentales.

Portant à la fois sur le corps de l'enfant et sur celui de la mère porteuse, qui met à la disposition d'autrui ses « fonctions reproductrices »⁷², l'entente se heurterait notamment au principe de l'indisponibilité du corps humain. Elle porterait aussi atteinte au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, la mère porteuse renonçant de façon anticipée à sa qualité et à ses droits de mère et les parties ayant comme objectif de manipuler l'état de l'enfant en fonction de leurs désirs⁷³.

C'est d'ailleurs surtout ce dernier point qui a retenu l'attention du législateur québécois. En effet, lors de l'entrée en vigueur du Code civil du Québec, en 1994, le ministre de la Justice justifiait ainsi la nullité absolue des conventions de procréation et de gestation : « Il a paru contraire à l'ordre public de permettre que la filiation de l'enfant soit déterminée par convention. Celle-ci étant réputée n'avoir jamais existé, la filiation sera établie suivant les modes de preuve prévus précédemment »⁷⁴.

Une remarque s'impose. Selon le ministre, l'atteinte à l'ordre public proviendrait de la volonté des parties de modeler la filiation de l'enfant conformément à leur désir. À l'époque, l'argument paraissait inébranlable, la filiation étant en principe indisponible. Pourtant, aujourd'hui il ne convainc pas autant. Les dispositions actuelles du Code civil sur la filiation des enfants nés d'une

70. Art. 1411 et 1413 C.c.Q.

71. Voir notamment J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *op. cit.*, note 67 ; Henri, Léon et Jean MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, Paris, Montchrestien, 1969, vol. 1, n° 293, p. 248.

72. G. CORNU, *op. cit.*, note 64, p. 463.

73. *Ibid.* Voir aussi et notamment J.-L. BAUDOUIN et C. LABRUSSE RIOU, *Produire l'homme de quel droit ?*, Paris, P.U.F., 1985, p. 110-112 ; Michelle GIROUX, « L'encadrement de la maternité de substitution au Québec et la protection de l'intérêt de l'enfant », (1997) 28 *R.G.D.* 535, 537 et 538.

74. GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *op. cit.*, note 33.

procréation assistée permettent en effet à ceux à l'origine de sa conception de déterminer la filiation d'un enfant avant même la naissance de celui-ci. Un géniteur ne peut-il pas renoncer valablement à sa paternité⁷⁵ ? Deux femmes (ou une seule) ne peuvent-elles pas convenir d'être les parents exclusifs d'un enfant⁷⁶ ? Comment justifier le fait que l'on sanctionne les conventions de procréation et de gestation pour le compte d'autrui, au motif qu'elles visent à déterminer la filiation de l'enfant par convention, alors que, dans d'autres situations, l'on permet que la filiation de l'enfant soit déterminée par la volonté ?

Mais, indifférente à ces questionnements, la règle demeure : ces contrats sont nuls de nullité absolue. Quelles sont les conséquences d'une telle sanction ? Empêche-t-elle nécessairement l'adoption de l'enfant ?

b. Les conséquences

En droit des obligations, le contrat frappé de nullité⁷⁷ est réputé n'avoir jamais existé⁷⁸. Il n'est donc pas susceptible d'exécution forcée. Lorsque la nullité est absolue, le tribunal la soulève d'office et le contrat, bien sûr, n'est pas susceptible de confirmation⁷⁹.

L'article 541 C.c.Q. empêche donc que l'une des parties puisse forcer l'autre à exécuter ses obligations⁸⁰. Ainsi, malgré qu'au préalable, on ait pu vouloir fixer la filiation par convention,

75. Voir par exemple l'article 538.2 C.c.Q.

76. Art. 538, 538.2, 538.3, 538.4 et 539.1 C.c.Q.

77. Selon l'article 1416 C.c.Q. : « Tout contrat qui n'est pas conforme aux conditions nécessaires à sa formation peut être frappé de nullité ». La nullité doit être prononcée par le tribunal et cela même dans les cas de nullité absolue : voir H., L. et J. MAZEAUD, *op. cit.*, note 71, n° 297, p. 250. ; J. CARBONNIER, *op. cit.*, note 68, n° 1019, p. 2096.

78. Art. 1422, al.1 C.c.Q. Le jugement de nullité a des conséquences identiques que la nullité soit relative ou absolue : J. CARBONNIER, *ibid.*, n° 1021, p. 2099.

79. Art.1418 C.c.Q.

80. Voir à ce sujet : *Adoption – 09184*, précité, note 5, voir *Adoption – 09185*, précité, note 5, par. 22 : « Ainsi l'entente verbale intervenue entre la requérante-adoptante (mère génétique) et le mis-en-cause (père génétique) d'une part, et la mise-en-cause (mère porteuse) d'autre part, est probablement nulle de nullité absolue en regard de l'article 541 C.c.Q. cela signifie que la requérante-adoptante A et le mis-en-cause B n'auraient pu par exemple obliger la mise-en-cause C à poursuivre sa grossesse si cette dernière avait décidé de l'interrompre. Cela signifie aussi qu'on ne pourrait invoquer l'entente de procréation et de gestation si, dans un autre exemple, la mise-en-cause C avait refusé de signer un consentement à l'adoption [...] Mais ce n'est pas de ce genre de question que j'ai à décider ».

il reste que la mère porteuse ne pourrait être contrainte ni à remettre l'enfant au couple ayant contracté avec elle, ni à consentir à l'adoption. Elle ne pourrait pas non plus exiger de ses cocontractants la rémunération promise⁸¹ ou les forcer à prendre charge de l'enfant qu'elle a mis au monde⁸².

Ces conséquences de la nullité se rapportent aux cas où l'une des parties refuserait d'exécuter l'une ou l'autre de ses obligations. Mais qu'en est-il lorsqu'au contraire, elles veulent respecter leur convention ? Le ministre de la Justice est clair : le fait que ces conventions soient sanctionnées par la nullité absolue empêche aussi la reconnaissance immédiate de la filiation du « parent d'intention » et oblige à déterminer la filiation de l'enfant selon les règles générales de la filiation. L'enfant aura donc comme mère la femme qui lui a donné naissance et dont le nom devrait avoir été déclaré au directeur de l'état civil. Aucune des parties ne pourrait obliger le directeur de l'état civil à inscrire le nom du « parent d'intention » comme étant celui de la mère ou, dans la situation où un couple homosexuel a fait appel à une mère porteuse, à celui du deuxième père de l'enfant. Avec égards, cela est également le cas même si la « mère d'intention » est liée génétiquement à l'enfant, ce que certains juges semblent remettre en question⁸³.

81. Quoique cette question mériterait réflexion, étant donné l'existence de l'article 12 de la *Loi sur la procréation assistée*, qui permet, comme nous le savons, le remboursement de certaines dépenses, *supra*, note 8. Dans le cadre du présent texte, nous ne pousserons pas plus loin l'analyse de cette question. Sur les conflits d'interprétation entre la législation fédérale et le droit privé québécois, contentons-nous de citer un article résumant de façon critique les décisions pertinentes de la Cour suprême du Canada sur ce sujet, Aline GRENON, « Le bijuridisme canadien à la croisée des chemins ? Réflexions sur l'incidence de l'article 8.1 de la Loi d'interprétation », (2011) 56 *McGill L.J.* 775.

82. Imaginons simplement la situation où la mère porteuse met au monde un enfant handicapé que les parents d'intention ne voudraient plus prendre en charge. Cette question pose des questions éthiques importantes et fait partie des motifs de base pour décourager le recours à de telles conventions ou pour mieux les encadrer pour éviter les dérives. Voir notamment l'avis de la CEST, *op. cit.*, note 2, p. 72 et 73.

83. Dans la décision *Adoption – 09185*, précitée, note 5, le juge Tremblay envisage la possibilité pour la mère d'intention génétiquement liée à l'enfant de faire établir sa maternité, soit par une déclaration de sa maternité au directeur de l'état civil, par. 7, soit par une action en réclamation d'état, par. 17. Voir aussi *Adoption – 10489*, précitée, note 5, par. 17, où la juge Leduc exprime l'idée de vouloir faire de la mère d'intention la « vraie mère » lorsqu'elle est génétiquement liée à l'enfant. Finalement, dans le jugement *A.C. E.S. A.-M.M.*, précité, note 5, par. 50, la juge Wilhelmy insiste aussi sur la « vraie filiation maternelle » et distingue les simples conventions de gestation de celles de procréation.

Pourtant, conformément au droit actuel, la femme qui accouche est la mère de l'enfant (peu importe qu'elle soit génétiquement liée à l'enfant ou non) et c'est elle qui peut déclarer sa maternité à l'égard de l'enfant. En outre, comme la convention de mère porteuse est nulle, il n'est pas permis de l'invoquer dans le cadre

Il faut alors se poser les questions suivantes : les effets de la nullité absolue doivent-ils s'étendre au-delà de la détermination de la filiation par le sang de l'enfant ? La règle énoncée à l'article 541 C.c.Q. affecte-t-elle la validité du processus d'adoption de l'enfant né d'une mère porteuse, lorsqu'il vise la création d'un lien de filiation entre celui-ci et son parent d'intention ? Doit-on alors considérer l'adoption comme un accessoire du contrat ou comme une procédure autonome ? D'un point de vue plus général, doit-on analyser la question sous l'angle « plus impersonnel » du droit des obligations ou sous celui, « plus empreint d'humanité », des droits de l'enfant visés par cette adoption ?

À l'exemple de la jurisprudence et de la doctrine françaises⁸⁴, le juge DuBois décide, nous l'avons vu, que l'adoption est frauduleuse puisqu'elle vise la réalisation d'une convention illicite.

Peut-on tout d'abord clairement affirmer qu'en droit québécois cette convention est illicite ? Au contraire de la loi française, la Loi canadienne ne la condamne pas⁸⁵. Cependant, selon le Code

d'une action en réclamation d'état. Il ne resterait donc qu'une avenue possible ; celle de l'adoption. Voir, *supra*, Partie 1.B.1. Par ailleurs, cette avenue assure le respect du droit de l'enfant de connaître ses origines biologiques, voir notamment *supra*, note 34.

84. G. CORNU, *op. cit.*, note 64, p. 433. Il faut ajouter que la solution française n'est pas restée à l'abri de toute critique. Ironie du sort, l'extrême rigueur de la solution française a eu comme conséquence la remise en question de l'interdiction de la maternité de substitution. Voir notamment Michel FARGE, « Les jumelles Mennesson issues d'une gestation pour autrui : quand la promotion internationale de l'ordre public français aboutit à une situation boiteuse inadmissible », 2010, Droit de la famille n° 9, étude 23, qui s'exprimait comme suit en conclusion de son article : « Gageons que la Cour européenne, si elle était saisie par les parents au nom des jumelles, ne s'embarrassera pas de cet obstacle pour imposer à la France de relativiser sa position en considération de l'intérêt de l'enfant », p. 6 et COMITÉ CONSULTATIF NATIONAL D'ÉTHIQUE POUR LES SCIENCES DE LA VIE ET DE LA SANTÉ, *Avis n° 110 : Problèmes Éthiques soulevés par la gestation pour autrui (GPA)*, en ligne : <http://www.cne-ethique.fr/docs/avis_110.pdf> : « Il nous apparaît, de plus, que le maintien de la prohibition et ses conséquences sur l'établissement de la filiation juridique, vont à l'encontre de l'intérêt supérieur de tous les enfants qui continueront de naître grâce à une GPA pratiquée dans des pays où elle n'est pas illégale et où les couples français qui en ont les moyens continueront de se rendre », voir p. 18.
85. C'est une distinction importante qui justifie que l'on suive avec prudence l'exemple du droit français. Et, malgré le fait que la France criminalise la maternité de substitution, voir *supra*, note 30, l'approche d'une extrême rigueur privilégiée sur le plan civil en France a été critiquée. Voir notamment M. FARGE, *ibid.*, p. 5 : « À vouloir trouver une sanction, il vaudrait mieux s'en remettre au droit pénal car il n'est pas concevable que, pour sanctionner les parents, les enfants – par hypothèse innocents – soient privés de leur filiation. Pour s'en convaincre, il suffirait d'imaginer que ce soit les enfants eux-mêmes qui réclament la reconnaissance de leur filiation, serait-il acceptable de leur opposer le comportement frauduleux de leurs parents ? »

civil du Québec, elle est nulle de nullité absolue, car son objet contrevient à l'ordre public. Elle apparaît donc certainement illégitime parce qu'elle met notamment en péril l'intérêt et les droits des enfants. Nous l'avons écrit plus haut, le législateur sanctionne cependant le fait qu'elle permette aux parties de déterminer d'avance l'état (ou la filiation) de l'enfant. Mais ne peut-on pas rétorquer que si le nom du parent d'intention n'est pas inscrit à l'acte de naissance comme étant celui de la mère⁸⁶, la filiation de l'enfant n'est plus altérée. Si on ne peut pas empêcher la mère porteuse de remettre librement l'enfant au père, peut-on sanctionner son consentement spécial à l'adoption de l'enfant en faveur du conjoint ou de la conjointe du père ?

Peut-on prétendre comme le fait le juge DuBois que les consentements à l'adoption sont viciés ? Les vices du consentement sont la crainte et l'erreur, concepts qui sont évidemment ici inapplicables. Ainsi que l'exprime le juge Grégoire, dans *Adoption – 09367*, « rien ne permet[...] de conclure que le consentement donné est invalide pour les causes usuelles qui vicient un consentement ou qu'il ait été rétracté »⁸⁷.

Il est vrai, par ailleurs, que l'engagement de consentir à l'avance à l'adoption serait certainement annulable. Il ne peut être susceptible d'exécution forcée. Mais cela empêcherait-il le père (et la mère porteuse lorsque sa maternité est établie) de consentir librement à l'adoption après la naissance de l'enfant ? On permettrait certainement l'adoption de cet enfant par des étrangers qui auraient pris charge de l'enfant. Pourquoi la refuser au parent d'intention qui en a désiré la naissance ? Parce qu'on veut empêcher les parties au contrat de parvenir à leurs fins, sans aucun doute, mais peut-on ainsi écarter l'intérêt de l'enfant et le respect de ses droits ? On pourrait répondre par l'affirmative en arguant que l'intérêt des enfants, considéré *a priori*⁸⁸, exige que l'on décourage le recours à ce procédé. Mais si tel est le cas, pourquoi permettre au père géniteur d'inscrire la mention de sa paternité ? N'a-t-il pas, lui aussi, utilisé les services d'une mère

86. Ou lorsque, dans une affaire comme celle soumise au juge DuBois, il est possible pour l'enfant de rechercher sa filiation maternelle en justice. Le nom de la mère porteuse n'était pas inscrit à l'acte de naissance, mais il aurait été possible à l'enfant, du moins, en théorie, d'intenter une action en recherche de maternité en vertu de l'article 532 C.c.Q.

87. *Adoption – 09367*, précité, note 5, par. 25. Voir également *A.C. E.S. A.-M.M.*, précité, note 5, par. 66.

88. Voir *infra*, Partie II.B.1.

porteuse pour arriver à ses fins ? Pourquoi le fait d'être un donneur de sperme l'avantage-t-il par rapport à l'autre parent d'intention, qui pourrait d'ailleurs, lui aussi, avoir donné ses gamètes⁸⁹ ? Certes l'inscription du nom du père au registre révèle les liens biologiques, mais la procédure d'adoption tient aussi compte de la maternité de celle qui a accouché de l'enfant. Celle-ci doit en effet consentir à l'adoption, du moins, si sa maternité est légalement établie. L'enfant pourra d'ailleurs espérer la retrouver et connaître un jour l'identité de celle qui lui a donné naissance⁹⁰.

Cela dit, s'il peut être justifié de ne pas reconnaître la validité des conventions de procréation ou de gestation, il ne nous semble pas acceptable de sanctionner les parties y ayant eu recours en les empêchant de régulariser leur situation au moyen de l'adoption. Une telle position, nous y reviendrons dans la deuxième partie, équivaut à faire porter à l'enfant le poids de la conduite de ses parents et contrevient à ses droits⁹¹.

L'adoption doit donc être considérée de façon autonome. La nullité du contrat passé entre les parents d'intention et la mère porteuse ne doit pas altérer la validité de la procédure d'adoption. C'est aussi la position de la CEST : « [...] l'adoption par consentement spécial devrait rester une avenue possible »⁹². Il faut en

89. Comme c'est d'ailleurs le cas dans *Adoption – 09184* ; *Adoption – 10329* ; *Adoption – 10489* ; A.C. E.S. A.-M.M., précités, note 5.

90. Il convient d'ajouter une brève remarque à propos de la décision rendue par le juge DuBois. L'absence de lien maternel à l'acte de naissance nous semble, comme nous l'avons indiqué plus haut, une différence digne de mention. Comme le droit civil québécois actuel ne reconnaît que l'adoption plénière ; cette dernière mettant fin à la filiation d'origine (art. 577 C.c.Q.), prononcer l'adoption dans ce contexte empêche techniquement l'enfant de rechercher ses origines. Le jugement DuBois a pour effet de ne pas priver l'enfant de ce droit. Le juge aurait-il été plus enclin à prononcer l'adoption si la mère porteuse avait déclaré sa maternité à l'égard de l'enfant ? Difficile à dire, car il insiste surtout sur l'illicéité de la convention pour justifier sa décision et sur ce point, nous différons d'opinion. Il reste que dans les autres décisions où la mère porteuse a déclaré sa maternité, l'adoption a par la suite pu être prononcée. Cela incitera peut-être (du moins nous voulons bien le croire) les mères porteuses à déclarer leur maternité et à ne pas « frauder la loi ».

91. Le juge Grégoire écrit d'ailleurs dans *Adoption – 09367*, précité, note 5, par. 23, que « la nullité absolue prônée à l'article 541 C.c.Q. n'affecte que les parties contractantes ». Elle ne doit donc pas porter préjudice à l'enfant.

92. COMMISSION DE L'ÉTHIQUE DE LA SCIENCE ET DE LA TECHNOLOGIE, *op. cit.*, note 2, p. 72. Comme la CEST le fait également remarquer, éventuellement, d'autres options pourraient être envisagées dans ce contexte, notamment celle de l'adoption simple proposée à l'article 14 de l'Avant-projet de *Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption et d'autorité parentale*, document de consultation, Québec, 2009.

Commentant la situation prévalant en France, M. Murat écrit : « la seule manière de concilier les droits de l'enfant et le refus de réduire une femme à être une simple

effet faire une distinction évidente, mais importante. Même si l'adoption permet la création du lien de filiation désiré par les parties au contrat, cette nouvelle filiation n'est pas le produit de leur volonté, elle ne résulte pas de leur entente privée, mais d'une décision d'un tribunal rendue à la suite d'un processus judiciaire respectant les conditions prévues au Code civil du Québec.

Contrairement à ce que décide le juge DuBois, l'article 543 C.c.Q. ne devrait donc pas être lu de façon à englober des exigences législatives autres que celles se rapportant directement à l'adoption⁹³. Le premier alinéa de l'article 543 C.c.Q. se lit ainsi : « L'adoption ne peut avoir lieu que dans l'intérêt de l'enfant et aux conditions prévues par la loi ». Le terme *conditions* réfère sans aucun doute à celles de l'adoption. Or, celles-ci sont exprimées au chapitre du Code civil sur l'adoption que complète la *Loi sur la protection de la jeunesse*⁹⁴. Dans les cas d'espèce, elles ont été respectées.

D'ailleurs, le fait que les conventions de procréation et de gestation soient nulles ne constitue pas une condition de l'adoption, mais une sanction au défaut de formation du contrat. Rien ne permet d'affirmer que les conditions de validité des contrats deviennent des conditions prévues par la loi au sens de l'article 543 C.c.Q. lorsque ce contrat a un lien possible avec l'adoption. C'était en outre la position du Comité du Barreau du Québec sur les nouvelles techniques de reproduction⁹⁵. En 1988, considérant qu'une telle voie était possible et légale, il recommandait de l'empêcher expressément⁹⁶. Or, le législateur n'a pas suivi cette recommandation.

« couveuse » passe par le maintien de nos prohibitions, doublé d'une acceptation de l'adoption simple », cité dans M. FARGE, *loc. cit.*, note 84, p. 3.

93. M. GIROUX, *loc. cit.*, note 73 ; J. PINEAU et M. PRATTE, *op. cit.*, note 34, n° 424, p. 684-685 ; *Adoption – 09184*, précité, note 5.

94. *Loi sur la protection de la jeunesse*, L.R.Q., c. P-34.1.

95. BARREAU DU QUÉBEC, « Rapport du Comité sur les nouvelles technologies de la reproduction », (1988) 48 (suppl.) *R. du B.*, recommandations 19 et 21.

96. Il est utile de citer le contenu des recommandations faites alors par le Comité du Barreau du Québec : « 19) Que soit modifiée la *Loi sur la protection de la jeunesse*, précitée note 93, pour couvrir de façon claire l'hypothèse des mères porteuses. 21) Qu'aucun droit préférentiel d'adoption ne soit accordé au conjoint du père biologique lorsque l'enfant est né à la suite d'une convention de mère porteuse et qu'à cette fin, l'article 607 C.c.Q. [maintenant 555 – consentement spécial] soit modifié afin de permettre le consentement spécial en faveur du conjoint du père ou de la mère de l'enfant et de l'interdire lorsque celui-ci est né d'une mère porteuse. »

L'interprétation que favorise le juge DuBois met donc l'accent sur le projet parental ayant mené à la naissance de l'enfant et sur l'illégalité du processus. Le regard ne se porte pas sur l'enfant en cause, dont l'intérêt n'est pas examiné, mais sur le comportement répréhensible des parents. Le droit de l'enfant né d'une mère porteuse à l'établissement d'une filiation adoptive maternelle est mis de côté : on lui préfère la défense de l'ordre public.

Il nous semble pourtant que, dès que des procédures en adoption sont entamées, l'analyse doit se faire sous l'angle des droits de l'enfant et non plus dans une perspective contractuelle.

B. La prédominance de l'intérêt de l'enfant

Même si la controverse jurisprudentielle illustre bien, comme nous l'avons mentionné plus haut, que le droit fournit des arguments en faveur de l'une ou de l'autre de ces positions ; cela ne signifie pas que ces positions soient d'égale valeur. Entre accorder préséance au respect de l'ordre public, au nom des enfants et des femmes qui pourraient éventuellement être impliqués dans de telles « transactions » et favoriser la protection de l'intérêt de l'enfant dont on demande l'adoption, il nous semble nettement préférable de privilégier l'intérêt de l'enfant. Une question demeure cependant et est également liée aux deux courants présents dans la jurisprudence et dans la doctrine : quelle conception de l'intérêt de l'enfant doit prévaloir ?

1. La notion de l'intérêt de l'enfant : deux conceptions

Il importe d'abord de se pencher sur la notion de l'intérêt de l'enfant, tantôt règle autonome, tantôt règle d'interprétation. En effet, le droit propose deux conceptions de la notion de l'intérêt de l'enfant : l'intérêt de l'enfant *a priori* et l'intérêt de l'enfant *a posteriori*⁹⁷ aussi qualifié d'intérêt *in abstracto* et *in concreto*⁹⁸. Quant à la première, elle sert à justifier l'existence d'une règle de droit en général ; la deuxième permet plutôt d'évaluer concrètement chaque cas d'espèce.

97. Voir M. GIROUX, *loc. cit.*, note 73. Dans les décisions *A.C. E.S. A.-M.M. et Adoption - 10329*, précitées, note 5, les juges Wilhelmy et Garneau-Fournier utilisent l'expression « l'intérêt réel » de l'enfant, pour probablement référer à son intérêt de façon concrète, respectivement aux par. 68 et 22.

98. Voir notamment Carmen LAVALLÉE, *op. cit.*, note 49, par. 320 et s. ; JurisClasseur Québec, coll. « Droit civil », *Personnes et famille*, (N° 1), Fascicule 3 Respect des droits de l'enfant, Montréal, LexisNexis Canada, 2010, par. 18 et s.

L'état actuel du droit civil québécois laisse entendre qu'*a priori*, il est dans l'intérêt de l'enfant de ne pas permettre de tels contrats. En effet, quand on contracte en ce sens, on le fait à ses risques et périls, le contrat ne pouvant être invoqué advenant un litige sur les conditions du contrat. Ceci protège également la mère porteuse qui est maîtresse de ne pas remettre l'enfant à sa naissance si telle est sa volonté. Mais qu'advient-il lorsque de telles conventions, qui ne sont par ailleurs pas illégales aux yeux du droit criminel canadien⁹⁹ ont tout de même lieu ?

L'article 543 C.c.Q. précise que l'adoption ne peut avoir lieu qu'en respect des conditions de la loi et du principe de l'intérêt de l'enfant. Selon nous, ce dernier ne peut que faire référence à l'intérêt de l'enfant *a posteriori*¹⁰⁰. Dans toutes les décisions étudiées prononçant l'ordonnance de placement, les juges reconnaissent à l'unanimité que l'intérêt de l'enfant commande un tel jugement. Ainsi, à titre d'illustration, le juge Grégoire affirme ce qui suit :

Il est clair que l'intérêt de cette enfant est d'être adoptée par le requérant et être ainsi un membre d'une famille, d'être la fille de parents qui désirent et souhaitent l'éduquer, l'élever et assumer en totalité les obligations générées par le statut de parent.¹⁰¹

D'ailleurs, la même solution devrait également prévaloir dans le cas d'inexécution de la convention de mère porteuse. Pour ne donner qu'un exemple, accepterait-on de ne pas prononcer l'adoption d'un enfant né avec un handicap et ayant été abandonné par sa mère porteuse et par ses parents d'intention ? Une réponse négative semble s'imposer. Alors comment justifier l'interdire dans le premier scénario et la permettre dans le second ?

Ainsi, cette position en faveur de l'intérêt de l'enfant *a posteriori* a été retenue par le Comité consultatif de bioéthique belge, dans son *Avis n° 30 du 5 juillet 2004 relatif à la gestation-pour-autrui (mères porteuses)* :

Les avis restent partagés en ce qui concerne l'acceptabilité juridique d'une adoption par rapport à une convention – de valeur nulle

99. Rappelons que la situation est différente en France où le recours à une mère porteuse est sanctionné par le droit criminel, voir *supra*, notes 30 et 31.

100. Voir M. GIROUX, *loc. cit.*, note 73. Cette distinction a été reprise par J. PINEAU et M. PRATTE, *op. cit.*, note 34, p. 595 et s.

101. *Adoption – 09367*, précité, note 5, par. 20. Aux par. 20 à 22, le juge nous rappelle les arrêts clés sur l'importance à accorder au principe de l'intérêt de l'enfant.

– de gestation pour autrui. Une décision du 4 octobre 2000 du tribunal de la jeunesse de Turnhout, dans un cas où une sœur se présentait comme la mère porteuse de deux enfants obtenus à partir des gamètes des parents adoptifs, n'interprète pas l'existence d'une convention de gestation-pour-autrui comme un motif illégal, mais comme un motif non pertinent pour justifier une adoption. En France par ailleurs, la cour de Cassation a jugé en 1991 qu'une adoption réalisée dans le cadre d'une convention préalable de gestation-pour-autrui n'était pas légale, parce qu'elle reposait sur une convention nulle. Les membres du Comité estiment que l'intérêt de l'enfant est prioritaire et que, si on admet la gestation-pour-autrui, la réalisation d'une adoption souhaitée tant par la mère porteuse que par les parents demandeurs est 'la manière de régler au mieux le sort d'un enfant qui existe'. Toute autre solution consisterait à punir l'enfant lui-même en raison des conditions de sa conception.¹⁰²

C'est également l'option privilégiée par la CEST dans son avis sur l'éthique et la procréation assistée de 2009¹⁰³ :

Pour la majorité des auteurs, si l'intérêt de l'enfant *a priori* – qui est à la source de l'encadrement de la gestation pour autrui – vise à décourager cette pratique et commande de ne pas faciliter la régularisation de cette situation, il demeure qu'un enfant est né, et que son intérêt *a posteriori* demande peut-être que les personnes qui désirent réellement assumer le rôle de parents puissent le faire.

De plus, l'article 522 C.c.Q. ne nous oblige-t-il pas à suivre cette avenue ? La décision *Adoption – 09367* va dans ce sens :

Le fait que le législateur ait précisé aux articles 522 et 523 que les filiations s'établissent par l'acte de naissance qui confère les mêmes droits et les mêmes obligations, quelles que soient les circonstances de leur naissance, fait en sorte que le tribunal ne voit pas pourquoi, il ferait une distinction entre cette enfant et tout autre enfant.¹⁰⁴

En effet, lorsque la filiation d'un enfant est établie, cet enfant doit être traité également aux autres enfants, peu importe les circonstances de sa naissance. Comme nous l'avons déjà dit, agir autrement aurait pour effet de traiter différemment l'enfant

102. COMITÉ CONSULTATIF DE BIOÉTHIQUE [BELGIQUE], *Avis n° 30 du 5 juillet 2004 relatif à la gestation-pour-autrui (mères porteuses)*, p. 13 (nous ne reproduisons pas les notes) (nous soulignons).

103. COMMISSION DE L'ÉTHIQUE DE LA SCIENCE ET DE LA TECHNOLOGIE, *op. cit.*, note 2, p. 71-72.

104. Précitée, note 5, par. 19 (soulignements omis).

conçu à l'aide d'une mère porteuse, comme un bâtard des temps modernes et de lui faire « subir le préjudice pour le comportement de ses parents » dans leur choix du mode de sa conception¹⁰⁵.

N'est-ce pas d'ailleurs, ce à quoi nous oblige la Convention de l'ONU¹⁰⁶ ?

2. Prononcer l'adoption au nom de l'intérêt de l'enfant : une question de respect des droits fondamentaux de l'enfant

Comme on l'a vu dans la section précédente, l'intérêt de l'enfant *a posteriori* milite en faveur de la possibilité de l'adoption de l'enfant conçu suite à une convention de mère porteuse, lorsque cette convention est exécutée volontairement. L'exécution volontaire de la convention signifie que la mère porteuse désire remettre son enfant aux parents d'intention et qu'elle a donné un consentement valide à l'adoption de l'enfant. Cela veut également dire que les parents d'intention veulent prendre l'enfant désiré en charge. Refuser de prononcer l'adoption en invoquant le caractère illicite de la convention, comme le fait le juge Dubois, dans le jugement *Adoption – 91*¹⁰⁷, entraîne une violation des droits fondamentaux de l'enfant, tels que protégés dans la *Convention de l'ONU*, plus particulièrement aux articles 7 et 21.

Quant à l'article 7 de la Convention de l'ONU, il reconnaît à l'enfant le droit à une filiation, ainsi que celui de connaître ses parents et d'être élevé par eux¹⁰⁸. Pour sa part, l'article 21 reprend

105. M. GIROUX, *loc. cit.*, note 73, p. 544.

106. *Convention de l'ONU*, précitée, note 41. Bien que cette dernière n'ait pas fait l'objet d'une transposition législative directe en droit interne, elle demeure un outil pertinent d'interprétation du droit canadien et québécois. Voir notamment entre autres *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817 ; A. P. c. L. D., [2001] R.D.F. 12 (C.A.) et Anne-Marie TRAHAN, « Les droits de l'enfant, la Convention des Nations Unies et l'arrêt *Baker* », dans Benoît MOORE, (dir.), *Mélanges Jean Pineau*, Montréal, Thémis, 2003, p. 151. Dans cette dernière section du texte, nous nous contenterons de parcourir généralement la question des droits de l'enfant, bien que cette question pourrait faire l'objet d'une analyse beaucoup plus poussée. Pour une analyse plus détaillée de l'article 7 de la Convention dans le contexte du droit de connaître ses origines biologiques ainsi que sur sa force d'application, voir notamment M. GIROUX et M. DE LORENZI, *loc. cit.*, note 42.

107. *Adoption – 91*, précité, note 5.

108. Article 7 de la Convention de l'ONU : « 1. L'enfant est enregistré aussitôt sa naissance et a dès celle-ci le droit à un nom, le droit d'acquérir une nationalité et,

le principe directeur de l'intérêt supérieur de l'enfant, prévu à son article 3¹⁰⁹, en l'appliquant, de façon primordiale, en matière d'adoption. Ainsi, dès lors que les autres conditions sont remplies, en l'occurrence dans les cas qui nous intéressent, le consentement spécial du père à l'égard de sa conjointe ou de son conjoint, le tribunal a l'obligation de respecter ce principe¹¹⁰.

Il est également pertinent de mentionner le principe de non-discrimination, prévu à l'article 2 de ladite Convention¹¹¹.

dans la mesure du possible, le droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux.

2. Les États parties veillent à mettre ces droits en œuvre conformément à leur législation nationale et aux obligations que leur imposent les instruments internationaux applicables en la matière, en particulier dans les cas où faute de cela l'enfant se trouverait apatride. ».

109. Rappelons que le principe est reconnu aux articles 33 et 543 C.c.Q. La nomination d'un procureur à l'enfant, conformément à l'article 394.1 C.c.Q. peut favoriser une meilleure protection des droits de l'enfant. Voir notamment le jugement *Adoption – 09367*, précité, note 5, où la Cour a demandé qu'un procureur à l'enfant soit nommé.

110. Article 21 de la Convention de l'ONU :

« Les États parties qui admettent et/ou autorisent l'adoption s'assurent que l'intérêt supérieur de l'enfant est la considération primordiale en la matière, et :

a) Veillent à ce que l'adoption d'un enfant ne soit autorisée que par les autorités compétentes, qui vérifient, conformément à la loi et aux procédures applicables et sur la base de tous les renseignements fiables relatifs au cas considéré, que l'adoption peut avoir lieu eu égard à la situation de l'enfant par rapport à ses père et mère, parents et représentants légaux et que, le cas échéant, les personnes intéressées ont donné leur consentement à l'adoption en connaissance de cause, après s'être entourées des avis nécessaires ; [...] ».

Quant à l'article 3 de la *Convention de l'ONU*, il édicte ce qui suit :

« 1. Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale. ».

Pour plus de détails sur l'article 21, voir Sharon DETRICK (ed.), *The United Nations Convention on the Rights of the Child : A guide to the 'travaux préparatoires'*, Dordrecht, MartinusNijhoff, 1992, 712 p., plus particulièrement aux pages 313 à 315.

111. Article 2 de la Convention de l'ONU :

« 1. Les États parties s'engagent à respecter les droits qui sont énoncés dans la présente Convention et à les garantir à tout enfant relevant de leur juridiction, sans distinction aucune, indépendamment de toute considération de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou autre de l'enfant ou de ses parents ou représentants légaux, de leur origine nationale, ethnique ou sociale, de leur situation de fortune, de leur incapacité, de leur naissance ou de toute autre situation.

2. Les États parties prennent toutes les mesures appropriées pour que l'enfant soit effectivement protégé contre toutes formes de discrimination ou de sanction motivées par la situation juridique, les activités, les opinions déclarées ou les convictions de ses parents, de ses représentants légaux ou des membres de sa famille. » (Nos soulèvements).

Dans son avis sur la procréation assistée, la CEST nous rappelait l'application de la Convention de l'ONU :

[e]n évitant de créer une discrimination entre l'enfant né d'une mère porteuse et celui né de l'adultère de l'un des parents, la solution serait aussi en concordance avec les valeurs qui sont exprimées dans la Convention internationale des droits de l'enfant.¹¹²

Le juge Grégoire nous conviait au même exercice dans le jugement *Adoption – 09367*¹¹³ :

Si la Cour est d'accord que le 'droit d'être parent' n'existe pas, le droit d'un enfant d'être assumé par ses parents ou les personnes qui en tiennent lieu, lui est bien réel. Ce droit est reconnu par les différentes conventions, les chartes et par les lois civiles qui traitent de l'intérêt de l'enfant.

Ainsi, permettre l'adoption, au nom de l'intérêt de l'enfant nous semble la solution la plus favorable au respect de ses droits fondamentaux.

CONCLUSION

La famille contemporaine subit des transformations constantes et extraordinaires. De façon paradoxale, le biologique et le social s'imposent chacun à sa façon. La procréation assistée et plus particulièrement l'homoparenté ont accordé de plus en plus de place à l'intention dans la détermination de la filiation et des relations parentales. Dans ce contexte, le recours accru à la maternité de substitution n'est pas étonnant.

Tel que nous le mentionnions en introduction, le législateur québécois décidera peut-être de se pencher sur l'adéquation des règles en matière de maternité de substitution. Cela dit, nous avons comme objectif de poser un regard critique sur les deux courants jurisprudentiels en matière de maternité pour autrui : permettre au nom de l'intérêt et des droits de l'enfant ou ne pas permettre, au nom de l'ordre public, l'adoption de l'enfant pour établir une filiation avec le parent d'intention, lorsque l'entente est volontairement exécutée ?

112. COMMISSION DE L'ÉTHIQUE DE LA SCIENCE ET DE LA TECHNOLOGIE, *op. cit.*, note 2, p. 71 et 72. Voir également l'argumentation faite plus haut sur l'article 522 C.c.Q., *supra*, pages 31 et 32.

113. *Adoption – 09367*, précité, note 5, par. 24.

Nous avons passé en revue les faits des décisions récentes sur la question et présenté les arguments de part et d'autre. Bien que les deux courants puissent se défendre, nous sommes d'avis que la question contractuelle doit être distinguée de celle de l'état et c'est pourquoi nous prenons de nouveau position en faveur de permettre l'adoption. Dans l'état actuel du droit, nous croyons que cette option a l'avantage de protéger autant la mère porteuse que l'enfant¹¹⁴. En effet, d'une part, la mère porteuse peut décider librement si elle entend remettre ou non l'enfant aux parents d'intention. L'incertitude qui découle de cette situation peut en soi décourager, du moins en partie, le recours à cette pratique. D'autre part, lorsque les parties s'entendent pour respecter l'entente, l'enfant n'est pas privé de ses droits et son intérêt prévaut. L'enfant ne paie pas le prix des circonstances de sa naissance. Permettre l'adoption de l'enfant par les parents d'intention, dans le cas d'exécution volontaire de la convention de mère porteuse, assure le respect de son intérêt supérieur et de ses droits fondamentaux.

114. Elle permet probablement une interprétation plus harmonieuse entre la loi fédérale et le C.c.Q. sur la question.

LISTE DES MÉMOIRES DE MAÎTRISE ET THÈSES DE DOCTORAT ACCEPTÉS EN 2011

UNIVERSITÉ LAVAL

Maîtrise en droit avec mémoire (LL.M.)

BROCHU, Gabrielle, La relation de travail internationale : contraintes et possibilités.

DE REZENDE MENEZES, Quênida, La protection des ressources forestières par le droit international peut-elle sauver les dernières forêts de la planète ?

GAGNON, Martine, Protection des consommateurs d'assurances : forces et lacunes de la *Loi sur la distribution de produits et services financiers*.

LATULIPPE, Ginette, La médiation judiciaire : un nouvel exercice de justice.

MABIT, Clément, Les régimes de sanctions disciplinaires imposés aux conseillers en placements : quelles influences sur leur comportement ?

TALBOT-LACHANCE, Guillaume, L'engagement volontaire en droit de la consommation québécois.

Maîtrise en droit avec essai (LL.M.)

BARAKAT, Anne-Marie, Le crime de persécution, l'ultime protecteur des droits économiques, sociaux et culturels dans un contexte de crimes contre l'humanité.

BARBEAU, Marie-Pier, La défense de contrainte en droit canadien et en droit international : une application concurrente pour les personnes poursuivies de crimes internationaux au Canada en vertu de la *Loi sur les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité*.

BEAULIEU, Marc, La création juridique d'un carrefour giratoire pour organiser la transmission de l'entreprise familiale.

BRASSARD, Charles (LL.M.), Le règlement de différends dans le secteur financier au Canada et au Québec : le cas de l'OSBI et de l'AMF.

GOUDIABY, Irène Marie Géralde (LL.M.), La protection du droit d'auteur dans le cadre du commerce électronique.

LABBÉ, Karine (LL.M.), L'environnement juridique permettant la protection des actionnaires minoritaires d'un émetteur fermé régie par la L.C.Q.

LAJOIE, Guillaume (LL.M.), La responsabilité légale des principaux intervenants de l'industrie de la construction pour perte de l'ouvrage : comment s'applique la présomption légale ?

MARGOTTON, Frédéric (LL.M.), L'évolution des modes de responsabilité pénale individuelle applicables aux auteurs intellectuels de crimes internationaux.

NEUBAUER, Julien (LL.M.), Ordre public et arbitrabilité.

ROBICHAUD, Myriam (LL.M.), Regard sur la consolidation et l'expansion des mesures conservatoires et provisoires dans le système interaméricain des droits de la personne.

SALEH, Massouda Dieng (LL.M.), Analyse critique de l'encadrement juridique du financement international des projets de développement agricole dans une perspective de sécurité alimentaire durable : l'exemple du jatropha curcas au Sénégal.

Thèses de Doctorat (LL.D.)

BONNIN, Coralie Angélique, L'intégration de la consommation durable en droit français et canadien.

LEBŒUF, Sylvain, Le rôle du silence de l'accusé en droit comparé.

LÉVESQUE, Marie-Claude, Investissement direct étranger, souveraineté nationale et développement : l'exploitation et le commerce du cuivre au Chili.

UNIVERSITÉ DE MONTRÉAL

Maîtrise (LL.M.)

AHMAD KHAN, Sabaa, Electronic waste governance : sustainable solutions to a global dilemma.

BENSOUDA, Halima, L'accommodement raisonnable, outil d'égalité face à la diversité religieuse et culturelle au Québec.

DABBY, Dia, Triangulation of rights, balancing of interests : exploring the tensions between freedom of conscience and freedom of religion in comparative constitutional law.

DRAGATSI, Hélène, La responsabilité pénale des entreprises canadiennes en matière de crimes internationaux/Criminal liability of Canadian corporations for international crimes.

EL HOSSSENY, Farouk, L'accès de la société civile à la justice internationale économique.

ETIENNE, Gotha, Le contrat de distribution exclusive et le principe de la concurrence au Canada.

FRASER, Linda, Arbitration under the regulations on the guarantee of new residential buildings in Quebec.

GOURDE, Karine, Le droit à un environnement de qualité au Québec : une réponse aux changements climatiques et autres problèmes de pollution diffuse ?

GOURRAMEN, Meriem, Le secret bancaire et l'entraide internationale.

IMPARATO, Paula Barcelos, La responsabilité civile de l'industrie pharmaceutique : Le risque de développement. Étude comparative des droits brésilien et québécois.

KABANI, Dorra, Champ d'application de la convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises.

LEMERISE, Marie-Christine, La banque d'investissement et la conglomération du secteur financier : une multiplicité d'intérêts en quête d'équilibre.

M'BAYA, Patrick, Notions d'éthique dans la brevetabilité des inventions : une étude de droit comparé.

MAURICE, Louis-Philippe, Promoting while checking self-interest : A conflict-based governance approach to rebalance corporate power disequilibria in Canada and the United States.

SOTELO, Luz Maria, L'harmonisation du droit d'asile dans l'Union Européenne de Tampère à Stockholm.

TALARICO, Andrea, Codes de conduite et droit d'association : une étude exploratoire du secteur du textile.

TAVADIAN, Alexandre, Statutory, judicial, and administrative stays in immigration matters.

Doctorat (LL.D.)

ÂDIL, Hind, Le régime juridique international de la responsabilité du transporteur maritime de marchandises sous connaissance : un échec ?

ATAK, Idil, Les effets de l'eupéanisation de la lutte contre la migration irrégulière sur les droits humains des migrants.

FARGET, Doris, Le droit au respect des modes de vie minoritaires et autochtones dans les contentieux internationaux des droits de l'homme.

FORTIN, Sabrina, Pour une utilisation optimale des données personnelles à des fins de recherche vers un réseau de ressources collectives.

MAKELA, Finn, Explaining legal norm transmission using an epidemiological model : the case of employment drug testing.

MANIRABONA, Amissi, La responsabilité pénale d'une compagnie du fait des crimes contre l'environnement commis par sa filiale à l'étranger.

RAMAROLAHINGONIRAINY, Anthony, La réception du concept d'indépendance de la magistrature à Madagascar.

VALLET, Caroline, La protection des mineurs face à la cyberpédopornographie : Étude comparée entre le droit criminel canadien et français.

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Maîtrise en droit et politiques de la santé (LL.M.)

DELAQUIS, Renée, Apprendre de ses erreurs, où en sommes-nous en matière de sécurité des soins de santé ?

DION, Danielle, L'accessibilité aux médicaments contre le sida.

DUCHAINÉ, Julie, Analyse critique des politiques de prestation des soins de santé mentale dans les centres de détention québécois.

FOLOT, Éric, Étude comparative France-Québec sur les décisions de fin de vie : le droit sous le regard de l'éthique.

GOBEIL, Karine, La privatisation du financement dans le système de santé au Québec : une condition pour améliorer l'accès aux soins médicalement requis ?

MELOCHE, Valérie, Le régime d'examen des plaintes du réseau de la santé et des services sociaux : examen d'un régime à parfaire.

ROUILLIER, Marc, La pornographie et son contrôle, un sujet d'intérêt pour la prévention de la violence : Analyse des enjeux dans le cadre de la pratique professionnelle en travail social.

UNIVERSITÉ DU QUÉBEC À MONTRÉAL

Mémoires de Maîtrise en droit (LL.M.)

BOUCHARD, Marie-Pierre, Les procédés et méthodes de production (PMP) : au cœur des tensions entre le commerce et l'environnement.

BOUKHARI, Dallah, Vers une compétence universelle pour lutter contre le tourisme sexuel impliquant des enfants ?

CLÉROUX, Nicolas, La protection des droits fondamentaux des travailleurs visés par une surveillance électronique est-elle moindre lorsqu'elle est effectuée par un tiers plutôt que par l'employeur ?

CONWAY, Émilie, La protection du consommateur à l'épreuve de l'organisation mondiale du commerce (OMC).

DURO, Valérie, Les questions contemporaines se rapportant au Génocide et aux modes de participation au crime de Génocide : application à la question du Darfour.

GUÉRILUS, Fanfan, L'indépendance du procureur de la cour pénale internationale dans l'exercice de l'opportunité des poursuites.

MILETTE, Alexis, Ateliers de misère et liberté d'association : étude des codes de conduite adoptés par les entreprises multinationales du vêtement.

NÉRON, Jocelyn, La justice et l'histoire face aux procès pour crimes contre l'humanité : entre la mémoire collective et la procédure.

ST-FLEUR, Yvensonne, Les bombardements aériens et le cadre normatif en droit international humanitaire.

TRANCHECOSTE, Lucille, Droits humains, sociétés transnationales et responsabilité internationale de l'État. Cas de l'investissement public dans le secteur extractif.

UNIVERSITÉ D'OTTAWA

Thèse de Doctorat

BOYER, Yvonne, First Nations, Métis and Inuit Health and the Law: A Constitutional Framework for the Future.

Thèses de Maîtrise en droit (LL.M.)

MALLAM, Andrew, Reparations for Cultural Loss to Survivors of Indian Residential Schools.

POLLARD, Dorette, Fresh Evidence in Canadian Criminal Law: 1910-2010.

Mémoires de Maîtrise en droit (LL.M.)

N.B. : Veuillez noter que les mémoires ne sont pas disponibles pour consultation.

ALBAHARY, Daniel, Nunavut: A Traditional Knowledge Governance Paradigm?

ATTAFI, Chaima, La souveraineté des États : crise d'un concept et défis à relever.

BROUSSEAU, Audrey, The United Nations Security Council Resolution 1904 (2009): Rewriting Procedural Wrongs and Enhancing Procedural Rights?

DESCHAMPS, Jean-Benoît, Quel est l'impact de la structure constitutionnelle des Territoires du Nord-Ouest sur une politique de développement durable ?

KALINDA, Dida, La république démocratique du Congo et le système de contrôle des engagements internationaux en matière des droits humains : le cas de la discrimination socio-économique et culturelle des femmes en milieu rural et de la pauvreté.

KUTTNER, David, Unjust Enrichment, Restitution, and Accounting for Profits Awards in Canadian Patent Infringement Cases

LUSSIER-LABELLE, Anais, The Excessive Demand on Social Services Clause: A Discriminatory Aspect of Canada's Immigration Policy.

RISTINE, Anthony, Canadian Métis and United States Native Americans: A Study of Communal and Individual Legal Identity Recognition.

YIN, Bei, Striking a Balance between the Rights and Obligations of Foreign Investors vis-à-vis the Host State in Response to the Liberalization of the Foreign Investment Regime.

Mémoires de Maîtrise en droit avec concentration en droit notarial

N.B. : Veuillez noter que les mémoires ne sont pas disponibles pour consultation.

BÉRUBÉ, Chloe, La prescription acquisitive sur les créances.

BRUNET, Jonathan-Mathieu, La publicité des droits dans le cadre d'une liquidation successorale : opposabilité ou simple publication ?

CHARBONNEAU-CYR, Alexandrine, La judiciarisation de l'itinérance à Gatineau : Reflet d'une réalité troublante.

CHEVALIER, Andréanne, Le sort de certaines sûretés dans un contexte de faillite et d'insolvabilité : étude comparative entre le droit applicable au Québec et le droit en vigueur en Ontario.

CÔTÉ, Sandy, La prédominance des intérêts environnementaux collectifs sur la propriété en milieu hydrique : la responsabilité des propriétaires fonciers à l'égard de la protection des cours d'eau au Québec.

DAFOE SUOMINEN, Nancy, Protections and Provisions for Mentally Disabled Adults.

DESAULNIERS, Viviane, L'immunité relative par rapport au recours en matière de trouble de voisinage en territoire agricole au Québec.

GEOFFROY-CORRIVEAU, Anne-Pierre, La protection d'une personne âgée représentée par l'État : les impacts de la représentation sur elle-même et sur son entourage.

JUÉRY, Anne, La portée et l'interprétation judiciaire des sources d'obligations émanant de l'article 241 de la Loi canadienne sur les sociétés par actions.

LAJEUNESSE, Vickie, Quel droit pour l'Arctique ? Les possibilités et les limites de l'expérience Antarctique dans la régulation de l'Arctique à l'heure de changements climatiques.

LAMBERT, Kim, Le statut de l'adoption coutumière pratiquée par les peuples autochtones au Québec.

LEFEBVRE BASTIEN, Rosemarie, Étude critique de la maternité pour autrui en droit civil québécois : pour une perspective favorable à son encadrement.

MORIN, David, La reconnaissance des testaments électroniques en droit québécois.

PAIEMENT, Audrey, Problématiques liées à un gage portant sur des actifs financiers détenus par un intermédiaire en droit québécois.

RAFFOUL, Dany, La reconnaissance des conjoints de fait dans le droit québécois : pour un encadrement légal mieux adapté.

VACHON-ROY, Gabrielle, Proposition de forme du projet parental d'assistance à la procréation – perspective comparative.

Mémoire de Maîtrise en droit avec concentration en théorie du droit civil

FLAHERTY, Michelle, Private Law and Its Normative Influence on Human Rights.

Maîtrise en droit avec concentration en droit et justice sociale

MAMIANSKUM, John, The Agreement Concerning A New Relationship Between the Government of Canada and the Crees of Eeyou Istchee: The Path to the Trojan Horse within the Cree Nation Government.

UNIVERSITÉ MCGILL

Mémoires de maîtrise en droit

AGANABA, Timiebi, Towards space sustainability: lessons from environmental liability regimes.

BARBEROT, Martin, La libéralisation du transport aérien international et la fragmentation du droit international.

BRISSON, Julie, Civil aviation safety in Russia: the state of compliance.

CLARRY, Daniel, The irreducible core of the trust.

DESCHAMPS, Isabelle, Commercial law reform in Africa: a means of socio-economic development, but for whom? Perspective of women entrepreneurs in Benin.

DODGE, Michael, Global navigation satellite systems (GNSS) and the GPS-Galileo agreement.

GARCIA ROSALES, Marcelo, The law as an instrument of corporate strategy: A study of legal and political astuteness in globalized and regulated industries.

GARVER, Geoffrey, The rule of ecological law: A transformative legal and institutional framework for the human-earth relationship.

HASTIE, Bethany, By any means necessary: towards a comprehensive definition of coercion to address forced labour in human trafficking legislation.

HOFFMAN, Charles, The abolition of the legislative council of Nova Scotia, 1925-1928.

JALALI, Javad, The impact of sanctions upon civil aviation safety.

NNADOZIE, Ugochi, Integrating rights and duties: achieving children's autonomy rights in a culturally diverse world.

PLÜCKEN, Milan, The regulatory approach of ICAO, the United States and Canada to Civil Unmanned Aircraft Systems in particular to certification and licensing.

SCHWOMEYER, Patrick, The U.S. outer space situational awareness sharing law: sharing information about SSA and the need for global cooperation.

SINGER, Samuel, Reforming the advocacy rules in Canadian charity law: Legislative amendments, judicial action or administrative discretion?

VASILOGEORGI, Isavella, Military uses of outer space: legal limitations, contemporary perspectives.

Thèses de doctorat en droit

BOUCLIN, Suzanne, Street law's sites, sights, and media.

CONLEY, Anna, Harmonizing jurisdiction in transnational cases: a deep comparative inquiry.

COUSINEAU, Julie, L'anonymat des dons de gamètes et d'embryons au Québec et au Canada : Essai théorique sur l'internormativité entre le droit positif et l'éthique de la sollicitude dans la résolution du conflit.

DOLDIRINA, Catherine, The common good and access to remote sensing data.

FALSAFI, Alireza, Common good and the concept of expropriation in international law on foreign investment: Determinacy of substance in legitimacy of structure.

LÓPEZ CUÉLLAR, Nelcy, State legal pluralism: between conflict and dialogue insights from a Colombian case.

MINEIRO, Michael, The dilemma of national security and international cooperation in outer space: space technology trade and proliferation controls and their impact on global civil space cooperation.

NYAMPONG, Yaw, Insuring the air transport industry against aviation war and terrorism risks in a post-September 11, 2001, environment.

PICHÉ, Catherine, Fairness in class action settlements.

PROULX, Vincent-Joël, Reconceptualizing international law after 9/11: what role for state responsibility in the prevention and suppression of transnational terrorism?

ROCHETTE, Annie, Teaching and learning in Canadian legal education: an empirical exploration.

SMITH, Adrian, Enduring unfreedom: law and the state in Trinidadian sugar production.

INDEX DES AUTEURS

Note : Sous chaque entrée de l'index des auteurs vous trouverez les informations nécessaires pour repérer les articles ou les chroniques de la *Revue du Barreau*, soit le titre suivi, en caractères gras des pages.

ARSLANIAN, Chahé-Philippe / Le huis clos, **431-472**

COATES, Edmund / The English voice of the *Civil Code of Québec* : an unfinished history, **43-61**

DE L'ÉTOILE, Vincent et Chantal Chatelain / L'injonction collective : le recours collectif et l'injonction, un mariage heureux, **63-96**

DORÉ, Lyette / Le secret professionnel de l'avocat interne : regards croisés Europe-Canada-Québec, **401-429**

GIROUX, Michelle / Le recours controversé à l'adoption pour établir la filiation de l'enfant né d'une mère porteuse : entre ordre public contractuel et intérêt de l'enfant, **509-544**

GODIN, Robert P. / Commentaire sur l'article 982 du *Code civil du Québec* : deuxième partie, **203-217**

GRÉGOIRE, Marie Annik et Sophie 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, **473-508**

HUPPÉ, Luc / Le statut juridique des assesseurs du Tribunal des droits de la personne, **219-242**

LABERGE, Valérie, L'arrêt *Gordon c. Goertz* a 15 ans : les principes dégagés dans cet arrêt relativement au déménagement du parent gardien ont-ils été respectés par les tribunaux québécois ?, **97-127**

LEMONDE, Lucie et Marie-Claude P. Bélair, Premières interprétations des nouvelles dispositions sur les poursuites abusives et les poursuites-bâillons : la confusion des genres, **271-322**

LESCOP, Raphaël / L'arrêt *Acadia Subaru c. Michaud* : la conciliation difficile entre les articles 54.1 et 165(4) du *Code de procédure civile*, **169-202**

MASSÉ, Nathalie et Marc Gervais / Entre le constat et l'expertise, où se situe la limite de propriété ?, **129-167**

PRATTE, Pierre / Condition résolutoire et clause résolutoire : deux choses à distinguer, **323-400**

ROBERT, Marie-Pierre et William Lemay / Le régime de détermination de la peine en matière de fraude : étude des modifications législatives visant la dissuasion, **243-270**

THOMASSET, Claude / Le « bail en propriété » et le *Code civil du Québec* : la quadrature du cercle, **1-42**

INDEX ANALYTIQUE

Note : Sous chaque entrée de l'index analytique vous trouverez les informations nécessaires pour repérer les articles ou les chroniques de la *Revue du Barreau*, soit le titre suivi, en caractères gras, des pages.

ABUS DE PROCÉDURE

L'arrêt *Acadia Subaru c. Michaud* : la conciliation difficile entre les articles 54.1 et 165(4) du Code de procédure civile, **169-202**

Premières interprétations des nouvelles dispositions sur les poursuites abusives et les poursuites-bâillons : la confusion des genres, **271-322**

ADOPTION

Le recours controversé à l'adoption pour établir la filiation de l'enfant né d'une mère porteuse : entre ordre public contractuel et intérêt de l'enfant, **509-544**

ARPENTEUR-GÉOMÈTRE

Entre le constat et l'expertise, où se situe la limite de propriété ?, **129-167**

ASSESEUR

Le statut juridique des assesseurs du Tribunal des droits de la personne, **219-242**

AUTORITÉ PARENTALE

L'arrêt *Gordon c. Goertz* a 15 ans : les principes dégagés dans cet arrêt relativement au déménagement du parent gardien ont-ils été respectés par les tribunaux québécois ?, **97-127**

BAIL

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, **443-508**

Le « bail en propriété » et le Code civil du Québec : la quadrature du cercle, **1-42**

CADASTRE

Entre le constat et l'expertise, où se situe la limite de propriété ?, **129-167**

CERTIFICAT DE LOCALISATION

Entre le constat et l'expertise, où se situe la limite de propriété ?, **129-167**

CODE CIVIL

Commentaire sur l'article 982 du *Code civil du Québec* : deuxième partie, **203-217**

The English voice of the Civil Code of Québec : an unfinished history, **43-61**

CODE CRIMINEL

Le régime de détermination de la peine en matière de fraude : étude des modifications législatives visant la dissuasion, **243-270**

CONSEILLER JURIDIQUE D'ENTREPRISE

Le secret professionnel de l'avocat interne : regards croisés Europe-Canada-Québec, **401-429**

CONTRAT – CLAUSE RÉSOLUTOIRE ET CONDITION RÉSOLUTOIRE

Condition résolutoire et clause résolutoire : deux choses à distinguer, **323-400**

COPROPRIÉTÉ DIVISE

Le « bail en propriété » et le Code civil du Québec : la quadrature du cercle, **1-42**

DOMMAGE

Premières interprétations des nouvelles dispositions sur les poursuites abusives et les poursuites-bâillons : la confusion des genres, **271-322**

DROIT DE PROPRIÉTÉ

Entre le constat et l'expertise, où se situe la limite de propriété ?, **129-167**

DROITS ET LIBERTÉS

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, **473-508**

EAU

Commentaire sur l'article 982 du *Code civil du Québec* : deuxième partie, **203-217**

ENFANT

L'arrêt *Gordon c. Goertz* a 15 ans : les principes dégagés dans cet arrêt relativement au déménagement du parent gardien ont-ils été respectés par les tribunaux québécois ?, **97-127**

ENVIRONNEMENT

Commentaire sur l'article 982 du Code civil du Québec : deuxième partie, **203-217**

FARDEAU DE PREUVE

Premières interprétations des nouvelles dispositions sur les poursuites abusives et les poursuites-bâillons : la confusion des genres, **271-322**

FILIATION

Le recours controversé à l'adoption pour établir la filiation de l'enfant né d'une mère porteuse : entre ordre public contractuel et intérêt de l'enfant, **509-544**

FRAUDE

Le régime de détermination de la peine en matière de fraude : étude des modifications législatives visant la dissuasion, **243-270**

GARDE DE L'ENFANT – DÉMÉNAGEMENT D'UN PARENT GARDIEN

L'arrêt *Gordon c. Goertz* a 15 ans : les principes dégagés dans cet arrêt relativement au déménagement du parent gardien ont-ils été respectés par les tribunaux québécois ?, **97-127**

HUIS CLOS

Le huis clos, **431-472**

INJONCTION

L'injonction collective : le recours collectif et l'injonction, un mariage heureux, **63-96**

INTÉRÊT DE L'ENFANT

L'arrêt *Gordon c. Goertz* a 15 ans : les principes dégagés dans cet arrêt relativement au déménagement du parent gardien ont-ils été respectés par les tribunaux québécois ?, **97-127**

Le recours controversé à l'adoption pour établir la filiation de l'enfant né d'une mère porteuse : entre ordre public contractuel et intérêt de l'enfant, **509-544**

MÈRE PORTEUSE

Le recours controversé à l'adoption pour établir la filiation de l'enfant né d'une mère porteuse : entre ordre public contractuel et intérêt de l'enfant, **509-544**

OBLIGATION CONTRACTUELLE – INEXÉCUTION

Condition résolutoire et clause résolutoire : deux choses à distinguer, **323-400**

PARENT GARDIEN – DÉMÉNAGEMENT

L'arrêt *Gordon c. Goertz* a 15 ans : les principes dégagés dans cet arrêt relativement au déménagement du parent gardien ont-ils été respectés par les tribunaux québécois ?, **97-127**

PEINE – DÉTERMINATION

Le régime de détermination de la peine en matière de fraude : étude des modifications législatives visant la dissuasion, **243-270**

PERQUISITION

Le secret professionnel de l'avocat interne : regards croisés Europe-Canada-Québec, **401-429**

PERSONNE ÂGÉE

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, **473-508**

POLLUTION

Commentaire sur l'article 982 du *Code civil du Québec* : deuxième partie, **203-217**

POURSUITE CONTRE LA MOBILISATION PUBLIQUE

Premières interprétations des nouvelles dispositions sur les poursuites abusives et les poursuites-bâillons : la confusion des genres, **271-322**

PREUVE

Premières interprétations des nouvelles dispositions sur les poursuites abusives et les poursuites-bâillons : la confusion des genres, **271-322**

PROCÉDURE CIVILE

L'arrêt *Acadia Subaru c. Michaud* : la conciliation difficile entre les articles 54.1 et 165(4) du Code de procédure civile, **169-202**

Premières interprétations des nouvelles dispositions sur les poursuites abusives et les poursuites-bâillons : la confusion des genres, **271-322**

PROPRIÉTAIRE ET LOCATAIRE

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, **473-508**

PROPRIÉTÉ

Entre le constat et l'expertise, où se situe la limite de propriété ?, **129-167**

RECOURS COLLECTIF

L'injonction collective : le recours collectif et l'injonction, un mariage heureux, **63-96**

REJET DE PROCÉDURE – ACTION FRIVOLE

L'arrêt *Acadia Subaru c. Michaud* : la conciliation difficile entre les articles 54.1 et 165(4) du Code de procédure civile, **169-202**

RÉSIDENCE PRIVÉE POUR PERSONNES ÂGÉES

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, **473-508**

SECRET PROFESSIONNEL – AVOCAT

Le secret professionnel de l'avocat interne : regards croisés
Europe-Canada-Québec, **401-429**

TRIBUNAL DES DROITS DE LA PERSONNE

Le statut juridique des assesseurs du Tribunal des droits de
la personne, **219-242**

VENTE IMMOBILIÈRE

Condition résolutoire et clause résolutoire : deux choses à
distinguer, **323-400**

TABLE DE LA JURISPRUDENCE COMMENTÉE

Note : Sous chaque entrée de la table de jurisprudence commentée, vous trouverez, en caractères gras, les pages pour repérer les articles ou les chroniques de la *Revue du Barreau*.

Acadia Subaru c. Michaud, 2011 QCCA 1037, **169-202**

Adoption-091, 2009 QCCQ 628, EYB 2009-154793, **509-544**

Akzo Nobel Chemicals Ltd. et Akcros Chemicals Ltd. c. Commission des Communautés européennes, Grande Chambre de la Cour, Affaire C-550/7 P, 14 septembre 2010, **401-429**

Carrigan, Delbuguet c., R.L., n° 31-020130054G, 22 mai 2002, rég. Gagnon Trudel, **1-42**

Carrigan, Delbuguet c., [2003] R.D.I. 679 (C.Q.), 2003 CanLII 45764 (QC CQ), **1-42**

Carrigan c. Cour du Québec, [2005] R.J.Q. 1610 (C.A.), 2005 QCCA 589, **1-42**

Commission des Communautés européennes, Akzo Nobel Chemicals Ltd. et Akcros Chemicals Ltd. c. Grande Chambre de la Cour, Affaire C-550/7 P, 14 septembre 2010, **401-429**

Cour du Québec, Carrigan c., [2005] R.J.Q. 1610 (C.A.), 2005 QCCA 589, **1-42**

Cour du Québec, Delbuguet c., [2004] R.J.Q. 2241 (C.S.), 2004 CanLII 1280 (QC CS), **1-42**

Dagenais c. Société Radio-Canada, [1994] 3 R.C.S. 835, 1994 CanLII 39 (CSC), **431-472**

Delbuguet c. Carrigan, R.L. n° 31-020130054G, 22 mai 2002, rég. Gagnon Trudel, **1-42**

Delbuguet c. Carrigan, [2003] R.D.I. 679 (C.Q.), 2003 CanLII 45764 (QC CQ), **1-42**

Delbuguet c. Cour du Québec, [2004] RJQ 2241 (C.S.), 2004 CanLII 1280 (QC CS), **1-42**

Goertz, Gordon c., [1996] 2 R.C.S. 27, REJB 1996-30431 (C.S.C.), **97-217**

Gordon c. Goertz, [1996] 2 R.C.S. 27, REJB 1996-30431 (C.S.C.), **97-217**

Longueuil (Ville de), Marcotte c., [2009] 3 R.C.S. 65, 2009 CSC, **63-96**

Marcotte c. Longueuil (Ville de), [2009] 3 R.C.S. 65, 2009 CSC 43, **63-96**

Mentuck, R. c., [2001] 3 R.C.S. 442, 2001 CSC 76 (CanLII), **431-472**

Michaud, Acadia Subaru c., 2011 QCCA 1037, **169-202**

R. c. Mentuck, [2001] 3 R.C.S. 442, 2001 CSC 76 (CanLII), **431-472**

Société Radio-Canada, Dagenais c., [1994] 3 R.C.S. 835, 1994 CanLII 39 (CSC), **431-472**

TABLE DE LA LÉGISLATION COMMENTÉE

Note : Sous chaque entrée de la table de la législation commentée, vous trouverez, en caractères gras, les pages pour repérer les articles ou les chroniques de la *Revue du Barreau*.

CONSTITUTION

Charte canadienne des droits et libertés, (L.R.C. 1985, app. II, n° 44, annexe B, partie I), **97-127**

LÉGISLATION PROVINCIALE

Arpenteurs-géomètres (Loi sur les), (L.R.Q., c. A-23), **129-167**

Charte des droits et libertés de la personne, (L.R.Q., c. C-12), art. 100 et s., **97-127, 219-242**

Code civil du Bas-Canada, (S.Q. 1865, c. 41), **1-42, 43-61**

Code civil du Québec, (L.Q. 1991, c. 64), **1-42, 43-61, 129-167**

Code civil du Québec, (L.Q. 1991, c. 64), art. 541 et s., 551 et s., **509-544**

Code civil du Québec, (L.Q. 1991, c. 64), art. 982, **203-217**

Code civil du Québec, (L.Q. 1991, c. 64), art. 1497 et s., 1742, **323-400**

Code civil du Québec, (L.Q. 1991, c. 64), art. 1854 et s., **473-508**

Code civil du Québec, (L.Q. 1991, c. 64), art. 1900 et s., 1910, 1941, 1974, **473-508**

Code de procédure civile, (L.R.Q., c. C-25), art. 26, **169-202**

Code de procédure civile, (L.R.Q., c. C-25), art. 54.1 et s., **169-202, 271-322**

Code de procédure civile, (L.R.Q., c. C-25), art. 165(4), **169-202**

Code de procédure civile, (L.R.Q., c. C-25), art. 1003, **63-96**

Copropriété par déclaration (Loi sur la), (L.Q. 1969, c. 76), **1-42**

Régie du logement (Loi sur la), (L.R.Q., c. R-8.1), **1-42**

RÉGLEMENTATION PROVINCIALE

Conditions d'obtention d'un certificat de conformité de résidence pour personnes âgées (Règlement sur les), (R.R.Q., C. S-4.2, r. 5), **473-508**

LÉGISLATION FÉDÉRALE

Code criminel, (L.R.C. 1985, c. C-46), art. 380(1)a), 380.1, 380.1(1) c.1), 380.1(2), et 380.2, **243-270**

Code criminel, (L.R.C. 1985, c. C-46), art. 718.2 a), **243-270**

Code criminel (fraude sur les marchés financiers et obtention d'éléments de preuve) (Loi modifiant le) (L.C. 2004, c. 3), **243-270**

Défense des victimes de crimes en col blanc (Loi modifiant le) (L.C. 2011, c. 6), **243-270**

Divorce (Loi sur le), (L.R.C. 1985, c. 3, 2^e suppl.), art. 16, **97-127**

LÉGISLATION PRÉCONFÉDÉRATIVE

Codification of the Laws of Lower Canada relative to Civil matters and Procedure (Act to provide for the), (S.C. 1857, c. 43), **43-61**

Barreau
du Québec



445, boulevard St-Laurent
Montréal (Québec) H2Y 3T8
514-954-3400 1 800 361-8495
www.barreau.qc.ca