



Revue 2020

Printemps et automne 2020

Tome 79

L'ABC des notions juridico-technologiques à considérer
dans le cadre d'un projet technologique
Soleïca MONNIER

Les soumissions par voie électronique
Maryse CATELLIER BOULIANNE

Charte canadienne et intoxication volontaire : l'article 33.1
du *Code criminel* et ses solutions de rechange
Mathilde TREMBLAY

Les comités de retraite et l'incertitude sur l'étendue du
devoir d'honnêteté et loyauté prévu à la *Loi sur les régimes
complémentaires de retraite*
Patrick MIGNAULT

L'aide financière aux victimes d'infractions criminelles.
Quelles victimes de violences sexuelles ou conjugales sont
admissibles au nouveau régime québécois ?
Michaël LESSARD

La cohabitation du contrat commercial et du contrat
judiciaire : analyse critique des aspects contractuels et
procéduraux de l'affaire *PF Résolu Canada inc. c.*
Hydro-Québec
Arnaud TELLIER-MARCIL et Shana CHAFFAI-PARENT

Réforme fédérale de l'aide médicale à mourir : un nouveau
régime conforme à la *Charte canadienne des droits et
libertés* ?
Karine MILLAIRE



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

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

M^e Michel Deschamps, Ad. E., président

M^e Pierre Giroux, Ad. E.

M^e Anne-Marie Boisvert (professeure titulaire, Faculté de droit de l'Université de Montréal)

M^e Geneviève Saumier (professeure titulaire, Faculté de droit de l'Université McGill)

M^e Pierre Séguin

M^e Ana Victoria Aguerre, secrétaire

avec la collaboration de M^{me} Josianne St-Laurent, du Secrétariat de l'Ordre et Affaires juridiques, Barreau du Québec

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

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

Envoi de Poste-publications
Enregistrement n° 40013642

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

Barreau du Québec
Service des communications
Édition : Éditions Yvon Blais

ISSN-383669-X

Dépôt légal

Bibliothèque et Archives nationales du Québec, 2022

Bibliothèque et Archives Canada, 2022

Imprimé aux États-Unis par Thomson Reuters.



Revue 2020
Printemps et automne 2020
Tome 79

Mat. 42732012

L'ABC des notions juridico-technologiques à considérer
dans le cadre d'un projet technologique

Soleïca MONNIER1

Les soumissions par voie électronique

Maryse CATELLIER BOULIANNE33

Charte canadienne et intoxication volontaire :
l'article 33.1 du *Code criminel* et ses solutions de rechange

Mathilde TREMBLAY67

Les comités de retraite et l'incertitude sur l'étendue du
devoir d'honnêteté et loyauté prévu à la *Loi sur les régimes
complémentaires de retraite*

Patrick MIGNAULT115

L'aide financière aux victimes d'infractions criminelles

Quelles victimes de violences sexuelles ou conjugales sont
admissibles au nouveau régime québécois ?

Michaël LESSARD145

La cohabitation du contrat commercial et du contrat judiciaire :
analyse critique des aspects contractuels et procéduraux de
l'affaire *PF Résolu Canada inc. c. Hydro-Québec*

Arnaud TELLIER-MARCIL et
Shana CHAFFAI-PARENT169

Réforme fédérale de l'aide médicale à mourir : un nouveau
régime conforme à la *Charte canadienne des droits et
libertés* ?

Karine MILLAIRE233

Liste des mémoires de maîtrise et des thèses de doctorat
déposés en 2020-2021289

Index des auteurs303

Index analytique305

Table de la jurisprudence commentée311

Table de la législation commentée313

L'ABC des notions juridico-technologiques à considérer dans le cadre d'un projet technologique

Soleïca MONNIER

Résumé

*La Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information (LCCJTI) adoptée en 2001 vise à encadrer l'utilisation des technologies de l'information, qu'il s'agisse du courrier électronique, de signatures apposées à un document technologique ou encore de systèmes décisionnels automatisés. Le présent texte vise en premier lieu à faire état de deux grands *concepts* juridiques introduits par cette loi qu'il importe de connaître dès les premières étapes de la réalisation d'un projet technologique. En second lieu, le texte dresse un portrait plus détaillé des exigences juridiques contenues dans la LCCJTI à respecter tout au long du développement d'un projet technologique et dont l'implantation nécessite une étroite collaboration entre les juristes et les équipes spécialisées en technologies de l'information, notamment. Ces *exigences* sont ponctuellement accompagnées d'exemples dans l'objectif d'outiller le lecteur à mettre en œuvre les mesures principales nécessaires à la conformité de son système informatique aux exigences de la LCCJTI.*

L'ABC des notions juridico-technologiques à considérer dans le cadre d'un projet technologique

Soleïca MONNIER*

INTRODUCTION	5
1. CONCEPTS DÉCOULANT DE LA LCCJTI À GARDER EN TÊTE LORS DU DÉVELOPPEMENT D'UN PROJET TECHNOLOGIQUE	6
1.1 Le libre choix du support ou de la technologie utilisé	7
1.2 L'équivalence fonctionnelle	8
2. EXIGENCES DÉCOULANT DE LA LCCJTI À RESPECTER LORS DU DÉVELOPPEMENT D'UN PROJET TECHNOLOGIQUE	10
2.1 Qu'est-ce qu'un document technologique ?	10
2.2 Obligations relatives à la sécurité de l'information. .	12

* M^e Soleïca Monnier est avocate au sein de la Direction du droit des technologies de l'information et de la propriété intellectuelle du ministère de la Justice du Québec (MJQ). L'auteure remercie particulièrement M^e Marilène Gallien (avocate – MJQ) pour sa précieuse contribution tout au long de la rédaction du document et de sa révision, ainsi que M^e Patrick Gingras (directeur – MJQ), M^e François Sénécal (directeur – KPMG) et M^e Nareg Froundjian (avocat – Deloitte LLP) pour leurs commentaires lors de la révision du document.
Les opinions exprimées dans le présent article n'engagent que l'auteure et ne représentent pas nécessairement celles de son employeur.

2.2.1	Intégrité	12
2.2.2	Confidentialité et disponibilité	13
2.2.3	Choix des mesures de sécurité	15
2.3	Obligations propres au cycle de vie d'un document	16
2.3.1	Création	16
2.3.2	Reproduction	17
2.3.3	Consultation	21
2.3.4	Transmission	23
2.3.5	Conservation, archivage et destruction	25
2.4	Lien entre une personne et un document.	27
2.5	Cas particulier du document préprogrammé	30
	CONCLUSION	31

INTRODUCTION

*A B C, It's easy as
1 2 3, as simple as
Do re mi, A B C, 1 2 3*

– The Jackson Five

La *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*¹ (ci-après « LCCJTI ») fêtait ses 20 ans d'existence en 2021. Or, bien qu'elle fasse l'objet de décisions de plus en plus nombreuses et qualitatives², la LCCJTI demeure méconnue et peu appliquée à une époque pourtant charnière dans l'évolution des technologies. D'ailleurs, le ministre de la Justice, M. Simon Jolin-Barrette, a récemment annoncé la formation d'un comité de travail en vue de réfléchir à des solutions pour régler certains problèmes qui surviennent dans l'application de la LCCJTI. Cela dit, ces problèmes touchent surtout aux difficultés d'arrimage en droit de la preuve entre la LCCJTI et d'autres textes comme le *Code civil du Québec*³.

Outre ses dispositions relatives à la preuve, la LCCJTI énonce des concepts relatifs aux technologies de l'information qui devraient être davantage connus et appliqués dès les premières étapes d'un projet technologique⁴ d'une organisation, qu'elle œuvre dans le

1. RLRQ, c. C-1.1.

2. Sur le plan qualitatif, voir la décision de la Cour d'appel *Benisty c. Kloda*, 2018 QCCA 608, commentée dans Patrick GINGRAS et François SENÉCAL, « *Benisty c. Kloda* : cinq enseignements de la Cour d'appel du Québec en droit des technologies de l'information », (2018) 77 *R. du B.* 273-294.

3. MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, « Lancement d'un comité de travail sur l'application de la Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information », 18 décembre 2020, en ligne : <<https://www.justice.gouv.qc.ca/communiques/lancement-dun-comite-de-travail-sur-lapplication-de-la-loi-concernant-le-cadre-juridique-des-techn/>>. Ce comité a été formé en réponse à la réception de l'étude sur le même sujet réalisée par le professeur Vincent Gautrais à la demande du ministère de la Justice du Québec, Vincent GAUTRAIS, « Étude juridique sur la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information* (RLRQ, c. C-1.1) – Mandat du ministère de la Justice du Québec », 31 juillet 2020, en ligne : <https://www.justice.gouv.qc.ca/fileadmin/user_upload/contenu/documents/Fr_francais/_centredoc/rapports/ministere/91995_LCCJTI_Etude_MJQ_VF.pdf>.

4. Aux fins de la présente, les expressions « projet technologique » et « système informatique » seront utilisés de façon interchangeable.

secteur public ou privé. Également, la LCCJTI énonce une série d'obligations juridiques qui devraient mener à l'instauration de mesures, notamment relatives à la sécurité de l'information des systèmes informatiques, soit à leur disponibilité, à leur intégrité et à leur confidentialité. Depuis novembre 2020, n'oublions pas que les avocats qui exercent au Québec ont une obligation de compétence technologique explicitement prévue dans leur code de déontologie et se doivent de se renseigner en cette matière⁵.

Le présent texte s'inscrit donc dans cette vaste tâche de rattrapage éducatif que les avocats devront faire au Québec (et ailleurs)⁶. Pour ce faire, il dresse un portrait des concepts et exigences qui découlent de la LCCJTI, appuyés d'exemples, afin d'en faciliter la compréhension et, incidemment, l'application. Il ne se veut néanmoins pas un « clé en main », chaque situation juridique ayant ses particularités. Bref, il constitue un guide pour maîtriser le b.a.-ba de la LCCJTI, car une fois sa lecture complétée, l'application de la LCCJTI vous apparaîtra aussi simple qu'A B C.

1. CONCEPTS DÉCOULANT DE LA LCCJTI À GARDER EN TÊTE LORS DU DÉVELOPPEMENT D'UN PROJET TECHNOLOGIQUE

La première partie fait état de deux concepts juridiques issus de la LCCJTI qu'il importe de connaître avant de se lancer dans la réalisation d'un projet technologique : (1.1) le principe du libre choix du support ou de la technologie utilisée, ainsi que (1.2) celui d'équivalence fonctionnelle. Ceux-ci sont accompagnés d'exemples à des fins illustratives exclusivement, tout projet nécessitant une analyse de conformité modulée selon les circonstances particulières de chaque organisation. Également, outre la LCCJTI,

5. *Code de déontologie des avocats*, RLRQ, c. B-1, r. 3.1, art. 21, al. 2. Voir aussi BARREAU DU QUÉBEC, « Des modifications au Code de déontologie des avocats », en ligne : <<https://www.barreau.qc.ca/fr/actualites/avis-aux-membres/modifications-code-deontologie-avocats/>>.

6. Une récente étude fait état de l'interaction entre la technologie et la formation des juristes au Québec, Pierre-Luc DÉZIEL, Hélène ZIMMERMANN et Satchel Dell-olio DELPECH, « Étude relative à l'incidence des technologies de l'information et des communications sur la formation des juristes au Québec », décembre 2020, en ligne : <<https://www.fd.ulaval.ca/sites/fd.ulaval.ca/files/etude-impact-tic-formation-juristes-quebec-2020.pdf>>.

d'autres normes peuvent trouver application, selon le cadre juridique applicable⁷.

1.1 Le libre choix du support ou de la technologie utilisé

Selon ce principe général, sauf si une loi, un règlement (ou, dans certains cas, une convention)⁸ exige l'emploi d'un support ou d'une technologie⁹ spécifique, chacun est libre d'utiliser le support ou la technologie de son choix, notamment pour transmettre, recevoir ou consulter un document¹⁰. Par ailleurs, nul n'est tenu d'accepter de recevoir un document sur un autre support que le papier ou au moyen d'une technologie dont il ne dispose pas¹¹.

À titre d'exemple, dans le cadre d'un projet technologique gouvernemental, s'il était souhaité rendre obligatoire l'utilisation d'un site Internet pour une prestation électronique de services (PES), à l'exclusion par exemple de la possibilité d'offrir le service en personne ou par la poste, il faudrait prévoir cette exigence dans une loi ou un règlement¹².

7. Pensons notamment à la *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*, RLRQ, c. P-39.1 (ci-après « *Loi sur le secteur privé* »), à la *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels*, RLRQ, c. A-2.1 (ci-après « *LAI* ») et au *Code civil du Québec*, art. 35 à 41.

8. En matière de transmission, l'art. 29, al. 1 LCCJTI permet le recours à une convention. En application notamment de cet alinéa, il a été déterminé qu'une déclaration de copropriété, y compris le règlement de l'immeuble, pouvait contraindre les copropriétaires à recevoir des documents d'une manière spécifique, *Lejay c. Syndicat de copropriété les Fougeroles du Relais*, 2021 QCCS 2884, par. 228 et s.

9. « [1] Le terme "technologie" est susceptible d'être compris, dans la Loi, de deux manières différentes. En premier lieu, selon l'article 1 alinéa 2, un support peut faire appel aux technologies de l'information (électronique, magnétique, optique, sans fil ou autres) [Article 1]. [...] En second lieu, à l'article 1 alinéa 3 ou à l'article 2, il est établi que le support porte des technologies [Article 1] [Article 2]. Or, il y a alors un sens beaucoup plus étroit à apporter ici. Au-delà de la relation symbiotique entre l'information et le support, il existe aussi des technologies ou procédés capables de structurer et d'organiser le document. Sous cette seconde compréhension, la technologie réfère "aux savoirs théoriques et pratiques de nature scientifique dans le domaine de la préparation, de la circulation et de la conservation de l'information." [...] À titre d'exemples, il est possible de citer les extensions des fichiers », *Lccjti.ca*, « technologie », en ligne : <<https://www.lccjti.ca/definitions/technologie/>> (nos soulignements).

10. LCCJTI, art. 2, 23, 28, 29.

11. LCCJTI, art. 29, al. 2.

12. Ex. : art. 11 de la *Loi sur les contrats des organismes publics*, RLRQ, c. C-65.1 : « L'appel d'offres public s'effectue au moyen d'un avis diffusé dans le système électronique d'appel d'offres approuvé par le gouvernement. »

Dans le même sens, s'il était souhaité imposer aux utilisateurs d'une PES le téléversement de documents exclusivement dans un format de fichier donné (ex. : PDF/A)¹³, les conditions d'utilisation du site Internet pourraient prévoir cette exigence à titre de contrat d'adhésion et, conséquemment, de convention. À défaut, une loi ou un règlement pourraient le prévoir.

1.2 L'équivalence fonctionnelle

L'équivalence fonctionnelle¹⁴ est une « approche consistant à rechercher les fonctions qu'un instrument juridique possède et à s'assurer qu'elles soient satisfaites, quel que soit le support utilisé »¹⁵. Autrement dit, plusieurs procédés peuvent être utilisés pour réaliser un même objectif, tant qu'ils respectent tous deux les règles de droit qui leur sont applicables.

Dans le cadre d'un projet technologique, le concept est utile notamment lorsqu'il est question de remplacer une façon de faire physique (ou tangible)¹⁶ par une autre, cette dernière faisant appel aux technologies de l'information¹⁷.

Par exemple, afin d'établir un lien entre une personne et un document, la signature manuscrite apposée à un document papier est un procédé qui inspire confiance, celui-ci ayant fait ses preuves. Cependant, sauf exception¹⁸, tout procédé permettant d'apposer sa signature à un document technologique (« signature électronique ») est tout aussi valide s'il respecte l'article 2827 du *Code civil du Québec*¹⁹. En somme, la signature électronique peut

13. Et *a fortiori* si ce format est payant ou peu utilisé.

14. LCCJTI, art. 1, par 3°.

15. LCCJTI.ca, « équivalence fonctionnelle », en ligne : <<https://www.lccjti.ca/definitions/equivalence-fonctionnelle/>>.

16. Le terme « tangible » réfère aux supports physiques comme le papier, par opposition au terme « logique », lequel réfère à l'organisation de l'information d'un document en fonction de la technologie employée.

17. LCCJTI, art. 1, par. 2° : « [...] technologies de l'information, qu'elles soient électronique, magnétique, optique, sans fil ou autres ou faisant appel à une combinaison de technologies ».

18. Le procédé de signature peut être prescrit par la loi, ex. : art. 23.6 du *Règlement sur le registre des droits personnels et réels mobiliers*, RLRQ, c. CCQ, r. 8.

19. « La signature consiste dans l'apposition qu'une personne fait à un acte de son nom ou d'une marque qui lui est personnelle et qu'elle utilise de façon courante, pour manifester son consentement », par référence depuis l'art. 39, al. 1 LCCJTI. Voir aussi LCCJTI, art. 39, al. 2.

généralement servir aux mêmes fins que la signature manuscrite et la remplacer. Selon les circonstances, elle peut d'ailleurs être tout aussi fiable ou sécuritaire que celle-ci. Par exemple, la signature numérique²⁰ assure généralement une fiabilité accrue quant à l'identité du signataire, en plus de permettre d'assurer l'intégrité²¹ du document depuis sa signature.

Également, la signature n'est pas la seule manière d'établir un lien entre une personne et un document. En effet, dans le cadre d'une PES, un mécanisme d'authentification multifactoriel permettant d'identifier les utilisateurs pourrait par exemple remplacer la signature, autant manuscrite que technologique²².

Outre la signature, le principe d'équivalence fonctionnelle peut servir pour des notions comme l'original²³ ou la présence²⁴, sinon pour des pratiques comme la poste recommandée²⁵.

20. Il ne faut pas confondre la signature électronique et la signature numérique, cette dernière étant un procédé spécifique de signature électronique, soit un « [p]rocédé cryptographique par lequel un bloc de données généralement chiffrées à l'aide d'un algorithme à clé publique est joint à un document électronique afin d'identifier son expéditeur, d'assurer l'intégrité de ses données et de garantir leur non-répudiation », OFFICE QUÉBÉCOIS DE LA LANGUE FRANÇAISE, « signature numérique », *Grand dictionnaire terminologique*, en ligne : <http://gdt.oqlf.gouv.qc.ca/ficheOqlf.aspx?Id_Fiche=8384641>.

21. LCCJTI, art. 6.

22. LCCJTI, art. 38 et 40. La loi pourrait également obliger l'utilisation de la signature, par exemple, art. 132.0.1., 574.1, 727 du *Code civil du Québec*.

23. La notion d'original est fortement attachée au papier, c'est pourquoi dans la LCCJTI, le législateur en a prévu un équivalent fonctionnel sur support technologique, LCCJTI, art. 12 : « Un document technologique peut remplir les fonctions d'un original » (nos soulignements). *Infra*, section 2.3.1.

24. La notion de présence pourrait être physique, mais également virtuelle par le biais des technologies de l'information (ex. : visioconférence). Par exemple, pendant la pandémie, les notaires ont revu leurs pratiques afin de permettre la vérification d'identité à distance des parties, geste qui requiert pourtant une forme de présence. Cette permission a cependant été encadrée : CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, « Puis-je signer un acte notarié à distance ? », 27 octobre 2020, en ligne : <<https://www.cnq.org/la-chambre-et-votre-protection/faq/puis-je-signer-un-acte-notarie-a-distance/#:~:text=Depuis%2C%20le%201er%20avril,ou%20non%20cet%20outil%20additionnel>>.

25. LCCJTI, art. 28, al. 2 : « Lorsque la loi prévoit l'utilisation des services de la poste ou du courrier, cette exigence peut être satisfaite en faisant appel à la technologie appropriée au support du document devant être transmis. De même, lorsque la loi prévoit l'utilisation de la poste recommandée, cette exigence peut être satisfaite, dans le cas d'un document technologique, au moyen d'un accusé de réception sur le support approprié signé par le destinataire ou par un autre moyen convenu » (nos soulignements).

2. EXIGENCES DÉCOULANT DE LA LCCJTI À RESPECTER LORS DU DÉVELOPPEMENT D'UN PROJET TECHNOLOGIQUE

En sus des grands principes, la LCCJTI énonce des *exigences* juridiques qu'il importe de connaître et de respecter tout au long du développement d'un projet technologique et dont nous ferons état. Ainsi, cette seconde partie vise plus particulièrement à aiguiller sur les mesures ou procédés à mettre en place selon la LCCJTI afin de respecter ces exigences.

De même que pour les grands principes, les exigences sont ponctuellement accompagnées d'exemples à des fins illustratives exclusivement, tout projet nécessitant une analyse modulée selon les circonstances particulières de chacun. Également, d'autres règles de droit ou encore politiques internes trouveront fréquemment application, selon la situation. Ainsi, il est impératif de s'assurer de les identifier et de les respecter.

2.1 Qu'est-ce qu'un document technologique ?

Le document est une notion centrale de la LCCJTI, se trouvant à pas moins de 222 occurrences – titres de sections compris. À première vue, *document* peut sembler restrictif, surtout dans un monde technologique. Toutefois, comme le disait Oscar Wilde, « il ne faut pas se fier aux apparences ».

Selon la LCCJTI, un document est constitué d'information intelligible sous forme de mots, de sons ou d'images, portée par un support, qui, lorsqu'il fait appel aux technologies de l'information²⁶, est qualifié de « document technologique »²⁷. Ainsi, autant un document Word, un courriel²⁸, une page Internet²⁹, un logiciel, un enregistrement informatisé qu'une photographie numérique sont des documents technologiques tant qu'ils ne sont pas imprimés³⁰.

26. LCCJTI, art. 1, par. 2^o : « technologies de l'information, qu'elles soient électronique, magnétique, optique, sans fil ou autres ou faisant appel à une combinaison de technologies » (nos soulignements).

27. LCCJTI, art. 3, al. 1.

28. *Deumar Développement de marchés international inc. c. Cellulaire 3D inc.*, 2018 QCCQ 53, par. 23.

29. *Arc En Ciel RH c. Services Swissnova inc.*, 2021 QCCS 1187, par. 45.

30. LCCJTI, art. 71, al. 1 : « La notion de document prévue par la présente loi s'applique à l'ensemble des documents visés dans les textes législatifs, que ceux-ci

De plus, pour l'application de la LCCJTI, toute banque de données est assimilée à un document technologique dès lors que ses éléments structurants permettent la création de documents par la délimitation et la structuration de l'information qui y est inscrite³¹. Ainsi, une boîte courriel pourrait être une banque de données selon la LCCJTI.

Par ailleurs, le fait que l'information d'un document technologique soit fragmentée et répartie sur un ou plusieurs supports situés en un ou plusieurs emplacements n'empêche pas le document d'être considéré comme formant un tout³². Par exemple, il existe des formulaires électroniques où le gabarit contenant les questions est sauvegardé sur un support et les réponses sur un autre, à des fins d'optimisation de stockage³³. Ces formulaires sont des documents technologiques selon la LCCJTI.

Au sujet du document technologique et, incidemment, de la banque de données et du document dont l'information est fragmentée et répartie sur plusieurs supports³⁴, la LCCJTI prévoit plusieurs **obligations** qui doivent être considérées par les équipes spécialisées en technologies de l'information, en collaboration avec le domaine juridique. Nous passerons en revue, d'abord, les obligations relatives à la sécurité de l'information (2.2), puis celles relatives au cycle de vie d'un document (2.3). Ensuite, nous

y réfèrent par l'emploi du terme document ou d'autres termes, notamment acte, annales, annexe, annuaire, arrêté en conseil, billet, bottin, brevet, bulletin, cahier, carte, catalogue, certificat, charte, chèque, constat d'infraction, décret, dépliant, dessin, diagramme, écrit, électrocardiogramme, enregistrement sonore, magnétoscopique ou informatisé, facture, fiche, film, formulaire, graphique, guide, illustration, imprimé, journal, livre, livret, logiciel, manuscrit, maquette, microfiche, microfilm, note, notice, pamphlet, parchemin, pièce, photographie, procès-verbal, programme, prospectus, rapport, rapport d'infraction, recueil et titre d'emprunt. »

31. LCCJTI, art. 3, al. 2.

32. LCCJTI, art. 4.

33. SECRÉTARIAT DU CONSEIL DU TRÉSOR, *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information* annotée, art. 4, en ligne : <<https://www.tresor.gouv.qc.ca/ressources-informationnelles/cadre-normatif-de-gestion-des-ressources-informationnelles/loi-concernant-le-cadre-juridique-des-technologies-de-linformation/loi-annotee-par-article/loi-annotee-par-article-article-4/>> : « Un autre exemple de cette situation est fourni par les formulaires électroniques dont l'information peut être située sur des supports ou en des lieux différents. Ainsi, il existe des formulaires où la grille de questions est sur un support et les réponses, sur un autre support. »

34. De même, selon le contexte, les règles prévues dans la LCCJTI peuvent s'appliquer à un extrait ou à un ensemble de documents, art. 71, al. 2.

verrons les situations spécifiques de l'établissement d'un lien entre une personne et un document (2.4) et celle du document préprogrammé (2.5), lesquelles peuvent survenir dans le cadre du développement d'un projet technologique et auxquelles il faut par conséquent demeurer alerte.

2.2 Obligations relatives à la sécurité de l'information

La disponibilité, l'intégrité et la confidentialité (DIC) sont les trois composantes évaluées dans la détermination du niveau de sécurité de l'information³⁵ que porte un document³⁶. Or, ces trois notions sont abordées dans la LCCJTI, sous diverses rubriques. Nous ferons donc état de ces concepts, avant d'illustrer comment les mettre en œuvre

2.2.1 Intégrité

Tout au long du cycle de vie d'un document, il est primordial d'assurer son **intégrité**³⁷. L'intégrité d'un document est assurée lorsqu'il est possible de vérifier que l'information n'en est pas altérée et qu'elle est maintenue dans son intégralité, et que le support qui porte cette information lui procure la stabilité et la pérennité voulue³⁸. Autrement dit, il doit être possible de s'assurer que le document est demeuré intact et intégral et d'en faire la démonstration.

Par ailleurs, la valeur juridique d'un document technologique, c'est-à-dire notamment sa capacité à produire des effets juridiques et à être admis en preuve, est assurée si son intégrité est préservée et s'il respecte les règles de droit qui le régissent³⁹. Ainsi, sur un pied d'égalité avec la notion de document, celle d'intégrité est primordiale dans la LCCJTI.

35. « Ensemble de mesures mises en place pour assurer la protection des ressources informationnelles en conservant leur confidentialité, leur intégrité et leur disponibilité », OFFICE QUÉBÉCOIS DE LA LANGUE FRANÇAISE, « sécurité de l'information », *Grand dictionnaire terminologique*, en ligne : <http://www.granddictionnaire.com/ficheOqlf.aspx?Id_Fiche=8358572>.

36. Certains ajoutent à ces trois éléments l'authentification et l'irrévocabilité, pour ainsi former la DICAI. Ex. : SECRÉTARIAT DU CONSEIL DU TRÉSOR, « Sécurité de l'information », en ligne : <<https://www.tresor.gouv.qc.ca/ressources-informations/securite-de-linformation/>>.

37. LCCJTI, art. 4, 12, 15 à 19, 26, 30, 33, 39, al. 2, 40 et 41.

38. LCCJTI, art. 6, al. 1.

39. LCCJTI, art. 5, al. 1.

Dans l'appréciation du maintien de l'intégrité, il est tenu compte, notamment, des **mesures de sécurité** prises pour protéger le document au cours de son cycle de vie⁴⁰, lesquelles peuvent être de nature logique (ex. : algorithme de hachage cryptographique, sceau numérique), opérationnelle (ex. : journalisation, attribution des droits d'accès) ou même physique (ex. : gestion des accès physiques)⁴¹.

Également, l'élaboration et le respect d'une politique de gestion documentaire adéquate, y compris sa mise à jour ponctuelle, pourraient contribuer à assurer l'intégrité d'un document⁴². Par ailleurs, les organismes publics du gouvernement du Québec ont l'obligation d'établir et de tenir à jour un calendrier de conservation⁴³, qui détermine les périodes d'utilisation et les supports de conservation des documents actifs et semi-actifs et indique quels documents inactifs sont conservés de manière permanente et lesquels sont éliminés⁴⁴.

2.2.2 Confidentialité et disponibilité

La **confidentialité** réfère à la « propriété d'une information ou de renseignements personnels qui ne doivent pas être divulgués à des personnes ou à des entités non autorisées »⁴⁵. Ainsi, lorsqu'un

40. LCCJTI, art. 6, al. 3. SECRÉTARIAT DU CONSEIL DU TRÉSOR, *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information annotée, Glossaire*, « Mesures de sécurité (mesures de sécurité logique, physique ou opérationnelle) », en ligne : <<https://www.tresor.gouv.qc.ca/ressources-informatiionnelles/cadre-normatif-de-gestion-des-ressources-informatiionnelles/loi-concernant-le-cadre-juridique-des-technologies-de-linformatiion/glossaire/m/>>.

41. LCCJTI, art. 64, par. 4 : « de garantir l'intégrité d'un document technologique par des mesures de sécurité physiques, logiques ou opérationnelles ainsi que par des mesures de gestion documentaire adéquates pour en assurer l'intégrité au cours de tout son cycle de vie » (nos soulignements).

42. LCCJTI, art. 64, par. 4 : « de garantir l'intégrité d'un document technologique par des mesures de sécurité physiques, logiques ou opérationnelles ainsi que par des mesures de gestion documentaire adéquates pour en assurer l'intégrité au cours de tout son cycle de vie » (nos soulignements).

43. *Loi sur les archives*, RLRQ, c. A-2.1.

44. SECRÉTARIAT DU CONSEIL DU TRÉSOR, *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information annotée, Glossaire*, « calendrier de conservation », en ligne : <<https://www.tresor.gouv.qc.ca/ressources-informatiionnelles/cadre-normatif-de-gestion-des-ressources-informatiionnelles/loi-concernant-le-cadre-juridique-des-technologies-de-linformatiion/glossaire/c/#c2946>>.

45. OFFICE QUÉBÉCOIS DE LA LANGUE FRANÇAISE, « confidentialité », *Grand dictionnaire terminologique*, en ligne : <http://gdt.oqlf.gouv.qc.ca/ficheOqlf.aspx?Id_Fiche=8380639>.

document comporte des renseignements personnels⁴⁶ ou lorsque son accès est autrement restreint, par exemple en raison du secret professionnel⁴⁷ ou industriel⁴⁸ ou en présence de renseignements financiers, sa confidentialité doit être préservée⁴⁹. Par exemple, le chiffrement de l'information et la gestion des droits d'accès, autant physique que technologique, sont des mesures propres à assurer la confidentialité d'un document.

Parallèlement, la **disponibilité** du document doit être assurée tant qu'un document doit être conservé⁵⁰. À ce titre, il est souvent nécessaire d'établir et de maintenir à jour un plan de continuité d'activité⁵¹ en cas d'indisponibilité des ressources informatiques. Également, effectuer des copies de sauvegarde⁵² régulièrement pourrait constituer une bonne pratique en cas de perte. Enfin, le choix du format de fichier a une incidence sur sa disponibilité⁵³. À ce sujet, il existe une version du format PDF spécialisée pour l'archivage et la conservation à long terme des documents technologiques, le PDF/A⁵⁴.

-
46. « Dans un document, sont personnels les renseignements qui concernent une personne physique et permettent de l'identifier », art. 54 LAI. Dans ce cas, d'autres dispositions de la LAI s'appliquent, par exemple l'art. 63.1. Voir aussi son équivalent dans la *Loi sur le secteur privé*, art. 10.
 47. *Code des professions*, RLRQ, c. C-26, art. 60.4.
 48. Voir notamment LAI, art. 22, 23 et 41.2. qui traitent du secret industriel, sans toutefois en offrir une définition.
 49. LCCJTI, art. 25 et 34.
 50. LCCJTI, art. 19 : « Toute personne doit, pendant la période où elle est tenue de conserver un document, assurer le maintien de son intégrité et voir à la disponibilité du matériel qui permet de le rendre accessible et intelligible et de l'utiliser aux fins auxquelles il est destiné. » Voir aussi l'art. 23 LCCJTI.
 51. « Ensemble des mesures visant à assurer le maintien des services essentiels selon les principaux scénarios d'indisponibilité des ressources informatiques », OFFICE QUÉBÉCOIS DE LA LANGUE FRANÇAISE, « Plan de continuité d'activité », *Grand dictionnaire terminologique*, en ligne : <http://www.granddictionnaire.com/ficheOqlf.aspx?Id_Fiche=8355468>.
 52. « Copie d'un ou de plusieurs fichiers ou programmes, le plus souvent mise à jour à intervalles réguliers, et qui permet la restauration des données en cas de perte », OFFICE QUÉBÉCOIS DE LA LANGUE FRANÇAISE, « copie de sauvegarde », *Grand dictionnaire terminologique*, en ligne : <http://gdt.oqlf.gouv.qc.ca/ficheOqlf.aspx?Id_Fiche=8382867>.
 53. Bien qu'elle ne constitue pas un « format de fichier » à proprement parler, la technologie de la chaîne de blocs (*blockchain*) possède certaines caractéristiques intéressantes pour conserver un document, Erwan JONCHÈRES et Soleïca MONNIER, « La blockchain comme outil probatoire : une analyse au regard de la LCCJTI », (2020) 25-3 *Lex Electronica*.
 54. Il existe également plusieurs versions du PDF/A, qui vont du PDF/A-1 au PDF/A-4 (à jour au 16-09-2021). Les versions sont par ailleurs liées à des niveaux de conformité A, B ou U, Alexandra OETTLER, *pdfa.org*, « PDF/A in a Nutshell 2.0 »,

2.2.3 Choix des mesures de sécurité

Autant pour l'intégrité que pour la confidentialité et la disponibilité, il est nécessaire de mettre en place des mesures de sécurité. Le choix de celles-ci doit résulter d'une gestion des risques en collaboration avec toutes les parties prenantes, c'est-à-dire les équipes juridiques, les analystes d'affaires, les spécialistes en sécurité de l'information et toute équipe détenant une expertise pertinente à la situation donnée (ex. : archivistes)⁵⁵. En effet, les considérations sont non seulement juridiques, mais également de l'ordre du domaine d'affaires, technologique, humain et financier.

Les mesures sélectionnées doivent être raisonnables compte tenu des circonstances et de la nature de l'information à protéger⁵⁶. Par exemple, en matière de confidentialité, les mesures de sécurité instaurées devraient être proportionnelles au degré de confidentialité que le document requiert, par exemple s'il contient des renseignements sensibles comme des renseignements de santé ou des mesures biométriques (ex. : empreintes digitales, image de la rétine, voix, points nodaux du visage)⁵⁷.

Les mesures devraient exister dès qu'un document est reçu de l'externe ou créé par une organisation, jusqu'au moment où celle-ci l'archive ou le détruit, selon les règles de conservation applicables⁵⁸.

2013, en ligne : <https://www.pdfa.org/wp-content/uploads/2013/05/PDFA_in_a_Nutshell_211.pdf>.

55. Soleïca MONNIER et Frédérique TURNIER CARON, « La gestion des risques en droit des technologies de l'information », *BlogueduCRL.com*, 2 mars 2021, en ligne : <<http://www.blogueducrl.com/2021/03/chronique-du-cti-la-gestion-des-risques.html>>.
56. Voir la notion d'« obligation de moyen renforcée » développée dans Nicolas VERMEYS, *Responsabilité civile et sécurité informationnelle*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2010. Voir aussi Patrick GINGRAS et Jean-François DE RICO, « La transmission des documents technologiques », dans *XX^e Conférence des juristes de l'État 2013*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2013, à la p. 409, p. 426 et s. ; art. 63.1 LAI et 10 de la *Loi sur le secteur privé en matière de renseignements personnels*.
57. Dans le cas des renseignements biométriques, en plus des diverses lois sur la protection des renseignements personnels, les art. 43 à 45 LCCJTI pourraient trouver application, selon les circonstances. La Commission d'accès à l'information du Québec (ci-après « CAI ») détient une page informative sur ce sujet, COMMISSION D'ACCÈS À L'INFORMATION DU QUÉBEC, « Biométrie », en ligne : <<https://www.cai.gouv.qc.ca/biometrie/>>.
58. Pour les organismes publics, cette période est déterminée par le calendrier de conservation applicable selon la *Loi sur les archives* (RLRQ, c. A-2.1).

Les mesures devraient être **documentées** et conservées afin d'être mises en preuve, au besoin. La documentation peut prendre une forme variable, tant qu'elle permet de prouver l'existence et l'étendue des mesures mises en place pour protéger la disponibilité, l'intégrité et la confidentialité de l'information du système informatique et des documents qu'il contient advenant une contestation. La documentation pourrait par exemple être contenue dans un dossier fonctionnel – pour un projet spécifique –, ou encore être une politique interne de sécurité de l'information d'une organisation, selon les circonstances.

2.3 Obligations propres au cycle de vie d'un document

Bien que le choix des mesures destinées à protéger l'information s'inscrive avant tout dans le contexte d'une gestion de risques, la LCCJTI énonce en sus des **obligations spécifiques tout au long des diverses étapes du cycle de vie d'un document**. Le cycle de vie d'un document débute par sa création (2.3.1), puis peut passer par sa reproduction (2.3.2)⁵⁹, sa consultation (2.3.3) ou sa transmission (2.3.4), jusqu'à sa conservation, y compris son archivage ou sa destruction (2.3.5).

2.3.1 Création

Tout d'abord, l'original est une notion intimement liée au support papier, sur lequel le document source⁶⁰ est facilement distinguable de ses copies. Dans un environnement technologique, l'information est constamment multipliée, de sorte que l'original et la copie sont difficiles à différencier s'ils ne revêtent pas des particularités sur le plan de la forme (ex. : mention « original » ou « copie »)⁶¹. D'un point de vue juridique, cela signifie que la

59. Selon la LCCJTI, art. 6, al. 2 : « [...] au cours de son cycle de vie, soit depuis sa création, en passant par son transfert, sa consultation et sa transmission, jusqu'à sa conservation, y compris son archivage ou sa destruction » (nos soulignements). Ainsi, la copie ne fait pas partie du cycle de vie du document. Toutefois, aux fins de la présente, nous avons choisi de regrouper la copie et le transfert sous le thème de la reproduction, au lieu de simplement traiter du transfert.

60. Sur support papier, le document source est l'original. Sur support technologique, le document source est la première source du document, par exemple, la première sauvegarde d'un document PDF dans sa forme finale.

61. Pour la copie, LCCJTI, art. 15, al. 3 : « Cependant, lorsqu'il y a lieu d'établir que le document constitue une copie, celle-ci doit, au plan de la forme, présenter les caractéristiques qui permettent de reconnaître qu'il s'agit d'une copie, soit par l'indication du lieu et de la date où elle a été effectuée ou du fait qu'il s'agit d'une

valeur autrefois associée à l'original papier se trouve confinée à ce monde⁶². En effet, sauf exception⁶³, dès lors qu'il est possible de vérifier que **l'intégrité** du document technologique est assurée, sa valeur juridique ne devrait pas être affectée en raison de sa démultiplication⁶⁴.

Selon la LCCJTI, afin d'assurer **l'intégrité** de la copie d'un document technologique, le procédé employé doit présenter des garanties suffisamment sérieuses pour établir que la copie comporte la même information que le document source. Pour ce faire, il est tenu compte des circonstances dans lesquelles la copie a été faite (ex. : processus organisationnels adaptés et documentés) ainsi que du fait qu'elle a été effectuée de façon systématique et sans lacunes (ex. : logiciel, manipulation « copier-coller ») ou conformément à un procédé qui s'appuie sur des normes ou standards techniques approuvés par un organisme reconnu (ex. normes ISO, Organisation internationale de normalisation)⁶⁵.

2.3.2 *Reproduction*

Selon la LCCJTI et le *Code civil du Québec*, il existe deux modes de reproduction : la copie et le transfert de l'information⁶⁶. Alors que la copie vise la multiplication d'un document, le transfert de l'information vise davantage le remplacement de celui-ci⁶⁷.

copie, soit par tout autre moyen » (nos soulignements). Pour l'original, voir LCCJTI, art. 12 à 14.

62. Gilles DE SAINT-EXUPÉRY, *Le document technologique original dans le droit de la preuve au Québec*, mémoire de maîtrise, Montréal, Faculté des études supérieures, Université de Montréal, 2012.

63. Par exemple, les actes authentiques sur support technologique pourraient être reproduits tout en conservant leur valeur authentique, toutefois, l'officier public qui en est le dépositaire devrait minimalement les « attester », art. 2812 et 2815 C.c.Q.

64. LCCJTI, art. 5, al. 2. Voir aussi l'art. 2 LCCJTI qui énonce que chacun est libre d'utiliser le support ou la technologie de son choix, sauf si la loi prévoit le contraire. Ainsi, à titre illustratif, si la loi prévoit l'émission d'un document sur support papier, le document devra être créé sur ce support.

65. LCCJTI, art. 15, al. 1 et 2, ce dernier alinéa référant à l'art. 68 LCCJTI pour déterminer les organismes reconnus.

66. LCCJTI, art. 15 et 17 et C.c.Q., art. 2841.

67. SECRÉTARIAT DU CONSEIL DU TRÉSOR, *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information* annotée, *Glossaire*, « transfert », en ligne : <<https://www.tresor.gouv.qc.ca/ressources-informatiounnelles/cadre-normatif-de-gestion-des-ressources-informatiounnelles/loi-concernant-le-cadre-juridique-des-technologies-de-linformation/glossaire/>> ; Vincent GAUTRAIS et Patrick GINGRAS,

L'article 2841 du *Code civil du Québec* offre une distinction plus technique quant à ces modes de reproduction. Selon cet article, une reproduction peut être faite par l'obtention d'une **copie** sur un même support ou sur un support qui ne fait pas appel à une technologie différente, soit par le **transfert de l'information** vers un support qui fait appel à une technologie différente. Dès lors, la copie technologique n'implique aucun changement de support (ex. : papier vers technologique) ni de technologie (ex. : format MP3 vers WAV). Autrement, la reproduction se qualifie à titre de transfert de l'information, opération occasionnant d'ailleurs souvent la perte de métadonnées (ex. : dernière modification d'un document ou licence de droit d'auteur applicable)⁶⁸.

À titre illustratif, les projets de numérisation vers un bureau « sans papier » impliquent le transfert de l'information de documents sur support papier vers un support technologique. De même, la conversion de documents d'une technologie à une autre se qualifie à titre de transfert de l'information (ex. : une image matricielle en format TIFF vers le format PNG), alors qu'un fichier PDF enregistré sur une clé USB et ensuite déplacé sur le disque d'un ordinateur dans le même format se qualifie à titre de copie.

Sauf exception⁶⁹, le document qui résulte du **transfert de l'information** peut remplacer le document source tout en conservant sa valeur juridique et le document source peut être détruit si le transfert est documenté⁷⁰ (*infra*, section 2.3.5 pour

« La preuve des documents technologiques », dans Services de formation permanente du Barreau du Québec, *Congrès annuel du Barreau 2012*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2012, p. 16.

68. « Ensemble structuré de données accompagnant un ouvrage et servant notamment à en décrire le contenu et le format, à assurer son indexation dans les moteurs de recherche et les bases de données, et à faciliter la gestion des droits d'auteur qui y sont liés », OFFICE QUÉBÉCOIS DE LA LANGUE FRANÇAISE, « métadonnées », *Grand dictionnaire terminologique*, en ligne : <http://gdt.oqlf.gouv.qc.ca/ficheOqlf.aspx?Id_Fiche=26541384>. Patrick GINGRAS et François SÉNÉCAL, « Métadonnées : Plaidoyer pour des mal aimées et des incomprises », (2015) 74 *R. du B.* 249-306.

69. Par exemple, les documents dont le support d'origine présente une valeur archivistique, historique ou patrimoniale ne peuvent être détruits même si leur transfert est documenté, LCCJTI, art. 20, al. 2. La reproduction documentée de ceux-ci pourrait néanmoins détenir la même valeur que le document source, LCCJTI, art. 17.

70. Tant que le document source n'est pas détruit, la documentation ne serait pas obligatoire, puisqu'il demeure possible de comparer la reproduction au document source. Par ailleurs, la destruction du document source dépend du respect des exigences prévues à l'art. 20 LCCJTI (*infra*, section 2.3.5).

les transferts de l'information de substitution dans un contexte de conservation). La documentation doit permettre de démontrer que le document résultant du transfert comporte la même information que le document source et que son **intégrité** est assurée⁷¹. L'article 17 LCCJTI précise alors l'information minimale que doit contenir la documentation :

- (1) la mention du format d'origine du document dont l'information fait l'objet du transfert (ex. PDF, DOCX, DOC)⁷² ;
- (2) la mention du procédé de transfert utilisé ;
- (3) les garanties que le procédé de transfert utilisé est censé offrir, selon les indications fournies avec le produit, quant à la préservation de l'intégrité, tant du document devant être transféré, s'il n'est pas détruit, que du document résultant du transfert⁷³.

Le législateur mentionne que la documentation peut être jointe, directement ou par référence, soit au document résultant du transfert, soit à ses éléments structurants ou à son support. Elle doit de plus être conservée durant tout le cycle de vie du document résultant du transfert⁷⁴. Le législateur ne mentionne donc pas la forme exacte que devrait prendre la documentation. Ainsi, celle-ci pourrait être un dossier fonctionnel, une procédure générale, un formulaire⁷⁵, des métadonnées jointes au document

71. Lorsqu'un transfert de l'information est documenté, même si le document source est détruit, aucune règle de preuve ne peut être invoquée contre l'admissibilité en preuve d'un tel document pour le seul motif qu'il n'est pas dans sa forme originale, LCCJTI, art. 18.

72. Notamment dans le cadre d'une banque de données pour laquelle les documents n'ont pas d'extension de fichier, il serait possible d'interpréter la notion de format largement, permettant ainsi de référer à l'environnement technologique de la banque de données. Par exemple, le format d'origine d'une boîte courriel pourrait être le logiciel utilisé, en mentionnant la version et la date de celui-ci.

73. Il s'agit ici de présenter les produits utilisés lors de l'opération de reproduction et de conserver la documentation relative à ceux-ci (ex. : guide d'utilisation).

74. LCCJTI, art. 17, al. 4.

75. Bien qu'ils puissent nécessiter certaines adaptations, selon le contexte, des formulaires sont disponibles sur *LCCJTI.ca*, « Formulaire de documentation », en ligne : <<https://www.lccjti.ca/definitions/formulaire-de-documentation/>>. Notamment, ceux-ci semblent créés pour réaliser une documentation à la pièce. Or, on pourrait imaginer une documentation unique pour une opération générale de reproduction.

ou à ses éléments structurants⁷⁶, une norme ISO, un standard du National Institute of Standards and Technology (NIST) ou du Conseil canadien des normes (CCN)⁷⁷ ou même une combinaison de ceux-ci, tant qu'elle comporte les éléments minimaux énoncés à l'article 17 LCCJTI⁷⁸.

Cela dit, selon le contexte et le degré de sécurité recherché, la documentation pourrait être plus exhaustive et comprendre certains renseignements additionnels tels :

- le nom de la personne qui est responsable du transfert de l'information ou qui l'a effectué ;
- la date (ou la période) à laquelle a lieu le transfert de l'information ;
- le lieu du transfert de l'information ;
- le format vers lequel le document est reproduit ;
- le contrôle de qualité et de quantité effectué, et ce, autant à l'échelle du document que de l'ensemble qui fait l'objet du transfert, le cas échéant⁷⁹ ;
- tout autre renseignement qui permet de démontrer que le document résultant du transfert comporte la même information que le document source, et que son intégrité est assurée.

76. Jean-François DE RICO et Dominic JAAR, « Le cadre juridique des technologies de l'information », dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, vol. 298, *Développements récents en droit criminel 2008*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2008, p. 19 ; Dominic JAAR, « La valeur juridique du document numérisé », *Journal Entracte*, vol. 22, n° 1, février 2013, p. 5.

77. Ex. : CONSEIL CANADIEN DES NORMES (CCN), « Electronic records as documentary evidence – CAN/CGSB-72.34-2017 », en ligne : <<https://www.scc.ca/en/standardsdb/standards/28933>>.

78. François SÉNÉCAL et Gilles DE SAINT-EXUPÉRY, « Chronique – Démontrer l'authenticité des documents électroniques », dans *Repères*, octobre 2013, *La référence*, EYB2013REP1433 ; LCCJTI.ca, « Documentation », en ligne : <<https://www.lccjti.ca/definitions/documentation/#ancre2>>.

79. La documentation pourrait par exemple prévoir, rapport à l'appui, un contrôle du nombre ou de la taille des documents. Également, il serait possible d'y inscrire un contrôle de leur lisibilité à l'aide d'un échantillonnage.

Lorsque la **copie** d'un document doit être certifiée, notamment afin qu'un écrit puisse tenir lieu du document source en droit civil⁸⁰, cette exigence peut être satisfaite à l'égard d'un document technologique au moyen d'un procédé de comparaison qui permet de reconnaître que l'information de la copie est identique à celle du document source⁸¹. Au besoin, la copie certifiée peut également être appuyée d'une déclaration de la personne responsable de la reproduction ou qui l'a effectuée⁸².

2.3.3 Consultation

Selon la LCCJTI, lorsqu'il existe un droit d'accès à un document, ce dernier doit être intelligible, soit directement, soit en faisant appel aux technologies de l'information⁸³. Ainsi, si les données d'un individu sont hébergées sur les serveurs d'une organisation, qui eux-mêmes sont hébergés dans le nuage d'un prestataire de services dont les activités sont compromises, par exemple en raison d'une cyberattaque, le droit d'accès de l'individu sur ses données s'avérera difficile à exercer⁸⁴. Ainsi, selon la LCCJTI, la **disponibilité** s'étend à tout matériel ou logiciel qui permet de rendre lisible et accessible un document technologique aux

80. Art. 2841, al. 2 et 2860, al. 3 C.c.Q. Dans le cas d'un document en la possession de l'État, la certification est faite par une personne en autorité ou responsable de la conservation du document (art. 2841, al. 3 C.c.Q.). Il pourrait être suffisant d'identifier, dans une politique de reproduction, la personne en charge d'effectuer cette certification, voir *LCCJTI.ca*, « copie », en ligne : <<http://lccjti.ca/definition/copie/>>.

81. LCCJTI, art. 16. Ainsi, un logiciel de comparaison pourrait être utilisé dans le processus de certification d'un document technologique. Également, une déclaration écrite d'une personne en autorité pourrait être utilisée *a posteriori*, voir *Laboratoires ITR Canada inc. et Motallebi*, 2021 QCTAT 1590, par. 9 – à l'égard d'un *élément matériel* de preuve.

82. Selon l'art. 2842 C.c.Q., la copie certifiée d'un écrit est appuyée, au besoin, d'une déclaration établissant les circonstances et la date de la reproduction, le fait que la copie porte la même information que le document reproduit et l'indication des moyens utilisés pour assurer l'intégrité de la copie. Cette déclaration est faite par la personne responsable de la reproduction ou qui l'a effectuée.

83. LCCJTI, art. 23, al. 1.

84. Nicolas VERMEYS *et al.*, « Étude relative à l'incidence des technologies de l'information et des communications sur la gestion de l'information dans l'administration judiciaire québécoise », étude présentée au ministère de la Justice du Québec, 2017, p. 72, en ligne : <https://www.justice.gouv.qc.ca/fileadmin/user_upload/contenu/documents/Fr_francais/centredoc/rapports/ministere/Etude_janvier_2017_Transformation_Justice.pdf>.

personnes qui y ont droit d'accès, que ce soit selon une demande d'accès à l'information⁸⁵ ou autrement.

Sur le plan de la **confidentialité**, la LCCJTI énonce que la personne responsable de l'accès à un document technologique qui porte un renseignement confidentiel doit prendre les mesures de sécurité propres à en assurer la confidentialité, notamment par un contrôle d'accès effectué au moyen d'un procédé de visibilité réduite ou d'un procédé qui empêche une personne non autorisée de prendre connaissance du renseignement ou, selon le cas, d'avoir accès autrement au document ou aux composantes qui permettent d'y accéder⁸⁶. Par exemple, le système doit être développé et configuré de manière à ne pas permettre l'accès aux renseignements confidentiels aux personnes qui ne sont pas autorisées⁸⁷.

Par ailleurs, toujours selon la LCCJTI, lorsqu'un document technologique porte des renseignements personnels et qu'il est **rendu public** pour une finalité particulière, l'utilisation de fonctions de recherche extensive dans ce document doit être restreinte à cette finalité. Pour ce faire, la personne responsable de l'accès à ce document doit voir à ce que soient mis en place les moyens technologiques appropriés⁸⁸. Ainsi, les critères de recherche dans les registres publics qui contiennent des renseignements personnels devraient être restreints à ce qui est strictement nécessaire pour réaliser leur finalité, puis des conditions d'utilisation devraient expressément interdire la réutilisation et la reproduction des données issues de ces registres par des tiers⁸⁹. Par ailleurs,

85. Ex. : LAI, art. 9 et s. et son équivalent dans la *Loi sur le secteur privé*, art. 27 et s.

86. LCCJTI, art. 25.

87. *Chambre de l'assurance de dommages c. Kotliaroff*, 2008 QCCDCHAD 19078, par. 33 et 34 : « Dans le présent dossier, l'intimé, en hébergeant, sur son propre site internet, les liens informatiques, code d'utilisateur et mot de passe de son frère (chef no. 1), sans protéger adéquatement l'accès à ceux-ci, n'a pas, de toute évidence, respecter les obligations qui lui étaient imposées par l'article 25 de la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information* [...]. Il est probable que le recours au service d'une entreprise spécialisée dans la création de site web aurait permis à l'intimé d'éviter le bris de confidentialité qui lui est, aujourd'hui, reproché dans la présente plainte. »

88. LCCJTI, art. 24.

89. À titre informatif, les conditions d'utilisation du Registre des entreprises du Québec (REQ) ont fait l'objet de deux décisions en lien avec l'art. 24 LCCJTI, *Opencorporates Ltd. c. Registraire des entreprises du Québec*, 2019 QCCS 3801 ; *Société Radio-Canada c. Registraire des entreprises*, 2019 QCCS 514. Consulter Soleïca MONNIER et Simon DU PERRON, « Chronique du CTI – Banques de données publiques : la LCCJTI ne vous protège pas contre le web scraping », *BlogueduCRL*.

des fichiers contenant des renseignements personnels et rendus publics pour une finalité particulière, par exemple en raison du principe de la publicité des débats judiciaires⁹⁰, ne devraient pas être indexés sur des moteurs de recherche.

2.3.4 *Transmission*⁹¹

En vertu de la LCCJTI, sauf exception⁹², un document peut être transmis, envoyé ou expédié par tout mode de transmission approprié à son support⁹³. Ainsi, le mode de transmission dépend d'abord du support ou de la technologie du document. Lorsqu'il s'agit d'un document technologique, cependant, le mode de transmission doit permettre de préserver l'intégrité tant du document transmis que de celui reçu⁹⁴. De plus, lorsque la loi déclare confidentiels des renseignements que comporte le document, la confidentialité de ceux-ci doit être protégée par un moyen approprié au mode de transmission⁹⁵.

Tous les modes de transmission n'offrent pas la même fiabilité en matière d'intégrité et de confidentialité⁹⁶. Il importe donc de réaliser une analyse au cas par cas afin de déterminer le mode de transmission le plus approprié dans les circonstances. À cet égard, il existe des mesures de sécurité qui pourraient être mises

com, 12 novembre 2019, en ligne : <<http://www.blogueducrl.com/2019/11/chronique-du-cti-banques-de-donnees/>> ; voir aussi *Loi visant principalement à améliorer la transparence des entreprises*, projet de loi n° 78 (sanction – 8 juin 2021), 1^{re} sess., 42^e légis. qui a vraisemblablement étendu les possibilités de recherche au REQ en réponse à ces décisions.

90. *Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ, c. C-12, art. 23 ; A.T. c. *Globe-24h.com*, 2017 CF 114.

91. Pour approfondir ce sujet, consulter Patrick GINGRAS et Jean-François DE RICO, « La transmission des documents technologiques », dans *XX^e Conférence des juristes de l'État 2013 – XX^e Conférence*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2013, p. 694, à la p. 409.

92. LCCJTI, art. 28, al. 1 : « Un document peut être transmis, envoyé ou expédié par tout mode de transmission approprié à son support, à moins que la loi n'exige l'emploi exclusif d'un mode spécifique de transmission » (nos soulignements). Il faut donc vérifier le cadre juridique spécifique applicable.

93. LCCJTI, art. 28. À titre illustratif, l'utilisation d'une adresse de courriel *hotmail* et d'un logiciel en version bêta, non encore complété, n'ont pas été considérés comme constituant un moyen fiable pour la transmission de documents dans *Matalani c. Khouzam*, 2012 QCCS 6389, par. 86.

94. LCCJTI, art. 6 et 30.

95. LCCJTI, art. 34.

96. LCCJTI, art. 30 et 34.

en place, selon le niveau de sécurité souhaité. Celles-ci peuvent être ajoutées au mode de transmission sélectionné ou en faire partie intégrante.

Par exemple, il pourrait s'agir de mettre en place une authentification multifactorielle des boîtes de courriels, d'utiliser une solution de chiffrement du canal de transmission (ex. : canal SSL ou TLS) ou encore de protéger la ou les pièces jointes des courriels confidentiels à l'aide d'un mot de passe. Également, dans le cadre du développement d'une PES, il serait possible de prévoir un espace de dépôt de documents sécurisé, jumelé à un système de transmission d'avis de disponibilité desdits documents par courriel.

Par ailleurs, le choix d'un mode de transmission et des mesures de sécurité qui l'accompagnent, le cas échéant, dépend aussi du niveau de preuve jugé nécessaire ou requis par l'expéditeur quant à l'**existence** et, le cas échéant, au **moment**⁹⁷ de la transmission ou de la réception du document qu'il expédie. Il faut donc se poser les questions suivantes : est-ce que l'obligation de transmission nécessite une simple preuve de la transmission ou est-ce qu'une preuve de la réception par le destinataire est plutôt exigée ? Est-ce que l'obligation implique une preuve du moment de la transmission ou encore de la réception ?

En matière de transmission, le choix des mesures de sécurité doit donc être fait dans le contexte d'une gestion de risques, en considérant notamment les facteurs suivants :

- capacité du mode de transmission d'assurer l'**intégrité** du document transmis et reçu ;
- mesures de protection appropriées au mode de transmission afin de protéger la **confidentialité** des renseignements que contient le document, le cas échéant ;

97. LCCJTI, art. 31, al. 3 : « Lorsque le moment de l'envoi ou de la réception du document doit être établi, il peut l'être par un bordereau d'envoi ou un accusé de réception ou par la production des renseignements conservés avec le document lorsqu'ils garantissent les date, heure, minute, seconde de l'envoi ou de la réception et l'indication de sa provenance et sa destination ou par un autre moyen convenu qui présente de telles garanties. »

- niveau de preuve jugé nécessaire ou requis par l'expéditeur quant à l'**existence** et, le cas échéant, au **moment** de la transmission ou de la réception du document.

Par exemple, à première vue, le courriel ordinaire peut sembler un mode de transmission peu adapté pour la transmission de rapports comportant des renseignements personnels sensibles sur la santé d'individus, renseignements qui impliquent généralement un degré de protection plus élevé que de simples renseignements confidentiels⁹⁸.

Similairement au transfert de l'information, la LCCJTI exige qu'une **documentation** expliquant le mode de transmission ainsi que sa capacité à préserver l'intégrité du document et, s'il y a lieu, les moyens pris pour assurer la confidentialité du document transmis soit disponible pour une production en preuve, au besoin⁹⁹. La loi n'énonce pas la forme que doit prendre cette documentation.

2.3.5 *Conservation, archivage et destruction*

Selon l'article 19 LCCJTI, toute personne doit, pendant la période où elle est tenue de conserver un document¹⁰⁰, assurer le maintien de son **intégrité** et voir à la **disponibilité** du matériel qui permet de le rendre accessible et intelligible et de l'utiliser aux fins auxquelles il est destiné. Par exemple, il faut s'assurer de la disponibilité du logiciel ou de tout appareil nécessaire à la lecture du document¹⁰¹. Une bonne pratique consisterait donc à choisir,

98. « En général, les systèmes de courriel Web fréquemment utilisés dans le domaine public n'ont pas le niveau de sécurité adéquat pour assurer une transmission sécurisée des informations sensibles. Même au sein d'un réseau interne sécurisé, en fonction du système utilisé, il peut s'avérer nécessaire d'installer des fonctionnalités de sécurité supplémentaires pour protéger le serveur ainsi que tous les périphériques qui sont connectés au réseau, y compris les ordinateurs de bureau, les ordinateurs portables, les téléphones intelligents, etc. », SOCIÉTÉ DE PROTECTION DES INFIRMIÈRES ET INFIRMIERS DU CANADA, *Info droit Québec*, « L'usage du courriel dans la pratique infirmière », 2014, en ligne : <<https://spiic.ca/article/risques-juridiques-lies-a-lutilisation-du-courrier-electronique-premiere-partie-preoccupations-relatives-a-la-protection-des-renseignements-personnels/>>.

99. LCCJTI, art. 30 et 34.

100. Pour les organismes publics, cette période est déterminée par le calendrier de conservation applicable selon la *Loi sur les archives* (RLRQ, c. A-2.1).

101. LCCJTI, art. 19 ; SECRÉTARIAT DU CONSEIL DU TRÉSOR, *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information annotée*, art. 19, en ligne : <<https://www.tresor.gouv.qc.ca/ressources-informatiionnelles/cadre-normatif-de-gestion->

dès la conception, des technologies fiables dont la pérennité est contrôlée (ex. PDF/A, par l'ISO)¹⁰².

Par ailleurs, selon l'article 20 LCCJTI, les documents dont la loi exige la conservation et qui ont fait l'objet d'un transfert peuvent être **détruits et remplacés** par les documents résultant du transfert. Toutefois, avant de procéder à la destruction, la personne qui en est chargée :

1. Prépare et tient à jour des règles préalables à la destruction des documents ayant fait l'objet d'un transfert, sauf dans le cas d'un particulier.
2. S'assure de la protection des renseignements confidentiels et personnels que peuvent comporter les documents devant être détruits.
3. S'assure, dans le cas des documents en la possession de l'État ou d'une personne morale de droit public, que la destruction est faite selon le calendrier de conservation établi conformément à la *Loi sur les archives* (chapitre A-21.1)¹⁰³.

L'article s'applique donc notamment lors de la conversion d'un document dans un autre format technologique à des fins de conservation, mais également pour le passage du papier vers le numérique, à titre de transferts de **remplacement**, aussi appelés numérisations de substitution, dans un contexte de conservation.

Lorsqu'une **modification** est apportée durant la période pendant laquelle un document doit être conservé, la personne qui

des-ressources-informationnelles/loi-concernant-le-cadre-juridique-des-technologies-de-l'information/loi-annotee-par-article/loi-annotee-par-article-article-19/> ; *Lefebvre Frères c. Giraldeau*, 2009 QCCS 404, par. 74 et s. Dans cette affaire, il avait fallu faire appel à plusieurs spécialistes pour être capable de lire l'information contenue dans des agendas électroniques datant de 1995 et utilisant le logiciel « Manage Pro ».

102. Le format PDF/A est régi par la norme ISO 19005, voir *pdfa.org*, « ISO 19005 (PDF/A) », en ligne : <<https://www.pdfa.org/resource/iso-19005-pdfa/>>. Au contraire, du code *open source* qui en serait à ses balbutiements serait à éviter.

103. Des normes ou standards internationaux pourraient aussi servir de guide pour la destruction. Ex. : NIST Special Publication 800-88 sur la *Media Sanitization*, en ligne : <<https://www.nist.gov/publications/nist-special-publication-800-88-revision-1-guidelines-media-sanitization>>.

a l'autorité pour faire la modification doit, pour préserver l'intégrité du document, noter les renseignements qui permettent de déterminer qui a fait la demande de modification, quand, par qui et pourquoi la modification a été faite (ex. : journalisation, historique des versions d'un document, journal d'audit). Cette **documentation** fait partie intégrante du document, même si elle se trouve sur un document distinct¹⁰⁴.

Notons qu'il est également possible de confier la garde de documents à une tierce partie pour qu'elle en assure la conservation et, incidemment, la sécurité (ex. : services en infonuagique)¹⁰⁵. Cela dit, selon l'article 26 LCCJTI, il faut impérativement informer ce tiers quant à la protection que requièrent les données ou le système ainsi confiés. Le prestataire de services sera alors tenu, durant la période où il a la garde du document, de voir à ce que les moyens technologiques convenus soient mis en place pour assurer la sécurité des documents conservés¹⁰⁶. À cette fin, la négociation (lorsque possible) et la rédaction de clauses contractuelles bien détaillées quant aux mesures de sécurité à mettre en place sont essentielles.

2.4 Lien entre une personne et un document

C'est souvent en établissant un lien entre une personne et un document, ou le lien entre un tel document et une association, une société ou l'État, qu'il devient possible d'attribuer les droits et responsabilités relativement à ce document¹⁰⁷. En effet, le lien entre une personne et un document permet d'établir sa provenance, second critère au cœur de la détermination de la valeur juridique

104. LCCJTI, art. 21.

105. À cet égard, la CAI a rendu disponible une page informative en 2015, « L'infonuagique (ou « cloud computing ») », 2015, en ligne : <https://www.cai.gouv.qc.ca/documents/CAI_FI_infonuagique.pdf>. Néanmoins, l'encadrement juridique de l'infonuagique demeure en développement, c'est pourquoi il est impératif de bien se renseigner avant d'y recourir.

106. LCCJTI, art. 26, al. 2. Ces mesures sont notamment relatives à la disponibilité, à l'intégrité et à la confidentialité des données.

107. SECRÉTARIAT DU CONSEIL DU TRÉSOR, *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information annotée*, art. 38, en ligne : <<https://www.tresor.gouv.qc.ca/ressources-informationnelles/cadre-normatif-de-gestion-des-ressources-informationnelles/loi-concernant-le-cadre-juridique-des-technologies-de-linformation/loi-annotee-par-article/loi-annotee-par-article-article-38/>>.

d'un document à être admis en preuve devant un tribunal, aux côtés de l'intégrité.

Or, pour permettre l'établissement d'un lien entre une personne et un document technologique, l'article 38 LCCJTI prévoit les objectifs à atteindre, tout en laissant le choix quant aux procédés à employer pour les remplir¹⁰⁸. Ainsi, la signature est *l'un* des procédés qu'il est possible d'utiliser pour établir le lien entre une personne et un document technologique, parmi d'autres (ex. : témoignage judiciaire, mécanisme d'authentification, système de reconnaissance faciale)¹⁰⁹.

Sauf exception¹¹⁰, peu importe le support ou le procédé utilisé, une **signature** est **valide** dès qu'elle est conforme à la définition de l'article 2827 C.c.Q. : « La signature consiste dans l'apposition qu'une personne fait à un acte de son nom ou d'une marque qui lui est personnelle et qu'elle utilise de façon courante, pour manifester son consentement¹¹¹. » Il découle de la lecture de cette disposition

108. LCCJTI, art. 38 : « Le lien entre une personne et un document technologique, ou le lien entre un tel document et une association, une société ou l'État, peut être établi par tout procédé ou par une combinaison de moyens dans la mesure où ceux-ci permettent :

1° de confirmer l'identité de la personne qui effectue la communication ou l'identification de l'association, de la société ou de l'État et, le cas échéant, de sa localisation, ainsi que la confirmation de leur lien avec le document ;

2° d'identifier le document et, au besoin, sa provenance et sa destination à un moment déterminé » (nos soulignements). Voir aussi les articles 40 et s. LCCJTI pour les exigences relatives à différents procédés (ex. : biométrie, certification).

109. Préc., note 59. LCCJTI, art. 39, al. 1 : « Quel que soit le support du document, la signature d'une personne peut servir à l'établissement d'un lien entre elle et un document » (nos soulignements). Voir aussi, art. 1, par 4° LCCJTI : « le lien entre une personne, une association, une société ou l'État et un document technologique, par tout moyen qui permet de les relier, dont la signature, ou qui permet de les identifier et, au besoin, de les localiser, dont la certification » (nos soulignements).

110. Une disposition peut exiger un procédé de signature ou encore un support pour un document nécessitant une signature. *Règlement sur le registre des droits personnels et réels mobiliers*, RLRQ, c. CCQ, r. 8, art. 23.6 : « Une réquisition d'inscription sur support électronique doit être signée, au moyen du procédé de signature numérique, par le titulaire de la bclé utilisée pour effectuer la transmission électronique des données au bureau de la publicité des droits » ; *Loi sur la protection du consommateur*, RLRQ, c. P-40.1, art. 25 « Le contrat doit être clairement et lisiblement rédigé au moins en double et, sauf s'il est conclu à distance, sur support papier » (nos soulignements). Voir aussi *Évaluateurs agréés (Ordre professionnel des)* c. Dion, 2021 QCCDEA 1, sur l'imposition d'une solution privée de signature numérique dans un contexte déontologique.

111. LCCJTI, art. 39, al. 1.

que les deux fonctions auxquelles doit satisfaire un procédé permettant d'apposer une signature à un document sont (1) d'identifier le signataire et (2) de manifester son consentement.

Par ailleurs, sur support technologique, pour être **opposable** à son auteur, c'est-à-dire produire pleinement ses effets envers les tiers et envers les parties à l'acte, il doit être possible de vérifier que le document (1) est demeuré intègre et (2) que le lien entre celui-ci et la signature a été maintenu, et ce, à partir du moment où il a été signé¹¹². À cet égard, rappelons que des mesures de sécurité pourraient être utilisées, selon le niveau de protection souhaité (ex. : sceau numérique, algorithme de hachage, conversion d'un document en format PDF).

Tous les procédés de signature n'ont pas le même niveau de **fiabilité** quant à la certitude sur l'identité de la personne qui signe et la manifestation réelle du consentement. L'analyse relative au choix du procédé doit donc s'effectuer au cas par cas en considérant notamment les circonstances, les habitudes, la confiance entre les parties, la nature du document à signer, l'environnement dans lequel il est créé et celui dans lequel il évolue. Le choix du procédé pour apposer une signature à un document doit donc être fait dans le contexte d'une gestion de risques. Autrement dit, lors du choix du procédé à utiliser, il s'agit de minimiser les risques de contestation juridique d'une signature tout en considérant d'autres paramètres circonstanciels importants.

Voici certains procédés de signature qui pourraient faire l'objet d'une analyse et même être combinés¹¹³ :

- **Signature tapuscrite ou dactylographiée**, c'est-à-dire tapée à l'aide d'une machine à écrire, y compris le clavier d'ordinateur. La jurisprudence semble l'admettre, à l'exception d'une décision à contre-courant¹¹⁴.

112. LCCJTI, art. 39, al. 2.

113. Par exemple, il serait possible de combiner un code spécifique et une signature tapuscrite, *Bolduc c. Montréal (Ville de)*, 2011 QCCA 1827.

114. *Tabet c. Equityfeed Corporation*, 2017 QCCS 3303, contraire à *Syndicat des Employées et Employés de la SOGEECOM / Alliance de la Fonction publique du Canada (AFPC) c. Société générale des Étudiantes et Étudiants du Collège Maisonneuve (SOGEECOM)*, 2013 QCCRT 184 et *Arpin c. Grenier*, 2004 CanLII 11259. Sur le commentaire de la décision *Tabet*, voir Antoine GUILMAIN et

- **Signature numérisée**¹¹⁵, soit une signature manuscrite qui fait l'objet d'une numérisation pour ensuite être apposée (copiée-collée) sur un document.
- **Manuscrite électronique (tactile)**, soit une signature apposée sur un support technologique de façon manuscrite, par exemple à l'aide d'un stylet, d'une souris ou d'une manipulation à l'écran.
- **Code spécifique** qui peut consister en l'inscription d'un identifiant et d'un mot de passe, ou encore d'un numéro de matricule¹¹⁶.
- **Signature numérique**¹¹⁷, soit un « [p]rocédé cryptographique par lequel un bloc de données généralement chiffrées à l'aide d'un algorithme à clé publique est joint à un document électronique afin d'identifier son expéditeur, d'assurer l'intégrité de ses données et de garantir leur non-répudiation »¹¹⁸.

2.5 Cas particulier du document préprogrammé

L'article 35 LCCJTI prévoit certaines exigences dans le cas où un document préprogrammé, c'est-à-dire sans l'intermédiaire d'une personne physique (ex. : formulaire électronique¹¹⁹, décision automatisée)¹²⁰, est mis à la disposition d'une personne. En

-
- François SÉNÉCAL, « Commentaire sur la décision *Tabet c. Equityfeed Corporation* – Signature électronique : deux pas en avant... trois pas en arrière ! », dans *Repères*, 2017, *La référence*, EYB2017REP2301.
115. Roussel c. Desjardins *Sécurité financière, compagnie d'assurance-vie*, 2012 QCCQ 3835.
116. Bolduc c. Montréal (Ville de), 2011 QCCA 1827.
117. Appelée « signature électronique sécurisée » dans la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques* (L.C. 2000, ch. 5).
118. OFFICE QUÉBÉCOIS DE LA LANGUE FRANÇAISE, « signature numérique », *Grand dictionnaire terminologique*, en ligne : <http://gdt.oqlf.gouv.qc.ca/ficheOqlf.aspx?Id_Fiche=8384641>.
119. SECRÉTARIAT DU CONSEIL DU TRÉSOR, *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information annotée*, art. 35, en ligne : <<https://www.tresor.gouv.qc.ca/ressources-informatiionnelles/cadre-normatif-de-gestion-des-ressources-informatiionnelles/loi-concernant-le-cadre-juridique-des-technologies-de-linformation/loi-annotee-par-article/loi-annotee-par-article-article-35/>>.
120. Bien qu'elle ne cite pas expressément l'art. 35 LCCJTI, la décision suivante peut être intéressante : *Michaud et Groupe Conseil Novo SST inc.*, 2016 QCTAT 3112, par. 13 et s. : « Dans cette perspective, est-il possible qu'un algorithme fasse perdre au plaignant le droit de s'adresser au Tribunal ? La réponse est non. Une erreur sur la date d'embauche provoquant un "rejet automatique" du formulaire n'équivaut pas à une absence de plainte, pas plus que cela équivaut au rejet de la plainte. Conclure autrement conduirait à un déni de justice. »

tel cas, le document préprogrammé doit être accompagné des instructions requises pour que la personne qui l'utilise soit en mesure d'aviser l'autre partie si une **erreur** est commise, ou bien qu'elle dispose des moyens pour prévenir ou corriger l'erreur, et ce dans les meilleurs délais.

Le système technologique doit également prévoir des instructions ou des moyens afin que la personne qui utilise le document soit en mesure d'éviter l'obtention d'un produit ou d'un service non désiré ou pour qu'elle soit en mesure de le rendre ou de le détruire.

Si de telles fonctionnalités ne sont pas disponibles, cela emporte l'inopposabilité de la communication – c'est-à-dire qu'elle n'aurait pas d'effet à l'encontre de l'organisation qui souhaiterait l'invoquer – ou l'annulation de la transaction¹²¹. Ainsi, dans le cadre d'une PES, il s'agirait minimalement d'insérer une section « Nous joindre » bien mise en évidence, ainsi que de maintenir à jour les coordonnées du service à la clientèle qui y sont inscrites.

CONCLUSION

Le portrait des principaux concepts et exigences découlant de la LCCJTI dressé, l'avocat qui souhaite développer ses compétences technologiques détient les outils de base pour s'aventurer dans le monde technologique.

Le présent texte n'a toutefois pas vocation à être exhaustif, à remplacer l'apprentissage autonome que l'avocat doit compléter ou encore à se substituer à un exercice de gestion des risques dûment complété. À ces égards, l'avocat détient, en plus de son obligation de compétence technologique désormais codifiée dans son code de déontologie, une exigence de 30 heures de formation continue¹²². Nous l'encourageons donc vivement à choisir dans sa formation continue des activités qui pourront l'amener à en découvrir davantage sur les technologies de l'information, mais également sur l'archivistique ou encore la sécurité de l'information, domaines intrinsèquement interreliés.

121. Préc., note 119.

122. *Règlement sur la formation continue obligatoire des avocats*, RLRQ, c. B-1, r. 12.1.

Les soumissions par voie électronique

Maryse CATELLIER BOULIANNE

Résumé

Le domaine des appels d'offres est hautement réglementé. Si l'option de procéder par voie électronique existe depuis longtemps, elle n'était pas, jusqu'à récemment, largement utilisée. Or, la pandémie de COVID-19 a catapulté ce domaine, comme bien d'autres, dans le monde virtuel. Le projet de loi 67 nouvellement adopté vient par ailleurs étendre aux villes, municipalités et sociétés de transport en commun certaines obligations en la matière qui existaient déjà pour d'autres types d'organismes publics.

Comme le sujet des soumissions électroniques fait encore l'objet de très peu de jurisprudence et de doctrine récente, le moment était opportun pour se pencher en profondeur sur ce mode de soumission, évaluer la manière dont il peut faciliter les choses, mais également jeter un regard sur les ambiguïtés qui demeurent. En effet, les obligations relatives à la vérification de l'intégrité demeurent encore bien peu concrètes pour bien des donneurs d'ouvrage. On peut également s'interroger sur l'égalité des soumissionnaires lorsque ceux-ci utilisent deux modes de soumission différents ainsi que sur la responsabilité du Système électronique d'appel d'offres (SEAO) en cas de problème.

Cet article se veut un plongeon dans le fin détail des diverses considérations pratiques qui font le quotidien tant des donneurs d'ouvrage que des soumissionnaires.

Les soumissions par voie électronique

Maryse CATELLIER BOULIANNE*

MISE EN CONTEXTE	37
CONSIDÉRATIONS PRATIQUES.....	38
Prévision de ce mode de soumission dans les documents d'appel d'offres	38
L'envoi par le SEAO.....	41
La plateforme SEAO	41
Processus concret pour le soumissionnaire.....	42
La réception des soumissions	45
L'heure de réception	45
Le lieu de réception	51
L'ouverture des soumissions	53
Vérification de l'intégrité	54
Le processus de remédiation	59
CONSIDÉRATIONS JURIDIQUES.....	62
Assurer l'égalité entre les soumissionnaires	62

* Avocate chez Morency, Société d'avocats S.E.N.C.R.L. depuis 2019.

La responsabilité du SEO.....	63
CONCLUSION.....	65

MISE EN CONTEXTE

L'actuelle pandémie de COVID-19 a forcé tout le monde à compter plus que jamais sur les outils technologiques. Cela a occasionné un virage technologique à vitesse grand V pour le système de justice. Il suffit de penser à l'instauration du greffe numérique ou au nombre grandissant d'auditions virtuelles.

Le domaine des appels d'offres publics n'a pas échappé à ce vent de nouveauté. En effet, les soumissions par voie électronique sont de plus en plus répandues et prendront vraisemblablement de l'importance dans l'avenir. Le projet de loi 67¹ nouvellement adopté prévoit d'ailleurs des modifications entre autres² à la *Loi sur les cités et villes*³ et au *Code municipal du Québec*⁴ relativement à ce type de soumission. Clarifions cependant qu'une telle possibilité existait déjà dans plusieurs lois et règlements. Les modifications législatives du projet de loi 67 viennent en éclaircir certaines modalités.

Ce type de pratique était somme toute assez limitée avant la pandémie de COVID-19, mais deviendra vraisemblablement monnaie courante à court et moyen terme. Il importe donc de s'interroger sur les aspects pratiques, mais aussi juridiques de ce mode de soumission, d'autant plus qu'il existe très peu de jurisprudence sur le sujet.

-
1. Le projet de loi 67 a été adopté et est donc maintenant la *Loi instaurant un nouveau régime d'aménagement dans les zones inondables des lacs et des cours d'eau, octroyant temporairement aux municipalités des pouvoirs visant à répondre à certains besoins et modifiant diverses dispositions*, L.Q. 2021, c. 7, adoptée le 24 mars 2021 et sanctionnée et entrée en vigueur le 25 mars, comme le prévoit l'article 136 du projet de loi. Cependant, pour faciliter la lecture, nous continuerons de la désigner sous le nom de « projet de loi 67 ».
 2. Le projet de loi prévoit aussi des modifications à la *Loi sur la Communauté métropolitaine de Montréal* (RLRQ, c. C-37.01), à la *Loi sur la Communauté métropolitaine de Québec* (RLRQ, c. C-37.02) et à la *Loi sur les sociétés de transport en commun* (RLRQ, c. S-30.01).
 3. RLRQ, c. C-19.
 4. RLRQ, c. C-27.1.

CONSIDÉRATIONS PRATIQUES

Les vertus de ce type de soumission sont claires en période de pandémie, mais encore faut-il comprendre l'impact concret de ce mode de soumission tant pour les donneurs d'ouvrage que pour les soumissionnaires.

Prévision de ce mode de soumission dans les documents d'appel d'offres

Les lois et les règlements actuels autorisent les donneurs d'ouvrage à prévoir dans leurs documents d'appel d'offres⁵ que les soumissions peuvent être transmises électroniquement. Un soumissionnaire ne pourrait donc pas, de sa propre initiative, envoyer électroniquement sa soumission sans que cette possibilité ait été prévue dans les documents d'appel d'offres. Cela est tout à fait logique et en ligne directe avec la jurisprudence dominante relativement aux modalités de réception des soumissions. En effet, rappelons que le dépôt d'une soumission conforme occasionne la formation du « contrat A » entre le donneur d'ouvrage et le soumissionnaire. Ce « contrat A » entraîne par la suite pour les parties l'obligation d'y donner suite en concluant le « contrat B » en cas d'acceptation de la soumission⁶. Le dépôt d'une soumission peut également entraîner l'irrévocabilité de son offre si c'est ce que prévoient les documents d'appel d'offres⁷. Le « contrat A » comporte

5. *Loi sur les cités et villes*, RLRQ, c. C-19, article 573.1.0.0.1, alinéa 2, *Code municipal du Québec*, RLRQ, c. C-27.1, article 936.0.0.1, alinéa 2, *Loi sur la Communauté métropolitaine de Montréal*, RLRQ, c. C-37.01, article 108.1.1, alinéa 2, *Loi sur la Communauté métropolitaine de Québec*, RLRQ, c. C-30.01, article 101.1.1, alinéa 2, *Loi sur les sociétés de transport en commun*, RLRQ, c. S-30.01, article 95.1.1, *Règlement sur certains contrats d'approvisionnement des organismes publics*, RLRQ, c. C-65.1, r. 2, article 4, alinéa 2, paragraphe 5.2, *Règlement sur certains contrats de services des organismes publics*, RLRQ, c. C-65.1, r. 4, article 4, alinéa 2, paragraphe 5.2, *Règlement sur certains contrats de construction des organismes publics*, RLRQ, c. C-65.1, r. 5, article 4, alinéa 2, paragraphe 5.2 et *Règlement sur certains contrats des organismes publics en matière de technologies de l'information*, RLRQ, c. C-65.1, r. 5.1, article 4, alinéa 2, paragraphe 9.

6. *La Reine (Ont.) c. Ron Engineering*, [1981] 1 RCS 111, p. 122-123. Voir également sur le sujet Pierre Giroux, « Le mécanisme d'appel d'offres : quelques réflexions à la suite des arrêts *M.J.B. Entreprises Ltd.* et *Martel Building Ltd.* », dans Barreau du Québec – Service de la formation continue, vol. 170, *Développements récents en droit de la construction 2002*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2002, en ligne : <<https://edoctrine.caij.qc.ca/developpements-recents/170/366305756>> (page consultée le 30 décembre 2020), p. 150.

7. *M.J.B. Entreprises Ltd. c. Construction de Défense (1951) Ltée*, [1999] 1 RCS 619, par. 17, alinéa 2.

également pour le donneur d'ouvrage l'obligation de n'accepter qu'une soumission conforme⁸.

La Cour suprême dans l'arrêt *Ron Engineering*⁹ compare le processus d'appel d'offres à un contrat d'enchère :

Quand une entreprise de construction répond à un appel d'offres, comme l'intimée l'a fait en l'espèce, elle le fait en présentant une soumission ou une enchère comme on l'appelle parfois. L'aspect important de l'enchère, en droit, est qu'elle devient immédiatement irrévocable si elle est présentée conformément aux conditions générales de l'appel d'offres et si ces conditions le prévoient.¹⁰

Comme « c'est le dossier d'appel d'offres qui régit les conditions du contrat A »¹¹, il nous semble que les modes d'envoi de soumissions constituent une partie intégrante des instructions aux soumissionnaires et donc un élément décisif¹² pour la formation du « contrat A ». Ainsi, une soumission déposée par voie électronique sans qu'une telle possibilité soit prévue aux documents d'appel d'offres reviendrait à une violation des conditions de l'offre dans un contrat d'enchère et empêcherait la formation du « contrat A » et donc subséquemment du « contrat B », qui en dépend.

L'envoi de soumission par voie électronique pourrait-il constituer une condition implicite au « contrat A » ? Nous ne le croyons pas. En effet, aucun des trois principes établis par la Cour suprême dans *Société hôtelière Canadien Pacifique Ltée c. Banque de Montréal*¹³ ne pourrait vraisemblablement permettre de considérer l'option de déposer une soumission par voie électronique comme étant une condition implicite au « contrat A ».

En effet, jusqu'à tout récemment les soumissions par voie électronique étaient une rareté, alors il serait hasardeux de

8. *M.J.B. Entreprises Ltd. c. Construction de Défense (1951) Ltée*, [1999] 1 RCS 619, par. 30.

9. *La Reine (Ont.) c. Ron Engineering*, [1981] 1 RCS 111.

10. *La Reine (Ont.) c. Ron Engineering*, [1981] 1 RCS 111, p. 122.

11. *M.J.B. Entreprises Ltd. c. Construction de Défense (1951) Ltée*, [1999] 1 RCS 619, par. 26, alinéa 2.

12. *M.J.B. Entreprises Ltd. c. Construction de Défense (1951) Ltée*, [1999] 1 RCS 619, par. 32, alinéa 2.

13. [1999] 1 RCS 619.

prétendre qu'un usage ou une coutume¹⁴ en ce sens existe. Cela pourrait bien évidemment venir à changer à l'avenir, mais pour l'heure, on peut affirmer que ce n'est pas le cas.

Le deuxième principe permettant de conclure à la présence d'une condition implicite, à savoir l'intention présumée des parties¹⁵, est tout aussi problématique. La Cour suprême définit cette intention présumée comme suit :

[L]e terme implicite dont l'introduction est nécessaire pour donner à un contrat de l'efficacité commerciale ou pour permettre de quelque autre manière de satisfaire au critère de « l'observateur objectif », terme dont les parties diraient, si on leur posait la question, qu'elles avaient évidemment tenu son inclusion pour acquise.¹⁶

Dans le contexte où le législateur a clairement prévu l'obligation pour le donneur d'ouvrage public d'indiquer aux documents d'appel d'offres la possibilité de recourir à une soumission par voie électronique si telle est son intention, les parties pourraient difficilement prétendre qu'elles tenaient cette condition pour acquise.

Enfin, le troisième principe établi par la Cour suprême concerne les particularités juridiques d'une catégorie précise de contrats¹⁷. Il apparaît évident que les appels d'offres publics, domaine hautement réglementé, s'accordent mal à « l'introduction de termes en tant qu'accessoires juridiques d'une catégorie ou d'un type particulier de contrats, dont la nature et la teneur doivent d'une manière générale être définies par déduction »¹⁸.

Ainsi, il est essentiel d'inclure aux documents d'appel d'offres la mention qu'il est possible pour les soumissionnaires de fournir une soumission par voie électronique.

14. Il s'agit du premier principe prévu à l'arrêt *Société hôtelière Canadien Pacifique Ltée c. Banque de Montréal*, [1999] 1 RCS 111, par. 51.

15. *Canadien Pacifique Ltée c. Banque de Montréal*, [1999] 1 RCS 111, par. 52.

16. *Canadien Pacifique Ltée c. Banque de Montréal*, [1999] 1 RCS 111, par. 52.

17. *Canadien Pacifique Ltée c. Banque de Montréal*, [1999] 1 RCS 111, par. 52 et *M.J.B. Entreprises Ltd. c. Construction de Défense (1951) Ltée*, [1999] 1 RCS 619, par. 27.

18. *Canadien Pacifique Ltée c. Banque de Montréal*, [1999] 1 RCS 111, par. 53.

L'envoi par le SEAO

La plateforme SEAO

Concrètement, toutes les lois et tous les règlements actuels qui font mention de ce type de soumission disposent qu'une soumission électronique doit se faire par l'entremise du système gouvernemental officiel, soit le Système électronique d'appel d'offres (le « SEAO »)¹⁹. Cela s'explique par la nécessité de maintenir confidentiels les prix jusqu'à l'ouverture des soumissions et par le fait que le système du SEAO est spécifiquement conçu pour les appels d'offres.

D'ailleurs, certains règlements prévoient que le non-respect d'une telle clause entraîne le rejet automatique de la soumission²⁰. Ce genre de clause est généralement interprété par la jurisprudence de manière stricte²¹, c'est-à-dire comme ne laissant pas de choix à l'organisme public²².

-
19. *Code municipal du Québec*, RLRQ, c. C-27.1, article 936.0.0.1, *Loi sur les cités et villes*, RLRQ, c. C-19, article 573.1.0.0.1, *Loi sur les sociétés de transport en commun*, RLRQ, c. S-30.01, article 95.1.1, *Loi sur la Communauté métropolitaine de Montréal*, RLRQ, c. C-37.01, article 108.1.1, *Loi sur la Communauté métropolitaine de Québec*, RLRQ, c. C-37.02, article 101.1.1, *Règlement sur certains contrats d'approvisionnement des organismes publics*, RLRQ c. C-65.1, r. 2, article 9.2, *Règlement sur certains contrats de services des organismes publics*, RLRQ, c. C-65.1, r. 4, article 9.2, *Règlement sur certains contrats de construction des organismes publics*, RLRQ, c. C-65.1, r. 5, article 9.2, *Règlement sur les contrats des organismes publics en matière de technologies de l'information*, RLRQ, c. C-65.1, r. 5.1, article 7, *Règlement sur les contrats du Protecteur du citoyen*, RLRQ, c. P-32, r. 2, article 23 et *Règlement sur les contrats du protecteur du citoyen*, RLRQ, c. P-32, r. 2, article 13 et 22.
 20. *Règlement sur certains contrats d'approvisionnement des organismes publics*, RLRQ, c. C-65.1, r. 2, article 7, paragraphe 4, *Règlement sur certains contrats de services des organismes publics*, RLRQ, c. C-65.1, r. 4, article 7, paragraphe 4, *Règlement sur certains contrats de construction des organismes publics*, RLRQ, c. C-65.1, r. 5, article 7, paragraphe 5, *Règlement sur les contrats des organismes publics en matière de technologies de l'information*, RLRQ, c. C-65.1, r. 5.1, article 8, paragraphe 4.
 21. La récente décision de la Cour d'appel *Entreprises QMD inc. c. Ville de Montréal*, 2021 QCCA 1775, pourrait venir changer la donne au sujet de l'interprétation des clauses de rejet automatique à l'avenir, mais nous sommes d'avis que cette décision doit être interprétée en tenant compte de son contexte factuel particulier.
 22. *Demix Construction, division de Holcim (Canada) inc. c. Québec (Procureur général)*, 2010 QCCA 1871, par. 14, 22, 23, 27, 34 et 38-39, *Énergère Consultants inc. c. Commission scolaire de Montréal*, 2011 QCCS 3259, par. 20-24, *Socomex Industriel inc. c. Québec (Procureur général) (Ministère des Transports)*, 2012 QCCS 6521, par. 28, 29 et 31, *SM Construction inc. c. Centre de la petite enfance Imagemo de l'Institut universitaire de gériatrie de Sherbrooke*, 2017 QCCS 3043,

Cette plateforme (le SEAO) appartient à CGI, qui l'opère pour le compte du gouvernement provincial, lequel doit veiller à son bon fonctionnement, en plus d'être juridiquement responsable de l'« approuver » à titre de moyen valide de déposer des soumissions²³. Le mot « approuver » est le terme employé dans les diverses dispositions législatives exigeant l'usage du SEAO et a été interprété par la jurisprudence comme signifiant « donner son accord »²⁴. Ainsi, le gouvernement n'aurait pas, théoriquement, à créer ni même à gérer le SEAO, mais il doit l'approuver. Cela contribue à assurer une légitimité aux processus d'envoi de soumissions par voie électronique.

Processus concret pour le soumissionnaire

Concrètement, le soumissionnaire qui souhaite soumissionner doit s'inscrire et se connecter sur le site du SEAO. Cela permet d'établir le lien entre le soumissionnaire et le document électronique (soumission) au sens de l'article 38 de la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*²⁵.

Le processus est le suivant²⁶ :

1. Le soumissionnaire doit retrouver l'appel d'offres et cliquer sur le bouton « déposer une soumission » ;
2. Le soumissionnaire est redirigé vers la page « soumissionner par voie électronique », où se trouvent des éléments d'information sur le fonctionnement du processus et sur les tarifs applicables. Il doit cliquer sur « continuer » ;

par. 29 et 35 (cité dans *Bertrand Ostoguy inc. c. Ville de Granby*, 2018 QCCS 17, par. 42-43), 9211-4560 *Québec inc. c. Procureure générale du Québec*, 2018 QCCS 588, par. 13-14, *Entreprises de construction Ventec inc. c. Ville de Montréal*, 2018 QCCS 4081, par. 20.

23. *Compagnie de recyclage de papier MD inc. c. MRC de Vaudreuil-Soulanges*, 2019 QCCS 4169, par. 245. Voir également l'article 11 de la *Loi sur les contrats des organismes publics*.

24. *Compagnie de recyclage de papier MD inc. c. MRC de Vaudreuil-Soulanges*, 2019 QCCS 4169, par. 245- 248.

25. RLRQ, c. C-1.1.

26. SEAO : Système électronique d'appel d'offres du gouvernement du Québec, « Déposer une soumission par voie électronique », en ligne : <https://www.seao.ca/Aide_fr/deposer_soumission_elect_2.html> (page consultée le 24 juillet 2021).

3. En cliquant sur « continuer », le soumissionnaire est redirigé vers le serveur sécurisé du SEAO, où il doit à nouveau s'identifier ;
4. Il est ensuite redirigé vers la page « déposer une soumission », où il peut soumettre ses documents. Il doit y téléverser sa soumission au moyen du bouton « parcourir » dans un seul document au format PDF de 75 Mo maximum ;
5. Le soumissionnaire doit sélectionner le mode de paiement des tarifs applicables ;
6. Une fois les documents soumis et les tarifs payés, le soumissionnaire doit cliquer sur le bouton « soumettre ».

Le système vérifie alors s'il y a des erreurs. S'il n'y en a pas, les documents sont chiffrés, transmis, sauvegardés et horodatés²⁷. La notion d'« erreur » ici fait vraisemblablement référence à un élément d'information obligatoire, mais manquant. On retrouve ce genre de mécanisme dans bon nombre de formulaires électroniques usuels. La notion de chiffrage du document sera abordée plus loin dans la section sur l'intégrité.

L'utilisateur est alors redirigé vers une page intitulée « confirmation de dépôt »²⁸. Comme expliqué plus loin, cette page pourra servir de preuve de réception.

Un tel système existe non seulement auprès du gouvernement provincial (SEAO), mais également auprès du gouvernement fédéral. En effet, ce dernier a mis en place un système de collecte de données (CCD) du système des services professionnels spécialisés (SSPC) en ligne du ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux (TPSGC). Le système fédéral a fait l'objet d'une décision du Tribunal du commerce extérieur en 2014, dont voici les passages pertinents :

27. SEAO : Système électronique d'appel d'offres du gouvernement du Québec, « Déposer une soumission par voie électronique », en ligne : <https://www.seao.ca/Aide_fr/deposer_soumission_elect_2.html> (page consultée le 24 juillet 2021).

28. SEAO : Système électronique d'appel d'offres du gouvernement du Québec, « Confirmer le dépôt », en ligne : <https://www.seao.ca/Aide_fr/confirmer_depot_soumission.html> (page consultée le 24 juillet 2021).

38. Les éléments de preuve versés au dossier indiquent que Valcom a accédé à la CCD pour saisir les renseignements exigés relativement à sa soumission en réponse à l'invitation à soumissionner pour les SPICT. Tel qu'indiqué ci-dessus, les parties ne contestent pas cet aspect. Cependant, aucun élément dont le Tribunal est saisi n'indique que Valcom a effectivement soumis le volet électronique de sa soumission via la CCD avant la clôture des soumissions. En effet, l'affirmation de Valcom selon laquelle elle a sélectionné l'option « Soumettre » dans la CCD n'est pas appuyée par les éléments de preuve versés au dossier.

[...]

42. TPSGC a également fait référence au guide de l'utilisateur dans deux de ses réponses à des questions posées par des fournisseurs potentiels au cours de la procédure de passation du marché public. Tel qu'indiqué ci-dessus, il incombait à chaque soumissionnaire de lire tous les documents liés à cette invitation à soumissionner et de s'assurer d'être conformes [sic] à l'ensemble des critères obligatoires, des attestations et des éléments requis pour que [sa] soumission soit valide, ce qui, de l'avis du Tribunal, comprenait le guide de l'utilisateur de la CCD.

43. À la lumière de ce qui précède, le Tribunal conclut non seulement que TPSGC avait mis en place des procédures pour confirmer (par écrit) la réception des soumissions transmises par voie électronique via la CCD, mais qu'il a également pris des mesures pour s'assurer que les fournisseurs potentiels soient bien informés de ces procédures de confirmation.

[...]

45. Par conséquent, le Tribunal ne peut que conclure que la soumission électronique de Valcom n'a pas été correctement transmise via la CCD avant la clôture des soumissions. Il est d'avis que Valcom savait ou aurait dû raisonnablement savoir qu'elle devait obtenir les trois types de confirmation de réception de la part de TPSGC suivant la transmission avec succès du volet électronique de sa soumission, étant donné que ces confirmations figuraient clairement dans les documents d'invitation à soumissionner et dans le guide de l'utilisateur de la CCD.

[...]

50. Par conséquent, le Tribunal conclut que Valcom n'a pas établi le fait qu'elle respectait les exigences obligatoires de l'invitation, à savoir l'exigence relative à la présentation de la soumission par voie électronique. En outre, le Tribunal conclut que Valcom n'a pas fait preuve de diligence raisonnable pour s'assurer que sa soumission complète avait été déposée conformément aux exigences obligatoires de l'invitation à soumissionner.²⁹

On constate donc que le tribunal a considéré que l'absence de confirmation du dépôt de sa soumission aurait dû alerter le soumissionnaire. Ainsi, le soumissionnaire ne doit pas se contenter d'appuyer sur « soumettre » ; il doit aussi s'assurer d'avoir la confirmation que l'opération s'est bien déroulée.

Notons également que le SEAO met à la disposition des utilisateurs une procédure de pratique afin que ceux-ci puissent se familiariser avec le système³⁰. Il importe de ne pas confondre le système de pratique avec la véritable plateforme de soumission.

La réception des soumissions

La réception des soumissions peut sembler simple comme notion. Or, la jurisprudence a fait ressortir certaines complexités.

L'heure de réception

Traditionnellement, les soumissionnaires se présentent aux bureaux du donneur d'ouvrage un peu avant la date et l'heure limites ou y envoient leurs soumissions par la poste. À l'expiration de l'heure de réception, les soumissions sont ouvertes en public, et les noms et prix des soumissionnaires sont révélés.

Lors de leur réception aux bureaux du donneur d'ouvrage, les soumissions sont généralement horodatées par la personne chargée de la réception, que ce soit à la main ou au moyen d'une machine. Or, cette marque que nous appellerons « horodatage » a déjà fait l'objet de litiges, comme dans la décision *Construction*

29. *Valcom Consulting Group Inc.*, 2014 CanLII 149533 (CA TCCE), par. 38, 42 à 46 et 50.

30. Le détail de cette procédure de pratique est disponible au SEAO : Système électronique d'appel d'offres du gouvernement du Québec, « Se pratiquer à déposer une soumission », en ligne : <https://www.seao.ca/Aide_fr/pratiquer_deposer_soumission.html> (page consultée le 19 février 2021).

DJL inc. c. Québec (Procureur général), où le tribunal était arrivé à la conclusion que l'horodatage importe moins que la maîtrise physique de la soumission :

[81] On dit d'abord que la réception de toute soumission doit se faire avant 15 heures le jeudi 10 juin 2004. Selon le Dictionnaire de droit québécois et canadien, la réception est l'« action ou fait de recevoir un objet, un document, une communication ». Or, comment déterminer le moment exact où la soumission du tiers fut reçue ? Rappelons d'abord que l'horodateur a imprimé 15:01 sur la soumission. Toutefois, l'heure indiquée par l'horodateur ne fait pas preuve absolue ni même prépondérante si l'ensemble des circonstances indique le contraire. Il ne s'agit que d'un moyen de contrôle parmi d'autres. Un fonctionnaire pourrait par exemple décider de jaser ou de prendre un café avant d'horodater la soumission. La réception n'en aurait pas moins été faite avant. Pour déterminer le moment où a eu lieu la réception de la soumission, il faut plutôt considérer l'heure où la remise au fonctionnaire pertinent a eu lieu. Or, la défense a prouvé, par le biais du témoignage dudit fonctionnaire, que la soumission avait été reçue entre 15:00 et avant 15:01, comme indiqué par l'horodateur sur l'enveloppe la contenant.³¹ (Soulignements dans le texte original)

La potentielle distance temporelle entre la réception juridique et sa preuve au moyen de l'horodatage peut être source de litige, comme c'était le cas dans l'extrait précédent.

Or, l'un des grands avantages d'utiliser la soumission par voie électronique est justement d'éliminer cette distance temporelle puisque les ordinateurs sont précis à la seconde près. En effet, l'article 31 de la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*³² prévoit ce qui suit :

Un document technologique est présumé transmis, envoyé ou expédié lorsque le geste qui marque le début de son parcours vers l'adresse active du destinataire est accompli par l'expéditeur ou sur son ordre et que ce parcours ne peut être contremandé ou, s'il peut l'être, n'a pas été contremandé par lui ou sur son ordre.

Le document technologique est présumé reçu ou remis lorsqu'il devient accessible à l'adresse que le destinataire indique à quelqu'un être l'emplacement où il accepte de recevoir de lui un document

31. *Construction DJL inc. c. Québec (Procureur général)*, 2006 QCCS 5290, par. 81.

32. RLRQ, c. C-1.1.1.

ou celle qu'il représente publiquement être un emplacement où il accepte de recevoir les documents qui lui sont destinés, dans la mesure où cette adresse est active au moment de l'envoi. Le document reçu est présumé intelligible, à moins d'un avis contraire envoyé à l'expéditeur dès l'ouverture du document.

Lorsque le moment de l'envoi ou de la réception du document doit être établi, il peut l'être par un bordereau d'envoi ou un accusé de réception ou par la production des renseignements conservés avec le document lorsqu'ils garantissent les date, heure, minute, seconde de l'envoi ou de la réception et l'indication de sa provenance et sa destination ou par un autre moyen convenu qui présente de telles garanties.

Le second paragraphe mentionne que « le document technologique est présumé reçu ou remis lorsqu'il devient accessible à l'adresse que le destinataire indique à quelqu'un être l'emplacement où il accepte de recevoir de lui un document ». Dans le contexte d'une soumission par voie électronique, il semble évident que cette « adresse » doit être interprétée comme étant la localisation des serveurs du SEAO puisque c'est, entre autres, à cet endroit que le donneur d'ouvrage indique accepter la réception des soumissions. Nous examinerons la notion de lieu de réception plus en détail dans la section suivante.

La page intitulée « confirmation de dépôt »³³ générée automatiquement par le SEAO peut servir de preuve de transmission et remplir la fonction d'horodatage. En effet, à partir du moment où cette page est générée par le système, l'information est sauvegardée sur les serveurs du SEAO³⁴. Cependant, le système informatique du SEAO ne rend accessibles les soumissions au donneur d'ouvrage que « lorsque la date et l'heure limite de réception des offres seront atteintes »³⁵. Ainsi, ce n'est qu'à ce moment que le donneur d'ouvrage aura réellement accès au contenu de la soumission.

33. SEAO : Système électronique d'appel d'offres du gouvernement du Québec, « Confirmer le dépôt », en ligne : <https://www.seao.ca/Aide_fr/confirmer_depot_soumission.html> (page consultée le 24 juillet 2021).

34. SEAO : Système électronique d'appel d'offres du gouvernement du Québec, « Déposer une soumission par voie électronique », en ligne : <https://www.seao.ca/Aide_fr/deposer_soumission_elect_2.html> (page consultée le 24 juillet 2021).

35. SEAO : Système électronique d'appel d'offres du gouvernement du Québec, « Déposer une soumission par voie électronique », en ligne : <https://www.seao.ca/Aide_fr/deposer_soumission_elect_2.html> (page consultée le 24 juillet 2021).

Tout ce système peut grandement faciliter le suivi des soumissions, tant pour les soumissionnaires que pour les donneurs d'ouvrage. Évidemment, encore faut-il que l'ordinateur en question soit bien ajusté.

Sur son site Web, le SEAO indique que « [l]a date et l'heure du dépôt du document provient [*sic*] d'un service d'horodatage qui est synchronisé régulièrement avec une horloge officielle de confiance reconnue mondialement »³⁶. Quelle est cette horloge officielle ? Selon les informations fournies par le SEAO, le système d'horodatage provient d'une source tierce, soit l'entreprise américaine Digistamp³⁷, enregistrée au Texas.

Malgré la respectabilité de cette entreprise, ce choix peut sembler étonnant quand on considère qu'au Canada, le Conseil national de recherches scientifique (CNRS) constitue la référence pour le calcul de l'heure UTC qui, selon la *Loi sur le temps légal*³⁸, doit servir de référence. L'horloge du CNRS doit donc servir d'heure de référence au Québec³⁹. Cette approche en matière de soumission a été confirmée par la jurisprudence⁴⁰. Considérant l'obligation légale pour les soumissionnaires et les donneurs d'ouvrage d'utiliser la plateforme SEAO pour les soumissions par voie électronique, il est évident que cette plateforme devrait être ajustée pour suivre l'heure de l'horloge du CNRS. Dans ce contexte, la décision du SEAO d'utiliser une plateforme privée américaine nous paraît étonnante.

Par ailleurs, la quasi-instantanéité des envois électroniques de la vie courante, comme les courriels, pourrait inciter plusieurs soumissionnaires à remettre l'envoi de leur soumission à la dernière minute, en croyant à tort que le tout ne prendra que quelques secondes. En effet, les soumissionnaires pourraient sous-estimer le temps requis pour remplir les formalités sur le site du SEAO, bien

36. SEAO : Système électronique d'appel d'offres du gouvernement du Québec, « Confirmer le dépôt d'une soumission », en ligne : <https://www.seao.ca/Aide_fr/confirmer_depot_soumission.html> (page consultée le 24 juillet 2021).

37. Le SEAO nous renvoie au site <<https://www.digistamp.com>> pour plus d'information.

38. RLRQ, c. T-5.1.

39. *Entreprises minières Globex Inc. c. Québec (Ministère des Ressources naturelles)*, 2003 CanLII 39957 (QC C.Q.), par. 15-16.

40. *Canada (Procureur général) c. Constructions Bé-con inc.*, 2013 QCCA 665, par. 10 et 38.

que l'interface des soumissionnaires sur le site du SEAO recommande de ne pas dépasser le délai minimal d'une heure avant la fermeture de l'avis pour transmettre la soumission⁴¹.

Or, une minute peut faire toute la différence. Dans l'extrait précédemment mentionné de la décision *Construction DJL inc. c. Québec (Procureur général)*, la soumission avait été reçue « entre 15:00 et avant 15:01 ». La Cour avait alors considéré la minute maximale indiquée aux documents d'appel d'offres comme permettant la réception des soumissions. Dans cette décision, la Cour constate que la jurisprudence canadienne est contradictoire à ce sujet.

En effet, dans la décision *Smith Bros c. B.C. Hydro and Power Authority*⁴², la Cour suprême de la Colombie-Britannique avait refusé de considérer comme conforme une soumission déposée dans la minute après l'heure de clôture en raison d'un mauvais ajustement de l'horodateur. Elle est arrivée à cette conclusion en raison de l'expression « *not later than 11:00* » utilisée par le donneur d'ouvrage dans les documents d'appel d'offres. Selon le juge, cette expression fait que l'heure réfère à un point précis dans le temps et non à une minute entière⁴³.

La Cour supérieure de l'Ontario a tranché en sens contraire dans l'affaire *Bradscot (M.C.L.) Ltd. c. Hamilton Wentworth Catholic School Board*⁴⁴. Dans ce dossier, les documents d'appel d'offres mentionnaient que les soumissionnaires avaient jusqu'« *at 1:00 p.m.* » pour déposer leurs soumissions. Le juge a considéré que l'heure mentionnée dans ce cas référerait à la minute entière et qu'une soumission n'était donc pas en retard avant que cette minute se soit écoulée. La décision a fait l'objet d'un appel et la Cour d'appel de l'Ontario a considéré que les deux interprétations

41. SEAO : Système électronique d'appel d'offres du gouvernement du Québec, « Déposer une soumission par voie électronique », en ligne : <https://www.seao.ca/Aide_fr/deposer_soumission_elect_2.html> (page consultée le 24 juillet 2021).

42. [1997] B.C.J. 463 (B.C.S.C.).

43. Cette approche consistant à considérer une heure comme référant à un moment précis dans le temps plutôt qu'à une minute est également utilisée par la Cour suprême (supérieure) du Yukon dans *Yukon (Department of Highways and Public works) v. P.S. Sidhu Trucking et al.*, 2013 YKSC 105, par. 15 (appel rejeté, car sans objet (« *moot* ») : *Yukon (Department of Highways and Public Works)*, 2015 YKCA 5.

44. [1998] O.J. 2308 (Ont. C.S.).

(celle de *Smith* et celle de *Bradscot*) étaient raisonnables⁴⁵. Considérant qu'il n'y avait pas d'erreur de droit, la Cour a refusé d'intervenir. La Cour mentionne également qu'elle ne considère pas qu'il soit nécessaire d'accorder une importante trop grande aux termes utilisés (« *at* », « *not later then* » et « *not until* »). Avec égards et en mentionnant que les tribunaux québécois ne sont pas tenus par la jurisprudence ontarienne, il nous semble que les termes utilisés sont fort importants. L'analyse de ceux-ci constitue une technique éprouvée d'interprétation des contrats en droit civil⁴⁶. Il importe donc d'analyser au cas par cas.

Dans *Construction DJL*, le juge Maurice Laramée constate que la jurisprudence américaine est de son côté beaucoup plus flexible sur l'heure de réception des soumissions⁴⁷. Le tribunal conclut que le ministère a agi de bonne foi en utilisant sa pratique habituelle qui consistait à considérer que la soumission reçue pendant l'entière minute correspondant à l'heure de soumission était dans les faits reçue à l'heure. Cette interprétation du tribunal s'appuie également sur les termes utilisés par le donneur d'ouvrage, à savoir « 15 h » et « à 15 h 00 », qui se rapprochent beaucoup du « *at 1:00 p.m.* » de l'affaire *Bradscot*⁴⁸. La Cour prend le soin de préciser que « [c]ette interprétation n'est peut-être pas la seule possible, mais il s'agit selon nous d'une interprétation raisonnable dans les circonstances »⁴⁹.

Le SEAO permet une réception précise à la seconde près, mais la recevabilité d'une soumission reçue littéralement « à la dernière minute » dépend fortement des termes utilisés dans les documents d'appel d'offres. Il s'agit donc d'une analyse au cas par cas. Ainsi, l'enjeu de l'heure de réception des soumissions qui affecte les appels d'offres depuis des décennies demeure entier malgré ce nouvel outil.

45. *Bradscot (M.C.L.) Ltd. c. Hamilton Wentworth Catholic School Board*, [1999] O.J. 69 (Ont. C.A.).

46. Voir à ce sujet François Gendron, « La méthode textuelle », dans *L'interprétation des contrats*, 2^e édition, Montréal, Wilson & Lafleur, 2016, en ligne : <<https://edoc.trine.caij.qc.ca/wilson-et-lafleur-livres/126/1661193105>> (page consultée le 3 mars 2020).

47. *Construction DJL inc. c. Québec (Procureur général)*, 2006 QCCS 5290, par. 75 et 78.

48. *Construction DJL inc. c. Québec (Procureur général)*, 2006 QCCS 5290, par. 90-94 et 118.

49. *Construction DJL inc. c. Québec (Procureur général)*, 2006 QCCS 5290, par. 111.

Le lieu de réception

Il importe ici de distinguer le « contrat A » du « contrat B ».

L'article 1387 du *Code civil du Québec*⁵⁰ prévoit qu'en matière contractuelle, le contrat se forme au moment et au lieu où l'offrant reçoit l'acceptation de l'offre. La jurisprudence a déjà tranché que le contrat issu de l'appel d'offres est formé à l'endroit où est reçue l'acceptation de la soumission⁵¹. Il s'agit normalement du siège du soumissionnaire. C'est le lieu de formation du « contrat B ».

Qu'en est-il du « contrat A » ? En effet, le « contrat A » se forme par le dépôt d'une soumission conforme, ce qui implique qu'elle soit reçue au lieu indiqué dans les documents d'appel d'offres. D'ailleurs, le non-respect du lieu de réception figure généralement parmi les clauses de rejet automatique des soumissions dans les documents d'appel d'offres⁵². L'auteur Vincent Karim résume bien cette mécanique juridique :

Dans certains domaines de contrats, notamment le contrat d'entreprise, le processus d'échanges de consentement débute par la préparation de documents d'appel d'offres qui seront mis à la disposition de tous les entrepreneurs intéressés. Ces documents d'appel d'offres représentent en général le contenu du contrat à intervenir plus tard entre les parties, car ils contiennent non seulement une description des travaux et des matériaux à incorporer, mais bien souvent des spécifications portant sur les différentes méthodes et délais d'exécution. Lorsqu'un entrepreneur intéressé accepte de participer à l'appel d'offres, il propose une soumission qui sera déposée à l'endroit désigné dans les documents de l'appel d'offres. Une telle soumission constitue une acceptation de ce qui se retrouve dans les documents d'appel d'offres qui, en fait, représente une offre de contracter. En l'absence d'une spécification dans les documents d'appel d'offres quant au lieu de la conclusion du contrat, ce lieu devra être déterminé par l'application de règle [*sic*] de l'article 1387 C.c.Q. ; il sera

50. RLRQ, c. CCQ-1991.

51. 8245681 *Canada inc. c. Bertone*, 2018 QCCQ 3897, par. 12, 9051-8598 *Québec inc. c. 3095-9571 Québec inc.*, 2018 QCCQ 4968, par. 12, *Glencore Canada Corporation c. Oslo Construction inc.*, 2018 QCCS 5534, par. 15-16 et *Pro-Sag Mécanique inc. c. HMI-Promec, s.e.n.c.*, 2011 QCCS 761, par. 38 (appel rejeté, 2011 QCCA 763).

52. Voir par exemple la décision *Entreprises Jacques Dufour inc. c. Québec (Procureure générale)*, 2010 QCCS 2506, par. 62.

donc l'endroit désigné dans les documents de l'appel d'offres pour le dépôt de la soumission.⁵³

Ainsi, le lieu de formation du « contrat A » est le lieu de réception des soumissions prévu dans les documents d'appel d'offres⁵⁴.

Traditionnellement, les soumissions sont reçues aux bureaux du donneur d'ouvrage sous forme d'enveloppe de papier. Il s'agit même là d'une condition essentielle dont le non-respect entraîne le rejet automatique de la soumission. Il est alors clair que la réception physique a lieu dans un endroit précis.

En ce qui concerne la réception d'une soumission électronique, celle-ci est dans les faits reçue au lieu où se trouvent les serveurs du SEAO. La jurisprudence a distingué le lieu de réception du lieu de prise de connaissance. La Cour d'appel énonçait ceci en 2012 : « Le lieu de réception de l'acceptation est un concept juridique ; il correspond à la résidence ou à l'établissement du récipiendaire, particulièrement lorsque c'est à cet endroit où l'expéditeur de l'acceptation pouvait raisonnablement croire qu'il l'acheminait, comme en l'espèce⁵⁵. »

La doctrine a déjà considéré que « le lieu de réception est présumé à l'établissement d'affaires de la personne offrant de contracter »⁵⁶. Nous sommes d'accord avec cette interprétation. Compte tenu de la jurisprudence de la Cour d'appel précédemment citée, il est clair que le destinataire est le donneur d'ouvrage. Par conséquent, bien que la réception de la soumission se fasse au lieu où se trouvent les serveurs du SEAO, le « contrat A » sera formé au lieu de réception indiqué aux documents d'appel d'offres, à savoir généralement le siège du donneur d'ouvrage.

53. Vincent Karim, *Les obligations*, vol. 1, 4^e édition, Montréal, Wilson & Lafleur, 2015, en ligne : <<https://edoctrine.caij.qc.ca/wilson-et-lafleur-livres/114>>, par. 697.

54. *Société immobilière du Québec c. Aranda Construction inc.*, 2011 QCCA 1617, par. 7.

55. *Clôtures spécialisées du Nord inc. c. Équipements JVC inc.*, 2012 QCCA 1644, par. 13.

56. Yan Perrault, « Le lieu de formation d'un contrat conclu par voie des technologies de l'information », dans *Affaires, commercial et corporatif*, Therien Couture, septembre 2019, en ligne : <<https://unik.caij.qc.ca/recherche#t=unik&sort=relevancy&m=detailed&unikid=PC-a120662>> (page consultée le 30 décembre 2020). Voir également Vincent Karim, *Les obligations*, vol. 1, 4^e édition, Montréal, Wilson & Lafleur, 2015, en ligne : <<https://edoctrine.caij.qc.ca/wilson-et-lafleur-livres/114>>, par. 689.

Certains documents d'appel d'offres utilisent déjà une formulation qui tient compte de cette ambiguïté, par exemple en prévoyant qu'une soumission doit être « chiffrée, transmise, horodatée et sauvegardée sur les serveurs du SEAO ». Ce type de formulation risque d'être de plus en plus commun à l'avenir.

L'ouverture des soumissions

Auparavant, la *Loi sur les cités et villes* prévoyait simplement que « les noms des soumissionnaires et leur prix respectif devaient être déclarés à haute voix lors de l'ouverture des soumissions »⁵⁷. Il en va de même pour plusieurs autres lois⁵⁸. Le projet de loi 67 vient modifier cette disposition en indiquant que doit être divulgué à haute voix « le nom des soumissionnaires, y compris, le cas échéant, le nom de ceux ayant transmis une soumission par voie électronique dont l'intégrité n'a pas été constatée, sous réserve d'une vérification ultérieure »⁵⁹. Cela signifie qu'en plus des habituelles obligations de vérification de conformité des soumissions, les donneurs d'ouvrage devront, dans le cas des soumissions transmises par voie électronique, vérifier leur intégrité.

Ces dispositions visent à appliquer aux villes, municipalités et sociétés de transport en commun une obligation qui s'applique déjà aux organismes publics visés par la *Loi sur les contrats des organismes publics*⁶⁰, puisque les règlements afférents à cette loi prévoient déjà des obligations similaires⁶¹. Aucune de ces dispositions

57. *Loi sur les cités et villes*, RLRQ, c. C-19, article 573, paragraphe 6.

58. *Code municipal du Québec*, RLRQ, c. C-27.1, article 935, *Loi sur la Communauté métropolitaine de Montréal*, RLRQ, c. C-37.01, article 108, *Loi sur la Communauté métropolitaine de Québec*, RLRQ, c. C-37.02, article 101 et *Loi sur les sociétés de transport en commun*, RLRQ, c. S-30.01, article 95.

59. Article 35 du projet de loi. Il en va de même pour le *Code municipal du Québec* (RLRQ, c. C-27.1) à l'article 44 du projet de loi, la *Loi sur la Communauté métropolitaine de Montréal* (RLRQ, c. C-37.01) à l'article 54 du projet de loi, la *Loi sur la Communauté métropolitaine de Québec* (RLRQ, c. C-37.02) à l'article 61 du projet de loi et la *Loi sur les sociétés de transport en commun* (RLRQ, c. S-30.01) à l'article 103 du projet de loi.

60. RLRQ, c. C-65.1.

61. *Règlement sur certains contrats d'approvisionnement des organismes publics*, RLRQ, c. C-65.1, r. 2, articles 10.1 et 11, *Règlement sur certains contrats de service des organismes publics*, RLRQ, c. C-65.1, r. 4, articles 10.1 et 11, *Règlement sur certains contrats de travaux de construction des organismes publics*, RLRQ, c. C-65.1, r. 2, articles 13.1 et 14 et *Règlement sur les contrats des organismes publics en matière de technologies de l'information*, RLRQ, c. C-65.1, r. 2, article 9. C'est le cas également du *Règlement sur les contrats du protecteur du citoyen*, RLRQ, c. P-32, r. 2, article 18 et 39.

réglementaires ne fait l'objet de jurisprudence sur le sujet. Nous n'avons donc que très peu d'indices sur la manière dont il faudra interpréter les nouvelles dispositions du projet de loi 67.

Vérification de l'intégrité

Le projet de loi 67 modifie notamment la *Loi sur les cités et villes*⁶² de manière à obliger les villes lors de l'ouverture des soumissions à « constater par l'entremise du système électronique d'appel d'offres que cette soumission est intègre »⁶³. La *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*⁶⁴ définit ainsi l'intégrité d'un document :

6. L'intégrité du document est assurée, lorsqu'il est possible de vérifier que l'information n'en est pas altérée et qu'elle est maintenue dans son intégralité, et que le support qui porte cette information lui procure la stabilité et la pérennité voulue.

L'intégrité du document doit être maintenue au cours de son cycle de vie, soit depuis sa création, en passant par son transfert, sa consultation et sa transmission, jusqu'à sa conservation, y compris son archivage ou sa destruction.

Dans l'appréciation de l'intégrité, il est tenu compte, notamment des mesures de sécurité prises pour protéger le document au cours de son cycle de vie.

Lors des débats parlementaires au sujet de l'adoption de cet article, le ministre avait fait mention que « la notion d'intégrité que nous y trouvons est essentiellement la notion d'intégrité que l'on reconnaît dans le support papier actuel [...] c'est la notion de vérifier que l'information n'a pas été altérée »⁶⁵. C'est tout à fait

62. RLRQ, c. C-19.

63. Article 36 du projet de loi. Il en va de même pour le *Code municipal du Québec* (RLRQ, c. C-27.1) à l'article 45 du projet de loi, la *Loi sur la Communauté métropolitaine de Montréal* (RLRQ, c. C-37.01) à l'article 55 du projet de loi, la *Loi sur la Communauté métropolitaine de Québec* (RLRQ, c. C-37.02) à l'article 62 du projet de loi et la *Loi sur les sociétés de transport en commun* (RLRQ, c. S-30.01) à l'article 104 du projet de loi.

64. RLRQ, c. C-1.1.

65. Assemblée nationale, *Journal des débats*, 36^e législature, 1^{re} session, 13 décembre 2020, vol. 36, n^o 101, en ligne : <<http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/commissions/CET-36-1/journal-debats/CET-001213.html#Page00002>> (page consultée le 30 décembre 2020).

logique. Il s'agit donc que vérifier que la soumission n'a pas été modifiée soit par le soumissionnaire lui-même, soit par un tiers.

La doctrine a considéré que l'intégrité d'un document dépend de deux choses, à savoir (1) la possibilité de vérifier que l'information portée n'est pas modifiée et est maintenue intégralement, et (2) la stabilité et la pérennité que procure le support⁶⁶.

En ce qui concerne le second paramètre, la même loi prévoit également, à son article 7, ceci :

7. Il n'y a pas lieu de prouver que le support du document ou que les procédés, systèmes ou technologies utilisés pour communiquer au moyen d'un document permettent d'assurer son intégrité, à moins que celui qui conteste l'admission du document n'établisse, par prépondérance de preuve, qu'il y a eu atteinte à l'intégrité du document.

Ainsi, la sûreté des procédés utilisés pour assurer l'intégrité de l'information n'a pas à être prouvée à moins qu'une partie qui conteste ces procédés n'établisse *prima facie* qu'il y a eu atteinte à l'intégrité. On peut en conclure que le SEAO permet *a priori* d'assurer l'intégrité des données. Comment ? Le SEAO mentionne qu'une fois soumis, les documents fournis par le soumissionnaire sont « chiffrés, transmis, horodatés et sauvegardés »⁶⁷. Examinons ces termes un à un.

Tout d'abord, le chiffrement est une mesure qui permet de favoriser l'intégrité d'un document. Par définition, il s'agit d'une forme de cryptage qui rend impossible la lecture d'un document à toute personne qui n'en est pas le destinataire⁶⁸. Ainsi, un pirate informatique qui arriverait à accéder au document, mais qui ne

66. Jean-François De Rico et Dominic Jaar, « Le cadre juridique des technologies de l'information », dans Barreau du Québec – Service de la formation continue, *Congrès annuel du Barreau du Québec 2009*, Montréal, 2009, en ligne : <<https://edocrtrine.caij.qc.ca/congres-du-barreau/2009/1733703430>> (page consultée le 30 décembre 2020), p. 12.

67. SEAO : Système électronique d'appel d'offres du gouvernement du Québec, « Déposer une soumission par voie électronique », en ligne : <https://www.seao.ca/Aide_fr/deposer_soumission_elect_2.html> (page consultée le 24 juillet 2021).

68. Voir diverses définitions, comme celle présentée par l'Office québécois de la langue française, « Chiffrement », en ligne : <http://www.oqlf.gouv.qc.ca/ressources/bibliotheque/dictionnaires/terminologie_sec_informatique/chiffrement.html> (page consultée le 30 décembre 2020).

posséderait pas la clé de déchiffrement se retrouverait face à une série de chiffres incompréhensible et il ne pourrait donc pas modifier le document. Il s'agit d'un mécanisme visant à assurer la confidentialité des données en transit⁶⁹.

Le SEAO utilise d'abord un chiffrement dit symétrique avec une clé aléatoire générée sur le poste informatique du fournisseur. La clé aléatoire est par la suite chiffrée de manière asymétrique avec la clé publique (clé de chiffrement) de l'organisme public. Ce type de chiffrement permet ensuite au donneur d'ouvrage d'accéder aux soumissions avec sa propre clé privée (clé de déchiffrement). Il n'y a donc pas besoin de transfert de mot de passe entre les soumissionnaires et les donneurs d'ouvrage, ce qui est plus sécuritaire⁷⁰.

Par la suite, l'information est transmise de l'ordinateur du soumissionnaire aux serveurs informatiques du SEAO. Il s'agit d'un processus quasi instantané, mais crucial puisque c'est à l'étape du transit que les données sont vulnérables à une interception. C'est pourquoi l'étape précédente de chiffrement importe⁷¹.

Une fois sur les serveurs du SEAO, le document est d'abord sauvegardé. Une fois que le SEAO est en mesure de confirmer que le document a été enregistré correctement et est donc disponible pour être récupéré par le donneur d'ouvrage, celui-ci est horodaté, c'est-à-dire que la date et l'heure de réception sur les serveurs sont enregistrées. Cela se reflétera dans les métadonnées du document. Nous avons traité des particularités de cet horodatage de réception des soumissions dans la section précédente.

Le moment venu, le donneur d'ouvrage devra s'identifier et pourra récupérer les soumissions qui correspondent à l'appel d'offres publié.

69. Gouvernement du Canada – Centre canadien pour la cybersécurité, *Guide sur le chiffrement des services infonuagiques*, en ligne : <<https://www.cyber.gc.ca/fr/orientation/guide-sur-le-chiffrement-des-services-infonuagiques-itsp50106>> (page consultée le 30 décembre 2020).

70. Information fournie par le SEAO.

71. Gouvernement du Canada – Centre canadien pour la cybersécurité, *Guide sur le chiffrement des services infonuagiques*, en ligne : <<https://www.cyber.gc.ca/fr/orientation/guide-sur-le-chiffrement-des-services-infonuagiques-itsp50106>> (page consultée le 30 décembre 2020).

Or, le projet de loi 67 apporte des modifications législatives pour obliger les donneurs d'ouvrage municipaux à « constater par l'entremise du système électronique d'appel d'offres que cette soumission est intègre » lors de l'ouverture des soumissions⁷². Cette exigence semble à première vue anéantir la présomption de fiabilité de la technologie utilisée prévue à l'article 7 de la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*⁷³, mais tel n'est pas le cas. En effet, l'article 7 de la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*⁷⁴ permet d'éviter d'avoir à faire la preuve de la fiabilité de la technologie employée, c'est-à-dire du site Web et des serveurs du SEAO par lesquels le document a transité. Un mécanisme semblable est prévu à l'article 2840 du *Code civil du Québec*. L'intégrité de l'information que porte le document est toute autre⁷⁵. C'est au moment de l'ouverture des soumissions que le donneur d'ouvrage devra vérifier l'intégrité du document, c'est-à-dire que celui-ci n'a pas été altéré par un tiers. Cette obligation est plutôt embêtante. Dans un recours judiciaire, les parties peuvent utiliser l'article 264 du *Code de procédure civile*⁷⁶ pour éviter les débats sur l'intégrité d'un document technologique, mais l'ouverture de soumission ne permet pas le même détour.

Le site Web du SEAO mentionne ceci :

L'empreinte numérique du fichier présenté est un code d'identification unique de document qui permettra de valider que le document téléchargé par le donneur d'ouvrage est totalement identique à celui déposé dans le système par le soumissionnaire.⁷⁷

Ainsi, cette empreinte devrait pouvoir permettre aux donneurs d'ouvrage de vérifier l'intégrité de la soumission.

72. Article 36 du projet de loi. Il en va de même pour le *Code municipal du Québec* (RLRQ, c. C-27.1) à l'article 45 du projet de loi, la *Loi sur la Communauté métropolitaine de Montréal* (RLRQ, c. C-37.01) à l'article 55 du projet de loi, la *Loi sur la Communauté métropolitaine de Québec* (RLRQ, c. C-37.02) à l'article 62 du projet de loi et la *Loi sur les sociétés de transport en commun* (RLRQ, c. S-30.01) à l'article 104 du projet de loi.

73. RLRQ, c. C-1.1.

74. RLRQ, c. C-1.1.

75. *Benisty c. Kloda*, 2018 QCCA 608, par. 94.

76. RLRQ, c. C-25.01.

77. SEAO : Système électronique d'appel d'offres du gouvernement du Québec, « Confirmer le dépôt d'une soumission », en ligne : <https://www.seao.ca/Aide_fr/confirmer_depot_soumission.html> (page consultée le 24 juillet 2021).

Comment s'effectue donc cette vérification ? Concrètement, il y a une inscription sur l'interface des donneurs d'ouvrage qui indique si cette intégrité est vérifiée. Ainsi, en se connectant pour consulter les soumissions, le donneur d'ouvrage verra une mention selon laquelle l'intégrité a été vérifiée.

Cette mention apparaît automatiquement lorsque le logiciel du SEAO a pu calculer l'empreinte digitale avant et après chiffrement et les comparer avec celles obtenues lors du processus de dépôt⁷⁸. Le SEAO s'assure ainsi qu'aucune modification du document n'a été faite. Autrement dit, « cette non-intégrité survient lorsque les empreintes numériques du document, au moment de son ouverture par l'organisme municipal et celle du document au moment de sa transmission par le soumissionnaire, diffèrent »⁷⁹.

Le SEAO mentionne que s'il le désire, le donneur d'ouvrage peut prendre un fichier de soumission reçu et recalculer son empreinte pour plus de sécurité, mais il est assez peu probable que des donneurs d'ouvrage se prévalent de cette option, vu l'aspect très technique de cette opération.

Puisque rien n'indique qu'il existe une seule manière de vérifier cette intégrité et considérant l'absence de jurisprudence sur le sujet, on peut penser que d'autres méthodes sont également possibles, par exemple au moyen des métadonnées.

En effet, la façon la plus courante et simple de valider l'intégrité d'un document est au moyen des métadonnées⁸⁰. Celles-ci sont générées automatiquement dès la création d'un document et peuvent apparaître dans les propriétés d'un fichier électronique⁸¹.

78. Information fournie par le SEAO. Voir également MAMH, *Bulletin Muni-express*, 2021, n° 7, 7 avril 2021, en ligne : <<https://www.mamh.gouv.qc.ca/publications/bulletin-muni-express/2021/n-7-7-avril-2021/>> (page consultée le 24 juillet 2021).

79. Voir également MAMH, *Bulletin Muni-express*, 2021, n° 7, 7 avril 2021, en ligne : <<https://www.mamh.gouv.qc.ca/publications/bulletin-muni-express/2021/n-7-7-avril-2021/>> (page consultée le 24 juillet 2021).

80. Nicolas Veymeys, « Le document technologique et ses incidences en droit des affaires », dans Barreau du Québec – Service de la formation continue, vol. 435, *Développements récents en droit des affaires (2017)*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2017, en ligne : <<https://edoctrine.caij.qc.ca/developpements-recents/435/368961956>> (page consultée le 30 décembre 2020), p. 16.

81. Annik Chareat et Julie Tondreau, *Le manuel de la correspondance juridique*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2019, en ligne : <<https://edoctrine.caij.qc.ca/wilson-et-lafleur-livres/156/1661282475>> (page consultée le 30 décembre 2020), p. 32.

Les métadonnées permettront donc de savoir quand un document a été modifié pour la dernière fois, par exemple⁸². Ainsi, si une soumission a été transmise au SEAO le 1^{er} janvier à 14 h et ouverte par le donneur d'ouvrage le 3 janvier à 15 h, mais que les métadonnées indiquent une modification le 2 janvier à 11 h, il est clair que le document n'est pas intègre. Le SEAO nous indique que le donneur d'ouvrage a accès aux métadonnées et peut voir le nom du soumissionnaire, ses coordonnées et le moment du dépôt. C'est donc une autre option qui s'offre à lui.

Ainsi, pour permettre aux donneurs d'ouvrage publics d'assurer leur obligation légale de vérification de l'intégrité d'un document, le SEAO a une obligation positive de fournir une clé de vérification (empreinte), les métadonnées, ou encore une autre méthode de vérification de l'intégrité. Cette obligation est d'autant plus importante que dans sa forme actuelle, la loi exige des donneurs d'ouvrage qu'ils constatent « par l'entremise du système électronique d'appel d'offres »⁸³ l'intégrité de la soumission. Le SEAO a donc une obligation positive de fournir aux donneurs d'ouvrage les outils pour le faire. Cela semble bien être le cas actuellement.

Notons cependant que si l'intégrité est compromise, le donneur d'ouvrage ne reçoit pas d'alerte automatiquement du SEAO⁸⁴. En effet, bien qu'une grande partie du processus soit automatisé, le donneur d'ouvrage ne doit jamais perdre de vue que la vérification de l'intégrité des soumissions fait partie de ses obligations.

Le processus de remédiation

Considérant qu'une soumission dont l'intégrité aurait été compromise serait nécessairement rejetée, que se passe-t-il si cette intégrité ne peut pas être vérifiée au moment de l'ouverture des

82. Patrick Gingras et François Sénécal, « Métadonnées : plaidoyer pour des mal-aimées et des incomprises », dans Barreau du Québec, *Revue du Barreau*, tome 74, Montréal, 2015 en ligne : <<https://edoctrine.cajj.qc.ca/revue-du-barreau/74/1349188683>> (page consultée le 30 décembre 2020), p. 293.

83. Article 36 du projet de loi. Il en va de même pour le *Code municipal du Québec* (RLRQ, c. C-27.1) à l'article 45 du projet de loi, la *Loi sur la Communauté métropolitaine de Montréal* (RLRQ, c. C-37.01) à l'article 55 du projet de loi, la *Loi sur la Communauté métropolitaine de Québec* (RLRQ, c. C-37.02) à l'article 62 du projet de loi et la *Loi sur les sociétés de transport en commun* (RLRQ, c. S-30.01) à l'article 104 du projet de loi.

84. Information fournie par le SEAO.

soumissions ? En effet, en plus d'indiquer la possibilité de recourir aux soumissions par voie électronique, le projet de loi 67 prévoit que les documents d'appel d'offres devront mentionner que « toute soumission transmise par voie électronique d'appel d'offres dont l'intégrité n'a pas été constatée lors de l'ouverture est rejetée s'il n'est pas remédié à cette irrégularité dans les deux jours ouvrables suivant l'avis de défaut transmis par la municipalité »⁸⁵.

Ainsi, si initialement le logiciel du SEAO ne permet pas d'affirmer que la soumission est intègre, le législateur permet un délai de grâce de deux jours pour la vérification de l'intégrité. En effet, personne n'étant à l'abri d'un problème informatique, cette souplesse de la loi permet de faire des vérifications afin de s'assurer de ne pas rejeter une soumission sans raison. Le projet de loi prévoit également ceci :

Toutefois, si l'intégrité d'au moins une soumission transmise par voie électronique n'a pu être constatée lors de l'ouverture, cette divulgation doit plutôt s'effectuer dans les quatre jours ouvrables qui suivent, par la publication du résultat de l'ouverture des soumissions dans le système électronique d'appel d'offres.⁸⁶

Cet article fait référence à la divulgation du nom des soumissionnaires et du prix des soumissions. Ainsi, si la vérification de l'intégrité d'au moins une soumission ne peut être faite à l'ouverture des soumissions, le processus entier de divulgation est retardé.

Cette façon de faire n'est pas une nouveauté du projet de loi 67 et existait déjà dans les règlements associés à la *Loi sur les contrats des organismes publics*⁸⁷. Le projet de loi 67 amène cette mécanique dans le monde municipal.

85. Article 36 du projet de loi. Il en va de même pour le *Code municipal du Québec* (RLRQ, c. C-27.1) à l'article 45 du projet de loi, la *Loi sur la Communauté métropolitaine de Montréal* (RLRQ, c. C-37.01) à l'article 56 du projet de loi, la *Loi sur la Communauté métropolitaine de Québec* (RLRQ, c. C-37.02) à l'article 62 du projet de loi et la *Loi sur les sociétés de transport en commun* (RLRQ, c. S-30.01) à l'article 104 du projet de loi.

86. Article 35 du projet de loi. Il en va de même pour le *Code municipal du Québec* (RLRQ, c. C-27.1) à l'article 44 du projet de loi, la *Loi sur la Communauté métropolitaine de Montréal* (RLRQ, c. C-37.01) à l'article 54 du projet de loi, la *Loi sur la Communauté métropolitaine de Québec* (RLRQ, c. C-37.02) à l'article 61 du projet de loi et la *Loi sur les sociétés de transport en commun* (RLRQ, c. S-30.01) à l'article 103 du projet de loi.

87. RLRQ, c. C-65.1. Voir par exemple l'article 7.0.1 du *Règlement sur certains contrats des services des organismes publics*, RLRQ, c. C-65.1, r. 4.

Ce délai est prévu pour permettre de vérifier l'intégrité des documents. Concrètement, on peut imaginer le cas d'un document de soumission dont la protection par mot de passe n'a pas été désactivée ou encore le cas d'un bogue informatique ne permettant pas au donneur d'ouvrage d'accéder aux métadonnées d'une soumission. Avec la technologie, les sources potentielles de problèmes sont infinies.

Pour pallier ce genre de situations, la loi permet dorénavant de remplacer la soumission atteinte d'un problème ne permettant pas la vérification de son intégrité par une soumission intègre :

Une soumission transmise par voie électronique dans le délai fixé au troisième alinéa pour remédier au défaut d'intégrité d'une soumission transmise antérieurement se substitue à cette dernière dès que son intégrité est constatée par la municipalité. Cette soumission est alors réputée avoir été transmise avant la date et l'heure limites fixées pour la réception des soumissions.⁸⁸

Ce processus correspond à la notion d'équivalence prévue à l'article 9 de la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*⁸⁹.

L'intention du législateur se comprend bien. Il serait injuste de punir un soumissionnaire ayant choisi la voie de la soumission électronique par rapport à un autre en raison d'un problème informatique du SEAO qui serait indépendant de sa volonté. Néanmoins, le processus de vérification de l'intégrité mérite d'être clarifié pour faciliter le travail des donneurs d'ouvrage qui rencontreront inévitablement ce genre de problème et aussi pour éviter les contestations d'octroi de contrat en lien avec l'ouverture des soumissions au motif que les soumissionnaires n'auraient pas été traités sur un pied d'égalité avec les autres soumissionnaires. D'ailleurs, le SEAO a mis en place un espace de formation pour

88. Article 36 du projet de loi modifiant l'article 573.1.0.0.1 de la *Loi sur les cités et villes*. Il en va de même pour le *Code municipal du Québec* (RLRQ, c. C-27.1) à l'article 45 du projet de loi, la *Loi sur la Communauté métropolitaine de Montréal* (RLRQ, c. C-37.01) à l'article 55 du projet de loi, la *Loi sur la Communauté métropolitaine de Québec* (RLRQ, c. C-37.02) à l'article 62 du projet de loi et la *Loi sur les sociétés de transport en commun* (RLRQ, c. S-30.01) à l'article 104 du projet de loi.

89. RLRQ, c. C-1.1.

permettre aux donneurs d'ouvrage de se familiariser avec le processus⁹⁰. Il serait utile que cet espace soit accessible à tous.

En aucun cas cependant le contenu de la soumission ne devrait être altéré durant la période de grâce, auquel cas il y aurait manifestement rupture de l'égalité des soumissionnaires.

Tout cela demeure somme toute théorique puisque M^e Nicolas Paradis, sous-ministre adjoint du ministère des Affaires municipales et de l'Habitation, mentionnait lors de son intervention en commission parlementaire dans le cadre de l'étude détaillée du projet de loi 67 qu'un tel problème d'intégrité n'avait jamais eu lieu encore⁹¹. Néanmoins, si l'on considère que le processus de soumission électronique est amené à être davantage utilisé à l'avenir, notamment par sa récente application au monde municipal, il importe de réfléchir dès maintenant à ces enjeux.

CONSIDÉRATIONS JURIDIQUES

Les soumissions par voie électronique soulèvent principalement des enjeux pratiques, comme en fait foi la première partie de cet article. Cependant, il importe également de se pencher sur certaines ramifications juridiques de ce mode de soumissions.

Assurer l'égalité entre les soumissionnaires

L'obligation de traiter les soumissionnaires équitablement est un principe fondamental implicite en matière d'appels d'offres⁹². Cela se comprend bien. Il est en effet essentiel d'éviter la collusion pour préserver les finances publiques. La Cour suprême considère que « l'obligation de traiter tous les soumissionnaires équitablement consiste à évaluer les soumissions uniformément en se fondant sur les mêmes hypothèses »⁹³.

90. MAMH, *Bulletin Muni-express*, 2021, n° 11, 27 avril 2021, en ligne : <<https://www.mamh.gouv.qc.ca/publications/bulletin-muni-express/2021/n-11-27-avril-2021/>> (page consultée le 24 juillet 2021).

91. Assemblée nationale, *Journal des débats*, 42^e législature, 1^{re} session, jeudi 4 février 2021, vol. 45, n° 75, en ligne : <<http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/commissions/cat-42-1/journal-debats/CAT-210204.html>> (page consultée le 21 avril 2021)

92. *Martel Building Ltd. c. Canada*, 2000 CSC 60, par. 84-85.

93. *Martel Building Ltd. c. Canada*, 2000 CSC 60, par. 95.

A priori, la soumission par voie électronique ne change rien à cela puisque tous les soumissionnaires y ont accès. Cependant, certains aspects particuliers à ce mode de soumission peuvent faire sourciller. Par exemple, lors du dépôt des documents, le SEAO vérifie s'il y a des erreurs, et, s'il n'y en a pas, les documents sont chiffrés, transmis, horodatés et sauvegardés⁹⁴. Comme mentionné précédemment, la notion d' « erreur » ici fait vraisemblablement référence à un formulaire soumis alors qu'un élément d'information pourtant obligatoire est manquant.

Selon les informations obtenues du SEAO, celui-ci vérifie notamment les points suivants :

- que les champs obligatoires sont complétés ;
- qu'un fichier de soumission a été joint ;
- que le fichier de soumission est en PDF ;
- que le processus de chiffrement s'est exécuté sans erreur ;
- que les empreintes digitales du fichier avant et après chiffrement soient les mêmes (ce qui permet de confirmer que le transfert n'a pas altéré le fichier).

Bien que l'idée d'éviter les erreurs soit louable, ce filet de sécurité n'est pas disponible pour les soumissionnaires utilisant la méthode postale traditionnelle. Ainsi, si un tel soumissionnaire oublie une information en envoyant sa soumission, il devra vivre avec les conséquences alors que son concurrent qui aurait oublié la même information reçoit un message d'erreur du SEAO lui permettant de corriger son erreur. On peut y voir une certaine iniquité.

La responsabilité du SEAO

Le SEAO est omniprésent dans le processus de soumission par voie électronique. Il fournit la plateforme, l'approuve, agit comme

94. SEAO : Système électronique d'appel d'offres du gouvernement du Québec, « Déposer une soumission par voie électronique », en ligne : <https://www.seao.ca/Aide_fr/deposer_soumission_elect_2.html> (page consultée le 24 juillet 2021).

intermédiaire entre le soumissionnaire et le donneur d'ouvrage en plus de devoir permettre la vérification de l'intégrité des soumissions.

Quelle est donc sa responsabilité en cas de problème ? On peut considérer le SEAO comme un intermédiaire, ce qui fait que sa responsabilité est très limitée, notamment en raison des articles 36 et 37 de la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*⁹⁵, qui prévoient que le prestataire agissant comme simple courroie de transmission ou de conservation de documents n'est pas responsable des actions accomplies par ceux qui utilisent les services de ce prestataire.

Cependant, on pourrait également tracer un parallèle avec la responsabilité d'un service de messagerie postale qui ne remettrait pas une enveloppe de soumission au bon endroit. Une telle situation s'est déjà produite dans l'affaire *Entreprise Jacques Dufour inc. c. Québec (Procureure générale)*⁹⁶, où l'un des soumissionnaires avait fait affaire avec le service de messagerie DICOM qui avait livré l'enveloppe à temps, mais au mauvais endroit. L'organisme public avait alors accepté la soumission malgré l'erreur, et la Cour a infirmé la décision au motif qu'en agissant de la sorte, le donneur d'ouvrage n'avait pas traité les soumissionnaires avec égalité⁹⁷.

Ainsi, selon le tribunal, le donneur d'ouvrage ne peut pas traiter les soumissionnaires inéquitablement, et ce, même si l'erreur résulte de la faute d'un tiers. Cette situation est fort frustrante pour les soumissionnaires, et il est arrivé dans certains cas similaires que les donneurs d'ouvrage se retournent contre des services de messagerie⁹⁸.

95. RLRQ, c. C-1.1.

96. 2010 QCCS 2506.

97. *Entreprises Jacques Dufour inc. c. Québec (Procureure générale)*, 2010 QCCS 2506, par. 54 et 62-63.

98. *Purolator Courier Ltd. c. Cornwall Gravel Co. Ltd.*, (1979) CanLII 64 (ON C.A.) (appel rejeté par la Cour suprême du Canada dans 1980 CanLII 35 (CSC)). Décision citée depuis par la Cour suprême dans *M.J.B. Entreprises Ltd. c. Construction de Défense (1951) Ltée*, 1999 CanLII 677 (CSC), par. 59. Voir également *Entreprises de construction Giari inc. c. Poly Livre Tout inc.*, 2019 QCCS 223 (appel rejeté : *Poly Livre Tout inc. c. Entreprises de construction Gigari inc.*, 2019 QCCA 613).

Ainsi, en cas d'erreur du SEAO, les soumissionnaires pourraient poursuivre la plateforme, et il serait intéressant de voir de quelle manière un tribunal interpréterait la situation. Dans l'état actuel des choses, le SEAO ne serait responsable que s'il modifie lui-même un document, le perd ou n'en permet pas l'accès.

Finalement, il faut considérer la plateforme comme un outil facilitateur et apprendre à l'utiliser correctement.

CONCLUSION

En conclusion, les soumissions par voie électronique sont destinées à devenir de plus en plus courantes. Qu'elle soit motivée par le contexte actuel de la pandémie de COVID-19 ou simplement par la convivialité du processus, une telle évolution semble inévitable.

Ce changement de façon de faire est généralement fort positif pour tous les acteurs du domaine des appels d'offres. Cependant, certains aspects pratiques, notamment en ce qui concerne la vérification de l'intégrité, mériteraient des éclaircissements de la part du SEAO ou encore du législateur.

Charte canadienne et intoxication volontaire : l'article 33.1 du Code criminel et ses solutions de rechange

Mathilde TREMBLAY

Résumé

La Cour suprême se prononcera cette année quant à la constitutionnalité de l'article 33.1 du *Code criminel*, article qui interdit de soulever l'intoxication volontaire comme défense pour toute infraction d'intention générale impliquant une atteinte à l'intégrité physique d'autrui. Réponse législative à la décision de la Cour suprême de rendre disponible ce moyen de défense dès lors que l'intoxication de l'accusé affecte sa conscience d'agir, l'article 33.1 C.cr. a été contesté de multiples fois devant les tribunaux canadiens.

Le présent article aborde le débat constitutionnel entourant la disposition, puis présente différents scénarios envisageables dans l'éventualité où le plus haut tribunal du pays la déclarait invalide. En effet, si le Parlement souhaite tenir pour responsables ceux qui s'intoxiquent volontairement à un niveau extrême et en viennent à poser des gestes répréhensibles, il faudra alors le faire d'une manière mieux conciliable avec les principes de la *Charte canadienne*. À la lumière des contraintes constitutionnelles applicables, l'auteure discute de plusieurs solutions et penche en faveur de la création d'une infraction incluse d'intoxication dangereuse qui reposerait sur les principes de la négligence pénale.

Charte canadienne et intoxication volontaire : l'article 33.1 du Code criminel et ses solutions de rechange

Mathilde TREMBLAY*

INTRODUCTION	71
1. LA CONSTITUTIONNALITÉ DE L'ARTICLE 33.1 DU CODE CRIMINEL	72
1.1 L'histoire de la défense d'intoxication volontaire : de la règle <i>Leary</i> à l'article 33.1 du <i>Code criminel</i> . . .	73
1.2 L'article 7 de la <i>Charte</i> : les principes de justice fondamentale et l'esprit blâmable	78
1.3 L'alinéa 11d) de la <i>Charte</i> : l'obligation de la Couronne de prouver hors de tout doute raisonnable les éléments de l'infraction	81
1.4 L'article 33.1 du <i>Code criminel</i> face à l'article premier de la <i>Charte</i>	85
2. LES SOLUTIONS DE RECHANGE À L'ARTICLE 33.1 DU CODE CRIMINEL : ENCADRER L'INTOXICATION VOLONTAIRE DE MANIÈRE CONFORME AUX PRINCIPES CONSTITUTIONNELS	92
2.1 Le retour à la règle <i>Daviault</i> : une solution acceptable ?	93

* Faculté de droit (Université de Montréal).

2.2	L'article 33.1 du <i>Code criminel</i> modifié : tenir compte de la prévisibilité objective de l'intoxication extrême.	97
2.3	L'infraction d'intoxication dangereuse	100
2.4	La commission involontaire d'une infraction en raison de l'intoxication dangereuse : une infraction « incluse »	106
CONCLUSION.		110
TABLE DE LA LÉGISLATION.		111
TABLE DE LA JURISPRUDENCE		111
BIBLIOGRAPHIE		113

INTRODUCTION

En 1995, le Parlement canadien adoptait l'article 33.1 du *Code criminel*¹, article qui exclut la défense d'intoxication volontaire pour les infractions d'intention générale impliquant une atteinte à l'intégrité physique des personnes. Cette disposition a été adoptée en réaction à l'arrêt *R. c. Daviault*², rendu l'année précédente, dans lequel la Cour suprême avait déclaré inconstitutionnelle la règle de *common law*³ qui excluait la défense d'intoxication volontaire pour toute infraction d'intention générale. Ainsi, la majorité de la Cour avait énoncé que ce moyen de défense devait être recevable pour toute infraction, dès lors que le niveau d'intoxication était si extrême qu'il affectait la conscience d'agir de l'accusé ; autrement, les droits constitutionnels de l'accusé étaient violés, et ce d'une manière qui ne pouvait être justifiée dans une société libre et démocratique. Cette nouvelle disponibilité de la défense d'intoxication volontaire a suscité de vives réactions, venant notamment des groupes féministes : cette nouvelle règle rendait en effet la défense d'intoxication admissible pour l'infraction d'agression sexuelle, et l'arrêt *Daviault* traitait précisément d'un cas d'agression sexuelle.

Le Parlement a donc agi rapidement afin de contrer, pour les crimes s'attaquant à l'intégrité physique des individus, les effets de l'arrêt *Daviault*. Étant donné que l'article 33.1 C.cr. semble rétablir pour cette catégorie d'infractions la règle jugée inconstitutionnelle par la Cour suprême, cette disposition a depuis été contestée devant les tribunaux à travers le Canada. Or, ce n'est qu'en 2020 qu'une Cour d'appel, celle de l'Ontario, a été saisie de la question : dans l'arrêt *R. v. Sullivan*⁴, elle a déclaré l'article 33.1 C.cr. invalide. La Cour suprême ayant accepté d'entendre le pourvoi du procureur général de l'Ontario⁵, le plus haut tribunal du pays se prononcera enfin sur la validité constitutionnelle de la disposition.

1. *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46.

2. [1994] 3 R.C.S. 63, ci-après « *Daviault* ».

3. Règle énoncée dans *R. c. Leary*, [1978] 1 R.C.S. 29, ci-après « *Leary* ».

4. 2020 ONCA 333, ci-après « *Sullivan* ».

5. *Sa Majesté la Reine c. Sullivan*, [2020] C.S.C.R. n° 232.

Nous nous pencherons donc ici sur le cadre constitutionnel relatif à la responsabilité criminelle de ceux qui agissent alors qu'ils n'ont pas conscience de leurs propres gestes, et ce, en raison de leur intoxication volontaire. Nous aborderons d'abord la constitutionnalité de l'article 33.1 C.cr. à la lumière des décisions de la Cour suprême portant sur l'intoxication volontaire et des décisions rendues plus récemment sur l'article 33.1 C.cr. lui-même. Puis, nous considérerons les solutions envisageables dans l'éventualité où la Cour suprême invaliderait cette disposition. Nous concluons qu'une infraction incluse d'intoxication volontaire, dont l'élément de faute relèverait de la négligence pénale, constituerait le meilleur moyen de concilier les droits constitutionnels des accusés avec les importants objectifs sociaux qui sous-tendent l'article 33.1 C.cr.

1. LA CONSTITUTIONNALITÉ DE L'ARTICLE 33.1 DU CODE CRIMINEL

Du fait qu'il annule les effets de l'arrêt *Daviault* pour certaines infractions, l'article 33.1 C.cr. soulève à nouveau les enjeux constitutionnels relatifs à la défense d'intoxication volontaire. Ces enjeux ont déjà fait l'objet de plusieurs décisions de la Cour suprême et ont mené à l'invalidation de la règle *Leary*. Nous aborderons donc l'histoire de la défense d'intoxication volontaire en droit canadien, avant de nous attarder plus précisément aux deux arguments principaux invoqués à l'encontre de la règle *Leary* et de l'article 33.1 C.cr. : leur incompatibilité avec l'exigence minimale de faute découlant de l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*⁶ et avec l'obligation pour la Couronne de prouver tous les éléments de l'infraction, qui est prévue à l'alinéa 11d) de la *Charte*. Après avoir constaté que l'article 33.1 C.cr. porte atteinte à ces deux principes constitutionnels, nous regarderons en quoi ces atteintes pourraient être rachetées en vertu de l'article premier de la *Charte*.

6. *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 la « *Charte* » ou la « *Charte canadienne* ».

1.1 L'histoire de la défense d'intoxication volontaire : de la règle *Leary* à l'article 33.1 du *Code criminel*

La *common law* a longtemps refusé qu'un accusé invoque à titre de défense le fait qu'il s'était, avant de commettre l'infraction reprochée, intoxiqué : considérée comme moralement blâmable, l'intoxication volontaire pouvait même constituer un facteur aggravant⁷. Ce n'est qu'au XIX^e siècle qu'est devenue admissible, dans certains cas, la défense d'intoxication volontaire⁸. En 1920, la Chambre des lords rendait l'arrêt *Director of Public Prosecutions v. Beard*⁹, dans lequel lord Birkenhead a résumé les principes applicables en la matière comme suit :

1. That insanity, whether produced by drunkenness or otherwise, is a defense to the crime charged. [...]

2. That, evidence of drunkenness which renders the accused incapable of forming the specific intent essential to constitute the crime should be taken into consideration with the other facts proved in order to determine whether or not he had this intent.

3. That evidence of drunkenness falling short of a proved incapacity in the accused to form the intent necessary to constitute the crime, and merely establishing that his mind was so affected by drink so that he more readily gave way to some violent passion, does not rebut the presumption that a man intends the natural consequences of his acts.¹⁰

Selon la plus haute instance judiciaire anglaise, la défense d'intoxication était donc recevable, mais seule la preuve d'une intoxication telle qu'elle affectait la capacité de l'accusé de former l'intention « spécifique » de l'infraction pouvait servir de défense. Cette règle a été confirmée par la Chambre des lords en 1976 dans *Director of Public Prosecutions v. Majewski* : d'après lord Elwyn-Jones, elle n'était aucunement contraire aux principes de justice naturelle, car l'intoxication volontaire constituait un « guilty mind certainly sufficient for crimes of basic intent »¹¹.

7. Ram Ugrah SINGH, « History of the Defence of Drunkenness in English Criminal Law », (1933) 49 *L.Q. Rev.* 528, 531.

8. *Id.*, 536.

9. [1920] A.C. 479 (H.L.), ci-après « *Beard* ».

10. *Id.*, 499.

11. [1976] UKHL 2, 474-475, ci-après « *Majewski* ».

C'est sur cet arrêt que s'est fondée la majorité de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Leary*, rendu deux ans plus tard, alors qu'elle appliquait la règle qui est depuis connue sous le nom de « règle *Leary* » en droit canadien¹². Dans cette affaire, il était question d'une accusation de viol : mettant fin aux décisions contradictoires en la matière, la majorité de la Cour a qualifié le viol de crime d'intention générale, excluant de ce fait la possibilité pour l'accusé d'invoquer en défense son intoxication volontaire¹³. Sous la plume du juge Pigeon, la majorité de la Cour a également réaffirmé la distinction entre l'intention générale et l'intention spécifique : la première étant « l'intention de commettre des actes indépendamment des buts visés », et la seconde « l'intention de commettre des actes en fonction des buts visés »¹⁴.

Or, la dissidence du juge Dickson, rédigée en son nom et au nom du juge Laskin, exposait déjà les principales critiques de la règle *Leary*. Selon le juge Dickson, la notion même d'une « défense » d'intoxication était problématique, car l'ivresse n'excuse pas un crime : elle empêche plutôt de constater un élément essentiel de celui-ci. Par conséquent, « la preuve de l'ivresse peut, avec les autres éléments pertinents de la preuve, être prise en considération par le jury afin de déterminer si la poursuite a établi au-delà de tout doute raisonnable la *mens rea* requise pour constituer le crime »¹⁵. La *mens rea* étant un élément essentiel de toute infraction¹⁶, l'intoxication volontaire de l'accusé devrait être prise en compte pour les infractions d'intention générale comme celles d'intention spécifique.

Le juge Dickson s'est aussi opposé à la distinction entre intention spécifique et intention générale, du fait qu'elle ne reposait selon lui sur aucun critère juridique clair¹⁷. Il a d'ailleurs dit douter que lord Birkenhead, dont les propos ont constitué la base de cette dichotomie, ait réellement souhaité établir une telle distinction¹⁸. En effet, un autre passage de l'opinion émise par lord

12. *Leary*, préc., note 3, par. 45.

13. *Id.*, par. 58.

14. *Id.*, par. 43, le juge Pigeon cite *The Queen v. George*, [1960] R.C.S. 871, 877.

15. *Id.*, par. 6.

16. *Id.*, par. 7.

17. *Id.*, par. 20.

18. *Id.*

Birkenhead semblait suggérer une approche qui ressemble plutôt à celle préconisée par le juge Dickson :

I do not think that the proposition of law deduced from these earlier cases is an exceptional rule applicable only to cases in which it is necessary to prove a specific intent in order to constitute the graver crime [...]. It is true that in such cases the specific intent must be proved to constitute the particular crime, but this is, on ultimate analysis, only in accordance with the ordinary law applicable to crime, for, speaking generally (and apart from certain special offences), a person cannot be convicted of a crime unless the *mens* was *rea*.¹⁹

Ainsi, selon le juge Dickson, il serait plus juste et plus logique d'éliminer la distinction entre intention générale et spécifique, et de considérer l'intoxication comme preuve qui tend à démontrer l'absence de volonté de l'accusé : cette preuve devrait être pertinente pour toute infraction. Le juge a par ailleurs ajouté que les considérations d'intérêt public ne devraient pas justifier le fait d'inculper un individu qui n'agissait pas de manière volontaire. En effet, bien qu'on puisse juger que la consommation excessive d'alcool ou de drogues soit moralement blâmable, le fait de déduire de cette intoxication une indifférence suffisante pour constater l'intention requise aux termes de l'infraction constitue une « fiction juridique », permettant d'inculper des individus qui ne pouvaient pas prévoir les conséquences de leur intoxication, voire qui ne pouvaient pas prévoir le caractère extrême de leur intoxication²⁰. Le juge Dickson a noté que cela est d'autant plus problématique que la consommation d'alcool n'est pas interdite au Canada²¹.

Dix ans après l'arrêt *Leary*, la Cour suprême a rendu l'arrêt *R. c. Bernard*²², qui soulevait à nouveau la question de l'admissibilité de la défense d'intoxication volontaire. Il s'agissait cette fois d'un cas d'agression sexuelle. À l'instar du viol, qu'elle remplace, cette infraction avait préalablement été qualifiée par la Cour suprême d'infraction d'intention générale²³. Bien que la majorité de la Cour ait conclu à la non-recevabilité de la défense d'intoxication volontaire, les multiples opinions émises témoignent

19. *Beard*, préc., note 9, 504.

20. *Leary*, préc., note 3, 30-32.

21. *Id.*, 31.

22. [1988] 2 R.C.S. 833, ci-après « *Bernard* ».

23. *R. c. Chase*, [1987] 2 R.C.S. 293, par. 12.

d'une remise en question croissante de la règle *Leary*. Le juge Dickson, appuyé par le juge Lamer, a réaffirmé son opposition catégorique à la règle. Or, il pouvait désormais s'appuyer sur la *Charte canadienne*, entrée en vigueur en 1982. En effet, selon le juge Dickson, le fait de présumer qu'un accusé avait l'intention requise aux termes d'une infraction d'intention générale simplement parce qu'il était en état d'intoxication au moment du crime reproché était contraire aux articles 7 et 11d) de la *Charte*, et ne pouvait être justifié en vertu de l'article premier : il faudrait donc renverser l'arrêt *Leary*²⁴. Bien qu'il fût d'avis de rejeter le pourvoi du fait qu'il ne voyait pas de « tort important ni d'erreur judiciaire grave » dans l'affaire en cause, le juge LaForest s'est dit d'accord avec les motifs du juge Dickson²⁵.

Les juges McIntyre et Beetz, de leur côté, ont réaffirmé la règle *Leary*, considérant qu'elle était conforme aux principes du droit criminel et que toute faiblesse logique se justifiait par la nécessité d'une telle règle sur le plan social :

Qu'elle soit provoquée par l'alcool ou par des stupéfiants, l'intoxication est à l'origine d'un bon nombre, sinon de la plupart, des agressions violentes : sans conteste, l'intoxication est une cause majeure de crimes violents. Quel parti faut-il donc préférer, celui de reconnaître ce fait et d'adopter une politique visant à enrayer le problème, ou celui d'appliquer ce qu'on dit être logique en créant une règle de droit voulant que quiconque participe volontairement à ce qui est la cause du crime doive pour cette raison être excusé des conséquences de son crime ? Si c'est là la logique, je préfère la politique générale.²⁶

Une troisième opinion, rédigée par la juge Wilson, a décrit une approche médiane. En effet, les juges Wilson et L'Heureux-Dubé ne considéraient pas que les faits de l'espèce permettaient d'apporter un doute raisonnable quant à la capacité de l'accusé de former l'intention minimale que requiert l'agression sexuelle. Or, elles ont concédé que l'application stricte de la règle *Leary* aux cas où l'intoxication de l'accusé serait extrême était problématique, surtout au regard de l'alinéa 11d) de la *Charte*²⁷. Elles ont donc proposé que la défense d'intoxication volontaire soit admissible

24. *Bernard*, préc., note 22, par. 40-41.

25. *Id.*, 97-100.

26. *Id.*, 77.

27. *Id.*, 95.

pour les crimes d'intention générale, mais seulement lorsque la preuve révèle une intoxication extrême « entraînant l'absence de conscience voisine de l'aliénation ou de l'automatisme » : ce n'est que dans ces cas que l'intoxication pourrait remettre en question la conscience d'agir de l'individu²⁸. Ces opinions divergentes relatives à la règle *Leary* sont brièvement réitérées dans l'arrêt *R. c. Quin*²⁹, dans lequel il est question d'introduction par effraction, également une infraction d'intention générale : les juges y ont renvoyé aux motifs exprimés dans l'arrêt *Bernard*.

C'est finalement l'approche des juges Wilson et L'Heureux-Dubé qui sera adoptée par la majorité dans *R. c. Daviault*. Dans cette affaire où un homme était accusé d'avoir agressé sexuellement une femme de 65 ans, la majorité de la Cour a jugé que l'application de la règle *Leary* dans les cas où l'accusé a agi en état d'intoxication extrême portait atteinte aux articles 7 et 11d) de la *Charte*. Ces violations ont été décrites comme si « draconiennes » qu'elles ne pouvaient être justifiées en vertu de l'article premier de la *Charte* : il était donc impératif d'assouplir la règle pour les cas où l'intoxication était telle qu'elle affectait la conscience d'agir de l'accusé³⁰. Il convient de noter que cette règle modifiée attribue à l'accusé le fardeau de prouver selon la prépondérance des probabilités qu'il était dans un état d'intoxication extrême s'apparentant à l'automatisme ou à l'aliénation mentale³¹.

Les vives réactions suscitées par l'arrêt *Daviault* ont mené à l'adoption, dès l'année suivante, de l'article 33.1 C.cr. :

(1) Ne constitue pas un moyen de défense à une infraction visée au paragraphe (3) le fait que l'accusé, en raison de son intoxication volontaire, n'avait pas l'intention générale ou la volonté requise pour la perpétration de l'infraction, dans les cas où il s'écarte de façon marquée de la norme de diligence énoncée au paragraphe (2).

(2) Pour l'application du présent article, une personne s'écarte de façon marquée de la norme de diligence raisonnable généralement acceptée dans la société canadienne et, de ce fait, est criminellement responsable si, alors qu'elle est dans un état d'intoxication volontaire

28. *Id.*, 90.

29. [1988] 2 R.C.S. 825.

30. *Daviault*, préc., note 2, par. 47 et 50.

31. *Id.*, par. 64.

qui la rend incapable de se maîtriser consciemment ou d'avoir conscience de sa conduite, elle porte atteinte ou menace de porter atteinte volontairement ou involontairement à l'intégrité physique d'autrui.

(3) Le présent article s'applique aux infractions créées par la présente loi ou toute autre loi fédérale dont l'un des éléments constitutifs est l'atteinte ou la menace d'atteinte à l'intégrité physique d'une personne, ou toute forme de voies de fait.³²

Ainsi, à l'heure actuelle, la règle *Daviault* s'applique telle qu'elle est modifiée par l'article 33.1 C.cr.³³ : la défense d'intoxication volontaire, lorsque le niveau d'intoxication de l'accusé est extrême, est disponible pour les infractions d'intention générale seulement dans la mesure où celles-ci n'impliquent aucune atteinte à l'intégrité physique. Il convient maintenant de s'attarder à la constitutionnalité de cette règle.

1.2 L'article 7 de la Charte : les principes de justice fondamentale et l'esprit blâmable

L'article 33.1 C.cr. rétablit donc l'interdiction d'invoquer l'intoxication volontaire comme défense à certains crimes d'intention générale. Or, dans l'arrêt *Daviault*, la Cour suprême a jugé que par l'interdiction du recours à ce moyen de défense pour les infractions d'intention générale, la règle *Leary* portait atteinte à l'article 7 de la Charte. En effet, cet article garantit à chacun le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne, droit qui ne peut être atteint « qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale ». Dans le *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (Colombie-Britannique)*, la Cour suprême a énoncé que le principe selon lequel un innocent ne doit pas être puni constitue un principe de justice fondamentale au sens de l'article 7 de la Charte³⁴. Par conséquent, étant donné que l'emprisonnement porte de toute évidence atteinte à la liberté de la personne :

[u]ne loi qui permet de déclarer coupable une personne qui n'a véritablement rien fait de mal viole les principes de justice fondamentale et, si elle prévoit une peine d'emprisonnement, une

32. *Code criminel*, préc., note 1, art. 33.1.

33. La Cour suprême l'énonce explicitement dans *R. c. Daley*, 2007 CSC 53, par. 39.

34. [1985] 2 R.C.S. 486, par. 68.

telle loi viole le droit à la liberté garanti par l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés.³⁵

C'est pour cette raison que la Cour a établi qu'une infraction de responsabilité absolue prévoyant une peine d'emprisonnement contrevient à l'article 7 de la *Charte*. Ce principe est repris dans l'arrêt *R. c. Vaillancourt*, où la majorité rappelle que lorsque l'accusé risque d'être privé de sa liberté, « la justice fondamentale exige que la présence d'un état d'esprit minimal chez l'accusé constitue un élément essentiel de l'infraction »³⁶.

C'est cet élément moral minimal qui, selon la majorité de la Cour dans l'arrêt *Daviault*, est éliminé par l'application stricte de la règle *Leary*. Dans le cas d'une agression sexuelle, « l'élément moral requis est tout simplement l'intention de commettre l'agression sexuelle ou l'indifférence quant à savoir si les actions peuvent constituer une agression »³⁷. Cet élément est, à l'instar des éléments moraux propres aux infractions d'intention générale, minimal : souvent, il peut se déduire de la commission de l'acte en question³⁸. Or, en interdisant la défense d'intoxication volontaire même lorsque cette intoxication peut nier le caractère volontaire de l'acte reproché, la règle *Leary* supprime complètement cet élément moral : selon la majorité de la Cour, une telle négation constitue un « déni de justice fondamentale »³⁹.

Il ressort de la jurisprudence relative à l'article 33.1 C.cr. que cette disposition contrevient elle aussi à l'article 7 de la *Charte*. Il est évident que la disposition entraîne, pour les infractions portant atteinte à l'intégrité corporelle des personnes, le même effet que la règle *Leary*. Or, le Parlement semble tenter, en employant dans l'article 33.1 C.cr. le langage propre à la négligence pénale, d'établir un standard de faute alternatif pour les infractions visées. Ainsi, outre les éléments de faute propres à une infraction donnée, l'accusé commettrait une faute parce qu'en s'intoxiquant de manière à ne plus être conscient de ses actes et en mettant en danger la sécurité d'autrui, il « s'écarte de façon marquée de la

35. *Id.*, par. 1.

36. [1987] 2 R.C.S. 636, par. 27, ci-après « *Vaillancourt* ».

37. *Daviault*, préc., note 2, par. 40.

38. *Id.*

39. *Id.*, par. 42.

norme de diligence raisonnable généralement acceptée dans la société canadienne »⁴⁰.

Or, afin de prévoir un standard de faute différent de celui qui serait normalement requis aux termes d'une infraction donnée, il faudrait que l'article 33.1 C.cr. crée une catégorie distincte d'infractions. La Cour d'appel de l'Ontario a rejeté cette interprétation : selon le juge Paciocco, il ressort de son libellé que l'article 33.1 C.cr. enlève plutôt un moyen de défense⁴¹. Cela est d'autant plus clair que l'article a été adopté en réaction à l'arrêt *Daviault*, qui rendait disponible ce moyen de défense⁴². Par ailleurs, même si l'on admettait qu'il peut créer une nouvelle catégorie d'infractions, il reste que l'article 33.1 C.cr. ne serait pas conforme aux exigences constitutionnelles en matière de faute. En effet, aux termes du paragraphe 33.1(1) C.cr., l'accusé peut être condamné alors qu'il « n'avait pas l'intention générale ou la volonté requise pour la perpétration de l'infraction ». Comme le note le juge Paciocco relativement aux actes reprochés à M. Chan :

Even if s. 33.1 could somehow be interpreted as creating a parallel cast of offences, this would not solve the voluntariness problem. The act prosecuted would remain the commission of the prohibited act specified in the offence charged. As explained, in this case, the prohibited act is Mr. Chan's assaultive behaviour, as the act of voluntary intoxication is benign without such behavior.⁴³

L'acte que l'on reproche à l'accusé reste celui prévu par l'infraction en cause : dans le cas de M. Chan, il s'agit d'infractions impliquant un élément d'agression. Dans la mesure où l'accusé peut être reconnu coupable de ces actes sans que l'on ait à établir la présence d'un état d'esprit coupable minimal qui s'y rapporte, il y a violation de l'article 7 de la *Charte*⁴⁴.

Par ailleurs, en établissant d'emblée que le fait de se retrouver en état d'intoxication extrême et d'en venir à porter atteinte à l'intégrité physique d'autrui constitue un comportement qui s'écarte de façon marquée de la norme de diligence raisonnable,

40. Art. 33.1(2) C.cr.

41. *Sullivan*, préc., note 4, par. 71.

42. *Id.*

43. *Id.*, par. 74.

44. *Id.*, par. 74.

l'article 33.1 C.cr. déduit la négligence de l'accusé des conséquences de son comportement. Cela empêche l'accusé de présenter une preuve contraire, ce qui ressemble à une forme de responsabilité absolue⁴⁵. Comme l'explique le juge de Wit dans *R. v. M.W.B.* : « The section does not allow for the defence to provide any evidence rebutting the presumption of *mens rea* and simply eliminates any evidence and argument regarding the *mens rea* and voluntariness of the accused⁴⁶. » Par conséquent, l'article 33.1 C.cr. porte atteinte à l'article 7 de la *Charte* du fait qu'il permet d'inculper un individu d'une infraction passible d'emprisonnement sans égard au caractère volontaire de l'acte qu'on lui reproche : si l'individu était en état d'intoxication extrême, son état d'esprit n'importe plus. Les tribunaux canadiens s'accordent sur le fait que cela viole les droits conférés par la *Charte* : même les juges qui ont conclu à la validité de la disposition conviennent qu'elle enfreint l'article 7 de la *Charte*⁴⁷.

1.3 L'alinéa 11d) de la *Charte* : l'obligation de la Couronne de prouver hors de tout doute raisonnable les éléments de l'infraction

En plus de contrevenir à l'article 7 de la *Charte*, la Cour suprême a conclu dans l'arrêt *Daviault* que la règle *Leary* enfreignait l'alinéa 11d) de la *Charte*. Le principe énoncé à cet alinéa constitue un fondement important du droit criminel : il garantit à tout inculpé le droit « d'être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable, conformément à la loi, par un tribunal indépendant et impartial à l'issue d'un procès public et équitable »⁴⁸. Cette présomption d'innocence impose à la Couronne le fardeau de prouver, hors de tout doute raisonnable, tous les éléments de l'infraction⁴⁹. Le juge Lamer, dans l'arrêt *R. c. Vaillancourt*, a précisé que « [c]es éléments essentiels comprennent non seulement ceux énoncés par le législateur dans la disposition qui crée l'infraction, mais également ceux requis par l'art. 7 de la *Charte* »⁵⁰.

45. *Id.*, par. 94.

46. 2019 ABQB 770, par. 30, ci-après « *M.W.B.* ».

47. Voir notamment *R. v. S.N.*, 2012 NUCJ 2, par. 118, ci-après « *S.N.* » ; *R. v. Decaire*, [1998] O.J. No. 633 (S.C.J.) (LAd/QL), par. 7, ci-après « *Decaire* » ; *Dow v. R.*, 2010 QCCS 4276, par. 113, ci-après « *Dow* » ; *R. v. Vickberg*, [1998] B.C.J. No. 1034 (S.C.) (LAd/QL), par. 84, ci-après « *Vickberg* ».

48. *Charte*, préc., note 6, art. 11d).

49. *R. c. Dubois*, [1985] 2 R.C.S. 350, par. 10.

50. *Vaillancourt*, préc., note 36, par. 29.

Ainsi, si un accusé peut être reconnu coupable même s'il existe un doute raisonnable quant à l'*actus reus* ou à la *mens rea* propres à l'infraction, il y a violation de l'alinéa 11d) de la *Charte*.

Pour contourner l'absence totale d'élément moral, évoquée plus haut, la règle *Leary* reposait sur la prémisse voulant qu'un accusé qui consomme volontairement des substances menant à son intoxication extrême ne peut pas être considéré comme moralement innocent. C'est ce qu'énonce Lord Elwyn-Jones, dans un extrait de la décision *Director of Public Prosecutions v. Majewski* qui est repris par la majorité dans l'arrêt *Leary*⁵¹ :

If a man of his own volition takes a substance which causes him to cast off the restraints of reason and conscience, no wrong is done to him by holding him answerable criminally for any injury he may do while in that condition. His course of conduct in reducing himself by drugs and drink to that condition in my view supplies the evidence of *mens rea*, of guilty mind certainly sufficient for crimes of basic intent. It is a reckless course of conduct and recklessness is enough to constitute the necessary *mens rea* in assault cases.⁵²

Ainsi, la preuve de l'intoxication volontaire de l'accusé supplée à la preuve du caractère volontaire de l'infraction reprochée. Dans l'arrêt *Bernard*, le juge Dickson énonce que ce raisonnement « détruit la présomption d'innocence en présumant, dès lors qu'on apporte une preuve d'intoxication, l'existence d'un élément essentiel requis par l'art. 7⁵³. » Cela est d'autant plus problématique que cette « présomption de culpabilité » est irréfragable : non seulement le ministère public est dispensé de prouver l'élément moral de l'infraction, mais l'accusé ne peut pas apporter de preuve niant l'intention coupable qui lui est attribuée⁵⁴.

Le juge Sopinka, dissident dans l'arrêt *Daviault*, admet que la règle *Leary* permet de condamner un accusé même s'il existe un doute raisonnable quant à « son intention de commettre l'*actus reus* de l'infraction d'agression sexuelle »⁵⁵. Or, il nie qu'il soit nécessaire de prouver une telle intention. En effet, il soutient que l'argument

51. *Leary*, préc., note 3, par. 47.

52. *Majewski*, préc., note 11, 474-475.

53. *Bernard*, préc., note 22, par. 40.

54. *Id.*, par. 38.

55. *Daviault*, préc., note 2, par. 99.

de la majorité est fondé sur une prémisse erronée, à savoir celle de la nécessaire correspondance entre *actus reus* et *mens rea* :

Cette règle n'a pas une application universelle à titre de principe de justice fondamentale. On peut exceptionnellement satisfaire aux principes de justice fondamentale lorsque la définition de l'infraction exige que l'on prouve un état d'esprit blâmable et que le degré du caractère répréhensible ne soit pas disproportionné à la gravité de l'infraction. À mon avis, pour les motifs qui suivent, ces exigences sont respectées en l'espèce et, étant donné l'historique de la règle de l'arrêt *Leary* et de son rôle social sous-jacent, il y a lieu de faire une exception afin d'en tenir compte.⁵⁶

Par conséquent, la preuve de l'intoxication volontaire pourrait suffire à prouver l'élément moral nécessaire pour toute infraction d'intention générale.

Or, dans l'arrêt *Bernard*, la juge Wilson faisait remarquer qu'une substitution de la *mens rea* ne peut avoir lieu qu'à l'intérieur de « limites très strictes »⁵⁷. En effet, suivant *R. c. Vaillancourt*, la substitution d'un élément essentiel n'est conforme aux exigences constitutionnelles que s'il est déraisonnable de douter de l'existence de cet élément une fois l'élément substitué prouvé hors de tout doute raisonnable⁵⁸. Selon le juge Cory dans *Daviault*, la substitution qu'opère la règle *Leary* ne satisfait pas à cette exigence : « La consommation d'alcool ne peut tout simplement pas entraîner inexorablement la conclusion que l'accusé possédait l'élément moral requis pour commettre l'agression sexuelle, ou tout autre crime⁵⁹. » Bien qu'il concède que le droit criminel n'exige pas une parfaite correspondance entre l'*actus reus* et la *mens rea*, le juge Cory souligne que la *mens rea* doit tout de même être un élément d'intention qui se rapporte à l'*actus reus* de l'infraction reprochée⁶⁰. Il doit donc y avoir un lien entre ces deux éléments. Ainsi, même en supposant que l'intoxication volontaire soit moralement répréhensible, ce lien fait défaut dans l'application stricte de la règle *Leary*, car la consommation d'alcool n'entraîne pas en

56. *Id.*, par. 103.

57. *Bernard*, préc., note 22, par. 95.

58. *Vaillancourt*, préc., note 36, par. 32 ; voir aussi *R. c. Whyte*, [1988] 2 R.C.S. 3, par. 33.

59. *Daviault*, préc., note 2, par. 42.

60. *Id.*, par. 46.

elle-même la perpétration d'une infraction : selon la majorité, elle ne rend même pas *prévisible* la commission d'une infraction⁶¹. Par conséquent, la règle *Leary* porte atteinte à l'alinéa 11d) de la *Charte*, car son application rend suffisant à titre d'élément moral d'une infraction un substitut duquel cet élément ne peut être inexorablement déduit : la règle a donc pour effet de dispenser le ministère public de prouver hors de tout doute raisonnable un élément essentiel de l'infraction.

Il ressort des jugements portant sur la constitutionnalité de l'article 33.1 C.cr. que cette disposition porte également atteinte à la présomption d'innocence. En effet, l'article 33.1 C.cr. fait appel au même mécanisme de substitution : il vise simplement une catégorie plus restreinte d'infractions. Il convient toutefois de noter que le lien entre l'intoxication et la violence, que la majorité dans *Daviault* a jugé inapte à fonder une substitution de l'élément moral, a fait l'objet d'une étude approfondie en vue de l'adoption de l'article 33.1 C.cr.⁶². Néanmoins, comme l'explique le juge Paciocco dans l'arrêt *Sullivan*, la corrélation reste largement insuffisante dans la mesure où la preuve de l'intoxication volontaire ne peut être considérée comme entraînant la preuve de l'intention de commettre les voies de fait reprochées à l'accusé :

The materials before us from the Standing Committee that was considering Bill C-72 emphasize the correlation between intoxication (particularly alcohol intoxication) and violence, and that link cannot be questioned. However, that link falls far short of showing that those who become intoxicated intend to commit assaults. By enabling the Crown to prove voluntary intoxication instead of intention to assault, s. 33.1 relieves the Crown of its burden of establishing all the elements of the crimes for which Mr. Chan was prosecuted, contrary to s. 11(d) of the Charter.⁶³

Cette conclusion fait consensus au sein de tribunaux canadiens : il ne fait aucun doute que l'article 33.1 C.cr. porte atteinte à l'alinéa 11d) de la *Charte*.

61. *Id.*, par. 45.

62. *S.N.*, préc., note 47, par. 62-65 ; *Sullivan*, préc., note 4, par. 78.

63. *Sullivan*, préc., note 4, par. 78.

1.4 L'article 33.1 du *Code criminel* face à l'article premier de la *Charte*

Comme les tribunaux canadiens s'entendent pour dire que l'article 33.1 C.cr. porte atteinte à l'article 7 et à l'alinéa 11d) de la *Charte*, la réelle question à laquelle la Cour suprême devra répondre sera celle de la justification de ces violations en vertu de l'article premier de la *Charte*. En effet, une fois une atteinte *prima facie* à la *Charte* constatée, la Couronne doit justifier cette violation en démontrant qu'elle poursuit un objectif substantiel et que la mesure attentatoire adoptée pour poursuivre cet objectif est proportionnelle : c'est là le cadre d'analyse établi par la Cour suprême dans *R. c. Oakes*⁶⁴. Pour être proportionnelle, une mesure doit avoir un lien rationnel avec l'objectif poursuivi, elle doit constituer une atteinte minimale aux droits de la *Charte*, et ses effets préjudiciables doivent être proportionnés par rapport à ses bénéfices⁶⁵.

Il est généralement reconnu qu'une violation des droits conférés par l'article 7 de la *Charte* est très difficile à justifier en vertu de l'article premier⁶⁶. Dans l'arrêt *Daviault*, le juge Cory a énoncé ce qui suit :

[...] le fait de nier qu'un élément moral même très minime est requis pour l'infraction d'agression sexuelle enfreint la *Charte* d'une manière tellement draconienne et tellement contraire aux principes de justice fondamentale qu'il ne peut être justifié en vertu de l'article premier de la *Charte*.⁶⁷

Appliquant l'approche préconisée dans l'arrêt *R. c. Swain*⁶⁸ lorsqu'une règle de *common law* enfreint la *Charte*, la Cour dans *Daviault* a formulé une nouvelle règle sans en dire plus relativement à l'article premier de la *Charte*. Cette brève analyse, qualifiée de « rudimentaire » par la professeure Isabel Grant⁶⁹, ne pourrait suffire à l'analyse d'une règle d'origine législative. En

64. *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, par. 69-70.

65. *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, par. 130, ci-après « *RJR-MacDonald Inc.* ».

66. *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (Colombie-Britannique)*, préc., note 34, par. 84.

67. *Daviault*, préc., note 2, par. 47.

68. [1991] 1 R.C.S. 933.

69. Isabel GRANT, « Second chances: Bill C-72 and the Charter », (1995) 33 *Osgoode Hall L.J.* 379, 400.

effet, les tribunaux saisis de la constitutionnalité de l'article 33.1 C.cr. ont traité plus longuement de l'article premier de la *Charte* et ont énoncé être tenus à une certaine déférence envers le Parlement : cela peut justifier l'adoption d'une approche plus souple dans l'analyse de l'article 33.1 C.cr. comparativement à l'analyse de la règle *Leary*, une règle de *common law*⁷⁰.

Un autre élément pouvant influencer sur l'issue du test d'*Oakes* est la décision *Canada (Procureur général) c. Bedford*⁷¹, rendue après l'arrêt *Daviault*. En effet, cet arrêt précise l'interaction entre l'article 7 de la *Charte* et son article premier. La Cour suprême y a expliqué que dans l'analyse des principes de justice fondamentale que commande l'article 7 de la *Charte*, il n'est question que de l'atteinte aux droits de l'individu invoquant la violation de son droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de sa personne. Si on y considère la proportionnalité de la mesure, c'est donc seulement en ce qui a trait aux droits de cet individu⁷². Au regard de l'article premier, toutefois, il convient de tenir compte des effets salutaires de la disposition contestée pour la société en général. La Cour suprême précise qu'à cet égard, les considérations peuvent être tant qualitatives que quantitatives, et le Procureur général peut « présenter une preuve relevant des sciences humaines ainsi que le témoignage d'experts qui justifient les répercussions d'une disposition sur l'ensemble de la société »⁷³. En ce sens, l'arrêt *Bedford* modifie la position traditionnelle voulant que les droits garantis à l'article 7 de la *Charte* sont si importants que leur violation ne peut être réconciliée avec les valeurs d'une société libre et démocratique. Dans les mots du professeur Steve Coughlan : « Sometimes Parliament is allowed to say to a *Charter* applicant “this violates your rights, and we know it violates your rights, but that is worth it for the benefits it brings to many other people”⁷⁴. » Ainsi, on pourrait croire que même une violation « draconienne » des droits individuels de l'accusé pourrait, si ses effets salutaires pour le public sont suffisamment probants, être rachetée par l'article premier de la *Charte*. Les impératifs sociaux en jeu, comme le note le professeur Coughlan, devraient probablement être eux-mêmes ancrés

70. *RJR-MacDonald Inc.*, préc., note 65, par. 135.

71. 2013 CSC 72, ci-après « *Bedford* ».

72. *Id.*, par. 125.

73. *Id.*, par. 126.

74. Steve COUGHLAN, « *Sullivan*: Can a Section 7 Violation Ever Be Saved Under Section 1? », (2020) 63 C.R. 157, 158.

dans d'autres valeurs constitutionnelles⁷⁵ : néanmoins, il s'agit d'un élément important à considérer dans l'étude de l'article 33.1 C.cr.

La proportionnalité d'une disposition n'étant mesurée qu'en rapport avec un objectif législatif jugé suffisamment important, il convient d'abord de s'attarder aux objectifs législatifs visés par l'article 33.1 C.cr. Notons que dans *Daviault*, le juge Cory a énoncé relativement à la règle *Leary* qu'en raison de la rareté des cas où l'intoxication extrême peut être invoquée avec succès, « il n'existe aucune politique urgente ni aucun objectif impérieux dont il faut tenir compte »⁷⁶. Or, l'article 33.1 C.cr. étant d'origine législative, le Parlement a pu énoncer les objectifs de sa disposition. Le préambule de la *Loi modifiant le Code criminel (intoxication volontaire)* énonce notamment :

que le Parlement du Canada considère, comme les Canadiens, que celui qui porte atteinte à l'intégrité physique d'autrui alors qu'il est dans un état d'intoxication volontaire est blâmable et qu'une telle conduite devrait engager sa responsabilité criminelle ;

que le Parlement du Canada entend promouvoir et assurer la protection des droits que les articles 7, 11, 15 et 28 de la *Charte canadienne des droits et libertés* garantissent à tous, notamment aux victimes et aux victimes potentielles des actes de violence ;

que le Parlement du Canada estime nécessaire de fonder, dans la législation, la responsabilité criminelle par rapport à l'intoxication volontaire et aux infractions d'intention générale mettant en cause la violence.⁷⁷

Deux objectifs principaux ressortent de ce préambule⁷⁸. Le premier touche la protection des femmes et des enfants contre la violence, et la promotion du droit à l'égalité et à la sécurité de la personne. Le second vise à retenir la responsabilité criminelle de ceux qui causent un préjudice corporel à autrui alors qu'ils sont en état d'intoxication volontaire. Ces objectifs ont été traités dif-

75. *Id.*

76. *Daviault*, préc., note 2, par. 47.

77. *Loi modifiant le Code criminel (intoxication volontaire)*, projet de loi C-72 (sancionné – 13 juillet 1995), 1^{re} sess., 34^e légis. (Can.).

78. Voir *Sullivan*, préc., note 4, par. 100.

féremment par les tribunaux canadiens, tant relativement à leur portée qu'à leur caractère urgent et substantiel.

Ainsi, certains tribunaux ont interprété très restrictivement l'objectif poursuivi par l'article 33.1 C.cr. et ont conclu que celui-ci ne cherchait qu'à retirer la défense rendue disponible par l'arrêt *Daviault* : ils ont donc considéré que l'article 33.1 C.cr. n'était motivé par aucun objectif suffisamment impérieux⁷⁹. D'autres ont adopté une vision plus large et ont accepté les objectifs tels qu'ils sont énoncés dans le préambule du projet de loi C-72 : dans ces décisions, la juge Spies dans *R. v. McCaw* note que la constitutionnalité de l'article 33.1 C.cr. a été confirmée⁸⁰. Le juge Paciocco de la Cour d'appel d'Ontario, qui explique l'importance de ne pas exagérer ni diminuer l'objectif législatif d'une disposition⁸¹, décrit comme suit les deux objectifs poursuivis par le Parlement :

(1) to hold individuals who are in a state of automatism due to self-induced intoxication accountable for their violent acts [the "accountability purpose"] ; and (2) to protect potential victims, including women and children, from violence-based offences committed by those who are in a state of automatism due to self-induced intoxication [the "protective purpose"].⁸²

Ainsi, il est erroné de limiter l'objectif de l'article 33.1 C.cr. à l'annulation de la règle *Daviault*, mais il est également incorrect de formuler les objectifs en termes trop généraux : l'article 33.1 C.cr. ne s'attaque qu'à la violence faite par des individus en état d'automatisme causé par leur intoxication volontaire, et la formulation des objectifs doit refléter cette portée limitée.

Bien qu'il concède qu'il s'agisse d'un des objectifs de la disposition, le juge Paciocco nie que le « accountability purpose » puisse constituer un objectif législatif valable. En effet, comme il est inconstitutionnel de retenir la responsabilité criminelle sans requérir la preuve d'un élément moral minimal, cet objectif est

79. Voir *R. v. McCaw*, 2018 ONSC 3464, par. 129-131, ci-après « *McCaw* », et *R. v. Dunn*, [1999] O.J. No. 5452 (Ct. of J.) (LAd/QL), par. 40 ; *R. v. Brenton*, [1999] N.W.T.J. No. 113 (S.C.) (Lad/QL), par. 102-104, ci-après « *Brenton* ».

80. *McCaw*, préc., note 79, par. 118.

81. *Sullivan*, préc., note 4, par. 106-108.

82. *Id.*, par. 111.

en lui-même contraire à la *Charte*⁸³. De plus, toute législation criminelle a pour but de rendre un individu imputable pour une certaine conduite : on ne peut considérer qu'un tel objectif puisse systématiquement satisfaire au critère de l'objectif substantiel⁸⁴. C'est donc par rapport à l'objectif de protection que la majorité de la Cour d'appel de l'Ontario a analysé la proportionnalité de l'article 33.1 C.cr.

Au regard des critères relatifs à la proportionnalité, le juge Paciocco a considéré qu'il n'existait aucun lien rationnel entre l'article 33.1 C.cr. et la protection des plus vulnérables contre la violence perpétrée par les individus intoxiqués. Ce lien, s'il existait, devrait nécessairement reposer sur le caractère dissuasif de la disposition. Or, le bon sens dicte qu'un individu ne sera pas moins enclin à consommer des substances intoxicantes du fait que, dans l'éventualité où il se retrouverait en état d'intoxication extrême et poserait un geste violent, sa responsabilité criminelle serait retenue aux termes de l'article 33.1 C.cr.⁸⁵. Le juge deWit, dans *R. v. M.W.B.*, a toutefois accepté la possibilité que l'article ait un effet dissuasif⁸⁶. La professeure Grant note qu'*idéalement*, l'article 33.1 C.cr. aurait un effet dissuasif, mais avance également le fait qu'il puisse encourager les victimes à dénoncer la violence qu'elles subissent⁸⁷. Le lien rationnel ainsi défini entre la protection des victimes et l'article 33.1 C.cr. semble ténu : la majorité de la Cour d'appel de l'Ontario nie d'ailleurs que la mince possibilité qu'un agresseur soit acquitté en raison de la règle *Daviault* puisse décourager la dénonciation de la violence⁸⁸.

Se pose alors la question de l'atteinte minimale. Ceux qui soutiennent que l'article 33.1 C.cr. est constitutionnel soulèvent généralement le caractère plus limité de sa portée : contrairement à la règle *Leary*, il ne vise pas toutes les infractions d'intention générale, mais seulement celles impliquant de la violence⁸⁹. Dans *Sullivan*, le juge Paciocco note toutefois qu'il ne s'agit pas là d'un

83. *Id.*, par. 114.

84. *Id.*, par. 115.

85. *Id.*, par. 121.

86. *M.W.B.*, préc., note 46, par. 58.

87. I. GRANT, préc., note 69, 405-406.

88. *Sullivan*, préc., note 4, par. 156.

89. Voir notamment I. GRANT, préc., note 69, 407 ; *Dow*, préc., note 47, par. 144 ; *Vickberg*, préc., note 47, par. 97 ; *Dcaire*, préc., note 47, par. 15-16.

signe que le Parlement ait voulu limiter la portée de la mesure. Considérant que l'objectif invoqué est la protection des personnes vulnérables contre la violence : « The mischief Parliament set out to address is covered completely⁹⁰. » Au contraire, l'article 33.1 C.cr. ratisse large : il s'applique à tous ceux qui se retrouvent en état d'intoxication extrême par la consommation volontaire d'alcool ou de drogues, sans égard à la quantité ou à la nature de la substance consommée. Cela inclut ceux qui deviennent intoxiqués à la suite de la consommation de la médication prescrite par un médecin et ceux qui s'intoxiquent lors d'une tentative de suicide : c'est ce que relève la majorité de la Cour dans *Sullivan*, faisant référence à la consommation de Wellbutrin par M. Sullivan alors qu'il tentait de s'enlever la vie⁹¹. De manière plus générale, l'article 33.1 C.cr. s'applique à ceux qui consomment une quantité minimale d'alcool ou de drogues, alors même que les effets de ces substances ne pouvaient être prédits. En effet, suivant l'arrêt *R. v. Chaulk*, les tribunaux considèrent qu'il y a intoxication volontaire dès que l'accusé consomme volontairement une substance et qu'il sait, ou doit savoir, que cette substance risque de l'intoxiquer⁹². À cet égard, la Cour dans *R. v. M.W.B.* fait les remarques suivantes :

In today's society, the use of illegal drugs by young people has become much more prevalent. The use of these drugs can be unpredictable. The amount of intoxication, from such drugs is not necessarily dependent on the amount consumed. According to section 33.1 the circumstances of the offence and the offender matters not when self-induced intoxication renders the person unaware or incapable of consciously controlling their behaviour. The level of moral culpability under s. 33.1 is irrelevant even though the circumstances of the offence and the offender could be very different.⁹³

Le fait que l'article 33.1 C.cr. ne différencie pas entre ceux qui consomment volontairement une quantité de substance dont ils savent qu'elle pourrait avoir des effets extrêmes et ceux qui subissent les effets non anticipés d'une quantité minimale de stupéfiants empêche donc l'article 33.1 C.cr. de satisfaire au critère de l'atteinte minimale. Par ailleurs, la majorité dans *Sullivan* soulève que lorsque l'article 33.1 C.cr. est applicable, les droits

90. *Sullivan*, préc., note 4, par. 128.

91. *Id.*, par. 129.

92. *R. v. Chaulk*, 2007 NSCA 84, par. 47, ci-après « *Chaulk* ».

93. *M.W.B.*, préc., note 46, par. 76.

constitutionnels des accusés ne sont pas « merely infringed or compromised » : ils sont « denied entirely »⁹⁴.

Au stade de l'atteinte minimale, plusieurs tribunaux ont traité des autres options qui s'offraient au Parlement, même s'il est établi que celui-ci n'a pas à adopter la mesure disponible la moins attentatoire⁹⁵. Dans *R. v. S.N.*, la Cour se dit satisfaite de la preuve démontrant que le Parlement a considéré les autres solutions législatives avant de conclure qu'elles ne permettaient pas d'atteindre aussi efficacement son objectif⁹⁶. La Cour d'appel, dans *Sullivan*, juge plutôt que la Couronne n'a pas démontré qu'elle était fondée à rejeter d'autres solutions moins attentatoires⁹⁷. Gerry Ferguson, dans son article « The Intoxication Defense: Constitutionally Impaired and in Need of Rehabilitation », émettait la prédiction suivante :

In my opinion, if the Supreme Court accepts the view that there is another reasonable alternative open to Parliament to achieve its objectives of denunciation of the offender's conduct and protection of society, especially women and children, from drunken violence, without any impairment of section 7 or section 11(d), then section 33.1 is bound to fail the minimal impairment test in section 1 of the Charter.⁹⁸

Les principales solutions de rechange à l'article 33.1 C.cr. seront abordées dans la prochaine partie : nous regarderons dans quelle mesure elles permettent de diminuer, voire d'éliminer, les atteintes aux droits de la *Charte*.

Relativement au caractère proportionnel de l'article 33.1 C.cr., dont l'analyse constitue la dernière étape du test d'*Oakes*, les tribunaux pondèrent les effets salutaires de la disposition et ses effets négatifs⁹⁹. À ce jour, la Cour d'appel de l'Ontario ainsi que huit cours de première instance ont considéré que l'article 33.1 C.cr. était inconstitutionnel¹⁰⁰. Sept cours ont plutôt considéré que la

94. *Sullivan*, préc., note 4, par. 130.

95. *RJR-MacDonald Inc.*, préc., note 65, par. 96.

96. *S.N.*, préc., note 47, par. 78-79.

97. *Sullivan*, préc., note 4, par. 131.

98. Gerry FERGUSON, « The Intoxication Defense: Constitutionally Impaired and in Need of Rehabilitation », (2012) 57 *S.C.L.R.* 111, 137.

99. *Sullivan*, préc., note 4, par. 144.

100. *Sullivan*, préc., note 4 ; *M.W.B.*, préc., note 46 ; *McCaw*, préc., note 79 ; *R. v. Dunn*, préc., note 79 ; *Brenton*, préc., note 79 ; *R. v. Flemming*, 2010 ONSC 8022 ; *R.*

Couronne avait réussi à démontrer que les atteintes aux droits de la *Charte* étaient justifiées¹⁰¹. Il appartient maintenant à la Cour suprême de se prononcer sur cette question. Dans l'éventualité où elle confirmerait le jugement de la Cour d'appel dans *Sullivan*, il appartiendra au législateur de trouver un autre moyen que l'article 33.1 C.cr. pour encadrer l'intoxication volontaire – à moins qu'il ne décide d'accepter que celle-ci soit régie par la règle énoncée dans l'arrêt *Daviault*.

2. LES SOLUTIONS DE RECHANGE À L'ARTICLE 33.1 DU CODE CRIMINEL : ENCADRER L'INTOXICATION VOLONTAIRE DE MANIÈRE CONFORME AUX PRINCIPES CONSTITUTIONNELS

Ayant regardé en quoi le fait d'interdire la défense d'intoxication volontaire pour toute infraction d'intention générale compromettant l'intégrité physique d'autrui porte atteinte à la *Charte* et en quoi cette atteinte peut ou non être justifiée au regard de l'article premier, il convient de s'attarder aux choix qui s'offriraient au législateur si la Cour suprême déclarait inconstitutionnel l'article 33.1 C.cr. Il serait alors évidemment possible pour le législateur de ne pas agir et d'accepter que la règle *Daviault* constitue l'état du droit en matière d'intoxication volontaire. Une autre possibilité serait de modifier l'article 33.1 C.cr. pour restreindre son application aux cas où l'intoxication extrême est prévisible, ce qui répondrait à certaines critiques de la disposition sans pour autant changer complètement de régime. Enfin, il pourrait s'agir d'une opportunité d'adopter une nouvelle approche en criminalisant l'intoxication dangereuse. Pour ce faire, le législateur pourrait créer une infraction générale d'intoxication dangereuse, ou créer une infraction incluse punissant la commission involontaire de gestes constituant une infraction criminelle. Cette infraction n'entrerait en jeu qu'une fois qu'il est établi qu'en raison de son intoxication volontaire, l'accusé ne peut être reconnu coupable de l'infraction principale qu'on lui reproche : il s'agit selon nous de l'approche la plus souhaitable.

v. *Jensen*, [2000] O.J. No. 4870 (S.C.J.) (LAd/QL) ; *R. v. Brown*, 2020 ABQB 166, ci-après « *Brown* » ; *R. v. Yag*, 2021 ABQB 90, ci-après « *Yag* ».

101. *S.N.*, préc., note 46 ; *Dcaire*, préc., note 46 ; *Dow*, préc. note 47 ; *Vickberg*, préc. note 47 ; *R. v. Chan*, 2018 ONSC 3849 ; *R. v. Robb*, 2019 SKQB 295, ci-après « *Robb* » ; *R. v. B.J.T.*, 2000 SKQB 752, ci-après « *B.J.T.* ».

2.1 Le retour à la règle *Daviault* : une solution acceptable ?

Si la Cour suprême invalidait l'article 33.1 C.cr., la disponibilité de la défense d'intoxication volontaire serait régie, en l'absence d'une nouvelle intervention du législateur, par la règle énoncée dans l'arrêt *Daviault*. Il serait surprenant, considérant l'urgence avec laquelle le législateur a agi à la suite de *Daviault*, que celui-ci accepte l'application de la règle qui y est énoncée. Néanmoins, il demeure intéressant d'aborder brièvement cette possibilité.

Une considération importante de l'opinion majoritaire dans *Daviault* était la notion que la défense d'intoxication pourrait rarement être plaidée avec succès. Cet argument est d'ailleurs renforcé par la décision de la majorité d'imposer à l'accusé le fardeau de prouver selon la prépondérance des probabilités qu'il se trouvait dans un état d'intoxication extrême s'apparentant à l'automatisme ou à l'aliénation mentale : cette preuve requiert le témoignage d'un expert¹⁰². Le juge Cory avait par ailleurs relevé qu'en Australie, depuis qu'il avait été décidé que la preuve d'intoxication volontaire était toujours pertinente pour déterminer si l'accusé avait l'élément moral requis pour commettre, le nombre d'acquittements découlant d'une preuve d'intoxication extrême restait minime¹⁰³. La solution de l'arrêt *Daviault*, moins permissive que la règle australienne, ne pouvait donc en principe entraîner un nombre élevé d'acquittements.

Les tribunaux saisis de la question de la constitutionnalité de l'article 33.1 C.cr. ont continué de soulever le rare succès de la défense d'intoxication¹⁰⁴. Il est intéressant de noter que cet énoncé ne semble pas contesté par la Couronne : dans *R. v. S.N.* par exemple, le ministère public soutient que cet argument joue aussi en sa faveur, car il implique que l'article 33.1 C.cr. ne prive effectivement les individus de la défense d'intoxication que dans de rares cas¹⁰⁵. De manière similaire, la rare incidence de la défense d'intoxication sert à justifier que l'article 33.1 C.cr. satisfait au

102. *Daviault*, préc., note 2, par. 47.

103. *Id.*, par. 57-58 ; la règle australienne est issue de l'arrêt de la Haute Cour d'Australie *R. v. O'Connor*, [1980] HCA 17.

104. Voir par exemple *Sullivan*, préc., note 4, par. 137 ; *R. v. McCaw*, préc., note 79, par. 129 ; *M.W.B.*, préc., note 46, par. 86.

105. *S.N.*, préc., note 47, par. 98.

critère de l'atteinte minimale dans *R. v. Robb*¹⁰⁶. Les statistiques jurisprudentielles relevées par Florence Ashley donnent une idée du rare succès qu'aurait la défense d'intoxication sous le régime de *Daviault* : entre 1995 et 2020, seuls quatre accusés ont été acquittés à la suite d'une déclaration de l'inconstitutionnalité de l'article 33.1 C.cr. ou l'auraient été n'eût été la reconnaissance par le juge saisi de leur cause de la constitutionnalité de la disposition¹⁰⁷. Deux autres accusés auraient été acquittés si l'article 33.1 C.cr. n'avait pas été appliqué¹⁰⁸. Il convient de noter, considérant les préoccupations ayant mené à l'adoption de la disposition, qu'un seul de ces cas impliquait une accusation d'infraction sexuelle¹⁰⁹. Évidemment, il est difficile d'évaluer le succès qu'aurait pu avoir la défense d'intoxication dans tous les cas où la constitutionnalité de l'article 33.1 C.cr. n'a pas été abordée. Néanmoins, comme le note Ashley, ces nombres semblent correspondre aux observations faites par la majorité dans *Daviault* quant à la rare incidence de la défense d'intoxication volontaire et à son encore plus rare succès¹¹⁰.

Par ailleurs, depuis l'arrêt *Daviault*, la possibilité de plaider la défense d'intoxication est freinée par une nouvelle preuve scientifique remettant en question la notion d'automatisme induit par l'alcool. En effet, au cours des travaux ayant mené à l'adoption de l'article 33.1 C.cr., le Parlement a entendu une vaste preuve scientifique. Dans le préambule du projet de loi C-72, le législateur fait référence à « l'existence de preuves scientifiques selon lesquelles la consommation de la plupart des substances intoxicantes, dont l'alcool, n'a pas en soi pour effet de faire en sorte qu'une personne agisse de façon involontaire »¹¹¹. La Couronne a invoqué cette preuve devant plusieurs tribunaux. Ainsi, dans *Dow v. R.*, la Cour a accepté la preuve d'expert voulant que l'alcool seul ne peut induire un état d'automatisme¹¹². Dans *Sullivan*, la majorité note que si M. Daviault n'était pas décédé avant la tenue du nouveau procès ordonné par la Cour suprême, il aurait pu être déclaré coupable

106. *Robb*, préc., note 101, par. 50.

107. Florence ASHLEY, « Nuancing Feminist Perspectives on the Voluntary Intoxication Defence », (2020) 43 *Man. L.J.* 65, 76 ; les décisions en question sont *Sullivan*, préc., note 4 ; *Brown*, préc., note 100 ; *R. v. Vickberg*, préc., note 47 et *B.J.T.*, préc., note 101.

108. *R. c. Bouchard-Lebrun*, 2011 CSC 58, ci-après « *Bouchard-Lebrun* », et *R. c. Côté*, 2013 QCCQ 4485.

109. *B.J.T.*, préc., note 101.

110. F. ASHLEY, préc., note 107, 78.

111. *Loi modifiant le Code criminel (intoxication volontaire)*, préc., note 77.

112. *Dow*, préc., note 47, par. 100-101.

si le ministère public avait présenté une telle preuve¹¹³. Si cette notion s'intégrait effectivement à la *common law*, la défense permise par l'arrêt *Daviault* ne serait ouverte qu'aux cas où l'intoxication extrême est due à la consommation de drogue.

Ainsi, la défense d'intoxication serait plus restreinte que sous la règle *Daviault*, mais elle resterait disponible dans les cas où son indisponibilité a le plus choqué les critiques de l'article 33.1 C.cr. En effet, l'une des failles fréquemment relevées par rapport à cette disposition réside en l'absence d'exception pour les cas où le caractère extrême de l'intoxication est imprévisible : comme le note la Cour dans *R. v. M.W.B.*, les effets des drogues, surtout celles acquises illégalement, sont particulièrement imprévisibles¹¹⁴. À ce titre, le cas de M. Chan constitue un malheureux exemple : élève de l'école secondaire, il a agi sous l'emprise d'une psychose toxique après avoir consommé des « magic mushrooms », substance qu'il avait auparavant consommée sans conséquences semblables¹¹⁵. Outre l'imprévisibilité des effets de certaines drogues, la profonde déconnexion avec la réalité qui caractérise les psychoses toxiques rend l'imputabilité de ceux qui la subissent d'autant plus difficile à accepter. Relativement à l'application de l'article 33.1 C.cr. à M. Chan et à M. Sullivan, Florence Ashley écrit que « the similarity of the facts to many cases leading to a verdict of not criminally responsible on account of mental disorder brings to the forefront the relation that section 33.1 entertains with the criminalization of mental health »¹¹⁶.

En effet, lorsqu'elle a confirmé l'application de l'article 33.1 C.cr. à un cas de psychose toxique résultant de la consommation d'ecstasy, la Cour suprême dans *R. c. Bouchard-Lebrun* a énoncé que cet article s'applique, et ce, peu importe la gravité des effets de l'intoxication volontaire : la psychose toxique ne fait pas exception¹¹⁷. C'est ce que déplore le professeur Archibald Kaiser lorsqu'il écrit :

What is lamentable about the status quo exemplified by *Bouchard-Lebrun* is that the country seems willing to countenance the convic-

113. *Sullivan*, préc., note 4, par. 137.

114. *M.W.B.*, préc., note 46, par. 76.

115. *Sullivan*, préc., note 4, par. 15.

116. F. ASHLEY, préc., note 107, 80.

117. *Bouchard-Lebrun*, préc., note 108, par. 91.

tion and punishment of offenders who are admittedly entirely unaware of the moral and legal significance of their actions, owing to a level of intoxication which is so extreme that everyone agreed that his condition truly amounted to a form of insanity.¹¹⁸

Si la règle *Daviault* était rétablie sous réserve de l'exclusion des cas où l'état d'automatisme est induit uniquement par l'alcool, la disponibilité de la défense d'intoxication volontaire serait plus restreinte que ce qui était initialement envisagé par la Cour suprême, tout en restant disponible pour les accusés comme Chan, Sullivan et Bouchard-Lebrun. Il pourrait s'agir d'une solution plus acceptable tant pour les critiques de l'arrêt *Daviault* que pour les critiques de l'article 33.1 C.cr.

Cette restriction resterait néanmoins insatisfaisante aux yeux de ceux qui considèrent que les intérêts des victimes ont été mis de côté au profit des droits des accusés. La professeure Heather Macmillan-Brown critique notamment le message que l'arrêt *Daviault* envoie aux victimes : elle note que la violence subie par celles-ci est déplorable, que leur agresseur ait été intoxiqué ou non¹¹⁹. Peu importe, selon elle, le rare succès de la défense d'intoxication : « any drips from the leaky faucet of Canadian law will be a blemish on our society »¹²⁰. Bien que le fait de reconnaître un individu coupable d'une infraction qu'il n'a pas commise volontairement ne devrait pas être la manière d'obtenir justice, il nous apparaît légitime de souhaiter pallier l'absence de solution de rechange dans les cas où la défense d'intoxication volontaire réussit. On peut ici noter que contrairement au régime applicable à la non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux, la défense d'intoxication volontaire mène à un acquittement pur et simple : il n'est pas question de libération conditionnelle ou de détention à des fins de traitement¹²¹. Cela est tout à fait normal, étant donné que ces modalités ne sont généralement pas appropriées pour les individus

118. H. Archibald KAISER, « Bouchard-Lebrun : Unduly Limiting Toxic Psychosis and Reigniting the Dangerous Intoxication Debate », (2012) 89 C.R. 68, p. 4 (PDF) (Westlaw).

119. Heather MACMILLAN-BROWN, « No Longer Leary about Intoxication: In the Aftermath of R. v. Daviault », (1995) 59 Sask. L. Rev. 311, 329.

120. *Id.*, 331.

121. Art. 672.54 C.cr.

ayant posé un acte isolé et involontaire¹²². Or, l'acquittement total, lorsqu'un individu s'attaque à autrui et invoque comme défense un état qu'il s'est lui-même induit, choque. En effet, si l'intoxication volontaire ne peut être considérée comme suffisamment blâmable pour entraîner une condamnation pour agression sexuelle, il reste qu'on peut se demander si elle devrait exonérer ceux qui posent des gestes violents de *toute* condamnation criminelle. Nous sommes en ce sens d'accord avec la professeure Michelle S. Lawrence lorsqu'elle écrit :

It is truly disquieting to think that an accused person could escape criminal liability for acts of violence because of a mental state that they induced willingly or by their own recklessness. The question is not whether Parliament or the courts are justified in holding these individuals to account under the criminal law, but how they might properly do so.¹²³

C'est ce que défendent également les professeurs Plaxton et Mathen, qui considèrent que malgré les problèmes constitutionnels de la disposition, les « instincts moraux » qui sous-tendent l'article 33.1 C.cr. sont légitimes et ne devraient pas être mis de côté par le Parlement en cas de revers devant la Cour suprême¹²⁴. Par ailleurs, considérant la rapidité et la force avec lesquelles le Parlement a réagi pour contrer la règle énoncée dans l'arrêt *Daviault*, il est difficile d'imaginer qu'il déciderait de ne pas intervenir si l'application de cette règle était rétablie pour les crimes portant atteinte à l'intégrité physique des individus.

2.2 L'article 33.1 du *Code criminel* modifié : tenir compte de la prévisibilité objective de l'intoxication extrême

Si le Parlement refusait que la règle *Daviault* constitue l'état du droit en matière d'intoxication volontaire, il pourrait également tenter d'assouplir l'article 33.1 C.cr. afin de tenir compte de

122. Notons que le Parlement avait considéré la possibilité d'opter pour un verdict spécial en cas de non-responsabilité criminelle due à l'intoxication volontaire : Voir I. GRANT, préc., note 69, 384-385.

123. Michelle S. LAWRENCE, « Voluntary intoxication and the *Charter*: Revisiting the Constitutionality of Section 33.1 of the *Criminal Code* », (2017) 40 *Man. L.J.* 391, 422.

124. Michael PLAXTON et Carissima MATHEN, « What's Right with Section 33.1 », (2021) 25 *R.C.D.P.* 255, 257.

la prévisibilité du caractère extrême de l'intoxication volontaire. En effet, une des lacunes de l'article 33.1 C.cr. a trait à l'absence d'exception pour ceux qui non seulement ne voulaient pas s'induire un état d'intoxication extrême, mais ne pouvaient pas non plus prévoir de se retrouver dans un tel état. Le paragraphe 33.1(2) C.cr. définit comme un écart marqué avec la norme de diligence raisonnable le fait pour une personne de porter atteinte à l'intégrité physique d'autrui « alors qu'elle est dans un état d'intoxication volontaire qui la rend incapable de se maîtriser consciemment ou d'avoir conscience de sa conduite ». Or, pour que l'intoxication soit dite volontaire, il suffit que l'individu ait su, ou aurait dû savoir, que la substance qu'il consommait pourrait l'intoxiquer¹²⁵, peu importe s'il était prévisible que la substance consommée rende l'individu « incapable de se maîtriser consciemment ». La simple conscience du fait qu'une substance ait des effets intoxicants constitue un état d'esprit qui peut difficilement être considéré comme fautif, surtout s'il s'agit de substances dont la consommation est permise au Canada. On ne peut donc pas affirmer que toute intoxication volontaire, dans l'éventualité où elle entraînerait les conséquences malheureuses que sont l'état d'intoxication extrême et la commission d'une infraction d'intention générale mettant en jeu de la violence, constitue un écart marqué avec la norme de diligence raisonnable généralement acceptée dans la société canadienne. Comme l'intoxication légère ne peut être considérée comme un écart marqué avec la norme de diligence raisonnable et que « moral fault cannot come from a consequence alone »¹²⁶, il s'ensuit que lorsque l'intoxication extrême n'est aucunement prévisible, l'application de l'article 33.1 C.cr. est particulièrement problématique.

C'est pourquoi Michelle S. Lawrence suggère que les tribunaux, à défaut de déclarer l'article 33.1 C.cr. inconstitutionnel, restreignent eux-mêmes l'application de la disposition en exigeant que la Couronne prouve la prévisibilité objective du fait que la substance consommée puisse avoir pour effet de nier la conscience d'agir de l'accusé¹²⁷. Un tel ajustement, si l'article 33.1 C.cr. était déclaré inopérant, pourrait également être fait par le législateur. La disposition ainsi modifiée se rapprocherait plus du standard constitutionnel de faute, dans la mesure où une condam-

125. *Chaulk*, préc., note 92, par. 47.

126. *Sullivan*, préc., note 4, par. 94.

127. M.S. LAWRENCE, préc., note 123, 420.

nation dépendrait de la preuve d'une certaine négligence de la part de l'individu : celui-ci aurait choisi de se retrouver dans un état d'intoxication extrême, ou du moins de consommer une substance donnée tout en sachant qu'une telle intoxication pouvait en résulter. Comme le note la professeure Lawrence, ce standard de faute reste inférieur à ce que semblait prescrire la majorité dans *Daviault*, mais une telle approche pourrait se justifier : « Arguably [...] it is nonetheless justified on the view that states of extreme intoxication are inherently dangerous and are conditions that the reasonable person should take steps to avoid¹²⁸. » Elle suggère également, si l'on voulait élever le standard de faute d'un cran supplémentaire, d'exiger la preuve que l'individu pouvait prévoir qu'il risquait, suivant son intoxication, de s'attaquer à l'intégrité physique d'autrui¹²⁹.

Or, même suivant cette dernière proposition, le problème de la substitution demeure : si l'on pourrait alors considérer l'intoxication volontaire comme une forme de négligence pénale, il reste que cet élément de faute ne se rapporte toujours pas à l'infraction reprochée. La volonté de s'intoxiquer, même si l'on accepte qu'elle puisse être fautive, ne peut suppléer à la volonté de commettre une agression, ou tout autre type d'infraction d'intention générale¹³⁰. Par ailleurs, la majorité dans *Sullivan* a rejeté la prétention de la Couronne voulant que l'article 33.1 C.cr. crée une nouvelle façon de commettre les crimes d'intention générale qui portent atteinte à l'intégrité physique des personnes, jugeant plutôt que le libellé de la disposition énonçait clairement qu'elle retirait un moyen de défense¹³¹. Ainsi, même en décrivant un standard de faute conforme aux exigences de la négligence pénale, on ne peut valablement transposer cet élément de faute objectif à des infractions préexistantes qui requièrent un élément de faute subjectif. C'est ce qu'explique Frances E. Chapman en lien avec les cas de M. Sullivan et M. Chan :

Did they voluntarily ingest a substance that would lead to their impairment? Yes. And they would be found guilty of a crime that included impairment (like impaired driving). But instead these

128. *Id.*, 421.

129. *Id.*

130. *Daviault*, préc., note 2, par. 40 ; *Sullivan*, préc., note 4, par. 65.

131. *Id.*, par. 69-71.

were crimes of unforeseeable violence. The volition is missing and the *mens rea* is incomplete (and cannot be substituted).¹³²

Si la consommation négligente d'alcool ou de stupéfiants peut constituer une faute en droit criminel, il faut néanmoins que cet élément de faute se rapporte à un comportement qui reflète la nature de cette faute, d'où l'exemple de la conduite avec facultés affaiblies. Autrement, les exigences constitutionnelles ne peuvent être remplies. La professeure Chapman insiste donc que pour remédier au problème de l'intoxication volontaire, l'approche la plus simple en est une qui obéit sans détour aux principes de base du droit criminel, c'est-à-dire : « Absent volition and incomplete *mens rea* do not make a crime », et ce, peu importe les objectifs sociaux poursuivis et l'antipathie que peuvent inspirer chez certains des accusés comme M. Daviault¹³³. Comme la création d'une infraction nouvelle d'intoxication dangereuse permettrait selon nous de punir ceux qui posent des actes violents en état d'intoxication extrême sans compromettre ce principe, une telle approche est préférable. Pourquoi se contenter de modifier l'article 33.1 C.cr. pour atténuer les violations de la *Charte* si l'on peut concilier les droits des accusés et ceux des victimes sans enfreindre de principe constitutionnel ?

2.3 L'infraction d'intoxication dangereuse

Afin de retenir la responsabilité criminelle de ceux qui posent des gestes violents alors qu'ils sont en état d'intoxication extrême, le législateur pourrait créer une infraction d'intoxication dangereuse. C'est ce à quoi fait référence le juge Cory dans *Daviault* lorsqu'il note que « le législateur a toujours la possibilité d'adopter une disposition législative qui criminaliserait la perpétration d'un acte prohibé lorsque l'auteur est en état d'ébriété »¹³⁴. En créant une infraction qui punirait le fait de s'intoxiquer de manière à constituer un danger pour autrui, il ne serait plus question de substituer la volonté de s'intoxiquer à celle de commettre une infraction autre : l'individu étant accusé d'une infraction se rapportant à son intoxication, il devient normal que le caractère

132. Frances E. CHAPMAN, « *Sullivan*. Specific and General Intent be Damned: Volition Missing and *Mens Rea* Incomplete », (2020) 63 C.R. 164, p. 4-5 (PDF) (Westlaw).

133. *Id.*, p. 5.

134. *Daviault*, préc., note 2, par. 61.

volontaire de l'infraction soit établi par la preuve de l'intoxication volontaire. Par conséquent, si l'infraction définit un standard de faute conforme aux principes de la négligence pénale, la responsabilité d'un accusé pourrait être retenue sans entorse à l'article 7 et à l'alinéa 11d) de la *Charte*.

Dans *R. c. Hundal*, le juge Cory a énoncé que « [d]ans un contexte approprié, la négligence peut constituer au regard de l'exigence en matière de faute posée par l'art. 7 de la Charte un fondement acceptable d'une conclusion à la culpabilité »¹³⁵. Analysant les caractéristiques de l'infraction de conduite dangereuse, il a conclu au nom de la majorité qu'une norme objective de faute était convenable pour ce type d'infraction. Pour ce faire, il a considéré notamment le libellé de l'infraction, l'exigence d'un permis de conduire ainsi que le caractère usuel et automatique de la conduite qui rend difficile la preuve de l'état d'esprit subjectif de l'accusé¹³⁶. En pratique, la Cour suprême accepte de manière générale la création d'infractions de faute objective malgré l'exigence traditionnelle de la preuve d'un état d'esprit coupable subjectif à l'accusé. C'est ce que note David M. Paciocco, maintenant juge à la Cour d'appel de l'Ontario, dans un article portant sur la faute en droit criminel : « [I]f Parliament wants objective *mens rea* criminal offences, save in extremely exceptional circumstances, it can have them¹³⁷. » Ces circonstances exceptionnelles sont essentiellement celles où un crime est associé à une peine très sévère et à une grande stigmatisation, et il semble que la Cour suprême n'ait reconnu ces attributs qu'au meurtre et la tentative de meurtre¹³⁸. S'agissant d'infractions d'intention spécifique, la défense d'intoxication est de toute manière admissible pour ces infractions. Suivant l'arrêt *R. c. Creighton*, même l'homicide involontaire coupable peut se baser sur des éléments de faute objective : la prévisibilité objective du risque de mort suffit à titre d'élément moral se rapportant à la conséquence, la Couronne n'ayant pas à établir que l'accusé percevait subjectivement ce risque¹³⁹.

135. *R. c. Hundal*, [1993] 1 R.C.S. 867, par. 26, ci-après « *Hundal* ».

136. *Id.*, par. 29-37.

137. David M. PACIOCCO, « Subjective and Objective Standards of Fault for Offences and Defences », (1995) 59 *Sask. L. Rev.* 271, 280.

138. *Id.*, 277.

139. *R. c. Creighton*, [1993] 3 R.C.S. 3, par. 34.

Par conséquent, le Parlement pourrait certainement créer une infraction d'intoxication dangereuse basée sur une faute objective. Pour qu'une telle infraction de négligence pénale soit constitutionnellement valide, il faut qu'elle se base sur le critère de « l'écart marqué avec la norme de diligence qu'observerait une personne raisonnable »¹⁴⁰. La Cour suprême dans *R. c. Beatty*, confirmant l'arrêt *R. c. Hundal*, a insisté sur le fait que ce n'est que lorsque l'on constate un tel écart marqué qu'un comportement devient « suffisamment blâmable pour justifier une conclusion de responsabilité pénale »¹⁴¹. La Cour a ensuite expliqué cette norme. S'agissant de conduite dangereuse, un comportement s'écarte de façon marquée de la norme de diligence raisonnable si « une personne raisonnable dans la même situation que l'accusé aurait été consciente du risque créé par la façon de conduire en question et ne se serait pas livrée à l'activité »¹⁴².

Transposé à l'intoxication dangereuse, ce critère permettrait de retenir la responsabilité des individus qui posent des actes dangereux alors qu'ils sont en état d'intoxication volontaire, dans la mesure où leur comportement peut être considéré comme s'écartant de façon marquée de la norme de diligence raisonnable. Or, nous avons vu que le fait de criminaliser les gestes qui résultent de la consommation de stupéfiants a été considéré comme problématique par les tribunaux. En effet, la majorité dans *Sullivan* a noté que la faute morale ne pouvait découler d'une conséquence de l'intoxication : « If a consequence that society judges to be a marked departure from the norm could ground criminal liability, the law would countenance criminal fault based on absolute liability, which would itself violate the Charter¹⁴³. » Si l'on appliquait ce principe à l'infraction d'intoxication dangereuse, il serait nécessaire d'établir que l'intoxication elle-même constituait un comportement relevant de la négligence pénale. Cela implique une preuve de la prévisibilité objective du fait que la substance consommée par l'accusé peut induire un état d'intoxication *extrême* : sans une telle prévisibilité, on ne peut affirmer qu'une personne raisonnable se serait abstenue de consommer les substances ingérées par l'accusé¹⁴⁴. On pourrait même se demander si le critère

140. *Hundal*, préc., note 135, par. 28.

141. *R. c. Beatty*, 2008 CSC 5, par. 36, ci-après « *Beatty* ».

142. *Id.*, par. 37.

143. *Sullivan*, préc., note 4, par. 94.

144. *Id.*, par. 90.

objectif modifié, jugé suffisant pour la conduite dangereuse dans *R. c. Beatty*, serait adéquat pour la détermination de la faute en matière d'intoxication volontaire. En effet, ce critère tient compte des circonstances dans lesquelles se trouve l'accusé, mais exclut la considération de ses caractéristiques personnelles¹⁴⁵. Étant donné que plusieurs ont évoqué l'exemple d'un jeune individu inexpérimenté qui ne pourrait prévoir les effets d'une substance pour critiquer l'article 33.1 C.cr. et la règle *Leary*¹⁴⁶, on pourrait croire que des facteurs personnels doivent influencer sur la détermination du caractère négligent de l'intoxication volontaire¹⁴⁷.

L'intoxication volontaire de l'accusé constituerait donc un des éléments de l'infraction d'intoxication dangereuse. Or, cette intoxication ne constituerait une infraction que lorsqu'elle s'accompagne d'un acte violent ou d'un acte prohibé, selon la définition de ce que constitue un comportement dangereux. On peut toutefois se demander si étant donné que ce comportement a lieu alors que l'accusé est intoxiqué, celui-ci pourrait invoquer son état d'ébriété pour nier le caractère volontaire du geste prohibé. Sur ce point, l'arrêt *R. c. Penno*¹⁴⁸ fournit des indications intéressantes. Dans cette affaire, la Cour suprême devait déterminer si l'intoxication volontaire pouvait être invoquée comme défense à une accusation de conduite avec facultés affaiblies, l'accusé se disant trop ivre pour savoir qu'il avait pris le contrôle de son véhicule. Tous les juges ont tranché que cette défense était inadmissible du fait que l'intoxication constituait un élément essentiel de l'infraction. Les propos des juges Wilson et L'Heureux-Dubé sont particulièrement intéressants. En effet, celles qui avaient dans l'arrêt *Bernard* énoncé que l'inadmissibilité de la défense d'intoxication pour les infractions d'intention générale constituait une violation des droits de l'accusé en cas d'intoxication extrême ont ici conclu à l'absence d'atteinte à la *Charte* :

Conclure autrement reviendrait à dire que le législateur commet une violation de la *Charte* lorsqu'il prétend que le fait de se livrer à un certain type de conduite alors qu'on a les facultés affaiblies constitue une infraction au *Code criminel* et qu'il doit justifier en vertu de l'article premier la création d'une telle infraction. C'est là

145. *Beatty*, préc., note 141, par. 39-40.

146. Voir par exemple *Daviault*, préc., note 2, par. 43.

147. Voir *M.W.B.*, préc., note 46, par. 82 et *Yag*, préc., note 100, par. 38.

148. [1990] 2 R.C.S. 865, ci-après « *Penno* ».

un résultat que je ne puis accepter. Je crois en effet que c'est avec raison que le juge en chef Dickson dit dans l'arrêt *Bernard* que les crimes dont l'intoxication constitue un élément, c.-à-d. qu'elle fait partie de l'*actus reus*, se situent dans une catégorie différente de celle des crimes où l'intoxication n'est pertinente que relativement à l'élément moral. Je ne vois aucune inconstitutionnalité dans la création du premier type d'infractions.¹⁴⁹

Par ailleurs, la juge Wilson note que si cette distinction était erronée, elle ne conclurait à la violation des droits des accusés que dans les cas d'intoxication extrême, et les atteintes à la *Charte* seraient alors justifiées en vertu de l'article premier¹⁵⁰. De son côté, le juge Lamer, alors juge en chef, a énoncé que l'indisponibilité de la défense d'intoxication volontaire constituait une violation des articles 7 et 11d) de la *Charte*. Or, celle-ci est selon lui rachetée par l'article premier. Il raisonne comme suit :

Il est raisonnable de tenir une personne responsable quand elle consomme volontairement des substances enivrantes et met la sécurité du public en danger en prenant la garde ou le contrôle d'un véhicule à moteur, qu'elle ait eu l'intention de le faire ou que l'intoxication l'ait empêchée de se rendre compte de ce qu'elle faisait. En prenant sa première consommation, une personne peut raisonnablement être tenue pour avoir assumé le risque que l'ébriété lui fasse faire quelque chose qu'elle n'aurait pas fait si elle avait été sobre.¹⁵¹

Il convient de noter que les quatre autres juges ayant entendu le pourvoi ont jugé qu'il n'y avait aucune violation des droits conférés par la *Charte*. Il semble donc que le législateur, en créant une infraction d'intoxication dangereuse dont l'intoxication est un élément essentiel, pourrait punir un individu pour les conséquences de cette intoxication sans atteinte à la *Charte*. On pourrait même penser, suivant l'arrêt *Penno*, que l'intoxication de l'individu n'aurait pas à être en elle-même négligente : ce serait le fait de poser des gestes donnés alors que l'on se trouve en état d'intoxication qui constituerait l'élément de faute. Une telle définition de la norme de faute étendrait l'applicabilité de l'infraction d'intoxication dangereuse, mais serait plus incertaine d'un point de vue constitutionnel :

149. *Id.*, par. 53.

150. *Id.*, par. 54.

151. *Id.*, par. 36.

établir que la consommation de substances de l'accusé s'écarterait de la norme de diligence raisonnable serait plus sûr. Néanmoins, même si l'infraction d'intoxication dangereuse définissait une norme de faute qui n'est pas conforme à l'article 7 et à l'alinéa 11d) de la *Charte*, on pourrait penser que les tribunaux seraient plus enclins à accepter qu'une telle atteinte se justifie dans une société libre et démocratique. En effet, l'infraction d'intoxication dangereuse constituerait une atteinte moins flagrante aux droits des accusés que l'article 33.1 C. cr. : l'infraction et la peine qui y est prévue seraient mieux adaptées au geste reproché à l'accusé.

La création d'une infraction d'intention dangereuse est toutefois critiquée à certains égards. L'auteur Don Stuart, qui préférerait la création d'une infraction générale de négligence pénale, est d'avis qu'une infraction relative à l'intoxication met indûment l'accent sur l'état d'ébriété de l'accusé, plutôt que sur les gestes répréhensibles qu'il a commis¹⁵². Le Parlement, qui a considéré cette option avant d'adopter l'article 33.1 C.cr., partageait cette inquiétude¹⁵³. Cette crainte n'est pas sans fondement, bien qu'il ne soit pas anormal que l'infraction reflète sa raison d'être constitutionnelle : la création d'une telle infraction vise justement à punir l'accusé pour avoir mis la sécurité d'autrui en danger alors qu'il était intoxiqué, tout en évitant de le déclarer coupable d'une infraction dont le caractère volontaire n'a pas été prouvé hors de tout doute raisonnable. C'est donc précisément parce qu'elle ne met pas l'accent sur les gestes violents de l'accusé qu'une telle infraction est moins problématique du point de vue constitutionnel. Néanmoins, il reste que l'intoxication dangereuse s'appliquerait à des gestes d'une gravité variable. Un individu qui en agresse un autre serait donc coupable de la même infraction qu'une personne à qui on reproche d'avoir troublé la paix : c'est ce que déplore le professeur Gerry Ferguson¹⁵⁴.

Don Stuart relève également que la possibilité de plaider coupable à l'infraction d'intoxication volontaire pourrait servir d'échappatoire tentante pour la défense, ainsi que de verdict plus facile pour les juges et jury¹⁵⁵. Des accusés dont le niveau

152. Don STUART, « Reform of the Intoxication Defense », (1995) 33 *C.R.* 289, p. 3 (PDF) (Westlaw).

153. Voir *S.N.*, préc., note 47, par. 80.

154. G. FERGUSON, préc., note 98, 146.

155. D. STUART, préc., note 152.

d'intoxication aurait été insuffisant pour nier le caractère volontaire d'une infraction se verraient donc condamnés pour un crime en apparence moins grave, associé à une peine moins sévère. Il en résulterait le contraire de ce que le Parlement souhaite accomplir : plutôt que de retenir la responsabilité de ceux qui bénéficieraient de la défense d'intoxication extrême, on diminuerait la responsabilité de ceux qui, sous la règle *Daviault*, auraient été reconnus coupables de l'infraction « pleine ». Ces inquiétudes étant légitimes, il convient d'aborder une variante de l'intoxication dangereuse qui leur répond en partie.

2.4 La commission involontaire d'une infraction en raison de l'intoxication dangereuse : une infraction « incluse »

Comme solution de rechange à l'infraction indépendante d'intoxication dangereuse, quelques auteurs proposent la création d'une infraction *incluse* d'intoxication volontaire. Celle-ci punirait la commission involontaire d'une infraction criminelle, lorsque l'impossibilité de prouver le caractère volontaire de l'infraction principale est due à l'intoxication volontaire de l'accusé. Gerry Ferguson propose notamment une infraction dont les principaux éléments sont les suivants :

- (1) Voluntary intoxication shall not constitute a defence to any criminal charge unless the conduct constituting the offence was committed without the subjective fault element or voluntariness required for that offence due to that intoxication.
- (2) For the purposes of this section, a person departs markedly from the standard of reasonable care generally recognized in Canadian society and is thereby criminally at fault where the person commits the conduct constituting an offence while in a state of self-induced intoxication that negates the requisite subjective fault or voluntariness for that offence.
- (3) Where the conduct constituting a criminal offence was done without the subjective fault element or voluntariness required for that offence due to voluntary intoxication, the accused shall be acquitted of that offence and convicted of an included offence of unintentionally causing that offence due to criminal intoxication. If the offence charged is indictable, the included offence shall be

deemed indictable; if the offence charged is summary, the included offence shall be deemed summary.¹⁵⁶

L'auteur précise ensuite certains aspects de cette infraction, dont le fait que la peine pour l'infraction dite « incluse » pourrait être diminuée. Une peine maximale de 15 ans pourrait être établie lorsque l'infraction principale est punissable d'un emprisonnement à perpétuité. Pour les autres infractions, la peine maximale pourrait être fixée à 80 ou 90 % de la peine maximale attribuable pour l'infraction principale¹⁵⁷. Tim Quigley propose une infraction similaire, qu'il détaille de la manière suivante :

1. For any offence requiring subjective fault, the trier of fact should determine culpability on all of the evidence, including that of intoxication;
2. Where the offence charged involved serious personal violence or a threat thereof, the jury in a jury trial should be instructed that an acquittal on the basis of the evidence of intoxication would not be a final determination of culpability;
3. If there was an acquittal on the original offence, the accused would become liable for the dangerous intoxication offence;
4. The trier of fact would consider liability for this offence on the evidence already heard as well as any supplementary evidence relating to the intoxication and would determine whether the intoxicated condition had occurred through the fault of the accused;
5. The fault of the accused in becoming intoxicated would be on the standard of whether his or her conduct in becoming intoxicated exhibited a marked departure from the reasonable person standard;
6. The punishment for such an offence should be a maximum of five years imprisonment but the emphasis should be on treatment of any substance abuse issue from which the accused suffers.¹⁵⁸

Il convient de noter que malgré leur similitude, les deux propositions diffèrent à certains égards. Si Quigley précise qu'il faut

156. G. FERGUSON, préc., note 98, 144-145.

157. *Id.*

158. Tim QUIGLEY, « The Persistence of Prior Fault: The Defence of Intoxication in Canada », en ligne : <https://www.law.upenn.edu/institutes/cerl/conferences/actiolibera/papers/secure/Quigley_PersistenceofPriorFault.pdf>, 44-45.

que l'accusé se soit écarté de façon marquée de la norme de diligence raisonnable au moment de s'intoxiquer, Ferguson reprend une formulation qui ressemble à celle de l'article 33.1 C.cr. : si l'accusé commet une infraction criminelle alors qu'il est intoxiqué au point d'agir de façon involontaire, son comportement constitue un écart marqué avec la norme de diligence que suivrait une personne raisonnable. Par ailleurs, les paramètres entourant la peine diffèrent, bien que le principe demeure le même : il s'agit de s'assurer que la peine reflète le caractère moindre de l'infraction incluse. Enfin, Quigley propose de favoriser le traitement de l'individu. Bien qu'il reconnaisse que cet aspect est controversé, nous sommes d'accord que dans les cas où un traitement est pertinent et où l'accusé l'accepte, un tel ajout n'est pas sans intérêt. Comme le note l'auteur, quelqu'un qui se retrouve dans un état extrême d'intoxication peut avoir besoin d'aide pour remédier à une dépendance à l'alcool ou à la drogue, mais aussi à d'autres troubles cognitifs ou comportementaux¹⁵⁹. Le cas de M. Sullivan, dont l'intoxication extrême résultait d'une tentative de suicide, semble illustrer l'intérêt de cette proposition.

De manière générale, le type d'infraction suggéré par les deux auteurs présente plusieurs avantages. D'abord, parce que l'infraction entre en jeu seulement une fois l'accusé acquitté de l'infraction principale, on retire la possibilité de plaider coupable à l'infraction moindre pour éviter une condamnation pour l'infraction principale¹⁶⁰. L'infraction incluse d'intoxication dangereuse pourrait donc uniquement intervenir dans les cas où un tribunal, après avoir dûment considéré la preuve, conclut que l'accusé ne peut être reconnu coupable d'une infraction donnée. Par conséquent, l'accusé dont le niveau d'intoxication est insuffisant pour remettre en question sa conscience d'agir ne peut pas échapper à la pleine condamnation pour l'infraction qu'il a commise. De plus, une infraction incluse évite de recourir à un nouveau procès pour l'infraction d'intoxication criminelle en cas d'acquiescement pour l'infraction principale¹⁶¹. Même si le processus décrit par Quigley permettrait d'admettre de la nouvelle preuve relative à l'état d'esprit de l'accusé au moment de s'intoxiquer, il s'agirait du même procès, et la preuve déjà entendue n'aurait pas à être présentée à

159. *Id.*, 46.

160. *Id.*, 45.

161. G. FERGUSON, préc., note 98, 148.

nouveau. Par ailleurs, une telle infraction, bien qu'il s'agisse d'une infraction d'intoxication dangereuse, peut mieux refléter le geste violent posé par l'accusé. C'est le cas de l'infraction suggérée par Ferguson, qui se nommerait « unintentional [e.g., sexual assault, aggravated assault, theft, etc.] due to criminal intoxication »¹⁶² : l'accusé serait par exemple condamné pour « agression sexuelle involontaire due à l'intoxication », ce qui ne laisse aucune ambiguïté quant au geste commis. Quigley évoquait lui aussi la possibilité d'inclure l'infraction principale entre parenthèses¹⁶³. On obtiendrait alors : « intoxication dangereuse (agression sexuelle) ». Une telle solution représente elle aussi adéquatement l'infraction pour laquelle l'accusé est condamné : contrairement à l'infraction indépendante d'intoxication dangereuse, le geste violent apparaît. Néanmoins, il reste que c'est l'intoxication volontaire qui est mise en évidence : cela reflète adéquatement la nature du comportement reproché.

Enfin, il convient de noter que dans l'arrêt *Penno*, la juge Wilson avait évoqué l'infraction indépendante d'intoxication dangereuse. En *obiter dictum*, elle a dit douter qu'une infraction « aussi générale » soit souhaitable, des interventions législatives plus ciblées répondant à des « besoins sociaux précis » étant préférables¹⁶⁴. Si une infraction incluse d'intoxication peut sembler plus ciblée qu'une infraction indépendante d'intoxication dangereuse, il reste que les deux types d'infractions peuvent s'appliquer à une variété de comportements dangereux : tout dépend de la manière dont on définit le caractère dangereux d'un acte. Il serait peut-être prudent pour le législateur de restreindre l'infraction incluse d'intoxication à la commission de gestes prohibés particuliers s'il veut s'assurer de la constitutionnalité de sa disposition. Néanmoins, l'infraction incluse d'intoxication dangereuse reste selon nous la meilleure option pour encadrer l'intoxication volontaire. En effet, c'est ce type d'infraction qui concilie le mieux les exigences constitutionnelles en matière de faute avec les objectifs législatifs qui ont mené à l'adoption de l'article 33.1 C.cr. Il convient également de noter que l'infraction incluse d'intoxication dangereuse, telle que décrite par Ferguson et Quigley, abolit la distinction entre l'intention spécifique et l'intention générale. Rappelons que ceux

162. *Id.*, 144.

163. T. QUIGLEY, préc., note 158, 46.

164. *Penno*, préc., note 148, par. 55.

qui ont critiqué la règle *Leary* déploraient l'incohérence de cette dichotomie¹⁶⁵. Or, la règle de l'arrêt *Daviault* conserve cette distinction, bien qu'elle crée une exception pour les cas d'intoxication extrême : Patrick Healy notait à ce sujet dans sa critique de l'arrêt *Bernard* que le fait de conserver la distinction est inutile dans la mesure où le principe directeur de la règle proposée par la juge Wilson est le caractère extrême de l'intoxication, et non la qualification de l'intention¹⁶⁶. En remplaçant la règle *Daviault* par une disposition législative qui rend admissible en tout temps la preuve relative à l'intoxication volontaire et prévoit une infraction autre pour les cas où celle-ci nie la conscience d'agir de l'accusé, le législateur ferait table rase. La règle ainsi créée serait fondée sur des principes clairs dont la pertinence ne fait pas débat : en droit criminel, une telle sécurité juridique est de mise.

CONCLUSION

Il reste à voir ce que la Cour suprême fera de l'article 33.1 C.cr. Si elle confirme l'arrêt *Sullivan* et invalide la disposition, il s'agira pour le législateur d'une occasion de redéfinir le droit applicable en matière d'intoxication volontaire : il pourra alors le faire à la lumière des motifs de la Cour. À notre avis, la création d'une infraction incluse d'intoxication dangereuse est une solution qui, bien qu'imparfaite, permettrait de concilier au mieux les droits constitutionnels des accusés avec la nécessité de punir ceux qui se comportent de manière dangereuse à la suite de leur intoxication volontaire. On peut toutefois se demander, eu égard à l'acceptabilité sociale croissante de la consommation de drogues et aux efforts pour décriminaliser la simple consommation de certaines substances, si la criminalisation de l'intoxication dangereuse ne semble pas contradictoire. Au contraire, s'agit-il d'un contrepoids naturel à ces tendances, dans la mesure où une tolérance du droit envers la consommation de drogues ne devrait pas se faire au détriment de la sécurité physique des personnes ? En effet, s'il peut être souhaitable de laisser la consommation de certaines substances au bon jugement des justiciables, il convient néanmoins de considérer ces mêmes individus comme capables d'assumer certains risques liés à cette consommation : dans la mesure où l'infraction et la

165. Voir la dissidence du juge Dickson dans *R. c. Leary*, préc., note 3, par. 24.

166. Patrick HEALY, « *R. v. Bernard*: Difficulties with Voluntary Intoxication », (1990) 35 *R.D. McGill* 610, 618.

peine tiennent compte du degré de faute que l'on peut légitimement attribuer à la conduite d'un accusé, punir l'intoxication dangereuse constitue une solution appropriée au problème que pose l'intoxication volontaire en droit criminel.

Table de la législation

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.)]

Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46

Loi modifiant le Code criminel (intoxication volontaire), projet de loi C-72 (sanctionné – 13 juillet 1995), 1^{re} sess., 34^e légis. (Can.)

Table de la jurisprudence

Jurisprudence canadienne

Canada (Procureur général) c. Bedford, 2013 CSC 72

Dow v. R., 2010 QCCS 4276

R. c. Beatty, 2005 CSC 8

R. c. Bernard, [1988] 2 R.C.S. 833

R. v. B.J.T., 2000 SKQB 572

R. c. Bouchard-Lebrun, 2011 CSC 58

R. v. Brenton, [1999] N.W.T.J. No. 113 (S.C.) (Lad/QL)

R. v. Brenton, 2001 NWTCA 1

R. v. Brown, 2020 ABQB 166

R. v. Cedeno, 2005 ONCJ 91

R. v. Chan, 2018 ONSC 3849

R. c. Chase, [1987] 2 R.C.S. 293

R. v. Chaulk, 2007 NSCA 84

R. c. Côté, 2013 QCCQ 4485

R. c. Creighton, [1993] 3 R.C.S. 3

R. c. Daley, 2007 CSC 53
R. c. Daviault, [1994] 3 R.C.S. 63
R. v. Decaire, [1998] O.J. No. 633 (S.C.J.) (LAd/QL)
R. c. Dubois, [1985] 2 R.C.S. 350
R. v. Dunn, [1999] O.J. No. 5452 (Ct. of J.) (LAd/QL)
R. v. Flemming, 2010 ONSC 8022
R. c. Hundal, [1993] 1 R.C.S. 867
R. v. Jensen, [2000] O.J. No. 4870 (S.C.J.) (LAd/QL)
R. c. Leary, [1978] 1 R.C.S. 29
R. c. Martineau, [1990] 2 R.C.S. 633
R. v. McCaw, 2018 ONSC 3464
R. v. M.W.B., 2019 ABQB 770
R. c. Oakes, [1986] 1 R.C.S. 103
R. c. Penno, [1990] 2 R.C.S. 865
R. c. Quin, [1988] 2 R.C.S. 825
R. v. Robb, 2019 SKQB 295
R. v. S.N., 2012 NUCJ 2
R. v. Sullivan, [2016] O.J. No. 6847 (Ct. of J.) (LAd/QL)
R. v. Sullivan, 2020 ONCA 333
R. c. Swain, [1991] 1 R.C.S. 933
R. c. Vaillancourt, [1987] 2 R.C.S. 636
R. v. Vickberg, [1998] B.C.J. No. 1034 (S.C.) (Lad/QL)
R. c. Whyte, [1988] 2 R.C.S. 3
R. v. Yag, 2021 ABQB 90
Renvoi sur le Motor Vehicle Act de la Colombie-Britannique, [1985] 2 R.C.S. 486
RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général), [1995] 3 R.C.S. 199
Sa Majesté la Reine c. Sullivan, [2020] C.S.C.R. n° 232

The Queen v. George, [1960] R.C.S. 871

Jurisprudence étrangère

Director of Public Prosecutions v. Beard, [1920] A.C. 479 (H.L.)

Director of Public Prosecutions v. Majewski, [1976] UKHL 2

R. v. O'Connor, [1980] 146 HCA 64

Bibliographie

ASHLEY, F. « Nuancing Feminist Perspectives on the Voluntary Intoxication Defence », (2020) 43 *Man. L.J.* 65.

BAKER, D. et KNOPFF, R., « *Daviault* Dialogue: The Strange Journey of Canada's Intoxication Defense », (2014) 19 *Rev. Const. Stud.* 35.

CHAPMAN, F.E., « *Sullivan*. Specific and General Intent be Damned: Volition Missing and *Mens Rea* Incomplete », (2020) 63 *C.R.* 164 (Westlaw).

COUGHLAN, S., « *Sullivan*: Can a Section 7 Violation Ever Be Saved Under Section 1? », (2020) 63 *C.R.* 57.

FERGUSON, G., « The Intoxication Defense: Constitutionally Impaired and in Need of Rehabilitation », (2012) 57 *S.C.L.R.* 111.

GRANT, I., « Second chances: Bill C-72 and the Charter », (1995) 33 *Osgoode Hall L.J.* 379.

HEALY, P., « *R. v. Bernard*: Difficulties with Voluntary Intoxication », (1990) 35 *R.D. McGill* 610.

KAISER, A.H., « *Bouchard-Lebrun*: Unduly Limiting Toxic Psychosis and Reigniting the Dangerous Intoxication Debate », (2012) 89 *C.R.* 68 (Westlaw).

LAWRENCE, M. S., « Voluntary intoxication and the *Charter*: Revisiting the Constitutionality of Section 33.1 of the *Criminal Code* », (2017) 40 *Man. L.J.* 391.

MACMILLAN-BROWN, H., « No Longer Leary about Intoxication: In the Aftermath of *R. v. Daviault* », (1995) 59 *Sask. L. Rev.* 311.

- PACIOCCO, D.M., « Subjective and Objective Standards of Fault for Offences and Defences », (1995) 59 *Sask. L. Rev.* 271.
- PARENT, H., « Histoire de l'acte volontaire en droit pénal anglais et canadien », (2000) 45 *R.D. McGill* 975.
- PLAXTON, M. et MATHEN, C., « What's Right with Section 33.1 », (2021) 25 *R.C.D.P.* 255.
- SINGH, R.U., « History of the Defence of Drunkenness in English Criminal Law », (1933) 49 *L.Q. Rev.* 528.
- SMITH, K., « Section 33.1: Denial of the *Daviault* Defence Should Be Held Constitutionnal », (2000) 28 *C.R.* 28.
- STUART, D., « Parliament Should Declare a New Responsibility for Drunkenness Based on Criminal Negligence », (1995) 33 *C.R.* 289 (Westlaw).
- QUIGLEY, T., « Reform of the Intoxication Defense », (1987) 33 *R.D. McGill* 1.
- QUIGLEY, T., « The Persistence of Prior Fault: The Defence of Intoxication in Canada », en ligne : <<https://www.law.upenn.edu/institutes/cerl/conferences/actiolibera/papers/secure/QuigleyPersistenceofPriorFault.pdf>>.

Les comités de retraite et l'incertitude sur l'étendue du devoir d'honnêteté et loyauté prévu à la *Loi sur les régimes complémentaires de retraite*

Patrick MIGNAULT

Résumé

En vertu de la *Loi sur les régimes complémentaires de retraite* (« LRCR »), le comité de retraite a l'obligation fiduciaire d'administrer la caisse de retraite dans l'intérêt exclusif des participants et bénéficiaires du régime de retraite. Dans cette étude, nous soulevons que cette formulation actuelle du devoir d'honnêteté et de loyauté prévu à la LRCR soulève des questionnements eu égard à (i) la définition restrictive du terme « bénéficiaires » qui exclut l'employeur sans égard à la nature du régime de retraite ; (ii) l'absence d'une référence explicite à une fin poursuivie dans l'administration de la fiducie ; et (iii) l'imprécision sur la nature des intérêts qui peuvent être considérés dans la prise de décision. Dans différentes situations, ces questionnements placent les membres d'un comité de retraite dans une position d'incertitude sur l'étendue de leur devoir de loyauté : les intérêts de l'employeur peuvent-ils être considérés par le comité de retraite ? comment le comité de retraite doit-il composer avec les intérêts divergents entre les participants et les bénéficiaires ? comment les facteurs environnementaux, sociaux ou de gouvernance peuvent-ils être intégrés dans la politique de placement ? Nous proposons quelques pistes de réflexion pour une actualisation de ce devoir, dont la rédaction remonte à avant l'adoption du *Code civil du Québec* marquée par l'introduction de nouvelles dispositions sur la fiducie et l'administration du bien d'autrui.

Les comités de retraite et l'incertitude sur l'étendue du devoir d'honnêteté et loyauté prévu à la *Loi sur les régimes complémentaires de retraite*

Patrick MIGNAULT*

INTRODUCTION	119
1. UN DEVOIR DE LOYAUTÉ EN MARGE DU DROIT CIVIL.....	121
2. LES CONFLITS D'INTÉRÊTS DANS L'ADMINISTRATION D'UN RÉGIME DE RETRAITE	124
2.1 Les conflits d'intérêts entre l'employeur et les participants et bénéficiaires	125
2.2 Les conflits d'intérêts entre les participants et les bénéficiaires	129
2.3 La problématique de l'investissement responsable	133
3. UNE CLARIFICATION DE LA RESPONSABILITÉ FIDUCIAIRE DES COMITÉS DE RETRAITE.....	136

* Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke. Cet article est tiré en partie de ma thèse de doctorat : Patrick Mignault, *La réglementation des risques associés à la gouvernance des régimes complémentaires de retraite*, thèse de doctorat, Montréal, Université de Montréal, 2014. L'auteur tient à remercier la Fondation pour la recherche juridique pour son appui financier à la recherche.

3.1	Les titulaires du devoir de loyauté et la fin poursuivie par le régime de retraite.	136
3.2	Le balisage de l'investissement responsable par la définition de l'intérêt.	140
CONCLUSION.		143

INTRODUCTION

Toute personne participant à l'administration d'un régime de retraite d'employeur au sein d'un comité de retraite constate rapidement la multiplicité des intérêts en jeu. Hall qualifiait d'ailleurs, d'une façon imagée – et peut-être un peu humoristique – le comité de retraite de « *hottest place in hell* »¹... Bien que l'affectation principale de l'administration d'un régime de retraite soit de verser des rentes aux participants et aux bénéficiaires, les parties prenantes du régime (employeur, participants, bénéficiaires) ne s'entendent pas forcément sur la gestion actif-passif de la caisse de retraite. Le comité de retraite est appelé à arbitrer les intérêts divergents des différentes parties prenantes d'un régime de retraite qui présentent un appétit pour le risque variable pour plusieurs motifs : âge, situation financière, aversion pour le risque, etc. S'ajoutent à cela les questionnements autour de l'investissement socialement responsable, qui s'avère une préoccupation grandissante des investisseurs.

Au cours des dernières années, la question de la conciliation des intérêts divergents des parties prenantes par l'administrateur du bien d'autrui a largement été discutée autour du devoir d'honnêteté et de loyauté en droit des sociétés². S'il était clair que le devoir fiduciaire était dû envers la société, à titre de personne morale, il restait plus délicat de connaître les intérêts de quelles parties prenantes pouvaient être considérés lorsque le conseil d'administration doit prendre une décision controversée. Dans l'arrêt *Magasins à rayons Peoples inc. (Syndic de) c. Wise*³, la Cour suprême du Canada est venue préciser que les administrateurs pouvaient, dans le cadre d'une décision, prendre en considération

1. Gordon Hall, « The Hottest Place in Hell », (1994) 58(4) *Business Quarterly* 79-84.

2. Ian B. Lee, « *Peoples Department Stores v. Wise and the Best Interests of the Corporation* », (2005) 41 *Can. Bus. L.J.* 212 ; Edward J. Waitzer et Shawn Vanderpol, « Addressing the Tension between Directors' Duties and Shareholder Rights – A Tale of Two Regime », (2012) *Osgoode Hall L.J.* 177 ; Yvan Allaire et Stéphane Rousseau, *Gouvernance et parties prenantes: l'obligation du conseil d'administration d'agir dans l'intérêt de la société*, Montréal, Institut sur la gouvernance d'organisations privées et publiques, 2014.

3. 2004 CSC 68.

les intérêts de toutes les parties prenantes de la société par actions : les actionnaires, mais aussi les employés, les retraités, les créanciers, etc.⁴. Malgré la clarté de l'arrêt de la Cour suprême du Canada, confirmé ensuite dans *BCE Inc. c. Détenteurs de débentures de 1976*⁵, le législateur a réitéré cette position importante pour la responsabilité des administrateurs et dirigeants de sociétés qu'ils peuvent tenir compte de ces différents facteurs dans leur prise de décision : les intérêts des parties prenantes, l'environnement et les intérêts à long terme de la société⁶.

Le premier alinéa de l'article 151 de la *Loi sur les régimes complémentaires de retraite*⁷ dispose :

Le comité de retraite doit agir avec prudence, diligence et compétence, comme le ferait en pareilles circonstances une personne raisonnable ; il doit aussi agir avec honnêteté et loyauté dans le meilleur intérêt des participants ou bénéficiaires.⁸

Ainsi, le comité de retraite doit prendre ses décisions en se concentrant sur les intérêts des participants et bénéficiaires du régime de retraite⁹. Cette formulation restrictive du devoir d'honnêteté et de loyauté n'est pas sans soulever des interrogations fondamentales lorsqu'on le compare à celui applicable aux administrateurs de sociétés par actions. Le comité de retraite doit-il prendre ses décisions en tenant compte des seuls intérêts des participants et bénéficiaires ? Dans le processus décisionnel, les intérêts de l'employeur peuvent-ils être considérés par le comité de retraite ? Ces autres intérêts doivent-ils être pris en considération uniquement lorsqu'ils concordent avec ceux des participants et

4. *Ibid.*, par. 42. Dans cet arrêt, les juges Major et Deschamps soulignent : « Nous considérons qu'il est juste d'affirmer en droit que, pour déterminer s'il agit au mieux des intérêts de la société, il peut être légitime pour le conseil d'administration, vu l'ensemble des circonstances dans un cas donné, de tenir compte notamment des intérêts des actionnaires, des employés, des fournisseurs, des créanciers, des consommateurs, des gouvernements et de l'environnement. »

5. 2008 CSC 69.

6. Voir l'article 122(1.1) de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, L.R.C. (1985), ch. C-44. Cet article a été ajouté récemment par la *Loi portant exécution de certaines dispositions du budget déposé au Parlement le 19 mars 2019 et mettant en œuvre d'autres mesures*, projet de loi C-97 (1^{re} lecture), 1^{re} session, 42^e législature, 8 avril 2019.

7. RLRQ, c. R-15.1, art. 151 (ci-après « LRCR »).

8. Cette formulation s'apparente à celle de la loi américaine (ERISA) adoptée en 1974.

9. LRCR, art. 151.

bénéficiaires ? Par ailleurs, le groupe des participants ou des bénéficiaires n'est pas lui-même homogène. Comment la LRCR tient-elle compte des intérêts divergents à l'intérieur de ces groupes ? Comment les facteurs environnementaux, sociaux ou de gouvernance peuvent-ils être considérés dans la politique de placement ? Cette formulation du devoir d'honnêteté et de loyauté soulève des préoccupations pratiques, surtout dans les régimes à prestations déterminées où, comme nous le verrons, un partage des risques particuliers prévaut entre les parties au régime.

1. UN DEVOIR DE LOYAUTÉ EN MARGE DU DROIT CIVIL

En vertu de la LRCR, le comité de retraite est chargé d'administrer la caisse de retraite¹⁰ constituant un patrimoine fiduciaire affecté principalement au versement des remboursements et prestations auxquels ont droit les participants et bénéficiaires¹¹. À titre de corps collégial, ce comité de retraite est l'organe directeur chargé de l'administration exclusive de la caisse de retraite. Il assume notamment les tâches suivantes : l'administration, le provisionnement et la gestion de l'actif¹². Certes, les fonctions du comité de retraite varient avec le type de régimes de retraite : par exemple, il n'y a pas de provisionnement à faire dans un régime à cotisations déterminées¹³ comparativement à un régime à prestations déterminées¹⁴.

À titre de fiduciaire, le comité de retraite détient les pouvoirs de l'administrateur du bien d'autrui chargé de la pleine

10. LRCR, art. 147. Toutefois, les régimes de retraite comptant au plus 25 participants et bénéficiaires peuvent être administrés par l'employeur. Voir *Règlement sur la soustraction de certaines catégories de régimes de retraite à l'application de dispositions de la Loi sur les régimes complémentaires de retraite*, c. R-15.1, r. 7, art. 1.

11. LRCR, art. 6.

12. Jean-Paul Albert, *Guide sur les régimes de retraite et les avantages sociaux au Québec*, 5^e édition, Montréal, LexisNexis, 2020, p. 164.

13. Aux termes de l'alinéa 7(1) LRCR, un régime est à cotisations déterminées « s'il détermine à l'avance les cotisations patronales et, le cas échéant, les cotisations salariales, ou la méthode pour les calculer, et si la rente normale est fonction des sommes portées au compte du participant ».

14. Aux termes de l'alinéa 7(3) LRCR, un régime est à prestations déterminées « si la rente normale est soit un montant déterminé, indépendant de la rémunération du participant, soit un montant qui correspond à un pourcentage de cette rémunération ».

administration¹⁵. Cela implique qu'il doit non seulement veiller à la conservation du bien, mais aussi le faire fructifier en vue d'accroître le patrimoine¹⁶. Le comité de retraite exerce ses pouvoirs en veillant à réaliser l'affectation légale de la fiducie : verser des remboursements et prestations de retraite aux participants et aux bénéficiaires¹⁷. L'administration de la caisse de retraite est « orientée vers la fructification des biens, la réalisation d'une plus-value, l'augmentation du patrimoine sous gestion » sans garantie sur le rendement¹⁸. La pleine administration du bien d'autrui est axée sur la rentabilité, et non sur la seule protection de l'actif¹⁹.

Ces larges pouvoirs accordés au fiduciaire peuvent nous conduire à le voir comme un « tyran »²⁰, d'où la nécessité de baliser l'exercice de ses pouvoirs à l'acte constitutif²¹. En matière de régime de retraite, la LRCR s'ajoute comme une source d'obligations légales et réglementaires où le *Code civil du Québec* s'applique à titre complémentaire. Les devoirs généraux du comité de retraite viennent notamment compléter l'acte constitutif qui ne peut identifier des solutions juridiques pour tous les aléas de la nature²². À cet égard, l'article 151 LRCR précise que le comité de retraite doit « agir avec honnêteté et loyauté dans le meilleur intérêt des participants ou bénéficiaires »²³. Il restreint les titulaires du devoir fiduciaire aux « participants et bénéficiaires ». Pour comprendre la portée de ce devoir de loyauté, il faut souligner que le terme « bénéficiaire » à l'article 151 LRCR n'a pas une portée aussi large qu'en vertu du *Code civil du Québec* au chapitre des fiducies. Il

15. C.c.Q., art. 1278.

16. C.c.Q., art. 1306.

17. LRCR, art. 6.

18. Lise I. Beaudoin, « La gestion de portefeuille pour autrui et les nouvelles dispositions du *Code civil du Québec* », (1989) 68 *R. du B. can.* 480-537, p. 485 et s.

19. Aldé Frenette, « La gestion des biens des incapables », (1987) 18 *R.D.U.S.* 81, p. 87 ; Ginette Lauzon, « L'administration du bien d'autrui dans le contexte du nouveau *Code civil du Québec* », (1993) 24 *R.G.D.* 107, p. 115.

20. Julie Loranger, « Le fiduciaire : entre le tyran et le serviteur », dans Service de la formation continue, Barreau du Québec, *Développements récents en successions et en fiducies*, volume 324, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2010, 71, p. 71. L'auteure cite comme exemple la décision de *Katz c. Naimer et Alcar Holdings Inc.*, 1998 CanLII 9692 (QC CS).

21. L'acte constitutif est la principale source d'obligations du fiduciaire, auxquelles s'ajoutent les dispositions impératives de la loi. C.c.Q., art. 1308. Voir J. Loranger, *ibid.*, p. 73.

22. Oliver E. Williamson, « Transaction-Cost Economics: The Governance of Contractual Relations », (1979) 22(2) *Journal of Law and Economics* 233-261, p. 238.

23. LRCR, art. 151.

s'agit plutôt d'un bénéficiaire au sens du chapitre quinzième du *Code civil du Québec* sur les assurances²⁴. Un bénéficiaire est une personne, autre qu'un participant, qui a droit à des prestations de retraite en vertu du régime (ex. : un conjoint, un héritier, etc.).

En vertu de la LRCR, la formulation du devoir d'honnêteté et de loyauté du comité de retraite se distingue de celle applicable au fiduciaire, à titre d'administrateur du bien d'autrui, aux termes de l'article 1309 du *Code civil du Québec* :

1278. Le fiduciaire a la maîtrise et l'administration exclusive du patrimoine fiduciaire et les titres relatifs aux biens qui le composent sont établis à son nom ; il exerce tous les droits afférents au patrimoine et peut prendre toute mesure propre à en assurer l'affectation.

Il agit à titre d'administrateur du bien d'autrui chargé de la pleine administration.

1309. L'administrateur doit agir avec prudence et diligence.

Il doit aussi agir avec honnêteté et loyauté, dans le meilleur intérêt du bénéficiaire ou de la fin poursuivie.

Dans une perspective civiliste, l'administrateur du bien d'autrui doit « agir avec honnêteté et loyauté, dans le meilleur intérêt du bénéficiaire ou de la fin poursuivie ». Cette obligation encadre, dans tous ses aspects, l'exercice des fonctions du fiduciaire : la conservation de biens, leur fructification et l'accroissement du patrimoine²⁵. Pour Cantin-Cumyn et Cumyn, le fondement de l'obligation d'honnêteté et de loyauté de l'administrateur du bien d'autrui découle de la finalité des pouvoirs qui lui ont été attribués²⁶. Dans un contexte de gestion fiduciaire, cette finalité présente deux sources : l'intérêt du bénéficiaire et l'affectation du patrimoine fiduciaire²⁷. La fin poursuivie vient en quelque sorte baliser le devoir d'honnêteté et de loyauté envers les bénéficiaires

24. LRCR, art. 64.

25. Jacques Beaulne, *Droit des fiducies*, 3^e édition, Montréal, Wilson & Lafleur, 2015, p. 277.

26. Madeleine Cantin-Cumyn et Michelle Cumyn, *L'administration du bien d'autrui*, 2^e édition, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2014, p. 280-281.

27. J. Beaulne, préc., note 25, p. 285.

qui peuvent présenter des intérêts divergents²⁸. Il est à noter que la LRCR a été adoptée avant le passage du *Code civil du Bas Canada* au *Code civil du Québec*. Elle a été adoptée en 1989 en remplacement de la *Loi sur les régimes supplémentaires de rentes* (ci-après « LRSR »)²⁹. Elle a ainsi introduit en droit québécois le concept de « patrimoine fiduciaire affecté »³⁰, qui ne sera précisé que cinq ans plus tard lors de l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec*.

De cette première analyse, nous pouvons faire ressortir deux distinctions entre le devoir d'honnêteté et de loyauté de la LRCR et du C.c.Q. D'une part, contrairement au *Code civil du Québec*, cet article de la LRCR ne renvoie pas explicitement à une « fin poursuivie » par la caisse de retraite qui est prévue à l'article 6, soit la constitution d'« un patrimoine fiduciaire affecté principalement au versement des remboursements et prestations auxquels ont droit les participants et bénéficiaires »³¹. D'autre part, en vertu de la LRCR, le devoir d'honnêteté et de loyauté des administrateurs du régime n'est dû qu'aux participants et bénéficiaires. L'employeur, même s'il peut être un bénéficiaire lorsqu'il détient des droits sur l'excédent d'actif, ne paraît pas visé par le devoir fiduciaire de l'article 151 LRCR puisque le statut de bénéficiaire se limite à celui qui a droit à des prestations. Ces distinctions ont un impact direct dans la gestion des conflits d'intérêts que nous développons dans la partie suivante.

2. LES CONFLITS D'INTÉRÊTS DANS L'ADMINISTRATION D'UN RÉGIME DE RETRAITE

Dans son administration exclusive, le comité de retraite doit concilier les intérêts divergents des parties prenantes au régime

28. « Le second alinéa de cet article impose pour sa part à l'administrateur, un devoir général d'honnêteté et de loyauté envers le bénéficiaire ou l'accomplissement de la fin poursuivie, dans leur meilleur intérêt. » Ministère de la Justice (Québec), *Commentaires du ministre de la Justice*, Québec, Publications du Québec, 1993, p. 785.

29. Le projet de loi 116, présenté par M. André Bourbeau, ministre de la Main-d'œuvre et de la Sécurité du revenu, proposait le remplacement de la LRSR par la *Loi sur les régimes complémentaires de retraite*, L.Q. 1989, ch. 38. Il reprenait, pour l'essentiel, le contenu du projet de loi 58 de 1985, qui n'avait jamais été adopté puisque le gouvernement formé par le Parti québécois avait été défait lors de l'élection générale. PL 58, *Loi sur les régimes complémentaires de retraite*, 5^e session, 32^e législature, Québec, 1985.

30. LRCR, art. 6.

31. *Ibid.*

de retraite : l'employeur, le syndicat, les participants et les bénéficiaires. Il peut aussi être amené à se questionner sur la pertinence de mettre en place une stratégie d'investissement responsable. La conciliation des intérêts divergents s'avère un exercice délicat en différentes circonstances, et les membres du comité de retraite disposent de peu de balises juridiques dans l'exercice de leur pouvoir. Une situation inconfortable eu égard à la responsabilité de ces membres qui siègent à ces comités de retraite habituellement à titre gratuit et avec peu de connaissances dans le domaine du placement pour gérer des sommes souvent faramineuses.

2.1 Les conflits d'intérêts entre l'employeur et les participants et bénéficiaires

Peu importe le type de régime de retraite, les participants et bénéficiaires du régime présentent incontestablement un intérêt déterminant dans l'administration du régime. L'affectation principale du patrimoine fiduciaire consiste d'ailleurs à verser « des remboursements et prestations auxquels ont droit les participants et bénéficiaires »³². Dans un régime à cotisations déterminées, les participants et bénéficiaires du régime assument la totalité des risques associés à la performance financière de l'actif du régime. Certes, l'employeur verse des cotisations au régime, mais ces cotisations peuvent être ultimement perçues comme un salaire différé de l'employé³³. Dans la bonne gestion du régime, l'intérêt de l'employeur se limite essentiellement à des considérations managériales relevant de la saine gestion des ressources humaines.

Dans le cas des régimes à prestations déterminées, on ne peut affirmer que les participants assument seuls les risques de perte de la caisse de retraite. De l'essence même de ce type de régime de retraite, l'employeur est responsable des déficits actuariels de la caisse de retraite jusqu'à concurrence de sa propre solvabilité³⁴. Ce n'est qu'en cas de faillite de l'employeur que les participants subissent directement les effets d'un manque à gagner dans la caisse de retraite par une diminution de leur rente³⁵. D'autre

32. LRRCR, art. 6(2).

33. Sur la théorie du salaire différé, voir Dennis E. Logue, *Legislative Influence on Corporate Pension Plans*, Washington DC, American Enterprise Institute, 1979, p. 18-19.

34. LRRCR, art. 228.

35. Lyne Duhaime, *Les aspects juridiques des régimes de retraite*, Brossard, Publications CCH, 2011, p. 264. À titre illustratif, le régime de retraite de la société Mine

part, l'employeur, s'il s'est réservé des droits sur l'excédent d'actif du régime, pourrait, lors de la terminaison du régime, après le paiement des promesses de rente, réclamer le solde du capital au patrimoine fiduciaire³⁶. Lorsque le régime le permet, en cas de surplus, l'employeur peut aussi prendre des congés de cotisations lui permettant de diminuer ses cotisations en tenant compte des surplus actuariels existants au régime³⁷.

Dans la perspective du droit civil, ces intérêts financiers de l'employeur dans l'actif de retraite lui confèreraient ultimement le statut de bénéficiaire de la fiducie en raison des droits qu'il détient sur le capital de la fiducie³⁸. Cependant, en vertu de la LRCR, en dépit de ses intérêts financiers, le devoir de loyauté subordonne impérativement les intérêts de l'employeur à ceux des participants et bénéficiaires. Ainsi, lorsque le comité de retraite prend une décision, l'intérêt des participants et bénéficiaires du régime devrait toujours l'emporter sur les intérêts de l'employeur. Celui-ci n'a donc pas à trancher entre les intérêts de l'employeur et ceux des participants et bénéficiaires ; il doit agir dans l'intérêt de ces derniers. Pourtant, l'employeur, comme les participants, est une partie au contrat de régime de retraite. Il décide conjointement avec les participants et bénéficiaires de confier la gestion de la caisse de retraite à ce comité de retraite.

Curieusement, malgré cette formulation du devoir de loyauté, il n'y a rien qui empêche le comité de retraite d'être composé d'une majorité de membres désignés par l'employeur³⁹. L'article 147

Jeffrey présentait un déficit actuariel de 21 644 000 \$ et un degré de solvabilité de 63,43 %, ce qui se traduisait pour les participants en une perte de 36,57 % de la rente. Voir *Langlois c. Roy*, 2006 QCCS 297.

36. J.-P. Albert, préc, note 12, p. 286-287. Différentes conditions sont applicables pour que l'employeur puisse légalement procéder au retrait de l'excédent d'actif au régime de retraite.
37. LRCR, art. 14(18°). Plus globalement sur le partage des risques dans les régimes de retraite aux termes de la LRCR, voir Patrick Mignault, « Une théorie de l'agence des régimes complémentaires de retraite », (2016) 62(1) *Revue de droit de McGill* 111-156, p. 131-134.
38. Le Code civil n'empêche d'ailleurs pas le cumul des statuts de constituant et de bénéficiaire d'une fiducie. C.c.Q., art. 1281.
39. En 1985, le Parti québécois avait proposé dans le projet de loi 58 (ci-après « PL 58 ») que les comités de retraite soient composés « au moins pour moitié, de représentants des participants désignés par ceux-ci ». Cependant, ce gouvernement a été défait lors de l'élection générale de la même année, et le PL 58 n'a jamais été adopté. En 1989, la LRCR, qui reprenait, pour l'essentiel, le contenu du PL 58, n'a pas retenu la nouvelle composition des comités de retraite qu'il proposait.

LRCR exige seulement qu'au moins un membre ayant droit de vote soit désigné par le groupe formé des participants actifs et qu'un autre soit désigné par celui des participants inactifs et des bénéficiaires. Le comité de retraite doit également compter un membre qui est un tiers⁴⁰. Pourquoi le comité de retraite n'est-il pas composé d'une majorité de membres désignés par les participants et bénéficiaires s'il doit agir exclusivement dans l'intérêt des participants et bénéficiaires ? Si, en pratique, cette règle de composition soulève des questions, l'obligation de loyauté a pour objet de contenir les effets potentiellement « néfastes » de la composition du comité. Le devoir de loyauté implique d'abord pour un membre d'un comité de retraite qu'il ne peut exercer ses pouvoirs dans son propre intérêt⁴¹. Il ne peut se placer dans une situation de conflit entre ses intérêts personnels et ses devoirs à titre de fiduciaire du régime⁴². S'il s'agit d'un participant ou d'un bénéficiaire, le membre doit délaissier ses intérêts personnels au profit de l'intérêt commun⁴³. De même, lorsqu'il a été désigné par une personne, un organisme ou une instance, il doit se détacher de tout lien⁴⁴. Sans égard à la partie qui l'a désigné, le comité de retraite est notamment une entité distincte du syndicat ou de l'employeur⁴⁵. Ainsi, même si un membre a été désigné par l'employeur ou un syndicat pour siéger au comité de retraite, il est tenu d'agir dans le seul intérêt des participants et bénéficiaires.

Cette formulation du devoir d'honnêteté et de loyauté rappelle celle qui prévaut en droit américain en vertu de l'*Employee Retirement Income Security Act of 1974* (ERISA) : « a fiduciary shall discharge his duties with respect to a plan solely in the interest

Par la suite, cette option n'a plus été sérieusement étudiée par le législateur. Voir PL 58, *Loi sur les régimes complémentaires de retraite*, 1^{re} session, 32^e législature, Québec, 1985, art. 191.

40. LRCR, art. 147. Cet article n'interdit pas, le cas échéant, que l'employeur désigne lui-même le membre tiers et fixe sa rémunération. Ce membre externe n'est pas nécessairement un membre indépendant, mais un membre invité à participer à la gestion du régime qui n'est pas une partie au régime ou un tiers à qui l'article 176 interdit de consentir un prêt.

41. LRCR, art. 158(1).

42. *Ibid.*

43. LRCR, art. 158(2).

44. LRCR, art. 158 ; *White Birch Paper Holding Company* (Arrangement relatif à), 2012 QCCS 1679, par. 198 ; *Cowan c. Scargill*, [1985] 1 Ch 270 ; [1984] 2 All ER 750.

45. *Mondoux c. Lapierre*, 2005 CanLII 39168 (QC CS), [2005] R.J.Q. 2946, par. 75.

of the participants and beneficiaries »⁴⁶. S'il existe un lien terminologique dans la formulation du devoir de loyauté, les régimes de retraite américains et québécois présentent des structures de gestion fort différentes. L'administration des régimes de retraite aux États-Unis est généralement confiée à l'employeur⁴⁷. Compte tenu du risque élevé de conflits d'intérêts à l'intérieur de ce type de structure où les participants et bénéficiaires ne sont pas représentés, le devoir de loyauté cherche à établir un équilibre dans l'administration du régime. Cette solution, qui était permise en vertu de la LRSR, n'a toutefois pas été retenue en vertu de la LRCR qui confie maintenant, sauf exception, l'administration du régime au comité de retraite⁴⁸.

Selon le type de régime de retraite, on peut notamment s'interroger sur l'effet du devoir d'honnêteté et de loyauté sur l'identification du niveau de risque approprié et la stratégie de placement pour le portefeuille d'actifs d'une caisse de retraite. Compte tenu des intérêts variables de l'employeur dans l'administration des régimes de retraite, la recherche du meilleur avantage financier des participants et bénéficiaires est différente dans un régime à cotisations déterminées et un régime à prestations déterminées⁴⁹. Dans le premier, le comité de retraite peut se renseigner sur les attitudes différentes des participants et bénéficiaires face aux risques financiers. Conformément à l'article 168 LRCR, les régimes peuvent offrir aux participants d'orienter les placements à faire avec l'actif du régime. Le comité doit alors proposer trois types de portefeuilles présentant des placements diversifiés avec des degrés de risque et de rendement différents⁵⁰.

Dans le second, où les risques sont partagés entre les parties au régime, l'établissement d'une stratégie de placement recherchant « le meilleur avantage financier des participants et

46. ERISA, art. 404, 29 USC 1104.

47. ERISA, art. 3, 29 USC 1002 ; Dan M. McGill, Kyle N. Brown, John J. Haley et Sylvester J. Schieber, *Fundamentals of Private Pensions*, 8^e édition, Oxford, Oxford University Press, 2005, p. 208 et s.

48. LRCR, art. 147 ; LRSR, art. 45.

49. Selon l'auteure Beaudoin, l'administrateur du bien d'autrui doit agir dans le meilleur intérêt du bénéficiaire ou de son client. En matière de régimes de retraite privés, le client est « les participants et bénéficiaires » au sens de la LRCR. Voir Lise I. Beaudoin, « Les conventions relatives à l'administration du bien d'autrui », dans Denys-Claude Lamontagne, *Droit spécialisé des contrats*, volume 3 – Les contrats relatifs à l'entreprise, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2001, p. 342.

50. LRCR, art. 168.

bénéficiaires » peut s'avérer coûteux pour l'employeur. Étant donné la garantie financière offerte par l'employeur, les participants et bénéficiaires ont peu d'intérêt à mettre à risque l'actif de la caisse de retraite. Or, pour l'employeur, la gestion des régimes à prestations déterminées exige de prendre un certain niveau de risque pour éviter que le coût du régime ne devienne exorbitant⁵¹. L'objectif n'est pas de financer les régimes à prestations déterminées, par exemple, en investissant seulement dans des titres obligataires. D'ailleurs, la LRCR prévoit que le comité de retraite doit aussi s'appuyer sur des critères objectifs pour établir sa politique de placement. L'article 168 LRCR prévoit que la politique de placement doit fixer un niveau de risque « en tenant compte notamment du type de régime de retraite en cause, de ses caractéristiques et de ses engagements financiers »⁵². Ces éléments sont davantage liés à la fin poursuivie par le régime.

2.2 Les conflits d'intérêts entre les participants et les bénéficiaires

Au-delà des conflits d'intérêts potentiels entre l'employeur et les participants et bénéficiaires, le comité de retraite est aussi appelé à concilier les intérêts divergents des participants et des bénéficiaires du régime. Lorsqu'il y a une pluralité de participants et de bénéficiaires, chacun a droit à la loyauté de l'administrateur du bien d'autrui⁵³. Ce regroupement légal des participants et des bénéficiaires laisse croire qu'il s'agit de groupes homogènes, mais il n'en est rien. Les intérêts des participants et des bénéficiaires ne sont pas toujours convergents et même, entre les sous-groupes de participants ou de bénéficiaires, il peut y avoir des divergences fondamentales.

51. Depuis plusieurs années, la théorie du portefeuille a bien établi qu'il existe une relation directe entre le risque et le rendement. Plus le risque du portefeuille est élevé, plus le rendement anticipé est élevé. De même, il n'y a pas de rendement financier possible sans une prise de risque. Voir les travaux fondateurs de Modigliani-Miller : Franco Modigliani et Merton H. Miller, « The Cost of Capital, Corporation Finance and the Theory of Investment », (1958) 48(3) *American Economic Review* 261-297 ; Franco Modigliani et Merton H. Miller, « Corporate Income Taxes and the Cost of Capital: a Correction », (1963) 53(3) *American Economic Review* 433-443 ; Willam F. Sharpe, « Capital Asset Prices: A Theory of Market Equilibrium under Conditions of Risk », (1964) 19(3) *Journal of Finance* 425, p. 425-426.

52. LRCR, art. 168.

53. LRCR, art. 151 ; C.c.Q., art. 1309 ; M. Cantin-Cumyn et M. Cumyn, préc., note 26, p. 252 ; L. I. Beaudoin, préc., note 49, p. 344.

Dans ces situations, l'article 1317 C.c.Q. ajoute, à titre supplé-
tif, que l'administrateur doit agir avec impartialité à leur égard,
compte tenu de leurs droits respectifs. Cette règle s'apparente à
celle de la *even-handedness* de la common law, qui interdit le traite-
ment préférentiel d'un bénéficiaire ou d'un groupe de bénéficiaires :

It is I think a primary principle, which need not be laboured by me,
that one of the trustees' first duties was to hold the balance evenly
between the beneficiaries and various groups of beneficiaries and
to try to interpret the document and carry out its provisions in the
spirit and letter in which it was expressed. They were not, nor are
they now, entitled to favour one group of beneficiaries in any way
as against another. They were obliged to treat all beneficiaries with
fairness and impartiality, always attempting to carry out expressed
intention of the settlor.⁵⁴

Bien sûr, lorsque les intérêts des bénéficiaires convergent,
l'application de l'article 1317 C.c.Q. soulève peu ou pas de diffi-
cultés pour l'administrateur du bien d'autrui. Par contre, l'obli-
gation d'impartialité devient rapidement un casse-tête quand les
bénéficiaires présentent des intérêts divergents, voire opposés⁵⁵.
L'application de cette règle d'impartialité peut alors s'avérer, pour
l'administrateur, laborieuse et ouvrir la porte à des situations liti-
gieuses. L'auteur Beaulne formule les commentaires suivants sur
la mise en œuvre de l'article 1317 C.c.Q. :

[...] la règle de l'article 1317 C.c.Q. constitue davantage un guide
moral qu'une simple norme juridique, car l'équilibre parfait dans les
fonctions du fiduciaire n'est pas chose facile : une décision peut sou-
vent être à la fois favorable à un bénéficiaire et nuisible à l'autre.⁵⁶

L'auteur Ari Kaplan souligne aussi des difficultés similaires
lorsque la *even-hand rule* est appliquée à des litiges en matière
de régimes de retraite privés. Il mentionne :

Nevertheless, the rule is complicated to apply in the area of pen-
sions, and the nature and scope of the duty depends generally on
whether the question concerns a matter of plan administration

54. *Boe c. Alexander*, (1987) 41 D.L.R. (4th) 520, 1987 CanLII 2596 (BC CA), par. 21.

55. L. I. Beaudoin, préc., note 49, p. 344 ; Lise I. Beaudoin, *Le contrat de gestion de portefeuille de valeurs mobilières*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 1994, p. 100.

56. J. Beaulne, préc., note 25, p. 287.

and interpretation, statutory compliance under the PBA [Ontario's *Pension Benefits Act*], or a discretionary matter of plan design.⁵⁷

Dans la gestion d'une caisse de retraite, même en excluant l'employeur à titre de titulaire de l'obligation d'impartialité, le groupe des participants et bénéficiaires ne partage pas toujours les mêmes intérêts financiers. Dans le choix des stratégies de placements, le goût pour le risque constitue une variable fondamentale qui diffère nécessairement d'un individu à un autre. La relation risque-rendement implique qu'un placement à risque élevé offre un potentiel de rendement plus élevé, mais aussi des pertes possibles plus élevées. Un retraité peut ainsi être moins enclin à mettre son actif de retraite à risque s'il bénéficie d'un horizon de placement plus court pour récupérer l'effet d'une perte financière importante. À l'inverse, un participant, en début de carrière, avec un horizon de placement de 40 ans n'aura généralement pas la même aversion pour le risque.

Les divergences peuvent aussi toucher directement les prestations offertes par le régime de retraite aux participants et bénéficiaires. L'arrêt *Association provinciale des retraités d'Hydro-Québec c. Hydro-Québec*⁵⁸ offre un exemple intéressant des situations conflictuelles qui peuvent diviser les participants et bénéficiaires. Dans ce litige, les retraités du régime contestaient l'entente intervenue entre l'employeur et le syndicat de modifier les termes du régime de retraite afin de bonifier les droits de retraite des participants actifs à partir de l'excédent d'actif de la caisse de retraite⁵⁹. Ils soutenaient que l'employeur ne pouvait faire bénéficier les

57. Ari N. Kaplan, *Pension Law*, Toronto, Irwin Law, 2006, p. 342.

58. 2005 QCCA 304.

59. Le juge Dalfond fait référence à l'arrêt *Dayco*, qui résume bien la situation juridique particulière des retraités en contexte de relation collective de travail : « Tant qu'un employé continue d'appartenir à une unité de négociation, il est soumis aux vicissitudes du processus de la négociation collective. Toutefois à la retraite, le travailleur sort de cette relation et, à ce moment-là, les droits qu'il a accumulés à titre d'employé se cristallisent sous une forme quelconque de droit "acquis" dont il bénéficie en qualité de retraité. Il est tout à fait possible que ce droit ne puisse être mis à exécution que par le truchement de l'action collective du syndicat au nom des retraités. Toutefois si tel est le cas, c'est en raison des particularités de fonctionnement de notre régime de droit du travail plutôt que d'un principe évident. » Voir *Dayco (Canada) Ltd. c. T.C.A.-Canada*, [1993] 2 R.C.S. 230, p. 274 ; Claude Tardif, « Les droits des retraités à l'intérieur des rapports collectifs de travail », dans Service de la formation continue, Barreau du Québec, *Développements récents en droit du travail*, volume 293, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2008, p. 261-294.

participants actifs de l'excédent d'actif, à moins que les retraités puissent équitablement en profiter.

Aux termes de sa loi constitutive, Hydro-Québec était non seulement l'employeur, mais aussi l'administrateur du régime de retraite des employés et retraités, et donc seule chargée, à titre de fiduciaire, de la gestion de la caisse de retraite⁶⁰. La Cour d'appel n'a pas retenu les prétentions des retraités et la responsabilité d'Hydro-Québec puisque lorsque celle-ci négocie une modification au régime, elle le fait à titre d'employeur, qui est une partie au contrat de régime de retraite, et non comme fiduciaire du régime. À titre d'employeur, Hydro-Québec n'est pas tenue à un devoir de loyauté envers les participants et bénéficiaires⁶¹. Hydro-Québec n'avait donc pas à s'assurer que les amendements étaient équitables pour les retraités ou à proposer des bonifications pour eux⁶².

Aux termes de la LRCR, « le comité de retraite peut en tout temps, présenter à celui qui a le pouvoir de modifier le régime de retraite ses recommandations quant aux modifications qui pourraient être apportées au régime »⁶³. Dans cette affaire, il appert que le comité de retraite n'a pas exercé son pouvoir de faire des

60. *Loi sur Hydro-Québec*, RLRQ, c. H-5, art. 53.

61. Selon la convention collective, les modifications au régime devaient être négociées entre les parties avant d'être soumises à l'approbation du gouvernement. Étant donné l'application de la convention collective, il appartenait au syndicat d'arbitrer les conflits d'intérêts potentiels entre les sous-groupes de participants et de bénéficiaires. Même si les retraités ne représentent pas une partie au régime de retraite, le syndicat pouvait négocier en leur nom. En aucun temps, l'accord des retraités ne constituait une condition de validité pour modifier le régime. *Imperial Oil Ltd. c. Ontario (Superintendent of Pension)*, (1995) 18 C.C.P.B. 198. *Association provinciale des retraités d'Hydro-Québec c. Hydro-Québec*, préc., note 58, par. 51 ; *Dayco (Canada) Ltd. c. T.C.A.-Canada*, préc., note 59, p. 299 ; *Hémond c. Coopérative fédérée du Québec*, [1989] 2 R.C.S. 962, p. 975 ; *Monsanto Canada Inc. c. Ontario (Surintendant des services financiers)*, [2004] 3 R.C.S. 152.

62. La Cour d'appel a conclu que la modification au régime en faveur des participants actifs était légale. Elle ne violait ni les termes de la convention collective ni les dispositions pertinentes de la LRCR. L'amendement apporté au régime ne portait d'ailleurs pas atteinte aux droits acquis des retraités, seul droit pouvant, dans ces circonstances, être soulevé devant la Cour d'appel. En dépit de l'iniquité apparente de la modification négociée entre l'employeur et le syndicat, celle-ci respectait le droit applicable aux régimes complémentaires de retraite. *Association provinciale des retraités d'Hydro-Québec c. Hydro-Québec*, *ibid.*, par. 89. D'ailleurs, en common law, il est établi que l'employeur n'est pas en conflit d'intérêts du seul fait qu'il administre le régime de retraite et qu'il en soit le constituant. *Imperial Oil Ltd. c. Ontario*, *ibid.*

63. LRCR, art. 150.1.

recommandations sur des « modifications qui pourraient être apportées au régime ». Bien sûr, il était difficile pour Hydro-Québec, comme fiduciaire du régime, de se prononcer sur la modification proposée, ce qui peut expliquer son silence à ce titre. Toutefois, même en présence d'un comité de retraite mixte ou indépendant, on peut se demander comment celui-ci aurait pu traiter cette modification au régime de retraite compte tenu de son devoir d'impartialité sans d'autres balises que celle d'agir dans l'intérêt des participants et des bénéficiaires.

Si cet arrêt n'offre pas de contribution sur le fond de la question, il illustre bien les conflits d'intérêts pouvant exister entre les participants et bénéficiaires. Ultimement, il serait possible de considérer que chacun des participants à un régime de retraite possède un intérêt distinct. Comme nous l'avons vu, l'attitude à l'égard du risque peut aussi varier fortement d'un participant à un autre. Même en excluant l'employeur de la problématique, l'application d'un devoir d'honnêteté et de loyauté en faveur des participants et bénéficiaires peut s'avérer hasardeuse. En fait, l'absence d'une référence à une fin commune au régime de retraite peut conduire à certaines incohérences lorsque la fiducie est administrée en faveur d'une collectivité.

2.3 La problématique de l'investissement responsable

Depuis les travaux des Nations Unies en 2005⁶⁴, l'investissement socialement responsable (« ISR »)⁶⁵ n'a cessé de prendre une place de plus en plus considérable à l'intérieur de l'actif sous gestion des caisses de retraite au Canada. Les principes des Nations Unies visaient une meilleure intégration des questions environnementales, sociales et de gouvernance d'entreprise (« ESG ») dans les stratégies de placement des investisseurs institutionnels comme les caisses de retraite. Les Nations Unies invitaient les investisseurs

64. Nations Unies, *Principes pour l'investissement responsable*, UNEP Finance Initiative, 2005. En ligne : <https://www.unepfi.org/fileadmin/documents/pri_fran_cais.pdf> (date d'accès : 26 février 2021).

65. L'ISR peut, par exemple, s'opérer par un filtrage, positif ou négatif, des titres financiers à l'intérieur de la politique de placement et de sa mise en œuvre. Ce filtrage permet de soutenir (positif) ou d'exclure (négatif) des titres de placement sur la base de critères financiers, sociaux ou écologiques. Voir *Canadian Employment Benefits and Pension Guide Reports*, Don Mills, CCH, 2009, p. 3416c ; J.-P. Albert, préc., note 12, p. 200-201.

à tenir compte des facteurs ESG dans le respect des responsabilités fiduciaires applicables⁶⁶. Entre 2006 et 2019, l'ISR au Canada est passé de 396 à 1,591 milliards⁶⁷. Il est à noter qu'aujourd'hui, plusieurs investisseurs institutionnels importants souscrivent à ces principes, dont deux des principaux gestionnaires de fonds de régimes publics au Canada : la Caisse de dépôt et placement du Québec⁶⁸ et Investissement PSP⁶⁹.

En droit québécois, la nature des intérêts à considérer lorsque le fiduciaire agit dans l'intérêt des bénéficiaires n'est pas clairement établie aux termes du *Code civil du Québec*, la LRCR ou par la jurisprudence. Quelques auteurs, sur la base de l'arrêt anglais *Cowan c. Scargill*⁷⁰, estiment que la recherche du meilleur « intérêt » des bénéficiaires doit s'effectuer en s'appuyant sur des facteurs strictement financiers⁷¹. L'intégration de facteurs non financiers peut être considérée dans la stratégie de placement seulement lorsque le rendement financier n'est pas affecté. Ainsi, un comité de retraite peut prendre en compte des facteurs ESG dans sa stratégie de placement si ceux-ci permettent de gérer l'actif de retraite dans l'intérêt financier des participants et bénéficiaires du régime⁷².

Depuis les principes énoncés par les Nations Unies, quelques études économiques sont venues démontrer la performance finan-

66. Nations Unies, préc., note 64, p. 4.

67. Association de l'investissement responsable, *Rapport de tendance de l'investissement responsable canadien*, novembre 2020, en ligne : <<https://www.riacanada.ca/fr/research/rapport-de-tendances-de-ir-canadien-2020/>> (date d'accès : 10 mai 2021).

68. Voir le site institutionnel de la Caisse, en ligne : <https://www.cdpq.com/sites/default/files/medias/pdf/fr/politique_investissement_responsable_fr.pdf> (date d'accès : 14 mai 2021).

69. Voir le site institutionnel d'Investissements PSP, en ligne : <https://www.investpsp.com/media/filer_public/02-we-are-psp/02-investing-responsibly/content-4/Responsible_Investment_Policy_fr.PDF> (date d'accès : 14 mai 2021).

70. [1984] 2 All E.R. 750 (eng. Ch. Div.).

71. John B. Claxton, *Studies on the Quebec Law of Trust*, Toronto, Thomson Carswell, 2005, p. 420 ; L. I. Beaudouin, préc., note 18, p. 93. Jacques Beaulne se positionne également dans ce sens : J. Beaulne, préc., note 25, n° 308, p. 286.

72. Il s'agit également de la conclusion qui a été soutenue par d'autres auteurs ayant précédemment travaillé sur l'ISR en matière de régime de retraite : Alexandre Cloutier, « L'investissement responsable par les comités de retraite », (2002) 32 *R.G.D.* 383-402 ; Jérôme Paradis, « L'investissement socialement responsable : les caisses de retraite québécoises peuvent-elles emboîter le pas ? », (2011) 41(2) *R.G.D.* 5, p. 34-37 ; P. Mignault, préc., note 37, p. 306 et s.

cière de stratégies de placement intégrant des facteurs ESG⁷³. Les résultats de ces études ne distinguent toutefois pas le mode d'intégration des facteurs ESG à la stratégie d'investissement. Il est possible d'intégrer les facteurs ESG à la stratégie d'investissement dans une perspective financière, mais il est aussi possible de le faire sur la base de facteurs non financiers⁷⁴. Si l'intégration des facteurs ESG dans une perspective financière ne semble pas soulever de difficulté eu égard au devoir de loyauté du comité de retraite, une intégration pour des principes non financiers ne paraît pas respecter l'obligation fiduciaire. D'où la pertinence, comme le recommandent les principes des Nations Unies, de divulguer le mode d'intégration des facteurs ESG dans la politique d'investissement de l'investisseur. Au Canada, l'Ontario a d'ailleurs été la première province à imposer aux régimes de retraite la divulgation de l'intégration des facteurs ESG dans la politique de placement du régime⁷⁵.

Bien que l'intégration des facteurs ESG dans les stratégies des régimes de retraite puisse respecter le devoir de loyauté, la réponse demeure néanmoins tributaire du mode d'intégration des facteurs ESG. La LRCR n'offre aucune balise claire sur l'intégration des facteurs ESG à la stratégie de placement. À titre supplétif, le *Code civil du Québec* ajoute peu de lumière ; la doctrine s'appuie sur *Cowan c. Scargill*, une décision britannique du milieu des années 1980. Les régimes de retraite qui choisissent d'aller de l'avant avec l'ISR acceptent de composer avec un environnement légal et réglementaire sans dispositions expresses précisant les paramètres de validité.

73. Voir notamment les recensions de la littérature de Gunnar Fried, Timo Busch et Alexander Bassen, « ESG and financial performance: aggregated evidence from more than 2000 empirical studies », (2015) 5 *Sustain. Fin. & Invest. J.* 210 ainsi que Gordon L. Clark, Andreas Feiner et Micheal Viehs, *From the Stockholders to the Stakeholders – How Sustainability Can Drive Financial Outperformance*, Smith School of Enterprise and the Environment, University of Oxford, March 2015, en ligne : <https://arabesque.com/research/From_the_stockholder_to_the_stakeholder_web.pdf> (date d'accès : 26 février 2021).

74. Randy Bauslaugh et Hendrik Garz, *Pension Fund Investment: Managing Environmental, Social and Governance (ESG) Factor Integration*, mai 2019, en ligne : <<https://www.mccarthy.ca/fr/node/57581>> (date d'accès : 26 février 2021).

75. Regulation 909, *supra* at s. 40(v)(ii) ; Regulation 909, *supra* at ss. 78(3), 40(1)(v), 40.1(1)(s) et 40.2(1)(r) respectively.

3. UNE CLARIFICATION DE LA RESPONSABILITÉ FIDUCIAIRE DES COMITÉS DE RETRAITE

Dans la partie précédente, nous avons soulevé différentes problématiques entourant la portée du devoir d'honnêteté et de loyauté des membres d'un comité de retraite aux termes de la LRCR. Cette analyse a fait ressortir les points saillants suivant : (i) la définition restrictive du terme « bénéficiaires » qui exclut l'employeur sans égard à la nature du régime de retraite ; (ii) l'absence d'une référence explicite à une fin poursuivie dans l'administration de la fiducie ; et (iii) l'imprécision sur la nature des intérêts qui doivent être considérés dans la prise de décision⁷⁶. Cette formulation du devoir d'honnêteté et de loyauté en vertu de la LRCR place le comité de retraite dans une position inconfortable pour traiter les enjeux que posent les intérêts de l'employeur dans les régimes à prestations déterminées, les conflits d'intérêts entre participants et bénéficiaires ou encore les questions que soulève l'investissement socialement responsable. La LRCR ayant été adoptée avant l'entrée en vigueur du CCQ, certaines de ses dispositions méritent notamment d'être revues à la lumière du *Code civil du Québec*⁷⁷ et des développements récents. Dans cette dernière partie, quelques pistes de réflexion sont présentées pour sécuriser le contexte décisionnel des comités de retraite eu égard à leur responsabilité découlant du devoir d'honnêteté et de loyauté en vertu de la LRCR.

3.1 Les titulaires du devoir de loyauté et la fin poursuivie par le régime de retraite

Pour soutenir le comité de retraite dans la conciliation des intérêts divergents des parties prenantes, le devoir de loyauté invite d'abord à reconsidérer la place de l'employeur parmi ses titulaires. Dans les régimes à cotisations déterminées, les intérêts de l'employeur se limitent à des considérations managériales et ont un impact plutôt marginal sur le régime de retraite. Dans les régimes à prestations déterminées, le devoir d'honnêteté et de loyauté soulève toutefois des difficultés pratiques pour le comité

76. LRCR, art. 6 et 151.

77. « Antérieure à l'entrée en vigueur du Code, la formulation de la loi sur les régimes de rentes devrait être revue à la lumière des règles nouvelles relatives à la fiducie à titre onéreux et à l'administration du bien d'autrui. » M. Cantin-Cumyn et M. Cumyn, préc., note 26, p. 121 (note 364).

de retraite lorsqu'il administre le régime. Une première piste de réflexion serait de reformuler le devoir d'honnêteté et de loyauté pour ajouter l'employeur parmi les titulaires de ce devoir. Il ne s'agirait pas d'une avenue exceptionnelle puisque l'article 8(3) de la loi fédérale de 1985⁷⁸ intègre déjà l'employeur parmi les titulaires du devoir d'honnêteté et de loyauté :

L'administrateur du régime de pension gère le régime et le fonds de pension en qualité de fiduciaire de l'employeur, des participants, des anciens participants et de toute autre personne qui a droit à une prestation de pension au titre du régime.

L'ajout de l'employeur respecterait davantage sa position économique dans le régime de retraite qu'il met en place dans son entreprise, et qui parfois même en assure la sécurité financière pour les participants et bénéficiaires. Bien sûr, d'un point de vue juridique, l'intégration de l'employeur parmi les bénéficiaires du devoir de loyauté placera parfois le comité de retraite dans une situation inconfortable. Il doit alors agir, en qualité de fiduciaire, avec impartialité à l'égard « de l'employeur, des participants, des anciens participants et de toute autre personne qui a droit à une prestation de pension au titre du régime ». Comme il est difficile de servir plus d'un maître, le fiduciaire reste confronté à la difficulté de concilier des intérêts divergents sans autres balises pour le guider dans ses décisions. Toutefois, comment peut-on ne pas tenir compte des intérêts de l'employeur dans la gestion d'un régime à prestations déterminées ?

Il devient alors d'autant plus nécessaire d'identifier des objectifs communs aux parties prenantes pour que le fiduciaire puisse exercer ses fonctions d'une manière impartiale. En fait, dans la définition du devoir d'honnêteté et de loyauté, nous revenons inévitablement à la nécessité de lier explicitement la portée de ce devoir au respect de la fin poursuivie par le régime de retraite. Dans son devoir de concilier équitablement les intérêts divergents des parties prenantes au régime de retraite, le comité de retraite a besoin de s'appuyer sur une orientation neutre et commune à tous. Comme l'expliquent les auteures Madeleine Cantin-Cumyn et Michelle Cumyn, la finalité du pouvoir du fiduciaire déborde le seul intérêt des participants et bénéficiaires :

78. *Loi de 1985 sur les normes de prestation de pension*, L.R.C. (1985), ch. 32 (2^e suppl.).

La finalité du pouvoir, c'est-à-dire l'intérêt ou le but en vue duquel cette prérogative est exclusivement conférée, est établie par l'autorité qui investit ou habilite, et se manifeste sous plusieurs formes. La finalité générale, mentionnée à l'article 1309, alinéa 2 C. civ., consiste, soit dans l'intérêt d'un bénéficiaire, soit dans la mise en œuvre d'un but déterminé. Elle est complétée par la finalité particulière qui peut résulter du type d'administration en cause, ou découler des intentions spécifiques manifestées par le constituant de l'administration.⁷⁹

Il devrait le faire en fonction de la fin de l'affectation de la fiducie de retraite. Le devoir d'honnêteté et de loyauté doit s'exercer en prenant en considération l'objectif de la fiducie, soit de verser une rente de retraite aux participants et aux bénéficiaires en engageant des dépenses raisonnables dans la réalisation de cette fin⁸⁰. La loi américaine ERISA, qui impose aussi aux gestionnaires de caisse de retraite une administration dans l'intérêt des participants et bénéficiaires, circonscrit ce devoir en tenant compte de la finalité de la fiducie :

ERISA, section 404

(a) Prudent man standard of care

(1) Subject to sections 1103 (c) and (d), 1342, and 1344 of this title, a fiduciary shall discharge his duties with respect to a plan solely in the interest of the participants and beneficiaries and—

(A) for the exclusive purpose of:

(i) providing benefits to participants and their beneficiaries; and

(ii) defraying reasonable expenses of administering the plan; [...]

Ce problème de la conciliation des intérêts divergents des membres se trouve aussi au cœur du droit applicable aux personnes morales. L'article 322 du *Code civil du Québec* prévoit à cet égard que le devoir d'honnêteté et de loyauté consiste à agir dans l'intérêt de la personne morale. Cette référence permet au conseil d'administration de s'élever au-dessus de l'intérêt personnel des

79. M. Cantin-Cumyn et M. Cumyn, préc., note 26, p. 280-281.

80. Ronald B. Rivikoff et Myron P. Curzan, « Social Responsibility in Investment Policy and the Prudent Man Rule », (1980) 68 *Cal. L. Rev.* 518, 528-536.

membres pour trancher dans l'intérêt collectif. Comme nous l'avons vu précédemment, en droit des sociétés par actions, la jurisprudence⁸¹ – et ensuite le législateur en vertu de la *Loi canadienne des sociétés par actions* – est venue clarifier quels intérêts pouvaient être considérés par les administrateurs dans cet exercice discrétionnaire. Cet intérêt collectif permet aux administrateurs de prendre en compte une diversité d'intérêts dans une perspective large (les intérêts des parties prenantes, l'environnement et les intérêts à long terme de la société).

Ce but commun de la fiducie de retraite informe sur les questions suivantes : quelle est la raison d'être de la fiducie ? quelles parties sont affectées par les rendements financiers ? comment le comité de retraite définit-il la création de valeur⁸² ? Dans sa prise de décision, la mission déterminera ensuite les objectifs des gestionnaires. Elle permet, au-delà des considérations individuelles, d'orienter les actions de l'organisation pour accomplir son objet collectif. Une fois contextualisés par la fin poursuivie, les intérêts de l'employeur, s'ils sont en harmonie avec l'atteinte des objectifs de la fiducie de verser des rentes de retraite, pourraient être considérés dans la prise de décision par le comité de retraite. Dans le cas contraire, le comité de retraite met à l'écart les intérêts divergents de l'employeur au bénéfice de la collectivité.

Cette formulation, plus réaliste, respecterait davantage les impératifs économiques de la gestion d'un régime de retraite à prestations déterminées, qui exige notamment une prise de risque supérieure au niveau moyen d'aversion au risque des participants et bénéficiaires. Le libellé de l'article 169 LRCR illustre bien les limites qu'impose le devoir d'agir dans l'intérêt des participants et bénéficiaires. Lorsque le comité de retraite élabore sa politique de placement, cet article mentionne qu'il doit tenir compte « notamment du type de régime de retraite en cause, de ses caractéristiques et de ses engagements financiers »⁸³. La LRCR fixe alors des balises au devoir d'honnêteté et de loyauté du comité de retraite qui découle de l'objectif de la fiducie de verser les rentes promises. Pour être en mesure d'atteindre cet objectif, le comité doit agir

81. *Magasins à rayons Peoples inc. (Syndic de) c. Wise*, préc., note 3 ; *BCE Inc. c. Détenteurs de débentures de 1976*, préc., note 5.

82. Keith Ambachtsheer et Don D. Ezra, *Pension Fund Excellence: Creating Value to Shareholders*, Toronto, Wiley, 1998, p. 82.

83. LRCR, art. 169.

en respectant des principes dérivant de la théorie économique et financière sur la gestion d'une entité ayant pour mission de verser des rentes de retraite.

3.2 Le balisage de l'investissement responsable par la définition de l'intérêt

Actuellement, au Canada, 95 % des ISR sont effectués par les dix plus importantes caisses de retraite publiques au Canada, alors que les caisses de retraite privées sont plus lentes à intégrer la tendance ESG⁸⁴. Quoique les enjeux des responsabilités fiduciaires ne soient pas le seul obstacle au développement des stratégies ESG à l'intérieur des régimes de retraite de petite et moyenne taille, une clarification des devoirs pourrait soutenir ces initiatives⁸⁵. Ces fiducies d'utilité privée, dont la valeur de l'actif sous gestion atteint parfois les milliards, peuvent difficilement prendre des décisions d'investissement en eaux troubles... dans le doute, elles peuvent préférer s'abstenir. À noter qu'au Québec, le Régime de retraite des employés du gouvernement et des organismes publics, le plus important régime public au Québec, dont l'actif est administré par la Caisse de dépôt et placement du Québec, n'est pas assujéti à la LRCR⁸⁶.

Récemment, l'International Organisation of Pension Supervisors⁸⁷ s'est clairement positionnée en faveur d'une clarification des obligations des régimes de retraite sur l'intégration des facteurs ESG. Bien sûr, une interprétation des règles applicables aux régimes de retraite sur l'investissement responsable, comme

84. Association de l'investissement responsable, préc., note 67.

85. Réseau pour le verdissement du système financier, *Un appel à l'action – Le changement climatique comme source de risque financier*, avril 2019, en ligne : <https://www.ngfs.net/sites/default/files/medias/documents/ngfs_first-comprehensive-report_fr.pdf> (date d'accès : 6 mai 2021) ; International Organisation of Pension Supervisors, *IOPS Supervisory Guidelines on the Integration of ESG Factors in the Investment and Risk Management of Pension Funds*, Paris, 2019, en ligne : <<http://www.iopsweb.org/IOPS-Supervisory-guidelines-integration-ESG-factors.pdf>> (date d'accès : 1^{er} mars 2021) ; Principles for Responsible Investment *et al.*, *L'obligation fiduciaire au 21^e siècle*, Canada Roadmap, p. 7 et s., en ligne : <<https://www.unpri.org/download?ac=2958>> (date d'accès : 6 mai 2021).

86. LRCR, art. 1 et 2.

87. International Organisation of Pension Supervisors, préc., note 85, p. 20. Le deuxième principe énonce ce qui suit : « Supervisory authorities should clarify to a pension fund governing body or the asset managers, possibly through regulations, rules or guidelines, that the explicit integration of ESG factors into pension fund investment and risk management process is in line with their fiduciary duties. »

nous l'avons vu, donne une ouverture raisonnable à la légalité d'une certaine forme d'intégration des facteurs ESG. Toutefois, nous pouvons comprendre que des membres d'un comité de retraite, qui assument souvent ces fonctions à titre gratuit, ne souhaitent pas exposer leur responsabilité personnelle dans un environnement légal et réglementaire nébuleux sur l'intégration des facteurs ESG. Si l'on fait encore un parallèle avec le droit des sociétés, malgré une jurisprudence claire de la Cour suprême du Canada⁸⁸, le législateur n'a pas hésité à préciser dans la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* la nature des intérêts pouvant être considérés par les administrateurs et dirigeants lorsqu'ils prennent des décisions dans l'intérêt de la société.

Pour IOPS, les autorités de régulation en matière de régime de retraite devraient obliger les régimes de retraite à considérer les impacts financiers des facteurs ESG. Cette recommandation vise les aspects financiers de l'intégration des facteurs ESG et non un appui à l'investissement responsable sur la base de principes non financiers.

Supervisory authorities should require that a pension fund governing body consider environmental, social and governance (ESG) factors, along with all other substantial financial factors, that may contribute to achieving the long-term retirement objectives of pension fund members and their beneficiaries. In particular, such wider considerations should be taken into account in the pension fund's investment and risk management process.⁸⁹

Par exemple, l'encadrement de la politique de placement pourrait exiger d'expliquer comment les facteurs ESG sont pris en considération pour assurer à long terme une gestion de l'actif en fonction du risque et du rendement. En Ontario, depuis 2016, les règlements disposent que l'administrateur d'un régime de retraite doit indiquer si les facteurs ESG sont pris en considération et, le cas échéant, divulguer l'approche choisie dans sa politique de placement⁹⁰. Le Règlement 909 ne prévoit toutefois pas que l'administrateur doit tenir compte des facteurs ESG. La règle

88. *Magasins à rayons Peoples inc. (Syndic de) c. Wise*, préc., note 3 ; *BCE Inc. c. Détenteurs de débentures de 1976*, préc., note 5. Voir à cet égard : *Principles for Responsible Investment et al.*, préc., note 85, p. 7 et s.

89. International Organisation of Pension Supervisors, préc., note 85, p. 19.

90. *Dispositions générales*, R.R.O. 1990, Règlement 909, art. 78(3).

prend la forme d'une obligation d'information sur les facteurs ESG et non d'une obligation formelle d'intégration de ces facteurs à la politique de placement.

Au Manitoba, face à cette situation délicate, le législateur a décidé d'aller un peu plus loin. Aux termes de la *Loi sur les prestations de pension*⁹¹ du Manitoba, un article a été ajouté afin de permettre explicitement à l'administrateur de régime de retraite de considérer des facteurs « non-financiers » :

28.1(2.2). Sauf disposition contraire du régime de retraite, l'administrateur qui utilise des critères de nature non financière pour élaborer une politique de placement ou prendre une décision en matière de placement ne viole ni la présente loi ni ses obligations fiduciaires dans la mesure où il se conforme aux paragraphes (2) et (2.1).

Dans les décisions d'investissement de l'administrateur du régime, cet article permet à l'administrateur d'utiliser des critères autres que financiers sans manquer à ses obligations de fiduciaire. Il est toutefois permis de prévoir autrement au régime de retraite. Cette formulation va au-delà de la recommandation de l'IOPS en permettant la considération de facteurs non financiers pour la mise en place d'une stratégie d'investissement responsable. Pour certains, cette disposition, introduite en 2005, traduit principalement une mauvaise compréhension des enjeux liés à l'intégration des facteurs ESG, laquelle était peut-être moins avancée à l'époque⁹².

Il n'est effectivement pas nécessaire d'ouvrir à la considération de facteurs non financiers pour répondre à la problématique de l'intégration de facteurs ESG pour la sécurité financière de nos régimes de retraite. D'où l'opportunité de préciser la nature financière des intérêts à considérer dans la gestion d'un régime de retraite en vertu du devoir de loyauté de la LRCR. En vertu du *Code civil du Québec*, bien que l'interprétation actuelle semble aller dans ce sens, la réponse est peut-être autre – nous ne tirons pas de conclusion à cet égard. L'aspect essentiellement financier de l'administration d'un régime de retraite appuie toutefois cette conclusion aux termes de la LRCR. Si le régime souhaite intégrer des facteurs non financiers à la stratégie de placement, il serait

91. C.P.L.M., c. P-32, art. 28.1(2.2).

92. R. Bauslaugh et H. Garz, préc., note 74.

préférable que ce choix soit explicitement accepté par les parties au contrat de régime de retraite.

CONCLUSION

La *Loi sur les régimes complémentaires de retraite*, malgré de multiples modifications, n'a pas été revue en profondeur depuis son adoption en 1989, soit depuis plus de 30 ans. Elle introduisait d'ailleurs le nouveau concept de fiducie civile avant même le développement formel du cadre juridique applicable dans le *Code civil du Québec*. Le devoir d'honnêteté et de loyauté du comité de retraite est un exemple de règle d'application large qui mériterait d'être réévalué à la lumière des développements juridiques et économiques de l'univers des régimes de retraite. Nous souhaitons que ces quelques pistes de réflexion puissent guider le législateur pour une meilleure gouvernance de nos régimes de retraite en tenant compte de certaines des préoccupations actuelles des administrateurs de régimes.

L'aide financière aux victimes d'infractions criminelles

Quelles victimes de violences sexuelles ou conjugales sont admissibles au nouveau régime québécois ?

Michaël LESSARD

Résumé

L'Assemblée nationale du Québec a récemment réformé le régime d'aide financière que l'État québécois offre aux victimes d'actes criminels. Les parlementaires visaient ainsi à pallier les nombreuses lacunes de la *Loi sur l'indemnisation des victimes d'actes criminels* (le régime de l'IVAC). Alors que le régime antérieur de l'IVAC excluait de nombreuses victimes de violences sexuelles ou conjugales, qu'en est-il de celui nouvellement mis en place ? La *Loi visant à aider les personnes victimes d'infractions criminelles et à favoriser leur rétablissement* admet-elle maintenant toutes les victimes de violences sexuelles ou conjugales ?

Cet article analyse les nouveaux facteurs influant sur l'admissibilité d'une victime de violences sexuelles ou conjugales à l'aide financière offerte par l'État du Québec. Plus précisément, il analyse (1) la nouvelle définition d'« infraction criminelle », (2) l'introduction du concept de violence sexuelle, (3) les obligations de coopération imposées aux victimes, (4) la faute lourde et (5) le délai pour déposer une demande. Il intéressera toute victime ainsi que toute personne appelée à représenter ou à orienter une victime ou à rendre une décision en vertu du nouveau régime.

L'aide financière aux victimes d'infractions criminelles

Quelles victimes de violences sexuelles ou conjugales sont admissibles au nouveau régime québécois ?

Michaël LESSARD*

INTRODUCTION	149
L'INFRACTION CRIMINELLE DONNANT DROIT À L'AIDE FINANCIÈRE	150
LE CONCEPT DE LA VIOLENCE SEXUELLE	157
LA COOPÉRATION COMME CRITÈRE D'ADMISSIBILITÉ	159
LA FAUTE LOURDE.	161
LE DÉLAI POUR DÉPOSER UNE DEMANDE	164
CONCLUSION.	166

* M^e Michaël Lessard (michael.lessard@mail.mcgill.ca) est avocat et doctorant en droit à l'Université de Toronto. Ses travaux portent principalement sur le droit des personnes, les violences sexuelles et conjugales, le droit de la famille, le droit des animaux et le sexisme langagier. L'auteur remercie Martine B. Côté et Lucia Flores Echaiz pour leurs commentaires sur les versions antérieures de cet article.

INTRODUCTION

Un tout nouveau régime d'aide aux victimes d'infractions criminelles se met en place au Québec en 2021¹. Il remplace ainsi le régime d'indemnisation des victimes d'actes criminels (« IVAC »). En vigueur depuis 1972, ce régime avait essuyé plusieurs critiques, notamment parce qu'il excluait de nombreuses victimes de violences sexuelles ou conjugales, allant de la pornographie juvénile au harcèlement criminel². Le nouveau régime d'aide financière, adopté pour pallier ces lacunes, admettra-t-il maintenant toutes les victimes de violences sexuelles ou conjugales ?

Cet article analyse les nouveaux facteurs influant sur l'admissibilité d'une victime de violences sexuelles ou conjugales à l'aide financière étatique. Il met en relief les changements les plus importants apportés par la nouvelle *Loi visant à aider les personnes victimes d'infractions criminelles et à favoriser leur rétablissement*, qui entrera en vigueur le 13 octobre 2021³, en tenant compte des critiques portées contre la *Loi sur l'indemnisation des victimes d'actes criminels* (« LIVAC »)⁴. Cette analyse intéressera

-
1. La *Loi visant à aider les personnes victimes d'infractions criminelles et à favoriser leur rétablissement* a été adoptée le 13 mai 2021 et entrera en vigueur le 13 octobre 2021 ; Assemblée nationale du Québec, Journal des débats de l'Assemblée nationale, 42^e législature, 1^{re} session (à partir du 27 novembre 2018), vol. 45, n^o 191, 13 mai 2021, 11 h 26 à 11 h 50 ; *Loi visant à aider les personnes victimes d'infractions criminelles et à favoriser leur rétablissement*, art. 198. Le projet du *Règlement d'application de la Loi visant à aider les personnes victimes d'infractions criminelles et à favoriser leur rétablissement* a été publié le 23 juin 2021, *Gazette officielle du Québec*, partie 2, 153^e année, n^o 25, p. 2961 (version française) et 1825 (version anglaise), et il n'avait pas encore été édicté au moment d'écrire ces lignes.
 2. Pour mieux comprendre les principales critiques, voir Michaël Lessard, « L'indemnisation des victimes d'actes criminels au Québec : la loi exclut-elle les victimes de violences sexuelles ou conjugales ? », (2020) 61:4 *Les Cahiers de droit* 1097.
 3. *Loi visant à aider les personnes victimes d'infractions criminelles et à favoriser leur rétablissement*, art. 198.
 4. L'auteur a présenté une analyse de la première mouture du projet de loi n^o 84 à la Commission des institutions, voir Michaël Lessard, *Mémoire sur le Projet de loi n^o 84, Loi visant à aider les personnes victimes d'infractions criminelles et à favoriser leur rétablissement*, présenté à la Commission des institutions de l'Assemblée nationale du Québec, 006M, 20 janvier 2021, en ligne : <<https://perma.cc/H678-EV2Y>>. L'analyse de la *Loi visant à aider les personnes victimes d'infractions criminelles et à favoriser leur rétablissement* prend racine dans les critiques présentées dans ce mémoire ainsi que dans Michaël Lessard, « L'indemnisation des victimes

toute personne souhaitant mieux comprendre les changements apportés par le nouveau régime d'aide financière, qu'elle soit une victime voulant comprendre ses droits, un-e avocat-e représentant des victimes ou l'État, un-e intervenant-e orientant des victimes ou encore un décideur ou une décideuse. Plus précisément, ce texte analyse (1) la nouvelle définition d'« infraction criminelle », (2) l'introduction du concept de violence sexuelle, (3) les obligations de coopération imposées aux victimes, (4) la faute lourde et (5) le délai pour déposer une demande.

L'INFRACTION CRIMINELLE DONNANT DROIT À L'AIDE FINANCIÈRE

Par cette nouvelle loi, l'État du Québec vise à aider les victimes de violentes atteintes à leur intégrité physique ou psychique dans leur rétablissement⁵. L'aide financière octroyée peut leur permettre de suivre une thérapie, de pallier une perte de revenu, de déménager hors de la résidence d'un conjoint violent, d'installer un système d'alarme, de suivre un cours d'autodéfense, etc.⁶. Afin de bénéficier de cette aide financière, une victime adresse une demande de qualification au ministère de la Justice, qui déterminera si elle répond à la définition de « personne victime » au sens de la nouvelle loi⁷. La victime doit alors démontrer avoir subi une atteinte à son intégrité physique ou psychique en raison d'une infraction criminelle. Cette preuve se fait selon la prépondérance des probabilités en fournissant, par exemple, une description écrite de l'infraction criminelle et de la nature de l'atteinte subie, ou encore le nom de témoins, du corps policier ayant rédigé un rapport d'événement ou de l'établissement où la victime a été hospitalisée ou traitée⁸.

d'actes criminels au Québec : la loi exclut-elle les victimes de violences sexuelles ou conjugales ? », (2020) 61:4 *Les Cahiers de droit* 1097. Les principaux pans de cette analyse sont rendus sous forme de conférence en ligne, voir Fondation du Barreau du Québec, « Webconférence #3 Indemnisation des victimes d'actes criminels sans questions », 3 juin 2021, YouTube, en ligne : <<https://youtu.be/a7uUEjkoaJc>>.

5. *Loi visant à aider les personnes victimes d'infractions criminelles et à favoriser leur rétablissement*, art. 1.
6. Voir, par exemple, *Loi visant à aider les personnes victimes d'infractions criminelles et à favoriser leur rétablissement*, art. 42-43, 54-55 ; projet du *Règlement d'application de la Loi visant à aider les personnes victimes d'infractions criminelles et à favoriser leur rétablissement*, art. 125-128.
7. *Loi visant à aider les personnes victimes d'infractions criminelles et à favoriser leur rétablissement*, art. 23.
8. *Projet du Règlement d'application de la Loi visant à aider les personnes victimes d'infractions criminelles et à favoriser leur rétablissement*, art. 9.

La déclaration de culpabilité de l'auteur de l'infraction n'est pas nécessaire puisque ce régime existe dans une optique de solidarité sociale envers les victimes et non de responsabilisation des criminels⁹. Dès la présentation d'une demande de qualification, le ou la ministre de la Justice devient subrogé.e dans les droits de la personne victime jusqu'à concurrence du montant pouvant lui être versé et peut exercer une action subrogatoire pour récupérer cette somme¹⁰, mais l'issue de cette action ne devrait également pas avoir d'influence sur l'évaluation de la demande de qualification. Le régime d'aide financière opère donc essentiellement de manière indépendante de toute action civile ou criminelle.

Le régime d'aide financière s'ouvre maintenant à toutes les victimes d'une infraction criminelle portant atteinte à leur intégrité physique ou psychique. Cette modification au régime crée un changement majeur par rapport à l'ancienne *LIVAC*, qui limitait l'accès aux victimes de l'une des 42 infractions du *Code criminel* (« *C.cr.* ») énumérées dans son annexe¹¹. L'article 15 de la nouvelle loi prévoit simplement qu'une victime d'infraction criminelle a droit à une aide financière. Cette « infraction criminelle » se voit définie à l'article 18 de la nouvelle loi en des termes généraux¹² :

« infraction criminelle » : toute infraction prévue au Code criminel (L.R.C. 1985, c. C-46) perpétrée après le 1^{er} mars 1972 et qui porte atteinte à l'intégrité physique ou psychique d'une personne ; ainsi n'est pas visée une infraction criminelle perpétrée contre un bien ;	“criminal offence” means any offence under the Criminal Code (R.S.C. 1985, c. C-46) committed after 1 March 1972 and causing a person to suffer interference with their physical or mental integrity; a criminal offence against property is therefore excluded;
---	--

Cette nouvelle définition permet d'aider financièrement les victimes de plusieurs infractions criminelles antérieurement

9. *Loi visant à aider les personnes victimes d'infractions criminelles et à favoriser leur rétablissement*, art. 101.

10. *Loi visant à aider les personnes victimes d'infractions criminelles et à favoriser leur rétablissement*, art. 32.

11. *Loi sur l'indemnisation des victimes d'actes criminels*, RLRQ, c. I-6, annexe.

12. *Loi visant à aider les personnes victimes d'infractions criminelles et à favoriser leur rétablissement*, art. 18.

exclues du régime d'aide¹³. Dans le contexte des violences sexuelles ou conjugales, les nouvelles inclusions les plus marquantes sont :

- la publication non consentie d'une image intime (art. 162.1 *C.cr.*) ;
- la production, la distribution ou la possession de pornographie juvénile (art. 163.1 *C.cr.*) ;
- le harcèlement criminel (art. 264 *C.cr.*) ;
- les menaces (art. 264.1 *C.cr.*) ;
- la traite d'une personne (art. 279.01 *C.cr.*) ;
- la traite d'une personne mineure (art. 279.001 *C.cr.*) ;
- l'enlèvement en contravention avec une ordonnance de garde (art. 282 *C.cr.*) ;
- le proxénétisme (art. 286.3 *C.cr.*) ;
- les communications harcelantes (art. 372(3) *C.cr.*) ;
- les communications indécentes (art. 372(2) *C.cr.*).

L'inclusion du harcèlement criminel doit être soulignée puisque cette infraction est souvent employée pour traduire en droit criminel une situation de violences conjugales sans voies de fait.

L'article 15 prévoit également explicitement qu'ont droit à une aide financière le parent d'un-e enfant victime, l'enfant d'un parent victime, la personne à charge d'une personne victime, le proche d'une personne victime et un-e témoin, ce qui offre une aide financière élargie, notamment dans certains contextes de violences conjugales à des membres de la famille qui ne sont pas des victimes directes de l'infraction criminelle au sens rigoureux du droit.

13. Pour une analyse des manquements du régime de la *LIVAC*, voir Michaël Lessard, « L'indemnisation des victimes d'actes criminels au Québec : la loi exclut-elle les victimes de violences sexuelles ou conjugales ? », (2020) 61:4 *Les Cahiers de droit* 1097, 1109-1122.

Notons aussi que l'article 72 prévoit maintenant que les infractions criminelles subies à l'extérieur du Québec seront parfois couvertes par le régime d'aide financière. Le gouvernement déterminera par règlement les contours de cette inclusion¹⁴.

Malgré ces avancées importantes pour les victimes de violences sexuelles ou conjugales, quelques lacunes du nouveau régime d'aide financière doivent être mises en relief.

L'infraction contre un bien. Premièrement, la définition de l'infraction criminelle à l'article 18 exclut « une infraction criminelle perpétrée contre un bien » (“a criminal offence against property”). Lors des consultations particulières de la Commission des institutions, plusieurs personnes ont exprimé la crainte que cette exception exclue du régime d'aide financière plusieurs victimes de violence conjugale dont la victimisation s'est matérialisée par l'intermédiaire de biens ou d'animaux. On pense par exemple à ces infractions criminelles :

- le vol (art. 322, 328, 330, 331 *C.cr.*) ;
- la distraction de fonds détenus en vertu d'instructions (art. 332 *C.cr.*) ;
- l'extorsion (art. 346 *C.cr.*) ;
- le méfait (art. 430 *C.cr.*).

Cependant, le ministre de la Justice a clarifié que les victimes de ces infractions ne sont pas nécessairement exclues du régime d'aide financière. En effet, lors de l'étude de l'article 18, le ministre de la Justice a fait remarquer que le vol qualifié causant des lésions pouvait donner ouverture au régime d'aide financière¹⁵ :

14. Projet du *Règlement d'application de la Loi visant à aider les personnes victimes d'infractions criminelles et à favoriser leur rétablissement*, 23 juin 2021, *Gazette officielle du Québec*, partie 2, 153^e année, n° 25, p. 2961 (version française) et 1825 (version anglaise), art. 187-189.

15. Assemblée nationale du Québec, Journal des débats de la Commission des institutions, *Étude détaillée du projet de loi n° 84, Loi visant à aider les personnes victimes d'infractions criminelles et à favoriser leur rétablissement*, 42^e législature, 1^{re} session (à partir du 27 novembre 2018), vol. 45, n° 119, 16 février 2021, 15 h 22 à 15 h 25.

L'article 13 [du projet de loi, maintenant l'article 18 de la loi] établit quelles infractions criminelles seraient considérées aux fins de donner ouverture au régime d'aide financière. Ces infractions seraient toutes celles perpétrées contre une personne, c'est-à-dire celles qui portent atteinte à l'intégrité physique ou psychique de cette personne. Ainsi, toutes les infractions contre la personne comprises dans la Partie VIII du *Code criminel* seraient considérées. Ces infractions incluent notamment le meurtre, l'agression armée, l'agression sexuelle, la traite de personnes, les voies de fait, l'enlèvement et la séquestration, la négligence criminelle, les menaces ou le harcèlement criminel. Seraient aussi considérées certaines infractions lorsqu'elles causent des lésions corporelles ou la mort, telles que la conduite avec facultés affaiblies ou la conduite dangereuse, le vol qualifié ou l'introduction par effraction. Seraient finalement considérées les infractions à caractère sexuel telles que l'inceste, les infractions reliées à la pornographie juvénile, les contacts sexuels, l'exploitation sexuelle ou l'action indécente. Ne seraient pas considérées, et donc ne donneraient pas ouverture à l'application du régime d'aide financière, les infractions perpétrées contre un bien. (Soulignement ajouté)

Ainsi, les commentaires du ministre indiquent que l'exclusion des infractions perpétrées contre des biens doit être interprétée en considérant l'ensemble de la définition qui, elle, vise d'abord à inclure toute infraction portant atteinte à l'intégrité d'une personne. En d'autres termes, toute infraction criminelle portant atteinte à l'intégrité physique ou psychique d'une personne donne ouverture au régime d'aide financière, même si elle passe par l'intermédiaire d'un bien, comme le vol qualifié donné en exemple par le ministre¹⁶. Ce n'est qu'en l'absence de cette atteinte à l'intégrité physique que l'on fait remarquer que l'infraction criminelle contre un bien ne donne pas ouverture au régime.

16. Conformément à l'explication du ministre de la Justice sur le sens à donner à l'article 18, on peut estimer que d'autres infractions impliquant un bien pourraient donner ouverture au régime d'aide financière dans la mesure où l'infraction criminelle porte atteinte à l'intégrité physique ou psychique d'une personne. De manière analogue au vol qualifié, on pense par exemple aux infractions d'extorsion et de méfait. Dans le même sens, on prendra soin d'inclure les victimes d'une intimidation commise par l'intermédiaire de biens (al. 423(1)a), b) ou d) *C.cr.*) puisque l'infraction vise ultimement à intimider une personne ; l'intimidation se perpète contre une personne et non contre un bien. Suivant les commentaires du ministre, l'admissibilité d'une victime ne semble pas se déterminer en demandant si la victime a subi une infraction perpétrée contre un bien qui l'exclurait, mais simplement en demandant si elle a subi une atteinte à son intégrité physique ou psychique qui l'inclurait.

L'état d'esprit de l'auteur de l'infraction. Deuxièmement, tracer les contours du régime en fonction de la définition de l'infraction criminelle risque de faire dépendre l'aide financière de l'état d'esprit de l'agresseur.

En effet, puisque la définition d'un acte criminel inclut la *mens rea*, la Direction de l'IVAC a déjà refusé une indemnisation à une victime ayant subi une violence physique à caractère sexuel pour la seule raison que l'auteur avait peut-être cru au consentement de la victime, de sorte qu'il n'avait peut-être pas formé de *mens rea*¹⁷. Or, l'*actus reus* de l'agression sexuelle était présent : la victime a subi un acte sexuel non consenti. Subissant un tel acte, la victime souffre d'un préjudice, et ce, que l'auteur de la violence ait une intention coupable ou non.

Rejeter une demande d'aide en raison de l'absence de *mens rea* alors que l'atteinte à l'intégrité d'une personne est démontrée pose problème du point de vue des objectifs du régime d'aide financière. Ce régime vise essentiellement à aider des personnes pour des atteintes violentes à leur intégrité physique ou psychique dans une optique de solidarité sociale¹⁸ afin que celles-ci puissent se rétablir dans la mesure du possible. Puisque la souffrance qui résulte d'une violente atteinte à l'intégrité physique ou psychique s'impose aux victimes peu importe l'existence ou non d'une *mens rea*, l'aide financière aurait pu faire fi de la *mens rea* et se concentrer sur l'*actus reus* afin de remplir les objectifs du régime.

17. *I.M. c. Procureure générale du Québec*, 2016 QCTAQ 06463. Sur la règle de la *LIVAC* voulant que la démonstration de la *mens rea* était habituellement requise, voir *F.T. c. Québec (Procureur général)*, 2010 QCTAQ 02485 ; *J.V. c. Procureure générale du Québec*, 2018 QCTAQ 0474.

18. Au sujet de la *LIVAC* : « La *Loi sur l'indemnisation des victimes d'actes criminels* est adoptée en 1971. Les fondements de cette loi reposent sur le principe que le crime est un risque social que l'État assume, non pas en vertu d'une obligation légale mais plutôt par solidarité sociale à l'égard des personnes victimes de crimes », Comité consultatif sur la révision du régime d'indemnisation des personnes victimes d'actes criminels, *Rapport et recommandations. Vers une réforme au service des personnes*, 2002, p. 13 : « Ce type d'indemnisation se compare à l'aide financière de dernier recours (anciennement connue sous l'appellation "assistance sociale") qui assure un minimum de revenus à des personnes qui ne peuvent subvenir à leurs besoins. C'est sur la base de la solidarité sociale qu'une société choisit d'aider ceux et celles qui se retrouvent en situation de dénuement. Tout comme pour l'aide financière de dernier recours, l'indemnisation des personnes victimes d'actes criminels relève de la responsabilité de l'État », Groupe de travail sur la révision du régime d'indemnisation des victimes d'actes criminels, *L'indemnisation des personnes victimes d'actes criminels – Une question de solidarité et d'équité*, 2008, p. 11.

Le même commentaire s'applique aussi aux situations où l'*actus reus* serait nié en raison de l'état d'esprit de l'auteur, comme en cas d'intoxication extrême¹⁹. L'aide financière devrait être accordée à une victime sans subordonner cette aide à l'état d'esprit de l'auteur de l'atteinte grave et violente à son intégrité²⁰.

Heureusement, en accord avec ce principe selon lequel on voudra aider la victime d'une atteinte à son intégrité physique ou psychologique sans subordonner cette aide à l'état d'esprit de l'auteur de l'atteinte, le ministre de la Justice s'est engagé à émettre une directive visant à exclure les considérations relatives à l'état d'esprit de l'auteur dans l'évaluation de l'admissibilité d'une victime au régime²¹.

Les violences sexuelles ou conjugales exclues du *Code criminel*. Troisièmement, le régime d'aide financière exclut malheureusement les victimes de violences sexuelles ou conjugales qui ne constituent pas une infraction prévue au *Code criminel*.

L'Association des juristes progressistes proposait, lors des consultations particulières de la Commission des institutions, d'étendre le régime d'aide aux personnes victimes de violences sexuelles ou conjugales qui ne sont pas criminalisées²². Cette proposition est louable. Le régime d'aide adopté par l'Assemblée

19. Remarquez que l'article 33.1 du *Code criminel* interdit d'ailleurs déjà de soulever une défense d'intoxication volontaire dans certaines circonstances. Cependant, la Cour d'appel de l'Ontario a déclaré cet article inconstitutionnel, de sorte que la défense d'intoxication extrême pouvait être soulevée pour nier l'*actus reus* même lorsque cette intoxication est volontaire, dans *R. v. Sullivan*, 2020 ONCA 333. Cette décision fait l'objet d'un appel devant la Cour suprême du Canada, voir *R. c. Sullivan*, n° 39270 (C.S.C.). La Cour suprême pourrait par ailleurs conclure que la défense d'intoxication volontaire avancée devrait aussi être permise pour nier la *mens rea*.

20. Cela étant, pour conserver la nature du régime visant à aider les personnes victimes d'une atteinte à leur intégrité physique ou psychique causée par la violence d'autrui, il conviendrait de préciser que sont exclues les atteintes survenues de manière purement fortuite.

21. Assemblée nationale du Québec, Journal des débats de la Commission des institutions, Étude détaillée du projet de loi n° 84, *Loi visant à aider les personnes victimes d'infractions criminelles et à favoriser leur rétablissement*, 42^e législature, 1^{re} session (à partir du 27 novembre 2018), vol. 45, n° 119, 16 février 2021, 16 h 24 à 16 h 26.

22. Association des juristes progressistes, *Consultations particulières et auditions publiques au sujet du projet de loi n° 84, Loi visant à aider les personnes victimes d'infractions criminelles et à favoriser leur rétablissement*, présenté à la Commission des institutions de l'Assemblée nationale du Québec, 004M, 19 janvier 2021, p. 14-16, en ligne : <<https://perma.cc/NL4M-N5X3>>.

nationale du Québec ne devrait pas dépendre des aléas législatifs du Parlement du Canada, qui n'inclut pas au *Code criminel* toutes les situations où une personne nécessite l'aide de l'État. Parmi ces violences non criminalisées qui portent atteinte à l'intégrité physique ou psychique d'une personne, on compte par exemple le harcèlement sexuel et le contrôle coercitif des partenaires intimes. D'ailleurs, des textes de loi utilisent déjà les notions de violence sexuelle et de violence conjugale²³, de sorte que celles-ci auraient pu être utilisées dans la nouvelle loi pour délimiter la classe des victimes. Les personnes victimes de ces actes ont besoin de l'aide de l'État pour favoriser leur rétablissement. Or, ces propositions n'ont pas été retenues par le ministre de la Justice lors de l'étude du projet de loi²⁴.

LE CONCEPT DE LA VIOLENCE SEXUELLE

L'Assemblée nationale adopte une vision plurielle des violences sexuelles par cette *Loi visant à aider les personnes victimes d'infractions criminelles et à favoriser leur rétablissement*. En effet, alors que le projet de loi n° 84 prévoyait des mesures particulières pour les victimes d'une « agression à caractère sexuel »²⁵, des amendements ont élargi ces mesures aux victimes de « violence sexuelle »²⁶. Ce changement de terme permet d'aider les victimes

23. La violence sexuelle est définie dans la *Loi visant à prévenir et à combattre les violences à caractère sexuel dans les établissements d'enseignement supérieur*, RLRQ, c. P-22.1, art. 1, cité dans la prochaine section de ce texte. La « violence d'un conjoint ou d'un ancien conjoint / violent behaviour of a spouse or former spouse » est employée par le *Code civil du Québec*, aux articles 1974.1 et 2926.1, laissant à la jurisprudence et la doctrine le soin de mieux définir cette notion. La *Loi sur le divorce* offre une définition de la « violence familiale / family violence », assimilable à la violence conjugale pour nos fins, la décrivant comme « toute conduite, constituant une infraction criminelle ou non, d'un membre de la famille envers un autre membre de la famille, qui est violente ou menaçante, qui dénote, par son aspect cumulatif, un comportement coercitif et dominant ou qui porte cet autre membre de la famille à craindre pour sa sécurité ou celle d'une autre personne [...] / any conduct, whether or not the conduct constitutes a criminal offence, by a family member towards another family member, that is violent or threatening or that constitutes a pattern of coercive and controlling behaviour or that causes that other family member to fear for their own safety or for that of another person ».

24. Assemblée nationale du Québec, Journal des débats de la Commission des institutions, *Étude détaillée du projet de loi n° 84, Loi visant à aider les personnes victimes d'infractions criminelles et à favoriser leur rétablissement*, 42^e législature, 1^{re} session (à partir du 27 novembre 2018), vol. 45, n° 119, 16 février 2021, 15 h 16 à 19 h.

25. Voir, par exemple, les articles 20, 28, 42, 171 et 175 du projet de loi n° 84.

26. Pour le premier amendement, y compris une explication du changement de terme, voir Assemblée nationale du Québec, *Rapport de la Commission des institutions* –

d'une violence sexuelle qui ne constitue pas une agression sexuelle au sens du droit criminel, comme le harcèlement criminel de nature sexuelle, la distribution non consentie d'une image intime ou la pornographie juvénile.

En ce sens, le ministre de la Justice explique vouloir aller au-delà de notre attitude sociétale qui oublie parfois les victimes de crimes sexuels commis sans contact physique²⁷ :

Depuis 2016, le Gouvernement préconise une référence à la violence sexuelle notamment dans le cadre de sa *Stratégie gouvernementale* afin d'y inclure la notion d'exploitation sexuelle.

De plus, la notion d'agression sexuelle en matière criminelle implique nécessairement un contact physique.

Or, dans le cadre du présent projet de loi, les infractions qui seraient visées incluraient aussi celles qui, bien que de nature sexuelle, n'impliquent pas un contact physique à caractère sexuel comme la traite de personne, le leurre d'enfant ou les infractions relatives à la pornographie juvénile.

La nouvelle terminologie se distingue de celle employée dans le projet de loi n° 55, adopté moins d'un an avant le projet de loi n° 84, qui modifiait le *Code civil du Québec* afin de rendre imprescriptibles les actions civiles en matière d'« agression à caractère sexuel » à l'article 2926.1 du *Code civil du Québec*. Elle rappelle toutefois celle de la *Loi visant à prévenir et à combattre les violences à caractère sexuel dans les établissements d'enseignement supérieur*, adoptée en 2017, qui définit ainsi la « violence à caractère sexuel »²⁸ :

Dans la présente loi, la notion de violence à caractère sexuel s'entend de toute forme de violence commise par le biais de pratiques sexuelles ou en ciblant la sexualité, dont l'agression sexuelle.

Cette notion s'entend également de toute autre inconduite qui se manifeste notamment par des gestes, paroles, comportements ou

Étude détaillée du projet de loi n° 84, Loi visant à aider les personnes victimes d'infractions criminelles et à favoriser leur rétablissement, 42^e législature, 1^{re} session (à partir du 27 novembre 2018), p. 128-129, amendement 12.

27. *Ibid.*, p. 129, amendement 12.

28. *Loi visant à prévenir et à combattre les violences à caractère sexuel dans les établissements d'enseignement supérieur*, RLRQ, c. P-22.1, art. 1.

attitudes à connotation sexuelle non désirés, incluant celle relative aux diversités sexuelles ou de genre, exprimés directement ou indirectement, y compris par un moyen technologique.

En amendant le projet de loi n° 84 pour remplacer l'« agression à caractère sexuel » par la « violence sexuelle », les parlementaires indiquent, par ce changement de terminologie, une sensibilité plus grande à la violence sexuelle en tant que phénomène pouvant prendre de multiples formes, ne se résumant pas seulement à l'agression sexuelle.

LA COOPÉRATION COMME CRITÈRE D'ADMISSIBILITÉ

La coopération peut constituer une condition d'accès à l'aide financière du nouveau régime.

En effet, l'article 75 prévoit que le ou la ministre de la Justice peut exiger qu'une personne qui soumet une demande soit examinée par un-e professionnel-le de la santé. Si une personne refuse ou néglige de se soumettre à l'examen, l'article 84 prévoit que le ou la ministre peut refuser sa demande.

Notons que l'article 75 dispose que le ou la ministre doit consulter cette personne afin de savoir si elle préfère être examinée par un-e professionnel-le d'un genre en particulier. Le ministre prendra soin que ce choix soit motivé par une raison valable qui ne relève pas de motifs discriminatoires²⁹. Il s'engage à émettre une directive pour s'assurer de respecter le choix de la victime dans des contextes de violences sexuelles ou conjugales³⁰.

Cette obligation de coopération s'explique par la nécessité de procéder à un examen pour mesurer l'ampleur du préjudice subi afin d'offrir une aide proportionnelle. Toutefois, il serait souhaitable que le ou la ministre exerce son pouvoir d'exiger un examen avec une certaine sensibilité pour le processus de guérison des

29. Assemblée nationale du Québec, Journal des débats de la Commission des institutions, *Étude détaillée du projet de loi n° 84, Loi visant à aider les personnes victimes d'infractions criminelles et à favoriser leur rétablissement*, 42^e législature, 1^{re} session (à partir du 27 novembre 2018), vol. 45, n° 131, 30 mars 2021, 10 h 50 à 10 h 56.

30. *Ibid.*

victimes. Un examen trop hâtif ou trop invasif pourrait parfois accroître le préjudice de la victime, un phénomène de victimisation secondaire qui contreviendrait aux objectifs du régime d'aide aux victimes. La perspective d'une telle victimisation secondaire pourrait amener des victimes à ne pas demander l'aide du régime, ce qui contreviendrait également à ses objectifs.

Dans le même ordre d'idée, l'article 52 prévoit qu'une victime cesse d'avoir droit à une aide financière palliant une perte de revenu ou compensant certaines incapacités si elle refuse ou néglige de participer à l'obtention des soins requis pour son rétablissement ou de suivre les prescriptions médicales. Bien que l'on puisse se questionner sur l'opportunité d'exercer une surveillance étatique du rétablissement de la victime, cette obligation semble, cette fois-ci, implicitement s'inscrire en accord avec le processus de guérison d'une victime. En effet, si des soins contreviennent au processus de guérison d'une victime, cette dernière pourrait faire l'argument que ces soins ne sont donc pas « requis » pour son rétablissement ou qu'ils constituent des prescriptions médicales contre-indiquées.

Malgré ces obligations, les victimes de violences sexuelles ou conjugales peuvent se réjouir de certains gains par rapport à la première mouture du projet de loi n° 84.

D'abord, ces victimes auront un certain contrôle sur les actions subrogatoires du ou de la ministre. En effet, avant d'exercer une action subrogatoire pour récupérer une somme versée à une personne victime de violence conjugale ou de violence sexuelle, le ou la ministre doit obtenir le consentement de cette personne en vertu de l'article 32 de la nouvelle loi, sauf si celle-ci est décédée. Par exemple, une victime ne souhaitant pas témoigner au tribunal et être contre-interrogée par son agresseur ou son avocat·e pourrait refuser l'exercice de l'action subrogatoire. L'inverse aurait certainement pu dissuader certaines victimes de demander l'aide du régime.

Ensuite, le ministre de la Justice a retiré du projet de loi deux obligations de coopération avec les forces de l'ordre. L'une, inscrite à l'article 7 du projet de loi n° 84, aurait imposé aux victimes l'obligation de coopérer avec les personnes responsables de l'applica-

tion de la loi dans la mesure où leur état le permet. Pour éviter que cet article soit « erronément perç[u] comme une obligation de dénoncer l'infraction aux policiers », comme l'explique le ministre, il a été retiré³¹.

L'autre, inscrite à l'article 63 du projet de loi, aurait imposé aux victimes d'un acte criminel commis à l'étranger l'obligation de dénoncer l'infraction aux autorités de l'État du territoire sur lequel l'infraction a eu lieu, une obligation qui n'existe pas pour les infractions commises en sol québécois. Cette exigence a également été retirée par le ministre³².

LA FAUTE LOURDE

Le nouveau régime d'aide financière interdit l'application du principe de la faute lourde à des demandes portant sur des situations de violence sexuelle ou de violence conjugale.

Dans d'autres contextes, l'article 21 de la nouvelle loi dispose qu'une victime d'acte criminel n'a pas droit à une aide financière si elle a contribué à son préjudice par sa faute lourde, que le *Code civil du Québec* définit comme une insouciance, une imprudence ou une négligence grossières³³.

Ce changement est bénéfique pour les victimes de ces violences sexuelles ou conjugales. L'ancien régime de la *LIVAC*, qui appliquait la notion de faute lourde de manière généralisée³⁴, pouvait mener à des décisions regrettables dans des dossiers de violences sexuelles ou conjugales³⁵. Par exemple, dans une analyse de dossiers datant des années 1990, la professeure Katherine Lippel révèle que la Direction de l'IVAC avait refusé des demandes de victimes de violences conjugales en considérant que le fait de demeurer avec

31. Assemblée nationale du Québec, *Rapport de la Commission des institutions – Étude détaillée du projet de loi n° 84, Loi visant à aider les personnes victimes d'infractions criminelles et à favoriser leur rétablissement*, 42^e législature, 1^{re} session (à partir du 27 novembre 2018), p. 238, amendement 98.

32. *Ibid.*, p. 174-175, amendement 45.

33. Art. 1474 C.c.Q.

34. *Loi sur l'indemnisation des victimes d'actes criminels*, RLRQ, c. I-6, art. 20.

35. Michaël Lessard, « L'indemnisation des victimes d'actes criminels au Québec : la loi exclut-elle les victimes de violences sexuelles ou conjugales ? », (2020) 61:4 *Les Cahiers de droit* 1097, 1123-1138.

un conjoint violent constituait une faute lourde de leur part³⁶. Des décideurs et décideuses avaient alors affirmé au sujet de victimes de violence conjugales : elle « a démontré une insouciance déréglée face à sa propre sécurité »³⁷ ; elle a fait preuve « d'une insouciance [...] qui s'approche de l'auto-mutilation »³⁸ ; « en fréquentant des individus violents lorsqu'ils sont en boisson, la partie réclamante s'est faite l'artisane de son malheur »³⁹. Ces décisions blâmant les victimes de violences conjugales suggèrent une mécompréhension du phénomène fondée sur des préjugés et potentiellement une application erronée de la notion de faute lourde.

L'ampleur du problème au moment de l'adoption de la nouvelle loi est difficilement mesurable puisque les décisions de la Direction de l'IVAC ne sont pas publiées. Cela étant, en recommandant l'abandon de la notion de faute lourde tant dans le contexte des violences sexuelles que des violences conjugales, le Barreau du Québec a mis en relief une décision de 2013 démontrant la persistance du problème. Dans cette décision, le Tribunal administratif du Québec reconnaissait que la demanderesse avait été victime d'une agression sexuelle commise par un ancien conjoint⁴⁰. Cependant, puisque cet ancien conjoint avait déjà commis des actes de violence conjugale à l'encontre de la demanderesse, notamment des violences sexuelles, le tribunal conclut qu'« [i]l est clair [...] que la requérante a commis une faute lourde en se rendant chez ce dernier en toute connaissance du danger qui la guettait »⁴¹. Selon

36. En plus des dossiers cités, voir M^e Lise Collin, réviseuse, Bureau de révision IVAC/CIVISME 0273-086, 27 juillet 1992, tel que rapporté dans Katherine Lippel (dir.), Isabelle Doyon, Christel Groux, Marie-Claire Lefebvre et Margaret Murray, *L'indemnisation des victimes d'actes criminels : une analyse jurisprudentielle*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2000, p. 90. Notons aussi ces demandes qui ont été accueillies en révision mais qui avaient initialement été rejetées : M^e Lise Collin, réviseuse, Bureau de révision IVAC/CIVISME 0623-606-1, 8 juin 1994, tel que rapporté dans Lippel, p. 85 ; M^e Suzanne Mathieu, Bureau de révision IVAC/CIVISME 0690-188-8, 21 juillet 1994, tel que rapporté dans Lippel, p. 86 ; M^e Lise Collin, réviseuse, Bureau de révision IVAC/CIVISME 0714-690-5, 27 juin 1995, tel que rapporté dans Lippel, p. 86-87.

37. *Affaires sociales* – 63, [1998] T.A.Q. 387 (rés.).

38. M^e Nabil Ammoun, réviseur, Bureau de révision IVAC/CIVISME 0728-654-5, 3 avril 1997, tel que rapporté dans Lippel, p. 89.

39. Lippel, p. 87.

40. Elizabeth Corte et Julie Desrosiers (dir.), *Rebâtir la confiance : Rapport du comité d'experts sur l'accompagnement des victimes d'agressions sexuelles et de violence conjugale*, Québec, Secrétariat à la condition féminine, 2020, en ligne : <<https://perma.cc/5988-HV93>>, p. 164.

41. *C.G. c. Québec (Procureur général)*, 2013 CanLII 47717 (QC TAQ), par. 58.

ce raisonnement, plus une personne est victime de violence conjugale, moins elle pourrait bénéficier de l'aide financière de l'État.

Sur le plan des violences sexuelles, la Direction de l'IVAC avait également rejeté des demandes en considérant que le comportement de la victime était à l'origine des violences sexuelles commises par d'autres⁴². Encore une fois, considérer qu'une victime attire son agression sexuelle relève souvent d'une mécompréhension du phénomène des violences sexuelles fondée sur des préjugés. La Direction de l'IVAC l'avait déjà compris. Aussi a-t-elle adopté, en 2017, une directive interne prévoyant explicitement que « [l]e principe de faute lourde ne s'applique pas dans le contexte d'une agression sexuelle »⁴³. Cette directive était toutefois incomplète dans la mesure où elle oubliait les victimes de violences sexuelles qui ne constituent pas une agression sexuelle ainsi que les victimes de violences conjugales non sexuelles.

Le nouveau régime d'aide financière résout ce problème en cristallisant dans la loi une version élargie de cette directive. En effet, l'article 21 dispose explicitement que le principe de la faute lourde ne s'applique plus aux contextes de violences sexuelles ou conjugales⁴⁴ :

21. Aucune personne victime n'a droit à une aide financière en vertu du présent titre [...] si elle a contribué, par sa faute lourde, à l'atteinte à son intégrité [...].

[...]

21. No person who is a victim is entitled to financial assistance under this Title [...] if they contributed, by committing a gross fault, to the interference with their integrity [...].

[...]

42. Un tel raisonnement semble surtout présent lorsque la victime est une travailleuse du sexe ou une personne prostituée. Voir, par exemple, *Sauveteurs et victimes d'actes criminels* – 3, [1990] C.A.S. 14 ; décision n° 0 0229 713 3, 22 juin 1992, rapportée dans Louise Langevin et Nathalie Des Rosiers (en collaboration avec Marie-Pier Nadeau), *L'indemnisation des victimes de violence sexuelle et conjugale*, 2^e éd., Montréal, Éditions Yvon Blais, 2012, p. 140, par. 216 ; M^e Lise Collin, réviseuse, Bureau de révision IVAC/CIVISME 9686-314, 28 septembre 1988 ; M^e Lise Collin, réviseuse, Bureau de révision IVAC/CIVISME 9410-630, 14 novembre 1988, tels que rapportés dans Lippel, p. 88.

43. Direction de l'indemnisation des victimes d'actes criminels, *Politique traitant de la notion de faute lourde au sens de la loi*, entrée en vigueur le 21 septembre 2017, en ligne : <<https://perma.cc/5PUA-VF9Z>>, p. 2, par. 1.2.

44. *Loi visant à aider les personnes victimes d'infractions criminelles et à favoriser leur rétablissement*, art. 21.

Le présent article ne s'applique pas à une personne qui présente une demande en raison de la violence conjugale ou de la violence sexuelle dont elle est victime.

This section does not apply to a person who files an application due to the spousal violence or sexual violence of which they are a victim.

Notons aussi que l'article 21 dispose qu'une victime ne peut être exclue du régime d'aide financière si elle commet une faute lourde contribuant à son préjudice parce qu'elle subissait de la violence ou une menace de violence⁴⁵.

Malgré cette ouverture, il demeure que la notion de faute lourde pourra potentiellement continuer à être appliquée de manière à exclure des travailleuses du sexe subissant des violences sans caractère sexuel. La Direction de l'IVAC a déjà refusé les demandes de plusieurs travailleuses du sexe, considérant qu'elles auraient accepté les risques du métier⁴⁶. Or, conclure qu'une travailleuse du sexe commet une faute lourde semble relever d'un biais sexiste. Puisque le travail du sexe est un travail légal, il faudrait le traiter de la même manière que tout autre métier pour lequel la survenance d'une agression est prévisible, comme être agent·e de sécurité, conduire un taxi ou tenir la caisse d'un dépanneur⁴⁷. Pourtant, aucune décision ne semble indiquer qu'exercer un tel emploi constitue une faute lourde.

LE DÉLAI POUR DÉPOSER UNE DEMANDE

Le nouveau régime prévoit qu'une demande d'aide financière pour des violences sexuelles, conjugales ou subies durant l'enfance

45. Dans un sens strictement juridique, une personne qui contribue à son propre préjudice en raison de violences ou de menaces de violences ne semble pas commettre de faute lourde. En effet, l'article 1474 du *Code civil du Québec* dispose que « la faute lourde est celle qui dénote une insouciance, une imprudence ou une négligence grossières / *a gross fault is a fault which shows gross recklessness, gross carelessness or gross negligence* ». Une personne contrainte à agir d'une certaine façon en raison de violences ou de menaces peut difficilement être considérée comme insouciante, imprudente ou grossièrement négligente.

46. Michaël Lessard, « L'indemnisation des victimes d'actes criminels au Québec : la loi exclut-elle les victimes de violences sexuelles ou conjugales ? », (2020) 61:4 *Les Cahiers de droit* 1097, 1126-1130 ; pour un exemple récent, voir *N.C. c. Québec (Procureur général)*, 2014 CanLII 55322 (QC TAQ).

47. Louise Langevin et Nathalie Des Rosiers (en collaboration avec Marie-Pier Nadeau), *L'indemnisation des victimes de violence sexuelle et conjugale*, 2^e éd., Montréal, Éditions Yvon Blais, 2012, p. 140-141.

peut être déposée en tout temps : aucun délai pour déposer une demande ne s'applique.

Sous l'ancien régime de la *LIVAC*, un délai de deux ans s'imposait à partir du moment où la victime prend conscience du préjudice subi et de son lien probable avec l'acte criminel⁴⁸. Ce délai de deux ans n'est pas un délai de prescription ni de déchéance, mais simplement un délai au terme duquel on présumait que la victime avait renoncé aux avantages de la loi. Cette présomption de renonciation pouvait être renversée en cas d'impossibilité d'agir ou pour d'autres motifs raisonnables⁴⁹. D'ailleurs, en accord avec l'interprétation jurisprudentielle de la *LIVAC*, la nouvelle loi dispose maintenant explicitement que cette présomption est renversée si la victime « démontre un motif raisonnable pour expliquer son retard »⁵⁰. Cependant, malgré cette flexibilité, plusieurs victimes se voyaient refuser l'accès à une indemnisation autrement due et nécessaire pour la seule raison que le délai était expiré⁵¹.

Maintenant, l'article 25 de la nouvelle loi, qui fait passer le délai à trois ans⁵², prévoit explicitement que ce délai ne s'applique

48. *Loi sur l'indemnisation des victimes d'actes criminels*, RLRQ, c. I-6, art. 11.

49. *Ibid.* ; Michaël Lessard, « L'indemnisation des victimes d'actes criminels au Québec : la loi exclut-elle les victimes de violences sexuelles ou conjugales ? », (2020) 61:4 *Les Cahiers de droit* 1097, 1138-1145.

50. *Loi visant à aider les personnes victimes d'infractions criminelles et à favoriser leur rétablissement*, art. 25.

51. Michaël Lessard, « L'indemnisation des victimes d'actes criminels au Québec : la loi exclut-elle les victimes de violences sexuelles ou conjugales ? », (2020) 61:4 *Les Cahiers de droit* 1097, 1145-1152.

52. Notons que, curieusement, le nouveau libellé fait courir le délai à partir de la connaissance du préjudice subi en raison de l'infraction criminelle, alors que la *LIVAC* faisait courir le délai à partir du moment où la victime prenait conscience du lien entre le préjudice et l'infraction criminelle. La formule de la *LIVAC* tenait compte du fait qu'une victime peut prendre plusieurs années pour prendre conscience du lien de causalité entre un préjudice et l'infraction criminelle, surtout lorsque ce préjudice est de nature psychologique ; Michaël Lessard, « L'indemnisation des victimes d'actes criminels au Québec : la loi exclut-elle les victimes de violences sexuelles ou conjugales ? », (2020) 61:4 *Les Cahiers de droit* 1097, 1140-1141. Dans *M. (K.) c. M. (H.)*, [1992] 3 R.C.S. 6, par exemple, le juge La Forest notait que « [l]es préjudices causés par l'inceste sont particulièrement complexes et dévastateurs et se manifestent souvent d'une façon lente et imperceptible, de sorte qu'il se peut que la victime (parfois du sexe masculin) finisse par prendre conscience des préjudices qu'elle a subis et de leur cause longtemps après que tout recours civil soit apparemment prescrit ». Bien que le nouveau libellé semble littéralement prévoir que le délai court à partir de la connaissance du préjudice, il est probable que le ministère de la Justice et les tribunaux interprètent ce libellé en accord avec la jurisprudence, de sorte que le délai court à partir de la connaissance du lien de causalité.

plus aux violences sexuelles, conjugales ou subies durant l'enfance⁵³ :

25. La demande de qualification doit être présentée dans les trois ans qui suivent la connaissance, par la personne victime, du préjudice qu'elle subit en raison de la perpétration de l'infraction criminelle [...].

[...]

Malgré le premier alinéa, une demande de qualification peut être présentée en tout temps lorsque celle-ci est en lien avec la perpétration d'une infraction criminelle qui implique de la violence subie pendant l'enfance, de la violence sexuelle ou de la violence conjugale.

[...]

25. A qualification application must be filed within three years after the date on which the person who is a victim becomes aware of the injury they suffer due to the commission of the criminal offence [...].

[...]

Despite the first paragraph, a qualification application may be filed at any time if it relates to the commission of a criminal offence involving violence suffered during childhood, sexual violence or spousal violence.

[...]

De plus, les victimes dont la demande d'indemnisation a ou aurait été refusée sous le régime de l'IVAC uniquement en raison du délai pour déposer une demande peuvent faire une nouvelle demande sous le nouveau régime. Les articles 180 et 183 de la nouvelle loi le prévoient explicitement. Notons cependant que l'infraction criminelle subie doit correspondre aux infractions criminelles listées à l'annexe de l'ancienne loi.

CONCLUSION

La Loi visant à aider les personnes victimes d'infractions criminelles et à favoriser leur rétablissement rendra nouvellement admissible un grand nombre de victimes de violences sexuelles ou conjugales au régime d'aide financière étatique. Bien que certaines critiques puissent être formulées envers le libellé final de la loi, l'étude des débats parlementaires contenue dans cet article révèle

53. *Loi visant à aider les personnes victimes d'infractions criminelles et à favoriser leur rétablissement*, art. 25.

que le ministre de la Justice s'est engagé à adopter des directives afin de pallier la vaste majorité des lacunes soulevées lors de l'étude du projet de loi concernant l'admissibilité des victimes. Une fois la victime déclarée admissible au régime, la question devient de savoir quel montant d'aide financière celle-ci peut espérer. À cet égard, de nombreuses critiques ont été soulevées, suggérant un recul dans les sommes accordées. Une étude détaillée du règlement d'application prévoyant le calcul de l'aide financière serait la bienvenue pour faire le point sur la question. Pour l'instant, on peut se réjouir de la portée plus large du régime qui offrira l'aide nécessaire aux victimes de violences sexuelles ou conjugales.

La cohabitation du contrat commercial et du contrat judiciaire : analyse critique des aspects contractuels et procéduraux de l'affaire *PF Résolu Canada inc. c. Hydro-Québec*

Arnaud TELLIER-MARCIL et
Shana CHAFFAI-PARENT

Résumé

Deux ans après l'important arrêt *Churchill Falls*, Hydro-Québec est de nouveau devant la Cour suprême du Canada pour débattre, cette fois avec PF Résolu Canada inc., des effets d'un contrat d'approvisionnement en électricité s'étalant sur plusieurs décennies. Hydro-Québec a gain de cause dans une décision marquée par les motifs éclairants du juge Nicholas Kasirer sur l'interprétation contractuelle et la notion de cession de contrat, et par une dissidence détaillée à saveur procédurale rédigée par la juge Suzanne Côté qui aborde l'interaction entre la norme de contrôle et le contrat judiciaire. Face à un arrêt se situant à l'intersection du droit des contrats et du droit procédural, les auteurs, chacun dans leur champ d'intérêt respectif, émettent plusieurs commentaires critiques quant aux aspects contractuels et procéduraux soulevés par l'arrêt.

La cohabitation du contrat commercial et du contrat judiciaire : analyse critique des aspects contractuels et procéduraux de l'affaire *PF Résolu Canada inc. c. Hydro-Québec*

Arnaud TELLIER-MARCIL et
Shana CHAFFAI-PARENT*

INTRODUCTION	173
I. DROIT DES CONTRATS	174
A) Effet relatif du contrat	174
1) Relation entre Hydro-Québec et Électricité Gatineau	174
2) Relation entre Hydro-Québec et l'État québécois	177
B) Interprétation du contrat	178
1) Qualification	178

* Arnaud Tellier-Marcil est avocat et doctorant à l'Université de Montréal, et Shana Chaffai-Parent est avocate et doctorante en cotutelle à l'Université de Montréal et à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne. Les recherches qui ont mené à cet article ont été réalisées avec le soutien de la Chaire Jean-Louis Baudouin en droit civil de l'Université de Montréal. Les auteurs tiennent à remercier chaleureusement sa titulaire, la professeure Brigitte Lefebvre, pour son inspiration et ses encouragements quant à la réalisation de ce projet.

2) Clarté	180
3) Ambiguïté.	187
C) Cession de contrat	191
1) Terminologie	191
2) Théorie	196
3) Pratique	201
D) Conclusion intermédiaire	206
II. PROCÉDURE CIVILE	207
A) Fonctions des tribunaux d'appel	207
B) Application de la norme de contrôle et existence d'une erreur manifeste et déterminante	210
1) Historique procédural	210
2) Majorité	214
3) Dissidence	216
C) Enjeux procéduraux en appel	218
1) Rôle des acteurs et fonctions de l'appel	219
2) Contrat judiciaire	222
3) Risques posés par l'usage d'arguments subsidiaries	226
D) Conclusion intermédiaire	230
CONCLUSION	231

INTRODUCTION

Deux ans après le célèbre arrêt *Churchill Falls*¹, Hydro-Québec est de nouveau devant la Cour suprême du Canada pour débattre, cette fois avec PF Résolu Canada inc. (« Résolu »), des effets d'un contrat d'approvisionnement en électricité s'étalant sur plusieurs décennies. Une fois de plus, Hydro-Québec a gain de cause dans une décision marquée par la dissidence du juge Rowe, qui souscrit cette fois aux motifs de la juge Côté².

Le litige puise sa source dans un contrat d'approvisionnement intervenu en 1926 entre la prédécesseure de Résolu³ et la Compagnie d'électricité Gatineau (« Électricité Gatineau »). En appel, l'enjeu se déplace vers l'interprétation d'un autre contrat, qu'Hydro-Québec a conclu en 1965 avec Électricité Gatineau, auparavant devenue sa filiale en propriété exclusive, aux fins d'unification de leurs activités. La question fondamentale est désormais de savoir si le contrat de 1965 a entraîné une *cession* du contrat de 1926 en faveur d'Hydro-Québec, par opposition à un simple *mandat*. Dans l'affirmative, la société d'État peut se prévaloir de l'article 20 du contrat, permettant de majorer le prix de l'électricité dans le cas où une nouvelle « taxe ou redevance » (*tax or charge*) verrait le jour. Dans la négative, elle ne le peut pas.

Pour résoudre le différend, les juges majoritaires, à savoir les juges Wagner, Abella, Moldaver, Karakatsanis, Brown et Martin ainsi que l'auteur de leurs motifs, Nicholas Kasirer, se tournent principalement vers le droit des contrats (partie I), tandis que les juges dissidents, dont les motifs sont rédigés par Suzanne Côté avec l'accord du juge Rowe, s'intéressent davantage aux règles de procédure civile (partie II).

1. *Churchill Falls (Labrador) Corp. c. Hydro-Québec*, 2018 CSC 46.

2. *PF Résolu Canada inc. c. Hydro-Québec*, 2020 CSC 43 (« Résolu CSC »).

3. Le contrat a initialement été signé par Canadian International Paper Company, mais il est admis que Résolu l'a remplacée depuis à titre de partie contractante, *Résolu CSC*, par. 9.

I. DROIT DES CONTRATS

Sur le plan contractuel, la grande question que soulève l'affaire *Résolu* se résume ainsi : le contrat de 1965 permet-il à Hydro-Québec de se prévaloir du contrat de 1926 à titre de « cessionnaire » d'Électricité Gatineau ou seulement en qualité de « mandataire » de cette dernière ?

Trois aspects du droit des contrats sont ici en cause : l'effet relatif du contrat (section A), l'interprétation du contrat (section B) et la « cession de contrat » (section C).

A) Effet relatif du contrat

Le principe de l'effet relatif du contrat est codifié à l'article 1440 C.c.Q.⁴ : « Le contrat n'a d'effet qu'entre les parties contractantes ; il n'en a point quant aux tiers, excepté dans les cas prévus par la loi. » Dans le cas qui nous occupe, il entre en jeu dans le contexte de la relation entre Hydro-Québec et Électricité Gatineau (sous-section 1), d'une part, et à l'égard de la relation entre Hydro-Québec et l'État québécois (sous-section 2), d'autre part.

1) *Relation entre Hydro-Québec et Électricité Gatineau*

Comme le révèle la juge Côté⁵, l'avocat d'Hydro-Québec a été dérouteré de voir la question de l'effet relatif du contrat prendre toute la place dans les plaidoiries conduites devant la Cour supérieure⁶. Pour lui, le principe de la force obligatoire du contrat aurait dû suffire à trancher le débat. La juge d'instance, Hélène Le Bel, a visiblement décidé de rejeter cet argument – pourtant l'argument principal de l'une des parties ! – sans même en faire mention dans son jugement. L'argument a également été ignoré en appel. Selon nous, il aurait mérité l'attention du tribunal, car il n'avait rien de frivole. L'idée était que l'article 20 du contrat de 1926, lequel,

4. Bien que les contrats en cause ici soient régis par le *Code civil du Bas-Canada*, nous ne ferons mention que des articles du *Code civil du Québec* puisqu'ils sont au même effet, comme l'a noté le juge Kasirer, *Résolu* CSC, par. 39.

5. *Résolu* CSC, par. 213 et 214.

6. *PF Résolu Canada inc. c. Gatineau Power Company / Compagnie d'électricité Gatineau*, 2016 QCCS 3862 (« *Résolu* CS »).

en vertu de l'article 1434 C.c.Q., « oblige ceux qui l'ont conclu [...] pour ce qu'ils y ont exprimé » – principe de la force obligatoire du contrat –, autorisait la codéfenderesse Électricité Gatineau à majorer le prix en dépit du fait que la nouvelle taxe soit payable par un tiers, en l'occurrence Hydro-Québec. Vu le libellé de l'article 20⁷, cette position tient la route. De fait, la clause fait seulement état d'une nouvelle « taxe ou redevance », sans exiger expressément qu'elle soit payable par Électricité Gatineau elle-même. Sur le plan de la logique commerciale, il est effectivement envisageable, tout spécialement dans une relation de longue durée comme celle-ci, que la clause fût destinée à s'appliquer malgré une éventuelle restructuration d'Électricité Gatineau qui ferait en sorte que certaines taxes soient sous la responsabilité d'une filiale, d'une société sœur ou encore, comme en l'espèce, de sa société mère. Si tel était le sens de l'article 20, le remboursement pourrait être réclamé par Électricité Gatineau elle-même, sans intervention d'Hydro-Québec, et le débat sur l'effet relatif du contrat serait sans objet. Quoi qu'il en soit, la juge de première instance brandit d'entrée de jeu, sans y faire expressément référence, le principe de l'effet relatif du contrat. Constatant que le contrat de 1926 a été conclu par Électricité Gatineau et non par Hydro-Québec, elle souligne que cette dernière ne peut s'en prévaloir⁸. Pour ce faire, il aurait fallu qu'Hydro-Québec obtienne le statut de partie contractante par voie de « cession de contrat »⁹. La Cour d'appel et la Cour suprême ont accepté sans réserve cette prémisse, de sorte que la « cession » éventuelle du contrat de 1926 est devenue la question centrale à trancher en appel.

Il s'agit là d'une application directe, presque banale, du principe de l'effet relatif du contrat. Hydro-Québec ne peut tout simplement pas se prévaloir d'un contrat auquel elle n'est pas partie. Hydro-Québec a certes, dans le cadre de la nationalisation de l'électricité, absorbé de nombreux fournisseurs d'électricité privés, dont Électricité Gatineau. Elle possède la totalité des actions de cette

7. *Résolu* CS, par. 8 : « 20. The purchaser agrees that if during the term of this Agreement, any future Dominion or Province tax or charge is levied upon electrical energy generated from water power in such manner as to increase the taxes and charges presently effective then the amount of such tax or charge, but not more than the amount of the increase shall be added to the billing for electrical energy under this Agreement. »

8. *Résolu* CS, par. 40-43.

9. *Résolu* CS, par. 44-60.

dernière¹⁰ et en désigne tous les administrateurs¹¹, tandis qu'Électricité Gatineau « n'a aucune activité, aucun employé, ni aucun compte de banque »¹². Cela dit, elle continue d'exister en droit en tant qu'entité autonome dotée de la personnalité juridique. C'est l'exemple parfait de ce qu'on peut appeler la « personne fictive »¹³, qui n'existe que sur papier, notamment dans les états financiers qu'elle produit chaque année¹⁴.

Le maintien de l'existence juridique d'Électricité Gatineau ne fait pas de doute et n'est contredit par aucun des juges devant qui l'affaire a été portée, quoique la juge Côté laisse entendre le contraire dans l'extrait suivant :

Selon mon collègue le juge Kasirer, nationalisation signifie nécessairement totale absorption. Depuis la nationalisation de l'électricité, les entreprises cibles, comme la Compagnie d'électricité Gatineau (« Électricité Gatineau »), ne sont plus, selon lui, que des coquilles vides dépourvues de toute utilité et de vie juridique. Toujours selon lui, il est ainsi fort peu probable qu'une maison mère telle qu'Hydro-Québec puisse, dans certains cas, être la mandataire de sa filiale Électricité Gatineau. Tout comme la Cour d'appel (2019 QCCA 30), il s'appuie exclusivement sur le contrat de 1965 afin de conclure ainsi.¹⁵

À notre sens, la juge Côté déforme les propos de son collègue Kasirer. Contrairement à ce qui est affirmé en dissidence, le juge Kasirer reconnaît à plusieurs reprises l'existence juridique d'Électricité Gatineau, signalant qu'elle demeure titulaire de droits et d'obligations. Il précise, entre autres, que le contrat de 1965 en a fait la locatrice de certains immeubles¹⁶, qu'elle demeure codébitrice à l'égard du contrat de 1926¹⁷ et même qu'Hydro-Québec est

10. *Résolu* CS, par. 15.

11. *Résolu* CS, par. 16.

12. *Résolu* CS, par. 20.

13. Le thème de la « personne fictive » a ouvert le cycle de conférences 2021 de la Chaire Jean-Louis Baudouin en droit civil, consacré aux fictions du droit civil, dont les conférenciers étaient les professeurs Pascale Cornut St-Pierre et Benjamin Lehaire. Ce cycle de conférences fait l'objet d'un numéro spécial de la *Revue juridique Thémis* à paraître en décembre 2021.

14. *Résolu* CS, par. 20.

15. *Résolu* CSC, par. 179.

16. *Résolu* CSC, par. 70.

17. *Résolu* CSC, par. 135.

devenue sa mandataire à certains égards¹⁸. Le jugement rendu par la majorité de la Cour suprême ne porte donc aucunement atteinte aux principes de la personnalité juridique et de l'effet relatif du contrat. Il explique même, d'ailleurs, les raisons pour lesquelles le mécanisme de la « cession de contrat » est conforme à ceux-ci¹⁹.

2) *Relation entre Hydro-Québec et l'État québécois*

On vient de voir que la juge d'instance s'est appuyée sur l'effet relatif des contrats et son corollaire, la personnalité juridique, pour refuser d'accorder des droits à Hydro-Québec en vertu du contrat de 1926, qui a plutôt été signé par Électricité Gatineau, dont Hydro-Québec n'est que l'actionnaire, donc une entité distincte. Pourtant, la juge commet une entorse à ces mêmes principes lorsqu'elle aborde la relation entre Hydro-Québec et l'État québécois.

Face à la question de savoir si les prélèvements imposés par l'État à Hydro-Québec constituent des « taxes ou redevances », elle répond par la négative. Elle reconnaît qu'une loi québécoise adoptée en 2006²⁰ a eu « pour effet d'imposer à [Hydro-Québec] l'obligation de verser les redevances prévues à l'article en question au Fonds des générations », ajoutant cependant du même souffle qu'« on ne peut prétendre qu'il s'agit d'une loi qui a pour effet d'imposer une “tax or charge” sur l'énergie générée par les forces hydrauliques »²¹. Son raisonnement est que ces nouveaux prélèvements ne constituent qu'une réaffectation des fonds publics puisque les profits d'Hydro-Québec appartiennent de toute façon déjà à l'État²².

Ce faisant, elle fait fi de la personnalité morale d'Hydro-Québec²³ qui, aux termes mêmes de sa loi constitutive, « n'engage qu'elle-même lorsqu'elle agit en son propre nom »²⁴. Si le raisonnement de la juge Le Bel était validé, il créerait une brèche considérable dans l'effet relatif des contrats puisqu'il sous-entend que contracter avec Hydro-Québec revient à contracter avec l'État du Québec. La Cour suprême a toutefois remis les pendules à l'heure

18. *Résolu* CSC, par. 69.

19. *Résolu* CSC, par. 8, 138, 139.

20. *Loi sur la réduction de la dette et instituant le Fonds des générations*, RLRQ, c. R-2.2.0.1.

21. *Résolu* CS, par. 64.

22. *Résolu* CS, par. 64-67.

23. *Loi sur Hydro-Québec*, RLRQ, c. H-5, art. 3.

24. *Loi sur Hydro-Québec*, RLRQ, c. H-5, art. 3.1.3.

en rappelant que « [l]es montants perçus en taxant Hydro-Québec se distinguent des revenus perçus par l'État lorsqu'Hydro-Québec déclare des dividendes, même si toutes les actions d'Hydro-Québec appartiennent à l'État »²⁵. Ainsi, « [l]es redevances payées à l'État augmentent réellement le prix de production de l'électricité fournie par Hydro-Québec, dont la personnalité juridique et le patrimoine sont distincts de l'État »²⁶.

Somme toute, la confusion engendrée par la décision de la Cour supérieure a été entièrement dissipée par l'arrêt rendu par la Cour suprême du Canada, qui a confirmé l'applicabilité de l'effet relatif du contrat non seulement dans les relations privées, mais également dans les relations avec les entités publiques.

B) Interprétation du contrat

On ne saurait déterminer si le contrat de 1965 a opéré ou non une *cession* du contrat de 1926 sans procéder à un exercice d'interprétation préalable. Nous saluons la rigueur du juge Kasirer à cet égard – et au passage, pourquoi pas, son arrivée au sein du plus haut tribunal du pays. Dans l'exposé limpide, transparent et détaillé de ses motifs, il ne recourt à aucun des subterfuges dont se servent à l'occasion les juges pour éviter une analyse linguistique détaillée du contrat, à savoir situer la question à trancher sur le terrain de la qualification plutôt que sur celui de l'interprétation (sous-section 1), déclarer sans motivation que le contrat est clair (sous-section 2) ou, à l'inverse, se réfugier derrière son ambiguïté pour imposer sa propre interprétation (sous-section 3).

1) Qualification

La distinction entre la qualification et l'interprétation du contrat est source de débat dans la doctrine et la jurisprudence. Pour le juriste français Jacques Dupichot, cette distinction « est un non-sens en pratique car les deux phases du raisonnement poursuivi par le juge ne sont ni successives, ni dissociables dans le déroulement de la pensée »²⁷. Juridiquement, ils sont néanmoins

25. *Résolu* CSC, par. 162.

26. *Résolu* CSC, par. 169.

27. Jacques DUPICHOT, « Pour un retour aux textes : Défense et illustration du “petit guide-âne” des articles 1156 à 1164 du Code civil », dans *Études offertes à Jacques Flour*, Paris, Defrénois, 1979, p. 179 et 183.

aisément dissociables : « Interpréter, c'est déterminer le sens et la portée des obligations contractées. Qualifier, c'est rattacher l'opération à une catégorie juridique afin d'en déduire le régime²⁸. » D'un point de vue didactique, l'interprétation relève en bonne partie de la linguistique puisqu'il s'agit d'un « problème général de communication posé par le langage »²⁹. Quant à elle, la qualification côtoie la théorie juridique de beaucoup plus près, son objectif étant de cerner les règles de droit applicables au contrat en cause.

Pour les juristes que sont les juges d'appel, la tentation de remettre en question le raisonnement du juge d'instance est donc naturellement plus forte en matière de qualification qu'en matière d'interprétation. Dans le but de légitimer une telle intrusion, les juges d'appel peuvent déclarer qu'il s'agit d'une question de droit, la soumettant du coup à la norme de la décision correcte. Le jugement rendu par la Cour d'appel dans l'affaire *Résolu*³⁰ semble s'inscrire dans cette tendance, quoique l'erreur reprochée à la juge d'instance soit qualifiée simplement de « révisable »³¹, un terme imprécis « qui englobe toute erreur permettant l'intervention d'une cour d'appel »³². Rejetant la position de *Résolu* selon laquelle Hydro-Québec aurait admis devant la Cour supérieure que, dans les *faits*, il n'y a jamais eu cession du contrat de 1926, elle affirme que la qualification d'un contrat ne peut faire l'objet d'un aveu puisqu'elle relève du *droit*³³.

La juge Côté contredit à juste titre la Cour d'appel à cet égard, soulignant que la qualification du contrat de 1965 constitue non pas une question de droit, mais une question mixte de fait et de droit et peut dès lors faire l'objet d'un aveu judiciaire³⁴. Partageant l'avis de sa collègue sur ce point, le juge Kasirer explique éloquemment qu'en l'espèce, la qualification du contrat dépend trop fortement de son interprétation pour pouvoir être considérée comme une pure question de droit :

28. François TERRÉ, Philippe SIMLER, Yves LEQUETTE et François CHÉNEDÉ, *Droit civil : Les obligations*, 12^e éd., Paris, Dalloz, 2019, n° 602.

29. Maurice TANCELIN, *Des obligations en droit mixte du Québec*, 7^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2009, n° 325.

30. *Hydro-Québec c. PF Résolu Canada inc.*, 2019 QCCA 30 (« *Résolu CA* »).

31. *Résolu CA*, par. 19.

32. *Résolu CSC*, par. 53.

33. *Résolu CA*, par. 39.

34. *Résolu CSC*, par. 230.

Les intimées invoquent des erreurs de « qualification » du contrat de 1965 ayant mené le juge à conclure à l'existence d'un mandat plutôt que d'une cession de contrat, laissant entendre que la norme d'intervention en l'espèce serait celle de l'erreur de droit. Or, j'estime, comme le plaide Résolu, que la norme demeure celle de l'erreur manifeste et déterminante. Avant de qualifier un contrat, il faut souvent l'interpréter (voir *Uniprix* [2017 CSC 43], par. 39-40). Même si la question ultime touche à la qualification du contrat – son rattachement à la bonne catégorie normative, c'est-à-dire une cession de contrat ou un mandat – il me semble évident qu'en l'espèce cette démarche est en grande partie le résultat d'un « exercice d'interprétation », pour employer l'expression des juges Wagner (maintenant juge en chef) et Gascon dans l'arrêt *Uniprix* (par. 43). Ce résultat dépend nécessairement du sens à donner aux clauses du contrat qui conditionnent l'exercice des droits et des obligations par Hydro-Québec.³⁵

En reconnaissant ainsi que la question à trancher relève avant tout non pas de la qualification mais de l'interprétation et qu'elle est à ce titre soumise à la norme de l'erreur manifeste et déterminante, le juge Kasirer s'impose le fardeau de démontrer de façon convaincante que la Cour supérieure a fait fausse route dans son interprétation du contrat de 1926. Nous verrons que la qualité de son raisonnement, à ce titre, est remarquable.

2) *Clarté*

La tradition civiliste postule que le moyen le plus sûr de donner effet à la volonté des contractants est d'être fidèle aux mots qu'ils ont employés³⁶. Ce postulat s'est cristallisé dans la maxime latine *interpretatio cessat in claris* (« on n'a pas recours à l'interprétation en présence d'un texte clair »)³⁷, qui correspond à ce qu'on appelle en français la règle du texte clair. En France, elle est reconnue depuis fort longtemps par les tribunaux³⁸ et la doctrine³⁹, mais on a dû patienter jusqu'à la réforme du droit des

35. *Résolu* CSC, par. 51.

36. Edouard de CALLATAY, *Études sur l'interprétation des conventions*, Bruxelles, Bruylant, 1947, n° 10.

37. Albert MAYRAND, *Dictionnaire de maximes et locutions latines utilisées en droit*, 4^e éd., Montréal, Éditions Yvon Blais, 2007, p. 258.

38. Civ. 15 avril 1872, D. 1872, I, p. 176.

39. Jean DOMAT, *Œuvres complètes, nouvelle édition revue et corrigée*, t. 1, Paris, Alex-Gobelet, 1835, p. 131, n° 8.

obligations de 2016 pour sa codification expresse⁴⁰. Ici, elle était exprimée *a contrario* dans le *Code civil du Bas-Canada*⁴¹, mais n'a pas été reprise dans le *Code civil du Québec*. Elle demeure toutefois bien ancrée dans la jurisprudence, malgré les critiques virulentes d'une partie de la doctrine⁴². La Cour suprême du Canada en a d'ailleurs réaffirmé l'applicabilité dans les arrêts *Uniprix*⁴³ et *Churchill Falls*⁴⁴, rendus respectivement en 2017 et 2018.

On reproche couramment à la règle du texte clair de véhiculer l'idée qu'un texte puisse être clair en lui-même⁴⁵ et se passer ainsi d'interprétation⁴⁶. Un tel postulat a pour effet pervers de laisser croire que la clarté du texte peut être si évidente que le juge est « non redevable de quelque autre justification »⁴⁷. De fait, en épluchant la jurisprudence française en matière d'interprétation, l'auteure Marie-Hélène Maleville a constaté que les tribunaux qui concluent à la clarté d'un texte contractuel « ne précisent pas toujours les données de fait et les motifs de leurs décisions »⁴⁸. Le même phénomène est observable au Québec, où la simple affirmation selon laquelle la clause en litige est claire tient parfois lieu d'unique motivation interprétative⁴⁹.

40. Art. 1192 de la nouvelle version du *Code civil français* : « On ne peut interpréter les clauses claires et précises à peine de dénaturation. »

41. Art. 1013 du *Code civil du Bas-Canada* : « Lorsque la commune intention des parties dans un contrat est douteuse, elle doit être déterminée par interprétation plutôt que par le sens littéral des termes du contrat. »

42. Vincent CARON, *Jalons pour une théorie pragmatique de l'interprétation du contrat : du temple de la volonté à la pyramide de sens*, Montréal, Thémis, 2016, partie II, titre I, chapitre 1, section II ; Sébastien GRAMMOND, « Interprétation des contrats », dans *JurisClasseur Québec*, coll. « Droit civil », *Obligations et responsabilité civile*, fasc. 6, Montréal, LexisNexis Canada, 2008, n° 4 ; François GENDRON, *L'interprétation des contrats*, 2^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2016, p. 30-35.

43. *Uniprix inc. c. Gestion Gosselin et Bérubé inc.*, 2017 CSC 43, par. 45.

44. *Churchill Falls (Labrador) Corp. c. Hydro-Québec*, 2018 CSC 46, par. 79.

45. André BÉLANGER, Viorel-Dragos MORARU et Andy VAN DROM, « Les apports de la linguistique à la théorie des contrats : prolégomènes à une interprétation dialogique et polyphonique du contrat », (2010) 51:1 *C. de D.* 51, 62.

46. Lazar FOCSANEANU, « Les langues comme moyen d'expression du droit international », (1970) 16:1 *A.F.D.I.* 256, n° 6.

47. Michel van de KERCHOVE, « La doctrine du sens clair des textes et la jurisprudence de la Cour de cassation de Belgique », dans M. van de KERCHOVE (dir.), *L'interprétation en droit, approche pluridisciplinaire*, Bruxelles, Publ. Facultés universitaires Saint-Louis, 1978, p. 13 et 48.

48. Marie-Hélène MALEVILLE, *Pratique de l'interprétation des contrats : étude jurisprudentielle*, Rouen, Publ. Université de Rouen, 1991, p. 15.

49. À titre illustratif : *Gregory c. Château Drummond Inc.*, 2012 QCCA 601, par. 58 ; *Centre de santé et de services sociaux de l'Énergie c. Compagnie Travelers garantie du Canada*, 2012 QCCS 797, par. 36.

Cet état de fait peut être perçu comme une menace pour l'intégrité du processus judiciaire, sinon comme une atteinte à sa transparence. Qu'on le veuille ou non, il paraît facile de déclarer qu'une clause est claire à seule fin d'imposer sa propre interprétation⁵⁰. Certes, étant donné la confiance que nous vouons collectivement à notre système judiciaire, il est légitime de présumer que les juges qui invoquent la clarté du texte en guise d'unique justification interprétative le font par conviction sincère à l'issue d'un processus décisionnel rigoureux. En tout état de cause, ils privent néanmoins les justiciables des lumières de leur raisonnement, ce qui revient à « nier le principe de la motivation des jugements »⁵¹, fondamental dans un État de droit.

Par contraste, la décision de la majorité de la Cour suprême est une bouffée d'air frais en matière d'interprétation. Pour appuyer sa conclusion selon laquelle l'interprétation que la Cour supérieure a faite du contrat de 1965 est incompatible avec le texte de celui-ci⁵², le juge Kasirer aurait pu se borner à invoquer sa « clarté ». Au lieu de cela, il en analyse méthodiquement les stipulations pertinentes⁵³.

Il en examine d'abord le préambule, à juste titre puisque celui-ci sert en pratique à mettre « en lumière les intentions des parties et l'esprit de leurs engagements »⁵⁴. Il appert que le préambule fait état de la *vente des biens meubles* d'Électricité Gatineau à Hydro-Québec⁵⁵ sans toutefois dire mot d'un *mandat* – « mandat qui existe [en vertu de l'article 9]⁵⁶ mais qui, dans l'esprit des parties, ne traduit pas le rapport fondamental établi entre elles par

50. Cécile CHAINAIS, Frédérique FERRAND et Serge GUINCHARD, *Procédure civile : droit interne et européen du procès civil*, 34^e éd., Paris, Dalloz, 2018, p. 983.

51. Vincent CARON, *Jalons pour une théorie pragmatique de l'interprétation du contrat : du temple de la volonté à la pyramide de sens*, Montréal, Thémis, 2016, p. 101.

52. *Résolu* CSC, par. 57 et 89.

53. *Résolu* CSC, par. 71-104.

54. André VIRICEL, *Le droit des contrats de l'informatique*, Paris, Éditions du Moniteur, 1984, n° 215.

55. *Résolu* CSC, par. 74.

56. Un mandat général est en effet énoncé à l'article 9 du contrat de 1965, reproduit dans le jugement de première instance : *Résolu* CS, par. 15. Selon la Cour d'appel, « [l]e mandat confié à Hydro-Québec ne peut viser que les immeubles puisque, par ailleurs, elle achète les biens meubles » : *Résolu* CA, par. 25. Le juge Kasirer en fait une analyse plus ciblée et conclut qu'il ne s'applique pas à la gestion du contrat de 1926 : *Résolu* CSC, par. 102-103.

le contrat »⁵⁷. La vente de biens meubles en question est stipulée plus précisément à l'article 6 du contrat, reproduit ci-après⁵⁸ :

6. Further, the Company hereby sells, transfers and makes over to the Commission, hereof accepting, [...] all the moveable property of the Company including, without limiting the generality of the foregoing, all motor and other vehicles, material in stores, office furniture and furnishings, equipment and tools, accounts receivable, negotiable instruments, stocks and bonds in portfolio and all other moveable property, excepting and reserving meters which are part of the leased premises. [...] ⁵⁹

Force est de constater qu'aux termes de la clause, Électricité Gatineau vend (*sells*) et cède (*transfers*) tous ses biens meubles (*all the moveable property*) à Hydro-Québec. Or, en droit, les créances sont des biens meubles incorporels⁶⁰, pouvant dès lors faire l'objet d'une cession⁶¹. Et il ne fait pas de doute que le contrat de 1926 octroie des créances à Électricité Gatineau, la plus évidente résidant dans l'argent que lui doit sa cocontractante Résolu en contrepartie de l'électricité fournie. Les créances dont dispose Électricité Gatineau aux termes du contrat de 1926 pourraient donc avoir été cédées à Hydro-Québec du seul fait qu'elles constituent des biens meubles. De surcroît, l'article 6 énumère de façon non limitative (*including, without limiting the generality of the foregoing*) certains biens meubles visés par la cession, notamment les « instruments négociables » (*negotiable instruments*) parmi lesquels figurent en principe les contrats. C'est à ce titre que la Cour d'appel conclut à la cession du contrat de 1926⁶². Le juge Kasirer la contredit toutefois sur ce point, donnant raison à Résolu qui soulignait que le sort des contrats d'alimentation en électricité (*power contracts*) est

57. *Résolu* CSC, par. 77.

58. La version française du jugement de la Cour suprême propose une traduction du contrat de 1965, mais il demeure préférable d'analyser le texte tel qu'il a été signé par les parties, donc en anglais. Cet état de fait nous rappelle du même coup que, dans l'histoire du Québec, la francisation des milieux d'affaires est venue après la nationalisation de l'électricité.

59. *Résolu* CA, par. 25.

60. Art. 907 C.c.Q. ; Denys-Claude LAMONTAGNE, *Biens et propriété*, 8^e éd., Montréal, Éditions Yvon Blais, 2018, n^o 87.

61. Art. 1637 et s. C.c.Q. ; Yaëll EMERICH, « Faut-il condamner la propriété des biens incorporels ? Réflexions autour de la propriété des créances », (2005) 46:4 *C. de D.* 905, section 2.2.2, « La transmission des créances ».

62. *Résolu* CA, par. 26.

réglé expressément par l'article 5⁶³. C'est plutôt à titre de « comptes clients » (*accounts receivable*) que les créances contractuelles sont cédées, tranche Kasirer⁶⁴. Voilà une belle illustration du souci des nuances, terminologiques en l'occurrence, dont fait preuve l'auteur de l'opinion majoritaire de la Cour suprême.

À ce stade, le casse-tête interprétatif demeure incomplet. D'une part, l'article 6 autorise la transmission des *créances* contractuelles, mais ne peut justifier à lui seul la transmission des *dettes* contractuelles. D'autre part, il faut se demander si la transmission se limite aux créances ou dettes déjà nées ou si elle comprend celles qui prendront naissance plus tard dans la relation contractuelle. C'est sous cet angle que le juge Kasirer poursuit son interprétation linguistique du contrat. Il observe entre autres que la transmission de certaines *dettes* d'Électricité Gatineau, à savoir les dépôts versés par ses clients, est prévue expressément à l'article 7⁶⁵ :

7. The Company hereby transfers to the Commission, with effect on the day mentioned in paragraph 3 hereof, all deposits which it has from its customers to guarantee the payment of their accounts and all deposits under contracts relating to the construction of distribution lines wherein the Company undertook to reimburse the monies deposited upon fulfilment of the conditions mentioned in the said contracts. The Commission agrees to assume the obligations of the Company in relation to such deposits.⁶⁶

Quant à lui, l'article 4 traite des *dettes futures* :

4. The Commission shall, during the continuance of this agreement, manage, operate and maintain the leased premises as it would its own, make all repairs, reconstructions, improvements and additions to the leased premises, perform to the fullest extent and to the complete exoneration of the Company all the duties for which the Company is or may be liable.⁶⁷

Cette clause fait référence à l'ensemble des obligations dont Électricité Gatineau est ou pourrait être tenue (*all the duties for*

63. *Résolu* CSC, par. 87.

64. *Résolu* CSC, par. 88.

65. *Résolu* CSC, par. 91.

66. *Résolu* CA, par. 27.

67. *Résolu* CA, par. 24.

which the Company is or may be liable) au cours de la durée du contrat (*during the continuance of this agreement*), ce qui comprend assurément les dettes futures découlant du contrat de 1926⁶⁸. Par contre, on n'y trouve aucun des verbes marquant habituellement une cession : *to assign* ou *to transfer*⁶⁹. On y trouve plutôt le verbe générique *to perform*, compatible tant avec un mandat, où le mandataire « exécute » des obligations au nom du mandant, qu'avec une cession, où le cessionnaire devient responsable de l'« exécution » des obligations du cédant. C'est sans doute pour cette raison que le juge Kasirer met plutôt l'accent sur l'exonération complète d'Électricité Gatineau (*to the complete exoneration of the Company*)⁷⁰. En effet, dire qu'Hydro-Québec exonère son cocontractant de ses obligations revient à dire qu'elle les prend personnellement en charge, qu'elle en devient débitrice.

Finalement, la transmission corrélatrice des *créances futures* s'infère des articles 5 et 8 :

5. To assist in the management, operation and maintenance of the leased premises, it is hereby agreed that the Company shall make available and furnish to the Commission all the rights, franchises and privileges which it has and all the advantages which it enjoys under all agreements, purchase agreements, power contracts and all other contracts of whatever nature and kind to which it is a party but only to the extent that it may legally do so without violating any of the provisions thereof.⁷¹

8. The Commission shall, during the continuance of this agreement, benefit from the entire revenue deriving from the leased premises starting from the day upon which it shall have taken possession of the leased premises, as determined by an accounting carried out immediately prior to the taking of possession by the Commission. In the event that it is impossible, for practical purposes, to carry out meter readings the revenue may be calculated on a prorata basis. The Commission may rent any of the leased premises for such terms and conditions as it will think proper, in which case it will be entitled to the rents, will collect such rents and take any proceedings against the tenants that may be necessary.⁷²

68. *Résolu* CSC, par. 99.

69. Bryan A. GARNER, *Garner's Dictionary of Legal Usage*, 3^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2011, « assign, vb. ».

70. *Résolu* CSC, par. 100.

71. *Résolu* CA, par. 24.

72. *Résolu* CA, par. 28.

Le libellé de l'article 5 est certes, comme le note le juge Kasirer, « assez large pour englober les créances futures payables par Résolu pour le prix de l'électricité achetée en application du contrat de 1926⁷³ », puisqu'il fait référence à l'ensemble des droits et des prérogatives dont dispose Électricité Gatineau aux termes de ses contrats d'alimentation en électricité (*all the rights, franchises and privileges which it has and all the advantages which it enjoys under all [...] power contracts*). Cependant, les verbes employés – *make available and furnish* – sont ici encore trop génériques pour qu'on puisse affirmer qu'ils constituent une cession plutôt qu'un mandat.

L'article 8 prend alors toute son importance. Il y est écrit qu'Hydro-Québec bénéficiera de tous les revenus tirés de l'exploitation des lieux loués (*the entire revenue deriving from the leased premises*). Étant donné que les lieux loués servent en bonne partie à la production d'électricité, il est permis de présumer que les revenus en cause comprennent au premier chef ceux qui découlent de la vente de cette électricité. Comme le mentionne le juge Kasirer, les doutes pouvant subsister à cet égard se dissipent à la lecture des mots *meter readings*, qui se rapportent bien sûr aux compteurs mesurant le volume d'électricité vendue⁷⁴. Du reste, l'emploi du verbe « bénéficier » (*benefit*) confirme que les créances que représentent ces revenus futurs appartiennent bel et bien à Hydro-Québec. En effet, si elle devait les collecter en qualité de mandataire d'Électricité Gatineau, c'est cette dernière qui en *bénéficierait* à proprement parler⁷⁵.

Pour toutes ces raisons, le juge Kasirer est d'avis qu'il y a « eu cession de l'ensemble du contrat de 1926 par l'effet conjugué des art. 4 à 8 du contrat de 1965, interprétés au regard des objectifs énoncés dans le préambule et de l'ensemble du contrat de 1965⁷⁶ ». D'aucuns pourraient soutenir que le contrat de 1965 est « clair » en ce sens. Il n'en demeure pas moins nécessaire d'expliquer pourquoi il revêt un tel sens. C'est ce qu'a fait le juge Kasirer. Prenant le lecteur par la main, il a exposé avec une transparence et une cohérence exemplaires son raisonnement linguistique. Ainsi, nous

73. *Résolu* CSC, par. 95.

74. *Résolu* CSC, par. 96.

75. *Résolu* CSC, par. 96.

76. *Résolu* CSC, par. 88.

avons été en mesure de le décortiquer et d'en évaluer le bien-fondé, pour ultimement y adhérer. Puis, nous l'avons repris ici à notre compte tout en nous efforçant de le présenter autrement et d'y intégrer certains éléments complémentaires.

Certains seront peut-être en désaccord avec l'interprétation linguistique que le juge Kasirer a faite du contrat de 1965. En revanche, nul ne pourra lui reprocher de ne pas l'avoir motivée adéquatement. La discussion est donc ouverte.

3) *Ambiguïté*

En vertu de la règle du texte clair, la possibilité d'interpréter un contrat à la lumière d'éléments extrinsèques est conditionnelle à la présence d'une « ambiguïté » textuelle⁷⁷. Parmi les éléments extrinsèques utilisés couramment, mentionnons les pourparlers ayant mené à la conclusion du contrat, les documents précontractuels, la correspondance entre les parties, le comportement postérieur des parties, les usages du commerce ainsi que les témoignages des parties ou de tiers. Compte tenu de la nature de ces éléments, l'interprétation des contrats est appelée à côtoyer le droit de la preuve, notamment par le truchement des articles 2863 et 2864 C.c.Q.⁷⁸.

L'ambiguïté d'un contrat, réelle ou alléguée, procure un prétexte commode au juge qui souhaite s'affranchir des contraintes interprétatives⁷⁹. En fait, les pouvoirs interprétatifs conférés au tribunal sont encore plus vastes dans le cas de l'ambiguïté que dans le cas de la clarté. Alors que les pouvoirs conférés par la clarté sont limités à tout le moins par le texte du contrat, ceux qui découlent de l'ambiguïté peuvent paraître pour ainsi dire illimités.

Commentant la facilité parfois déconcertante avec laquelle les tribunaux peuvent « manipuler » la règle du texte clair, et plus

77. Vincent KARIM, *Les obligations*, vol. 1, 5^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2020, n^{os} 1957-1967.

78. Martin F. SHEEHAN, Nikolas BLANCHETTE et Nicolas-Karl PERREAULT, « Le principe de l'acte clair existe-t-il toujours en droit civil des contrats ? », (2018) 77 *R du B.* 195.

79. Alfred RIEG, « Judicial Interpretation of Written Rules », (1979-1980) 40 *Louisiana L. Rev.* 49, p. 55 : « To the extent that the clarity of a written rule is decided by the judge himself, it suffices for him, in order to exercise the power of interpretation, to pretend that there exists an ambiguity or an obscurity. »

particulièrement la notion d'ambiguïté, l'auteur français Théodore Ivainer fournit une illustration jurisprudentielle frappante : pour pouvoir interpréter le contrat selon sa conception de l'équité, un tribunal a jugé que la durée du contrat était ambiguë alors qu'elle était expressément fixée à « cinq ans »⁸⁰ ! La jurisprudence québécoise n'est pas en reste. L'arrêt *3099-2325 Québec inc. c. 2849-6810 Québec inc.*⁸¹ rendu par la Cour d'appel met en relief tout le pouvoir du mot « ambiguïté ». Le juge dissident y explique les raisons pour lesquelles il conclut à la clarté du texte, raisons qu'il puise dans le jugement de première instance, mais les juges majoritaires, quant à eux, ne disent mot des motifs les poussant à conclure à l'ambiguïté. Pour s'octroyer le pouvoir d'infirmier le jugement de la Cour supérieure sur le fondement des témoignages entendus – et jugés inadmissibles – par cette dernière, l'auteur de l'opinion majoritaire se contente du syllogisme suivant : « [J]e considère que les articles 28.2 et 28.4 du contrat de bail sont ambigus sinon contradictoires. Ainsi, je suis d'avis que la preuve testimoniale est admissible pour découvrir la véritable intention des parties. »

L'affaire *Résolu* donne matière à réflexion à cet égard, à commencer par la décision de la première juge. La question de l'interprétation du contrat de 1965 n'y étant pas abordée de front, il faut se satisfaire de quelques allusions parsemées çà et là. Dans son exposé du litige, la juge Le Bel signale qu'Hydro-Québec s'oppose à l'interprétation de *Résolu* voulant que le contrat de 1965 en ait fait une simple mandataire d'Électricité Gatineau à l'égard du contrat de 1926⁸². Quand vient le temps d'interpréter le contrat de 1965 en tant que tel, la juge se contente d'observations générales : « Un contrat de mandat, vente et louage, intervient le 12 mai 1965 entre [Hydro-Québec] et [Gatineau Power Company] et, en vertu de ce contrat, GPC loue ses immeubles à HQ, lui vend ses biens meubles et la constitue mandataire de la gestion de ses opérations et contrats⁸³. » Pour le reste, elle se borne à évoquer certains éléments extrinsèques au contrat, par exemple le fait qu'Hydro-Québec indique séparément l'électricité vendue aux termes du contrat de 1926 dans les factures qu'elle fait parvenir à *Résolu*⁸⁴.

80. Théodore IVAINER, « La lettre et l'esprit de la loi des parties », dans *JurisClasseur périodique*, 1981.1.3023, n° 50.

81. 1999 CanLII 13267 (C.A.).

82. *Résolu* CS, par. 32.

83. *Résolu* CS, par. 51.

84. *Résolu* CS, par. 52.

Finalement, elle conclut qu'Hydro-Québec n'est jamais devenue partie au contrat de 1926⁸⁵, et on en déduit qu'elle partage l'interprétation de *Résolu* voulant que le contrat de 1965 ait plutôt fait d'Hydro-Québec une mandataire d'Électricité Gatineau à l'égard du contrat de 1926.

Juridiquement parlant, qu'a donc fait la juge de première instance ? Selon le juge Kasirer, qui s'est efforcé de rationaliser la démarche interprétative nébuleuse de cette dernière, elle a jugé le contrat de 1965 ambigu afin de pouvoir l'interpréter en fonction d'éléments extrinsèques⁸⁶. Une telle lecture donne assurément une légitimité juridique au processus interprétatif suivi par la juge d'instance. Il n'en demeure pas moins qu'elle s'est permis de piger dans les éléments extrinsèques au contrat sans même avoir tenté d'en analyser la lettre. La question qui se pose est donc la suivante : suffit-il de déceler une quelconque ambiguïté dans un contrat pour pouvoir écarter purement et simplement le texte de celui-ci ? Autrement dit, la primauté du texte disparaît-elle dès qu'une ambiguïté apparaît ? La doctrine et la jurisprudence envisagent rarement la question sous cet angle. L'arrêt *Résolu* ne fait pas exception, mais il laisse transparaître en filigrane les penchants des juges de la Cour suprême en la matière. Il s'en dégage de façon assez nette que le juge Kasirer est plus enclin à reconnaître une primauté au texte d'un contrat que sa collègue la juge Côté.

Dans son évaluation des motifs de la Cour supérieure, le juge Kasirer ne nie pas l'ambiguïté du contrat de 1965, de telle sorte qu'il ne peut pas lui reprocher d'avoir eu recours à des éléments extrinsèques à des fins interprétatives. Il lui reproche plutôt d'avoir fait fi du texte du contrat⁸⁷. En procédant ainsi, la juge du procès est arrivée à des conclusions qui « sont incompatibles avec le texte du contrat de 1965 et font abstraction de clauses qui portent directement sur la question en litige, à savoir la cession des droits et obligations issus du contrat de 1926 »⁸⁸. L'approche de Kasirer n'est pas sans rappeler celle que préconisent les tribunaux belges, qui s'attachent à rejeter les interprétations *inconciliables*

85. *Résolu* CS, par. 59-60.

86. *Résolu* CSC, par. 50.

87. *Résolu* CSC, par. 104.

88. *Résolu* CSC, par. 57.

avec les termes de l'acte⁸⁹. Elle est la bienvenue en droit québécois puisqu'elle permet de colmater les brèches de la règle du texte clair en balisant la discrétion interprétative émanant de l'ambiguïté d'un texte contractuel. Concrètement, la directive qui sous-tend les propos du juge Kasirer est la suivante : le juge qui interprète un contrat ambigu à l'aide d'éléments extrinsèques doit le faire dans le respect de la primauté du texte.

La dissidence en fournit un contre-exemple. Propulsée par la loquacité qui caractérise les juges de la Cour suprême, la juge Côté ne peut s'empêcher de s'aventurer sur le terrain interprétatif. Après avoir conclu au maintien de la décision de première instance pour des raisons procédurales et, par le fait même, à l'inutilité d'interpréter le contrat de 1965, elle y procède néanmoins, puis confirme l'interprétation retenue en première instance⁹⁰. Elle avance que « le texte du contrat de 1965, son objet et le comportement postérieur des parties confirment l'existence d'un mandat »⁹¹. Or, comme on l'a vu à la sous-section précédente, le jugement de première instance ne comporte aucune analyse du texte de ce contrat, et force est de constater que la dissidence de la juge Côté n'y remédie en rien. Au contraire, lorsqu'elle se lance dans l'interprétation du contrat de 1965, elle ne dit pas le moindre mot au sujet des termes de l'acte. Elle cite d'emblée l'article 1426 C.c.Q., « qui invite à tenir compte de la conduite subséquente des parties afin d'interpréter le contrat »⁹², et s'en autorise pour tirer des conclusions interprétatives de divers éléments extrinsèques tels que les états financiers d'Électricité Gatineau, les avis de renouvellement du contrat de 1926 adressés à « [Électricité Gatineau] a/s d'Hydro-Québec » et les factures envoyées à Résolu⁹³. Or, la portée interprétative d'un élément extrinsèque est par nature incertaine, pour ne pas dire malléable. À preuve, le juge Kasirer a utilisé les mêmes éléments extrinsèques pour accréditer sa propre thèse⁹⁴. Il les a toutefois combinés avec une analyse textuelle, alors que la juge Côté a choisi de les faire prévaloir sur le texte du contrat.

89. Rafaël JAFFERALI, « La liberté de la preuve entre commerçants, spécialement de la transaction », note, Cass. 19 mars 2012, (2014) *Revue critique de jurisprudence belge* 651, n° 19-30.

90. *Résolu* CSC, par. 239.

91. *Résolu* CSC, par. 184 (nos soulignements).

92. *Résolu* CSC, par. 240.

93. *Résolu* CSC, par. 242-255.

94. *Résolu* CSC, par. 75, 119, 120.

De notre point de vue, on ne peut interpréter ainsi un contrat, aussi ambigu soit-il, en faisant abstraction de l'écrit qui en rend compte. Les éléments extrinsèques revêtent une pertinence certaine, mais ils sont destinés à éclaircir le sens des termes employés dans le contrat, et non pas à remplacer celui-ci. Sauf exception⁹⁵, il est donc raisonnable d'exiger, comme le fait le juge Kasirer, qu'une interprétation fondée sur des éléments extrinsèques soit compatible avec le texte du contrat. Celle de la juge Côté l'est-elle ? Peut-être, mais il aurait fallu qu'elle nous explique de quelle manière.

C) Cession de contrat

Après interprétation, la majorité de la Cour suprême a donc confirmé que le contrat de 1965 constituait une cession de contrat. Le temps est venu de braquer les projecteurs sur ce concept, jusqu'alors mal défini juridiquement. Renouant avec son rôle de professeur, le juge Kasirer a profité de l'occasion pour traiter la question en profondeur, poursuivant les efforts entrepris dans un arrêt qu'il avait rendu à titre de membre de la Cour d'appel du Québec⁹⁶. Après avoir analysé la terminologie employée (sous-section 1), nous commenterons les fondations théoriques sur lesquelles s'appuie le jugement (sous-section 2) puis nous en tirerons des conclusions pratiques (sous-section 3).

1) Terminologie

Dans l'affaire *Résolu*, le débat entre les parties porte non pas sur la définition de la notion de *cession de contrat* mais plutôt,

95. Même dans l'ancien droit français, le juriste Domat reconnaissait une exception à la primauté du texte sur les éléments extrinsèques, et donc à la règle du texte clair, pour les cas où une partie prouve une intention évidente à l'effet contraire : Jean DOMAT, *Œuvres complètes, nouvelle édition revue et corrigée*, t. 1, Paris, Alex-Gobelet, 1835, p. 132, n° 11. Il arrive aujourd'hui encore que ce critère soit appliqué tel quel en jurisprudence québécoise : *Banque Toronto-Dominion c. Banque Nationale de Paris (Canada) (BNP Paribas (Canada))*, 2005 QCCA 426, par. 35-37. De la même façon, on peut parler d'« intention manifeste des parties » à l'effet contraire : Nicolas VERMEYS, « Le poids des virgules – Étude sur l'impact des erreurs matérielles en droit des contrats », (2006) 66 *R du B.* 291, 317. Il arrive également que les tribunaux corrigent des erreurs d'écriture manifestes sans évoquer de critère précis : *Beau / Lieu 2010 ltée c. Investissements des Ormeaux inc.*, 2020 QCCS 976, par. 30 ; *Ihag-Holding, a.g. c. Intrawest Corporation*, 2009 QCCS 2699 (confirmé par 2011 QCCA 1986) par. 150 et s.

96. *Comité paritaire de l'entretien d'édifices publics de la région de Québec c. Modern Concept d'entretien inc.*, 2017 QCCA 1237, confirmé par 2019 CSC 28.

comme on l'a vu, sur son applicabilité aux faits de l'espèce⁹⁷. Nul ne conteste le sens que la Cour d'appel et la majorité de la Cour suprême attribuent à cette notion⁹⁸, lequel se révèle conforme à la définition qu'en donne le *Dictionnaire de droit privé* de l'Université McGill, soit « Cession des droits et obligations issus d'un contrat. »⁹⁹

Le juge Kasirer emprunte également la distinction usuelle entre les cessions de contrat *parfaite* et *imparfaite*, une terminologie analogue à celle qu'on utilise en matière de délégation de paiement¹⁰⁰ et de « cession de dette »¹⁰¹. La cession de contrat *parfaite* est celle qui libère le cédant alors que la cession de contrat *imparfaite* est celle, on l'aura deviné, qui ne le libère pas¹⁰². Nous aurions souhaité que le juge Kasirer profite de sa nouvelle autorité pour choisir des qualificatifs plus appropriés. À l'instar de tant d'autres termes du jargon juridique, les termes *parfait* et *imparfait* contribuent directement, et inutilement, à l'opacité du droit. Dans ce contexte d'emploi, ils sont aux antipodes de leur sens ordinaire, car il n'est nullement question de perfection mais uniquement de libération. Or, il existe un adjectif servant précisément à exprimer cet effet juridique : *libératoire*. Il aurait donc suffi de qualifier la cession de contrat de *libératoire* ou de *non libératoire*, comme on le voit en doctrine¹⁰³, pour rendre le tout plus intelligible. Il est toutefois probable que les termes *parfaite* et *imparfaite*, aussi imparfaits soient-ils, les supplantent dans l'usage du fait de leur consécration dans l'arrêt *Résolu*.

97. *Résolu* CSC, par. 66.

98. *Résolu* CSC, par. 4.

99. CENTRE PAUL-ANDRÉ CRÉPEAU DE DROIT PRIVÉ ET COMPARÉ, *Dictionnaires de droit privé en ligne*, « cession de contrat » ; en ligne : <<https://nimbus.mcgill.ca/pld-ddp/dictionary/search>>.

100. Michelle CUMYN, « La délégation du *Code civil du Québec* : une cession de dette ? », (2002) 43:4 *C. de D.* 601, 606 : « Si l'ancien débiteur est libéré par le créancier, il s'agit d'une délégation parfaite [...] ; si l'ancien débiteur n'est pas libéré, c'est une délégation imparfaite, le créancier se retrouvant alors avec deux débiteurs plutôt qu'un. »

101. Michelle CUMYN, « La délégation du *Code civil du Québec* : une cession de dette ? », (2002) 43:4 *C. de D.* 601, 613 : « [La cession de dette parfaite] libère entièrement l'ancien débiteur [...]. Imparfaite, elle ne libère pas l'ancien débiteur. »

102. *Résolu* CSC, par. 135.

103. Didier LLUELLES et Benoît MOORE, *Droit des obligations*, 3^e éd., Montréal, Thémis, 2018, n° 3217.

Il ne s'agit pas du seul problème terminologique lié à la notion de cession de contrat, tant s'en faut. De fait, le problème le plus sérieux réside dans sa racine, à savoir le mot *cession*. Il convient d'en examiner la signification, pour ensuite la comparer avec celle d'autres termes du lexique. Le dictionnaire juridique d'Hubert Reid définit la *cession* ainsi : « *Transmission* entre vifs, par le cédant au cessionnaire, à titre onéreux ou gratuit, d'un droit ou d'un bien¹⁰⁴. » Il s'en dégage que la *cession* est un type spécifique de *transmission*, terme qui est à son tour défini dans le même dictionnaire : « Tout *transfert* de biens ou d'obligations d'un patrimoine à un autre¹⁰⁵. » Une *transmission* étant un *transfert*, citons maintenant la définition de ce dernier terme : « Opération par laquelle une personne *transmet* à une autre un droit, une obligation, une charge¹⁰⁶. » Les deux dernières définitions s'avèrent circulaires, ayant recours à des références croisées, mais elles demeurent utiles pour marquer le caractère interchangeable des termes *transmission* et *transfert*. On en retiendra surtout qu'ils constituent tous deux des génériques du terme *cession*.

Conformément à sa définition, la *cession* comprend au premier chef la *vente*, laquelle se résume au *transfert* d'un *bien* ou d'un *droit* pour une contrepartie en espèces¹⁰⁷. Il est donc étonnant que la juge Côté, dans sa tentative d'éluder le débat sur la nature juridique du contrat de 1965, ait tant insisté sur le fait que les parties l'ont présenté comme un « contrat de mandat, vente et louage », sans y inclure le mot « cession »¹⁰⁸. Quant à lui, le juge Kasirer a ressenti le besoin de préciser qu'il s'agissait d'un contrat de « vente, location, *cession* et mandat »¹⁰⁹. Il s'agit dans les deux cas de coups d'épée dans l'eau puisque la cession en question se fonde dans la vente. D'ailleurs, l'article 6 du contrat de 1965 emploie le doublon usuel

104. Hubert REID, *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, 5^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2015, « cession » (nos italiques).

105. Hubert REID, *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, 5^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2015, « transmission » (nos italiques).

106. Hubert REID, *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, 5^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2015, « transfert » (nos italiques).

107. Art. 1708 C.c.Q. : « La vente est le contrat par lequel une personne, le vendeur, *transfère* la propriété d'un *bien* à une autre personne, l'acheteur, moyennant un prix en argent que cette dernière s'oblige à payer. Le transfert peut aussi porter sur un démembrement du droit de propriété ou sur tout autre *droit* dont on est titulaire. » (Nos italiques)

108. *Résolu* CSC, par. 194, 270.

109. *Résolu* CSC, par. 70 (nos italiques).

« sells [and] transfers »¹¹⁰. L'expression est redondante¹¹¹, mais a le mérite d'écarter tout doute : la cession et la vente allaient de pair dans l'esprit des parties, comme c'est souvent le cas en pratique. Bien sûr, les concepts n'en demeurent pas moins distincts, du fait notamment que l'un est plus générique que l'autre, et donc susceptibles d'entraîner des effets juridiques différents. D'où cette mise en garde du juge Kasirer : « Toutefois, je souligne d'abord que la doctrine insiste sur l'autonomie de la cession de créance par rapport à la vente dans le *C.c.Q.* et que, à cet égard, le modèle de la vente de droit personnel ne s'impose pas [...]»¹¹². »

Mettons donc de côté la vente et concentrons-nous sur la cession. Comme l'indique l'extrait précité, le *Code civil du Québec* établit un régime spécifique pour la cession de créance¹¹³. Cet usage législatif du terme « cession » cadre parfaitement avec son sens lexical. Une créance étant à la fois un *droit* et un *bien*, rien ne s'oppose, d'un point de vue jurilinguistique, à ce qu'elle fasse l'objet d'une cession. On ne peut en dire autant des créations jurisprudentielles et doctrinales que sont la cession de *dette* et la cession de *contrat*.

La cession de dette n'a pas été incluse au *Code civil du Québec*, le législateur lui ayant préféré un régime moins controversé reposant sur la *délégation* et la *novation*¹¹⁴. En effet, la cession de dette est plus difficile à accepter que la cession de créance sur le plan conceptuel. Comme le rapportent Lluelles et Moore, plusieurs auteurs voyaient dans le caractère non patrimonial de la dette un obstacle insurmontable¹¹⁵. À l'instar de Lluelles et Moore¹¹⁶, nous sommes d'avis qu'une telle fin de non-recevoir est trop radicale compte tenu de l'utilité pratique du mécanisme dit de la cession de dette. En revanche, nous ne pouvons cautionner le terme choisi pour l'exprimer. À la différence de la créance, la dette est tout le contraire d'un *droit* – c'est une obligation –, et

110. *Résolu* CA, par. 25.

111. Bryan A. GARNER, *Garner's Dictionary of Legal Usage*, 3^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2011, « doublets, triplets and synonym-strings ».

112. *Résolu* CSC, par. 110.

113. Art. 1637 et 1650 C.c.Q.

114. Michelle CUMYN, « La délégation du *Code civil du Québec* : une cession de dette ? », (2002) 43:4 *C. de D.* 601, 605.

115. Didier LLUELLES et Benoît MOORE, *Droit des obligations*, 3^e éd., Montréal, Thémis, 2018, n° 3200.

116. Didier LLUELLES et Benoît MOORE, *Droit des obligations*, 3^e éd., Montréal, Thémis, 2018, n° 3200.

est difficilement assimilable à un *bien* – c’est un passif et non un actif. Elle ne saurait donc faire proprement l’objet d’une *cession*. Le vocabulaire juridique renferme pourtant, comme on vient de le voir, une solution de rechange adéquate, et même deux plutôt qu’une. Pour régler le problème terminologique, il suffit en effet de parler de *transmission* de dette ou encore de *transfert* de dette. Vu la simplicité de la solution, il est d’autant plus regrettable que le législateur français ne l’ait pas adoptée dans le cadre de sa récente réforme du droit des obligations, où le terme impropre *cession de dette* a été codifié¹¹⁷, tout comme le terme *cession de contrat*¹¹⁸.

Le concept de cession de contrat, quant à lui, pose un problème terminologique plus profond. Ici, on ne peut pas y remédier par le seul recours aux génériques *transmission* ou *transfert*. De fait, un contrat ne peut être ni cédé ni transmis ou transféré, car ce n’est ni un actif ni un passif, mais une relation entre deux ou plusieurs parties. Tout ce que peut transmettre le « cédant », c’est son propre rôle dans la relation contractuelle. Le rôle de son cocontractant, lui, n’est transmis à personne. Pour qu’on puisse parler proprement d’une cession de contrat, il faudrait que les deux parties s’unissent pour le céder à deux nouvelles parties, scénario hautement hypothétique. Pour désigner adéquatement la réalité que recouvre la « cession de contrat », il est possible d’employer une paraphrase. Le juge Kasirer n’a d’ailleurs pas pu y échapper, devant inévitablement expliquer que ce qu’il appelle « cession de contrat » correspond en fait à une « transmission de la qualité de partie contractante à la partie cessionnaire »¹¹⁹. C’est peut-être en raison de la lourdeur d’une telle paraphrase qu’il a jugé opportun d’avaliser le terme *cession de contrat*. Pourtant, d’autres formulations tout aussi concises, mais plus appropriées, étaient envisageables, par exemple *substitution de partie*, voire *substitution* tout court.

Il est vrai que le terme *substitution* convient seulement à la cession de contrat libératoire. Dans le cas où elle n’est pas libératoire, nous sommes plutôt en présence d’une *adjonction de partie*¹²⁰. Et c’est justement là où le bât blesse. Si une « cession de contrat » libératoire ne constitue pas une véritable cession, une « cession

117. Art. 1327 à 1328-1 C.c.fr.

118. Art. 1216 à 1216-3 C.c.fr.

119. *Résolu* CSC, par. 126.

120. Didier LLUELLES et Benoît MOORE, *Droit des obligations*, 3^e éd., Montréal, Thémis, 2018, n° 3239.

de contrat » non libératoire s'en éloigne encore davantage ! On se souviendra qu'une cession est par définition un transfert. Or, comme l'observent Lluelles et Moore, « ce transfert implique que le débiteur initial, une fois la cession conclue, soit libéré à l'égard du créancier »¹²¹. Au demeurant, la nature intrinsèquement libératoire du concept de cession est illustrée par les dispositions du *Code civil du Québec* qui prévoient une « cession de contrat » pour le cas spécifique du bail. Le législateur a non seulement précisé que « [l]a cession de bail décharge l'ancien locataire de ses obligations »¹²², il a soigneusement évité d'utiliser le terme « cession (imparfaite) » pour désigner le mécanisme où il y a en quelque sorte *adjonction* de partie plutôt que *substitution*, qu'il a appelé « sous-location »¹²³.

En somme, le scénario idéal aurait été que la Cour suprême du Canada innove en consacrant nommément les mécanismes de la *substitution* et de l'*adjonction* (de partie). Elle a plutôt choisi d'y faire référence respectivement sous les vocables « cession de contrat parfaite » et « cession de contrat imparfaite », plus usités, quoique impropres. Nous en prenons acte. Nous estimions important de dénoncer ces non-sens terminologiques, mais il serait contre-productif d'en faire un cheval de bataille. Nous sommes donc enclins à les tolérer, et même à les utiliser dans les sous-sections suivantes, conformément à la terminologie employée dans les motifs de Nicholas Kasirer faisant l'objet de notre analyse.

2) *Théorie*

L'arrêt *Résolu* revêt une importance théorique capitale en matière de cession de contrat. La Cour suprême donne son précieux aval à la jurisprudence et à la doctrine majoritaires, incarnées respectivement par l'arrêt *Hutton*¹²⁴ rendu par la Cour d'appel sous la plume du juge Baudouin et par le traité de droit

121. Didier LLUELLES et Benoît MOORE, *Droit des obligations*, 3^e éd., Montréal, Thémis, 2018, n° 3197.

122. Art. 1873 C.c.Q.

123. Il ne s'agit bien sûr que d'une analogie. Le régime de la sous-location diffère substantiellement du régime général de la cession de contrat « imparfaite » tel qu'il est envisagé par la doctrine et le juge Kasirer puisque le sous-locataire ne devient pas officiellement partie au bail principal : Antoine MORNEAU-SÉNÉCHAL, *Le louage résidentiel*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2020, p. 105. Il a néanmoins des effets analogues puisque le sous-locataire peut exercer directement les droits dont dispose le locataire envers le locateur, art. 1876 C.c.Q.

124. *N.C. Hutton Ltd. c. Canadian Pacific Forest Products Ltd.*, 1999 CanLII 13538.

des obligations des auteurs Lluellas et Moore¹²⁵. En ce sens, l'état du droit en émerge solidifié. Le juge Kasirer y ajoute toutefois sa touche personnelle. À cet égard, l'état du droit en émerge fragilisé.

À la différence de la cession de créance, dont le régime est encadré par les articles 1637 à 1650 C.c.Q., la cession de contrat n'est pas prévue par la loi. Les auteurs favorables à la reconnaissance de ce mécanisme lui ont donc trouvé des justifications théoriques. Par contraste avec la complexité de celles-ci, le juge Kasirer a évoqué une justification fort simple dans l'introduction de ses motifs¹²⁶ : la légitimité de la cession de contrat est conventionnelle. La cession de contrat est tout simplement un contrat innommé – un « mécanisme de cession original »¹²⁷, pour utiliser les termes du magistrat – que les parties sont libres d'aménager à leur guise en vertu du principe de l'autonomie de la volonté. Conformément au principe de l'effet relatif du contrat, ce contrat innommé doit être tripartite, c'est-à-dire qu'il doit résulter de la volonté à la fois du cédant, du cessionnaire et du cédé. À ce titre, il a les effets prévus par les (trois) parties, lesquels se résument à la substitution ou à l'adjonction d'une partie, selon le cas.

Cette justification théorique fondée sur le droit commun des contrats nous paraît amplement suffisante pour ancrer adéquatement le mécanisme de la cession de contrat dans le droit positif. Le juge Kasirer était toutefois déterminé à rouvrir le vieux débat doctrinal opposant les conceptions dites dualiste et unitaire de la cession de contrat, débat qui n'a pourtant, de son propre aveu, aucune incidence sur le litige¹²⁸. Malgré son intérêt historique, cette digression risque de semer la confusion, car il est difficile d'en mesurer la portée juridique.

Comme le rapporte le juge Kasirer, la conception dualiste envisage la cession de contrat « comme l'addition d'une cession de créance et d'une cession de dette ou délégation de paiement »¹²⁹. À l'instar du professeur Frédéric Levesque¹³⁰, nous estimons que

125. Didier LLUELLES et Benoît MOORE, *Droit des obligations*, 3^e éd., Montréal, Thémis, 2018.

126. *Résolu* CSC, par. 7-8.

127. *Résolu* CSC, par. 7.

128. *Résolu* CSC, par. 123.

129. *Résolu* CSC, par. 124.

130. Frédéric LEVESQUE, *Précis de droit québécois des obligations : contrat, responsabilité, exécution et extinction*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2014, n° 1017.

la délégation de paiement offre une assise juridique plus solide à la portion passive de la cession de contrat que peut le faire la cession de dette. Cette dernière étant elle-même absente du *Code civil du Québec*, elle concourt peu à l'objectif des théories dualiste et unitaire, qui est de justifier la reconnaissance de la cession de contrat¹³¹.

Dans la conception unitaire, on envisage « la transmission du rapport contractuel comme un tout – créances, dettes, droits potestatifs et autres engagements »¹³². Le juge Kasirer attribue des vertus pédagogiques à cette conception :

En l'espèce, il est plus utile d'examiner, suivant la conception unitaire, l'ensemble du lien contractuel de 1926 cédé par Électricité Gatineau à Hydro-Québec, plutôt que de s'attacher uniquement à l'addition des créances et des dettes, suivant la conception dualiste. La cession comprend non seulement la créance de Résolu – l'alimentation en électricité – et sa dette – le paiement du prix de ce service –, mais aussi l'art. 17 aux termes duquel les parties acceptent que le contrat soit soumis à la réglementation provinciale et fédérale, tant présente que future, ainsi que l'art. 22 où les parties prévoient que [TRADUCTION] « [l]es successeurs ou ayants droit des deux parties bénéficient de la présente entente et sont liés par celle-ci ».¹³³

En résumé, une cession de contrat entraîne la transmission non seulement des créances et des dettes, mais également des autres stipulations qui figurent au contrat. Cette explication du juge Kasirer est fondamentale, mais il était selon nous inutile de l'associer spécifiquement à la conception unitaire. La conception dualiste mène naturellement au même résultat. En effet, les créances et les dettes prévues au contrat n'ont guère de sens si on les isole des autres clauses. Si ces dernières ont été insérées au contrat, c'est pour préciser le cadre juridique applicable aux créances et aux dettes stipulées. Ces clauses n'ont aucune existence propre, et il est donc logique, voire essentiel, de les inclure dans le transfert. Pour utiliser l'expression consacrée : l'accessoire suit le principal. D'ailleurs, la conception dualiste déclenche l'application de l'article 1638 C.c.Q. : « La cession d'une créance en comprend les accessoires ». Le libellé de cet article est suffisamment large pour

131. Didier LLUELLES et Benoît MOORE, *Droit des obligations*, 3^e éd., Montréal, Thémis, 2018, n° 3220.

132. *Résolu* CSC, par. 126.

133. *Résolu* CSC, par. 128.

englober les clauses accessoires dont fait état le juge Kasirer¹³⁴. Le maintien de celles-ci peut de surcroît s'inférer du deuxième alinéa de l'article 1637 C.c.Q., prévoyant que la cession de créance ne peut « porter atteinte aux droits du débiteur »¹³⁵. Ainsi, il faut se garder de voir dans la conception dualiste un obstacle à la transmission d'un contrat comme un tout, laquelle n'est en définitive qu'un effet inhérent à la cession *de contrat*. On aura relevé le paradoxe : la conception dualiste ne peut pas exister sans une certaine vision unitaire du contrat qui fait l'objet de la cession.

Dans un même ordre d'idées, il semble impossible d'épouser la conception unitaire sans une certaine vision dualiste. Car même sous un angle résolument unitaire, on ne peut nier que la cession de contrat comprend forcément un transfert de créance et de dette. Puis, comme la cession de contrat n'est pas prévue dans le Code civil, il est difficile de faire abstraction des articles sur la cession de créance et la délégation de paiement. C'est le constat implacable que fait le juge Baudouin dans l'arrêt *Hutton* : « On voit donc mal, logiquement, comment la cession de l'ensemble, c'est-à-dire du contrat entier, postulerait des conditions moins strictes que pour la cession d'une seule des parties¹³⁶. » Cette fatalité rattrape également le juge Kasirer. Il a beau insister sur les mérites de la conception unitaire, vient un temps où il est contraint de se référer aux articles du Code civil sur la cession de créance « [e]n l'absence de règles explicites sur la cession de contrat »¹³⁷.

Qu'on le veuille ou non, la distinction entre les deux conceptions conduit inexorablement à une impasse que le juge Kasirer ne parvient pas à dénouer, si tant est qu'il en eût l'intention. Ainsi, après avoir qualifié la conception adoptée par la Cour d'appel dans l'arrêt *Hutton* de dualiste, il dit y voir une illustration de la conception unitaire¹³⁸. Puis, dans ses propres motifs, il laisse transparaître une approche combinée s'appuyant tour à tour sur les deux conceptions. En approuvant ainsi les deux conceptions, sciemment ou non, le juge Kasirer a peut-être mis un terme à une

134. Vincent KARIM, *Les obligations*, vol. 2, 5^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2020, n° 3072. L'auteur donne en exemple la clause d'élection de domicile.

135. Vincent KARIM, *Les obligations*, vol. 2, 5^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2020, n° 3072.

136. *N.C. Hutton Ltd. c. Canadian Pacific Forest Products Ltd.*, 1999 CanLII 13538 (QC CA).

137. *Résolu* CSC, par. 149.

138. *Résolu* CSC, par. 125, 137-138.

controverse doctrinale stérile. Cependant, il se pourrait qu'il en ait du même coup alimenté une autre, bien plus large...

Le fait est que le juge Kasirer a donné son aval à une variante potentiellement explosive de la conception unitaire, qui assimile le contrat à un bien¹³⁹. La Cour d'appel venait d'entrouvrir cette porte, mais en se laissant prudemment guider par la volonté exprimée par les parties : « Les parties ont prévu que les contrats, instruments négociables, font partie de la vente¹⁴⁰. » Elle a ensuite habilement évité de considérer le contrat lui-même comme un bien, indiquant plutôt que les *prestations* prévues par le contrat – l'argent et l'électricité – constituent des biens meubles au sens du *Code civil du Québec*¹⁴¹. Quant à lui, le juge Kasirer s'autorise de la conception unitaire pour « voir le contrat comme un *bien* cessible »¹⁴². Contrairement à ce qu'il laisse entendre, la conception unitaire n'est pourtant pas tributaire de cette vision. À preuve, celle-ci n'est pas même mentionnée dans la longue description que Lluelles et Moore font de la conception unitaire à partir de la thèse du professeur Aynes¹⁴³, laquelle repose plutôt sur la force obligatoire, l'objet et la cause du contrat¹⁴⁴. Il reste que la majorité de la Cour suprême du Canada a choisi d'assimiler le contrat à un bien, ce qui n'a rien d'anodin. Ce choix soulève d'importantes questions demeurant sans réponses. Le contrat est-il réputé constituer un bien pour les seuls besoins du mécanisme de la cession de contrat ? Dans l'affirmative, comment justifier qu'il perde cette qualification dans les autres domaines du droit ? Dans la négative, le contrat doit-il être soumis au régime général du droit des biens ? Ou seulement à certaines dispositions de celui-ci ? Lesquelles ?

Pour apaiser le vertige que provoquent ces questions titanesques, revenons à la question centrale : quelles sont les justifications théoriques de la cession de contrat ? De notre point de vue, ce sont les mêmes que pour n'importe quel contrat. Cette conclusion simpliste contraste assurément avec le raisonnement complexe élaboré par la majorité de la Cour suprême. Elle n'en

139. *Résolu* CSC, par. 66-68.

140. *Résolu* CA, par. 26.

141. *Résolu* CA, par. 26.

142. *Résolu* CSC, par. 68 (nos italiques).

143. Laurent AYNÈS, *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, coll. Droit Civil – Études et Recherches, Paris, Economica, 1984.

144. Didier LLUELLES et Benoît MOORE, *Droit des obligations*, 3^e éd., Montréal, Thémis, 2018, n^{os} 3222-3223.

demeure pas moins compatible avec celui-ci. En le décortiquant comme nous l'avons fait dans la présente sous-section, nous pouvons même avancer qu'elle en émane. En définitive, les solutions préconisées par le juge Kasirer ne reposent ni sur la conception dualiste ni sur la conception unitaire, mais plutôt sur les « principes généraux du droit des contrats »¹⁴⁵, auxquels on peut ajouter les dispositions spécifiques à la cession de créance et à la délégation de paiement.

3) *Pratique*

L'arrêt *Résolu* présente un grand intérêt pour la pratique du droit des affaires, où les « cessions de contrat » sont monnaie courante. Après avoir relevé les trois principales certitudes qui en émanent, nous nous attarderons à trois incertitudes qui subsistent.

Premièrement, il est maintenant acquis qu'une cession de contrat ne peut avoir lieu sans le consentement des *trois* parties impliquées. Auparavant, certains auteurs soutenaient que le consentement du cédé n'était nécessaire que pour la cession de contrat libératoire puisque, dans le cas de la cession non libératoire, le cédé conservait de toute façon ses droits envers le cédant¹⁴⁶. Or, cette position ne tient pas compte de tous les effets pouvant découler de l'ajout du cessionnaire à titre de partie principale, effets que l'affaire *Résolu* illustre à merveille : « Bien qu'Électricité Gatineau demeure présente comme débitrice, Résolu doit composer avec une nouvelle partie contractante qui, en raison de son statut, peut demander une majoration du prix¹⁴⁷. » C'est donc pour des raisons légitimes que le juge Kasirer impose le consentement du cédé pour toute cession de contrat, même non libératoire. Cette solution est d'ailleurs conforme au droit commun des obligations : le commun accord des parties initiales (cédant et cédé) est nécessaire pour modifier le contrat (par l'ajout du cessionnaire) en vertu du premier alinéa de l'article 1433 C.c.Q.

Deuxièmement, il est maintenant clair que le consentement du cédé à une cession de contrat non libératoire peut être exprimé à l'avance, dans le contrat initial conclu avec le cédant¹⁴⁸. C'est

145. *Résolu* CSC, par. 143.

146. *Résolu* CSC, par. 132-133.

147. *Résolu* CSC, par. 140.

148. *Résolu* CSC, par. 144.

dire que les fameuses clauses de cession, omniprésentes dans les contrats commerciaux, sont finalement validées en haut lieu. En prime, la clause validée ici est formulée de la façon la plus standard qui soit, bien qu'elle provienne d'un contrat rédigé en 1926. De quoi rassurer les nombreux juristes qui utilisent une clause type comparable à celle-ci : « This Agreement shall enure to the benefit of and be binding upon the successors or assigns of both parties¹⁴⁹. » La Cour suprême traduit la clause ainsi : « [L]es successeurs ou ayants droit des deux parties bénéficient de la présente entente et sont liés par celle-ci¹⁵⁰. » La structure de cette clause est irréprochable¹⁵¹, mais nous recommandons de remplacer son sujet par « Les ayants cause ou cessionnaires ». Le terme « successeur » convient mal aux personnes morales puisqu'il évoque le droit des successions, en plus d'être fortement polysémique. Quant à lui, le terme « ayant droit » devrait céder le pas à « ayant cause » quoique ces deux notions tendent de plus en plus à être confondues en pratique¹⁵². Enfin, il est sage d'employer le terme consacré « cessionnaire » pour faire référence le plus clairement possible à la notion de « cession de contrat », maintenant avalisée par la Cour suprême. Cela dit, le terme « cessionnaire » n'ajoute rien sémantiquement puisqu'il est compris dans la définition de l'ayant cause.

Troisièmement, on sait maintenant que, dans l'hypothèse où le cédé a donné un tel consentement général préalable, la cession ne lui devient opposable qu'au moment où il y « acquiesce » ou reçoit une preuve valable de celle-ci. Sur ce point, le juge Kasser a donné raison à Résolu qui faisait valoir à juste titre que « la cession de contrat ne saurait être opposable à la partie cédée si elle n'en est jamais informée »¹⁵³. Sur le plan technique, c'est

149. *Résolu* CS, par. 8.

150. *Résolu* CSC, par. 128.

151. Arnaud TELLIER-MARCIL, *La rédaction en droit des affaires : principes fondamentaux et recommandations pratiques*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2016, p. 163-165.

152. Jacques PICOTTE, *Juridictionnaire : recueil des difficultés et des ressources du français juridique*, Faculté de droit de l'Université de Moncton, à jour en 2018, p. 422 (en ligne : <<http://www.cttj.ca/Documents/Juridictionnaire.pdf>>) : « En droit civil, le terme *ayant cause* désigne la personne qui tient un droit ou une obligation d'une personne dénommée son auteur. *Ayant droit* s'entend d'une personne ayant par elle-même ou par son auteur vocation à exercer un droit. Mais, dans la pratique, il est souvent employé comme synonyme d'*ayant cause*. »

153. *Résolu* CSC, par. 148.

l'article 1641 C.c.Q. qui trouve application¹⁵⁴. Conformément à l'interprétation doctrinale de cet article, l'acquiescement implique davantage que la seule connaissance de la cession, mais peut être implicite¹⁵⁵. En l'espèce, Hydro-Québec peut s'estimer chanceuse d'avoir convaincu les juges majoritaires de la Cour suprême que Résolu y a acquiescé implicitement¹⁵⁶. En effet, les indices en ce sens n'ont convaincu ni la juge de première instance¹⁵⁷ ni les juges dissidents de la Cour suprême¹⁵⁸. Pour éviter de s'en remettre ainsi aux aléas de l'interprétation judiciaire, les parties à un acte de cession de contrat devraient toujours prendre soin d'en transmettre une copie conforme au principal intéressé, le cédé, même si ce dernier y a consenti préalablement dans une clause générale de cession.

On ne peut que se réjouir que la plus haute juridiction canadienne ait tranché ces trois grandes questions, d'autant plus que les réponses apportées sont, à notre sens, tout à fait adéquates. Autant de questions demeurent toutefois en suspens.

En premier lieu, la Cour suprême n'a pas confirmé explicitement que le cédé peut consentir à l'avance à une cession de contrat *libératoire*. Elle n'avait pas à le faire puisqu'Hydro-Québec avait reconnu que la cession était non libératoire en l'espèce¹⁵⁹. De même, les clauses de consentement préalable validés par la Cour d'appel dans les arrêts *Hutton*¹⁶⁰ et *Modern Concept*¹⁶¹ s'inscrivaient dans le contexte d'une cession non libératoire. Or, il n'est pas impossible que les tribunaux se montrent plus réticents à donner effet au consentement général exprimé à l'avance par le cédé dans le cas d'une cession libératoire. Étant donné que le cédé perdrait ses recours contre son cocontractant initial, les tribunaux pourraient vouloir lui éviter de se voir imposer un nouveau cocontractant moins solvable ou moins fiable. Cela dit, nous estimons que la

154. *Résolu* CSC, par. 149.

155. Didier LLUELLES et Benoît MOORE, *Droit des obligations*, 3^e éd., Montréal, Thémis, 2018, n° 3170.

156. *Résolu* CSC, par. 150.

157. *Résolu* CS, par. 52-55.

158. *Résolu* CSC, par. 243-245.

159. *Résolu* CSC, par. 135.

160. *N.C. Hutton Ltd. c. Canadian Pacific Forest Products Ltd.*, 1999 CanLII 13538 (QC CA).

161. *Comité paritaire de l'entretien d'édifices publics de la région de Québec c. Modern Concept d'entretien inc.*, 2017 QCCA 1237, confirmé par 2019 CSC 28.

solution devrait être la même, peu importe que la cession soit libératoire ou non. Il est d'abord permis de penser que le juge Kasirer aurait établi une distinction si tel était son souhait. En outre, l'arrêt *Hutton* – approuvé par le juge Kasirer, rappelons-le – semble ouvrir la porte à la possibilité de consentir à l'avance à une cession libératoire : « [R]ien au dossier n'indique que Hutton ait eu l'intention, soit à l'avance lors de la conclusion de l'engagement, soit par la suite, au moment de sa cession, de libérer pour autant C.P.F.P. (le cédant) de ses obligations¹⁶². »

En deuxième lieu, étant donné que la libération du cédant Électricité Gatineau n'était pas réclamée en l'espèce, la Cour suprême n'a pas eu l'occasion de se prononcer sur le principal enjeu pratique, soit l'éventuel effet libératoire de la clause type par laquelle les parties consentent à l'avance à une cession de contrat. Comme nous l'avons mentionné, la formulation usuelle de cette clause type n'a guère évolué depuis le contrat de 1926. Or, nous ne savons toujours pas si elle suffit pour libérer par anticipation le futur cédant. Le plus sage est de répondre à cette question par la négative, comme l'a fait le juge Baudouin dans l'arrêt *Hutton*¹⁶³. En effet, il serait incongru que la cession de contrat constitue un laissez-passer pour contourner l'article 1668 C.c.Q., qui subordonne la libération du délégant à un consentement exprès – « évident », dit l'article – du délégataire en ce sens. Néanmoins, les auteurs Lluellas et Moore, ne prenant visiblement pas cet article en considération, défendent la position inverse : « Dès lors que les parties ont entendu procéder à une véritable cession de contrat, l'on devrait, sauf mention contraire, conclure à la libération du cédant¹⁶⁴. » Nous convenons volontiers, pour les raisons terminologiques expliquées dans la première sous-section, qu'une cession implique par définition une libération du cédant. Par contre, les clauses types telles que celle figurant au contrat de 1926 ne sont pas assez limpides pour qu'on puisse conclure « que les parties ont entendu procéder à une véritable cession de contrat ». Pour rappel, la clause dit seulement que les ayants cause ou cessionnaires des deux parties « bénéficieront de la présente entente et seront liés par celle-ci ».

162. *N.C. Hutton Ltd. c. Canadian Pacific Forest Products Ltd.*, 1999 CanLII 13538 (QC CA) (nos soulignements).

163. *N.C. Hutton Ltd. c. Canadian Pacific Forest Products Ltd.*, 1999 CanLII 13538 (QC CA).

164. Didier LLUELLES et Benoît MOORE, *Droit des obligations*, 3^e éd., Montréal, Thémis, 2018, n° 3241.

Assurément, les parties prévoient les conséquences d'une éventuelle cession de contrat (un rappel de la transmissibilité, comme le fait valoir *Résolu*)¹⁶⁵, mais ce n'est qu'en extrapolant qu'on peut en déduire que les parties ont carte blanche pour y procéder au moment jugé opportun. Textuellement, la clause ne dit pas que les parties consentent à l'avance à toute cession de contrat, et encore moins à ce qu'une telle cession soit libératoire. Concrètement, la clause prévoit les effets d'une éventuelle cession de contrat, mais n'accorde pas expressément le pouvoir d'y procéder. Vu l'imprécision de la clause, on pourrait considérer la cession comme étant subordonnée, par exemple, à l'autorisation spécifique du cédé, bien que l'usage veuille qu'on parle alors de « cessionnaire autorisé »¹⁶⁶, ou encore à un critère de raisonabilité.

C'est pourquoi nous recommandons fortement aux rédacteurs de contrats d'abandonner la formulation usuelle, purement déclarative, pour plutôt décrire à la forme active les droits conférés aux parties. Ainsi, si l'on souhaite effectivement conférer à l'une des parties le pouvoir discrétionnaire de procéder à une cession de contrat libératoire, on écrira par exemple : « La partie X peut, à son entière discrétion, transmettre l'ensemble des droits et des obligations découlant du présent contrat à un cessionnaire de son choix. » Il devient alors superflu d'inclure la mention classique suivante : « Le cessionnaire sera lié par le contrat et en bénéficiera. » Bien que l'on puisse soutenir que l'effet libératoire est lui aussi intrinsèque à la cession de contrat, il est nettement plus prudent de le stipuler en toutes lettres compte tenu de son importance capitale et des conclusions de l'arrêt *Hutton*. On pourrait donc ajouter, par exemple : « Cette transmission entraînera la libération de la partie X. » Du reste, il est toujours judicieux de décrire le plus précisément possible les effets souhaités. On pourrait par exemple vouloir stipuler que la cession de contrat devient opposable à la partie Y (le cédé) « dès qu'elle en est informée de quelque façon que ce soit » ou encore que la cession de contrat « est conditionnelle à l'autorisation spécifique de la partie Y, qui ne peut toutefois la refuser ou la retarder sans motif raisonnable ».

En troisième lieu, le juge Kasirer élabore très peu sur l'alourdissement des obligations du cédé qu'est susceptible d'entraîner la

165. *Résolu* CSC, par. 145.

166. Comme dans l'arrêt *Lee c. Pointe of View Developments (Encore) Inc.*, 2010 ABQB 558, cité dans *Résolu* CSC, par. 145.

cession de contrat. En l'espèce, l'ajout d'Hydro-Québec à titre de partie contractante avait pourtant un effet draconien pour Résolu. C'est probablement là que résidait le meilleur argument de cette dernière. Par contraste, la réponse fournie par le juge Kasirer est probablement la moins convaincante de son jugement. Le magistrat n'a pas remis en question l'applicabilité à la cession de contrat du deuxième alinéa de l'article 1637 C.c.Q., qui prévoit que la cession de créance ne peut « porter atteinte aux droits du débiteur, ni rendre son obligation plus onéreuse »¹⁶⁷. Il s'est contenté d'avancer que « [l]a cession, en soi, ne rend pas l'obligation de Résolu plus onéreuse » puisque « la cause de l'augmentation du prix n'est pas la cession du contrat en 1965, mais les modifications apportées à la loi en 2007 [nouvelle taxe payable par Hydro-Québec] »¹⁶⁸. L'idée qui semble sous-tendre son raisonnement est que la question de l'alourdissement des obligations est seulement examinée au moment de la réalisation de la cession de contrat, ce qui empêche le cédé d'invoquer un alourdissement ultérieur de ses obligations causé par l'identité de son nouveau cocontractant. Si c'est là l'essence de ses propos, il aurait été souhaitable qu'il le précise. En tout état de cause, on se serait attendu à ce qu'il fournisse des explications aussi étayées que pour les autres aspects de sa décision. La question demeure donc entière : à quelles conditions une cession de contrat peut-elle être invalidée au motif qu'elle rend les obligations du cédé plus onéreuses ?

D) Conclusion intermédiaire

L'affaire *Résolu* aura permis d'approfondir les réflexions autour de certaines grandes notions du droit des contrats. Elle a réaffirmé le principe de l'effet relatif des contrats, elle est susceptible de faire évoluer le domaine de l'interprétation des contrats et elle a consacré la notion de « cession de contrat ». Le droit des contrats étant indissociable de la pratique du droit des affaires, c'est d'elle qu'émanent les contrats ayant servi de matière première à l'analyse de ces questions, à savoir les contrats de 1926 et de 1965.

Un autre contrat important a alimenté les débats, mais celui-là provient d'un tout autre secteur de pratique, celui du litige. Nous parlons bien sûr du « contrat judiciaire » conclu entre les parties

167. *Résolu* CSC, par. 152.

168. *Résolu* CSC, par. 154.

à l'instance par l'intermédiaire de leurs procureurs. Ce contrat bien particulier aurait sans doute pu être examiné lui aussi à la lumière du droit des contrats, mais il a plutôt été examiné sur le terrain dont il est issu, celui de la procédure civile. L'un des enjeux qu'il soulève peut néanmoins être exprimé métaphoriquement dans le langage du droit des contrats. Le contrat judiciaire intervenu dans le cadre de l'affaire *Résolu* doit-il être *interprété* comme ayant un quelconque *effet relatif* ou y a-t-il eu *cession de contrat* en faveur du tribunal ?

II. PROCÉDURE CIVILE

Si l'affaire *Résolu* propose des avancées substantielles en matière de droit des contrats, elle soulève également des questions complexes en matière procédurale, notamment quant à l'opportunité pour un tribunal d'appel de modifier une décision de première instance. La dissidence, qui a pris forme sous la plume de la juge Suzanne Côté, illustre bien le caractère décisif que peut représenter l'aspect procédural de l'appel, en plus de soulever certaines difficultés inhérentes aux fonctions modernes des cours d'appel de tous les niveaux. Cette seconde partie présentera d'abord certains éléments théoriques relatifs aux fonctions des tribunaux d'appel (section A), pour ensuite s'intéresser à leur transposition dans l'arrêt *Résolu* (section B), et finalement émettre des éléments de réflexion sur certains enjeux en matière de procédure civile dans le cadre de l'appel (section C).

A) Fonctions des tribunaux d'appel

Bien que l'appel ait une histoire complexe et pas toujours linéaire¹⁶⁹, il est possible d'affirmer, de manière générale, que l'appel a historiquement servi à « corriger des injustices » qui, de l'avis d'une partie à un litige, auraient été commises par une instance inférieure¹⁷⁰. Le *Code de procédure civile* identifie la Cour d'appel comme étant le « tribunal général d'appel chargé d'entendre les pourvois portés contre les jugements des autres juridictions qui peuvent faire l'objet d'un appel à moins d'une disposition confiant

169. Voir à ce sujet Yves-Marie MORISSETTE, « Aspects historiques et analytiques de l'appel en matière civile », (2014) 59:3 *R.D. McGill* 481, partie I.

170. Sylvain LUSSIER, « Chapitre 2 – Norme d'intervention » dans *LégisPratique – Recours et procédure en appel*, Montréal, LexisNexis, 2011, par. 2-3.

l'appel à une autre juridiction »¹⁷¹. La *Loi sur la Cour suprême*¹⁷², à son article 2, définit l'appel comme « [t]oute procédure visant à l'infirmer ou la rectification d'un jugement d'une juridiction inférieure ». Ainsi, la fonction de révision des tribunaux d'appel est certainement la plus significative dans l'imaginaire collectif.

Cette simple description serait toutefois réductrice du rôle réel des cours d'appel. De manière générale, il est reconnu que l'appel exerce des fonctions qui dépassent l'affaire qui occupe les parties à un litige. Lorsqu'un tribunal d'appel se saisit d'une affaire, il l'examine non seulement au bénéfice des parties, mais également dans la perspective d'apporter une contribution au droit pour le bien commun¹⁷³. Par exemple, la Cour d'appel « est investie d'un double rôle, soit la révision du jugement de première instance et l'orientation du droit au Québec »¹⁷⁴. Ce rôle d'orientation ne se manifeste pas dans toutes les affaires, mais permettra à la Cour d'appel de travailler à l'uniformisation et l'harmonisation du droit pour tous¹⁷⁵. Le rôle de la Cour suprême du Canada, à titre d'ultime instance d'appel au pays, se démarque de celui de la Cour d'appel. Elle se saisit d'un nombre limité de causes « compte tenu de l'importance de l'affaire pour le public, ou de l'importance des questions de droit ou des questions mixtes de droit et de fait qu'elle comporte, ou de sa nature ou importance à tout égard »¹⁷⁶. On peut comprendre de ce critère que la fonction d'orientation, voire de développement, du droit est encore plus marquée en Cour suprême qu'en Cour d'appel¹⁷⁷. À ce sujet, la Cour suprême mentionnait,

171. Art. 29 C.p.c.

172. L.R.C. (1985), ch. S-26.

173. Yves-Marie MORISSETTE, « Appellate Standards of Review Then and Now », (2017) 18 *J. App. Prac. & Process* 55, p. 64.

174. Sylvain LUSSIER, « Chapitre 2 – Norme d'intervention » dans *LégisPratique – Recours et procédure en appel*, Montréal, LexisNexis, 2011, par. 2-3.

175. Sylvain LUSSIER, « Chapitre 2 – Norme d'intervention » dans *LégisPratique – Recours et procédure en appel*, Montréal, LexisNexis, 2011, par. 2-9 et 2-10.

176. *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. (1985), c. S-26, art. 40. À cet égard, les auteurs Pratte, Effendi et Phillips illustrent de manière imagée l'accès à l'appel devant la Cour suprême comme « l'énigme du Sphinx » ; voir Guy PRATTE, Nadia EFFENDI et Mark PHILLIPS, « Chapitre 8 – Faire appel à la Cour suprême : permission, mémoire, plaidoirie », dans *LégisPratique – Recours et procédure en appel*, Montréal, LexisNexis, 2011, par. 8-1. Évidemment, il est à noter que l'accessibilité peut varier entre les affaires civiles, qui nous intéressent dans le cadre du présent texte, et les affaires pénales.

177. Voir Guy PRATTE, Nadia EFFENDI et Mark PHILLIPS, « Chapitre 8 – Faire appel à la Cour suprême : permission, mémoire, plaidoirie », dans *LégisPratique – Recours et procédure en appel*, Montréal, LexisNexis, 2011, par. 8-4.

dans l'arrêt de principe *Housen c. Nikolaisen*, qu'« alors que le rôle premier des tribunaux de première instance consiste à résoudre des litiges sur la base des faits dont ils disposent et du droit établi, celui des cours d'appel est de préciser et de raffiner les règles de droit et de veiller à leur application universelle »¹⁷⁸.

L'appel est une institution qui, bien qu'elle ait été façonnée par l'accumulation d'expériences, demeure aux prises avec certaines tensions internes inhérentes à sa nature. Le juge Yves-Marie Morissette expose la « problématique fondamentale » de l'appel, à savoir « comment déterminer s'il y a dans un jugement une erreur méritant rectification, sans justement, refaire ce qui s'est fait en première instance ou, à tout le moins, revoir en détail et dans sa teneur même la contestation qui s'est déroulée au procès ? »¹⁷⁹. Pour y arriver, le système de justice dispose de divers outils qui visent à restreindre l'intervention en appel aux affaires qui le nécessitent réellement¹⁸⁰. De l'ensemble des mesures établies pour répondre à cette difficulté, la norme d'intervention posée par l'arrêt *Housen*, la bien connue « norme de contrôle »¹⁸¹, est probablement l'outil le plus complexe. À titre de bref rappel, la norme de contrôle établit que les tribunaux d'appel peuvent réviser les *questions de droit* lorsque celles-ci ont fait l'objet d'une *erreur de droit*, conformément au standard de la *décision correcte*, alors qu'une *erreur manifeste et déterminante* sera nécessaire pour réviser les *questions de fait*, et les *questions mixtes de droit et de fait*¹⁸².

Au fur et à mesure du passage d'un litige à travers les différentes étapes de l'appareil judiciaire, les fonctions des tribunaux évoluent, ce qui n'est pas sans causer, dans certaines circonstances particulières, des risques d'accrochage. L'intérêt des parties peut alors se trouver nez à nez avec l'intérêt général. L'affaire *Résolu* présente certaines caractéristiques qui la rendent propice à une réflexion critique sur cette poursuite de l'équilibre.

178. *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, par. 9.

179. Yves-Marie MORISSETTE, « Aspects historiques et analytiques de l'appel en matière civile », (2014) 59:3 *R.D. McGill* 481, par. 63.

180. Daniel JUTRAS, « The Narrowing Scope of Appellate Review: Has the Pendulum Swung Too Far? », (2006) 32:1 *Man. L.J.* 61, p. 62.

181. *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33.

182. Notamment *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33. Voir aussi *Benhaim c. St-Germain*, 2016 CSC 48.

B) Application de la norme de contrôle et existence d'une erreur manifeste et déterminante

Sans diminuer l'importance des propos exposés par le juge Kasirer au nom de la majorité quant aux contrats et à leur interprétation, le dilemme que pose l'affaire *Résolu* quant à l'opportunité même d'intervenir en appel doit être abordé. L'application de la norme de contrôle occupe dans l'arrêt *Résolu* une place significative, ce qui soulève un débat sur le principe de déférence des cours d'appel envers les tribunaux de première instance, sur le principe de la maîtrise du dossier par les parties et de manière plus singulière, sur le traitement en appel des questions subsidiaires. Pour amorcer la réflexion sur ces enjeux, nous dresserons un portrait sommaire de l'historique procédural dans *Résolu* (sous-section 1), pour ensuite examiner l'application de la norme de contrôle par la majorité (sous-section 2) et la dissidence (sous-section 3).

1) Historique procédural

La compréhension des enjeux procéduraux de l'affaire *Résolu* nécessite d'abord d'en établir l'historique, tout comme la majorité et la dissidence ont dû le faire dans le cadre de leur évaluation du dossier. L'exercice présente un défi certain, comme on peut le constater à travers les lectures bien différentes qui sont rapportées dans des deux portions de l'arrêt¹⁸³.

L'exploration des questions relatives au droit substantiel dans la première partie du présent texte a permis d'établir les bases factuelles de l'affaire. À titre de rappel, au cœur du litige, le principal enjeu est de déterminer s'il y a eu cession du contrat signé en 1926 par Électricité Gatineau en faveur d'Hydro-Québec. Comme il a été mentionné précédemment, le droit entourant la notion de cession de contrat a été clarifié grâce à la décision de la majorité. Cela étant dit, il importe maintenant de s'intéresser à la manière d'appliquer la norme de contrôle et, par le fait même, à l'opportunité d'intervenir en appel. L'affaire *Résolu* présente une opposition marquée entre les motifs de la majorité, rendus sous

183. Le présent exercice se limite évidemment aux informations contenues dans les décisions rendues par les différents niveaux de cour dans le cadre du litige, ainsi qu'aux mémoires qui peuvent être consultés en ligne au <<https://www.scc-csc.ca/case-dossier/info/af-ma-fra.aspx?cas=38544>>.

la plume du juge Kasirer, et ceux de la dissidence, rédigés par la juge Côté. Le désaccord est principalement sous-tendu par leur application différente de la norme de contrôle, résultant en des conclusions opposées quant à l'existence d'une erreur manifeste et déterminante.

En première instance, il semble que certaines difficultés ont été éprouvées pour cadrer le débat juridique à tenir. Bien que Résolu occupe la position de demanderesse, dans le cadre d'une demande en jugement déclaratoire, c'est bel et bien Hydro-Québec, à titre de créancière prétendant pouvoir réclamer les sommes en jeu, qui doit remplir le fardeau de prouver l'application du contrat de 1926¹⁸⁴. On doit surtout retenir du passage des parties en première instance que la question juridique de l'existence d'une cession de ce contrat n'a été abordée que subsidiairement. En effet, Hydro-Québec n'avait pas alors établi la question de la cession du contrat de 1926 comme élément central de sa théorie de la cause¹⁸⁵, et qualifiait même de « faux débat »¹⁸⁶ l'enjeu de l'interprétation et de l'application du contrat de 1926. Sa prétention était alors fondée sur un argument juridique distinct pour justifier l'application de l'article pertinent du contrat de 1926¹⁸⁷. À ce sujet, citons les motifs de la juge Côté qui reproduit un extrait des plaidoiries assez révélateur quant à la place de la cession de contrat dans le débat :

[214] Au moment de débiter sa plaidoirie, **le procureur d'Hydro-Québec et d'Électricité Gatineau avait d'ailleurs exprimé sa surprise de constater que Résolu ait mis autant d'énergie sur la question de la cession, alors qu'il ne s'agissait, pour lui, que d'un argument subsidiaire.** Cet imbroglio est, à mon

184. *Résolu* CSC, par. 209.

185. *Résolu* CSC, par. 214. Cela a été rappelé par Résolu dans son *Mémoire de l'appelante*, plus particulièrement aux par. 17-19-20-31-32-35 et 37 à 41 ; en ligne : <https://www.scc-csc.ca/WebDocuments-DocumentsWeb/38544/FM010_Appelante_PF-R%C3%A9solu-Canada-inc..pdf>.

186. *Résolu* CS, par. 37.

187. *Résolu* CSC, par. 213-214. À ce sujet, voir le développement relatif à cet argument dans la première partie du présent texte. Plus particulièrement, l'argument détaillé voulant qu'Électricité Gatineau, à titre de filiale d'Hydro-Québec, pouvait se prévaloir de l'article visé du contrat pour récupérer le montant réclamé, et ce, même si les taxes visées avaient été payées au gouvernement directement par la société mère Hydro-Québec. Son statut particulier octroyé par la loi, à titre de distributeur exclusif d'électricité, constitue notamment un appui à cet argument.

avis, le fruit du fait que Résolu plaidait en premier malgré que le fardeau de preuve ne reposait pas sur ses épaules :

[PROCUREUR D'HYDRO-QUÉBEC ET D'ÉLECTRICITÉ GATINEAU] :

. . .

Alors bon, je commence avec mon plan d'argumentation. Donc selon nous, la ... tout ce que j'ai entendu de mes confrères hier sur la cession du contrat, pour nous, c'est un argument subsidiaire là, subsidiaire, subsidiaire devrais-je même dire, qui vient à la toute fin. Alors oui, j'en parle dans l'argumentation mais c'est à la toute fin là, la dernière section E de mon plan.

[LA JUGE] :

Je pense qu'à la décharge de vos confrères, ils ont essayé d'anticiper vos arguments pour faire une argumentation complète.

[...]

[PROCUREUR D'HYDRO-QUÉBEC ET D'ÉLECTRICITÉ GATINEAU] :

[...]

Donc pour nous, c'est vraiment un dossier d'application de contrat, d'application du contrat de mil neuf cent vingt six (1926). [Je souligne].¹⁸⁸

On peut très bien saisir que, pour Hydro-Québec, l'importance relative de l'argument de la cession de contrat est faible à l'étape de la première instance, où elle a choisi de le traiter uniquement de façon subsidiaire. Tout de même, Hydro-Québec développe cet argument en cernant trois moments précis où une cession du contrat de 1926 aurait pu survenir¹⁸⁹, lesquels ne comprennent pas le moment de la conclusion du fameux contrat de 1965. En

188. *Résolu* CSC, par. 214 (nos caractères gras ; références omises).

189. Soit a) au moment où un contrat de fourniture de puissance additionnelle a été passé entre Hydro-Québec et Résolu, en 1982 ; b) subsidiairement, par l'effet de l'entrée en vigueur de la *Loi sur la Régie de l'énergie* qui consacre l'exclusivité du droit de distribution d'Hydro-Québec ; ou c) subsidiairement, lorsqu'Hydro-Québec est devenue propriétaire des centrales d'Électricité Gatineau en 2005-2006. Voir à ce sujet *Résolu* CSC, par. 215.

réponse, Résolu, qui a néanmoins plaidé la première à titre de demanderesse, soutient qu'il n'y a pas eu cession du contrat de 1926. Pour étayer son argument, elle explique méthodiquement pourquoi une telle cession n'est pas survenue, et ce, en examinant successivement plusieurs moments potentiels, dont certains qui n'ont pas été abordés par Hydro-Québec. Ainsi, Résolu discute notamment, pour rejeter l'existence d'une cession à ce moment précis, de la conclusion entre Électricité Gatineau et Hydro-Québec du contrat de 1965¹⁹⁰.

Hydro-Québec fait appel du jugement de première instance. À l'occasion de cet appel, Hydro-Québec plaide à titre d'argument principal la survenance d'une cession du contrat de 1926 à l'occasion du contrat de 1965¹⁹¹. L'argument devient donc central à sa théorie de la cause. La Cour d'appel accueille l'appel d'Hydro-Québec, et intervient sur cette base :

Résolu prétend que la position d'Hydro-Québec en première instance diffère de celle en appel et qu'il y aurait même avoué qu'il n'y a pas de cession, ce que nie Hydro-Québec. D'une part, il ne peut y avoir d'avoué d'une partie sur la qualification juridique d'un contrat. D'autre part, Hydro-Québec présente peut-être l'argument différemment, mais tous les faits nécessaires à soutenir l'argument de droit sont au dossier et la juge a traité de l'existence ou non d'une cession dans son jugement.

Nous concluons que la juge a commis une erreur révisable en décidant que le Contrat de 1926 n'avait pas été cédé à Hydro-Québec. La cession se trouve dans le Contrat de 1965.¹⁹²

La Cour d'appel, soulignant au passage la présentation « différente » de l'argumentaire d'Hydro-Québec, indique que la juge a erré en omettant de percevoir la survenance de la cession du contrat de 1926, et que cette erreur est « révisable ». Soulignons au passage qu'en Cour suprême, la juge Côté relève et critique la qualification imprécise de l'erreur¹⁹³, alors que le juge Kasirer

190. *Résolu* CSC, par. 44, 210 et 211.

191. Il s'agirait de la première fois qu'elle plaide l'existence d'une cession de contrat comme argument principal selon Résolu dans son *Mémoire de l'appelante*, plus particulièrement aux par. 22-31 et 42 à 44 ; en ligne : <https://www.scc-csc.ca/WebDocuments-DocumentsWeb/38544/FM010_Appelante_PF-R%C3%A9solu-Canada-inc..pdf>.

192. *Résolu* CA, par. 39-40 (référence omise).

193. *Résolu* CSC, par. 181.

indique que le qualificatif « révisable » peut désigner « toute erreur permettant l'intervention d'une cour d'appel »¹⁹⁴. Quoiqu'il en soit, ce revirement de situation en faveur d'Hydro-Québec survenu en Cour d'appel sera confirmé par une majorité de juges de la Cour suprême du Canada¹⁹⁵.

2) *Majorité*

De l'avis de la majorité, la juge de première instance a erré en omettant de traiter en profondeur la question d'une potentielle cession du contrat de 1926 aux termes du contrat de 1965, ce qui a résulté en une mauvaise qualification juridique de la situation. Ainsi, le juge Kasirer définit l'erreur commise par la juge de première instance dans les termes suivants :

Comme je l'expliquerai plus loin, je m'écarte de la lecture que propose la Cour d'appel à l'égard de certaines clauses du contrat, mais je partage son point de vue selon lequel l'entente de 1965 effectue une cession du contrat de 1926 et – ceci dit avec beaucoup d'égards – que la juge de première instance a commis une erreur manifeste et déterminante dans son interprétation de cette entente lorsqu'elle a affirmé qu'Électricité Gatineau constituait Hydro-Québec « mandataire de la gestion de ses opérations et contrats » (par. 15 et 51). Cette erreur ressort également de l'affirmation de la juge de première instance voulant qu'Électricité Gatineau n'ait pas cédé ses droits et obligations à Hydro-Québec (voir par. 53). Les conclusions de la juge de première instance sont incompatibles avec le texte du contrat de 1965 et font abstraction de clauses qui portent directement sur la question en litige, à savoir la cession des droits et obligations issus du contrat de 1926. Soit dit en tout respect, la facture du jugement porte à croire que l'ensemble du contrat de 1965 n'a pas été pris en compte. Plus précisément, compte tenu des objectifs énoncés dans le préambule de ce contrat et du contexte dans lequel il a été conclu, le contrat de 1926 a été cédé par l'effet combiné des art. 4 à 8 de celui de 1965.¹⁹⁶

Le reproche qui est formulé à la juge de première instance ici est assez clair : on considère qu'elle n'aurait pas pris en compte

194. *Résolu* CSC, par. 53.

195. Hydro-Québec a positionné la cession du contrat de 1965 comme argument central de l'appel devant la Cour suprême. Voir à ce sujet son *Mémoire de l'intimée* aux par. 31-34-35 et 52 ; en ligne : <https://www.scc-csc.ca/WebDocuments-DocumentsWeb/38544/FM020_Intim%C3%A9es_Hydro-Qu%C3%A9bec-et-al.pdf>.

196. *Résolu* CSC, par. 57 (nos soulignements).

l'ensemble du contrat de 1965 et, par le fait même, qu'elle ne l'a pas interprété correctement. L'enjeu juridique de la cession du contrat de 1926 par l'effet du contrat de 1965 est d'ailleurs clairement présenté en appel comme étant le « cœur du litige »¹⁹⁷. Or, rappelons qu'il constituait, lors de la première instance, un argument subsidiaire auquel la partie qui avait le fardeau de preuve, Hydro-Québec, semblait porter peu d'attention.

La facture des motifs rédigés par le juge Kasirer porte d'ailleurs à croire que le « débat important qui a cours dans la doctrine »¹⁹⁸ relativement à la notion de cession de contrat est le « thème récurrent » du litige¹⁹⁹. La décision est articulée sous la forme d'un débat à trancher, un « va-et-vient entre les deux conceptions de la cession de contrat [...] qui se reflète également dans la doctrine et la jurisprudence »²⁰⁰. Il est intéressant de noter qu'il associe sa position « à un courant important de la doctrine et de la jurisprudence québécoises, ainsi qu'[au] droit français récemment réformé »²⁰¹. Ce débat, bien qu'il soit enchâssé à travers les positions juridiques des parties, ne semble toutefois pas avoir constitué la toile de fond présentée par les parties en première instance²⁰².

Dans le contexte d'économie des ressources judiciaires de première instance, qui force les parties à calculer avec parcimonie le temps nécessaire au procès, on peut facilement suggérer que peu de temps a dû être consacré à la question dite subsidiaire de la cession de contrat. Un indice à cet effet se trouve dans la preuve figurant au dossier. Le juge Kasirer mentionne que la preuve au dossier relative à la formation du contrat de 1965 est « quasi-inexistante [*sic*] » et que celle qui concerne le comportement postérieur des parties à ce contrat est « fragmentaire »²⁰³. Or, selon

197. *Résolu* CSC, par. 15.

198. *Résolu* CSC, par. 132.

199. *Résolu* CSC, par. 123. À ce sujet, on peut constater qu'Hydro-Québec évoque l'importance du débat doctrinal en cours. Voir à ce sujet son *Mémoire de l'intimée* aux par. 36 et 38 ; en ligne : <https://www.scc-csc.ca/WebDocuments-DocumentsWeb/38544/FM020_Intim%C3%A9es_Hydro-Qu%C3%A9bec-et-al.pdf>.

200. *Résolu* CSC, par. 123.

201. *Résolu* CSC, par. 8.

202. Cette question est devenue centrale d'abord en Cour d'appel, mais surtout en Cour suprême. Voir notamment les questions identifiées par *Résolu* dans son *Mémoire de l'appelante*, plus particulièrement aux par. 24 et 30 ; en ligne : <https://www.scc-csc.ca/WebDocuments-DocumentsWeb/38544/FM010_Appelante_PF-R%C3%A9solu-Canada-inc..pdf>.

203. *Résolu* CSC, par. 16.

toute vraisemblance, dans l'hypothèse où le procès de première instance aurait été orienté principalement vers la question de l'interprétation du contrat de 1965, les parties auraient pu tenter, lors de leurs enquêtes respectives, d'amasser une preuve plus étoffée, ce qui aurait donné lieu à une décision de première instance construite autrement²⁰⁴.

Lorsqu'on reproche à la juge de première instance de ne pas avoir pris en compte l'ensemble du contrat de 1965, ne serait-ce pas-là un second indice de la faible importance accordée en première instance à l'enjeu de la cession de contrat ? Plus précisément, il est reproché à la juge de ne pas avoir tenu compte de certaines clauses du contrat qui lui auraient permis de déceler l'existence de la cession²⁰⁵, entachant ainsi sa lecture du contrat d'une erreur manifeste et déterminante²⁰⁶. À notre avis, cette omission est la conséquence directe du peu de considération qui a été portée à la question par les parties lors du procès en première instance. Dans ce contexte, le reproche devrait-il être adressé à la juge, ou plutôt aux parties qui ont mal cadré le débat ? Est-ce que l'appel constitue un forum approprié pour corriger une erreur stratégique d'une ou plusieurs parties ?

3) *Dissidence*

Selon la dissidence, la juge de première instance n'a pas commis d'erreur manifeste et déterminante en concluant à l'absence de cession du contrat de 1926. Nous constaterons que les démarches effectuées par la juge Côté pour parvenir à ce résultat détonent substantiellement par rapport aux motifs de la majorité. Il convient d'abord de reproduire certains passages de l'avis de la juge Côté relativement à l'enjeu de l'erreur :

La juge de première instance a bien saisi que le débat était de savoir s'il y avait eu cession du contrat soit en 1982, soit en 1997, ou encore en 2005-2006. Je suis d'avis qu'elle a disposé du débat tel qu'il lui était présenté, sans commettre d'erreur révisable. Également, la

204. À ce sujet, Hydro-Québec souligne d'ailleurs l'inexistence de cette preuve dans son *Mémoire de l'intimée* au par. 55 ; en ligne : <https://www.scc-csc.ca/WebDocuments-DocumentsWeb/38544/FM020_Intim%C3%A9es_Hydro-Qu%C3%A9bec-et-al.pdf>. Il n'est toutefois pas indiqué si la preuve n'existe pas, ou si elle n'a pas été recherchée et déposée en vue du procès en première instance.

205. *Résolu* CSC, par. 104.

206. *Résolu* CSC, par. 104.

juge n'a pas commis de telle erreur en faisant droit à l'argument de Résolu, non contesté en première instance, voulant que le contrat de 1965 n'ait pas opéré cession. La juge était liée par le contrat judiciaire intervenu entre les parties, dans lequel la qualification du contrat de 1965 n'était pas contestée. Ni Résolu, ni Hydro-Québec et Électricité Gatineau n'ont prétendu devant la juge de première instance que le contrat de 1965 aurait opéré cession. En ce sens, Hydro-Québec et Électricité Gatineau, sur qui reposait le fardeau, n'ont avancé aucune interprétation du contrat de 1965 à cet effet.

Par conséquent, la juge de première instance n'avait pas à se pencher de manière approfondie sur l'interprétation du contrat de 1965, comme l'ont fait à tort, et je dis ceci avec beaucoup d'égards, la Cour d'appel ainsi que mon collègue le juge Kasirer. [...] ²⁰⁷

Ces motifs laissent sous-entendre que la juge Côté a considéré la notion d'erreur d'un point de vue beaucoup plus restreint que celui adopté par la majorité. Ses démarches, à l'inverse de la majorité, ont pris pour point de départ la position des parties en première instance. À cet égard, elle indique que pour déterminer s'il y a eu erreur par la juge en première instance, « il importe de se pencher sur les arguments qui lui ont été soumis et la manière dont elle en a disposé »²⁰⁸. Elle décrit en ces termes le processus qui, à son avis, incombe à la Cour suprême :

Le présent pourvoi est un cas typique de correction d'erreurs affectant prétendument la décision rendue par la juge du procès. Dans un premier temps, ce pourvoi requiert que notre Cour se penche sur le contrat judiciaire intervenu entre les parties à l'instance, afin de comprendre la nature du débat qui s'est déroulé devant la Cour supérieure. Dans un deuxième temps, le pourvoi requiert que notre Cour examine attentivement les motifs de la juge de première instance afin de déterminer si elle a commis une erreur révisable en disposant des arguments qui lui ont été soumis, la Cour d'appel s'étant contentée de dire qu'une telle erreur révisable existe, sans l'identifier ni la décrire.²⁰⁹

La dissidence a décortiqué rigoureusement le processus suivi en première instance en replaçant les argumentaires des

207. *Résolu* CSC, par. 183-184 (nos soulignements).

208. *Résolu* CSC, par. 208.

209. *Résolu* CSC, par. 181 (références omises).

parties dans leur contexte²¹⁰. Le raisonnement proposé par la juge Côté est demeuré dans les limites du « contrat judiciaire », que la Cour suprême a selon elle le devoir de respecter. Prise hors de son contexte procédural, l'évaluation de la décision de première instance sous le prisme de la norme de contrôle risquerait, à son avis, de dépasser le cadre du mandat confié aux tribunaux d'appel.

Cette question du cadre d'analyse à adopter pour déterminer s'il y a, ou pas, erreur dans le cadre de l'application de la norme de contrôle de l'arrêt *Housen* est, à notre sens, d'une grande importance²¹¹ puisque ce cadre d'analyse a le pouvoir de transformer totalement l'issue d'un appel, comme l'illustre bien l'arrêt *Résolu*. Toutefois, il est surprenant de constater que peu de décisions abordent cet enjeu. Par conséquent, nous aurions trouvé intéressant que le juge Kasirer, pour la majorité, situe sa démarche par rapport au contexte de première instance, ne serait-ce que pour s'en distancier. Il aurait ainsi contribué à rendre plus transparente et plus cohérente la compréhension de la norme de contrôle, une notion indéterminée qui peut causer bien des soucis à ceux qui tentent d'en prédire l'application dans un cas spécifique²¹². À cet égard, la démarche de la juge Côté, qu'elle soit bien fondée ou non, a le mérite d'être limpide.

C) Enjeux procéduraux en appel

L'affaire *Résolu* pose ainsi des questions complexes sur le processus à suivre pour l'application de la norme de contrôle²¹³. Enchâssées à travers ces questions, plusieurs notions propres au domaine de la procédure civile, dont certains fondements de la

210. Elle a examiné les actes de procédure, les plans d'argumentation des parties et les transcriptions des plaidoiries orales.

211. Sur ce sujet, voir Shana CHAFFAI-PARENT, « L'erreur (manifeste et déterminante) est humaine », accepté pour publication à la *Revue juridique Thémis de l'Université de Montréal* en décembre 2021.

212. Voir notamment Daniel JUTRAS, « The Narrowing Scope of Appellate Review: Has the Pendulum Swung Too Far? », (2006) 32:1 *Man. L.J.* 61, p. 73-74, et Frédéric BACHAND, « Le traitement en appel des questions de fait, questions de droit et questions mixtes », (2007) 86-1 *R. du B. can.* 97, p. 99.

213. Une étude des « cadres d'analyse » pour la recherche de l'erreur manifeste et déterminante ainsi qu'une analyse critique de la notion d'erreur manifeste et déterminante, a été effectuée en lien avec cette décision ; voir Shana CHAFFAI-PARENT, « L'erreur (manifeste et déterminante) est humaine », accepté pour publication à la *Revue juridique Thémis de l'Université de Montréal* en décembre 2021.

tradition judiciaire contradictoire, doivent être considérées pour saisir l'ampleur des enjeux. Nous formulerons certains commentaires relatifs au rôle des différents acteurs et à leur interaction avec les fonctions du processus d'appel (sous-section 1), à la notion de contrat judiciaire (sous-section 2) et aux risques posés par l'usage d'arguments subsidiaires (sous-section 3).

1) Rôle des acteurs et fonctions de l'appel

La tradition accusatoire et contradictoire, qui a déterminé en bonne partie le fonctionnement des tribunaux québécois²¹⁴, est notamment caractérisée par la définition des rôles des acteurs du processus judiciaire. Ainsi, la tradition veut que les parties soient responsables de définir les cadres juridique et probatoire du litige qui les oppose, alors que le juge demeure plutôt inactif quant à la définition de ce cadre. Bien que le juge puisse signaler des « lacunes de la preuve ou de la procédure aux parties »²¹⁵, ce pouvoir n'est pas voué à « contrôler l'intensité » dans le cadre de la présentation de la preuve²¹⁶ ni à corriger un mauvais choix stratégique²¹⁷. Le principe bien connu de la « maîtrise du dossier par les parties »²¹⁸ incarne cette séparation des pouvoirs. Il est sous-tendu par l'idée selon laquelle un justiciable en pleine possession de ses moyens, ne rencontrant pas d'embûche dans la présentation de sa version des faits, sera plus enclin à accepter une décision rendue à son encontre. Cet idéal, bien qu'il puisse sembler éloigné de notre réalité, a historiquement adouci le passage du chaos d'une justice autoadministrée à une justice ordonnée et rendue par un tiers²¹⁹. Ainsi, à travers ce principe de la maîtrise du dossier par les parties, l'ensemble du système promeut une confiance accrue des citoyens dans les tribunaux et, à plus forte raison, la primauté du droit²²⁰.

214. Catherine PICHE, *Royer – La preuve civile*, 6^e éd., Montréal, Éditions Yvon Blais, 2020, section II – Les régimes de preuve. Pour une application jurisprudentielle, voir *Technologie Labtronix c. Technologie micro contrôle inc.*, [1998] R.J.Q. 2312 (C.A.).

215. Art. 268 C.p.c.

216. Voir notamment *Technologie Labtronix c. Technologie micro contrôle inc.*, [1998] R.J.Q. 2312 (C.A.) et *Gingras c. Godin*, 2016 QCCA 2116.

217. *Construction et location Jenik inc. c. Jenkins*, 2020 QCCA 260.

218. Art. 19 C.p.c.

219. À ce sujet, voir Michel MORIN, *Introduction historique au droit romain, au droit français et au droit anglais*, Montréal, Éditions Thémis, 2004.

220. Ce principe est toutefois limité relativement à la gestion de l'instance et des ressources judiciaires dans l'objectif plus vaste de faciliter l'accès à une justice plus rapide et moins coûteuse, ces limites étant exprimées à l'art. 19 C.p.c.

Bien que ces changements ne soient pas applicables à l'affaire étudiée en l'espèce²²¹, il doit être souligné qu'à la suite de la plus récente réforme du *Code de procédure civile*, la division des rôles entre les acteurs a été, à certains égards, transformée. L'introduction de pouvoirs de gestion accrus pour les juges et, de manière plus générale, l'établissement de limites à l'application du principe de maîtrise du dossier par les parties se combinent et permettent au juge d'intervenir sur demande ou d'office pour préciser les questions en litige²²². Le *Code de procédure civile* prévoit toutefois que de telles interventions d'un juge doivent être effectuées dans le contexte de la saine gestion des instances, soit à titre de « mesure propre à simplifier ou à accélérer la procédure et à abréger l'instruction »²²³. Nous comprenons que ce pouvoir de préciser les questions en litige s'établit idéalement dans le cadre d'un dialogue entre le tribunal et les parties, et qu'il doit plutôt viser la simplification ou l'allègement des questions en litige, et pas la transformation significative de leur teneur pour réorienter juridiquement ou factuellement les stratégies déterminées par les parties. Par exemple, dans *Lavigne c. 6040993 Canada inc.*, la Cour d'appel mentionne que ce pouvoir permettrait à un juge « dans le cadre de la gestion du dossier » de préciser les questions en litige, par exemple, par l'imposition de « balises »²²⁴. Dans *Uashaunnuat*

221. Bien que le jugement en première instance ait été rendu en 2016, la requête introductive d'instance en jugement déclaratoire a été introduite bien avant l'entrée en vigueur de l'actuel C.p.c., soit en 2012 ; voir *Résolu CS*, par. 6.

222. Ces pouvoirs accrus du juge sont majoritairement prévus à l'art. 158 C.p.c. Ils comprennent, notamment, la possibilité de prendre d'office ou sur demande des mesures de gestion, notamment « prendre des mesures propres à simplifier ou à accélérer la procédure et à abréger l'instruction, en se prononçant notamment sur l'opportunité [...] de préciser les questions en litige ». Cette possibilité était également présente sous le *Code de procédure civile* précédent, c. C-25, à l'art. 151.6. Quant aux limites au principe de la maîtrise du dossier par les parties, elles ont été précisées à l'art. 19 C.p.c. sous la forme d'un principe directeur. On y indique que les parties ont la maîtrise du dossier « sous réserve du devoir des tribunaux d'assurer la saine gestion des instances et de veiller à leur bon déroulement » et « dans le respect des principes, des objectifs et des règles de la procédure et des délais établis ». De plus, les parties « doivent veiller à limiter l'affaire à ce qui est nécessaire pour résoudre le litige et elles ne doivent pas agir en vue de nuire à autrui ou d'une manière excessive ou déraisonnable, allant ainsi à l'encontre des exigences de la bonne foi ». Voir à ce sujet Frédéric BACHAND, « Les principes généraux de la justice civile et le nouveau Code de procédure civile », (2015) 60:2 *R.D. McGill* 447, p. 458.

223. Art. 158 C.p.c.

224. *Lavigne c. 6040993 Canada inc.*, 2016 QCCA 1755, par. 62. La Cour d'appel explique le contexte de cette affaire, où une suspension d'instance accordée en première instance est finalement annulée en appel, ainsi : « Nous sommes aux prises ici avec une situation où les intimées tentent d'éluder leur obligation

(*Innus de Uashat et de Mani-Utenam*) c. Québec (Procureure générale), une affaire en gestion particulière, la Cour d'appel indique que le juge gestionnaire « avait le pouvoir et le devoir de circonscrire les questions en litige et de limiter le débat » relatif à une demande d'injonction interlocutoire²²⁵. Cette évolution, à notre avis, bien qu'elle soit significative pour la saine gestion des instances, s'inscrit tout de même dans la continuité quant aux fondements de la tradition accusatoire et contradictoire.

Dans l'arrêt *Résolu*, l'application de la norme de contrôle qui a été faite en majorité et en dissidence résulte, que ce soit volontaire ou pas, en deux manières bien distinctes d'envisager les postulats de la tradition accusatoire et contradictoire en première instance. Rappelons que le juge Kasirer, pour la majorité, est d'avis que l'erreur de la juge de première instance découle principalement de son omission d'interpréter le contrat de 1965 dans son ensemble. Or, pour éviter cette erreur, la juge de première instance aurait vraisemblablement dû outrepasser l'importance relative qu'Hydro-Québec a choisi de donner à ce contrat, sortant ainsi du cadre traditionnel du rôle du juge dans le système contradictoire. À l'inverse, la juge Côté indique que la juge de première instance, selon ce qui lui a été présenté, ne pouvait en arriver à une conclusion différente de celle à laquelle elle est parvenue. De ce fait, ses motifs s'inscrivent dans une conception pure de la tradition contradictoire où les parties sont responsabilisées face à leurs succès, mais également face à leurs échecs.

Ainsi, l'affaire *Résolu* offre l'occasion de s'interroger sur le sens profond à donner à la notion de déférence envers les tribunaux inférieurs. La déférence ajoute de la valeur au travail des tribunaux de première instance, tout en reconnaissant la place

déoulant de la garantie de qualité du vendeur en rattachant celle-ci à une instance très complexe en responsabilité contractuelle des entrepreneurs et professionnels de la construction qui s'enlise et qui risque fort de perdurer bien des années. Si de telles stratégies pouvaient bien être échafaudées sous l'ancien C.p.c., le nouveau code cherche à s'en défaire » (par. 65). La Cour d'appel indique que l'art. 158 C.p.c. permettra au juge de première instance, si nécessaire, de baliser les questions en litige pour simplifier le déroulement parallèle en Cour supérieure et en Cour du Québec de deux affaires liées.

225. Sauf s'il y a exercice déraisonnable du pouvoir discrétionnaire de nature à causer préjudice aux parties, ce qui n'était pas le cas en l'espèce selon la Cour d'appel : voir *Uashaunnuat (Innus de Uashat et de Mani-Utenam) c. Québec (Procureure générale)*, 2014 QCCA 2193, par. 37 et s.

privilegiée du juge de première instance dans la compréhension d'une affaire par sa proximité avec l'exposé des faits. La posture adoptée par la juge Côté est très certainement guidée par une conception selon laquelle le travail de compréhension et d'évaluation des faits en litige est au cœur du rôle des tribunaux de première instance. Sa démarche est inductive. La démarche du juge Kasirer diffère en ce qu'elle est d'abord orientée vers le droit applicable, et prend vie dans un format plutôt déductif. Le contexte procédural de première instance y constitue une préoccupation, en comparaison, plutôt secondaire.

Plus encore, l'application de la norme de contrôle dénote le rattachement en majorité et en dissidence à chacune des deux fonctions des tribunaux d'appel. Par sa lecture large des enjeux en litige à travers le prisme d'une incertitude juridique à trancher, le juge Kasirer a permis la précision de questions de droit importantes. Ainsi, son action dépasse le strict cadre posé par les parties en première instance pour se rattacher à la fonction des tribunaux d'appel d'orientation du droit dans l'intérêt public. Pour y arriver, un certain interventionnisme semble nécessaire pour guider les parties à travers le débat. À l'inverse, le travail de la juge Côté s'inscrit dans la fonction de révision du travail effectué en première instance. De ce fait, son action est orientée d'abord vers les intérêts privés des parties, notamment par une conception stricte des standards d'équité procédurale applicables aux différentes étapes du processus judiciaire. Il doit être noté au passage que cette orientation de la dissidence n'est pas sans conséquence, puisqu'on a dû investir beaucoup de ressources judiciaires pour la seule application de la norme de contrôle, une pratique qui n'est pas nécessairement désirable²²⁶.

2) *Contrat judiciaire*

Lorsqu'elle présente sa conception du travail des tribunaux d'appel, la juge Côté utilise la notion de *contrat judiciaire*, rappelant que la juge de première instance était liée par ce contrat dans le cadre du procès²²⁷. Bien qu'elle soit souvent évoquée, la notion de contrat judiciaire a une signification floue, voire « ambi-

226. À ce sujet, voir Daniel JUTRAS, « The Narrowing Scope of Appellate Review: Has the Pendulum Swung Too Far? », (2006) 32:1 *Man. L.J.* 61.

227. *Résolu* CSC, par. 183.

güe »²²⁸. Ce contrat judiciaire québécois, qui à bien des égards se distancie de la notion civiliste de contrat²²⁹ et du débat sur la qualification du lien juridique d'instance en droit français²³⁰, lie d'abord les parties entre elles, mais également le tribunal, quant à la conduite du litige²³¹.

L'idée même du contrat judiciaire, au Québec, s'est longtemps rattachée à certains fondements du système de justice, comme l'autonomie des personnes, ainsi qu'aux principes du débat contradictoire et de la maîtrise du dossier par les parties. La réforme du *Code de procédure civile* a certainement voulu mettre à profit l'idée du contrat judiciaire dans le cadre de la recherche d'une justice plus participative et accessible. Ainsi, le contrat judiciaire, tel qu'on le connaît aujourd'hui, agit comme un outil d'équilibre entre besoins individuels des justiciables et gestion collective des ressources judiciaires²³². Tant à travers la réflexion des parties

228. À ce sujet, voir Sylvette GUILLEMARD, « La réforme du Code de procédure civile du Québec : quelques réflexions sur le contrat judiciaire », (2004) 45 *C. de D.* 133, par. 3 et 4.

229. Pensons notamment aux notions d'accord de volonté et d'exécution d'une prestation incluses à la définition du contrat de l'art. 1378 C.c.Q., auquel le contrat judiciaire ne correspond pas précisément. Plus particulièrement, si l'élément de volonté est de fait présent chez le demandeur, son existence n'est pas décelable chez le défendeur. Aussi, pensons au fait que le contenu du contrat judiciaire est, en majeure partie, imposé par la loi. À ce sujet, voir Sylvette GUILLEMARD, « La réforme du Code de procédure civile du Québec : quelques réflexions sur le contrat judiciaire », (2004) 45 *C. de D.* 133, par. 19 et s.

230. Reid, dans son *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, définit la notion de « contrat judiciaire » comme une « [e]xpression qui désigne le lien d'instance, en vertu d'une théorie qui l'assimile à un rapport d'origine contractuelle. Les parties étant maître du procès, elles seraient alors liées par ce contrat et par la méthode qu'elles ont choisie pour la conduite du procès » ; Hubert REID, *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2004, « Contrat, contrat judiciaire ». La notion, dont l'origine est la notion de lien d'instance *litis contestatio* tirée du droit romain, constitue effectivement une théorie qui occasionné des débats en droit français. Bon nombre d'auteurs rejettent l'assimilation du lien d'instance à un contrat ; parmi les plus importants, voir Loïc CADIET, Jacques NORMAND et Soraya AMRANI MEKKI, *Théorie générale du procès*, 3^e éd., Paris, Presses Universitaires de France, 2020, par. 197. Ajoutons qu'à notre sens, bien qu'elle soit à certains égards éclairante, la définition de Reid omet de considérer l'important héritage de la *common law* qui imprègne fortement la procédure civile québécoise, et qui la différencie substantiellement de la procédure civile française ; à ce sujet, voir Daniel JUTRAS, « Cartographie de la mixité : la common law et la complétude du droit civil au Québec », (2009) 88 *R. du B. can.* 247, et Daniel JUTRAS, « Culture et droit processuel : le cas du Québec », (2009) 54 *R.D. McGill* 273.

231. Voir *Karka Realities Inc. c. Dorais*, 2019 QCCA 707.

232. Bien qu'un article complet pourrait être consacré à cette simple question, simplifions l'explication à sa plus simple essence pour indiquer que, par exemple,

pendant son élaboration que lors de l'examen qui en est effectué par le tribunal, le contrat judiciaire vise un engagement des parties à des actions procédurales plus proportionnées²³³. Annonciatrice d'une « nouvelle culture du dialogue »²³⁴, la réforme du *Code de procédure civile*, selon sa disposition préliminaire, vise « l'exercice des droits des parties dans un esprit de coopération et d'équilibre ». L'esprit du contrat judiciaire, à ce titre, s'inscrit dans une idée de collaboration entre les parties pour faciliter le déroulement de l'instance et favoriser la conciliation, voire le règlement à l'amiable des litiges²³⁵.

De manière plus pratique, le contrat judiciaire est notamment constitué par le *protocole de l'instance* convenu entre les parties ainsi que par la *demande d'inscription pour instruction et jugement par déclaration commune* produite pour inscrire la cause pour audition²³⁶, et « le tribunal ne saurait y déroger sans raison sérieuse »²³⁷. Ainsi, la notion de contrat judiciaire demande au tribunal de jauger les intérêts en présence, et d'intervenir strictement lorsqu'une injustice pourrait survenir et miner le droit des parties d'être entendues. Citons à ce sujet cet extrait souvent repris qui décrit le rôle d'équilibriste que doit remplir le tribunal :

l'un des intérêts principaux du protocole de l'instance – qui est au coeur du contrat judiciaire et qui l'instaure – est de rendre les parties imputables face au déroulement de l'instance, et de donner l'occasion au tribunal d'en contrôler la planification, en cas d'écart avec les principes de proportionnalité et de saine gestion des instances. Voir à ce sujet les art. 148 C.p.c. et suivants sur le protocole de l'instance ainsi que son traitement par le tribunal, l'art. 158 C.p.c. sur les mesures de gestion, ainsi que de manière plus générale, les art. 9 et 18 C.p.c. sur les principes mentionnés applicables à l'instance civile. Voir également les commentaires de Luc CHAMBERLAND, *Le nouveau Code de procédure civile commenté*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2014, à l'art. 158.

233. Voir les prescriptions des art. 148, 150 et 158 C.p.c., notamment.

234. Catherine PICHÉ, « Le dialogue des parties et la vérité plurielle comme nouveau paradigme de la procédure civile québécoise », (2017) 62:3 *R.D. McGill* 901, p. 903.

235. Collaboration qui débute dès l'assignation du défendeur par une exigence pour les parties de « coopérer pour régler l'affaire ou pour établir le protocole de l'instance » dans les 45 jours suivant l'assignation (art. 148 et 149 C.p.c.). Voir à ce sujet Catherine PICHÉ, « Le dialogue des parties et la vérité plurielle comme nouveau paradigme de la procédure civile québécoise », (2017) 62:3 *R.D. McGill* 901, note à la p. 921.

236. À ce sujet, voir Denis FERLAND et Benoît EMERY, *Précis de procédure civile du Québec*, vol. 1, 6^e éd., Montréal, Éditions Yvon Blais, 2020, par. 1-529 et 1-1418. Il n'est pas clair, toutefois, que ces éléments sont les seuls constitutifs du contrat judiciaire ; les circonstances de chaque affaire peuvent en faire varier le contenu.

237. Denis FERLAND et Benoît EMERY, *Précis de procédure civile du Québec*, vol. 1, 6^e éd., Montréal, Éditions Yvon Blais, 2020, par. 1-1418.

Le lien juridique d'instance est celui des parties. L'instruction est conduite par les parties. Les moyens de fait et de droit sont avancés par les parties. C'est sur les prétentions respectives des parties que le juge du procès doit statuer. Certes, de nos jours, le juge joue un rôle actif et exerce de vastes pouvoirs, que reflètent, par exemple, les articles 292 et [de l'ancien C.p.c.]. Néanmoins, la prudence commande à celui qui a pour mission de juger de s'assurer que les parties aient l'occasion d'être entendues sur un point qui, d'une part, lui paraît déterminant et, d'autre part, ne ressort pas du contrat judiciaire.²³⁸

Dans l'affaire *Résolu*, la question est de savoir si les tribunaux d'appel sont liés par des éléments du contrat judiciaire tels que la détermination des questions en litige et des principaux arguments des parties et, par le fait même, par l'importance relative qu'elles accordent à chacun des arguments. La juge Côté indique à ce sujet qu'elle considère que le contrat judiciaire représente le cadre d'analyse à appliquer pour évaluer la norme de contrôle et repérer une potentielle erreur²³⁹.

Dans cette optique, par contraste avec l'examen à vol d'oiseau qui a été réalisé en Cour d'appel et par la majorité en Cour suprême, la juge Côté révisé les démarches de la juge de première instance en se positionnant directement de son point de vue. C'est cette divergence de points de vue qui conduit à deux résultats opposés. Du point de vue de la majorité, une mention de l'argument de la cession du contrat de 1926 a été faite, le contrat de 1965 a été déposé au dossier et a été mentionné au moins par l'une des parties au procès²⁴⁰. Cet état de fait semble donc suffisant pour donner ouverture à l'analyse extensive, en appel, du contenu du contrat de 1965. La dissidence ne nie pas cet état de fait, mais estime que l'analyse du contrat judiciaire et du fardeau de preuve pèse en la défaveur d'Hydro-Québec²⁴¹. L'argument précis selon lequel une cession du contrat de 1926 aurait été occasionnée par

238. *Droit de la famille* – 871, [1990] R.J.Q. 2107 (C.A.), repris notamment dans *Technologie Labtronix c. Technologie micro contrôle inc.*, [1998] R.J.Q. 2312 (C.A.).

239. *Résolu* CSC, par. 181.

240. Cela ressort de la lecture de l'ensemble de la décision ; voir plus particulièrement *Résolu* CSC, par. 44, 46 et 47, où on mentionne la présence de l'argument de la cession, mais sans égards à son caractère subsidiaire ou à son rattachement au contrat de 1965.

241. Cela ressort de la lecture de l'ensemble de la décision ; voir plus particulièrement *Résolu* CSC, par. 183 et 184.

le contrat de 1965 n'a jamais été formulé par Hydro-Québec²⁴². Au contraire, Hydro-Québec a même été surprise par la défense, et en est venue à diminuer l'importance de cet argument, lui en préférant un autre qu'elle jugeait plus approprié²⁴³.

Il est intéressant de noter que le temps réservé par les parties en vue du procès, notamment celui qu'ils ont déclaré vouloir consacrer à certains pans de la preuve, fait partie du contrat judiciaire. À ce sujet, la Cour d'appel est claire : « La durée du temps d'audience prévue par le tribunal fait partie du contrat judiciaire et tous les intervenants, dont le juge d'instance, doivent voir à son respect, tout en s'assurant par ailleurs d'observer les paramètres prévus par la loi²⁴⁴. » L'ensemble de ce contexte, rappelons-le, a une incidence sur la quantité et la qualité de la preuve au dossier, en plus d'influencer le temps investi au procès quant à chaque argument.

Plus particulièrement, il semble que le contrat de 1965 n'a pas été produit avec l'intention de plaider qu'il aurait occasionné la cession du contrat de 1926. Cela étant dit, les parties auraient peut-être recherché et déposé des preuves contextuelles additionnelles si elles avaient connu à l'avance la teneur du débat en appel. Il a déjà été mentionné que le juge Kasirer a souligné la quasi-absence de preuve contextuelle entourant le contrat de 1965. Bien que son analyse juridique du contrat soit solidement étayée, on peut se demander s'il aurait, dans d'autres circonstances, pu bénéficier d'éléments additionnels pour forger ses motifs.

3) *Risques posés par l'usage d'arguments subsidiaires*

À première vue, il est assez exceptionnel de constater que tant la Cour d'appel que la majorité en Cour suprême ont placé au cœur du débat dans l'affaire *Résolu* un argument qui, à l'origine, n'avait été formulé par la partie intéressée, Hydro-Québec, qu'à titre subsidiaire. Ce sont ces circonstances bien particulières qui posent l'arrêt à l'étude comme une décision d'intérêt en matière procédurale.

242. *Résolu* CSC, par. 183.

243. Notons au passage qu'en l'espèce, les parties ne sont pas des profanes, et qu'Hydro-Québec est une habituée de l'arène judiciaire, ayant notamment à son actif cinq passages devant la Cour suprême du Canada depuis 2000.

244. *Droit de la famille – 17739*, 2017 QCCA 626, par. 21.

Le traitement des arguments subsidiaires en première instance pose certaines difficultés pratiques qui sont susceptibles de complexifier l'appel. Mentionnons d'entrée de jeu que la notion d'argument subsidiaire n'a pas été théorisée dans la doctrine québécoise, et très peu en jurisprudence, et ce, malgré son usage courant en pratique²⁴⁵. Notre compréhension est que l'argument subsidiaire constitue, pour la partie qui l'utilise, un mécanisme de sécurité qui l'assure de couvrir toutes les dimensions juridiques d'une affaire. Le fait de qualifier un argument de subsidiaire signifie qu'on lui accorde une importance moindre, ce qui va à l'encontre tant de l'esprit que du déroulement de la procédure contradictoire ainsi que de l'application du standard de la prépondérance des probabilités²⁴⁶. Par nature, l'argument subsidiaire ne sera traité que superficiellement tant dans les phases préalables que lors du procès, et ce, aussi bien par les parties que par le tribunal. Ce traitement limité crée des circonstances propices à accentuer le risque d'erreur face à un appel éventuel.

À titre de filet de sécurité, l'argument subsidiaire permet à une partie d'étendre sa stratégie juridique à l'extérieur de la théorie de la cause établie, sans toutefois s'y engager pleinement. En l'espèce, le mécanisme a été d'une importance capitale puisque son utilisation par Hydro-Québec en première instance ainsi que la réponse de Résolu ont ouvert la voie à une transformation substantielle du débat en appel par une réorganisation de l'importance relative des arguments présentés en première instance. Ainsi, un argument qualifié de « subsidiaire, subsidiaire »²⁴⁷ est devenu le cœur du débat.

245. Cela n'est guère surprenant lorsqu'on considère la faible propension à théoriser le droit procédural au Québec ; voir les raisons culturelles derrière cette réalité dans Daniel JUTRAS, « Culture et droit processuel : le cas du Québec », (2009) 54 *R.D. McGill* 273, p. 289. Notons également que la jurisprudence, bien qu'elle traite souvent d'arguments subsidiaires, n'établit pas de *modus operandi* clair sur la manière de traiter ce type d'argument, notamment quant au niveau d'attention à leur accorder. On peut donner l'exemple de l'arrêt *Emballages Starflex inc. c. Agence du revenu du Québec*, 2016 QCCA 1856, où la Cour d'appel indique qu'un argument subsidiaire, lorsqu'il est parallèle et contradictoire avec la thèse principale, risque de créer un « écueil » où l'argument peut sembler constituer une demande entièrement nouvelle en comparatif avec la thèse principale. Notons toutefois que les particularités procédurales de l'affaire sont telles que ces propos sont difficilement applicables à tout argument subsidiaire.

246. Art. 2804 C.c.Q.

247. *Résolu* CSC, par. 214.

Les principaux enjeux relatifs à l'argument subsidiaire sont d'abord de définir les obligations du juge de première instance face à un tel argument et ensuite de déterminer comment les tribunaux d'appel doivent en traiter si celui-ci s'avère pertinent en appel. La question n'est pas anodine puisqu'un changement dans l'importance relative accordée à un argument peut, on l'a constaté, transformer complètement l'issue d'un litige. Les plaideurs, dans le cadre du procès, présentent leur théorie de la cause comme un ensemble structuré en fonction d'un grand nombre de variables. Ainsi, l'importance relative des arguments au sein de la théorie de la cause fait partie de la stratégie, stratégie prenant en considération les ressources judiciaires et extrajudiciaires limitées. La rupture de cet équilibre peut non seulement modifier la teneur des débats, mais également nécessiter le dépôt de preuves et d'autorités additionnelles. La qualité et les manques du dossier risquent, dans tous les cas, de se répercuter en appel.

La question de l'argument subsidiaire se distingue de celle, discutée à maintes reprises, de l'introduction en appel d'arguments étayés à l'aide de nouveaux éléments de preuve. Notre système d'appel privilégie l'examen des décisions de première instance du point de vue du droit et à l'intérieur d'un cadre qui se limite aux faits prouvés en première instance. Ces limites sont principalement traduites à travers deux règles. Sur le plan factuel, l'introduction de preuves nouvelles en appel est prohibée, sauf circonstances exceptionnelles et dans le respect de conditions d'application stricte²⁴⁸. Sur le plan du droit, tout moyen, s'il est appuyé par la preuve au dossier, pourra être soulevé en appel même s'il n'a pas été plaidé en première instance²⁴⁹. Ces règles sont établies sur la base du traitement contradictoire extensif par les tribunaux de première instance des arguments des parties. Toutefois, on peut se demander

248. Art. 380 C.p.c. Voir les critères mentionnés notamment dans *Ben Aïssa c. Groupe SNC-Lavalin inc.*, 2020 QCCA 735, par. 4, où on énonce que pour qu'une preuve nouvelle soit admissible, les conditions suivantes doivent être présentes : « (a) la preuve qu'une partie cherche à produire doit être nouvelle ; (b) elle doit être indispensable ; (c) des circonstances exceptionnelles doivent en justifier la réception ; et (d) les fins de la justice doivent la requérir ». Ces conditions ont été initialement établies dans *Palmer c. R.*, [1980] 1 R.C.S. 759, puis dans *Dimanche-matin ltée c. Fabien*, [1983] R.D.J. 391 (C.A.). Voir également leur application récente dans *9172-5671 Québec inc. c. Lépine*, 2020 QCCA 866 et dans *Droit de la famille – 2060*, 2020 QCCA 99.

249. Yves-Marie MORISSETTE, « Aspects historiques et analytiques de l'appel en matière civile », (2014) 59:3 *R.D. McGill* 481, par. 68.

si les arguments subsidiaires, n'ayant par nature pas pu bénéficier d'un niveau équivalent d'attention, devraient recevoir le même traitement. Bien qu'il soit crucial de limiter l'examen des débats et de la preuve de première instance en appel²⁵⁰, il nous semble que les cas exceptionnels comme l'affaire *Résolu* appellent au minimum à des vérifications auprès des parties quant à la complétude de la preuve et éventuellement au dépôt d'éléments additionnels. Quoique les tribunaux de première instance demeurent en meilleure posture pour évaluer la preuve, certains cas exceptionnels peuvent placer le juge du procès dans l'impossibilité circonstancielle de traiter en profondeur de questions qui s'avèrent, en fin de compte, fondamentales. Dans ces cas exceptionnels, la capacité particulière des tribunaux d'appel de « recalibrage du litige » et leur vision plus globale pourraient bénéficier à la recherche de la vérité et à la qualité des décisions²⁵¹. Cela est d'autant plus vrai qu'en raison de leur portée plus large, les décisions rendues en appel risquent de faire plus souvent l'objet de l'examen minutieux du public, et constituent ainsi un reflet du système de justice en entier et de ses pratiques.

On peut également se demander si la jurisprudence applicable à la possibilité, pour un tribunal d'appel, d'apprécier la preuve autrement pourrait s'appliquer, avec les adaptations nécessaires, à la situation posée par l'arrêt *Résolu*. À ce sujet, la Cour suprême a fourni des indications relativement claires. Dans *Housen*, la Cour énonce qu'il sera « difficile » d'établir une erreur manifeste et déterminante face à l'évaluation d'une preuve liée à une inférence des faits au droit puisqu'une cour d'appel « n'est pas habilitée à modifier une conclusion factuelle avec laquelle elle n'est pas d'accord, lorsque ce désaccord résulte d'une divergence d'opinion sur le poids à attribuer aux faits à la base de la conclusion »²⁵². Reproduisons également un extrait de l'arrêt *Nelson c. Mowatt* où la Cour suprême évoque la question :

La conclusion de fait de la Cour d'appel [...] n'est pas déraisonnable, j'en conviens. Il est certainement possible, en effet, d'appré-

250. Pour toutes les raisons susmentionnées. Voir à ce sujet Frédéric BACHAND, « Le traitement en appel des questions de fait, questions de droit et questions mixtes », (2007) 86-1 *R. du B. can.* 97, p. 119.

251. Daniel JUTRAS, « The Narrowing Scope of Appellate Review: Has the Pendulum Swung Too Far? », (2006) 32:1 *Man. L.J.* 61, p. 65 (notre traduction).

252. *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, par. 22 et 23.

cier certains éléments de la preuve autrement que ne l'a fait le juge en cabinet. Cela dit, il n'est pas rare que les conclusions à tirer de la preuve puissent varier en fonction du poids attribué à l'un ou l'autre des éléments qui la constituent et cette possibilité ne justifie pas d'infirmer les conclusions du juge des faits. Effectivement, il n'appartient pas aux cours d'appel de remettre en question le poids attribué aux différents éléments de preuve. En l'absence d'une erreur manifeste et dominante, c.-à-d. une erreur qui est « évidente » et qui a eu une incidence sur le résultat, la cour d'appel ne peut modifier les conclusions de fait du juge des faits [...].²⁵³

Dans le cadre de l'arrêt *Résolu*, on ne peut affirmer que la Cour d'appel et la majorité à la Cour suprême ont strictement remis en question le poids attribué à un élément de preuve, en l'espèce le contrat de 1965. Cette remise en question a été précédée d'une transformation, par Hydro-Québec, de sa théorie de la cause. La prise en considération de l'élément de preuve n'est en l'espèce que le corollaire de cette transformation. Il n'en demeure pas moins que l'approche adoptée dans l'arrêt *Nelson* aurait pu inspirer la majorité à accorder plus d'attention aux circonstances dans lesquelles la juge de première instance a rendu sa décision, par exemple à travers des motifs plus détaillés quant à la démarche entourant l'application de la norme de contrôle. La cohérence et la transparence de l'application de ce critère n'en auraient été que renforcées, et ce, au bénéfice de tous.

D) Conclusion intermédiaire

L'arrêt *Résolu*, à travers les enjeux procéduraux qu'il pose, permet de comprendre l'importance que peut prendre l'application de la norme de contrôle et des règles de procédure et de preuve. Bien qu'elles ne fassent pas partie du droit dit substantiel, ces règles ont, comme l'illustrent les positions contraires de la majorité et de la dissidence, un effet concret qui, rappelons-le, peut complètement transformer l'issue d'une affaire. Force est d'admettre que dans ces matières très souvent abordées en surface, mais peu en profondeur, on doit se résoudre à composer avec certaines incohérences qui, comme c'est le cas en l'espèce, peuvent poser des difficultés réelles aux décideurs.

253. *Nelson (City) c. Mowatt*, 2017 CSC 8, par. 38 (nos soulignements ; références omises).

Il convient de se demander si le traitement de la norme de contrôle effectué dans l'arrêt *Résolu* pourrait avoir des effets sur les pratiques en première instance, notamment en ce qui a trait aux arguments subsidiaires. Doit-on en comprendre que les arguments subsidiaires méritent un traitement équivalent aux arguments principaux ? Au contraire, doit-on les interdire ou les encadrer, et si oui, à quelles conditions ? La réalité des tribunaux de première instance en termes de volume de dossiers et de ressources constitue assurément un enjeu dont il importe de tenir compte face à ces questions. L'enjeu, toutefois, prend une signification différente du point de vue du justiciable, lui qui, surtout lorsqu'il s'agit d'une personne physique, n'a qu'un accès limité à cette justice où chaque pierre doit être retournée, et où chaque mot d'une preuve volumineuse doit être lu et relu. Le justiciable moyen devrait avoir la possibilité de poser au tribunal une question précise pour laquelle il espère une réponse. Alors que la tendance est à une désertion graduelle des tribunaux judiciaires par les justiciables²⁵⁴, la considération de ce *droit à la quantité*, corollaire de la procédure contradictoire, devrait être au menu de toute réflexion sur la procédure civile et le droit de la preuve.

CONCLUSION

Par l'écriture de cet article, nous cherchions à dépasser la tendance qu'ont les juristes – nous les premiers – à concentrer leur attention uniquement sur la matière qui les intéresse, se privant ainsi de l'éclairage que les autres domaines du droit seraient susceptibles de leur apporter²⁵⁵. Finalement, cette intrusion commune dans des champs distincts, mais complémentaires, aura permis une compréhension accrue d'un phénomène multidimensionnel.

254. Voir notamment Daniel JUTRAS, « Culture et droit processuel : le cas du Québec », (2009) 54 *R.D. McGill* 273, p. 279, et Pierre NOREAU, « La justice est-elle soluble dans la procédure ? Repères sociologiques pour une réforme de la justice civile », (1999) 40 *C. de D.* 33 p. 42 et s.

255. Jean-Louis BERGEL, *Théorie générale du droit*, 5^e éd., Paris, Dalloz, 2012, par. 58 : « Il existe une communauté juridique qui, au-delà de ses différences internes, collabore à la création, l'application et l'évolution du droit et au sein de laquelle s'exercent des influences réciproques. On ne peut, pour étudier la création du droit, méconnaître ces interactions entre les diverses sources du droit. Elles s'expriment en actions des unes sur les autres ou en réactions des unes contre les autres et procèdent, selon les cas, d'un dialogue ou d'un duel entre les auteurs, les juges, le législateur, les acteurs de la vie juridique. »

La lecture proposée de l'affaire *Résolu* se situe à l'intersection du droit des contrats et du droit procédural. Aucun de ces deux domaines ne suffit à lui seul à saisir les enjeux complexes qu'elle soulève. Elle s'inscrit dans une relation commerciale multipartite ayant donné lieu à plusieurs contrats au fil des décennies. Dans ce contexte, il est impossible pour le tribunal de première instance de disposer d'un portrait complet de la situation. D'où l'importance pour les parties de cerner adéquatement les enjeux et de bien choisir les éléments qu'elles souhaitent mettre en preuve de même que les arguments qu'elles souhaitent faire valoir. Entre alors en jeu le droit procédural, qui est en mesure de procurer aux parties un *droit à la quantité*²⁵⁶ dans les limites de leur *contrat judiciaire*. Dans le cadre de ce « contrat », les parties sélectionnent les *contrats commerciaux* dont elles souhaitent se prévaloir ainsi que les preuves contextuelles dont elles comptent se servir pour en orienter l'interprétation. C'est de cette manière que le droit procédural module les possibilités, la profondeur et le contexte de l'étude du droit des contrats. Les paramètres du litige ayant été fixés dans le contrat judiciaire conclu en première instance, les tribunaux d'appel sont à même d'interpréter les contrats commerciaux conformément au principe de la *primauté réfragable du texte*²⁵⁷.

256. Ce concept sera développé dans Shana CHAFFAI-PARENT, *Déconstruire le principe de contradiction l'instance civile québécoise*, thèse de doctorat, Université de Montréal et Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, en cours de rédaction.

257. Ce concept inédit, que la décision rendue par la majorité dans l'arrêt *Résolu* contribue à ancrer dans le droit positif, sera proposé comme substitut à la règle du texte clair dans Arnaud TELLIER-MARCIL, *Vers un changement de paradigme dans le régime québécois d'interprétation des contrats : de la règle du texte clair au principe de la primauté réfragable du texte*, thèse de doctorat, Université de Montréal, en cours de rédaction.

Réforme fédérale de l'aide médicale à mourir : un nouveau régime conforme à la *Charte canadienne des droits et libertés* ?

Karine MILLAIRE

Résumé

Le présent article analyse la constitutionnalité du régime fédéral encadrant l'accès à l'aide médicale à mourir tel que modifié par le projet de loi C-7 adopté dans la foulée du jugement *Truchon c Procureur général du Canada* ayant déclaré inconstitutionnel le critère de « mort raisonnablement prévisible ».

Les responsabilités constitutionnelles des législateurs fédéral et provinciaux sont examinées. Ceux-ci doivent assurer l'égale protection des droits précisément garantis par la Charte canadienne, dont (i) les droits à l'autonomie et à la sécurité ; (ii) le droit à la vie ou « droit de ne pas mourir » et la possibilité d'y renoncer depuis l'arrêt *Carter* ; (iii) l'égalité substantive protégeant l'égale valeur de toutes les vies, incluant celles des personnes victimes discriminées ou autrement vulnérables.

Certaines interrogations sont formulées quant à la constitutionnalité du nouveau régime fédéral. Le jugement *Truchon* ayant fondé le projet de loi C-7 contient des erreurs de droit déterminantes. De plus, il est incertain que ce régime protège au mieux les droits à l'autonomie et à l'égalité substantive. Est notamment considéré l'effet possiblement discriminatoire envers les femmes et les personnes combinant d'autres facteurs d'inégalités dont les troubles de santé mentale et le handicap. Enfin, est remise en question la constitutionnalité de l'inclusion dans le *Code criminel*

d'une disposition prévoyant que la maladie mentale comme seule condition au soutien de la demande sera automatiquement légalisée dans deux ans, alors que les connaissances juridiques, éthiques et scientifiques actuelles ont justifié d'écarter cette ouverture.

Réforme fédérale de l'aide médicale à mourir : un nouveau régime conforme à la *Charte canadienne des droits et libertés* ?

Karine MILLAIRE*

INTRODUCTION	239
1. LES RESPONSABILITÉS CONSTITUTIONNELLES DES LÉGISLATEURS EN MATIÈRE D'AIDE MÉDICALE À MOURIR.	241
1.1 Adopter un régime législatif assurant l'égalité protection des droits précisément garantis par la Charte canadienne	241
a) Les droits à l'autonomie et à la sécurité de sa personne : une protection constitutionnelle distincte du seul consentement médical	242
b) Le droit à la vie ou « droit de ne pas mourir » et la possibilité d'y renoncer	247
c) La protection substantive du droit à l'égalité. .	250
1.2 Assurer la protection législative des droits constitutionnels en jeu conformément à la norme de l'article premier de la Charte canadienne.	255

* Avocate, LL.M., Ph.D. Chercheure postdoctorale, Faculty of Law, Queen's University. L'auteure reconnaît le soutien du Conseil de recherches en sciences humaines du Canada dans la poursuite de ses recherches.

2.	LA CONSTITUTIONNALITÉ DU RÉGIME LÉGISLATIF DÉCOULANT DE L'ADOPTION DU PROJET DE LOI FÉDÉRAL C-7.....	261
2.1	Le régime fédéral tel que modifié par le projet de loi C-7.....	262
a)	L'abrogation du critère limitant l'accès à l'aide médicale à mourir aux personnes dont la mort naturelle est devenue raisonnablement prévisible.	262
b)	La « maladie mentale » comme seule condition médicale invoquée pour fonder la demande officielle d'aide médicale à mourir.....	262
c)	La mise en place de mesures de sauvegarde distinctes selon que la mort naturelle du patient est devenue raisonnablement prévisible ou non.	263
d)	L'assouplissement des mesures de sauvegarde applicables à la fois lorsque la mort du patient est raisonnablement prévisible et lorsqu'elle ne l'est pas	266
e)	La renonciation au consentement libre et éclairé au moment où l'aide médicale à mourir est fournie.	267
2.2	La constitutionnalité du nouveau régime législatif : quelques interrogations	267
a)	Le législateur devait-il modifier le régime en raison du jugement <i>Truchon</i> ayant déclaré inconstitutionnel le critère de « mort naturelle devenue raisonnablement prévisible » ?	268

b) Le régime protège-t-il les droits à l'autonomie et à l'égalité substantive ? Le cas de la discrimination systémique envers les femmes et les facteurs d'inégalités additionnels incluant la maladie mentale et le handicap	275
c) L'inclusion dans le <i>Code criminel</i> d'une disposition prévoyant que la maladie mentale comme seule condition au soutien de la demande sera automatiquement légalisée dans deux ans est-elle constitutionnelle ?	282
CONCLUSION.	284

INTRODUCTION

Le 17 mars 2021, le nouveau régime fédéral encadrant l'aide médicale à mourir est entré en vigueur¹. Adopté dans l'ombre de la pandémie de COVID-19, le projet de loi C-7 a été présenté sur la scène publique comme la réponse nécessaire afin de donner suite au jugement *Truchon c Procureur général du Canada*² rendu par la Cour supérieure du Québec. Le 11 septembre 2019, cette dernière a déclaré inconstitutionnels les critères qui précisaient qu'une personne n'était admissible à une aide médicale à mourir que si elle était en « fin de vie » ou qu'elle avait un pronostic de « mort naturelle devenue raisonnablement prévisible », prévus respectivement par la *Loi concernant les soins de fin de vie*³ du Québec et le *Code criminel*⁴. Ce jugement n'a pas été porté en appel. Le projet de loi C-7 a non seulement retiré le critère de mort raisonnablement prévisible, il a modifié très largement le régime législatif fédéral quant à des questions qui n'étaient pas en litige dans *Truchon* et qui ont été fort peu étudiées et discutées.

Le présent article a pour objet d'analyser la constitutionnalité de ce nouveau régime législatif fédéral. Dans un premier temps, une analyse approfondie des responsabilités constitutionnelles des législateurs en matière d'aide médicale à mourir est effectuée, laquelle se fonde notamment sur l'arrêt *Carter*⁵ par lequel la Cour suprême du Canada a déclaré inconstitutionnelle la prohibition absolue de toute aide au suicide. Les législateurs sont tenus d'adopter des régimes juridiques assurant l'égle protection des droits *précisément* garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés*⁶ incluant (i) les droits à l'autonomie et à la sécurité, dont la protection constitutionnelle se distingue du seul consentement médical ; (ii) le droit à la vie ou « droit de ne pas mourir »

1. Le projet de loi C-7 *Loi modifiant le Code criminel (aide médicale à mourir)*, LC 2021, c 2 [projet de loi C-7].

2. 2019 QCCS 3792 [*Truchon*].

3. RLRQ, c S-32.0001 au para 26(3) al 1.

4. LRC (1985), c C-46 [*Code criminel*], al 241.2(2)d).

5. *Carter c Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5, [2015] 1 RCS 331 [*Carter*].

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

et la possibilité d'y renoncer et ; (iii) la protection substantive du droit à l'égalité protégeant l'égale valeur de toutes les vies. La norme de l'article premier exige de (dé)limiter ou pondérer ces valeurs et « intérêts opposés de la société [qui] sont eux-mêmes protégés par la *Charte* »⁷. Lorsqu'une personne *exerce* notamment son droit à l'autonomie et demande une aide à mourir, elle *renonce* au droit à la vie. Or, les lois (dé)limitant cette renonciation doivent protéger tout autant l'autonomie que l'égale valeur de toutes les vies, incluant celles des personnes discriminées, marginalisées ou autrement vulnérables.

Dans un deuxième temps, nous nous questionnons sur la constitutionnalité du régime découlant de l'adoption du projet de loi C-7. Premièrement, le jugement *Truchon* invoqué par le ministre de la Justice du Canada pour justifier sa réforme comporte des erreurs de droit déterminantes et il ne respecte pas les conclusions précises de la Cour suprême dans l'arrêt *Carter*.

Deuxièmement, il est incertain que le régime fédéral respecte les droits à l'autonomie et à l'égalité substantive. L'aide à mourir est ouverte aux personnes en situation de handicap souhaitant mettre fin à leurs jours en raison de leur condition, laquelle est un motif de discrimination reconnu. De plus, le *Code criminel* offre une protection moindre aux personnes souffrant de multiples conditions graves, dont un trouble de santé mentale, qu'aux personnes souffrant « uniquement » d'une maladie mentale. Une demande d'aide à mourir ne peut être fondée sur un trouble de santé mentale en raison du risque démontré de ne pas pouvoir s'assurer du choix autonome du patient. Toutefois, les patients les plus vulnérables souffrant de multiples conditions graves dont un trouble de santé mentale peuvent demander une aide à mourir si elles fondent officiellement leur choix sur un autre motif. De surcroît, les données probantes recueillies dans tous les régimes étrangers comparables démontrent que les femmes ayant un trouble de santé mentale sont davantage à risque de choisir l'aide à mourir. Ce risque est accru si d'autres facteurs d'inégalité systémique sont présents, dont le handicap, la maladie mentale, la race ou l'identité autochtone.

7. *Ibid* au para 95.

Enfin, nous nous interrogeons sur la constitutionnalité de l'inclusion *in extremis* dans le *Code criminel*, à la demande du Sénat, d'une disposition prévoyant que la maladie mentale comme seule condition au soutien de la demande sera automatiquement légalisée dans deux ans, alors que les connaissances juridiques, éthiques et scientifiques actuelles ont justifié d'écarter cette ouverture.

1. LES RESPONSABILITÉS CONSTITUTIONNELLES DES LÉGISLATEURS EN MATIÈRE D'AIDE MÉDICALE À MOURIR

Les législateurs ont la responsabilité constitutionnelle d'adopter des régimes législatifs et réglementaires assurant l'égalité protection de tous les droits précisément garantis par la Charte canadienne. Ces régimes juridiques doivent délimiter la protection des droits en jeu de façon raisonnable et qui puisse démontrer être justifiée dans notre société libre et démocratique conformément à la norme de l'article premier. Autrement, les choix des parlementaires pourront être déclarés inconstitutionnels par les tribunaux.

1.1 Adopter un régime législatif assurant l'égalité protection des droits précisément garantis par la Charte canadienne

De nombreux droits et libertés constitutionnels sont touchés par l'encadrement législatif de l'aide médicale à mourir⁸ : dont (a) les droits à l'autonomie et à la sécurité de la personne, ce qui exige davantage que la seule procédure du consentement médical ; (b) le droit à la vie défini comme un « droit de ne pas mourir » et la possibilité d'y renoncer ; et (c) la protection substantive du droit à l'égalité. Les parlements ont la responsabilité de protéger au mieux toutes ces garanties et de leur assurer une protection d'égalité de valeur. Surtout, ils doivent protéger ces droits qui sont précisément garantis par la Charte canadienne.

8. Le présent article se penche particulièrement sur la protection des droits à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne contre toute atteinte contraire aux principes de justice fondamentale (art 7 de la Charte canadienne) et du droit à l'égalité (art 15 de la Charte canadienne). Toutefois, d'autres droits et libertés fondamentaux peuvent être touchés par l'encadrement juridique de l'aide médicale à mourir, notamment la liberté de conscience et de religion (para 2a) et b) de la Charte canadienne).

a) Les droits à l'autonomie et à la sécurité de sa personne : une protection constitutionnelle distincte du seul consentement médical

Les droits à l'autonomie et à la sécurité de la personne sont la pierre d'assise des motifs de la Cour suprême dans l'arrêt *Carter*. Obtenir une aide pour mourir dignement constitue un choix fondamental qui ne peut être interdit aux « personnes gravement et irrémédiablement malades [...] condamnées à une vie de souffrances aiguës et intolérables »⁹. L'autonomie d'effectuer un tel choix doit être au cœur des préoccupations des législateurs. Encore faut-il définir plus précisément la portée substantive de l'« autonomie » constitutionnellement protégée. Or, protéger l'autonomie *réelle* des personnes exige de mettre en place des garanties juridiques et éthiques allant au-delà du seul consentement médical exprimé dans n'importe quel contexte. Protéger l'autonomie véritable nécessite de contextualiser le consentement à une aide à mourir à la lumière notamment du droit à l'égalité et à la protection contre toute forme de discrimination.

L'article 7 de la Charte canadienne protège les droits à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne contre toute limitation contraire aux principes de justice fondamentale en tant que garanties distinctes. Toutefois, dans l'arrêt *Carter*, la Cour suprême a conclu que les intérêts protégés par les droits à la liberté et à la sécurité pouvaient faire l'objet d'une analyse commune aux fins de ce pourvoi¹⁰. Les juges ont conclu que la prohibition absolue de toute aide au suicide empiétait à la fois sur les droits à la liberté et à la sécurité de la personne dans la mesure où les dispositions visées du *Code criminel* prohibaient toute aide médicale à mourir demandée par « des adultes capables affectés de problèmes de santé graves et irrémédiables qui leur causent des souffrances persistantes et intolérables »¹¹. L'article 7 « reconnaît la valeur de la vie, mais respecte aussi la place qu'occupent l'autonomie et la dignité à la fin de cette vie »¹².

Le « droit à la liberté » inclut un droit à l'autonomie personnelle protégeant « le droit de faire des choix personnels fonda-

9. *Carter*, *supra* note 5 au para 1.

10. *Ibid* au para 64.

11. *Ibid* au para 68.

12. *Ibid*.

mentaux »¹³. Ces choix sont ceux qui constituent des décisions importantes touchant intimement à [l]a vie privée »¹⁴ et qui relèvent « de l'essence même de ce que signifie la jouissance de la dignité et de l'indépendance individuelles »¹⁵. Le droit constitutionnel à l'autonomie n'entre donc pas en jeu à chaque fois que la « liberté de choix » est invoquée¹⁶. L'autonomie vise les quelques choix, tel l'avortement, qui sont déterminants quant à la « capacité de réaliser sa propre conception d'une vie bien remplie, qui vaille la peine d'être vécue »¹⁷.

Sous réserve des précisions discutées ci-après, la Cour suprême a conclu que demander une aide médicale à mourir *peut* constituer un tel choix protégé par le droit à l'autonomie. La seule « possibilité de faire [ce] choix »¹⁸ « compatible avec les valeurs qu'elles ont eues toute leur vie et qui reflète leur vécu »¹⁹ peut s'avérer être d'une très grande importance quant au « sentiment de dignité et d'autonomie »²⁰ des personnes affectées.

Cela dit, le droit constitutionnel à l'autonomie ne peut être invoqué à l'encontre d'une mesure ou un régime législatif global que s'il en résulte que les personnes²¹ sont *privées* de toute possibilité

13. *Carter*, *supra* note 5 au para 64, citant *Blencoe c Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, 2000 CSC 44, [2000] 2 RCS 307 au para 54 [*Blencoe*].

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

15. *Godbout c Longueuil (Ville)*, [1997] 3 RCS 844 au para 66, citant *B (R) c Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 RCS 315.

16. En outre, la Cour suprême a conclu que le droit à l'autonomie n'est pas touché par tous les types de règles juridiques qui « imposent une certaine limite à la liberté au sens large » puisqu'en conclure ainsi reviendrait à « banaliser la Charte » (*R c Edwards Books and Art Ltd*, [1986] 2 RCS 713 au para 155). La « liberté » protégée à l'article 7 « n'est pas synonyme d'absence totale de contrainte » et ne constitue donc pas un « droit illimité de faire des affaires toutes les fois qu'on le veut » (*Blencoe*, *supra* note 13 au para 54).

17. *Morgentaler*, *supra* note 14 au para 225 (j Wilson), citant Neil MacCormick, *Legal Right and Social Democracy: Essays in Legal and Political Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1982. Sur le droit à l'autonomie garanti par la Charte canadienne, voir également Karine Millaire, « La renonciation aux droits et libertés et le consentement "libre et éclairé" : Fondements, exigences et incertitudes », (2019) 78 *Revue du Barreau* 39.

18. *Carter*, *supra* note 5 au para 65, citant *Carter v Canada (AG)*, 2012 BCSC 886 au para 1326 [*Carter BCSC*].

19. *Ibid.*

20. *Ibid* au para 68, citant *Carter BCSC*, *supra* note 18 au para 1326.

21. Il demeure entendu que les personnes visées sont celles affectées de problèmes de santé graves et irrémédiables qui leur causent des souffrances persistantes et intolérables.

de renoncer à vivre, et ce, dans les circonstances précisément décrites par la Cour suprême. Le droit à l'autonomie ne protège pas un « droit à la mort » ou un « droit au suicide » qui pourrait être invoqué dans n'importe quel contexte.

De plus, la Cour suprême a expressément conclu que le droit à la vie n'inclut pas davantage une quelconque forme de « droit à la mort » ou « droit de mourir » dans la dignité. Le droit à la vie est *objectivement* engagé uniquement lorsqu'une action de l'État a pour effet direct ou indirect de causer la mort ou d'exposer une personne à un risque accru de mort²². Ce droit est donc une garantie objective qui n'est pas engagée par le seul fait qu'un individu juge *subjectivement* que sa vie n'a plus de valeur²³.

Cette distinction est pertinente pour cerner la portée normative du droit à l'autonomie, lequel comprend des dimensions à la fois *subjective* et *objective*. D'une part, le droit à l'autonomie protège la liberté d'effectuer un *choix rationnel subjectif* traduisant la volonté d'une personne capable affectée de problèmes de santé graves et irrémédiables lui causant des souffrances persistantes et intolérables de renoncer à vivre. Le législateur doit respecter ce choix, tout en s'acquittant de ses autres responsabilités constitutionnelles.

D'autre part, la personne qui demande une aide à mourir n'exerce pas un quelconque droit subjectif à la mort (ou « droit de mourir ») lorsqu'elle juge *subjectivement* que sa vie n'a plus de valeur. Les considérations subjectives liées à la qualité de vie sont déjà englobées dans les droits à l'autonomie et à la sécurité de la personne²⁴. La transaction juridique et éthique par laquelle une personne demande une aide médicale à mourir est celle où le patient *renonce* pour lui-même aux garanties *objectives* du droit à la vie qu'il pourrait autrement opposer à l'État. Or, le législateur a aussi la responsabilité de protéger le droit à la vie et l'égale valeur de toutes les vies, incluant celles des personnes discriminées ou autrement vulnérables. L'autonomie protégée en contexte d'aide médicale à mourir n'est donc pas une liberté purement subjective

22. Carter, *supra* note 5 au para 62.

23. Nous aborderons cette question plus en détails à la sous-section 1.1b).

24. *Ibid.*

d'exiger que l'État mette en œuvre n'importe quelle volonté individuelle de renoncer à vivre.

Par conséquent, le consentement libre et éclairé ne constitue qu'une composante *procédurale* de cette transaction par laquelle une personne renonce au droit à la vie et exerce notamment son droit à l'autonomie. Le seul consentement perçu ou exprimé dans n'importe quel contexte est insuffisant pour garantir pleinement l'autonomie personnelle de tous les patients²⁵. Qui plus est, lorsque l'individu oppose sa volonté de renoncer au droit à la vie pour invoquer l'inconstitutionnalité d'une mesure législative générale limitant cette possibilité, le consentement individuel ne peut *justifier* de façon *substantive* la transaction juridique par laquelle la protection de l'égale valeur de la vie de toutes les personnes, incluant les plus vulnérables, est levée²⁶. Si la vérification du caractère « libre et éclairé » du consentement relève de l'expertise médicale, il importe de ne pas perdre de vue que l'équilibrage législatif complexe requis pour assurer la protection systémique des droits et libertés constitutionnels échappe au domaine scientifique²⁷.

Soyons clairs : respecter l'autonomie réelle et les choix fondamentaux du patient est crucial. La nécessité d'un consentement véritablement « libre et éclairé » ne saurait donc être prise à la légère. Lorsqu'il est question de renonciation aux droits et libertés de la personne, l'état du droit soutient que le consentement libre et éclairé du renonçant doit satisfaire les exigences normatives suivantes : (i) la pleine connaissance des garanties en jeu ; (ii) la connaissance des conséquences de la renonciation ; (iii) l'existence d'options véritables ; (iv) la précision suffisante du consentement ; et (v) l'existence et la mise en œuvre de mécanismes de protection de second ordre²⁸.

25. Voir Karine Millaire, « Le concept d'autonomie dans l'arrêt *Carter c Canada* : Au-delà du libre-choix », (2017) 63:2 *RD McGill* 283.

26. Pour approfondir les fondements éthiques suivant lesquels le consentement ne peut justifier substantivement la transaction juridique et éthique de la renonciation en contexte biomédical, voir Neil C. Manson et Onora O'Neill, *Rethinking Informed Consent in Bioethics*, Cambridge (R-U), Cambridge University Press, 2007.

27. Nous aborderons la justification de la renonciation au droit à la vie et de la pondération de l'ensemble des droits et valeurs constitutionnels en jeu conformément à la norme de l'article premier de la Charte canadienne à la sous-section 1.2.

28. Voir Karine Millaire, « La renonciation aux droits et libertés et le consentement "libre et éclairé" : Fondements, exigences et incertitudes », (2019) 78 *Revue du*

Or, nous savons que la norme juridique du consentement libre et éclairé comporte plusieurs incertitudes mises en lumière par la jurisprudence. En outre, le consentement exige que le patient puisse avoir une *pleine* connaissance et compréhension de diagnostics et pronostics scientifiques parfois très complexes. De plus, les pronostics peuvent changer avec le temps et ainsi influencer le choix que fera *ou aurait pu faire* le patient²⁹.

Surtout, un consentement ne peut être réellement « libre » qui si la personne effectue un *choix véritable* parmi différentes options lui étant également ouvertes. Les patients qui choisissent une aide médicale à mourir ne le font de façon réellement autonome que si ce choix est rationnel et conforme au standard constitutionnel de l'égalité des personnes. Or, la « liberté de choix » fondée sur le droit à l'autonomie doit être interprétée à la lumière du droit à l'égalité substantive. Comme le rappelait récemment la Cour suprême, « les choix sont eux-mêmes façonnés par l'inégalité systémique »³⁰.

Barreau 39. Sur la question des « mécanismes de protection de second ordre », voir les pp 66-68. Sont désignées ainsi les mesures permettant de s'assurer que les « mécanismes de protection de premier ordre » assurant le consentement libre et éclairé ont été respectées. Par exemple, le para 26(1) de la *Loi concernant les soins de fin de vie* prévoit les conditions d'admissibilité à une aide médicale à mourir au Québec. Le para 29(1) prévoit des mécanismes de protection de premier ordre afin de s'assurer que ces conditions ont été remplies. En outre, le médecin doit s'assurer auprès du patient « du caractère libre de sa demande, en vérifiant entre autres qu'elle ne résulte pas de pressions extérieures » (al 29(1)1^a) et « en l'informant du pronostic relatif à la maladie, des possibilités thérapeutiques envisageables et de leurs conséquences » (al 29(1)1^b). Des mécanismes de protection de second ordre assurent le respect de ces dernières obligations. En outre, le médecin doit inscrire ou verser au dossier du patient « tout renseignement ou document en lien avec la demande d'aide médicale à mourir [...] dont le formulaire de demande d'aide médicale à mourir, les motifs de la décision du médecin et, le cas échéant, l'avis du médecin consulté » (para 32(1)). De plus, le médecin qui administre l'aide médicale à mourir doit, dans les 10 jours qui suivent, en aviser la Commission sur les soins de fin de vie et lui transmettre les renseignements prévus par ce règlement (para 46(1)) afin que celle-ci s'acquitte de son mandat de vérifier le respect de l'article 29 (para 47(1)).

29. Pour remédier aux vulnérabilités du consentement, la littérature propose généralement d'améliorer les *procédures* en place notamment en communiquant davantage d'information au patient. Pour une analyse approfondie démontrant que cette approche demeure insuffisante, voir Manson et O'Neill, *op cit*, note 31.

30. *Fraser c Canada (Procureur général)*, 2020 CSC 28 [*Fraser*] au para 90. Voir également notre analyse à la sous-section 1.1c).

b) Le droit à la vie ou « droit de ne pas mourir » et la possibilité d'y renoncer

Le discours populaire a malheureusement trop souvent défini les enjeux juridiques et éthiques en matière d'aide médicale à mourir comme opposant un « droit de mourir dans la dignité » à un « droit de vivre dans la dignité ». Présenter ces deux postures comme étant mutuellement exclusives traduit manifestement mal les objectifs des uns et des autres : tous souhaitent vivre *et* mourir le plus dignement possible. Cette conceptualisation erronée a ainsi mené certains commentateurs à conclure que l'arrêt *Carter* aurait consacré un « droit de mourir dans la dignité ». Or, cette conclusion juridique est fausse. Elle n'exprime pas correctement et de façon nuancée les droits et libertés précisément en jeu ainsi que les responsabilités correspondantes des législateurs.

Le régime moderne de protection des droits et libertés de la personne résulte de la prise de conscience collective ayant suivi la Seconde Guerre mondiale et ses conséquences dévastatrices pour l'humanité. C'est dans la foulée de l'adoption de la Déclaration universelle des droits de l'homme en 1948 que furent adoptés des instruments comme la Charte canadienne³¹. La nature véritable du droit à la vie doit donc être comprise dans le contexte historique précis ayant rendu sa protection cruciale.

Il est donc primordial d'accorder une importance particulière à la conclusion réfléchie de la Cour suprême suivant laquelle le droit à la vie entre en jeu uniquement « lorsqu'une mesure ou une loi prise par l'État a directement ou indirectement pour effet d'imposer la mort à une personne ou de l'exposer à un risque accru de mort »³². Plus encore, la Cour s'est penchée sur les prétentions selon lesquelles le droit à la vie inclurait une forme de « droit à la mort » ou de « droit de mourir dans la dignité » et a expressément rejeté celles-ci :

Les appelants et plusieurs intervenants nous pressent d'adopter une conception qualitative et plus large du droit à la vie. *Certains prétendent que ce droit ne se limite pas à la préservation de la vie,*

31. Voir notamment Jack Donnelly, *Universal Human Rights in Theory and Practice*, 3^e éd, Ithaca (NY), Cornell University Press, 2013 aux pp 24 et s.

32. *Carter*, *supra* note 5 au para 62 (nos soulèvements).

mais qu'il protège la qualité de la vie et, par conséquent, le droit de mourir dans la dignité. D'autres prétendent que le droit à la vie protège l'autonomie personnelle et les notions fondamentales d'autodétermination et de dignité, et qu'il englobe donc le droit de décider de s'enlever la vie.

[...]

[Or,] ce droit n'entre en jeu que si une menace de mort résulte d'une mesure ou de lois prises par l'État. [En d'autres termes], le droit à la vie se limite au [TRADUCTION] « droit de ne pas mourir » [...].³³

Certaines garanties protégées par la Charte canadienne englobent des protections de nature à la fois « positive » et « négative ». Par exemple, la liberté de religion³⁴ protège la « liberté de croire » et la « liberté de ne pas croire » (ou le refus de participer à certaines pratiques religieuses, par exemple)³⁵. De même, la liberté d'expression³⁶ garantit le droit de s'exprimer et le droit de refuser d'exprimer un message³⁷. Les dimensions « positive » et « négative » de ces *libertés fondamentales* bénéficient d'une égale protection constitutionnelle et doivent être promues et respectées en conséquence par les législateurs.

Or, certains droits, en raison de leur nature fondamentale, excluent de telles dimensions « négatives » de leur sphère de protection. Le « droit à la sécurité de sa personne³⁸ » n'inclut pas un « droit à l'insécurité » ou un « droit à la souffrance », le « droit à la liberté physique³⁹ » n'englobe pas un « droit à la servitude volontaire » et le « droit à la protection contre tous traitements ou peines cruels et inusités⁴⁰ » n'inclut manifestement pas un « droit d'être torturé »⁴¹. De manière similaire, le droit à la vie n'est ni un « droit de mourir » ni une « liberté de choisir de vivre ou mourir ».

33. *Ibid* aux para 59 et 61 (nos italiques ; soulignements de la Cour).

34. Al 2a) de la Charte canadienne.

35. *R c Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 RCS 295 aux pp 346-47 ; *Mouvement laïque québécois c Saguenay (Ville)*, 2015 CSC 16, [2015] 2 RCS 3 au para 70.

36. Al 2b) de la Charte canadienne.

37. *Canada (Procureur général) c JTI-Macdonald Corp*, 2007 CSC 30, [2007] 2 RCS 610.

38. Art 7 de la Charte canadienne.

39. Art 7 de la Charte canadienne.

40. Art 12 de la Charte canadienne.

41. De manière générale, les « droits » se distinguent ainsi des « libertés ». Cela dit, on notera que le « droit à l'autonomie » protégé à l'article 7 de la Charte canadienne

Cette distinction est cruciale. Les législateurs ne doivent pas protéger un quelconque « droit de mourir » et la constitutionnalité des régimes législatifs encadrant l'aide médicale à mourir ne peut être contestée pour un tel motif. Les individus qui choisissent de demander une aide médicale à mourir renoncent à leur droit à la vie (ou « droit de ne pas mourir »). Sans une telle renonciation, les protections constitutionnelles du « droit de ne pas mourir » sont opposables contre toute action de l'État ayant directement ou indirectement pour effet de causer la mort. Les législateurs ont donc la responsabilité constitutionnelle de protéger le « droit de ne pas mourir » et le droit à l'égalité au même titre qu'ils doivent garantir le droit à l'autonomie, par exemple.

Alors qu'un « droit de mourir » dans la dignité aurait constitué un *droit subjectif* du point de vue de la personne qui demande une aide à mourir, le « droit de ne pas mourir » constitue un *droit objectif* qui doit être protégé comme tel par les législateurs. Déterminer si le droit à la vie est engagé ne dépend pas de la façon *subjective* dont une personne apprécie la valeur ou la qualité de « sa » vie. Ces considérations sont déjà englobées dans la sphère des droits à l'autonomie et à la sécurité de la personne⁴². Selon la Cour suprême, la prohibition absolue de toute aide au suicide limitait le droit à la vie dans le contexte précis où elle avait pour « effet de forcer certaines personnes à s'enlever prématurément la vie »⁴³. Il ne peut toutefois résulter aucune violation du droit à la vie fondée sur un « droit de décider de s'enlever la vie ».

De façon concrète, cela signifie que la législation encadrant l'aide médicale à mourir doit comprendre des garanties *objectives* suffisantes protégeant le « droit de ne pas mourir » et l'égalité de toutes les vies, incluant celles des personnes discriminées ou autrement vulnérables. Le droit à la vie protégeant *objectivement* l'égalité de toutes les vies, le défaut des régimes législatifs

ne constitue pas théoriquement une liberté fondamentale, ayant été enchaîné au chapitre des garanties procédurales. Pourtant, par nature, ce « droit » a été interprété comme garantissant une liberté d'effectuer certains choix personnels fondamentaux.

42. *Carter, supra* note 5 au para 60. Selon un principe d'interprétation juridique bien connu et suivant la conclusion de la Cour suprême, chaque disposition d'une même loi s'interprète par rapport aux autres de façon à donner un sens distinct et cohérent à l'ensemble. Ainsi, les droits à la vie et à l'autonomie offrent des protections distinctes et complémentaires.

43. *Ibid* au para 57 (nos soulignements).

en place de protéger cette garantie fondamentale pourrait mener les tribunaux à les sanctionner pour inconstitutionnalité.

c) La protection substantive du droit à l'égalité

Le droit à l'égalité intervient au moins de deux façons lorsqu'il s'agit de cerner les responsabilités des législateurs en matière d'aide médicale à mourir. Premièrement, la valeur de l'égalité enchâssée à l'article 15 de la Charte canadienne infuse l'interprétation de l'ensemble des droits et libertés qui y sont garantis en un tout cohérent. L'égalité doit guider tout particulièrement notre interprétation de la portée réelle du droit à l'autonomie garanti à l'article 7. Deuxièmement, le régime législatif encadrant l'accès à l'aide médicale à mourir ne doit pas avoir pour effet de créer toute forme de discrimination inconstitutionnelle.

Comme la nature véritable de la garantie d'autonomie enchâssée à l'article 7 de la Charte canadienne ne peut être comprise qu'à la lumière du droit à l'égalité et de la protection contre toute forme de discrimination, incluant la discrimination systémique. Un choix – fondamental ou anodin – est forcément toujours effectué à la lumière d'un ensemble complexe de paramètres contextuels sociaux, économiques et culturels, par exemple. Ce fait ne signifie pas qu'il ne faille pas reconnaître aux individus la possibilité d'effectuer des choix fondamentaux en fin de vie, mais plutôt qu'il faille être particulièrement vigilant afin d'éviter que l'aide médicale à mourir ne soit « choisie » en contexte d'inégalités systémiques. Le cas échéant, il pourrait en résulter une violation du droit à l'égalité et de la protection constitutionnelle de l'égale valeur de la vie de toutes les personnes.

Deux catégories générales d'arguments sont avancées pour invoquer qu'un régime législatif encadrant l'accès à l'aide médicale à mourir pourrait violer le droit à l'égalité. Certains estiment qu'une discrimination pourrait résulter du fait de ne pas être admissible à l'aide médicale à mourir. D'autres soulignent que c'est plutôt en offrant une aide à mourir aux personnes appartenant à un groupe subissant de la discrimination que l'État peut commettre une violation de leur droit à l'égalité réelle. Autrement dit, il est argumenté qu'un régime réglementaire pourrait être discriminatoire à la fois parce qu'il serait trop restrictif ou trop

permissif. Ajoutant à la complexité du débat, ce sont souvent les mêmes groupes qui sont visés par ces positions contradictoires. Est-il discriminatoire d'offrir ou *de ne pas* offrir l'« option » de l'aide médicale à mourir pour « soulager » les personnes ayant un handicap, ayant pour seule condition médicale une maladie mentale ou faisant partie de groupes désavantagés comme les femmes victimes de violence sexuelle et conjugale et les peuples autochtones ?

Quelle analyse est la plus cohérente avec notre Constitution ? Dans l'arrêt *Carter*, la Cour suprême a judicieusement évité de déterminer si restreindre l'aide au suicide portait atteinte au droit à l'égalité. Une telle analyse n'était pas requise, la Cour ayant conclu que les dispositions en cause restreignaient de manière injustifiée les droits à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne de façon contraire aux principes de justice fondamentale⁴⁴.

Toutefois, la position formulée antérieurement par M^{me} la juge McLachlin sur cette question est très éclairante. Juge en chef lorsque l'arrêt *Carter* a été rendu, elle était dissidente dans le précédent arrêt *Rodriguez*⁴⁵ par lequel une majorité de juges avait confirmé la constitutionnalité des dispositions du *Code criminel* interdisant toute aide au suicide. La juge McLachlin⁴⁶ était donc déjà d'avis à l'époque que ces dispositions limitaient de manière injustifiée les droits à la sécurité et à l'autonomie de la personne. Cette conclusion, actualisée à la lumière des faits et du droit contemporains, allait constituer le cœur de la position unanime de la Cour suprême dans *Carter* un peu plus de deux décennies plus tard.

Dans ces deux arrêts, la juge McLachlin a soigneusement évité de conclure qu'un régime législatif trop restrictif en matière d'aide à mourir peut être discriminatoire. Dans l'arrêt *Rodriguez*, elle a expliqué pourquoi la rhétorique séduisante selon laquelle une personne privée d'un hypothétique « droit de mourir » serait discriminée doit être écartée :

[...] Tout [aussi] convaincant qu[e] soient [les arguments selon lesquels la prohibition absolue d'aide au suicide est discriminatoire],

44. *Carter*, *supra* note 5 au para 93.

45. *Rodriguez c Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 RCS 519 [Rodriguez].

46. La juge L'Heureux-Dubé a souscrit aux motifs de la juge McLachlin.

je suis d'avis qu'au départ, la présente affaire ne concerne pas une discrimination en vertu de l'art. 15 de la Charte canadienne des droits et libertés, et que la traiter comme telle risquerait de détourner la jurisprudence relative à l'égalité de l'objet véritable de l'art. 15, qui consiste à « corriger ou empêcher la discrimination contre des groupes victimes de stéréotypes, de désavantages historiques ou de préjugés politiques ou sociaux dans la société canadienne » : R c Swain, [1991] 1 R.C.S. 933, à la p. 992, motifs du juge en chef Lamer. J'estime plutôt que c'est la façon dont l'État peut restreindre le droit d'un individu de prendre des décisions sur sa personne en vertu de l'art. 7 de la Charte qui est en cause. [...]⁴⁷

Est d'ailleurs bien connu le principe d'interprétation juridique selon lequel toutes les dispositions d'une même loi doivent être interprétées les unes par rapport aux autres de façon à ne priver aucune disposition de son sens propre et à conférer à chacune un sens qui soit cohérent par rapport à l'ensemble. Le droit à l'égalité garanti à l'article 15 ne constitue pas un dédoublement du droit à l'autonomie garanti à l'article 7. Il apparaît évident qu'une atteinte à la liberté d'expression vécue par certaines personnes ne constitue pas, par nature, une *discrimination* de ces personnes par rapport à l'ensemble de toutes les autres dont la liberté d'expression n'est pas brimée. De façon similaire, la limitation du droit à l'autonomie de certaines personnes n'emporte pas *en soi* discrimination de ces personnes.

Rappelons qu'un tribunal pourra conclure à une violation *prima facie* du droit à l'égalité si la loi contestée (i) crée, à première vue ou de par son effet, une distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue ; (ii) impose un fardeau ou nie un avantage d'une manière qui a pour effet de renforcer, de perpétuer ou d'accentuer le désavantage⁴⁸.

À notre avis, l'argument le plus sérieux voulant qu'un accès limité à une aide à mourir peut constituer une discrimination est celui selon lequel le *Code criminel* ne punit désormais plus les personnes *capables* de se suicider (ou de tenter de le faire), alors

47. *Ibid* à la p 616 (j McLachlin, avec l'accord de la j LHeureux-Dubé) (nos soulignements).

48. *Fraser*, *supra* note 30 au para 27, référant à *Québec (Procureure générale) c Alliance du personnel professionnel et technique de la santé et des services sociaux*, [2018] 1 RCS 464 au para 25 ; *Centrale des syndicats du Québec c Québec (Procureure générale)*, [2018] 1 RCS 522 au para 22.

que des personnes *incapables* de s'enlever la vie (par exemple en raison d'un handicap) ne pourraient recevoir une aide pour y parvenir. C'est précisément dans ce contexte que le juge Lamer, dissident dans l'arrêt *Rodriguez*, avait conclu que la prohibition absolue de toute aide au suicide violait l'article 15 :

[...] Cette [prohibition] crée en effet une inégalité puisqu'elle empêche les personnes physiquement incapables de mettre fin à leur vie sans aide de choisir le suicide, alors que cette option est en principe ouverte au reste de la population. Cette inégalité est en outre imposée aux personnes incapables de mettre fin à leur vie sans assistance, en raison d'une déficience physique, une caractéristique personnelle qui compte parmi les motifs de discrimination énumérés au par. 15 de la Charte. [...] ⁴⁹

Ce cas de figure se distingue donc significativement de celui où il serait avancé qu'une personne *capable* de mettre fin à ses jours serait discriminée parce qu'elle n'a pas accès à une aide à mourir fournie par l'État. Cette distinction a d'ailleurs mené des experts avisés en matière de discrimination et de droits humains à conclure qu'on ne pourrait plaider une atteinte à l'article 15 de la Charte canadienne que dans le premier cas et non le second⁵⁰.

Plus encore, même l'argument général selon lequel restreindre l'aide médicale à mourir aux personnes *incapables* de s'enlever la vie pourrait être discriminatoire doit désormais être rejeté en raison du droit applicable depuis l'arrêt *Carter*. La Cour suprême a expressément rejeté l'idée selon laquelle le droit à la vie inclurait dans sa sphère de protection un « droit à la mort » ou un « droit de mourir dans la dignité ». Par conséquent, la Cour a implicitement rejeté l'idée qu'une personne pourrait être discriminée parce qu'elle serait « privée » d'une « égale » protection à un hypothétique « droit de mourir ». La loi canadienne ne criminalise plus les personnes ayant tenté de se suicider puisqu'il est désormais reconnu qu'il ne s'agit pas d'un moyen utile pour aider les personnes suicidaires. Il ne résulte pas de cette décriminalisation un « droit de se suicider ».

49. *Rodriguez*, *supra* note 45 aux p 549-550 (j Lamer) (nos soulignements).

50. Voir notamment Jacques Frémont, « Some Thoughts Concerning Parliament's Legislative Leeway in a Post-Carter Era », 6 avril 2016, en ligne : <<https://ssrn.com/abstract=2760574>> ou <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2760574>>.

Certes, la question pouvait être source de débats avant l'arrêt *Carter*. En outre, le juge Cory, dissident dans l'arrêt *Rodriguez*, avait opiné que « la mort comme étape de la vie a droit à la protection constitutionnelle prévue par l'art. 7 [et] que le droit de mourir avec dignité devrait être aussi bien protégé que n'importe quel autre aspect du droit à la vie »⁵¹. Si une telle conclusion avait été reprise par la Cour suprême dans l'arrêt *Carter*, il pourrait aujourd'hui être plaidé que restreindre l'aide à mourir à certaines catégories de personnes pour un motif énuméré ou analogue, incluant le handicap, impose un fardeau quant à la mise en œuvre du « droit de mourir », par exemple. Il pourrait aussi être avancé que la loi nie l'avantage législatif de pouvoir bénéficier d'une aide de l'État afin mettre en œuvre un « droit à la mort ».

Or, la conclusion unanime de la Cour suprême est limpide : il n'existe pas en droit constitutionnel canadien de « droit de mourir ». Cette conclusion doit porter à conséquence. Prétendre qu'un accès restreint à une aide à mourir fournie par l'État constitue une discrimination est incohérent avec le fait que les législateurs ont la responsabilité de protéger les droits à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne, lesquels n'incluent pas un droit à la mort. Conclure que limiter l'aide à mourir pour certaines personnes – socialement marginalisées ou dont l'existence est dévalorisée – est discriminatoire prive de sens la conclusion formulée dans *Carter* quant à la portée réelle du droit à la vie. Pire encore, cela constitue une distorsion du droit à l'égalité et détourne la protection de l'article 15 de la Charte canadienne de son véritable objectif, comme l'affirmait la juge McLachlin.

La nature véritable du droit à l'égalité a fait l'objet d'une analyse magistrale dans le récent arrêt *Fraser*, lequel portait sur la discrimination systémique vécue par un groupe de femmes. Sous la plume de la juge Abella, les juges majoritaires ont rappelé que contrairement à l'égalité formelle, l'égalité substantive nécessite la prise en compte de l'ensemble du contexte complexe au sein duquel un « choix » est effectué. Les facteurs limitant la liberté de choix réelle peuvent être subtils et difficiles à identifier, d'autant plus qu'ils produisent leur effet de manière combinée.

51. *Rodriguez*, *supra* note 45 à la p 630 (j Cory).

La Cour suprême a rappelé à plusieurs reprises que les législateurs ne peuvent pas esquiver leur propre responsabilité d'adopter des lois protégeant la vie et la sécurité des personnes vulnérables au motif que ces individus doivent « assumer » leurs « soi-disant choix ». La Cour a ainsi conclu que le lien causal entre une action de l'État violant les droits à la vie et à la sécurité de personnes ayant « choisi » de pratiquer la prostitution⁵² ou l'injection de drogues⁵³ ne peut pas être remis en cause en invoquant le « consentement » de ces personnes. De façon similaire, un régime législatif qui violerait les droits à la vie, à la liberté, à la sécurité ou à l'égalité de personnes victimes de discrimination systémique ou autrement vulnérables ne pourrait être justifié selon la norme de l'article premier de la Charte canadienne au seul motif que l'aide médicale à mourir est un « choix ».

En somme, les législateurs ont la responsabilité constitutionnelle de protéger tous les droits et libertés précisément garantis par la Charte canadienne, incluant l'autonomie et la sécurité de sa personne, le droit à la vie en tant que « droit de ne pas mourir » et le droit à l'égalité substantive. Il ne serait donc pas compatible avec l'état du droit que de fournir l'aide médicale à mourir à tout « patient consentant ». Comme les deux côtés d'une même médaille, demander une aide médicale à mourir est un choix fondamental *subjectif* fondé sur le droit à l'autonomie personnelle et une renonciation au droit à la vie protégé en tant que droit *objectif* de ne pas mourir. Les lois encadrant l'accès à l'aide médicale à mourir doivent donc offrir une *égale* protection aux choix autonomes des *individus* ainsi qu'au droit de ne pas mourir, lequel protège *collectivement* toutes les personnes, incluant celles victimes de discrimination systémique ou autrement vulnérables.

1.2 Assurer la protection législative des droits constitutionnels en jeu conformément à norme de l'article premier de la Charte canadienne

L'article premier de la Charte canadienne garantit que les droits et libertés protégés ne peuvent faire l'objet que de « limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer

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

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

dans le cadre d'une société libre et démocratique ». Les législateurs ont la responsabilité d'adopter des régimes législatifs qui correspondent à cette norme. En contexte d'aide médicale à mourir, cette tâche est complexifiée par le fait qu'il faille assurer la protection de plusieurs droits apparaissant *a priori* s'opposer. En outre, l'autonomie d'effectuer des choix fondamentaux quant à sa personne doit être conciliée avec la protection de l'égalité de toutes les vies, incluant celles des personnes discriminées ou autrement vulnérables. De plus, respecter la norme de l'article premier pose ici une difficulté singulière : le régime législatif choisi doit être constitué de règles de droit qui délimitent de façon justifiée tous les droits en jeu dans le contexte où ceux-ci peuvent faire l'objet non seulement de *violations*, mais aussi de *renonciations*.

L'article premier pose la norme justificative applicable afin de déterminer si toute *limitation* aux droits et libertés protégés par la Charte canadienne est constitutionnelle. Pour déterminer si une limite est-elle justifiée, la Cour suprême a développé un test analytique en deux étapes : (1) Est-ce que la règle de droit contestée limite un droit constitutionnel ? (2) Le cas échéant, cette limitation est-elle justifiée dans notre société libre et démocratique ? Prenons l'exemple d'une règle législative limitant *prima facie* le droit à la liberté de personnes souffrant de problèmes de santé mentale d'obtenir une aide médicale à mourir de façon contraire à l'article 7 de la Charte canadienne⁵⁴. Cette règle sera justifiée s'il est démontré (a) qu'elle poursuit un objectif légitime ; et (b) que les moyens choisis par le parlement sont proportionnés à cet objectif. Tel sera le cas (i) s'il existe un lien rationnel entre l'objet et les moyens choisis ; (ii) la limite est nécessaire, c'est-à-dire si le droit à la liberté est limité de façon minimale compte tenu de l'ensemble des droits constitutionnels que le législateur a la responsabilité de protéger ; et (iii) si les effets préjudiciables de la règle législative sont proportionnés par rapport aux effets bénéfiques⁵⁵.

Le fait que le législateur poursuive un objectif légitime est rarement remis en cause par les tribunaux⁵⁶. C'est plutôt l'inter-

54. L'article 7 ne prévoit pas que les droits à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne ne peuvent pas être restreints, mais plutôt qu'ils ne peuvent l'être contrairement aux principes de justice fondamentale.

55. *R c Oakes*, [1986] 1 RCS 103 [*Oakes*] ; *Alberta c Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 RCS 567 [*Hutterian Brethren*] ; *Frank c Canada (Procureur général)*, 2019 CSC 1, [2019] 1 RCS 3 [*Frank*].

56. *Hutterian Brethren*, *supra* note 55 au para 191 (j LeBel).

prétation de cet objectif législatif (légitime) qui sera déterminante du lien rationnel qui pourra être tracé entre celui-ci et la règle de droit limitant les garanties constitutionnelles visées. Par exemple, la Cour suprême a reconnu dans l'arrêt *Carter* que protéger les personnes vulnérables est un objectif légitime et qu'il existe un lien rationnel entre cet objet et le fait de restreindre l'accès à l'aide médicale à mourir⁵⁷.

À supposer que la mesure choisie par le parlement permette rationnellement d'atteindre un objectif légitime, il faut déterminer si la limitation au droit en cause est « minimale ». Cette analyse doit être adaptée au contexte concret. Il ne saurait être question d'atteindre un seuil virtuel de limitation à ce point minimal qu'il ne soit pas *réellement* possible de le mettre en pratique tout en assurant pleinement l'objectif de la loi. Démontrer qu'une limite à un droit est significative – voire accablante – du point de vue du plaignant ne permet pas logiquement de démontrer que cette limite n'était pas nécessaire, notamment afin que le législateur satisfasse l'ensemble de ses responsabilités constitutionnelles. La véritable question à se poser est celle de savoir si cette atteinte « va trop loin *par rapport à l'objectif du législateur* »⁵⁸. Il n'est pas tenu compte de moyens moins attentatoires qui ne permettraient pas de réaliser l'objectif législatif⁵⁹, par exemple maximiser le libre-choix et l'autonomie.

Même lorsque l'importance de l'atteinte est correctement examinée en rapport avec l'objectif législatif poursuivi, il ne saurait être question d'atteindre un seuil d'atteinte qui soit parfaitement minimal : « L'article premier de la Charte n'exige pas que la restriction au droit soit, en rétrospective, parfaitement équilibrée, mais seulement qu'elle soit "raisonnable" et que sa "justification puisse se démontrer"⁶⁰. »

Les critères de l'atteinte minimale et de la proportionnalité entre les effets bénéfiques et préjudiciables constituent donc en

57. Notons que cela ne signifie pas que les tribunaux ne pourraient pas être amenés à (ré)interpréter cet objectif ou à reconnaître des objectifs additionnels à l'enca-drement législatif de l'aide médicale à mourir.

58. *Québec (Procureur général) c A*, 2013 CSC 5, [2013] 1 RCS 61 au para 442 (italiques de la j McLachlin).

59. *Hutterian Brethren*, *supra* note 55 au para 54.

60. *Ibid* au para 37 (nos soulignements).

quelque sorte le cœur du « test de proportionnalité » en vertu de l'article premier. Dans l'arrêt *Carter* comme dans plusieurs litiges, c'est le critère de l'atteinte minimale qui s'est avéré crucial⁶¹. Or, ce critère doit être ajusté dans le cas spécifique où les droits en cause sont l'objet de restrictions et de *renonciations*, comme c'est le cas en matière d'aide médicale à mourir.

En effet, il découle de l'arrêt *Carter* qu'il est possible de « renoncer » au droit à la vie⁶². Si le droit à la vie englobait dans sa sphère de protection un « droit à la mort », la personne qui demande une aide médicale à mourir *exercerait* ce droit. Que la Cour suprême ait rejeté cette interprétation ne signifie pas « que la formulation existentielle du droit à la vie *exige* une prohibition absolue de l'aide à mourir, ou que les personnes ne peuvent « renoncer » à leur droit à la vie. Il en résulterait une « obligation de vivre » plutôt qu'un « droit à la vie » ». Il en résulte plutôt que lorsqu'une personne demande une aide à mourir, celle-ci *exerce* notamment son droit à l'autonomie et *renonce* aux protections du droit à la vie qu'elle pourrait autrement opposer à toute action de l'État qui aurait pour effet direct ou indirect de causer sa mort⁶³.

Toute règle de droit qui (dé)limite les droits et libertés doit constituer une limitation raisonnable et proportionnée au sens de l'article premier. Un régime législatif encadrant l'aide médicale à mourir doit ainsi limiter de façon proportionnée tout autant le droit à l'autonomie *exercé* par un requérant contestant une disposition lui restreignant cette option que le droit à la vie auquel cette personne a *renoncé* pour elle-même, mais qui protège aussi toutes les personnes, incluant celles discriminées ou autrement vulnérables. Un *poids égal* doit être accordé à toutes les valeurs constitutionnelles protégées, incluant l'autonomie, la sécurité, la vie et l'égale valeur de tous.

Une renonciation à un droit fondamental est une transaction juridique et éthique par laquelle le renonçant lève certaines immunités ou certains droits autrement opposables à l'État ou à autrui. Une renonciation au droit à la vie emporte ainsi la levée de

61. *Hutterian Brethren*, *supra* note 55 au para 191 (j Lebel).

62. *Carter*, *supra* note 5 au para 63.

63. Voir notre analyse à la sous-section 1.1b).

l'immunité corrélative au « droit de ne pas mourir »⁶⁴. Or, qu'une personne renonce *pour elle-même* aux protections du droit à la vie, par exemple en refusant un traitement médical vital, est une chose. Que cette renonciation individuelle soit *opposée judiciairement* pour contester la constitutionnalité de la règle de droit commune ayant pour objet de protéger le droit de ne pas mourir et l'égalité de toutes les vies en est une autre.

Que signifie cette nuance lorsqu'il s'agit de mettre en œuvre le test de l'article premier de la Charte canadienne ? Premièrement, le seul consentement individuel ne peut suffire à *justifier substantivement* la renonciation à un droit constitutionnel garanti contre toute limite qui ne serait pas justifiée dans notre société libre et démocratique. De la même façon qu'une loi ne peut limiter un droit fondamental sans que cela soit justifié, une personne ne peut pas légalement *opposer* à l'État n'importe quel consentement, peu importe le contexte et les conséquences. Cela est d'autant plus vrai lorsque la volonté *individuelle* de renoncer à un droit constitutionnel est opposée à la protection *collective* du même droit assurée par une mesure législative générale. Bref, s'il est possible de renoncer pour soi-même à un droit dans un contexte précis, il n'est pas possible de renoncer au droit et à la norme constitutionnelle suprême de l'article premier. Il en va du respect de la primauté du droit⁶⁵.

Deuxièmement, le test de proportionnalité doit être adapté en contexte de renonciation. Pour ce faire, une précision préliminaire sur le langage des droits⁶⁶ propre à l'analyse prescrite par l'article premier s'impose. Selon ce langage, les limitations législatives aux droits constituent des *violations* pouvant être justifiées.

64. Sur la notion d'immunité corrélative à un droit, voir Wesley Newcomb Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning* (édité par W Cook), New Haven, Yale University Press, 1919. Plus généralement sur la renonciation aux droits et libertés de la personne, voir Karine Millaire « Les droits et libertés fondamentaux susceptibles de renonciation : Une approche à repenser », (2019) 60:4 *Les Cahiers de droit* 991.

65. Pour une analyse approfondie de cette question, voir Karine Millaire, « La renonciation aux droits et libertés constitutionnels », thèse de doctorat soumise au soutien du diplôme de Ph.D. en Droit, Université d'Ottawa, juillet 2020 ; Karine Millaire, « Waiver of Constitutional Rights and Section 1 of the Canadian Charter » [à paraître].

66. Nous faisons référence au langage définissant les droits et leurs limites adopté par la Cour suprême dans l'arrêt *Oakes*, *supra* note 55.

Cette conceptualisation peut nous mener à envisager le rôle de la législation de façon suspecte : les choix législatifs des parlementaires ne constitueraient que de possibles *restrictions* aux droits ne pouvant qu'être *sauvegardées*, le cas échéant. Il faut éviter l'erreur d'en conclure que la législation s'oppose forcément à la protection des droits et libertés⁶⁷. En effet, ce sont souvent les *mêmes valeurs* qui sont protégées par la législation et les garanties de la Charte canadienne. Qui plus est, les parlements ont la responsabilité éthique et démocratique de protéger toutes les valeurs enchâssées dans la Charte. L'intervention du législateur est plus que compatible avec la protection de nos droits ; elle est *nécessaire* pour assurer concrètement nos libertés fondamentales, notre sécurité ou le fait que nous puissions jouir de nos droits sans discrimination, par exemple⁶⁸.

En contexte de renonciation, la loi contestée peut viser à protéger les mêmes valeurs constitutionnelles garanties par le droit auquel une personne a renoncé. Par exemple, que le *Code criminel* ne permette pas à toute personne souffrant de troubles de santé mentale de renoncer au droit à la vie afin d'obtenir une aide médicale à mourir peut constituer une limitation aux droits à l'autonomie et à la sécurité. Or, cette restriction législative peut avoir pour objet de protéger et promouvoir les valeurs constitutionnelles *collectivement* garanties par le même droit auquel un plaignant aurait *individuellement* choisi de renoncer – l'égalité protection de toutes les vies, incluant les plus vulnérables.

Dans ce contexte précis, la limitation au droit à l'autonomie, par exemple, n'a pas à être *strictement minimale* pour être raisonnable et justifiée au sens de l'article 1. Au contraire, la loi doit protéger également *tous* les droits constitutionnels en jeu. C'est d'ailleurs ce qu'a conclu la Cour suprême dans l'arrêt *Carter* :

Il est difficile de justifier une violation de l'art. 7 : voir *Renvoi relatif à la Motor Vehicle Act*, p. 518 ; G. (J.), par. 99. [...] Cependant, il peut

67. Grégoire Webber « Rights and Persons » dans Webber et al, *Legislated Rights – Securing Rights Through Legislation*, Cambridge (R-U), Cambridge University Press, 2018, 27.

68. Sur le rôle fondamental de la législation dans la mise en œuvre des droits de la personne, voir notamment Webber, *Ibid.* Voir aussi Daniel Weinstock « Philosophical Reflections on the Oakes Test », dans Luc B. Tremblay et Grégoire C.N. Webber, dir, *La limitation des droits de la Charte : Essais critiques sur l'arrêt R. c. Oakes*, Montréal, Thémis, 2009, 115.

arriver parfois que l'État soit en mesure de démontrer que le bien public – une question ne relevant pas de l'art. 7, qui tient uniquement compte de l'effet de la loi sur les personnes revendiquant les droits – justifie que l'on prive une personne de sa vie, de sa liberté ou de sa sécurité en vertu de l'article premier de la *Charte*. Plus particulièrement, dans des cas comme celui en l'espèce où les intérêts opposés de la société sont eux-mêmes protégés par la *Charte*, une restriction aux droits garantis par l'art. 7 peut, en fin de compte, être jugée proportionnée à son objectif.⁶⁹

Pour être justifiée en vertu de l'article premier, une limitation des droits à l'autonomie et à la sécurité de la personne ne saurait devoir être moindre qu'une limitation des droits à la vie et à l'égalité. Suivant une jurisprudence constante de la Cour suprême, « [i]l faut se garder d'adopter une conception hiérarchique des droits, tant dans l'interprétation de la *Charte* que dans l'élaboration de la common law »⁷⁰. Lorsqu'il s'agit de déterminer si une loi limitant l'accès à l'aide médicale à mourir est *proportionnée* à son objectif de protéger les personnes vulnérables ainsi que l'ensemble des valeurs constitutionnalisées par la Charte canadienne, les valeurs protégées par les droits limités par la loi doivent se voir conférer le même poids que celles protégées par les droits (dé) limités par la renonciation de l'individu.

En d'autres termes, le test de proportionnalité exigé par la norme de l'article 1 doit mettre dans la balance et octroyer le même poids aux valeurs constitutionnelles protégées par les droits à la vie, la liberté, la sécurité et l'égalité de toutes les personnes, incluant celles victimes de discrimination ou autrement vulnérables.

2. LA CONSTITUTIONNALITÉ DU RÉGIME LÉGISLATIF DÉCOULANT DE L'ADOPTION DU PROJET DE LOI FÉDÉRAL C-7

L'analyse qui suit vise d'abord à décrire les principaux changements au régime fédéral encadrant l'accès à l'aide médicale à mourir. Nous analysons ensuite la constitutionnalité du régime général issu de l'adoption du projet de loi C-7, ce à la lumière des

69. *Carter*, *supra* note 5 au para 95 (nos soulignements).

70. *Dagenais c Société Radio-Canada*, [1994] 3 RCS 835 à la p 839.

responsabilités du législateur quant à la protection des droits et libertés fondamentaux touchés.

2.1 Le régime fédéral tel que modifié par le projet de loi C-7

Bien qu'adopté dans la foulée du jugement *Truchon* par lequel la Cour supérieure du Québec a déclaré inconstitutionnel le critère d'admissibilité de « mort naturelle devenue raisonnablement prévisible », le projet de loi C-7 a apporté plusieurs autres modifications au régime fédéral d'aide médicale à mourir. La présente section a pour objet de décrire les principales modifications pertinentes à l'examen de la constitutionnalité du régime.

a) L'abrogation du critère limitant l'accès à l'aide médicale à mourir aux personnes dont la mort naturelle est devenue raisonnablement prévisible

En vertu de l'alinéa 241.2(1)c) du Code criminel, seule une personne « affectée de problèmes de santé graves et irrémédiables » est admissible à l'aide médicale à mourir. Le paragraphe 241.2(2) précise qu'une personne est affectée de problèmes de santé graves et irrémédiables si : « a) elle est atteinte d'une maladie, d'une affection ou d'un handicap graves et incurables ; b) sa situation médicale se caractérise par un déclin avancé et irréversible de ses capacités ; c) sa maladie, son affection, son handicap ou le déclin avancé et irréversible de ses capacités lui cause des souffrances physiques ou psychologiques persistantes qui lui sont intolérables et qui ne peuvent être apaisées dans des conditions qu'elle juge acceptables ». En sus de ces critères, l'alinéa 241.2(2)d) du *Code criminel* prévoyait que « [la] mort naturelle [de la personne devait être] devenue raisonnablement prévisible compte tenu de l'ensemble de sa situation médicale, sans pour autant qu'un pronostic ait été établi quant à son espérance de vie ». Cet alinéa a été abrogé.

b) La « maladie mentale » comme seule condition médicale invoquée pour fonder la demande officielle d'aide médicale à mourir

Une personne ne peut demander et recevoir une aide médicale à mourir sur le seul fondement de la maladie mentale. Le

paragraphe 241.2(2.1) du *Code criminel* précise que, pour l'application de l'alinéa 241.2(2)a), la maladie mentale n'est pas considérée comme « une maladie, une affection ou un handicap ». Or, les personnes dont la mort n'est pas raisonnablement prévisible et qui souffrent de multiples conditions de santé graves dont un *trouble de santé mentale* sont admissibles.

Toutefois, en vertu du paragraphe 1(2.1) et de l'article 6 du Projet de loi C-7, le paragraphe 241.2(2.1) du *Code criminel* sera abrogé au deuxième anniversaire de la sanction du Projet de loi C-7. Nous abordons ce changement à la sous-section 2.2c).

c) La mise en place de mesures de sauvegarde distinctes selon que la mort naturelle du patient est devenue raisonnablement prévisible ou non

Bien que la mort d'un patient n'ait plus à être raisonnablement prévisible pour qu'il puisse avoir accès à l'aide médicale à mourir, le *Code criminel* prévoit désormais des mesures de sauvegarde différentes selon que la mort est effectivement raisonnablement prévisible ou non. Le tableau qui suit⁷¹ compare les mesures de sauvegarde en vigueur dans la précédente version du *Code criminel*, celles prévues lorsque la mort naturelle est prévisible et celles applicables lorsque la mort n'est pas raisonnablement prévisible :

Mesures de sauvegarde antérieures (version précédente du par 241.2(3) du <i>Code criminel</i>)	Mesures de sauvegarde applicables lorsque la mort naturelle est prévisible (par 241.2(3) modifié et nouveaux par 241.2(3.2) à (3.5) du <i>Code criminel</i>)	Mesures de sauvegarde applicables lorsque la mort naturelle n'est pas prévisible (nouveau par 241.2(3.1) du <i>Code criminel</i>)
Le médecin ou l'infirmier praticien est d'avis que la personne satisfait à tous les critères prévus au par 241.2(1).	Aucun changement	Aucun changement

71. Ce tableau constitue une version adaptée de Julia Nicol et Marlisa Tiedemann, « Résumé législatif du projet de loi C-7 : *Loi modifiant le Code criminel (aide médicale à mourir)* », Bibliothèque du Parlement, Division des affaires juridiques et sociales, 23 octobre 2020.

La demande d'aide médicale à mourir (AMM) a été faite par écrit et elle a été datée et signée après que la personne a été avisée qu'elle est affectée d'un problème de santé grave et irrémédiable.	Aucun changement	Aucun changement
La demande a été datée et signée devant deux témoins indépendants.	La demande a été datée et signée devant un témoin indépendant.	La demande a été datée et signée devant un témoin indépendant.
La personne a été informée qu'elle pouvait, en tout temps et par tout moyen, retirer sa demande.	Aucun changement	Aucun changement
Un deuxième médecin ou infirmier praticien a fourni un avis écrit confirmant le respect de tous les critères.	Aucun changement	Un deuxième médecin ou infirmier praticien a fourni un avis écrit confirmant le respect de tous les critères. Si le premier médecin ou infirmier praticien ne possède pas l'expertise en ce qui concerne la condition à l'origine des souffrances de la personne, l'avis écrit doit être fait par un médecin ou un infirmier praticien possédant cette expertise, ou après avoir consulté un autre médecin ou infirmier praticien qui possède une telle expertise.
Le médecin ou l'infirmier praticien et le deuxième médecin ou infirmier praticien sont indépendants l'un de l'autre.	Aucun changement	Aucun changement
Au moins 10 jours francs se sont écoulés entre le jour où la demande a été signée et celui où l'AMM est fournie (à moins que la mort de la personne ou la perte de capacité à fournir un consentement éclairé ne soit imminente).	Disposition abrogée	Au moins 90 jours francs se sont écoulés entre le jour auquel commence la première évaluation et celui où l'AMM est fournie ou, si toutes les évaluations sont terminées et que les deux médecins ou infirmiers praticiens jugent que la perte de la capacité de la personne à consentir à recevoir l'AMM est imminente, un délai plus court selon ce que le premier médecin ou infirmier praticien juge indiqué dans les circonstances.

Immédiatement avant de fournir l'AMM, la personne a la possibilité de retirer sa demande et le médecin ou l'infirmier praticien s'assure qu'elle y consent expressément.	Immédiatement avant de fournir l'AMM, la personne a la possibilité de retirer sa demande et le médecin ou l'infirmier praticien s'assure qu'elle y consent expressément. Toutefois, il est possible de renoncer à la vérification du consentement final si certaines conditions sont réunies.	Immédiatement avant de fournir l'AMM, la personne a la possibilité de retirer sa demande et le médecin ou l'infirmier praticien s'assure qu'elle y consent expressément. Toutefois, il est possible de renoncer à la vérification du consentement final si certaines conditions sont réunies. Les cas où la renonciation est possible sont plus limités que lorsque la mort naturelle est raisonnablement prévisible.
Si la personne éprouve de la difficulté à communiquer, les mesures nécessaires doivent être prises pour lui fournir un moyen de communication fiable afin qu'elle puisse comprendre les renseignements qui lui sont fournis et faire connaître sa décision.	Aucun changement	Aucun changement
Aucun équivalent	Aucun équivalent	La personne a été informée des moyens <u>disponibles</u> * pour soulager ses souffrances, notamment, lorsque cela est indiqué, les services de consultation psychologique, les services de soutien en santé mentale, les services de soutien aux personnes handicapées, les services communautaires et les soins palliatifs et il lui a été offert de consulter les professionnels compétents qui fournissent de tels services ou soins.
Aucun équivalent	Aucun équivalent	Les deux médecins ou infirmiers praticiens ont discuté avec la personne des moyens raisonnables et <u>disponibles</u> * de soulager ses souffrances et ils s'accordent avec elle sur le fait qu'elle les a sérieusement envisagés.

* La loi ne garantit pas que ces services devront effectivement avoir été disponibles à la satisfaction du patient, en fonction de ses besoins spécifiques.

d) *L'assouplissement des mesures de sauvegarde applicables à la fois lorsque la mort du patient est raisonnablement prévisible et lorsqu'elle ne l'est pas*

Le projet de loi C-7 a réduit les mesures de sauvegarde mise en place afin d'assurer que l'aide médicale à mourir soit un choix pleinement autonome et consenti de manière libre et éclairé.

Premièrement, lorsque la mort du patient est raisonnablement prévisible, le délai de réflexion de dix jours antérieurement observable pour s'assurer du caractère final du choix du patient a été supprimé⁷².

Lorsque la mort du patient n'est pas raisonnablement prévisible, par exemple lorsque la demande est fondée sur un handicap, un délai d'attente de 90 jours doit s'écouler entre le jour de la première évaluation et celui où a lieu l'aide médicale à mourir. Toutefois, ce délai peut être levé si deux médecins ou infirmiers praticiens jugent que la perte de la capacité de la personne à consentir est imminente. Le cas échéant, le médecin ou l'infirmier praticien qui doit fournir l'aide médicale à mourir détermine un délai d'attente approprié dans les circonstances⁷³.

Deuxièmement, une seule personne doit désormais être témoin de la signature de la demande d'aide médicale à mourir, alors que la loi exigeait antérieurement deux témoins. Cette modification s'applique indépendamment que la mort du patient soit raisonnablement prévisible ou non⁷⁴.

De plus, les personnes autorisées à agir comme témoins incluent désormais celles qui fournissent directement des soins de santé ou des soins personnels à la personne qui fait la demande d'aide médicale à mourir, si la prestation de soins est leur occupation principale et qu'elles sont rémunérées pour fournir ces soins⁷⁵. Il demeure toutefois que la personne qui fournit directement l'aide médicale à mourir ou qui effectue la deuxième évaluation ne peut agir comme témoin.

72. Al 241.2(3)g) modifié.

73. Nouvel al 241.2(3.1)i) du *Code criminel*.

74. Al 241.2(3)c) modifié et nouvel al 241.2(3.1)c) du *Code criminel*.

75. Voir le par 241.2(5.1) du *Code criminel*. Ces personnes ne pouvaient agir comme témoins en vertu de la précédente version du par 241.2(5).

Enfin, la loi prévoit désormais la possibilité de renoncer à formuler un consentement libre et éclairé au moment où l'aide médicale à mourir est fournie lorsque la mort naturelle est raisonnablement prévisible. Cette renonciation au consentement est abordée au point suivant.

e) *La renonciation au consentement libre et éclairé au moment où l'aide médicale à mourir est fournie*

En vertu des paragraphes 241.2(3.2) à (3.5) du *Code criminel*, une personne dont la mort est raisonnablement prévisible peut renoncer à l'avance à formuler un consentement libre et éclairé lorsque l'aide médicale à mourir est administrée. Cette modification vise à pallier les situations où le patient peut perdre la capacité de formuler à nouveau ce consentement final.

Le paragraphe 241.2(3.2) du *Code criminel* énumère les conditions qui doivent être réunies pour que l'aide médicale à mourir puisse être fournie sans que la personne ait à donner son consentement immédiatement avant le traitement. En outre, l'alinéa 241.2(3.2)c) prévoit que le patient ne doit pas manifester « par des paroles, sons ou gestes, un refus que la substance lui soit administrée ou une résistance à ce qu'elle le soit ». Le paragraphe 241.2(3.3) indique toutefois « que des paroles, des sons ou des gestes involontaires en réponse à un contact ne constituent pas une manifestation de refus ou de résistance pour l'application de l'alinéa (3.2)c) »⁷⁶.

2.2 La constitutionnalité du nouveau régime législatif : quelques interrogations

Les modifications au régime fédéral étant vastes, de nombreuses interrogations se posent quant à la constitutionnalité du système normatif global ainsi mis en place⁷⁷. En outre, les règles

76. Par ailleurs, le par 241.2(3.5) du *Code criminel* prévoit le consentement préalable dans le cas particulier de l'autoadministration.

77. Bien que les législatures provinciales puissent adopter, dans une mesure limitée, des règles différentes quant à l'administration de l'aide médicale à mourir, il demeure que le *Code criminel* pose un cadre normatif devant être impérativement respecté par la législation et la réglementation provinciales ainsi que les lignes directrices des ordres professionnels visés. Le régime fédéral façonne donc significativement l'ensemble du régime réglementaire en matière d'aide médicale à mourir.

intéressant la protection de l'autonomie et du consentement libre et éclairé méritent d'être analysées en détail⁷⁸. La présente étude se penche sur trois autres questions fondamentales. Premièrement, le législateur devait-il modifier le régime législatif en raison du jugement *Truchon* ayant déclaré inconstitutionnel le critère de « mort naturelle devenue raisonnablement prévisible » ? Ce nouveau régime protège-t-il les droits à l'autonomie et à l'égalité substantive ? Enfin, l'inclusion dans le *Code criminel* d'une disposition prévoyant que la maladie mentale comme seule condition au soutien de la demande sera automatiquement légalisée dans deux ans est-elle constitutionnelle ?

a) *Le législateur devait-il modifier le régime en raison du jugement Truchon ayant déclaré inconstitutionnel le critère de « mort naturelle devenue raisonnablement prévisible » ?*

Dans l'opinion publique comme au sein de la communauté juridique, les modifications législatives découlant du projet de loi C-7 ont largement été comprises comme étant constitutionnelle-

78. En outre, les mesures de sauvegarde visant à assurer le consentement pleinement libre et éclairé ont été généralement réduites (voir la sous-section 2.1d)). La loi prévoit également la possibilité de renoncer à consentir à l'aide médicale à mourir au moment où celle-ci est administrée. Le consentement à l'avance n'est pas pris en compte si le patient manifeste « par des paroles, sons ou gestes, un refus que la substance lui soit administrée ou une résistance à ce qu'elle le soit ». Toutefois, si ces manifestations apparaissent « involontaires », on pourra conclure qu'il ne s'agit pas d'un refus réel ou d'une « résistance » à aller de l'avant. Ces assouplissements ouvrent-ils la porte à un risque accru d'erreurs et protègent-ils au mieux l'autonomie du patient ? Plus généralement, le consentement à l'avance offre-t-il une protection accrue de l'autonomie ou s'agit-il au contraire d'une limitation de l'autonomie comprise comme permettant de modifier son choix à tout moment ? En contexte médical, il est fréquent pour le patient de consentir à l'avance à une chirurgie se déroulant alors qu'il n'est pas conscient, par exemple. Toutefois, dans le contexte du consentement sexuel et de la définition du crime d'agression sexuelle, la Cour suprême a rejeté le moyen de défense du « consentement à l'avance ». Dans l'arrêt *R c JA*, 2011 CSC 28, [2011] 2 RCS 440, un nombre dissidents de juges a opiné que l'« autonomie sexuelle » (par 138) de personnes consentantes exige de reconnaître la possibilité de consentir à l'avance à un acte sexuel précis devant se dérouler pendant une période où un partenaire n'a plus la capacité de retirer ce consentement (étant endormi, inconscient ou intoxiqué involontairement, par exemple). Or, une majorité de juges a conclu que le consentement doit pouvoir être donné et retiré à tout moment, vu les risques que la personne réalise *après* avoir repris conscience qu'elle aurait souhaité retirer son consentement au moment des faits. Prévenir ce risque est manifestement complexifié en contexte d'aide médicale à mourir, le patient ne pouvant plus réévaluer son choix après coup.

ment nécessaires. Le préambule du projet de loi débute d'ailleurs en affirmant que « le gouvernement du Canada s'est engagé à donner suite à la décision de la Cour supérieure du Québec dans l'affaire *Truchon c Procureur général du Canada* »⁷⁹, laquelle a déclaré inconstitutionnel le critère de « mort naturelle devenue raisonnablement prévisible ». Or, le jugement *Truchon* n'obligeait en rien le gouvernement fédéral à modifier le *Code criminel* comme il l'a fait. Le projet de loi C-7 a apporté plusieurs modifications qui n'étaient même pas en litige dans cette affaire. Surtout, le jugement *Truchon* comporte des erreurs de droit importantes qui nécessitaient de le porter en appel, ces erreurs s'inscrivant en faux avec la jurisprudence pertinente de la Cour suprême.

Les motifs sérieux d'en appeler de ce jugement dépassent largement les cas individuels des demandeurs Nicole Gladu et Jean Truchon, lesquels ont fait valoir leur position avec un courage et une dignité remarquables. Ce ne sont d'ailleurs pas tous les patients qui peuvent faire preuve d'une telle force, laquelle est requise pour mener à terme une contestation judiciaire de cette ampleur. Les plus vulnérables ne pourraient, de toute évidence, y parvenir. De même, les personnes discriminées ou marginalisées n'ont parfois pas de voix réelle dans l'espace public et judiciaire pour mettre en lumière le contexte systémique qui limite leurs choix et peut les porter à croire que leur vie a moins de valeur. Le régime législatif encadrant l'aide médicale à mourir doit protéger tout particulièrement les droits fondamentaux de ces personnes.

Le jugement *Truchon* pose d'entrée de jeu la question en litige suivante : « La décision *Carter* crée-t-elle un droit constitutionnel à l'aide médicale à mourir⁸⁰ ? » Or, bien qu'il y ait consacré une analyse de 43 paragraphes, le tribunal s'est gardé de répondre à cette question. Fournir une réponse claire aurait exigé de préciser que la Cour suprême a *explicitement* rejeté les arguments selon lesquels la Charte canadienne protégerait un quelconque droit à la mort ou un droit de mourir dans la dignité. Rappelons que cette nuance fondamentale n'a pas pour effet de nier l'autonomie des personnes de *renoncer* au droit à la vie en certaines circonstances. Elle appelle plutôt au respect de l'équilibre nécessaire entre les choix individuels et la protection collective du droit à la vie et

79. Projet de loi C-7, Préambule.

80. *Truchon*, *supra* note 2 au par 467.

de l'égle valeur de toutes les vies, incluant celles des personnes discriminées ou autrement vulnérables. L'arrêt unanime *Carter* a fourni une compréhension plus approfondie et juste de l'ensemble des droits et valeurs constitutionnels en jeu en matière d'aide médicale à mourir. Le jugement *Truchon* ne fait mention de cette nuance cruciale nulle part.

Cette faiblesse du jugement *Truchon* quant à l'identification préliminaire de la portée véritable des droits en jeu a mené le tribunal à commettre des erreurs de droit déterminantes, en particulier quant à l'analyse prescrite par l'article premier de la Charte canadienne. Le tribunal a effectué cette analyse à deux reprises, ayant conclu que le critère de « mort naturelle devenue raisonnablement prévisible » limitait les droits garantis aux articles 7 et 15. Indépendamment de toute autre erreur qui pourrait avoir été commise par le tribunal lorsqu'il a conclu à la violation des articles 7 et 15, nous sommes d'avis que les erreurs commises à l'étape de l'analyse justificative en vertu de l'article premier justifiaient à elles seules d'en appeler.

Premièrement, le tribunal a commis une erreur générale de droit en concluant qu'il n'avait pas à respecter le critère de la « grande déférence » prescrit par la Cour suprême à l'égard du contrôle judiciaire d'une « mesure réglementaire complexe visant à remédier à un problème social »⁸¹. De manière quelque peu contradictoire, il a pourtant reconnu que l'encadrement législatif de l'aide médicale à mourir implique « des notions de politique sociale complexes et qui milite pour la déférence envers le législateur »⁸². Là aurait dû s'arrêter son analyse.

Le tribunal a poursuivi en précisant ne pas devoir faire preuve de la déférence prescrite dans l'arrêt *Alberta c Hutterian Brethren of Wilson Colony* pour deux motifs principaux : le législateur fédéral a adopté des critères d'admissibilité à l'aide médicale à mourir qui n'avaient pas été énoncés dans l'arrêt *Carter* ; et « le régime fédéral sur l'aide médicale à mourir, et plus précisément l'exigence de la mort naturelle raisonnablement prévisible, ne constitue[rait] pas un remède concret à un problème social ou à un mal social »⁸³.

81. *Truchon*, *supra* note 2 au para 604, référant à *Hutterian Brethren*, *supra* note 55 aux para 37 et 53 et *Frank*, *supra* note 55 au para 43.

82. *Truchon*, *supra* note 2 au para 606.

83. *Ibid* au para 609.

Or, aucun de ces arguments ne peut justifier de ne pas respecter la norme de la grande déférence posée par la Cour suprême.

La norme de la grande déférence s'applique en présence d'un régime réglementaire complexe. Par définition, un tel régime est élaboré par le législateur et non les tribunaux. Lorsqu'elle a conclu que le *Code criminel* ne pouvait prohiber de façon absolue toute aide au suicide, la Cour suprême a d'ailleurs reconnu qu'il revenait au législateur d'adopter un régime complémentaire complexe⁸⁴, « un système soigneusement conçu »⁸⁵ afin de « protéger les personnes vulnérables contre les abus et les erreurs »⁸⁶. La Cour suprême n'a pas dicté mot à mot au législateur comment il devait élaborer ce régime puisqu'il ne lui revenait pas de le faire. C'est au législateur que revenait la responsabilité constitutionnelle de concevoir un régime réglementaire, ce qu'il a fait. Ce régime n'en est pas moins « complexe ». Le tribunal apparaît ainsi avoir confondu dans le jugement *Truchon* la *complexité* d'un régime juridique avec la *responsabilité constitutionnelle* d'adopter un tel régime.

Quant au deuxième argument soumis par le tribunal, nous nous expliquons mal comment celui-ci a pu conclure qu'un régime législatif encadrant l'aide médicale à mourir implique forcément « des notions de politique sociale complexes », mais que ce même régime ne peut aucunement avoir pour but de pallier le problème et le défi social complexe que représente le suicide. Se fondant sur des conclusions ne faisant pas l'unanimité au sein des communautés scientifique, éthique et juridique, le tribunal a mis de l'avant une analyse alambiquée suivant laquelle le suicide médicalement assisté, comme l'euthanasie volontaire, poserait des enjeux sociaux, éthiques et juridiques qui n'auraient absolument rien à voir avec la question complexe de la prévention du suicide⁸⁷.

Or, la Cour suprême s'est exprimée de façon très claire dans l'arrêt *Carter* : « empêcher que les personnes vulnérables soient incitées à se suicider dans un moment de faiblesse⁸⁸ » est un objectif législatif légitime. De plus, elle a précisé que l'aide médi-

84. *Carter*, *supra* note 5 au para 125.

85. *Ibid* au para 105.

86. *Ibid*.

87. *Truchon*, *supra* note 2 au para 609.

88. *Carter*, *supra* note 5 au para 74 (nos soulignements).

cale à mourir ne devait être légalisée que dans la mesure où « les risques [...] peuvent être reconnus et réduits considérablement dans un régime soigneusement conçu »⁸⁹. Avec égards, le tribunal ne pouvait jouer sur les mots comme il l'a fait dans le jugement *Truchon* et nier la conclusion de la Cour suprême. Quoi qu'il en soit, une telle discussion sémantique sur la distinction réelle entre les expressions *aide médicale à mourir*, *suicide médicalement assisté* et *suicide* ne fait paradoxalement que renforcer la conclusion selon laquelle le régime réglementaire encadrant l'aide à mourir est particulièrement complexe.

Deuxièmement, la Cour supérieure a commis une erreur de droit en n'appliquant pas le bon critère aux fins de déterminer si la limitation des droits en jeu découlant du critère de « mort naturelle devenue raisonnablement prévisible » était minimale eu égard à l'ensemble des responsabilités constitutionnelles du législateur⁹⁰. Cette erreur apparaît notamment découler du défaut d'avoir correctement cerné la portée des droits en jeu et des responsabilités conséquentes du législateur.

Le tribunal devait notamment déterminer si la limitation des droits garantis à l'article 7 invoquée par certains individus souhaitant *renoncer* au droit à la vie était justifiée. Or, la mesure législative contestée avait pour objectif d'assurer une protection *collective* à ce même droit et ainsi garantir l'égle valeur de la vie de toutes les personnes⁹¹. Dans ce contexte précis « où les intérêts opposés de la société sont eux-mêmes protégés par la *Charte* »⁹², la Cour suprême a conclu que la limitation aux droits à l'autonomie, par exemple, n'a pas à être *strictement minimale* pour être raisonnable et justifiée au sens de l'article premier. Les législateurs doivent adopter des lois offrant une protection égale à tous les droits constitutionnels en jeu⁹³. Le test de proportionnalité exigé par la norme de l'article premier doit octroyer le même poids aux

89. *Ibid* au para 27, citant *Carter BCSC*, *supra* note 18 au para 883.

90. Le tribunal a d'abord conduit cette analyse pour déterminer si la limitation à l'article 7 était justifiée. Il a précisé qu'il appliquait les mêmes principes quant à la limitation à l'article 15 tout en ajoutant des précisions. Voir *Truchon*, *supra* note 2 au para 685.

91. Cette protection collective a d'ailleurs été reconnue par le tribunal, celui-ci ayant conclu au lien rationnel entre la mesure législative et l'objectif de protéger les personnes vulnérables.

92. *Carter*, *supra* note 5 au para 95.

93. Voir la sous-section 1.2.

valeurs constitutionnelles protégées par le droit à l'autonomie et à la sécurité de sa personne, le droit de ne pas mourir et l'égalité de la vie de toutes les personnes, incluant celles victimes de discrimination systémique ou étant autrement vulnérables⁹⁴.

L'erreur du tribunal est particulièrement mise en lumière par le passage suivant :

Si l'objectif du législateur apparaît assurément louable, soit celui de protéger les personnes vulnérables [...], l'effet concret de cette exigence est de nier aux demandeurs le droit de s'en prévaloir ou la possibilité de s'enlever la vie en faisant fi de leur autonomie décisionnelle. Il n'appartient d'ailleurs pas au Tribunal de vérifier s'il existe d'autres garanties possibles, mais seulement de déterminer si celle en jeu ici est ou non conforme à la *Charte*.⁹⁵

Cet extrait illustre le poids nettement plus important accordé à l'autonomie et la « possibilité de s'enlever la vie » qu'à la protection de l'égalité de la vie de toutes les personnes, incluant les plus vulnérables. Le tribunal n'a pas procédé à l'exercice d'*équilibre* exigé sous l'article premier dans les cas spécifiques où d'autres droits protégés par la Charte sont en jeu, ce qui est le cas en contexte de renonciation au *droit de ne pas mourir*. Cette spécificité, pourtant soulignée par la Cour suprême dans l'arrêt *Carter*, est ignorée dans le jugement *Truchon*.

Qui plus est, le tribunal a octroyé un poids si disproportionné à la « liberté de s'enlever la vie » par rapport aux autres droits en jeu qu'il a imposé au législateur un fardeau virtuellement impossible. Il n'appartient certes pas au tribunal de choisir parmi différentes options possibles quelles mesures de sauvegarde mettre en place, mais il lui appartient certainement de s'assurer qu'il « existe d'autres garanties possibles » avant de déclarer inconstitutionnelle une mesure ayant l'objectif légitime de protéger les personnes vulnérables. Rappelons d'ailleurs que la Cour suprême a déclaré inconstitutionnelle la prohibition absolue d'aide au suicide dans la mesure où elle était *convaincue* qu'il était possible de concevoir un régime réglementaire complexe moins attentatoire⁹⁶.

94. Voir notre analyse plus détaillée du test sous l'article premier de la Charte canadienne à la sous-section 1.2.

95. *Truchon*, *supra* note 2 au para 688 (nos soulignements).

96. *Carter*, *supra* note 5 au para 117.

Comme l'a rappelé par Cour suprême a plusieurs reprises, le critère de l'atteinte minimale ne saurait être interprété dans l'absolu, c'est-à-dire indépendamment de l'objectif du législateur et de l'ensemble de ses responsabilités constitutionnelles⁹⁷.

Au surplus des erreurs commises quant à la mise en œuvre de l'article premier, nous sommes d'avis que le tribunal a effectué une analyse erronée de l'article 15 de la Charte canadienne. À nouveau, l'erreur de droit commise apparaît découler de l'erreur préliminaire du tribunal n'ayant pas correctement identifié la responsabilité constitutionnelle du législateur de protéger à la fois les droits à l'autonomie et à la sécurité, le *droit de ne pas mourir* et l'égalité de toutes les vies humaines. Certes, le tribunal n'a pas répondu *explicitement* par l'affirmative à la question visant à déterminer s'il existerait un « droit constitutionnel à l'aide médicale à mourir ». Toutefois, une analyse de l'ensemble de ses motifs permet de constater qu'il fonde bien sa décision sur un tel droit inexistant, contredisant ainsi la Cour suprême dans l'arrêt *Carter*.

En effet, le tribunal a conclu qu'il n'était pas pertinent de relever que la décriminalisation de la tentative de suicide ne résulte que de « l'impuissance et [d]es limites du droit criminel »⁹⁸ afin de venir en aide aux personnes capables souhaitant mettre fin à leurs jours. Pourtant, ce fait permet de souligner que le législateur fédéral n'a aucunement créé un « droit au suicide ». Un tel « droit » n'est pas davantage protégé par la Constitution, la Cour suprême ayant conclu que la Charte canadienne ne protège pas un droit de mourir, mais plutôt le droit de ne pas mourir de toutes les personnes, incluant les plus vulnérables.

Non seulement le tribunal n'a-t-il pas mentionné cette nuance fondamentale, mais encore celui-ci se fonde uniquement sur le « droit à l'autodétermination » pour écarter le fait qu'il n'existe pas de « droit au suicide ». Comme exposé précédemment, une telle rhétorique revient à superposer les garanties du droit à l'autonomie à celles du droit à la vie et à l'égalité, ce qui prive ces dernières de leur sens propre. Fort malheureusement, il en résulte l'effet pernicieux contre lequel la juge McLachlin avait judicieu-

97. Voir notamment *Québec (Procureur général) c A*, 2013 CSC 5, [2013] 1 RCS 61 au para 442 ; *Hutterian Brethren*, *supra* note 55 aux para 37 et 54.

98. *Truchon*, *supra* note 2 au para 675.

sement formulé une mise en garde : le droit à l'égalité est privé et détourné de son sens véritable⁹⁹.

Ces erreurs de droit significatives justifiaient que le jugement *Truchon* soit porté en appel. Le législateur fédéral a préféré retirer immédiatement le critère de la « mort naturelle devenue raisonnablement prévisible » du *Code criminel*. Si le Parlement a ainsi pensé rendre le régime encadrant l'aide médicale à mourir davantage constitutionnel, rien n'est moins certain.

b) Le régime protège-t-il les droits à l'autonomie et à l'égalité substantive ? Le cas de la discrimination systémique envers les femmes et les facteurs d'inégalités additionnels incluant la maladie mentale et le handicap

Le nouveau régime législatif autorise désormais les personnes en situation de handicap souhaitant mettre fin à leurs jours pour ce motif à obtenir une aide médicale à mourir de l'État. Les personnes souffrant de problèmes de santé mentale et d'une autre maladie, affection ou handicap¹⁰⁰ dont la mort n'est pas raisonnablement prévisible peuvent également recevoir une aide à mourir. Ce changement permet que des personnes souffrant de multiples conditions les plaçant dans une situation de vulnérabilité ou de discrimination puissent « choisir » une aide médicale à mourir. Se pose ainsi sérieusement la question visant à déterminer si ce régime protège le droit à l'égalité substantive garanti à l'article 15 de la Charte canadienne.

De nombreux experts et groupes représentant les intérêts de personnes discriminées, marginalisées ou autrement vulnérables ont mis en garde le Parlement fédéral quant à la discrimination ou à la violation de droits fondamentaux qui pourrait résulter de ces changements¹⁰¹. En outre, des experts en droits humains des

99. *Rodriguez, supra* note 45 à la p 616 (j McLachlin, avec l'accord de la j L'Heureux-Dubé).

100. Au sens du par 241.2(2) du *Code criminel*.

101. Voir notamment les mémoires soumis au Comité permanent de la justice et des droits de la personne de la Chambre des communes dans le cadre de l'étude du projet de loi C-7 par Inclusion Canada (« Modification visant à assurer les droits des personnes handicapées : projet de loi C-7 »), Karine Millaire (« Parliament's Constitutional Responsibilities under the Canadian Charter, Mental Disorders

Nations Unies ainsi que le Rapporteur spécial sur les droits des personnes handicapées ont dénoncé que l'aide médicale à mourir puisse être choisie par des personnes handicapées en raison de ce motif de discrimination. Selon ces experts, un régime législatif qui autorise à recevoir une mort assistée demandée en raison d'un handicap viole l'article 10 de la *Convention relative aux droits des personnes handicapées*¹⁰².

as an Additional Underlying Condition and Women Victims of Sexual Abuse and Domestic Violence », la Norme sur la protection des personnes vulnérables (« Personnes handicapées qui vivent des souffrances systémiques : lacunes du système de surveillance de l'aide médicale à mourir »), Trudo Lemmens et Mary J. Shariff (mémoire conjoint), l'Institut de recherche et de développement sur l'intégration et la société (« Projet de loi C-7 L'optique des personnes ayant une incapacité ») et la Société canadienne des médecins de soins palliatifs ainsi que les témoignages présentés à ce même comité par le Collectif des médecins contre l'euthanasie (D^{re} Catherine Ferrier), le Réseau d'action des femmes handicapées du Canada (Bonnie Brayton), le Conseil des Canadiens avec déficiences (Heidi Janz et Taylor Hyatt), le Centre de toxicomanie et de santé mentale de Toronto (D^r Tarek Rajji), en ligne : <<https://www.noscommunes.ca/Committees/fr/JUST/StudyActivity?studyActivityId=10983212>>. Voir également les mémoires présentés au comité permanent des Affaires juridiques et constitutionnelles du Sénat dans le cadre de l'étude du projet de loi C-7 par le Wabanaki Council on Disability (« De l'isolement à l'autodétermination »), le D^r Scott Kim (« Aide médicale à mourir lorsqu'un trouble mental est le seul problème médical invoqué (AMM-TM-SPMI) : ce qu'il en est dans la pratique »), Trudo Lemmens, professeur, Faculty of Law & Dalla Lana School of Public Health, University of Toronto, Mary J. Shariff, professeure agrégée et doyenne associée à la faculté de droit de l'Université du Manitoba, D^{re} Leonie Herx, présidente de division et professeure agrégée en médecine palliative à l'Université Queen's, en ligne : <https://sencanada.ca/fr/comites/LCJC/Memoires/43-2?oor_id=552234>, ainsi que les témoignages devant ce même comité de Gérard Quinn, rapporteur spécial sur les droits des personnes handicapées du Conseil des droits de l'homme des Nations unies, Elizabeth Sheehy, professeure émérite de droit à l'Université d'Ottawa, D^r Naheed Dosani, médecin en soins palliatifs et fondateur du Palliative Education and Care for the Homeless de Toronto, Jonathan Marchand, président de la Coop ASSIST — Coopérative québécoise pour la vie autonome, Sarah Jama, organisatrice principale du Disability Justice Network of Ontario (1^{er} février 2021), en ligne : <<https://sencanada.ca/fr/Content/Sen/Committee/432/LCJC/10ev-55128-f>>, Scott Robertson, représentant de l'Association du Barreau autochtone, Jonas-Sébastien Beaudry, professeur à la Faculté de droit et chercheur à l'Institut des politiques sociales et de la santé de l'Université McGill (2 février 2021), en ligne : <<https://sencanada.ca/fr/Content/Sen/Committee/432/LCJC/11ev-55129-f>>.

102. Gerard Quinn (Rapporteur spécial aux droits des personnes handicapées), Olivier De Schutter (Rapporteur spécial sur les droits de l'homme et l'extrême pauvreté) et Claudia Mahler (Experte indépendante chargée de promouvoir l'exercice par les personnes âgées de tous les droits de l'homme), « Disability is not a reason to sanction medically assisted dying – UN experts », déclaration formulée le 25 janvier 2021, en ligne : <<https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=26687&LangID=E>>.

Dans l'arrêt *Carter*, la Cour suprême a conclu que la Charte canadienne exige de protéger l'autonomie d'effectuer des choix fondamentaux en fin de vie afin de respecter et promouvoir l'égalité humaine de toutes les personnes. Or, le « sentiment de dignité et d'autonomie »¹⁰³ de chaque personne est profondément lié au contexte social systémique au sein duquel une personne vit. En contexte d'inégalités, les personnes marginalisées, victimes de discrimination ou autrement vulnérables peuvent évidemment conclure que leur vie a moins de valeur.

Comme le rappelait récemment la Cour suprême, « les gouvernements doivent se montrer “particulièrement vigilants à l'égard des effets de leurs propres politiques” sur les membres de groupes défavorisés »¹⁰⁴. La discrimination systémique est sournoise et touche des groupes caractérisés par « un éventail unique d'obstacles physiques, économiques et sociaux »¹⁰⁵. Parmi les nombreux scénarios où de tels obstacles désavantagent significativement un groupe de personnes, il est reconnu que les femmes sont victimes de discrimination systémique¹⁰⁶.

Qui plus est, une constellation d'obstacles cumulés peuvent désavantager et rendre particulièrement vulnérables les femmes en situation de handicap, victimes de violences sexuelles et conjugales ou souffrant de troubles de santé mentale, incluant le syndrome de stress post-traumatique et les autres conditions découlant du fait d'avoir subi de la violence, ainsi que les femmes racisées ou autochtones. En outre, les femmes handicapées sont deux fois plus à risque d'être victimes de violences physiques ou sexuelles. Dans le cas d'une incapacité liée à la santé mentale, les taux de victimisation sont quatre fois plus élevés. La situation économique précaire s'ajoute aux facteurs d'inégalité observés. En effet, plus d'un Canadien sur cinq ayant une incapacité liée à la santé mentale ou une incapacité cognitive a déjà vécu une situation d'itinérance. Les femmes ayant une incapacité sont également plus à

103. *Carter*, *supra* note 5 au para 68, citant *Carter BCSC*, *supra* note 18 au para 1326.

104. *Fraser*, *supra* note 30 au para 31, citant Fay Faraday, « One Step Forward, Two Steps Back? Substantive Equality, Systemic Discrimination and Pay Equity at the Supreme Court of Canada », (2020) 94 *SCLR* (2d) 301 à la p 310 ; Sophia Moreau, « The Moral Seriousness of Indirect Discrimination », dans Hugh Collins et Tarunabh Khaitan, dir, *Foundations of Indirect Discrimination Law*, Portland (Oregon), Hart Publishing, 2018, 123 à la p 145.

105. *Fraser*, *supra* note 30 au para 34.

106. Voir notamment l'arrêt *Fraser*, *supra* note 30.

risque de subir les formes les plus graves de violence, une étude ayant démontré que plus du tiers de ces femmes victimisées ont craint pour leur vie¹⁰⁷. Les femmes autochtones sont 3,5 fois plus à risque de subir de la violence que les femmes allochtones¹⁰⁸.

En vertu des modifications apportées au *Code criminel*, les personnes ayant comme *seule* condition médicale un trouble de santé mentale ne peuvent demander et recevoir une aide médicale à mourir pour ce motif¹⁰⁹. Cette exclusion est justifiée par les données et analyses identifiées comme probantes par le législateur fédéral lui-même. Ces motifs ont convaincu le législateur du danger qu'il ne respecte pas ses obligations constitutionnelles en vertu de la Charte canadienne s'il permettait l'aide à mourir aux personnes qui souffrent d'une maladie mentale au point de vouloir mettre fin à leurs jours. Comme l'indique le Résumé législatif soumis au soutien du dépôt du projet de loi C-7 par le ministre de la Justice :

D'abord, les données probantes démontrent qu'il est particulièrement difficile d'évaluer la capacité décisionnelle des personnes qui sont atteintes d'une maladie mentale qui est suffisamment grave pour justifier la présentation d'une demande d'aide médicale à mourir, et le risque d'erreur est élevé lors d'une telle évaluation. Ensuite, il est généralement plus difficile de prévoir l'évolution d'une maladie mentale que l'évolution d'une maladie physique. Enfin, l'expérience récente dans les quelques pays où l'aide médicale à mourir est permise (Belgique, Pays-Bas et Luxembourg) a soulevé quelques préoccupations. Ces inquiétudes concernent l'augmentation de ce type de cas et le nombre élevé de cas où une aide médicale à mourir a été fournie aux personnes atteintes d'une maladie mentale. Étant donné que la pratique de l'aide médicale à mourir est relativement nouvelle au Canada, le corpus de preuves et de recherches sur les pratiques actuelles et potentielles, y compris en ce qui concerne les maladies mentales, est encore en cours d'élaboration.¹¹⁰

107. Voir l'étude de Statistique Canada dans Adam Cotter, « La victimisation avec violence chez les femmes ayant une incapacité », Statistique Canada, mis à jour le 15 mars 2018. Voir également les études et références pertinentes citées.

108. « Enquête sociale générale sur la victimisation », Statistique Canada, 2014.

109. Par 241.2(2.1) du *Code criminel*.

110. Julia Nicol et Marlisa Tiedemann, « Résumé législatif du projet de loi C-7 : *Loi modifiant le Code criminel (aide médicale à mourir)* », Bibliothèque du Parlement, Division des affaires juridiques et sociales, 23 octobre 2020.

Les personnes dont la mort n'est pas raisonnablement prévisible et qui souffrent de multiples conditions de santé graves, *dont un trouble de santé mentale*, sont admissibles à une aide à mourir¹¹¹. Or, les patients souffrant de multiples conditions graves et souhaitant mourir – officiellement ou non – en raison d'un trouble de santé mentale ne sont pas moins vulnérables. Au contraire, ces patients sont sans doute parmi les plus vulnérables de tous.

Le régime fédéral modifié par le projet de loi C-7 apparaît ne pas protéger autant les patients vulnérables souffrant de multiples conditions graves que les patients vulnérables souffrant « uniquement » de maladie mentale. Non seulement ce résultat est en contradiction avec le raisonnement du gouvernement ayant justifié son choix d'exclure expressément la maladie mentale comme fondement de l'aide médicale à mourir, mais encore celui-ci pourrait s'avérer inconstitutionnel¹¹².

Le fardeau de preuve est généralement lourd pour le demandeur qui souhaite démontrer l'inconstitutionnalité d'un régime réglementaire complexe. Ce fardeau pourrait en l'espèce se trouver significativement allégé par les admissions incluses dans le résumé législatif que le ministre de la Justice lui-même a déposé à la Chambre des communes lorsqu'il a présenté le projet de loi C-7.

Le Conseil des académies canadiennes, dans un rapport dirigé par l'honorable Marie Deschamps, a documenté les données étrangères disponibles dans tous les régimes où l'euthanasie et la mort assistée sont offertes aux personnes souffrant de problèmes de santé mentale. Or, au sein des deux seuls régimes comparables, les Pays-Bas et la Belgique, plus de deux fois plus de femmes ont demandé et reçu une aide à mourir en raison de problèmes de santé mentale. En Belgique, les femmes représentaient 77 % de ce

111. La version précédente du *Code criminel* ne précisait pas *textuellement* que l'aide médicale à mourir était limitée pour les personnes souffrant de troubles de santé mentale. Toutefois, le critère de la « mort raisonnablement prévisible » avait cet effet en pratique.

112. Nous avons souligné cette incohérence dans Karine Millaire, « Parliament's Constitutional Responsibilities under the Canadian Charter; Mental Disorders as an Additional Underlying Condition; and Women Victims of Sexual Abuse and Domestic Violence », mémoire déposé dans le cadre de l'analyse du Projet de loi C-7, Comité permanent de la Justice et des droits de la personne de la Chambre des communes et Comité des Affaires juridiques et constitutionnelles du Sénat canadien, 2 novembre 2020.

type de demande. En Belgique comme aux Pays-Bas, les femmes présentent des historiques médicaux complexes et les troubles anxieux et dépressifs sont fréquents. « Dans une série de cas belges de 100 demandes consécutives [...] 13 souffraient de SSPT [syndrome de stress post-traumatique], 11 de troubles anxieux, 10 de troubles de conduite alimentaire [...]»¹¹³. »

Ces données sont préoccupantes, d'autant plus que les statistiques canadiennes démontrent que les femmes sont deux fois plus nombreuses que les hommes à souffrir de syndrome de stress post-traumatique¹¹⁴. Ces données s'ajoutent à celles précédemment énoncées quant à la prévalence des violences sexuelles et conjugales pour le groupe général des femmes ainsi que celles démontrant l'impact d'autres critères intersectoriels pouvant être la source de discrimination systémique, incluant la race, le handicap et l'identité autochtone.

Cette préoccupation est d'autant plus sérieuse qu'aucune étude préalable sur l'impact du projet de loi C-7 sur les femmes n'a été menée par le gouvernement fédéral avant son dépôt, et ce en dépit du fait qu'il se soit engagé à vérifier l'impact de ses politiques sur le genre (« sex and gender-based analysis » (SGBA))¹¹⁵. Si une telle analyse a été effectuée, celle-ci n'a pas été communiquée publiquement.

En outre, les données probantes provenant de régimes comparables démontrent qu'un nombre critique de femmes ayant un

113. Kwame McKenzie (prés) et al, « L'état des connaissances sur l'aide médicale à mourir lorsqu'un trouble mental est le seul problème médical invoqué », dans hon Marie Deschamps (prés), « L'état des connaissances sur l'aide médicale à mourir pour les mineurs matures, L'état des connaissances sur les demandes anticipées d'aide médicale à mourir et L'état des connaissances sur l'aide médicale à mourir lorsqu'un trouble mental est le seul problème médical invoqué », Conseil des académies canadiennes, Ottawa, 2018 à la p 145.

114. « Le sexe et le genre ont-ils une incidence sur les blessures de stress post-traumatique ? », Instituts de recherche en santé du Canada, août 2018, en ligne : <<https://cihr-irsc.gc.ca/f/51188.html>>.

115. « D'après les données probantes, les différences biologiques, économiques et sociales entre les différents groupes de femmes et d'hommes contribuent à l'écart entre les risques pour la santé, l'utilisation des services de soins de santé, l'interaction avec le système de santé et les résultats sur la santé ». Voir la « Politique en matière d'analyse comparative fondée sur le sexe et le genre », Santé Canada, en ligne : <<https://www.canada.ca/fr/sante-canada/organisation/transparence/rapports-gestion/portefeuille-sante-politique-matiere-d-analyse-comparative-fondee-sur-sexe-genre.html>>.

trouble de santé mentale et demandant une aide à mourir souffrent de conditions *pouvant* résulter de violences sexuelles et conjugales. Toutefois, des données établissant ce lien causal précis n'ont pas été recueillies jusqu'à présent à des fins de recherche. Les motifs expliquant pourquoi les femmes souffrant de troubles de santé mentale demandent davantage l'aide à mourir que les hommes demeurent également à préciser.

Or, la Cour suprême a récemment affirmé que « des disparités statistiques claires et constantes peuvent démontrer l'existence d'un effet disproportionné sur les membres de groupes protégés, même si la raison précise de l'effet est inconnue »¹¹⁶. Le groupe protégé – les femmes et/ou les femmes combinant différents autres facteurs de discrimination – n'a pas « le fardeau additionnel d'expliquer *pourquoi* la loi a un tel effet [puisque] la preuve statistique est en soi un signe convaincant que la loi n'a pas été structurée de manière à tenir compte de la situation du groupe »¹¹⁷.

Dans le récent arrêt *Fraser*, la Cour suprême a conclu que la discrimination systémique fondée sur le sexe peut résulter d'un régime en apparence neutre offrant les mêmes « options » aux hommes et aux femmes si une option est majoritairement choisie par les femmes et qu'il en résulte un désavantage. Le fait que les femmes puissent avoir effectué un « choix volontaire » n'est pas pertinent puisque les « les choix sont eux-mêmes façonnés par l'inégalité systémique »¹¹⁸.

Le Rapport du Conseil des académies canadiennes sur la question de la santé mentale a relevé deux opinions éthiques et juridiques opposées quant au fait qu'il faille protéger ou non les personnes effectuant des choix en contexte d'inégalités systémiques. Certains commentateurs sont d'avis que le seul consentement médical traduit les choix autonomes des personnes. Les inégalités sociales seraient inévitables et en tenir compte pour contextualiser le consentement serait « paternaliste ». Le tribunal, dans l'affaire *Truchon*, s'est fondé sur de tels arguments pour conclure

116. *Fraser*, *supra* note 30 au para 62, référant à Sandra Fredman, « Direct and Indirect Discrimination: Is There Still a Divide? », dans Hugh Collins et Tarunabh Khaitan, dir, *Foundations of Indirect Discrimination Law*, Portland (Oregon), Hart Publishing, 2018, 31 à la p 46 ; Sandra Fredman, « The Reason Why: Unravelling Indirect Discrimination », (2016), 45 *Indus LJ* 231.

117. *Fraser*, *supra* note 30 au para 63 (italiques de la j Abella).

118. *Ibid* au para 90. Voir également notre analyse à la sous-section 1.1c).

que le législateur avait une « vision paternaliste » à l'égard des personnes en situation de handicap¹¹⁹. D'autres experts ayant contribué au Rapport considèrent au contraire que les politiques publiques doivent être soigneusement adaptées pour tenir compte des inégalités, éviter de les perpétuer et contribuer à y remédier¹²⁰. Cette approche dite contextuelle prend au sérieux les inégalités et la discrimination systémiques.

Laquelle de ces approches doit prévaloir ? La Cour suprême a tout récemment tranché dans l'arrêt *Fraser* être majoritairement favorable à l'approche contextuelle. Des compréhensions de l'autonomie et de l'égalité se sont opposées de façon similaire dans cette affaire. Les juges dissidents ont conclu que les femmes étaient responsables de leur *choix* auquel elles avaient *consenti* indépendamment du fait qu'il en résulte dans les faits une disparité désavantageuse. Les juges majoritaires, sous la plume de la juge Abella, ont plutôt conclu qu'il peut résulter une discrimination d'un « choix » découlant d'un « consentement libre et éclairé », si celui-ci a pour effet de désavantager un groupe comme les femmes.

À la lumière de la jurisprudence de la Cour suprême et des faits pertinents, il est donc incertain que le régime législatif fédéral en matière d'aide médicale à mourir respecte pleinement les droits à l'autonomie et à l'égalité substantive des femmes, d'autant plus celles combinant d'autres facteurs intersectoriels de vulnérabilité comme la race, le handicap ou l'identité autochtone.

c) *L'inclusion dans le Code criminel d'une disposition prévoyant que la maladie mentale comme seule condition au soutien de la demande sera automatiquement légalisée dans deux ans est-elle constitutionnelle ?*

En vertu de la version en vigueur du *Code criminel*, la maladie mentale ne peut constituer la seule condition médicale au soutien

119. *Truchon*, *supra* note 2 au para 680.

120. Kwame Mckenzie et al, « L'état des connaissances sur l'aide médicale à mourir lorsqu'un trouble mental est le seul problème médical invoqué », *supra* note 113 aux p 190-191. Voir également Trudo Lemmens, « Charter Scrutiny of Canada's Medical Assistance in Dying Law and the Shifting Landscape of Belgian and Dutch Euthanasia Practice », (2018) 85 *SCLR* (2d) 453 ; Scott Y.H. Kim et Trudo Lemmens, « Should assisted dying for psychiatric disorders be legalized in Canada? », (2016) 188-14 *Canadian Medical Association Journal* E-337.

d'une demande d'aide médicale à mourir¹²¹. Ce choix du législateur s'appuie sur des analyses juridiques et éthiques rationnelles et il tient compte des données scientifiques probantes disponibles. Lors de l'étude du projet de loi C-7 par le Sénat et de l'audition d'experts, plusieurs sénateurs se sont montrés insatisfaits de l'état des connaissances scientifiques sur les enjeux touchant la santé mentale et l'aide médicale à mourir. Plutôt que de prendre acte de ces mises en garde et résultats scientifiques objectifs, le Sénat a choisi de forcer et diriger l'avancement de la science : un amendement législatif légalisant *automatiquement* l'aide médicale à mourir motivée uniquement par la maladie mentale dans 18 mois a été adopté. La Chambre des communes a porté ce délai à deux ans après la sanction du projet de loi C-7¹²².

Qu'une loi prévoie une période de mise en œuvre transitoire n'est évidemment pas chose nouvelle. Là où le bât blesse, c'est qu'une disposition incluse dans le *Code criminel* prévoit que l'accès à l'aide médicale à mourir pour les personnes ayant une maladie mentale sera automatiquement modifié *indépendamment* de l'avancement *objectif* et *rationnel* des connaissances sur le sujet. Cette mesure place également le législateur dans une posture contradictoire d'un point de vue constitutionnel : est-il constitutionnel de limiter *présentement* la possibilité de demander une aide à mourir sur le seul fondement de la maladie mentale ? Si tel n'est pas le cas, cette limite pourrait être déclarée inconstitutionnelle dès à présent. Le délai de deux ans ne saurait être justifié. Si, au contraire, cette limite est justifiée au regard du droit et des connaissances scientifiques *présentement* disponibles, comment savons-nous que ces connaissances auront changé d'ici deux ans et qu'elles *justifieront* le fait d'offrir l'aide à mourir aux personnes ayant comme seule condition une maladie mentale ?

En décembre 2021, la Commission spéciale sur l'évolution de la *Loi concernant les soins de fins de vie* de l'Assemblée nationale du Québec a d'ailleurs recommandé de ne pas élargir l'accès à l'aide médicale à mourir aux personnes dont le seul problème médical est un trouble mental. Dans son rapport, cette commission

121. Par 241.2(2.1) du *Code criminel*.

122. Le par 1(2.1) du Projet de loi C-7 prévoit que le par 241.2(2.1) du *Code criminel* est abrogé. L'art 6 du projet de loi C-7 prévoit que ce par 1(2.1) entre en vigueur au deuxième anniversaire de la sanction de cette loi modifiant le *Code criminel*.

transpartisane souligne le témoignage de l'Association québécoise de prévention du suicide, laquelle « appréhende “une modification de la norme sociale québécoise relative au suicide, l'amenant vers plus d'acceptabilité, voire une certaine banalisation”. Autrement dit, cela pourrait envoyer le signal que la mort soit une option légitime ou même appropriée pour les personnes atteintes de troubles mentaux. On minerait ainsi des décennies d'efforts en matière de prévention du suicide¹²³ ». Limiter l'accès aux personnes souffrant de troubles de santé mentale se justifie donc puisque le législateur peut rationnellement démontrer que cela est nécessaire pour protéger pleinement le consentement libre et éclairé, l'autonomie et l'égalité substantive des patients. De telles raisons juridiques, éthiques et scientifiques avaient initialement convaincu le ministre de la Justice du Canada de faire preuve de prudence. Que cette prudence fondée sur une analyse raisonnée ait cédé le pas au jeu politique est très préoccupant pour la protection des droits humains touchés.

CONCLUSION

Des interrogations sérieuses peuvent être soulevées quant à la constitutionnalité du régime législatif fédéral découlant de l'adoption du projet de loi C-7. Celui-ci a été élaboré en vitesse dans la foulée du jugement *Truchon* ayant déclaré inconstitutionnel le critère de « mort raisonnablement prévisible ». Sans affirmer que ce critère était parfait, celui-ci avait pour effet de prévenir que différents groupes discriminés, notamment sur le fondement du handicap, ou autrement vulnérables ne puissent choisir de mettre fin à leurs jours dans un contexte d'inégalités systémiques. De toute façon, le jugement *Truchon* comporte des erreurs de droit déterminantes à la lumière de la jurisprudence de la Cour suprême, incluant l'arrêt *Carter*, lesquelles justifiaient d'en appeler.

Certes, le législateur pouvait réviser le *Code criminel* indépendamment du jugement *Truchon*, ce qu'il a d'ailleurs fait en adoptant de nombreuses modifications qui n'étaient pas en litige

123. Association québécoise de prévention du suicide, « Aide médicale à mourir et prévention du suicide », mémoire déposé à la Commission spéciale sur l'évolution de la *Loi concernant les soins de fins de vie* à la p. 14, cité dans Commission spéciale sur l'évolution de la *Loi concernant les soins de fins de vie*, rapport final, décembre 2021, Assemblée nationale du Québec, en ligne : <<http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/commissions/cssfv-42-1/index.html>> à la p. 56.

dans cette affaire. Or, il est loin d'être certain que le nouveau régime soit conforme à la Charte canadienne et protège adéquatement les droits à l'autonomie et à l'égalité substantive. La loi offre une protection moindre aux personnes souffrant de multiples conditions graves, dont un trouble de santé mentale, qu'aux personnes souffrant uniquement d'une maladie mentale. Des données probantes démontrent que les femmes seraient plus à risque de demander une aide à mourir, ce qui est encore plus préoccupant lorsque d'autres facteurs d'inégalités systémiques comme la maladie mentale, le handicap, la race ou l'identité autochtone sont rencontrés. Qui plus est, sur insistance du Sénat, le *Code criminel* prévoit que la maladie mentale comme seule condition au soutien d'une demande sera *automatiquement* légalisée dans deux ans, alors que les connaissances scientifiques actuelles ont justifié d'écarter cette ouverture. Tout récemment, la Commission spéciale sur l'évolution de la *Loi sur les soins de fins de vie* de l'Assemblée nationale du Québec a d'ailleurs recommandé de ne pas élargir l'accès à l'aide médicale à mourir aux personnes dont le seul problème médical est un trouble mental¹²⁴.

Depuis l'arrêt *Carter*, il est possible de renoncer au droit à la vie, défini par la Cour suprême comme un « droit de ne pas mourir », pour demander une aide à mourir en certaines circonstances. Or, le seul consentement individuel ne peut suffire à justifier cette renonciation à un droit constitutionnel garanti contre toute limite qui ne serait pas justifiée dans notre société libre et démocratique selon la norme de l'article premier de la Charte canadienne. Un régime juridique restreignant notamment le droit à l'autonomie de certaines personnes souhaitant obtenir une aide médicale à mourir peut avoir pour objet de protéger les mêmes valeurs constitutionnelles *collectivement* garanties par le droit auquel les plaignants auraient *individuellement* choisi de renoncer – l'égle protection de toutes les vies, incluant celles des personnes discriminées, marginalisées ou autrement vulnérables. Dans ce contexte, la limitation aux droits du plaignant qui conteste la constitutionnalité d'une règle restreignant l'accès à l'aide médicale à mourir n'a pas à être *strictement minimale* pour être raisonnable et justifiée au sens de

124. Commission spéciale sur l'évolution de la *Loi sur les soins de fins de vie*, rapport final, décembre 2021, Assemblée nationale du Québec, en ligne : <<http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/commissions/cssfv-42-1/index.html>>.

l'article premier. Au contraire, la loi doit protéger autant *tous* les droits touchés et leur accorder un *poids égal*.

En pratique, un régime législatif encadrant l'accès à l'aide médicale à mourir pourrait être déclaré inconstitutionnel par les tribunaux notamment s'il était démontré :

- (1) que le régime n'offre pas une protection égale à tous les droits et libertés constitutionnels en jeu, par exemple en accordant plus de poids au droit à la liberté individuelle par rapport à l'égalité substantive protégeant l'égale valeur de la vie de toutes les personnes, incluant celles qui sont discriminées ou autrement vulnérables ; ou
- (2) que les droit à la vie, la liberté, la sécurité ou l'égalité de personnes discriminées ou autrement vulnérables sont violés, ce qui est davantage à risque de se produire si l'aide médicale à mourir est « choisie » en contexte d'inégalités systémiques.

Nous saluons l'ajout de dispositions au *Code criminel* donnant au ministre de la Santé un pouvoir réglementaire pour recueillir et analyser des données afin de « cerner toute inégalité – systémique ou autre – ou tout désavantage fondés soit sur la race, l'identité autochtone, le handicap ou d'autres caractéristiques, soit sur l'intersection de telles caractéristiques, dans le régime d'aide médicale à mourir »¹²⁵. Il est fortement souhaitable que ces analyses se pencheront également sérieusement sur les inégalités résultant du genre et de la condition de santé mentale.

Un comité mixte du Sénat et de la Chambre des communes doit procéder à un examen des enjeux concernant les mineurs matures, les demandes anticipées, la maladie mentale, la situation des soins palliatifs au Canada et la protection des Canadiens handicapés en vue de la révision approfondie du régime fédéral devant s'amorcer en mars 2022¹²⁶. Le Parlement fédéral pourra alors bénéficier de l'analyse d'un comité d'experts sur la question de la santé mentale dont le rapport est attendu à cette occasion ainsi que de l'analyse transpartisane québécoise de la Commission

125. Div 241.31(3)a)(i)(C)). Voir également l'al 241.31(3)a)(i) du *Code criminel*.

126. Voir l'art 5 du projet de loi C-7.

spéciale sur la révision de la *Loi sur les soins de fin de vie* communiquée en décembre 2021. Souhaitons que le prochain examen du régime fédéral se déroule à l'écart du jeu politique et qu'il porte une attention particulière aux inégalités systémiques façonnant la liberté réelle de « choisir » une aide médicale à mourir. Au-delà de prévenir les litiges constitutionnels, le législateur doit modeler ses politiques en poursuivant un objectif « ambitieux mais non utopique : s'attaquer au désavantage dès qu'il est identifié pour faire reculer les inégalités, un dossier à la fois, en vue d'atteindre un jour une égalité complète »¹²⁷.

127. *Fraser, supra* note 30 au para 136.

LISTE DES MÉMOIRES DE MAÎTRISE ET DES THÈSES DE DOCTORAT DÉPOSÉS EN 2020-2021

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Maîtrises en droit et politiques de la santé

Essais

CÔTÉ, Marie-Ève, Directives ministérielles liées à la performance dans les établissements de santé et des services sociaux : les limites posées par la déontologie et le droit professionnel.

DONTIGNY, Camille, Le recours au temps supplémentaire obligatoire : les enjeux en droit du travail et en droit disciplinaire pour les infirmières.

GUÉNARD, Jessica, Ambitions gouvernementales en matière de santé mentale au Québec : le cadre normatif en place est-il favorable à leur réalisation ?

PERREAULT-LÉVESQUE, Céleste, L'aide médicale à mourir pour seule cause de maladie mentale : pourquoi une telle procédure n'est toujours pas légalisée au Canada, et comment s'y prendre pour sa légalisation ?

SARRAZIN, Laurence, Regard critique sur la valeur légale du consentement aux soins obtenu des accusés non criminellement responsables pour cause de troubles mentaux.

SIROIS, Maude, Le traitement placebo en médecine clinique : une possible modulation du consentement libre et éclairé ?

TREMBLAY, Karine, En quête d'une définition juridique de la notion de danger en matière de garde en établissement : une analyse comparative du droit québécois, albertain et britanno-colombien.

Mémoire

BOILEAU, Élisabeth, L'efficacité de l'encadrement du secours par le médecin en dehors de ses fonctions : analyse du droit québécois à la lumière du droit comparé.

UNIVERSITÉ DE MONTRÉAL

Thèses de doctorat

KALDAS, Marian, An interdisciplinary inventory of anti-corruption solutions: towards a better anti-corruption strategy adapted to Egypt's context.

KANTA, Korotoumou, Protection de l'intérêt général et investissements directs étrangers dans le secteur minier malien : contribution aux réformes du droit OHADA.

SEMCHAT, Marwa, L'impact de l'asymétrie des pouvoirs sur le mécanisme de règlement des différends de l'OMC : vers une justice pragmatique ?

Mémoires de maîtrise

ADOM'MEGAA, Prudencio Selly, La protection de la vie privée dans le cadre de la lutte contre le terrorisme au Canada.

ARTIGAUD, Cécile, Le développement d'hydrocarbures dans l'océan Arctique et l'obligation d'entreprendre une évaluation environnementale.

BEAULAC, Marie-Aimée, L'intérêt de l'enfant en contexte d'adoption coutumière autochtone.

BEN MATOUG, Khadija, Dans les interstices du droit formel : responsabilité sociale des entreprises, soft law et gouvernance contractuelle de la chaîne d'approvisionnement mondiale.

BERTE, Tandjaman Abiba Grace, L'UEMOA : la cohabitation des juridictions intervenant dans la résolution des conflits issus des investissements internationaux.

BOILLAT-MADFOUNY, François, La confiance du public et le monopole de l'autorité publique sur l'administration de la justice pénale.

- CONTAT, Anaïs, International investment arbitration and the rule of law: the issue of legal certainty in arbitral jurisprudence dealing with human rights' protection of local populations.
- COSTANZO, Valérie P., Le projet d'un tribunal unifié de la famille au Québec ou l'impasse d'une voie d'accès à la justice.
- FOURNIER, Maxime, La personnalité du juge dans l'interprétation des lois.
- FRANCÈS, Clémence, La responsabilité civile des acteurs du contrat intelligent.
- GUEORGUIEV, Irina, La non-prolifération et le désarmement des armes nucléaires en droit international et le mécanisme de retrait des traités internationaux.
- KOFFI, Ange Marina N'gbo, L'évolution des rapports entre le juge et l'arbitre au regard des récentes réformes en droit de l'arbitrage québécois : les compétences exclusives et non exclusives du juge étatique.
- LAFLAMME, Annie, La coopération dans le nouveau Code de procédure civile : à la croisée de la procédure civile et de la déontologie.
- LANCTÔT, Aurélie, « Je m'appelle Jacques Derrida » : remarques sur la réception de Force de loi dans la pensée juridique nord-américaine.
- LAPRISE, Marie-Lou, Vers une théorie des fins de non-recevoir en droit privé québécois.
- LESAGE-BIGRAS, Élisabeth, La communication de la preuve civile au préalable dans les litiges commerciaux internationaux.
- LIMA ELLERY, Lara, Le respect du droit à la santé : analyse à partir du droit international de la personne et d'une comparaison entre les constitutions du Canada et du Brésil.
- MARLIAC, Geoffrey, La protection environnementale face au principe de spécialité de l'Organisation Mondiale du Commerce.
- MOHSNI, Wiem, La spécificité du droit international de l'environnement dans son rapport avec la souveraineté étatique.
- PERREAULT, Julie, Les appels d'offres municipaux, au lendemain de la Commission Charbonneau.

PILON, Joliane, La victime d'acte criminel : l'injustice d'une partie évincée du procès.

RACHID, Sanaâ, Regards et perspectives sur l'arbitrage conventionnel au Québec.

ROUHANA, Jad, La protection des renseignements personnels dans l'exploitation des assistants vocaux.

RUIZ-PARDO, Mélanie, La responsabilité sociétale des multinationales canadiennes à l'aune de l'AECG.

SANDOVAL, Karen, Analyse du droit de l'Union européenne face aux déplacés environnementaux.

SO, Florence, Modelling causality in law = Modélisation de la causalité en droit.

THIFFAULT-CHOUINARD, Nicolas, La preuve civile et les interactions avec les assistants vocaux, un point de vue comparé.

ZHEZHERUN, Yuliia, The right to privacy through the development of smart technologies: how our personal health data is affected.

UNIVERSITÉ MCGILL

Doctor of Civil Law

BERGER RICHARDSON, Sarah, Is safe food good food? Looking beyond safety to regulate good food systems.

CARSLEY, Stefanie, Surrogacy in Canada: Lawyers' experiences, practices and perspectives.

CHAO, Yi, A legitimate norm gets misunderstood: Finding a plausible place for the internal relocation principle in international refugee and human rights law.

CONG, Wanshu, Digital surveillance and the elimination of the human rights encounter.

DEHAIBI, Laura, Liberal property and lived property: a critique of abstract universalism in the human right to property.

GILES SAMSON, Marika, Rethinking judicial responsibility: the case of judicial persecution.

GOLDENBAUM, Daniel, Droit d'auteur et encouragement de la connaissance.

GRANADOS MORENO, Palmira, Creating more than a profitable reason for patents: A picture of the Mexican patent system in biomedicine.

HABERMACHER, Adrien, Institutional cultures and legal education at select Canadian law faculties.

IAVARONE-TURCOTTE, Cléa, « Placer le citoyen au cœur du système de justice » : Analyse d'un discours contemporain.

KENE, Shimelis, Third world state agency: a postcolonial critique of Ethiopia's antiterrorism law.

KENNEDY, Jeffrey, Public wrongs and public reason: Criminal Sentencing in a deliberative democracy.

KERKONIAN, Aram, New law for new space: the case for a comprehensive Canadian space law.

LAGANIÈRE, Guillaume, Liability for transboundary pollution in private international law: a duty to ensure prompt and adequate compensation.

SMITH, Jeffrey, After Ilulissat: Achieving coherency in international environmental law for the Arctic.

TEPPER, Eytan, The Big Bang of space governance: towards decentralized regulation of space activities.

XIA, Robert, The writing of Canadian banking history and the Canadian banking stability legacy reconsidered.

Master of Laws

ARBOLEDA RESTREPO, Juan, The struggle between public and private ordering in family law. A study of marital agreement regimes in existing conjugal relationships in the Republic of Columbia and the provinces of Quebec and Ontario.

ASHOURI, Mahan, The impact of transnational private actors on public international law in economic sanctions regime: the case of Iran's nuclear program.

BALLESTE, Roy, The exercise of vital powers: rules of military cyber operations in outer space.

- BILODEAU, Mike, The risk that cyber-attacks pose to outer space assets: how can international dialogue and cooperation help?
- BUITRAGO CARRANZA, Andrea, Fragmentation during flight: is the Warsaw Regime for liability of air carriers compatible with International Human Rights Law?
- CHINIARA, Erik, The scientific nature of law.
- COCHRAN, Nicole, Constitutionalism, colonialism, and cattle: Towards a deeper understanding of farmer-herder violence in Nigeria.
- DÉCARIE-DAIGNEAULT, Maryse, La lutte pour la justice, la vérité et la mémoire des proches des disparus de la guerre au narcotrafic au Mexique : perspective pluraliste sur la justice transitionnelle.
- DURRANI, Hafsa, Critical approach to Pakistan's counter-terrorism legislative framework.
- FARROKH AHMADI, Sorour, Bioethics in war, biological weapons and genetic means of warfare.
- KARAMAOUN, Anis Nino, At the crossroads between peacekeeping and development: The curious case of the establishment and functioning of a national human rights institution in Haiti.
- LE MOINE, François, Esquisse d'un droit de l'art au Québec.
- LEE, Sang Hoon, Transcending the legal and political uncertainty of the delimitation issue: Baseline coordination on safety and traffic management for civil aerospace flights.
- LI, Rachel, Making environmental governance work in emerging economies: a case study of China.
- MANHART, Magnus, Capability and Legal Empowerment for escaping the "Refugee Warehouse": an assessment of the Global Compact on Refugees and the Comprehensive Refugee Response Framework in Kenya.
- MUDGE, Adam, Incentivizing "Active Debris Removal" following the failure of mitigation measures to solve the space debris problem: current challenges and future strategies.

NOMURA, Tamotsu, Canadian and Japanese laws concerning the protection of privacy and personal information in the private sector – a comparative study.

PARÉ, Florence, Outlawing trans reparative therapy.

RAJU, Nivedita, The regulation of rocket emissions.

RAZA, Ghyslaine, François-Joseph Cugnet et la formation de la tradition juridique québécoise.

VLACHOU, Stefania, The refugee and the crisis of law.

UNIVERSITÉ D'OTTAWA

Thèses de doctorat

CHUNG, Haewon, Patent Conflicts in User-Driven Biotechnology: Examining Knowledge Management Strategies for Patentable Research Resources to Stimulate DIY Bio and Other Social Production in Biotechnology.

DAKUYO, Aboubacar, À la recherche d'un modèle de justice transitionnelle efficace pour le Soudan du Sud.

GOLD, Daniel, Lobbying Regulation in Canada and the United States: Political Influence, Democratic Norms and Charter Rights.

HARREL, Neil, The Changing Governance of Genetic Intervention Technologies: An Analysis of Legal Change Patterns, Drivers, Impacts, and a Proposed Reform.

IJOMA, Uchenna, Promoting Sustainable Development in Nigeria Through Rural Women's Participation in Decision-Making About Renewable Energy Law and Policy.

JERBAN, Ghazaleh, Does Traditional Knowledge Have Gender? Unmasking the Experience of Female Traditional Knowledge-Holders in the Production of Iranian Saffron and Handwoven Carpets.

LEE, Angela, Seeding Sustainability Over Extracting Capital: Advancing a Vision for Technology Justice in the Canadian Agri-Food Sector.

LILLO, Alexandre, *The Shape of Water: la construction d'un cadre juridique de gestion de l'eau au Canada.*

LUSSIER, Danielle Nicole, *Law with Heart and Beadwork: Decolonizing Legal Education, Developing Indigenous Legal Pedagogy, and Healing Community.*

MILLIAIRE, Karine, *La renonciation aux droits et libertés constitutionnels.*

Thèses de maîtrise

RIOUX, Nicolas, *La criminalisation de la possession simple de drogue au Canada : Un modèle constitutionnellement fragile ?*

Mémoires de maîtrise

ALEXANDER, James, *Agape: Evolving Family Law Towards a Prospective System.*

ALIFO, Noble Mawutor Kudzo, *Mixed-Framing Sahelian Environmental Migrants and Nomadic Pastoralists – Exploring the Legal and Policy Dimensions Towards a Global Compact on Pastoralism.*

ARIAS GARCIA, Sara, *The Colombian Peace Process and its Compliance with International Law.*

BAKER-AUSTIN, Wynette, *Assessing the effectiveness of the legislative framework of Grenada's Civil Asset Forfeiture Regime (2014-2019).*

BEAUDOIN, Camille, *La protection de la culture et le commerce international : une particularité canadienne ?*

BEYEA, Mara, *The Right to Die: A Comparative Ethical Analysis on the Deficiencies of Bill C-14 in Regards to Mature Minors.*

BHADAURIA, Anshika, *Technology Facilitated Sexual Violence: Non-Consensual Sharing of Intimate Images Against Young People.*

BOURDON, Sarah, *Tribunaux d'opinion : quelles contributions pour le développement du droit international environnemental ?*

BRUCE, Howard, *Applications of Indigenous History, Cultures and Law by the Parole Board of Canada: A Path Forward.*

- CALBRY-MUZYKA, Amelia, The Role of Proactive Measures in Canadian Discrimination Law.
- CAMPANELLI, Valerie, Radical Perspectives on Ethical Community and Movement Lawyering.
- CESARI, Sabrina, Writing Your Own Life Story—The Importance of Autonomy in the End-of-life Care Decision-Making Process.
- DADZIE, Ebo, Impact Assessment of the African Continental Free Trade Agreement (AfCFTA) on Agricultural Trade and Food Security.
- DARVISHNEZHAD, Keramat Allah, Investigating the Environmental Threats in the Persian Gulf from a Legal Perspective.
- DOBDELSTEYN, Erin, The Existential Threat of Climate Change and Psychological Security of the Person Under Section 7 of the Charter.
- FERDOUS, Safina, A comparative study of Canada and Bangladesh regarding equality for women in employment and the workplace.
- GBOLAHAN, Femi, Allaying the fear of Autonomous Weapon Critics with Proper Regulatory Approaches.
- HAYE, Shaneista, Addressing Implicit Racial Bias in Canadian Sentencing: A Framework to Extend the Gladue Principles to People of African Descent.
- KAUR, Harleen, Drawing a path towards Class Arbitration in Canada.
- KETO MATONDO, Isis, Effets destructifs de l'exploitation minière sur le sol et l'eau dans le Haut Katanga en République Démocratique du Congo : De la responsabilité des sociétés minières.
- KLEE, Elie, La mise en œuvre de la responsabilité des entreprises pour violation du droit international.
- KLEE, Simon, Services publics délégués et responsabilité étatique en droit international.
- KODEH, Aref, Global Societal Dilemmas: The Evolution of Responsibility and Liability of Multinational Companies in the Sustainable Exploration and Use of Outer Space Resources – A Pluralist and Critical Approach on the Future of International Law.

KOOPMANN, Julius John Philip, What are the Purposes for Collecting, Using, and Disclosing Personal Information on Digital Virtual Currency Transfer Platforms?

MARCOTTE, Alexandre, The Effects of Declarations of Invalidity by Superior Courts and the Role of the Attorney General in Constitutional Adjudication.

McCARTHY, Michael, Regulating the Context of Chaos: The present state of IHL and IHRL in the jurisprudence of the European Court of Human Rights.

OGBUEFI, Nnubia, Contact Tracing and its Approach to Privacy Under Europe and Canada's Privacy Laws.

PIOK, Michael, Legal Pluralism in International Trade Dispute Settlement Crisis: Clash of Common Law and Civil Law Approaches at the Appellate Body of the WTO.

RACINE, Katline, Framing the Right to Protest under the Canadian Charter of Rights and Freedoms During Public Health Crises.

REGALLA, Manisha, Political Lobbying and Climate Action: A Review of the Legal Framework for Regulating Lobbyists in Canada as seen Through the Climate Lens.

RIVARD, Jamie, Reviving the right to be tried within a reasonable time for: persons accused of crime, victims, and society; by opening up the appellate phase to constitutional scrutiny for unreasonable delay.

SACHAN, Anushka, Attention Dynamics: States' Response to Digital Dissent and Protest Tactics.

SCHREURS, Fine, Revisiting the possibility of corporate criminal responsibility in international criminal law: amending article 25 of the Rome Statute to include legal entities within the jurisdiction of the ICC.

SETHI, Aashna, Blockchain Evidence for visual artists: determining admissibility under evidentiary principles.

SORGI CAMPIOLO, Erica, Female Emancipation: Restorative Justice and Emergency Protective Measures as Legal Responses to Intimate Violence Against Women in Brazil.

STEWART, Corey, In support of a circular economic approach to the Canadian electric vehicle battery industry.

TSHEFU, Daniella, L'encadrement juridique du bitcoin en tant que moyen paiement.

WILES, Benjamin, The Reciprocal Relationship between Climate Change and Human Rights in Defining State Environmental Obligations.

ZWOLANKIEWICZ, Agata, Hardship and force majeure as grounds for adaptation and renegotiation of investment contracts – what is the extent of the powers of arbitral tribunals?

UNIVERSITÉ LAVAL

Thèses

ANGRISANI, Roberto, L'action de la Cour de Justice de l'Union européenne pour la protection des droits fondamentaux face à la répression des migrations irrégulières.

BARIL, Marie-Pier, L'exercice du pouvoir discrétionnaire dans les fiducies testamentaires au Québec : recourir à l'affectation pour concilier l'intention du testateur et la décision de la « personne raisonnable ».

CHATELAIS, Clothilde, L'animal en droit français de la propriété littéraire et artistique.

CLOUTIER, Maude, Les tribunaux spécialisés en matière de violence sexuelle : une piste de solution pour l'amélioration de l'accès à la justice des victimes

DELMAS, Baptiste, La compétence universelle du juge en droit du travail.

DIALLO, Mahamadou, La protection des droits de la personne et la mise en œuvre des décisions du Conseil de sécurité des Nations unies par l'Union européenne et ses États membres – Le cas de la lutte contre la piraterie maritime dans la Corne de l'Afrique.

DUFOUR, Marie-Hélène, Le contrat d'entreprise de construction dans un contexte de grand chantier. Contribution au renouvellement du régime de droit civil applicable à la réalisation d'ouvrages immobiliers d'envergure.

FIGUIGUI, Samira, Le droit à la santé, un droit ineffectif dans la pratique pénitentiaire en France et au Canada.

HOUEDANOU, Sessinou, Droit international des aquifères transfrontières : Perspectives et opportunités de la coopération mutualisée du système aquifère de l'Iullemeden et de Taoudéni-Tanezrouft.

NDIAYE, Ndeye Dieynaba, L'impact de l'externalisation de la lutte européenne contre les migrations irrégulières sur les droits des migrants dans les pays d'origine ou de transit.

PELLERIN, Antoine, Réconcilier contrats publics et intérêt public : Pour un nouveau modèle du pouvoir contractuel de l'État.

RONDEAU, Sophie, Les caractéristiques spéciales du droit international humanitaire en matière de sources.

TIWA FOMEKONG, Steve Martial, La contribution de l'Union africaine au droit international humanitaire.

TREMBLAY POTVIN, Charles, Syndicats, patronat et médias : la structure juridique du pouvoir au sein des entreprises médiatiques.

Mémoires de maîtrise

AAMISADOR, Alexandra, Services automatisés de référencement d'images en ligne et droit d'auteur – approche franco-canadienne.

BARIL, Marie-Pier, L'exercice du pouvoir discrétionnaire dans les fiducies testamentaires au Québec : recourir à l'affectation pour concilier l'intention du testateur et la décision de la « personne raisonnable ».

BONDU, Mathilde, Ethique et objets connectés.

CHARTRAND, Benjamin, Réinsérer pour extraire : la conciliation entre la fonction de réinsertion sociale de la peine privative de liberté et l'éloignement subséquent du territoire étatique des délinquants étrangers en France et au Canada.

CHATELAIS, Clotilde, L'animal en droit français de la propriété littéraire et artistique.

CLOUTIER, Maude, Les tribunaux spécialisés en matière de violence sexuelle : une piste de solution pour l'amélioration de l'accès à la justice des victimes.

- DORNEL, Flora, Open data des données judiciaires : entre transparence de la justice et droit à la vie privée.
- EMERY, Lise, Les plateformes de SVOD confrontées au maintien de la diversité culturelle : une prise de position des États à l'ère numérique.
- GORTAN, Camille, Le consentement sexuel de la victime en droit pénal.
- HOULE, Audrey, La protection du consommateur à l'ère du marketing intelligent. Une approche comparative France-Québec.
- KAMATEROS, Anne, Le rôle des institutions financières dans la lutte contre la maltraitance financière et matérielle envers les personnes âgées en situation de vulnérabilité. Élaboration d'un protocole respectueux du droit à l'autonomie.
- LAHKIM, Kawtar, L'interprétation de l'intérêt général par les juridictions constitutionnelles et administratives : perspectives comparatives des droits ancestraux au Québec et des droits d'usage collectifs en Guyane française.
- LAMOUR, Louisa, Le contrôle juridictionnel de l'enquête pénale – étude comparative franco-québécoise.
- LECHEVALIER, Fabien, Les fiducies de données personnelles de santé : Étude illustrée des enjeux et bénéfices d'une gestion collective de la propriété des données personnelles de santé.
- LENFANT, Victoire, La lutte anti-contrefaçon de l'industrie du luxe, à l'ère du numérique et des nouvelles technologies.
- LEPAGE, Caroline, L'encadrement juridique du mandat de protection au Québec : perspective historique et comparée.
- LESSARD, Bianca, Perspectives d'avenir de la chaîne de blocs au sein du marché de l'art : renouveler la confiance par la décentralisation.
- LOUCIF, Leila, Les droits des victimes dans les systèmes pénaux français et canadien.
- MARSOLLIER, Claire, Le droit à l'oubli numérique : approche comparative franco-canadienne.

- MARTIN, Fiona, La responsabilité pénales des personnes morales en droit de l'environnement en France et au Canada.
- MARTIRE, Noémie, Les métamorphoses des procédures traditionnelles de jugement des crimes sous la pression de l'efficacité procédurale : une approche comparatiste franco-canadienne.
- MAUPÉRIN, Agathe, La protection des inventions dans le cadre des transferts de technologie entre l'Union européenne et la Chine.
- MUYEMBE, Faustin Mbuya, Les atteintes au droit à l'eau imputables à l'État : l'exemple de la République démocratique du Congo.
- PERROT, Maxence, Quand le Street art met le droit au pied du mur.
- RAMOGNINO, Antoine, Le génocide culturel dans le Droit international pénal : Un concept en marge.
- THÉRIAULT, Yancey, La pénalisation de l'exercice de la liberté d'expression et la portée du principe de dignité humaine quant aux infractions d'opinion : étude comparée des systèmes canadien et français.

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.

CATELLIER BOULIANNE, Maryse, Les soumissions par voie électronique, **33-65**

LESSARD, Michaël, L'aide financière aux victimes d'infractions criminelles : Quelles victimes de violences sexuelles ou conjugales sont admissibles au nouveau régime québécois ?, **145-167**

MIGNAULT, Patrick, Les comités de retraite et l'incertitude sur l'étendue du devoir d'honnêteté et loyauté prévu à la *Loi sur les régimes complémentaires de retraite*, **115-143**

MILLAIRE, Karine, Réforme fédérale de l'aide médicale à mourir : un nouveau régime conforme à la *Charte canadienne des droits et libertés* ?, **233-287**

MONNIER, Soleïca, L'ABC des notions juridico-technologiques à considérer dans le cadre d'un projet technologique, **1-31**

TELLIER-MARCIL, Arnaud et Shana CHAFFAI-PARENT, La cohabitation du contrat commercial et du contrat judiciaire : analyse critique des aspects contractuels et procéduraux de l'affaire *PF Résolu Canada inc. c. Hydro-Québec*, **169-232**

TREMBLAY, Mathilde, *Charte canadienne* et intoxication volontaire : l'article 33.1 du *Code criminel* et ses solutions de rechange, **67-114**

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.

AGRESSION SEXUELLE

Charte canadienne et intoxication volontaire : l'article 33.1 du *Code criminel* et ses solutions de rechange, **67-114**

AIDE MEDICALE À MOURIR

Réforme fédérale de l'aide médicale à mourir : un nouveau régime conforme à la *Charte canadienne des droits et libertés* ?, **233-287**

APPEL D'OFFRES

Les soumissions par voie électronique, **33-65**

COMITÉ DE RETRAITE – DEVOIR D'HONNÊTETÉ ET DE LOYAUTÉ

Les comités de retraite et l'incertitude sur l'étendue du devoir d'honnêteté et loyauté prévu à la *Loi sur les régimes complémentaires de retraite*, **115-143**

COMITÉ DE RETRAITE – RESPONSABILITÉ

Les comités de retraite et l'incertitude sur l'étendue du devoir d'honnêteté et loyauté prévu à la *Loi sur les régimes complémentaires de retraite*, **115-143**

CONFLIT D'INTÉRÊTS

Les comités de retraite et l'incertitude sur l'étendue du devoir d'honnêteté et loyauté prévu à la *Loi sur les régimes complémentaires de retraite*, **115-143**

CONSTITUTION

Réforme fédérale de l'aide médicale à mourir : un nouveau régime conforme à la *Charte canadienne des droits et libertés* ?, **233-287**

CONTRAT ET CONTRAT D'APPROVISIONNEMENT

La cohabitation du contrat commercial et du contrat judiciaire : analyse critique des aspects contractuels et procéduraux de l'affaire *PF Résolu Canada inc. c. Hydro-Québec*, **169-232**

DÉFENSE D'INTOXICATION VOLONTAIRE

Charte canadienne et intoxication volontaire : l'article 33.1 du *Code criminel* et ses solutions de rechange, **67-114**

DISCRIMINATION

Réforme fédérale de l'aide médicale à mourir : un nouveau régime conforme à la *Charte canadienne des droits et libertés* ?, **233-287**

DOCUMENT TECHNOLOGIQUE

L'ABC des notions juridico-technologiques à considérer dans le cadre d'un projet technologique, **1-31**

DROITS ET LIBERTÉS

Réforme fédérale de l'aide médicale à mourir : un nouveau régime conforme à la *Charte canadienne des droits et libertés* ?, **233-287**

ÉLECTRICITÉ GATINEAU

La cohabitation du contrat commercial et du contrat judiciaire : analyse critique des aspects contractuels et procéduraux de l'affaire *PF Résolu Canada inc. c. Hydro-Québec*, **169-232**

ÉQUITÉ PROCÉDURALE

La cohabitation du contrat commercial et du contrat judiciaire : analyse critique des aspects contractuels et procéduraux de l'affaire *PF Résolu Canada inc. c. Hydro-Québec*, **169-232**

FIDUCIAIRE – RESPONSABILITÉ

Les comités de retraite et l'incertitude sur l'étendue du devoir d'honnêteté et loyauté prévu à la *Loi sur les régimes complémentaires de retraite*, **115-143**

FIDUCIE

Les comités de retraite et l'incertitude sur l'étendue du devoir d'honnêteté et loyauté prévu à la *Loi sur les régimes complémentaires de retraite*, **115-143**

HARCÈLEMENT CRIMINEL

L'aide financière aux victimes d'infractions criminelles : Quelles victimes de violences sexuelles ou conjugales sont admissibles au nouveau régime québécois ?, **145-167**

HYDRO-QUÉBEC

La cohabitation du contrat commercial et du contrat judiciaire : analyse critique des aspects contractuels et procéduraux de l'affaire *PF Résolu Canada inc. c. Hydro-Québec*, **169-232**

INFORMATION ÉLECTRONIQUE

L'ABC des notions juridico-technologiques à considérer dans le cadre d'un projet technologique, **1-31**

INFRACTION D'INTOXICATION DANGEREUSE

Charte canadienne et intoxication volontaire : l'article 33.1 du *Code criminel* et ses solutions de rechange, **67-114**

INTENTION

Charte canadienne et intoxication volontaire : l'article 33.1 du *Code criminel* et ses solutions de rechange, **67-114**

MALADIE MENTALE

Réforme fédérale de l'aide médicale à mourir : un nouveau régime conforme à la *Charte canadienne des droits et libertés* ?, 233-287

RÉGIME COMPLÉMENTAIRE DE RETRAITE

Les comités de retraite et l'incertitude sur l'étendue du devoir d'honnêteté et loyauté prévu à la *Loi sur les régimes complémentaires de retraite*, **115-143**

RESPONSABILITÉ CRIMINELLE

Charte canadienne et intoxication volontaire : l'article 33.1 du *Code criminel* et ses solutions de rechange, **67-114**

SOCIÉTÉ D'ÉTAT

La cohabitation du contrat commercial et du contrat judiciaire : analyse critique des aspects contractuels et procéduraux de l'affaire *PF Résolu Canada inc. c. Hydro-Québec*, **169-232**

SOINS DE FIN DE VIE

Réforme fédérale de l'aide médicale à mourir : un nouveau régime conforme à la *Charte canadienne des droits et libertés* ?, **233-287**

SOUSSION PAR VOIE ÉLECTRONIQUE

Les soumissions par voie électronique, **33-65**

SYSTÈME DE COLLECTE DE DONNÉES (CDD)

Les soumissions par voie électronique, **33-65**

SYSTÈME ÉLECTRONIQUE D'APPEL D'OFFRES (SEAO)

Les soumissions par voie électronique, **33-65**

TECHNOLOGIE DE L'INFORMATION

L'ABC des notions juridico-technologiques à considérer dans le cadre d'un projet technologique, **1-31**

VICTIME D'ACTE CRIMINEL – INDEMNISATION

L'aide financière aux victimes d'infractions criminelles : Quelles victimes de violences sexuelles ou conjugales sont admissibles au nouveau régime québécois ?, **145-167**

VIOLENCE FAMILIALE – VICTIME ET VIOLENCE SEXUELLE – VICTIME

L'aide financière aux victimes d'infractions criminelles : Quelles victimes de violences sexuelles ou conjugales sont admissibles au nouveau régime québécois ?, **145-167**

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*.

Association provinciale des retraités d'Hydro-Québec c. Hydro-Québec, 2005 QCCA 304, **115-143**

Bedford, Canada (Procureur général) c., 2013 CSC 72, **67-114**

Bernard, R. c., [1988] 2 R.C.S. 833, **67-114**

Canada (Procureur général) c. Bedford, 2013 CSC 72, **67-114**

Canada (Procureur général), Truchon c., 2019 QCCS 3792, **233-287**

Churchill Falls (Labrador), Corp. c. Hydro-Québec, 2018 CSC 46, **169-232**

Daviault, R. c., [1994] 3 R.C.S. 63, **67-114**

Hydro-Québec, Association provinciale des retraités d'Hydro-Québec c., 2005 QCCA 304, **115-143**

Hydro-Québec, Churchill Falls (Labrador), Corp. c., 2018 CSC 46, **169-232**

Hydro-Québec, PF Résolu Canada inc. c., 2020 CSC 43, **169-232**

Leary, R. c., [1978] 1 R.C.S. 29, **67-114**

Penno, R. c., [1990] 2 R.C.S. 865, **67-114**

PF Résolu Canada inc. c. Hydro-Québec, 2020 CSC 43, **169-232**

R. c. Bernard, [1988] 2 R.C.S. 833, **67-114**

R. c. Daviault, [1994] 3 R.C.S. 63, **67-114**

R. c. Leary, [1978] 1 R.C.S. 29, **67-114**

R. c. Penno, [1990] 2 R.C.S. 865, **67-114**

R. c. Sullivan, 2020 ONCA 333, **67-114**

R. c. Vaillancourt, [1987] 2 R.C.S. 636, **67-114**

Sullivan, R. c., 2020 ONCA 333, **67-114**

Truchon c. Canada (Procureur général), 2019 QCCS 3792, **233-287**

Vaillancourt, R. c., [1987] 2 R.C.S. 636, **67-114**

TABLE DE LA LÉGISLATION COMMENTÉE

Note : Sous chaque entrée de la table de la législation commentée, vous trouverez, en caractères gras, les pages pour repérer les articles ou les chroniques de la *Revue du Barreau*.

CONSTITUTION

Charte canadienne des droits et libertés dans Loi de 1982 sur le Canada (L.R.C. 1985, app. II, n° 44, annexe B, partie I), art. 1, 7, 11 d), **67-114**

CODE CIVIL DU QUÉBEC

Code civil du Québec (RLRQ, c. CCQ-1991), **115-143**

CODE CRIMINEL

Code criminel (L.R.C. 1985, c. C-46), art. 33.1, **67-114**

LÉGISLATION PROVINCIALE

Aider les personnes victimes d'infractions criminelles et à favoriser leur rétablissement (Loi visant à), L.Q. 2021, c. 13, **145-166**

Cadre juridique des technologies de l'information (Loi concernant le) (RLRQ, c. C-1.1), **1-31**

Hydro-Québec (Loi sur) (RLRQ, c. H-5), **169-232**

Soins de fin de vie (Loi concernant les) (RLRQ, c. S-32.0001), **233-287**

Réduction de la dette et instituant le Fonds des générations (Loi sur la) (RLRQ c. R-2.2.0.1), **169-232**

*Régime d'aménagement dans les zones inondables des lacs et des cours d'eau, octroyant temporairement aux municipalités des pouvoirs visant à répondre à certains besoins et modifiant diverses dispositions (Loi instaurant un nouveau) (L.Q. 2021, c. 67), **33-65***

*Régimes complémentaires de retraite (Loi sur les) (RLRQ, c. R-15.1), **115-143***

RÉGLEMENTATION PROVINCIALE

*Code de déontologie des avocats (RLRQ, c. B-1, r. 3.1), art. 21, al. 2, **1-31***

*Indemnisation des victimes d'actes criminels (Règlement d'application sur la Loi sur l'), (2021) 153 G.O. II, 296, **145-166***

Barreau
du Québec



445, boulevard St-Laurent
Montréal (Québec) H2Y 3T8

514 954-3400 1 800 361-8495

www.barreau.qc.ca