



Revue 2016 Printemps 2016 - Tome 75

A Bridge Over Troubled Waters: Why the Class Action Is a Child of Our Times and a Harbinger of Things to Come
Shaun E. FINN

Que reste-t-il de la fiducie réputée en matière de régimes de retraite ?
Alain PRÉVOST

Terre et ciel dans le droit québécois du mariage – Commentaire sur le jugement *Droit de la famille – 16244*
Harith AL-DABBAGH

Discrimination fondée sur l'origine nationale par un ordre professionnel : les enseignements de la décision *Association of Professional Engineers and Geoscientists of Alberta v. Mihaly*, 2016 ABQB 61
Geneviève ST-LAURENT

L'emploi légitime de la force policière en vertu de l'article 25 du *Code criminel* canadien
David VACHON-ROSEBERRY

La réforme du cadre juridique réglementant les mesures anti-OPA : chronique d'une occasion manquée
Xavier BOULET

CHRONIQUE

Droit international. Omar Khadr : criminel de guerre ? Une analyse d'accusations sans fondements en droit international
Camille MARQUIS BISSONNETTE,
Fannie LAFONTAINE et Julia GRIGNON

Droit criminel. Quand le droit criminel s'invite dans l'arène sportive : le dopage comme fraude
Simon ROY et Éric LEBLANC

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

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

M^e Michel Deschamps, président

M^e Élise Charpentier

M^e Pierre Giroux

M^e Claude Laferrière

M^e François Montfils

M^e Alain-Robert Nadeau

M^e Hubert Reid

M^e Pierre Séguin

M^e Marie-Ève Tremblay

M^e Marc Sauvé, secrétaire

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

Dans les études ou articles, l'exactitude des citations, des lois, des codes
et de toute autre note ou référence relève de la seule responsabilité de
l'auteur. Les opinions émises doivent être considérées comme propres
  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 fid commiss des avocats. L'abonnement annuel à la version papier
est de 125\$. Vous pouvez vous abonner en communiquant avec le service à la
clientèle des  ditions 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
 dition: Les  ditions Yvon Blais Inc.

ISSN-383669-X
Dépôt légal
Bibliothèque et Archives nationales du Québec, 2016
Bibliothèque et Archives Canada, 2016



Revue 2016
Printemps 2016 – Tome 75

A Bridge Over Troubled Waters: Why the Class Action Is a
Child of Our Times and a Harbinger of Things to Come

Shaun E. FINN 1

Que reste-t-il de la fiducie réputée en matière de régimes
de retraite ?

Alain PRÉVOST 23

Terre et ciel dans le droit québécois du mariage –
Commentaire sur le jugement *Droit de la famille – 16244*

Harith AL-DABBAGH 65

Discrimination fondée sur l'origine nationale par un ordre
professionnel : les enseignements de la décision *Association
of Professional Engineers and Geoscientists of
Alberta v. Mihaly*, 2016 ABQB 61

Geneviève ST-LAURENT 95

L'emploi légitime de la force policière en vertu de l'article 25
du *Code criminel* canadien

David VACHON-ROSEBERRY 115

La réforme du cadre juridique réglementant les mesures
anti-OPA : chronique d’une occasion manquée

Xavier BOULET 157

CHRONIQUE

Droit international. Omar Khadr : criminel de guerre ?
Une analyse d’accusations sans fondements en droit
international

Camille MARQUIS BISSONNETTE,
Fannie LAFONTAINE et Julia GRIGNON 205

Droit criminel. Quand le droit criminel s’invite dans l’arène
sportive : le dopage comme fraude

Simon ROY et Éric LEBLANC 231

A Bridge Over Troubled Waters: Why the Class Action Is a Child of Our Times and a Harbinger of Things to Come

Shaun E. FINN

Summary

One of the transformations identified by sociologists is the transition that is currently taking place in the West from a culture of dignity to a culture of victimhood. Rather than relying on reasoned debate to resolve important differences, there is a growing tendency to complain about, publicize, and punish minor, sometimes subjective offences (called “micro-aggressions”). This article argues that class actions have become a prevalent form of litigation in Canada precisely because they have characteristics of both dignity and victim culture. This duality helps to explain why it is likely that class actions will play an ever-expanding role as an instrument of compensatory and “social” justice.

Résumé

L'une des transformations observées par les sociologues dans le monde occidental est la transition d'une société de dignité vers une société de victime. Au lieu de se fier au débat raisonné afin de résoudre des problèmes importants, la tendance actuelle est de dénoncer, publiciser et punir des torts mineurs et même subjectifs (des « micro-agressions »). Cet article soutient que l'action collective est devenue un véhicule procédural de choix au Canada précisément parce qu'elle relève à la fois d'une culture de dignité et d'une culture de victime. Cette dualité explique en partie l'essor que connaît l'action collective comme instrument de justice compensatoire et « sociale ».

A Bridge Over Troubled Waters: Why the Class Action Is a Child of Our Times and a Harbinger of Things to Come

Shaun E. FINN*

I. Introduction	5
II. Cultures of Honour, Dignity and Victimhood	6
III. The Class Action as a Reflection of Dignity Culture.	9
IV. The Class Action as a Reflection of Victim Culture	11
(i) Class Actions Often Involve “Micro-Injuries”.	11
(ii) The Impartiality and Restraint of the Court are Attenuated in the Class Action Setting	13
(iii) In a Class Action, the Court can assume the Role of a Legislator	16
(iv) The Class Action Encourages Behaviour Modification	18
V. Conclusion	20

* The author is a lawyer at BCF, Business Law, where he practises commercial litigation and is a co-leader of the firm’s Class Action Defence Strategic Team. Many thanks to André Ryan, head of BCF litigation, for his helpful insights. Any errors are those of the author only.

I. Introduction

One of the most striking developments in the area of commercial litigation is the advent of the class action. This is particularly true in the Canadian context, in which every province except one (Prince Edward Island) has adopted its own class action regime. Most of this legislative activity has occurred in the last 10 to 15 years. Even the Federal Court amended its rules to include such a proceeding in 2002. The emergence of class action legislation – and litigation – in Canada can be attributed to various causes. Industrialization, the proliferation of consumer goods and services, rising attorney fees, and judicial innovation have each been invoked to explain this phenomenon. But there are also deeper societal forces at work.

The class action is arguably a bridge between two worlds: i) a culture of dignity, which emphasises the importance of settling disputes through negotiated compromise and, where compromise is not possible, through the intervention of a disinterested arbiter; and ii) a culture of victimhood, “in which individuals and groups display high sensitivity to slight, have a tendency to handle conflicts through complaints to third parties, and seek to cultivate an image of being victims who deserve assistance.”¹ Without weighing in on the merits of either culture, it is worth noting that the class action embodies a generational, perhaps civilizational, shift that is now taking place. Moreover, because its objectives are said to include enhancing access to justice and punishing wrongdoers, class actions also provide a form of modern-day catharsis. The punishment of the strong and the vindication of the weak, anonymous and geographically dispersed not only constitute a form of “social justice,” but class-wide therapy for large, often heterogeneous groups of aggrieved victims. In this respect, far from waning, the modern class action is strategically poised to play an even larger and more proactive institutional role.

1. Bradley Campbell and Jason Manning, “Microaggression and Moral Cultures” *Comparative Sociology* 13 (2004), 692-726 at 695.

II. Cultures of Honour, Dignity and Victimhood

In a recent article, Professors Campbell and Martin examine the issue of “micro-aggressions,” particularly in the college and university settings. Micro-aggressions have been defined as “subtle ways that racial, ethnic, gender and other stereotypes can play out painfully in an increasingly diverse culture.”² More recently, these micro-aggressions have been documented on websites and other media as a tactic to “attract and mobilize the support of third parties,” such as school administrators, civil rights organizations and even governmental authorities.³ Unsurprisingly, this development has its detractors. Critics point to the often minor and subjective nature of the alleged offences, the inappropriateness of infantilizing adult complainants and the chilling effect that publicizing such perceived offences can have on freedom of expression. As Judith Shulevitz recently noted in an opinion piece for Sunday Review, “[t]he notion that ticklish conversations must be scrubbed clean of controversy has a way of leaking out and spreading [...]. [Plenty of teachers] are willing to dignify students’ fears, citing threats to their stability as reasons to cancel debates, disinvite commencement speakers and apologize for so-called mistakes.”⁴

More than a study of micro-aggressions in academia, however, Professors Campbell and Martin point to a larger shift in sensibility. They argue that the West has gone through three distinct cultural phases characterized by honour, dignity and victimhood. Each of these phases has adopted a different approach to conflict and a different conception of appropriate moral behaviour.

A culture of honour (“honour culture”) is one in which people are prepared to do justice unto themselves. Of particular importance are bravery, independence and reputation. To the extent that one has been offended by another (whether intentionally or not), the offended party will take steps to obtain satisfaction. In an honour culture, vengeance, even when its consequences are disproportionate, is perceived as acceptable. This is because lea-

2. *Ibid* at 693.

3. *Ibid* at 695.

4. Judith Shulevitz, “In College and Hiding from Scary Ideas,” Sunday Review, New York Times, March 21, 2015. See also Peggy Noonan, “The Trigger-Happy Generation,” The Wall Street Journal, May 22, 2015.

ving an offence unpunished will send a message of cowardice, or weakness, or both. Even petty insults cannot be ignored. As Professors Campbell and Manning explain, “[h]onorable people must guard their reputations, so they are highly sensitive to insult, often responding aggressively to what might seem to outsiders as minor slights.”⁵ Feuding, vendettas and more elaborate forms of combat, such as duelling, are typical in honour culture. This is largely due to the absence of centralized power or rule-enforcement. Indeed, “[c]ultures of honor tend to arise in places where legal authority is weak or nonexistent and where a reputation for toughness is perhaps the only effective deterrent against predation or attack.”⁶ External interference is often rejected and resented in a culture where individual bravery is seen as a prevailing virtue. Although honour and personal valour were more highly prized in classical antiquity, the mediaeval period and even the Renaissance,⁷ aspects of this older sensibility still endure today.

Unlike honour culture, a culture of dignity (“dignity culture”) is less focused on public opinion and much more so on the intrinsic self-worth of individuals. The U.S. *Bill of Rights*, the Quebec *Charter of Human Rights and Freedoms* and the Canadian *Charter of Rights and Freedoms* give expression to the Enlightenment concept of equality before God and law. It is no accident that the most oft-cited passage in the *Declaration of Independence* proclaims unconditionally that “all men are created equal” and “that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights.” Nor is it an accident that the Supreme Court of the United States publicly affords to all parties, regardless of birth, “Equal Justice Under Law.” In a culture of dignity, human beings are perceived as rational actors who can resolve conflict through negotiation rather than violence. Self-restraint, not pique, is the primary trait. In addition, much less attention is paid to personal offence. According to Professors Campbell and Manning, “[i]t is even commen-

5. *Supra* note 1 at 712.

6. *Ibid* at 713.

7. For a description of honour culture during the Renaissance see Jacob Burckhardt, *The Civilization of the Renaissance in Italy* (New York: The Modern Library, 2002) at 299-319: “This personal need for vengeance felt by the cultivated and highly placed Italian, resting on the solid basis of an analogous popular custom, naturally displays itself under a thousand different aspects, and receives the unqualified approval of public opinion [...]. Only there must be art in the vengeance, and the satisfaction must be compounded of the material injury and moral humiliation of the offender” (pp. 305, 306).

dable to have “thick skin” that allows one to shrug off slights and even serious insults [...].”⁸ In such a society, people are encouraged to reason with one another in order to strike bargains, arrive at acceptable accommodations and settle disputes. It is only when a serious conflict is seemingly impossible to resolve, that it will be brought before a court for determination by a dispassionate arbiter. This culture, which reached its apogee in mid-twentieth century America, has prevailed for well over 200 years, and continues to nourish our intellectual, institutional and legal framework.

Yet the primacy of dignity culture is being seriously challenged. Professors Campbell and Manning identify what they call a “culture of victimhood” (“victim culture”), which has been gaining traction of late, particularly among younger educated people. Not unlike honour culture, victim culture is also preoccupied by minor offences that are not necessarily intentional. Rather than addressing these incidents personally, however, the offended parties are encouraged to seek support and protection from sympathizing outsiders. This is done by aggregating individual offences (referred to as micro-aggressions) in order to show a pattern of domination, whether conscious or unconscious. In short, “aggrieved individuals can, by accumulating or documenting a variety of grievances, make third parties aware of a large degree of loss, increasing the apparent severity of the conflict and the likelihood that third parties will intervene.”⁹ The resolution of individual disputes is not considered a viable solution, in part because it cannot address the systemic nature of the problem. As a result, “complaint to third parties has supplanted both toleration and negotiation. People increasingly demand help from others, and advertise their oppression as evidence that they deserve respect and assistance.”¹⁰ In this regard, victim culture contrasts with the self-reliance of honour culture and the rational detachment of dignity culture. It also creates a new moral environment in which the adversaries of alleged victims “are privileged and blameworthy, while [the victims] themselves are pitiable and blameless.”¹¹

8. *Supra* note 1 at 713.

9. *Ibid* at 703.

10. *Ibid* at 715.

11. *Ibid* at 708.

III. The Class Action as a Reflection of Dignity Culture

At first blush, the class action incorporates elements that belong to dignity culture. Although the class action can trace its roots back to the English courts of Equity, its modern incarnation was adopted in 1966 as United States Federal Rule 23 of the Federal Rules of Civil Procedure.¹² Federal Rule 23 has since served as a model for other jurisdictions including Quebec, which was the first province to enact a class action regime in 1978.¹³ The class action as we know it is therefore a product of the same rationalist, rights-based tradition that placed so great an emphasis on the rule of law.

Rather than responding to alleged negligence, breach of contract, misrepresentation and unjust enrichment with reprisal or rough justice, the class action allows the aggrieved to have their disputes adjudicated by a free and independent tribunal. After hearing the parties, a court can either authorize (certify) the proceeding or deny it. If authorization is granted, a detailed set of rules apply in order to ensure an orderly debate. While the procedural rights of the parties can vary at the authorization stage, they have the same substantive and evidentiary rights on the merits.

As the Supreme Court of Canada recently reiterated, class actions “are merely procedural vehicles, designed to extend the substantive rights of the representative plaintiff to the entire class, not to create substantive rights for the class which an individual plaintiff would not otherwise enjoy.”¹⁴ Ultimately, the representative plaintiff, like any other plaintiff, will have to prove his case on a balance of probabilities. The fact that the fate of several other claims hinge on the successful prosecution of his individual lawsuit cannot lighten the applicable burden.

Seen from this vantage point, it would be impossible to imagine a class action emerging in anything other than a highly

12. H. Patrick Glenn, “The Dilemma of Class Action Reform” (1986) *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 6, No. 2, 262-275 at 263-265.

13. *Ibid* at 267. See also Shaun Finn, *Class Actions in Quebec: Notes for Non-Residents* (Toronto: Carswell, 2014) at 38-40 [“Class Actions in Quebec”]. The legislation came into force as Book IX of the *Code of Civil Procedure* in 1979.

14. *Canadian Imperial Bank of Commerce v. Green*, 2015 SCC 60 at par. 49 (per Côté J. writing for the majority).

sophisticated society where complex litigation is practicable. While the old courts were able to create mandatory (but limited) groups to render declaratory judgments, they would have been unable to hear disputes involving thousands, much less millions, of putative class members. Only in a system where streamlining of this type can be achieved and where class-wide orders are enforceable and respected could such a procedure exist.

By enabling legitimate claims to be heard and adjudicated in a proportionate, cost-effective manner, the class action is arguably a tool that favours rational conflict resolution, one of the core objectives of dignity culture. As observed by the Ontario Law Reform Commission in its 1982 Report on Class Actions (OLRC Report):

There is no real disagreement that class actions can achieve judicial economy where all class members have individually recoverable claims. If a class action procedure were not available, most of these claims would be litigated individually, leading to duplicative and costly hearings, at least in situations where there are too many potential plaintiffs for joinder to be feasible. Class actions aggregating individually recoverable claims are beneficial not only to plaintiffs, but also to defendants, since such actions reduce defence costs by eliminating the need to assert common defences in each individual suit.¹⁵

In *Western Canadian Shopping Centres v. Dutton*, the Supreme Court of Canada recognized judicial economy as one of the three “important advantages” of class actions. According to the Court, “by aggregating similar individual actions, class actions serve judicial economy by avoiding unnecessary duplication in fact-finding and legal analysis. The efficiencies thus generated free judicial resources that can be directed at resolving other conflicts, and can also reduce the costs of litigation [...]”¹⁶ The efficiencies generated by the class action seem well aligned with the ethos of dignity culture, which seeks to cool tempers, optimize efficiency and achieve reasonable outcomes.

It should also be noted that settlements are encouraged in the class action context and frequently take place. This indicates at least some modicum of “toleration and negotiation” by the par-

15. Ontario Law Reform Commission, Report on Class Actions (1982), Vol. 1-3, at 118.

16. [2001] 2 SCR 534 at par. 27 [*Dutton*].

ties, each of whom must pour some water in his or her wine. Those settlements which provide real compensation to class members without extorting defendants are a far cry from the feud mentality of honour culture or the puerile complaints that can sometimes arise from victim culture.

IV. The Class Action as a Reflection of Victim Culture

(i) Class Actions Often Involve “Micro-Injuries”

While the class action has one foot planted firmly in the world of dignity culture, it also reflects the attitudes and expectations of victim culture. In effect, the class action was first introduced into Quebec in order to address minor forms of harm. In its 1978 brief to the permanent parliamentary commission, the Quebec Bar wrote that “[my translation] the class action clearly constitutes a means of procedure that is to the advantage of litigants as it allows one or several people to sue on behalf, and to the benefit, of many by aggregating often minimal claims that would not otherwise be worth pursuing individually and according to the ordinary rules of civil procedure given the disproportionate costs these claims would incur.”¹⁷ The *Conseil du patronat du Québec*, an employer advocacy group, also opined that the class action should be used to compensate minor (but not trivial) prejudices arising from commercial activity, whether accidentally or intentionally.¹⁸ More than 20 years later, this same rationale was invoked in *Dutton*. In addition to judicial economy, the Supreme Court of Canada identified access to justice as the second important advantage provided by the class action. According to the Court, “by allowing fixed litigation costs to be divided over a large number of plaintiffs, class actions improve access to justice by making economical the prosecution of claims that would otherwise be too costly to prosecute individually.”¹⁹ This procedural benefit, which calls “attention to numerous offenses in order to demonstrate the existence of a larger pattern of [harm],” is perfectly in line with the objectives of victim culture.²⁰

17. *Mémoire à la Commission parlementaire de la Justice sur la Loi sur le recours collectif*, Barreau du Québec, janvier 1978 at 4.

18. *Mémoire à la Commission parlementaire de la Justice sur le Projet de loi No. 39 : Loi sur le recours collectif*, Montréal, janvier 1978, Le Conseil du patronat du Québec, D-78-368 at 1, 2.

19. *Supra* note 16 at par. 28.

20. *Supra* note 1 at 699.

While dignity culture favours the non-violent resolution of conflict and approves of the intervention of third parties *when necessary*, it favours a less litigious approach than victim culture. Far from transforming every real or perceived injury into a lawsuit, dignity culture encourages direct, one-on-one discussion. It is only when the offence is significant and the other party is unwilling to see reason, that institutional remedies become appropriate. Unlike honour or victim cultures, where every fault – regardless of its nature or actual consequences – invites retribution, dignity culture fosters a spirit of toleration. Rational actors are prepared to endure some degree of temporary discomfort in order to achieve lasting peace:

For offenses like theft, assault, or breach of contract, people in a dignity culture will use law without shame. But in keeping with their ethic of restraint and toleration, it is not necessarily their first resort, and they might condemn many uses of the authorities as frivolous. People might even be expected to tolerate serious but accidental personal injuries. In “Sander County,” Illinois, for example, legal scholar David M. Engel (1984) found that personal injury litigation was rare and that longtime residents stigmatized those few who did use courts to try to get compensation in such cases. The ideal in dignity cultures is thus to use the courts as quickly, quietly, and rarely as possible.²¹

This willingness to avoid litigation and even to endure “serious but accidental personal injuries” is anathema to victim culture, where “complaint to third parties has supplanted both toleration and negotiation.”²² A class action can only provide access to justice if victims refuse to tolerate injuries, regardless of how insignificant they might be. In this respect, the flexible spirit of dignity culture is at variance with the ends of victim culture and the stated objectives of the class action. It should be noted, however, that not all class actions involve modest amounts of individual harm. Mass torts such as a plane crash or a major train derailment can cause heterogeneous and severe personal injuries, including the loss of life, limb and property, not to mention considerable pain and suffering.²³ As the Supreme Court of Canada observed in *Dutton*, “[t]he class action plays an important role in today’s world. The rise

21. *Ibid* at 713, 714.

22. *Ibid* at 715.

23. See, for example, *Ouellet v. Rail World Inc.*, 2015 QCCS 2002.

of mass production, the diversification of corporate ownership, the advent of the mega-corporation, and the recognition of environmental wrongs have all contributed to its growth.”²⁴ It nevertheless remains true that many class actions are product liability cases that do not involve significant individual damages. For the most part, the modern class action continues to target the legal equivalent of micro-aggressions (“micro-injuries,” if you will), some of which would strike many consumers as unworthy of litigation.²⁵

(ii) *The Impartiality and Restraint of the Court are attenuated in the Class Action Setting*

The role of the court is also somewhat different in the class action setting. When people in dignity culture turn to the law, they are asking an impartial third party to render judgment. The framework for doing so is formal, dispassionate and individualistic. In the civil and common law systems, the court is called upon to apply the law to the facts and render an impersonal decision. As explained by Professor Glenn, this process “is sympathetic to detail, profoundly conscious of principles of natural fairness, and tolerant of uncompromising struggle. Because of all this, and because of the ensuing expense, it seeks both to bestow this attention where it is most needed, and to ensure that it is not wasted.”²⁶ Yet that is not exactly what takes place in a class action. Professor Glenn was prescient in observing that:

[...] judges in class actions must become actively involved in their prosecution. It is not enough simply to revise rules of *res judicata*, standing and proof and then proceed as before. Absent parties must be protected by the court (conflict of interest of class representatives and their counsel is a common theme in class action discussion) and the size and complexity of the litigation requires active

24. *Supra* note 16 at par. 26.

25. As in *Bitton v. Apple Canada inc.*, 2012 QCCA 991, where a consumer alleged that he had not been sold the proper amount of gigabytes simply because his computer expressed those gigabytes in digital (rather than metric) units of measurement. Although the petitioner acknowledged that the metric amount specified by the respondents was accurate, he claimed that he had been misled due to the discrepancy between the metric number on the packaging of his iPod products and the binary number that appeared on his screen when he plugged them into his computer. The class action was dismissed, as was the appeal subsequently brought by the petitioner.

26. H. Patrick Glenn, “Class Actions in Ontario and Quebec” (Sept. 1984) *The Canadian Bar Review*, Vol. 62, No. 3, 247-276 at 264.

management from above as opposed to simple party direction. In the United States it has been said, and not in a critical manner, that the role of the class action judge has changed in some cases from that of a “passive adjudicator” to that of an “active systems manager.”²⁷

This insight was developed considerably by Professor Lafond, who notes that “[my translation] judges called to render class action judgments have been invited to adhere to a more active conception of their function, an evolution that has occurred progressively, almost without impediment, by abandoning their reticence with the passage of time.”²⁸ Professor Lafond postulates that judges who hear class actions are not impartial arbiters in the traditional sense. Rather, they are called upon to act as case managers and “coaches” in order to ensure that the rights of the actual or putative class members are protected. Even a cursory glance at the Quebec *Code of Civil Procedure* (“C.C.P.”) would seem to bear this out. Significant discretion is conferred on the court to: allow evidence at the authorization stage (art. 574 C.C.P.); apply the authorization criteria (art. 575 C.C.P.); describe the class and identify the main issues to be dealt with collectively (art. 576 C.C.P.); order the publication of notices (art. 581 C.C.P.); amend or discontinue the proceeding (art. 585 C.C.P.); modify or divide the class “at any time” (art. 588 C.C.P.); substitute the representative plaintiff (art. 589 C.C.P.); approve a settlement (art. 590 C.C.P.); recognize and enforce foreign judgments (art. 594 C.C.P.); and dispose of any balance following a collective recovery of the claims (art. 596 C.C.P.), among other things. The procedural reform of 2003 enhanced these discretionary powers by removing the requirement that the petitioner file an affidavit in support of his or her application for authorization. This has made the examination of the petitioner at or before authorization entirely contingent on the court. Even in instances where both parties agree to the submission of evidence under article 574 C.C.P., the court may nevertheless modify or set aside that agreement if it considers the proposed evidence irrelevant for the purposes of authorization.²⁹

27. *Ibid* at 268, 269.

28. Pierre-Claude Lafond, « Le recours collectif et la transformation de la fonction judiciaire : du juge jupitérien au juge-entraîneur » Colloque sur les recours collectifs 2006, 49-77 at 52 [« Le recours collectif et la transformation de la fonction judiciaire »]. See also, by the same author, *Le recours collectif, le rôle du juge et sa conception de la justice : Impact et évolution* (Montreal : Éditions Yvons Blais, 2006), in which the unique role of the class action judge is further elaborated.

29. *Allstate du Canada, compagnie d'assurances v. Agostino*, 2012 QCCA 678 at par. 25.

Moreover, the courts have long recognized that they have a duty to safeguard the interests of class members. Professor Lafond places particular emphasis on this function: “[my translation] where the parties directly or indirectly involved in an action are not all present before the court – and that is precisely the case in a class action – not only may the judge intervene in the unfolding of the proceeding, but he has a duty to do so to ensure these parties adequate representation before the judicial forum and, as a result, fair and equitable treatment of their rights.”³⁰ He adds that “since the representative is not only suing for himself but for a community of persons, the judge must not only deal with the parties present before him, but with the virtual, unorganized class with whom it is impossible for him to meet.”³¹ Likewise, in *Canada Post Corp. v. Lépine*, the Supreme Court of Canada observed that “[a] class action takes place outside the framework of the traditional duel between a single plaintiff and a single defendant. In many class proceedings, the representative acts on behalf of a very large class. The decision that is made not only affects the representative and the defendants, but may also affect all claimants in the classes covered by the action.”³² This acknowledgement that the class action “takes place outside the framework of the traditional duel between a single plaintiff and a single defendant” is not without consequence. It conflicts with the imperative of dignity culture that requires impartiality and therefore “a passive role in the direction of societal affairs.”³³ Historically, the restraint borne of institutional impartiality “implies decision-making according to proof, judicial orders limited to facts proved [...] and judicial action only in response to clear requests.”³⁴ By lifting class members out of the adversarial context of ordinary litigation and into the more amorphous context of enhanced case management and judicial oversight, the class action has arguably changed how justice is done. It is not enough for a court to decide. It must also enable and provide assistance, as third parties are expected to do in victim culture.³⁵ This challenges the accepted view that the class action is simply a procedural vehicle.

30. *Supra* note 28, Lafond, « Le recours collectif et la transformation de la fonction judiciaire » at 61.

31. *Ibid.*

32. [2009] 1 SCR 549 at par. 42.

33. *Supra* note 26 at 270.

34. *Ibid.*

35. *Supra* note 1 at 715.

The transformative power of the class action is further exemplified by *Bank of Montreal v. Marcotte*, where the Supreme Court of Canada held that a petitioner need not have a personal right of action against each of the named respondents in order to bring an industry-wide proceeding.³⁶ Rejecting the classical approach to standing, in which the plaintiff must have a personal stake in the outcome of a dispute,³⁷ the Court stated that “[t]he nature of the interest necessary to establish the standing of the representative must be understood from the perspective of the common interest of the proposed class, and not solely from the perspective of the representative plaintiffs.”³⁸ Once again, rather than focusing only on the petitioner and the validity of his or her proposed claim, a class action requires the court to consider the class as a whole, regardless of whether or not it has yet been authorized.

(iii) *In a Class Action, the Court can assume the Role of a Legislator*

In addition to changing the way that courts function, the class action also transforms the scope and effect of judgments. Normally, courts decide disputes between clearly identified parties. The decision will be tailored to the facts of the case and will only be binding on the litigants themselves. Although a decision may have value as a precedent, it cannot predetermine the outcome of future lawsuits arising from different facts. While few would question the creative and instrumental role of judging, it remains true that courts are expected to interpret and apply the law, not to make it. This fundamental division between the legislative and judicial branches is essential to the modern conception of liberty.³⁹ For Professor Glenn, however, the class action blurs the line between law-making and judging. Because a judgment granting or dismissing a class action is binding on all class members – except those who have opted-out – it will necessarily determine the rights of people who often have no real knowledge of the proceeding:

36. [2014] 2 SCR 725.

37. *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186 at 204 (per Brennan J.).

38. *Supra* note 36 at 42.

39. Montesquieu, *De l'esprit des lois, I* (Paris : Gallimard, 1995) at 327 ff. See also Shaun Finn, “Summoning Leviathan : A Critical Analysis of Class Action Theory and the Ethics of Group Litigation” (July 2007) *The Canadian Class Action Review*, Vol. 4, No. 1, 119-163 at 134-139 and, by the same author, *Class Actions in Quebec*, *supra* note 13 at 85-89.

In the case of a class action, the judgement itself, and not merely the reasons for it, is cast in the form of a rule of distributive justice. The judgment is no longer a corrective act; it is an explicitly legislative one, treating large numbers of people as identical in the absence of proof of transactions involving them, ordering a reallocation of resources based on the general characteristics of people, and requiring extensive measures of implementation or adjudication before being effective vis-à-vis individuals. The class action judgment imposes “liability in an indeterminate amount for an indeterminate time to an indeterminate class,” and as such leaves open the extent of corrective justice to which each member of the class is entitled.⁴⁰

In providing access to justice for those who did not seek justice in the first place, the class action constitutes a form of wealth reallocation that is normally left to states and their agencies. As Professor Glenn points out, this is problematic for at least two reasons. First, unlike political representatives, Canadian judges are not elected. Rather, they are appointed, tenured and not beholden to the public at large. Judges are therefore unsuited, both by vocation and training, to make decisions that can bind thousands or even millions of consumers, investors, residents or rate-payers. Second, a class action judgment has the force of *res judicata*. It therefore prevents class members from bringing individual actions or defendants from raising individual defences (unless they are expressly contemplated by that judgment).⁴¹ In other words, a class action judgment is not only more sweeping than a typical judgment, but more specific and preclusive than a statute, which is normally characterized by “formal generality.”⁴² In Professor Glenn’s view, the class action requires courts to engage in “legislative act[s] of distributive justice incompatible with the judicial function.”⁴³ However, this new form of class-wide decision-making is consistent with victim culture, which employs conflict tactics to “attract and mobilize the support of third parties” on behalf of “large numbers of victims.”⁴⁴ In such a culture, the objective is not simply personal redress, as it would be in dignity culture, but instead meaningful collective change.

40. H. Patrick Glenn, “Class Actions and the Theory of Tort and Delict” *The University of Toronto Law Journal*, Vol. 35, No. 3 (summer, 1985), pp. 287-304 at 300.

41. *Ibid* at 300, 301.

42. *Ibid*.

43. *Ibid* at 304.

44. *Supra* note 1 at 695, 699.

(iv) *The Class Action Encourages Behaviour Modification*

In addition to judicial economy and access to justice, the OLRC Report identified a third advantage provided by the class action: behaviour modification. According to the report, through this mechanism defendants are held to account for their wrongful conduct and future wrongdoers are dissuaded from engaging in similar activities. The notion that a class action can be used to check powerful companies and institutions is not new. As one Member of the National Assembly put it during the parliamentary debates leading up to the adoption of the class action in Quebec, such a procedure “[my translation] will provide the citizen with a tool destined to eliminate the imbalance which sometimes exists between the producers and consumers of goods.”⁴⁵ It is no accident that the *Conseil du patronat du Québec* warned that “[my translation] prejudices have been popularized by a certain rhetoric according to which all large companies are exploitative, profit is immoral, and (when profits have indeed been earned) they were acquired illegally and on the back of someone else.”⁴⁶ Significantly, compensation is not the only justification for a class action. Punishment and deterrence are also entirely valid, self-justifying objectives. As the Supreme Court of Canada stated in *Dutton*:

29. [C]lass actions serve efficiency and justice by ensuring that actual and potential wrongdoers do not ignore their obligations to the public. Without class actions, those who cause widespread but individually minimal harm might not take into account the full costs of their conduct, because for any one plaintiff the expense of bringing suit would far exceed the likely recovery. Cost-sharing decreases the expense of pursuing legal recourse and accordingly deters potential defendants who might otherwise assume that minor wrongs would not result in litigation [...].⁴⁷

In *Vivendi Canada Inc. v. Dell’Aniello*, a case arising from Quebec, the Supreme Court again recognized that the class action serves to modify “harmful behaviour.”⁴⁸

45. *Journal des débats*, Troisième session – 31^e Législature : audition des mémoires sur le projet de loi no. 39 (le 7 mars 1978) B-262.

46. *Supra* note 18 at 33.

47. *Supra* note 16.

48. [2014] 1 SCR 3 at par. 1.

In other words, class actions neutralize the dominance that would ordinarily be enjoyed by the larger, wealthier and more powerful elements of our society in favour of the average consumer or citizen. The “David versus Goliath” theme that runs through much class action discourse harmonizes well with victim culture, where “[d]omination is the main form of deviance, and victimization a way of attracting sympathy, so rather than emphasize either their strength or inner worth, the aggrieved emphasize their oppression and social marginalization.”⁴⁹ In effect, the OLRC Report portrays the typical class member as a victim who has to confront economic, social and psychological barriers, rather than as a competent actor who can choose to litigate if he believes it is in his personal interests to do so.⁵⁰ The class action is designed to address this vulnerability and to punish – sometimes even to shame – those who would exploit it.

In this respect, the class action can resemble a commission of inquiry mandated to investigate issues that are of particular social or economic importance. A commission of inquiry is often called as a result of external pressure and has broad coercive power. According to the Government of Canada’s Privy Council Office, a panel charged with oversight over a commission of inquiry can “subpoena witnesses, take evidence under oath and request documents.”⁵¹ At the end of the proceeding it can also make public a report in which it lays blame.

The therapeutic character of this process should not be underestimated. Following the publication of the report of the so-called “Charbonneau Commission,” a provincial inquiry into the awarding and management of public contracts in Quebec’s construction industry, the members of the Commission were strongly criticized by some because they had not singled out and condemned the behaviour of specific individuals. One of the members even penned an open letter in response to the charge that he had softened sections of the report with regard to provincial party financing. As noted by Christopher Hurtis in the *Montreal Gazette*, “critics railed against [the] \$45 million commission for its tepid criticism

49. *Supra* note 1 at 715.

50. *Supra* note 15 at 122-131.

51. <http://www.pco-bcp.gc.ca/index.asp?lang=eng&page=information&sub=commissions&doc=about-sujet-eng.htm>.

of elected officials. Though the Charbonneau Commission drafted 60 recommendations, it doesn't appear to assign blame to anyone for the millions in cost overruns that resulted from collusion."⁵²

Although this need to lay blame is part and parcel of victim culture, its roots are far older and deeper. Atonement through sacrifice goes back to the very dawn of civilization. Indeed, as explained by famed anthropologist Sir James Frazer, scapegoats have played a vital role since antiquity because it is they who "[carry] away with them the sins, misfortunes, and sorrows of the whole people."⁵³ Without necessarily casting the class action defendant as a scapegoat, it is worth noting that the need to modify his behaviour, rather than simply compensate for its ill effects, departs from traditional civil procedure. After all, the judiciary is "not a force of police, and the entire corpus of civil or private law is revealed, through the nature of its enforcement mechanism, as an optional device for acute conflict resolution."⁵⁴ Yet yesterday's culture of sacrifice, like today's victim culture, requires its pound of flesh.

V. Conclusion

The fate of the class action has been the subject of considerable commentary. Although it has evolved over time, there is every reason to believe that it will continue to transform commercial litigation in Canada. This is not only because we are a consumer society, because risks have taken on an industrial and multijurisdictional scope, and because legal fees are unaffordable for many people. It is equally because the class action bridges dignity culture, out of which we are emerging, and victim culture, into which we are quickly being immersed. While the class action ensures proportionality by making it possible to adjudicate multiple viable claims, it often involves the prosecution of micro-injuries, attenuates the traditional impartiality of the courts, changes the nature of judging and aims at modifying harmful behaviour. More fundamentally, the class action is designed to help reallocate resources, and to address issues of perceived dominance and victi-

52. Christopher Curtis, "Charbonneau Commission: Lachance breaks his silence," *Montreal Gazette*, December 14, 2015: <http://montrealgazette.com/news/local-news/charbonneau-commission-lachance-breaks-his-silence>.

53. Sir James Frazer, *The Golden Bough* (Chatham: Wordsworth Editions Limited, 1993) at 582.

54. *Supra* note 26 at 264.

mization. This therapeutic function is in keeping with the central theme of victim culture. It explains, in part, why the class action has gripped the contemporary imagination. It also explains why the class action is overtaking individual litigation and conceiving anew the administration of justice.

Que reste-t-il de la fiducie réputée en matière de régimes de retraite ?

Alain PRÉVOST

Résumé

Depuis la crise financière de 2008, plusieurs entreprises ayant instauré des régimes complémentaires de retraite ont éprouvé des difficultés financières et n'ont ainsi pas été en mesure de les financer adéquatement. Malheureusement, de nombreux travailleurs et retraités ont ainsi vu leurs prestations de retraite être réduites, parfois de manière très importante. Pourtant, la législation existante offre depuis longtemps un mécanisme juridique visant à protéger le financement des régimes complémentaires de retraite : la fiducie réputée. Ces dispositions créent une fiction juridique que des biens de l'employeur ayant une valeur égale aux sommes devant être versées à la caisse de retraite sont réputés être soustraits de son patrimoine de façon à les mettre à l'abri des réclamations de ses autres créanciers. Toutefois, l'efficacité de ce mécanisme laisse grandement à désirer en cas d'insolvabilité de l'employeur.

Au cours des dernières années, les tribunaux québécois ont eu à se prononcer à au moins quatre reprises sur l'application de dispositions législatives constituant une fiducie réputée à l'égard des sommes dues à une caisse de retraite. Toutefois, les décisions qui ont été rendues dans les affaires *White Birch*, *Timminco*, *Aveos* et *Bloom Lake* semblent difficiles à concilier. Dans le présent article, l'auteur examine ces quatre décisions intervenues dans le cadre de procédures engagées en vertu de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* en vue d'en tirer les principales conclusions et d'inciter le législateur à clarifier la situation.

Abstract

Since the 2008 financial crisis, several employers sponsoring supplemental pension plans have experienced financial difficulties that have precluded them from adequately funding these pension plans. As a result, many workers and retirees have unfortunately had their pension benefits reduced, sometimes significantly. Yet, a legal device designed to protect the funding of supplemental pension plans has for long been part of pension legislation: a deemed trust. Such provisions create a legal fiction that assets of the employer in an amount equal to the sums to be paid to the pension fund are deemed to form no part of the estate of the employer so as to protect these assets from the claims of other creditors. However, this device has not really been effective in the case of insolvent employers.

Over the last few years, Québec courts have had to rule in at least four instances on the application of provisions creating a deemed trust for amounts due to a pension fund. However, decisions rendered in the matter of *White Birch*, *Timminco*, *Aveos* and *Bloom Lake* are somewhat difficult to reconcile. Based on a review of these four recent decisions involving proceedings under the *Companies' Creditors Arrangement Act*, this article attempts to lay out the main conclusions to be drawn from these decisions and also to encourage legislators to clarify the situation.

Que reste-t-il de la fiducie réputée en matière de régimes de retraite ?

Alain PRÉVOST*

Introduction	27
1. Contexte historique	30
2. La loi ontarienne	34
2.1 L'affaire <i>Indalex</i>	35
3. La loi québécoise	37
3.1 L'affaire <i>White Birch</i>	39
3.2 L'affaire <i>Timminco</i>	41
4. La loi fédérale	46
4.1 L'affaire <i>Aveos</i>	47
4.2 L'affaire <i>Bloom Lake</i>	51
Conclusion	59

* Avocat à la retraite et membre du Barreau du Québec. L'auteur a fait carrière au ministère de la Justice du Canada et y a notamment occupé le poste d'avocat général du Bureau du surintendant des institutions financières de 1996 à 2014. Les avis exprimés dans ce texte n'engagent toutefois que son auteur.

Introduction

L'augmentation croissante de l'espérance de vie en amène plusieurs à s'interroger sur le financement de la retraite et, de façon plus particulière, sur la pérennité des régimes de retraite existants, tant publics que privés¹. La santé financière des caisses de retraite a particulièrement été éprouvée par la crise financière de 2008 de même que par le ralentissement économique et la faiblesse soutenue des taux d'intérêt qui en ont découlé. La transformation du marché de l'emploi inquiète également. Cette situation a notamment amené les gouvernements à instaurer des mesures telles les régimes volontaires d'épargne-retraite² tandis que d'autres proposent la bonification des régimes publics existants³ ou encore la création de nouveaux régimes publics⁴.

En ce qui concerne les régimes privés, plusieurs entreprises qui avaient instauré des régimes complémentaires de retraite au bénéfice de leurs employés ont éprouvé des difficultés financières et n'ont ainsi pas été en mesure de les financer adéquatement. La situation est particulièrement difficile pour les régimes à prestations déterminées⁵. Malheureusement, de nombreux travailleurs et retraités ont ainsi vu leurs prestations de retraite être réduites, parfois de manière très importante. Si les cotisations ayant déjà été versées à la caisse de retraite sont à l'abri des créanciers de

-
1. Voir notamment le rapport du Comité d'experts sur l'avenir du système de retraite québécois, *Innover pour pérenniser le système de retraite*, gouvernement du Québec, 2013 (ci-après le Rapport D'Amours).
 2. Au fédéral, la *Loi sur les régimes de pension agréés collectifs*, L.C. 2012, ch. 16, et au Québec, la *Loi sur les régimes volontaires d'épargne-retraite*, RLRQ, ch. R-17.0.1.
 3. Notamment le Régime de pensions du Canada et son pendant québécois le Régime de rentes du Québec.
 4. Voir notamment la *Loi de 2015 sur le Régime de retraite de la province de l'Ontario*, L.O. 2015, ch. 5, de même que la recommandation du Rapport D'Amours de mettre en place une rente longévité.
 5. Il existe deux grands types de régimes complémentaires de retraite : les régimes à prestations déterminées (PD) et les régimes à cotisations déterminées (CD). Les régimes PD comportent l'engagement de verser une rente de retraite établie en fonction d'une formule prédéterminée. Les régimes CD ne comportent pas de tel engagement, la rente versée étant simplement fonction du capital accumulé. Plus récemment, de nouveaux types de régimes plus flexibles ont également fait leur apparition, notamment les régimes à prestations cibles.

l'employeur puisqu'elles sont détenues par un fiduciaire ou par un assureur, il n'en est pas de même pour les cotisations devant être versées par l'employeur. Pourtant, la législation existante offre depuis longtemps un mécanisme juridique visant à protéger le financement des régimes complémentaires de retraite ; il s'agit de la fiducie réputée. De telles dispositions créent une fiction juridique que des biens de l'employeur ayant une valeur égale aux sommes devant être versées à la caisse de retraite sont réputés être soustraits de son patrimoine de façon à les mettre à l'abri des réclamations de ses autres créanciers⁶. Ces dispositions prennent évidemment toute leur importance en cas d'insolvabilité de l'entreprise débitrice. Elles visent ainsi à accroître les chances que les retraités et les autres bénéficiaires du régime puissent effectivement toucher les prestations de retraite qui leur ont été promises. Il faut toutefois reconnaître que l'efficacité de ce mécanisme laisse grandement à désirer en cas d'insolvabilité de l'employeur. Les tribunaux ont notamment tendance à leur donner une interprétation restrictive du fait que les fiducies réputées visent souvent des sommes importantes qui viendraient réduire d'autant le gage commun des créanciers. Plusieurs déplorent d'ailleurs le faible degré de protection que la législation canadienne accorde aux réclamations des bénéficiaires des régimes de retraite en cas d'insolvabilité de l'employeur⁷.

Au cours des dernières années, les tribunaux québécois ont eu à se prononcer à au moins quatre reprises sur l'application de dispositions législatives constituant une fiducie réputée à l'égard des sommes dues à une caisse de retraite. Par ailleurs, au cours de la même période, la Cour suprême du Canada s'est prononcée

-
6. Au fédéral, la *Loi de 1985 sur les normes de prestation de pension*, L.R.C. (1985), ch. 32 (2^e suppl.), par. 8(2) (ci-après la LNPP ou loi fédérale). Au Québec, la *Loi sur les régimes complémentaires de retraite*, RLRQ, ch. R-15.1, art. 49 (ci-après la LRCR ou loi québécoise). En Ontario, la *Loi sur les régimes de retraite*, L.R.O. 1990, ch. P.8, par. 57(3) et (4) (ci-après la LRR ou loi ontarienne).
 7. "The most recent legislative amendments enhanced the priority of wage and pension claims under Canadian Insolvency Law. Still, internationally, Canada falls near the bottom of more than 60 countries in its protection of employees and pensioners in insolvency. Canada should consider further enhancement of the priorities granted." ; Janis SARRA, *Examining the Insolvency Toolkit, Report of the Public Meetings on the Canadian Commercial Insolvency Law System*, juillet 2012, p. 96 ; https://www.insolvency.ca/en/iicresources/resources/Examining_the_Insolvency_Toolkit_Dr._J_Sarra_2012.pdf.

dans l'affaire *Indalex*⁸ sur des dispositions semblables de la loi ontarienne.

Toutefois, les décisions que les tribunaux québécois ont rendues en la matière semblent difficiles à concilier. Ainsi, dans l'affaire *White Birch*⁹, le juge Mongeon a d'abord conclu que la fiducie réputée de la loi québécoise n'était pas valide, notamment du fait qu'elle ne respectait pas les conditions essentielles à la constitution d'une véritable fiducie. Le même juge s'est toutefois ravisé dans l'affaire *Timminco*¹⁰ en y concluant que la fiducie réputée de la loi québécoise était bel et bien valide et qu'elle avait préséance sur les droits des créanciers garantis. Dans l'affaire *Aveos*¹¹, le juge Schrager¹² a conclu que la fiducie réputée de la loi fédérale n'avait pas préséance sur les droits des créanciers garantis dont la sûreté avait été rendue opposable aux tiers avant la constitution de la fiducie réputée. Enfin, dans l'affaire *Bloom Lake*¹³, le juge Hamilton a conclu que la fiducie réputée de la loi fédérale était implicitement écartée par la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*¹⁴ de sorte qu'elle ne faisait pas obstacle à l'octroi d'une superpriorité en vertu de cette loi. Il importe de souligner qu'aucune de ces décisions de la Cour supérieure du Québec n'a été portée en appel, si ce n'est qu'une requête pour permission d'appel a été rejetée dans l'affaire *Bloom Lake*¹⁵.

À partir de l'étude de ces quatre décisions récentes des tribunaux québécois concernant l'application de la fiducie réputée dans le cadre de procédures engagées en vertu de la LACC, le présent article tente d'en tirer les principales conclusions et, du même souffle, de partager certaines réflexions à l'intention des juristes et autres intervenants qui risquent d'être confrontés à cette ques-

8. *Sun Indalex Finance, LLC c. Syndicat des Métallos*, 2013 CSC 6 (1^{er} février 2013) (ci-après *Indalex*).
9. *White Birch Paper Holding Company (Arrangement relatif à)*, 2012 QCCS 1679 (20 avril 2012) (ci-après *White Birch*).
10. *Timminco ltée (Arrangement relatif à)*, 2014 QCCS 174 (24 janvier 2014) (ci-après *Timminco*).
11. *Aveos Fleet Performance Inc. / Aveos Performance aéronautique inc. (Arrangement relatif à)*, 2013 QCCS 5762 (20 novembre 2013) (ci-après *Aveos*).
12. Le juge Schrager a été nommé à la Cour d'appel du Québec le 13 juin 2014.
13. *Bloom Lake, g.p.l. (Arrangement relatif à)*, 2015 QCCS 3064 (26 juin 2015) (ci-après *Bloom Lake*).
14. L.R.C. (1985), ch. C-36 (ci-après la LACC).
15. *Bloom Lake, g.p.l. (Arrangement relatif à)*, 2015 QCCA 1351 (18 août 2015) (ci-après *Bloom Lake – CA*).

tion à l'avenir. Par ailleurs, ces réflexions sauront peut-être aussi inspirer les législateurs qui souhaiteraient clarifier la situation¹⁶.

1. Contexte historique

Les régimes complémentaires de retraite parrainés par les employeurs au bénéfice de leurs employés ont connu un essor important au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, ce qui a amené les législateurs fédéral et provinciaux à instituer un cadre réglementaire visant essentiellement à protéger les droits des participants à ces régimes. Les premières lois d'application générale ont ainsi été adoptées dans les années 1960. Il y a lieu de souligner que les régimes complémentaires de retraite étant accessoires au contrat de travail, le partage des compétences constitutionnelles en la matière reflète donc celui qui s'applique en droit du travail. La majorité des régimes de retraite relèvent ainsi de la compétence provinciale tandis que la loi fédérale ne vise que les régimes parrainés par les entreprises œuvrant dans les secteurs de compétence fédérale (notamment les banques, les entreprises de télécommunications et les transporteurs aériens).

Le mécanisme de la fiducie réputée a d'abord été instauré dans les lois fiscales afin de protéger l'intérêt légitime de l'État de percevoir auprès des employeurs les prélèvements à la source que ceux-ci devaient effectuer sur le salaire de leurs employés¹⁷. Comme les biens correspondant à la valeur de ces prélèvements étaient souvent confondus avec les autres biens de l'employeur, ils devenaient alors accessibles à l'ensemble des créanciers de ce dernier, notamment en cas d'insolvabilité de celui-ci. Des dispositions semblables ont aussi été intégrées à d'autres lois prévoyant le prélèvement à la source par les employeurs de cotisations à des régimes publics tels le *Régime de pensions du Canada*¹⁸ ou la *Loi sur l'assurance-emploi*¹⁹. Ces fiducies réputées sont établies au bénéfice de l'État et elles visent les cotisations prélevées sur

16. En 2014, le gouvernement fédéral a entrepris le processus de révision quinquennale des lois relatives à l'insolvabilité ; voir le rapport intitulé *Nouveau départ : un examen des lois canadiennes en matière d'insolvabilité*, [https://www.ic.gc.ca/eic/site/cilp-pdci.nsf/vwapj/review_canada_insolvency_laws-fra.pdf/\\$file/review_canada_insolvency_laws-fra.pdf](https://www.ic.gc.ca/eic/site/cilp-pdci.nsf/vwapj/review_canada_insolvency_laws-fra.pdf/$file/review_canada_insolvency_laws-fra.pdf).

17. Voir notamment les par. 227(4) et (4.1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985), ch. 1 (5^e suppl.) (ci-après la LIR).

18. L.R.C. (1985), ch. C-8, par. 23(3) et (4).

19. L.C. 1996, ch. 23, par. 86(2) et (2.1).

le salaire des employés. Dans la même veine, les lois régissant les régimes complémentaires de retraite ont également été modifiées afin de créer une fiducie réputée au bénéfice des participants à ces régimes, de façon à accroître les chances que les sommes nécessaires à leur financement soient bel et bien versées dans la caisse de retraite²⁰. Ces fiducies réputées visent à la fois les cotisations prélevées sur le salaire des employés de même que les cotisations payables par l'employeur.

La question de l'efficacité des fiducies réputées en cas d'insolvabilité de l'entreprise débitrice a suscité le développement d'une jurisprudence à la fois abondante et complexe²¹. Ainsi, il est bien établi qu'une loi provinciale ne peut porter atteinte à l'application des lois fédérales sur l'insolvabilité, et ce, en raison du principe de la prépondérance fédérale²². Par exemple, une loi provinciale créant une fiducie réputée ne peut avoir pour effet de modifier l'ordre de priorité des réclamations qui est établi par l'article 136 de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*²³. Par ailleurs, la question de savoir si les droits découlant des fiducies réputées ont préséance sur les droits des créanciers garantis a d'abord été tranchée en 1997 par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Banque Royale du Canada c. Sparrow Electric Corp.*²⁴. La Cour suprême avait alors conclu que la fiducie réputée de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (LIR) n'avait pas préséance sur les droits des créanciers garantis dont la sûreté avait été rendue opposable aux tiers avant la constitution de la fiducie réputée. En réponse à cette décision, le législateur fédéral a rapidement modifié la LIR de manière à accorder expressément à la fiducie réputée de cette loi préséance sur les droits de tous les

20. Voir *supra*, note 6. La portée de ces diverses fiducies réputées varie toutefois considérablement, certaines ne visant que les contributions exigibles mais non payées, tandis que d'autres couvrent l'ensemble des sommes requises pour éponger le déficit actuariel.

21. Voir notamment *Dauphin Plains Credit Union Ltd. c. Xyloid Industries Ltd.*, [1980] 1 R.C.S. 1182; *Colombie-Britannique c. Henfrey Samson Belair Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 24; *Husky Oil Operations Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1995] 3 R.C.S. 453; *Québec (Sous-ministre du Revenu) c. Nolisair International inc. (Syndic de)*, [1999] 1 R.C.S. 759; voir aussi Louis L'HEUREUX, *La fiducie présumée de la Loi de l'impôt sur le revenu*, Toronto, Carswell, 2002, pp. 13-22, et Roger P. SIMARD, « The Federal Enhanced Deemed Trust: a New Source of Liability for Financial Institutions? », dans Janis P. SARRA, dir., *Annual Review of Insolvency Law 2008*, Toronto, Thomson Carswell, 2009, 373, pp. 376-385.

22. Voir notamment *Colombie-Britannique c. Henfrey Samson Belair Ltd.*, *ibid.*, et plus récemment *Indalex*, *op. cit.*, *supra*, note 8.

23. L.R.C. (1985), ch. B-3 (ci-après la LFI).

24. [1997] 1 R.C.S. 411 (ci-après *Sparrow*).

créanciers garantis²⁵. Le libellé des fiducies réputées établies par le *Régime de pensions du Canada* et la *Loi sur l'assurance-emploi* a également été modifié à la même occasion²⁶ tandis que celui de la fiducie réputée de la *Loi sur la taxe d'accise* l'a été en 2000²⁷. Par contre, les lois régissant les régimes complémentaires de retraite n'ont pas fait l'objet de semblables modifications.

Par ailleurs, vraisemblablement en raison de la prolifération des dispositions créant des fiducies réputées, le législateur fédéral a choisi de limiter le nombre de ces fiducies réputées dont l'efficacité est formellement reconnue en cas d'insolvabilité²⁸. La technique législative utilisée a été de priver d'effet en cas d'insolvabilité toutes les fiducies réputées établies au profit de Sa Majesté (soit l'État), sauf celles expressément prévues par les lois sur l'insolvabilité ou celles respectant par ailleurs les conditions essentielles à la constitution d'une véritable fiducie²⁹ (selon le droit civil du Québec³⁰ ou selon la *common law* ailleurs au Canada)³¹. Peut-être parce que la majorité des fiducies réputées sont établies au profit de Sa Majesté, certains ont vu dans ces modifications législatives l'intention du législateur de priver d'effet en cas d'insolvabilité toutes les fiducies réputées sauf celles expressément prévues par

25. L.C. 1998, ch. 19, art. 226. Dans *First Vancouver Finance c. M.R.N.*, 2002 CSC 49, la Cour suprême a par la suite confirmé l'efficacité de ces modifications législatives (voir le par. 28).

26. L.C. 1998, ch. 19, art. 252 et 266.

27. L.R.C. (1985), ch. E-15, art. 222, modifié par L.C. 2000, ch. 30, art. 50 et 158 ; cette fiducie réputée n'a toutefois pas été ajoutée à la liste de celles visées au par. 37(2) de la LACC ; voir à cet égard *Century Services Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2010 CSC 60 (ci-après *Century Services*).

28. LACC, par. 37(1) et (2) (auparavant l'art. 18.3) et LFI, par. 67(2) et (3).

29. Cette dernière possibilité est évoquée aux par. 67(2) de la LFI et 37(1) de la LACC ; cette dernière disposition est ainsi libellée : « aucun des biens de la compagnie débitrice ne peut être considéré comme tel par le seul effet d'une telle disposition » ; la version anglaise est un peu plus révélatrice à cet égard : « shall not be regarded as being held in trust for Her Majesty unless it would be so regarded in the absence of that statutory provision. » (*Nos soulignements*)

30. Il importe de rappeler que le concept de la fiducie n'a véritablement été reconnu au Québec qu'avec l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec* (ci-après C.c.Q.) en 1994 (art. 1260-1298).

31. Voir *Québec (Revenu) c. Caisse populaire Desjardins de Montmagny*, 2009 CSC 49, par. 15 ; voir aussi *Groupe Sutton-Royal inc. (Syndic de)*, 2015 QCCA 1069, par. 71-74 (demande d'autorisation d'appel à la Cour suprême du Canada rejetée le 5 mai 2016, dossier 36618) de même que les art. 8.1 et 8.2 de la *Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21.

les lois sur l'insolvabilité. Comme nous le verrons, la jurisprudence comporte encore des relents de cette généralisation excessive³².

Le législateur fédéral a plus récemment apporté diverses modifications aux lois sur l'insolvabilité qui ont notamment eu pour effet d'accorder une priorité relative à une partie des réclamations concernant les régimes de retraite parrainés par une entreprise insolvable³³. De façon générale, la priorité vise les réclamations relatives aux coûts normaux (appelés « cotisations d'exercice » dans la loi québécoise) devant être versés à la caisse de retraite, mais pas celles relatives aux paiements spéciaux (ou « cotisations d'équilibre »)³⁴. Certaines de ces modifications législatives sont entrées en vigueur en juillet 2008³⁵ et les autres en septembre 2009³⁶ (ci-après les modifications de 2009)³⁷. Toutefois, l'effet de ces nouvelles dispositions sur les fiducies réputées établies tant par la loi fédérale que par les diverses lois provinciales demeure incertain.

32. Voir notamment les affaires *White Birch* et *Aveos*, *op. cit.*, *supra*, notes 9 et 11.

33. L.C. 2005, ch. 47 et L.C. 2007, ch. 36, concernant les par. 6(6) et 36(7) de la LACC ainsi que les par. 60(1.5) et 65.13(8) de même que les art. 81.5 et 81.6 de la LFI. En résumé, ces dispositions requièrent que tout compromis, plan d'arrangement ou vente d'éléments d'actif devant être approuvé par le tribunal en vertu de la LACC prévoie le versement des sommes suivantes à la caisse de retraite : les sommes déduites de la rémunération des employés pour versement à la caisse, les coûts normaux du régime et les sommes que l'employeur est tenu de verser à un régime à cotisations déterminées ou à un régime de pension agréé collectif. La LFI prévoit des règles semblables ainsi que l'établissement d'une sûreté sur les biens du failli afin de garantir le paiement de ces sommes.

34. Tout comme les régimes de retraite à cotisations déterminées (CD), les régimes de retraite à prestations déterminées (PD) sont financés par des cotisations patronales et habituellement aussi par des cotisations salariales des employés. Dans le cas des régimes PD, les cotisations patronales sont de deux types : les cotisations d'exercice (en anglais « normal cost contributions ») et les cotisations d'équilibre (en anglais « special payments »). Ces dernières servent à amortir sur une période d'habituellement 5 à 15 ans les déficits encourus par la caisse de retraite qui sont déterminés par une évaluation actuarielle. Au Québec, les règles de financement des régimes PD ont été modifiées substantiellement par L.Q. 2015, ch. 29.

35. TR/2008-78, pour les art. 81.5 et 81.6 de la LFI.

36. TR/2009-68, pour les par. 6(6) et 36(7) de la LACC ainsi que les par. 60(1.5) et 65.13(8) de la LFI.

37. Certaines entreprises sont exclues du champ d'application de la LFI et de la LACC, notamment les banques et les sociétés d'assurances, lesquelles sont visées par la *Loi sur les liquidations et les restructurations*, L.R.C. (1985), ch. W-11, de sorte que les bénéficiaires des régimes de retraite de ces entreprises ne profitent pas d'une telle priorité relative de leurs réclamations en cas d'insolvabilité.

Il convient enfin d'ajouter que, malgré l'abondante jurisprudence sur le sujet, le concept de fiducie réputée comporte encore de nombreuses zones grises, lesquelles sont parfois accentuées par les différences entre le droit civil et la *common law*. Les tribunaux ont maintes fois assimilé la fiducie réputée à une charge flottante grevant l'ensemble des biens de l'entreprise débitrice³⁸. Une fois que l'application de la fiducie réputée a été enclenchée, l'entreprise débitrice conserve tout de même ses droits réels sur les biens susceptibles de faire l'objet de la fiducie, entre autres le pouvoir de les aliéner³⁹. Pour leur part, les bénéficiaires de la fiducie réputée ne possèdent pas de droit réel sur ces biens, notamment pas de droit de suite à leur égard⁴⁰. L'effet juridique de la fiducie réputée se compare ainsi à celui d'une priorité, soit le droit d'être payé à même le produit de la disposition des biens de l'entreprise débitrice en préférence des autres créanciers⁴¹.

2. La loi ontarienne

La fiducie réputée applicable à l'égard des régimes de retraite assujettis à la loi de l'Ontario est établie par l'article 57 de la *Loi sur les régimes de retraite*⁴² de cette province, dont les paragraphes (3) et (4) sont ainsi libellés :

(3) L'employeur qui est tenu de cotiser à une caisse de retraite est réputé détenir en fiducie pour le compte des bénéficiaires du régime de retraite un montant égal aux cotisations de l'employeur qui sont dues et impayées à la caisse de retraite.

(4) Si un régime de retraite est liquidé en totalité ou en partie, l'employeur qui est tenu de cotiser à la caisse de retraite est réputé détenir en fiducie pour le compte des bénéficiaires du régime de retraite un montant égal aux cotisations de l'employeur qui sont

38. Voir notamment *First Vancouver Finance c. M.R.N.*, *op. cit.*, *supra*, note 25, par. 40. Ce concept n'existe toutefois pas en droit civil ; voir notamment Louis L'HEUREUX, *op. cit.*, *supra*, note 21, p. 15.

39. Dans le cas d'une fiducie véritable, le constituant perd le droit d'aliéner les biens transférés en fiducie, tant en droit civil (voir l'art. 1261 C.c.Q.), qu'en *common law* (suivant laquelle il y a dédoublement du droit de propriété entre le fiduciaire et le bénéficiaire). En cas d'aliénation, la fiducie réputée viserait le produit de la disposition des biens ; à cet égard, voir *First Vancouver Finance c. M.R.N.*, *ibid.*, par. 5 et 42.

40. Sous réserve des dispositions législatives pertinentes.

41. Voir notamment Roger P. SIMARD, *loc. cit.*, *supra*, note 21, p. 394.

42. *Op. cit.*, *supra*, note 6 ; voir aussi les par. 57(1) et (6).

accumulées à la date de la liquidation, mais qui ne sont pas encore dues aux termes du régime ou des règlements.

Il y a lieu de souligner que la législation ontarienne comporte une particularité découlant du paragraphe 30(7) de la *Loi sur les sûretés mobilières*⁴³. Cette disposition confère expressément priorité à la fiducie réputée sur les sûretés mobilières grevant certains biens de l'entreprise débitrice⁴⁴ ; elle est ainsi libellée :

(7) La sûreté sur un compte ou un stock et le produit de ceux-ci est subordonnée à l'intérêt du bénéficiaire d'une fiducie réputée telle aux termes de la *Loi sur les normes d'emploi* ou de la *Loi sur les régimes de retraite*.

Aux fins du présent article, l'intérêt d'examiner la loi ontarienne vient du fait que la Cour suprême du Canada s'est récemment prononcée dans l'affaire *Indalex* sur son application dans le contexte de procédures engagées en vertu de la LACC et qu'elle y a notamment énoncé certains principes applicables aux autres lois constituant des fiducies réputées.

2.1 L'affaire Indalex

Indalex était une entreprise éprouvant de sérieuses difficultés financières qui s'était prévalu du régime de protection de la LACC en avril 2009. Au terme de ces procédures, l'entreprise a ultimement été vendue, mais l'acquéreur n'a pas accepté d'assumer les obligations de l'employeur au titre des régimes de retraite. Le produit de la vente étant insuffisant pour acquitter toutes les réclamations, la principale question à trancher consistait à déterminer si les sommes accumulées (en anglais « accrued ») mais non encore dues à la caisse de retraite à la date de liquidation du régime étaient visées par la fiducie réputée prévue au paragraphe 57(4) de la loi ontarienne. Dans l'affirmative, il s'agissait par ailleurs de déterminer si la réclamation fondée sur la fiducie réputée avait préséance sur la réclamation découlant d'un accord de finance-

43. L.R.O. 1990, ch. P.10.

44. Cette disposition s'est toutefois avérée inapplicable dans l'affaire *Indalex* puisque la Cour suprême y a conclu que la réclamation découlant de l'accord de financement du débiteur-exploitant avait préséance sur la réclamation fondée sur la fiducie réputée, et ce, en raison de la doctrine de la prépondérance fédérale.

ment du débiteur-exploitant (en anglais, « DIP financing »)⁴⁵ qui avait été approuvé par le juge de première instance en vertu de la LACC. Cette ordonnance accordait priorité à la charge relative à l'accord de financement sur « [traduction] toutes les autres sûretés, y compris les fiducies, privilèges, charges et grèvements, d'origine législative ou autre »⁴⁶ (communément appelée une superpriorité).

La décision rendue par la Cour suprême est complexe, trois groupes de juges ayant exprimé des motifs parfois concordants, parfois divergents, sur plusieurs questions connexes. En résumé, une majorité de juges a conclu que les sommes accumulées au titre du déficit de liquidation de l'une des caisses de retraite en cause étaient bel et bien visées par la fiducie réputée de la loi ontarienne. Toutefois, l'ensemble des juges a conclu que la réclamation découlant de l'accord de financement du débiteur-exploitant avait préséance sur la réclamation fondée sur la fiducie réputée, et ce, en raison de la doctrine de la prépondérance fédérale⁴⁷.

Aux fins du présent article, l'intérêt de la décision *Indalex* réside principalement dans le fait que la Cour suprême y a confirmé que les dispositions des lois provinciales établissant une fiducie réputée continuent de s'appliquer aux entreprises s'étant placées sous le régime de protection de la LACC, ce qui en principe n'est pas le cas de celles dont la liquidation s'effectue sous le régime de la LFI⁴⁸. À cet égard, la juge Deschamps s'exprimait ainsi :

[51] [...] Les priorités dont bénéficient les créanciers sont définies par la législation provinciale, à moins que ces droits soient écartés par une loi fédérale. Le législateur fédéral n'a pas expressément édicté que toutes les priorités établies en matière de faillite s'appliquent aux instances relevant de la LACC ou aux propositions régies par la LFI. [...]

[52] La fiducie réputée créée par la LRR continue de s'appliquer dans les instances relevant de la LACC, sous réserve de la doctrine de la prépondérance fédérale (*Crystalline Investments Ltd. c. Domgroup Ltd.*, 2004 CSC 3, [2004] 1 R.C.S. 60, par. 43). La Cour d'appel a donc jugé à bon droit que, à l'issue d'un processus de liquidation relevant

45. L'acronyme DIP correspond au terme « debtor-in-possession ».

46. *Indalex*, op. cit., supra, note 8, par. 60.

47. *Ibid.*, par. 60, 242 et 265.

48. *Ibid.*, par. 8.

de la LACC, les priorités peuvent être établies selon le régime prévu dans la LSM, plutôt que selon le régime fédéral établi dans la LFI.

Il est vrai que les deux autres groupes de juges ayant exprimé des motifs dans l'affaire *Indalex* n'ont pas traité expressément de cette question, mais les conclusions auxquelles ils arrivent impliquent nécessairement qu'ils appuient cette position. De toute façon, il s'agit simplement de l'application du principe général selon lequel le droit civil provincial continue de s'appliquer aux entreprises qui deviennent insolubles, sauf dans la mesure où le droit provincial entre en conflit avec les lois fédérales sur l'insolvabilité⁴⁹.

Enfin, il faut par contre souligner que les faits ayant donné lieu à l'affaire *Indalex* étaient antérieurs à l'entrée en vigueur en 2009 des modifications législatives qui ont été apportées à la LACC. Nous y reviendrons plus loin.

3. La loi québécoise

Les régimes complémentaires de retraite relevant de la compétence du Québec sont régis par la *Loi sur les régimes complémentaires de retraite* (la LRCR)⁵⁰. L'article 49 de cette loi est ainsi rédigé :

49. Jusqu'à leur versement à la caisse de retraite ou à l'assureur, les cotisations et les intérêts accumulés sont réputés détenus en fiducie par l'employeur, que ce dernier les ait ou non gardés séparément de ses biens.

Contrairement au libellé d'autres fiducies réputées, l'article 49 ne précise pas l'élément déclencheur à partir duquel la fiction juridique est réputée prendre effet. Par exemple, la fiducie réputée de la loi fédérale précise qu'elle s'applique « [e]n cas de liquidation, de cession des biens ou de faillite de l'employeur » tandis que la fiducie de la loi ontarienne s'applique « [s]i un régime de retraite est liquidé en totalité ou en partie ». Dans le cas de la loi québé-

49. Voir notamment *Husky Oil Operations Ltd. c. Ministre du Revenu national*, *op. cit.*, *supra*, note 21, par. 81, et *Crystalline Investments Ltd. c. Domgroup Ltd.*, 2004 CSC 3, par. 43.

50. *Op. cit.*, *supra*, note 6.

coise, il semble donc que la fiducie réputée prenne effet dès que les cotisations et les intérêts accumulés deviennent dus et exigibles⁵¹.

De plus, contrairement aux lois fédérale et ontarienne, la loi québécoise ne précise pas non plus que l'employeur est réputé détenir en fiducie « un montant égal » ou « un montant correspondant » aux cotisations devant être versées. Toutefois, force est d'admettre que les trois lois sont au même effet puisque tant qu'elles ne sont pas formellement séparées des autres biens de l'employeur, les cotisations non versées ne sont en réalité que des biens que l'employeur pourrait utiliser pour les verser. Cette différence dans le libellé de la loi québécoise semble donc simplement découler du style législatif civiliste.

Par ailleurs, l'article 264 de la LRCR énonce ce qui suit :

264. Sauf dispositions contraires de la loi, est incessible et insaisissable :

1° toute cotisation versée ou qui doit être versée à la caisse de retraite ou à l'assureur, ainsi que les intérêts accumulés ;

2° toute somme remboursée ou toute prestation versée en vertu d'un régime de retraite ou de la présente loi ;

[...]

Il importe de souligner que la règle énoncée au paragraphe 1 de l'article 264 semble unique au Québec⁵². En effet, bien que les autres lois fédérale et provinciales régissant les régimes complémentaires de retraite édictent l'incessibilité et l'insaisissabilité des prestations de retraite versées aux bénéficiaires de ces régimes⁵³,

51. Il y a lieu de souligner que les modifications apportées aux fiducies réputées des lois fédérales dans la foulée de l'arrêt *Sparrow* ont supprimé leur élément déclencheur ; voir *supra*, notes 25 à 27.

52. Si l'art. 264 de la LRCR ne s'applique vraisemblablement qu'à l'égard des régimes de retraite relevant de la compétence du Québec, il faut souligner que l'art. 696 du « nouveau » *Code de procédure civile*, RLRQ, ch. C-25.01, énonce la même règle. Par conséquent, cette disposition est également susceptible de s'appliquer au Québec à l'égard des régimes de retraite relevant de la compétence fédérale.

53. Par exemple, tout comme au par. 2 de l'art. 264 de la LRCR, l'incessibilité des prestations de retraite versées aux bénéficiaires est prévue au par. 36(2) de la LNPP de même qu'au par. 66(1) de la *Loi sur les régimes de retraite* de l'Ontario ;

il semble qu'aucune de ces lois ne déclare incessibles et insaisissables les cotisations devant être versées à la caisse de retraite.

L'efficacité de la fiducie réputée établie par l'article 49 de la LRCR a été examinée dans les affaires *White Birch* et *Timminco*. De plus, la portée de l'article 264 de la LRCR a également été étudiée dans cette dernière affaire.

3.1 L'affaire *White Birch*

Dans l'affaire *White Birch*, diverses entreprises du secteur des pâtes et papiers avaient obtenu la protection du tribunal en vertu de la LACC en février 2010. Dans la foulée de la décision que la Cour d'appel de l'Ontario avait rendue dans l'affaire *Indalex*⁵⁴, certains représentants des employés et des retraités de ces entreprises ont présenté en octobre 2011 une demande de jugement déclaratoire visant à accorder aux cotisations d'équilibre dues par les débitrices un rang prioritaire par rapport aux réclamations du prêteur bénéficiant d'une superpriorité en vertu de la LACC.

Il faut tout de suite préciser que la décision *White Birch* a été rendue avant que la Cour suprême du Canada ne se prononce dans l'affaire *Indalex* pour infirmer la décision de la Cour d'appel de l'Ontario. Quoi qu'il en soit, le juge Mongeon a rejeté la demande des représentants des employés et des retraités pour divers motifs qu'il n'y a pas lieu ici d'examiner en détail. Toutefois, certaines de ses conclusions méritent une attention particulière.

Le juge Mongeon a d'abord conclu que la fiducie réputée prévue à l'article 49 de la LRCR ne pouvait avoir d'effet que si elle respectait toutes les conditions requises par le droit civil québécois⁵⁵ pour la constitution d'une fiducie réelle, ce qui n'était pas le cas. Il s'est toutefois ravisé sur ce point dans l'affaire *Timminco* et cette

cette dernière disposition prévoit également leur insaisissabilité, tout comme la plupart des autres lois provinciales régissant les régimes de retraite.

54. *Indalex Limited (Re)*, 2011 ONCA 265.

55. *White Birch*, *op. cit.*, *supra*, note 9, par. 145-146 et 193. Même si certains passages du jugement, dont le par. 136, font référence aux conditions requises par la *common law* pour la constitution d'une fiducie, le juge Mongeon semble avoir conclu à bon droit que ces principes ne sont pas applicables au Québec; à cet égard, voir les art. 8.1 et 8.2 de la *Loi d'interprétation*, *op. cit.*, *supra*, note 31 ; voir aussi *Groupe Sutton-Royal inc. (Syndic de)*, *op. cit.*, *supra*, note 31.

dernière décision semble bien fondée à cet égard. Le législateur a en effet pleinement compétence pour décréter qu'une situation donnée est réputée produire les effets juridiques d'une fiducie même si les conditions essentielles à la constitution d'une fiducie conventionnelle ne sont pas réunies. Il s'agit alors d'une fiducie établie par la loi⁵⁶. Toutefois, en raison de la prépondérance fédérale, une fiducie établie par la loi provinciale sera privée d'effet si elle entre en conflit avec les lois sur l'insolvabilité. La jurisprudence a ainsi établi qu'une fiducie réputée établie par la loi provinciale ne constitue pas une fiducie au sens de l'alinéa 67(1)a) de la LFI et qu'elle ne peut ainsi venir modifier l'ordre de priorité établi par l'article 136 de cette loi⁵⁷. Or, il n'existe pas de dispositions équivalentes dans la LACC⁵⁸. Même si certaines décisions ont pu donner à penser que l'ordre de priorité de la LFI s'appliquait également dans le cadre de procédures engagées en vertu de la LACC⁵⁹, la Cour suprême a rejeté cette approche dans l'affaire *Indalex*⁶⁰. Il n'est donc pas nécessaire qu'une fiducie réputée respecte les conditions requises pour la constitution d'une fiducie réelle afin de produire ses effets dans le contexte de la LACC.

Le tribunal a par ailleurs conclu qu'étant donné qu'aucune disposition de la LACC ne maintenait en vigueur la fiducie réputée de l'article 49 de la LRCR, celle-ci était inopposable à une entreprise ayant obtenu la protection sous le régime de la LACC⁶¹. Toutefois, cette position omet de faire la distinction entre les fiducies réputées établies au profit de Sa Majesté, lesquelles sont privées d'effet par le paragraphe 37(1) de la LACC à moins d'être reconnues expressément par cette loi, et les autres fiducies réputées qui ne sont visées par aucune disposition semblable⁶². Cette position s'appuie par ailleurs sur l'opinion minoritaire du juge Fish dans l'affaire *Century Services* selon laquelle il existe une fiducie réputée uniquement lorsqu'une disposition législative crée la fiducie et qu'une disposition de la LACC ou de la LFI confirme explicitement

56. C.c.Q., art. 1262.

57. Voir notamment *Colombie-Britannique c. Henfrey Samson Belair Ltd.*, *op. cit.*, *supra*, note 21 ; voir aussi *Ivaco Inc. (Re)*, 2006 CanLII 34551 (ON CA).

58. Sous réserve de l'effet éventuel des modifications législatives de 2009.

59. Voir notamment *Century Services*, *op. cit.*, *supra*, note 27, par. 23.

60. *Indalex*, *op. cit.*, *supra*, note 8, par. 51.

61. *White Birch*, *op. cit.*, *supra*, note 9, par. 157-158. Dans l'affaire *Timminco*, le juge Mongeon n'est pas revenu sur cet argument, sauf peut-être de façon indirecte au par. 173.

62. Voir *supra*, note 28 et le texte qui s'y rapporte.

l'existence de la fiducie. Or, cette opinion avait expressément été rejetée par les juges majoritaires dans cette affaire⁶³.

Le juge Mongeon a finalement conclu, de façon subsidiaire, que même si la fiducie réputée de l'article 49 de la LRCR produisait bel et bien ses effets dans le cadre des procédures sous le régime de la LACC, elle ne pouvait avoir préséance sur les droits des prêteurs bénéficiant de la superpriorité qui leur avait été accordée en vertu de cette loi, et ce, en raison du principe de la prépondérance fédérale⁶⁴. Comme le juge Mongeon l'a lui-même indiqué dans l'affaire *Timminco*⁶⁵, cette dernière conclusion demeure le seul motif déterminant au soutien de la décision dans l'affaire *White Birch*. Cette conclusion est d'ailleurs conforme à la décision que la Cour suprême a rendue dans l'affaire *Indalex*.

3.2 L'affaire *Timminco*

Éprouvant des difficultés financières, Timminco Inc. et sa filiale Silicium Bécancour Inc. (SBI) avaient obtenu en janvier 2012 une ordonnance de la Cour supérieure de Justice de l'Ontario en vertu de la LACC. La question en litige dans cette affaire était de déterminer si les réclamations des bénéficiaires des régimes de retraite de SBI avaient priorité sur les droits d'Investissement Québec aux termes de l'hypothèque universelle sans dépossession que ce créancier possédait sur la totalité des biens meubles et immeubles de SBI. Comme les régimes de retraite de SBI étaient régis par la loi québécoise, le tribunal ontarien a soumis cette question à la Cour supérieure du Québec.

Contrairement à ce qu'il avait décidé dans l'affaire *White Birch*, le juge Mongeon a conclu que l'article 49 de la LRCR créait

63. « Avec égards pour l'opinion contraire exprimée par mon collègue le juge Fish, je ne crois pas qu'on puisse résoudre ce conflit apparent en niant son existence et en créant une règle qui exige à la fois une disposition législative établissant la fiducie présumée et une autre la confirmant. Une telle règle est inconnue en droit. Les tribunaux doivent reconnaître les conflits, apparents ou réels, et les résoudre lorsque la chose est possible. » ; *Century Services*, *op. cit.*, *supra*, note 27, par. 40.

64. *White Birch*, *op. cit.*, *supra*, note 9, par. 217.

65. *Timminco*, *op. cit.*, *supra*, note 10, par. 84-85. Voir aussi *White Birch Paper Holding Company (Arrangement relatif à)*, 2014 QCCS 4709, où le juge Mongeon a conclu que sa première décision dans l'affaire *White Birch* avait l'autorité de la chose jugée à l'égard des parties à l'instance et que son jugement subséquent dans l'affaire *Timminco* n'était donc pas applicable en l'espèce.

bel et bien une fiducie réputée⁶⁶ et que celle-ci visait toutes les cotisations dues par l'entreprise débitrice, y compris les cotisations d'équilibre, mais non les sommes requises pour éponger les déficits actuariels⁶⁷.

Aux termes de l'article 49 de la LRCR, la fiducie réputée prend effet dès que les cotisations et les intérêts accumulés deviennent dus et exigibles. Or, dans l'affaire *Timminco*, la fiducie réputée avait pris effet après que l'hypothèque d'Investissement Québec ait été rendue opposable aux tiers. Selon les principes énoncés dans l'arrêt *Sparrow*⁶⁸, pour conférer priorité à la fiducie réputée, il aurait fallu que l'article 49 de la LRCR (ou toute autre disposition des lois québécoises) mentionne expressément que la fiducie avait préséance sur les droits des créanciers garantis⁶⁹. En l'absence d'une telle mention, il aurait ainsi fallu conclure que les biens visés par la fiducie réputée étaient déjà grevés d'une hypothèque lorsque la fiducie a pris effet pour les soustraire du patrimoine de l'entreprise débitrice. Suivant ce raisonnement, l'hypothèque détenue par Investissement Québec aurait donc primé les droits des bénéficiaires de la fiducie réputée⁷⁰.

Toutefois, le juge Mongeon s'est alors tourné vers l'article 264 de la LRCR qui, comme nous l'avons vu précédemment, déclare incessibles et insaisissables les cotisations devant être versées à la caisse de retraite⁷¹. Il s'est exprimé en ces termes :

[135] Serait donc insaisissable ou incessible toute cotisation versée ou qui doit être versée à la caisse de retraite des employés syndiqués on [sic] non-syndiqués de SBI. S'il faut donner un sens à cet article, il faut conclure que les cotisations... « à être versées »... sont littéralement hors de la portée des autres créanciers de SBI, que ces derniers soient garantis ou non, qu'ils bénéficient d'une garantie antérieure à la date d'exigibilité des cotisations payées ou non.

66. *Timminco*, *ibid.*, par. 128 et 132.

67. *Ibid.*, par. 80.

68. *Sparrow*, *op. cit.*, *supra*, note 24.

69. *Timminco*, *op. cit.*, *supra*, note 10, par. 119.

70. *Ibid.*, par. 132f).

71. Au par. 137, le juge Mongeon cite également une autre disposition au même effet, soit le par. 553(7) de l'« ancien » *Code de procédure civile*, RLRQ, ch. C-25, dans sa version antérieure au 1^{er} janvier 2016. Cette disposition se trouve maintenant au par. 3 du deuxième alinéa de l'art. 696 du « nouveau » *Code de procédure civile*, RLRQ, ch. C-25.01. À cet égard, voir le commentaire *supra*, note 52.

Ce faisant, le tribunal a indiqué que le raisonnement suivi dans l'arrêt *Sparrow* ne pouvait donc pas s'appliquer en l'espèce⁷². Il semble ainsi qu'il faille conclure de la décision *Timminco* que même si les biens visés par la fiducie réputée étaient déjà grevés d'une hypothèque lorsque la fiducie a pris effet pour les soustraire du patrimoine de l'entreprise débitrice, le créancier garanti ne pouvait plus exercer son droit réel à l'égard des biens hypothéqués parce que ceux-ci étaient entre-temps devenus incessibles et insaisissables. Néanmoins, si les biens en cause sont devenus incessibles dès que les cotisations à la caisse de retraite sont devenues exigibles, on peut se demander comment ces biens ont ainsi pu sortir du patrimoine de SBI par l'effet de la constitution de la fiducie réputée. Logiquement, il faudrait alors probablement conclure que la fiducie réputée de l'article 49 de la LRCR doit être considérée prendre effet immédiatement avant la déclaration d'incessibilité prévue à l'article 264 de cette loi. Par ailleurs, une fois que les biens en cause sont réputés sortis du patrimoine de l'entreprise débitrice, il faudrait probablement conclure qu'ils deviennent insaisissables par les créanciers de cette dernière pendant que l'entreprise les détient à titre de fiduciaire. Par contre, la déclaration d'insaisissabilité n'empêcherait vraisemblablement pas les bénéficiaires de forcer le fiduciaire à leur remettre les biens au terme de la fiducie⁷³. Manifestement, il faut admettre que l'application conjuguée des articles 49 et 264 de la LRCR soulève d'intéressantes difficultés conceptuelles⁷⁴.

Même si la décision *Timminco* a l'avantage d'accroître la protection accordée aux bénéficiaires des régimes de retraite au Québec, il faut tout de même reconnaître qu'elle risque d'avoir des conséquences importantes pour les prêteurs et autres créanciers des entreprises parrainant de tels régimes si elle est éventuellement suivie par la jurisprudence subséquente⁷⁵. Le juge Mongeon ajoutait d'ailleurs le commentaire suivant :

72. *Timminco*, *op. cit.*, *supra*, note 10, par. 156.

73. Conformément à l'art. 1297 du C.c.Q.

74. La décision *Timminco* semble être la seule dans laquelle l'art. 264 de la LRCR, ou son pendant dans le *Code de procédure civile*, a été appliqué à l'égard de cotisations patronales devant être versées à une caisse de retraite.

75. Voir notamment le résumé des arguments d'Investissement Québec aux par. 62-66 de la décision *Timminco*.

[160] Finalement, force est de constater que l'article 264 LRCR a, par analogie, sensiblement le même effet que l'article 30(7) de la *Loi ontarienne sur les sûretés mobilières* (LRO 1990, ch. D-10 [*sic*]) que l'on appelle communément le « PPSA » et qui subordonne les sûretés mobilières à l'intérêt du bénéficiaire d'une fiducie réputée créée par une loi portant sur les régimes de retraite.

Or, il faut rappeler que la fiducie réputée de la loi ontarienne ne prend effet qu'en cas de liquidation totale ou partielle du régime de retraite. Par opposition, la notion d'incessibilité et d'insaisissabilité des biens de l'entreprise ayant une valeur égale aux cotisations devant être versées à la caisse de retraite pourrait être soulevée de façon sporadique à n'importe quel moment de la vie d'une entreprise.

De surcroît, il faut souligner que les déclarations d'insaisissabilité ont un caractère exceptionnel et qu'elles doivent par conséquent recevoir une interprétation restrictive⁷⁶. De façon générale, celles-ci visent à protéger de la saisie les biens et les sources de revenus nécessaires à la subsistance des individus. La grande majorité d'entre elles ne sont donc applicables qu'à l'égard des biens des débiteurs qui sont des personnes physiques⁷⁷. Même si certaines déclarations d'insaisissabilité semblent avoir une portée assez large pour s'appliquer également à l'égard des biens des personnes morales, il faut tout de même admettre que l'insaisissabilité de ces biens pourrait produire des résultats inusités en cas de liquidation de l'entreprise débitrice si ses créanciers ne pouvaient ainsi avoir accès aux biens insaisissables tandis que ceux-ci pourraient ultimement être dévolus à ses actionnaires au terme de la liquidation⁷⁸. Dans le cas de la déclaration d'insaisissabilité visant les cotisations devant être versées à la caisse de retraite, le paragraphe 1 de l'article 264 de la LRCR pourrait être interprété de façon à viser soit les cotisations salariales, c'est-à-dire celles prélevées sur le salaire des employés, soit les cotisations patronales, soit les deux⁷⁹. Dans l'affaire *Timminco*, le juge Mongeon a conclu que tant les cotisations salariales que les cotisations patronales,

76. Voir *Poulin c. Serge Morency et Associés inc.*, [1999] 3 R.C.S. 351, par. 18, et *Metacad 2000 Inc. c. Lamb-Grays Harbor Co.*, 2004 CanLII 31407 (QC CA), par. 15-16.

77. *Metacad 2000 Inc. c. Lamb-Grays Harbor Co.*, *ibid.*, par. 18 et 22.

78. *Ibid.*, par. 24.

79. Il est à noter que le par. 1 de l'art. 264 de la LRCR comportait auparavant les mots « (toute cotisation) salariale ou patronale » ; ces mots ont été retranchés par L.Q. 2000, ch. 41, art. 171.

y compris les cotisations d'équilibre, étaient visées par la déclaration d'insaisissabilité⁸⁰. Toutefois, compte tenu de l'interprétation restrictive que doivent recevoir les déclarations d'insaisissabilité, il y aurait peut-être lieu de tenter d'établir des distinctions entre les divers types de cotisations visées⁸¹. Par ailleurs, même si l'on peut prétendre que l'insaisissabilité des cotisations devant être versées par l'employeur vise ultimement à protéger les sources de revenus nécessaires à la subsistance des bénéficiaires des régimes de retraite, il faut admettre que le lien avec ces bénéficiaires n'est qu'indirect. Cela revient en somme à reconnaître l'insaisissabilité des biens que l'employeur pourrait utiliser pour financer les futures prestations de retraite de ces bénéficiaires. De surcroît, il faut souligner que la déclaration d'insaisissabilité s'appliquerait à tous égards, c'est-à-dire même si les biens en cause ne sont pas visés par une fiducie réputée et que les sommes correspondantes ne sont pas ultimement versées à la caisse de retraite.

Par ailleurs, en contexte de faillite, les biens visés par la déclaration d'insaisissabilité seraient exclus des biens du failli en vertu de l'alinéa 67(1)b) de la LFI, lequel renvoie au droit provincial applicable. Certains créanciers pourraient toutefois prétendre que l'article 264 de la LRCR devrait recevoir une interprétation très restrictive du fait que des sommes importantes pourraient ainsi être soustraites du patrimoine du failli au profit éventuel des bénéficiaires des régimes de retraite, se trouvant ainsi à modifier l'ordre de priorité établi par l'article 136 de la LFI.

Toutes ces raisons nous portent donc à croire que l'interprétation adoptée dans la décision *Timminco* quant à l'insaisissabilité des cotisations devant être versées à la caisse de retraite risque de ne pas être suivie par la jurisprudence ultérieure⁸².

Soulignons enfin que, tant dans l'affaire *White Birch* que dans l'affaire *Timminco*, la question de l'effet des modifications

80. *Timminco*, *op. cit.*, *supra*, note 10, par. 51-54, 80 et 136.

81. Voir notamment le résumé des arguments d'Investissement Québec aux par. 62-66 de la décision *Timminco*, suivant lesquels l'art. 264 ne viserait que les cotisations ayant fait l'objet d'une séparation physique du patrimoine de l'employeur en vue d'effectuer un paiement à la caisse de retraite.

82. Cet argument a été soulevé dans l'affaire *Bloom Lake* (voir le par. 37) sans toutefois que le tribunal se prononce à cet égard.

apportées en 2009 aux lois relatives à l'insolvabilité sur la fiducie réputée de la loi québécoise n'a pas été abordée.

4. La loi fédérale

Les régimes complémentaires de retraite relevant de la compétence fédérale (notamment ceux institués par les banques, les entreprises de télécommunications ou les transporteurs aériens) sont régis par la *Loi de 1985 sur les normes de prestation de pension*⁸³ (la LNPP)⁸⁴. Les paragraphes 8(1) et (2) de cette loi énoncent ce qui suit :

8. (1) L'employeur veille à ce que les montants suivants soient gardés séparément de ceux qui lui appartiennent et est réputé les détenir en fiducie pour les participants actuels ou anciens ainsi que pour toutes autres personnes qui ont droit à des prestations de pension ou à des remboursements au titre du régime :

a) les sommes versées au fonds ;

b) le montant correspondant à la somme des paiements, accumulés à la date en cause, prévus par règlement ou par un accord de sauvetage ;

c) les montants suivants qui n'ont pas été versés au fonds de pension :

(i) les montants déduits par l'employeur sur la rémunération des participants,

(ii) les autres sommes que l'employeur doit au fonds de pension, notamment celles visées aux paragraphes 9.14(2) ou 29(6).

(2) En cas de liquidation, de cession des biens ou de faillite de l'employeur, un montant correspondant à celui censé détenu en fiducie, au titre du paragraphe (1), est réputé ne pas faire partie de la masse des biens assujettis à la procédure en cause, que l'employeur ait ou non gardé ce montant séparément de ceux qui lui appartiennent ou des actifs de la masse.

83. *Op. cit.*, *supra*, note 6 ; voir aussi la *Loi sur les régimes de pension agréés collectifs*, *op. cit.*, *supra*, note 2, par. 31(1) et (2).

84. L'acronyme anglais est PBSA, pour *Pension Benefits Standards Act*, 1985.

La portée de la fiducie réputée établie par ces dispositions a récemment été examinée par la Cour supérieure du Québec dans les affaires *Aveos* et *Bloom Lake*.

4.1 *L'affaire Aveos*

Aveos était une entreprise effectuant l'entretien d'avions. Elle était auparavant une division d'Air Canada et comptait d'ailleurs dans ses rangs plusieurs anciens employés de cette dernière. Aux prises avec de sérieuses difficultés financières, *Aveos* a déposé en mars 2012 une requête en vertu de la LACC. Dans le cadre de ces procédures, la quasi-totalité des biens d'*Aveos* a ultimement été vendue.

La principale question en litige dans cette affaire était de déterminer si les sommes dues au titre des régimes de retraite d'*Aveos* et qui étaient visées par la fiducie réputée devaient être payées en priorité des réclamations des créanciers garantis⁸⁵. Il y a lieu de souligner qu'en cas de cessation du régime, la fiducie réputée de la loi fédérale ne couvre pas la totalité des sommes qui auraient été requises pour éponger le déficit de capitalisation de celui-ci (soit près de 29,7 millions \$ dans le cas d'*Aveos*), mais seulement une partie de ces sommes (soit environ 2,8 millions \$)⁸⁶.

Le juge Schrager a essentiellement conclu que la fiducie réputée de la loi fédérale n'avait pas préséance sur les droits des créanciers garantis puisque l'hypothèque ou la sûreté dont ces derniers bénéficiaient avait été rendue opposable aux tiers (« perfected » en anglais) avant la constitution de la fiducie réputée. Il s'est principalement fondé à cet égard sur la décision que la Cour suprême avait rendue dans l'affaire *Sparrow*⁸⁷. Toutefois, le juge Schrager n'a pas clairement indiqué si la fiducie réputée n'avait aucunement grevé les biens d'*Aveos* ou si, au contraire, elle les avait effectivement grevés, mais qu'elle était subordonnée aux droits des créanciers garantis du fait qu'elle ne leur était devenue opposable que par la suite. À cet égard, il s'est exprimé en ces termes :

85. Il est à noter qu'*Aveos* n'avait pas obtenu de financement au débiteur-exploitant de sorte qu'il n'existait aucune réclamation fondée sur la superpriorité pouvant être conférée à cet effet en vertu de la LACC ; il y avait toutefois une charge prioritaire au bénéfice de ses administrateurs.

86. LNPP, par. 29(6), (6.4) et (6.5).

87. *Sparrow*, *op. cit.*, *supra*, note 24.

Consequently, this Court agrees with the Secured Lenders first position that their security was created before any deemed trust for the \$2.8 million could have existed. Since the assets were already charged, any deemed trust under Section (8)(2) P.B.S.A. is at best subordinate to the security of the Secured Lenders.⁸⁸ (*Nos soulignements*)

Comme nous l'avons vu précédemment, l'affaire *Sparrow* traitait de la fiducie réputée de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (LIR) dans sa version antérieure aux modifications qui lui ont été apportées en 1998⁸⁹. Cette formulation était semblable à celle de l'actuelle fiducie réputée de la LNPP et ne prévoyait donc pas expressément qu'elle avait préséance sur le droit des créanciers garantis. L'affaire *Sparrow* comportait toutefois certaines particularités qui appellent à la prudence avant de conclure qu'elle peut automatiquement être appliquée à tous les types de créanciers garantis⁹⁰, notamment dans le contexte du droit civil québécois. La décision de la Cour suprême dans l'affaire *Sparrow* se fonde essentiellement sur la conclusion que la fiducie réputée de la LIR ne pouvait pas grever un bien qui avait déjà été donné en garantie par le débiteur puisque ce dernier n'en était plus propriétaire⁹¹. Il faut ainsi rappeler que l'affaire *Sparrow* mettait en cause l'application des lois de l'Alberta de sorte que le raisonnement suivi par la Cour suprême est fondé sur les principes de *common law*, selon lesquels il y a parfois dédoublement du droit de propriété. Par exemple, dans le cas d'un *mortgage*, le créancier garanti est considéré propriétaire (en anglais « legal owner ») du bien donné en garantie selon les règles de la *common law*, tandis que le débiteur constituant est considéré propriétaire bénéficiaire

88. *Aveos, op. cit.*, *supra*, note 11, par. 67.

89. Voir *supra*, note 25.

90. Dans l'affaire *Sparrow*, la banque bénéficiait aussi de la sûreté de l'art. 427 de la *Loi sur les banques*, laquelle confère en quelque sorte à la banque un droit de propriété sur les biens donnés en garantie. Toutefois, la majorité dans *Sparrow* n'a pas jugé nécessaire de se prononcer sur la question de la priorité entre cette sûreté et la fiducie réputée de la LIR ; voir *Sparrow, supra*, note 24, par. 113.

91. *Sparrow, op. cit.*, *supra*, note 24, par. 98 : « Mais à mon avis, cette réponse ne saurait être retenue parce que les biens figurant dans l'inventaire n'étaient pas un actif libre de toute charge au moment où l'impôt est devenu exigible. Ils étaient assujettis à la garantie de l'intimée et appartenaient donc légalement à cette dernière et ne pouvaient être visés par la fiducie réputée. Comme le juge Gonthier le dit lui-même (par. 39) : [...] [le paragraphe 227(4)] ne permet pas à Sa Majesté de faire valoir son droit à titre bénéficiaire sur un bien qui, au moment de la liquidation, cession, mise sous séquestre ou faillite, appartient à quelqu'un d'autre que le débiteur fiscal. »

de ce bien (en anglais, « beneficial owner ») selon les règles d'*equity*. Par contre, une telle distinction n'existe pas en droit civil québécois où le débiteur constituant demeure propriétaire du bien qu'il donne en garantie⁹². Il lui est donc loisible, du moins en principe, de consentir une autre hypothèque sur le même bien. La priorité entre les garanties consenties sur un même bien est alors déterminée selon la priorité d'inscription conformément aux règles de publicité des droits⁹³.

Le même raisonnement s'impose lorsque vient le temps d'appliquer l'arrêt *Sparrow* à la fiducie réputée dans le contexte du droit civil québécois. Contrairement au raisonnement appliqué par la Cour suprême dans l'affaire *Sparrow*, en droit civil, la fiducie réputée peut effectivement grever les biens que le débiteur a déjà donnés en garantie. Comme les dispositions créant une fiducie réputée en matière de régimes de retraite ne précisent pas qu'elles ont préséance sur les droits des créanciers garantis, les droits des bénéficiaires de cette fiducie réputée seraient alors subordonnés aux droits des créanciers dont la sûreté a précédemment été rendue opposable aux tiers, et ce, selon le principe de priorité d'inscription. Ces dispositions ne précisent pas non plus le moment à compter duquel la fiducie réputée devient opposable aux tiers. Pour ce qui est de déterminer la priorité entre la fiducie réputée et les garanties existantes, il est raisonnable de conclure que la fiducie réputée doit être considérée constituée à partir du moment où les sommes visées par celle-ci deviennent dues ou sont accumulées⁹⁴ (sous réserve de tout élément déclencheur applicable le cas échéant) et qu'elle devient opposable aux tiers à partir de ce moment sans être assujettie à l'inscription. Toutefois, il faut reconnaître que la détermination du moment exact à partir duquel la fiducie réputée est constituée risque parfois d'être difficile compte tenu de la diversité et de la complexité des règles de financement des régimes de retraite.

Malgré la distinction exposée ci-dessus, il faut toutefois admettre que le résultat devrait généralement être le même tant

92. C.c.Q., art. 2733 ; voir aussi Louis L'HEUREUX, *op. cit.*, *supra*, note 21, p. 15, note 31.

93. C.c.Q., art. 2945 et ss.

94. Par analogie avec les principes établis par la jurisprudence relative à la fiducie réputée de la LIR, notamment dans *First Vancouver Finance c. M.R.N.*, *op. cit.*, *supra*, note 25.

en *common law* qu'en droit civil québécois si la garantie a clairement été rendue opposable aux tiers soit avant, soit après la constitution de la fiducie réputée.

Dans l'arrêt *Aveos*, le juge Schrager s'est également exprimé de façon subsidiaire sur d'autres questions qui méritent d'être commentées. Le juge Schrager a ainsi conclu que la fiducie réputée de la LNPP ne produit pas d'effet dans le contexte des procédures sous le régime de la LACC, à tout le moins à l'égard des créanciers garantis dont la sûreté a été rendue opposable avant la constitution de la fiducie réputée⁹⁵. Cette conclusion est toutefois ambiguë du fait que la première partie de celle-ci sous-tend que la fiducie réputée de la loi fédérale a une efficacité nulle, tandis que la seconde partie implique que cette fiducie a une efficacité relative.

Le juge Schrager s'appuie ainsi sur la décision de la Cour suprême dans l'affaire *Century Services*, notamment sur les motifs du juge Fish, pour appuyer la thèse que la fiducie réputée ne peut être efficace en cas d'insolvabilité à moins que sa validité ne soit expressément reconnue par les lois relatives à l'insolvabilité⁹⁶. Cette thèse comporte au moins deux failles. D'une part, le juge omet de faire la distinction entre les fiducies réputées établies au profit de Sa Majesté et les autres fiducies réputées, notamment celles établies au profit des bénéficiaires des régimes de retraite⁹⁷. Or, seules les premières sont visées par le paragraphe 37(1) de la LACC, lequel prive d'effet toute fiducie réputée au profit de Sa Majesté sauf celles expressément prévues dans cette loi. D'ailleurs, comme nous l'avons indiqué précédemment, la position du juge Fish dans la décision *Century Services* avait expressément été rejetée par les juges majoritaires dans cette affaire⁹⁸. D'autre part, la Cour suprême dans l'affaire *Indalex* a confirmé que la fiducie réputée de la loi ontarienne continuait de s'appliquer dans le contexte des procédures en vertu de la LACC (sous réserve bien sûr du principe de la prépondérance fédérale). Le même raisonnement devrait en principe s'appliquer à la fiducie réputée de la loi fédérale puisque ni celle-ci, ni la fiducie réputée de la loi provinciale ne sont expressément exclues par la LACC. En l'occurrence, il y

95. *Aveos*, *op. cit.*, *supra*, note 11, par. 68.

96. *Ibid.*, par. 71.

97. Même si cette distinction a été soulevée dans l'affaire *Aveos*, la réponse du juge Schrager ne semble pas convaincante ; voir *Aveos*, *ibid.*, par. 74-75.

98. Voir *supra*, note 63.

a lieu d'ajouter que, dans l'affaire *Bloom Lake*, le juge Hamilton s'est dit en désaccord avec l'opinion exprimée sur cette question par le juge Schrager⁹⁹. La position du juge Hamilton nous semble bien fondée à cet égard.

Pour écarter l'application de la fiducie réputée de la LNPP, le juge Schrager invoque par ailleurs les modifications qui ont été apportées en 2009 aux lois relatives à l'insolvabilité et qui accordent une protection limitée à certaines réclamations relatives aux régimes de retraite¹⁰⁰. Nous reviendrons plus loin sur cette question dans le contexte de l'affaire *Bloom Lake*.

Quoi qu'il en soit, le juge Schrager n'a pas pour autant conclu que la fiducie réputée de la LNPP avait une efficacité nulle. En effet, il a simplement réitéré sa conclusion sur la question principale suivant laquelle la fiducie réputée avait une efficacité relative. Il s'est exprimé en ces termes :

The Superintendent legitimately poses the rhetorical question of what use is the deemed trust? Certainly it is useful for the protection of special payments but only vis-à-vis creditors who do not hold security over the assets of the debtor company which was perfected prior to the deemed trust attaching to the assets.¹⁰¹

4.2 L'affaire *Bloom Lake*

En mai 2015, un groupe d'entreprises faisant affaire au Labrador et au Québec dans les secteurs de l'exploitation minière et du transport ferroviaire ont demandé et obtenu de la Cour supérieure du Québec la protection en vertu de la LACC¹⁰². La principale

99. *Bloom Lake*, *op. cit.*, *supra*, note 13, par. 71-72 : « The Court respectfully disagrees with Justice Schrager in *Aveos* on this issue and concludes that there is no general rule that deemed trusts in favour of anyone other than the Crown are ineffective in insolvency. Deemed trusts will be interpreted restrictively as exceptions to the general principle that the assets of the debtor are available for all of the creditors, but there is no general rule that they are ineffective. » (par. 72).

100. *Aveos*, *op. cit.*, *supra*, note 11, par. 76 ; voir aussi *supra*, note 33.

101. *Aveos*, *ibid.*, par. 83.

102. Il y a lieu de noter que, même si cette affaire est répertoriée sous le nom de *Bloom Lake*, les requérantes dans cette affaire sont désignées comme les « Wabush CCAA Parties ». Ces procédures ont été réunies avec celles qui avaient précédemment été engagées en vertu de la LACC en janvier 2015 par des parties désignées comme les « Bloom Lake CCAA Parties » ; voir *Bloom Lake*, *g.p.l.* (*Arrangement relatif à*), 2015 QCCS 169.

question que le tribunal devait trancher était de savoir s'il y avait lieu d'approuver l'octroi d'une superpriorité aux prêteurs ayant accordé du financement intérimaire au débiteur-exploitant, notamment à l'encontre des réclamations des bénéficiaires de la fiducie réputée relative aux régimes de retraite. Il faut préciser que les régimes de retraite de certains des employés touchés relevaient de la compétence fédérale tandis que ceux des autres employés étaient assujettis à la compétence des autorités de la province de Terre-Neuve-et-Labrador. Par conséquent, tant la fiducie réputée de la loi fédérale que celle de la loi provinciale était en cause dans cette affaire.

Comme c'est souvent le cas dans le cadre de procédures en vertu de la LACC, le juge Hamilton a accordé la superpriorité qui était demandée dans cette affaire. Par contre, ce qui est peut-être moins courant, c'est qu'il s'est prononcé dès cette étape sur l'efficacité de la fiducie réputée¹⁰³. Après avoir examiné le contexte législatif, il a ainsi conclu en ces termes :

[78] For all of these reasons, the Court concludes that Parliament's intent is that federal pension claims are protected in insolvency and restructurings only to the limited extent set out in the BIA and the CCAA, notwithstanding the potentially broader language in the PBSA.

[79] In the alternative, the Court could conclude that a liquidation under the CCAA does not fall within the term "liquidation" in Section 8(2) PBSA such that there has been no triggering event.

[80] Either way, the Court concludes that the deemed trust under Section 8(2) PBSA does not prevent the Court from granting priority to the Interim Lender Charge, if the conditions of Section 11.2 CCAA are met.¹⁰⁴

103. La procédure qui a été suivie dans cette affaire découle vraisemblablement des principes énoncés dans l'arrêt *Indalex* concernant les obligations fiduciaires des administrateurs de régimes de retraite ; voir *Bloom Lake, op. cit., supra*, note 13, par. 136.

104. Le tribunal a aussi conclu que la fiducie réputée de la loi de la province de Terre-Neuve-et-Labrador ne faisait pas obstacle à l'octroi de la superpriorité, et ce, en raison de la doctrine de la prépondérance fédérale ; voir *Bloom Lake, ibid.*, par. 89 et 101.

Il importe de rappeler que l'application de la fiducie réputée de la LNPP ne se déclenche qu'en « cas de liquidation, de cession des biens ou de faillite de l'employeur » (en anglais, « any liquidation [...] »). Un bon nombre d'entreprises qui demandent la protection en vertu de la LACC espèrent en arriver à un compromis avec leurs créanciers en vue d'en émerger après quelque temps et de pouvoir par la suite poursuivre leurs activités commerciales. Par contre, d'autres entreprises savent dès le départ qu'elles ne s'en tireront pas ; elles engagent alors un processus de liquidation qui mènera à terme à la dissolution de l'entreprise¹⁰⁵. Il peut alors devenir difficile de déterminer avec précision à quelle étape du processus une entreprise doit être considérée en « liquidation ». Or, la fiducie réputée de la loi fédérale s'applique seulement à partir de ce moment¹⁰⁶.

Sur la base des faits rapportés dans la décision *Bloom Lake*, on pourrait croire que les requérantes avaient bel et bien franchi cette étape à partir du moment où le processus de vente de leurs biens a été approuvé par le tribunal¹⁰⁷. Par contre, si elles n'étaient pas encore en liquidation, la fiducie réputée ne s'appliquait simplement pas. Toutefois, en présumant que les requérantes étaient effectivement en liquidation, le juge Hamilton a indiqué de façon subsidiaire qu'une liquidation effectuée sous le régime de la LACC pourrait ne pas constituer une liquidation au sens du paragraphe 8(2) de la LNPP (au par. 79 ci-dessus). Or, une telle conclusion paraît peu convaincante. Il semble en effet difficile de prétendre qu'une entreprise qui se résout à vendre sous autorité judiciaire et hors du cours ordinaire de ses affaires la totalité ou la quasi-totalité de ses biens en vue d'en distribuer le produit à ses créanciers ne soit pas en « liquidation » selon le sens courant de ce terme¹⁰⁸.

105. Ces entreprises préfèrent habituellement opter pour la flexibilité qu'offre la liquidation sous le régime de la LACC par opposition à la rigidité de la procédure sous le régime de la LFI. Même si elle est critiquée par certains, cette façon de faire n'en est pas moins très répandue.

106. Sauf si l'entreprise fait cession de ses biens ou fait faillite.

107. *Bloom Lake*, op. cit., supra, note 13, par. 24 (« Sale and Investor Solicitation Process – SISP »).

108. Selon *Le Petit Robert*, le mot liquidation signifie « action de rendre liquide » ce qui, dans le présent contexte, signifierait l'action de transformer des biens en argent liquide en vue d'en faciliter la distribution aux créanciers. Voir aussi *Dauphin Plains Credit Union Ltd. c. Xyloid Industries Ltd.*, op. cit., supra, note 21, p. 1201 : « Il ne me paraît pas y avoir de raison de ne pas donner au terme anglais « liquidation » son sens large dans la langue courante. » Par ailleurs, il

La conclusion principale du juge Hamilton semble par contre plus convaincante (au par. 78 ci-dessus). Comme le juge Schrager l'avait fait de façon subsidiaire dans l'affaire *Aveos* pour tenter d'écarter l'application de la fiducie réputée de la LNPP, le juge Hamilton invoque les modifications qui ont été apportées en 2009 aux lois relatives à l'insolvabilité et qui accordent une protection limitée à certaines réclamations relatives aux régimes de retraite¹⁰⁹. À cet égard, il importe de rappeler que se pose alors un conflit potentiel entre l'application de deux lois fédérales (la LNPP et la LACC) et non pas un conflit entre une loi fédérale et une loi provinciale à l'égard duquel il est possible d'invoquer le principe de la prépondérance fédérale.

[74] It is difficult to reconcile Sections 6(6) and 36(7) CCAA with a broad interpretation of Section 8(2) PBSA. Why would the legislator give specific protection to the normal payments by amending the CCAA in 2009 if the deemed trust protecting not only the normal payments but also the special payments was effective in the CCAA context? Why would the legislator not protect the special payments under Sections 6(6) and 36(7) CCAA if they were already protected under a deemed trust? What happens to the deemed trust for the special payments if there is an arrangement or an asset sale? Because both statutes were adopted by the same legislator, we must try to determine the legislator's intent.

[...]

[77] The Court therefore adopts the following reasoning to resolve the conflict in the present case:

Given that the pension provisions of the BIA and CCAA came into force much later than s. 8 of the PBSA, normal interpretation would require that the later legislation be deemed to be remedial in nature. Likewise, since those provisions of the BIA and CCAA are the more specific provisions, normal interpretation would take them to have precedence over the general. Finally, the limited scope of the protection given to pension

y a lieu de noter que la version anglaise du par. 31(2) de la *Loi sur les régimes de pension agréés collectifs*, *op. cit.*, *supra*, note 2, utilise plutôt le terme « winding-up » au lieu de « liquidation » ; à cet égard, voir Sam BABE, “What About Federal Pension Claims? The Status of *Pension Benefits Standards Act*, 1985 and *Pooled Registered Pension Plans Act* Deemed Trust Claims in Insolvency” (2013), 28 *National Creditor Debtor Review* 25, p. 28.

109. Voir *supra*, note 33.

claims in the BIA and the CCAA would, by application of the doctrine of implied exclusion, suggest that Parliament did not intend there to be any additional protection. In enacting BIA subs. 60(1.5) and 65.13(8) and ss. 81.5 and 81.6 and CCAA subs. 6(6) and 37(6) [*sic*]¹¹⁰, while not amending subs. 8(2) of the PBSA (by adding explicit priority language or by removing the insolvency trigger), Parliament demonstrated the intent that pension claims would have protection in insolvency and restructurings only to the limited extent set out in the BIA and the CCAA.¹¹¹ (Emphasis added)

Même s'il faut admettre que ce raisonnement semble assez convaincant, il n'en demeure pas moins que des arguments plausibles pourraient aussi être invoqués au soutien de la thèse contraire¹¹². Ainsi, s'il est vrai qu'à l'occasion des modifications de 2009 le législateur fédéral a choisi d'accorder aux bénéficiaires de régimes de retraite une protection limitée en cas d'insolvabilité de l'entreprise débitrice¹¹³, il n'a pas pour autant abrogé la fiducie réputée de la LNPP et n'en a pas expressément écarté l'application dans le cadre de la LACC. Le législateur fédéral en a même modifié la portée par la suite¹¹⁴, ce qui implique nécessairement son désir de maintenir cette fiducie réputée. Même si la portée de la protection offerte par les paragraphes 6(6) et 36(7) de la LACC peut être moins étendue que celle de la fiducie réputée de

110. Il devrait plutôt être fait renvoi au par. 36(7) comme dans l'article cité. En passant, comme plusieurs l'ont déjà souligné, cette disposition comporte elle-même un renvoi inexact aux al. 6(4)a) et 6(5)a) ; le par. 36(7) devrait plutôt faire renvoi aux al. 6(5)a) et 6(6)a) de la LACC.
111. Citation tirée de l'article de Sam BABE, *loc. cit.*, *supra*, note 108, p. 30.
112. Voir notamment les commentaires du juge Kasirer dans *Bloom Lake – CA*, *op. cit.*, *supra*, note 15, par. 43.
113. Voir notamment les commentaires de la juge Deschamps dans l'affaire *Indalex*, *op. cit.*, *supra*, note 8, au par. 81, citant le rapport de 2003 du Comité sénatorial permanent des banques et du commerce dans le cadre de l'examen de la LFI et de la LACC.
114. L.C. 2010, ch. 12, art. 1791 et 1816. À cette occasion, le par. 29(6.4) de la LNPP a notamment été ajouté pour rendre immédiatement exigible le paiement des montants requis pour financer le régime en cas de liquidation de celui-ci ou de l'employeur. Toutefois, le par. 29(6.5) est venu soustraire ces montants de la portée de la fiducie réputée visée au par. 8(2), sauf à l'égard des montants déjà en souffrance. Par ailleurs, ces dispositions ont modifié l'al. 29(6)b) ainsi que le sous-al. 8(1)c)(ii) pour rendre exigibles à la cessation du régime les paiements spéciaux qui seraient devenus exigibles, en l'absence de cessation, entre la date de celle-ci et la fin de l'exercice du régime où elle survient. Par contre, comme ces modifications faisaient partie d'une loi d'exécution du budget, il existe peu d'indications permettant de déceler l'intention du législateur ; à cet égard, voir les réserves exprimées dans *Century Services*, *op. cit.*, *supra*, note 27, par. 49.

la LNPP, ces dispositions ne sont peut-être pas incompatibles au point où l'on devrait conclure que la fiducie réputée de la LNPP a complètement été écartée par les modifications de 2009 à la LACC et à la LFI. Par exemple, afin de tenter de concilier ces dispositions, on pourrait prétendre que l'objectif des modifications législatives de 2009 était d'établir un seuil minimal permettant aux bénéficiaires des régimes de retraite d'obtenir le paiement d'une partie de leurs réclamations en priorité des réclamations des créanciers garantis dont la sûreté avait été rendue opposable aux tiers avant la constitution de la fiducie réputée (écartant par le fait même l'effet de l'arrêt *Sparrow*). Par contre, pour ce qui est de leurs réclamations résiduelles au titre des régimes de retraite (notamment celles relatives aux paiements spéciaux ou cotisations d'équilibre), ces réclamations continueraient d'être visées par la fiducie réputée et leur paiement prendrait donc rang, d'une part, après celles des créanciers garantis dont la sûreté a été rendue opposable aux tiers avant la constitution de la fiducie réputée et, d'autre part, avant celles des autres créanciers garantis et des créanciers chirographaires. En ce qui concerne les créanciers bénéficiant d'une superpriorité, l'ordonnance rendue en vertu de la LACC pourrait écarter explicitement l'application de la fiducie réputée de la LNPP à leur égard, conférant ainsi préséance aux dispositions de la LACC sur celles de la LNPP¹¹⁵.

Par ailleurs, il importe de rappeler que les principes d'interprétation des lois invoqués dans la décision *Bloom Lake* selon lesquels il faut donner préséance, d'une part à la loi postérieure sur la loi antérieure et, d'autre part à la loi spéciale sur la loi générale, ne posent pas une règle de droit absolu¹¹⁶. De plus, leur application peut mener à des conclusions bien différentes selon la détermination qui peut être faite quant à savoir laquelle des deux lois constitue, d'une part, la loi postérieure ou la loi antérieure et, d'autre part, la loi spéciale ou la loi générale¹¹⁷.

115. La priorité d'origine judiciaire fondée sur la LACC a le même effet qu'une priorité d'origine législative ; voir *Indalex, op. cit., supra*, note 8, par. 60 ; voir par contre l'argument soulevé dans le texte se rapportant à la note 123, *infra*.

116. Voir notamment Pierre-André CÔTÉ, *Interprétation des lois*, 4^e éd., Montréal, Thémis, 2009, p. 416 (par. 1335). L'affaire *Century Services* témoigne notamment des difficultés d'application de la règle accordant préséance à la loi postérieure sur la loi antérieure ; *op. cit., supra*, note 27.

117. Voir Pierre-André CÔTÉ, *ibid.*, p. 420 (par. 1346) et Ruth SULLIVAN, *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6^e éd., Markham, LexisNexis, 2014, p. 365 (par. 11.60). À cet égard, il y a lieu de noter que l'article de Sam Babe qui est

Il faut toutefois reconnaître que l'argument selon lequel l'objectif des modifications législatives de 2009 était d'établir un seuil minimal de protection sans pour autant écarter complètement la fiducie réputée de la LNPP soulève certaines difficultés conceptuelles. Même si cet argument peut paraître bien fondé si l'on analyse la fiducie réputée comme conférant un droit de priorité¹¹⁸, il ne cadre pas très bien avec la mécanique de la fiducie réputée. En effet, une fois que l'application de la fiducie réputée est enclenchée et que les biens de l'entreprise débitrice sont réputés soustraits de son patrimoine, ils ne seraient en principe plus disponibles pour satisfaire les réclamations des créanciers bénéficiant d'une superpriorité ou d'une autre priorité en vertu de la LACC.

En résumé, si la conclusion principale du juge Hamilton était retenue par la jurisprudence subséquente, cela signifierait donc que la fiducie réputée de la LNPP aurait toujours une efficacité nulle dans le contexte des procédures en vertu de la LACC¹¹⁹. À vrai dire, le même argument pourrait vraisemblablement être appliqué à l'encontre de toutes les fiducies réputées établies par une loi provinciale¹²⁰. Par contre, il faut souligner que, dans le cadre de la requête pour permission d'en appeler de la décision du juge Hamilton dans l'affaire *Bloom Lake*, le juge Kasirer de la Cour d'appel du Québec a exprimé l'avis que la question n'était pas réglée pour autant. Il s'est exprimé en ces termes à cet égard :

[36] [...] While I recognize the care with which the CCAA Judge examined the question of statutory interpretation, as well as the alternative argument as to whether “any liquidation” within the meaning of subs. 8(2) PBSA includes CCAA proceedings – a point not given full analysis in *Aveos* – the matter of the effectiveness of the federal deemed trust in CCAA proceedings is not settled law and remains important to CCAA practice.¹²¹

cité par le juge Hamilton ne précise pas pourquoi la LACC devrait être considérée la loi spéciale et la LNPP la loi générale.

118. Voir *supra*, note 41 et le texte qui s'y rapporte.

119. C'est d'ailleurs l'avis exprimé par Sam Babe ; voir *loc. cit.*, *supra*, note 108, p. 31.

120. *Ibid.*, note 24 ; au même effet, voir Sam BABE, « After *Indalex*: Pension Claims under the New CCAA », (2013), 28 *National Creditor Debtor Review* 13. Même en l'absence d'un conflit direct comme dans les affaires *Indalex* ou *White Birch*, l'application de la loi provinciale empêcherait vraisemblablement la réalisation du but de la loi fédérale ; à cet égard, voir notamment *Alberta (Procureur général) c. Moloney*, 2015 CSC 51.

121. *Bloom Lake – CA*, *op. cit.*, *supra*, note 15.

Soulignons enfin que les modifications législatives de 2009 sont venues codifier le pouvoir du tribunal, d'une part, d'approuver la constitution d'une charge (ou d'une sûreté) grevant les biens du débiteur-exploitant au profit du prêteur lui accordant du financement intérimaire et, d'autre part, de donner priorité à cette charge sur toute réclamation des créanciers garantis (superpriorité)¹²². Or, même si les bénéficiaires d'une fiducie réputée sont souvent assimilés à des créanciers garantis, la définition de ce terme au paragraphe 2(1) de la LACC ne les inclut pas expressément, et ce, contrairement à la définition de « créancier garanti » dans la LIR¹²³. Cela pose donc la question de savoir si le tribunal a effectivement le pouvoir d'accorder une superpriorité à l'encontre des bénéficiaires des régimes de retraite en vertu de l'article 11.2 de la LACC ; sinon, il faudrait se demander si le tribunal possède toujours un tel pouvoir en vertu de sa compétence résiduelle¹²⁴. La jurisprudence ne semble pas encore avoir abordé cette question depuis les modifications législatives de 2009. Puisque celles-ci visaient notamment à codifier les pouvoirs du tribunal qui avaient auparavant été reconnus sous l'ancienne loi, il y a fort à parier que la pression sera forte pour trouver une façon de maintenir cette interprétation¹²⁵. Néanmoins, la loi semble claire : la définition de « créancier garanti » dans la LACC ne vise pas expressément les bénéficiaires d'une fiducie réputée.

Quoi qu'il en soit, si la fiducie réputée produit bel et bien son effet dans le contexte de la LACC, certains biens de l'entreprise débitrice seront alors réputés soustraits de son patrimoine.

122. LACC, art. 11.2.

123. Voir Jassmine GIRGIS, *Indalex: Priority of Provincial Deemed Trusts in a CCAA Restructuring*, http://ablawg.ca/wp-content/uploads/2013/03/Blog_JG_Indalex_March2013.pdf ; voir aussi les définitions de « créancier garanti » et de « garantie » au par. 224(1.3) de la LIR qui visent expressément les fiducies réputées. À cet égard, le commentaire suivant au par. 76 de la décision *Indalex* nous semble trompeur : « La définition d'un « créancier garanti » à l'art. 2 de la LACC inclut la fiducie relative aux biens du débiteur. » À notre avis, cette définition ne vise que la fiducie garantissant « quelque obligation (en anglais, « any bond ») d'une compagnie débitrice [...] ».

124. Toutefois, la compétence générale du tribunal en vertu de l'art. 11 de la LACC est assujettie aux autres dispositions de la loi, notamment l'art. 11.2 (« sous réserve des restrictions prévues par la présente loi »). La portée de toute autre compétence résiduelle est incertaine ; voir *Century Services*, *op. cit.*, *supra*, note 27, par. 64-66.

125. En invoquant par exemple que « La possibilité pour le tribunal de rendre des ordonnances plus spécifiques n'a pas pour effet de restreindre la portée des termes généraux utilisés dans la LACC. » ; voir *Century Services*, *ibid.*, par. 70.

On pourrait alors prétendre que le tribunal est ainsi privé de son pouvoir de grever ces biens d'une telle charge à l'encontre des bénéficiaires de la fiducie puisqu'il ne s'agirait plus de « biens de la compagnie » au sens de l'article 11.2 de la LACC. Néanmoins, la conclusion que le juge Hamilton a exprimée au paragraphe 95 de sa décision implique qu'à son avis le tribunal possède bel et bien un tel pouvoir¹²⁶. Or, si l'on analyse la fiducie réputée comme conférant un droit de priorité et que ses bénéficiaires sont considérés comme des créanciers garantis au sens de la LACC, on pourrait effectivement conclure que l'article 11.2 de cette loi accorde au tribunal le pouvoir de grever les biens de l'employeur d'une telle charge à l'encontre des bénéficiaires de la fiducie réputée. Par contre, si la fiducie réputée a une efficacité nulle dans le cadre des procédures en vertu de la LACC, les réclamations résiduelles au titre des régimes de retraite ne seraient que des créances ordinaires ; elles seraient donc automatiquement assujetties à la charge constituée par le tribunal sur les biens de l'entreprise débitrice.

Comme on peut le constater, la coexistence de la fiducie réputée de la LNPP et de la protection limitée accordée depuis 2009 par la LACC et la LFI donne lieu à une situation qui est loin d'être limpide. En conséquence, une clarification par voie législative serait grandement souhaitable.

Conclusion

Des cinq décisions examinées dans le présent article, seule celle dans l'affaire *Timminco* a été favorable aux bénéficiaires des régimes de retraite, et ce, en raison des particularités des lois québécoises. Par contre, le raisonnement suivi dans chacune de ces affaires était souvent très différent. De plus, certaines des décisions en cause n'ont aucunement abordé des arguments qui auraient pu être déterminants.

Quoi qu'il en soit, à la lumière de ces décisions, il semble qu'on puisse tirer les conclusions suivantes concernant l'application de

126. *Bloom Lake*, *op. cit.*, *supra*, note 13, par. 95 : « This is sufficient for the Court to conclude that the Interim Financing should be approved and the Interim Lender Charge should be granted with priority over the deemed trust under the PBSA, if it is effective in the CCAA context. » ; voir aussi le commentaire du juge Kasser à la note 21, p. 15, dans la décision *Bloom Lake – CA*, *op. cit.*, *supra*, note 15.

la fiducie réputée en matière de régimes de retraite dans le cadre de procédures engagées en vertu de la LACC :

1. Le tribunal peut conférer une superpriorité ayant préséance sur les droits des bénéficiaires de toute fiducie réputée¹²⁷ établie :

a) soit par la loi provinciale, en raison de la doctrine de la prépondérance fédérale (*Indalex* et *White Birch*) ;

b) soit par la loi fédérale (*Bloom Lake*).

2. Si les modifications de 2009 sont exhaustives, c'est-à-dire si la protection limitée qu'elles confèrent exclut implicitement l'application de toute fiducie réputée établie par la loi fédérale ou par la loi provinciale, une telle fiducie réputée n'a aucune efficacité en cas d'insolvabilité de l'entreprise débitrice. (*Bloom Lake*)

3. Si les modifications de 2009 ne sont pas exhaustives, toute fiducie réputée établie par la loi fédérale ou par la loi provinciale continue de s'appliquer dans le cadre de la LACC (*Indalex*), et ce, selon les modalités suivantes :

a) les droits des créanciers garantis dont la sûreté a été rendue opposable aux tiers avant la constitution de la fiducie réputée ont préséance sur les droits des bénéficiaires de toute fiducie réputée établie par la loi fédérale ou par la loi provinciale (*Sparrow* et *Aveos*)¹²⁸ ;

b) les droits des bénéficiaires de toute fiducie réputée établie par la loi fédérale ou par la loi provinciale ont préséance sur les droits des créanciers garantis dont la sûreté a été rendue opposable aux tiers après la constitution de la fiducie réputée de même que sur les droits des créanciers chirographaires (*Sparrow* et *Aveos*, *a contrario*)

127. Par contre, on pourrait prétendre que depuis les modifications de 2009 le tribunal ne possède plus le pouvoir d'imposer une charge ayant préséance sur les droits des bénéficiaires d'une fiducie réputée du fait que ceux-ci ne sont pas expressément visés par la définition de « créancier garanti » dans la LACC ; à cet égard, voir le texte se rapportant à la note 123, *supra*.

128. Sous réserve de toute loi provinciale applicable accordant priorité aux droits des bénéficiaires de la fiducie réputée sur ceux des créanciers garantis ; contrairement aux lois de l'Ontario (voir *supra*, note 43), les lois du Québec ne confèrent pas une telle priorité.

4. Même si la fiducie réputée est applicable à l'encontre de certains créanciers comme il est indiqué au paragraphe 3, l'entreprise débitrice ou l'un de ses créanciers peut toujours présenter une requête pour faire suspendre l'ordonnance rendue en vertu de la LACC afin de permettre à l'entreprise de faire cession de ses biens en vertu de la LFI, ce qui aura pour effet de déclencher l'application de l'ordre de priorité de la LFI et d'ainsi écarter l'application de toute fiducie réputée établie par la loi provinciale ou par la loi fédérale¹²⁹ (*Century Services et Indalex*).

5. Évidemment, la fiducie réputée n'a aucun effet en l'absence de l'élément déclencheur applicable le cas échéant¹³⁰ (par exemple, si l'employeur n'est pas en liquidation au sens de la loi fédérale ou si le régime de retraite en cause n'est pas en liquidation selon la loi ontarienne) (*Indalex*).

6. Toutefois, dans l'hypothèse où la décision *Timminco* serait suivie par la jurisprudence subséquente, dans le cas d'un régime de retraite – relevant soit de la compétence provinciale, soit de la compétence fédérale – qui est parrainé par une entreprise résidant au Québec ou dont les biens sont situés dans cette province,

a) les biens de cette entreprise ayant une valeur égale aux cotisations qu'elle doit verser à la caisse de retraite seraient incensibles et insaisissables dans chacun des scénarios mentionnés

129. S'il est bien établi que la LFI a pour effet d'écarter toute fiducie réputée établie par la loi provinciale, la situation est moins claire en ce qui concerne la fiducie réputée de la loi fédérale. Dans la décision *Neal v. Toronto Dominion Bank*, (1997) 1997 CarswellOnt 403, 25 O.T.C. 142 (Ont. C.J. Gen. Div.), l'application de la fiducie réputée de la LNPP a été reconnue dans le cadre de la LFI (toutefois, cette décision est critiquée à la lumière de l'arrêt *Sparrow* en ce qui concerne la priorité qu'elle a accordée à la fiducie réputée à l'encontre des créanciers garantis ; voir Sam BABE, *loc. cit.*, *supra*, note 108, pp. 29-30). Si les modifications de 2009 sont exhaustives, la LFI a clairement préséance sur la fiducie réputée de la LNPP. Si elles ne le sont pas, l'ordre de priorité établi par l'art. 136 de la LFI a probablement pour effet d'écarter l'application de la fiducie réputée de la LNPP (au même effet, voir Sam BABE, *ibid.*, p. 31).

130. Les commentaires de la juge Deschamps dans l'affaire *Indalex* semblent indiquer qu'il suffit que la fiducie réputée ait été enclenchée avant la vente des biens de l'employeur (voir le par. 46). Toutefois, la Cour supérieure de justice de l'Ontario a conclu que la fiducie réputée devait avoir été enclenchée avant que l'ordonnance initiale ne soit rendue en vertu de la LACC ; voir *Grant Forest Products Inc. (Re)*, 2013 ONSC 5933 ; voir toutefois *Grant Forest Products Inc. v. The Toronto-Dominion Bank*, 2015 ONCA 570, dans laquelle la Cour d'appel de l'Ontario n'a pas clairement tranché la question. Cette question a une importance particulière en Ontario en raison de la priorité conférée à la fiducie réputée à l'encontre des créanciers garantis en vertu du par. 30(7) de la *Loi sur les sûretés mobilières*, *op. cit.*, *supra*, note 43.

ci-dessus (sans nécessairement que ces biens ne soient visés par la fiducie réputée) ;

b) dans le scénario visé au paragraphe 3, l'incessibilité et l'insaisissabilité de ces biens auraient pour effet de rendre toute fiducie réputée applicable aux termes de la loi provinciale ou de la loi fédérale opposable aux créanciers garantis dont la sûreté a été rendue opposable aux tiers avant la constitution de la fiducie réputée (*Timminco*).

Ce résumé illustre de façon assez éloquente l'incertitude qui entoure le sort de la fiducie réputée en matière de régimes de retraite. Dans une certaine mesure, cette situation rappelle étrangement celle qui prévalait à l'époque de la décision *Sparrow* concernant le sort de la fiducie réputée en matière d'impôt. À cet égard, les propos que le juge Gonthier exprimait alors pourraient vraisemblablement être transposés à la situation actuelle :

Il est malheureux que, jusqu'à maintenant, la jurisprudence n'ait pas su susciter la certitude qui est si manifestement souhaitable dans ce domaine du droit commercial.¹³¹

Pourtant, le législateur fédéral est intervenu récemment et a alors choisi d'établir un seuil minimal de protection pour les bénéficiaires des régimes de retraite en cas d'insolvabilité de l'entreprise débitrice. Or, même si l'intention du législateur était peut-être d'ainsi écarter l'application de toute fiducie réputée établie par la loi provinciale ou par la loi fédérale¹³², celui-ci ne l'a pas fait expressément, ce qui continue de laisser planer le doute sur la possibilité qu'une telle fiducie puisse produire ses effets en cas d'insolvabilité de l'entreprise débitrice.

La protection limitée que les modifications législatives de 2009 ont accordée devrait vraisemblablement être accrue, particulièrement à l'égard des bénéficiaires des régimes de retraite à prestations déterminées¹³³. À défaut, la pression sur les régimes publics de retraite et d'assistance sociale risque de s'accroître.

131. *Sparrow*, *op. cit.*, *supra*, note 24, par. 23.

132. Voir le rapport de 2003 du Comité sénatorial permanent des banques et du commerce qui est cité au par. 81 de la décision *Indalex*, *op. cit.*, *supra*, note 8.

133. Voir notamment les commentaires de la professeure Janis Sarra, *op. cit.*, *supra*, note 7.

davantage. Pour le législateur, la modification des priorités établies par les lois sur l'insolvabilité représente évidemment un exercice délicat où s'affrontent les droits légitimes des diverses parties intéressées. Par contre, d'autres options pourraient également être envisagées pour accroître la protection des bénéficiaires des régimes de retraite¹³⁴. Toutefois, au-delà du niveau de protection à accorder, il importe grandement d'augmenter le degré de certitude quant à l'effet de la fiducie réputée. Il est évidemment possible que l'évolution de la jurisprudence permette de clarifier la situation au cours des prochaines années. Par contre, il semble clair que la véritable solution passe par des modifications législatives, notamment aux lois sur l'insolvabilité¹³⁵.

L'incertitude actuelle entraîne des coûts importants pour toutes les parties intéressées de même que pour le système judiciaire. Les juges qui supervisent les procédures en vertu de la LACC sont appelés à trancher de multiples questions difficiles dans des délais souvent très serrés. Or, l'absence de clarté du régime législatif applicable à la fiducie réputée ne fait qu'alourdir leur fardeau. De plus, compte tenu de l'ampleur des sommes habituellement en jeu en matière de régimes de retraite et des importants coûts sociaux qui peuvent en découler, les risques que leurs décisions soient portées en appel sont élevés. De surcroît, les nombreuses procédures requises pour trancher les litiges relatifs à la fiducie réputée des régimes de retraite entraînent des frais importants pour toutes les parties intéressées. Or, les frais engagés à cet égard par le contrôleur et l'entreprise débitrice, notamment au titre des honoraires de leurs procureurs et autres conseillers, viennent réduire d'autant la masse des biens disponibles pour tenter de relancer l'entreprise ou, en cas d'échec, pour en faire la distribution à l'ensemble des créanciers.

134. Par exemple, par un resserrement des règles de capitalisation des régimes de retraite ou par la constitution d'un fonds de garantie ; à cet égard, voir notamment les commentaires soumis par Jean-Daniel Breton dans le cadre de la révision législative de 2014 : [https://www.ic.gc.ca/eic/site/cilp-pdci.nsf/vwapj/Jean-Daniel_Breton_July_14_2014.pdf/\\$FILE/Jean-Daniel_Breton_July_14_2014.pdf](https://www.ic.gc.ca/eic/site/cilp-pdci.nsf/vwapj/Jean-Daniel_Breton_July_14_2014.pdf/$FILE/Jean-Daniel_Breton_July_14_2014.pdf), p. 25 (n° 19).

135. Pour un commentaire au même effet, voir *Grant Forest Products Inc. (Re)*, *op. cit.*, *supra*, note 130, par. 131. Par ailleurs, même si le sort de la fiducie réputée semble plus clair dans le contexte des procédures engagées en vertu de la LFI, des clarifications additionnelles seraient souhaitables ; voir notamment le commentaire à la note 129, *supra*.

Puisque la fiducie réputée en matière de régimes de retraite semble avoir une efficacité très limitée, voire illusoire, il faudrait peut-être se résigner à en exclure carrément l'application dans les lois sur l'insolvabilité, comme cela a été fait pour les fiducies réputées au profit de Sa Majesté¹³⁶. En contrepartie, le législateur pourrait considérer augmenter la protection limitée que ces lois accordent aux bénéficiaires des régimes de retraite¹³⁷. Dans cette hypothèse, il est à parier que les institutions de crédit qui offrent du financement aux entreprises parrainant des régimes de retraite préféreraient être mieux en mesure de prévoir comment leurs réclamations seraient traitées en regard de celles des bénéficiaires de ces régimes. Ces institutions pourraient vraisemblablement ajuster en conséquence le coût du financement offert au degré de risque encouru.

Le gouvernement fédéral a entrepris en 2014 le processus de révision quinquennale des lois relatives à l'insolvabilité¹³⁸. Au terme de la consultation publique qu'il a menée, le gouvernement a déposé son rapport à l'automne 2014 et celui-ci devra par la suite être soumis à l'examen d'un comité parlementaire¹³⁹. Il s'agirait sans doute d'une excellente occasion d'examiner la question de l'efficacité de la fiducie réputée en matière de régimes de retraite en cas d'insolvabilité de l'entreprise débitrice.

136. LACC, par. 37(1) et LFI, par. 67(2). Pour une recommandation au même effet, voir les commentaires soumis par Jean-Daniel Breton, *loc. cit.*, *supra*, note 134, p. 53 (n° 7). Par ailleurs, suite à l'arrêt *Timminco*, se pose également la question de savoir si la déclaration d'incessibilité et d'insaisissabilité des cotisations qui est prévue par la législation québécoise devrait également être écartée par les lois fédérales sur l'insolvabilité.

137. Voir *supra*, note 33.

138. Cet examen est requis par l'art. 63 de la LACC et l'art. 285 de la LFI.

139. *Nouveau départ : un examen des lois canadiennes en matière d'insolvabilité*, *op. cit.*, *supra*, note 16. L'élection fédérale d'octobre 2015 a toutefois retardé le processus d'examen de ce rapport par un comité parlementaire.

Terre et ciel dans le droit québécois du mariage Commentaire sur le jugement *Droit de la famille – 16244*

Harith AL-DABBAGH

Résumé

Les personnes croyantes qui se marient religieusement doivent respecter deux ordres juridiques parallèles : l'ordre étatique et l'ordre religieux de leur confession. Toutefois, nés d'une seule cérémonie, mariage civil et mariage religieux ne sauraient être confondus. L'existence de l'un n'est pas non plus subordonnée à l'existence de l'autre. Des personnes peuvent décider de s'unir religieusement sans être liées par un mariage civil. C'est la solution à laquelle aboutit le jugement *Droit de la famille – 16244* dans une affaire hautement médiatisée. La solution retenue a semé la perplexité dans la doctrine et la confusion dans l'opinion publique. À travers une analyse de la jurisprudence en la matière, l'auteur tente de situer la décision dans son contexte et d'en démontrer le bien-fondé à une époque où le principe de neutralité religieuse est hautement proclamé et où l'autonomie de la volonté connaît un essor considérable au Québec et ailleurs.

Terre et ciel dans le droit québécois du mariage¹ Commentaire sur le jugement *Droit de la famille – 16244*

Harith AL-DABBAGH*

I. Dissociation mariage civil/mariage religieux	72
II. Nature de l'office de ministre du culte.	77
III. Désunion des couples mariés religieusement	84
A. Coexistence mariage civil – mariage religieux.	84
B. Mariage religieux sans mariage civil	88

* Professeur adjoint, Faculté de droit, Université de Montréal.

1. Ce titre rend hommage à une étude du Doyen Carbonnier dans le contexte du droit français, parue il y a plus de 65 ans aux Mélanges Ripert. Jean CARBONNIER, « Terre et ciel dans le droit français du mariage », dans *Le droit privé français au milieu de XX^e siècle : Études offertes à Georges Ripert*, t. 1, Paris, L.G.D.J., 1950, p. 325 et suiv. L'auteur tient à remercier Olivia Berdugo, candidate au baccalauréat en droit (UdeM), pour les corrections linguistiques et la mise en forme des notes de bas de page. Les opinions émises dans le présent texte n'engagent cependant que leur auteur.

Un mariage religieux célébré par un célébrant compétent en vertu de l'article 366 du *Code civil du Québec*² devra-t-il nécessairement avoir des effets civils ? Telle était la question qu'a dû trancher la Cour supérieure dans l'affaire *Droit de la famille – 16244*³. Les faits de l'affaire sont assez banals, mais les arguments soulevés par le demandeur sont pour le moins surprenants.

Monsieur, issu d'une famille catholique devenue baptiste, rencontre Madame pendant leurs études en comptabilité à l'université. Monsieur demande Madame en mariage en 1999, sans faire vie commune avant le mariage. Bien que Madame ne tienne pas à se marier religieusement, elle ne s'oppose pas à la demande de Monsieur et le mariage est célébré à l'Église le 25 août 2001. Les parties se marient sans contrat de mariage et se voient ainsi soumises au régime légal de la société d'acquêts⁴. Une fille est née de cette union en 2004.

Le mariage se solde par un échec plus de 12 ans plus tard. En juin 2014, Monsieur demande le divorce et le partage inégal du patrimoine familial. Après plusieurs tergiversations, y compris un changement d'avocat, Monsieur modifie par la suite sa requête en décembre 2015 pour invoquer l'inconstitutionnalité des articles 118 et 366 C.c.Q. dans le cadre du mariage religieux. Il soutient que ces textes portent atteinte à la liberté de religion et au droit à l'égalité parce qu'ils privent les croyants, de foi judéo-chrétienne, du libre choix de leur conjugalité. D'après lui, les personnes qui ne sont pas croyantes ont le choix de vivre ensemble sans se marier, et donc d'établir entre elles des règles financières et patrimoniales qui leur conviennent, alors que les personnes croyantes qui se marient religieusement se voient imposer, notamment, les règles impératives du patrimoine familial et des régimes matrimoniaux⁵. L'obligation

2. *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64 (ci-après « C.c.Q. »).

3. *D. (A.) c. M. (G.)*, sub nom. *Droit de la famille – 16244*, 2016 QCCS 410, AZ-51251409, J.E. 2016-278. Déclaration d'appel inscrite le 29 février 2016, C.A. 500-09-025933-169. Requête de *bene esse* pour permission d'appeler déferée, le 14 mars 2016, à la formation de la Cour d'appel qui entendra l'appel (2016 QCCA 450). À l'heure où sont tracées ces lignes, on ignore le résultat du recours en appel.

4. Conformément à l'article 432 C.c.Q.

5. En vertu de l'article 391 C.c.Q., les époux ne peuvent déroger aux dispositions relatives aux effets du mariage.

incombant au ministre du culte de transmettre au Directeur de l'état civil la déclaration de mariage conférerait automatiquement à ces mariages des effets civils. Monsieur fait valoir que lesdits textes violent les articles 15(2)2 de la *Charte canadienne*⁶ et 3 et 10 de la *Charte québécoise*⁷. D'après lui, la loi établit une discrimination entre deux groupes : contrairement aux personnes non-croyantes, les personnes croyantes sont tenues de se marier pour pouvoir vivre ensemble, un mariage qui produira nécessairement des effets civils. C'est la raison pour laquelle il demande à ce que son mariage avec Madame soit déclaré inexistant et sans effet.

Le tribunal conclut qu'il n'y a pas de discrimination et que les articles 118 et 366 C.c.Q. sont compatibles avec le droit à l'égalité, proclamé par l'article 15 de la *Charte canadienne* et l'article 10 de la *Charte québécoise*. S'il y a distinction, c'est entre couples mariés et non mariés et non entre croyants et non-croyants. Néanmoins, au-delà de l'aspect constitutionnel, cette affaire met en lumière la question de la spécificité du mariage religieux et de son articulation avec le mariage civil. En effet, pour rejeter la requête de Monsieur, la Cour avait à déterminer si le ministre du culte avait la possibilité de célébrer un mariage à portée purement religieuse ou si des effets civils devaient nécessairement découler des mariages ainsi célébrés. En d'autres termes, la question se pose de savoir si un mariage célébré religieusement par un célébrant compétent peut être amputé de ses effets civils ou si ces effets lui sont inhérents. Se ralliant à l'avis de la procureure générale et de la défenderesse, la juge Christiane Alary a fini par admettre que les ministres du culte peuvent célébrer des mariages à portée uniquement religieuse⁸. L'interprétation retenue a suscité une controverse de la part de la doctrine. L'on a pu voir dans cette possibilité de célébrer des mariages purement religieux, une consécration d'un régime à deux vitesses⁹. Pour notre collègue Stéphane Beaulac, cette jurisprudence revient à « instaurer une nouvelle catégorie d'état matrimonial : les gens mariés religieusement, mais sans conséquence

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 « *Charte canadienne* »).

7. *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12 (ci-après « *Charte québécoise* »).

8. *Droit de la famille – 16244*, préc., note 3, par. 61.

9. Stéphane BEAULAC, « Mariage à deux vitesses au Québec ? », (2016) *Droit-Inc*, en ligne : <<http://www.droit-inc.com/article17153-Mariage-a-deux-vitesses-au-Quebec>> (consulté le 25/04/2016).

civile. Or, au Québec, mariage a toujours voulu dire protection par le droit »¹⁰. Alain Roy désapprouve également cette jurisprudence qui relève, à ses yeux, d'une interprétation étonnante et sans précédent au Québec¹¹. Dans un texte coécrit avec Michel Morin, les deux auteurs appellent au respect des dispositions du Code civil en la matière¹². Le jugement a également provoqué de vives réactions dans l'opinion publique, les médias et au-delà jusqu'à l'Assemblée nationale¹³.

C'est moins le volet constitutionnel qui nous intéressera dans le cadre du présent commentaire que l'aspect civil ayant trait à la valeur juridique des mariages religieux. Faut-il déplorer cette séparation entre le spirituel et le temporel ? Faut-il y voir une fâcheuse interprétation en rupture avec l'état du droit positif en la matière ? A notre avis, le jugement du 2 février 2016 ne constitue ni une « révolution » ni un « bouleversement » juridique. Il s'inscrit parfaitement, croyons-nous, dans le paysage juridique québécois et canadien. En effet, pour apprécier la solution retenue par la Cour, trois questions nous paraissent devoir être appréhendées : il convient de déterminer, d'abord, les rapports mariage religieux-mariage civil au Québec (I.) puis de s'interroger sur la nature juridique de l'office exercé par un ministre du culte en matière de mariage (II.) avant de se pencher, enfin, sur la question de désunion des couples mariés religieusement (III.). Comme nous allons le voir, la réponse aux deux premières interrogations n'est

10. Guillaume BOURGAULT-CÔTÉ, « Mariages religieux, La brèche ouverte par Québec inquiète : La position de la procureure générale déconcerte le milieu juridique et politique », (2016) *Le Devoir*, en ligne : <<http://www.ledevoir.com/societe/justice/464315/mariages-religieux-la-breche-ouverte-par-quebec-inquiete>> (consulté le 25/04/2016).
11. Guillaume BOURGAULT-CÔTÉ, « Québec permet le mariage sans les obligations : Il n'y a pas nécessairement de conséquences juridiques à un mariage religieux, dit la procureure générale », (2016) *Le Devoir*, en ligne : <<http://www.ledevoir.com/politique/canada/464210/la-valeur-des-mariages-religieux-remise-en-cause-par-quebec>> (consulté le 25/04/2016).
12. Michel MORIN et Alain ROY, « Mariage et « union spirituelle » : Il faut respecter le Code civil ! », (2016) *Le Devoir*, en ligne : <<http://www.ledevoir.com/societe/justice/468196/mariage-et-union-spirituelle-il-faut-respecter-le-code-civil>> (consulté le 25/04/2016).
13. Louise LEDUC, « Remise en cause des conséquences civiles des mariages religieux », (2016) *La Presse.ca*, en ligne : <<http://www.lapresse.ca/actualites/201602/03/01-4947044-remise-en-cause-des-consequences-civiles-des-mariages-religieux.php>> (consulté le 25/04/2016) ; François TERROUX, « Une brèche qui en cache une autre », (2016) *Droit-Inc*, en ligne : <<http://www.droit-inc.com/article17325-Une-breche-qui-en-cache-une-autre>> (consulté le 25/04/2016).

pas sans répercussion sur la solution à donner à la dernière. Qu'il soit religieux ou civil, le mariage est habituellement orienté vers l'avenir et vers la longévité, or c'est au moment de la séparation où le contentieux surgit sur sa portée et sa qualification juridique.

I. Dissociation mariage civil/mariage religieux

En l'espèce, Monsieur soutient que sa religion exige, pour pouvoir vivre en couple, qu'il soit marié religieusement. Selon lui, les dispositions du Code civil font en sorte que tout ministre du culte, lorsqu'il célèbre un mariage religieux, célèbre en même temps un mariage civil¹⁴. Il se considère donc privé de son libre choix, dans la mesure où les non-croyants peuvent se soustraire aux conséquences patrimoniales découlant du Code civil tandis qu'un croyant, comme lui, se voit imposer un mariage civil avec les effets obligatoires qui en découlent, notamment sur le plan patrimonial (patrimoine familial et régime matrimonial). La Procureure générale du Québec et Madame soutiennent en revanche qu'un ministre du culte a toute latitude de célébrer un mariage religieux conforme à sa foi, sans nécessairement que ce mariage ait des conséquences civiles. Dans ce cas, bien que les époux soient mariés religieusement, les autorités civiles ne leur reconnaissent tout simplement pas le statut de gens mariés¹⁵. La question des rapports mariage civil-mariage religieux est alors posée.

Pour examiner cette épineuse question, il sied de rappeler succinctement quelques principes régissant la relation entre la religion et l'État. À cet égard, il n'est pas inutile de préciser d'emblée qu'au Canada, l'État fédéral et les provinces sont religieusement neutres. Cette distinction entre pouvoir politique et pouvoir religieux, quoique non consacrée par un principe constitutionnel exprès, résulte de l'interprétation constante et bien établie de la Cour suprême du Canada. Malgré la référence à la « suprématie de Dieu » figurant au préambule de la *Charte canadienne*, la Cour suprême a tenu à affirmer, à maintes reprises, qu'aucune loi ne peut être influencée par un groupe religieux ou avoir pour effet de contraindre des citoyens à une pratique religieuse déterminée¹⁶.

14. *Droit de la famille – 16244*, préc., note 3, par. 54.

15. *Id.*, par. 55.

16. *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, 337 ; *Syndicat Northcrest c. Amselem*, [2004] 2 R.C.S. 551 ; *Bruker c. Marcovitz*, [2007] 3 R.C.S. 607.

« Dans notre pays, il n'existe pas de religion d'État », affirmait le juge Taschereau en 1955¹⁷. Et d'ajouter « [...] La conscience de chacun est une affaire personnelle, et l'affaire de nul autre [...] »¹⁸. Le droit reconnaît donc « à tous les Canadiens le droit de déterminer, s'il y a lieu, la nature de leurs obligations religieuses et l'État ne peut prescrire le contraire »¹⁹.

La *Charte canadienne des droits et libertés* et la *Charte des droits et libertés de la personne* reconnaissent à toute personne la liberté de religion et de conscience²⁰. Cela implique que l'État doit demeurer neutre à l'égard du fait religieux. Cette liberté comprend habituellement deux éléments, premièrement, la liberté d'exercice, c'est-à-dire le droit d'exercer, de manifester son dogme religieux, ainsi que le droit de ne pas être contraint à violer celui-ci et, deuxièmement, une obligation de neutralité pour l'État qui ne doit pas favoriser une religion par rapport à une autre. Dès lors, l'obligation de neutralité impose à l'État canadien et aux provinces d'une part de ne pas prendre de mesures particulières favorisant une religion déterminée et d'autre part de s'abstenir de s'ingérer dans les affaires religieuses²¹. Dès lors, il en résulte une parfaite indépendance entre l'ordre juridique étatique et les ordres juridiques religieux. Ces derniers, au nom de leur droit à la liberté de religion, n'ont pas à subir l'influence de l'ordre juridique étatique. Inversement, les règles des communautés de croyants ne peuvent avoir d'incidences directes sur l'organisation des institutions de droit civil²².

Fondée sur cette autonomie, la distinction entre mariage civil et mariage religieux doit être affirmée. La liberté de se marier selon sa religion est, croyons-nous, une composante de la liberté de religion. Pendant des siècles cette union avait un caractère éminemment religieux. La sécularisation progressive du mariage a fait en sorte que les deux institutions sont devenues indépendantes dans leur objet et distinctes dans leurs effets²³. L'origine de cette

17. *Chaput c. Romain*, [1955] R.C.S. 834, 840.

18. *Id.*

19. *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, 351.

20. Article 2(a) de la *Charte canadienne* et article 3 de la *Charte québécoise*.

21. José WOEHLING, « L'obligation d'accommodement raisonnable et l'adaptation de la société à la diversité religieuse », (1998) 43 *R.D. McGill* 325.

22. Christelle LANDHEER-CIESLAK, *La religion devant les juges français et québécois de droit civil*, coll. « Minerve », Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007, p. 537.

23. Sur cette sécularisation, voir *infra*, p. 79.

séparation remonte en effet à l'arrêt du Conseil privé de 1921 dans l'affaire *Despatie c. Tremblay*²⁴ perçue comme un « moment glorieux de l'histoire du droit québécois »²⁵. La décision refuse en effet d'admettre que les empêchements religieux au mariage, hormis ceux expressément prévus par la loi, puissent constituer des motifs de nullité devant les tribunaux civils. La solution s'explique par le souci de préserver la compétence des autorités ecclésiastiques, mais uniquement dans la sphère religieuse²⁶. Relevant dorénavant d'espaces normatifs distincts, ces deux unions obéissent à des principes et mécanismes fort différents et ne doivent interférer l'une sur l'autre. Elles peuvent coexister sans se confondre.

S'exprimant dans deux espaces séparés, les deux institutions ne sauraient se rencontrer en principe. Toutefois, le mariage religieux peut produire des effets de droit au sein de l'ordre juridique étatique lorsque le législateur décide de reconnaître tel ou tel de ses aspects. Cette réception de la norme religieuse se manifeste plus particulièrement en matière de célébration du mariage où le principe d'une célébration unique est admis. L'article 366 C.c.Q. permet en effet à un célébrant religieux de célébrer un mariage ayant des effets civils. La prise en considération de la règle religieuse par le droit civil est à cet égard ponctuelle. Elle ne fait pas en sorte que le mariage ainsi célébré revêt une nature mixte ou unitaire civil. Une union célébrée par un ministre du culte en observant les dispositions du Code civil est à la fois un mariage civil, soumis aux règles de droit civil et un mariage religieux, soumis aux règles des communautés de croyants des époux et du célébrant religieux. Une telle conception dualiste est expressément admise par une partie de la doctrine québécoise. Ainsi pour Michel Tétrault, « [l]e mariage célébré par un ministre du culte revêt un aspect civil et religieux, puisque ce dernier agit à double titre [...]. Les aspects civils et religieux du mariage sont cependant entièrement distincts »²⁷. Christelle Landheer-Cieslak va plus loin en

24. *Despatie c. Tremblay*, [1921] 1 A.C. 702 ; (1921) 58 D.L.R. 29.

25. Alain-F. BISSON et François HÉLEINE, « Chronique de droit familial », (1971) 2 *R.G.D.* 29, 31.

26. Michel MORIN, « Le pluralisme religieux et juridique en matière d'état civil et de mariage, 1774-1921 », dans Lorraine DEROCHER, Claude GÉLINAS, Sébastien LEBEL-GRENIER et Pierre-C. NOËL (dirs.), *L'État canadien et la diversité culturelle et religieuse, 1800-1914*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2009, p. 5 à la p. 17-18.

27. Michel TÉTRAULT, *Droit de la famille : Le mariage, l'union civile et les conjoints de fait*, vol. 1, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2010, p. 34, par. 2.2.

soulignant que « [c]es deux mariages, issus d'une seule célébration, sont indépendants et l'application des règles relatives à l'un n'a pas d'incidence sur l'application des règles relatives à l'autre »²⁸. C'est l'avis auquel nous souscrivons. La réception de la règle religieuse au sein de l'ordre juridique étatique ne remet pas en cause l'autonomie du mariage religieux qui a ses propres principes et ses propres mécanismes de fonctionnement.

Cela étant, abstraction faite des modalités de célébration (unique ou double), les deux unions s'apparentent à deux *corpus juris* autonomes et indépendants. La jurisprudence semble faire sienne cette solution. Dans le jugement *Hendricks c. Québec (Procureur général)*²⁹ qui préfigurait la reconnaissance du mariage homosexuel au Canada, la juge Louise Lemelin fait bien remarquer que :

[164] Nul ne conteste que les religions ont joué un rôle important dans le mariage, leurs croyances et leurs rites ont présidé à l'enca-drement de l'institution. La sécularisation du mariage oblige le législateur à tenir compte que l'institution est civile et ne peut être définie par la religion. Nous ne vivons plus dans la communauté homogène du siècle dernier. Le multiculturalisme, les croyances reli-gieuses diverses, la laïcisation de plusieurs institutions témoignent de l'ouverture de la société canadienne. L'État doit s'assurer du respect de chaque citoyen mais aucun groupe ne peut imposer ses valeurs ou définir une institution civile.

Pour écarter l'argument des représentants de divers groupes religieux selon lequel une relation homosexuelle contrevient aux enseignements religieux, la juge ajoute :

[168] Les membres d'une confession religieuse sont libres d'accepter des formalités et conditions additionnelles aux exigences fondamen-tales de l'institution civile au nom de la foi qu'ils professent, s'ils adhèrent à des dogmes et préceptes spécifiques. L'article 2 (a) de la Charte canadienne protège la liberté de conscience et de religion et oblige l'État de ne pas imposer d'entraves qui rendraient théorique l'exercice de cette liberté.

28. Ch. LANDHEER-CIESLAK, préc., note 22, p. 472.

29. [2002] R.J.Q. 2506 (C.S.) confirmé en appel en *Ligue catholique pour les droits de l'Homme c. Hendricks*, [2004] R.J.Q. 851 (C.A.).

Partant, tout individu est libre de vivre comme il lui plaît. La seule limite à cette liberté est le respect de la liberté d'autrui³⁰. Les cas où un tribunal constate l'existence d'un mariage religieux dépourvu des conséquences civiles sont légion. À cet égard, le juge civil ne s'estime habituellement pas compétent pour se prononcer sur les questions relevant des ordres religieux. Dans *Houle c. Directeur de l'état civil*³¹, la preuve révèle qu'il y a eu bel et bien célébration d'un mariage selon les coutumes marocaines³² mais la déclaration de mariage n'a jamais été transmise au Directeur de l'état civil par le célébrant³³, celui-ci s'étant vu révoquer son autorisation à célébrer des mariages civils trois mois auparavant. La juge Lise Matteau conclut qu'aucun mariage n'existe au regard du droit civil puisque les conditions de forme ne sont pas remplies : d'une part, la publication de mariage n'a pas été effectuée et d'autre part, le célébrant n'était pas compétent à célébrer un mariage civil au Québec.

De même, dans *Emami c. Bahamin*³⁴, une cérémonie religieuse a été célébrée en présence de témoins et d'un imam qui n'était pas un célébrant compétent en vertu de l'article 366 C.c.Q. Madame a invoqué par la suite qu'elle pensait se marier religieusement et civilement. Elle poursuit Monsieur en dommages-intérêts suite à son refus de se marier civilement. Le juge Lachance conclut que « les fiançailles et le mariage religieux ont eu lieu pour permettre aux deux parties de vivre ensemble suivant la loi musulmane »³⁵. En effet, les parties avaient choisi cette voie pour les convenances et la loi musulmane voit d'un mauvais œil le concubinage surtout en Iran³⁶. Selon la preuve, il n'y a pas eu promesse de mariage civil

30. *C. (M.-C.) c. M. (Mo.)*, REJB 2001-22888 (C.S.), par. 45. Le Tribunal dénote que les parties ont choisi de se marier devant l'imam selon les rites islamiques plutôt que devant le greffier de la Cour supérieure.

31. *Houle c. Directeur de l'état civil*, 2014 QCCS 658.

32. Rappelons que contrairement au droit canon, le mariage en droit musulman classique n'est pas un sacrement mais un simple contrat civil consensuel. La présence d'un religieux (imam ou autre) n'est point nécessaire pour la validité d'un tel mariage qui se forme par le simple échange des consentements en présence de deux témoins. Toutefois, un usage s'est répandu d'associer à la célébration du mariage la présence d'un imam et la récitation de quelques versets du Coran. Pour plus de détails : Yvon LINANT DE BELLEFONDS, *Traité de droit musulman comparé : Le mariage, La dissolution du mariage*, t. 2, Paris – La Haye, Mouton & Co., 1965, p. 40 et suiv.

33. *Houle c. Directeur de l'état civil*, préc., note 31, par. 57-58.

34. *Emami c. Bahamin*, REJB 2004-71743.

35. *Id.*, par. 84.

36. *Id.*, par. 42 et 45.

par Monsieur³⁷. D'après le juge, « vu qu'il n'y a pas eu de mariage civil, il ne peut être question de divorce sauf s'il s'agit d'un divorce religieux... » pour lequel il ne s'estime pas compétent³⁸.

Les juges manifestent parfois un certain malaise face à des institutions dont ils ignorent la nature et la teneur. Ainsi dans *Droit de la famille – 142782*³⁹, les parties se sont connues en 2009, ont commencé à se fréquenter par la suite, et ont obtenu un « *Marriage Certificate* » en 2010, ce qui, selon le demandeur, constituait un « engagement » leur permettant de vivre ensemble. Une petite fille est née de cette union en 2012. Le juge Pierre Dallaire exprime sa perplexité au sujet de ce document portant l'en-tête du « *Bayan Muslim Community Programs (Bmcp)* » d'Ottawa : « [4] Le Tribunal dit « une sorte de mariage » pour la simple raison que le témoignage des parties n'a en aucune manière permis de comprendre la portée du document et la nature du « mariage » en question. La confusion la plus totale ressort de la preuve. S'agit-il d'un « mariage à l'essai », d'un véritable mariage, d'un acte susceptible d'être reconnu par les autorités en charge de l'état civil ? Impossible de le dire sur la base de la preuve recueillie ». Toutefois, le juge n'a pas eu à se prononcer car il ne s'agit pas en l'espèce d'une demande en divorce mais d'une question de garde.

Il n'en demeure pas moins que la célébration religieuse du mariage apparaît sous un jour particulier lorsque l'officier religieux est également célébrant compétent, une délégation lui étant conférée par l'État pour célébrer un mariage ayant des effets civils. La question se pose alors de savoir quelle est la nature de la mission dont il est investi dans ce cas de figure et par conséquent si toute célébration faite par lui d'un mariage religieux emporte *ipso facto* de manière concomitante un mariage civil.

II. Nature de l'office de ministre du culte

L'article 118 C.c.Q. dispose que « La déclaration de mariage est faite, sans délai, au Directeur de l'état civil par celui qui célèbre le mariage ». L'article 375 prévoit par ailleurs que « Le célébrant établit la déclaration de mariage et la transmet sans délai au

37. *Id.*, par. 47.

38. *Id.*, par. 60.

39. *Droit de la famille – 142782*, 2014 QCCS 5342.

Directeur de l'état civil ». Il en ressort que le célébrant, laïque ou religieux, établit la déclaration de mariage selon les formes prévues par la loi et la transmet « sans délai au Directeur de l'état civil »⁴⁰. C'est sur la base de cette déclaration que le Directeur de l'état civil dresse l'acte de mariage et l'inscrit dans le registre de l'état civil⁴¹. Selon Pineau et Pratte, le Directeur de l'état civil « transformera » la déclaration de mariage en acte de mariage, la seule preuve régulière du mariage⁴².

En l'espèce, Monsieur prétendait que, le célébrant religieux étant tenu de faire parvenir la déclaration de mariage au Directeur de l'état civil, il se voyait dès lors soumis au régime que le législateur québécois applique aux couples mariés. Il considère donc être privé de son libre choix en ce qui concerne notamment le partage des biens au moment de la rupture, étant lié par les règles sur le patrimoine familial et la société d'acquêts⁴³. Aussi surprenant qu'il puisse paraître, ce raisonnement amène à s'interroger sur la portée des articles 118 et 375 C.c.Q. dans le cadre d'un mariage religieux.

Affirmons d'emblée que, pour des raisons historiques, la célébration du mariage était assurée par le pouvoir religieux, au Québec essentiellement par l'Église catholique⁴⁴. Les actes de l'état civil relevaient principalement de la compétence des communautés de croyants. À cette époque la célébration du mariage avait un caractère nécessairement religieux⁴⁵. Ce système fut maintenu jusqu'en 1968, année où fut adoptée la *Loi concernant le mariage civil* qui modifia l'article 129 du Code civil du Bas Canada en

40. Lors de l'adoption du Code civil le délai de transmission était de trente jours. Ce délai fixe fut remplacé en 1999 par une mesure plus souple (*Loi modifiant le Code civil en matière de nom et de registre de l'état civil*, L.Q. 1999, c. 47, art. 15). Selon Pineau et Pratte, la transmission « sans délai » implique un large pouvoir d'appréciation qui permettra de dépasser les trente jours et d'éviter aux célébrants la précipitation. Jean PINEAU et Marie PRATTE, *La famille*, Montréal, Éditions Thémis, 2006, p. 92 note 261.

41. Articles 109 et 375 C.c.Q.

42. PINEAU et PRATTE, préc., note 40, p. 92-93.

43. *Droit de la famille – 16244*, préc., note 3, par. 37.

44. L'article 129 du *Code civil du Bas Canada* prévoyait que le mariage était célébré par « [...] tous prêtres, curés, ministres et autres fonctionnaires autorisés par la loi à tenir et garder des registres de l'état civil ».

45. Jean-Louis BAUDOUIN, « L'influence religieuse sur le droit civil du Québec », (1984) 15 *R.G.D.* 563, 567.

ajoutant, aux célébrants compétents, des officiers civils⁴⁶. Par un souci de laïcisation, la réforme du Code civil de 1991 a procédé à la réorganisation du service de l'état civil. Les actes de l'état civil seront dorénavant centralisés et conservés sous la responsabilité d'un fonctionnaire public, le Directeur de l'état civil⁴⁷. En dépit de cette sécularisation, la compétence des communautés religieuses pour célébrer mariage n'a pas disparu. Le compromis de 1968 semble donc avoir été reconduit⁴⁸. Le droit civil confère une valeur juridique aux actes dressés par des officiers religieux, à condition toutefois que ces actes soient transmis au Directeur de l'état civil. L'État assure de la sorte la reconnaissance de ce qui se passe dans la sphère religieuse pour garantir son plein effet sur le plan civil. L'objectif étant de permettre aux couples désireux de se marier religieusement de faire l'économie d'une seconde cérémonie, le célébrant religieux ayant concurremment compétence de les marier civilement⁴⁹. Le maintien du système mixte s'explique aussi par le respect du pluralisme religieux et les exigences des différentes confessions ainsi que la liberté de conscience des non-religieux⁵⁰.

Ainsi, à la différence de la France, le *Code civil du Québec* prend en considération ponctuellement certaines réalités religieuses. Dans l'hexagone, la Révolution consacra la laïcisation complète du mariage et la primauté du mariage civil⁵¹. Les couples qui souhaitent se marier religieusement doivent d'abord se marier devant l'État puis devant Dieu⁵². De nature facultative, la cérémonie religieuse ne peut être célébrée qu'après le mariage civil, à peine de sanction⁵³. Un mariage célébré sous la seule forme

46. *Loi concernant le mariage civil*, L.Q. 1968, c. 82. Sur cette loi : Pierre-Gabriel JOBIN, « Loi concernant le mariage civil », (1969) 10 *C. de D.* 211, 212.

47. Benoît MOORE, « Culture et droit de la famille : de l'institution à l'autonomie individuelle », (2009) 54 *R.D. McGill* 257, 261.

48. Benoît MOORE, « La formation du mariage », dans *JurisClasseur Québec*, coll. « Droit civil », *Personnes et famille*, fasc. 14, Montréal, LexisNexis Canada, 2014, feuilles mobiles, par. 34.

49. Benoît MOORE, « Le droit de la famille et les minorités », (2003) 34 *R.D.U.S.* 229, 253.

50. Anne-Marie BILODEAU, « Quelques aspects de l'influence religieuse sur le droit de la personne et de la famille au Québec », (1984) 15 *R.G.D.* 573, 582.

51. L'article 7 de la *Constitution de 1791* affirma : « La loi ne considère le mariage que comme un contrat civil ».

52. Cette règle de l'antériorité du mariage civil exprimait à l'origine une rationalisation des rapports de l'Église et de l'État conforme aux idées de la Révolution. Thierry REVET, « De l'ordre des célébrations civile et religieuse du mariage (articles 199 et 200 du Code pénal) », *JCP* 1987. G, I, n° 3309.

53. Gérard CORNU, *Droit civil – La famille*, 9^e éd., Paris, Montchrestien, 2006, p. 282.

religieuse n'engendre pas d'effet juridique en droit français⁵⁴. Le Code pénal français condamne par ailleurs les ministres du culte qui auraient célébré un mariage religieux sans justification d'une union civile préalable⁵⁵. Au Québec, le même célébrant religieux exerce, par délégation, la compétence de marier civilement les conjoints. La célébration unique étant une option d'opportunité, rien n'empêche de procéder à deux célébrations séparées, sans exiger l'antériorité du mariage civil.

L'article 366 C.c.Q. énumère des conditions permettant de reconnaître à un ministre du culte la qualité de célébrant civil, notamment celle de la résidence au Québec, la constance des rites suivis et l'autorisation accordée à la fois par le ministère et la communauté religieuse⁵⁶. Une fois ces conditions réunies, une délégation est conférée à l'officier religieux qui l'habilite à célébrer en même temps et de manière concomitante un mariage civil. Néanmoins, la cérémonie religieuse ne produira les effets du mariage civil que lorsqu'il y a un enregistrement *a posteriori* de la déclaration de mariage. Il s'ensuit qu'un mariage non enregistré, célébré religieusement, ne saurait produire aucun effet de droit civil⁵⁷.

Rappelons qu'en l'espèce, le raisonnement de Monsieur repose sur le postulat selon lequel les ministres du culte ont l'obligation de transmettre au Directeur de l'état civil la déclaration de mariage⁵⁸, ce qui donne automatiquement aux mariages religieux

54. C. civ., art. 75.

55. C. pén., art. 433-21. La peine encourue est de six mois d'emprisonnement et de 7 500 euros d'amende. Héritage de l'autoritarisme pénal de 1810, d'aucuns estiment que cet interdit paraît aujourd'hui « désuet, liberticide, inégalitaire, isolé dans le monde libéral ». Sur une proposition d'abrogation : Christophe EOCHE-DUVAL, « Faut-il dépenaliser les célébrations religieuses effectuées sans mariage civil ? », 2012, 39 *D. (D.S.)*, p. 2615.

56. *Grosso modo*, ces conditions sont : la résidence et l'exercice de son ministère au Québec (à moins d'une autorisation temporaire) ; l'existence des rites et des cérémonies propres à sa confession et ayant un caractère permanent ; la célébration dans des lieux conformes à ces rites ; et l'autorisation du ministère de la justice et l'habilitation de la société religieuse à laquelle appartient le célébrant.

57. Sous réserve des dispositions du droit international privé concernant les situations comportant un élément d'extranéité. Sur la validité des mariages religieux célébrés au Québec entre des personnes de nationalité étrangère ou domiciliées à l'étranger : Harith AL-DABBAGH, « Mariage et effets du mariage », dans *Juris-Classeur Québec*, coll. « Droit civil », *Droit international privé*, fasc. 14, Montréal, LexisNexis Canada, 2015, feuilles mobiles, par. 7 et 8.

58. La déclaration doit être signée par le célébrant, les époux et les témoins, et elle se fait conformément aux articles 118 à 121 C.c.Q.

qu'ils célèbrent des effets civils. La majorité de la doctrine semble en effet admettre l'existence d'une obligation de transmission à la charge du célébrant⁵⁹.

À l'opposé, la juge Alary adhère à l'argument avancé par la Procureure générale du Québec et la défenderesse qui prétendaient que les ministres du culte peuvent célébrer des mariages à portée uniquement religieuse. La juge estime, à juste titre, qu'un mariage célébré par un ministre du culte n'a pas nécessairement des conséquences civiles⁶⁰ :

[66] Dans la mesure où des conjoints font appel à un ministre du culte pour célébrer un mariage uniquement religieux, le Tribunal ne voit pas pourquoi ce ministre du culte devrait faire parvenir au Directeur de l'état civil la déclaration de mariage. Certes, les parties ne seront pas alors mariées civilement et ne pourront nullement réclamer ce statut juridique du point de vue civil.

[67] De l'avis du Tribunal, le Code habilite, sans obliger, les ministres du culte à célébrer des unions qui sont à la fois religieuses et civiles [...].

À bien y regarder, la jurisprudence antérieure ne semble pas interpréter les dispositions du Code civil comme établissant une obligation à la charge du célébrant religieux de transmettre la déclaration de mariage, du moins lorsque les parties s'opposent à cette transmission. Celle-ci ne saurait dès lors revêtir un caractère obligatoire que lorsque le consentement des futurs époux de s'engager dans un mariage civil est réel et sans équivoque. Dans *Droit de la famille – 093038*⁶¹, Madame demande la reconnaissance d'un mariage religieux célébré par un imam et dont la déclaration n'a pas été enregistrée. Elle réclame également à l'imam des dommages-intérêts en réparation du préjudice causé par le défaut d'enregistrement dudit mariage auprès du Directeur de l'état civil. La juge Louise Lemelin rejette la demande puisqu'il a été clairement établi que si le célébrant n'a fait aucun enregistrement d'un

59. Jean PINEAU et Marie PRATTE, préc., note 40, p. 92-93 ; Michel TÉTRAULT, préc., note 27, par 3.7.2, p. 101-102 ; Johanne CLOUET, « Registre et actes de l'état civil », dans *JurisClasseur Québec*, coll. « Droit civil », *personnes et famille*, fasc. 9, Montréal, LexisNexis Canada, 2013, feuilles mobiles, par. 13 et 14.

60. *Droit de la famille – 16244*, préc., note 3, par. 61.

61. 2009 QCCS 5794.

mariage civil, ce fut à la demande expresse de la demanderesse et du défendeur. L'imam, célébrant compétent, a déclaré en effet avoir célébré un mariage uniquement religieux, les parties lui ayant donné instruction de ne pas transmettre les formulaires signés. Le Tribunal conclut que les deux parties n'ont pas consenti à un mariage civil bien qu'elles reconnaissent avoir signé le formulaire *DEC 50* et échangé des consentements qu'elles retirent sur-le-champ⁶². Le tribunal écarte conséquemment la responsabilité de l'imam. L'article 375 C.c.Q. qui prévoit l'expédition de la déclaration n'étant assorti d'aucune sanction, le comportement du célébrant doit être apprécié en tenant compte des circonstances de faits extérieurs qui entourent l'acte. En l'espèce, le célébrant avait agi de bonne foi, convaincu que les parties ne voulaient pas se marier civilement devant lui⁶³. De manière symétrique, le mariage civil pourrait être déclaré nul lorsque l'officier religieux a transmis la déclaration au Directeur de l'état civil alors qu'il était informé qu'il s'agissait d'un mariage religieux seulement⁶⁴.

Force est donc d'admettre que le fait d'avoir procédé à un mariage religieux n'implique pas inéluctablement la reconnaissance d'un mariage civil selon les articles 365 et suivants du *Code civil du Québec*. Élément fondamental du mariage, la volonté des parties doit être prise en considération. Mariage religieux peut exister sans mariage civil lorsque les parties n'ont pas exprimé leur consentement de se marier civilement. C'est d'ailleurs sur ce même fondement que la juge Alary a rejeté la prétention de Monsieur dans l'affaire objet de notre commentaire. En effet, au moment où il s'est marié, Monsieur savait que le mariage qui allait être célébré suivant les dispositions du Code civil comportait des conséquences civiles. Malgré cela, il a choisi de se marier en toute connaissance de cause, sans contester le régime juridique en place⁶⁵. Il ne saurait dès lors s'y soustraire *a posteriori*.

Il en ressort qu'un ministre du culte peut célébrer un mariage religieux conforme à sa foi, sans que ce mariage donne lieu à un mariage civil. Dans ce cas, bien que les époux soient mariés religieusement, les autorités civiles ne leur reconnaissent tout simple-

62. *Id.*, par. 101 et 105.

63. *Id.*, par. 107-112.

64. *Droit de la famille* — 101798, 2010 QCCS 3513.

65. *Droit de la famille* — 16244, préc., note 3, par. 97.

ment pas le statut de gens mariés, pour reprendre l'expression de la juge Alary⁶⁶. Si des conjoints s'adressent à un ministre du culte pour les unir par un simple mariage religieux, ce dernier ne devrait pas, en l'occurrence, faire parvenir au Directeur de l'état civil la déclaration de mariage. La compréhension de l'Église catholique romaine selon laquelle les prêtres sont tenus, d'un point de vue civil, à remplir la déclaration de mariage une fois le rite complété relève, d'après le tribunal, d'une interprétation erronée de la loi n'ayant pas pour effet de rendre celle-ci invalide ni de contrevenir aux droits consacrés par les Chartes⁶⁷.

À notre avis, c'est la nature même de la mission assurée par le célébrant religieux qui justifie une telle solution. Contrairement au célébrant laïque (notaires, maires, autres membres des conseils municipaux autorisés)⁶⁸, le célébrant religieux n'est pas un représentant de l'État. Il est avant tout un ecclésiastique⁶⁹. C'est la raison pour laquelle l'article 367 C.c.Q. lui réserve à titre exclusif cette possibilité de refuser de célébrer des mariages non conformes à ses convictions ou celles de sa communauté religieuse⁷⁰. Ainsi, même s'il est investi d'un pouvoir civil ponctuel, ce dernier doit pouvoir continuer à respecter les exigences de sa vocation. Un prêtre catholique ne pourrait être contraint à célébrer un mariage entre personnes de même sexe ou divorcées. Ce n'est pas le cas des célébrants étatiques qui ne peuvent refuser de célébrer un mariage pour ces motifs, à moins d'un empêchement prévu par la loi⁷¹.

Les deux casquettes « célébrant religieux – célébrant civil » peuvent dès lors se réunir sur la tête du ministre du culte et il devra alors veiller au respect, à la fois, des règles de sa confession

66. *Id.*, par. 55.

67. *Id.*, par. 87 et 94.

68. Le législateur a étendu en 2002 le pouvoir de célébrer les mariages aux notaires, aux maires, à d'autres membres des conseils municipaux et à toute autre personne désignée par le ministre de la Justice : article 366 C.c.Q.

69. *Contra* : Alain ROY, « Affaire *Éric c. Lola* : Une fin aux allures de commencement », (2013) 1 *C.P. du N.* 259, 294 note 114, qui estime que « les ministres du culte qui célèbrent des mariages agissent, en droit québécois, non seulement à titre d'officiers religieux, mais également à titre d'officiers civils ».

70. L'article 367 C.c.Q. prévoit que « aucun ministre du culte ne peut être contraint à célébrer un mariage contre lequel il existe quelque empêchement selon sa religion et la discipline de la société religieuse à laquelle il appartient ».

71. Michel TÉTRAULT, préc., note 27, par. 3.7.1, p. 101 ; Monique OUELLETTE, *Droit de la famille*, 3^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 1995, p. 36.

et des règles civiles⁷² ou rester distinctes et dans ce cas, il agira en sa seule qualité d'officier religieux indifférent à l'égard de l'ordre juridique étatique. Reste à savoir si cette dichotomie civil-religieux persiste au moment de la séparation du couple.

III. Désunion des couples mariés religieusement

Comme nous l'avons observé, un mariage religieux engendre des effets civils lorsque les conditions des articles 366 et 375 C.c.Q. sont dûment remplies. Faute de quoi, le mariage religieux sera dépourvu d'effets dans l'ordre juridique civil. Ainsi, lorsqu'un couple marié religieusement se sépare, il nous paraît primordial de distinguer deux situations : d'une part, lorsque le mariage religieux est assorti d'un mariage civil et d'autre part, lorsque les conjoints sont liés par un simple mariage religieux sans portée civile.

A. *Coexistence mariage civil – mariage religieux*

On est devant l'hypothèse traitée en l'espèce où le mariage religieux a été célébré par un ministre du culte, célébrant compétent en vertu de l'article 366 C.c.Q. et la déclaration de mariage a été régulièrement transmise au Directeur de l'état civil conformément aux articles 118 et 375 C.c.Q. Dans ce cas, la dissolution du mariage prend la forme d'un divorce qui doit naturellement être demandé aux tribunaux civils. D'ailleurs dans l'affaire commentée, face au rejet de l'argument d'invalidité constitutionnelle des articles 118 et 366 C.c.Q. par la juge Alary⁷³, Monsieur n'aura d'autre choix que d'introduire une action en divorce pour dissoudre son mariage civil et mettre fin à onze ans de vie conjugale avec Madame.

Cependant, la dissolution du mariage par le juge civil n'a pas d'incidence sur les liens du mariage religieux qui peuvent survivre à l'anéantissement du mariage civil. Ainsi, il se peut qu'à l'occasion d'une procédure de divorce civil, une partie invoque une règle religieuse en vue de maintenir son conjoint dans les « liens

72. En vertu de l'article 374 C.c.Q., le célébrant doit faire lecture aux futurs époux, en présence de deux témoins, des articles 392 à 396 C.c.Q. De même, il doit recevoir le consentement libre et éclairé et la déclaration de se prendre mutuellement pour époux. Il les déclare alors unis par le mariage.

73. *Droit de la famille – 16244*, préc., note 3, par. 105.

sacrés » du mariage ou pour obtenir de lui la levée des obstacles à son propre remariage religieux.

D'abord, un époux peut tenter de faire valoir son attachement au principe de l'indissolubilité du mariage pour faire échec à la demande en divorce présentée par l'autre époux. On sait que selon le droit canonique de l'Église catholique romaine, le mariage conclu et consommé (*ratum et consummatum*) est indissoluble⁷⁴. À cet égard, il a été décidé que « l'annulation ou le refus d'annulation du mariage par le tribunal ecclésiastique doit rester étranger à l'application des règles de droit civil »⁷⁵. Ces propos du juge Mayrand affirment de manière forte la séparation de l'État et des religions. Il est patent que « [l]e système de droit au Québec aujourd'hui n'oblige pas des personnes mariées, qui ne peuvent et ne veulent plus vivre ensemble, à s'y contraindre toute leur vie. Elles peuvent recourir à la *Loi sur le divorce* après une séparation d'au moins un an »⁷⁶. Le divorce ainsi prononcé par le juge civil entraîne certes la dissolution de l'union civile mais n'a aucun effet sur le plan du mariage religieux auquel chacun des époux peut rester attaché⁷⁷.

À l'instar de la formation du mariage, force est donc d'admettre que la règle de droit civil et la règle religieuse sont distinctes et n'interfèrent pas l'une sur l'autre. Il en résulte que le divorce prononcé par le juge, bien qu'il dissolve le mariage civil, est dépourvu d'effet sur le plan du mariage religieux et que la dissolution du mariage religieux n'a pas d'incidence sur le mariage civil. Partant, dans une affaire où les intéressés avaient obtenu un divorce auprès d'un centre islamique à Montréal lequel a été homologué ensuite par les autorités de leur pays d'origine, la juge Danielle Richer fait remarquer à juste titre que :

[8] En effet, nos lois canadiennes et québécoises ne reconnaissent aucune compétence aux tribunaux ecclésiastiques, de quelque

74. Selon le Canon 1141, « Le mariage conclu et consommé ne peut être dissous par aucune puissance humaine ni par aucune cause, sauf par la mort ». Code de droit canonique de 1983, disponible en ligne : <http://www.vatican.va/archive/FRA0037/_INDEX.HTM> (consulté le 25/04/2016).

75. *Dame Bergeron c. Proulx*, [1967] C.S. 579, à la p. 579.

76. *C. (M.-C.) c. M. (Mo.)*, REJB 2001-22888 (C.S.), par. 26.

77. De même a-t-il été décidé que la *Loi sur le divorce* ne viole pas la liberté de conscience de l'époux qui croit à l'indissolubilité du mariage puisqu'elle ne concerne que le mariage civil. *Droit de la famille – 1326*, [1990] R.D.F. 401 (C.S.).

confession religieuse que ce soit, en sol canadien pour entendre et décider d'une demande de divorce.

[9] Cependant, une coutume s'est établie au fil des ans, par laquelle l'État fait une nette distinction entre les affaires de l'Église et celles de l'État. Ainsi, plusieurs personnes choisissent de se soumettre aux décisions religieuses de leur Église, notamment lorsqu'elles veulent mettre un terme à leur mariage. Cependant, les décisions rendues par un tel tribunal n'ont aucune portée civile.⁷⁸

Il s'ensuit que les domaines de juridiction de l'État et des communautés de croyants restent distincts. Ainsi dans *Rochette c. Tribunal ecclésiastique de Québec*, le tribunal administratif, après avoir relevé que « la preuve démontre que la sentence prononçant l'annulation du mariage du demandeur n'a aucun effet civil »⁷⁹, conclut :

[28] Intervenir directement, par l'application de la Loi, dans les relations d'un membre d'une Confession religieuse ou d'une Église avec les instances de cette confession religieuse ou de cette Église, serait aller à l'encontre des dispositions des chartes canadiennes et québécoises garantissant la liberté de religion.

Il n'en demeure pas moins qu'un divorce religieux peut être pris en compte exceptionnellement par l'ordre étatique en vue de produire des effets de droit civil. C'est le cas de l'article 21.1 de la *Loi sur le divorce de 1985* concernant la levée des obstacles au remariage religieux. Adopté en 1990, ce texte a pour objectif de répondre aux préoccupations de la communauté juive, après consultation de divers groupes religieux. On sait que selon la loi mosaïque, la remise du get par le mari est une formalité indispensable à la dissolution du mariage. Cette remise est faite par le mari à sa femme devant le tribunal rabbinique en présence d'un scribe et de deux témoins. Nul ne peut obliger l'époux à remettre le get. « Cet acte doit être réalisé librement et sans contrainte d'aucune

78. *O.A.R.H.*, 2006 QCCS 4894. La demande en reconnaissance de divorce a ainsi été rejetée aux motifs que l'instance religieuse n'avait aucune compétence pour prononcer un divorce ayant des effets civils au Canada, cela d'autant plus que les parties étaient domiciliées au Québec et que les lois canadiennes sont applicables en l'occurrence.

79. *Rochette c. Tribunal ecclésiastique de Québec*, C.A.I. Québec, n 03 01 1, AZ-50216897, A.I.E. 2004AC-2, par. 28.

sorte au risque d'invalider le guet »⁸⁰. Le défaut de remise du get interdit à l'épouse de se remarier religieusement. Malgré le fait qu'elle soit divorcée civilement, ses enfants issus d'un remariage seront considérés, aux yeux de la communauté juive, comme illégitimes et ne pourront pratiquer leur religion. Ce fut pendant longtemps un moyen de pression sur l'épouse pour obtenir des arrangements financiers ou autres (comme la garde des enfants, droit d'accès). C'est la raison pour laquelle le législateur est intervenu pour permettre au conjoint lésé de déposer un affidavit tendant à la suppression des obstacles à son remariage religieux. Le texte ne confère au tribunal aucun contrôle sur l'application de la loi juive, il lui permet toutefois de suspendre ou de rejeter toute demande ou procédure de l'époux tant que celui-ci n'aura pas confirmé qu'il consent à octroyer le get⁸¹. Le tribunal dispose d'un « pouvoir discrétionnaire d'empêcher un époux d'obtenir réparation sous le régime de la loi si ce dernier refuse de supprimer tout obstacle au remariage religieux »⁸².

Cette disposition traduit une prise en considération directe par le droit civil de quelques règles régissant la dissolution du mariage religieux⁸³. « Le divorce religieux ne doit pas être utilisé comme un outil de marchandage dans le divorce civil » proclame la Cour d'appel⁸⁴. Certains auteurs ont soutenu que l'article 21.1 de la *Loi sur le divorce de 1985* peut trouver également application vis-à-vis des adeptes d'autres religions⁸⁵. Toutefois, d'après une jurisprudence récente⁸⁶, cette disposition ne s'applique qu'au cas où la suppression de l'obstacle relève exclusivement de la volonté de l'autre époux (le cas du get)⁸⁷ et elle ne vise pas les cas où cette suppression relève d'une autorité religieuse, comme c'est le cas de la religion musulmane (talaq)⁸⁸. Les membres de cette religion ont accès à des procédures de divorce religieux et c'est le tribunal religieux et non le couple qui détient le pouvoir d'accorder

80. Gabrielle ATLAN, *Les Juifs et le divorce : droit, histoire et sociologie du divorce religieux*, Bern ; New York, P. Lang, 2002, p. 68.

81. *Droit de la famille* – 151954, 2015 QCCS 3717.

82. *Bruker c. Marcovitz*, [2007] 3 R.C.S. 607, par. 7.

83. C. LANDHEER-CIESLAK, préc., note 22, p. 476.

84. *Droit de la famille* – 112747, 2011 QCCA 1580, par. 10.

85. John T. SYRTASH, « Removing Barriers to Religious Remarriage in Ontario: Rights and remedies » (1986-1987) 1 Can. Fam. L.Q. 309.

86. *Droit de la famille* – 15343, 2015 QCCS 771.

87. *Id.*, par. 6.

88. *Id.*, par. 24.

le divorce⁸⁹. Quoi qu'il en soit, il est patent que le juge fait bien la distinction entre deux ordres parallèles pour limiter le domaine d'application de l'article 21.1 de la *Loi sur le divorce de 1985* au cas d'un divorce religieux ayant pour but de permettre un remariage religieux et non aux mariages civils ni ceux produisant des effets civils⁹⁰.

En somme, même issu d'une seule célébration, le mariage obéit quant à sa dissolution à des règles distinctes, celles de l'ordre civil et celles de l'ordre religieux. L'idée qu'une célébration unique consacre un seul et même mariage au caractère civil est, croyons-nous, erronée. L'Église catholique n'acceptera pas de célébrer un mariage de personnes divorcées puisque le droit canon ne reconnaît pas le divorce prononcé par le tribunal. « Un catholique divorcé ne peut se remarier valablement aux yeux de l'Église, sauf s'il a fait annuler ce mariage par l'autorité religieuse »⁹¹. Le caractère dualiste du mariage resurgit malgré la célébration unique par un ministre du culte. Mais *quid* du cas où aucun mariage civil n'existe entre les conjoints unis religieusement ?

B. Mariage religieux sans mariage civil

Compte tenu de l'autonomie de l'espace normatif religieux, la désunion d'un couple uni par un simple mariage religieux est une question qui n'est pas, de prime abord, du ressort du juge civil. Pour prononcer le divorce, le juge étatique doit d'abord s'assurer de l'existence d'un mariage civil. Un mariage non reconnu par les autorités civiles ne produira pas d'effet juridique. En conséquence, ce mariage ne pourra être dissous par une procédure de divorce.

La jurisprudence est à cet égard constante. Ainsi, lorsqu'à son arrivée au Canada, Monsieur avait déclaré être marié religieusement à Madame au pays B, puis a demandé le divorce, le tribunal québécois « ne peut accepter de prononcer un divorce pour un mariage qui n'existe pas légalement et qui ne produit pas d'effet juridique »⁹². De même lorsque les parties, après leur divorce en

89. *Id.*, par. 11.

90. *Id.*, par. 6 et 21.

91. Mireille D.-CASTELLI et Dominique GOUBAU, *Le droit de la famille au Québec*, 5^e éd., Sainte-Foy, Presses de l'Université Laval, 2005, p. 67.

92. *Droit de la famille – 072364*, 2007 QCCS 4751, par. 11.

1985, ont recommencé à cohabiter et à faire vie commune en vertu d'une cérémonie religieuse (*renewal of vows*) réunissant une quarantaine d'invités, le juge conclut, à juste titre, « [qu]un renouvellement de vœux n'est pas une cérémonie de mariage »⁹³ et que l'action de la demanderesse devait être rejetée. Rappelons qu'en l'espèce, les documents produits établissent clairement que depuis 1995, les parties se sont présentées comme mari et femme et que le droit canonique les considère comme étant toujours mariés, et ce, depuis la première célébration à l'Église. Toutefois, le juge rétorque qu'en vertu de l'article 379 C.c.Q. le mariage ne peut se prouver par la possession d'état, même si celle-ci réunit tous les éléments nécessaires⁹⁴.

Il en ressort que le juge fait une nette distinction entre la sphère de l'Église et celle de l'État relativement à la dissolution du mariage. Sa vocation est celle d'appliquer la loi. Néanmoins, l'indifférence du juge civil relativement à ce qui se passe dans l'ordre normatif religieux n'est pas synonyme de l'absence de toute réglementation en la matière. Si le mariage célébré religieusement est dépourvu d'effet en droit québécois, la cohabitation est tout de même un fait susceptible d'engendrer des effets de droit. Ces situations peuvent donner lieu à un contentieux en cas de rupture. Or, comment qualifier ce fait ?

À notre avis, un mariage célébré en la seule forme religieuse peut s'analyser juridiquement en fiançailles ou en union de fait. Il s'agit en l'occurrence d'une question de qualification.

Dans certaines communautés, il existe une pratique d'un mariage coutumier antérieur au mariage civil ayant pour vocation de permettre aux parties de vivre en commun et de préparer leur union⁹⁵. La cérémonie religieuse pourrait dès lors être assimilée à des fiançailles. Les fiançailles consistent en des promesses échangées par ceux qui, avant de s'épouser solennellement, entrent d'un commun accord dans un projet de mariage. Selon le doyen Cornu,

93. *Droit de la famille – 1312*, 2013 QCCS 67, par. 19.

94. *Id.*, par. 12-14.

95. Il peut s'agir ainsi d'un mariage progressif ou par étapes tel que le cas en Inde. Sur la diversité des formes de mariage dans le monde, voir : Claude BONTÉMS (dir.), *Mariage — Mariages*, Actes du second colloque international organisé par l'Association française d'anthropologie du droit en collaboration avec l'Université Paris-Sud XI, Paris-Sceaux, (9 et 10 mai 1997), Paris, P.U.F., 2001, *passim*.

« [il] est concevable que les fiançailles constituent, dans le mariage, le premier jalon d'une formation échelonnée, devenant, par exemple, par intégration, le mariage consensuel même – le mariage privé – avant le mariage solennel. La distinction chronologique des *sponsalia per verba de futuro* et des *sponsalia per verba de praesenti* en droit canonique, fournit un exemple d'une telle incorporation »⁹⁶.

En droit québécois, les fiançailles ne revêtent pas de caractère obligatoire. On a tendance à y voir un engagement purement moral dénué de conséquences juridiques en vue de préserver la liberté du mariage⁹⁷. Jusqu'au moment de célébration, toute personne doit demeurer libre de refuser de se marier. La question se pose, néanmoins, concernant le cas de rupture abusive dans l'hypothèse où cette rupture unilatérale cause un préjudice moral ou matériel à l'un des ex-fiancés. Un recours sera alors envisageable en vertu de la responsabilité extracontractuelle dès lors que la partie lésée fait preuve du préjudice réel subi à la suite d'une rupture imprévisible et fautive⁹⁸. C'est le cas notamment lorsque la rupture intervient peu de temps avant la date fixée pour le mariage et cela alors que Madame s'y préparait activement en procédant aux préparatifs de noces et aux achats d'usage⁹⁹.

En revanche, il n'y a pas lieu à réparation lorsque le demandeur ne parvient pas à établir un abus de droit de la part de l'auteur de la rupture. Ainsi dans *Emami c. Bahamin*¹⁰⁰, les deux parties reconnaissent qu'ils étaient d'accord depuis le début qu'il fallait mieux se connaître avant de fonder un foyer. Elles décident ainsi de procéder à un mariage religieux selon les coutumes afin d'être acceptés dans leur communauté, car la religion musulmane voit d'un mauvais œil le concubinage¹⁰¹. Le tribunal conclut qu'il n'y a pas eu de rupture injustifiée de la part de Monsieur. Celui-ci avait accepté un mariage religieux parce que la parenté et les amis n'acceptaient pas une cohabitation hors mariage. Il désirait mieux connaître Madame et il avait suggéré de demeurer ensemble

96. Gérard CORNU, préc., note 53, n° 150, p. 268, note 1.

97. Sur l'ensemble de la question : Jean-Pierre SENÉCAL, « Les préliminaires : la promesse de mariage et les fiançailles », dans *Droit de la famille québécois*, Farnham, Éditions FM, 1985, par. 10-180 ; M. D.-CASTELLI et D. GOUBAU, préc., note 90, p. 41.

98. *Droit de la famille* – 3394, B.E. 99BE-1034 (C.S.)

99. *Saadeh c. Amin*, [1976] C.S. 378.

100. *Emami c. Bahamin*, préc., note 34.

101. *Id.*, par. 42 à 48.

1, 2, 3 ans avant le mariage légal¹⁰². De plus, Madame avait une attitude et un langage qui ne correspondaient pas aux attentes du défendeur¹⁰³. Lorsqu'il y a incompatibilité, il n'a plus d'obligation, précise le juge. Aucune faute n'ayant été caractérisée, le défendeur n'a pas eu à verser de dommages-intérêts à la demanderesse¹⁰⁴.

De même dans *Droit de la famille – 101798*¹⁰⁵, il a été établi que les parties « voulaient des fiançailles qui leur permettraient de se connaître avant d'officialiser leur union civilement », car leur religion interdit la fréquentation avant le mariage. Ces explications ont été fournies au ministre du culte, célébrant compétent. Toutefois, quelques jours après la cérémonie Monsieur découvre qu'il était lié par un mariage civil, la déclaration de mariage ayant tout de même été transmise au Directeur de l'état civil. Il demande l'annulation du mariage en alléguant qu'il n'aurait jamais consenti au mariage s'il avait su qu'il serait enregistré. Le tribunal déclare le mariage nul aux motifs que le demandeur n'a jamais eu l'intention de se marier civilement et eu égard à l'absence de son consentement qui constitue en soi une cause d'annulation du mariage¹⁰⁶.

Néanmoins, il importe, à notre sens, de distinguer les fiançailles préparatoires d'un mariage au sens du droit québécois, d'une simple cohabitation traduisant une union de fait à laquelle le droit positif attache des effets de droit subordonnés à la preuve de son existence et de ses caractères¹⁰⁷. À l'opposé du cas précédent, les intéressés ici n'ont pas eu l'intention de se lier. Religieusement mariés, ils voulaient demeurer civilement conjoints de fait. D'ailleurs, c'est le motif sur lequel s'appuie la juge Alary dans l'affaire objet de notre commentaire pour repousser le moyen d'inconstitutionnalité basé sur la discrimination invoqué par Monsieur. D'après la juge, les mesures imposées par le législateur aux personnes mariées civilement ne sont pas différentes qu'une personne soit croyante ou pas. Ces mesures n'ont aucun lien avec la religion. La véritable distinction est donc celle entre les personnes mariées et

102. *Id.*, par. 55.

103. *Id.*, par. 59.

104. *Id.*, par. 65.

105. 2010 QCCS 351.

106. *Id.*, par. 5.

107. Brigitte LEFEBVRE, « Le traitement juridique des conjoints de fait : deux poids, deux mesures ! », (2001) 1 *C.P. du N.* 223, 239 et suiv.

les personnes non mariées¹⁰⁸. Cela relève du principe de l'autonomie de la volonté et du libre choix du statut matrimonial. Une distinction qui aurait pour objectif de préserver la liberté de choix. Rappelons que dans *Québec (Procureur général) c. A.*¹⁰⁹, mieux connue sous le nom fictif de « *Éric c. Lola* », la Cour suprême a reconnu le droit de l'État québécois de maintenir les conjoints de fait à l'écart du régime qu'impose le Code civil aux conjoints mariés¹¹⁰. L'on a admis que ce régime poursuit un objectif légitime du pouvoir politique québécois ; l'atteinte est jugée alors raisonnable au sens de l'article 1 de la *Charte canadienne*. On sait également que le Comité consultatif sur le droit de la famille, mis en place par le ministère québécois de la Justice à la suite de cette affaire, a conclu à la nécessité d'une refonte globale du droit familial, dans laquelle l'autonomie de la volonté est érigée en pièce maîtresse¹¹¹.

Il s'ensuit qu'un mariage purement religieux n'est autre chose au regard de la loi qu'une union de fait. Les couples religieusement mariés sont civilement conjoints de fait. Ils ont choisi de sacrifier le mariage civil sur l'autel de la foi. Il n'y a aucune raison de les forcer à recourir au statut du mariage civil. À l'heure où l'autonomie de la volonté et la liberté contractuelle semblent faire les beaux jours du droit de la famille¹¹², il semble paradoxal d'interdire aux époux souhaitant se marier religieusement de préférer d'autres choix à l'égard de l'offre du droit civil, comme le droit de ne rien choisir ou d'opter pour une convention de vie commune. Le jugement objet de notre analyse étant portée en appel, il sera intéressant de voir quelle sera la position de la Cour d'appel à cet égard.

En définitive, les ordres juridiques religieux sont autonomes. Même célébré par un ministre du culte, le mariage reste soumis aux règles de droit civil et aux règles de la communauté religieuse,

108. Par. 78-79 du jugement commenté.

109. 2013 CSC 5.

110. Voir Alain ROY, préc., note 69, 263-264.

111. MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, COMITÉ CONSULTATIF SUR LE DROIT DE LA FAMILLE, *Pour un droit de la famille adapté aux nouvelles réalités conjugales et familiales*, 2015, en ligne : <http://www.justice.gouv.qc.ca/francais/publications/rapports/pdf/droit_fam7juin2015.pdf> (consulté le 25/avril/2016).

112. Voir notamment : Alain ROY, *Le contrat de mariage réinventé – Perspectives socio-juridiques pour une réforme*, Montréal, Éditions Thémis, 2002, p. 300-313. Adde du même auteur : « Qu'avez-vous fait de mon contrat de mariage : Je l'ai réinventé ! » (2013) 115 *R. du N.* 307.

indifférentes dans leur application les unes aux autres. Les règles de droit civil et les règles religieuses des communautés de croyants ont leur propre espace où s'exprimer indépendamment. La réception de la règle religieuse par l'ordre civil demeure l'exception. La solution dégagée par la Cour supérieure dans la présente affaire s'inscrit parfaitement dans cet esprit. Après tout, pour un croyant, le mariage demeure intrinsèquement religieux : « les mariages se font au Ciel et se consomment sur la terre », dit Loysel¹¹³. Le Doyen Carbonnier semble l'avoir bien saisi lorsqu'il écrivit il y a plus soixante-cinq ans : « les catholiques sont libres de considérer le mariage civil comme un simulacre dérisoire, et ceux qui s'en contentent comme de simples concubinaires. Les incroyants, en retour, peuvent traiter le mariage religieux comme superfétatoire [...] ce système, qui a assuré la paix religieuse, a fonctionné à l'apparent contentement de tous »¹¹⁴. Et d'ajouter :

Comme si les lois étaient nécessaires au mariage ! Que, demain, les millions de liens matrimoniaux dont la France est tissée fussent déclarés nuls, on peut parier qu'il n'y aurait point, pour autant, de saturnales, et que chacun, ou à peu près, resterait avec celle qu'il a choisie une fois !¹¹⁵

113. Antoine LOYSEL, *Institutes coutumières*, Paris, Durand, 1785, n° 104.

114. J. CARBONNIER, préc., note 1, p. 337.

115. *Id.*, p. 336.

Discrimination fondée sur l'origine nationale par un ordre professionnel : les enseignements de la décision *Association of Professional Engineers and Geoscientists of Alberta v. Mihaly*, 2016 ABQB 61

Geneviève ST-LAURENT, LL.D.

Résumé

L'affaire *APEGA v. Mihaly*, bien qu'entendue par des juridictions albertaines, soulève des questions susceptibles de se poser dans toutes les provinces canadiennes où l'accès à la pratique de certains métiers et professions est régi par des associations et ordres professionnels. Cette décision confirme que l'imposition de conditions particulières d'accès à une profession réglementée peut constituer une forme de discrimination à l'égard des professionnels formés à l'étranger, s'ils subissent, par l'effet de ces conditions, un préjudice lié à un motif prohibé, comme l'origine nationale. Si la discrimination est démontrée *prima facie*, les organismes de régulation professionnelle doivent alors démontrer qu'ils ont pris des mesures concrètes pour remédier aux effets préjudiciables découlant de leurs pratiques neutres. Or, nous enseigne la décision *Mihaly*, la portée du fardeau d'accommodement reposant sur les associations et ordres professionnels est encore largement indéfinie.

**Discrimination fondée sur
l'origine nationale par un ordre
professionnel : les enseignements
de la décision *Association of
Professional Engineers and
Geoscientists of Alberta v. Mihaly*,
2016 ABQB 61**

Geneviève ST-LAURENT, LL.D.

Introduction	99
Les faits de l'affaire	100
La décision en première instance	103
La décision en révision judiciaire	105
Commentaire	109

Introduction

La Cour du Banc de la Reine de l'Alberta¹ a récemment été appelée à se prononcer sur une affaire mettant en cause un ingénieur d'origine étrangère estimant avoir fait l'objet de discrimination de la part de l'Association des ingénieurs, géologues et géophysiciens de l'Alberta (APEGA) lors du processus de reconnaissance de ses capacités professionnelles à exercer le métier d'ingénieur dans cette province. Cet appel d'une décision du Tribunal des droits de la personne de l'Alberta a ainsi permis à la Cour de revenir sur quelques notions importantes soulevées par les différentes procédures de reconnaissance des acquis pouvant être utilisées par les associations et ordres professionnels. Il lui a notamment permis de clarifier, à la lumière de la jurisprudence constitutionnelle récente en matière de discrimination indirecte, le fardeau de preuve reposant sur un plaignant pour établir qu'il a subi une discrimination par suite d'un effet préjudiciable et celui devant être rempli par le défendeur pour justifier la raisonnable de la pratique *a priori* discriminatoire.

Les questions soulevées par cette affaire sont évidemment susceptibles de se poser dans d'autres provinces canadiennes et notamment au Québec, où les procédures de reconnaissance des acquis et de l'expérience des travailleurs étrangers souhaitant exercer une profession réglementée font l'objet d'une attention grandissante, particulièrement suite à la conclusion d'accords de reconnaissance mutuelle réservés aux candidats formés en France². Or, nous enseigne l'arrêt *Mihaly*, si la discrimination par suite d'un effet préjudiciable peut éventuellement être démontrée lorsque des obligations particulières s'imposent aux candidats étrangers aux fins de leur accession à l'exercice d'une profession réglementée,

1. *Court of Queen's Bench of Alberta*.

2. *L'Entente Québec-France sur la reconnaissance mutuelle des qualifications professionnelles*, conclue en 2008, vise à faciliter et à accélérer l'acquisition d'un permis pour l'exercice d'une profession, d'une fonction ou d'un métier réglementés au Québec ou en France par l'adoption d'une procédure commune de reconnaissance des qualifications professionnelles. À ce jour, plus d'une centaine d'instances professionnelles ont mis en place des arrangements de reconnaissance mutuelle (ARM) lorsqu'une « équivalence globale des qualifications » a été constatée.

les obligations d'accommodement qui pèsent sur les associations et ordres professionnels pour atténuer ce préjudice sont, quant à elles, encore à définir.

Les faits de l'affaire

Ladislav Mihaly est un résident permanent canadien dont l'inscription à titre d'ingénieur professionnel a été refusée par l'Association des ingénieurs professionnels et géoscientifiques de l'Alberta³ (ci-après l'Association, ou APEGA). M. Mihaly estime que les exigences imposées par l'Association pour son inscription constituent une forme de discrimination fondée sur son origine nationale.

M. Mihaly est né en Tchécoslovaquie et c'est également dans ce pays qu'il a reçu sa formation d'ingénieur. Il est détenteur de deux diplômes universitaires reçus de deux institutions d'enseignement supérieur de ce pays, où il affirme avoir également travaillé à titre d'ingénieur pendant près de 25 ans, avant d'immigrer au Canada en 1999. Cette même année, celui-ci adresse une demande à l'APEGA afin de pouvoir pratiquer la profession d'ingénieur professionnel en Alberta. Accusant réception de sa demande, l'association l'informe alors qu'il doit – comme tous les candidats au titre d'ingénieur – se soumettre au *National Professional Practice Examination* (NPPE), qui vise notamment à évaluer les connaissances relatives au droit, à l'éthique, à la responsabilité professionnelle et au processus disciplinaire applicables aux ingénieurs. Puis, dans un second temps, après analyse de son dossier de candidature par un comité d'examen, l'APEGA informe M. Mihaly qu'il doit aussi se soumettre à trois examens confirmatoires et suivre une formation additionnelle en économie de l'ingénierie. On l'informe également qu'il a échoué le NPPE et qu'il doit s'y soumettre à nouveau. Il échoue cet examen à deux autres reprises en 2002 et 2003.

En 2007, après trois réactivations de dossier, l'APEGA informe M. Mihaly qu'en vertu d'une nouvelle évaluation de son dossier mis à jour, les exigences relatives aux trois examens et à la formation additionnelle sont maintenues et qu'il doit, de surcroît, obtenir un an d'expérience de niveau « ingénieur » sur le territoire

3. Soit « Association of Professional Engineers and Geoscientists of Alberta », parfois également dénommée « Association of Professional Engineers, Geologists and Geoscientists of Alberta ».

canadien, puisque celle indiquée dans son dossier correspond, au Canada, à une expérience de niveau « technicien ». En août 2008, M. Mihaly dépose une plainte devant la Commission des droits de la personne de l'Alberta⁴, alléguant que le refus de l'APEGA de lui reconnaître le statut d'ingénieur professionnel constitue une discrimination fondée sur l'origine nationale.

L'affaire est portée devant le tribunal des droits de la personne de l'Alberta (HRTA)⁵ où il est constaté, sans contestation par les parties, que l'APEGA constitue, conformément à l'*Engineering and Geoscience Profession Act*⁶, l'organe de régulation de la profession d'ingénieur sur le territoire albertain. Un individu ne peut donc exercer la profession d'ingénieur sans avoir été préalablement autorisé à le faire par l'APEGA. Pour ce faire, la réglementation⁷ exige que le candidat soit (a) un citoyen canadien ou résident permanent, (b) qu'il soit de bonne réputation, (c) qu'il maîtrise l'anglais, (d) qu'il ait une connaissance suffisante des obligations légales, déontologiques et des bonnes pratiques professionnelles, tel que démontré par la réussite d'un examen (le NPÉE) et finalement, (e) s'il ne passe pas par le processus canadien traditionnel, qu'il dispose d'une formation et d'une expérience combinée jugée acceptable par le Comité d'examen⁸.

En effet, dans l'exercice de sa compétence, le Conseil d'administration de l'Association doit mettre en place un comité chargé d'examiner les demandes des candidats à la profession⁹. Ce comité, divisé en deux sections – l'une chargée d'évaluer les qualifications académiques et une seconde chargée d'évaluer la pertinence de l'expérience professionnelle – a, au terme de son analyse, la possibilité d'autoriser ou non l'inscription à titre d'ingénieur professionnel ou de la conditionner à la réalisation préalable de certaines exigences¹⁰.

4. *Alberta Human Rights Commission*.

5. *Human Rights Tribunal of Alberta*.

6. *Engineering and Geoscience Professions Act*, R.S.A., 2000, c. E-11.

7. *Engineering and Geoscience Professions General Regulation*, Alta Reg 150/199.

8. Articles 8 et 13 du *Engineering and Geoscience Professions General Regulation*, Alta Reg 150/199.

9. Article 30 du *Engineering and Geoscience Professions Act*, R.S.A., 2000, c. E-11.

10. Tel qu'expliqué par les témoins David Lynch, doyen de la Faculté d'ingénierie de l'Université d'Alberta et anciennement membre du CEAB, Gary Faulkner, directeur du comité d'évaluation de l'APEGA et Mark Tokarik, responsable des inscriptions pour l'APEGA.

Il appert de la preuve, non contestée, que trois procédures distinctes régissent la reconnaissance des formations académiques par l'APEGA¹¹. La première est gérée par le *Canadian Engineering Accreditation Board* (CEAB) qui accrédite, suivant un processus élaboré qui inclut une inspection en personne par un représentant du CEAB, les programmes de formation en ingénierie au Canada ou à l'extérieur du pays. Les candidats provenant d'établissements d'enseignement accrédités par le CEAB sont considérés d'emblée comme répondant aux exigences d'inscription de l'APEGA. Une deuxième procédure implique la conclusion d'accords de reconnaissance mutuelle (MRA) entre le Canada et d'autres pays où il est estimé que les programmes de formation des ingénieurs sont sensiblement équivalents. Les candidats provenant de ces pays ne se verront généralement pas soumis à des évaluations complémentaires¹². Une troisième procédure s'applique aux établissements d'enseignement non visés par les procédures du CEAB ou de MRA. Dans un certain nombre de cas, comme dans celui de M. Mihaly, les établissements d'enseignement internationaux dispensant des formations en ingénierie sont placés sur une liste dite de *foreign degree* (liste FD). Cette liste est composée de plusieurs milliers d'établissements et les diplômés qui en proviennent se voient généralement imposer la réussite de trois examens complémentaires ou de l'examen « *Fundamental Engineering* » (examen FE) du *National Council of Engineering Examiners and Surveyors* (NCEES), qui est l'examen de référence obligatoire pour tous les diplômés américains désirant exercer la profession d'ingénieur. D'ailleurs, l'APEGA favorise désormais ce dernier examen, parce qu'elle estime que cette évaluation permet d'obtenir une confirmation fiable de la qualité d'un programme d'ingénierie de premier cycle universitaire¹³. Dans cette dernière procédure, l'APEGA peut imposer jusqu'à cinq examens compensatoires pour les ressortissants dont l'établissement d'enseignement d'origine n'apparaît pas sur la liste FD. Les examens confirmatoires se donnent généralement deux fois par an, ont une durée de trois heures, coûtent environ 100 \$ chacun et sont élaborés par des professeurs des Universités de Calgary ou de l'Alberta afin de couvrir la matière qui,

11. Résumées par la juge de seconde instance : *Association of Professional Engineers and Geoscientists of Alberta v. Mihaly*, 2016 ABQB 61, par. 27 à 41.

12. *Ibid.*, par. 31.

13. *Association of Professional Engineers and Geoscientists of Alberta v. Mihaly*, 2016 ABQB 61, par. 33.

d'après l'APEGA, serait normalement maîtrisée par un diplômé d'un programme canadien d'ingénierie¹⁴.

La décision en première instance

Dans sa décision rendue le 6 février 2014, le juge Jiwaji Moosa du Tribunal des droits de la personne de l'Alberta analyse tout d'abord en détail la procédure suivie par l'Association professionnelle pour déterminer si un candidat peut être autorisé à exercer la profession d'ingénieur dans la province. Il conclut que celle-ci a un effet préjudiciable sur les candidats étrangers qui n'ont pas reçu de formation au Canada ou qui ne sont pas issus de pays avec lesquels un accord de reconnaissance mutuelle a été conclu. Il estime, par ailleurs, que le demandeur a rempli le fardeau de preuve *prima facie* requis, en démontrant que cet effet préjudiciable est lié à un motif de discrimination prohibé, soit l'origine nationale¹⁵. De surcroît, il est d'avis que, plutôt que de prioriser des pratiques d'accommodement visant à réduire les désavantages auxquels sont exposés les candidats étrangers, l'APEGA dresse des barrières supplémentaires sur le parcours de ces derniers. En conséquence, il estime qu'elle ne parvient pas à établir que l'effet préjudiciable subi par M. Mihaly est raisonnable et justifiable dans les circonstances¹⁶, tel qu'exigé par l'article 11 de la Loi albertaine sur les droits de la personne¹⁷.

Pour le juge Jiwaji, une approche unique, de type « *one size fits all* » n'est pas la seule façon, pour l'Association, de s'assurer de la compétence des ingénieurs étrangers et de garantir la sécurité du public¹⁸. Compte tenu de la souplesse offerte par le cadre législatif dans la définition de ses procédures d'évaluation et de reconnaissance des acquis, le juge Jiwaji estime que l'APEGA devrait explorer différentes options susceptibles de lever une partie des barrières auxquelles font face les candidats étrangers. Il dresse

14. *Mihaly v. The Association of Professional Engineers, Geologists and Geophysicists of Alberta*, 2014 AHRC 1, par. 107.

15. *Ibid.*, par. 167-182.

16. *Ibid.*, par. 242.

17. La disposition en question se lit comme suit : « A contravention of this Act shall be deemed not to have occurred if the person who is alleged to have contravened the Act shows that the alleged contravention was reasonable and justifiable in the circumstances » : *Alberta Human Rights Act*, RSA 2000, Ch.A-25.5.

18. *Mihaly v. The Association of Professional Engineers, Geologists and Geophysicists of Alberta*, 2014 AHRC 1, par. 228.

ensuite une liste de diverses mesures qui pourraient être envisagées par l'Association afin de moduler davantage les exigences complémentaires au profil de chaque candidat.

Il suggère, par exemple, que dans les cas où des examens techniques confirmatoires sont exigés de la part du candidat pour évaluer sa compétence, une évaluation individuelle – incluant éventuellement une rencontre du candidat ou une prise de contact directe par l'Association avec l'établissement d'enseignement étranger dont il est issu – pourrait être envisagée afin de moduler précisément les exigences minimales à imposer au candidat¹⁹. Ou pourquoi, demande-t-il, l'Association ne réfléchit-elle pas à la possibilité d'offrir, en partenariat avec les institutions d'enseignement supérieur, des formations complémentaires qui pourraient être suivies pendant que les candidats sont, par ailleurs, employés par des firmes d'ingénierie²⁰ ? L'examen de pratique professionnelle (NPPE) pourrait aussi être restructuré en plusieurs modules distincts, afin que les candidats puissent étudier séparément chaque sujet avant de se soumettre à une évaluation. Alternativement, il propose que l'Association offre une forme de permis temporaire à ces candidats, leur permettant de se soumettre au NPPE après quelques années d'expérience pratique²¹.

Pour le juge du HRTA, la procédure retenue par l'APEGA pour apprécier le contenu et la valeur de la formation du candidat étranger, sans évaluation individualisée et sans avoir envisagé d'autres options, constitue une forme de discrimination fondée sur l'origine nationale que l'APEGA n'a pas réussi à justifier au sens de la loi albertaine de protection des droits de la personne. Il condamne ainsi l'Association à verser 10 000 \$ de dommages à M. Mihaly et l'enjoint à réévaluer le dossier de ce dernier en suivant une procédure modifiée. Le juge précise que si cette procédure ne s'applique qu'au cas d'espèce, il considère qu'elle constitue une opportunité, pour l'APEGA de développer une approche intégrée afin de garantir aux ingénieurs étrangers que l'évaluation de leur parcours reflètera véritablement leurs connaissances et expériences.

19. *Ibid.*, par. 229-231.

20. *Ibid.*, par. 233.

21. *Ibid.*, par. 224.

Il ordonne ainsi à l'APEGA de réévaluer les diplômes reçus en Tchécoslovaquie en consultant directement les institutions d'enseignement fréquentées par M. Mihaly ainsi que les référents identifiés par celui-ci afin de mieux identifier les habiletés et qualifications qu'il possède et d'ainsi cibler les domaines dont on pourrait l'exempter. M. Mihaly devrait ensuite avoir la possibilité de contester la pertinence des examens requis dans chaque domaine dont il n'aurait pas été exempté. Le juge exige, de surcroît, que, dans les trois mois suivant l'évaluation des équivalences de M. Mihaly, un comité – incluant des ingénieurs étrangers désormais intégrés avec succès dans le système canadien – soit constitué afin d'explorer les diverses options pouvant être offertes à M. Mihaly afin de corriger les manquements académiques présumés. Dans cette approche exploratoire, toute solution, incluant une intégration progressive du candidat à la profession ou la mise en place de programmes éducatifs compensatoires avec les institutions d'enseignement de la province, devrait être envisagée par l'APEGA. L'Association devrait également faire de son mieux pour guider M. Mihaly vers des ressources linguistiques ou de réseautage susceptibles de faciliter l'intégration de ce dernier, en l'associant par exemple à un mentor.

La décision en révision judiciaire

Tant l'APEGA que M. Mihaly ont porté l'affaire devant la Cour du banc de la Reine. La première contestant la conclusion de discrimination et les dommages octroyés et le second exigeant des dommages plus importants et une inscription directe auprès de l'APEGA ou, à défaut d'une telle reconnaissance, des dommages doublés.

Après un exposé des faits, la juge d'appel établit quelles normes de contrôle s'appliquent aux décisions du HRTA à la lumière de la jurisprudence récente²² et elle conclut que le test

22. Elle cite notamment les décisions *Mouvement laïc québécois c. Saguenay (ville de)*, 2015 CSC 16, *Québec (CDPDJ) c. Bombardier Inc.*, 2015 CSC 39 et établit que les questions d'interprétation de la loi albertaine de protection des droits de la personne seront contrôlées en vertu de la norme de la décision raisonnable, sauf s'il s'agit d'une question de droit générale importante pour le système juridique et étrangère au domaine d'expertise du HRTA, auquel cas s'appliquera la norme de la décision correcte. C'est d'ailleurs ce standard qui s'appliquera relativement à l'établissement de la preuve *prima facie* de l'existence de discrimination par suite d'un effet préjudiciable, tel que déterminé dans la décision *Moore*

appliqué en première instance pour déterminer si M. Mihaly a été victime de discrimination indirecte était adapté.

De fait, elle estime que le test établi par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Moore*²³ n'exige pas que la discrimination fondée sur l'origine nationale, interdite par la loi albertaine, soit interprétée comme incluant strictement « le lieu d'éducation ». En effet, la discrimination n'est pas limitée aux pratiques ou normes directement fondées sur les motifs listés dans la loi albertaine de protection des droits de la personne. Ainsi, sera discriminatoire une pratique ou une norme ayant un effet négatif disproportionné sur un groupe ou un individu alors que la caractéristique protégée (l'origine nationale, en l'espèce) a constitué un « facteur »²⁴ dans la manifestation de l'effet préjudiciable. En l'espèce, elle estime que le lieu où M. Mihaly a reçu son éducation est clairement en lien avec son origine nationale²⁵.

Il n'est pas non plus nécessaire, pour le plaignant, d'établir la preuve de l'existence d'une conduite arbitraire ou de stéréotypes. La juge souligne que, conformément à la jurisprudence récente de la Cour suprême, ces éléments sont pertinents, mais non essentiels dans l'établissement d'une relation entre le motif de discrimination et l'effet préjudiciable²⁶. Néanmoins, elle estime que la conclusion du Tribunal des droits de la personne, à l'effet que l'APEGA présume que les ingénieurs ayant obtenu leur formation dans des pays étrangers sans accord de reconnaissance mutuelle (ARM) ne disposent pas de qualifications équivalentes aux standards d'accréditation canadiens, n'est pas fondée sur une preuve suffisante. Elle juge, au contraire, que la preuve démontre que les politiques de l'APEGA ne sont pas fondées sur des suppositions, mais bien sur les connaissances disponibles à propos des programmes de formation étrangers. L'APEGA ne suppose pas

c. British Columbia (Education), 2012 CSC 61. Un manque de preuve au dossier pour étayer la décision du tribunal administratif sera, quant à lui, revu en suivant le critère de la décision raisonnable. *Association of Professional Engineers and Geoscientists of Alberta v. Mihaly*, 2016 ABQB 61, par. 46 à 53.

23. *Moore c. Colombie-Britannique (Éducation)*, 2012 CSC 61.

24. Guillemets dans le texte. *Association of Professional Engineers and Geoscientists of Alberta v. Mihaly*, 2016 ABQB 61, par. 80.

25. Elle s'appuie ici notamment sur la décision *Bitonti v. British Columbia (Ministry of Health)*, (No. 3) (1999), 36 C.H.R.R. D/263.

26. *Association of Professional Engineers and Geoscientists of Alberta v. Mihaly*, 2016 ABQB 61, par. 83.

non plus que l'éducation des candidats étrangers est équivalente, dit-elle : elle ne le sait tout simplement pas²⁷. Vu l'absence de preuve au soutien de cette conclusion du HRTA, elle estime donc que celle-ci était déraisonnable.

Cependant, rappelle-t-elle, le cadre d'analyse mis à jour par la Cour suprême dans les arrêts *Québec c. A.* et *Moore c. British Columbia*²⁸ n'exigent pas que le demandeur démontre absolument une conduite arbitraire ou l'existence de stéréotypes. La question fondamentale reste donc de déterminer si l'origine nationale de M. Mihaly a constitué un facteur dans l'effet préjudiciable subi²⁹. En l'espèce, la juge conclut que c'est bien le cas en ce qui a trait à l'obligation faite à M. Mihaly de se soumettre à des examens confirmatoires ou à l'examen standard américain (l'examen FE du NCEES). Toutefois, elle est d'avis que les exigences de se soumettre à l'examen de pratique professionnelle et déontologique (le NPPE), comme d'obtenir un an d'expérience professionnelle au Canada ne sont pas, au regard de la preuve soumise, liées de quelque manière que ce soit au lieu d'obtention de son éducation ou de l'origine nationale de M. Mihaly. En effet, le NPPE – échoué trois fois par M. Mihaly – doit être réussi par tous les candidats, qu'ils soient canadiens ou étrangers. De la même manière, la prétention à l'effet que les exigences relatives à l'obtention d'une année d'expérience ont eu un effet préjudiciable lié à son origine nationale ne lui paraît pas étayée par la preuve présentée. La juge estime donc que le Tribunal a mal appliqué le test de l'arrêt *Moore* en ce qui a trait à ces deux dernières exigences.

Elle s'attache ensuite à réviser la décision du Tribunal en ce qui a trait au caractère raisonnable et justifiable de la pratique discriminatoire eu égard aux circonstances. Comme le juge de première instance, elle est d'avis que la jurisprudence – et notamment l'arrêt *Meiorin* – exige que cette justification se fasse en suivant un test en trois étapes. Le défendeur doit ainsi démontrer qu'il a adopté ce standard d'évaluation (l'imposition d'examens compensatoires) dans un but qui soit rationnellement lié à la fonction, que ce standard a été adopté de bonne foi en vue d'atteindre l'objectif

27. *Ibid.*, par. 86.

28. *Québec (Procureur général) c. A.*, 2013 CSC 5 et *Moore c. British Columbia (Education)*, 2012 CSC 61.

29. *Association of Professional Engineers and Geoscientists of Alberta v. Mihaly*, 2016 ABQB 61, par. 89.

poursuivi (soit de vérifier la compétence des candidats étrangers afin de garantir la sécurité du public) et, finalement, que ce standard est rationnellement nécessaire à l'accomplissement de l'objectif, c'est-à-dire qu'il est impossible pour le défendeur de composer avec les individus ayant les mêmes caractéristiques que le plaignant (les candidats formés à l'étranger), sans que cela constitue une contrainte excessive.

C'est sur la troisième étape de la justification que se jouera finalement l'appel. En effet, la juge de la Cour du banc de la Reine ne partage pas l'avis du juge de première instance quant au caractère déraisonnable des accommodements proposés par l'APEGA pour contrer l'effet préjudiciable subi par M. Mihaly. Au contraire, elle estime qu'aucune preuve ne vient soutenir la comparaison faite par le juge Jiwaji entre les standards cardio-respiratoires de l'affaire *Meiorin* et l'exigence de réussir l'examen FE. En effet, dit-elle, rien dans le dossier ne vient démontrer que cet examen serait plus difficile pour les candidats étrangers. Au contraire, l'APEGA soutient que l'examen serait réussi par 85 % des candidats étrangers. Quant aux examens confirmatoires – jamais effectués par M. Mihaly – la juge Ross est d'avis que la preuve présentée démontre que ceux-ci sont conçus par des experts dans leur domaine et vise à s'assurer que les candidats disposent d'un niveau de base équivalent à celui des diplômés de programmes d'ingénierie accrédités, afin de garantir une pratique sécuritaire de la profession d'ingénieur³⁰. Elle souligne que la jurisprudence a reconnu que des tests standardisés peuvent valablement être utilisés pour établir si des candidats jouissent des compétences nécessaires³¹.

Mais la juge Ross est surtout en désaccord avec les solutions alternatives proposées par le juge de première instance et qui imposent à l'Association d'entreprendre de nombreuses démarches. Ces mesures sont, estime-t-elle, beaucoup trop lourdes et onéreuses pour l'APEGA et leur imposition aurait pour effet de faire sortir l'Association de son rôle de régulatrice des professions d'ingénieurs et de géoscientifiques. S'appuyant sur la décision *Hydro-Québec*³², elle souligne que la Cour suprême a établi que

30. *Ibid.*, par. 135.

31. *Ibid.*, par. 136-138.

32. *Hydro-Québec v. Syndicat des employé-e-s de techniques professionnelles et de bureau d'Hydro-Québec, section locale 2000 (SCFP-FTQ)*, 2008 CSC 43.

les employeurs n'ont pas, dans leur obligation d'accommodement raisonnable³³, à changer les conditions de travail de manière fondamentale. Elle estime donc que les organes de régulation, comme les associations et ordres professionnels, ne devraient pas, à plus forte raison, avoir à changer fondamentalement la nature de leur mandat³⁴. Au surplus, elle est d'avis que le Tribunal a omis de prendre en considération le fait que M. Mihaly n'a pas démontré de volonté de participer à la recherche d'accommodements raisonnables³⁵. Estimant la décision du Tribunal « truffée d'erreurs logiques, de suppositions non étayées par la preuve et d'absence de prise en compte de considérations pertinentes »³⁶, elle considère donc déraisonnable la conclusion du juge de première instance à l'effet que l'APEGA n'a pas réussi à démontrer que ses politiques étaient raisonnables et justifiables.

Commentaire

La décision rendue par la Cour du banc de la Reine dans cette affaire est l'une des rares à porter sur la reconnaissance des qualifications des professionnels étrangers souhaitant accéder à l'exercice d'une profession réglementée. Or, le cadre législatif et réglementaire s'imposant à ces associations ou ordres professionnels est relativement souple et il est parfois difficile de savoir comment ces organes le mettent en œuvre. En ce sens, cette décision offre une mine d'informations sur les procédures mises en place par une importante association professionnelle canadienne pour s'assurer de la compétence des candidats étrangers et garantir la sécurité du public.

Cette décision permet également d'établir que dans la mise en place de ces pratiques, les organes de régulation professionnelle sont susceptibles de créer des situations de discrimination indirecte. En effet, bien qu'agissant sans intention discriminatoire, ces organes peuvent adopter des pratiques qui ont un effet préjudiciable à l'endroit d'un individu ou d'un groupe. Pour établir la preuve *prima facie* de la discrimination, les plaignants doivent démontrer qu'ils possèdent une caractéristique protégée contre

33. Présente, en l'espèce, à l'article 11 du AHRA. *Association of Professional Engineers and Geoscientists of Alberta v. Mihaly*, 2016 ABQB 61, par. 146-147.

34. *Ibid.*, par. 146-147.

35. *Ibid.*, par. 148.

36. Notre traduction. *Ibid.*, par. 149.

la discrimination, qu'ils ont subi un effet préjudiciable et que le motif de discrimination prohibé a constitué un facteur dans la manifestation de cet effet préjudiciable. Une fois la discrimination établie à première vue, le défendeur a alors le fardeau de justifier la conduite ou la pratique. Si la conduite ou pratique ne peut être justifiée, le tribunal conclura à l'existence de la discrimination³⁷.

En l'espèce, le jugement de révision judiciaire a établi qu'il existait bien une forte corrélation entre l'origine nationale et le lieu d'obtention de l'éducation d'un candidat étranger³⁸. L'exigence de réussir des examens confirmatoires réservés aux candidats étrangers fut donc considérée comme constituant un effet préjudiciable lié à l'origine nationale. Il revenait alors à l'Association de démontrer que cette discrimination indirecte était raisonnable et justifiable dans les circonstances et qu'elle avait pris les mesures nécessaires pour tenter de contrebalancer cet effet préjudiciable.

Cette étape de la justification, souvent qualifiée de « défense de l'exigence professionnelle justifiée », requiert que l'employeur (ou, en l'espèce, l'Association professionnelle) reconnu responsable d'une pratique indirectement discriminatoire établisse que cette pratique est rationnelle et raisonnable³⁹. C'est à cette étape que les désaccords entre les juges de première et de seconde instance sont les plus marqués. Pour le premier, le cadre législatif et réglementaire de l'APEGA fait peser sur l'Association une obligation d'adopter une approche curative où elle tentera de corriger toute déficience académique perçue chez le candidat étranger. Au contraire, pour la seconde, la mission confiée à l'APEGA par la loi et le règlement n'a absolument pas pour effet d'exiger de l'Association la mise en place de mesures proactives pour combler les éventuelles lacunes des candidats. Pour la juge d'appel, la politique d'imposer des examens standardisés lorsque la compétence des candidats étrangers n'a pas, par ailleurs, été établie, est cohé-

37. *Arrêt Moore c. Colombie-Britannique (Éducation)*, 2012 CSC 6, par. 33.

38. S'appuyant notamment sur *Bitonti v. British Columbia (Ministry of Health)* (No. 3) (1999), 36 C.H.R.R. D/263, où une preuve statistique détaillée avait été déposée pour démontrer cette corrélation.

39. Sur cette défense, résumée par la Cour suprême dans l'arrêt *Meiorin*, voir Daniel Proulx, « Droit à l'égalité », *JurisClasseur Québec droit constitutionnel*, Lexis-Nexis, Fascicule 9, par. 128-140.

rente avec l'objectif de garantir la compétence des ingénieurs professionnels⁴⁰ poursuivi par l'APEGA.

Agissant en révision judiciaire, la juge Ross n'avait évidemment pas à formuler des propositions d'accommodement alternatives aux propositions du juge de première instance, qu'elle avait estimées excessives. Néanmoins, une lecture attentive de la jurisprudence de la Cour suprême en matière de discrimination indirecte ou systémique paraît requérir une approche plus proactive que celle que semble exiger la juge de la Cour du banc de la Reine au stade des mesures d'accommodement. En effet, dans l'arrêt *Moore*, la juge Abella rappelle que, depuis l'arrêt *Meiorin*, « à cette étape de l'analyse, la partie à qui on reproche la conduite discriminatoire doit démontrer que des solutions de rechange ont été étudiées »⁴¹. Il lui faut également établir que la conduite discriminatoire à première vue était raisonnablement nécessaire pour atteindre un objectif plus large. En d'autres termes, le défendeur « doit démontrer qu'il n'aurait pu prendre aucune autre mesure raisonnable ou pratique pour éviter les conséquences fâcheuses pour l'individu »⁴². Or, en l'espèce, la juge Ross se contente de noter que la pratique contestée est conforme à l'objectif de l'APEGA, sans traiter de la nécessité, pour celle-ci, de rechercher des alternatives.

Ainsi, au-delà des faits d'espèce de l'arrêt *Mihaly*, cette décision nous permet de constater que les ordres et associations professionnels doivent être conscients qu'ils peuvent, dans l'établissement de leurs politiques et pratiques de reconnaissance des qualifications professionnelles et alors même qu'ils croient établir une norme neutre et uniforme, être reconnus responsables de discrimination indirecte si ces politiques et pratiques ont un effet préjudiciable lié à un motif prohibé de discrimination. De surcroît, tel qu'établi par la jurisprudence constitutionnelle, les ordres ou associations devraient, le cas échéant, démontrer qu'ils ont pris des mesures concrètes pour remédier aux effets préjudiciables découlant de leurs pratiques neutres⁴³. La Cour suprême a également précisé

40. *Association of Professional Engineers and Geoscientists of Alberta v. Mihaly*, 2016 ABQB 61, par. 11.

41. *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3 (« *Meiorin* »), par. 65. Voir aussi le paragraphe 38, auquel la juge Abella fait référence.

42. *Moore c. Colombie-Britannique (Éducation)*, 2012 CSC 6, par. 49.

43. *Ibid.*, par. 61, citant les arrêts *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3 (*Meiorin*) et *Colombie-*

que, dans de telles circonstances, les responsables des pratiques jugées indirectement discriminatoires ont aussi l'obligation « de tenir compte dans leurs normes des caractéristiques des groupes touchés, au lieu de maintenir des normes discriminatoires complétées par des mesures d'accommodement pour ceux qui ne peuvent pas y satisfaire »⁴⁴.

Force est d'admettre que le dossier de M. Mihaly posait de nombreux problèmes. D'après l'évaluation de son parcours, il était difficile au comité de se prononcer sur la valeur de sa formation et son expérience semblait avoir été plus près d'un emploi de technicien que d'ingénieur. Au surplus, il a échoué, à trois reprises, l'examen relatif aux pratiques professionnelles et à la déontologie, qui serait réussi par 85 % des candidats étrangers. D'autre part, certaines des propositions d'accommodement formulées par le juge de première instance semblent poser des problèmes pratiques considérables et être excessivement difficiles à mettre en place par l'Association professionnelle, contrevenant donc au critère de la contrainte excessive. Les conclusions de la juge d'appel paraissent ainsi fondées eu égard aux faits.

Néanmoins, au-delà des suggestions formulées par le juge du Tribunal des droits de la personne et dont on peut critiquer le réalisme, celui-ci pose néanmoins une question cruciale : est-il nécessaire, pour atteindre l'objectif légitime de protection du public, que tous les candidats rencontrent une norme unique ou serait-il possible d'établir des normes variables tenant compte des capacités et différences individuelles ou d'un groupe d'individus⁴⁵ ? Si l'approche uniforme semble, *a priori*, la meilleure façon de garantir l'égalité formelle entre les candidats, elle ne paraît pas être la plus conforme à la conception de l'égalité réelle défendue par la Cour suprême canadienne depuis les arrêts *Grismer*, *Meiorin* ou *Moore*.

Or, dans la mise en place de procédures d'évaluation des compétences professionnelles des candidats étrangers qui soient plus

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

44. *Moore c. Colombie-Britannique (Éducation)*, 2012 CSC 6, par. 62.

45. Notre traduction. Le texte original, souligné par le juge Jiwaji dans sa décision, se lit comme suit : « Is it necessary to have all employees meet the single standard for the employer to accomplish its legitimate purpose or could standards reflective of group or individual differences and capabilities be established? ».

respectueuses de l'égalité réelle, les associations et ordres professionnels font face à de nombreux défis relatifs à un cadre législatif et réglementaire mal adapté à la réalité actuelle de mobilité professionnelle internationale. Ainsi, comme le démontre l'affaire *Mihaly*, le recours à une procédure unique d'imposition d'examens confirmatoires peut être lié au fait que les organes de régulation professionnelle ne disposent souvent que d'informations fragmentaires et indirectes sur le contenu des diplômes étrangers détenus par les candidats à la profession. Il s'agit d'un problème dont les conséquences peuvent être considérables, puisque comme le souligne l'auteure d'une recherche sur la déqualification professionnelle des immigrants : « dans la mesure où les évaluateurs ont peu d'éléments pour évaluer les diplômes étrangers, l'ambiguïté des informations disponibles peut donner prise à des jugements subjectifs, ayant un impact négatif sur l'intégration professionnelle des immigrants »⁴⁶.

Le succès d'un parcours migrant repose, en partie, sur l'intégration rapide des professionnels étrangers candidats à l'exercice d'une profession réglementée. Néanmoins, l'analyse de l'arrêt *Mihaly* nous permet de constater que, tenus par leur objectif fondamental de protection du public et coincés par un cadre législatif et réglementaire désuet, les organes de régulation professionnelle ne peuvent, à eux seuls, être tenus garants de la réussite de l'intégration des professionnels étrangers.

46. Marie-Thérèse Chicha, « Discrimination systémique et intersectionnalité : la déqualification des immigrantes à Montréal », 24 *CJWL/RFD* 82 (2012), p. 98.

L'emploi légitime de la force policière en vertu de l'article 25 du *Code criminel* canadien

David VACHON-ROSEBERRY

Résumé

L'article 25 du *Code criminel* canadien autorise les agents de la paix à employer la « force nécessaire » à l'accomplissement de leurs fonctions. Comment évalue-t-on cette « nécessité » d'emploi de la force et jusqu'où peut-elle aller ? Dans quelle mesure les policiers engagent-ils leur responsabilité pénale ? Après une revue exhaustive de la jurisprudence criminelle, civile et déontologique, l'auteur répond à ces questions en cernant concrètement les limites légales et factuelles de l'emploi de la force par un agent de la paix, puis en approfondissant le moyen de défense le plus couramment utilisé : celui de l'article 25 C.cr.

L'emploi légitime de la force policière en vertu de l'article 25 du *Code criminel* canadien

David VACHON-ROSEBERRY

Introduction	119
1. L'emploi légitime de la force policière	122
1.1 La pertinence des décisions du Comité de déontologie policière	123
1.2 Les conditions d'application de l'article 25 du <i>Code criminel</i>	125
1.2.1 Le policier était obligé ou autorisé à faire un geste dans l'application ou l'exécution de la loi	126
1.2.1.1 L'arrestation sans mandat	128
1.2.1.2 Le refus du suspect de s'identifier ..	130
1.2.1.3 La détention pour fin d'enquête ...	132
1.2.2 Le policier a agi sous la foi de motifs raisonnables.	132
1.2.3 Le policier n'a pas utilisé de force excessive	134
1.2.3.1 Les critères d'évaluation de la « force raisonnable » et la norme de contrôle	135

1.2.3.2	La déférence policière	139
1.2.3.3	La nécessité de la prise de notes détaillées de l'événement par le policier	141
	Conclusion	144
	Annexe I	145
	Tables bibliographiques	146

« La justice sans la force est impuissante ;
la force sans la justice est tyrannique »

Blaise Pascal

INTRODUCTION

De par sa mission de maintenir la paix, l'ordre et la sécurité publique, de prévenir le crime et de rechercher les auteurs d'infractions criminelles¹, l'agent de la paix (ci-après « policier » ou « agent »)² est appelé à agir dans des situations dangereuses, stressantes et urgentes qui le mèneront parfois à employer la force. En fait, les études américaines démontrent que les policiers utilisent la force dans moins d'un pour cent (1 %) de leurs interventions³, tandis que les études canadiennes et internationales se situent généralement entre cinq pour cent (5 %) et dix pour cent (10 %)⁴. Malgré cette rareté, force est de constater que chaque cas représente un haut risque d'incompréhension de la part du public. Par exemple, en tout temps aux États-Unis, environ un policier

1. *Loi sur la police*, L.R.Q., c. P-13.1, art. 48.

2. L'auteur utilise le terme « policier » ou « agent » à des fins de concision seulement. Il inclut évidemment le féminin, mais également les « agents de la paix » au sens de l'art. 2 du *Code criminel*, de l'art. 126 de la *Loi sur la police* et de l'art. 5 de la *Loi sur le système correctionnel du Québec*, L.R.Q., chapitre S-40.1, en plus du simple citoyen prêtant main forte à une personne autorisée à exécuter la loi, sous réserve des indications que fera l'auteur au long de la présente étude. Sont cependant exclus les policiers de la G.R.C. et ceux provenant de l'extérieur du Québec (mais dans ce dernier cas, sous réserve des articles 126 al. 2 et 193.1 à 193.10 de la *Loi sur la police*). Voir également les articles 104.1, 126, 143, 151 et 234 al. 2 de la *Loi sur la police*.

3. Ken WALLENTINE, « How to ensure use of force is “reasonable and necessary” and avoid claims of excessive force », *PoliceOne*, 2007 en ligne : <<http://www.policeone.com/legal/articles/1271618-How-to-ensure-use-of-force-is-reasonable-and-necessary-and-avoid-claims-of-excessive-force/>> (consulté le 4 février 2014) et FORCE SCIENCE INSTITUTE, « Une nouvelle vidéo combat les mythes populaires associés aux fusillades impliquant la police », *Force Science Institute*, dans *Collection Force science news*, n° 154, 2011, en ligne : <http://cis.enpq.qc.ca/GEIDEFile/FSN194_MythesPopulairesFusillades.pdf?Archive=194088091226&File=FSN194_MythesPopulairesFusillades.pdf> (consulté le 3 février 2014).

4. Sylvain ST-AMOUR et Martin BLANCHETTE, *Éthique et usage de la force – Légitimité dérangeante*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2010, p. 13.

sur 60 ferait l'objet de poursuites judiciaires⁵. De plus, le « printemps érable »⁶ et la manifestation montréalaise annuelle contre la brutalité policière nous démontrent qu'un pan non négligeable de la population québécoise croit que ces bavures policières se produisent plus souvent qu'il n'en est en réalité.

L'enjeu est grand : plusieurs criminologues font remarquer que « l'un des moteurs majeurs de réforme des institutions policières mais aussi des crises politiques des démocraties occidentales est constitué des cas d'usage abusif ou perçu comme abusif de la force par la police »⁷. Cette faible tolérance envers l'erreur policière s'exprime bien au travers de ce passage de l'arrêt *Stillman* : « Le traitement que des mandataires de l'État réservent même à l'individu le moins digne d'égards sera souvent une indication du traitement que tous les citoyens de l'État peuvent s'attendre à recevoir en fin de compte »⁸. En raison de l'autorité qu'il représente et des grands pouvoirs qui lui sont octroyés, on s'attend du policier qu'il ait une conduite impeccable empreinte de modération et de retenue⁹, donc chaque abus sera susceptible d'ébranler la confiance du public dans les institutions policières¹⁰. Enfin, il faut admettre que l'usage d'une force excessive peut avoir de graves répercussions sur les droits constitutionnels des individus¹¹, droits « absolus »¹² en vertu du droit international. La jurisprudence est

5. Chuck JOYNER, « A proper use of force report: protection against liability », *Survival Sciences*, 2009, en ligne : <<http://www.survivalsciences.com/default.aspx/act/newsletter.aspx/category/News/menuitemid/108/MenuGroup/Home/NewsLetterID/4/startrow/9.htm>> (consulté le 4 février 2014).
6. Expression donnée au mouvement de contestation des frais de scolarité universitaires du Québec au printemps 2012.
7. Fabien JOBARD, « Police et usage de la force », *Dictionnaire de criminologie en ligne*, 2010, en ligne : <<http://criminologie.com/article/police-et-usage-de-la-force>> (consulté le 25 janvier 2014).
8. *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607, par. 47.
9. Voir *Commissaire à la déontologie policière c. Corriveau*, 2003 CanLII 57295 (QC CDP), par. 97 citant *Slicer c. Commissaire*, C.Q. New Carlisle, 105-02-000247-968, 2 octobre 1998.
10. Voir *La Reine c. Thireau*, J.E. 88-1376, EYB 1988-62999 (C.A.), par. 19.
11. En vertu de la *Charte canadienne des droits et libertés*, nous parlons du droit à la vie, à la liberté et à la sécurité (art. 7), de la protection contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives (art. 8), de la protection contre la détention ou l'emprisonnement arbitraire (art. 9) et la protection contre les traitements ou peines cruels et inusités (art. 12). En ce qui a trait à la *Charte des droits et libertés de la personne* (« Charte québécoise »), elle ne fera pas l'objet de la présente étude, s'appliquant plutôt à la responsabilité civile.
12. Le droit international qualifie généralement chacun de ces droits comme étant une norme de *jus cogens*, c'est-à-dire une norme impérative acceptée et reconnue

unanime sur ce point : les droits conférés au policier « doivent être lus en corrélation étroite [avec les droits constitutionnels de tout individu] »¹³. Ainsi, le droit d'employer la force policière doit s'exécuter dans le respect des droits constitutionnels du sujet.

Cette étude a pour finalité de servir d'outil aux praticiens du droit qui auront à évaluer si une situation particulière constitue ou non un emploi d'une force excessive, en plus de servir de guide de référence aux policiers dans leurs interventions futures. En fait, la présente étude délimite les modalités d'application de l'immunité relative prévue à l'art. 25 C.cr. dont jouit le policier lorsqu'il emploie la force dans l'exécution de ses fonctions. Cette étude portera également sur ce que constitue la « force nécessaire » en vertu du *Code de déontologie des policiers du Québec* (ci-après « C.d.p. »). Nous verrons que cette définition aura des répercussions jusqu'en instance criminelle, car l'emploi d'une « force nécessaire » constitue le troisième critère permettant de bénéficier de la protection de l'art. 25 C.cr.¹⁴. De nombreuses situations concrètes seront traitées afin de mieux qualifier ce que constitue « sur le terrain » l'emploi de la force nécessaire, car aucune règle stricte n'existe quant à la détermination du caractère légal ou non d'une intervention physique¹⁵. La lecture exhaustive des décisions du *Comité à la déontologie policière* (ci-après « Comité »), jumelée avec celle des tribunaux criminels canadiens, aura permis de baliser solidement le processus d'évaluation qui doit présider à l'emploi

par la communauté internationale à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme de droit international ayant le même caractère; il s'agit donc d'une norme hiérarchiquement supérieure. À cet effet, voir *Le Procureur c. Furundzija*, affaire n° IT-95-17/1-T, (10 décembre 1998), par. 153.

13. Voir notamment *Commissaire à la déontologie policière c. Parent*, 2010 CanLII 44511 (QC CDP), par. 109 ; *Commissaire à la déontologie policière c. Corriveau*, préc., note 9, par. 62 et 103 ; *Commissaire à la déontologie policière c. Chauvette*, 2003 CanLII 57335 (QC CDP), par. 37 ; *Commissaire à la déontologie policière c. Ouici*, 2003 CanLII 57353 (QC CDP), par. 44 ; *Commissaire à la déontologie policière c. Casey*, 2004 CanLII 59929 (QC CDP), par. 102 et *Commissaire à la déontologie policière c. Greetham*, 2005 CanLII 59887 (QC CDP), par. 85.
14. En ce qui a trait à la responsabilité civile des policiers, qui ne fera pas l'objet de la présente étude, voir *Tremblay c. Lapointe*, 2004 QCCS 13266 (CanLII), par. 165 à 167 et 170.
15. En effet, « l'usage de la force doit s'analyser à partir de toutes les circonstances de chaque événement et [il] n'y a pas de règles strictes » ; *Commissaire à la déontologie policière c. Gauthier*, 2002 CanLII 49290 (QC CDP), par. 31. Voir *infra*, section 1.2.3.1.

de la force policière, de même que celui du décideur qui doit juger du caractère légal ou non de la force employée.

1. L'EMPLOI LÉGITIME DE LA FORCE POLICIÈRE

Plusieurs auteurs qualifient de « violence légitime » l'emploi de la force policière. Le choix de ces mots est un exemple parmi tant d'autres de la remise en question constante de la légitimité de l'emploi de la force policière, ce qui fait que le policier d'aujourd'hui est plus redevable que jamais, tant sur le plan de sa responsabilité civile que déontologique et criminelle¹⁶. Ce constat accentue ainsi l'importance pour le policier de bien connaître le cadre légal de son pouvoir d'employer la force. Ce sont les articles 25 et suivants du *Code criminel* qui prévoient le pouvoir d'utiliser la force nécessaire, pour « quiconque est, par la loi, obligé ou autorisé à faire quoi que ce soit dans l'application ou l'exécution de la loi »¹⁷. En fait, cette protection des personnes agissant pour faire respecter la loi ne constitue qu'une immunité relative¹⁸, puisqu'elle entraîne la responsabilité de celui qui utilise une force excessive¹⁹. L'article 25 C.cr. est avant tout une « justification » et non un moyen de défense ou une excuse, car le policier « réclame la reconnaissance de la légalité de l'acte reproché en s'autorisant d'une disposition normative qui consacre son droit d'agir »²⁰. En d'autres mots, l'article 25 sert à justifier l'emploi de la force nécessaire et non à étendre les pouvoirs policiers²¹.

16. « As a result of these and other developments in the Canadian legal system, the likelihood of police conduct becoming more accountable and transparent to the public is greatly improved, and this trend is likely to continue » ; Craig BRANNAGAN, « Police misconduct and public accountability: a commentary on recent trends in the Canadian justice system », *Windsor Review of Legal and Social Issues*, March 2011, 30 W.R.L.S.I. 61.

17. *Code criminel*, art. 25(1).

18. En fait, l'art. 25 C.cr. ne confère qu'une immunité restreinte dite « relative ». Voir *R. c. Asante-Mensah*, [2003] 2 R.C.S. 3, par. 62 ; *Crampton v. Walton*, 2005 ABCA 81 (CanLII), par. 5 et *R. c. Côté*, 2007 QCCQ 6700 (CanLII), par. 7 et 173.

19. *Code criminel*, art. 26. Lorsqu'une force excessive a été déployée, l'art. 25 C.cr. n'offre aucune protection et n'est donc plus d'aucune utilité. À ce propos, lire les commentaires du juge Martin Vaclair dans *R. c. Cavaliere*, 2008 CanLII 4011 (QC CQ), par. 92, se fondant sur *R. c. Bottrell*, 1981 BCCA 352 (CanLII) et *R. v. Leahey* 2000 ABPC 198 (CanLII).

20. *R. c. Boucher*, 1994 QCCA 5942 (CanLII), p. 20.

21. Le juge en chef Laskin, parlant au nom de deux autres juges dans la dissidence de *R. c. Biron*, [1976] 2 R.C.S. 56, conclut que l'art. 25 C.cr. est une « disposition protectrice » et qu'elle constitue un « bouclier » et non une « épée » (p. 60).

Cette disposition pourrait toutefois être considérée comme une « excuse légitime » dans les cas où le texte de loi incrimine un comportement exécuté « sans excuse légitime ». Par exemple, l'infraction de braquer une arme à feu est libellée comme suit à l'article 87(1) C.cr. : « Commet une infraction quiconque braque, sans excuse légitime, une arme à feu, chargée ou non, sur une autre personne ». L'« excuse légitime » du policier qui l'exonérera de sa responsabilité criminelle d'avoir braqué une arme à feu sera celle d'avoir employé la force nécessaire en conformité avec l'article 25 C.cr.²².

En ce qui a trait au *Code de déontologie des policiers du Québec*, les poursuites (citations) pour avoir usé d'une force excessive pourront découler de l'article 6(1) ou (2), de l'article 10(6) lorsque l'individu était placé sous sa garde ou de l'article 11 lorsque le Commissaire à la déontologie policière (ci-après « Commissaire ») lui reproche de ne pas avoir utilisé son équipement avec prudence et discernement.

Au cours de la présente section, nous verrons dans un premier temps la pertinence des décisions du Comité et les distinctions majeures entre l'instance criminelle et déontologique. Dans un second temps, nous décortiquerons les conditions légales d'application de l'article 25 C.cr.

1.1 La pertinence des décisions du Comité de déontologie policière

Le *Code criminel* canadien et le *Code de déontologie des policiers du Québec* utilisent la même expression, à savoir la « force nécessaire » pour délimiter les pouvoirs du policier d'utiliser la force. C'est ainsi que les règles énoncées par la Cour suprême du Canada et les tribunaux supérieurs canadiens (instances criminelles) concernant la force nécessaire ont également été reprises par le Comité. Les décisions de ce tribunal administratif spécialisé, de par leur aspect quantitatif très imposant, nous offrent un large éventail de situations concrètes où la force employée fut analysée, ce qui constitue donc un excellent point de départ pour connaître

22. Au même effet, voir l'art. 86(2) C.cr. qui incrimine l'usage (« utilise, porte, manipule, expédie, transporte ou entrepose ») négligent d'une arme à feu sans excuse légitime.

les limites de ce pouvoir. Également, de par son caractère spécialisé, le Comité détient une expertise exclusive et unique aux fonctions d'agent de la paix, ce qui ne fait qu'augmenter la valeur juridique de ces décisions²³.

La distinction majeure entre les deux instances concerne le fardeau que doit remplir le poursuivant. En déontologie, le Commissaire n'a qu'à démontrer par « preuve prépondérante [chacun] des éléments constitutifs des infractions reprochées ; démonstration qui sera faite si une preuve claire, convaincante et de bonne qualité supporte la conclusion qu'il est plus probable qu'improbable que les infractions ont été commises »²⁴. Le droit déontologique étant un droit *sui generis*, pour conclure à la faute déontologique, « il faut être en présence d'une conduite qui répugne par rapport au respect des standards requis »²⁵. Les violations au C.d.p. constituent des infractions de responsabilité stricte, ce qui exclut l'exigence, pour le Commissaire, de prouver la *mens rea*, mais ouvre la porte à la défense de diligence raisonnable²⁶. Enfin, notons que le policier n'est pas contraignable devant une instance criminelle, tandis qu'il l'est devant le Comité²⁷. Du côté de l'instance criminelle, le ministère public (DPCP) se doit de prouver hors de tout doute raisonnable les éléments constitutifs de l'infraction, ce qui constitue un fardeau beaucoup plus lourd à rencontrer. Cependant, le fardeau de démontrer l'application de la justification de l'article 25 C.cr. repose sur l'accusé²⁸. Nous verrons que cette démonstration doit se faire en prouvant trois éléments.

23. *Loi sur la police*, art. 194. Pour en savoir plus sur la pertinence et la valeur probante des décisions du Comité lors d'instances civiles et, dans une moindre mesure, criminelles, voir Patrick DE NIVERVILLE, « Pertinence et valeur probante d'une décision ou d'un jugement ayant un lien avec l'exercice de la profession », *Développements récents en déontologie, droit professionnel et disciplinaire*, Barreau du Québec, 2010, en ligne : <http://www.caij.qc.ca/doctrine/developpements_recents/323/1768/index.html>.

24. *Commissaire à la déontologie policière c. Bergeron*, 2007 CanLII 82498 (QC CDP), par. 81, citant *Potvin c. Commissaire*, AZ-50180457, D.T.E. 2003T-1022, par. 139 et approuvé par *Mileto c. Commissaire*, C.Q. Montréal, 500-80-001410-035, 8 juillet 2004.

25. *Ayotte c. Gingras*, 95 D-42 T.P., 31 mars 1995, p. 11, citée par *Commissaire à la déontologie policière c. Telisma*, 2000 CanLII 22211 (QC CDP), p. 18 et par C.Q. (Montréal) 550-02-066743-985, 25 janvier 2000.

26. Patrick DE NIVERVILLE, « Pertinence et valeur probante d'une décision ou d'un jugement ayant un lien avec l'exercice de la profession », préc., note 23.

27. *Code criminel*, art. 11c) et 13 et *Loi sur la police*, art. 219 et 224 al. 2.

28. *R. v. Davis*, 2013 ABCA 15 (CanLII), par. 43 à 47, s'appuyant sur *Crampton v. Walton*, préc., note 18.

1.2 Les conditions d'application de l'article 25 du *Code criminel*

Mentionnons d'emblée que l'article 25 C.cr. protège « quiconque » est autorisé par la loi à appliquer ou administrer la loi, ce qui comprend tout citoyen venant, par exemple, prêter main-forte à un agent de la paix ou un agent de sécurité qui procède à une arrestation en vertu de l'article 494 C.cr. dans un magasin à rayons²⁹. L'article 2 C.cr. définit le terme « agent de la paix » et inclut notamment les officiers de police, les agents des services correctionnels³⁰, les militaires des Forces canadiennes³¹, les huissiers, les douaniers, etc. Dans la présente étude, nous allons cependant nous pencher spécifiquement sur les officiers de police (« policiers »).

Le policier a le devoir de préserver la paix, de prévenir le crime et de protéger les personnes et les biens³². C'est donc dans cette optique que doit s'insérer le recours à la force. Tandis que certains affirment qu'elle doit avoir comme seul et unique but de rétablir la paix³³ ou que « l'objectif de l'usage de la force est fondamentalement altruiste »³⁴, nous verrons que son unique objectif doit être celui d'appliquer ou d'exécuter la loi. Toutefois, comme l'a rappelé la Cour suprême dans l'arrêt *Dedman*, le policier ne peut utiliser tous les moyens pour atteindre ces objectifs³⁵. S'il désire employer la force, il devra se soumettre aux trois conditions cumulatives établies par la Cour d'appel de l'Alberta, soit que le policier était obligé ou autorisé à faire un geste dans l'application ou

29. Voir *R. c. Wilson*, 1994 BCSC 689 (CanLII).

30. Voir la *Loi sur le système correctionnel du Québec*, L.R.Q., c. S-40.1, art. 5. Voir *Syndicat des agents de la paix en services correctionnels du Québec c. Québec (Sécurité publique)*, 2013 CanLII 23486 (QC SAT), par. 94.

31. L'arrêt *R. c. Finta*, [1994] 1 R.C.S. 701 jugea que quiconque (les militaires étant expressément visés) obéit à des ordres qui ne sont pas manifestement illégaux (selon la norme objective modifiée, soit la personne raisonnable placée dans les mêmes circonstances) peut invoquer l'art. 25 C.cr. En cas d'ordre manifestement illégal, l'accusé peut néanmoins invoquer l'art. 25 s'il n'avait pas d'autres choix que d'obéir. Cependant, la réforme ultérieure de l'art. 25 est venu limiter ces ordres à ceux provenant d'une loi fédérale ou provinciale ; à cet effet, voir *infra*, section 1.2.1.

32. *R. c. Godoy*, [1999] 1 R.C.S. 311, p. 320. Voir également *R. c. Trottier*, 2006 QCCQ 2956 (CanLII), par. 52 et 53 et l'article 48 de la *Loi sur la police*.

33. Voir Sylvain ST-AMOUR et Martin BLANCHETTE, *Éthique et usage de la force – Légimité dérangerante*, préc., note 4, p. 12.

34. Entrevue télévisée de l'ex lieutenant-général Roméo Dallaire présentée en février 2003 à l'émission *Zone libre* à Radio-Canada.

35. *Dedman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 2, par. 12 et 15.

l'exécution de la loi, qu'il a agi sous la foi de motifs raisonnables et enfin, qu'il n'a pas utilisé de force excessive³⁶.

1.2.1 Le policier était obligé ou autorisé à faire un geste dans l'application ou l'exécution de la loi

La première des trois conditions cumulatives donnant ouverture à la protection de l'article 25 C.cr. est celle de l'administration de la loi. Ce critère doit être étudié en deux temps : il faut tout d'abord que le policier agisse dans l'exécution de ses fonctions, puis que son geste serve à l'application ou à l'exécution d'une disposition législative. Évidemment, ses pouvoirs ne sont pas sans limites ; ils doivent en tout temps s'appuyer sur une règle de droit, soit la loi ou la common law³⁷, ce qui s'étend également à « tous les pouvoirs raisonnablement nécessaires pour atteindre l'objectif visé »³⁸. Enfin, notons qu'advenant un manquement à ce critère, le policier pourra également faire l'objet d'une citation en déontologie sous l'article 7 C.d.p.³⁹.

Le policier peut-il exercer ses pouvoirs 24 heures sur 24 ? L'arrêt *Beck*⁴⁰ est à l'effet que le policier ne doit pas nécessairement être « dans l'exécution de ses fonctions » (i.e. sur son quart de travail) pour être considéré comme un agent de la paix. Ainsi, le policier en vacances pourrait, s'il exerce l'un de ses pouvoirs prévus par la loi ou la common law⁴¹, bénéficier de la protection qu'offre l'article 25 C.cr à l'instar de ses collègues policiers travaillant pendant leur quart de travail. Par contre, lorsqu'un suspect est déjà bien maîtrisé par deux policiers et qu'un troisième policier, en vacances à ce moment-là, se livre à des voies de fait sur le suspect, il ne pourra bénéficier de l'immunité de l'article

36. *Crampton v. Walton*, préc., note 18, par. 6. Voir également *R. c. Côté*, préc., note 18, par. 176.

37. *Dedman c. La Reine*, préc., note 35, par. 12, 16 et 54.

38. *Id.*, par. 62. Par exemple, plusieurs dispositions législatives prévoient des objectifs, mais sont muettes quant aux moyens. Ces moyens implicites à la réalisation de l'objectif confèrent ainsi des pouvoirs au policier.

39. *Simard c. Bournival*, 2011 QCCQ 1205 (CanLII).

40. *La Reine c. Heather Beck*, J.E. 99-437, C.S.M. 500-36-001717. Voir également *Auclair c. R.*, 2006 QCCM 382 (CanLII) ; *R. c. Lauzon*, 2002 QCCQ 21628 (CanLII) (à noter qu'il y a erreur dans le titre des parties ; l'accusé se nomme Rozon) et Patrick LAVALLÉE, *Les pouvoirs et devoirs de la police*, 7^e éd., Repentigny, Les Éditions S.R. inc., 2014, p. 15.

41. *Dedman c. La Reine*, préc., note 35, par. 12, 15, 28, 29 et 33.

25 si ces voies de fait n'ont pas été appliquées dans l'unique but de procéder à l'arrestation du suspect, étant motivé par un esprit de vengeance ou de colère⁴². En effet, bien que l'article 25 justifie la force employée dans le but d'appliquer la loi, « le droit fait la distinction entre une riposte mesurée et les représailles ou la vengeance. Il excuse l'un mais condamne l'autre »⁴³.

Le policier n'est cependant un agent de la paix qu'à l'intérieur de sa province⁴⁴. Toutefois, il restera un agent de la paix à l'extérieur de sa province dans le cas d'une poursuite active si celle-ci a légalement débuté dans le territoire relevant de sa compétence jusqu'à ce que la poursuite ne soit plus « immédiate »⁴⁵. Néanmoins, « une croyance erronée de la part du policier qu'il se trouve encore dans sa province lui donnera la protection du par. 25(4). [...] Une fois que les autorités locales ont pris la poursuite en main, il perd sa qualité d'agent de la paix et devient alors une personne qui aide un agent de la paix [...] et, à ce titre, il continuera à jouir de la protection du par. 25(4) »⁴⁶.

Tel que susmentionné, le policier doit exercer l'un de ses pouvoirs octroyés par la loi afin de justifier légalement son emploi de la force ; mais quels sont ces pouvoirs ? En fait, ils sont majoritairement ceux prévus dans le *Code criminel*⁴⁷, la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*⁴⁸, la common law et dans les lois particulières telles le *Code de procédure pénale*⁴⁹, le *Code de la sécurité routière*⁵⁰ et la *Loi sur la police*⁵¹. Certains auteurs critiquent la tendance de la Cour suprême d'octroyer de nouveaux pouvoirs aux policiers (par exemple, celui de vérifier aléatoirement la sobriété des conducteurs), car ces pouvoirs proviennent des tribunaux et non de la loi, ce qui constitue selon eux une erreur de

42. *R. c. Fillion*, 2011 QCCS 774 (CanLII), par. 26.

43. *R. c. Healy*, 2007 QCCS 1546 (CanLII), par. 76.

44. Dans le cas du policier québécois, voir l'art. 49 al. 1 de la *Loi sur la police*. Il existe cependant une procédure d'autorisation d'octroi de pouvoirs extraterritoriaux aux policiers (art. 104.1 et s. *Loi sur la police*).

45. *Roberge c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 312, p. 332.

46. *Id.*, p. 331.

47. Par exemple, voir les articles 495 (arrestation sans mandat), 487 (fouilles, perquisitions et saisies) et 25 à 33 C.cr.

48. L.C. 1996, c. 19, art. 11 et 12.

49. RLRQ, c. C-25.1.

50. RLRQ, c. C-24.1.

51. *R. c. Côté*, préc., note 18, par. 204 citant *Cotnoir c. La Reine*, [2000] J.Q. n° 3610, (C.A.Q.), par. 11.

droit⁵². Afin d'aider le policier dans son travail, regardons maintenant trois types de situations susceptibles de se présenter fréquemment.

1.2.1.1 *L'arrestation sans mandat*

Pour que l'emploi de la force soit légitime dans le cadre d'une arrestation, celle-ci doit être légale. Cela signifie que si l'arrestation est jugée illégale, toute force employée par le policier, si minime soit-elle, sera jugée excessive car injustifiée⁵³. En fait, « la police n'est pas autorisée à employer la force à moins qu'une arrestation ne soit justifiée et qu'elle n'ait été correctement effectuée »⁵⁴.

Évidemment, un policier possède le pouvoir de procéder à une arrestation s'il est muni d'un mandat l'y autorisant⁵⁵. Par contre, la situation est beaucoup moins limpide lorsque vient le temps de procéder à une arrestation sans mandat. Dans ce dernier cas, c'est l'article 495 C.cr. qui trouve application. Ce qu'il faut comprendre de cet article dont la rédaction laisse à désirer, c'est que le policier peut arrêter une personne sans mandat s'il a des

52. Concernant ces critiques, voir notamment Michael PLAXTON, « Police Powers After Dicey », *Queen's Law Journal*, 2012, 38 Queen's L.J. 99-136 et W. Wesley PUE et Robert DIAB, « The gap in canadian police powers: Canada needs "public order policing" legislation », *Windsor Review of Legal and Social Issues*, January 2010, 28 W.R.L.S.I. 87. Il convient également de noter que, selon la théorie des pouvoirs ancillaires, le Parlement détiendrait la compétence accessoire de légiférer dans des domaines dits « exclusifs » aux législatures provinciales lorsqu'un pouvoir du Parlement est également impliqué, comme c'est le cas de la vérification aléatoire de la sobriété des conducteurs. Cependant, cette théorie est loin de faire consensus chez les juristes.

53. Dans ce cas, le policier sera jugé ne pas avoir agi « dans l'exécution de ses fonctions », car ses fonctions ne lui permettent pas d'agir illégalement ; *Cluett c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 216, par. 18. Voir notamment *R. c. Côté*, préc., note 18, par. 214 ; *Commissaire à la déontologie policière c. Parent*, préc., note 13, par. 111 ; *Commissaire à la déontologie policière c. Besner*, 2013 QCCDP 40 (CanLII), par. 144 ; *Commissaire à la déontologie policière c. Greetham*, préc., note 13, par. 94 ; *Commissaire à la déontologie policière c. Pageau*, 2011 CanLII 47211 (QC CDP), par. 85, *Bisson c. Monty*, 2007 QCCQ 3161 (CanLII), par. 139 et *Commissaire à la déontologie policière c. Ciancio*, 2012 CanLII 39 (QC CDP), par. 155 et 161.

54. *Cluett c. La Reine*, préc., note 53, par. 12, citant le juge Jones de l'instance inférieure du pourvoi, soit celle de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse, Division d'appel (1982), 3 C.C.C. (3d) 333, 55 N.S.R. (2d) 6, 114 A.P.R. 6.

55. L'art. 28(1) C.cr. est à l'effet que « Quiconque, étant autorisé à exécuter un mandat d'arrêt, croit, de bonne foi et pour des motifs raisonnables, que la personne qu'il arrête est celle qui est nommée dans le mandat, possède à cet égard la même protection contre toute responsabilité pénale que si cette personne était celle que nomme le mandat ».

motifs raisonnables de croire qu'elle a commis un « acte criminel » en vertu de l'article 34(1) de la *Loi d'interprétation*⁵⁶ (sauf ceux mentionnés à l'article 553 C.cr.), si l'arrestation est nécessaire aux fins de l'identification du suspect⁵⁷, de recueillir ou conserver une preuve matérielle de l'infraction, d'empêcher que l'infraction se poursuive ou se répète, ou qu'une autre infraction soit commise⁵⁸, d'assurer sa présence devant le tribunal ou enfin, si la réalité opérationnelle l'exige⁵⁹. Cependant, « personne n'a à se soumettre à une arrestation dont il ignore les fondements »⁶⁰ ; le policier devra donc donner ses motifs d'arrestation au suspect et ce, « dans les plus brefs délais »⁶¹, sauf si des circonstances particulières l'en empêchent. S'il ne le fait pas, l'individu pourra légalement résister à son arrestation, car la force utilisée par les policiers constituera une « attaque » tel que l'entendent les dispositions sur la légitime défense⁶². Pour qu'une arrestation sans mandat soit valide, il faut que le policier « ait subjectivement des motifs raisonnables et probables d'y procéder. Ces motifs doivent en outre être objectivement justifiables, c'est-à-dire qu'une personne raisonnable se trouvant à la place de l'agent de police doit pouvoir conclure qu'il y ait effectivement des motifs raisonnables et probables de procéder à l'arrestation »⁶³. Enfin, soulignons brièvement que le policier possède le pouvoir d'effectuer une fouille incidente à l'arrestation à des fins de sécurité⁶⁴, dans le but de découvrir des éléments de preuve ou

56. L.R.C. (1985), c. I-21.

57. Pour de plus amples détails sur la nécessité d'identifier le suspect, voir *infra*, section 1.2.1.2.

58. Quand le policier a des motifs raisonnables de soupçonner que la détention sous garde est nécessaire afin d'éviter que l'individu commette un acte terroriste, le policier pourra procéder à l'arrestation sans mandat si les conditions de l'art. 83.3 C.cr. sont remplies.

59. À propos de la nécessité d'arrêter un suspect en raison des circonstances opérationnelles, notamment en cas de manifestation massive, voir Patrick LAVALLÉE, *Les pouvoirs et devoirs de la police*, préc., note 40, p. 44 et 45 et Jackie ESMONDE, « The Policing of Dissent – The Use of Breach of the Peace Arrests at Political Demonstrations », *University of Toronto Journal of Law & Equality*, 2002, 1 J.L. & Equality 246.

60. Patrick LAVALLÉE, *Les pouvoirs et devoirs de la police*, préc., note 40, p. 42.

61. Tel que le prévoit la Charte canadienne à son article 10a).

62. Préc., note 54.

63. *R. c. Storrey*, [1990] 1 R.C.S. 241, p. 250. Voir également *R. c. Nasogaluak*, [2010] 1 R.C.S. 206, par. 34 et *R. c. Beaupré*, C.A.Q. n° 200-10-000487-970, J.E. 2001-17, par. 20 à 22.

64. Le droit d'effectuer une fouille par palpation d'un individu à des fins de sécurité n'inclut pas le droit de saisir un objet mou se trouvant sur lui ; *R. c. Mann*, [2004] 3 R.C.S. 59, par. 49 et 50.

d'empêcher la destruction d'éléments de preuve matérielle⁶⁵ s'il a des motifs raisonnables et probables de croire que la fouille est nécessaire à l'un de ces trois objectifs⁶⁶. Le policier pourra donc utiliser la force nécessaire pour effectuer cette fouille⁶⁷.

Il convient d'admettre que l'application concrète des motifs d'arrestation sans mandat n'est pas toujours aisée et la brève description que nous venons de faire doit s'accompagner de la lecture d'ouvrages spécialisés en la matière⁶⁸ et d'une analyse au cas par cas, car d'autres critères et exceptions jurisprudentiels et légaux s'appliquent, notamment le temps écoulé entre la perpétration de l'infraction et l'arrestation⁶⁹, l'arrestation dans une maison d'habitation⁷⁰, etc. De plus, certains des motifs d'arrestation sans mandat peuvent parfois s'appliquer différemment selon l'infraction reprochée.

1.2.1.2 *Le refus du suspect de s'identifier*

Il va de soi que le devoir du policier d'administrer la loi va de pair avec son pouvoir de délivrer un constat d'infraction. Lorsque les agents de la paix n'ont aucun motif pour exiger qu'un individu s'identifie et qu'ils procèdent à son arrestation, ils n'agissent pas dans l'exécution de leurs fonctions⁷¹. Le *Code de procédure pénale* prévoit à son article 72 que le policier peut exiger d'un individu qu'il s'identifie s'il a des motifs raisonnables de croire qu'il a commis une infraction. Si cette personne refuse de s'identifier (ou

65. *R. c. Caslake*, [1998] 1 R.C.S. 51, par. 19 à 21.

66. *R. c. Mann*, préc., note 64, par. 37 et 45.

67. *R. c. Clayton*, [2007] 2 R.C.S. 725. Le régime juridique des fouilles, perquisitions et saisies comporte diverses spécificités, ce qui nous amène à renvoyer le lecteur vers les ouvrages spécialisés en la matière, tels celui de Martin VAUCLAIR, « Fouilles et perquisitions: en saisir l'ampleur », *Barreau du Québec*, en ligne : <<http://www.barreau.qc.ca/pdf/congres/2003/Vauclair.pdf>> (consulté le 18 mars 2014).

68. Entre autres, voir Pierre BÉLIVEAU et Martin VAUCLAIR, *Traité général de preuve et de procédure pénales*, 20^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2013, par. 1658 à 1690. Nous suggérons aussi la lecture de deux décisions importantes de la Cour suprême sur le pouvoir d'arrestation sans mandat par l'agent de la paix, soit *R. c. Biron*, préc., note 21 et *Roberge c. La Reine*, préc., note 45.

69. À ce sujet, voir Maurice GABIAS (dir.), Ann-Mary BEAUCHEMIN, Dany BÉGIN et al., *Droit pénal général et pouvoirs policiers*, 6^e éd., Groupe Modulo, Montréal, 2010, p. 21.

70. *Code criminel*, art. 504, 508.1 et 529 et s. Pour une excellente revue des règles régissant l'arrestation dans une maison d'habitation, voir *Feeney c. La Reine*, [1997] 2 R.C.S. 13.

71. *R. c. Lussier*, REJB 1997-00002 (C.S.).

de donner d'autres renseignements permettant de vérifier son identité, lorsqu'il doute de la véracité des renseignements obtenus)⁷², le policier pourra procéder sans mandat à son arrestation et utiliser la force nécessaire⁷³. La Cour du Québec a cependant jeté un bémol à ce pouvoir du policier : l'arrestation sans mandat d'un individu refusant de s'identifier à qui l'on veut émettre un constat d'infraction peut parfois s'avérer une « mesure inappropriée et disproportionnée »⁷⁴, notamment lorsque l'infraction se rattache au propriétaire d'un véhicule. Par exemple, pour délivrer un constat d'infraction pour bruit excessif du tuyau d'échappement d'un véhicule automobile, le policier peut consulter le C.R.P.Q.⁷⁵ afin d'obtenir tous les renseignements lui permettant d'envoyer le constat par la poste. Pour s'éviter bien des désagréments, le policier devrait ainsi s'abstenir, sauf circonstances particulières, de procéder à l'arrestation sans mandat d'un individu refusant de s'identifier lorsque le C.R.P.Q. lui donne tous les renseignements nécessaires à la délivrance du constat d'infraction par la poste, notamment lorsque ledit constat doit être émis au propriétaire du bien visé. Dans la même veine, la Cour suprême a offert une mise en garde à l'effet que « [lorsqu'une] tentative d'arrestation peut entraîner une confrontation plus grave que l'infraction initiale, [l'arrestation] devrait être faite avec précaution »⁷⁶. En conclusion, étant donné qu'une arrestation musclée peut causer d'importantes lésions corporelles et psychiques, le policier doit toujours tenir compte de la gravité de l'infraction avant de procéder à une arrestation sans mandat afin de ne pas causer un préjudice disproportionné par rapport à l'infraction initiale⁷⁷.

72. « L'agent qui a des motifs raisonnables de croire que cette personne ne lui a pas déclaré ses véritables nom et adresse peut, en outre, exiger qu'elle lui fournisse des renseignements permettant d'en confirmer l'exactitude » (art. 72 al. 2 C.p.p.). À ce propos, voir *Guité et al. c. Procureur général du Québec*, C.A.Q. 19-03-06, n° 200-09-005020-042, par. 30 et *R. c. Côté*, préc., note 18, par. 295.

73. Id., art. 74 et 82 et *Commissaire à la déontologie policière c. Drolet*, 2006 CanLII 81625 (QC CDP).

74. *R. c. Côté*, préc., note 18, par. 172.

75. Centre de renseignements policiers du Québec. À noter que le C.R.P.Q. est lié au Centre d'information de la police canadienne (C.I.P.C.) qui contient de nombreux renseignements à caractère criminel.

76. *R. c. Asante-Mensah*, préc., note 18, par. 71. Au même effet, voir *R. c. Côté*, préc., note 18, par. 388.

77. Voir Gilles LÉTOURNEAU et Marie-André MIQUELON, *Guide d'information sur l'arrestation, la perquisition, l'inspection et la confiscation*, 3^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2010, p. 35. Nous invitons le lecteur à consulter les articles 72 à 75, 79 et 82 du *Code de procédure pénale*.

1.2.1.3 La détention pour fin d'enquête

Le policier qui a des motifs raisonnables de soupçonner qu'un individu est impliqué dans un crime peut, s'il l'estime nécessaire, le détenir momentanément afin d'enquêter⁷⁸. Si ce policier croit pour des motifs raisonnables que sa sécurité ou celle d'autrui est menacée, il pourra effectuer une fouille par palpation préventive sur cet individu et ainsi, utiliser la force qui est nécessaire⁷⁹. La détention pour fin d'enquête doit se faire en respect des droits contre la détention, l'arrestation et l'emprisonnement arbitraires prévus aux articles 9 et 10 de la Charte canadienne. En effet, la Cour suprême nous a enseigné que ces droits « n'entrent pas en jeu lorsque le retard [dû à l'interrogatoire du policier envers le citoyen] n'implique pas l'application de contraintes physiques ou psychologiques appréciables »⁸⁰. Il y a détention et par le fait même, application des articles 9 et 10 de la Charte canadienne, lorsqu'une personne « se soumet ou acquiesce à la privation de liberté et croit raisonnablement qu'elle n'a pas le choix d'agir autrement ». Enfin, outre la fouille par palpation préventive et les mesures prises pour assurer sa sécurité, le policier ne peut pas, « sous réserve de dispositions précises qui s'appliquent exceptionnellement », utiliser une force « appréciable » afin de continuer son enquête, car l'individu ainsi détenu est libre de quitter les lieux⁸¹.

1.2.2 Le policier a agi sous la foi de motifs raisonnables

La deuxième condition que doit remplir le policier afin de justifier son emploi de la force est celle d'avoir eu des motifs raisonnables et probables d'exercer son pouvoir⁸². Ce test est composé

78. *R. c. Mann*, préc., note 64, par. 45.

79. *Id.*

80. *Id.*, par. 19, cité dans *R. c. Grant*, [2009] 2 R.C.S. 353, par. 26.

81. *Dedman c. La Reine*, préc., note 35, par. 19 et *R. c. Grant*, préc., note 80, par. 37 s'appuyant sur *R. c. Grafe*, (1987), 36 C.C.C. (3d) 267 (C.A. Ont.). Le terme « appréciable » utilisé par la CSC dans l'arrêt *Mann* (par. 19) permet au policier d'utiliser une force minime telle celle de mettre la main sur l'épaule d'une personne détenue afin de la diriger vers l'arrière du véhicule dans le but de procéder à la fouille de ce véhicule (*Clayton*, par. 10). Enfin, ajoutons qu'un individu est libre de quitter les lieux, mais s'il le fait en fuyant, cela pourrait confirmer les soupçons du policier et ainsi, permettre à ce dernier de se lancer à la poursuite du suspect et procéder à son arrestation ; voir *R. c. Wainwright*, 1999 CanLII 957 (ON CA).

82. *Crampton v. Walton*, préc., note 18, par. 6.

de deux étapes⁸³ : le policier doit avoir des motifs raisonnables et probables de croire qu'il doit appliquer la force (norme subjective)⁸⁴ et ensuite, une personne raisonnable placée dans les mêmes circonstances que le policier devrait croire qu'il devait agir ainsi (norme objective modifiée)⁸⁵.

Une certaine controverse existe sur la pertinence de la bonne foi du policier. D'un côté, certains affirment que le policier pourra, dans la majorité des cas, bénéficier de l'immunité de l'article 25 lorsqu'il commet une erreur de bonne foi⁸⁶ et que cela n'entraînera pas automatiquement sa responsabilité criminelle ou une faute déontologique de sa part⁸⁷. Par exemple, l'article 25(2) C.cr. prévoit explicitement que « lorsqu'une personne est, par la loi, obligée ou autorisée à exécuter un acte judiciaire ou une sentence, cette personne ou toute personne qui l'assiste est, si elle agit de bonne foi, fondée à exécuter l'acte judiciaire ou la sentence, même si ceux-ci sont défectueux ou ont été délivrés sans juridiction ou au-delà de la juridiction » (nos soulignés). D'un autre côté, certains jugements ont affirmé que la bonne foi n'est pas pertinente pour décider de l'application ou non de l'article 25⁸⁸.

De notre part, nous souscrivons à l'opinion que la bonne foi n'est pas pertinente, sauf pour l'application de l'article 25(2) C.cr., car elle s'insère déjà implicitement dans le test préétabli en deux étapes (normes subjective et objective modifiée). Ainsi, nous croyons qu'un policier qui commet une erreur de bonne foi remplira la première étape (norme subjective), à savoir qu'il a des motifs raisonnables et probables d'exercer son pouvoir. À la deuxième étape du test (norme objective modifiée), si son erreur n'est pas grossière ou manifestement déraisonnable, nous pourrions établir qu'une personne raisonnable placée dans les mêmes circonstances aurait pu conclure qu'il devait agir ainsi. La norme objective

83. *R. c. Storrey*, préc., note 63 et *R. c. Graydon*, (1992) 128 A.R. 101 (Q.B.).

84. *R. c. Bottrell*, préc., note 19.

85. *Crampton v. Walton*, préc., note 18, par. 21. Voir également Sophie BOURQUE, « Les moyens de défense », dans Collection de droit 2013-2014, École du Barreau du Québec, vol. 12, *Droit pénal : infractions, moyens de défense et peine*, 2013, p. 198, en ligne : <http://www.caij.qc.ca/doctrine/collection_de_droit/2013/12/ii/30179/index.html> (consulté le 15 février 2014).

86. Don STUART, *Canadian Criminal Law*, 6^e éd., États-Unis, Carswell, 2011, p. 547.

87. *Commissaire à la déontologie policière c. Corriveau*, préc., note 9, par. 100 et *Commissaire c. Malo et Lavoie*, CDP, C-98-2711-3, 4 avril 2000.

88. *Hudson c. Brantford Polices Services Board*, 2004 ONCA 8594 (CanLII), par. 32.

modifiée ne doit pas, selon nous, occulter le fait que la personne raisonnable commet des erreurs et il convient de rappeler que le policier accusé a droit au bénéfice de tout doute raisonnable⁸⁹. Une application large de l'article 25 est donc essentielle afin de ne pas criminaliser une erreur commise de bonne foi par le policier dans l'exécution de ses fonctions. En résumé, l'erreur commise de bonne foi par le policier ne lui sera pas fatale et ce dernier pourra invoquer l'article 25, à moins qu'il s'agisse d'une erreur grossière. De cette manière, nous protégeons les citoyens de toute atteinte grave à leurs droits constitutionnels, on s'assure que les policiers demeurent « dans le raisonnable » et on ne criminalise pas l'erreur qui, faut-il le rappeler, se distingue substantiellement de la faute entraînant la responsabilité criminelle⁹⁰.

1.2.3 Le policier n'a pas utilisé de force excessive

La troisième et dernière condition afin que trouve application l'article 25 C.cr. est que le policier n'ait pas utilisé de force excessive. Les propos tenus dans cette section s'appliqueront *mutatis mutandis* aux instances déontologiques, car la « force excessive » est l'antonyme légal de la « force nécessaire » qui, rappelons-le, se retrouve dans le libellé des articles 6 par. 1 et 10 par. 6 C.d.p. Bien que le législateur fédéral ait utilisé l'expression « force nécessaire »⁹¹, les tribunaux criminels ont opté par la négative afin d'étu-

89. *Roberge c. La Reine*, préc., note 45, p. 327. En déontologie, « le Comité n'a pas à décider si les agents [...] ont agi de mauvaise foi ou s'ils ont voulu causer intentionnellement une blessure [...]. En matière de déontologie, le Comité doit analyser si la conduite des policiers était raisonnable dans les circonstances » ; *Commis-saire à la déontologie policière c. Langlais*, 2000 CanLII 22220 (QC CDP), p. 7. Voir également *infra*, section 1.2.3.

90. À noter que la bonne foi du policier demeure pertinente lors de l'application du test en matière d'exclusion de la preuve obtenue en violation de la *Charte canadienne* en vertu de l'art. 24(2) ; *R. c. Grant*, préc., note 80, par. 32. Ainsi, une preuve obtenue par l'usage d'une force excessive pourrait, si les critères de l'art. 24(2) sont rencontrés, mener à l'exclusion de cette preuve (dans le procès criminel d'un individu lésé par le policier). De plus, toute inconduite policière peut mener à une réduction de la peine (voir Pierre BÉLIVEAU et Martin VAUCLAIR, *Traité général de preuve et de procédure pénales*, préc. note 68, par. 226 *in fine* et *R. c. Nasogaluak*, préc., note 63, par. 4, 47 et 65). Enfin, dans des circonstances exceptionnelles, l'usage d'une force excessive pourrait mener à un arrêt des procédures ; voir G. GARTON, « Article 24(1) – Recours en cas d'atteinte aux droits et libertés », dans *Recueil de décisions relatives à la Charte canadienne des droits et libertés*, Justice Canada, 2005, en ligne : <http://www.canlii.org/fr/doctrine/recueilCharte/s-24-1.html#_Toc341174383> (consulté le 12 mars 2014).

91. *Code criminel*, art. 25(1) *in fine*.

dier l'applicabilité de l'immunité en choisissant les termes « n'a pas utilisé de force excessive ». L'emploi de la négative est grandement influencé par le fait que la décision d'employer la force doit plus souvent qu'autrement se prendre très rapidement. La nécessité pour le poursuivant de prouver la *mens rea* de l'infraction est alors beaucoup plus difficile en raison du caractère hâtif de la décision prise par le policier, ayant comme conséquence d'amenuiser l'intentionnalité de l'acte. Ce choix de la négative est, selon nous, une affirmation de l'existence d'une déférence policière, c'est-à-dire que les décideurs accordent une certaine marge de manœuvre aux policiers dans ce que constitue la « force nécessaire ».

Dans cette section, nous verrons quels sont les critères d'évaluation à considérer dans l'étude de la force raisonnable et la norme de contrôle applicable. Ensuite, nous étudierons les impacts de la déférence policière dans l'analyse légale de la force employée et enfin, nous expliquerons toute l'importance que revêt, pour le policier, la prise de notes détaillées de l'événement.

1.2.3.1 *Les critères d'évaluation de la « force raisonnable » et la norme de contrôle*

D'entrée de jeu, soulignons qu'« il n'est pas possible d'établir une règle rigide et stricte, à l'exception du caractère raisonnable »⁹² pour déterminer le caractère légal de l'emploi de la force⁹³. Évitant de laisser cette analyse à l'arbitraire, la Cour suprême nous a aiguillé vers quelques lignes directrices. Dans l'arrêt *Cluett*, la Cour conclut que « les agents de police sont autorisés à employer la force qui est raisonnable, convenable et nécessaire pour exercer leurs fonctions, à la condition que ce soit sans violence inutile ou gratuite. Ce qui est raisonnable et convenable dans des circons-

92. *Cluett c. La Reine*, préc., note 53, par. 10. Ce passage de la Cour suprême est pratiquement cité dans toutes les décisions criminelles et déontologiques concernant l'usage de la force par un policier; elle fait donc autorité.

93. FORCE SCIENCE INSTITUTE, « Défense contre les armes blanches : la règle de 6,40 m est-elle toujours valable ? L'a-t-elle toujours été ? », *Force Science Institute*, dans Collection Force science news, n° 17 et 18, 2005, en ligne : <http://cis.enpq.qc.ca/GEIDFile/FSN_17_18_fusion.pdf?Archive=193368091154&File=FSN1718_Regle640m_pdf> (consulté le 3 février 2014). « Ask a dozen people when “reasonable and necessary force” to effect an arrest or detention becomes “excessive force” and you will likely get a dozen different answers » ; Ken WAL-LENTINE, « How to ensure use of force is “reasonable and necessary” and avoid claims of excessive force », préc., note 3.

tances particulières et dans une affaire particulière, est fonction de toutes les circonstances »⁹⁴ (nos soulignés). Effectivement, un geste de violence inutile ou gratuite ne sera pas considéré « nécessaire », car il doit être exempt de malice ou de vengeance⁹⁵. Les trois critères cumulatifs de la Cour suprême, soit le caractère « raisonnable », « convenable » et « nécessaire » de la force employée dans les circonstances a ainsi fait jurisprudence, tant dans les instances criminelles que déontologiques.

Au fil du temps, la jurisprudence a tenté de définir les termes « raisonnable », « convenable » et « nécessaire ». Or, il est reconnu que « l'emploi de la force nécessaire [...] correspond à la résistance du plaignant »⁹⁶, ce qui laisse supposer l'existence du critère de la proportionnalité. Au même effet, selon le droit américain, « le niveau de résistance du sujet déterminera toujours l'action que devra prendre le policier, [d'où la nécessité de] déterminer précisément dans quel type de comportement se classe celui du sujet »⁹⁷. Ainsi, la Cour suprême précisa en 2010 que « le degré de force permis demeure circonscrit par les principes de proportionnalité, de nécessité et de raisonabilité »⁹⁸.

En ce sens, il convient de remarquer que les différents modèles d'emploi de la force adoptés par les corps policiers établissent un lien étroit entre la résistance du sujet et le comportement que doit adopter le policier. Par exemple, le *Modèle d'intervention pour la gestion d'incidents* stipule que « pour déterminer si les mesures prises par un agent sont raisonnables, il faut d'abord tenir compte des interactions complexes entre les éléments de la situation, le

94. *Id.*

95. Sylvain ST-AMOUR et Martin BLANCHETTE, *Éthique et usage de la force – Légimité dérangeante*, préc., note 4, p. 33. Voir cependant nos propos sur la mauvaise foi ; *supra*, section 1.2.2.

96. *Commissaire à la déontologie policière c. Viau*, 2010 CanLII 12845 (QC CDP), par. 33. Au même effet, voir *Commissaire à la déontologie policière c. Casey*, préc., note 13, par. 117. À noter que lorsque la citation est déposée devant le Comité, le « plaignant » devient le Commissaire (art. 215 *Loi sur la police*), le plaignant d'origine (i.e. celui qui s'est senti lésé par le policier) n'étant qu'un témoin (art. 219 *Loi sur la police*).

97. Chuck JOYNER, « A proper use of force report: protection against liability », *Survival Sciences*, préc., note 5 (notre traduction des termes « The subject's level of resistance will always determine the officer's response [...] The resistance must be precisely defined »).

98. *R. c. Nasogaluak*, préc., note 63, par. 32.

comportement du sujet, les perceptions de l'agent et les considérations tactiques »⁹⁹. Qu'en est-il concrètement ?

Après avoir étudié la définition du mot « nécessaire » dans deux dictionnaires, le Comité mentionna que la force employée par le policier dans le cas en l'espèce « n'était pas essentielle, primordiale et indispensable »¹⁰⁰. Nous sommes d'avis que cette interprétation littéraire va plus loin que ce que la loi exige, car on omet de tenir compte que le policier, dans le feu de l'action, n'a pas à choisir l'option parfaite d'emploi de la force¹⁰¹. En ce qui a trait au caractère « convenable » du degré de force utilisé, celui-ci semble exiger du policier qu'il démontre qu'une « technique de moindre force était soit insuffisante, inefficace, inappropriée ou inapplicable »¹⁰². Concernant les conséquences physiques de l'emploi de la force sur le suspect, le jugement *Gabriel* est d'avis que les blessures subies par le suspect ne doivent pas être prises en considération, concluant que « l'appréciation du caractère raisonnable ou non de la force employée ne dépendra donc pas du résultat de l'acte de légitime défense mais plutôt de l'intention de l'agent »¹⁰³. Enfin, la jurisprudence déontologique est à l'effet que pour conclure à un abus d'autorité résultant de l'emploi de la force, le geste reproché doit être « non seulement erroné, mais répréhensible, mauvais, immodéré, excessif »¹⁰⁴.

99. GENDARMERIE ROYALE DU CANADA, « Le modèle d'intervention pour la gestion d'incidents », *Gendarmerie royale du Canada*, 2009, en ligne : <<http://www.rcmp-grc.gc.ca/ccaps-spcca/cew-ai/imim-migi-fra.htm>> (consulté le 6 février 2014). Similairement, voir ÉCOLE NATIONALE DE POLICE DU QUÉBEC, « Le modèle national de l'emploi de la force – Document explicatif », *Centre de savoirs disciplinaires*, Nicolet, 2013, p. 13, en ligne : <http://cis.enpq.qc.ca/GEIDFile/ModeleNationalemplForce.pdf?Archive=194052491223&File=ModeleNationalEmploiForce_pdf> (consulté le 2 février 2014).
100. *Commissaire à la déontologie policière c. Langlais*, préc., note 89, p. 6 et 7.
101. *Infra*, section 1.2.3.2.
102. Sylvain ST-AMOUR et Martin BLANCHETTE, *Éthique et usage de la force – Légitimité dérangeante*, préc., note 4, p. 33. Ces quatre critères sont communément appelés « les quatre I ».
103. *R. c. Gabriel*, [2001] J.Q. (Quicklaw) n° 2921 (C.Q.), par. 11, citation reprise dans *R. c. Bélisle*, 250-03-002127-079, 30 novembre 2007, 16. Le par. 10 de *Gabriel* mentionnait qu'« il ne convient pas de s'attarder aux conséquences qu'a eu l'utilisation de la force en légitime défense mais plutôt au degré de force qui a été employé. C'est précisément ce qu'a décidé la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'affaire *Kandola*. La Cour d'appel du Québec a décidé de même dans l'affaire *Gilbert* en soulignant que le juge de première instance avait erré en droit en considérant les blessures subies dans le seul but d'en tirer des conséquences juridiques quant à la détermination de la force employée ».
104. *Lévesque c. Québec (Commissaire à la déontologie policière)*, 2001 CanLII 21257 (QC CQ), par. 89 (voir également le par. 91).

Selon les tribunaux, la force raisonnable, convenable et nécessaire doit être évaluée selon la norme objective modifiée¹⁰⁵. Dans son analyse, le décideur se demandera ce qu'aurait fait un « [policiier] raisonnable, dûment formé, et prudent [...] dans une situation similaire »¹⁰⁶. On parle ici d'un « policier » et non d'une « personne » raisonnable, car le policier est « adéquatement adapté à la résistance et aux difficultés rencontrées »¹⁰⁷. Ce faisant, on respecte la règle du précédent, car « la majorité des décisions de justice visant des professionnels appliquent la norme du professionnel raisonnablement compétent placé dans la même situation »¹⁰⁸. La production en preuve du comportement d'un policier raisonnable se fait par l'entremise d'un témoignage d'expert à la cour¹⁰⁹.

Dans *R. c. Gosset*¹¹⁰, le ministère public a tenté en vain d'introduire en preuve les directives des corps de police afin que celles-ci servent à évaluer la raisonnable du comportement. La Cour d'appel du Québec a confirmé le refus du juge de première instance de permettre la production de cette preuve, car conclure autrement « pourrait peut-être conclure à une définition de la négligence, variant d'un corps de police à un autre, alors qu'elle doit être uniforme, selon le *Code criminel* applicable partout au Canada »¹¹¹. Selon la Cour, ces directives n'ont aucune pertinence quant à l'évaluation de la conduite de l'accusé, sauf par rapport à sa responsabilité disciplinaire¹¹². La Cour d'appel a cependant ouvert la porte à la possibilité d'introduire en preuve le témoignage des auteurs de ces directives¹¹³ qui peut, selon nous, s'avérer fort

105. Par exemple, voir *Crampton v. Walton*, préc., note 18, par. 42 et *R. c. Gabriel*, préc., note 103, par. 16.

106. GENDARMERIE ROYALE DU CANADA, « Le modèle d'intervention pour la gestion d'incidents », préc., note 99.

107. *Commissaire à la déontologie policière c. Blanchet*, 2000 CanLII 22225 (QC CDP), p. 11.

108. *Hill c. Commission des services policiers de la municipalité régionale de Hamilton-Wentworth*, [2007] 3 R.C.S. 129, par. 72. Dans le même paragraphe, la Cour suprême ajoute : « La Cour d'appel du Québec a confirmé à deux reprises l'application de la norme du policier normalement compétent placé dans les mêmes circonstances (*Jauvin c. Procureur général du Québec*, [2004] R.R.A. 37, par. 59 ; *Lacombe c. André*, [2003] R.J.Q. 720, par. 41) ».

109. Par exemple, voir *R. c. Larouche*, 2002 QCCQ 4166 (CanLII), par. 6.

110. 1991 QCCA 2863 (CanLII), confirmé dans *R. c. Gosset*, [1993] 3 R.C.S. 76.

111. *R. c. Gosset* (CAQ), préc., note 110, p. 27.

112. *Id.*, p. 27 et 28. Par « disciplinaire », il faut comprendre qu'il s'agit des sanctions internes à chaque corps de police (« discipline interne »), régies par des directives internes.

113. *Id.*, p. 28.

pertinent. En effet, ces directives sont écrites par des policiers d'expérience et des avocats qui s'appuient sur la loi et la jurisprudence en vigueur, de même que sur les meilleures pratiques policières à respecter, tout en prenant en considération les particularités (géographiques, sociales, économiques, culturelles, etc.) du corps de police en question. Elles constituent donc, à juste titre, un excellent outil de référence et contribuent à l'uniformisation de la conduite des policiers.

1.2.3.2 *La déférence policière*

Est bien loin de la réalité policière celui qui peut user de tout le temps et de la tranquillité qu'il désire afin de prendre une décision. Après avoir visionné de nombreux vidéos de policiers ayant essuyé des tirs d'armes à feu, Bill Lewinsky, fondateur et directeur exécutif de la *Force Science Institute*, fait remarquer que la menace peut se dérouler en moins d'un quart de seconde, ce qui est plus rapide que la réaction humaine¹¹⁴. La désinformation causée par la culture cinématographique hollywoodienne fait en sorte que la population exige des policiers qu'ils prennent la décision parfaite qui, en réalité, n'existe pas¹¹⁵.

Il ne fait aucun doute que non seulement l'urgence, mais également le danger caractérisent les fonctions de policier, ce qui exige du juge qu'il prenne ces éléments en considération dans son évaluation de la force employée par le policier¹¹⁶. En effet, bien que la grande majorité des travailleurs québécois puisse se prévaloir de leur droit de refuser d'effectuer un travail dangereux¹¹⁷, le policier ne peut que rarement recourir à cette faculté, car on « ne peut

114. LANE COUNTY ATTORNEY AND LAW ENFORCEMENT AGENCIES, « Hollywood vs Reality: Officer-Involved Shootings », accessible via FORCE SCIENCE INSTITUTE, « Une nouvelle vidéo combat les mythes populaires associés aux fusillades impliquant la police », préc., note 3, hyperlien de la p. 1.

115. *Id.*, commentaires du docteur Alexis Artwohl. Pour en savoir plus, consulter le <<http://www.alexisartwohl.com>>.

116. Comme le rappelle la Cour suprême au par. 16 de l'arrêt *Gill succession c. Canadien Pacific Ltée*, [1973] R.C.S. 654 : « C'est un lieu commun que de considérer que le conducteur qui se trouve devant une situation soudaine de danger dont il n'est pas responsable, ne peut être tenu de se conformer à une ligne de conduite qu'un juge siégeant dans le calme d'une salle d'audience pourrait, plus tard, estimer comme étant la meilleure ». Voir également *R. c. Nasogaluak*, préc., note 63, par. 35 et *Cloutier c. Langlois*, [1990] 1 R.C.S. 158, p. 185 citant *Leigh v. Cole*, (1853), 6 Cox C.C. 329, p. 330 et 331.

117. *Loi sur la santé et la sécurité du travail*, L.R.Q., chapitre S-2.1, art. 12.

[..] exercer ce droit si le refus d'exécuter ce travail met en péril immédiat la vie, la santé, la sécurité ou l'intégrité physique d'une autre personne ou si les conditions d'exécution de ce travail sont normales dans le genre de travail qu'il exerce »¹¹⁸. Néanmoins, le policier peut parfois se protéger en effectuant un repositionnement tactique (ex : rechercher la protection d'une barricade, attendre du renfort, faire appel à des escouades spécialisées, etc.)¹¹⁹, mais la situation ne s'y prête pas toujours.

Tel qu'exprimé par la Cour suprême, « une certaine latitude est laissée aux policiers qui ont l'obligation d'agir et qui doivent souvent réagir à des situations difficiles et urgentes »¹²⁰. Tant par rapport à l'immunité de l'article 25 C.cr. que de la légitime défense, les tribunaux ont reconnu le « principe qu'on ne peut pas s'attendre à ce qu'un accusé faisant face à un couteau menaçant [...] apprécie avec exactitude la mesure de la force à y opposer »¹²¹. C'est ainsi que les tribunaux répètent sans cesse qu'il faut s'abstenir de juger les actes des policiers selon une norme de perfection, d'exactitude, de justesse ou de précision absolue et qu'une approche tolérante est de mise en raison du travail exigeant et dangereux qu'ils doivent accomplir¹²². Cette tolérance doit être proportionnelle au degré d'urgence, c'est-à-dire que plus grande sera l'urgence, plus grande sera la déférence quant au degré de force employé¹²³. Effectivement, la combinaison de l'urgence et du danger a une influence négative sur le processus cognitif menant à la prise de décision.

118. *Id.*, art. 13.

119. ÉCOLE NATIONALE DE POLICE DU QUÉBEC, « Le modèle national de l'emploi de la force – Document explicatif », préc., note 99, p. 12.

120. *R. c. Asante-Mensah*, préc., note 18, par. 73, s'appuyant sur *Cluett c. La Reine*, préc., note 53, p. 222 ; *R. c. Biron*, préc., note 21, p. 64 (le juge en chef Laskin, dissident) ; *R. c. Bottrell*, préc., note 19, p. 218 ; *Besse c. Thom* (1979), 96 D.L.R. (3d) 657 (C. cté C.-B.), p. 667, infirmé pour d'autres motifs dans 1979 BCCA 633 (CanLII).

121. *R. c. Hebert*, [1996] 2 R.C.S. 272, par. 18 renvoyant à *R. c. Baxter* (1975), 27 C.C.C. (2d) 96 (C.A. Ont.).

122. *R. c. Nasogaluak*, préc., note 63, par. 35 ; *Crampton v. Walton*, préc., note 18, par. 45 ; *R. c. Chase*, (1997) 34 W.C.B. (2d) 363 ; *R. c. D'Amore*, [2000] S.J. (Quicklaw) n° 562, par. 72 ; *R. c. Côté*, préc., note 18, par. 86 et 209 ; *R. v. Ogal*, [1928] 2 W.W.R. 465 (Alta.S.C.A.D.) ; *R. v. Preston* (1953), 106 C.C.C. 135 (B.C.C.A.), p. 140, *R. v. Antley*, [1964] 1 O.R. 545 (Ont. C.A.) ; *R. v. Baxter* (1975), 27 C.C.C. (2d) 96 (Ont. C.A.), p. 111, *R. v. Kandola*, 80 C.C.C. (3d) 481, p. 489 ; *R. c. Trottier*, préc., note 32, par. 56 ; *Friolet c. R.*, [2006] J.Q. (Quicklaw) n° 5161 (C.A.), par. 19 et *Commissaire à la déontologie policière c. Bergeron*, préc., note 24, par. 100.

123. Voir notamment *R. c. Morris*, (1981) 61 C.C.C. (2d) 167 et *R. c. Fillion*, [2007] J.Q. (Quicklaw) n° 12437, par. 24 (C.Q.).

Force est de conclure que l'élément mental de l'infraction (*mens rea*), devant s'apprécier au moment où les gestes ont été commis, peut ainsi être amenuisée par la nécessité de réagir rapidement, donc de former une intention mûrement réfléchie.

La déférence policière n'est pas exclusive au Canada. La Cour suprême des États-Unis a affirmé que des gestes posés par des policiers, bien que pouvant être qualifiés de non nécessaires par un juge en chambre, doivent être évalués avec souplesse, parce qu'ils sont parfois effectués très rapidement dans des circonstances tendues et incertaines¹²⁴. Cela nous amène à conclure que, dans certains cas, l'emploi d'une force excessive pourrait être excusée par l'urgence et le danger de la situation, car ceux-ci « [exigent] des décisions parfois instinctives ou qui n'ont pas le temps d'être longuement ou mûrement réfléchies »¹²⁵. En conclusion, nous croyons que la nécessité d'intervenir rapidement pour remplir leur mission de maintenir la paix, l'ordre et la sécurité publique, combinée au stress occasionné par le danger et aux stigmates associés à une condamnation criminelle ou déontologique commandent que l'on accorde une déférence quant au degré de force employée et que l'on excuse les erreurs de perception commises de bonne foi par le policier.

1.2.3.3 *La nécessité de la prise de notes détaillées de l'événement par le policier*

Pour faire la démonstration que la force n'était pas excessive, le policier devra expliquer toutes les circonstances particulières qu'il a dû prendre en considération dans sa décision d'employer le degré de force qu'il jugeait nécessaire¹²⁶. Ces circonstances peuvent notamment inclure la présence de tiers ou d'armes potentielles, la nature de l'appel logé au 911, l'état d'intoxication du suspect, le nombre de policiers et de suspects impliqués¹²⁷, le caractère

124. *Graham v. Connor*, 490 US 383 (1989), p. 396 et 397. À ce propos, consulter Ken WALLENTINE, « How to ensure use of force is "reasonable and necessary" and avoid claims of excessive force », préc., note 3.

125. Gisèle CÔTÉ-HARPER, Pierre RAINVILLE et Jean TURGEON, *Traité de droit pénal canadien*, 4^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 1195.

126. Voir *R. c. Asante-Mensah*, préc., note 18, par. 75 et *Commissaire à la déontologie policière c. Corriveau*, préc., note 9, par. 62 citant *Leclair et Beaulieu c. Commissaire C.Q.*, Montréal, 500-02-005702-936, 7 juin 1994.

127. Selon un auteur et policier à la retraite, « il peut parfois s'avérer nécessaire de procéder à une arrestation sans mandat lorsque [...] le nombre de suspects

imprévisible et les capacités physiques du suspect, les armes dont disposent le policier¹²⁸ et le suspect, l'exiguïté des lieux¹²⁹, la vitesse de l'intervention (ou la nécessité d'agir rapidement), le niveau de résistance du suspect, les rapports antérieurs avec le suspect¹³⁰, l'environnement (ex : obscurité, milieu urbain, etc.), les signes d'agression éventuelle (ex : poings fermés, posture agressive), etc.¹³¹. Les considérations tactiques seront également teintées par les caractéristiques personnelles du policier, celles-ci ayant une grande incidence sur sa perception de la situation et sur son évaluation des risques, ce qui orientera différemment son plan d'intervention¹³².

Les considérations susmentionnées ne sont évidemment pas exhaustives. Elles sont parfois très nombreuses, mais nécessaires à la compréhension de la décision prise par le policier, d'où l'importance d'écrire un rapport d'événement (ou rapport d'emploi de la force) étoffé¹³³. Ce rapport dûment rempli est d'autant plus

[commande] au policier de tous les arrêter afin de les conduire au poste de police et d'y effectuer les vérifications nécessaires » ; voir Patrick LAVALLÉE, *Les pouvoirs et devoirs de la police*, préc., note 40, p. 44 et 45.

128. Par exemple, une faible minorité de policiers disposent d'un *Taser* (arme à impulsions électriques).
129. Il sera inapproprié, par exemple, d'utiliser le poivre de Cayenne lorsque le suspect et deux policiers se retrouvent dans un étroit corridor de bloc appartement, car tous pourraient devenir incommodés par le poivre. De plus, l'exiguïté des lieux comme un corridor peut constituer une menace à la sécurité des policiers, ceux-ci n'ayant aucun endroit pour se couvrir, ce qui pourrait nécessiter de sortir l'individu plus rapidement lorsque d'autres personnes présentant une menace potentielle se trouvent à proximité ; *Commissaire à la déontologie policière c. Gélinas*, 2010 CanLII 49441 (QC CDP) et *Commissaire à la déontologie policière c. Viau*, préc., note 96.
130. *Commissaire à la déontologie policière c. Couturier*, 2008 CanLII 38765 (QC CDP).
131. Voir ÉCOLE NATIONALE DE POLICE DU QUÉBEC, « Le modèle national de l'emploi de la force – Document explicatif », préc., note 99, p. 8 à 11 ; GENDARMERIE ROYALE DU CANADA, « Le modèle d'intervention pour la gestion d'incidents », préc., note 99 et *Commissaire à la déontologie policière c. Stante*, 2008 CanLII 40986 (QC CDP), par. 60.
132. « Pour déterminer si les mesures prises par un agent sont raisonnables, il faut d'abord tenir compte des interactions complexes entre les éléments de la situation, le comportement du sujet, les perceptions de l'agent et les considérations tactiques » ; GENDARMERIE ROYALE DU CANADA, « Le modèle d'intervention pour la gestion d'incidents », préc., note 99. Pour en savoir davantage sur ce que constituent les considérations tactiques, voir ÉCOLE NATIONALE DE POLICE DU QUÉBEC, « Le modèle national de l'emploi de la force – Document explicatif », préc., note 99, p. 11 et 12.
133. Chuck JOYNER, « Liability issues in use of force », *PoliceOne*, en ligne : <<http://www.policeone.com/use-of-force/>> (consulté le 4 février 2014) ; Chuck JOYNER,

primordial, car selon certains, « le problème de survie légale qui guette le policier ne se situe pas au niveau de sa prise de décision, mais bien dans sa capacité à motiver efficacement cette dernière »¹³⁴. En effet, il sera plus aisé de comprendre la perception qu'a eue le policier de l'événement lorsqu'il énumère en détails les circonstances de la situation. Par exemple, si le suspect tenait un cellulaire dans sa main, mais qu'en raison de la pénombre le policier croyait qu'il s'agissait d'un couteau, il lui sera primordial de déclarer que l'action s'est déroulée dans la noirceur afin de voir son erreur excusée et lui permettre de bénéficier de la protection de l'article 25. Le rapport d'événement devrait donc contenir tout ce qui a guidé le policier dans sa prise de décision, notamment les facteurs situationnels (ou environnementaux), le comportement du sujet, les considérations tactiques et la perception du policier¹³⁵. Enfin, nous conseillons que la rédaction de ce rapport se fasse de manière contemporaine à la survenance de l'emploi de la force afin d'omettre le moins de détails possible.

« A proper use of force report: protection against liability », *Survival Sciences*, préc., note 5 et GENDARMERIE ROYALE DU CANADA, « Le modèle d'intervention pour la gestion d'incidents », préc., note 99. À noter que suite aux travaux récents du *Sous-comité consultatif permanent en emploi de la force* (constitué de spécialistes en emploi de la force provenant de plusieurs corps de police et de l'E.N.P.Q., de même que de représentants du ministère de la Sécurité publique du Québec), un rapport unique en emploi de la force a vu le jour en 2013. Ce rapport, auquel l'auteur a apporté sa contribution, indique les renseignements pertinents que le policier doit noter suite à une intervention où il a fait usage de la force, sans toutefois supprimer la nécessité d'écrire un rapport adjacent (« narration ») expliquant en détails l'intervention.

134. Sylvain ST-AMOUR et Martin BLANCHETTE, *Éthique et usage de la force – Légitimité dérangeante*, préc., note 4, p. 41. À la page suivante, les auteurs ajoutent : « La pire erreur que peut faire un policier serait donc de tenter de camoufler son erreur plutôt que de tenter d'expliquer ses motivations ».
135. ÉCOLE NATIONALE DE POLICE DU QUÉBEC, « Le modèle national de l'emploi de la force – Document explicatif », préc., note 99, p. 13. Voir la liste non exhaustive de 29 éléments que devrait contenir le rapport d'emploi de la force dans GENDARMERIE ROYALE DU CANADA, « Le modèle d'intervention pour la gestion d'incidents », préc., note 99. Voir également la *Pratique policière 2.1.1 Emploi de la force*, Annexe B, obtenue en vertu de la *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels*.

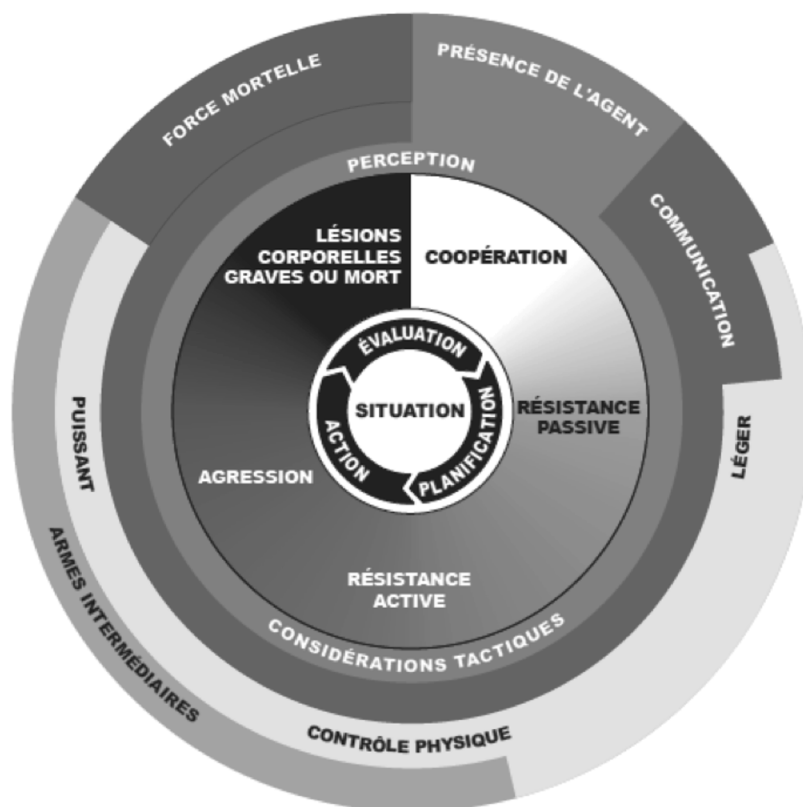
CONCLUSION

Les graves conséquences que peuvent engendrer quelques secondes d'une intervention policière, tant pour les victimes que pour les policiers qui risquent notamment la prison et la destitution¹³⁶, méritent que l'on y accorde la plus grande importance, d'autant plus que l'opinion publique s'enflamme rapidement lorsqu'il est question de « brutalité policière ». Afin de s'éviter des poursuites judiciaires ou déontologiques pour avoir employé une force excessive, le policier doit faire deux choses : en premier lieu, il doit employer une force raisonnable, convenable et nécessaire, c'est-à-dire une force proportionnelle et appropriée. Bien que d'apprendre ce que cela implique concrètement sur le terrain n'est pas une mince affaire, en raison du peu de lignes directrices sur ce que constitue la « force nécessaire », la formation basée sur la jurisprudence et les modèles d'emploi de la force s'avère l'outil le plus efficace. Les décisions du Comité, par leur quantité imposante, offrent une belle opportunité d'apprentissage en ce qu'elles dictent le comportement du policier raisonnable. En second lieu, le policier doit bien documenter son intervention par l'entremise d'un rapport d'événement (et/ou rapport d'emploi de la force) le plus détaillé possible et de façon contemporaine à l'événement. En conclusion, évitons de juger hâtivement et sévèrement la conduite des policiers, car il faut garder à l'esprit que ceux-ci exercent un travail exigeant et dangereux et sans leur pouvoir d'employer la force, la justice serait impuissante.

136. *Loi sur la police*, art. 119 et 230.

ANNEXE I

Le modèle national de l'emploi de la force



L'agent doit continuellement évaluer la situation et agir de manière raisonnable afin d'assurer sa propre sécurité et celle du public

TABLES BIBLIOGRAPHIQUES

TABLE DE LA LÉGISLATION

Textes fédéraux

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

Loi constitutionnelle de 1982, Annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada (R-U), 1982, c. 11

Loi d'interprétation, L.R.C., (1985), ch. I-21

Textes québécois

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

Code des professions, RLRQ, c. C-26

Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels, RLRQ, c. A-2.1

Loi sur la police, RLRQ, c. P-13.1

Code de déontologie des policiers du Québec, chapitre P-13.1, r. 1

Règlement sur le régime des études de l'École nationale de police du Québec, (2002) 28 G.O. II, 4871

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

Loi sur les normes du travail, RLRQ, c. N-1.1

Loi sur le système correctionnel du Québec, RLRQ, c. S-40.1

TABLE DES JUGEMENTS

Jurisprudence québécoise

- Auclair c. R.*, 2006 QCCM 382 (CanLII)
Bisson c. Monty, 2007 QCCQ 3161 (CanLII)
Colas c. Simard, 2010 QCCQ 5759 (CanLII)
Daoust c. Monty, 2002 QCCQ 26872 (CanLII)
Leclair et Beaulieu c. Côté, [1994] n° AZ-94039036 (C.Q.)
Lévesque c. Québec (Commissaire à la déontologie policière), 2001 QCCQ 21257 (CanLII)
R. c. Beaupré, C.A.Q. n° 200-10-000487-970, J.E. 2001-17
R. c. Boucher, 1994 QCCA 5942 (CanLII)
R. c. Cavaliere, 2008 QCCQ 4011 (CanLII)
R. c. Côté, 2007 QCCQ 6700 (CanLII)
R. c. Fillion, 2011 QCCS 774 (CanLII)
R. c. Gabriel, [2001] J.Q. (Quicklaw) no 2921 (C.Q.)
R. c. Giroux, 2009 QCCQ 5396 (CanLII)
R. c. Gosset, 1991 QCCA 2863 (CanLII)
R. c. Healy, 2007 QCCS 1546 (CanLII)
R. c. Larouche, 2002 QCCQ 4166 (CanLII)
R. c. Lauzon, 2002 QCCQ 21628 (CanLII)
R. c. Trottier, 2006 QCCQ 2956 (CanLII)
Simard c. Bournival, 2011 QCCQ 1205 (CanLII)
Tremblay c. Lapointe, 2004 QCCS 13266 (CanLII)

Décisions du Comité de déontologie policière

- Commissaire à la déontologie policière c. Allard*, 2002 CanLII 49282 (QC CDP)
Commissaire à la déontologie policière c. Amaral, 2006 CanLII 81676 (QC CDP)

Commissaire à la déontologie policière c. Arruda, 2004 CanLII 59922 (QC CDP)

Commissaire à la déontologie policière c. Bergeron, 2007 CanLII 82498 (QC CDP)

Commissaire à la déontologie policière c. Besner, 2013 QCCDP 40 (CanLII)

Commissaire à la déontologie policière c. Blanchet, 2000 CanLII 22225 (QC CDP)

Commissaire à la déontologie policière c. Caron, 2002 CanLII 49283 (QC CDP)

Commissaire à la déontologie policière c. Casey, 2004 CanLII 59929 (QC CDP)

Commissaire à la déontologie policière c. Chauvette, 2003 CanLII 57335 (QC CDP)

Commissaire à la déontologie policière c. Ciancio, 2012 CanLII 39 (QC CDP)

Commissaire à la déontologie policière c. Comeau, 2000 CanLII 22173 (QC CDP)

Commissaire à la déontologie policière c. Corriveau, 2003 CanLII 57295 (QC CDP)

Commissaire à la déontologie policière c. Couturier, 2008 CanLII 38765 (QC CDP)

Commissaire à la déontologie policière c. Drolet, 2006 CanLII 81625 (QC CDP)

Commissaire à la déontologie policière c. Drouin, 2000 CanLII 22254 (QC CDP)

Commissaire à la déontologie policière c. Gauthier, 2002 CanLII 49290 (QC CDP)

Commissaire à la déontologie policière c. Gélinas, 2010 CanLII 49441 (QC CDP)

Commissaire à la déontologie policière c. Greetham, 2005 CanLII 59887 (QC CDP)

Commissaire à la déontologie policière c. Jacques, 2000 CanLII 22226 (QC CDP)

Commissaire à la déontologie policière c. Julien, 2010 CanLII 2723 (QC CDP)

Commissaire à la déontologie policière c. Langlais, 2000 CanLII 22220 (QC CDP)

Commissaire à la déontologie policière c. Lapointe, 2001, CanLII 27857 (QC CDP)

Commissaire à la déontologie policière c. Le Beau, 2011 CanLII 25478 (QC CDP)

Commissaire à la déontologie policière c. Mercier, 2010 CanLII 12846 (QC CDP)

Commissaire à la déontologie policière c. Morin, 2002 CanLII 49259 (QC CDP)

Commissaire à la déontologie policière c. Morin, 2009 CanLII 46210 (QC CDP)

Commissaire à la déontologie policière c. Pageau, 2011 CanLII 47211 (QC CDP)

Commissaire à la déontologie policière c. Parent, 2010 CanLII 44511 (QC CDP)

Commissaire à la déontologie policière c. Plouffe, 2012 CanLII 22609 (QC CDP)

Commissaire à la déontologie policière c. Simard, 2008 CanLII 59347 (QC CDP)

Commissaire à la déontologie policière c. Stante, 2008 CanLII 40986 (QC CDP)

Commissaire à la déontologie policière c. Telisma, 2000 CanLII 22211 (QC CDP)

Commissaire à la déontologie policière c. Tétreault, 2001 CanLII 27892 (QC CDP)

Commissaire à la déontologie policière c. Tétreault, 2008 CanLII 120 (QC CDP)

Commissaire à la déontologie policière c. Viau, 2010 CanLII 12845 (QC CDP)

Décisions d'arbitrage

Québec (Sécurité publique) c. Syndicat des agents de la paix en services correctionnels du Québec, 2010 CanLII 59735 (QC SAT)

Syndicat des agents de la paix en services correctionnels du Québec c. Québec (Sécurité Publique), 2013 CanLII 23486 (QC SAT)

Jurisprudence de la Cour suprême du Canada

Dedman c. La Reine, [1985] 2 R.C.S. 2

Cloutier c. Langlois, [1990] 1 R.C.S. 158

Cluett c. La Reine, [1985] 2 R.C.S. 216

Feeney c. La Reine, [1997] 2 R.C.S. 13

Gill succession c. Canadien Pacific Ltée, [1973] R.C.S. 654

Hill c. Commission des services policiers de la municipalité régionale de Hamilton-Wentworth, [2007] 3 R.C.S. 129

R. c. Anderson, [1990] 1 R.C.S. 265

R. c. Asante-Mensah, [2003] 2 R.C.S. 3

R. c. Clayton, [2007] 2 R.C.S. 725

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

R. c. Finta, [1994] 1 R.C.S. 701

R. c. Godoy, [1999] 1 R.C.S. 311

R. c. Gosset, [1993] 3 R.C.S. 76

R. c. Grant, [2009] 2 R.C.S. 353

R. c. Hebert, [1996] 2 R.C.S. 272

R. c. Mann, [2004] 3 R.C.S. 59

R. c. Nasogaluak, [2010] 1 R.C.S. 206

R. c. Paice, [2005] 1 R.C.S. 339

R. c. Stillman, [1997] 1 R.C.S. 607

R. c. Storrey, [1990] 1 R.C.S. 241

Roberge c. La Reine, [1983] 1 R.C.S. 312

Jurisprudence canado-anglaise

Crompton v. Walton, 2005 ABCA 81 (CanLII)

Hudson v. Brantford Polices Services Board, 2004 ONCA 8594 (CanLII)

R. v. Bottrell, 1981 BCCA 352 (CanLII)

R. v. Davis, 2013 ABCA 15 (CanLII)

R. v. N.O., 2009 ABCA 75 (CanLII)

R. v. Wainwright, 1999 CanLII 957 (ON CA)

R. v. Wilson, 1994 BCSC 689 (CanLII)

Jurisprudence étrangère

Graham v. Connor, 490 US 383 (1989)

Johnson v. Glick, 481 F.2d 1028

Le Procureur c. Furundzija, affaire n° IT-95-17/1-T, (10 décembre 1998)

BIBLIOGRAPHIE

Monographies et ouvrages collectifs

- ABELL, J., E. SHEEHY et N. BAKHT, *Criminal Law & Procedure – Proof, Defences, and Beyond*, 4^e éd., Ottawa, Captus Press, 2008
- BÉLIVEAU P. et M. VAUCLAIR, *Traité général de preuve et de procédure pénales*, 20^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2013
- BRIÈRE, J.-Y., F. MORIN, D. ROUX et J.-P. VILLAGGI, *Le droit de l'emploi au Québec*, 4^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2010
- CÔTÉ-HARPER, G., P. RAINVILLE et J. TURGEON, *Traité de droit pénal canadien*, 4^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998
- COURNOYER, G. et G. OUIMET, *Code criminel annoté 2014*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2013
- DE BLOIS, R., *La déontologie policière et la Loi sur la police*, 5^e éd., Québec, Gestion R. De Blois inc., 2013
- GABIAS M. (dir.), A.M. BEAUCHEMIN, D. BÉGIN et al., *Droit pénal général et pouvoirs policiers*, 6^e éd., Groupe Modulo, Montréal, 2010
- LAVALLÉE, P., *Les pouvoirs et devoirs de la police*, 7^e éd., Repentigny, Les Éditions S.R. inc., 2014
- LÉTOURNEAU G. et M.A. MIQUELON, *Guide d'information sur l'arrestation, la perquisition, l'inspection et la confiscation*, 3^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2010
- PARENT, H., *Traité de droit criminel*, 3^e éd., t. 1, Montréal, Les Éditions Thémis, 2008
- ST-AMOUR, S. et M. BLANCHETTE, *Éthique et usage de la force – Légitimité dérangeante*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2010
- ST-DENIS, K., *La force de l'urgence*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2012
- STUART, D., *Canadian Criminal Law*, 6^e éd., États-Unis, Carswell, 2011

Articles de revue

- BRANNAGAN, C., « Police misconduct and public accountability: a commentary on recent trends in the canadian justice system », *Windsor Review of Legal and Social Issues*, March 2011, 30 W.R.L.S.I. 61
- ESMONDE, J., « The Policing of Dissent – The Use of Breach of the Peace Arrests at Political Demonstrations », *University of Toronto Journal of Law & Equality*, 2002, 1 J.L. & Equality 246
- PLAXTON, M., « Police Powers After Dicey », *Queen's Law Journal*, 2012, 38 Queen's L.J. 99-136
- PUE W.W. et R. DIAB, « The gap in canadian police powers: Canada needs « public order policing » legislation », *Windsor Review of Legal and Social Issues*, January 2010, 28 W.R.L.S.I. 87

Articles électroniques

- AMNESTY INTERNATIONAL, « USA: Stricter limite urged as deaths following police Taser use reach 500 », *Amnesty International – News*, 2012, en ligne : <<http://www.amnesty.org/en/news/usa-stricter-limits-urged-deaths-following-police-taser-use-reach-500-2012-02-15>>
- BERGERON A.-C. et P. LAPOINTE, « Les infractions criminelles », dans Collection de droit 2013-2014, École du Barreau du Québec, vol. 12, *Droit pénal : infractions, moyens de défense et peine*, 2013, en ligne : <http://www.caij.qc.ca/doctrine/collection_de_droit/2013/12/i/30177/index.html#infos>
- BOURQUE, S. « Les moyens de défense », dans Collection de droit 2013-2014, École du Barreau du Québec, vol. 12, *Droit pénal : infractions, moyens de défense et peine*, 2013, en ligne : <http://www.caij.qc.ca/doctrine/collection_de_droit/2013/12/ii/30179/index.html>
- BUREAU DU CORONER, *Représentations écrites sur les causes et circonstances du décès de monsieur Fredy Villanueva*, Cyberpresse, 2011, en ligne : <<http://pdf.cyberpresse.ca/lapresse/memoiregroupevillanueva.pdf>>
- DE NIVERVILLE, P. « Pertinence et valeur probante d'une décision ou d'un jugement ayant un lien avec l'exercice de la

profession », *Développements récents en déontologie, droit professionnel et disciplinaire*, Barreau du Québec, 2010, en ligne : <http://www.caij.qc.ca/doctrine/developpements_recents/323/1768/index.html>

ÉCOLE NATIONALE DE POLICE DU QUÉBEC, « Le modèle national de l'emploi de la force – Document explicatif », *Centre de savoirs disciplinaires*, Nicolet, 2013, en ligne : <http://cis.enpq.qc.ca/GEIDEFile/ModeleNationalemplioiForce.pdf?Archive=194052491223&File=ModeleNationalEmploiForce_pdf>

ÉCOLE NATIONALE DE POLICE DU QUÉBEC, « Un nouveau modèle opératoire pour expliquer le recours à l'emploi de la force », *L'École en ligne*, vol. 3, n° 4, octobre 2012, en ligne : <<http://www.enpq.qc.ca/lecole-en-ligne/volume-3-numero-4-octobre-2012/un-nouveau-modele-operatoire-pour-expliquer-le-recours-a-lemploi-de-la-force.html>>

FORCE SCIENCE INSTITUTE, « Défense contre les armes blanches : la règle de 6,40 m est-elle toujours valable ? L'a-t-elle toujours été ? », *Force Science Institute*, dans Collection Force science news, no 17 et 18, 2005, en ligne : <http://cis.enpq.qc.ca/GEIDEFile/FSN_17_18_fusion.pdf?Archive=193368091154&File=FSN1718_Regle640m_pdf>

FORCE SCIENCE INSTITUTE, « Tragédie ultime... quelle est la vérité au sujet des fusillades entre policiers ? », *Force Science Institute*, dans Collection Force science news, n° 152 et 153, 2010, en ligne : <http://cis.enpq.qc.ca/GEIDEFile/FSN_152_153_fusion.pdf?Archive=193370291155&File=FSN152-53_FusilladePoliciers_pdf>

FORCE SCIENCE INSTITUTE, « Une nouvelle vidéo combat les mythes populaires associés aux fusillades impliquant la police », *Force Science Institute*, dans Collection Force science news, n° 154, 2011, en ligne : <http://cis.enpq.qc.ca/GEIDEFile/FSN194_MythesPopulairesFusillades.pdf?Archive=194088091226&File=FSN194_MythesPopulairesFusillades_pdf>

FORCE SCIENCE INSTITUTE, « Une nouvelle étude pourrait « changer radicalement » la perception de l'emploi de la force mortelle par la police », *Force Science Institute*, dans Collection Force science news, n° 91 et 92, 2008, en ligne : <http://cis.enpq.qc.ca/GEIDEFile/FSN_91_92_fusion.pdf?Archive=193371391155&File=FSN9192_PerceptionEmploiForce_pdf>

- GARTON, G. « Article 24(1) – Recours en cas d’atteinte aux droits et libertés », dans *Recueil de décisions relatives à la Charte canadienne des droits et libertés*, Justice Canada, 2005, en ligne : <http://www.canlii.org/fr/doctrine/recueilCharte/s-24-1.html#_Toc341174383>
- GENDARMERIE ROYALE DU CANADA, « Le modèle d’intervention pour la gestion d’incidents », *Gendarmerie royale du Canada*, 2009, en ligne : <<http://www.rcmp-grc.gc.ca/ccaps-spcca/cew-ai/imim-migi-fra.htm>>
- JOBARD, F., « Comprendre l’habilitation à l’usage de la force policière », *Déviance et Société* 3/ 2001 (Vol. 25), en ligne : <http://www.cairn.info/article.php?ID_ARTICLE=DS_253_0325>
- JOBARD, F., « Police et usage de la force », *Dictionnaire de criminologie en ligne*, 2010, en ligne : <<http://criminologie.com/article/police-et-usage-de-la-force>>
- JOYNER, C., « A proper use of force report: protection against liability », *Survival Sciences*, 2009, en ligne : <<http://www.survivalsciences.com/default.aspx/act/newsletter.aspx/category/News/menuitemid/108/MenuGroup/Home/NewsLetterID/4/startrow/9.htm>>
- JOYNER, C., « Liability issues in use of force », *PoliceOne*, en ligne : <<http://www.policeone.com/use-of-force/>>
- JOYNER C. et C. BASILE, « The Dynamic Resistance-Response Model A Modern Approach to the Use of Force », *Survival Sciences*, 2007, en ligne : < <http://www.survivalsciences.com/default.aspx/act/newsletter.aspx/category/News/menuitemid/108/MenuGroup/Home/NewsLetterID/3/startrow/11.htm>>
- LANE COUNTY ATTORNEY AND LAW ENFORCEMENT AGENCIES, « Hollywood vs Reality: Officer-Involved Shootings », accessible via FORCE SCIENCE INSTITUTE, « Une nouvelle vidéo combat les mythes populaires associés aux fusillades impliquant la police », *Force Science Institute*, dans Collection Force science news, no 154, 2011, en ligne : <http://cis.enpq.qc.ca/GEIDFile/FSN194_MythesPopulairesFusillades.pdf?Archive=194088091226&File=FSN194_MythesPopulairesFusillades_pdf>

- LINDSAY, M., *Suicide-by-Cop: Committing Suicide by Provoking Police to Shoot You*, Amityville (New York), Baywood Pub, 2004
- MOREAU DE BELLAING, C., « Comment la violence vient aux policiers », *Genèses* 2/2009 (n° 75), p. 24-44, par. 25, en ligne : <<http://www.cairn.info/revue-geneses-2009-2-page-24.htm>>
- MCBRIDE, K., « Graham v. Connor – the « Graham Factors » », *Lawful Use*, 2012, en ligne : <<http://lawfuluse.com/graham-v-conner-the-graham-factors/>>
- SOUS-COMITÉ CONSULTATIF PERMANENT EN EMPLOI DE LA FORCE, *Analyses et recommandations pour une pratique policière québécoise sur l'utilisation du dispositif à impulsions*, Gouvernement du Québec, 2007, en ligne : <http://www.securitepublique.gouv.qc.ca/fileadmin/Documents/police/publications/taser/rapport_taser.pdf>
- VAUCLAIR, M., « Fouilles et perquisitions : en saisir l'ampleur », *Barreau du Québec*, en ligne : <<http://www.barreau.qc.ca/pdf/congres/2003/Vauclair.pdf>>
- WALLENTINE, K. « How to ensure use of force is “reasonable and necessary” and avoid claims of excessive force », *PoliceOne*, 2007 en ligne : <<http://www.policeone.com/legal/articles/1271618-How-to-ensure-use-of-force-is-reasonable-and-necessary-and-avoid-claims-of-excessive-force/>>

Documents obtenus en vertu de la *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels*

- ÉCOLE NATIONALE DE POLICE DU QUÉBEC, *Les éléments à considérer lors de l'utilisation de la force mortelle*, Programme de formation initiale en patrouille-gendarmerie, 2013
- MINISTÈRE DE LA SÉCURITÉ PUBLIQUE, *Pratique policière 2.1.1 Emploi de la force*, Guide de pratiques policières, 2013

La réforme du cadre juridique réglementant les mesures anti-OPA : chronique d'une occasion manquée

Xavier BOULET

Résumé

Les années 1980 ont été le théâtre d'une vague d'offres publiques d'achat hostiles sans précédent qui a lancé un vif débat sur les « pilules empoisonnées » et autres mesures anti-OPA en Amérique du Nord. Trente ans plus tard, les prises de contrôle sont des sujets qui font encore régulièrement les manchettes, mais le contexte juridique et économique dans lequel elles s'inscrivent a grandement évolué. Malheureusement, depuis sa création en 1986, le cadre juridique canadien relatif aux mesures défensives est resté inchangé, et malgré son archaïsme, le demeurera encore indéfiniment. En effet, au début de l'année 2016, les Autorités canadiennes en valeurs mobilières (« ACVM ») ont refusé de le mettre à jour, préconisant plutôt des changements axés sur la prolongation de la période minimale d'offre. Diverses propositions de réformes avaient pourtant été mises de l'avant ces dernières années, et laissaient espérer une modernisation du régime des mesures défensives. Cet article proposera une analyse détaillée de ces projets, et étudiera l'approche que les ACVM ont en fin de compte retenue.

La réforme du cadre juridique réglementant les mesures anti-OPA : chronique d'une occasion manquée

Xavier BOULET*

Introduction	161
1. L'Avis 62-202 : les vestiges d'une époque révolue	164
A) Le conflit entre le régime des mesures anti-OPA et le droit des sociétés canadien	164
B) La mutation du paysage boursier canadien	168
2. Les propositions de réformes antérieures	171
A) Le Projet 62-105 : <i>statu quo</i> idéologique	171
B) La Proposition de l'AMF : où « harmonisation » et « protection des actionnaires » sont synonymes	177
i) Une cure de jouvence pour le régime des mesures défensives	177
ii) L'éradication du dilemme du prisonnier	181
C) Le Rapport du Groupe de travail sur la protection des entreprises québécoises : efforts louables, effets démesurés ?	182

* LL.B., J.D., LL.M. Stagiaire chez Blake, Cassels & Graydon S.E.N.C.R.L./s.r.l.
L'auteur tient à remercier M^e Paul Martel, Ad. E., ainsi que le professeur Stéphane
Rousseau pour leurs judicieux conseils et commentaires.

i)	Le droit de vote majoré: une mesure à l'efficacité douteuse	183
ii)	Les autres modifications législatives proposées : un remède de cheval ?	187
3.	La Modification de 2016 : la fin des régimes de droits au Canada ?	191
A)	Le reliquat de la Proposition de l'AMF.	192
B)	La prolongation de la période d'offre	194
	Conclusion	201

INTRODUCTION

En 1982, alors que les tentatives de prise de contrôle visant des fleurons de l'économie américaine proliféraient¹, l'avocat Martin Lipton a conçu une arme de dissuasion massive qui permettrait aux sociétés de freiner les assauts des initiateurs d'offres publiques d'achat hostiles².

Cette mesure défensive redoutablement efficace est le régime de droits des actionnaires, qui est communément appelé « pilule empoisonnée ». En général, elle prend effet lorsque l'initiateur d'une OPA acquiert suffisamment d'actions de la cible pour atteindre un seuil de participation prédéterminé (souvent situé entre 10 et 20 %), et ce, sans avoir reçu l'aval du conseil d'administration et sans que les modalités de son offre ne respectent celles des offres expressément permises par le régime³. Lorsque ce seuil est atteint, tous les actionnaires – *sauf* l'initiateur – obtiennent le droit d'acheter des titres de l'émetteur visé à prix réduit (souvent à 50 % de leur valeur marchande)⁴. L'exercice de ces droits de souscription par les porteurs entraîne une émission importante d'actions, ce qui a une double conséquence pour l'offrant : la dilution substantielle de sa participation dans l'émetteur, et le décuplement des sommes qu'il devrait déboursier pour prendre le contrôle de la société⁵. C'est pourquoi le simple fait qu'une telle menace soit brandie est susceptible d'amener l'initiateur à négocier avec le conseil d'administration, plutôt qu'à tenter de le contourner en présentant son offre hostile directement aux actionnaires.

1. Au cours de la décennie 1980-1990, pas moins du tiers des sociétés faisant partie du « Fortune 500 » ont été la cible d'OPA hostiles : Jens Dammann, « How Embattled Are U.S. CEOs » (2010) 88 Tex Law Rev 201 à la p 206.

2. Martin Lipton, « Pills, Polls, and Professors Redux » (2002) 69 U Chi L Rev 1037 à la p 1037.

3. Stéphane Rousseau et Patrick Desalliers, *Les devoirs des administrateurs lors d'une prise de contrôle : étude comparative du droit du Delaware et du droit canadien*, Montréal, Éditions Thémis, 2007 au para 71. Voir aussi, à titre d'exemple : Jordan M Barry et John William Hatfield, « Pills and Partisans : Understanding Takeover Defenses » (2012) 160 U Pa L Rev 633 aux pp 642 à 644.

4. *Ibid.*

5. *Ibid.*

Si de nombreux États américains accordent une grande latitude aux administrateurs en ce qui a trait à l'utilisation de pilules empoisonnées ou d'autres mesures anti-OPA⁶, c'est loin d'être le cas du Canada. Selon certains, il s'agirait même d'un des pays les plus favorables aux offrants dans le monde⁷. Quoi qu'il en soit, il est indéniable que les sociétés canadiennes sont des proies vulnérables du fait de la complaisance du régime des mesures défensives envers les initiateurs⁸.

Au banc des accusés se trouvent l'*Avis 62-202 relatif aux mesures de défense contre une offre publique d'achat*⁹ et le corpus jurisprudentiel afférent, qui limitent le recours aux dispositifs anti-OPA au nom de l'intérêt public. Quoique l'Avis 62-202 soit entré en vigueur à la fin des années 1990, ses origines sont en fait bien plus lointaines. En effet, il n'a apporté aucun changement digne de ce nom à l'Instruction générale C-38, dont l'adoption remonte à 1986, soit avant même que la vague d'OPA hostiles des années 1980 n'atteigne son sommet ou que le premier régime de droits ne soit adopté au Canada¹⁰. Plus encore, les principes sous-jacents à

6. La Cour suprême du Delaware a expressément entériné les régimes de droits dans l'affaire *Moran v Household International Inc.*, 500 A 2d 1346 (Del Supr 1985). Pour un résumé récent de la jurisprudence pertinente émanant de cet État, qui est une plaque tournante du droit corporatif américain, voir notamment : R Wai Wong, « Through the Antitrust Looking Glass: A New Vision of Delaware's Take-over-Defense Jurisprudence » (2013) 99 Va L Rev 169 aux pp 169 à 187. En outre, de nombreux États américains ont adopté des lois qui autorisent en toutes lettres le recours à des mesures anti-OPA. Pour un excellent panorama de la législation américaine à ce sujet, voir : Paul Martel, *Mesures anti-prises de contrôle*, Montréal, 2013, en ligne : Ministère des finances <http://www.groupe.finances.gouv.qc.ca/GTPEQ/Documents/Paul_Martel-EU.pdf>.
7. C'est du moins l'opinion de Terence Dobbin, avocat spécialisé dans les prises de contrôle hostiles, dont les propos ont été rapportés par Ronald Podolny, « Fixing What Ain't Broke: In Defence of Canadian Poison Pill Regulation » (2009) 67:1 U T Fac L Rev 47 à la p 83.
8. Edward Waitzer et Sean Vanderpol, « Let Courts Rule on Poison Pills » (2011) 26:5 JIBLR N-61 à la p N-61.
9. AMF, (2003) 34:28 BAMF (18 juillet 2003). Ailleurs au Canada, cet Avis s'intitule plutôt *Instruction générale 62-202, Les mesures de défense contre une offre publique d'achat*, (1997) 20 OSCB 3525.
10. Matthew Snyder, « A Commentary on Ontario Poison Pill Regulation: Moving Towards A Permitted Bid Mechanism » (2014) 72:2 U T Fac L Rev 107 à la p 116.

ces deux instruments tirent leur source du Rapport Kimber¹¹, qui a été rendu il y a de cela 50 ans¹².

Or, le portrait du marché boursier canadien a connu de profonds changements au cours des trois dernières décennies. Qui plus est, on ne saurait trop insister sur l'importance d'un autre développement, d'ordre juridique celui-là, survenu dans les années 2000 : le prononcé des arrêts *Peoples*¹³ et *BCE*¹⁴, qui ont bouleversé l'état du droit en ce qui concerne les devoirs fiduciaires des administrateurs.

Ainsi, puisqu'il est resté figé dans le temps, l'actuel régime des dispositifs anti-OPA repose sur des fondements aujourd'hui vétustes, et va à l'encontre des principes édictés par la Cour suprême dans ces décisions. Il doit impérieusement être mis à jour et harmonisé avec le droit des sociétés canadien.

Il a fallu attendre 2013 pour que les ACVM et le législateur québécois suggèrent, par des approches très différentes, de réformer le cadre juridique relatif aux mesures défensives ; processus de réflexion qui s'est finalement soldé par des modifications au régime des OPA en 2016. Après avoir brièvement expliqué en quoi l'Avis 62-202 est anachronique, le présent article analysera ces projets en détail. S'il louera certaines vertus de la Proposition de l'Autorité des marchés financiers¹⁵ et du rapport du Groupe de travail sur la protection des entreprises québécoises¹⁶, il déplorera l'immobilisme dans lequel les ACVM se sont enlisées avec le Projet 62-105 et la Modification de 2016.

11. Autorité des marchés financiers, *Un regard différent sur l'intervention des autorités en valeurs mobilières dans les mesures de défense* (Document de consultation), Montréal, 2013 aux pp 3 et 4, en ligne : AMF <<http://www.lautorite.qc.ca/files/pdf/reglementation/valeurs-mobilieres/62-105/2013-03-14/2013mars14-avis-amf-mesures-defensives-fr.pdf>> [Proposition de l'AMF].

12. John R Kimber, *Report of the Attorney General's Committee on Securities Legislation in Ontario*, Toronto, 1965.

13. *Magasins à rayons Peoples Inc. (Syndic de) c Wise*, [2004] 3 RCS 461 [*Peoples*].

14. *BCE Inc. c Détenteurs de débentures de 1976*, [2008] 3 RCS 560 [*BCE*].

15. Ci-après « AMF ».

16. Ci-après « GTPEQ » ou « Groupe de travail ».

1. L'AVIS 62-202 : LES VESTIGES D'UNE ÉPOQUE RÉVOLUE

A) Le conflit entre le régime des mesures anti-OPA et le droit des sociétés canadien

Au Canada, diverses lois imposent aux administrateurs un devoir de prudence et de diligence, de même que l'obligation fiduciaire d'agir avec honnêteté et loyauté dans le meilleur intérêt de l'entreprise¹⁷. Cette relation fiduciaire va bien plus loin que la relation entre simples cocontractants¹⁸. Après tout, en common law, la partie à un contrat n'a qu'à respecter une norme minimale de bonne foi dans l'exécution de l'entente, sans avoir à subordonner ses intérêts à ceux de son partenaire d'affaires¹⁹. Les membres du conseil d'administration, eux, doivent faire preuve de désintéressement et veiller à toujours agir pour le bien de la société.

Dans l'arrêt *Peoples*, la Cour suprême du Canada a précisé que pour ce faire, les administrateurs peuvent certes tenir compte des intérêts des porteurs, mais également de ceux « des employés, des fournisseurs, des créanciers, des consommateurs, des gouvernements et de l'environnement »²⁰. La Cour suprême l'a réitéré fermement quelques années plus tard, dans l'arrêt *BCE*²¹, et a souligné que les intérêts des actionnaires ne sauraient avoir préséance sur ceux des autres parties intéressées²². Par ailleurs, comme l'a expliqué l'AMF, ces devoirs du conseil d'administration demeurent identiques peu importe si « la décision à prendre concerne les affaires quotidiennes de la société, une modification fondamentale dans ses activités, un projet de fusion ou d'acquisition ou une OPA amicale ou non sollicitée »²³.

Or, le problème réside dans le fait que même si des mesures anti-OPA devaient être adoptées par le conseil en pleine conformité

17. À titre d'exemple, voir : *Loi sur les sociétés par actions*, LRQ c S-31.1, art 119 [LSAQ] ; art 322 CcQ ; *Loi sur les sociétés par actions*, LRO 1990, c B-16, art 134(1) ; *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, LRC 1985, c C-44, art 122(1) [LCSA].

18. *Bhasin c Hrynew*, [2014] 3 RCS 494 aux para 60, 65 et 86.

19. *Ibid.*

20. *Peoples*, *supra* note 13 au para 42.

21. *BCE*, *supra* note 14 au para 40.

22. *Ibid* au para 84.

23. Proposition de l'AMF, *supra* note 11 à la p 10.

avec ces principes, elles risquent d'être neutralisées par les ACVM au moyen d'interdictions d'opérations, sous prétexte qu'elles sont contraires à l'Avis 62-202. En effet, dans l'Avis 62-202, les autorités réglementaires font valoir que l'encadrement des OPA au sein des lois canadiennes en valeurs mobilières a pour principal but de sauvegarder les intérêts des porteurs de la cible, et pour but secondaire d'assurer que ces offres se déroulent « ouvertement et équitablement »²⁴. Ainsi, les ACVM préviennent les administrateurs qu'elles interviendront s'ils usent de « mesures qui risquent d'empêcher les actionnaires de répondre à une offre ou à une offre concurrente ou de restreindre gravement leur liberté de le faire »²⁵.

Au fil des ans, les ACVM ont rendu plusieurs décisions fondées sur l'Avis 62-202 ou sa première mouture, l'Instruction générale C-38. *Canadian Jorex*²⁶ a ainsi marqué le début d'une longue série de décisions dans lesquelles les commissions des valeurs mobilières, d'un océan à l'autre, ont neutralisé les régimes de droits des porteurs en moyenne de 45 à 55 jours après le lancement d'une OPA hostile²⁷. En effet, elles ont généralement jugé qu'au terme de cette période, la pilule empoisonnée perdait toute légitimité parce que les administrateurs de la cible avaient disposé de suffisamment de temps pour s'acquitter de leurs devoirs fiduciaires²⁸. Or, plutôt que de se fier au bon jugement des administrateurs pour déterminer le contenu de leurs devoirs dans le contexte d'une OPA hostile, les ACVM ont elles-mêmes pris position et généralement conclu que ces devoirs se résumaient à tenter de maximiser la valeur actionnariale à court terme²⁹.

24. Art 1.1(2) Avis 62-202.

25. Art 1.1(6) Avis 62-202.

26. *Re Canadian Jorex* (1992), 15 OSCB 257 [*Canadian Jorex*].

27. Autorités canadiennes en valeurs mobilières, *Projet de règlement 62-105 sur les régimes de droits des porteurs, Projet d'Instruction générale relative au Règlement 62-105 sur les régimes de droits des porteurs, Projets de modifications corrélatives* (Document de consultation), Canada, 2013 à la p 7, en ligne : AMF <<https://www.lautorite.qc.ca/files/pdf/reglementation/valeurs-mobilières/62-105/2013-03-14/2013mars14-62-105-avis-cons-fr.pdf>> [Projet 62-105]. Certains auteurs parlent plutôt de 45 à 60 jours : Podolny, *supra* note 7 à la p 83 ; Snyder, *supra* note 10 à la p 118.

28. À titre d'exemple, voir *infra*, notes en bas de page 29, 31 et 32.

29. Voir par exemple : *Re MDC Corp. and Regal Greetings and Gifts Inc.* (1994), 17 OSCB 4971 à la p 4979 [*Regal*].

Il s'ensuit que selon le « test de *Regal* »³⁰, un régime de droits ne sera toléré que dans la mesure où son maintien poussera l'initiateur à améliorer son offre, ou incitera un tiers à en soumettre une meilleure³¹. Dès que ces buts sont atteints ou qu'il devient clair qu'ils ne pourront l'être, les commissions des valeurs mobilières émettront une interdiction d'opérations à l'encontre du régime de droits de manière à ce que les actionnaires puissent librement se prononcer sur l'offre³².

Bref, les ACVM ont adopté une approche qui témoigne indéniablement de leur adhésion aux préceptes du « shareholders' choice »³³. Cette école de pensée redoute que les administrateurs, par crainte de perdre leur poste si l'OPA hostile s'avère fructueuse, tentent de faire échouer l'offre grâce à des mesures défensives dans l'unique but de s'enraciner illégitimement³⁴. C'est pourquoi ses tenants pensent que le conseil ne devrait pas intervenir face à une offre inamicale, si ce n'est qu'afin de faire monter les enchères pour le compte des actionnaires, à qui reviendrait ultimement le choix exclusif de refuser toute offre³⁵.

Cette position des ACVM – et même, foncièrement, cette *prise* de position – est problématique en ce qu'elle contrevient au droit des sociétés à plusieurs égards.

D'abord, le simple fait que les ACVM aient imposé leur vision des choses quant au contenu des obligations des administrateurs dans le cadre d'une OPA hostile est contraire à la jurisprudence récente en droit corporatif, en vertu de laquelle les tribunaux s'en remettent au jugement d'affaire des administrateurs pour déter-

30. *Re Chapters Inc.* (2001), 24 OSCB 1657 à la p 1659 ; *Re Royal Host Real Estate Investment Trust* (1999), 22 OSCB 7819 à la p 7826 ; *Re Samson Canada Ltd.* (1999), 8 ASCS 1791 à la p 1794.

31. *Re Lions Gate Entertainment Corp.*, 2010 BCSECCOM 432 au para 74 [*Lions Gate*].

32. Hunter Parsons, « Jagged Little Pill: The New Frontier For Shareholder Rights Plans and the Fiduciary Duties of Target Boards » (2013) 22 Dalhousie J Legal Stud 125 à la p 129.

33. Rousseau et Desalliers, *supra* note 3 au para 383.

34. Christopher C Nicholls, *Mergers, Acquisitions and Other Changes of Corporate Control*, 2^e éd, Toronto, Irwin Law, 2012 aux pp 215 et 216 ; Podolny, *supra* note 7 à la p 55.

35. Nicholls, *supra* note 34 à la p 217.

miner ce qui, dans un cas précis, est dans les meilleurs intérêts de la société³⁶.

Ensuite, suivant la position des ACVM, les intérêts des actionnaires ont à tout coup préséance sur ceux des autres parties intéressées. Or, prétendre que les administrateurs doivent maximiser la valeur actionnariale en vertu de leurs devoirs fiduciaires va à l'encontre des arrêts *Peoples* et *BCE*, dont le corollaire est que « les administrateurs ne peuvent plus être guidés strictement par le critère de maximisation de la valeur pour les actionnaires » et doivent plutôt « chercher à maximiser la valeur de *l'entreprise* »³⁷ (italiques ajoutés). Conséquemment, s'il advenait que le conseil juge en toute bonne foi qu'il serait dans les meilleurs intérêts de la cible de poursuivre la mise en œuvre de sa stratégie d'affaires à long terme et de ne pas procéder à la vente de son contrôle, tout indique qu'il aurait l'obligation de prendre des mesures visant à faire échouer l'OPA inamicale, de par ses devoirs envers la société et à la lumière des enseignements de la Cour suprême³⁸. En effet, même si agir de la sorte devait priver les actionnaires de certains bénéfices à court terme, *BCE* a indiqué noir sur blanc que lorsque les intérêts des porteurs (ou de toute autre partie intéressée) divergent de ceux de l'émetteur, « l'obligation des administrateurs est claire : elle est envers *la société* »³⁹ (italiques ajoutés).

Force est de constater que les ACVM refusent malheureusement de reconnaître que le droit corporatif et le droit des valeurs mobilières forment – ou, plutôt, devraient former – un tout cohérent⁴⁰. Pourtant, ces deux domaines font partie d'un même

36. F Paul Morrison, Hovsep Afarian et Ryann Atkins, « D&O Liability in M&A Transactions: the Legal Landscape in the Post-BCE Era » (2014) 42:3 *Advocates'Q* 247 à la p 259 ; Marvin Yontef, « Takeover Bid Defences: Issuing Securities to a Friendly Party – The Canadian Experience » (2013) 28 *BFLR* 319 à la p 327.

37. Raymonde Crête et Stéphane Rousseau, *Droit des sociétés par actions*, 3^e éd, Montréal, Éditions Thémis, 2011 au para 923.

38. Ralph Shay, « Take-over Defences and Directors' Fiduciary Duties – Can National Policy 62-202 and the BCE Decision Live Side by Side? » (2009) à la p 2, en ligne : Dentons <<http://www.dentons.com/en/insights/articles/2009/december/1/take-over-defences-and-directors-fiduciary-duties---can-national-policy-62-202-and-the-bce-decision>> ; Parsons, *supra* note 32 à la p 128.

39. *BCE*, *supra* note 14 au para 37.

40. Robert Yalden, « Canadian Mergers and Acquisitions at the Crossroads: The Regulation of Defence Strategies after BCE » (2014) 55 *Can Bus L J* 389 à la p 413.

continuum et ne devraient pas être perçus comme des entités totalement distinctes⁴¹.

À la lumière de ce qui précède, il est clair que l'Avis 62-202 et les décisions qui en découlent sont des vestiges d'un passé révolu au plan jurisprudentiel. Mais plus encore, ce cadre juridique reflète une vision archaïque des rapports de force prévalant au sein des marchés financiers, comme les pages suivantes le démontreront.

B) La mutation du paysage boursier canadien

À l'époque de l'adoption de l'Instruction générale C-38, les actionnaires d'une société étaient présumés être des investisseurs « traditionnels », peu sophistiqués et passifs, ayant initialement acquis leurs titres dans le but de les garder à long terme⁴².

Aujourd'hui, les porteurs se départissent de leurs actions de sociétés cotées à la TSX en moyenne moins d'un an après les avoir acquises⁴³, n'hésitent plus à exprimer leurs doléances au conseil d'administration, et sont bien renseignés sur les multiples outils dont ils disposent pour surveiller et infléchir la conduite de ce dernier⁴⁴. Parmi ces outils, citons en exemple le remplacement des administrateurs en poste lors de l'assemblée annuelle⁴⁵ ou lors d'une assemblée extraordinaire⁴⁶, le lancement d'une course aux procurations⁴⁷, ou encore la possibilité d'intenter un recours en oppression⁴⁸ si le conseil a violé ses devoirs fiduciaires.

41. Jacob S Ziegel, « The New Look in Canadian Corporations Law », dans Jacob S Ziegel (dir), *Studies in Canadian Company Law*, vol 2, Toronto, Butterworths, 1973, p 1 à la p 66.

42. Nicholls, *supra* note 34 à la p 279 ; Waitzer et Vanderpol, *supra* note 8 à la p N-61.

43. Lettre du Conseil du patronat du Québec à l'AMF (juillet 2013) à la p 5, en ligne : AMF <http://www.lautorite.qc.ca/files/pdf/consultations/anterieures/valeurs-mobilieres/commentaires_62-105/conseilpatronatfr62105130712.pdf> [Lettre du Conseil du patronat].

44. Proposition de l'AMF, *supra* note 11 à la p 14.

45. Art 110 et 163 LSAQ ; art 106 et 133 LCSA.

46. Pour convoquer une assemblée extraordinaire, un actionnaire n'a qu'à détenir, en vertu de la LSAQ, 10 % des actions donnant le droit d'y voter, ou, en vertu de la LCSA, 5 % de ces actions : art 208 LSAQ et 143 LCSA.

47. Lettre de Norton Rose Fulbright LLP aux ACVM (11 juillet 2013) à la p 3, en ligne : AMF <http://www.lautorite.qc.ca/files/pdf/consultations/anterieures/valeurs-mobilieres/commentaires_62-105/norton62105130711.pdf> [Lettre de Norton Rose (2013)].

48. Art 450 LSAQ et art 241 LCSA.

En outre, depuis 1986, les fonds spéculatifs ont fait leur apparition, et les investisseurs institutionnels ont acquis une place prédominante dans le paysage boursier, de sorte qu'ils détiennent maintenant en moyenne plus de la moitié des actions des sociétés du S&P/TSX 60⁴⁹. Ces actionnaires « professionnels » ont en quelque sorte le rôle – et très certainement la capacité – de surveiller les administrateurs⁵⁰.

Cette capacité de surveillance est un rempart contre les risques de conflits d'intérêts du conseil d'administration dans l'éventualité d'OPA hostiles⁵¹. Il s'agit d'un rempart d'autant plus efficace que l'actionnariat des sociétés canadiennes est particulièrement concentré, ce qui signifie que « l'actionnaire de contrôle aura l'habileté et un intérêt économique suffisant à surveiller les dirigeants, enrayant de ce fait le problème d'action collective observé dans la société dispersée »⁵².

Un autre facteur qui a contribué à grandement amenuiser le risque d'enracinement du conseil est l'amélioration substantielle des normes de gouvernance au cours des dernières décennies. La publication du rapport Dey⁵³ ainsi que l'adoption de plusieurs règlements et instructions générales⁵⁴ à partir des années 1990 ont permis des avancées remarquables en matière de transparence et de prévention des conflits d'intérêts des administrateurs⁵⁵. De plus, les conseils renouvelables par tranches sont maintenant *de facto* interdits par le *Guide à l'intention des sociétés* de la TSX, qui requiert depuis 2012 que les actionnaires d'une société cotée à la

49. Ian C Wildgoose Brown, « Hard Pill to Swallow: The Canadian Poison Pill from an American Perspective » (2012) 36 Seton Hall Legis J 297 à la p 328 ; Lettre de Norton Rose (2013), *supra* note 47 à la p 5 ; Lettre du Conseil du patronat, *supra* note 43 à la p 8.

50. Wildgoose Brown, *supra* note 49 à la p 328.

51. Lettre de Norton Rose (2013), *supra* note 47 à la p 5.

52. Rousseau et Desalliers, *supra* note 3 au para 185.

53. Peter Dey (Comité sur la gouvernance d'entreprise au Canada), *Where Were the Directors*, Toronto, Bourse de Toronto, 1994.

54. Par exemple : *Règlement 58-101 sur l'information concernant les pratiques en matière de gouvernance*, RLRQ c V-1.1, r 32 ; *Instruction générale 58-201 relative à la gouvernance*, AMF, (2005) 2:26 BAMF ; *Règlement 52-110 sur le comité d'audit*, RLRQ c V-1.1, r 28 ; *Règlement 61-101 sur les mesures de protection des porteurs minoritaires lors d'opérations particulières*, RLRQ c V-1.1, r 33.

55. Proposition de l'AMF, *supra* note 11 aux pp 12 et 13.

Bourse de Toronto aient l'occasion, à chaque assemblée annuelle, d'élire *l'ensemble* des administrateurs⁵⁶.

Pour toutes ces raisons, l'argument fondé sur la crainte d'enracinement du conseil est de moins en moins convaincant. S'il explique la position actuelle des ACVM au sujet des mesures défensives, il ne la justifie manifestement en rien, vu l'arsenal dont les actionnaires jouissent de nos jours pour discipliner les administrateurs, et vu l'évolution des pratiques de gouvernance.

C'est pourquoi il serait grand temps que notre régime des mesures défensives laisse les administrateurs jouer un rôle accru dans le cadre de prises de contrôle ; rôle dont la légitimité prend racine dans les similitudes que présentent les OPA hostiles avec d'autres décisions d'affaires majeures qui ne sauraient se matérialiser sans le concours du conseil d'administration, ainsi que dans son pouvoir de gestion⁵⁷. En effet, « la différence entre une offre publique, un arrangement ou une fusion en est souvent seulement une de forme et non de substance »⁵⁸, car ce qui est en jeu dans le cadre d'une OPA n'est pas simplement la vente par des actionnaires individuels de leur propriété privée, mais bien la vente du *contrôle* de la société visée⁵⁹.

De plus, il faudrait que notre régime des mesures anti-OPA reconnaisse que lorsque les administrateurs prennent des décisions d'affaires, ils n'ont pas carte blanche, puisqu'ils doivent toujours agir dans les meilleurs intérêts à long terme de la société. Il devrait enfin convenir, comme la Cour suprême, que ces intérêts peuvent parfois diverger de ceux des actionnaires, et que le cas échéant, les devoirs fiduciaires des administrateurs pourraient requérir de ces derniers qu'ils bloquent tout simplement une offre.

56. Art 461.1 du Guide à l'intention des sociétés de la TSX.

57. Nicholls, *supra* note 34 à la p 217 ; Sean Vanderpol et Ed Waitzer, « Mediating Rights and Responsibilities in Control Transactions » (2010) 48 Osgoode Hall L J 639 à la p 656 ; Wildgoose Brown, *supra* note 49 à la p 329.

58. Lettre de la Caisse de dépôt et placement du Québec à l'AMF (12 juillet 2013) à la p 3, en ligne : AMF <http://www.lautorite.qc.ca/files/pdf/consultations/anterieures/valeurs-mobilieres/commentaires_62-105/caissefr62105130712.pdf> [Lettre de la Caisse de dépôt (2013)].

59. Wildgoose Brown, *supra* note 49 à la p 328.

En somme, il devrait donner aux administrateurs les outils nécessaires pour remplir le mandat dont ils ont l'obligation légale de s'acquitter.

La suite de cet article fera l'analyse des diverses propositions de réformes mises de l'avant ces dernières années, et expliquera si leur mise en œuvre permettra – ou aurait permis – de moderniser de la sorte le régime des mesures défensives. Il sera question, dans un premier temps, des projets qui n'ont pas abouti, puis, dans un second temps, des modifications qui ont été adoptées en fin de compte.

2. LES PROPOSITIONS DE RÉFORMES ANTÉRIEURES

A) Le Projet 62-105 : *statu quo* idéologique

Le 14 mars 2013, les ACVM ont publié pour consultation le projet de *Règlement 62-105 sur les régimes de droits des porteurs* et le projet d'*Instruction générale relative au Règlement 62-105 sur les régimes de droits des porteurs*⁶⁰. Dans ce document, les ACVM ont proposé d'instaurer un nouveau cadre réglementaire s'appliquant spécifiquement aux régimes de droits, et de modifier l'Avis 62-202 en conséquence.

En effet, elles ont dit avoir pris acte des préoccupations que de nombreux observateurs entretiennent à l'égard du régime actuel, dont la crainte qu'il favorise les initiateurs à outrance, qu'il limite indûment les pouvoirs discrétionnaires des administrateurs, et qu'il confronte les actionnaires à un dilemme du prisonnier⁶¹.

De plus, les autorités réglementaires ont admis que le régime actuel pouvait les amener à substituer leur opinion à celle des administrateurs et des actionnaires de la cible quant aux mérites d'une pilule empoisonnée⁶², et qu'il gagnerait à être revu étant donné les nombreux changements économique-juridiques survenus au cours des 30 dernières années⁶³. Les ACVM ont également reconnu que les décisions qu'elles avaient rendues au fil du temps quant aux

60. Projet 62-105, *supra* note 27.

61. *Ibid* aux pp 7 et 8.

62. *Ibid* aux pp 8 et 9.

63. *Ibid* à la p 10.

régimes de droits étaient imprévisibles et manquaient d'uniformité, et que cela pouvait refléter les divergences d'opinions au sein des diverses commissions des valeurs mobilières au pays⁶⁴. La saga *Neo*⁶⁵, *Pulse Data*⁶⁶, *Lions Gate*⁶⁷ et *Baffinland*⁶⁸ en est d'ailleurs une preuve éloquente⁶⁹.

La principale modification que le Projet 62-105 envisageait était de permettre de maintenir indéfiniment des régimes de droits ayant été avalisés dans certains délais par la majorité des actionnaires de la cible⁷⁰. Cette approche dérogeait de la position traditionnelle des ACVM, qui, rappelons-le, avaient coutume d'émettre une interdiction d'opérations de 45 à 55 jours après le lancement de l'OPA, et qui – sauf dans *Neo* et *Pulse Data* – avaient toujours considéré que l'obtention de l'approbation actionnariale n'est pas un facteur déterminant⁷¹.

Plus concrètement, en vertu du Projet 62-105, un régime de droits adopté par les administrateurs « à froid » (soit en l'absence de toute offre hostile) aurait été considéré valide si les actionnaires s'étaient majoritairement prononcés en sa faveur dans les 90 jours de son adoption⁷². Dans le cas d'un régime adopté « à chaud », il aurait fallu que l'approbation actionnariale survienne dans les 90 jours du lancement de l'OPA⁷³. Les porteurs auraient dû réitérer leur appui annuellement afin que le régime demeure valide⁷⁴, et ils auraient pu y mettre fin à tout moment par l'entremise d'un vote majoritaire en ce sens⁷⁵. Toute modification du régime aurait éga-

64. *Ibid.*

65. *Re Neo Material Technologies Inc.* (2009), 32 OSCB 6941 [*Neo*].

66. *Re Pulse Data Inc.*, 2007 ABASC 895 [*Pulse Data*].

67. *Lions Gate*, *supra* note 31.

68. *Re Baffinland Iron Mines Corp.* (2010), 33 OSCB 11385 [*Baffinland*].

69. Les décisions *Pulse Data* et *Neo* avaient semblé prêtes à concilier le régime des mesures défensives avec le droit des sociétés, en adoptant une conception des devoirs fiduciaires du conseil qui concordait avec la position de la Cour suprême à ce sujet, et qui s'écarterait de celle prônée par *Regal* et les autres décisions du même acabit que *Canadian Jorex*. Malheureusement, elles ont rapidement été répudiées dans *Lions Gate* et *Baffinland*. Pour un excellent résumé et commentaire de ces décisions, voir par exemple : Parsons, *supra* note 32 aux pp 129 à 135.

70. Projet 62-105, *supra* note 27 à la p 2.

71. Voir par exemple : *Lions Gate*, *supra* note 31 au para 91 ; *Re Cara Operations Ltd.* (2002), 25 OSCB 7997 au para 65.

72. Projet 62-105, *supra* note 27 à la p 12.

73. *Ibid.*

74. *Ibid.*

75. *Ibid.*

lement requis l'assentiment des actionnaires au cours des 90 jours suivants⁷⁶. Pour sa part, l'initiateur n'aurait pas eu voix au chapitre dans le cadre d'un vote entourant l'adoption, le maintien en place ou la modification du régime de droits⁷⁷. Finalement, si les administrateurs avaient renoncé au régime de droits ou l'avaient modifié à l'égard d'une OPA, ils auraient été dans l'obligation de faire de même à l'égard de toutes les autres OPA⁷⁸.

Dans l'hypothèse où un régime de droits aurait été dûment approuvé par les actionnaires de la cible, les ACVM ne prévoyaient intervenir que pour sanctionner une infraction « à la lettre ou à l'esprit du projet de règlement », ou pour « un motif d'intervention dans l'intérêt public que celui-ci ne prévoit pas »⁷⁹.

Bref, les instigateurs du Projet 62-105 souhaitaient que ce soit les porteurs qui déterminent le sort d'un régime de droits, et donc, ultimement, qu'ils conservent le dernier mot quant à l'issue de l'OPA.

Les ACVM et des intervenants ont vanté certains aspects positifs du Projet 62-105. Force est d'admettre que sa mise en œuvre aurait amené une relative clarté à la réglementation des pilules empoisonnées, en ce qu'il indiquait noir sur blanc dans quelles circonstances un régime de droits serait considéré valide, et parce que les interventions des ACVM fondées sur l'intérêt public auraient été moins fréquentes⁸⁰. En outre, quoique cela soit plus discutable, les autorités réglementaires s'attendaient à ce que leur proposition freine les ardeurs de certains offrants potentiels en rendant les OPA hostiles « un peu plus chronophages, plus chères et moins certaines »⁸¹.

En dépit de ces quelques louanges, le Projet 62-105 s'est surtout attiré les critiques.

76. *Ibid.*

77. *Ibid.*

78. *Ibid.*

79. *Ibid* à la p 13.

80. Parsons, *supra* note 32 à la p 143.

81. Projet 62-105, *supra* note 27 à la p 15.

D'abord, de nombreux observateurs ont déploré la portée trop restreinte du Projet 62-105, car il ne touchait qu'aux régimes de droits⁸². L'Avis 62-202, avec toutes les lacunes qui lui sont propres, aurait donc continué à s'appliquer aux autres mesures défensives.

Ensuite, alors que certains ont reproché aux ACVM de s'entêter à vouloir traiter des mesures défensives plutôt que de laisser aux tribunaux le soin de le faire⁸³, d'autres ont au contraire critiqué le Projet 62-105 parce que, selon eux, il aurait engendré une hausse indésirable des litiges devant les tribunaux⁸⁴.

Finalement, plusieurs ont décrié que ce soit les actionnaires qui aient le dernier mot quant à l'adoption ou quant au maintien d'un régime de droits, et ce, principalement pour deux raisons.

La première est que cette approche prête le flanc à la critique lorsqu'elle est analysée *in concreto*. Par exemple, considérant l'arrivée massive d'arbitragistes au sein de l'actionnariat de l'émetteur visé suite à l'annonce d'une OPA, il aurait été fort peu probable que l'adoption d'un régime de droits soit approuvée ou que ce dernier soit maintenu en place⁸⁵. En effet, dans les jours qui suivent l'annonce de l'offre, le volume des opérations sur les actions de l'émetteur visé connaît une hausse vertigineuse de l'ordre de 30

82. Lettre de l'Institut des administrateurs de sociétés aux ACVM (12 juin 2013) à la p 6, en ligne : AMF <<http://www.lautorite.qc.ca/files/pdf/consultations/juin-2013/icdfr62105130612.pdf>> [Lettre de l'IAS (2013)] ; Lettre du Conseil du patronat, *supra* note 43 aux pp 4 et 9 ; Lettre de McMillan LLP aux ACVM (14 juin 2013) à la p 23, en ligne : AMF <<https://www.lautorite.qc.ca/files/pdf/consultations/juin-2013/mcmillan130614.pdf>> [Lettre de McMillan] ; Lettre de Stikeman Elliott LLP aux ACVM (12 juillet 2013) à la p 2, en ligne : AMF <http://www.lautorite.qc.ca/files/pdf/consultations/anterieures/valeurs-mobilières/commentaires_62-105/stikeman62105130712.pdf> [Lettre de Stikeman Elliott] ; Lettre du TMX Group aux ACVM (12 juillet 2013) à la p 2, en ligne : AMF <http://www.lautorite.qc.ca/files/pdf/consultations/anterieures/valeurs-mobilières/commentaires_62-105/tsx62105130712.pdf>.

83. Lettre de Norton Rose (2013), *supra* note 47 à la p 2 ; Parsons, *supra* note 32 à la p 127.

84. Voir par exemple : Lettre d'Osler, Hoskin & Harcourt LLP aux ACVM (12 juillet 2013) à la p 2, en ligne : <http://www.lautorite.qc.ca/files/pdf/consultations/anterieures/valeurs-mobilières/commentaires_62-105/osler62105130712.pdf> [Lettre d'Osler (2013)].

85. Lettre de Stikeman Elliott, *supra* note 82 à la p 2 ; Lettre de l'IAS (2013), *supra* note 82 à la p 5 ; Lettre de l'Institut sur la gouvernance d'organisations privées et publiques aux ACVM (27 juin 2013) à la p 6, en ligne : AMF <<http://www.lautorite.qc.ca/files/pdf/consultations/juin-2013/igopp130627.pdf>> [Lettre de l'IGOPP].

à 40 %⁸⁶. Ces actions passent aux mains de nouveaux « actionnaires » – bien souvent des arbitragistes et des fonds spéculatifs – qui souhaitent réaliser un profit à très court terme en apportant leurs titres nouvellement acquis à l’offre⁸⁷. C’est pourquoi le professeur Yvan Allaire trouvait aberrant de conférer un droit de vie et de mort sur tout régime de droits à ces « actionnaires touristes »⁸⁸, alors que leur unique but est de précipiter la vente de la société, sans égard aux intérêts à long terme de cette dernière.

La seconde raison est que d’un point de vue conceptuel, cette approche perpétue le conflit entre les ACVM et la Cour suprême quant aux devoirs fiduciaires des administrateurs⁸⁹. En effet, avec le Projet 62-105, les ACVM demeureraient profondément ancrées dans la mouvance du « shareholders’ choice », qui est pourtant difficilement conciliable avec les enseignements de *Peoples* et de *BCE* selon lesquels les décisions des administrateurs ne sauraient être évaluées en fonction du modèle de la primauté des actionnaires⁹⁰.

À l’évidence, le seul effet du Projet 62-105 aurait été d’accorder aux régimes de droits un sursis plus long⁹¹, en le faisant passer de 45-55 jours à au moins 90 jours. C’est donc dire que ce projet n’exauçait malheureusement pas les souhaits de ceux qui réclament à cor et à cri l’harmonisation du régime des mesures défensives avec le droit corporatif canadien. En effet, les administrateurs canadiens seraient demeurés pris entre l’arbre et l’écorce⁹² : alors que leurs devoirs fiduciaires sont envers la société, le Projet 62-105 les aurait encore contraints à donner préséance aux intérêts des actionnaires dans le cadre d’une OPA inamicale⁹³. Comme le pos-

86. Lettre de l’IGOPP, *supra* note 85 à la p 6 ; Proposition de l’AMF, *supra* note 11 à la p 15. L’IAS parle même d’une hausse de 30 à 50 % : Institut des administrateurs de sociétés (section du Québec), « La capacité pour le conseil d’administration « de simplement dire non » » (2013) à la p 10, en ligne : IAS <http://www.iasquebec.com/pdf/ias_doc_prise_de_position_sieges_sociaux_2013_fr.pdf>.

87. Lettre de l’IGOPP, *supra* note 85 à la p 6. Voir aussi : Nicholls, *supra* note 34 à la p 279.

88. Lettre de l’IGOPP, *supra* note 85 à la p 6.

89. Yalden, *supra* note 40 à la p 417 ; Parsons, *supra* note 32 à la p 143.

90. Yalden, *supra* note 40 à la p 418.

91. Groupe de travail sur la protection des entreprises québécoises, *Le maintien et le développement des sièges sociaux au Québec*, Québec, Ministère des Finances, 2014 à la p 28, en ligne : <http://www.groupe.finances.gouv.qc.ca/GTPEQ/Document/Rapport_FR_GTPEQ.pdf> [Rapport du GTPEQ].

92. Parsons, *supra* note 32 à la p 144.

93. *Ibid.*

tulent certains, en fin de compte, la vente de la société aurait persisté à être le dénouement quasi inévitable d'une OPA hostile⁹⁴.

Il convient néanmoins de noter que le bien-fondé de ce postulat est remis en cause par des partisans du *statu quo* idéologique, qui citent à l'appui les statistiques d'une récente étude portant sur l'ensemble des OPA hostiles lancées au Canada entre 2005 et 2014⁹⁵. Ce plaidoyer est peu convaincant, puisque l'étude en question a révélé que les cibles n'étaient demeurées indépendantes que dans 28 % des cas⁹⁶, ce qui, en tout respect pour l'opinion contraire⁹⁷, demeure fort maigre. De plus, ce serait faire abstraction de deux autres études récentes, qui ont clairement fait foi de la véracité de ce postulat en ce qui concerne les OPA d'envergure. En effet, la première révélait que parmi les OPA hostiles d'une valeur déclarée minimale de 50 millions \$ ayant visé des sociétés canadiennes entre 2006 et 2013, 78 % d'entre elles se sont soldées par un changement de contrôle⁹⁸. Selon la seconde, ce chiffre grimperait à 86 %⁹⁹ pour les transactions d'une valeur supérieure à 100 millions \$ ayant clôturé entre 2000 et 2013.

Or, le Projet 62-105 n'aurait sans doute rien changé à ce tableau. C'est pourquoi l'AMF, estimant elle aussi que ce projet des ACVM n'allait pas assez loin, a décidé de faire bande à part et de publier sa propre proposition de réforme¹⁰⁰.

94. Rapport du GTPEQ, *supra* note 91 à la p 29. Voir aussi : Carol Liao, « A Canadian Model of Corporate Governance » (2014) 37 Dalhousie L J 559 à la p 568.
95. Lettre de la Coalition canadienne pour une saine gouvernance aux ACVM (29 juin 2015) à la p 3, en ligne : AMF <https://www.lautorite.qc.ca/files/pdf/consultations/anterieures/valeurs-mobilieres/62-104_fin29juin2015/ccgg.pdf> [Lettre de la CCGG (2015)].
96. Cette statistique portait plus précisément sur les cas où l'initiateur était le « premier joueur » à proposer un changement de contrôle au sein de la société visée, et non sur ceux où l'initiateur annonçait « une « OPA de surenchère » qui offre aux actionnaires de l'émetteur visé une solution de rechange publique à une opération existante appuyée par l'émetteur visé » : Fasken Martineau DuMoulin LLP, « 2015 Canadian Hostile Take-Over Bid Study » (2015) à la p 15, en ligne : Fasken <https://response.fasken.com/offers/etude-OPA-hostiles-canadiennes-2015_Fasken-Martineau.pdf>.
97. *Ibid* à la p 16 ; Lettre de la CCGG (2015), *supra* note 95 à la p 3.
98. Au profit de l'initiateur dans 50 % des cas, et au profit d'une tierce partie dans 28 % des cas : Blake, Cassels & Graydon LLP, « Canadian Hostile Bid Study 2014 » (2014) à la p 14, en ligne : Blakes <<http://www.blakesfiles.com/PDFs/Blakes%202014%20Canadian%20Hostile%20Bid%20Study.pdf>>.
99. Au profit de l'initiateur dans 54 % des cas, et au profit d'un tiers dans 32 % des cas : Lettre de l'IAS (2013), *supra* note 82 à la p 2 (note de bas de page 1).
100. Proposition de l'AMF, *supra* note 11 à la p 2.

B) La Proposition de l'AMF : où « harmonisation » et « protection des actionnaires » sont synonymes

La Proposition de l'AMF, intitulée « Un regard différent sur l'intervention des autorités en valeurs mobilières dans les mesures de défense », portait fort bien son nom. Elle suggérait notamment de jeter l'Avis 62-202 aux oubliettes et de le remplacer « par une nouvelle instruction générale sur les mesures de défense qui reconnaîtrait explicitement l'obligation fiduciaire dont les administrateurs doivent s'acquitter envers leur société lorsqu'ils réagissent à une OPA non sollicitée et redéfinirait l'intervention des autorités au motif de l'intérêt public »¹⁰¹.

L'AMF a reconnu que le régime actuel avantageait les initiateurs de manière démesurée, qu'il était structurellement coercitif pour les actionnaires de la cible, et que l'Avis 62-202 avait été indûment utilisé pour entraver l'exercice par les administrateurs de leurs devoirs fiduciaires envers la société¹⁰². C'est ce qui justifiait, selon elle, une réforme de l'ampleur de celle qu'elle proposait.

Les changements préconisés par l'AMF s'articulaient autour de deux grands pôles.

i) Une cure de jouvence pour le régime des mesures défensives

Le premier était l'abrogation pure et simple de l'Avis 62-202, puis la mise en œuvre d'une nouvelle instruction générale qui témoignerait d'une bien plus grande déférence envers les actions prises par les administrateurs pour s'acquitter de leurs devoirs fiduciaires. Selon l'AMF,

les autorités devraient considérer que les mesures de défense ne sont pas préjudiciables à l'intérêt public et limiter leur interven-

101. *Ibid.*

102. *Ibid.* à la p 9 ; Autorités canadiennes en valeurs mobilières, *Avis 62-306 des ACVM: Le point sur le projet de Règlement 62-105 sur les régimes de droits des porteurs et sur le document de consultation de l'Autorité, Un regard différent sur l'intervention des autorités en valeurs mobilières dans les mesures de défense* (Avis), Canada, 2014 à la p 3, en ligne : AMF <<https://www.lautorite.qc.ca/files/pdf/reglementation/valeurs-mobilières/0-avis-acvm-staff/2014/2014sept10-62-306-avis-acvm-fr.pdf>> [Avis 62-306].

tion en conséquence, à moins que les porteurs ne se trouvent privés de leur droit d'examiner une offre faite de bonne foi parce que le conseil n'a pas géré adéquatement les conflits d'intérêts des administrateurs ou des dirigeants, et sauf circonstances exceptionnelles où il y a violation manifeste des droits des porteurs ou atteinte au bon fonctionnement des marchés des capitaux.¹⁰³

Par conséquent, sauf en cas d'abus ou de violation manifeste des droits des actionnaires, les ACVM se seraient abstenues d'intervenir et auraient laissé aux *tribunaux* le soin de déterminer s'il était légitime pour le conseil, en vertu de ses devoirs fiduciaires, de mettre en œuvre des mesures défensives¹⁰⁴. Le recours à celles-ci aurait donc été analysé en fonction de la règle de l'appréciation commerciale¹⁰⁵, connue en anglais sous le vocable de *business judgment rule*.

Cette proposition était loin d'être inédite. En 1983 déjà, soit avant même que les ACVM ne s'approprient le champ de réglementation des mesures défensives, un comité formé d'avocats praticiens mandatés par la CVMO s'était dit d'avis que les tribunaux devraient avoir un rôle accru dans l'examen de questions de droit relatives aux OPA¹⁰⁶. En 2008, le Groupe d'étude sur les politiques en matière de concurrence avait suggéré que les ACVM abrogent l'Avis 62-202, cessent de réglementer les mesures défensives, et, comme aux États-Unis, laissent les tribunaux se pencher sur la conduite des administrateurs dans le cadre de prises de contrôle¹⁰⁷. La Proposition de l'AMF faisait donc écho à ces recommandations, sans pour autant y faire explicitement référence.

La question clef demeure la suivante : les tribunaux canadiens devraient-ils – et pourraient-ils – assumer un plus grand rôle dans l'examen des mesures anti-OPA mises en place par le conseil d'administration ?

103. Proposition de l'AMF, *supra* note 11 aux pp 16 et 17.

104. Yalden, *supra* note 40 à la p 420.

105. Paul Martel, *La société par actions au Québec*, vol 1, Montréal, Wilson & Lafleur Martel Ltée, 2016, au para 33-210.1.

106. Gordon Coleman, Garfield Emerson et David Jackson, *Report of the Committee to Review the Provisions of the Securities Act (Ontario) relating to Take-over Bids and Issuer Bids*, Toronto, 1983 à la p 5.

107. Groupe d'étude sur les politiques en matière de concurrence, *Foncer pour gagner*, Ottawa, Industrie Canada, 2008 à la p 91, en ligne : Industrie Canada <[https://www.ic.gc.ca/eic/site/cprp-gepmc.nsf/vwapj/Foncer_pour_gagner.pdf/\\$FILE/Foncer_pour_gagner.pdf](https://www.ic.gc.ca/eic/site/cprp-gepmc.nsf/vwapj/Foncer_pour_gagner.pdf/$FILE/Foncer_pour_gagner.pdf)>.

Certains prétendent que le Canada n'a pas l'infrastructure judiciaire requise pour ce faire, puisque les tribunaux canadiens ne jouissent pas de l'expertise de leurs homologues américains au sujet des OPA¹⁰⁸. Ils soumettent qu'au pays, ce sont les ACVM qui ont cette expertise¹⁰⁹, et que s'en remettre aux tribunaux pourrait se révéler une option plus lente et plus onéreuse¹¹⁰.

D'autres ont une opinion complètement différente, et arguent que les tribunaux canadiens sont bien mieux outillés que par le passé¹¹¹. Ils ajoutent que de toute façon, il s'agit de l'unique *forum conveniens* habilité à établir si les administrateurs se sont conformés à leurs devoirs fiduciaires dans le cadre d'une OPA¹¹², la CVMO ayant d'ailleurs elle-même reconnu que cette question outrepassait sa compétence¹¹³. De plus, ils soulignent que les ACVM ont deux importants désavantages par rapport aux tribunaux de droit commun. D'abord, contrairement à ces derniers, elles ne sont pas liées à de rigoureuses règles de preuve¹¹⁴. Si cette souplesse les aide à traiter des dossiers avec célérité, elle les empêche par contre de faire un examen suffisamment détaillé de la conduite des administrateurs¹¹⁵. Ensuite, leur structure fragmentée est propice à l'immobilisme et à une mise en œuvre inconstante de leurs politiques ; la saga *Neo*, *Pulse Data*, *Lions Gate* et *Baffinland* en fait foi¹¹⁶. Il est vrai, comme le rétorquent certains¹¹⁷, que les tribunaux

-
- 108. Lettre de la Coalition canadienne pour une bonne gouvernance aux ACVM (12 juillet 2013) aux pp 4 et 8, en ligne : AMF <http://www.lautorite.qc.ca/files/pdf/consultations/anterieures/valeurs-mobilieres/commentaires_62-105/cancoalition62105130712.pdf> [Lettre de la CCGG (2013)] ; Podolny, *supra* note 7 à la p 83.
 - 109. Lettre de la CCGG (2013), *supra* note 108 à la p 8 ; Lettre de McMillan, *supra* note 82 à la p 18.
 - 110. Lettre de la CCGG (2013), *supra* note 108 à la p 8.
 - 111. Waitzer et Vanderpol, *supra* note 8 à la p N-62 ; Vanderpol et Waitzer, *supra* note 57 à la p 660 ; Liao, *supra* note 94 à la p 589. Certains pensent même que les tribunaux canadiens sont maintenant tout aussi capables de composer avec des dossiers relatifs à des OPA que les tribunaux américains : Lettre de Norton Rose (2013), *supra* note 47 à la p 2.
 - 112. Lettre de Bennett Jones LLP aux ACVM (12 juillet 2013) à la p 7, en ligne : AMF <http://www.lautorite.qc.ca/files/pdf/consultations/anterieures/valeurs-mobilieres/commentaires_62-105/bennett62105130712.pdf>.
 - 113. *Re Magna International Inc.* (2010), 34 OSCB 1290 au para 198.
 - 114. Waitzer et Vanderpol, *supra* note 8 à la p N-62 ; Liao, *supra* note 94 à la p 592.
 - 115. Sean Vanderpol et Edward J Waitzer, « Addressing the Tension between Directors' Duties and Shareholder Rights – A Tale of Two Regimes » (2012) 50 Osgoode Hall L J 177 à la p 209.
 - 116. Waitzer et Vanderpol, *supra* note 8 à la p N-62.
 - 117. Lettre de la CCGG (2013), *supra* note 108 à la p 8.

d'une province ne sont pas liés par les décisions rendues ailleurs au pays. Toutefois, ils sont soumis à la règle du *stare decisis*, ce qui assure à tout le moins une cohérence intraprovinciale et un respect des arrêts de la Cour suprême. Les ACVM, pour leur part, ne sont même pas liées par leurs propres décisions antérieures¹¹⁸.

En outre, plusieurs croient que les autorités en valeurs mobilières risquent d'être excessivement conservatrices et d'être réfractaires à l'idée d'adopter des règles explicites¹¹⁹. Le fait que les ACVM refusent obstinément d'exercer leurs pouvoirs dans le respect des principes du droit des sociétés en serait d'ailleurs la preuve¹²⁰. D'autres croient que les autorités réglementaires sont susceptibles de favoriser les intérêts privés des groupes qui les appuient le plus, au lieu de promouvoir l'intérêt public¹²¹. Des spécialistes en valeurs mobilières s'inquiètent ainsi de l'influence démesurée que les lobbys promouvant la cause des investisseurs exercent sur les ACVM¹²². Dans le même ordre d'idées, certains craignent que les autorités réglementaires soient portées à servir leurs propres intérêts, en tentant par exemple de protéger et d'étendre leur champ de compétence¹²³. Or, leur entêtement à vouloir réglementer des questions relevant du droit corporatif, comme la conduite des administrateurs dans le cadre de prises de contrôle, pourrait être perçu comme une telle tentative d'expansion et de protection « territoriale »¹²⁴.

En agissant de la sorte, les autorités réglementaires ont indéniablement freiné le développement, par les tribunaux canadiens, du droit relatif aux devoirs des administrateurs dans le cadre d'OPA hostiles¹²⁵. Il s'agit d'ailleurs d'un cercle vicieux, puisque c'est ce qui a amené les tribunaux, au fil du temps, à faire preuve d'une déférence excessive envers les ACVM¹²⁶. Ainsi, comme les ACVM

118. Wildgoose Brown, *supra* note 49 à la p 301.

119. Comme le rapporte Patrick Moyer, « The Regulation of Corporate Law by Securities Regulators: A Comparison of Ontario and the United States » (1997) 55 U T Fac L Rev 43 à la p 66.

120. *Ibid* à la p 67.

121. *Ibid* à la p 65.

122. Liao, *supra* note 94 aux pp 593 à 595.

123. Moyer, *supra* note 119 à la p 66.

124. *Ibid*.

125. Rousseau et Desalliers, *supra* note 3 au para 191 ; Moyer, *supra* note 119 aux pp 68 et 69 ; Ronald J Daniels et Jeffrey G MacIntosh, « Toward a Distinctive Canadian Corporate Law Regime » (1991) 29 Osgoode Hall L J 863 à la p 899.

126. Vanderpol et Waitzer, *supra* note 115 aux pp 208 et 209.

sont en bonne partie responsables du fait que le droit canadien en la matière soit moins étoffé qu'au Delaware¹²⁷, il serait cavalier de leur part de brandir cet argument en espérant pouvoir conforter leur rôle démesuré dans l'examen des mesures défensives.

Comme l'a déclaré la Caisse de dépôt et placement du Québec avec justesse,

transférer aux tribunaux la responsabilité de trancher ces questions ne garantit pas que les bonnes décisions seront rendues et il est clair que des chambres commerciales avec des juges connaissant le milieu des affaires seront des éléments essentiels au succès [de ce transfert]. Cependant, [...] cela est préférable à la situation actuelle qui fait des commissions des valeurs mobilières un arbitre non pas sur des questions de réglementation des valeurs mobilières mais sur des questions relevant du devoir fiduciaire des administrateurs.¹²⁸

Cet aspect de la Proposition de l'AMF était donc du meilleur aloi. En reconnaissant le rôle important que les tribunaux devraient jouer et en tentant d'harmoniser la réglementation des valeurs mobilières avec les devoirs fiduciaires des administrateurs, l'AMF témoignait d'une ouverture d'esprit aussi remarquable que rarissime chez les ACVM¹²⁹.

ii) L'éradication du dilemme du prisonnier

Le second pôle de la réforme prônée par l'AMF, contrairement au premier, a été repris dans la Modification de 2016. L'organisme québécois recommandait de modifier le régime des OPA en instaurant une condition irrévocable de dépôt minimal qui, si satisfaite, entraînerait la prolongation de l'offre pour une période de 10 jours¹³⁰. De par cette condition de dépôt minimal, plus de 50 % des actions en circulation détenues par des porteurs autres que l'initiateur ou ses alliés devraient être déposées pour que l'initiateur puisse prendre livraison de quelque titre que ce soit en vertu de l'offre¹³¹.

127. Voir généralement Vanderpol et Waitzer, *supra* note 115, qui expliquent comment les ACVM ont usé de leur compétence en matière d'intérêt public pour s'arroger de vastes pouvoirs discrétionnaires et s'appropriier le champ de réglementation des mesures anti-OPA, laissé vacant par le législateur.

128. Lettre de la Caisse de dépôt (2013), *supra* note 58 à la p 4.

129. Yalden, *supra* note 40 aux pp 420 et 421.

130. Proposition de l'AMF, *supra* note 11 à la p 18.

131. *Ibid.*

Ce « mécanisme de vote collectif », inspiré des clauses sur les offres permises qui sont souvent enchâssées dans les régimes de droits canadiens, conditionne le succès de l'OPA à ce que « la majorité des porteurs indépendants « votent » en faveur de l'offre, quel que soit le nombre de titres pris en livraison à la fin du processus »¹³². Ce faisant, il a l'avantage d'amenuiser les risques de dépôt sous pression, surtout si l'offre est prolongée pendant 10 jours par la suite. En effet, sachant pertinemment qu'ils jouiraient encore de ce laps de temps pour déposer leurs titres si l'OPA devait s'avérer fructueuse, « les porteurs moins avertis ou indécis ne subiraient aucune pression pour vendre leurs titres sur le marché ou à l'initiateur par crainte de se retrouver minoritaires »¹³³. En d'autres mots, ils ne seraient pas confrontés à un dilemme du prisonnier comme cela a trop souvent été le cas par le passé.

Si l'on peut difficilement disconvenir des bienfaits de la condition de dépôt minimal en matière de lutte contre la coercition structurelle, certains doutent qu'elle soit une mesure susceptible de compliquer la tâche des initiateurs en pratique¹³⁴. Les réserves qui ont été émises à ce sujet seront discutées plus avant dans la section 3A).

En conclusion, avec sa proposition novatrice, l'AMF venait de réaliser un tour de force remarquable : harmoniser le régime des mesures défensives avec le droit des sociétés canadien, tout en protégeant davantage les actionnaires. Hélas, sauf pour ce qui est de son second pôle, la Proposition de l'AMF a connu le même sort que le Projet 62-105, en étant écartée au profit de la Modification de 2016.

C) Le Rapport du Groupe de travail sur la protection des entreprises québécoises : efforts louables, effets démesurés?

Contrairement aux deux premières propositions, qui émanaient d'autorités en valeurs mobilières, celle dont il sera question dans les pages suivantes résultait de l'initiative du législateur québécois.

132. *Ibid.*

133. *Ibid* à la p 19.

134. Snyder, *supra* note 10 aux pp 130 et 131.

Le 7 juin 2013, le Groupe de travail sur la protection des entreprises québécoises était mis sur pied par le ministre des Finances et de l'Économie de l'époque, Nicolas Marceau. Le GTPEQ avait pour mandat de proposer des mesures défensives susceptibles de permettre aux entreprises québécoises de mieux contrer des OPA hostiles, ainsi que des mesures favorisant la préservation et la croissance des sièges sociaux de la province¹³⁵. Le gouvernement du Québec mettait ainsi en relief un autre aspect du débat entourant les mesures défensives, soit le risque que la province perde des sièges sociaux en raison de l'incapacité des administrateurs à repousser les assauts d'offrants étrangers¹³⁶.

Sept mois plus tard, soit en février 2014, le GTPEQ rendait un rapport intitulé « Le maintien et le développement des sièges sociaux au Québec ». Avec ce rapport, le Groupe de travail cherchait à donner aux sociétés constituées en vertu de la LSAQ un « coffre à outil » qui, en pratique, forcerait l'initiateur d'une OPA à obtenir l'aval du conseil d'administration de l'émetteur visé¹³⁷. Avant de plonger dans l'analyse des mesures proposées, notons que si n'importe laquelle de ces dernières avait été adoptée par le conseil d'une société, les actionnaires auraient pu la retirer des statuts via une résolution spéciale¹³⁸.

i) Le droit de vote majoré: une mesure à l'efficacité douteuse

Le premier outil que le GTPEQ proposait de mettre dans ce coffre était la possibilité de moduler le droit de vote en fonction de la durée de détention des actions. En effet, le Groupe de travail trouvait illogique que les « actionnaires touristes » qui achètent des titres de l'émetteur visé dans l'unique but de réaliser rapidement un profit puissent, au même titre que les actionnaires qui détiennent leurs actions depuis longtemps, statuer sur des mesures

135. Rapport du GTPEQ, *supra* note 91 à la p 1.

136. Neill May, « Pills but no Perfect Cures » (2014) 38:4 Can Lawyer 14 à la p 14. À cet égard, l'IAS rapporte que « [s]elon le Conference Board et l'Institut Fraser, le nombre de sièges sociaux au Canada a sérieusement chuté depuis 1999 (à l'exception de Calgary) et les prises de contrôle en sont la raison principale » : Institut des administrateurs de sociétés (section du Québec), *supra* note 86 à la p 10.

137. Rapport du GTPEQ, *supra* note 91 à la p 2.

138. *Ibid* aux pp 45 et 46.

anti-OPA¹³⁹. Il souhaitait au contraire que les actionnaires à long terme puissent avoir un poids relatif plus important au sein de l'actionnariat de la société¹⁴⁰. C'est dans cette optique qu'il recommandait que les émetteurs soient libres de conférer, dans leurs statuts, un droit de vote additionnel aux actions votantes détenues par le même propriétaire véritable depuis deux ans ou plus¹⁴¹.

Cette mesure est certes unique en son genre, mais qu'en est-il de son efficacité et de sa légitimité ?

C'est sans doute en France que la question du bien-fondé du droit de vote double a fait couler le plus d'encre, puisque ce dispositif est spécifique à ce pays¹⁴². Il s'agit d'ailleurs d'une mesure populaire, 68 % des sociétés du SBF 250 et 52,5 % des sociétés du CAC 40 ayant choisi de l'introduire dans leurs statuts¹⁴³ avant l'entrée en vigueur de la loi Florange¹⁴⁴.

Comme l'explique un auteur, les partisans de cette mesure lui prêtent plusieurs vertus :

[Le droit de vote double serait] un moyen d'accroître l'influence des actionnaires historiques contre celle exercée par les investisseurs court terme et les fonds activistes, lesquels privilégieraient les politiques de gestion court terme ; de favoriser la présence d'actionnaires forts, dont l'engagement sur le long terme constituerait une garan-

139. *Ibid* à la p 20. C'est donc sans surprise que le GTPEQ n'était pas favorable au Projet 62-105.

140. *Ibid*.

141. *Ibid* à la p 45.

142. Nicolas Chêne, *Le droit de vote double en France – Panorama de son utilisation et impact en termes de valorisation des sociétés*, mémoire de recherche en finance, HEC Paris, 2008 aux pp 15 à 17 [non publié]. Quoique l'Italie ait flirté avec l'idée d'autoriser le droit de vote double, elle a finalement changé son fusil d'épaule en février 2015, cédant aux pressions des investisseurs institutionnels : Laurence Boisseau, « Droit de vote double : l'Italie fait machine arrière », *Les Échos* (9 février 2015), en ligne : Les Échos <http://www.lesechos.fr/journal20150209/lec2_finance_et_marches/0204140835822-droits-de-vote-double-litalie-fait-machine-arriere-1091377.php>.

143. Alain Couret, « Le retour du débat sur le droit de vote double » (2013) JCP E 1518 au para 4 (LexisNexis SA).

144. *Loi no. 2014-384 du 29 mars 2014 visant à reconquérir l'économie réelle*, JO, 1^{er} avril 2014, 6227. Cette loi prévoit que le droit de vote double sera, par défaut, automatiquement attribué aux actions des sociétés cotées sur un marché réglementé qui sont détenues par un même actionnaire depuis deux ans : Art L. 225-123, al 3 du *Code de commerce*, JO, 21 septembre 2000, 14783 (partie législative).

tie de financement pérenne et d'une stratégie créatrice de valeur ; *mais aussi d'accroître la capacité de résistance des sociétés contre les offres publiques inamicales, les détenteurs d'actions à droit de vote double étant réputés moins enclins à apporter leurs titres à une telle offre.*¹⁴⁵ (italiques ajoutés)

On pourrait ajouter qu'en récompensant la fidélité des porteurs et en stabilisant l'actionnariat, le droit de vote double « favorise une gouvernance d'entreprise efficace et soutenable à long terme »¹⁴⁶, et « est un facteur appréciable de stabilité sur les marchés financiers »¹⁴⁷. De plus, cette mesure a l'avantage d'être équitable, puisque tout actionnaire demeurant loyal pendant deux ans, quel qu'il soit, en bénéficiera¹⁴⁸.

Cependant, le droit de vote double français a ses détracteurs, qui fondent principalement leur opposition sur le fait qu'il s'agit d'une entorse au principe « une action = une voix ». En effet, ils font d'abord valoir que le droit de vote double viole la démocratie actionnariale¹⁴⁹ : en faussant l'expression démocratique des porteurs¹⁵⁰, il « favoriser[ait] indûment certaines positions au détriment de la majorité des actionnaires »¹⁵¹. De plus, d'aucuns prétendent qu'une telle entorse pourrait faciliter l'enracinement du conseil en verrouillant le pouvoir, et nuire à la valeur de la société¹⁵².

Invoquer ces arguments pour s'opposer à l'importation du droit de vote double au Québec (ou ailleurs au Canada) serait

-
145. Stéphane Torck, « L'attribution automatique du droit de vote double » (2014) 7 Dr sociétés dossier 7 au para 2 (LexisNexis SA).
146. Arnaud Reygrobellet, « Proportionnalité entre capital et contrôle : faut-il interdire toute dérogation au principe « une action = une voix » ? » (2007) RTDF 101 au para 24.
147. *Ibid* au para 28.
148. Couret, *supra* note 143 au para 4.
149. Alain Couret, « Le droit de vote double » (2014) BJB 488 aux para 1 et 4 (Lex-tenso).
150. *Ibid* au para 5.
151. Couret, *supra* note 143 au para 6.
152. Alexandre Garel, Cyril Deniaud et Sophie Vermeille, « Réflexions sur le court-termisme de certains dirigeants et actionnaires de sociétés cotées. La généralisation des droits de vote double dans les sociétés cotées est-elle une réponse adaptée ? » (2014) RTDF 81 aux pp 13 et 14, en ligne : Droit & Croissance <<http://droitetroissance.fr/wp-content/uploads/2014/03/QA-g%C3%A9n%C3%A9ralisation-droits-de-vote-double.pdf>> ; Michel Storck et Thibault de Ravel d'Esclapon, « Faut-il supprimer les actions à droit de vote double en droit français ? » (2009) BJS 92 aux pp 2 et 5 (Lextenso).

toutefois absurde, puisque les actions multivotantes y sont parfaitement légales depuis des lustres, et constituent un bien plus grand accroc au principe « une action = une voix ». En revanche, il est vrai que la mesure proposée par le GTPEQ contreviendrait au droit à l'égalité de traitement reconnu aux actionnaires par la LSAQ, puisque les détenteurs d'actions d'une même catégorie ne jouiraient pas tous des mêmes droits¹⁵³. Il faudrait donc que cette loi soit modifiée en conséquence et que le droit de vote additionnel y soit clairement balisé.

Pour le législateur québécois, la critique la plus pertinente que l'on pourrait formuler à l'égard du droit de vote double concerne plutôt son efficacité à titre de moyen de défense anti-OPA, dont on peut douter pour deux raisons.

Premièrement, il est permis de remettre en cause la véracité du postulat selon lequel les actionnaires fidèles ont davantage à cœur les intérêts à long terme de la société que les actionnaires à court terme, et que le droit de vote double amenuiserait ainsi les chances de succès d'une OPA hostile¹⁵⁴. Après tout, la transformation radicale de l'actionnariat à la suite de l'annonce d'une offre inamicale signifie que bien des actionnaires soi-disant « à long terme » n'hésitent pas à vendre leurs titres à des arbitragistes ou des fonds spéculatifs qui, eux, appuient l'OPA sans réserve¹⁵⁵. Néanmoins, une chose demeure certaine : le droit de vote additionnel ne pourrait nullement se révéler une arme à double tranchant et, en fait, *accroître* les chances de succès de l'OPA. En effet, puisque ce droit s'attache au porteur plutôt qu'à l'action, il s'éteint dès lors que l'actionnaire à long terme vend ses titres. C'est donc dire que si l'initiateur ou des « actionnaires touristes » favorables à l'OPA devaient acquérir ces actions, elles ne leur conféreraient pas un droit de vote majoré.

Deuxièmement, on peut douter de l'efficacité du droit de vote additionnel en sol québécois puisque l'actionnariat des sociétés

153. Art 49 LSAQ. La LCSA reconnaît également ce droit à son article 24(3). Voir aussi *McClurg c Canada*, [1990] 3 RCS 1020.

154. Eva Moulat-Bassilana et Irina Parachkévova, « Les apports de la loi Florange au droit des sociétés » (2014) BJS 314 à la p 2 (Lextenso) ; Reygrobellet, *supra* note 146 au para 31.

155. Nicholls, *supra* note 34 à la p 279 ; Lettre de l'IGOPP, *supra* note 85 aux pp 6 et 7.

canadiennes est déjà fortement concentré¹⁵⁶. Au Canada, le sort d'une OPA – et donc de l'émetteur visé – est souvent entre les mains d'un actionnaire majoritaire, et le fait qu'un actionnaire fortement minoritaire mais fidèle acquière un droit de vote additionnel n'y changerait rien. Comme l'a illustré un auteur français, « doubler son infime puissance de vote ne le rendra pas moins négligeable »¹⁵⁷.

Cependant, la possibilité de conférer un droit de vote additionnel était loin d'être le seul outil que le GTPEQ proposait de donner aux sociétés pour qu'elles puissent mieux se défendre contre les OPA hostiles.

**ii) Les autres modifications législatives proposées :
un remède de cheval ?**

Le GTPEQ a effectivement aussi recommandé de permettre à la cible de priver l'initiateur des droits de vote que lui confèrent les actions qu'il détient depuis le dépôt de l'offre¹⁵⁸. L'initiateur ne pourrait réacquiescer ses droits de vote que si les autres porteurs, excluant les administrateurs et les dirigeants-actionnaires, y consentent via une résolution à la majorité des deux tiers¹⁵⁹. Cette mesure est inspirée des « control shares acquisition statutes » que l'on retrouve dans plus de la moitié des États américains¹⁶⁰. Son effet dissuasif réside dans le fait qu'à moins de parvenir à convaincre les porteurs qui n'ont pas déposé leurs titres à l'OPA d'adopter une telle résolution, l'initiateur ne pourrait pas jouir des droits de vote assortis aux actions acquises grâce à son offre¹⁶¹. C'est pourquoi il aurait avantage à solliciter la convocation de l'assemblée *préalablement* au lancement de son OPA, « car à ce moment les actionnaires qui voteront incluront ceux qui sont susceptibles d'accepter cette offre ; pleinement renseignés sur les intentions de l'offrant quant à la société, ils pourront en toute connaissance de cause lui accorder la majorité requise »¹⁶². Or, l'émetteur visé profitera des délais occasionnés par ces démarches pour négocier

156. Podolny, *supra* note 7 à la p 80 ; Rousseau et Desalliers, *supra* note 3 au para 183.

157. Patrick Ledoux, *Le droit de vote des actionnaires*, collection « Bibliothèque de droit privé », Paris, LGDJ, 2002 au para 357.

158. Rapport du GTPEQ, *supra* note 91 à la p 45.

159. *Ibid.*

160. Martel, *supra* note 6 à la p 2.

161. *Ibid* à la p 4.

162. *Ibid.*

avec l'offrant ou pour tenter de dénicher un chevalier blanc¹⁶³. On peut toutefois douter de l'efficacité de cette mesure lorsqu'employée seule, puisque chez nos voisins du Sud, la plupart des États ont décidé de la renforcer en adoptant des mesures supplémentaires, dont des « business combination statutes »¹⁶⁴.

Il s'agit peut-être de la raison pour laquelle le GTPEQ a également recommandé une mesure s'apparentant à ces « business combination statutes ». Ainsi proposait-il que la LSAQ soit modifiée de manière à permettre aux émetteurs de décréter l'interdiction, suite à une OPA et pendant cinq ans, « [d']une fusion ou autre regroupement des actifs de la société avec ceux de l'offrant ou une vente importante d'actifs représentant 15 % de la société »¹⁶⁵. La prise de contrôle de la cible devient dès lors bien moins attrayante pour l'initiateur, surtout s'il avait l'intention d'effectuer à court terme de telles opérations suite à une OPA fructueuse afin de la financer¹⁶⁶.

En outre, le Groupe de travail a estimé que les émetteurs devraient pouvoir contraindre l'offrant à leur remettre « les profits réalisés dans les 24 mois suivant l'OPA lors de la revente de titres de la société acquis au cours des 12 mois précédant le lancement de l'OPA »¹⁶⁷. Cela n'est pas sans rappeler certaines mesures draconiennes adoptées par la Pennsylvanie et l'Ohio¹⁶⁸.

Finalement, alors que la LSAQ autorise déjà les conseils renouvelables par tranches¹⁶⁹, le Groupe de travail a renchéri en proposant de permettre aux émetteurs d'interdire la destitution avant terme d'un administrateur dont le mandat n'excède pas

163. *Ibid.*

164. *Ibid.*

165. Rapport du GTPEQ, *supra* note 91 à la p 45.

166. Martel, *supra* note 6 à la p 4.

167. Rapport du GTPEQ, *supra* note 91 à la p 45.

168. Pa Cons Stat Ann tit 15 §§ 2571-2575 (West 1995) ; Ohio Rev Code Ann § 1707.043 (Anderson 2001). Ces mesures ont été qualifiées de « profit recapture statutes » : Edward F Greene et al, *U.S. Regulation of the International Securities and Derivatives Markets*, 11^e éd, vol 2, New York, Wolters Kluwer, 2015 à la p 9-96. Voir aussi : Lucian A Bebchuk et Allen Ferrell, « On Takeover and Regulatory Competition » (2002) 57 Bus Law 1047 à la p 1054 ; Martel, *supra* note 6 à la p 4 ; Guhan Subramanian, « The Influence of Antitakeover Statutes on Incorporation Choice: Evidence on the "Race" Debate and Antitakeover Overreaching » (2002) 150 U Pa L Rev 1795 aux pp 1857 à 1860.

169. Art 110 LSAQ.

trois ans¹⁷⁰. L'efficacité de cette mesure aurait été cependant fort restreinte en raison des récentes modifications au Guide de la TSX qui ont été évoquées plus haut, et qui exigent que les actionnaires d'une société cotée puissent, lors de chaque assemblée annuelle, élire la *totalité* des administrateurs¹⁷¹. C'est donc dire qu'un émetteur québécois n'aurait pu adopter une telle disposition que s'il avait renoncé à être coté à la bourse torontoise, en choisissant de ne l'être qu'à une bourse américaine par exemple¹⁷².

Le ministre Marceau avait accueilli très favorablement ce rapport dès sa publication, et avait annoncé qu'il comptait suivre ses recommandations en modifiant la LSAQ dans les plus brefs délais¹⁷³. Qui plus est, tout comme le GTPEQ¹⁷⁴, il avait appuyé sans réserve la Proposition de l'AMF et s'était engagé à modifier la *Loi sur les valeurs mobilières*¹⁷⁵ du Québec, si cela devait s'avérer nécessaire pour faciliter sa mise en œuvre¹⁷⁶.

Toutefois, le gouvernement péquiste a été renversé quelques semaines plus tard, et le nouveau ministre des Finances, Carlos Leitão, a tempéré les ardeurs de son prédécesseur¹⁷⁷. En juin 2014, à l'occasion du dépôt du premier budget du gouvernement libéral nouvellement formé, le ministre Leitão a effectivement annoncé qu'il consulterait la communauté financière avant de décider s'il convenait d'appliquer les recommandations du GTPEQ¹⁷⁸. Vu que le ministre Leitão n'a pas donné suite à ces déclarations jusqu'à présent, tout indique que ce rapport a en fin de compte été mis au rencart.

Il est permis de se demander si la mise en œuvre de l'ensemble des propositions du GTPEQ aurait été souhaitable en pratique. En effet, tel que souligné précédemment, l'efficacité du droit de

170. Rapport du GTPEQ, *supra* note 91 à la p 45.

171. Art 461.1 du Guide à l'intention des sociétés de la TSX.

172. Rapport du GTPEQ, *supra* note 91 à la p 36.

173. Ministère des finances et de l'économie, communiqué de presse n° 7, « Publication du rapport sur le Groupe de travail sur la protection des entreprises québécoises » (20 février 2014), en ligne : Ministère des finances <http://www.grouper.finances.gouv.qc.ca/GTPEQ/Documents/Communique_7fr.pdf>.

174. Rapport du GTPEQ, *supra* note 91 aux pp 29 à 31.

175. RLRQ c V-1.1.

176. Ministère des finances et de l'économie, *supra* note 173.

177. Yalden, *supra* note 40 à la p 424.

178. *Ibid.*

vote double est loin d'être acquise. On pourrait également avancer qu'avec la conjonction des autres mesures qu'il proposait, certaines étant inspirées des plus radicales dispositions américaines en la matière, le Groupe de travail allait trop loin. Certes, ces mesures lui auraient sans doute permis d'atteindre son but avoué, soit celui de rendre incontournable l'aval des administrateurs à l'OPA, mais peut-être auraient-elles également eu la conséquence fâcheuse de permettre au conseil de s'enraciner illégitimement.

Par exemple, la recommandation concernant les conseils renouvelables par tranches avait manifestement pour but de faire échec à toute tentative d'évincer des administrateurs via une course aux procurations¹⁷⁹, ce qui semble excessif. Il est vrai que contrairement à ce que les ACVM semblent croire, la solution pour juguler les risques de conflit d'intérêts et d'enracinement du conseil n'est pas de restreindre sa capacité à contrer une OPA hostile en conformité avec ses devoirs fiduciaires, avec pour corollaire de vulnérabiliser les entreprises canadiennes. Il faudrait plutôt se fier sur la capacité des actionnaires à user de leurs bulletins de vote pour discipliner les administrateurs, tout en laissant ces derniers, dans les limites de leurs devoirs fiduciaires, décider de la stratégie à long terme de l'émetteur¹⁸⁰. Même si le système de vote au Canada est imparfait¹⁸¹, un tel modèle serait nettement préférable au cadre réglementaire actuel créé de toutes pièces par les ACVM¹⁸². Encore faut-il, toutefois, s'abstenir de limiter l'aptitude des actionnaires à endiguer les risques d'abus par le biais de la boîte de scrutin, ce qui aurait été la conséquence indésirable de la mise en œuvre de cette recommandation du GTPEQ.

Quoi qu'il en soit, il faut applaudir vivement l'initiative du Groupe de travail et du législateur québécois dans son ensemble. Enfin voyait-on un gouvernement se pencher sur la question des mesures défensives, et, de surcroît, le faire en tenant compte du lien inextricable entre le droit des sociétés et la réglementation des

179. *Ibid.*

180. Wildgoose Brown, *supra* note 49 à la p 330.

181. *Ibid* aux pp 330 à 335.

182. Le modèle du Delaware repose d'ailleurs sur la soupape qu'est la boîte de scrutin : Lucian Bebchuk, John C Coates IV et Guhan Subramanian, « The Powerful Antitakeover Force of Staggered Boards: Theory, Evidence, and Policy » (2001-2002) 54 *Stan L Rev* 887 aux pp 907 et suiv.

valeurs mobilières¹⁸³. En effet, en conférence de presse, le ministre Marceau s'était dit parfaitement conscient de la complexité des enjeux, et de la nécessité que toute réforme des lois sur les valeurs mobilières se fasse en étroite collaboration avec les autres provinces¹⁸⁴. Par ailleurs, il avait annoncé que son gouvernement travaillait de concert avec l'AMF afin d'établir quels changements législatifs seraient souhaitables¹⁸⁵. Or, un tel dialogue entre les gouvernements provinciaux et les ACVM sera manifestement essentiel pour en arriver à une réforme plénière et adéquate du régime actuel¹⁸⁶.

3. LA MODIFICATION DE 2016 : LA FIN DES RÉGIMES DE DROITS AU CANADA ?

En septembre 2014, soit un peu plus d'un an après la fin des consultations sur le Projet 62-105 et sur la Proposition de l'AMF, les ACVM ont annoncé leur intention de ne pas donner suite aux deux projets. Elles ont expliqué qu'elles avaient en fin de compte abandonné l'idée de modifier le régime des mesures défensives, et qu'elles présenteraient sous peu une proposition distincte qui serait plutôt axée sur une modification du *Règlement 62-104 sur les offres publiques d'achat et de rachat*¹⁸⁷. Le premier jet de cette modification (la « Version préliminaire ») a été divulgué quelques mois plus tard¹⁸⁸, et les personnes intéressées étaient invitées à soumettre leurs observations sur ce projet.

C'est le 25 février 2016 que les ACVM ont publié la version finale des changements au régime des OPA (la « Modification de 2016 »), et qu'elles ont annoncé son entrée en vigueur dès le mois de mai¹⁸⁹.

183. Yalden, *supra* note 40 à la p 425.

184. *Ibid* à la p 422.

185. *Ibid*.

186. *Ibid* à la p 425.

187. Avis 62-306, *supra* note 102 à la p 1.

188. Autorités canadiennes en valeurs mobilières, *Projet de Règlement modifiant le Règlement 62-104 sur les offres publiques d'achat et de rachat, Projet de modification de l'Instruction générale 62-203 relative aux offres publiques d'achat et de rachat et Projet de modifications corrélatives* (Avis de consultation), Canada, 2015, en ligne : AMF <<https://www.lautorite.qc.ca/files/pdf/consultations/valeurs-mobilières/juin-2015/2015mars31-62-104-consultations-fr.pdf>> [Version préliminaire].

189. Autorités canadiennes en valeurs mobilières, *Règlement modifiant le Règlement 62-104 sur les offres publiques d'achat et de rachat, Modification de l'Instruction*

La Modification de 2016 s'est manifestement inspirée des commentaires qu'un groupe torontois de praticiens en valeurs mobilières avait formulés dans le cadre des consultations sur le Projet 62-105 et sur la Proposition de l'AMF¹⁹⁰. En effet, à l'instar de ce que proposait ce groupe, la Modification de 2016 apporte les deux changements suivants au régime des OPA¹⁹¹.

A) Le reliquat de la Proposition de l'AMF

Premièrement, elle a retenu un élément de la Proposition de l'AMF, soit l'instauration d'une condition de dépôt minimal de 50 % qui, si respectée, prorogerait la clôture de l'offre d'au moins 10 jours¹⁹². Le Groupe de praticiens avait recommandé en outre de permettre à la majorité des administrateurs indépendants de la cible d'exempter l'initiateur de l'application de ces mesures, s'ils devaient le juger à propos¹⁹³. La Modification de 2016 n'a toutefois pas incorporé cette suggestion.

Tel qu'expliqué précédemment, ces mesures sont fort louables, puisqu'elles protègent les actionnaires de l'émetteur visé en amenuisant les risques de coercition structurelle. Le seul reproche que certains pourraient peut-être formuler à leur égard est qu'en pratique, dans bien des cas, elles sont peu susceptibles de dissuader les OPA hostiles visant tous les titres de l'émetteur¹⁹⁴.

générale 62-203 relative aux offres publiques d'achat et de rachat, Modifications corrélatives (Avis de publication des ACVM sur la modification du régime des OPA), Canada, 2016, en ligne : <<https://www.lautorite.qc.ca/files/pdf/reglementation/valeurs-mobilières/62-104/2016-02-25/2016fev25-62-104-avis-publication-opa-fr.pdf>> [Modification de 2016].

190. Lettre du Ad Hoc Senior Securities Practitioners Group aux ACVM (11 juillet 2013), en ligne : AMF <http://www.lautorite.qc.ca/files/pdf/consultations/antérieures/valeurs-mobilières/commentaires_62-105/adhoc62105130711.pdf> [Lettre du Groupe de praticiens] (ci-après dans le texte le « Groupe de praticiens »).

191. À noter que le Groupe de praticiens proposait également une troisième mesure, soit une réforme des dispenses du régime des OPA dans le but de contrer les prises de contrôle rampantes. Les ACVM ne l'ont pas retenue, expliquant qu'elles « n'envisagent aucune modification aux dispenses existantes » : Avis 62-306, *supra* note 102 à la p 2.

192. Modification de 2016, *supra* note 189 à la p 3.

193. Lettre du Groupe de praticiens, *supra* note 190 à la p 10.

194. Il fait néanmoins peu de doute que la condition de dépôt minimal complique la réalisation d'OPA *partielles*, même si elles sont déjà très rares en pratique au Canada. C'est ce qu'expliquent Jeff Lloyd et Richard Turner, « Fundamental Changes to Take-Over Bid Regime One Step Closer with Release of Draft Amendments » (1^{er} avril 2015), en ligne : Blakes <<http://www.blakes.com/English/Resources/Bulletins/Pages/Details.aspx?BulletinID=2094>> : « For example, a bid

Au premier abord, nous pourrions pourtant être portés à croire le contraire. Après tout, obliger les offrants à obtenir le dépôt de plus de 50 % des actions en circulation détenues par des porteurs qui leur sont indépendants devrait, en théorie du moins, leur compliquer la tâche. Par exemple, si avant le lancement de l'OPA, l'initiateur détient (avec ses alliés) un peu plus de 30 % des actions de la société visée, cette condition le forcerait à obtenir le dépôt de 35 % des actions en circulation, alors que sans cette condition, il n'aurait eu à en obtenir que 20 % pour prendre le contrôle de l'émetteur¹⁹⁵.

Toutefois, en pratique, l'effet de cette mesure sera souvent très limité, puisque la plupart des initiateurs ont une faible participation dans l'émetteur visé avant de donner le coup d'envoi à leur OPA¹⁹⁶. Or, si par exemple l'initiateur détient (avec ses alliés) un peu plus de 5 % des actions de la société avant le lancement de l'OPA, cette condition l'obligerait à obtenir le dépôt de 47,5 % des titres en circulation, alors que sans cette condition, il aurait dû en obtenir 45 %¹⁹⁷. Cette différence de 2,5 % est somme toute assez marginale et ne devrait donc en rien dissuader un initiateur dans cette position de lancer une OPA hostile.

Par contre, en toute franchise, là n'est probablement pas l'objectif premier de cette mesure. Elle vise sans doute plutôt à éviter que les actionnaires ne soient confrontés à un dilemme du prisonnier ; objectif qu'elle devrait atteindre sans difficulté.

for 25 per cent of the shares of a target will need to be accepted by holders of at least 50 per cent of the shares held by disinterested shareholders in order to be successful (with take-up occurring on a *pro rata* basis). As a result, a bidder will need to make its partial bid sufficiently compelling to attract the additional tenders required to satisfy the minimum tender condition, even if the desired number of shares would have been tendered to a less compelling offer ».

195. Snyder, *supra* note 10 à la p 130.

196. *Ibid* aux pp 130 et 131. Une récente étude s'est notamment intéressée à la participation que détiennent les initiateurs (et leurs alliés) au sein de la cible au moment où ils déclenchent leur OPA, en tenant compte des prises de contrôle rampantes et des conventions de dépôt réalisées avant son coup d'envoi (ce que l'étude a qualifié de « position de départ »). Il appert que lors du lancement des 127 OPA d'un « premier joueur » qui ont été réalisées entre 2005 et 2014, la « position de départ » de 39 initiateurs (soit 31 % d'entre eux) était inférieure à 10 %, et que pour 33 autres initiateurs (26 %), elle était carrément nulle : Fasken Martineau DuMoulin LLP, *supra* note 96 à la p 25.

197. Snyder, *supra* note 10 aux pp 130 et 131.

B) La prolongation de la période d'offre

Deuxièmement, les artisans de la Modification de 2016 ont refusé de modifier ne serait-ce qu'une virgule de l'Avis 62-202, et ont plutôt choisi d'allonger la période d'offre minimale en la faisant passer de 35 jours à 105 jours¹⁹⁸.

Dans la Version préliminaire qui avait été soumise pour consultation en 2015, les ACVM avaient d'abord proposé d'allonger cette période à 120 jours, mais se sont ravisées dans la version finale. En effet, elles souhaitaient que les offrants continuent à pouvoir se prévaloir des dispositions législatives sur l'acquisition forcée des titres des actionnaires dissidents, lesquelles s'appliquent généralement lorsque l'offre a été acceptée par 90 % des actionnaires dans les 120 jours de son lancement¹⁹⁹. Une période d'offre de 120 jours, assortie de la prolongation obligatoire de 10 jours dont il a été question plus haut, aurait pu les en empêcher. C'est pourquoi l'allongement de la période d'offre a en fin de compte été limité à 105 jours²⁰⁰.

Aux termes de la Modification de 2016, le délai de base de 105 jours comporte deux exceptions. D'abord, le conseil d'administration pourrait, dans un communiqué, écourter la période d'offre jusqu'à un minimum de 35 jours, auquel cas tant l'OPA initiale que toute offre subséquente bénéficieraient de ce délai abrégé²⁰¹. Ensuite, si l'émetteur devait annoncer avoir convenu d'une opération de remplacement (ce qui inclut les opérations conclues par la cible qui pourraient résulter en son acquisition par un moyen autre qu'une OPA)²⁰², les initiateurs de toute OPA en cours ou subséquente auraient *ipso facto* le droit de limiter leur période d'offre à 35 jours²⁰³.

Dans ses commentaires, le Groupe de praticiens justifiait l'allongement de la période minimale d'offre comme suit :

198. Modification de 2016, *supra* note 189 à la p 3.

199. Voir par exemple : art 398 LSAQ ; art 206 LCSA.

200. Modification de 2016, *supra* note 189 à la p 5.

201. *Ibid* à la p 3.

202. *Ibid* à la p 6.

203. *Ibid* à la p 5.

Our approach is based on our view that target boards are best positioned to oversee and execute a collective target shareholder response in circumstances where a change of control is proposed, but they often need more time to do so than is available under the current regime. *The policy debate should therefore focus on the question of the right minimum bid period [...].* We believe that whatever approach is chosen, it should be implemented by changing the bid rules, not by requiring boards to implement a shareholder rights plan to obtain the benefit of a longer minimum period [...].²⁰⁴ (italiques ajoutées)

En effet, selon ce groupe, les conseils d'administration canadiens se sont traditionnellement servis des régimes de droits afin de disposer de plus de temps pour réagir à une OPA hostile²⁰⁵. Il croyait qu'allonger la période minimale de l'offre devrait leur permettre de gagner du temps sans avoir à recourir à cette mesure défensive²⁰⁶.

Là où le bât blesse, c'est que ce n'est nullement par *choix* que les administrateurs se servent des régimes de droits uniquement à des fins dilatoires, mais bien parce que l'Avis 62-202 et les interventions des ACVM les y *contraignent*. Et c'est justement ce pourquoi il est impératif de modifier cet Avis qui, rappelons-le, est tout aussi désuet que contraire aux enseignements de la Cour suprême. Avec égard, c'est faire fausse route que de prêter aux administrateurs des intentions qui sont inférées du résultat des décisions des ACVM, sur lesquelles le conseil n'a absolument aucun contrôle.

Certes, donner plus de temps aux administrateurs pourrait leur permettre de mieux maximiser la valeur à court terme au profit des *actionnaires*, mais depuis *Peoples* et *BCE*, leurs devoirs fiduciaires envers l'émetteur les obligent à ne plus se limiter à ce seul critère : ils doivent rechercher la maximisation de la valeur de la *société*²⁰⁷, dont les intérêts peuvent diverger de ceux de ses actionnaires²⁰⁸. Or, le simple fait d'allonger la période minimale d'offre ne devrait en rien aider les administrateurs à concilier les

204. Lettre du Groupe de praticiens, *supra* note 190 à la p 4.

205. *Ibid* à la p 13.

206. *Ibid* à la p 4.

207. Crête et Rousseau, *supra* note 37 au para 923.

208. BCE, *supra* note 14 au para 37.

intérêts de l'ensemble des parties intéressées dans le cadre de l'exercice de leurs devoirs fiduciaires. Le maintien intégral de l'Avis 62-202 signifie effectivement que la vente du contrôle de la société demeurera le dénouement quasi inéluctable d'une OPA hostile, et que les intérêts des actionnaires primeront encore et toujours sur ceux des autres parties prenantes. Le régime des mesures défensives persistera à accorder peu d'importance au fait que les administrateurs jugent légitimement qu'un tel aboutissement, bien que profitable à brève échéance pour les porteurs, va à l'encontre des intérêts à long terme de l'entreprise.

Le Groupe de praticiens a prétendu que son approche était préférable au *statu quo*. Il a argué que les interventions des ACVM en matière de mesures défensives avaient mené à un résultat arbitraire, soit de permettre à un régime de droits de freiner une OPA hostile pendant 45 à 55 jours²⁰⁹. Le problème est que la solution préconisée, soit l'imposition d'une durée d'offre minimale de 105 jours, semble au moins tout aussi arbitraire.

En effet, les consultations sur la Version préliminaire des modifications, en 2015, ont démontré l'étendue des dissensions entre les divers intervenants du marché quant à la durée que devrait avoir la période d'offre.

Rappelons qu'à la base, les ACVM avaient proposé d'allonger la période d'offre à 120 jours, en adoptant la suggestion du Groupe de praticiens. Ce dernier s'était justifié en expliquant que selon l'expérience personnelle de ses membres, il s'agissait là du délai minimal dont un conseil doit pouvoir jouir pour réellement maximiser la valeur actionnariale²¹⁰. Plusieurs intervenants se sont toutefois inscrits en faux contre cette analyse.

D'un côté, l'Institut des administrateurs de sociétés a avancé qu'il était fort possible que les 120 jours initialement proposés s'avèrent trop courts pour boucler des négociations avec un offrant, ou pour conclure un arrangement alternatif²¹¹.

209. Lettre du Groupe de praticiens, *supra* note 190 aux pp 7 et 8.

210. *Ibid* à la p 5.

211. Lettre de l'Institut des administrateurs de sociétés aux ACVM (29 juin 2015) à la p 4, en ligne : AMF <https://www.lautorite.qc.ca/files/pdf/consultations/ante-rieures/valeurs-mobilieres/62-104_fin29juin2015/icd_fr.pdf>. Voir aussi : Lettre

De l'autre, les plus ardents défenseurs des intérêts des investisseurs ont au contraire prétendu, chiffres à l'appui, que de 90 à 95 jours étaient généralement suffisants pour susciter l'émergence d'une offre concurrente²¹². Aussi craignaient-ils qu'une période d'offre de 120 jours soit excessivement longue, et qu'elle dissuade à outrance les initiateurs en faisant bondir les coûts de financement des prises de contrôle²¹³. La Caisse de dépôt et placement du Québec a toutefois balayé ces craintes du revers de la main, expliquant que d'après son observation du marché, « un initiateur anticipe généralement des délais bien plus longs que 35 jours et son financement n'est que peu affecté par l'écoulement du temps »²¹⁴. C'est pourquoi elle était convaincue que l'allongement de la période d'offre ne serait pas un frein significatif au lancement d'OPA hostiles²¹⁵.

Malgré tout, la Caisse de dépôt n'a pas manqué de souligner un aspect négatif de la prolongation de la période d'offre. En effet, à l'instar du présent article²¹⁶, elle a fait remarquer que dans les 48 heures suivant l'annonce d'une OPA inamicale, la plupart des actionnaires de la cible ont déjà fait le choix de vendre leurs titres, afin de ne courir aucun risque, ou au contraire de les garder en espérant qu'un autre offrant se manifeste et surenchérisse²¹⁷. Or, elle a fait valoir qu'allonger la durée de l'offre prolongerait également la période d'incertitude quant à l'issue de l'OPA, ce qui pourrait inciter une encore plus grande proportion d'actionnaires, surtout les investisseurs institutionnels, à aliéner leur participation dans la cible si le dépôt d'une offre concurrente devait apparaître douteux. Les arbitragistes et fonds spéculatifs seront

de Norton Rose Fulbright Canada LLP aux ACVM (26 juin 2015) à la p 2, en ligne : AMF <https://www.lautorite.qc.ca/files/pdf/consultations/anterieures/valeurs-mobilieres/62-104_fin29juin2015/norton_rose.pdf> [Lettre de Norton Rose (2015)].

212. Lettre de la Fondation canadienne pour l'avancement des droits des investisseurs aux ACVM (29 juin 2015) aux pp 2 et 3, en ligne : AMF <https://www.lautorite.qc.ca/files/pdf/consultations/anterieures/valeurs-mobilieres/62-104_fin29juin2015/fair.pdf> ; Lettre de la CCGG (2015), *supra* note 95 à la p 3.

213. *Ibid.*

214. Lettre de la Caisse de dépôt et placement du Québec à l'AMF (29 juin 2015) à la p 3, en ligne : <https://www.lautorite.qc.ca/files/pdf/consultations/anterieures/valeurs-mobilieres/62-104_fin29juin2015/caisse.pdf> [Lettre de la Caisse de dépôt (2015)].

215. *Ibid.*

216. Voir *supra*, section 2A).

217. Lettre de la Caisse de dépôt (2015), *supra* note 214 à la p 3.

à l'affût pour acheter massivement les titres de ce nombre accru d'actionnaires déserteurs, et ce, faut-il le rappeler, dans l'unique but de réaliser un profit à court terme. Il deviendra alors plus ardu pour les émetteurs visés de rallier à leur cause une majorité des porteurs présents à l'expiration de la période d'offre – et de demeurer indépendants –, *a fortiori* au sein des sociétés dénuées d'actionnaires de contrôle²¹⁸.

Ces commentaires demeurent pertinents, puisque la différence de 15 jours entre la période d'offre initialement proposée et celle qui a été retenue en fin de compte est somme toute marginale.

Certains ont également critiqué le fait que la période d'offre soit abrégée à 35 jours dès l'annonce par la cible de son intention de conclure une opération de remplacement. En effet, comme les opérations de remplacement prennent d'habitude plus de 35 jours pour être complétées, elles clôtureraient souvent *après* les OPA visant l'émetteur²¹⁹. Les actionnaires pourraient alors être poussés à apporter leurs titres à une offre clôturant préalablement à l'opération de remplacement, même pour une contrepartie moindre, afin de ne pas courir le risque que ladite opération tombe à l'eau²²⁰. Dans l'éventualité où l'opération de remplacement prendrait la forme d'un plan d'arrangement, les initiateurs pourraient profiter de cet avantage temporel dans un moment particulièrement névralgique pour une société fragilisée²²¹. Plus encore, ils pourraient même tirer parti des informations divulguées dans les documents déposés en soutien au plan d'arrangement²²². Somme toute, alors que l'objectif de l'abrègement de la période d'offre est simplement de ne pas causer préjudice aux initiateurs, ces derniers pourraient en fait s'en trouver avantagés²²³.

Une autre facette de la Modification de 2016 qui a été fustigée est son mutisme quant au sort qui sera réservé aux régimes de droits à l'expiration de la période d'offre allongée²²⁴. En effet, les

218. *Ibid* à la p 4.

219. Lettre de Norton Rose (2015), *supra* note 211 à la p 3.

220. *Ibid*.

221. Lettre de la Caisse de dépôt (2015), *supra* note 214 à la p 5.

222. *Ibid*.

223. *Ibid*.

224. Voir par exemple : Lettre d'Osler Hoskin & Harcourt LLP aux ACVM (29 juin 2015) à la p 2, en ligne : AMF <<https://www.lautorite.qc.ca/files/pdf/consultations/>

ACVM n'ont pas expressément endossé la position du Groupe de praticiens, qui suggérait qu'elles interdisent formellement que les régimes de droits demeurent en vigueur au-delà de cette période, sous peine de les frapper automatiquement d'une interdiction d'opérations²²⁵. Elles sont plutôt restées évasives sur cette question, se contentant de réitérer que « l'Avis 62-202 s'applique », et d'affirmer qu'elles « sont prêtes à examiner les mesures prises par le conseil de l'émetteur visé [...] à la lumière de la modification du régime des OPA »²²⁶.

En ce sens, ce mutisme pourrait possiblement être interprété comme un signe encourageant : peut-être est-il permis d'espérer que les ACVM ne ferment pas totalement la porte à ce qu'un régime de droits soit maintenu au-delà de 105 jours, comme ce fut récemment le cas dans *Augusta*²²⁷. Certains observateurs semblent toutefois croire que ce serait se bercer d'illusions²²⁸, car il y a fort à parier que les ACVM, hormis peut-être dans des cas tout à fait exceptionnels²²⁹, neutraliseront systématiquement une pilule dès l'échéance de ce délai de 105 jours.

anterieures/valeurs-mobilières/62-104_fin29juin2015/osler.pdf> [Lettre d'Osler (2015)] ; Lettre de Canadian Oil Sands Limited aux ACVM (9 juin 2015) à la p 2, en ligne : AMF <https://www.lautorite.qc.ca/files/pdf/consultations/anterieures/valeurs-mobilières/62-104_fin29juin2015/cnd_oil_sand.pdf> ; Lettre de la CCGG (2015), *supra* note 95 à la p 7.

225. Lettre du Groupe de praticiens, *supra* note 190 à la p 13.

226. Modification de 2016, *supra* note 189 aux pp 8 et 9 de l'Annexe B.

227. *HudBay Minerals Inc. v Augusta Resource Corporation*, 2014 BCSECCOM. Voir à ce sujet : John Anderson, « BCSC issues reasons after decision to cease-trade rights plan after 156 days » (juillet 2014), en ligne : Canadian Securities Law <<http://www.canadiansecuritieslaw.com/2014/07/articles/mergers-acquisitions/bcsc-issues-reasons-after-decision-to-ceasetrade-rights-plan-after-156-days/>>.

228. John Smith, « Canadian Securities Administrators Issue Proposed Changes to the Takeover Regime » (25 septembre 2014), en ligne : Lawson Lundell <http://www.lawsonlundell.com/media/news/456_Canadian%20Securities%20Administrators%20Issue%20Proposed%20Changes.pdf> ; Borden Ladner Gervais LLP, « CSA Finds Antidote for Poison Pill Debate » (11 septembre 2014), en ligne : BLG <http://www.blg.com/en/NewsAndPublications/Documents/Publication_3839_1033.pdf> ; Lloyd et Turner, *supra* note 194.

229. John Emanoilidis et Sophia Tolas, « Canadian Regulators Adopt 105-Day Minimum Bid Period and Enhance Early Warning Rules » (25 février 2016), en ligne : Torys <<http://www.torys.com/insights/publications/2016/02/regulators-propose-105-day-minimum-bid-period-for-takeover-bids-in-canada>> ; McCarthy Tétrault LLP, « Canada's New Take-Over Bid Rules Seek to Level the Playing Field » (26 février 2016), en ligne : McCarthy <http://www.mccarthy.ca/article_detail.aspx?id=7218> ; Lettre d'Osler (2015), *supra* note 224 à la p 2 ; Smith, *supra* note 228.

Si ce pronostic devait se confirmer, le régime des mesures défensives gagnerait en prévisibilité mais perdrait malheureusement en flexibilité, ce qui profiterait sans doute aux offrants. Plus encore, cette approche pourrait même sonner le glas des régimes de droits adoptés en réaction à une OPA²³⁰, en les rendant parfaitement inefficaces. À l'évidence, l'utilité des pilules empoisonnées serait limitée à contrer des prises de contrôle échappant au domaine d'application du régime des OPA, comme les prises de contrôle rampantes²³¹.

La Modification de 2016, en définitive, marque un recul incommensurable par rapport à la proposition que l'AMF avait présentée en 2013. Cette dernière aurait enfin permis que le régime des mesures défensives soit en phase avec notre époque, le portrait juridique et celui du marché ayant profondément changé depuis 1986. Avec la Modification de 2016, le Canada s'enlise plutôt dans un immobilisme consternant. Certes, la prolongation de la période d'offre pourrait éventuellement compliquer la tâche de l'initiateur, en ce que d'autres acheteurs potentiels auraient plus de temps pour se manifester et pour soumettre une offre concurrente. Malheureusement, même si c'était le cas, cela devrait davantage profiter aux « actionnaires touristes » avides de profits à court terme qu'à la société visée, car ses administrateurs auront encore et toujours les mains liées, et pourraient demeurer incapables de sauvegarder ses intérêts à long terme. Mener à bien une OPA hostile persiste ainsi à être bien plus aisé au Canada qu'aux États-Unis, puisque comme c'était le cas avant ces modifications, les offrants n'auront qu'à patienter un certain temps pour pouvoir contourner le conseil d'administration²³². La seule différence est que ce délai d'attente sera dorénavant de 105 jours.

230. Smith, *supra* note 228 ; Jean-Pierre Chamberland et al, « The End of Poison Pills? » (16 septembre 2014), en ligne : Timely Disclosure <<http://www.timelydisclosure.com/2014/09/16/the-end-of-poison-pills-2/>> ; Gordon Raman et Paul Mingay, « Poison Pills are Dead... or Are They? Has the CSA Eliminated the Need for Poison Pills? » (1^{er} avril 2015), en ligne : BLG <http://www.blg.com/en/newsandpublications/publication_4070>.

231. Emmanouilidis et Tolia, *supra* note 229 ; McCarthy Tétrault LLP, *supra* note 229 ; Smith, *supra* note 228 ; Lloyd et Turner, *supra* note 194 ; Chamberland et al, *supra* note 230.

232. Douglas Bryce et al, « It's About Time – CSA Proposes Amended Take-Over Bid Regime » (31 mars 2015), en ligne : Osler <<https://www.osler.com/en/resources/regulations/2015/it-s-about-time-csa-proposes-amended-take-over-b>>.

CONCLUSION

Dans l'Avis 62-202, les ACVM se défendaient de vouloir codifier les devoirs des administrateurs dans le cadre d'une prise de contrôle²³³. C'est pourtant exactement ce qui s'est produit. En effet, de par les décisions qu'elles ont rendues depuis *Canadian Jorex*, les ACVM imposent au conseil l'obligation de maximiser la valeur actionnariale à court terme et de subordonner les intérêts des autres parties intéressées à ceux des porteurs. En agissant de la sorte, elles font fi des enseignements de *Peoples* et *BCE*, et se substituent à la Cour suprême dans l'interprétation des devoirs fiduciaires des administrateurs prescrits par les lois corporatives canadiennes²³⁴. Il en résulte un regrettable conflit entre le régime des mesures défensives et le droit des sociétés, qui devrait être résolu non seulement afin de corriger l'incohérence conceptuelle entre ces deux domaines, mais aussi pour éviter les conséquences néfastes qu'il engendre en pratique.

Limiter la capacité des administrateurs à contrer une OPA hostile inopportune en conformité avec leurs devoirs fiduciaires n'est pas la solution adéquate pour atténuer le risque d'enracinement et de conflits d'intérêts, qui, au demeurant, s'est nettement amoindri au cours des dernières décennies²³⁵. Il faudrait plutôt se fier sur la capacité des actionnaires à recourir aux tribunaux ou à leurs bulletins de vote pour infléchir la conduite des administrateurs, dont on devrait reconnaître la légitimité d'une pleine implication dans le cadre de prises de contrôle. La nécessité d'une réforme en profondeur du régime actuel se fait cruellement ressentir ; celle mise de l'avant dans la Modification de 2016 n'est que bien trop superficielle.

233. Art 1.1(3) Avis 62-202.

234. Yvan Allaire, « Should shareholders rule? No, let boards decide », *Financial Post* (13 mai 2014), en ligne : [Financial Post <http://business.financialpost.com/fp-comment/should-shareholders-rule-no-let-boards-decide>](http://business.financialpost.com/fp-comment/should-shareholders-rule-no-let-boards-decide) ; Liao, *supra* note 94 à la p 592.

235. *Supra*, section 1B). Voir aussi : Liao, *supra* note 94 à la p 568. Le professeur Yvan Allaire croit même que l'argument de l'enracinement est totalement anachronique de nos jours en raison des systèmes de primes des administrateurs et dirigeants qui deviennent payables au prix de l'offre suite au changement de contrôle : Lettre de l'IGOPP, *supra* note 85 à la p 9. Voir aussi, à ce sujet : Lettre de la Caisse de dépôt (2013), *supra* note 58 à la p 4. Aux États-Unis, voir : Marcel Kahan et Edward B Rock, « How I Learned to Stop Worrying and Love the Pill: Adaptive Responses to Takeover Law » (2002) 69 U Chi L Rev 871 aux pp 884 et 896.

Sans chauvinisme aucun, force est d'admettre que c'est du Québec qu'ont émané les propositions de réformes les plus poussées, et ce, tant d'un point de vue réglementaire (avec la Proposition de l'AMF) que d'un point de vue législatif (avec le rapport du GTPEQ). À défaut de faire l'unanimité, ces propositions permettaient tout au moins d'espérer que des changements réels et bénéfiques seraient bientôt apportés au régime des mesures défensives²³⁶. Hélas, un triste constat s'impose : la Modification de 2016 consacre le *statu quo* en ce qui a trait à l'idéologie sous-jacente des ACVM, et les législateurs des autres provinces ne semblent pas avoir emboîté le pas au Québec, qui du reste semble maintenant s'être désintéressé de la question.

Pourtant, devant l'inertie des ACVM, certains croient qu'il serait souhaitable que les gouvernements prennent enfin le taureau par les cornes²³⁷. Dans son étude commandée par le GTPEQ, Paul Martel évoquait la possibilité pour le législateur québécois d'imiter certains États américains ayant expressément légalisé, dans des « poison pill endorsement statutes », le recours à des mesures défensives²³⁸.

C'est notamment le cas du New Jersey. Cet État a prévu que si le conseil, après avoir tenu compte des intérêts de l'ensemble des parties intéressées, estime qu'une offre n'est pas dans les meilleurs intérêts de la société, « it may reject such proposal or offer [and] shall have no obligation to facilitate, remove any barriers to, or refrain from impeding the proposal or offer »²³⁹. Le Rhode Island²⁴⁰ et l'Iowa²⁴¹, par exemple, ont adopté des dispositions très similaires.

Si le Québec devait modifier la LSAQ de manière à y intégrer des dispositions du genre, le rôle des ACVM quant aux mesures défensives s'en trouverait fortement amenuisé. En effet, de telles modifications judiciariseraient cette question, avec pour conséquence que les *tribunaux* en deviendraient le forum d'examen²⁴².

236. Yalden, *supra* note 40 à la p 425.

237. *Ibid* à la p 411 ; Lettre de Norton Rose (2013), *supra* note 47 à la p 2.

238. Martel, *supra* note 6 à la p 14.

239. NJ Stat Ann §14A:6-1 (West Supp 1998).

240. RI Gen Laws §7-5.2-8 (Lexis Supp 1998).

241. Iowa Code Ann §491.101B (West Supp 1998).

242. Martel, *supra* note 6 à la p 14.

Il est toutefois permis de se demander s'il s'agirait d'un remède de cheval qui, à l'instar des propositions du GTPEQ, s'avérerait trop protectionniste et qui, de surcroît, aurait des répercussions négatives sur le coût du capital.

Quoi qu'il en soit, en l'absence d'une intervention providentielle du législateur, la Modification de 2016 pourrait signer l'arrêt de mort des régimes de droits au Canada. Il sera néanmoins intéressant de découvrir si son entrée en vigueur aura pour contrecoup d'amener les cibles à se tourner vers d'autres mesures défensives²⁴³, ou même, qui sait, à en développer des nouvelles.

243. Pensons par exemple à la défense de l'écuyer blanc, à la défense « Pac-Man », à la dette empoisonnée, ou aux placements privés.

CHRONIQUE

DROIT INTERNATIONAL

Camille MARQUIS BISSONNETTE, Fannie LAFONTAINE
et Julia GRIGNON*

Omar Khadr : criminel de guerre ? Une analyse d'accusations sans fondements en droit international

Au cours des dernières années, la saga judiciaire d'Omar Khadr, ce jeune Canadien détenu pendant 10 ans sur la très critiquée base militaire de Guantánamo, a été largement diffusée. Les médias, les tribunaux et, dans une moindre mesure, les chercheurs, se sont intéressés aux nombreux problèmes juridiques au cœur desquels s'est trouvé Omar Khadr depuis son arrestation – qu'il soit question des traitements inhumains et dégradants et des actes de torture dont il a été victime, de la collaboration du Canada à ceux-ci, de son statut en tant qu'enfant-soldat, de la violation de ses droits procéduraux aux États-Unis, des procédures civiles engagées contre lui par les familles des présumées victimes devant les cours américaines, ou de son transfert, de sa détention et de sa libé-

ration conditionnelle au Canada. Toutefois, en trame de fond de tous ces enjeux, que nous n'abordons pas ici, s'impose une question qui préoccupe tant le grand public que les juristes : pourquoi accuse-t-on Omar Khadr de crimes de guerre ? N'est-ce pas l'objectif des conflits armés que de viser les soldats ennemis ? Pourquoi alors les États-Unis l'accusent-ils d'avoir tué un soldat américain sur le champ de bataille ? C'est à cette question que cet article s'attaque. Notre propos a pour objectif de définir et clarifier, s'il en est, la base juridique en droit international des accusations de crimes de guerre portées contre lui devant les commissions militaires américaines.

Omar Khadr est le fils de feu Ahmed Khadr, un proche associé

* Respectivement candidate au doctorat et chercheure étudiante à la Chaire de recherche du Canada sur la justice internationale pénale et les droits fondamentaux ; titulaire de la Chaire, co-directrice de la Clinique de droit international pénal et humanitaire et professeure ; et co-directrice de la Clinique et professeure, Université Laval.

d'Al-Qaeda¹. Il a été capturé en Afghanistan le 27 juillet 2002, à l'âge de quinze ans, par les forces armées américaines à la suite d'un échange de tirs avec des membres présumés d'Al-Qaeda, pour lesquels il aurait été traducteur². Omar Khadr a dans un premier temps fait l'objet d'une détention au centre de la base aérienne américaine de Bagram en Afghanistan, puis sur la base militaire américaine de Guantánamo à Cuba. Les accusations portées contre Omar Khadr reposent sur le *Military Commission Act* adopté en 2006, qui prévoit la compétence des

commissions militaires pour juger les « étrangers combattants ennemis illégaux »³ (alien unlawful enemy combatants) pour « violations du droit de la guerre »⁴. En vertu de cette loi, Omar Khadr était poursuivi sous cinq chefs de crimes de guerre⁵, à savoir le meurtre en violation du droit de la guerre, la tentative de meurtre en violation du droit de la guerre, le soutien matériel au terrorisme, l'espionnage et le complot⁶. Conformément à l'accord qu'il a conclu avec la poursuite le 13 octobre 2010⁷, il a plaidé coupable, a signé la description

1. Craig FORCESE et al., *Repatriation of Omar Khadr to be Tried under Canadian Law: An Overview of the Case Against Omar Khadr and the Prospect of Canadian Criminal Jurisdiction*, Brief Submitted to Senate Standing Committee on Human Rights, Foreign Policy Practicum, Université d'Ottawa, Janvier 2008, p. 3, <http://aix1.uottawa.ca/~cforcese/other/khadrrepatriation.pdf>.
2. « Omar Ahmed Khadr », *TRIAL*, 12 mai 2015, <http://www.trial-ch.org/en/ressources/trial-watch/trial-watch/profils/profile/455/action/show/controller/Profile/tab/legal-procedure.html>.
3. *Military Commission Act*, 17 octobre 2006, PUBLIC LAW 109-366, S.3930, 120 STAT. 2600, art. 948b. (a) et art. 948c.
4. *Id.*, art. 948b. (a).
5. La Loi sur les Commissions militaires autorise la poursuite de « violations of laws of war and other offenses triable by military commissions. » (*Id.*, art. 948b. (a)). Les commissions militaires préexistantes à celles de 2001 sont celles qui ont été constituées pour juger des présumés criminels nazis au cours de la Seconde Guerre mondiale. Or, le jugement *Ex Parte Quirin* rendu par la Cour suprême des États-Unis en 1942 établit que pour déterminer si un crime peut être jugé par une commission militaire, il faut d'abord déterminer si celui-ci constitue une violation du droit de la guerre qui peut être poursuivie devant des tribunaux militaires et, le cas échéant, si la poursuite de ce crime devant un tribunal sans jury viole la Constitution. Il découle de cette interprétation que seuls des crimes de guerre reconnus en droit international peuvent être jugés par des commissions militaires. *Ex parte Quirin et al.*, 29 octobre 1941, vol. 317, United States Reports (Supreme Court of the United States). Voir également *Ali Hamza Ahmad Suliman Al Bahlul v. The United States of America*, 12 juin 2015, US Court of Appeals for the District of Columbia Circuit, no. 11-1324 [*Al Bahlul 2015*] ; David GLAZIER, « A Court Without Jurisdiction: A Critical Assessment of the Military Commission Charges Against Omar Khadr », 31 août (2010) 2010-37 *Loyola Law School Los Angeles Legal Studies Paper* 28.
6. *Memorandum for Detainee Omar Ahmed Khadr: Continuation of MC Form 458 Charges and Specification*, Janvier 2007, Office of Military Commissions [*Memo Omar Khadr*].
7. *USA v. Omar Ahmed Khadr: Offer for Pre-Trial Agreement*, 13 octobre 2010, Office of Military Commissions [*Offer for Pre-Trial Agreement*].

des faits⁸ et a renoncé à son droit d'appel, en échange de quoi il a reçu l'assurance qu'il ne pourrait être condamné à plus de huit ans de prison (à l'exclusion de celles qu'il avait déjà purgées depuis sa capture en 2001) et serait admissible à un transfert vers le Canada, après une année supplémentaire de détention à Guantánamo⁹. Omar Khadr a été transféré au Canada en 2012, puis libéré conditionnellement en 2015, en attente de l'appel qu'il a interjeté aux États-Unis afin de contester sa condamnation en vertu du principe de légalité.

Le présent article s'attarde, dans une première partie, à définir le cadre juridique applicable au cas d'Omar Khadr ainsi que son statut, en vertu du droit international humanitaire, soit le droit des conflits armés. La nature du conflit et le statut de Khadr sur le champ de bataille ont une incidence déterminante sur les accusations portées contre lui. Le cœur de l'article en seconde partie sera destiné à l'évaluation des crimes de guerre pour lesquels il a été condamné, à la lumière du droit international humanitaire et du droit international pénal. Nous analysons si les gestes reprochés à Khadr peuvent être constitutifs de crimes de guerre en droit international et, conséquemment, procédons à une évaluation de la conformité de la loi américaine servant de fondement à ces accusations avec le droit des

conflits armés qu'elle vise ultimement à mettre en œuvre. Enfin sera présenté un bref examen des crimes de guerre pour lesquels Omar Khadr a été condamné, cette fois en vertu du droit américain, afin de proposer une évaluation des chances de succès de l'appel à sa condamnation.

Notre analyse permet de conclure que les gestes reprochés à Omar Khadr ne constituaient pas, au moment des faits, des crimes de guerre en droit international. Ces accusations violent en effet le principe de légalité. Ainsi, au-delà de la question de sa culpabilité ou de son innocence pour les faits reprochés – une question jamais déterminée judiciairement dans le cadre d'un procès juste et équitable – Omar Khadr n'est pas un criminel de guerre.

1. LA BATAILLE DE AYUB KHEIL ET LE STATUT D'OMAR KHADR

1.1 La nature du conflit armé

La qualification d'une situation de violence est l'étape préalable indispensable à tout raisonnement en droit international humanitaire. En effet, dès lors qu'une situation de violence emporte la qualification de « conflit armé » au sens de ce droit, celle-ci déclenche l'applicabilité de ce corpus juridique et permet, le cas échéant,

8. *US v. Omar Ahmed Khadr: Stipulation of Fact*, 13 octobre 2010, Office of Military Commissions [*Stipulation of Fact*].

9. *Offer for Pre-Trial Agreement*, préc., note 7.

la constatation que des crimes de guerre ont été commis. À cet effet, le droit international humanitaire distingue deux types de conflits armés : le conflit armé international et le conflit armé non international. L'existence d'un conflit armé international repose sur la condition *sine qua none* du constat de l'existence d'hostilités entre au moins deux États¹⁰. Le conflit armé non international, quant à lui, est celui qui oppose un État ou plusieurs États à un ou plusieurs groupes armés, ou qui oppose des groupes armés entre eux.

En l'occurrence, au moment de l'intervention des États-Unis et de leurs alliés sous l'égide de la Force internationale d'assistance et de sécurité (FIAS) en Afghanistan en 2001, l'existence d'un conflit armé international est caractérisée. Ce conflit opposait les États-Unis et leurs alliés aux Taliban, qui formaient alors le gouvernement *de facto* de l'Afghanistan. Quelque temps plus tard toutefois, cette qualification devait être revue.

Une fois les Taliban renversés en décembre 2001 et le gouvernement Karzai mis sur pied en juin 2002, les États-Unis et leurs alliés ne se battaient plus contre un État mais contre deux groupes armés au moins : les Taliban et Al-Qaeda, avec l'assentiment du gouvernement afghan nouvellement établi.

La situation ne répondant plus à la qualification de conflit armé international, il faut alors se demander si elle pouvait correspondre à celle de conflit armé non international¹¹. Afin de répondre à cette question, après avoir constaté qu'un ou plusieurs États se livrent à des hostilités contre une ou plusieurs entités non étatiques, il faut encore vérifier que deux critères sont remplis : le franchissement d'un certain seuil d'intensité de la violence et l'organisation suffisante des protagonistes. Ces deux critères permettent de différencier le conflit armé non international des « situations de tensions internes, de troubles intérieurs, comme les émeutes, les actes isolés et spora-

10. Conventions de Genève du 12 août 1949, 12 août 1949, art. 2 commun [Conventions de Genève].

11. Bien que les termes « conflit armé non international » en droit international humanitaire, puissent laisser penser que le conflit n'a aucune dimension internationale, tel n'est pas le cas. Un État peut se battre contre des groupes armés sur le territoire d'un autre État sans que cette situation se qualifie pour autant de conflit armé international, au terme du droit des conflits armés. Conventions de Genève, *ibid.*, art. 2 commun. Voir également Sandesh SIVAKUMARAN, *The Law of Non-International Armed Conflict*, Oxford, Oxford University Press (2012), p. 242 ; Ryan LISS, « The Abuse of Ambiguity: The Uncertain Status of Omar Khadr under International Law », (2012) 50-1 *The Canadian Yearbook of International Law* 105 ; Noam LUBELL et Nathan DEREJKO, « A Global Battlefield: Drones and the Geographical Scope of Armed Conflict », (2013) 11 *Journal of International Criminal Justice* 67.

diques de violence et autres actes analogues »¹², auxquels le droit international humanitaire ne s'applique pas. Le constat de l'existence de ces deux critères peut être réalisé grâce à un certain nombre d'indicateurs¹³. Pour ce qui concerne l'intensité de la violence, ces indicateurs sont liés par exemple à la nature des armes distribuées, aux techniques utilisées ou encore aux résultats engendrés par l'utilisation de ces armes et techniques. Pour ce qui concerne l'organisation des parties, ces indicateurs sont liés notamment à l'existence d'une structure de commandement, à la logistique du groupe armé ou encore à sa capacité de parler d'une seule voix¹⁴.

En appliquant ces indicateurs au cas qui nous occupe, la conclusion est qu'il existait, au

moment de la capture d'Omar Khadr en juillet 2002, des hostilités d'une intensité suffisante entre les États de la FIAS, d'un côté, et les Taliban, Al Qaeda et d'autres groupes tels que le réseau Haqqani et Hezb-e-Islami, de l'autre. La conclusion est également que le degré d'organisation des Taliban était suffisant¹⁵. Par conséquent, il existait un conflit armé non international entre les Taliban et les États de la FIAS¹⁶. Quant à Al-Qaeda, les opinions divergent quant à savoir si l'organisation de ce groupe atteignait ou non le seuil nécessaire pour satisfaire les conditions d'existence d'un conflit armé non international¹⁷. Toutefois, cette détermination a des implications restreintes dans le cas présent. En effet, dès lors qu'un conflit armé non international est caractérisé, tout acte commis

12. *Protocole additionnel II aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux*, 1977, art. 1(2) [Protocole additionnel II].
13. Ces indicateurs ont fait l'objet d'une analyse détaillée dans *Le Procureur v. Ljube Bošković et Johan Tarčulovski*, 10 juillet 2008, Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de première instance II, IT-04-82-T, par. 199-203 [Bošković et Tarčulovski].
14. Pour une analyse complète de ces indicateurs, voir Julia GRIGNON, *L'application temporelle du droit international humanitaire*, Schulthess, Genève, 2014, pp. 170-176.
15. Yutaka ARAI-TAKAHASHI, « Disentangling legal quadmires: the legal characterisation of the armed conflicts in Afghanistan since 6/7 October 2001 and the question of prisoner of war status », (2002) 5 *Yearbook of International Humanitarian Law* 70.
16. *Hamdan v. Rumsfeld, Secretary of Defense, et al.*, 29 juin 2006, Supreme Court of the United States, no. 05-184, p. 67 [Hamdan I].
17. Plusieurs auteurs soutiennent que le niveau d'organisation d'Al-Qaeda était suffisant pour que soit constitué un conflit armé non-international entre les États-Unis et ce groupe : Annyssa BELLAL, Gilles GIACCA et Stuart CASEY-MASLEN, « International Law and Armed Non-State Actors in Afghanistan », (2011) 93-881 *International Review of the Red Cross* 54 ; John B. BELLINGER, « Legal Speech-Legal Issues in the War on Terrorism », (2007) 8-7 *German Law Journal* 736. Pour opinion contraire, voir notamment Yutaka ARAI-TAKAHASHI, préc., note 15, p. 65.

en lien avec ce conflit sur le territoire sur lequel il se déroule peut néanmoins être considéré comme étant couvert par le droit international humanitaire¹⁸. Ainsi, tous les actes commis en Afghanistan en lien avec le conflit armé non international qui oppose la FIAS et les Taliban relèvent du droit international humanitaire, même s'ils sont commis par des individus associés à Al-Qaeda¹⁹.

Par ailleurs, il est utile de rappeler que l'administration Bush a fait valoir que l'ensemble du conflit en Afghanistan s'inscrivait dans le cadre d'une « guerre contre la terreur »²⁰. Selon l'assertion du gouvernement américain de George W. Bush, celle-ci serait un conflit armé impliquant les États-Unis et leurs alliés, qui s'étend à l'ensemble de la planète, jusqu'à la victoire de ceux-ci, et dont les adversaires sont Al-Qaeda et « ses

associés » : « Our war on terror begins with al Qaeda, but it does not end there. It will not end until every terrorist group of global reach has been found, stopped and defeated. »²¹ Un tel conflit, dont les registres temporel, géographique, et même les parties, sont indéfinis ne correspond à ni l'une ni l'autre des catégories de conflits armés – international ou non international – définies plus haut. En revanche, une manière de concevoir la « guerre contre la terreur » d'une manière qui soit compatible avec le droit international humanitaire est de la fragmenter en plusieurs conflits armés contre différents groupes armés, plutôt que comme un conflit armé global²². Dans ce cas toutefois, chacun d'entre eux doit remplir, de manière isolée et non cumulative, les critères d'organisation et d'intensité requis pour constituer un conflit armé non international²³. Ainsi, l'appellation

18. Conventions de Genève préc., note 10, art. 3 commun ; *Le Procureur contre Georges Anderson Nderubumwe Rutaganda*, 6 décembre 1999, Tribunal pénal international pour le Rwanda, Chambre de première instance I, ICTR-96-3-T, par. 101 [*Rutaganda*] ; Noam LUBELL et Nathan DEREJKO, « A Global Battlefield: Drones and the Geographical Scope of Armed Conflict », (2013) 11 *Journal of International Criminal Justice* 67.

19. Annyssa BELLAL, Gilles GIACCA et Stuart CASEY-MASLEN, préc., note 17, p. 54.

20. George W. BUSH, « Address to a Joint Session of Congress and the American People », *The White House*, 20 septembre 2001, <http://georgewbush-whitehouse.archives.gov/news/releases/2001/09/20010920-8.html> ; Marco SASSÒLI, « Guantanamo, Detainees », dans Max Planck Encyclopaedia of Public International Law, Oxford Public International Law (2008) par. 6, <http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e302?prd=EPII.9>.

21. George W. BUSH, *ibid.* Cette position est également soutenue dans une partie de la littérature, notamment : John B. BELLINGER, préc., note 17 ; William H. TAFT, « The Law of Armed Conflict After 9/11: Some Salient Features », (2003) 28-317 *The Yale Journal of International Law* ; Anthony DWORKIN, « Law and the Campaign Against Terror », *Global Policy Forum*, <https://www.globalpolicy.org/content/article/163/28224.html>.

22. Marco SASSÒLI, préc., note 20, par. 32.

23. Sandesh SIVAKUMARAN, préc., note 11, p. 233.

de « guerre contre la terreur » ne change rien à la nature du conflit en ce qui concerne les accusations portées contre Khadr, qui demeure régi, comme nous l'avons démontré, par le droit applicable aux conflits armés non internationaux.

1.2 Le statut d'Omar Khadr

Une fois la qualification du conflit effectuée, la seconde étape indispensable en droit international humanitaire est la détermination du statut d'une personne. En effet, de l'établissement de ce statut découlent des conséquences juridiques et des protections différentes pour les personnes impliquées dans les conflits armés.

Dans les conflits armés internationaux, l'articulation est très simple : toute personne est soit un civil, soit un combattant. Le civil est protégé contre les attaques à moins qu'il ne participe directement aux hostilités (dans ce cas, il perd sa protection seulement pour la durée de sa participation directe) ; le combattant est

une cible légitime d'attaques en tout temps²⁴. En outre, les civils n'ont pas le droit de participer aux hostilités alors que c'est la fonction dévolue aux combattants. Il en résulte que les civils peuvent être jugés pour leur participation directe aux hostilités, alors que les combattants jouissent d'une immunité (ou privilège) de belligérance, qui empêche l'État de les poursuivre pour leur simple participation aux hostilités, c'est-à-dire pour des actes de guerre légaux²⁵. Enfin les combattants tombés au pouvoir de l'ennemi peuvent être internés comme prisonniers de guerre jusqu'à la fin des hostilités actives, sans *habeas corpus* et sans qu'aucune accusation pénale n'ait à être déposée contre eux²⁶.

Dans les conflits armés non internationaux, le principe de distinction s'applique également : les civils ne doivent jamais faire l'objet d'attaque, à moins qu'ils ne participent directement aux hostilités²⁷. On ne peut toutefois pas véritablement parler de détermination du statut des personnes, dans la mesure où ni le statut de

24. *Protocole additionnel I aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux*, 1977, art. 50(1)-51 [Protocole additionnel I] ; International Committee of the Red Cross, « Rule 1 », *Customary IHL Database*, https://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1_rul_rule1.

25. L'immunité des combattants contre les poursuites pénales pour leur simple participation aux hostilités découle de leur droit de participer directement aux hostilités, codifié à l'article 43(2) du Protocole additionnel I. *Protocole additionnel I*, *ibid.*, art. 43(2).

26. Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre du 12 août 1949, 12 août 1949, art. 130 [Convention de Genève III], art. 118 ; International Committee of the Red Cross, « Rule 128 », *Customary IHL Database*, https://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1_rul_rule128.

27. Conventions de Genève, préc., note 10, art. 3(1) commun ; Protocole additionnel II, préc., note 12, art. 13. International Committee of the Red Cross, « Rule 1 », *Customary IHL Database*, https://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1_rul_rule1.

combattant, ni l'immunité qui y est assortie n'existent dans ce type de conflit. Toutes les législations nationales interdisent à des entités non étatiques de se livrer à des hostilités contre le gouvernement. Il en résulte qu'aucun privilège de combat, ou une quelconque immunité contre des poursuites pour avoir pris part à des hostilités, ne peut être accordé aux membres de groupes armés impliqués dans un conflit armé sur leur territoire ou contre leurs forces armées²⁸. De ce fait, la notion de « participation directe aux hostilités »²⁹ revêt une importance capitale, car elle va permettre de déterminer si et pour combien de temps une personne peut faire l'objet d'attaques. Pour constituer une participation directe aux hostilités, selon le Guide interprétatif du CICR sur cette notion « un acte spécifique [...] doit être susceptible de nuire aux opérations militaires [...] d'une partie à un conflit armé[;] il doit exister une relation directe de causalité entre [cet] acte et les effets nuisibles susceptibles [d'en] résulter[;] et l'acte doit être spécifiquement destiné à causer directement des effets nuisibles [...] »³⁰. Tout civil qui pose un tel acte participe aux hostilités, perd la protection à laquelle il a droit contre les attaques pendant

toute la durée de cette participation et peut être poursuivi pour le simple fait d'avoir participé aux hostilités.

En l'occurrence, Omar Khadr a été capturé à l'occasion d'un échange de tirs duquel il était partie prenante. Il participait donc directement aux hostilités. Par conséquent, jusqu'à ce qu'il soit mis hors de combat, il n'était pas protégé contre les attaques. En outre, cette participation ouvrait la possibilité à des poursuites contre lui.

Au surplus, il convient de souligner que les États-Unis, aux fins de leur « guerre contre la terreur » déclenchée en 2001, ont voulu créer une catégorie de personnes additionnelle aux deux catégories que connaît le droit international humanitaire. Il s'agit de la théorie du « combattant illégal » que les États-Unis définissent comme « a person who has engaged in hostilities or who has purposefully and materially supported hostilities against the United States or its co-belligerents who is not a lawful enemy combatant (including a person who is part of the Taliban, Al-Qaeda, or associated forces) »³¹. En bref, cette dénomination de

28. La seule trace de l'immunité du combattant qui demeure dans le droit international des conflits armés non internationaux est l'article 6(5) PAII, qui invite les parties au Protocole à « accorder la plus large amnistie possible aux personnes qui auront pris part au conflit armé ou qui auront été privées de liberté pour des motifs en relation avec le conflit armé, qu'elles soient internées ou détenues ».

29. Nils MELZER, *Guide interprétatif sur la notion de participation directe aux hostilités en droit international humanitaire*, (2010), Genève, Comité international de la Croix-Rouge, 2010, Genève.

30. *Id.*, pp. 18-19.

31. *Military Commission Act*, 17 octobre 2006, préc., note 3, art. 948a.(1)(A)(i).

« combattant illégal » créerait une catégorie intermédiaire entre le statut de civil et celui de combattant, ce qui est contraire à la finalité du droit international humanitaire qui ne connaît, selon la doctrine majoritaire, que deux catégories mutuellement exclusives l'une de l'autre³², c'est-à-dire que toute personne qui n'est pas un combattant est un civil au terme de ce corpus juridique³³. Si les États-Unis ont cherché à créer un statut différent de ce que connaît le droit des conflits armés, c'est qu'ils cherchaient à appliquer à leurs détenus uniquement les désavantages de chacun des statuts. Ainsi, les « combattants illégaux » devraient être détenus jusqu'à la fin de la « guerre contre la terreur » sans être accusés ou jugés pour un crime³⁴ (comme les prisonniers de guerre), mais sans bénéficier de l'immunité de belligérance (comme les civils)³⁵. Les « combattants ennemis illégaux » peuvent être jugés par les commissions militaires

américaines³⁶, et, depuis 2006, leur statut doit préalablement être déterminé par un tribunal³⁷. C'est à ce statut qu'Omar Khadr est associé en droit américain, en vertu de la déclaration de culpabilité qu'il a signée, bien que son statut n'ait pas été formellement établi par un tribunal dans son cas³⁸.

2. LES ACCUSATIONS DE CRIMES DE GUERRE AU REGARD DU DROIT INTERNATIONAL

2.1 Omar Khadr pouvait-il être poursuivi par les États-Unis ?

En vertu du droit international humanitaire, Omar Khadr, en tant que civil, ne bénéficiait pas de l'immunité de belligérance. Il pouvait donc être poursuivi pour des crimes de droit commun existant en droit afghan au moment des faits, le meurtre, par exemple. Omar Khadr pouvait également être poursuivi en droit commun américain pourvu que les États-Unis aient, dans leur

32. Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre du 12 août 1949, 12 août 1949, art. 4 [Convention de Genève IV] ; Oscar UHLER et Henri COURSIER, *Commentaire de 1958 des Conventions de Genève de 1949*, 30 décembre 1958, Comité international de la Croix-Rouge, vol. IV, p. 51 ; *Le Procureur contre Zejnil Delalić et al.*, 16 novembre 1998, TPIY, Chambre de première instance, IT-96-21-T, par. 271 [Delalić et al].

33. Marco SASSOLI, préc., note 20 ; Knut DÖRMANN, « *Combatants, Unlawful* », dans Max Planck Encyclopaedia of Public International Law, Oxford Public International Law, 2011, <http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e425?rskey=el6FhL&result=2&prd=EPIL>.

34. John B. BELLINGER, préc., note 17, p. 737.

35. *US v. Omar Ahmed Khadr: Opinion of the Court and Action on Appeal by the United States Filed Pursuant to 10 U.S.C. § 950d*, 24 septembre 2007, United States Court of Military Commission Review, CMCR 07-001, p. 6 [Omar Khadr CMCR] ; *Military Commission Act*, 17 octobre 2006, préc., note 3, art. 948b.(a).

36. *Military Commission Act*, 17 octobre 2006, *ibid.*, art. 948c.

37. *Ibid.*, art. 948a(1)(ii).

38. *Stipulation of Fact*, préc., note 8.

loi existante au moment des faits, une base de juridiction extraterritoriale valide applicable en Afghanistan. Pourtant, Omar Khadr n'a pas été poursuivi pour des crimes de droit commun, mais plutôt pour des crimes de guerre en vertu du *Military Commission Act* de 2006 (puis celui de 2009), tous deux ayant été du reste adoptés postérieurement aux actes reprochés à Omar Khadr.

En droit international humanitaire, nul – civil ou combattant – n'a d'immunité, dans aucune circonstance, contre les enquêtes et les poursuites pour crimes de guerre³⁹. Les Conventions de Genève et le Premier Protocole additionnel prévoient tout au contraire une obligation d'extrader ou de poursuivre toute personne soupçonnée d'avoir commis des infractions graves⁴⁰, une forme de crimes de guerre qui n'existe que dans les conflits armés internationaux. Pour ce qui concerne les crimes de guerre commis dans les conflits armés non internationaux, les États

n'ont pas d'obligation de poursuite, ils *peuvent* toutefois exercer la compétence universelle, ou toute autre base de compétence pénale, pour poursuivre les auteurs de ces crimes, pourvu que cette possibilité soit prévue par leur droit interne⁴¹.

Il est toutefois illégitime et contraire au droit international pour les États de créer de façon discrétionnaire des crimes de guerre qui n'en sont pas en droit international, à plus forte raison si une telle conduite ainsi criminalisée ne constitue pas une violation du droit international humanitaire⁴². Un crime de guerre est un crime international grave, dont la signification est balisée par le droit international. Ceci est d'ailleurs prescrit par le droit américain, qui prévoit que les personnes poursuivies pour crimes de guerre le sont en vertu du droit international, le droit américain n'étant utilisé dans ces cas que pour assister les tribunaux dans l'exercice de leurs fonctions : « As the international law of war is part of the law of the land in the

39. Nils MELZER, préc., note 29, par. 83-4.

40. Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne du 12 août 1949, 12 août 1949, art. 50 [Convention de Genève I] ; Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer du 12 août 1949, 12 août 1949, art. 51 [Convention de Genève II] ; Convention de Genève III, préc., note 26, art. 130 [Convention de Genève III] ; Convention de Genève IV, préc., note 32, art. 147.

41. International Committee of the Red Cross, « Rule 157 », *Customary IHL Database*, https://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1_rul_rule157.

42. Selon l'étude de droit international coutumier du Comité international de la Croix Rouge : « [P]ractice does not exclude the possibility that a State may define under its national law other violations of international humanitarian law as war crimes. The consequences of so doing, however, remain internal and there is no internationalization of the obligation to repress those crimes and no universal jurisdiction. » International Committee of the Red Cross, « Rule 156 », *Customary IHL Database*, https://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1_rul_rule156.

United States, enemy personnel charged with war crimes are tried directly under international law without recourse to the statutes of the United States. However, directives declaratory of international law may be promulgated to assist such tribunals in the performance of their function »⁴³. L'analyse de la conformité des accusations à l'encontre d'Omar Khadr avec le droit international permet ainsi d'évaluer leur légitimité et leur légalité.

2.2 Existence des accusations contre Omar Khadr en droit international et validité de sa condamnation pour crimes de guerre

Un crime de guerre en conflit armé non international est une violation grave du droit international humanitaire, qui est interdite et criminalisée par le droit international conventionnel ou coutumier au moment des faits⁴⁴. Pour constituer un crime de guerre, la commission de l'acte interdit doit avoir lieu au cours d'un conflit armé, et avoir un lien avec celui-ci. Il est admis, dans le cadre de cet article, que la conduite d'Omar Khadr au moment de sa capture était en lien avec le conflit armé non international alors en cours en Afghanistan. La prochaine section évaluera les autres

éléments spécifiques de chacun de ces crimes, pour déterminer s'ils constituent bel et bien des crimes de guerre en vertu du droit international.

2.2.1 Meurtre en violation du droit de la guerre

Sous l'accusation de « meurtre en violation du droit de la guerre », on reproche à Omar Khadr d'avoir lancé une grenade ayant causé la mort d'un soldat américain, le Sergent Christopher Speer⁴⁵. La Loi sur les commissions militaires définit le meurtre en violation du droit de la guerre comme le geste posé par « [a]ny person subject to this chapter [unlawful enemy combatants] who intentionally kills one or more persons, including lawful combatants, in violation of the law of war shall be punished by death or such other punishment as a military commission under this chapter may direct »⁴⁶.

En vertu du droit international humanitaire, les combattants et les personnes participant directement aux hostilités aux conditions décrites ci-dessus sont des cibles légitimes d'attaque. Il est toutefois interdit de tuer des combattants réguliers, ou des personnes participant directement aux hostilités, s'ils sont hors de

43. *US Department of the Army Field Manual: The Law of Land Warfare*, 15 juillet 1976, United States Department of the Army, FM 27-10, art. 505(e).

44. *Prosecutor v. Dusko Tadić: Decision On The Defence Motion For Interlocutory Appeal On Jurisdiction*, 2 octobre 1995, Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre d'appel, par. 94. [*Tadić*].

45. *Id.*

46. *Military Commission Act*, 17 octobre 2006, préc., note 3, art. 950v(b)(15) (soulignement ajouté par les auteures).

combat, c'est-à-dire s'ils sont internés, s'ils sont blessés ou s'ils se rendent⁴⁷. Il est également interdit de les attaquer avec des moyens ou des méthodes de guerre illégaux⁴⁸. Ainsi, tuer un combattant ou une personne qui a participé directement aux hostilités n'est une violation du droit de la guerre que si l'un de ces éléments est vérifié. En revanche, tuer un combattant ou une personne participant aux hostilités par des méthodes et des moyens de guerre licites ne constitue pas un crime de guerre en vertu du droit international humanitaire. Il reste que puisque le privilège de belligérance n'existe pas en conflit armé non international, un acte tel que celui qu'Omar Khadr a été accusé d'avoir commis peut être poursuivi en vertu du droit commun national applicable au lieu et au moment de la commission

de l'acte (pour un crime de droit commun comme le meurtre).

L'introduction dans le droit interne américain du « meurtre en violation du droit de la guerre » tel que libellé dans le *Military Commission Act* semble résulter d'un amalgame entre la participation directe aux hostilités et les crimes de guerre⁴⁹. Cette confusion apparaît dans les propos du procureur assigné au dossier d'Omar Khadr, quand il affirme que les éléments du meurtre « en violation du droit de la guerre » sont satisfaits par le seul fait que l'accusé soit un combattant illégal⁵⁰. Une telle affirmation, si elle ne correspond pas à l'état du droit international humanitaire, est en effet conforme aux prescriptions des manuels des commissions militaires américaines, jusqu'en 2007⁵¹ :

47. International Committee of the Red Cross, « Rule 89 », *Customary IHL Database*, https://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1_rul_rule89 (applicable en conflit armé international et en conflit armé non international). En conflit armé international : Convention de Genève I, préc., note 40, art. 50 ; Convention de Genève II, préc., note 40, art. 51 ; Convention de Genève III, préc., note 26, art. 130 ; Convention de Genève IV, préc., note 32, art. 147 ; Protocole additionnel I, préc., note 22, art. 10(1), 11(1), 75. En conflit armé non international : Conventions de Genève, préc., note 10, article commun 3(1), Protocole additionnel II, préc., note 12, art. 4, 7(1).
48. International Committee of the Red Cross, « Rule 70 », *Customary IHL Database*, https://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1_rul_rule70 ; International Committee of the Red Cross, « Rule 71 », *Customary IHL Database*, https://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1_rul_rule71 (applicables en conflit armé international et en conflit armé non international). En conflit armé international : Protocole additionnel I, préc., note 40, art. 35.
49. David J. R. FRAKT, « Direct Participation in Hostilities as a War Crime: America's Failed Efforts to Change the Law of War », (2012) 46-3 *Valparaiso University Law Review* 738.
50. International Human Rights Program, *The United States v. Omar Khadr*, Pre-Trial Observation Report, 22 octobre 2008, Faculty of Law, University of Toronto, p. 26.
51. Ces manuels ne lient pas les commissions militaires, mais en l'absence de précédents judiciaires, ils ont une forte valeur morale.

For the accused to have been acting in violation of the law of war, the accused must have taken acts as a combatant without having met the requirements for lawful combatancy. It is generally accepted international practice that unlawful enemy combatants may be prosecuted for offenses associated with armed conflicts, such as murder; such unlawful enemy combatants do not enjoy combatant immunity because they have failed to meet the requirements of lawful combatancy under the law of war.⁵²

À partir de 2010, la formulation utilisée dans les manuels pour les commissions militaires est modifiée, et reconnaît désormais que la conception de « violation du droit de la guerre » diverge en droit américain par rapport au droit international. En effet, une conduite qui ne constitue pas un crime de guerre peut dès lors le devenir si elle est adoptée par une personne qui ne bénéficie pas du privilège de belligérance. Ainsi, le manuel de 2010 indique qu'un accusé peut être condamné pour des crimes « en violation du droit de la guerre » :

if the commission finds that the accused employed a means (e.g., poison gas) or method (e.g., perfidy) prohibited by the law of war; intentionally attacked a

“protected person” or “protected property” under the law of war; or engaged in conduct traditionally triable by military commission (e.g., spying; murder committed while the accused did not meet the requirements of privileged belligerency) even if such conduct does not violate the international law of war.⁵³

Cette recommandation devant instruire l'interprétation de la *Loi sur les commissions militaires* est problématique, car en plus de ne pas être conforme au droit international, elle permet qu'une accusation de crime de guerre soit enregistrée sur la base d'un statut, plutôt que d'une conduite (absence du privilège de belligérance vs crime de guerre).

Il est vrai qu'Omar Khadr, tel que préalablement mentionné, n'avait pas « le droit » de participer aux hostilités. Il pouvait donc être poursuivi, en vertu du droit applicable, pour cette participation et pour les actes commis dans ce cadre. Toutefois, cela ne signifie pas que les actes hostiles qu'il a posés constituaient *ipso facto* des crimes de guerre. En l'absence de tels actes, le droit ne permet pas de transformer son absence de privilège de belligérance en crime de guerre sans considérer la légalité ou l'illégalité de l'acte commis

52. United States Secretary of Defense, *The Manual for Military Commissions*, 18 janvier 2007, art. 6 (section 950v) (13)(d)) [Manual for Military Commissions 2007] (soulignement ajouté par les auteures).

53. United States Secretary of Defense, *The Manual for Military Commissions*, 27 avril 2010, p. IV-13 [Manual for Military Commissions 2010] ; United States Secretary of Defense, *Manual for Military Commissions United States*, 14 août 2012, p. IV-13 [Manual for Military Commissions 2012] (soulignement ajouté par les auteures).

au regard du droit international humanitaire⁵⁴.

En bref, ce qui constitue un meurtre « en violation du droit de la guerre » dans le droit des commissions militaires américaines ne correspond pas forcément à un crime de guerre en vertu du droit international. Dans le cas d'Omar Khadr, les actes qui lui sont reprochés sous ce chef d'accusation ne se posent pas en violation du droit de la guerre, et ne constituent donc pas un crime de guerre en droit international.

2.2.2 Tentative de meurtre en violation du droit de la guerre

Omar Khadr est également accusé de tentative de meurtre en violation du droit de la guerre pour avoir converti des mines antipersonnel en engins explosifs improvisés et pour les avoir posés avec l'intention de tuer des membres des forces armées américaines ou des forces alliées⁵⁵. Selon le *Military Commission Act*, toute tentative de commettre un crime figurant à cette loi est également un crime punissable par les commissions militaires si des gestes ont intentionnellement été posés, et s'ils

dépassent la simple préparation ou l'idée de mettre en œuvre un tel crime, même s'ils échouent⁵⁶.

Si les États-Unis ne sont pas parties au Statut de Rome de la Cour pénale internationale, on peut néanmoins se pencher sur les normes et la pratique qui en découle pour déterminer l'état du droit international. En vertu de l'art. 25(3)(f) du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, un individu peut être poursuivi pour avoir tenté de commettre un des crimes soumis à la compétence de la Cour. La tentative de commettre un crime de guerre n'est pas reconnue dans le Statut de Rome comme un crime en tant que tel, mais la jurisprudence de la Cour a reconnu « that the attempt to commit a crime is a crime in which the objective elements are incomplete, while the subjective elements are complete »⁵⁷. De plus, Bosco Ntaganda a tout récemment été accusé du crime de guerre de tentative de meurtre devant cette cour⁵⁸, ce qui laisse à penser que le *Military Commission Act* ne contrevient pas *a priori* au droit international en introduisant la tentative de meurtre comme crime de guerre ; les éléments constitutifs de la tentative en vertu de cette loi

54. Ryan LISS, préc., note 11, p. 131 ; David J. R. FRAKT, préc., note 49, p. 740.

55. *Memo Omar Khadr*, préc., note 6.

56. *Military Commission Act*, 17 octobre 2006, préc., note 3, art. 950t.

57. *Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo Chui: Decision on the Confirmation of Charges*, 30 September 2008, International Criminal Court, Pre-Trial Chamber I, ICC-01/04-01/07-717, para. 460 [*Katanga et Chui*] (soulignement ajouté par les auteures).

58. *Prosecutor v. Bosco Ntaganda: Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Bosco Ntaganda*, 9 juin 2014, Cour pénale internationale, Chambre préliminaire II [*Ntaganda*].

étant par ailleurs conformes aux éléments de la tentative reconnus en droit international⁵⁹.

Néanmoins, si l'on considère que la tentative de meurtre est admise comme un crime de guerre à part entière en vertu du droit international, pour qu'il y ait crime de guerre, il faut également que les actes en cause aient été posés en violation du droit international humanitaire. Selon ce corpus juridique, les moyens de guerre qui ne peuvent opérer de distinction entre les cibles légitimes d'attaque et les personnes ou les biens de caractère civil sont illicites. Pour ce qui concerne les engins explosifs improvisés, leur usage est illicite dès lors que ceux-ci sont « conçus pour causer des maux superflus ou des souffrances inutiles, ou sont de nature à causer de tels maux ou de telles souffrances »⁶⁰. Or, il appert que les engins explosifs convertis par Omar Khadr ne semblaient pas cibler de manière indiscriminée des personnes ou des biens, et la preuve ne semble pas démontrer qu'ils causaient des maux superflus ou des souffrances inutiles, tel que le souligne ici le professeur américain, David Glazier :

Reports from Khadr's trial state that evidence the government will use against him suggests he was involved in the conversion of anti-tank mines into IEDs. Ironically,

taking mines which would indiscriminately detonate under the weight of a heavy passing vehicle, whether military or civilian, and converting them into devices which can be selectively command detonated to specifically target opposing military forces should actually be a favored activity under the LOAC [law of armed conflict], even if uniquely detrimental to U.S. forces.⁶¹

En bref, les actes reprochés à Omar Khadr sous le chef d'accusation de « tentative de meurtre en violation du droit de la guerre » ne semblent pas se poser en violation du droit international humanitaire et donc constituer un crime de guerre, puisque les moyens de guerre utilisés n'étaient pas illicites et qu'ils semblaient viser, de manière discriminée, des cibles légitimes d'attaque.

2.2.3 Soutien matériel au terrorisme

Parce qu'il est présumé avoir suivi un entraînement prodigué par Al-Qaeda, avoir surveillé les forces armées américaines, avoir suivi une formation sur les mines, avoir posé des engins explosifs improvisés, avoir participé à une bataille contre les forces armées américaines et avoir tué le militaire Christopher Speer, Omar Khadr est également accusé de sou-

59. « Commentary to the Rome Statute: Part 3, art.25(3)(f) », *Case Matrix Network*, <https://www.casematrixnetwork.org/cmn-knowledge-hub/icc-commentary-clicc/commentary-rome-statute/commentary-rome-statute-part-3/>.

60. *Protocole sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi des mines, pièges et autres dispositifs*, 3 décembre 1998, art. 3(3).

61. David GLAZIER, préc., note 5, p. 20.

tien matériel au terrorisme⁶². Afin d'examiner ce chef d'accusation, il convient de s'attarder d'abord sur la notion de terrorisme contenue dans le *Military Commission Act*, après quoi nous nous pencherons sur la notion de soutien matériel.

2.2.3.1 *Terrorisme*

Le *Military Commission Act* définit le terrorisme comme la conduite de « [a]ny person subject to this chapter who intentionally kills or inflicts great bodily harm on one or more protected persons, or intentionally engages in an act that evinces a wanton disregard for human life, in a manner calculated to influence or affect the conduct of government or civilian population by intimidation or coercion, or to retaliate against government conduct. »⁶³

En droit international, il n'existe pas de définition consensuelle du terrorisme. Le terrorisme est néanmoins reconnu

comme un crime autonome, notamment dans le *Projet de Convention sur le terrorisme*⁶⁴, dans lequel il n'est toutefois pas défini en tant que crime de guerre. Le terrorisme ne fait en outre pas partie de la liste des crimes de guerre énumérés dans le Statut de Rome, que ce soit dans le cadre d'un conflit armé international ou d'un conflit armé non international. Il figure en revanche dans le Statut du Tribunal Pénal international pour le Rwanda⁶⁵ et dans le Statut du Tribunal Spécial international pour la Sierra Leone⁶⁶. Quatre accusés du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (Đorđe Đukic, Stanislav Galic, Radovan Karadžić, Ratko Mladić) ont été accusés du crime de guerre de terrorisme, et un seul d'entre eux, dont le procès a été complété à ce jour, a été condamné pour ce crime⁶⁷.

Les « actes de terreur », désignés comme étant « les actes ou menaces de violence dont le

62. *Memo Omar Khadr*, préc., note 6. À noter que c'est sur ces mêmes actes que repose l'accusation de complot dans le cas d'Omar Khadr.

63. *Military Commission Act*, 17 octobre 2006, préc., note 3, art. 950v(b)(24).

64. UNGAOR, *Draft Comprehensive Convention against international terrorism*, A/59/894, art. 2.

65. *Statut du Tribunal criminel international chargé de juger les personnes présumées responsables d'actes de génocide ou d'autres violations graves du droit international humanitaire commis sur le territoire du Rwanda et les citoyens rwandais présumés responsables de tels actes ou violations commis sur le territoire d'États voisins entre le 1^{er} janvier et le 31 décembre 1994*, 8 novembre 1994, Conseil de sécurité des Nations Unies, art. 4(d) [Statut du TPIR].

66. *Accord entre l'Organisation des Nations Unies et le Gouvernement sierra-léonais sur la création d'un Tribunal spécial pour la Sierra Leone*, 16 janvier 2002, art. 3(d) [Statut du TSSL].

67. *Le Procureur contre Stanislav Galic*, 5 décembre 2003, Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre préliminaire I, IT-98-29-T [Galic, *Chambre préliminaire*] ; *Le Procureur contre Stanislav Galic*, 30 novembre 2006, Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre d'appel, IT-98-29-A [Galic, *Chambre d'appel*].

but principal est de répandre la terreur parmi la population civile »⁶⁸ sont interdits en droit international humanitaire des conflits armés internationaux et non internationaux. En outre, les « actes de terrorisme » visant les personnes ne participant pas ou plus directement aux hostilités sont également interdits dans les conflits armés non internationaux⁶⁹. Tous ces actes ne figurent pas dans la liste des infractions graves aux Conventions de Genève de 1949 applicables dans les conflits armés internationaux et ne sont donc pas explicitement catégorisés en tant que crimes de guerre. Cela dit, ils pourraient constituer des crimes de guerre si les critères élaborés par la jurisprudence pour qu'une violation du droit international humanitaire entraîne la responsabilité individuelle pénale pour crime de guerre sont remplis⁷⁰.

Ainsi, un acte ne pourrait constituer un crime de guerre de

terrorisme en droit international que s'il constituait une violation grave de l'interdiction des actes de terreur ou des actes de terrorisme, et s'il était dirigé en temps de conflit armé contre la population civile ou des personnes ne participant pas directement aux hostilités avec l'intention spécifique de répandre la terreur parmi celles-ci⁷¹. Il faudrait également qu'il ait constitué un crime de guerre en vertu du droit applicable au moment de sa commission. Ainsi, toute activité visant l'armée d'un État de manière discriminée ne saurait être considérée comme un acte terroriste en vertu du droit international humanitaire, même si elle était réalisée par des individus ne bénéficiant pas du privilège de belligérance⁷².

2.2.3.2 *Soutien matériel au terrorisme*

Dans le *Military Commission Act*, le soutien matériel est défini comme :

68. Protocole additionnel II, préc., note 11, art. 13(2) ; International Committee of the Red Cross, « Rule 2 », *Customary IHL Database*, https://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1_rul_rule2.

69. Protocole additionnel II, préc., note 11, article 4(2)(d) ; International Committee of the Red Cross, « Rule 2 », *ibid.*

70. *Tadić*, préc., note 44, par. 94.

71. Voir l'étude extensive sur les éléments du crime de guerre de terrorisme : Simon Therrien-Denis, *L'autre terrorisme : la criminalisation de la violation de l'interdiction de terrorisme prévue en droit international humanitaire et les éléments constitutifs du crime*, mémoire de maîtrise, Université Laval, 2011, en ligne : <http://ariane.ulaval.ca/cgi-bin/recherche.cgi?qu=a2025879>.

72. À noter qu'il pourrait toutefois, si les critères sont remplis, constituer des actes de perfidie, formellement interdite à l'article 37 du Protocole additionnel I applicable aux conflits armés internationaux et, selon l'étude de droit coutumier du CICR, par le droit coutumier applicable à tous les conflits armés, qui pourrait constituer un crime de guerre en conflit armé international et non international. International Committee of the Red Cross, « Rule 65 », *Customary IHL Database*, https://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1_rul_rule65.

any property, tangible or intangible, or service, including currency or monetary instruments or financial securities, financial services, lodging, training, expert advice or assistance, safehouses, false documentation or identification, communications equipment, facilities, weapons, lethal substances, explosives, personnel (1 or more individuals who may be or include oneself), and transportation, except medicine or religious materials.⁷³

Toute forme de soutien ainsi définie, fournie en vue de la réalisation d'un acte terroriste, ou au bénéfice d'une organisation terroriste impliquée dans des hostilités contre les États-Unis, et avec la connaissance que cette organisation a été ou est engagée dans le terrorisme, est un crime punissable par les commissions militaires américaines⁷⁴.

Le soutien matériel au terrorisme ne constitue pas un crime de guerre en droit international. Plus encore, un tel concept est unique, et propre au droit américain ; il n'est ni défini ni interdit en vertu des obligations internationales applicables aux États-Unis⁷⁵. Les éléments du crime de soutien matériel, tel que défini par le droit américain, sont larges au point de rendre criminelle une simple parti-

cipation à l'effort de guerre. C'est ce que met en exergue cette remarque du Guide interprétatif du CICR sur la participation directe aux hostilités : « [s]tandards such as "indirect causation of harm" or "materially facilitating harm" are clearly too wide, as they would bring the entire war effort within the concept of direct participation in hostilities and, thus, would deprive large parts of the civilian population of their protection against direct attack »⁷⁶. Ainsi, le soutien matériel, en n'exigeant pas qu'un lien direct existe entre l'acte reproché et les éventuels dommages causés à l'armée américaine ou à des individus ou des biens civils, peut englober presque n'importe quelle action posée dans un théâtre de guerre. Une telle notion n'existe pas en droit international humanitaire, et n'en constitue donc ni une violation ni un crime.

L'inclusion du « soutien matériel au terrorisme » comme crime de guerre dans le *Military Commission Act* révèle une confusion entre le jus in bello, c'est-à-dire le droit dans la guerre (ou droit international humanitaire), et le jus ad bellum, c'est-à-dire le droit de faire la guerre (ou droit au recours à la force)⁷⁷ ; deux corpus juridiques qui sont entièrement indépendants l'un de l'autre. En effet, un principe

73. *United States Code*, Public Laws 114-38, section 2339A(b) title 18.

74. *Military Commission Act*, 17 octobre 2006, préc., note 3, art. 950v(b)(25).

75. *Salim Ahmed Hamdan v. The United States of America*, 16 octobre 2012, US Court of Appeals for the District of Columbia Circuit, No. 11-1257, p. 5 [*Hamdan II*].

76. Nils MELZER, préc., note 29, p. 52 (notes omises).

77. David GLAZIER, préc., note 5, p. 25.

fondamental de l'ordre international suppose que le monopole de l'emploi de la force légitime revient à l'État, ce qui a pour conséquence que les individus n'ont pas le droit d'utiliser les armes contre ou au sein de celui-ci. Pour autant chacun des actes posés par des acteurs non étatiques dans le cadre d'un conflit armé non international ne saurait constituer *ipso facto* un crime de guerre. La notion de crime de guerre se rapporte exclusivement au *jus in bello*, c'est-à-dire aux actes commis dans le cadre d'un conflit armé, sans égard au respect ou non des règles de *jus ad bellum*.

En somme, si les actes de terreur et les actes de terrorisme sont interdits par le droit international humanitaire, ils doivent viser une population civile et avoir comme principal objectif de semer la terreur au sein de celle-ci pour tomber sous le couvert de cette interdiction, et éventuellement constituer des crimes de guerre. En tout état des choses, le soutien matériel au terrorisme pour lequel Omar Khadr a été condamné n'est pas une violation reconnue du droit international, et moins encore un crime de guerre.

2.2.4 Espionnage

Sous ce chef d'accusation, Omar Khadr est accusé d'avoir,

en tentant de se fondre dans la population civile, surveillé et pris note d'informations concernant les véhicules et les convois des forces armées américaines, au bénéfice d'un membre d'Al-Qaeda ou des forces associées, et en préparation d'une attaque contre les forces armées des États-Unis⁷⁸.

Selon le *Military Commission Act* le crime d'espionnage est constitué lorsqu'un individu :

in violation of the law of war and with intent or reason to believe that it is to be used to the injury of the United States or to the advantage of a foreign power, collects or attempts to collect information by clandestine means or while acting under false pretenses, for the purpose of conveying such information to an enemy of the United States, or one of the co-belligerents of the enemy.⁷⁹

Pour constituer un crime de guerre d'espionnage en droit américain, les actes posés doivent donc être en violation du droit de la guerre. Il faut toutefois relever que, paradoxalement, les manuels pour les commissions militaires de 2010 et 2012 ont estimé que l'espionnage, à l'instar du meurtre en violation du droit de la guerre, pouvait être caractérisé par des actes qui ne constituent pas en

78. Memo Omar Khadr, préc., note 6.

79. *Military Commission Act*, 17 octobre 2006, préc., note 3, art. 950v(b)(27) (soulignement ajouté par les auteures).

eux-mêmes des violations du droit international de la guerre⁸⁰.

En tout état de cause, les activités reprochées à Omar Khadr sous ce chef d'accusation ne sont pas contraires au droit international humanitaire. Tout d'abord, la notion d'espionnage est issue du droit international humanitaire des conflits armés internationaux, qui ne s'applique donc pas à la situation examinée qui se qualifie comme un conflit armé non international, tel que décrit plus haut. Dans ce type de conflits, les personnes s'engageant dans des activités similaires à de l'espionnage pourraient donc simplement, s'il y a lieu, être poursuivies en vertu du droit national. Ensuite, même dans les conflits armés internationaux, l'espionnage ne constitue pas une violation du droit international humanitaire mais entraîne simplement une perte de privilège. En effet, les combattants qui sont engagés dans des activités d'espionnage sans porter l'uniforme des forces armées auxquelles ils appartiennent sont privés du statut

de prisonnier de guerre dans le cas où ils sont capturés et internés : « un membre des forces armées d'une Partie au conflit qui tombe au pouvoir d'une Partie adverse alors qu'il se livre à des activités d'espionnage n'a pas droit au statut de prisonnier de guerre et peut être traité en espion ». Cela signifie que les espions peuvent être jugés pour leur simple participation aux hostilités, pourvu qu'ils soient pris sur le fait de leur espionnage⁸¹. Aussi, au surplus, même s'il avait été impliqué dans un conflit armé international, Omar Khadr n'aurait pu être considéré comme espion puisqu'il n'a pas été pris sur le fait de ses présumés actes d'espionnage, ayant été arrêté au cours d'une bataille après les faits reprochés.

2.2.5 Complot

Enfin, pour les mêmes faits que ceux sur lesquels repose l'accusation de soutien matériel au terrorisme, Omar Khadr a également été accusé de complot en vertu du *Military Commission Act*. Ainsi, on lui reproche de s'être volontaire-

80. « For purposes of offenses (13), (15), (16), and (27) in Part IV of this Manual [intentionally causing serious bodily injury, murder in violation of the law of war, destruction of property in violation of the law of war, spying] [...], an accused may be convicted in a military commission for these offenses if the commission finds that the accused employed a means (e.g., poison gas) or method (e.g., perfidy) prohibited by the law of war; intentionally attacked a "protected person" or "protected property" under the law of war; or engaged in conduct traditionally triable by military commission (e.g., spying; murder committed while the accused did not meet the requirements of privileged belligerency) even if such conduct does not violate the international law of war. » Manual for Military Commissions 2010, préc., note 53, p. IV-22 ; Manual for Military Commissions 2012, préc., note 52, p. IV-22.

81. *Protocole additionnel I*, préc., note 24, art. 46 ; International Committee of the Red Cross, « Rule 107 », *Customary IHL Database*, https://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1_rul_rule107.

ment, et en toute conscience, allié à une entreprise de personnes partageant un but criminel commun formée des membres d'Al-Qaeda, et d'avoir conspiré et donné son assentiment pour commettre les crimes suivants : attaque contre des propriétés protégées, attaque contre des civils, attaque contre des objets protégés, meurtre en violation du droit de la guerre, destruction de propriété en violation du droit de la guerre, détournement ou mise en péril d'un navire ou d'un avion, et terrorisme⁸². Le complot est considéré par le *Military Commission Act* comme un crime inchoatif⁸³ en ce que cette loi prévoit qu'il est constitué par : « [a]ny person subject to this chapter who conspires to commit one or more substantive offenses triable by military commission under this chapter, and who knowingly does any overt act to effect the object of the conspiracy »⁸⁴.

De manière évidente, le complot n'est pas un crime de guerre en lui-même ; en effet tel qu'exposé au début de la première section, un

crime de guerre est constitué d'une violation d'une règle de droit international humanitaire applicable, qui est criminalisée au moment des faits. Or, le complot en lui-même ne se rapporte à aucune règle de droit international humanitaire en particulier. En outre, le complot pour commettre un crime de guerre n'est pas non plus reconnu comme un crime international en tant que tel. Dans la Charte du Tribunal international de Nuremberg et du Tribunal militaire international pour l'Extrême-Orient, il a été reconnu comme un crime lorsque destiné à la commission de crimes contre la paix (aujourd'hui l'équivalent des crimes d'agression)⁸⁵, et comme un mode de responsabilité pour l'ensemble des crimes contenus dans ces statuts, incluant les crimes de guerre⁸⁶. Tel que rappelé dans le jugement Hamdan I délivré par la Cour suprême des États-Unis, qui se réfère au jugement du Tribunal de Nuremberg⁸⁷, jamais le complot pour commettre un crime de guerre n'a été reconnu comme un crime de guerre autonome⁸⁸. Dans le droit international

82. *Memo Omar Khadr*, préc., note 6.

83. « Inchoatif », Centre d'accès à l'information juridique : JuriBistro, <http://dictionnaireid.caij.qc.ca/recherche#q=inchoatif&t=edictionnaire&sort=relevancy&m=search> (page consultée le 11 février 2016).

84. *Military Commission Act*, 17 octobre 2006, préc., note 3, art. 950v(b)(28).

85. *Accord concernant la poursuite et le châtement des grands criminels de guerre des Puissances européennes de l'Axe et statut du tribunal international militaire*, 8 août 1945, art. 6(2)(a) [Statut du Tribunal de Nuremberg].

86. *Id.*, art. 6(3).

87. *Hamdan I*, préc., note 16, pp. 46-47.

88. *U.S.A. vs. Karl Brandt, et al.*, 1947, vol I-II, Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals Report, Nuremberg Military Tribunal [*Medical Case*] ; *Josef Altstoetter et al.*, 1947, vol. 3, Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals Report, Nuremberg Military Tribunal [*Justice case*] ; *Oswald Pohl, et al.*, 1947, vol. 4, Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals Report, Nuremberg Military Tribunal [*Pohl case*].

pénal contemporain, le complot est reconnu comme un crime autonome seulement en regard du crime de génocide⁸⁹. En outre, si les statuts du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie et pour le Rwanda reconnaissent le complot comme un mode de responsabilité – mais uniquement pour le génocide⁹⁰, il ne figure nulle part dans le Statut de Rome de la Cour pénale internationale.

Même si le complot, à défaut de constituer un crime de guerre sur quelque base que ce soit, devait être considéré comme un mode de responsabilité, encore faudrait-il qu'il soit associé à la commission d'un crime de guerre, afin qu'un individu puisse faire l'objet d'une telle accusation. Or, tel que démontré dans les sections précédentes, les actes reprochés à Omar Khadr ne semblent constituer aucun des crimes de guerre pour lesquels il a été accusé.

En somme, aucun des actes qu'Omar Khadr aurait commis et pour lesquels il a été condamné sous cinq chefs d'accusation ne constitue des crimes de guerre en droit international. Le meurtre

et la tentative de meurtre en violation du droit de la guerre peuvent constituer des crimes de guerre, mais les gestes qui sont reprochés à Omar Khadr à ces titres ne sont pas interdits par le droit international humanitaire. Les trois autres crimes pour lesquels il a été condamné, soit le soutien matériel au terrorisme, l'espionnage et le complot, ne constituent pas des crimes de guerre en droit international. De manière significative, cela a d'ailleurs été reconnu par le Rapporteur spécial des Nations Unies sur la promotion et la protection des droits humains et des libertés fondamentales dans la lutte contre le terrorisme : « the offences listed in Section 950v (24)-(28) of the [Military Commission] Act (terrorism, providing material support for terrorism, wrongfully aiding the enemy, spying, and conspiracy) go beyond offences under the laws of war ».⁹¹

3. LES ACCUSATIONS EN VERTU DU DROIT AMÉRICAIN

Si Omar Khadr a renoncé à son droit d'appel en vertu de son accord avec la poursuite⁹², il fait

89. *Convention pour la prévention et la répression du génocide*, 9 décembre 1948, Assemblée générale des Nations Unies, art. 3(b).

90. Statut du TPIR, préc., note 65, art. 2(3)(b) ; *Statut du Tribunal international chargé de poursuivre les personnes présumées responsables de violations graves du droit international humanitaire commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie depuis 1991*, 25 mai 1993, Conseil de Sécurité des Nations Unies, S/RES/827, art. 4(3)(b) [Statut du TPIY].

91. Martin SCHEININ, *Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism. Addendum : Mission to the United States of America A/HRC/6/17/Add.3*, 22 novembre 2007, Human Rights Council, para. 20.

92. *Offer for Pre-Trial Agreement*, préc., note 7.

néanmoins appel de l'ensemble de ses condamnations. À ce titre, les précédents semblent en effet être de son côté puisque le jugement de la Cour d'examen des commissions militaires dans l'affaire *Hicks* – la même Cour devant laquelle il a fait appel en 2003 – a confirmé qu'une telle renonciation est invalide⁹³. Les avocats d'Omar Khadr cherchent à démontrer, dans cet appel, que les commissions militaires n'avaient pas l'autorité pour le juger ou pour accepter son plaidoyer de culpabilité, principalement parce qu'aucun des crimes de guerre pour lesquels il a été condamné n'était un crime de guerre, en droit international ou en droit américain, au moment de leur commission⁹⁴.

En effet, l'outil de droit conventionnel en vertu duquel Omar Khadr est poursuivi, le *Military Commission Act*, est entré en vigueur en 2006, c'est-à-dire plusieurs années après l'occurrence présumée des faits qui lui sont reprochés. Or, pour que la condamnation soit valide, il faudrait que les crimes de guerre dont il a été accusé aient été des crimes existants en droit américain, ou en droit international conventionnel ou coutumier, au moment de ses actes et relevant de la juridiction des commissions militaires⁹⁵.

Ainsi, nonobstant la conclusion à laquelle le présent article nous conduit, selon laquelle les gestes pour lesquels Omar Khadr est accusé ne constituent pas des crimes de guerre en droit international, le présent développement s'affaire à poursuivre brièvement le raisonnement afin d'évaluer les chances de succès de l'appel de ses condamnations, en vertu des précédents des cours américaines dans des affaires similaires.

3.1 Meurtre en violation du droit de la guerre et tentative de meurtre en violation du droit de la guerre

Dans l'affaire *Ex parte Quirin* (1942), la Cour suprême des États-Unis avait déterminé que les combattants illégaux peuvent être poursuivis devant les commissions militaires pour les actes qui rendent leur belligérance illégale, même en l'absence d'actes en violation du droit international humanitaire : « the hostile acts and purposes for which unlawful belligerents may be punished are not limited to [but do include] assaults on the Armed Forces of the United States »⁹⁶. Dans cette lignée, et de manière pour le moins paradoxale, les rédacteurs des deux dernières moutures des Manuels sur les commissions militaires ont écrit

93. *Omar Khadr CMCR*, préc., note 35, p. 4.

94. Paul KORING, « Omar Khadr set to appeal war-crime conviction », *The Globe and Mail*, 7 novembre 2013, <http://www.theglobeandmail.com/news/national/omar-khadr-appeals-ruling-that-denied-his-transfer-from-federal-prison-to-jail/article15312048/>.

95. David GLAZIER, préc., note 5, pp. 5-6.

96. *Ex parte Quirin et al.*, préc., note 5, par. 37.

que des individus pouvaient être condamnés pour «meurtre en violation du droit de la guerre» même si « leur conduite ne viole pas le droit de la guerre »⁹⁷.

Si des individus avaient, avant 2001, été poursuivis sous le chef d'accusation de meurtre en violation du droit de la guerre⁹⁸, personne n'avait été poursuivi pour la mort d'un membre régulier et en exercice des forces armées ennemies⁹⁹. Le *Military Commission Act* est le premier texte de loi américain qui prévoit expressément que de tels gestes peuvent être considérés comme des meurtres en violation du droit de la guerre¹⁰⁰. En outre, un juge militaire dans une affaire similaire à celle de Khadr a déterminé que, pour que quelqu'un soit reconnu coupable de meurtre en violation du droit de la guerre, il doit cumulativement être reconnu comme un combattant ennemi illégal et avoir commis un meurtre qui soit lui-même en violation du droit de la guerre. Il en résulte donc que le seul fait d'être un combattant ennemi illégal n'est pas en soi une violation du droit de la guerre¹⁰¹.

Ainsi, pour les chefs d'accusation de meurtre et de tentative de meurtre en violation du droit de la guerre, le droit américain est ambigu et quelque peu contradictoire. Dans tous les cas, à l'heure actuelle, rien ne permet de conclure que la condamnation d'Omar Khadr serait nécessairement annulée si la Cour qui entend l'appel se base sur le droit national.

3.2 Soutien matériel au terrorisme

En ce qui concerne le chef d'accusation de soutien matériel au terrorisme, la Cour d'appel du District de Columbia dans l'affaire *Hamdan II* a déterminé que ce crime n'existait ni en droit international ni en droit américain avant l'entrée en vigueur du *Military Commission Act* et que, cette loi n'autorisant pas la poursuite rétroactive de crimes inexistants au moment de leur commission, la condamnation devait être annulée¹⁰². En effet, c'est cette loi, dans sa première version de 2006, qui aurait introduit pour la première fois le soutien matériel au terrorisme comme crime de guerre en

97. Manual for Military Commissions 2010, préc., note 53, p. IV-13 ; Manual for Military Commissions 2012, préc., note 53, p. IV-13. Ces manuels ne lient pas les commissions militaires, mais en l'absence de précédents significatifs pour les guider, ils revêtent une grande valeur.

98. Voir, par exemple, Henry Wirz (1865), jugé pour le meurtre d'un prisonnier durant la guerre civile américaine devant une commission militaire américaine.

99. David J. R. FRAKT, « Mohammed Jawad and the Military Commissions of Guantánamo », (2011) 60 *Duke Law Journal* 1383.

100. *Military Commission Act*, 17 octobre 2006, préc., note 3, art. 950v(b)(15).

101. *United States of America v. Mohammed Jawad, Ruling on Defense Motion to Dismiss-Lack of Subject Matter Jurisdiction*, 24 septembre 2008, United States Military Commission, D-007, par. 3-4.

102. *Hamdan II*, préc., note 75, p. 5.

droit américain. Ce jugement a servi de précédent dans plusieurs jugements récents¹⁰³ pour annuler les condamnations pour soutien matériel au terrorisme. Il est donc clair que, pour ce chef d'accusation, si la Cour d'examen des commissions militaires s'en tient à la jurisprudence récente, la condamnation d'Omar Khadr devrait être annulée.

3.3 Espionnage

Pour ce qui est de l'espionnage, il est clairement établi en droit américain que celui-ci est un crime pouvant être jugé par les commissions militaires¹⁰⁴, même s'il ne constitue pas un crime en vertu du droit international. Toutefois, selon le Manuel des cours martiales¹⁰⁵ et le Manuel officiel du droit de la guerre de l'Armée américaine¹⁰⁶, une personne accusée d'espionnage doit avoir été prise sur le fait, et elle ne peut être punie pour des actes d'espionnage qu'elle aurait

commis avant sa capture. Or, dans le cas d'Omar Khadr, la séquence des faits proposée par la poursuite établit que les actes d'espionnage pour lequel il est accusé ont eu lieu en juin 2002, et qu'Omar Khadr a par la suite suivi une formation sur les mines en juillet 2002 avant d'être capturé au cours de la bataille d'Ayub Kheil le 27 juillet de la même année¹⁰⁷. Ainsi, même si le crime d'espionnage est bien établi en droit américain, il est à douter que la condamnation d'Omar Khadr serait maintenue, en vertu des faits établis.

3.4 Complot

En ce qui a trait à l'accusation de complot, la Cour suprême des États-Unis a établi, en 2006, que le complot pour commettre une violation du droit de la guerre n'était pas en lui-même une violation du droit de la guerre pouvant être poursuivie devant les commissions militaires¹⁰⁸. L'état du droit a ensuite

103. *Ali Hamza Ahmad Suliman Al Bahlul v. United States of America*, 14 juillet 2014, United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit, No. 11-1324 [Al Bahlul 2014] ; *United States v. Noor Uthman Muhammed*, 9 janvier 2015, United States Military Commission [Muhammed] ; *David M. Hicks v. United States of America*, 18 février 2015, Court of Military Commission Review, CMCR 13-004 [Hicks].

104. *Ex parte Quirin et al.*, préc., note 5. *Uniform Code of Military Justice* (5 mai 1950), 64 Stat. 109, 10 U.S.C. §§ 801-946, art. 106. Voir également Craig FORCESE, *Does Hamdan II help Khadr? Not Really*, *National Security Law: Canadian Practice in International Perspective*, 21 octobre 2012, National Security Law Blog: Canadian Practice in International Perspectives, <http://craigforcese.squarespace.com/national-security-law-blog/2012/10/21/does-hamdan-ii-help-khadr-not-really.html>.

105. United States Department of Defense, *Manual for Courts-Martial United States*, 2008, art. 20b(6)(b).

106. *US Department of the Army Field Manual: The Law of Land Warfare*, préc., note 43, art. 78c.

107. *Stipulation of Fact*, préc., note 8.

108. *Hamdan I*, préc., note 16, pp. 45, 49.

changé, car à la suite de cette décision dans l'affaire *Hamdan*, le *Military Commission Act* de 2006 a été mis en place, notamment pour combler ce vide juridique. En effet, cette loi codifie le complot comme un crime de guerre pouvant être poursuivi devant les commissions militaires américaines¹⁰⁹. Néanmoins, dans un second jugement dans l'affaire *Al Bahlul*, la Cour d'appel du district de Columbia a décidé que les commissions militaires n'ayant compétence que pour juger des crimes de guerre, elles ne peuvent juger un individu pour complot puisqu'un tel crime de guerre n'existe pas en droit international. Elle a statué qu'un procès devant une commission militaire pour juger d'un crime inexistant en droit international violerait l'article 3 de la Constitution américaine, qui garantit le droit à un procès devant jury et la séparation des pouvoirs judiciaire, exécutif et législatif. La Cour a également ajouté que, contrairement à l'espionnage¹¹⁰, le complot n'entre pas dans l'exception au droit d'être jugé devant un jury¹¹¹.

4. CONCLUSION

À ce jour, les cours américaines ont donc déjà déterminé que plusieurs des crimes figurant dans le *Military Commission Act*, sur la

base duquel plusieurs personnes détenues à Guantánamo ont été accusées et même condamnées, ont été créés *ex post facto*, c'est-à-dire qu'ils n'existaient pas au moment où les actes reprochés ont été posés, selon la séquence de fait établie par la poursuite¹¹². Ainsi, dans le cas d'Omar Khadr, si jamais l'on considère qu'il pouvait bel et bien être considéré comme un « combattant ennemi illégal » et donc être jugé par une commission militaire, malgré son âge, malgré l'inexistence d'un tel statut en droit international humanitaire et malgré le fait que son statut n'ait pas été formellement établi par un tribunal, on peut se poser la question de savoir quelles accusations tiendraient, le cas échéant. En effet, si la Cour d'examen des commissions militaires s'en tient à la jurisprudence récente, les condamnations de soutien matériel au terrorisme et de complot devraient être annulées. En outre, si la Cour adopte le même raisonnement que dans le jugement *Al Bahlul* de 2015¹¹³, et accepte que, pour constituer des chefs d'accusation valides, les crimes dans la juridiction des commissions militaires doivent être des crimes de guerre en droit international, alors, tel que le présent article s'est attardé à le clarifier, aucune des accusations ne tiendra.

109. *Military Commission Act*, 17 octobre 2006, préc., note 3, art. 950v(b)(28).

110. *Ex parte Quirin et al.*, préc., note 5, p. 44.

111. *Al Bahlul 2015*, préc., note 5, pp. 14, 22.

112. International Human Rights Program, préc., note 50, pp. 20, 30.

113. *Al Bahlul 2015*, préc., note 5, p. 25.

DROIT CRIMINEL

M^e Simon ROY et M. Éric LEBLANC*

Quand le droit criminel s'invite dans l'arène sportive : le dopage comme fraude

Les incursions du droit criminel dans l'arène sportive sont plutôt rares. En effet, les tribunaux considèrent que les activités sportives ont une valeur sociale importante qui fait en sorte que l'application des règles usuelles du droit en matière d'infractions contre la personne notamment doit être contextualisée¹.

Une telle retenue doit-elle cependant s'étendre au dopage sportif ? Rappelons, à cet égard, que le sport amateur et professionnel constitue une industrie en plein essor. À preuve, les revenus annuels du baseball majeur américain dépasseraient neuf milliards de dollars américains en 2015 selon le magazine Forbes². Devant de tels enjeux financiers, il ne faut pas s'étonner que la tricherie que

constitue le dopage sportif soit dans la mire du droit pénal.

Si plusieurs pays se sont attaqués au problème du dopage en créant des infractions spécifiques à ce sujet³, le droit criminel canadien, en digne système de common law, offre depuis peu une réponse au problème du dopage sportif par le biais de l'interprétation judiciaire de l'infraction criminelle de fraude. Cette solution pour la moins inusitée a, en effet, été retenue dans l'arrêt *Riesberry*⁴.

Le présent texte se veut donc un commentaire critique de cette affaire. Pour ce faire, nous procéderons d'abord par un bref exposé de l'affaire *Riesberry* et des principes applicables en matière de fraude avant de proposer, dans

* Texte à venir !!!

1. *R. c. Jobidon*, [1991] 2 R.C.S. 714.

2. <http://www.forbes.com/sites/maurybrown/2015/12/04/mlb-sees-record-revenues-for-2015-up-500-million-and-approaching-9-5-billion/#6b8308452307>.

3. Voir notamment l'Allemagne : *Anti-doping Act of 10 December 2015* (Federal Law Gazette I, p. 2210), https://www.gesetze-im-internet.de/amg_1976/BJNR024480976.html.

4. *R. c. Riesberry*, [2015] 3 R.C.S. 1167.

une seconde étape, trois pistes de réflexion suscitées par ce développement jurisprudentiel inattendu.

1. LE CONTEXTE DE LA DÉCISION RIESBERRY

Le 28 septembre 2010, l'entraîneur accrédité de chevaux Standardbreds, Derek Riesberry, a été filmé par une caméra vidéo alors qu'il droguait un cheval avant une course. Soulignons que ce cheval a pris part à la course ce jour-là, terminant sixième et ne remportant aucune bourse, et que les paris publics totalisaient 12 746 \$. Quelques semaines plus tard, le 7 novembre 2010, Riesberry a été de nouveau surpris, cette fois alors qu'il tentait d'introduire subrepticement dans l'hippodrome des seringues contenant des drogues visant à droguer un autre cheval. Le cheval concerné a été rayé de la course, une joute dont les paris publics placés s'élevaient à 11 758 \$. Derek Riesberry a été formellement accusé de tricherie au jeu et de fraude pour le cas de dopage capté par la caméra et de tentative de commettre les mêmes infractions pour avoir tenté d'introduire subrepticement des drogues dans l'hippodrome. Afin de mieux cerner la portée potentielle de l'arrêt *Riesberry*, situons l'historique judiciaire et le contexte légal dans lesquels s'inscrit cette décision.

1.1 L'historique judiciaire

Le 15 août 2013, Derek Riesberry a été jugé devant l'honorable juge Steven Rogin, siégeant sans jury, de la Cour supérieure de l'Ontario, faisant face aux quatre chefs d'accusation suivants :

defrauding the public of money wagered on the outcome of a horserace exceeding \$5,000 ;

cheating while playing a game with the intent to defraud members of the public engaged in wagering money on the outcome of a horserace ;

attempting to defraud the public of money to be wagered on the outcome of a horserace exceeding \$5,000 ; and

attempting to cheat while playing a game with the intent to defraud members of the public who would be engaged in the wagering of money on the outcome of a horserace.⁵

La Couronne n'ayant pas de preuve suffisante sur deux autres chefs d'accusation fondés sur l'article 204(10) du *Code criminel* pour contravention et tentative de contravention au *Règlement sur la surveillance du pari mutuel*, l'accusé a été acquitté des quatre chefs portés contre lui. Bien que le juge de première instance ait effectivement constaté la supercherie de l'accusé et son intention corrélative de créer un avantage injuste pour ses chevaux grâce au

5. *R. c. Riesberry*, 2014 ONCA 744, par. 3.

dopage, il a conclu de la preuve que la malhonnêteté de l'appelant n'avait pas causé de privation aux parieurs, et, alternativement, que la causalité était trop éloignée pour établir la fraude.

La Couronne a interjeté appel devant la Cour d'appel de l'Ontario, demandant que des verdicts de culpabilité soient inscrits sur les quatre chefs d'accusation précités. Le 28 octobre 2014, les honorables juges Simmons, Rouleau and Tulloch accueillèrent l'appel du ministère public, annulaient les acquittements sur les quatre chefs, ordonnaient la tenue d'un nouveau procès à l'égard des accusations de tricherie au jeu et de tentative de tricherie au jeu et déclaraient M. Riesberry coupable des accusations de fraude et de tentative de fraude. Dans son jugement du 13 octobre 2015, la Cour suprême a rejeté le pourvoi de l'accusé sur tous les chefs. Le 8 avril dernier, Derek Riesberry a finalement reçu sa sentence pour les infractions de fraude et tentative de fraude : une amende de 2 500 \$ pour la fraude et une autre de 1 250 \$ pour tentative de fraude.

1.2 Le contexte légal

Le crime de fraude est prévu à l'article 380 du *Code criminel* qui est libellé ainsi :

380. (1) Quiconque, par supercherie, mensonge ou autre moyen

dolosif, constituant ou non un faux semblant au sens de la présente loi, frustre le public ou toute personne, déterminée ou non, de quelque bien, service, argent ou valeur :

a) est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de quatorze ans, si l'objet de l'infraction est un titre testamentaire ou si la valeur de l'objet de l'infraction dépasse cinq mille dollars ;

Les récentes décisions judiciaires démontrent que l'infraction de fraude recoupe une vaste panoplie de comportements, allant jusqu'au fait de jouer au casino l'argent qui devait servir à payer des créanciers⁶ ! Or, une perspective historique découlant des origines jurisprudentielles de cette infraction nous porte à douter de l'opportunité de cet élargissement, visant ultimement à englober un large éventail de comportements déloyaux qui ne respecteraient pas les mœurs de la société canadienne. En effet, fondamentalement, le concept de fraude en common law et en équité s'articulait strictement autour du mensonge dans le cadre contractuel et de la supercherie en matière de responsabilité civile⁷.

Avant que les contours actuels de l'infraction de fraude aient été successivement tracés par la Cour suprême dans les affaires *Olan*,

6. *R. c. Zlatić*, [1993] 2 R.C.S. 29.

7. PONTELL, Henry N. et GEIS, Gilbert, *International Handbook of White-Collar and Corporate Crime*, Springer, New York, 2007.

Théroux et Zlatic, l'arrêt de principe en ce domaine était *R. c. Cox et Paton*⁸. Dans cette affaire, l'accusé avait pris le contrôle effectif de Brandon Packers Limited en utilisant les fonds de la compagnie pour acquérir ses parts. Son subterfuge consistait à utiliser une deuxième compagnie, Fropak, qui n'avait aucun actif, pour obtenir le contrôle de la première. En apparence, tout portait à croire qu'il s'agissait d'un investissement bénéfique et légitime pour Brandon Packers. La Cour suprême a alors rejeté l'argument selon lequel un mensonge était essentiel à l'obtention d'un verdict de culpabilité pour fraude.

Dans l'arrêt *Olan*, l'accusé avait acheté l'entité Langley's Limited avec ses propres actifs, pour ensuite en vendre les valeurs de premier ordre. La Cour a profité de l'occasion pour établir les deux éléments essentiels de l'*actus reus* de l'infraction de fraude : la malhonnêteté et la privation. Le premier élément doit être prouvé en démontrant soit une supercherie, un mensonge ou un autre moyen dolosif. L'élément matériel de privation s'établit en démontrant une perte, un préjudice ou un risque de préjudice aux intérêts économiques de la victime. Il n'est pas essentiel que la fraude mène à une perte pécuniaire réelle⁹.

L'*actus reus* de la fraude et sa *mens rea* corrélative ont fait l'objet de plus amples précisions dans

l'arrêt *Théroux*¹⁰. D'une part, il faut la commission d'un acte malhonnête, qu'il soit une supercherie, un mensonge ou un tout autre moyen dolosif. S'il s'agit d'une supercherie ou d'un mensonge, l'aspect malhonnête est intrinsèque à la nature de l'acte. Dans le cas des autres moyens dolosifs, il faut se référer au critère objectif de la personne raisonnable pour qualifier l'acte de malhonnête, évacuant ainsi toute possibilité d'erreur par l'accusé. La *mens rea* associée à ce premier élément matériel est de nature subjective et s'intéresse à l'intention spécifique qu'avait l'accusé d'accomplir l'acte prohibé dans le but de frauder sa victime. D'autre part, la commission de l'acte malhonnête doit causer une privation à autrui qui peut consister d'une perte réelle ou d'un simple risque aux intérêts pécuniaires de la victime. L'accusé n'a pas à effectivement profiter de la fraude. Il doit seulement avoir la connaissance du fait que la commission de l'acte malhonnête puisse avoir pour corolaire d'entraîner une privation ou un risque de privation aux intérêts pécuniaires de la victime. Lorsque la commission de l'acte prohibé et la connaissance du risque de privation sont démontrées, il n'est pas nécessaire de démontrer que l'accusé avait l'intention de causer la conséquence, qu'il était insouciant à cet égard ou même qu'il croyait que cette conséquence était moralement fondée. Ces éléments essentiels de l'infraction de fraude sont

8. *Cox c. R. et Paton c. R.*, 1963 CanLII 78 (SCC).

9. *R. c. Olan et al.*, [1978] 2 R.C.S. 1175, p. 1182.

10. *R. c. Théroux*, 1993 CanLII 134 (CSC).

repris intégralement par l'arrêt *Riesberry*.

1.2.1 Les éléments matériels de l'infraction de fraude

Un acte malhonnête doit être commis pour qualifier une infraction de frauduleuse en vertu du *Code criminel*. Il peut consister d'une supercherie, d'un mensonge ou de tout autre moyen dolosif. De par sa nature résiduelle, la définition de ce qu'on entend par « autres moyens dolosifs » doit se faire au regard des deux premières catégories. Alors que ces deux catégories présentent uniquement l'intention de tromper autrui, les « autres moyens dolosifs » comprennent tous les autres moyens que l'on peut proprement qualifier de malhonnêtes¹¹. L'affaire récente *Stephenson* propose un rappel des distinctions retenues par la jurisprudence entre le mensonge, la supercherie et les autres moyens dolosifs :

The trial judge then explained the meaning of the words “deceit, falsehood or other fraudulent means”, which appear in the third ingredient. Falsehood was defined as a “deliberate lie”. Deceit was defined as “inducing a person to believe something is true where the deceiver knows that it is false”. The phrase “other fraudulent means” was explained as conduct that is

neither a falsehood nor deceitful, but “can be objectively considered to be dishonest” because an average, reasonable person would see it as being “at variance with straightforward or honourable dealings”.¹²

Bref, la distinction entre le mensonge, la supercherie et les autres moyens dolosifs réside en ce qu'alors que les deux premiers sont intrinsèquement malhonnêtes, la catégorie des autres moyens dolosifs fait plutôt référence à des comportements qui sont, en soi, parfaitement admissibles. En effet, le mensonge et la supercherie surviennent dans le cadre de rapports humains et influent directement sur le consentement de la victime en le viciant, le fraudeur usant d'autres moyens dolosifs ne s'en préoccupe pas. Le consentement est évacué de toutes considérations puisque les autres moyens dolosifs « ne présupposent pas de relation quelconque entre l'accusé et la victime ou même un tiers. Il suffit par exemple que le comportement de l'accusé à l'insu de sa victime lui soit préjudiciable »¹³. La Cour suprême reprend cette explication dans *Riesberry* en expliquant que la démonstration de l'existence du lien de causalité entre le comportement malhonnête et la privation ne dépend pas nécessairement de la preuve que la victime s'est fondée

11. *R. c. Olan et al.*, [1978] 2 RCS 1175, p. 1180.

12. *R. c. Stephenson*, 2006 BCCA 25 (CanLII), par. 102.

13. RAINVILLE, Pierre et GAGNÉ, Jacques, *Les infractions contre la propriété : Le vol, la fraude et certains crimes connexes*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 1996, p. 160.

sur l'acte frauduleux ou que cet acte frauduleux l'a incitée à agir¹⁴.

Chacune des catégories d'acte prohibé étant autonome, les moyens frauduleux sont dissociables. Ainsi, dans l'affaire *Zlatic*, la Cour suprême mentionne qu'en acceptant des marchandises sans les payer et en détournant les sommes perçues de leur revente vers les jeux de hasard, l'accusé a employé ces sommes illégitimement. L'accusation de fraude par un autre moyen dolosif requiert donc simplement que le moyen adopté ait été malhonnête, « c'est-à-dire l'emploi illégitime d'une chose sur laquelle une personne a un droit, de sorte que ce droit se trouve éteint ou compromis »¹⁵.

On conviendra qu'une telle définition se veut large. Heureusement, l'arrêt *Lauer* fournit une liste exhaustive de types de conduite pouvant entrer dans la définition d'autres moyens dolosifs : « a. the use of corporate funds for personal purposes ; b. the non-disclosure of material facts ; c. exploiting the weakness of another ; d. unauthorized diversion of funds ; and e. unauthorized arrogation of funds or property »¹⁶. Il n'en demeure pas moins que les autres moyens dolosifs peuvent être très variés afin de s'assurer que l'infraction de fraude puisse englober une large gamme

d'activités commerciales malhonnêtes, notamment le dopage sportif.

En plus d'un acte malhonnête, l'*actus reus* de l'infraction de fraude requiert également la preuve d'une privation pour la victime. L'élément matériel de conséquence que constitue la privation de la victime peut s'extérioriser de trois façons : (1) La privation de ses intérêts économiques ; (2) La privation de ce qui lui appartient ou de ce qui aurait dû lui appartenir ; (3) La possibilité de perte réelle ou de mise en péril de ses intérêts financiers »¹⁷. Pour établir cette privation, le poursuivant peut démontrer que les intérêts pécuniaires de la victime ont subi un préjudice ou qu'il y a risque de préjudice à leur égard. Il n'est pas essentiel que la fraude mène à une perte pécuniaire réelle¹⁸. La privation ou le risque de privation, aussi temporaire soit-il, peut suffire pour établir que l'on a agi au détriment de la victime. Comme c'est le cas dans *Riesberry*, l'infraction de fraude peut donc être établie sans même que la victime subisse un quelconque préjudice. Il s'agit là d'un cas exceptionnel dans le cadre duquel la responsabilité criminelle exige moins que la responsabilité civile puisqu'aucune responsabilité civile ne peut être considérée sans la présence d'un préjudice. Or, le droit criminel canadien n'exige qu'un risque de préjudice.

14. *R. c. Riesberry*, [2015] 3 R.C.S. 1167, par. 24.

15. *R. c. Zlatic*, [1993] 2 R.C.S. 29, p. 45.

16. *R. c. Lauer*, 2011 PECA 5, p. 83.

17. *R. c. Leuenberger*, 2014 BCCA 156, par. 51.

18. *R. c. Olan et al.*, [1978] 2 R.C.S. 1175, p. 1182.

1.2.2 Les éléments mentaux de l'infraction de fraude

L'état d'esprit blâmable relatif à la fraude criminelle se constitue de deux éléments : (1) une *mens rea* subjective d'intention spécifique relativement à la commission de l'acte malhonnête et (2) une *mens rea* subjective de connaissance ou d'insouciance que l'acte prohibé pourrait causer une privation ou risquer de causer une privation à autrui.

La *mens rea* subjective d'intention spécifique est établie dès lors que l'accusé a sciemment adopté la conduite outrepassant la frontière objective de la malhonnêteté dans le but d'occasionner un risque de privation à la victime. Pour le mensonge et la supercherie, il s'agit uniquement d'accomplir l'acte intrinsèquement malhonnête de façon intentionnelle. Dans le cas de la troisième catégorie de fraude criminelle, soit celle incluant tous les autres moyens dolosifs, l'état d'esprit requis consiste en l'intention d'accomplir un acte objectivement malhonnête. En dépit de fournir une définition de la malhonnêteté de cet « autre moyen dolosif », la Cour suprême s'en remet à une norme objective de l'honnêteté, se jugeant en fonction d'une norme émanant de la communauté et non à partir d'un point de vue individuel, pour « déterminer si la conduite

incriminée entre dans le périmètre de la prohibition pénale ». L'autre moyen dolosif employé doit néanmoins être utilisé sciemment, ce qui devrait, en principe, signifier que l'erreur sincère et de bonne foi puisse empêcher la constatation de la culpabilité nécessaire à la perfection du crime. Notons que l'exclusion du dopage sportif par une application restrictive de cette norme objective aurait pu constituer une porte de sortie permettant d'éviter le glissement interprétatif de *Riesberry*.

Dans l'arrêt *Théroux*, le Cour suprême précise que la *mens rea* de la fraude consisterait en « la conscience subjective que l'on commettait un acte prohibé (la supercherie, le mensonge ou un autre acte malhonnête) »¹⁹. L'honorable juge McLaughlin ajoute qu'il suffit « de déterminer qu'un accusé a sciemment commis les actes en question et qu'il était conscient que la privation ou le risque de privation représentait une conséquence probable ». Autrement dit, l'accusé doit avoir intentionnellement accompli les actes prohibés dans le but d'occasionner une conséquence probable, la privation ou le risque de privation. Derek *Riesberry* avait effectivement cette *mens rea* d'intention spécifique puisqu'il a intentionnellement drogué un cheval dans le but d'augmenter ses chances de victoire au détriment du risque de privation des parieurs.

19. *R. c. Théroux*, [1993] 2 R.C.S. 5, p. 19.

Quant à la *mens rea* subjective de connaissance ou d'insouciance, elle se rattache à l'élément matériel lié aux conséquences possibles et prévisibles du geste de l'accusé. Dans le cas de *Riesberry*, cet état d'esprit implique que l'accusé savait ou aurait dû savoir que son comportement pouvait causer une privation ou un risque de privation aux parieurs. En principe, la *mens rea* d'insouciance ne peut se substituer à la connaissance subjective en matière criminelle puisqu'elle dénote un degré de turpitude morale inférieure. Or, la Cour suprême autorise expressément la preuve d'une *mens rea* d'insouciance en matière de fraude puisqu'elle « présume la connaissance de la vraisemblance des conséquences prohibées. Elle est établie s'il est démontré que l'accusé, fort d'une telle connaissance, accomplit des actes qui risquent d'entraîner ces conséquences prohibées, tout en ne se souciant pas qu'elles s'ensuivent ou non »²⁰.

Bref, l'état d'esprit blâmable de l'accusé en matière de fraude réside donc strictement en sa conscience des possibles corrélats découlant de ses actes : « La conviction subjective de l'accusé que sa conduite n'est pas mauvaise ou que personne ne sera lésé ne constitue pas un moyen de défense admissible »²¹. Il doit avoir été conscient que la

privation ou le risque de privation représentait une conséquence probable. Ainsi, le fait que l'accusé ait cru qu'il gagnerait au casino et serait en mesure de rembourser ses créanciers ne constitue pas un moyen de défense admissible²². De même, l'intention de rembourser n'a jamais permis d'excuser une fraude si la preuve révèle que la conduite de l'accusé a donné lieu à un détournement malhonnête à des fins personnelles. Au mieux, l'intention de rembourser serait retenue pour mitiger la sentence²³.

1.2.3 Le critère de la malhonnêteté

Il semble approprié de remettre en question le critère de la malhonnêteté dans le cadre de l'infraction de fraude. Au Canada, la définition de la malhonnêteté est une question de droit dont la Cour suprême a également délimité les frontières par l'entremise de sa trilogie d'arrêts concernant la fraude. Dans l'affaire *Olan*, le plus haut tribunal note une problématique relativement à la définition de la fraude et tranche pour le critère de la malhonnêteté, sans toutefois le définir :

Les tribunaux ont de bonnes raisons d'hésiter à définir de façon exhaustive le mot « frauder » (frustrer), mais on peut sans crainte dire que, selon la jurisprudence, deux éléments sont essentiels : la « malhonnêteté » et la « priva-

20. *Ibid.*

21. *Ibid.*

22. *R. c. Zlatic*, [1993] 2 R.C.S. 29.

23. *R. c. Olan et al.*, [1978] 2 R.C.S. 1175, p. 1994.

tion ». Pour avoir gain de cause, le ministère public doit donc prouver la privation malhonnête.²⁴

Toute la problématique du critère de la malhonnêteté réside en ce qu'il est aléatoire. Comment donc concilier l'impératif d'imposer une norme d'honnêteté d'application générale en matière de fraude avec l'exigence de discerner un état d'esprit proprement blâmable de la part de l'inculpé ? Considérant que l'intention subjective de l'accusé, au moment des faits, de rembourser la victime ne peut en aucun cas effacer la malhonnêteté de l'accusé, il ne peut que s'agir d'un critère purement objectif²⁵. C'est d'ailleurs ce qu'est venue confirmer la Cour suprême dans l'arrêt *Théroux* : « Il s'agit de savoir si l'accusé était subjectivement conscient que certaines conséquences résulteraient de ses actes, et non pas s'il croyait que ses actes ou leurs conséquences étaient moraux »²⁶.

La *mens rea* de la fraude provient donc de la connaissance que l'accusé avait, au moment des faits reprochés, que la victime risquait effectivement une perte financière par ses actes. L'état d'esprit de l'accusé est tout aussi blâmable par sa connaissance de ce risque qu'il pourrait l'être du fait qu'il est conscient du caractère malhonnête de ces mêmes actes. Dans *Théroux*, la Cour suprême tranche pour un

test objectif de la malhonnêteté qui écarte les conceptions morales de l'accusé. Malgré ce test, il demeure possible de conclure que la croyance assurée et sincère de l'accusé que ses actes seront par la suite ratifiés par la victime suffit pour indiquer que l'accusé n'envisageait pas de risque financier pour la victime. Si Derek Riesberry avait eu une croyance sincère que son cheval nécessitait un traitement particulier avant la course et qu'il ignorait complètement l'effet dopant de la substance, il n'aurait pas eu la *mens rea* de connaissance requise pour la fraude.

Comme l'explique la Cour, le concept objectif de la malhonnêteté ne doit pas freiner les transactions commerciales globalement avantageuses pour l'économie canadienne : « [...] le fait de sauter sur une occasion d'affaires sans être motivé par l'intention subjective de causer une privation en trompant ou en induisant autrui en erreur ne constituera pas une fraude »²⁷. Ainsi, le critère de la malhonnêteté en matière de fraude doit s'attarder uniquement « aux conséquences économiques néfastes, virtuelles ou actualisées, de la dépossession »²⁸. Or, la Cour précise qu'en « adoptant une interprétation libérale de l'infraction, [elle] a fait de la fraude une infraction de portée générale susceptible d'englober une large

24. *R. c. Olan et al.*, [1978] 2 R.C.S. 1175, p. 1182.

25. RAINVILLE, Pierre et GAGNÉ, Jacques, précité, note 15, p. 201.

26. *R. c. Théroux*, [1993] 2 R.C.S. 5, p. 18.

27. *R. c. Théroux*, [1993] 2 R.C.S. 5, p. 26.

28. RAINVILLE, Pierre et GAGNÉ, Jacques, précité, note 15, p. 228.

gamme d'activités commerciales malhonnêtes »²⁹. Force est d'admettre que l'introduction d'un critère objectif n'a permis que de remettre à plus tard la détermination de critères stables et permanents en matière de fraude. L'arrêt *Riesberry* constitue une résultante directe de l'instabilité des critères actuellement en vigueur en la matière.

2. L'IMPACT DE L'ARRÊT RIESBERRY

Une lecture attentive de la décision *Riesberry* appelle trois remarques quant à sa portée éventuelle pour le droit criminel canadien.

2.1 Les autres concurrents comme victimes de la fraude par dopage

À première vue, la portée de l'affaire *Riesberry* semble se limiter aux compétitions qui peuvent légalement faire l'objet de paris³⁰. En effet, le chef d'accusation en cause dans cette affaire reprochait à l'accusé le geste suivant : « defrauding the public of money wagered on the outcome of a horserace exceeding \$5,000 »³¹. Cette formulation choisie par la poursuite identifie donc spécifiquement les victimes de la

fraude comme étant les parieurs et non les autres concurrents de la course. La Cour d'appel prend d'ailleurs la peine de le spécifier en ces termes :

The precise wording of the indictment in this case is important, because as the trial judge found, the references to “the public” foreclosed the Crown from relying on fraud or cheating directed at the other racers competing for the race’s purse. Consequently, the issues at trial were argued entirely on fraud or cheating directed at the public at large.³²

Malgré ce choix stratégique de la poursuite, il s'avère que les autres concurrents à une compétition équestre peuvent aussi être victimes d'une fraude dans un cas similaire aux faits de l'affaire *Riesberry*. En effet, la plupart des compétitions équestres attribue des prix en fonction du classement final. Par exemple, le gagnant du célèbre Derby du Kentucky empochera, en 2016, une bourse de 1,24 million de dollars américains³³. Dans ce contexte, le raisonnement suivant de la Cour suprême peut certes trouver application en ce que l'intérêt pécuniaire des autres concurrents et leurs attentes en matière de respect des règles sont

29. *R. c. Thérout*, [1993] 2 R.C.S. 5, p. 16.

30. L'applicabilité de l'arrêt *Riesberry* aux cas de paris illégaux met en cause la propre turpitude de la victime. En effet, peut-on se plaindre de l'illégalité de la conduite de l'autre dans le cadre d'une transaction illégale ? Nous laisserons cette question en suspens pour le moment.

31. *R. c. Riesberry*, [2014] ONCA 744, par. 3.

32. *R. c. Riesberry*, [2014] ONCA 744, par. 4.

33. <https://www.kentuckyderby.com/media/road-to-kentucky-derby>.

certes comparables à celui des parieurs :

M. Riesberry a administré et a tenté d'administrer aux chevaux de course des substances améliorant leur performance. L'usage de ces drogues est interdit, et il est même interdit aux entraîneurs comme M. Riesberry d'avoir en leur possession dans un hippodrome des seringues pleines. Ce comportement constituait un « autre moyen dolosif » parce que, dans le milieu très réglementé dans lequel il exerçait ses activités, M. Riesberry a adopté un comportement qu'on peut « proprement qualifier de malhonnêt[e] » : *Olan*, p. 1180. M. Riesberry a accompli ces actes malhonnêtes dans le but d'infléchir l'issue de deux courses de chevaux sur lesquelles des membres du public avaient parié. Ses actes malhonnêtes visaient donc à se traduire par la possibilité qu'un cheval qui aurait autrement pu gagner ne gagne pas, et ils ont effectivement eu ce résultat dans un cas. Son comportement a par conséquent créé un risque de privation pour les parieurs ; il a créé le risque de parier sur un cheval qui, n'eussent été les agissements malhonnêtes de M. Riesberry, aurait pu gagner, ce qui aurait permis aux personnes ayant parié sur ce cheval de remporter de l'argent.³⁴

Bref, la portée de l'arrêt *Riesberry* dépasse, à notre avis, les compétitions qui font l'objet de

paris pour s'étendre aux compétitions, beaucoup plus nombreuses, qui récompensent les résultats des meilleurs concurrents par la remise d'un bien, d'un service, d'argent ou de valeur au sens de l'article 380 du *Code criminel* dans la mesure où le fait de se doper dans le cadre de telles compétitions constitue un autre moyen dolosif.

À cet égard, il convient de noter que la Cour suprême, dans le passage précédemment cité, corrèle la réglementation étroite d'une activité et la conclusion qu'un comportement donné est malhonnête, élément essentiel de la notion d'autre moyen dolosif. Il va sans dire que plusieurs compétitions sportives comportent des règles strictes quant à l'interdiction du dopage comme le prouve le nombre d'organisations sportives signataires du *Code mondial anti-dopage* de l'Agence mondiale anti-dopage³⁵. Au surplus, le dopage est maintenant un acte criminel dans plusieurs pays dont, depuis peu, en Allemagne³⁶, ce qui milite fortement en faveur de son inclusion parmi les actes malhonnêtes au sens des arrêts *Zlatic*³⁷ et *Olan*³⁸.

Pour toutes ces raisons, l'arrêt *Riesberry* permet, par exemple, de déclarer coupable de fraude un athlète qui a recours au dopage dans le cadre de sa participation à une

34. *R. c. Riesberry*, [2015] 3 R.C.S. 1167, par. 25.

35. <https://www.wada-ama.org/fr/le-code>.

36. *Anti-doping Act of 10 December 2015* (Federal Law Gazette I, p. 2210).

37. *R. c. Zlatic*, [1993] 2 R.C.S. 29.

38. *R. c. Olan et al.*, [1978] 2 R.C.S. 1175.

compétition olympique. En effet, la médaille remise au gagnant constitue un bien au sens de l'article 380 du *Code criminel* et les autres concurrents ont subi un risque de privation de ce bien (et même une perte si l'athlète dopé gagne) en raison d'un acte malhonnête, soit le dopage.

Évidemment, une telle conclusion ne trouve application, à notre connaissance, qu'en droit canadien. Signalons toutefois que la portée territoriale du droit canadien en matière de fraude est plus large qu'on ne pourrait le penser comme le prouve l'arrêt *Libman*. Dans cette affaire, la Cour a conclu que les tribunaux canadiens avaient juridiction bien que les victimes étaient situées à l'étranger :

En effet, lors de l'examen de cette question, il nous faut à mon sens tenir compte de tous les faits pertinents qui se sont produits au Canada et qui peuvent légitimement fournir à notre pays un intérêt à instruire l'infraction [...]

À vrai dire, je partagerais l'avis du juge Osler, qui a entendu la demande d'annulation, selon lequel les activités préalables à la perpétration de la combine frauduleuse étaient suffisantes en soi pour justifier la conclusion que l'infraction a été commise au Canada. La combine a été conçue ici, toute l'opération qui en a assuré le fonctionnement, ses têtes dirigeantes, l'entreprise de vente d'actions frauduleuses par téléphone, tout était situé à Toronto. Le fait que

ce point de vue s'appliquerait à des cas où des victimes de la combine ont été lésées hors du pays importe peu.³⁹

Par analogie, un athlète qui fait l'usage de produits dopants en sol canadien en vue d'une compétition à l'étranger pourrait voir sa responsabilité pénale engagée au Canada. Il en irait évidemment de même pour l'athlète étranger qui participerait, au Canada, à une compétition alors qu'il est dopé.

2.2 Le dopage, le risque de privation et la preuve du lien de causalité

Devant la Cour suprême, Derek Riesberry invoquait, entre autres, le caractère indirect du lien de causalité entre son acte malhonnête et le risque de préjudice économique des victimes. Plus spécifiquement, le lien de causalité serait insuffisant puisque la conduite frauduleuse n'aurait pas incité les victimes à parier⁴⁰. La cour dispose sommairement de cet argument au motif que c'est le risque de perte qui compte et non la présence d'une incitation de la victime :

Il existe un lien de causalité direct entre les actes malhonnêtes de M. Riesberry et le risque de privation financière des parieurs. En clair, une course truquée crée un risque de préjudice pour les intérêts économiques des parieurs. Dès lors qu'il existe un lien de

39. *Libman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 178, par. 71-72.

40. *R. c. Riesberry*, [2015] 3 R.C.S. 1167, par. 21.

causalité, l'absence d'incitation ou de confiance est sans importance.⁴¹

Ce faisant, la Cour passe toutefois sous silence l'impact considérable du choix, dans l'arrêt *Olan*, du critère du risque de préjudice en lieu et place de l'exigence d'un préjudice réel. Rappelons, à ce sujet, que l'arrêt *Olan* justifie, en citant à l'appui la jurisprudence anglaise, le degré moindre de préjudice requis par l'infraction de fraude en ces termes « des intérêts mis en péril ont moins de valeur en termes monétaires que des intérêts protégés et en sécurité »⁴².

Cette définition du préjudice simplifie considérablement la preuve du lien de causalité entre l'acte frauduleux et sa conséquence en ce que la preuve que la conduite a créé un risque de perte suffit. Il n'est donc pas nécessaire de prouver que l'acte frauduleux fut une cause appréciable⁴³ de la perte ou même une perte éventuelle. Cet élargissement de la notion de préjudice rend donc superflue la détermination du rôle précis de l'acte frauduleux dans les cas d'une perte causée par de multiples facteurs.

Une fois ramenés dans le contexte sportif, ces enseignements permettent de conclure que le préjudice en matière de dopage prendra essentiellement la forme d'une perte de chance pour les autres concurrents. Il importe donc peu que l'athlète dopé gagne ou non la

compétition. La simple augmentation de ses probabilités d'un meilleur classement à la suite de la prise de produits dopants suffit pour créer corrélativement une perte de chance d'un classement donné pour ses concurrents. Par ailleurs, cela ne dispense pas la poursuite de faire la preuve que l'utilisation de produits dopants a, concrètement, augmenté les probabilités d'un meilleur classement de l'athlète dopé. En effet, l'utilisation d'un produit notoirement inefficace, ou l'exclusion de la compétition pour cause de dopage, mèneront plutôt à des accusations de tentative de fraude, faute d'effet concret sur les probabilités de gain des autres concurrents.

L'étude de la causalité nous amène tout naturellement à la détermination du montant de la fraude et du nombre de victimes. Dans la mesure où les victimes alléguées sont les parieurs, la preuve du nombre exact de victimes nécessitera des calculs complexes puisqu'il faudra nécessairement exclure du nombre total de parieurs ceux qui furent, en théorie, avantagés par le dopage et il en ira de même pour le montant total de la fraude. En effet, un parieur ne peut s'estimer victime de fraude s'il avait misé sur le concurrent illégalement dopé pour gagner la compétition en ce que le dopage a, dans les faits, augmenté ses probabilités de gains.

41. *R. c. Riesberry*, [2015] 3 R.C.S. 1167, par. 26.

42. *R. c. Olan et al.*, [1978] 2 R.C.S. 1175, p. 1183.

43. *R. c. Nette*, [2001] 3 R.C.S. 488.

La situation sera plus simple si les victimes alléguées sont les autres concurrents. Dans ce cas, chaque concurrent sera victime d'une fraude équivalente à la valeur monétaire du prix remis au gagnant de la compétition. Cette conclusion prévaudra même si le vainqueur de la compétition n'est pas l'athlète dopé puisque l'échec ultime de l'autre moyen dolosif qu'est le dopage ne fait pas obstacle à une conclusion de fraude dans la mesure où le dopage a réduit les chances des autres concurrents de l'emporter comme nous venons de le démontrer.

Fait à noter, l'élargissement de la notion de cause appréciable par la prise en compte du risque de préjudice fut toutefois atténué par la Cour suprême dans les arrêts *Cuerrier* et *Mabior*. En effet, la Cour a nuancé la notion de risque de préjudice en spécifiant qu'il fallait la preuve d'un risque important en matière de fraude au consentement dans le cadre d'activité de nature sexuelle. Elle circonscrit ce risque important en ces termes :

Premièrement, le « risque important de lésions corporelles graves » ne saurait s'entendre de tout risque, aussi minime soit-il. [...]

Deuxièmement, la norme du risque « élevé » ne tient pas dûment compte de la nature du préjudice causé par la transmission du VIH. Dans l'arrêt *Cuerrier*, la notion de

« risque important » tient à la fois au risque de contracter le VIH et à la gravité de la maladie lorsqu'elle est transmise, deux facteurs inversement proportionnels. Plus la nature du préjudice est grave, moins la probabilité de transmission doit être grande pour qu'il y ait « risque important de lésions corporelles graves ». ⁴⁴

Autrement dit, le degré de risque requis pour établir le lien de causalité entre l'acte frauduleux de l'accusé et une conséquence donnée sera partiellement fonction de la gravité du préjudice potentiel. L'importation en matière de fraude sportive de la notion risque important de préjudice nous semble possible afin de refléter plus adéquatement la nature exacte du dopage commis par un concurrent de fond de peloton qui n'a, même avec l'aide du produit dopant, aucune chance réelle de se mériter un prix en fonction de son classement final ⁴⁵.

2.3 La possible application « rétroactive » de l'arrêt *Riesberry*

La décision de la Cour suprême dans l'affaire *Riesberry* remet sur la sellette quelques tricheries sportives canadiennes hautement médiatisées. Dans la foulée de *Riesberry*, pourrait-on déposer des accusations de tentative de fraude contre le sprinteur Ben Johnson pour ses gestes lors des Jeux olym-

44. *R. c. Mabior*, [2012] 2 R.C.S. 584, par. 85-86.

45. Voir toutefois à ce sujet la critique virulente de la juge McLachlin, en dissidence, quant à l'exigence du caractère important du risque : *R. c. Cuerrier*, [1998] 2 R.C.S. 371, par. 48 et ss.

piques de Séoul en 1988⁴⁶ ou encore de fraude contre la cycliste Geneviève Jeanson ?⁴⁷ Plus encore, certains athlètes étrangers qui ont pris part à des compétitions contre des athlètes canadiens ou encore à des matchs sportifs en sol canadien alors qu'ils utilisaient des produits dopants pourraient-ils faire l'objet de poursuites criminelles ? On pense notamment à cet égard au joueur de baseball professionnel Alex Rodriguez⁴⁸ ou au cycliste Lance Armstrong⁴⁹.

Rappelons d'entrée de jeu que le droit criminel canadien ne prévoit pas de prescription pour le crime de fraude de plus de 5 000 \$. Le simple écoulement du temps ne met donc pas ces sportifs à l'abri de poursuites.

De même, une application rétroactive de l'affaire *Riesberry* ne contrevient apparemment pas à l'alinéa 11g) de la Charte canadienne qui prévoit que « tout inculpé a [...] le droit de ne pas être déclaré coupable en raison d'une action ou d'une omission qui, au moment où elle est survenue, ne constituait pas une infraction d'après le droit interne du Canada [...] ». En effet, la logique juridique canadienne se base sur l'idée que l'arrêt *Riesberry* n'a pas créé une nouvelle infraction, mais a simple-

ment « découvert » une application de la fraude qui était depuis toujours prévue par le libellé de l'article 380 du *Code criminel*. L'arrêt *Hislop* résume cette théorie déclaratoire en ces termes :

Rappelons que la théorie déclaratoire est issue du célèbre aphorisme de Blackstone : les juges ne créent pas le droit mais ne font que le découvrir (W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England* (1765), vol. 1, p. 69-70). Elle exprime une conception classique et fort répandue du rôle des tribunaux dans un État démocratique, fondée sur le souci de préserver une stricte séparation des pouvoirs judiciaire, législatif et exécutif. Ainsi, le tribunal accorde une réparation rétroactive en appliquant le droit existant ou une règle redécouverte qui est réputée avoir toujours existé, tandis que le législateur élabore de nouvelles lois pour l'avenir.⁵⁰

Bien que la Cour admette que cette théorie fait, à juste titre, l'objet de critiques, elle conclut à son bien-fondé dans les cas où les juges sont chargés d'appliquer une règle à des faits initialement extérieurs au domaine d'application prévisible de la règle :

[C]e constat n'exige pas l'abandon total de la théorie déclaratoire de Blackstone. Les critiques dont elle

46. Pour plus de détails, voir : <http://archives.radio-canada.ca/sports/dopage/dossiers/63/>.

47. Pour plus de détails, voir : <http://ici.radio-canada.ca/nouvelles/societe/2014/06/08/001-genevieve-jeanson-cycliste-entrevue-exclusive-la-petite-reine-film.shtml>.

48. Pour plus de détails, voir : <http://m.mlb.com/news/article/3811116/>.

49. Pour plus de détails, voir : https://en.wikipedia.org/wiki/Lance_Armstrong_doping_case.

50. *Canada (Procureur général) c. Hislop*, [2007] 1 R.C.S. 429, par. 84.

fait l'objet visent seulement le cas où le tribunal établit de nouveaux principes ou règles de droit, et non celui où il applique le droit existant. Lorsqu'il s'agit d'appliquer une règle juridique existante à un nouvel ensemble de faits, la théorie déclaratoire de Blackstone demeure valable et la réparation est nécessairement rétroactive.⁵¹

La valeur de ce postulat théorique est toutefois plus discutable en droit criminel. En effet, la Cour suprême reconnaît le pouvoir créateur du juge en ce domaine⁵², mais certains juges estiment inopportun d'user de ce pouvoir afin d'élargir le champ de la responsabilité criminelle :

Le respect du principe de la certitude et les restrictions institutionnelles imposées aux tribunaux en ce qui concerne l'élaboration du droit prétorien devraient inciter la Cour à refuser de renverser un arrêt antérieur quand cela aurait pour effet d'élargir la responsabilité criminelle. Il n'appartient pas aux tribunaux de créer de nouvelles infractions ni de donner plus d'extension à la responsabilité, d'autant plus que les changements apportés au droit par des décisions judiciaires ont un effet rétroactif.⁵³

Le défaut de ce faire peut mener à une application rétroactive de la décision judiciaire. À titre d'exemple, on peut considérer l'arrêt *Cuerrier*⁵⁴. Dans cette affaire, l'accusé, bien qu'étant séropositif et conscient de son état, participe délibérément à des activités sexuelles non protégées avec les victimes. Notons qu'afin d'obtenir le consentement de ces dernières aux activités sexuelles, l'accusé s'abstient de leur faire part au préalable de sa condition physique. Confrontée à cette trame factuelle, la Cour suprême doit décider si la conduite de l'accusé constitue des voies de fait graves au sens de l'article 268 du *Code criminel*. Pour résoudre le litige, la Cour reconsidère sa jurisprudence antérieure et élargit la notion de vice de consentement de façon à assimiler la non-divulgence d'un fait important à une fraude viciant le consentement⁵⁵. Malgré le principe de la non-rétroactivité des infractions pénales, Monsieur *Cuerrier* est déclaré coupable suite à cette modification subite de l'état du droit canadien, modification survenue dans sa propre cause. Notons que le droit pénal canadien ne voit rien d'injuste dans cette situation à première vue paradoxale, car, rappelons-le, la décision d'un tribunal

51. *Ibid.*, par. 86.

52. Voir notamment *R. c. Kang-Brown*, [2008] 1 R.C.S. 456, par. 5.

53. *R. c. Bernard*, [1988] 2 R.C.S. 833, par. 55.

54. *R. c. Cuerrier*, [1998] 2 R.C.S. 371. Notons que les arrêts *Daviault*, *Jobidon* et *Canadian Foundation* constituent aussi des exemples de modifications rétroactives de la norme pénale par la jurisprudence : *R. c. Daviault*, [1994] 3 R.C.S. 63 ; *R. c. Jobidon*, [1991] 2 R.C.S. 714 ; *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*, [2004] 1 R.C.S. 76.

55. *R. c. Cuerrier*, [1998] 2 R.C.S. 371, par 125 et ss.

« déclare » le droit existant et ne saurait donc, en théorie, générer *ex post facto* une responsabilité auparavant inexistante⁵⁶.

Dans une dissidence virulente, la juge McLachlin souligne toutefois les enjeux propres à l'élargissement rétroactif de la responsabilité criminelle proposé par les juges majoritaires dans *Cuerrier* :

Selon l'état actuel du droit, ne constitue pas une infraction le fait d'avoir un contact sexuel sans en divulguer les risques possibles à son partenaire, comme le propose le juge Cory. Ne constitue pas non plus un crime toute tromperie incitant à consentir à un contact physique, comme le propose le juge L'Heureux-Dubé. D'après ce que nous savons sur la propagation du VIH et d'autres maladies vénériennes, il ressort que, chaque jour, des milliers de personnes adoptent précisément cette conduite. Désormais, si les changements radicaux proposés sont acceptés, ces personnes seront des criminels susceptibles de faire l'objet d'une enquête, d'être poursuivis et d'être emprisonnés. Littéralement, des millions d'actes qui, jusqu'ici, n'ont pas été tenus pour criminels seront désormais criminalisés. La liberté individuelle sera restreinte. Les répercussions sur la police, les

poursuivants, les tribunaux et les prisons seront dramatiques. Il vaut mieux que pareil changement, s'il est nécessaire, soit apporté par le législateur à la suite d'une discussion complète des conséquences et des coûts.⁵⁷

En plus de ces conséquences pratiques, c'est le principe même de légalité qui est mis à mal par une possible application rétroactive de l'arrêt *Riesberry*. En effet, il est difficile de voir comment Ben Johnson, Geneviève Jeanson qui se sont dopés il y a maintenant plus de 20 ans pouvaient raisonnablement entrevoir à l'époque que leur conduite constituait une fraude au sens de l'article 380 du *Code criminel*. S'il est vrai que nul n'est censé ignorer la loi⁵⁸ encore faut-il que le citoyen reçoive un avertissement raisonnable avant que l'État puisse lui reprocher ses gestes⁵⁹. L'absurdité de punir un citoyen qui ne pouvait raisonnablement anticiper un développement jurisprudentiel futur est démontré avec éloquence par l'arrêt *Pitchford*. Dans cette affaire, les accusés avaient consulté un avocat afin de s'enquérir de la légalité des activités de nature sexuelle projetées. À défaut d'interdiction claire prévue par le *Code criminel* ou la jurispru-

56. *R. c. Dunn*, (1977) 21 N.S.R. (2d) 334, 341. Pour un commentaire critique à ce sujet voir : ARNOLD, T., « State-Induced Error of Law, Criminal Liability and *Dunn v. The Queen*: A Recent Non-Development in Criminal Law », [1978] 4 *Dal. L. J.* 559, 561 et aussi JODOUIN, A., « La légitimité des sources du droit pénal (réflexions d'un agnostique sur les certitudes fondamentales du droit répressif) », dans MACKAY, E., *Les certitudes du droit*, Montréal, Éditions Thémis, 1999, p. 115.

57. *R. c. Cuerrier*, [1998] 2 R.C.S. 371, par. 54.

58. Art. 19 du *Code criminel*.

59. *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606.

dence, ils avaient conclu à la légalité de leur conduite projetée pour la simple et bonne raison qu'il n'y a pas de crimes sans loi en droit canadien. Malheureusement pour eux, les tribunaux ont justement profité de leur dossier pour combler cette lacune ! Magnanime, la Cour d'appel a toutefois réduit leurs peines au motif que « the point [la question en litige] is a novel one and the law with respect to what is indecent is far from settled »⁶⁰.

CONCLUSION

Dans l'affaire *Bertuzzi*, le juge chargé de déterminer la peine applicable pour des voies de fait commis par un joueur lors d'une partie de la Ligue nationale de hockey consacrait l'applicabilité du droit criminel canadien en la matière en ces termes :

No sports league, no matter how well organized or self-policed it may be, should thereby render the players in that league immune from criminal prosecution.⁶¹

L'arrêt *Riesberry* constitue un pas de plus en ce sens et sa portée dépasse largement le cadre des courses équestres. En effet, le dopage sportif devient, en droit canadien, une fraude susceptible d'un emprisonnement maximal de 14 ans et même d'une peine minimale de deux ans d'empri-

sonnement si l'objet des fraudes dépasse un million de dollars⁶². Un tel montant sera facilement atteint dans les cas de compétitions professionnelles d'envergure si l'on considère que chacun des concurrents de l'athlète dopé subit un risque de se voir privé du prix remis au vainqueur. S'il est vrai que plusieurs pays ont désormais recours au droit pénal pour dissuader le dopage sportif, nul doute que la solution canadienne, soit l'application du crime de fraude, se distingue.

Par ailleurs, une question subsiste. Qu'en est-il de la responsabilité criminelle des organisations sportives qui emploient, en se fermant les yeux, des athlètes dopés ? Devra-t-on conclure qu'elles peuvent être punies par le biais de l'article 22.2 du *Code criminel* qui, rappelons-le, se lit ainsi :

22.2 S'agissant d'une infraction dont la poursuite exige la preuve d'un élément moral autre que la négligence, toute organisation est considérée comme y ayant participé lorsque, avec l'intention, même partielle, de lui en faire tirer parti, l'un de ses cadres supérieurs, selon le cas :

[...]

c) sachant qu'un tel agent participe à l'infraction, ou est sur le point d'y participer, omet de prendre les

60. *R. c. Pitchford*, [1982] O.J. 220, par. 7.

61. *R. c. Bertuzzi*, 2004 BCPC 472, par. 36.

62. Art. 380 (1.1) C.cr. Cette peine minimale ne s'appliquera toutefois pas aux cas de dopage antérieurs au 1^{er} novembre 2011, date d'entrée en vigueur de cette disposition.

mesures voulues pour l'en empêcher.

À l'évidence, le cadre supérieur de l'organisation professionnelle retient les services d'un athlète dopé avec l'intention que l'organisation tire profit de cette amélioration illégale de performance. Au surplus, la connaissance du dopage par le cadre supérieur pourra, dans certains cas, se prouver assez aisément par le biais de l'aveuglement volontaire. Si tel est le cas, l'ab-

sence d'intervention sera constitutive de responsabilité pénale⁶³. Bien entendu, le dépôt d'accusations dans un tel cas reste hypothétique dans la mesure où les poursuites pénales contre les organisations sont pour le moins rares⁶⁴ et que les tribunaux canadiens manifestent une aversion profonde face au fait de punir la passivité devant un crime⁶⁵. Cela dit, rien n'est impossible... à preuve, le dopage sportif est désormais une fraude en droit canadien.

63. *R. c. Pétroles Global inc.*, 2013 QCCS 4262, par. 185.

64. La décision dans l'affaire *Pétroles Global inc.* fut, en 2013, la première décision répertoriée au Québec au sujet de l'article 22.2 C.cr. bien que cet article soit entré en vigueur en mars 2004.

65. Voir notamment *R. c. Rochon*, [2012] 2 R.C.S. 673 et *Dunlop et Sylvester c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 881.

Barreau
du Québec



445, boulevard St-Laurent
Montréal (Québec) H2Y 3T8
514-954-3400 1 800 361-8495
www.barreau.qc.ca