



Revue 2012

Tome 71

La nécessité de prendre en compte les chevauchements des droits autochtones lors de la conclusion de traités au Canada
Christopher Campbell-Durufflé

Le patrimoine commun de la nation québécoise au service de l'indemnisation du préjudice environnemental
Mélicca Devost

Troubles de voisinage : l'article 976 C.c.Q. et le seuil de normalité
Jean Teboul

Attention au gros lot ! – Richard c. Time Inc.
Mariève Lacroix

De l'admissibilité des déclarations antérieures d'un témoin à titre d'exception à la règle du oui-dire
Léo Ducharme

L'autorité du juge au service de la saine gestion de l'instance
Pierre Noreau et Mario Normandin

The International Jurisdiction of Québec Authorities in Personal Actions: An Overview
Catherine Walsh

Chronique

Droit constitutionnel. L'âge des juges
Luc Huppé



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

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

M^e Michel Deschamps, président

M^e Élise Charpentier

M^e Pierre Giroux

M^e Claude Laferrière

M^e François Montfils

M^e Alain-Robert Nadeau

M^e Hubert Reid

M^e Pierre Séguin

M^e Marc Sauvé, secrétaire

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

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

Le prix de l'abonnement annuel de la version papier est de 125 \$ (plus taxes).

Envoi de Poste-publications
Enregistrement n° 40013642

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

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

ISSN-383669-X
Dépôt légal
Bibliothèque et Archives nationales du Québec, 2013
Bibliothèque et Archives Canada, 2013



La nécessité de prendre en compte les chevauchements des droits autochtones lors de la conclusion de traités au Canada

Christopher Campbell-Duruflé 1

Le patrimoine commun de la nation québécoise au service de l'indemnisation du préjudice environnemental

Mélissa Devost 43

Troubles de voisinage : l'article 976 C.c.Q. et le seuil de normalité

Jean Teboul 99

Attention au gros lot ! – *Richard c. Time Inc.*

Mariève Lacroix 147

De l'admissibilité des déclarations antérieures d'un témoin à titre d'exception à la règle du oui-dire

Léo Ducharme 175

L'autorité du juge au service de la saine gestion de l'instance

Pierre Noreau et Mario Normandin 207

The International Jurisdiction of Québec Authorities
in Personal Actions: An Overview

Catherine Walsh 249

CHRONIQUE

Droit constitutionnel. L'âge des juges

Luc Huppé 295

Liste des mémoires de maîtrise et thèses de doctorat
acceptés en 2012. 307

Index des auteurs 323

Index analytique 325

Table de la jurisprudence commentée 329

Table de la législation commentée 331

La nécessité de prendre en compte les chevauchements des droits autochtones lors de la conclusion de traités au Canada

Christopher CAMPBELL-DURUFLÉ

Résumé

L'auteur présente la thèse selon laquelle l'approche du gouvernement du Canada à la question du chevauchement des droits territoriaux de diverses nations autochtones sur un même territoire risque de contrevenir à ses obligations constitutionnelles et internationales. Pour ce faire, il commence par retracer la présence de la notion d'exclusivité de l'attachement au territoire dans diverses notions du droit canadien en matière autochtone et dans les politiques fédérales de revendications territoriales. Il étudie ensuite trois cas concrets d'ententes d'importance majeure sous l'angle de leur traitement de la réalité des chevauchements des droits territoriaux : la *Convention de la Baie-James et du Nord québécois*, l'*Accord définitif niska'a* et l'*Entente de principe d'ordre général* signée avec certaines nations innues. Il conclut que les approches retenues, soit l'extinction des droits des nations exclues des négociations ou l'inclusion de clauses de non-dérogação aux droits de ces derniers dans les ententes, peuvent s'avérer insuffisantes pour garantir le respect par la Couronne des droits fondamentaux des peuples autochtones. Il suggère enfin deux alternatives : l'absence de conclusion de nouveaux traités sans entente entre nations autochtones sur les limites de leurs territoires respectifs ou l'inclusion dans les traités conclus de dispositions prévoyant explicitement le chevauchement des territoires autochtones. Si la seconde approche devait être retenue, il souligne que le droit canadien devra abandonner l'insistance que l'on observe actuellement sur la notion d'exclusivité de l'attachement au territoire des nations autochtones.

La nécessité de prendre en compte les chevauchements des droits autochtones lors de la conclusion de traités au Canada*

Christopher CAMPBELL-DURUFLÉ**

1. INTRODUCTION	5
2. PRÉVALENCE DE L'EXCLUSIVITÉ EN DROIT AUTOCHTONE CANADIEN	6
a. Régime des réserves	7
b. Droit ancestral	10
c. Titre aborigène	12
d. Traitement du chevauchement par les politiques fédérales de négociation	13
3. TROIS EXEMPLES DE TRAITEMENT DES CHEVAUchemENTS TERRITORIAUX	16
a. Convention de la Baie-James et du Nord québécois	17

* Ce texte est basé sur une communication orale livrée le 28 avril 2011 au Colloque des jeunes chercheurs, Chaire de recherche du Canada sur la question territoriale autochtone, tenu à l'Université du Québec à Montréal. J'aimerais remercier M^{es} Peter Hutchins, Monique Caron et Alexandra Parent, *Hutchins Legal*, le professeur Jean Leclair de la faculté de droit de l'Université de Montréal et M^{me} Régine Debrosse, doctorante en psychologie à l'Université McGill, pour leur précieuse assistance dans la préparation de ce texte. Toute erreur demeure mienne.

** Avocat (2010), B.C.L./LL.B. McGill (2009), Candidat au LL.M. en droit international des droits humains à l'Université Notre-Dame, Indiana. L'auteur a été employé à titre d'étudiant par le cabinet Hutchins Legal de 2007 à 2009. Ce cabinet fut impliqué comme procureur dans certains des dossiers mentionnés en guise d'exemple dans le présent article.

i.	Extinction des droits chevauchants	17
ii.	Chevauchements internes	19
b.	Accord définitif niska'a	20
c.	Entente de principe d'ordre général	26
4.	DISCUSSION	29
a.	Risques posés par l'approche actuelle	29
b.	Approches alternatives	33
5.	CONCLUSION	35
Annexe 1 : Territoire de la Convention de la Baie James		37
Annexe 2 : Territoire de l' <i>Accord définitif niska'a</i>		38
Annexe 3 : Territoire revendiqué par les Tahltan, Gitskan et Gitanyow		39
Annexe 4 : Territoire visé par l'Entente de principe d'ordre général (Nitassinan et Innu Assi)		40
Annexe 5 : Territoire revendiqué par la Nation huronne-wendat (Nionwentsïo)		41

Tshakapesh mit la tête dehors et vit ce singulier phénomène. Un nuage était descendu sur tout l'univers et, touffu comme neige, faisait écran, empêchant de reconnaître ce qui était hier encore un paysage familier. [...] Ce nuage, c'est celui de nos rêves et, durant notre sommeil, il recouvre notre territoire. Nous ne faisons plus attention à lui et il a trouvé ce moyen un peu surprenant pour nous rappeler à nos devoirs. [...] [Tshakapesh] et sa sœur promirent alors de ne jamais abandonner leurs rêves pour de chimériques et passagères réalités.¹

1. INTRODUCTION

À l'image de Tshakapesh et de sa sœur, héros mythologiques innus, le gouvernement du Canada laisse-t-il de « chimériques et passagères réalités » interférer avec le respect de ses obligations constitutionnelles et internationales en matière de droits territoriaux des Autochtones ? Nous proposons une réponse affirmative à cette question dans la mesure où une construction sociale et historique, la conception exclusive du territoire que la Couronne adopte dans ses négociations avec les Autochtones, mène à l'exclusion de la réalité des chevauchements de territoire de la négociation de traités.

Dans la première section de cet article, nous présenterons la place importante qu'occupe la notion d'exclusivité dans le droit autochtone canadien. Nous poursuivrons avec une revue de la politique canadienne actuelle en matière de revendications territoriales globales qui suggère que le gouvernement du Canada accorde peu d'importance à la réalité des chevauchements entre territoires autochtones. Par chevauchement, nous entendons le fait que plus d'une nation autochtone puisse détenir des droits sur un même territoire, fondés aujourd'hui sur, par exemple, des routes migratoires, alliances familiales, confédérations politiques ou réseaux commerciaux ayant été historiquement l'occasion de rencontres et de mélanges entre différents peuples. Ceci nous permettra de conclure que notre droit est construit sur une concep-

1. André DUDEMAINE, Tshakapesh et le brouillard (inédit), Terres en vue, <<http://www.nativelynx.qc.ca/fr/litterature/dudemaine.html>>.

tion généralement cartographique et exclusive du territoire des Autochtones et d'en illustrer certains fondements.

Dans la deuxième section, nous verrons comment la réalité actuelle des chevauchements territoriaux donne lieu à des revendications de titre et de droits ancestraux portant sur un même espace. Nous présenterons trois cas concrets à l'occasion desquels cette réalité fut évacuée par le processus de négociations et demeurant litigieux jusqu'à la présente date : la *Convention de la Baie-James et du Nord québécois*, l'*Accord définitif niska'a* et l'*Entente de principe d'ordre général* signée avec certaines nations innues. Nous observerons précisément le traitement donné à cette réalité par ces trois accords de première importance, que ce soit par l'extinction des droits des nations exclues des négociations ou par l'inclusion de clauses de non-dérogação aux droits de ces derniers dans les traités. Nous concluons que, dans aucun de ces trois cas, le respect par la Couronne de ses obligations constitutionnelles et internationales ne fut adéquat.

Ceci nous mènera dans un troisième temps à certaines observations sur la nécessité de prendre en compte la réalité des chevauchements entre les territoires de différents peuples autochtones lors de la conclusion de traités au Canada. Nous indiquerons pourquoi ceci a pour conséquence d'enfreindre les obligations constitutionnelles et internationales qu'a la Couronne de protéger l'attachement au territoire des Autochtones, de les consulter en cas d'atteintes à leurs droits et de négocier de bonne foi avec eux. Nous identifierons enfin deux alternatives à l'approche actuelle qui semblent s'imposer d'elles-mêmes, à savoir l'absence de conclusion de nouveaux traités sans entente entre nations autochtones sur les limites de leurs territoires respectifs ou l'inclusion dans les traités ou ententes conclus de dispositions prévoyant explicitement le chevauchement des territoires autochtones. Si la dernière option devait être retenue, nous suggérons que cela impliquerait l'abandon d'une conception de l'attachement des Autochtones au territoire basée sur la notion d'exclusivité.

2. PRÉVALENCE DE L'EXCLUSIVITÉ EN DROIT AUTOCHTONE CANADIEN

Le corpus de droit autochtone canadien reflète la notion selon laquelle les rapports des nations autochtones au territoire ou à ses ressources devraient être exercés de manière exclusive.

On retrouve les sources de cette approche dans la tradition juridique européenne, tant en droit privé qu'en droit public. Ainsi, dès le 17^e siècle, John Locke consolide l'idée selon laquelle celui qui investit son travail dans une parcelle de terre devrait avoir le droit exclusif de jouir de ses produits². Le droit d'exclure les autres est au cœur de la notion de propriété en Occident, tant dans les traditions de droit privé civiliste que de common law. Le *Code civil du Québec* prévoit par exemple :

953. Le propriétaire d'un bien a le droit de le revendiquer contre le possesseur ou celui qui le détient sans droit ; il peut s'opposer à tout empiètement ou à tout usage que la loi ou lui-même n'a pas autorisé.

Le droit international public d'origine européenne, ou *jus gentium*, transpose la même relation entre États et territoire. Le titre sous-jacent dont dispose le Souverain en common law est à l'exclusion de tout autre État. Cette conception est reflétée par les mécanismes de reconnaissance des États en droit international fixés par la *Convention de Montevideo sur les droits et les devoirs des États*³. Population permanente, territoire déterminé, existence d'un gouvernement et capacité d'entretenir des relations internationales en sont les critères fondamentaux exprimés à son article premier. Une des pierres angulaires de notre système international est donc qu'un seul État à la fois peut légiférer relativement à un territoire donné. Voyons maintenant quatre exemples en droit canadien en matière autochtone qui reflètent cette conception, soit le régime des réserves, la notion de titre ancestral, la notion de titre aborigène et les politiques canadiennes en matière de revendications territoriales.

a. Régime des réserves

Dans cette section, nous argumenterons que le régime des réserves qui a été imposé aux Autochtones peu après la Confédération en vertu de la *Loi sur les Indiens* illustre une conception de la propriété basée sur l'exclusivité. Cette conception remonte toutefois jusqu'à la *Proclamation royale de 1763*, qui prévoyait que les terres réservées pour les Indiens ne pouvaient être cédées ou

2. John LOCKE, *The Second Treatise of Civil Government*, 1690, Chapter 5, Section 27, Liberty Library of Constitutional Classics, en ligne : <<http://www.constitution.org/jl/2ndtreat.htm>>.

3. *Convention de Montevideo sur les droits et les devoirs des États*, 26 décembre 1933, 7^e Conférence des États américains, 165 L.N.T.S. 19.

vendues qu'en faveur de la Couronne⁴. La *Loi constitutionnelle de 1867* consolide elle aussi l'idée qu'Autochtones et non-Autochtones doivent vivre sur des territoires séparés⁵. En effet, l'article 91(24), qui dispose que les réserves sont des territoires « réservés pour les Indiens »⁶, a été interprété comme traitant des terres « réservées par le gouvernement fédéral pour l'usage exclusif des Indiens »⁷.

Un des objectifs annoncés de cette politique était de protéger l'intégrité des terres autochtones, et par là protéger l'intégrité de ces communautés. Il semble que l'on ait voulu éviter que des acheteurs non-autochtones aux moyens importants puissent forcer l'achat de certaines terres, réduisant ainsi la taille de la communauté de manière irréversible⁸. L'effet d'une telle restriction est l'impossibilité de copropriété, de voisinage ou de rachat entre Autochtones et non-Autochtones dans les réserves. Elle place donc un frein à la possibilité de cohabitation et de métissage entre Autochtones et non-Autochtones, en établissant une conception du territoire selon laquelle les frontières géographiques et culturelles doivent coïncider.

Le régime des réserves introduit également une conception exclusive du territoire qui sépare les communautés autochtones. Ainsi, il isole géographiquement ces dernières en les situant à des grandes distances les unes des autres et en limitant le pouvoir des conseils de bande d'adopter des règlements administratifs aux frontières de la réserve⁹. Il devient dès lors impossible que ces communautés exercent leurs pouvoirs de gouvernance conjointement. De plus, il oblige chaque personne détenant le statut

4. *Proclamation royale de 1763* (R.-U.), reproduite dans L.R.C. (1985), app. II, n° 1, p. 3.

5. *Loi constitutionnelle de 1867* (R.-U.), 30 & 31 Vict., c. 3, reproduite dans L.R.C. (1985), app. II, n° 5.

6. Voir aussi *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 18.

7. *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, par. 118. [*Van der Peet*].

8. La *Proclamation royale* dispose :

« Attendu qu'il s'est commis des fraudes et des abus dans les achats de terres des sauvages au préjudice de Nos intérêts et au grand mécontentement de ces derniers, et afin d'empêcher qu'il ne se commette de telles irrégularités à l'avenir et de convaincre les sauvages de Notre esprit de justice et de Notre résolution bien arrêtée de faire disparaître tout sujet de mécontentement, Nous déclarons de l'avis de Notre Conseil privé, qu'il est strictement défendu à qui que ce soit d'acheter des sauvages, des terres qui leur sont réservées dans les parties de Nos colonies, ou Nous avons cru à propos de permettre des établissements [...] »

Proclamation royale de 1763, *supra*, note 4.

9. *Loi sur les Indiens*, *supra*, note 6, art. 81.

d'« Indien inscrit » à être rattachée à une réserve par la consignation de son nom sur une liste de bande¹⁰. Ce régime empêche donc les Autochtones d'être à la fois d'un endroit et d'un autre, alors que la réalité diffère bien souvent¹¹. Lawrence qualifie cette politique comme opérant la classification, la réglementation et le contrôle des identités et note que ses effets se font encore sentir aujourd'hui¹². Par exemple, il n'est pas rare de trouver au Québec des communautés voisines que le cours de la colonisation a séparées, les habitants de l'une étant francophones et catholiques alors que ceux de l'autre sont anglophones et protestants¹³. De la même manière, des fossés ont été créés par les règles d'hérédité applicables pour l'attribution de ce statut. Une enquête sur l'impact de la modification législative de 1985 visant à mettre fin aux règles discriminatoires qui privaient l'attribution du statut aux petits-enfants d'une femme disposant d'un statut et d'un homme sans statut (articles 6.1 ou 6.2 de la *Loi sur les Indiens*) et à permettre la réinscription des personnes ainsi exclues fut réalisée. Celle-ci révèle la grande difficulté qu'ont eue ces derniers à se faire accepter par leurs communautés, après avoir longtemps été considérés comme non-Autochtones :

Les conseils de bande et les responsables des services autochtones ont manifesté leur mécontentement lorsque le gouvernement a décidé unilatéralement d'augmenter le nombre de personnes devant se partager des ressources humaines et financières limitées ; leur mécontentement a souvent pris la forme d'un traitement injuste à l'égard des personnes réinscrites aux termes de la *Loi C-31*. Dans certaines collectivités, l'hostilité était ouverte et se traduisait par le refus de répondre aux besoins des personnes nouvellement inscrites. Dans d'autres collectivités, des gestes plus subtils faisaient sentir aux nouveaux inscrits qu'ils n'étaient pas les bienvenus.¹⁴

Ainsi, tant parce qu'il provoque la séparation des Autochtones et des non-Autochtones, et la séparation des Autochtones entre eux, le régime des réserves établit en droit une conception

10. *Ibid.*, art. 8.

11. À ce sujet, voir Amin MAALOUF, *Les Identités meurtrières*, Paris, Le Livre de Poche, 1998.

12. Bonita LAWRENCE, « Gender, Race, and the Regulation of Native Identity in Canada and the United States: An Overview » (2003) 18(2) *Hypatia* 3, 3-15 at 10.

13. C'est le cas par exemple de la communauté innue de Matimekush-Lac-John et de la communauté naskapie de Kawawachikamak, situées à quelques kilomètres et surtout dont les langues autochtones sont très similaires.

14. AINC, *Répercussions des modifications de 1985 à la Loi sur les Indiens*, Volume 1, Enquête autochtone, p. 4.

exclusiviste de la culture. Celle-ci opère une rupture avec divers types de relations dynamiques et superposées qui existaient auparavant sur le territoire canadien : confédérations politiques autochtones, réseaux commerciaux entre Autochtones et colons, cycles migratoires saisonniers en vue de la chasse, la pêche, la récolte ou le piégeage, alliances familiales entre communautés, mariages entre colons et Autochtones, etc.¹⁵. La brève revue de ce phénomène aura permis de noter comment ce régime de séparation des peuples et des communautés reflète une vision exclusiviste du territoire.

b. Droit ancestral

Dans cette section, nous argumenterons que, similairement au régime des réserves, la jurisprudence développée en matière de droits ancestraux en vertu de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* reflète la notion d'exclusivité des cultures. En effet, en vertu de l'arrêt *R. c. Van der Peet*, la preuve d'un droit ancestral repose sur la démonstration qu'une pratique faisait partie intégrante « de la culture distinctive » d'un peuple autochtone avant la colonisation¹⁶. Il en découle que, si une pratique ne constitue pas aux yeux des tribunaux une activité qui distingue un peuple des autres peuples autochtones ou non-autochtones, les chances qu'elle obtienne une protection constitutionnelle sont amoindries. Par exemple, dans l'arrêt *Mitchell c. M.R.N.*, la juge en chef fut d'avis que le commerce de part et d'autre du Saint-Laurent n'était pas « vital pour l'identité collective des Mohawks » et refusa de reconnaître un droit ancestral au commerce transfrontalier exempt de taxes aux membres de la réserve d'Akwesasne, bien qu'elle soit située exactement sur la frontière canado-américaine¹⁷. La Cour a toutefois nuancé ce critère dans l'arrêt *R. c. Sappier*, où le juge Bastarache écrivait : « « distinctif » n'a pas le sens de « distinct », et la notion d'autochtonité ne saurait être réduite à des [TRADUCTION] « stéréotypes radicalisés » »¹⁸. Il ajouta qu'il faut rejeter l'idée selon laquelle le droit revendiqué doit refléter une pratique au cœur de la culture de ce peuple¹⁹. Ainsi, si le critère de preuve des droits ancestraux ne porte plus sur ce qui distingue un

15. À ce sujet, voir généralement les excellents travaux de la Commission royale sur les peuples autochtones.

16. *Van der Peet*, *supra*, note 7, par. 55-59.

17. *Mitchell c. M.R.N.*, 2001 CSC 33, [2001] 1 R.C.S. 911, par. 60.

18. *R. c. Sappier* ; *R. c. Gray*, 2006 C.S.C. 54, [2006] 2 R.C.S. 686, par. 45.

19. *Ibid.*, par. 46.

peuple autochtone des autres, ces derniers auront toutefois souvent érigé dans le droit et dans l'imaginaire le fait d'être Autochtone comme quelque chose d'exclusif.

Enfin, le critère de l'arrêt *Van der Peet* a été critiqué comme véhiculant une conception statique des cultures autochtones parce qu'il protège des pratiques remontant à avant la colonisation²⁰. Le juge en chef Lamer a spécifiquement noté dans ses motifs que l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* ne devait pas mener à une conception figée des droits et qu'au contraire les critères développés permettaient leur évolution, pourvu que les pratiques en question respectent « une continuité avec les coutumes, pratiques et traditions qui existaient avant le contact avec les Européens »²¹. Les juges L'Heureux-Dubé et McLachlin ont quant à elles affirmé dans leurs opinions dissidentes l'importance d'éviter d'enfermer les Autochtones dans une conception rigide de leurs droits, qui les empêcherait de continuer « à s'adapter aux changements du monde dans lequel ils vivent »²². Sans se prononcer sur le fondement de cette critique, il suffit pour nos fins de noter que le critère de la continuité entretient une vision exclusive des pratiques et droits des nations autochtones. En effet, il implique que les pratiques s'étant développées au sein d'un peuple autochtone après la colonisation n'ont pas la même valeur ou ne se rapportent pas aussi directement au peuple en question. C'est donc dire que les pratiques qui auraient pu s'inspirer du contact avec les Européens et leurs descendants reflètent moins fidèlement l'essence de la culture autochtone en question.

Mettant l'idée de « caractère distinct » à part, une approche aux droits ancestraux fondée sur l'idée de partie intégrante d'une culture démontrant une certaine continuité historique relève tout de même d'une vision de la culture basé sur un caractère exclusif. En effet, ce que l'on protège constitutionnellement n'est pas la capacité d'un peuple de déterminer aujourd'hui ce qui est important pour lui (en prenant compte de son passé si tel est son désir),

20. Voir par exemple John BORROWS, « Frozen Rights in Canada: Constitutional Interpretations and the Trickster », (1997-1998) 22 *Am. Indian L. Rev.* 37 ; Chienwin Chienhan CHENG, « Touring the Museum: A Comment on *R. v. Van der Peet* », (1997) 55 *U.T. Fac. L. Rev.* 419 et Mark D. WALTERS, « The "Golden Thread" of Continuity: Aboriginal Customs at Common Law and Under the *Constitution Act* », 1982, (1999) 44 *R.D. McGill* 711-752.

21. *Van der Peet*, *supra*, note 7, par. 64.

22. *Ibid.*, par. 113 et 240. Un exemple d'une telle adaptation se trouve dans l'arrêt *R. c. Morris*, [2006] 2 R.C.S. 915, où un droit de chasse issu d'un traité fut interprété comme comprenant le droit de chasser la nuit à l'aide d'une source lumineuse.

mais bien toute pratique survivante qui peut être reliée à son passé. On voit bien comment le fait pour le droit canadien d'adopter une telle approche, en matière de pratiques culturelles, pave la voie à une conception de la relation au territoire basée elle-aussi sur l'exclusivité. En effet, si le fondement de mon identité est ce qui me distingue des autres, partager la gouvernance d'un territoire avec des autres et entrevoir le territoire comme un lieu de rencontre et d'échange devient une menace à cette même identité²³.

c. Titre aborigène

Les critères de preuve du titre aborigène élaborés par la Cour suprême dans l'arrêt *Delgamuukw c. Colombie-Britannique* ont également traité de la notion d'exclusivité²⁴. Le juge Lamer, alors juge en chef, y affirme que la preuve d'un titre ancestral repose sur la démonstration de l'occupation exclusive d'un territoire au moment de l'affirmation de la souveraineté des puissances coloniales sur le territoire canadien²⁵. Il ajoute cependant que si plus d'une nation avait occupé un territoire, ces nations pourraient démontrer leur « exclusivité partagée » et obtenir un titre conjoint²⁶. Cette formule est énigmatique, mais elle constitue toutefois une ouverture à de multiples formes d'organisation politique et sociale des Autochtones, incluant des formes d'attachement au territoire qui ne seraient pas basées sur l'exclusivité. Au contraire, à la toute fin de ses motifs, il souligne l'importance que toutes les nations concernées par le territoire revendiqué par les Gitksan et les Wet'suwet'en en l'espèce prennent part aux procédures à venir, en raison du caractère exclusif du titre aborigène qui pourrait leur être reconnu²⁷. Ceci laisse entendre que la possibilité de déclaration de titre conjoint est vue comme l'exception plutôt que comme la norme.

Finalement, notons que la définition du titre aborigène contient une limite similaire à celle applicable en matière de droits

23. De manière intéressante, Ghislain Otis propose un argument à l'effet contraire, à savoir que les droits ancestraux possèdent un caractère personnel tendant à rompre avec un attachement strict au territoire. Voir Ghislain OTIS, « L'autonomie personnelle au cœur des droits ancestraux : *sub qua lege vivis* ? », (2007) 52 *McGill L.J.* 657.

24. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010.

25. *Ibid.*, par. 117.

26. *Ibid.*, par. 158.

27. *Ibid.*, par. 185-186.

ancestraux dont nous avons fait état plus tôt, à savoir que le droit canadien encourage le caractère distinct des droits des Autochtones. En effet, la preuve d'un titre repose sur l'utilisation du territoire tel qu'elle était au moment de la conquête par les colons européens et les usages que ce titre permet ne doivent pas être incompatibles avec la nature de l'occupation et de l'utilisation de ce territoire à l'époque²⁸. Le juge en chef Lamer explique que cette limite imposée aux formes d'occupation permises vise à préserver le lien que les Autochtones entretenaient alors avec le territoire²⁹. L'esprit d'une telle limite vise à protéger le territoire contre des usages qui en priveraient du même coup les générations futures³⁰. Toutefois, on peut faire le même constat qu'en matière de droits ancestraux, à savoir que si une utilisation du territoire ne constitue pas aux yeux des tribunaux une activité qui se rattache suffisamment à l'époque où les contacts entre Autochtones et non-Autochtones étaient minimes ou inexistants, on considère qu'elle reflète moins fidèlement l'essence de la culture autochtone en question. On voit donc encore plus clairement à l'œuvre l'idée selon laquelle le métissage entre les peuples est contraire à la protection constitutionnelle que l'on offre aux droits territoriaux.

d. Traitement du chevauchement par les politiques fédérales de négociation

Depuis le « Livre blanc » présenté par le gouvernement de Pierre-Elliott Trudeau en 1969³¹ jusqu'au dernier énoncé majeur de politique en matière de revendications autochtones en 2003, on assiste à une progressive prise en compte de la notion de chevauchement des droits des autochtones. Nous ferons état ici de l'évolution de ces politiques et de la jurisprudence les ayant influencées. Nous soulignerons également comment cette ouverture s'est principalement manifestée, soit par le recours à des clauses de non-dérogation aux droits des peuples autochtones exclus des négociations.

28. *Ibid.*, par. 125-132.

29. *Ibid.*, par. 128.

30. À ce sujet, voir Kent McNEIL, « The Post-Delgamuukw Nature and Content of Aboriginal Title », dans Kent McNEIL, *Emerging Justice ? : Essays on Indigenous Rights in Canada and Australia* (Saskatoon, Saskatchewan : Native Law Centre, University of Saskatchewan, 2001).

31. La politique indienne du gouvernement du Canada, (Livre blanc sur la politique indienne, 1969) présentée à la première session du 28^e parlement par l'honorable Jean Chrétien, ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien.

Les deux premières politiques canadiennes en matière de revendications territoriales globales ne faisaient pas mention de la possibilité de chevauchement entre territoires autochtones. À l'inverse, conformément à l'arrêt *Calder et al. c. Procureur Général de la Colombie-Britannique*³², elles reconnaissent que le point de départ des négociations est l'occupation ancestrale du territoire par les Autochtones et les droits qui en découlent. Ainsi, la politique de 1973 ne fait que souligner que « dans les cas où leurs droits traditionnels aux terres revendiquées peuvent être établis, les autochtones recevront, en retour de ces intérêts, une indemnité ou un avantage convenus »³³ et la politique de 1981 fait de même³⁴. Notons que ceci aurait pu constituer un fondement à la considération des chevauchements lors de la conclusion de traités, dans les cas où deux peuples démontreraient leurs droits sur une même portion de territoire.

La politique de 1986 opère un changement important par rapport aux deux précédents énoncés, en ce qu'elle abandonne l'exigence d'extinction complète des droits des Autochtones et propose un modèle d'extinction partielle ou d'extinction en échange de droits issus de traité³⁵. Elle contient également une reconnaissance explicite de la possibilité de chevauchement et de l'atteinte qui pourrait être portée aux droits ancestraux de certaines nations s'il devait être ignoré. Elle affirme l'importance de régler ces questions avant la conclusion de traités :

Lorsque plus d'un groupe requérant utilise des terres et des ressources communes et que les requérants ne peuvent s'entendre sur les dispositions concernant les limites, l'accès aux ressources ou le partage des terres, on ne doit pas céder de terres à aucun des groupes de la région contestée avant que le différend ne soit réglé.³⁶

La politique de 1993 conserve le même objectif de remplacer les droits ancestraux dits indéfinis par des droits définis par un traité. Elle opère un revirement de position quant à la notion de

32. *Calder et al. c. Procureur Général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313. [Calder]

33. Gouvernement du Canada, Déclaration de l'honorable Jean Chrétien, ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien sur les revendications des Indiens et des Inuit, 1973, p. 4.

34. Gouvernement du Canada, *En toute justice : Une politique des revendications des Autochtones – revendications globales*, 1981.

35. Gouvernement du Canada, *Politique des revendications territoriales globales*, 1987, p. 12.

36. *Ibid.*, p. 13.

chevauchement, en faisant référence aux critères de reconnaissance du titre autochtone établis dans l'arrêt *Baker Lake c. Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien*³⁷. Selon ce dernier, le titre découle d'une démonstration d'une occupation en tant que société autochtone organisée au moment de la colonisation qui « exclut en grande partie d'autres sociétés organisées »³⁸. Basée sur cette approche, la politique de 1993 rejetait donc presque entièrement la possibilité de chevauchement des droits des autochtones. Mentionnons par ailleurs qu'à la même époque la politique fédérale sur la mise en œuvre du droit inhérent des peuples autochtones à l'autonomie gouvernementale fut adoptée³⁹. Celle-ci prévoit, dans la négociation d'ententes d'autonomie gouvernementale, une ouverture à la notion de chevauchement de compétences entre gouvernements autochtones et non-autochtones sur un même territoire. À l'inverse, cette politique demeure muette quant à la superposition de compétences gouvernementales autochtones.

Enfin, la politique de 2003 semble trouver un entre-deux entre les politiques de 1986 et 1993. Ceci est probablement dû à l'application des commentaires du juge Lamer dans l'arrêt *Delgamuukw* dont nous avons fait état plus tôt et qui envisageait la possibilité d'« exclusivité partagée ». L'approche du gouvernement fédéral s'y décline comme suit. D'abord, une nation autochtone doit faire montre de l'apparence de droits sur un territoire pour amorcer les négociations. Si le territoire est sujet à chevauchements, cette apparence de droit s'en retrouvera diminuée aux yeux de la Couronne. On notera que ce critère rappelle davantage l'arrêt *Baker Lake* de 1980 que l'arrêt *Delgamuukw* de 1997. Deuxièmement, le gouvernement fédéral, sans en faire une exigence préalable à la signature de traités, encourage le règlement des questions de chevauchement entre les Premières nations et est disposé à financer ce type de négociations. Troisièmement, en cas d'absence de règlement sur cette question, la Couronne privilégie la conclusion de traités comportant des clauses de non-dérogation aux droits des Premières nations non signataires, plutôt

37. *Baker Lake c. Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien*, [1980] 1 C.F. 518, par. 80.

38. Gouvernement du Canada, Politique du gouvernement fédéral en vue du règlement des revendications autochtones, 1993, p. 5.

39. Gouvernement du Canada, L'approche du gouvernement du Canada concernant la mise en œuvre du droit inhérent des peuples autochtones à l'autonomie gouvernementale et la négociation de cette autonomie, 1995.

que la poursuite des négociations comme c'était le cas en 1986⁴⁰. On entend par « non-dérogação » l'idée selon laquelle une entente est conclue sans préjudice au droit d'une tierce nation autochtone à faire valoir ses droits par la suite, sans toutefois qu'il ne soit précisé comment elle doit procéder concrètement.

On peut donc conclure de cette brève généalogie du principe d'exclusivité à travers les notions de réserve, de droit ancestral, de titre aborigène et à travers les politiques canadiennes en matière de territoires ancestraux des Autochtones que la réalité des chevauchements territoriaux a longtemps été ignorée au profit d'une conception exclusive. On notera toutefois son apparition progressive dans la jurisprudence et le fait que, bien qu'elle n'y occupe pas une place de premier rang, la politique fédérale actuelle soit conçue de manière à éviter de porter préjudice aux tierces parties autochtones qui n'auraient pas été incluses dans les négociations. En effet, en l'absence d'ententes entre nations autochtones et en cas d'exclusion de certaines d'entre elles des négociations, des clauses de non-dérogação devront absolument être incluses de manière à préserver les droits de ces dernières. Voyons maintenant dans quelle mesure de telles approches ont permis de garantir les droits fondamentaux des Autochtones dans trois exemples concrets.

3. TROIS EXEMPLES DE TRAITEMENT DES CHEVAUCHEMENTS TERRITORIAUX

Dans cette section, nous présenterons trois exemples concrets d'ententes sur les revendications territoriales globales qui reflètent l'application des politiques canadiennes à diverses époques et qui illustrent le traitement donné aux questions de chevauchement des droits des autochtones sur un même territoire. Cette analyse suggère la primauté d'une conception du territoire basée sur l'exclusivité plutôt qu'une ouverture réelle à la réalité des chevauchements. Nous verrons également que, malgré l'inclusion de clauses de non-dérogação conformément à la politique de 2003, la signature de traités en cas de non-participation de certaines nations autochtones ayant des revendications relatives au territoire visé risque d'imposer à ces dernières des limites indues à la jouissance de leurs droits. Par le fait même, ceci met-

40. Gouvernement du Canada, Règlement des revendications territoriales des Autochtones, Un guide de pratique de l'expérience canadienne, Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien, 2003, p. 19.

trait à mal le respect par la Couronne de ses obligations constitutionnelles et internationales en la matière.

a. Convention de la Baie-James et du Nord québécois

i. Extinction des droits chevauchants

Le traitement des chevauchements de droits autochtones par la Convention de la Baie-James et du Nord québécois (ci-après « Convention ») est double. Ce traité fut signé en 1975 par les Inuit, les Cris, les Naskapi et les gouvernements du Canada et du Québec au début des travaux de construction du complexe hydro-électrique de la Baie-James. Rappelons que la Convention et la Convention du Nord-Est québécois couvrent ensemble plus de 1 000 000 kilomètres carrés, soit quelque 60 % de la superficie du Québec⁴¹. Rappelons aussi le climat pressant dans lequel cet accord a été négocié, les travaux de construction des barrages de la Baie-James étant en cours et les droits ancestraux des peuples autochtones n'ayant pas encore été enchâssés dans la Constitution⁴².

Fait intéressant, la Convention reconnaît la possibilité de chevauchements entre le territoire visé et les territoires ancestraux des nations autochtones voisines, tels que les Anishnabe, les Attikamekw ou les Innus. Cependant, la stratégie adoptée en réponse à cette éventualité est l'extinction unilatérale de leurs droits, tel que le reflète l'article 2.6 :

La législation approuvant la Convention, la mettant en vigueur et la déclarant valide doit éteindre tous les revendications, droits, titres et intérêts autochtones, quels qu'ils soient, de tous les Indiens et de tous les Inuit aux terres et dans les terres du Territoire [...]

On peut présumer que l'objectif d'une telle clause est l'atteinte de « certitude juridique », c'est-à-dire éviter que des revendications ultérieures de droits ancestraux par des tierces parties autochtones puissent affecter la jouissance des droits prévus dans

41. Convention de la Baie James et du Nord québécois et La Convention du Nord-Est québécois – Rapport annuel 1998-1999 – Rapport annuel 1999-2000, Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien, Ottawa, 2002, p. 10. Voir carte, Annexe 1.

42. À ce sujet, voir Grand Council of the Crees, *Sovereign Injustice: Forcible Inclusion of the James Bay Crees and Cree Territory into a Sovereign Québec*, Nemaska, 1995, p. 252-54.

le traité et, par exemple, l'interruption de projets de mise en valeur du territoire. Il est toutefois intéressant de noter que la Convention reprend ainsi un langage d'extinction des droits digne des traités numérotés du 19^e siècle, dont l'objectif était l'extinction de tous les droits sur le territoire en échange de compensation financière en vue de permettre le peuplement par les colons⁴³. Cette approche a d'ailleurs valu au traité d'être critiqué par le Conseil des Innus du Nitassinan, qui a interpellé le Rapporteur spécial sur la situation des droits de l'homme et des libertés fondamentales des peuples autochtones en 2004 relativement au territoire ancestral des Innus dans les termes suivants :

[N]ous croyons que le Canada doit adopter une législation correctrice dans le cadre de la Décennie internationale des peuples autochtones, donc d'ici la fin de 2004, afin de viser l'annulation des effets de l'extinction unilatérale des droits et titres fonciers ou de la propriété des Innu sur les territoires conventionnés par le Traité de la Baie-James.⁴⁴

Si on peut comprendre que la Couronne cherche à définir avec finalité ses obligations juridiques et financières envers les Autochtones, une telle approche semble contraire au droit des Autochtones de conserver la propriété et la possession de leurs territoires ancestraux reconnu dans maints instruments internationaux⁴⁵. L'entrée en vigueur de la *Loi constitutionnelle de 1982*,

43. La Commission royale sur les peuples autochtones indique dans son rapport : « Pendant la période des premiers contacts, lorsque les Européens constituaient une minorité et qu'il était essentiel de bien se comprendre pour survivre, les relations découlant des traités étaient soigneusement cultivées et entretenues. Mais à partir du moment où les Européens sont devenus majoritaires, les négociations sont devenues plus complexes, difficiles et vagues sur certains points, l'objectif de la Couronne étant d'obtenir des terres autochtones pour construire le nouveau pays. Il existait, entre les deux parties, de grandes divergences sur le plan des points de vue, des valeurs et des postulats culturels. » Commission royale sur les peuples autochtones, *Un passé, un avenir*, Première partie, 1996, Chapitre 6, « 5. Divergences dans les postulats et dans la compréhension », en ligne : <http://www.collectionscanada.gc.ca/webarchives/20071212195502/http://www.ainc-inac.gc.ca/ch/rcap/sg/sg16_f.html>.

44. Le Conseil des Innus du Nitassinan rencontre le Rapporteur spécial des Nations Unies sur la situation des droits de l'homme et des libertés fondamentales des peuples autochtones, 1 juin 2004, CNW Telbec. Voir aussi L'ONU se penche sur les relations entre Ottawa, Québec et les autochtones, *Le Devoir*, le 5 août 2005, en ligne : <<http://www.ledevoir.com/index.php/politique/canada/87642/l-onu-se-penche-sur-les-relations-entre-ottawa-quebec-et-les-autochtones>>.

45. Voir par exemple l'article 14 de la Convention 169 de l'Organisation internationale du travail, adoptée le 27 juin 1989, *Convention concernant les peuples indigènes et tribaux dans les pays indépendants*, les articles 25 et 26 de la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, résolution adoptée par

qui prévoit l'obligation de la Couronne d'agir honorablement envers les Autochtones en cas d'atteinte à leurs droits ancestraux⁴⁶, de les consulter et les accommoder⁴⁷ et de respecter des critères stricts de justification en cas d'imposition de limites⁴⁸, semble également interdire pareille démarche à l'avenir. Enfin, la Commission royale sur les peuples autochtones recommandait l'abandon d'une approche fondée sur le principe de l'extinction dans son rapport de 1996, parce que ceci risque de rompre de manière définitive le lien que les peuples autochtones visés entretiennent avec le territoire⁴⁹. En effet, l'extinction unilatérale et sans compensation des droits de nations autochtones exclues de processus de négociations équivaut à faire indirectement ce que la Couronne ne peut faire directement.

ii. *Chevauchements internes*

Paradoxalement, si la Convention est fermée à la possibilité de chevauchement de territoires entre les signataires du traité et des tierces nations autochtones, elle reconnaît la possibilité de chevauchement des droits des Cris, Inuits et Naskapis au sein du territoire conventionné. Le traité instaure en effet des zones d'usage prioritaire et d'usage commun en faveur des Cris et des Inuits⁵⁰. Par exemple, dans une zone d'usage prioritaire inuit, il revient à ces derniers d'établir des règlements relatifs à la chasse, la pêche et au trappage à des fins personnelles, communautaires ou commerciales, alors que les Cris conservent le droit de pratiquer ces activités⁵¹. Dans les cas des zones d'usage commun, ces règlements sont établis conjointement, notamment avec la participation du Comité conjoint – chasse, pêche et trappage, qui regroupe autant des représentants cris et inuits que des gouvernements du Québec et du Canada⁵².

l'Assemblée générale, 13 septembre 2007 et l'article 21 de la *Convention américaine relative aux droits de l'Homme*, adoptée à San José, Costa Rica, le 22 novembre 1969.

46. *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771, par. 41.

47. *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, [2004] 3 R.C.S. 511, 2004 CSC 73, par. 27.

48. *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, par. 70-83. Voir aussi *Gladstone c. Canada (Procureur général)*, 2005 C.S.C. 21, [2005] 1 R.C.S. 325.

49. Recommandation 2.2.6 : Que le gouvernement fédéral crée un processus d'établissement de nouveaux traités pour remplacer la politique actuelle sur les revendications territoriales globales, qui serait fondé sur les principes suivants : a) l'extinction totale des droits territoriaux ancestraux n'est pas une option ; [...]

50. Article 24.13.

51. Article 24.5.4.

52. Article 24.5.5.

La Convention prévoit également le chevauchement des droits de gestion du territoire entre Autochtones et non-Autochtones. Ainsi, alors que les terres de Catégorie I (13 700 km²) sont administrées par les Autochtones⁵³, les terres de Catégorie II (151 600 km²) sont administrées par le gouvernement du Québec et les Autochtones y conservent des droits de chasse, de pêche et de piégeage exclusifs, et participent à leur gestion⁵⁴. Enfin, les terres de Catégorie III (environ 1 000 000 km²) sont également administrées par la province, mais tant Autochtones que non-Autochtones peuvent y chasser ou pêcher. De plus, les Autochtones participent également à leur gestion⁵⁵.

Bien que cela ne fût jamais qualifié de la sorte, la Convention s'apparente donc à un exemple de reconnaissance et de mise en œuvre effective d'un titre autochtone conjoint des Cris, des Inuits et des Naskapis dans certaines zones. Elle propose aussi un modèle de chevauchement de compétences législatives entre le Québec, le Canada et les nations signataires. Contrairement au régime des réserves dont nous avons traité plus tôt, la Convention constitue un exemple d'ouverture à la gouvernance conjointe du territoire et au métissage juridique et culturel, à la fois entre Autochtones, et entre Autochtones et non-Autochtones. À l'inverse, ce traité est strictement fermé au chevauchement des droits des signataires et des non-signataires de la Convention, comme l'illustre sa clause d'extinction des droits des nations autochtones tierces parties. Pour cette raison, il pose un risque sérieux d'atteinte aux droits ancestraux et au titre de ces dernières.

b. Accord définitif niska'a

Un autre exemple de traitement du chevauchement des territoires autochtones est la signature de l'Accord définitif niska'a en 1999 par les gouvernements du Canada et de la Colombie-Britannique et la nation Niska'a. Bien qu'il fût complété dans le cadre de la Commission des traités de la Colombie-Britannique, le début des négociations remonte à 1976. Ce traité règle les revendications territoriales des Niska'a en leur reconnaissant la pleine propriété de quelque 2 000 kilomètres carrés dans la vallée du Nass, leur versant une compensation financière de près de 200

53. Article 5.1.

54. Article 5.1.

55. Article 5.3.

millions de dollars et mettant en place un régime élaboré d'autonomie gouvernementale⁵⁶. Nous verrons dans la présente section que ce traité, contrairement à la Convention, reconnaît la possibilité de chevauchement territorial avec les droits de nations autochtones exclues des négociations et vise à les protéger. Nous verrons également comment l'expérience de la Nation gitanyow suggère que cette forme de protection, par des clauses de non-dérogação, s'avère peut-être insuffisante pour décharger les obligations constitutionnelles et internationales de la Couronne.

Si l'Accord définitif niska'a est considéré par plusieurs comme un modèle à suivre⁵⁷, sa gestion des chevauchements territoriaux est l'objet de critiques. Selon l'auteur Sterritt, le territoire initialement revendiqué par les Niska'a dans l'entente de principe de 1996 (quelque 24 000 km²) englobait une portion du territoire traditionnel des Gitanyow, des Gitskan et des Tahltan. Le point de départ des négociations aurait, selon lui, dû se situer autour de 8 000 km². Par conséquent, le territoire prévu par l'Accord incluait des territoires sur lesquels ces trois dernières nations ont des revendications toujours sans résolution et des droits toujours existants⁵⁸.

Devant leurs protestations, les Gitanyow reçurent la réponse qu'une clause de non-dérogação assurerait qu'aucune atteinte ne soit faite à leurs droits. L'article 33 de l'Accord prévoit en effet :

L'Accord n'a pas pour effet de reconnaître ou de conférer à aucun autre peuple autochtone que la Nation Niska'a des droits au sens de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, ni d'avoir d'effet sur de tels droits.

Soumettant leurs revendications aux tribunaux, les Gitanyow obtinrent une déclaration selon laquelle la Couronne avait l'obligation de négocier de bonne foi avec eux dans le contexte de la Commission de traité de Colombie-Britannique. Le juge William-

56. Fiche d'information : le traité des Niska'a, Affaires indiennes et du Nord Canada, en ligne : <<http://www.ainc-inac.gc.ca/ai/mr/is/nit-fra.asp>>. Voir carte, Annexe 2.

57. Voir par exemple : Douglas SANDERS, « « We Intend to Live Here Forever » : A Primer on the Niska'a Treaty », (1999) 33 *U.B.C. L. Rev.* 103-128. Ghislain Otis et Geneviève MOTARD, « De Westphalie à Waswanipi : la personnalité des lois dans la nouvelle gouvernance crie », (2009) 50 *C. de D.* 121 – 152 ; Jennifer E. DALTON, « Aboriginal title and Self-Government in Canada: What is the True Scope of Comprehensive Land Claims Agreements ? », (December, 2006) 22 *W.R.L.S.I.* 29.

58. Neil STERRITT, « The Niska'a Treaty: Competing Claims Ignored ! », (Winter 1998/99) 120 *BC STUDIES* 72, 95. Voir carte, Annexe 3.

son indique que, si les tribunaux doivent s'abstenir d'interférer avec le processus établi, il relève de leur compétence d'assister les parties dans l'identification de leurs obligations respectives, tout particulièrement lorsque ces obligations tirent leurs sources de la jurisprudence⁵⁹. Des procédures furent également intentées suite à la conclusion de l'Accord définitif niska'a pour obtenir une déclaration selon laquelle la Couronne fédérale et provinciale violait son obligation de négocier de bonne foi ainsi que son obligation de fiduciaire, mais en vain. Le même juge fut d'avis qu'une telle analyse amènerait les tribunaux à traiter des effets futurs et hypothétiques du traité et de la loi l'approuvant, ce qui n'était pas approprié. Le juge indiqua que cette question devrait être traitée *in concreto*, par exemple au moment où un droit ancestral gitanyow ne pourrait être exercé en raison de la conclusion du traité⁶⁰. À nouveau donc, les Gitanyow reçurent la réponse selon laquelle l'Accord définitif devrait, jusqu'à preuve du contraire, être conciliable avec leurs droits.

Tenant de voir leurs préoccupations prises en compte avant la signature du traité, la nation Gitanyow se manifesta également lors de l'étude de la *Loi sur l'Accord définitif niska'a* par le Comité permanent des affaires autochtones et du développement du Grand nord de la Chambre des communes le 16 novembre 1999⁶¹ et lors de son étude par le Comité sénatorial permanent des Peuples autochtones le 22 mars 2000⁶². Dans le premier cas, M. Glen Williams, Chef héréditaire et négociateur de la nation gitanyow s'exprimait comme suit :

La question pour nous est que les terres nishgas comprennent des sites historiques de pêche de premier ordre situés sur la rive sud de la rivière Nass, tant en amont qu'en aval de Kinskuch, ainsi que le vieux village de Gitsheoaksit. [...]

La question pour nous est de savoir si les sites de pêche de Gitanyows que je viens de mentionner ont été déclarés terres publiques, terres de village des Nishgas. De quelle façon va-t-on nous assurer

59. *Luuxhon v. Canada*, [1999] 3 CNLR 89, par. 60-65.

60. *Luuxhon et al. v. HMTQ et al and Niska'a Nation*, 2000 BCSC 1332, par. 14-16.

61. Comité permanent des affaires autochtones et du développement du Grand nord de la Chambre des communes, 16 novembre 1999, Témoignages, en ligne : <<http://www2.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?DocId=1039816&Language=F&Mode=1&Parl=36&Ses=2>>.

62. Comité sénatorial permanent des Peuples autochtones, 22 mars 2000, Témoignages, en ligne : <http://www.parl.gc.ca/36/2/parlbus/commbus/senate/Com-f/abor-f/06evb-f.htm?Language=F&Parl=36&Ses=2&comm_id=1>.

que nous pourrions continuer à avoir accès à ces sites ? Voilà une des questions. [...]

Si on considère la région de la Nass dans la section des définitions de l'Accord définitif nishga, elle est une préoccupation importante. Je n'ai pas de carte ici, mais la région de la Nass, c'est tout le bassin hydrographique de la Nass. [...] La rivière Nass passe ici et traverse en plein le territoire des Gitanyows et va jusqu'au territoire des Gitxsans.

C'est un problème. Les Gitanyows et les Gitxsans ne participent pas au Comité mixte de gestion des Nishgas, alors que leurs droits sont touchés.⁶³

La loi fut toutefois sanctionnée⁶⁴, et on peut supposer que les législateurs fédéraux et provinciaux se fiaient sur la présence de la clause de non-dérogation que contient le traité pour s'assurer que les Gitanyow ou toute autre nation dont le territoire ancestral chevauche celui de l'Accord pourrait obtenir ultérieurement une reconnaissance de leurs droits.

Cependant, presque dix ans plus tard, M. Williams affirme que la pratique par les Gitanyow de leurs droits est difficile et que les négociations se heurtent à l'asymétrie découlant du fait que les Nisga'a disposent déjà de droits protégés par un traité sur ce territoire. Témoignant dans le dossier du chevauchement au Québec du Traité Huron-Britannique de 1760 dont nous traiterons dans la prochaine section, il rapporte les problèmes suivants quant à ce que les Gitanyow considèrent être un empiètement sur 84 % de leur territoire traditionnel⁶⁵ : impossibilité d'accès aux sites de pêche, épuisement des populations d'originaux à cause des quotas prévus au traité, difficulté d'exploitation forestière et interdiction de circuler sur le territoire⁶⁶. Il conclut par la critique suivante :

In conclusion, despite years of vigorously defending the existence and exercise of Gitanyow Aboriginal rights and title to its Territory, all at great financial and emotional cost to the Gitanyow people, neither the federal or provincial governments have made good on their assurances that the signing of a treaty with another Aboriginal

63. Témoignage de M. Glen WILLIAMS, *supra*, note 61.

64. *Nisga'a Final Agreement Act*, [SBC 1999] Chapter 2 et *Loi sur l'Accord définitif nishga'a*, L.C. 2000, ch. 7.

65. *The Huron-Wendat Nation of Wendake v. The Crown in Right of Canada*, Cour fédérale du Canada, Dossier n° T-699-09, Affidavit de Glen Williams, 9 juin 2009, par. 14.

66. *Ibid.*, par. 48.

Nation would not affect our Aboriginal rights and title. On the contrary, they now hold up to the Gitanyow that we have “undefined rights and title” versus the Nisga’a having a Treaty. That is, the Nisga’a Treaty trumps Gitanyow rights and title in the opinion of government and their agencies.

It is my belief that the Federal Government in its role as fiduciary to Aboriginal people should not and cannot conclude agreements with First Nations until and unless the overlap issues are resolved. This obligation on the part of the Federal Government is an active one, where it must play a part in the resolution of the overlap claims. It cannot be passive, as is its current policy, by claiming that it is up to the First Nations with competing claims to resolve their issues. Nor can it proceed with signing a treaty with only one of the First Nations if the First Nations cannot resolve their issues, without the other’s claims being resolved. This policy results in extreme prejudice to the Nation who has not yet concluded a formal agreement.⁶⁷

Ainsi, le cas de l’Accord définitif nisga’a remet en question l’approche adoptée par la Couronne en matière de chevauchement et suggère qu’entamer des négociations avec seulement certaines des Premières nations dont les droits se rapportent à un territoire donné en faisant abstraction de la réalité des chevauchements risque d’entraîner le non-respect des obligations constitutionnelles et internationales de la Couronne. Comme le notait le juge Williamson de la Cour suprême de Colombie-Britannique, ces situations diffèrent de celles où un obstacle matériel (coupe d’arbres, construction d’un barrage, interdiction de certains usages, etc.) risque d’être imposé à l’exercice d’un droit, puisque dans de telles circonstances les tribunaux n’hésitent pas à déclarer ces obstacles comme étant en violation des obligations de la Couronne, à émettre des injonctions ou à déclarer certaines lois inopérantes. Il semble donc que l’impact négatif sur les négociations que la conclusion de traités puisse engendrer, tel que le rapporte M. Williams, ne soit pas considéré comme étant suffisamment concret pour justifier une intervention des tribunaux.

D’ailleurs, d’autres Premières nations en Colombie-Britannique dans des situations similaires à celle des Gitanyow ont intenté des recours sans succès. On notera par exemple les procédures entreprises à l’encontre de l’Accord définitif concernant la

67. *Ibid.*, par. 46-50.

Première nation de Tsawwassen⁶⁸ et de l'Accord définitif des Premières nations Maa-nulthes⁶⁹. Dans ces deux derniers cas, on jugea que la présence de clauses de non-dérogação ferait en sorte qu'aucun tort irréparable ne serait fait à une Première nation exclue du processus de négociation et justifiait de ne pas suspendre la signature du traité. Par exemple, dans ce premier cas, la juge Garson écrivait :

As already noted the implementation of the [Tsawwassen First Nation Final Agreement] will be phased in over a period of ten years from the effective date, which according to Ms. Beedle is not expected to be earlier than January 1, 2009. There is no obvious infringement that would require a court to issue an immediate order of prohibition, prohibiting the Minister, designated by the TFNFA Act, from signing the TFNFA in order to protect the asserted claims of the petitioners. At the moment I am not persuaded that there is evidence that the subject matter of their claims will be irretrievably harmed unless an immediate order of prohibition is made, particularly having regard to the non-derogation clauses contained in the TFNFA.⁷⁰

Mentionnons aussi une affaire relative à l'Entente définitive des Lheidli T'enneh, où le tribunal avait considéré que la position de négociation de la Première nation demanderesse ne serait pas altérée par la signature de l'entente et qu'une ordonnance d'injonction contre la ratification de l'entente n'était donc pas justifiée⁷¹. À la lumière de ces quelques exemples, on peut conclure que l'Accord définitif niska'a marque une évolution significative par rapport au traitement du chevauchement proposé par la Convention. Plutôt que d'éteindre unilatéralement les droits des nations autochtones tierces parties, l'accord vise à les préserver. Certains jugements répertoriés suggèrent que les tribunaux considèrent cette approche adéquate, tant et aussi longtemps qu'un dommage irréversible n'est pas démontré. L'expérience des Gitanyow montre toutefois que, dans la pratique, cette sauvegarde des droits n'est pas toujours suffisante et qu'un autre procédé est peut-être nécessaire afin que la Couronne respecte ses obligations constitutionnelles et internationales en la matière.

68. *Cook v. The Minister of Aboriginal Relations and Reconciliation*, 2007 BCSC 1722.

69. *Tseshaht First Nation v. Huu-ay-aht First Nation*, 2007 BCSC 1141, par. 25.

70. *Ibid.*, par. 199.

71. *Chief Allan Apsassin et al. v. Attorney General (Canada) et al.*, 2007 BCSC 492, par. 35. Pour une revue de pareils cas aux États-Unis, voir *Proof and Extinguishment of Aboriginal Title to Indian Lands*, 41 A.L.R. Fed. 425.

c. Entente de principe d'ordre général

Passons maintenant à un troisième exemple de chevauchement, soit celui sur la Côte-Nord québécoise entre le territoire ancestral des Innus et celui garanti aux Hurons-wendat par le Traité Huron-Britannique de 1760. Tout comme dans le cas de l'Accord définitif niska'a, il illustre une approche aux chevauchements des territoires autochtones basée sur l'emploi de clauses de non-dérogation plutôt que des négociations regroupant toutes les nations autochtones détentrices de droits. Si ce cas illustre une certaine ouverture de la part de la Couronne à une vision non-exclusive du territoire, il montre également comment ce mécanisme peut s'avérer une source de division entre nations autochtones et, parmi tant d'autres facteurs, un obstacle à la signature de nouveaux traités en cas de judiciarisation des conflits.

En mars 2004, quatre Premières nations parafent l'Entente de principe d'ordre général entre les Premières Nations de Mamuitun et de Nutashkuan et les gouvernements du Québec et du Canada (ci-après « EPOG »). Ceci fait suite à des négociations débutées en 1979 et aux audiences tumultueuses d'une commission parlementaire tenue en 2003 où de multiples intervenants non-autochtones auront pu faire état de leur sentiment de désinformation et d'injustice face au traité projeté avec les Innus⁷². En résumé, l'EPOG fournit les bases pour la conclusion d'un traité qui reconnaîtrait la pleine propriété des nations innues sur un territoire de quelques 3 000 km² (appelé *Innu Assi*), des droits d'usage sur un territoire traditionnel beaucoup plus étendu de quelques 300 000 km² (appelé *Nitassinan*), un transfert financier de 300 millions de dollars, notamment pour compenser les atteintes passées à leurs droits, et un régime d'autonomie gouvernementale⁷³. Fait intéressant, l'EPOG ne prétend pas éteindre ou remplacer les droits ancestraux des Innus, comme c'était la pratique antérieurement⁷⁴. L'approche alternative de protection et de continuation des droits existants, plutôt que de remplacement

72. Paul CHAREST, « Qui a peur des Innus ? », (2003) 27-2 *Anthropologie et Sociétés* 185, 192-194.

73. Entente de principe d'ordre général entre les premières nations de Mamuitun et de Nutashkuan et les gouvernements du Québec et du Canada, 31 mars 2004, Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien, <<http://www.ainc-inac.gc.ca/al/lde/ccl/agr/mamu/mamu-fra.asp>>. Voir aussi Québécois et Innus : Ensemble vers un traité, Secrétariat aux affaires autochtones, <<http://www.versuntraite.com/accueil.htm>>. Voir carte, Annexe 4.

74. *Ibid.*, art. 3.3.2.

ou d'extinction, a reçu un accueil généralement favorable⁷⁵. Sa nouveauté réside dans le fait qu'elle permet aux droits ancestraux d'évoluer au fil du développement de la jurisprudence ou de la découverte de faits nouveaux, et donc d'être le fondement d'ententes ultérieures. Ce caractère novateur de l'EPOG a toutefois été remis en question par les négociateurs fédéraux en octobre 2010, provoquant la suspension des négociations et menaçant la conclusion d'un traité aux yeux de plusieurs⁷⁶. Finalement, notons que le traité projeté contiendrait, si les négociations devaient être reprises, une clause de non-dérogation aux termes de laquelle le traité ne vise pas à affecter l'existence ou l'exercice de droits d'autres Premières nations sur le territoire visé, à l'image de l'Accord définitif niska'a⁷⁷.

Quant au Traité Huron-Britannique de 1760, il fut conclu le 5 septembre 1760 entre le général Murray et des chefs hurons, et reconnaît à ces derniers le droit « d'exercer librement leur religion, leurs coutumes et la liberté de commerce avec les Anglais ». La Cour suprême interprète la portée territoriale de ce traité dans l'arrêt *R. c. Sioui* comme étant « tout le territoire fréquenté par les Hurons à l'époque » de la signature du traité⁷⁸. Dans une requête en contrôle judiciaire contre le gouvernement du Canada visant l'EPOG, la Nation huronne-wendat affirme que la portion de ce territoire située au nord du fleuve Saint-Laurent et appelé Nionwentsïo comprend le territoire compris entre la rivière Saint-Maurice à l'ouest, la rivière Saguenay à l'est, et la région du Lac aux Écorces et du Lac Georges au nord⁷⁹.

Alors que ces deux territoires se chevauchent entièrement, la Nation huronne-wendat n'est pas partie à l'EPOG et n'a pas été consultée au cours du processus de négociation. De plus, les parties autochtones n'ont conclu aucune entente relativement à ce

75. À ce sujet, voir Maxime SAINT-HILAIRE, « La proposition d'entente de principe avec les Innus : vers une nouvelle génération de traités ? », (2003) 44 *C. de D.* 395-426.

76. Communiqué de presse, Approche commune : les Innus suspendent les négociations, Conseil tribal Mamuitun mak Nutashkuan, Mashteuiatsh, le 7 octobre 2010, voir aussi Les Innus de Mashteuiatsh dénoncent l'attitude d'Ottawa, Radio-Canada, en ligne : <<http://www.radio-canada.ca/regions/saguenay-lac/2011/03/02/003-negociations-innus-ottawa.shtml>>.

77. *Supra*, note 73, art. 3.3.19.

78. *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025, par. 116.

79. *The Huron-Wendat Nation of Wendake v. The Crown in Right of Canada*, Cour fédérale du Canada, Dossier no. T-699-09, Avis de demande, 30 avril 2009, par. 1. Voir carte, Annexe 5.

chevauchement territorial entre elles. On se retrouve donc dans une situation similaire à celle des Gitanyow : les Hurons-wendat, tout en étant favorables à la conclusion d'un traité avec les nations innues, exigeaient en 2003 que tout traité final respecte leurs droits et qu'ils soient consultés avant sa conclusion⁸⁰. En 2009, les Hurons-wendat affirmaient être toujours exclus du processus de négociation et, comme conséquence, avoir souffert un accès restreint à leur territoire (sentiers ancestraux, campements, sites sacrés, sites d'enterrement, etc.), ce qui devait engendrer des impacts négatifs sur leur culture, leur religion et leur identité. Finalement, ils soulignent qu'une telle situation est source de tension entre les deux nations et génère des conflits entre Innus et Hurons-wendat⁸¹. Le juge à la retraite John Gomery a d'ailleurs produit en 2011 un rapport sur la situation, commandé par le Conseil de la nation huronne-wendat, dans lequel il estime que, sans intervention, l'animosité observée « entraînera certainement un accident ou un acte délibéré de violence » et ajoute que les gouvernements des deux paliers ont « une lourde part de responsabilité » face à la situation⁸².

La nature de ce chevauchement territorial est particulière, puisqu'il ne s'agit pas d'une interaction uniquement entre droits ancestraux, mais bien entre des droits ancestraux et des droits protégés par un traité. L'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* les place sur un pied d'égalité et la jurisprudence ne fait pas de distinction quant aux obligations de la Couronne à leur égard, ce qui par ailleurs contribue peut-être aux tensions vécues entre nations autochtones. Bien qu'une entente finale n'ait pas été conclue avec les Innus, l'exemple de l'EPOG appelle donc la même observation que l'Accord définitif niska'a, à savoir que les clauses de non-dérogation incluses dans les traités pour garantir les droits des nations autochtones exclues ne sont pas nécessairement suffisantes pour atteindre cet objectif.

80. Vers une nouvelle alliance avec la nation huronne-wendat, Mémoire présenté à la commission des Institutions de l'Assemblée nationale du Québec, Conseil de la nation huronne-wendat, le 10 janvier 2003.

81. Avis de demande, *supra*, note 65, par. 91.

82. Annie MORIN, « Réserve des Laurentides : situation explosive entre Hurons et Innus », 31 janvier 2012, *Le Soleil*. Voir aussi Radio-Canada, Réserve faunique des Laurentides : Innus et Hurons wendat ont des droits selon l'historien Camil Girard, 1^{er} février 2012.

4. DISCUSSION

a. Risques posés par l'approche actuelle

Dans cette dernière section, nous tenterons de tirer certaines observations de l'étude des trois cas présentés. Mais notons d'abord que des interactions culturelles et politiques entraînant des chevauchements entre territoires autochtones existaient avant la colonisation et se sont poursuivies par la suite. Pensons par exemple à la Confédération Haudenosaunee qui regroupa, à partir de 1715, six nations iroquoises gouvernant un territoire presque aussi large que l'actuel État de New York à l'aide d'un conseil composé de cinquante chefs⁸³. On comprend que ce type d'alliance est susceptible de générer des liens au territoire qui se manifestent autrement que sous la forme de droits exclusifs. La Couronne semble toutefois avoir rejeté cette réalité jusqu'à la signature de la Convention de la Baie-James et du Nord québécois en 1975, qui reconnaît les chevauchements entre les territoires des signataires. Sa logique est toutefois à double tranchant, puisque les Premières nations exclues des négociations voient leurs droits unilatéralement éteints.

Alors que le nombre de négociations en vue de la conclusion de nouveaux traités s'est accru au cours des années 1980, la question des chevauchements a gagné en importance. Faisant écho à la politique de 1986, la British Columbia Claims Task Force, regroupant à la fois des représentants autochtones et gouvernementaux, recommandait en 1991 que les Premières nations tentent de résoudre ces questions et qu'elles établissent entre elles des mécanismes pour leur résolution avant la signature du traité⁸⁴. La Union of British Columbia Indian Chiefs reprenait cette position en 2007 par la déclaration « *All Our Relations* », qui reconnaît l'importance que les Premières nations résolvent les questions de partage du territoire entre elles. Les chefs y affirment :

We acknowledge the interdependence we have with one another and respectfully honour our commitment with one another where we share lands, waters and resources. We commit to resolving

83. Commission royale sur les peuples autochtones, *supra*, note 43, Chapitre 4, « 2. Iroquoiens et Iroquois ».

84. *The Report of the British Columbia, Claims Task Force, The First Nations of British Columbia, The Government of British Columbia, The Government of Canada*, 28 juin 1991, p. 20.

these shared lands, waters and resources based on our historical relationship through ceremonies and reconciliation agreements.⁸⁵

Les trois cas étudiés ici révèlent que la Couronne a privilégié une autre approche. Plutôt que de suspendre la signature d'ententes tant que les parties autochtones ne se sont pas entendues, la Couronne a favorisé la conclusion d'ententes, plus récemment en y incluant des clauses de non-dérogation. La logique de ces clauses est qu'il est possible de conclure des traités de revendication territoriale et d'autonomie gouvernementale sans vulnérabiliser les droits d'autres Premières nations, puisqu'elles permettent la conclusion d'ententes ultérieures avec les autres nations ayant des droits sur le territoire visé.

Deux des cas que nous avons étudiés, l'Accord définitif niska'a et l'EPOG, suggèrent le contraire. Les clauses de non-dérogation ne semblent pas avoir été suffisantes pour prévenir les tensions sur le terrain et pour protéger l'attachement à leur territoire traditionnel des nations exclues des négociations, protégé tant par les engagements internationaux du Canada que par la *Loi constitutionnelle de 1982*. À cet égard, le principe de l'honneur de la Couronne lui impose de négocier de bonne foi avec les Premières nations⁸⁶ et de les consulter en cas d'atteintes à des droits ancestraux dont la preuve n'a pas encore été établie⁸⁷ ou d'atteinte à des droits issus de traité⁸⁸.

Les trois cas étudiés, dans lesquels les nations exclues des processus de négociations rapportent des impacts négatifs, tant sur leur mode de vie que leur position de négociation avec les autres Premières nations et avec la Couronne, invitent au développement de nouvelles stratégies pour répondre aux situations de chevauchement. En effet, l'approche actuelle est dommageable à plusieurs niveaux. Premièrement, elle risque de limiter la capacité des nations exclues d'entretenir des liens avec leur territoire ancestral, ce qui a des impacts sur leur culture et leur développe-

85. Union of British Columbia Indian Chiefs, *All Our Relations. Declaration of the sovereign indigenous nations of British Columbia*, 29 novembre 2007, en ligne : <http://www.ubcic.bc.ca/News_Releases/UBCICNews11300701.htm#axzz1Wjhi1EZe>.

86. *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771, par. 41.

87. *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, [2004] 3 R.C.S. 511, 2004 C.S.C. 73, par. 27.

88. *Première nation crie Mikisew c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, 2005 CSC 69, [2005] 3 R.C.S. 388, par. 54. [*Mikisew*].

ment socioéconomique. Le témoignage du chef de Gitanyow Glen Williams et de l'ancien juge John Gomery quant à la situation dans le Parc des Laurentides sont clairs à cet effet. Ce faisant, cette approche risque de violer les diverses obligations constitutionnelles et internationales de la Couronne que nous avons soulignées. La jurisprudence de la Cour interaméricaine souligne également l'importance du territoire pour la survie des peuples autochtones, et du même fait l'obligation qu'ont les États de respecter cet attachement :

Indigenous groups, by the fact of their very existence, have the right to live freely in their own territory ; the close ties of indigenous people with the land must be recognized and understood as the fundamental basis of their cultures, their spiritual life, their integrity, and their economic survival. For indigenous communities, relations to the land are not merely a matter of possession and production but a material and spiritual element which they must fully enjoy, even to preserve their cultural legacy and transmit it to future generations.⁸⁹

Soulignons que, si le Canada a refusé de se joindre à la *Convention américaine relative aux droits de l'Homme*⁹⁰, il est soumis à la compétence de la Commission interaméricaine des droits de l'Homme en raison de son adhésion à la *Charte de l'Organisation des États américains*⁹¹ et de son support à la *Déclaration américaine des droits et devoirs de l'Homme*⁹². L'interprétation de l'article 23 de cette dernière par la Commission interaméricaine des droits de l'Homme, protégeant le droit à la propriété, suit le même raisonnement que celui appliqué à la *Convention américaine relative aux droits de l'Homme* et garantit également le droit des peuples autochtones à jouir de leur territoire ancestral.

Ensuite, l'approche actuelle divise les Premières nations, qui sont partagées entre le respect des relations historiques qu'elles entretiennent entre elles, identifiées dans la déclaration « *All Our Relations* » de la Union of British Columbia Indian Chiefs, et le besoin de négocier de nouveaux rapports avec la Couronne pour

89. I/A Court H.R., *Case of the Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua*, Merits, Reparations and Costs. Judgment of August 31, 2001. Series C No. 79, par. 149.

90. Voir à ce sujet : *Améliorer le rôle du Canada dans l'OEA : L'adhésion du Canada à la Convention américaine relative aux droits de l'Homme*, Rapport du comité sénatorial permanent des droits de la personne, mai 2003.

91. *Charte de l'Organisation des États américains*, 30 avril 1948, 119 U.N.T.S. 3.

92. *Déclaration américaine des droits et devoirs de l'Homme*, 30 avril 1948, OAS/Ser.L/V/I.4 Rev. 9 (2003).

obtenir une reconnaissance de leurs droits et une plus grande capacité d'autodétermination. On verra ainsi d'un bon œil l'idée d'engager une médiation, facilitée par l'ancienne juge Louise Otis, entre Innus et Hurons-wendat avant que les conflits ne dégénèrent⁹³. Le fait que les politiques de revendications territoriales et le recours aux tribunaux destiné à baliser les négociations qui en découlent puissent semer la division parmi les Autochtones invite toutefois plus que jamais à identifier de nouvelles approches⁹⁴.

Troisièmement, cette approche freine le processus de négociation de nouvelles ententes, en les exposant à des contestations politiques et judiciaires comme celles que nous avons répertoriées, et ce faisant elle retarde le processus de réconciliation de la préexistence des sociétés autochtones et la souveraineté de la Couronne, l'objectif qui sous-tend l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*⁹⁵. Ceci risque par la même occasion de générer obstacles et incertitudes pour toute politique publique menée par les gouvernements du Canada ou des provinces en lien avec le territoire. Dans le cas du Québec et de la mise sur pied du Plan Nord comme un projet qui « sera aux prochaines décennies ce que le développement de la Manicouagan et de la Baie-James aura été aux décennies 60 et 70 », le gouvernement du Québec a identifié comme un principe fondamental « [l]e respect des traités, des ententes et des conventions déjà signés et à venir »⁹⁶. Notre étude suggère que le succès d'une telle politique appelle à une réelle prise en compte de la réalité des chevauchements territoriaux.

Finalement, une approche faisant abstraction de la réalité des chevauchements territoriaux continue de véhiculer une conception des cultures autochtones comme devant demeurer hermétiques aux influences des autres nations autochtones ou non-autochtones et comme étant figées dans le temps. Ceci suggère

93. Notons avec préoccupation au sujet du Parc des Laurentides que « les chasseurs hurons-wendat et innus s'y côtoient dangereusement pendant la période de chasse à l'orignal, au mois d'octobre », selon Annie Morin, Réserve faunique des Laurentides : Innus et Hurons en conciliation, 16 février 2012, *Le Soleil*.

94. Sur les limites des processus judiciaires dans la résolution de conflit, voir Louise OTIS, Eric H. REITER, *Mediation by Judges: A New Phenomenon in the Transformation of Justice*, 6 Pepp. Disp. Resol. L.J. 351 (2006).

95. *Van der Peet*, *supra*, note 7, par. 31.

96. Gouvernement du Québec. Plan Nord. Faire le Nord ensemble – Le chantier d'une génération, Ministère des Ressources naturelles et de la Faune, 2011, Québec. <<http://www.plannord.gouv.qc.ca>>. À ce sujet, voir aussi Jean LECLAIR, *L'effet structurant des droits reconnus aux peuples autochtones sur le débat entourant le Plan Nord*, 26 avril 2012, disponible sur SSRN : <<http://ssrn.com/abstract=2046528>>.

que si ces peuples évoluaient en se métissant à d'autres peuples ils perdraient une forme de pureté de leur « quiddité indienne »⁹⁷, ce qui n'est pas sans rappeler une vision coloniale dépassée. Si l'on reprend la célèbre définition de la culture comme étant « cet ensemble complexe qui comprend les connaissances, les croyances, les arts, la morale, les lois, la coutume, et toute autre capacité ou habitude acquises par l'homme en tant que membre de la société »⁹⁸, il devient apparent qu'une nation autochtone n'en serait pas moins autochtone si elle évoluait selon ses propres priorités au contact d'autres nations dans un même espace territorial, juridique et politique.

b. Approches alternatives

Deux avenues semblent s'offrir en vue d'assurer un plus grand respect des droits et titres ancestraux des Autochtones lors des processus de négociations concernant un territoire faisant l'objet de droits chevauchants. La première serait de s'abstenir de conclure de nouveaux traités en l'absence d'ententes entre nations autochtones sur les limites de leurs territoires respectifs, comme la politique fédérale de 1986 le prévoyait. Cette approche reflète d'ailleurs l'esprit de la déclaration « *All Our Relations* » de la Union of British Columbia Indian Chiefs. Elle a pour avantage de montrer un plus grand respect des relations historiques existant entre peuples autochtones. Inversement, elle est susceptible d'être paralysée par des négociations n'aboutissant pas et pose le risque de continuer à imposer une conception exclusive du territoire en contradiction avec l'existence de droits ancestraux chevauchants. En effet, exiger que les Autochtones règlent leurs « différends » avant les négociations, comme le prévoyait la politique de 1986, pourrait se traduire par une exigence que les Autochtones tracent eux-mêmes une frontière hermétique entre leurs territoires ancestraux là où il n'en a jamais existé. Ceci nous renvoie aux risques identifiés dans la précédente section.

Une alternative serait d'assurer la participation de toutes les parties ayant un intérêt envers un territoire donné à la table des négociations, en abandonnant pour de bon une vision exclusive de l'attachement des peuples au territoire. La priorité serait donc donnée à la conclusion d'un accord négocié sur la question des

97. Delgamuukw, *supra*, note 24, par. 177.

98. Traduction libre. Sir Edward Burnett Tylor, *Primitive Culture : Research into the Development of Mythology, Philosophy Religion, Art and Custom*, London, John Murray Ed., 1871, p. 1.

chevauchements, plutôt qu'à la conclusion d'un traité avec clauses de non-dérogação. À ce titre, le droit canadien est familier avec la superposition des compétences gouvernementales dans un même espace. Les articles 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867* sont le meilleur exemple d'un partage souple des compétences, puisque deux paliers de gouvernement peuvent légiférer sur des matières distinctes touchant un même territoire, mais également sur la même matière de manière conjointe en vertu de la doctrine du double aspect. La Cour suprême, par les motifs du juge Dickson, reprend à ce titre les mots de l'auteur Lederman dans son arrêt *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon* :

Le problème constitutionnel se pose toutefois lorsqu'on peut dire d'une loi, comme cela se produit souvent, qu'elle relève à la fois d'un domaine de compétence fédérale et d'un domaine de compétence provinciale. [TRADUCTION] « En d'autres termes, notre vie collective – sociale, économique, politique et culturelle – est très complexe et ne peut s'insérer dans un système de catégories ou de classes sans que se produisent des ambiguïtés et des chevauchements importants. Cela soulève des difficultés inévitables qu'il nous faut accepter tant que nous aurons une constitution fédérale ». ⁹⁹

Ces principes ne sont pas étrangers non plus au domaine du droit autochtone. D'une part, la Commission royale sur les peuples autochtones a recommandé que la même approche soit adoptée lors de traités protégeant l'autonomie gouvernementale des Autochtones pour qu'on établisse des sphères de compétence exclusive et concurrente¹⁰⁰. De l'autre, l'arrêt *Delgamuukw* a reconnu que le titre aborigène pouvait protéger la possession du territoire par plus d'une collectivité à la fois¹⁰¹. Considérer les rapports entre peuples autochtones sur un territoire donné dans des termes empruntant au fédéralisme semble donc tout indiqué¹⁰².

À l'inverse, on devra reconnaître que cette dernière approche entraîne une plus grande complexité à l'étape des négociations : le territoire visé risque d'être plus étendu, les discussions plus longues et complexes, et les traditions juridiques autochtones sur lesquelles baser le traité divergeront peut-être. De plus, les négo-

99. *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161, 181-182.

100. Commission royale sur les peuples autochtones, *supra*, note 43, « 3. Vers un ordre de gouvernement autochtone ».

101. *Supra*, note 24.

102. À ce sujet, voir notamment James [Sakéj] Youngblood Henderson, « Empowering Treaty Federalism » (1994) 58 *Sask. L. Rev.* 241.

ciateurs autochtones pourraient disposer de différents degrés d'influence, jouir de différentes capacités de préparation quant à la preuve de leurs droits ou être dotés de différents mandats de la part de leurs commettants. Finalement, les réticences des non-Autochtones, particulièrement importantes dans le cas de l'EPOG, pourraient s'en trouver accrues en raison de l'importance et de la complexité du traité projeté.

Il n'y a pas de raison que le défi soit systématiquement insurmontable. On se rappellera à cet égard qu'il ne s'est écoulé que deux ans exactement entre l'injonction interlocutoire rendue par le juge Malouf contre la construction des barrages de la Baie-James en novembre 1973¹⁰³ et la signature de la Convention en novembre 1975. Or, comme on l'a montré, ces traités établissent un régime complexe de chevauchement territorial et juridictionnel entre nations autochtones et avec le Québec et le Canada. C'est d'ailleurs à ce type de négociations multipartites qu'a appelé le juge Lamer dans sa conclusion de l'arrêt *Delgamuukw* en vue d'atteindre l'objectif de réconciliation des Autochtones et non-Autochtones¹⁰⁴, plutôt qu'à des litiges interminables à l'image de ceux engendrés par les traités imposant aux parties autochtones une conception exclusive du territoire en contradiction avec les chevauchements existants.

5. CONCLUSION

Notre étude a présenté les origines de la notion d'exclusivité en droit canadien et l'importance qu'elle occupe en matière de revendications territoriales, notamment par son héritage dans les notions de droit ancestral, de titre aborigène et de réserves, et par sa présence dans les politiques fédérales en la matière. L'analyse de trois cas concrets, soit la *Convention de la Baie-James et du Nord québécois*, l'*Accord définitif niska'a* et l'*Entente de principe d'ordre général* illustre que la réticence de la Couronne à reconnaître pleinement dans des traités l'existence de chevauchements entre les territoires de différents peuples autochtones risque de porter atteinte aux droits de ces derniers. À tout le moins dans les exemples avancés, l'ajout de clauses de non-dérogation apparaîtrait comme une garantie insuffisante de la capacité des nations autochtones exclues de jouir de leurs droits constitutionnels mal-

103. *Le Chef Max « One-onti » Gros-Louis et autres c. La Société de développement de la Baie James et autres*, [1974] R.P. 38.

104. *Delgamuukw*, *supra*, note 24, par. 186.

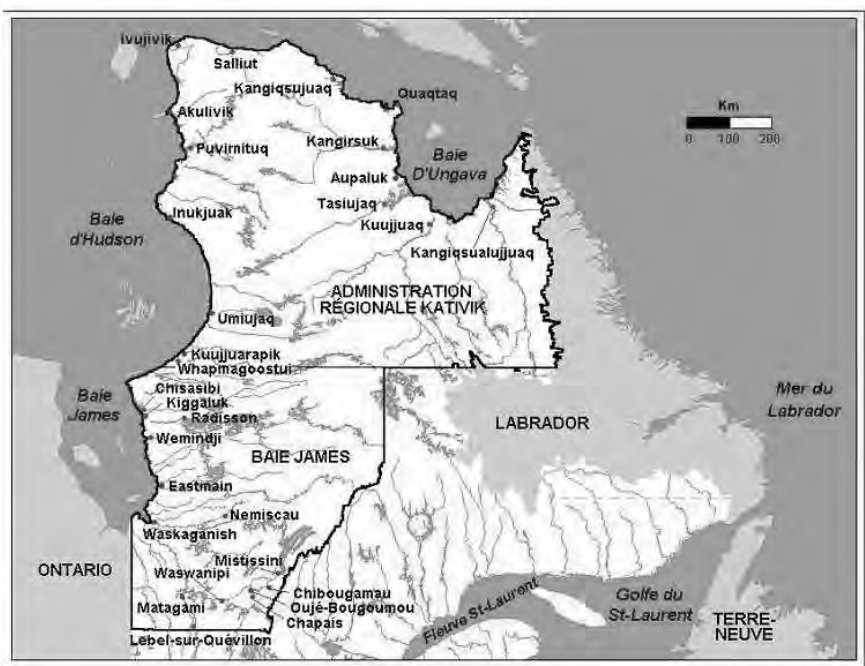
gré la signature d'un traité duquel ils ont été exclus. Par conséquent, nous concluons que les obligations constitutionnelles et internationales qu'a la Couronne de négocier de bonne foi avec les Autochtones, de les consulter en cas d'atteintes à leurs droits et de protéger leur attachement au territoire sont mises à mal par l'actuelle approche restrictive donnée aujourd'hui à la notion de chevauchement territorial.

Nous avons également identifié deux avenues alternatives. D'une part, la suspension de la conclusion de traités en l'absence d'ententes entre nations autochtones permettrait à ces dernières de définir entre elles les modalités de chevauchement de leurs droits. De l'autre, la présence à la table des négociations de toutes les parties concernées permettrait la conclusion d'accords reflétant l'ensemble des occupations historiques d'un même territoire par des nations autochtones. Dans un cas comme dans l'autre, ces approches invitent le droit canadien en matière autochtone à ne plus concevoir l'attachement des Autochtones au territoire comme étant exclusif, et à explorer de nouvelles formes d'ententes permettant superposition, rencontre et échange entre peuples.

Évidemment, la complexité des négociations ou certaines conjectures politiques peuvent parfois inciter à remettre une conception exclusive du territoire au cœur du processus de « réconciliation entre les peuples autochtones et non autochtones »¹⁰⁵. Occulter davantage la réalité des chevauchements territoriaux pourrait en effet paraître plus simple à court terme. Promettons alors, comme Tshakapesh et sa sœur, de ne pas nous laisser détourner de notre rêve de construire un pays basé sur le respect de la constitution, du droit international et de l'égalité des peuples par quelques « chimériques et passagères réalités ».

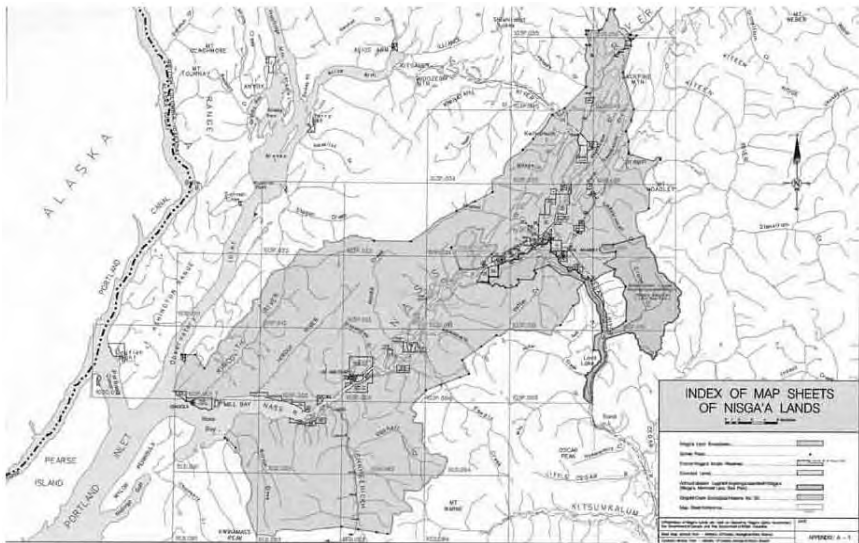
105. *Mikisew, supra*, note 88, par. 1.

Annexe 1 : Territoire de la Convention de la Baie James



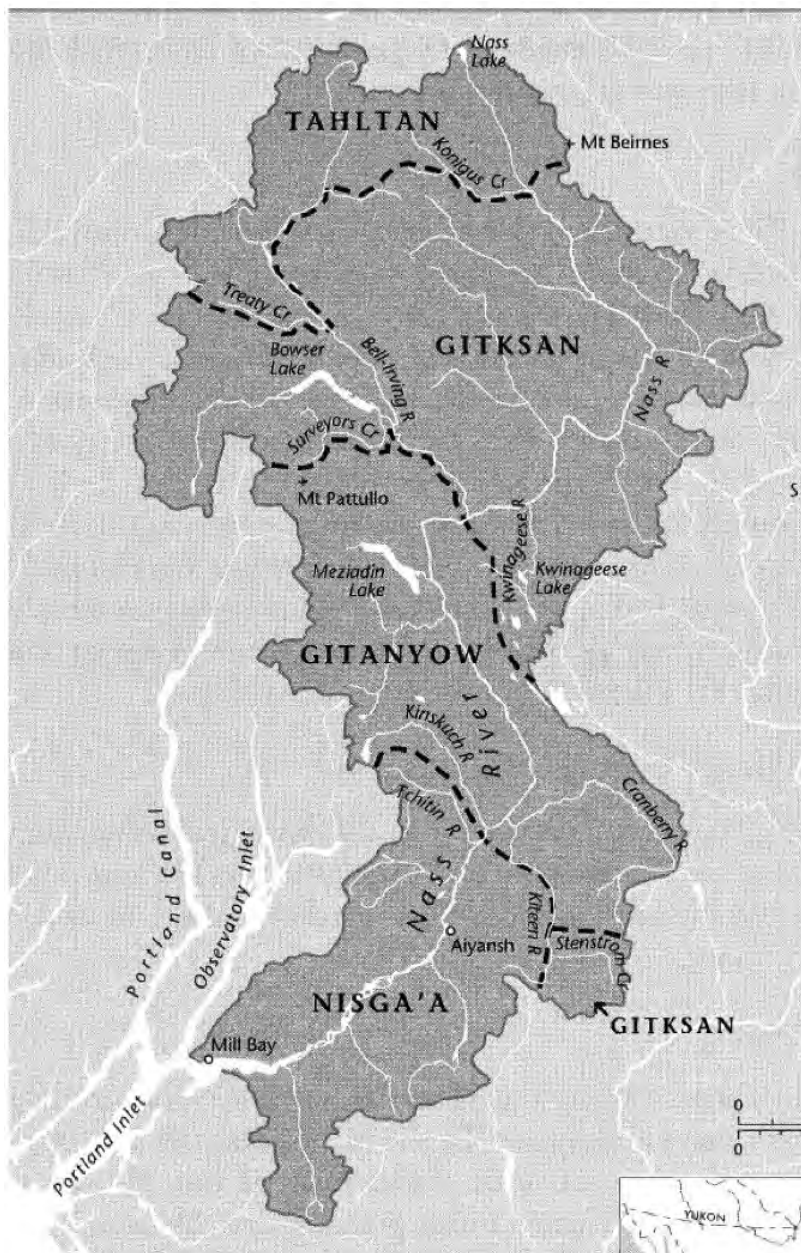
Source : « Portrait régional de l'eau », Ministère du développement durable, Environnement, Faune et Parcs, <<http://www.mddep.gouv.qc.ca/eau/regions/region10/10-nord-du-qc.htm>>.

Annexe 2 : Territoire de l'Accord définitif nisga'a



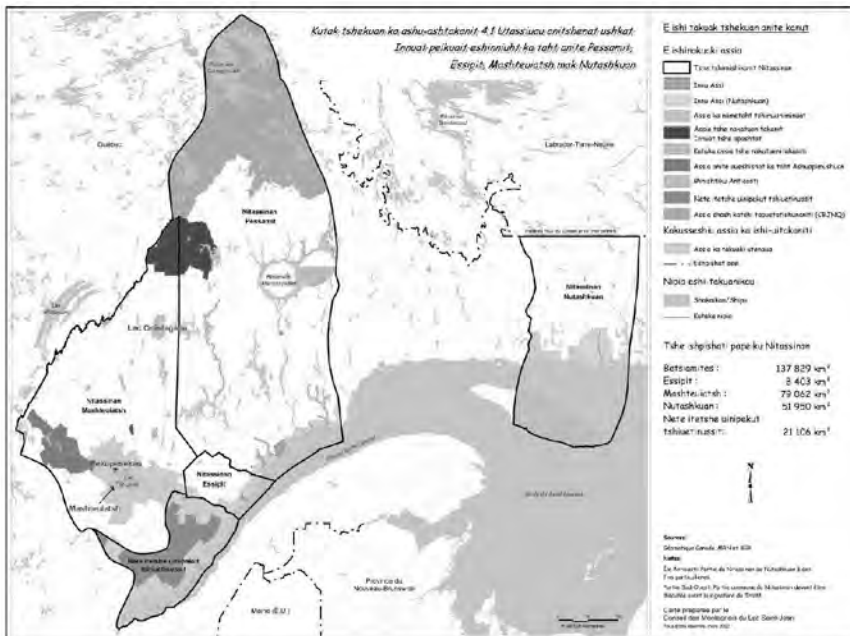
Source : *Nisga'a Final Agreement Act*, [Sbc 1999] Chapter 2, Appendix A-1 Map Index of Map Sheets of Nisga'a Lands.

Annexe 3 : Territoire revendiqué par les Tahltan, Gitksan et Gitanyow



Source : Neil Sterritt, « The Nisga'a Treaty: Competing Claims Ignored! », (Winter 1998/99) 120 *BC STUDIES* 72, 76.

Annexe 4 : Territoire visé par l'Entente de principe d'ordre général (Nitassinan et Innu Assi)



Source : Entente de principe d'ordre général entre les premières nations de Mamuitun et de Nutashkuan et les gouvernements du Québec et du Canada, 31 mars 2004, Ministère des affaires indiennes et du Nord canadien, <<http://www.ainc-inac.gc.ca/al/lde/ccl/agr/mamui/mamu-fra.asp>>, Annexe 4.1.

[illegible]

Source : Conseil de la nation huronne wendat, *Par respect pour le « Nion-wentsïo » Notre territoire national*, Mémoire présenté à la Commission de l'économie et du travail dans le cadre de l'étude du projet de loi n° 57 intitulé « *Loi sur l'occupation du territoire forestier* », Assemblée nationale du Québec, 17 août 2009.

Le patrimoine commun de la nation québécoise au service de l'indemnisation du préjudice environnemental

Mélissa DEVOST

Résumé

La Loi affirmant le caractère collectif des ressources en eau et visant à renforcer leur protection a été sanctionnée le 12 juin 2009 et a introduit un recours de nature civile permettant au Procureur général du Québec d'obtenir une indemnité financière pour la réparation du préjudice causé aux ressources en eau. L'article vise à examiner si l'indemnisation du préjudice environnemental est possible au Québec en dehors du cadre spécifique créé pour les ressources en eau. La notion de préjudice environnemental sera d'abord définie, puis ce qu'elle vise sera établi en fonction du contenu du patrimoine commun de la nation québécoise. Enfin, l'analyse de l'arrêt *Canfor* de la Cour suprême du Canada ainsi que certains recours existants permettront d'identifier quel véhicule juridique pourrait être utilisé pour obtenir la réparation du préjudice environnemental et qui pourrait tenter un tel recours.

Le patrimoine commun de la nation québécoise au service de l'indemnisation du préjudice environnemental

Mélissa DEVOST*

INTRODUCTION.	47
1. LA NOTION DE PRÉJUDICE ENVIRONNEMENTAL	49
1.1 Sa définition	50
1.2 Son contenu	58
2. L'ARRÊT <i>CANFOR</i>	66
2.1 Les leçons de l'arrêt <i>Canfor</i>	66
2.2 L'application de la common law au Québec et les autres développements jurisprudentiels	72
3. LE DROIT QUÉBÉCOIS.	80
3.1 Les lois permettant la réparation en nature du préjudice environnemental	80
3.2 La <i>Loi affirmant le caractère collectif des ressources en eau et visant à renforcer leur protection</i>	87
CONCLUSION	91
BIBLIOGRAPHIE	93

* Avocate à la direction des affaires juridiques du ministère du Développement durable, de l'Environnement, de la Faune et des Parcs. Les propos et opinions contenus dans l'article n'engagent que l'auteure et ne correspondent pas nécessairement à ceux du ministère ou du Procureur général du Québec.

INTRODUCTION

Probablement poussée par les développements qu'elle connaît ailleurs dans le monde, l'indemnisation du préjudice environnemental est un sujet qui se taille une place dans le paysage juridique québécois. Il n'est donc plus systématiquement mal vu d'accorder une valeur monétaire à l'environnement.

L'on en prendra pour preuve la préface signée par Pavan Sukhdev, responsable de l'étude qui a permis la publication du rapport d'étape *L'économie des écosystèmes et de la biodiversité*, dans le cadre de l'initiative « économie verte » du Programme des Nations Unies pour l'environnement¹, qui observe que « [c]e qui est très utile (l'eau, par exemple) n'a pas toujours une grande valeur et tout ce qui a beaucoup de valeur (par exemple, les diamants) n'est pas forcément très utile »². La suite illustre que cela peut et doit changer. Le rapport, en tentant d'attribuer une valeur économique à la biodiversité et aux écosystèmes par la mesure de l'ampleur des services qu'ils rendent à l'humanité, permet de démontrer l'utilité de la biodiversité, l'importance de la protéger et de chiffrer le coût d'une perte afin d'obtenir une éventuelle compensation³. Il s'inscrit dans la foulée du célèbre « rapport Stern » sur les changements climatiques⁴, qui avait déjà documenté les impacts économiques du réchauffement climatique et tenté de chiffrer le coût des mesures qui pourraient être prises pour limiter ces changements, de même que les retombées économiques de telles mesures. Plutôt que d'opposer l'économie et l'environnement comme il est d'usage de le faire, ces rapports s'efforcent de réconci-

1. Le lancement de l'Initiative d'économie verte par le Programme des Nations Unies pour l'environnement (PNUE) le 22 octobre 2008 vise à repenser le modèle économique mondial basé sur l'exploitation des ressources afin de permettre aux gouvernements de faire des meilleurs choix pour investir des technologies propres et des infrastructures naturelles. <<http://www.electron-economy.org/article-24042098.html>> (page consultée le 6 avril 2011).
2. COMMISSION EUROPÉENNE, *L'économie des écosystèmes et de la biodiversité*, Luxembourg, Office des publications officielles des Communautés européennes, 2008, p. 4.
3. Sophie FABRÉGAT, « Quand l'économie se penche sur la biodiversité », dans *Actu-environnement.com*, 7 janvier 2010, <http://www.actu-environnement.com/ae/news/economie_biodiversite_9303.php4> (page consultée le 18 janvier 2010).
4. Nicholas STERN, *The Economics of Climate Change: The Stern review*, Cabinet Office – HM Treasury, Cambridge University Press, 2006, p. 4.

lier ces deux disciplines en se servant de méthodes économiques pour aider la cause de l'environnement.

Au Québec, l'utilisation de l'économie en matière environnementale a permis l'adoption de nouveaux outils juridiques, pour l'instant limités au domaine de l'eau. En ce sens, le *Règlement établissant une redevance pour l'utilisation de l'eau*⁵ prévoit l'obligation pour certains secteurs de l'industrie de verser à l'État québécois des redevances établies sur la base d'un volume d'eau utilisé⁶. La *Loi affirmant le caractère collectif des ressources en eau et visant à renforcer leur protection*⁷ (ci-après *Loi sur l'eau*), pour sa part, introduit « un recours de nature civile permettant au Procureur général [du Québec] d'exiger la réparation de tout préjudice écologique subi par les ressources en eau, entre autres par une remise en l'état initial ou par le versement d'une indemnité financière »⁸. Le ministre du Développement durable, de l'Environnement, de la Faune et des Parcs⁹ du Québec dispose alors d'outils économiques pour l'aider dans sa mission de protection de l'environnement¹⁰.

5. R.R.Q., c. Q-2, r. 42.1.

6. La redevance est versée au Fonds vert aux fins d'assurer la gouvernance de l'eau en vertu de l'article 11 du *Règlement sur la redevance exigible pour l'utilisation de l'eau*.

7. L.R.Q., c. C-6.2. La loi a été sanctionnée le 12 juin 2009.

L'article 41 de la loi prévoit que les dispositions de cette loi entreront en vigueur à la date ou aux dates fixées par le gouvernement, à l'exception du paragraphe 1^o de l'article 22, du sous-paragraphe 2.5^o du paragraphe s de l'article 46 de la *Loi sur la qualité de l'environnement*, L.R.Q., c. Q-2, édicté par le paragraphe 2^o de l'article 22 ainsi que du paragraphe 4^o de l'article 22 qui entreront en vigueur le 12 juin 2009.

Le préambule ainsi que les articles 1 à 17 sont entrés en vigueur le 18 juin 2009 en vertu du décret 708-2009 du 18 juin 2009 (141 G.O. II, 2819).

Les articles 18, 21, 26, 27, 30 à 32, 39 et 40 de cette loi et les articles 31.74, 31.88 à 31.94, 31.96 et 31.98 à 31.108 de la *Loi sur la qualité de l'environnement* édictés par l'article 19 de cette loi, ainsi que les sous-paragrophes 2.3^o, 2.4^o et 2.6^o du paragraphe s de l'article 46 de la *Loi sur la qualité de l'environnement* édicté par le paragraphe 2^o de l'article 22 de cette loi sont entrés en vigueur le 1^{er} septembre 2011 en vertu du décret 684-2011 du 22 juin 2011 (143 G.O. II, 2633).

8. Extrait des notes explicatives de la *Loi affirmant le caractère collectif des ressources en eau et visant à renforcer leur protection*, L.Q., 2009, c. 21.

9. Le ministre du Développement durable, de l'Environnement et des Parcs est maintenant désigné sous le nom de ministre du Développement durable, de l'Environnement, de la Faune et des Parcs en vertu du décret 877-2012 du 20 septembre 2012.

10. Le *Règlement établissant une redevance pour l'utilisation de l'eau* est adopté en vertu de la *Loi sur la qualité de l'environnement* dont l'application relève du ministre du Développement durable, de l'Environnement, de la Faune et des Parcs selon le paragraphe 18^o de l'article 1 de cette loi. L'application de la *Loi sur l'eau* relève du ministre du Développement durable, de l'Environnement, de la Faune et des Parcs selon l'article 40 de cette loi.

Considérant ces développements, le présent texte vise à se questionner sur la problématique suivante : l'indemnisation du préjudice environnemental au Québec doit-elle être explicitement prévue dans une loi ou l'encadrement juridique actuel la permet-elle sans se restreindre à la ressource en eau ? La seconde hypothèse semble plus probable. Afin de dégager la place qu'occupe l'indemnisation du préjudice environnemental dans l'ordre juridique québécois, nous proposerons d'abord une définition de ce concept et détaillerons ce qu'il peut englober (section 1). L'arrêt *Colombie-Britannique c. Canadian Forest Products Ltd.*¹¹ (ci-après l'arrêt *Canfor*) rendu par la Cour suprême du Canada sera ensuite analysé (section 2), suivi des recours qui permettent déjà la réparation en nature du préjudice environnemental dans les lois québécoises (section 3).

1. LA NOTION DE PRÉJUDICE ENVIRONNEMENTAL

L'environnement occupe une place grandissante, tant dans l'actualité que dans les préoccupations de la population et de l'industrie, ce qui a amené la Cour suprême du Canada à qualifier la protection de l'environnement de « valeur fondamentale au sein de la société canadienne »¹². Au Québec en particulier, des actions sont prises pour augmenter la superficie des aires protégées¹³ et pour renforcer le respect des lois et règlements en matière d'environnement¹⁴. Toutefois, des atteintes portées à l'environnement demeurent sans réparation, souvent parce que la nature même de l'atteinte ne permet pas une remise en état des lieux. Or, si une réparation en nature n'est pas possible, pourquoi ne pas opter pour une réparation par équivalent, comme le versement de dommages-intérêts ? Notre droit n'a en effet pas hésité à compenser le préjudice corporel par des dommages-intérêts. Bien que

La responsabilité du ministre du Développement durable, de l'Environnement, de la Faune et des Parcs d'assurer la protection de l'environnement est prévue au premier alinéa de l'article 10 de la *Loi sur le ministère du Développement durable, de l'Environnement et des Parcs*, L.R.Q., c. M-30.001.

11. *Colombie-Britannique c. Canadian Forest Products Ltd.*, 2004 CSC 38.

12. 114957 *Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c. Hudson (Ville de)*, 2001 CSC 40, par. 1, repris notamment dans l'arrêt *Canfor* au paragraphe 7.

13. Alors qu'en 2010, les aires protégées au Québec couvraient plus de 8 % du territoire, le ministère du Développement durable, de l'Environnement, de la Faune et des Parcs s'est donné comme objectif de protéger 17 % du territoire d'ici 2020, selon le site web du ministère du Développement durable, de l'Environnement, de la Faune et des Parcs, <<http://www.mddep.gouv.qc.ca/infuseur/communiquer.asp?No=2036>> (page consultée le 18 février 2012).

14. Par exemple, la sanction le 5 octobre 2011 de la *Loi modifiant la Loi sur la qualité de l'environnement afin d'en renforcer le respect* (L.Q. 2011, c. 20).

nous puissions tous convenir que le versement d'une somme d'argent ne pourra faire oublier la perte d'une jambe ou d'un bras pas plus que la disparition d'une espèce ou d'un écosystème, faute de mieux, pourquoi s'en priver ?

Une définition du préjudice environnemental sera d'abord proposée (1.1), ce qui permettra ensuite de mieux cerner son contenu (1.2).

1.1 Sa définition

En partant du principe que les atteintes portées à l'environnement peuvent être compensées monétairement, il faut cependant déterminer à quelles conditions. La première étape consiste à choisir le vocable appelé à contenir le concept, puis à en proposer une définition. L'examen de la doctrine et de la jurisprudence permet de constater que les termes utilisés sont quelque peu variables : il est fait mention de « préjudice » et de « dommage », lesquels sont tour à tour qualifiés d'« environnemental » ou d'« écologique ». Ces deux qualificatifs sont parfois même mis en opposition afin de viser deux réalités.

Bien que les termes « dommage » et « préjudice » soient considérés comme des synonymes en droit québécois¹⁵, le terme « dommage » est plus souvent associé à l'expression « dommages-intérêts » qui représente la réparation monétaire à verser à la victime¹⁶. Nous préférons donc l'emploi du terme « préjudice », puisque nous visons en l'espèce l'atteinte qui est portée à l'environnement.

S'agissant du qualificatif « environnemental » ou « écologique » qui doit être accolé au terme « préjudice », les dictionnaires nous sont de peu de secours puisque la définition d'un terme renvoie au second, et vice-versa. Cependant, comme l'environnement vise une réalité plus large que l'écologie puisqu'il englobe non seulement ce qui est vivant, mais également le milieu dans

15. Hubert REID, *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, 2^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2001, p. 189 et 428 (remarque sous les définitions de dommage et de préjudice). Voir aussi : Jean-Louis BAUDOUIN et Patrice DESLAURIERS, *La responsabilité civile*, 7^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007, p. 315, ainsi que : Patrice DESLAURIERS, « Le préjudice – Généralités », dans École du Barreau du Québec, *Collection de droit 2009-2010*, vol. 4, *Responsabilité*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2009.

16. H. REID, *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, préc., note 15, p. 190.

lequel les espèces vivantes évoluent¹⁷, il semble plus judicieux d'adopter ce premier qualificatif. Ce choix cadre d'ailleurs avec les définitions d'« environnement » prévues à la *Loi sur la qualité de l'environnement*¹⁸ ainsi qu'à la *Loi canadienne sur la protection de l'environnement*¹⁹.

Peu d'auteurs québécois se sont jusqu'à présent prononcés sur le concept de préjudice environnemental. Toutefois, nous avons tout de même retracé quelques textes qui permettent de tracer les contours d'une définition.

Les Journées québécoises de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française organisées à Québec et à Montréal en septembre 2004 ont été l'occasion d'aborder quelques thèmes se rapportant à l'indemnisation, dont le « préjudice écologique ». Ouvrant à titre de rapporteurs québécois, Michel Yergeau et Nadia Cattaneo y ont publié un texte intitulé « Les préjudices écologiques »²⁰. Selon eux, le préjudice environnemental serait, au Québec, visé par diverses lois sectorielles qui permettent à l'État d'ordonner la remise en état lorsqu'il y a eu contravention à celles-ci, ainsi que par le droit commun qui permet l'indemnisation pour le préjudice causé à une personne ou à ses biens découlant d'une atteinte à l'environnement. Par contre, le préjudice écologique pur, qui « viserait le dommage subi par le milieu naturel affectant ou bouleversant l'équilibre écologique en tant que patrimoine collectif »²¹, ou encore « les effets dommageables d'atteintes à l'environnement proprement dit et à ses composantes (en général à des biens communs ou sans maîtres) »²², ne

17. OFFICE QUÉBÉCOIS DE LA LANGUE FRANÇAISE, Le grand dictionnaire terminologique, <<http://www.olf.gouv.qc.ca/ressources/gdt.html>> (page consultée le 13 décembre 2009) et Paul ROBERT, *Le Nouveau Petit Robert*, Paris, 2008.

18. L.R.Q., c. Q-2.
Le paragraphe 4^o de l'article 1 définit l'environnement ainsi : « l'eau, l'atmosphère et le sol ou toute combinaison de l'un ou l'autre ou d'une manière générale, le milieu ambiant avec lequel les espèces vivantes entretiennent des relations dynamiques ».

19. L.C. 1999, c. 33.
L'article 3 définit l'environnement de la façon suivante : « Ensemble des conditions et des éléments naturels de la Terre, notamment :
a) l'air, l'eau et le sol ;
b) toutes les couches de l'atmosphère ;
c) toutes les matières organiques et inorganiques ainsi que les êtres vivants ;
d) les systèmes naturels en interaction qui comprennent les éléments visés aux alinéas a) à c). »

20. Michel YERGEAU et Nadia CATTANEO, « Les préjudices écologiques », (2005) 39 *R.J.T.* 303-370.

21. *Ibid.*, p. 307.

22. *Ibid.*, p. 322.

serait visé par aucune loi au Québec et rien ne permettrait donc son indemnisation²³. Yergeau et Cattaneo distinguent donc le préjudice écologique du préjudice environnemental et concluent que les lois environnementales qui s'appliquent au Québec ne permettent pas d'indemniser la collectivité « du fait de la détérioration des parties constituantes de la nature »²⁴. D'ailleurs, ils font remarquer que : « [s]i les tribunaux québécois se prononcent fréquemment sur les questions liées à la réparation d'un préjudice personnel découlant d'une atteinte à l'environnement, ils n'ont jamais accordé une réparation pour préjudice écologique pur »²⁵.

Cette distinction entre préjudices écologique et environnemental n'est pas souhaitable. À notre avis, la définition donnée du préjudice environnemental n'est rien de plus que l'ensemble des préjudices matériel, moral ou corporel causés par une atteinte à l'environnement dont l'indemnisation est depuis longtemps admise dans le cadre de la responsabilité civile traditionnelle. Il ne convient donc pas de créer cette catégorie supplémentaire. En clair, ce que Yergeau et Cattaneo désignent sous le vocable « préjudice écologique » est ce que nous avons préféré qualifier de préjudice environnemental. Selon eux, la réparation de ce préjudice devrait être régie par le droit commun, soit la responsabilité civile ou la théorie des troubles de voisinage (rappelons qu'aucune loi ne prévoyait spécifiquement ce préjudice à l'époque où ils ont écrit leur texte). Toutefois, à notre avis, la théorie des troubles de voisinage ne peut être utilisée que pour des dommages personnels subis par des voisins et ne correspond donc pas à la définition donnée pour ce préjudice qui affecte généralement des biens communs ou sans maîtres. Il resterait alors seulement la responsabilité civile traditionnelle.

Pour appuyer leurs propos, Yergeau et Cattaneo reprennent l'extrait d'un texte de l'auteure Hélène Trudeau, qui elle-même réfère à Michel Prieur :

Ceci pose le problème, bien connu en droit de l'environnement, de l'évaluation et de la compensation du dommage écologique, c'est-à-dire, selon la définition qu'en fait M. Prieur, le dommage subi « par le milieu naturel dans ses éléments inappropriés et inappropria-

23. *Ibid.*, p. 323. Il est à noter que ce texte a été rédigé avant que ne soit présentée et adoptée la *Loi sur l'eau*.

24. *Ibid.*, p. 307.

25. *Ibid.*, p. 322.

bles et affectant l'équilibre écologique en tant que patrimoine collectif». Or, les tribunaux québécois n'ont jamais reconnu l'existence du préjudice écologique, à tout le moins pas dans le sens d'un préjudice subi par l'ensemble de la collectivité du fait de la détérioration d'éléments de la nature. La perte d'individus d'une espèce animale ou végétale n'est en fait indemnisée en droit commun que lorsqu'elle se traduit par une perte de revenus pour le demandeur à l'action.²⁶ (Nos soulignements.)

Bien que la position de Trudeau reflète bien l'état du droit au moment où son texte a été publié (en 1994), nous croyons que les développements plus récents, dont l'arrêt *Canfor*, pourraient maintenant permettre de reconnaître l'existence du préjudice environnemental en droit québécois (voir 2.1).

Les Journées québécoises ont également été commentées par Myriam Jézéquel²⁷, qui reprend plusieurs questionnements soulevés, dont la difficulté d'identifier un responsable lorsqu'il s'agit de problèmes environnementaux aux causes multiples ou la particularité de certaines composantes de l'environnement qui constituent des biens communs ou « sans maître ». La dispersion des dispositions juridiques pertinentes, à la fois dans le droit public (administratif) et dans le droit privé (civil), est également décriée tout comme les sanctions incomplètes qui ne permettent souvent qu'une réparation partielle ou un recouvrement parcellaire des coûts encourus pour une remise en état par exemple, sans que tous les dommages ne soient pris en compte. Elle propose une définition qui oppose le préjudice personnel au préjudice qualifié d'« écologique pur » :

Les préjudices personnels, au sens classique du terme, visent les conséquences d'un dommage subi par une personne physique ou morale à la suite des effets divers de la pollution de l'environnement. Les préjudices écologiques purs concernent les dommages subis par le milieu naturel, tel que la dégradation, souvent durable et parfois irréversible, de l'équilibre écologique considéré comme patrimoine commun.²⁸ (Nos soulignements.)

26. Hélène TRUDEAU, « La responsabilité statutaire du pollueur au Québec », dans Ejan MACKAAY et Hélène TRUDEAU (dir.), *L'environnement – à quel prix ? Actes du colloque conjoint des Facultés de droit de l'Université de Poitiers et de l'Université de Montréal tenu à Montréal en septembre 1994*, Montréal, Éditions Thémis, 1994, p. 138 et 139.

27. Myriam JÉZÉQUEL, « Préjudices écologiques, Le temps des responsabilités », (2005) 36-18 *J. du Bar.*

28. *Ibid.*

Jean-Louis Baudouin et Patrice Deslauriers, quant à eux, se limitent à mentionner qu'en « common law, la Cour suprême a admis la possibilité que le dommage causé aux arbres puisse également donner lieu à une condamnation en dommages-intérêts pour « préjudice écologique » »²⁹.

La doctrine française s'est également prononcée sur le concept de préjudice environnemental. Ainsi, Michel Prieur fait tout d'abord ressortir les difficultés inhérentes à une conception individualiste du droit alors que les conséquences des atteintes portées à l'environnement ne visent pas seulement « un patrimoine particulier, [mais] souvent affecte[nt] en même temps et de façon irréversible le patrimoine collectif de tous les êtres vivants »³⁰. Il opère alors une distinction entre « les dommages de pollution qui seraient subis par des patrimoines identifiables et particuliers et les dommages écologiques proprement dits subis par le milieu naturel dans ses éléments inappropriés et inappropriables et affectant l'équilibre écologique en tant que patrimoine collectif »³¹. Nous sommes d'avis que les « dommages de pollution » ne sont en fait que des préjudices matériel, moral ou corporel causés par une atteinte à l'environnement alors que les « dommages écologiques » correspondent à notre conception du préjudice environnemental.

Dans un texte portant sur les cas de pollutions marines accidentelles³², l'association à but non lucratif CEDRE, soit le Centre de Documentation, de Recherche et d'Expérimentations sur les Pollutions Accidentelles des Eaux, inclut dans les « dommages environnementaux » les dommages à la biodiversité et aux ressources naturelles non exploitées. Elle indique également que « [l]es dommages aux fonctions écologiques de la biodiversité sont des pertes écologiques pures : ils affectent un bien hors marché et des méthodes spécifiques d'évaluation des actifs naturels sont nécessaires pour les quantifier »³³.

Pour Kiss, le préjudice environnemental viserait « [t]out dommage causé à l'environnement lui-même, abstraction faite

29. J.-L. BAUDOUIN et P. DESLAURIERS, *La responsabilité civile*, préc., note 15, p. 437.

30. Michel PRIEUR, *Droit de l'environnement*, 5^e éd., Paris, Dalloz, 2004, p. 917.

31. *Ibid.*

32. CEDRE (Centre de Documentation, de Recherche et d'Expérimentations sur les Pollutions Accidentelles des Eaux), « Dommage environnemental en cas de pollutions marines accidentelles », *Rejets en mer*, <<http://www.cedre.fr/fr/rejet/domm/def.htm>> (page consultée le 24 septembre 2008).

33. *Ibid.*

de tout préjudice que subissent ceux qui en exploitent les ressources »³⁴. Caballero abonde dans le même sens en parlant du « dommage causé directement au milieu pris en tant que tel indépendamment de ses répercussions sur les personnes et sur les biens »³⁵ tout comme Larroumet qui traite du « préjudice causé à l'environnement lui-même, sans répercussion immédiate et apparente sur les activités humaines »³⁶.

Le naufrage du pétrolier Erika, survenu le 12 décembre 1999³⁷, a fourni une occasion aux auteurs de poursuivre leur réflexion sur le préjudice environnemental, d'autant plus que les tribunaux français ont expressément reconnu le concept³⁸.

34. Alexandre KISS, *Droit international de l'environnement*, Paris, Éditions Pédone, 1989, p. 110.

35. Francis CABALLERO, *Essai sur la notion juridique de nuisance*, Paris, LGDJ, 1981, p. 293.

36. Ch. LARROUMET, *La responsabilité civile en matière d'environnement*, Recueil Dalloz-Sirey, 1994, p. 101.

37. 20 000 tonnes de fioul ont été déversées en mer lors de ce naufrage, souillant 400 kilomètres de côtes françaises et causant la mort d'au moins 150 000 oiseaux en plus des dommages à la faune et à la flore marine. (MINISTÈRE DE L'ÉCOLOGIE, DE L'ÉNERGIE, DU DÉVELOPPEMENT DURABLE ET DE LA MER, « La notion de préjudice écologique reconnue par la Justice », France, <http://www.environnement.gouv.fr/_article_print.php3?id_article=2779>, page consultée le 15 novembre 2009).

38. Le jugement prononcé par le tribunal correctionnel de Paris le 16 janvier 2008 (TGI Paris, 16 janv. 2008, n° 9934895010, LPO et a. c/ Sté Total) a été présenté par les médias comme la première reconnaissance française du « préjudice écologique ». Toutefois, au moins un précédent a pu être retracé après une recherche sommaire, soit le jugement rendu le 4 octobre 2007 par le tribunal de grande instance de Narbonne (TGI Narbonne, 4 oct. 2007, n° 935/07, Assoc. Eccla et a.) qui a alloué la somme de 10 000 euros pour la réparation du préjudice environnemental, soit une pollution des eaux, subi par le patrimoine naturel du parc naturel régional de la Narbonnaise en Méditerranée à la suite du déversement d'un insecticide, le chlorpyrifos éthyl.

Dans l'affaire de l'Erika, le département français de Morbihan a obtenu un million d'euros pour la réparation du préjudice résultant d'une atteinte à l'environnement sur son territoire, le tribunal s'étant fondé sur l'article L. 141-1 du *Code de l'urbanisme* qui confie aux départements une responsabilité particulière pour la protection, la gestion et la conservation d'un territoire. Les demandes des autres collectivités locales pour la réparation du préjudice écologique ont été rejetées, mais elles ont été indemnisées pour leurs préjudices matériels et moraux, comme l'a également été le département de Morbihan. La Ligue de Protection des Oiseaux, la seule association ayant fait une demande pour réparation du préjudice écologique, a obtenu 300 000 euros à ce titre. Le tribunal a appuyé cette réparation sur l'article L. 142-2 du *Code de l'environnement* qui permet aux associations de demander la réparation du préjudice matériel et/ou moral subi lorsque la commission d'une infraction pénale lèse de manière directe ou indirecte leurs intérêts statutaires, sur les interventions de la Ligue de Protection des Oiseaux sur le terrain pour la réparation des dommages ainsi que sur sa représentativité au niveau national et international. La Ligue de Protection des Oiseaux et les autres associations ont aussi été indemnisées pour leurs préjudices matériels et moraux. (WINSTON & STRAWN, Analyse : La décision ERIKA et le préjudice

Ainsi, Julien Hay a fait le commentaire suivant à la suite du jugement rendu par le tribunal de première instance dans cette affaire, en soulignant les particularités du préjudice alors indemnisé :

Sur le plan juridique, la notion de dommage est le plus souvent entendue de manière étroite, sous la forme d'une perte corporelle ou matérielle qui affecte la propriété d'une personne physique ou morale, ou d'un État. La prise en compte juridique des dommages à l'environnement est rendue assez délicate dans ces conditions, dans la mesure où il s'agit d'atteintes à des ressources naturelles qui ne sont rattachées à aucun droit de propriété bien défini et reconnu. [...]

Pour qu'un dommage donne droit à une réparation, il faut qu'il soit certain, personnel et direct. Or, [...] c'est précisément le caractère « personnel » qui pose problème en matière d'atteinte à l'environnement dans la mesure où ces atteintes touchent davantage des intérêts collectifs et n'ont pas de répercussions immédiates et apparentes sur les personnes.³⁹

(Caractères gras et italiques de l'auteur enlevés. Nos soulignements.)

écologique, février 2008, <http://www.winston.com/siteFiles/publications/La_Decision_ERIKA_et_le_Prejudice_Ecologique.pdf>, page consultée le 31 mai 2010).

Fait à noter, le jugement du tribunal correctionnel de Paris de première instance est intervenu avant la transposition en droit français (Loi n° 2008-757 du 1^{er} août 2008 relative à la responsabilité environnementale et à diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de l'environnement) de la *Directive 2004/35/CE du Parlement européen et du Conseil, du 21 avril 2004, sur la responsabilité environnementale en ce qui concerne la prévention et la réparation des dommages environnementaux*, J. O. n° L 143 du 30/04/2004 p. 0056 – 0075. Le droit français pouvait donc reconnaître le préjudice environnemental et son indemnisation malgré l'absence d'un outil légal spécifique.

Le 30 mars 2010, la Cour d'appel de Paris a confirmé le jugement de première instance en statuant « qu'une atteinte à l'environnement était en soi un dommage appelant réparation ». Alors que seul le département de Morbihan avait reçu une indemnité pour le préjudice écologique comme collectivité locale en première instance, les autres collectivités locales voient leur réclamation reconnue en appel. L'indemnisation à ce titre a également été confirmée pour la Ligue de Protection des Oiseaux. (Hélène FAVIER, « Erika : le jugement contre Total confirmé », *Europe 1*, 30 mars 2010, <<http://www.europe1.fr/France/Erika-le-jugement-contre-Total-confirme-166215/index.html>>, page consultée le 21 avril 2010).

39. Julien HAY, « Procès Erika : la question du préjudice écologique », *Journal des Accidents et des catastrophes*, CERDAC, numéro 78, <<http://www.jac.cerdacc.uha.fr>> (page consultée le 18 septembre 2009).

Benoît Steinmetz, quant à lui, a opposé le préjudice écologique au préjudice moral et l'a également distingué du préjudice matériel en analysant ce même jugement :

Le préjudice moral est direct et les dommages et intérêts réparent l'atteinte aux intérêts défendus par la personne morale. Ce peut être une association de protection de la nature qui agit suite à une pollution [...]

À l'inverse, le préjudice environnemental est essentiellement indirect. Les sommes dues correspondent au prix de l'atteinte à l'environnement et ne renvoient pas au coût de la remise en état de l'environnement qui se rattache au préjudice matériel.

Il conviendrait donc de parler, par clarté de langage, de préjudice écologique et non de préjudice environnemental, ce dernier consistant avant tout au coût du rétablissement de la situation initiale de l'environnement, que ce soit la faune ou la flore.

L'impossibilité d'y parvenir, par exemple du fait de la disparition définitive d'une espèce, conduirait à une indemnisation des plus importantes, non pas sur le fondement du préjudice environnemental, mais sur le fondement du préjudice écologique.⁴⁰

Nous ne partageons pas par cette distinction basée sur la réparation qui ferait en sorte qu'un même préjudice soit qualifié de matériel ou d'environnemental si une réparation en nature (remise en état) est possible ou qu'il soit plutôt qualifié de préjudice écologique si seule une indemnisation monétaire est envisageable. En effet, ce n'est pas le préjudice qui est alors différent mais uniquement sa réparation.

Pour Valentine Erné-Heinz, s'autorisant des conclusions du tribunal de première instance, le préjudice environnemental va au-delà du préjudice économique en ce qu'il permet d'obtenir une indemnisation pour une atteinte à l'environnement, non seulement pour les frais de restauration et les pertes marchandes, mais également pour une modification de sa qualité⁴¹. Elle fait aussi mention de l'absence de droit de propriété sur l'environnement

40. Benoit STEINMETZ, « Erika : les procès de la catastrophe ou un aller-retour Paris-Luxembourg », *Journal des Accidents et des catastrophes*, CERDAC, numéro 81, février 2008.

41. Valentine ERNÉ-HEINZ, « Erika : le préjudice écologique enfin reconnu », *Journal des Accidents et des catastrophes*, CERDAC, numéro 81, février 2008.

qui rend difficile l'identification d'un bénéficiaire de l'indemnisation⁴².

Ces définitions convergent en ce qu'elles visent toutes des atteintes portées à l'environnement qui causent un préjudice distinct des préjudices subis par des personnes (soit une atteinte à la personne elle-même ou à ses biens) qui eux sont indemnisables en vertu de la responsabilité civile traditionnelle. En effet, le préjudice environnemental est souvent opposé au préjudice personnel, c'est-à-dire le préjudice causé au patrimoine d'une personne en particulier et qui affecte des biens dont elle est généralement propriétaire, pour viser des dommages qui affectent des intérêts collectifs sans nécessairement porter atteinte au patrimoine d'une personne identifiable.

1.2 Son contenu

En définissant le préjudice environnemental comme étant un préjudice affectant des intérêts collectifs qui se dissocient du droit de propriété, la notion de patrimoine commun, qui a d'abord été développée en droit international de l'environnement, devient dès lors particulièrement intéressante. En effet, cette notion a justement été introduite pour regrouper des éléments qui ne font pas l'objet d'un droit de propriété, mais dont le bénéfice collectif qu'ils procurent mérite une attention particulière. L'extrait suivant de Michel Prieur permet d'illustrer notre propos :

Le patrimoine commun. Ce concept de plus en plus utilisé cherche à introduire un élément moral et juridique dans la conservation de l'environnement. Entendu strictement, on pourrait craindre que patrimoine soit assimilable à propriété et à rendement. En fait, il s'agit au contraire de dépasser la propriété en identifiant des éléments de l'environnement dont on veut assurer la conservation et la gestion en bon père de famille. Aussi « le patrimoine » fait-il appel à l'idée d'un héritage légué par les générations qui nous ont précédés et que nous devons transmettre intact aux générations qui nous suivent. Les biens, ou les espaces qui vont ainsi être qualifiés de « patrimoine » par le droit de l'environnement vont devoir faire l'objet d'une attention toute particulière non seulement de la part de leur propriétaire juridique (s'il existe) mais aussi et surtout de l'ensemble de la collectivité.⁴³

(Nos soulignements)

42. *Ibid.*

43. M. PRIEUR, préc., note 30, p. 67.

Paule Halley et Christine Gagnon ont également abordé la notion de patrimoine commun dans le cadre d'une étude portant sur la *Loi sur l'eau*, laquelle prévoit que l'eau fait « partie du patrimoine commun de la nation québécoise »⁴⁴ et crée un recours pour les dommages causés aux ressources en eau qui est réservé à l'État, à titre de « gardien des intérêts de la nation dans ces ressources »⁴⁵. Selon elles :

La nouveauté du concept de « patrimoine commun de la nation québécoise » soulève de nombreuses questions laissées en suspens : est-ce que l'usage du mot « patrimoine » fait de l'eau un « bien » qui fait partie du domaine public de l'État (nationalisation de l'eau ?) ou s'agit-il plutôt d'une nouvelle catégorie de patrimoine, regroupant les choses publiques, géré par l'État en marge des biens du domaine public et pour lequel des normes différentes de gestion s'appliquent, justifiant ainsi de les distinguer en créant le « patrimoine commun » ? Nous optons pour la dernière hypothèse. L'usage croissant du mot « patrimoine » en droit public est manifeste : en droit international avec le « patrimoine commun de l'humanité », et dans les droits nationaux où la protection des « monuments historiques » est remplacée par celle du « patrimoine culturel » et les « réserves écologiques » par le « patrimoine naturel ». Il se dégage du concept de « patrimoine commun », l'idée que l'héritage reçu des générations précédentes doit être préservé et transmis aux générations futures et suppose une gestion et une exploitation rationnelles et durables.⁴⁶

(Nos soulignements)

Nous constatons donc que le patrimoine commun n'a pas la même signification que la notion de patrimoine que l'on retrouve dans le *Code civil du Québec*⁴⁷, qui s'entend de « [l'e]nsemble des biens et des obligations d'une personne qui sont appréciables en argent [; il] forme un tout constitué de l'actif et du passif d'une personne »⁴⁸. Par contraste, la notion de patrimoine commun comprend plutôt des biens qui appartiennent à tous et à personne en même temps, des biens qui ne peuvent satisfaire aux exigences de la propriété et au droit des propriétaires d'user à leur guise de leurs biens. D'ailleurs, les auteurs précédemment cités font

44. *Loi affirmant le caractère collectif des ressources en eau et visant à renforcer leur protection*, art. 1.

45. *Ibid.*, art. 8.

46. Paule HALLEY et Christine GAGNON, *Le droit nouveau de l'eau au Québec*, Gaïa Presse, 3 juillet 2009, <<http://www.gaiapresse.ca/fr/analyses/index.php?id=109>>.

47. L.Q. 1991, c. 64 et ses modifications subséquentes.

48. H. REID, préc., note 15, p. 409.

notamment référence à des biens hors marché, à des ressources inexploitées, à des biens inappropriés ou inappropriables ainsi qu'à des atteintes à des biens sans léser d'intérêts humains particuliers.

Sous cet angle, le préjudice environnemental recoupe le patrimoine commun de la nation québécoise, expression évoquée dans la *Loi sur l'eau*. Cette union conceptuelle traduit adéquatement l'objectif que vise l'indemnisation du préjudice environnemental, soit un préjudice qui n'est habituellement pas réparé en vertu de la responsabilité civile traditionnelle. Par exemple, le préjudice d'un individu pour la contamination de son puits d'eau potable ou la perte de ses animaux d'élevage est sans conteste un préjudice indemnisable en droit civil québécois. Par contre, la réponse semble être moins évidente si la source contaminée ne sert à approvisionner personne ou s'il s'agit de la perte d'animaux sauvages. Dans tous ces cas, pourtant, une atteinte est portée à des biens et une réparation doit pouvoir être obtenue.

Il ne reste qu'à déterminer ce qu'englobe le patrimoine commun de la nation québécoise afin de pouvoir cerner ce qui sera indemnisable dans un recours pour préjudice environnemental. L'article 1 de la *Loi sur l'eau*⁴⁹ prévoit déjà que l'eau en fait partie, en dissipant toute ambiguïté quant au statut de l'eau souterraine puisque celle-ci est spécifiquement désignée avec l'eau de surface. En fait, cet article est une disposition interprétative qui reprend l'article 913 du *Code civil du Québec*, lequel établit déjà que l'eau et l'air sont des biens communs.

913. Certaines choses ne sont pas susceptibles d'appropriation ; leur usage, commun à tous, est régi par des lois d'intérêt général et, à certains égards, par le présent code.

L'air et l'eau qui ne sont pas destinés à l'utilité publique sont toutefois susceptibles d'appropriation s'ils sont recueillis et mis en récipient.

49. *Loi affirmant le caractère collectif des ressources en eau et visant à renforcer leur protection*, article 1 :

« 1. Étant d'intérêt vital, l'eau de surface et l'eau souterraine, dans leur état naturel, sont des ressources qui font partie du patrimoine commun de la nation québécoise.

Ainsi que l'énonce l'article 913 du *Code civil*, leur usage est commun à tous et elles ne peuvent faire l'objet d'appropriation, sauf dans les conditions définies par cet article. »

Ainsi, à moins qu'ils ne soient mis en récipient, l'eau et l'air font partie du patrimoine commun de la nation québécoise. Nous croyons que les animaux sauvages et la faune aquatique font également partie de ce patrimoine commun puisque l'article 934 du *Code civil du Québec* précise qu'ils ne sont pas l'objet d'un droit de propriété tant qu'ils ne sont pas capturés.

934. Sont sans maître les biens qui n'ont pas de propriétaire, tels les animaux sauvages en liberté, ceux qui, capturés, ont recouvré leur liberté, la faune aquatique, ainsi que les biens qui ont été abandonnés par leur propriétaire. [...]

À la lumière de ce cadre législatif, le patrimoine commun de la nation québécoise se compose de l'eau, de l'air, des animaux sauvages et de la faune aquatique, à moins de cas particuliers d'appropriation. Si une atteinte est portée à ces biens, il n'y aura pas de préjudice direct au patrimoine d'une personne en particulier mais cela pourra tout de même avoir des effets néfastes sur la collectivité.

Dans l'arrêt *Canfor*, le débat sur l'indemnisation du préjudice environnemental concernait la perte d'arbres protégés par la province étant donné leur valeur environnementale. Pour les raisons qui seront exposées plus loin, cette question n'a pas été tranchée par la Cour suprême du Canada et il nous revient alors de nous interroger sur l'inclusion des aires protégées dans le patrimoine commun de la nation québécoise.

Au Québec, vingt-quatre types d'aires protégées répondent à la définition de l'article 2 de la *Loi sur la conservation du patrimoine naturel*⁵⁰ selon le site du ministère du Développement durable, de l'Environnement, de la Faune et des Parcs⁵¹. Cette

50. L.R.Q., c. C-61.01.

51. Les vingt-quatre types d'aires protégées sont : l'écosystème forestier exceptionnel (trois types : forêt ancienne, forêt rare, forêt refuge) ; l'habitat d'une espèce floristique menacée ou vulnérable ; l'habitat faunique (huit types : aire de concentration d'oiseaux aquatiques, aire de confinement du cerf de Virginie, habitat d'une espèce faunique menacée ou vulnérable, colonie d'oiseaux en falaise, colonie d'oiseaux sur une île ou une presqu'île, habitat du rat musqué, héronnière, vasière) ; le milieu marin protégé ; le milieu naturel de conservation volontaire ; le parc de la Commission de la capitale nationale (Canada) ; le parc et lieu historique national du Canada ; le parc national et la réserve de parc national du Canada ; le parc national du Québec ; le refuge biologique ; le refuge d'oiseaux migrateurs ; le refuge faunique ; la réserve aquatique ; la réserve aquatique projetée ; la réserve de biodiversité ; la réserve de biodiversité projetée ; la réserve de parc national du Québec ; la réserve de territoire pour fin d'aire protégée ; la réserve écologique ; la

définition se lit comme suit : « aire protégée : un territoire, en milieu terrestre ou aquatique, géographiquement délimité, dont l'encadrement juridique et l'administration visent spécifiquement à assurer la protection et le maintien de la diversité biologique et des ressources naturelles et culturelles associées ». L'encadrement juridique de ces aires protégées est prévu dans diverses lois, certaines relevant de l'État fédéral, d'autres de l'État québécois.

Par exemple, des parcs nationaux sont créés en vertu de la *Loi sur les parcs*⁵². Ils sont établis par règlement du gouvernement sur les terres du domaine de l'État (du Québec) et ils sont sous l'autorité du ministre du Développement durable, de l'Environnement, de la Faune et des Parcs⁵³. « [L]'objectif prioritaire [de ces parcs] est d'assurer la conservation et la protection permanente de territoires [...] tout en les rendant accessibles au public »⁵⁴. D'autres sont créés en vertu de la *Loi sur les parcs nationaux du Canada*⁵⁵. Ces parcs sont créés soit sur des terres qui appartiennent à Sa Majesté en chef du Canada, soit sur des terres où le gouvernement provincial a permis qu'elles soient utilisées à cette fin⁵⁶, ce qui suppose un droit de propriété de l'État provincial. « [C]es parcs sont créés à l'intention du peuple canadien pour son agrément et l'enrichissement de ses connaissances ; ils doivent être entretenus et utilisés [...] de façon à rester intacts pour les générations futures »⁵⁷.

La *Loi sur la conservation du patrimoine naturel*, qui a pour objet de « [concourir] à l'objectif de sauvegarder le caractère, la diversité et l'intégrité du patrimoine naturel du Québec par des mesures de protection »⁵⁸, prévoit également la création d'aires protégées. Ainsi, y sont notamment prévues les réserves aquatiques, les réserves de biodiversité et les réserves écologiques qui protègent des terres du domaine de l'État lorsqu'elles ont acquis leur statut permanent de protection⁵⁹. Des critères de sélection,

réserve écologique projetée ; la réserve nationale de faune ; la réserve naturelle reconnue ; le paysage humanisé et le paysage humanisé projeté.

<http://www.mddep.gouv.qc.ca/biodiversite/aires_protegees/aires_quebec.htm#reseau> (page consultée le 4 janvier 2011).

52. L.R.Q., c. P-9.

53. *Loi sur les parcs*, articles 1, 2 et 5.1.

54. *Ibid.*, paragraphe b) de l'article 1.

55. L.C. 2000, c. 32.

56. *Loi sur les parcs nationaux du Canada*, article 5.

57. *Ibid.*, premier paragraphe de l'article 4.

58. *Loi sur la conservation du patrimoine naturel*, article 1.

59. *Ibid.*, article 43.

tels la valeur exceptionnelle du milieu et la représentativité de la diversité biologique, sont utilisés⁶⁰. Un plan de conservation de nature réglementaire s'ajoute aux activités permises et interdites prévues à la loi et peut entre autres prévoir l'obligation d'obtenir l'autorisation du ministre du Développement durable, de l'Environnement, de la Faune et des Parcs préalablement à l'exercice de certaines activités⁶¹. Cette loi prévoit également la création de réserves naturelles sur des propriétés privées. Ce statut peut être reconnu par le ministre, à la suite d'une demande du propriétaire, lorsque la propriété présente des caractéristiques « sur le plan biologique, écologique, faunique, floristique, géologique, géomorphologique ou paysager » justifiant leur conservation⁶². La reconnaissance se matérialise par la conclusion d'une entente avec le propriétaire qui prévoit notamment les conditions de gestion de la propriété, les mesures de conservation et les activités permises ainsi que celles prohibées⁶³ ; cette entente est ensuite publiée et inscrite au registre foncier⁶⁴.

La *Loi sur la conservation et la mise en valeur de la faune*⁶⁵ a, comme son titre l'indique, un double objectif, qu'annonce sa disposition préliminaire : conserver la faune et son habitat et les mettre en valeur dans une perspective de développement durable tout en reconnaissant à toute personne le droit de chasser, pêcher et piéger. La loi prévoit différents types de territoire ayant un statut particulier et dont certains bénéficient d'une protection particulière, dont les habitats fauniques créés sur des terres du domaine de l'État⁶⁶. Ils doivent correspondre aux caractéristiques ou conditions déterminées par un des onze habitats⁶⁷ décrits à l'article 1 du *Règlement sur les habitats fauniques*⁶⁸ et doivent être identifiés par un plan dressé par le ministre du Développement durable,

60. *Ibid.*, article 2.

61. *Ibid.*, articles 43 et 46 à 50.

62. *Ibid.*, article 54.

63. *Ibid.*, article 57.

64. *Ibid.*, articles 58 et 59.

65. L.R.Q., c. C-61.1.

66. *Loi sur la conservation et la mise en valeur de la faune*, articles 128.1 et suivants.

67. Les habitats désignés sont : l'aire de concentration d'oiseaux aquatiques ; l'aire de confinement du cerf de Virginie ; l'aire de fréquentation du caribou au sud du 52^e parallèle ; l'aire de mise bas du caribou au nord du 52^e parallèle ; la falaise habitée par une colonie d'oiseaux ; l'habitat d'une espèce faunique menacée ou vulnérable ; l'habitat du poisson ; l'habitat du rat musqué ; la héronnière ; l'île ou la presqu'île habitée par une colonie d'oiseaux ; la vasière.

68. R.R.Q., c. C-61.1, r. 18.

de l'Environnement, de la Faune et des Parcs⁶⁹ pour certains de ces habitats. Les activités susceptibles de « modifier un élément biologique, physique ou chimique propre à l'habitat de l'animal ou du poisson visé par cet habitat »⁷⁰ sont interdites à moins que ces activités ne soient exclues par le *Règlement sur les habitats fauniques*, qu'elles soient faites conformément aux normes prévues à ce règlement, qu'elles aient été autorisées par le ministre ou le gouvernement ou qu'elles soient nécessaires pour réparer ou prévenir un dommage créé par une catastrophe⁷¹. La loi prévoit également la création de refuges fauniques⁷² sur des terres du domaine de l'État ou sur des propriétés privées ou sur les deux à la fois. Le ministre du Développement durable, de l'Environnement, de la Faune et des Parcs doit cependant conclure une entente avec le propriétaire des propriétés privées avant de les inclure dans un refuge faunique⁷³. L'utilisation des ressources ainsi que la pratique d'activités récréatives « sont fixées en vue de conserver l'habitat de la faune ou d'une espèce faunique »⁷⁴.

Ce survol des caractéristiques de quelques aires protégées présentes en territoire québécois nous permet de constater qu'il y a nécessairement un propriétaire des terrains sur lesquels ces aires protégées sont établies, que ce soit l'État (dans la majorité des cas) ou une personne. Le fait de pouvoir identifier un propriétaire ne permet pas, selon nous, d'inclure les aires protégées dans le patrimoine commun de la nation québécoise qui doit plutôt regrouper les biens qui échappent à toute propriété. Même si la création d'aires protégées bénéficie à la collectivité, nous croyons que c'est le propriétaire qui a un intérêt particulier à faire valoir en cas de préjudice et cette qualité suffit pour obtenir une pleine réparation. Bien entendu, la protection particulière accordée à ces territoires devrait être considérée comme une reconnaissance de leur valeur environnementale et cela devrait être pris en compte dans l'évaluation des dommages-intérêts. D'ailleurs, les recherches sur la valeur des services rendus par les écosystèmes pourront certes contribuer à se distancier des méthodes uniquement

69. Le décret 877-2012 du 20 septembre 2012 a confié au ministre du Développement durable, de l'Environnement, de la Faune et des Parcs, les fonctions du ministre des Ressources naturelles et de la Faune prévues notamment à la *Loi sur la conservation et la mise en valeur de la Faune*.

70. *Loi sur la conservation et la mise en valeur de la faune*, article 128.6.

71. *Ibid.*

72. *Ibid.*, articles 122 et suivants.

73. *Ibid.*, article 122, alinéa 2.

74. *Ibid.*, article 122, alinéa 1.

basées sur la valeur commerciale des biens (comme les pertes de revenus subies) et ainsi permettre de développer des méthodes d'évaluation plus appropriées en cas d'atteintes portées à l'environnement.

Nous convenons qu'il semble plus difficile de distinguer l'intérêt particulier de l'intérêt collectif lorsque c'est l'État qui est le propriétaire des terrains sur lesquels sont établies les aires protégées. Par contre, nous voyons mal comment nous pourrions distinguer les aires protégées sur la seule base d'une propriété privée ou publique. En effet, comment justifier qu'une aire protégée établie sur une propriété privée bénéficie moins à la collectivité qu'une aire protégée établie sur des terres publiques ? Surtout si l'on considère que l'encadrement juridique de certaines aires protégées en restreint l'accès au public même lorsqu'il s'agit de terrains faisant partie du domaine de l'État⁷⁵. De plus, faudrait-il évaluer le montant des dommages-intérêts en prenant en considération la fréquentation du public de ces aires protégées ? Nous pourrions également faire le parallèle avec d'autres biens qui ne peuvent manifestement pas être considérés comme faisant partie du patrimoine commun de la nation québécoise mais qui bénéficient tout de même à la collectivité. Pensons par exemple aux arbres d'un quartier résidentiel : les arbres appartiennent à des propriétaires différents mais l'ensemble du quartier en bénéficie. Une personne qui demanderait des dommages-intérêts pour le préjudice causé par la coupe des arbres de son voisin verrait sa demande déboutée au motif qu'elle n'a pas l'intérêt pour agir. Seul le propriétaire a l'intérêt pour demander des dommages-intérêts afin de compenser la perte de ses arbres.

En résumé, nous considérons que seulement l'eau, l'air, les animaux sauvages et la faune aquatique, à moins des cas particuliers d'appropriation, font partie du patrimoine commun de la nation québécoise. En conséquence, seulement ces biens pourront faire l'objet d'une indemnisation pour préjudice environnemental si une atteinte leur est portée.

75. Par exemple, il est interdit de se trouver dans une réserve écologique sauf pour une inspection ou une activité autorisée en vertu de la *Loi sur la conservation du patrimoine naturel* (troisième alinéa de l'article 48 de cette loi).

2. L'ARRÊT *CANFOR*

L'arrêt *Canfor* de la Cour suprême du Canada, où il a été question de la possibilité pour la Couronne provinciale d'être indemnisée pour la dégradation de l'environnement causée par la perte d'arbres protégés, sera analysé (2.1). Nous verrons ensuite comment les commentaires de la Cour suprême peuvent également s'appliquer au Québec et si d'autres jugements de tribunaux québécois ont repris les idées développées dans cet arrêt (2.2).

2.1 Les leçons de l'arrêt *Canfor*

Les faits à l'origine de l'arrêt *Canfor* sont simples. Canfor (la Canadian Forest Products Ltd.) a brûlé de façon contrôlée des broussailles et des résidus de coupe en 1991. Le feu a couvé durant l'hiver et il s'est ravivé à l'été 1992, brûlant alors 1 491 hectares de forêt dans la région de Stone Creek en Colombie-Britannique, s'étendant en partie à l'extérieur de l'aire où Canfor détenait ses droits de coupe de bois.

Devant le tribunal de première instance, la Colombie-Britannique (Couronne provinciale) a réclamé des dommages-intérêts à Canfor pour les pertes suivantes : « (1) les dépenses supportées pour la lutte contre l'incendie et la restauration des aires incendiées ; (2) la perte de droits de coupe à l'égard des arbres qui auraient été récoltés dans le cours normal des activités (les arbres récoltables) ; et (3) la perte des arbres réservés pour diverses fins liées à l'environnement (les arbres réservés ou protégés) »⁷⁶.

Canfor a été tenue responsable de l'incendie puisque sa négligence l'a empêchée de s'apercevoir que le feu avait couvé durant l'hiver et de prendre des mesures pour l'empêcher de se raviver. Une part de responsabilité a également été attribuée à la Couronne pour avoir pris des mesures insuffisantes pour lutter contre l'incendie, contribuant ainsi aux pertes subies. En première instance, la responsabilité a été partagée également mais elle a été ramenée à 70 % pour Canfor et à 30 % pour la Couronne par la Cour d'appel. Les deux parties se sont entendues sur le montant des dommages pour la première catégorie de pertes, soit la lutte contre l'incendie et la restauration des aires incen-

76. Colombie-Britannique c. Canadian Forest Products Ltd., préc., note 11, par. 3.

diées. Ces questions n'ont donc pas été débattues devant la Cour suprême.

Le tribunal de première instance a rejeté la demande pour les catégories de dommages (2) et (3), soit pour les arbres récoltables et les arbres protégés, au motif que la Couronne ne serait pas parvenue à prouver une perte indemnisable. Le tribunal conclut, pour les arbres récoltables, que le système de fixation des prix de la province permet que la perte des arbres en l'espèce n'influe pas sur ses recettes. Pour ce qui est des arbres protégés, le tribunal reconnaît leur valeur « [qui] allait au-delà de l'esthétique ou de l'agrément. Il s'agissait d'une valeur pécuniaire, utilitaire »⁷⁷. En revanche, il statue que la restauration compense adéquatement les dommages.

Devant la Cour d'appel, la demande de la Couronne pour les arbres récoltables a également été rejetée au même motif qu'en première instance, mais une indemnité a été accordée pour les arbres protégés, indemnité fixée à un tiers de leur valeur marchande. La Cour d'appel a fait ressortir la difficulté d'évaluer précisément les dommages puisqu'il ne s'agissait pas de biens commercialisés. Toutefois, elle précise que cette difficulté ne devait pas décharger Canfor de son obligation de payer des dommages-intérêts.

Canfor en a appelé de la décision de la Cour d'appel pour les dommages-intérêts relatifs aux arbres protégés alors que la Couronne a formulé un appel incident, estimant l'indemnité accordée insuffisante pour cette catégorie et demandant également une indemnité pour les arbres récoltables. La Cour suprême du Canada a accueilli le pourvoi de Canfor et rejeté le pourvoi incident de la Couronne, rétablissant ainsi le jugement de première instance sur ces questions. La majorité de la Cour suprême a ainsi jugé que la Couronne avait failli à démontrer une perte indemnisable pour les arbres récoltables (vu le système de fixation des prix de la province) et pour les arbres protégés. Malgré cette conclusion, nous sommes d'avis que les commentaires de la Cour suprême quant à la réclamation pour les arbres protégés sont de nature à ouvrir la porte à l'indemnisation du préjudice environnemental en droit canadien.

77. *Ibid.*, par. 49.

La Cour suprême rappelle d'abord que l'environnement est maintenant considéré comme une valeur fondamentale au Canada et qu'il revient souvent à l'État d'intervenir pour assurer la protection de l'environnement et, conséquemment, de l'intérêt public. La réclamation de la Couronne pour les arbres protégés est basée sur la common law et celle-ci prétend, devant la Cour suprême, agir autant à titre de propriétaire foncier qu'en son rôle *parens patriae*, c'est-à-dire à titre de représentante d'une population qui détiendrait un droit à un environnement intact. Par contre, la Cour suprême souligne que le recours a été intenté par la Couronne en se limitant à son rôle de propriétaire foncier et que ce n'est qu'en dernière instance qu'elle a invoqué sa qualité de *parens patriae*, ne permettant pas un débat au fond de cette question devant les tribunaux d'instance inférieure, forçant la Cour à reporter ce débat à un pourvoi ultérieur. La Cour suprême s'auto-rise tout de même, en *obiter dictum*, une analyse sommaire de la question, ce qui pourra mettre la table pour un prochain débat.

La première question à trancher concernant la réclamation relative aux arbres protégés est de savoir si la Couronne peut intenter une poursuite en tant que représentante de sa population. La réponse de la Cour suprême, avant qu'elle ne l'appuie par une jurisprudence abondante, est assez révélatrice : « Si la Couronne ne peut agir, qui le pourrait ? »⁷⁸. La Cour suprême explique alors le rôle du Procureur général, représentant de la Couronne, dans les cas de nuisance publique⁷⁹. Il ne semble pas être mis en doute que l'incendie d'une forêt appartenant à la Couronne constitue une nuisance publique. Comme le premier objectif en présence d'une nuisance publique est de faire cesser cette nuisance, le Procureur général est traditionnellement intervenu par injonction afin de faire respecter les droits du public⁸⁰. Le Procureur général agit alors en qualité d'agent de la Couronne représentant les droits du public ; sa qualité pour agir serait parfois rattachée au rôle *parens patriae* de la Couronne⁸¹. De plus, dans ces cas

78. *Ibid.*, par. 64.

79. Il s'agit d'un terme employé en *common law* qui est défini, dans H. REID, préc., note 14, p. 384, de la façon suivante : « Trouble qui porte atteinte à la vie collective et qui est la source d'inconvénients importants ou de dommages pour le public. Ex. La pollution causée par une entreprise sur un territoire donné. » La Cour suprême, dans *Ryan c. Victoria (Ville)*, [1999] 1 R.C.S. 201, par. 52 l'a défini ainsi : « toute activité qui porte atteinte de façon déraisonnable à l'intérêt du public relativement à des questions de santé, sécurité, moralité, confort ou commodité ».

80. *Ibid.*, par. 66 et 67.

81. *Ibid.*, par. 67.

habituellement, la Cour suprême fait remarquer que les membres du public n'auraient pas eu l'intérêt suffisant pour intenter une telle procédure, l'exigence de prouver des dommages spécifiques ne pouvant être prouvée de manière suffisante⁸².

La Cour suprême donne ensuite des exemples où les tribunaux ont interprété plus largement le rôle de la Couronne dans des cas de nuisance publique, lui permettant ainsi d'obtenir des dommages-intérêts en réparation de coûts assumés pour réparer des préjudices portés à ses biens ainsi qu'à l'environnement. Ainsi, dans l'arrêt *La Reine c. Le navire Sun Diamond*⁸³, la Couronne fédérale a récupéré les frais encourus pour nettoyer les eaux souillées par un déversement de mazout, en plus des frais pour le nettoyage des plages et des rives lui appartenant. D'ailleurs, la Cour suprême souligne qu'il est bien établi en droit canadien que la Couronne, à l'instar de tout propriétaire privé, peut être indemnisée pour des dommages causés à sa propriété sans qu'une loi spécifique ne l'autorise à intenter un recours⁸⁴.

Selon la Cour, le fait que la Couronne représente les droits du public en matière environnementale tire son origine du droit romain et a été repris dans les systèmes de droit européens⁸⁵. Cela est rattaché au fait que certains biens, tels l'eau, l'air et la mer, sont des biens publics et que leur usage est en conséquence commun à tous⁸⁶. C'est ainsi que le Procureur général peut prendre des recours pour protéger l'environnement et les ressources communes à titre de représentant de la Couronne qui agit alors en sa qualité de *parens patriae*⁸⁷.

La Cour s'intéresse ensuite au droit américain dans lequel il existe une jurisprudence ancienne reconnaissant la compétence *parens patriae* de l'État d'assurer la défense des intérêts collectifs du public, notamment en matière environnementale⁸⁸. Cette jurisprudence a été développée avant l'adoption le 11 décembre

82. *Ibid.*, par. 68.

Voir également la section 2.2 du présent texte où la question de l'intérêt est examinée.

83. [1984] 1 C.F. 3 (1^{re} inst.).

84. *Colombie-Britannique c. Canadian Forest Products Ltd.*, préc., note 11, par. 70.

85. *Ibid.*, par. 74 à 76.

86. *Ibid.*

87. *Ibid.*, par. 76.

88. *Ibid.*, par. 78.

1980⁸⁹ de la *Comprehensive Environmental Response, Compensation and Liability Act*⁹⁰ (CERCLA) qui accorde spécifiquement au gouvernement le droit d'intenter des recours dans l'intérêt public, y compris en cas de préjudice environnemental⁹¹. Ainsi, en se basant sur la common law, les tribunaux américains ont accordé à l'État des dommages-intérêts afin de compenser, par exemple, les pertes subies pour la destruction de la faune et de la flore considérées comme des ressources publiques⁹².

Puis, la Cour suprême conclut que « les droits [du public] et la compétence sur ces droits sont indissociables de la Couronne »⁹³. Elle renchérit en indiquant que cette dernière est titulaire des droits du public en matière d'environnement et des ressources communes et que cela a comme corollaire le droit du Procureur général d'engager des recours afin de les protéger⁹⁴. Elle ajoute qu'« il s'agit d'une compétence importante qu'il convient de ne pas atténuer par une interprétation judiciaire restrictive »⁹⁵. Terminant sur ce point, la Cour indique qu'il lui « semble qu'aucun obstacle juridique n'empêche la Couronne d'engager, quand les faits y donnent ouverture, des poursuites en indemnisation et en injonction pour cause de nuisance publique ou pour négligence causant un dommage environnemental à des terres domaniales, et peut-être pour d'autres quasi-délits »⁹⁶.

Cependant, étant donné que la Couronne de la Colombie-Britannique n'avait pas offert de preuve établissant une perte environnementale et que, comme les fondements de son argumentaire étaient apparus tardivement dans les procédures, la Cour suprême a statué qu'elle n'était pas en mesure de trancher de manière certaine et définitive une question qui n'avait pas pu être débattue adéquatement⁹⁷. De plus, d'autres questions secondaires, telles la responsabilité de la Couronne pour inaction et les limites aux mesures que la Couronne peut prendre, devraient éga-

89. EPA, CERCLA Overview, <<http://www.epa.gov/superfund/policy/cercla.htm>> (page consultée le 6 août 2011).

90. 42 U.S.C. §§ 9601-9675 (1982 Supp. V 1987).

91. *Colombie-Britannique c. Canadian Forest Products Ltd.*, préc., note 11, par. 77.

92. *Ibid.*, par. 80.

93. *Ibid.*, par. 76.

94. *Ibid.*

95. *Ibid.*

96. *Ibid.*, par. 81.

97. *Ibid.*, par. 82.

lement être considérées dans un débat sur cette question selon la majorité de la Cour suprême⁹⁸.

Les juges dissidents de la Cour suprême dans cet arrêt (trois juges contre six) apportent également un éclairage intéressant. Selon eux, la Couronne de la Colombie-Britannique aurait pu recevoir une indemnité pour les arbres protégés et la faiblesse de sa preuve quant à la valeur de ces arbres n'aurait pas dû lui être fatale. Si les juges dissidents partagent l'avis de la majorité quant à la qualité pour agir et la compétence *parens patriae* de la Couronne, en revanche, ils ne sont pas d'accord pour seulement considérer la Couronne à titre de propriétaire foncier des arbres aux fins de l'évaluation des dommages. Selon eux, il doit être tenu « pour acquis que le droit de la Couronne en l'espèce n'est pas limité aux dommages-intérêts qu'un propriétaire ordinaire pourrait obtenir »⁹⁹. Ils ajoutent que, bien qu'une restauration ait été effectuée, elle ne peut être considérée comme une réparation intégrale car les services rendus par les arbres détruits ont été perdus et le seront tant que les arbres replantés n'auront pas atteint la même maturité¹⁰⁰. De plus, en refusant d'accorder au moins la valeur marchande aux arbres protégés, la majorité laisserait entendre que les mesures de protection ont fait perdre cette valeur aux arbres bénéficiant de la protection, niant ainsi la valeur fondamentale de l'environnement¹⁰¹.

Bien que cet arrêt n'a pas tout à fait permis de résoudre la question de savoir s'il appartient au Procureur général de réclamer des dommages-intérêts en cas de préjudice environnemental et s'il pouvait le faire uniquement en se basant sur ses droits issus de la common law (puisque la majorité de la Cour suprême a préféré conclure que la question devra être tranchée lors d'un pourvoi ultérieur), il a tout de même tracé la voie à une éventuelle réclamation à ce titre par le Procureur général. Ainsi, comme l'indique la Cour suprême, « [c]omme pour toute perte, une demande d'indemnité pour une perte environnementale doit être basée sur une théorie cohérente des dommages, sur une méthode permettant d'évaluer ces dommages et sur une preuve suffisante »¹⁰². Comme les travaux sur la valeur des services rendus par l'envi-

98. *Ibid.*

99. *Ibid.*, par. 158.

100. *Ibid.*, par. 213.

101. *Ibid.*, par. 226.

102. *Ibid.*, par. 12.

ronnement se multiplient depuis quelques années et que plusieurs méthodes sont développées et peaufinées pour évaluer la valeur de ces services, il sera sûrement moins difficile dans l'avenir d'offrir une preuve sur l'évaluation du préjudice environnemental et de justifier une réclamation qu'à l'époque de l'arrêt *Canfor*. De plus, les propos de la Cour suprême, tant de la majorité que des juges dissidents, pourront certes être repris pour justifier l'intérêt du Procureur général à agir pour être indemnisé à la suite d'un préjudice environnemental¹⁰³.

2.2 L'application de la common law au Québec et les autres développements jurisprudentiels

Étant donné que l'arrêt *Canfor* est basé sur des règles de common law puisque les faits générateurs du litige se sont déroulés en Colombie-Britannique, il convient de se demander si les principes analysés dans cet arrêt peuvent également s'appliquer au Québec.

L'arrêt *Canfor* examine l'application du recours fondé sur le préjudice environnemental en fonction de l'intérêt du Procureur général et des règles de la responsabilité civile. Ainsi, le Procureur général serait titulaire des droits du public en matière environnementale et aurait l'intérêt pour les faire respecter, tant par une injonction que par l'obtention de dommages-intérêts.

Au Québec, l'article 1376 du *Code civil du Québec* prévoit que les règles du livre 5 Des obligations « s'appliquent à l'État, ainsi qu'à ses organismes et à toute autre personne morale de droit public, sous réserve des autres règles de droit qui leur sont applicables ». Selon la jurisprudence, cette règle relève du droit public et elle permet à un demandeur qui poursuit l'État d'être dispensé d'identifier une règle de common law publique pour rendre le droit civil applicable à sa requête¹⁰⁴. Cet article permet également à l'État de se prévaloir de règles de droit public spécifiques pour faire obstacle à l'application du régime général de responsabilité civile ou pour en modifier substantiellement les règles de fonctionnement afin de pouvoir remplir ses fonctions avec la liberté néces-

103. Cette interprétation est partagée par Stewart A.G. ELGIE et Anastasia M. LINTNER, « The Supreme Court's *Canfor* Decision: Losing the Battle but Winning the War for Environmental Damages », (2005) 38 *UBC Law Review* 223.

104. *Prud'homme c. Prud'homme*, [2002] 4 R.C.S. 663, par. 27.

saire à son action¹⁰⁵. Conséquemment, pour se prévaloir d'une règle de droit public afin d'éviter ou restreindre l'application du régime de responsabilité civile, il faut démontrer qu'une règle de droit public prime sur ce régime¹⁰⁶.

Examinons d'abord le cadre juridique applicable au Québec en matière d'intérêt pour déposer une requête en responsabilité civile. C'est l'article 55 du *Code de procédure civile*¹⁰⁷ qui établit la règle générale en matière d'intérêt : « Celui qui forme une demande en justice, soit pour obtenir la sanction d'un droit méconnu, menacé ou dénié, soit pour faire autrement prononcer sur l'existence d'une situation juridique, doit y avoir un intérêt suffisant. »

Cette notion d'intérêt suffisant n'est pas définie dans le *Code de procédure civile* mais les tribunaux l'ont précisée. L'intérêt suffisant doit être né et actuel, ce qui signifie qu'il doit exister au moment de la requête et non être simplement hypothétique ou éventuel¹⁰⁸. L'intérêt suffisant doit aussi être direct et personnel, tel que l'a expliqué la Cour d'appel dans l'extrait suivant :

L'intérêt, c'est l'avantage que retirera la partie demanderesse du recours qu'elle exerce, le supposant fondé. À part les cas d'exception spécifiquement prévus par la loi, la règle de droit commun est que pour être suffisant l'intérêt doit, entre autres, être direct et personnel.

[...]

En d'autres termes, n'a l'intérêt suffisant que la victime qui a été directement lésée dans ses droits subjectifs propres par opposition aux droits généraux de la collectivité dont elle fait partie.¹⁰⁹

(Nos soulignements)

105. *Finney c. Barreau du Québec*, [2004] 2 R.C.S. 17, par. 27.

106. *Prud'homme c. Prud'homme*, préc., note 104, par. 31.

107. L.R.Q., c. C-25.

108. Pierre GIROUX et Stéphane ROCHETTE, « Le recours en droit québécois – Les considérations générales », dans École du Barreau du Québec, Collection de droit 2008-2009, vol. 7, *Droit public et administratif*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008.

109. *Jeunes Canadiens pour une civilisation chrétienne c. Fondation du Théâtre du Nouveau-Monde*, [1979] C.A. 491, p. 494, requête pour autorisation de pourvoi à la Cour suprême rejetée, 7 février 1980.

Ainsi, le demandeur doit « alléguer un préjudice personnel, distinct du préjudice général »¹¹⁰. Cela rejoint également la règle établie au premier alinéa de l'article 59 du *Code de procédure civile* à l'effet que « [n]ul ne peut plaider sous le nom d'autrui, hormis l'État par des représentants autorisés. » À noter que tant l'article 55 que l'article 59 du *Code de procédure civile* ont été jugés comme étant des règles d'ordre public¹¹¹.

Ainsi, il ne nous apparaît pas possible, dans l'état actuel du droit, qu'une personne puisse justifier d'un intérêt suffisant dans une réclamation pour un préjudice subi à des biens qui ne lui appartiennent pas et pour lesquels elle n'a pas d'intérêt distinct par rapport à d'autres. Ajoutons que le recours collectif ne peut pallier à ce manque d'intérêt car il ne constitue qu'un moyen de procédure qui ne crée pas de droits substantifs nouveaux¹¹². Nous sommes d'avis que cette analyse s'applique tant aux personnes physiques que morales, ce qui inclut également les groupes environnementaux ou associations de défense de l'environnement qui ont une personnalité morale.

La notion d'intérêt a été élargie par la jurisprudence en matière de droit public et constitutionnel, à la différence des matières purement civiles¹¹³. Également, les tribunaux sont plus souples pour juger de l'intérêt en matière d'injonction ou de jugement déclaratoire¹¹⁴. Aussi, l'article 19.3 de la *Loi sur la qualité de l'environnement* permet à plus de personnes de justifier d'un intérêt à agir pour demander une injonction en vertu de cette loi en prévoyant que la demande d'injonction « peut être faite par toute personne physique domiciliée au Québec qui fréquente un lieu à l'égard duquel une contravention à [cette] loi ou aux règlements est alléguée ou le voisinage immédiat de ce lieu [...] ainsi que] par le procureur général et par toute municipalité sur le territoire de laquelle se produit ou est sur le point de se produire la contraven-

110. *Ibid.*

111. *Cité de Verdun c. Sun Oil Co.*, [1952] 1 R.C.S. 222.

112. Pierre SYLVESTRE, « Le recours collectif : un outil de mise en œuvre de législations et de politiques d'intérêt public », dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, *Développements récents sur les recours collectifs*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2006.

113. *Sirois c. Agence métropolitaine de transport*, J.E. 2002-431 (C.S.) et P. GIROUX et S. ROCHETTE, préc., note 108.

114. *Ministre des Finances du Canada c. Finlay*, [1986] 2 R.C.S. 607 ; P. GIROUX et S. ROCHETTE, préc., note 108 ; Kristen DOUGLAS, « Une charte canadienne des droits environnementaux », Gouvernement du Canada, novembre 1991, <<http://dsp-psd.pwgsc.ca/Collection-R/LoPBdP/BP/bp281-f.htm>> (page consultée le 24 septembre 2008).

tion ». Ainsi, si les conditions prévues à cet article sont satisfaites, le demandeur n'a pas à justifier de son intérêt personnel en vertu de l'article 55 du *Code de procédure civile*. Par contre, cet élargissement de la notion d'intérêt est limité à la demande en injonction prise en vertu de la *Loi sur la qualité de l'environnement* et n'est pas applicable en matière de responsabilité civile par exemple.

Les municipalités sont des personnes morales de droit public dont les pouvoirs sont prévus dans les lois provinciales, contrairement à l'État qui tire les siens de la Constitution. En conséquence, les municipalités ne peuvent prétendre à plus de pouvoirs que ceux qui leur sont délégués par l'État provincial. Nous n'avons noté aucune disposition législative qui permettrait aux municipalités d'échapper à la règle de l'intérêt suffisant énoncée à l'article 55 du *Code de procédure civile* en matière de responsabilité civile.

Par contre, nous ne pouvons passer sous silence des décisions des tribunaux qui reconnaissent aux municipalités un rôle particulier en matière d'environnement. Ainsi, dans l'arrêt *Canfor*, la Cour suprême du Canada cite un extrait d'un jugement de la Cour d'appel ontarienne qui qualifie une municipalité de fiduciaire de l'environnement¹¹⁵. La Cour ajoute que cette expression a également été reprise, sans plus de commentaire, dans un de ses arrêts, soit l'arrêt *Spraytech*¹¹⁶. Rappelons que ce dernier a permis de reconnaître aux municipalités le pouvoir d'adopter des règlements en matière de protection de l'environnement en se fondant sur une habilitation très générale de réglementer pour « assurer la paix, l'ordre, le bon gouvernement et le bien-être général de sa population »¹¹⁷. D'ailleurs, les principaux développements jurisprudentiels concernant le rôle accru des municipalités en matière d'environnement semblent être limités à l'adoption de règlements, ainsi qu'à leur sanction¹¹⁸. Dans l'arrêt *Canfor*, la Cour

115. *Colombie-Britannique c. Canadian Forest Products Ltd.*, préc., note 11, par. 73, lequel mentionne l'arrêt *Scarborough c. R.E.F. Homes Ltd.* (1979), 9 M.P.L.R. 255 (C.A. Ont.).

116. *114957 Canada ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c. Hudson (Ville de)*, préc., note 12.

117. À l'époque du jugement de la Cour *114957 Canada ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c. Hudson (Ville de)*, la disposition se trouvait à l'article 410 de la *Loi sur les cités et villes* (L.R.Q., c. C-19) et a maintenant été reprise à l'article 85 de la *Loi sur les compétences municipales* (L.R.Q., c. C-47.1).

118. Jean-François GIRARD, « Dix ans de protection de l'environnement par les municipalités depuis l'arrêt *Spraytech* : constats et perspectives », dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, *Développements récents en droit de l'environnement*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2010.

suprême fait mention du rôle des municipalités dans un seul paragraphe, sans le qualifier et sans explorer la possibilité qu'elles pourraient se porter demanderesse en cas d'atteintes portées à l'environnement sur leur territoire. En conséquence, rien selon nous ne permet aux municipalités de passer outre l'article 55 du *Code de procédure civile* et de justifier d'un intérêt particulier pour l'indemnisation du préjudice environnemental.

Dans l'arrêt *Canfor*, la Cour suprême du Canada analyse l'intérêt du Procureur général d'une province à agir en justice. Ainsi, la Cour suprême reconnaît que le Procureur général a l'intérêt pour agir dans des recours en injonction visant à faire cesser des activités portant atteinte aux droits du public et c'est d'ailleurs le rôle qu'il a traditionnellement joué. Ensuite, elle s'intéresse au droit du Procureur général de demander une réparation civile lorsqu'une atteinte est portée aux droits du public, particulièrement dans le domaine de l'environnement. Elle fait d'abord remarquer que les citoyens ne pourraient sans doute pas démontrer qu'ils ont subi des dommages spécifiques. Cela confirme l'interprétation voulant que des personnes ne pourraient justifier d'un intérêt suffisant en vertu de l'article 55 du *Code de procédure civile* pour l'indemnisation d'un préjudice environnemental. Puis, s'inspirant des développements de la common law aux États-Unis où il a notamment été jugé qu'il serait « douteux que quiconque à part l'État puisse être considéré comme la personne pouvant à juste titre intenter une action en dommages-intérêts pour dommages à l'environnement »¹¹⁹ et reprenant quelques jugements canadiens où des dommages-intérêts ont été versés à la Couronne pour des dommages à l'environnement et à des ressources publiques¹²⁰, la Cour conclut qu'il lui « semble qu'aucun obstacle juridique n'empêche la Couronne d'engager, quand les faits y donnent ouverture, des poursuites en indemnisation et en injonction pour cause de nuisance publique ou pour négligence causant un dommage environnemental à des terres domaniales, et peut-être pour d'autres quasi-délits »¹²¹.

La règle de common law développée dans l'arrêt *Canfor* (laquelle est nécessairement une règle de droit public puisqu'elle

119. *New Jersey, Department of Environmental Protection v. Jersey Central Power and Light Co.*, 336 A.2d 750 (N.J. Super. Ct. App. Div. 1975), expliqué dans *Colombie-Britannique c. Canadian Forest Products Ltd.*, préc., note 11, par. 80.

120. Voir analyse à la section 2.1 du présent texte.

121. *Colombie-Britannique c. Canadian Forest Products Ltd.*, préc., note 11, par. 81.

s'applique uniquement à la Couronne)¹²² permettrait d'écarter la notion d'intérêt requise pour entreprendre un recours en matière de responsabilité civile lorsqu'il s'agit de l'État en matière environnementale. Cette importation de la règle de common law ne nous apparaît pas incompatible¹²³ avec les règles du régime de responsabilité civile du Québec lorsqu'elle est restreinte à ce qui est visé par le préjudice environnemental, soit l'eau, l'air, les animaux sauvages et la faune aquatique. En effet, un préjudice à ces biens n'est généralement pas indemnisable en vertu de la responsabilité civile traditionnelle puisque ces biens échappent de toute façon au régime de la propriété.

Nous concluons donc que les commentaires relatifs à l'intérêt de la Couronne pour obtenir des dommages-intérêts en matière environnementale par la Cour suprême dans l'arrêt *Canfor* peuvent être importés en droit civil québécois. Ainsi, même si la Cour suprême n'a pas définitivement tranché la question, nous sommes d'avis que l'état actuel du droit permet de reconnaître au Procureur général d'une province l'intérêt de présenter une demande pour l'indemnisation d'un préjudice environnemental. D'ailleurs, les fonctions que l'État s'est attribuées, notamment dans la *Loi sur le ministère du Développement durable, de l'Environnement et des Parcs*¹²⁴ où « [l]e ministre est chargé d'assurer la protection de l'environnement »¹²⁵ et dans la *Loi sur le ministère des Ressources naturelles et de la Faune*¹²⁶ où « [l]e ministre a pour mission d'assurer, dans une perspective de développement durable et de gestion intégrée, la conservation et la mise en valeur des ressources naturelles, dont la faune et son habitat, ainsi que des terres du domaine de l'État »¹²⁷, militent en ce sens.

Quant à l'utilisation des éléments développés dans l'arrêt *Canfor*, nous pouvons, en examinant la jurisprudence post *Canfor*, en arriver au constat que l'État québécois ne s'en est pas

122. *Prud'homme c. Prud'homme*, préc., note 104, par. 52. Une règle qui ne s'applique qu'à l'État et dont l'existence et la justification trouvent leur source dans le caractère public de l'État est assurément une règle de droit public.

123. *Ibid.*, par. 54. Avant d'importer une règle d'un autre système de droit, il faut d'abord vérifier sa compatibilité avec les règles du régime de responsabilité civile du Québec.

124. L.R.Q., c. M-30.001.

125. *Loi sur le ministère du Développement durable, de l'Environnement et des Parcs*, premier alinéa de l'article 10.

126. L.R.Q., c. M-25-2.

127. *Loi sur le ministère des Ressources naturelles et de la Faune*, premier alinéa de l'article 11.1.

encore prévalu. En effet, le préjudice environnemental n'a toujours pas fait sa place devant les tribunaux civils québécois.

Nous avons répertorié seulement deux jugements rendus par les tribunaux québécois où il est fait mention d'une réclamation en matière de responsabilité civile pour un préjudice s'apparentant au concept de préjudice environnemental exposé dans le présent texte.

Le premier jugement a été rendu en 2006 par la Cour du Québec, division des petites créances¹²⁸. Les demandeurs, Bérubé et Lafond, sont propriétaires d'une réserve naturelle reconnue en vertu de la *Loi sur la conservation du patrimoine naturel*. L'entente notariée publiée au registre foncier impose notamment aux demandeurs de ne pas exercer ni d'autoriser ou de tolérer des activités ou des interventions qui pourraient avoir pour effet ou être susceptibles de nuire aux caractéristiques particulières de l'aire protégée. Ils reprochent aux défendeurs, Savard et Thibodeau-Savard, d'avoir endommagé leur réserve naturelle en laissant notamment leurs vaches y accéder. Le rapport d'une biologiste établit que la présence des vaches à l'intérieur de la réserve nuit à la conservation du milieu et que ce dernier risque de se dégrader si des mesures de sauvegarde ne sont pas envisagées rapidement.

Après avoir analysé la preuve, la Cour conclut que la négligence des défendeurs dans le contrôle de leurs animaux sur la propriété d'autrui peut engendrer leur responsabilité en fonction de trois sources : la responsabilité du fait des animaux (article 1466 du *Code civil du Québec*), la responsabilité pour abus de droit et troubles de voisinage (articles 7 et 976 du *Code civil du Québec*) et la responsabilité pour dommage environnemental découlant de la faute (article 1457 du *Code civil du Québec*). La Cour s'appuie ensuite sur l'arrêt *Canfor* pour conclure qu'étant donné « la preuve fort étayée sur la spécificité de la réserve privée et le lien de causalité entre la faute et le dommage »¹²⁹, la difficulté d'évaluer les dommages écologiques ne doit pas empêcher leur indemnisation. Un montant de 1 000 \$ par année pour le dommage écologique est ainsi octroyé aux demandeurs par le tribunal.

128. *Bérubé c. Savard*, 2006 QCCQ 2077.

129. *Ibid.*, par. 22.

Sans remettre en question les dommages-intérêts octroyés en l'espèce par le tribunal et la difficulté d'établir leur montant, le recours au concept de dommage environnemental ou écologique ne nous apparaît toutefois pas approprié. En effet, le préjudice porté à la réserve naturelle, propriété des demandeurs, avec la faute des défendeurs et le lien de causalité établi, étaient suffisants pour permettre l'application de l'article 1457 du *Code civil du Québec*. Les demandeurs ont subi un préjudice matériel et cela a toujours été indemnisable en vertu de la responsabilité civile. Bien que les propos de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Canfor* sur les difficultés d'évaluer les préjudices causés à l'environnement pouvaient être à propos, cela ne justifiait pas de recourir en l'espèce au concept de dommage environnemental ou écologique. Ainsi, nous sommes d'avis que ce jugement ne devrait pas être considéré comme un précédent pour l'utilisation du recours au préjudice environnemental au Québec.

Le deuxième jugement a été rendu en 2009 par la Cour supérieure¹³⁰. Le demandeur, Olsen, poursuit le Procureur général du Québec, représentant le ministère des Transports et Excavation R. Dodier inc. pour avoir effectué des travaux sans autorisation sur son terrain. Ces travaux ont consisté à démanteler des barrages de castors et à creuser le lit d'un ruisseau ; ils ont été faits à la demande du ministère des Transports préalablement au remplacement d'un ponceau. Ces travaux ont laissé les rives du ruisseau à nu et instables et toutes les parties s'entendent sur le fait que des travaux de restauration sont nécessaires. Par contre, les parties ne s'entendent pas sur l'ampleur des travaux à effectuer ni sur leur coût.

Selon l'expert du demandeur, le ruisseau avait une haute valeur écologique avant les travaux et ce, tant pour le demandeur que pour la collectivité. Selon lui, le coût de la restauration serait d'environ 200 000 \$. De l'avis du tribunal, la restauration envisagée est « hors de prix, eu égard à la valeur de la propriété »¹³¹ du demandeur. De plus, une partie des mesures envisagées viseraient « à compenser un préjudice écologique pur puisque [l'expert du demandeur] veut également corriger les dommages subis par le milieu naturel et le tort causé à l'environnement et à l'équilibre écologique en tant que patrimoine collectif »¹³². Le tribunal

130. *Olsen c. Québec (Procureur général)*, 2009 QCCS 2167.

131. *Ibid.*, par. 108.

132. *Ibid.*, par. 109.

conclut qu'aucun montant ne peut être accordé à ce titre. Toujours selon le tribunal, l'évaluation des dommages en l'espèce comporte nécessairement une part d'arbitraire car il est impossible de remettre le terrain dans son état initial et d'ainsi restaurer les avantages environnementaux et la haute valeur écologique du site. Un montant de 65 000 \$ est donc accordé pour l'exécution de certains travaux de restauration.

Encore une fois, il n'aurait pas été nécessaire de recourir au concept de préjudice écologique en l'espèce. En effet, il s'agit d'un préjudice matériel subi par un propriétaire qui a l'intérêt requis pour être pleinement compensé du préjudice subi. Même si le demandeur ne peut demander de dommages-intérêts pour les pertes subies par la collectivité, il avait néanmoins le droit à une restauration intégrale de son terrain endommagé par la faute du ministère des Transports. Le fait que la valeur des travaux correctifs puisse être supérieure à l'évaluation municipale du terrain n'est d'aucune pertinence. Le préjudice du demandeur n'a pas à être évalué en fonction de la valeur marchande de son terrain mais plutôt en fonction du coût des travaux de restauration à être effectués. Par contre, il est possible que dans certaines circonstances, comme cela a été le cas en l'espèce de l'avis du tribunal, des travaux partiels soient suffisants étant donné la restauration naturelle déjà intervenue.

3. LE DROIT QUÉBÉCOIS

Pour compléter notre analyse, nous traiterons de certains recours visant la remise en état de l'environnement dans diverses lois québécoises (3.1) et de la *Loi sur l'eau* qui a nouvellement introduit un recours pour préjudice environnemental en droit québécois (3.2).

3.1 Les lois permettant la réparation en nature du préjudice environnemental

Dans leur texte sur les préjudices écologiques¹³³, Yergeau et Cattaneo font référence à plusieurs lois sectorielles qui permettent, dans une certaine mesure, la réparation en nature du préjudice environnemental. Ces lois accordent à l'État, principalement,

133. M. YERGEAU et N. CATTANEO, préc., note 20, p. 327 à 332.

certaines pouvoirs lui permettant de demander la réparation de différentes atteintes à l'environnement.

La *Loi sur la conservation et la mise en valeur de la faune* octroie des pouvoirs au juge lorsqu'une personne est déclarée coupable d'une infraction visée à cette loi et relative aux habitats fauniques. Ainsi, en vertu de l'article 171.5.1 de la *Loi sur la conservation et la mise en valeur de la faune*, le juge peut ordonner que le contrevenant « prenne, à ses frais et dans le délai fixé, les mesures nécessaires pour remettre les lieux dans l'état où ils étaient avant la perpétration de l'infraction ou, dans les cas applicables, pour rendre les travaux réalisés conformes à la réglementation ». À défaut pour le contrevenant de se conformer à cette ordonnance, le ministre du Développement durable, de l'Environnement, de la Faune et des Parcs¹³⁴ peut procéder à la remise en état des lieux aux frais du contrevenant. Si le juge n'a pas rendu une telle ordonnance, l'article 171.5 de la *Loi sur la conservation et la mise en valeur de la faune* prévoit que le ministre peut, également aux frais du contrevenant, « prendre les mesures nécessaires pour remettre un habitat faunique dans l'état où il était avant que la cause de l'infraction ne se produise ».

En vertu de l'article 186.13 de la *Loi sur les forêts*¹³⁵, un juge, lorsqu'une personne est déclarée coupable de certaines infractions en vertu de cette loi, peut, en plus d'imposer toute autre peine, rendre certaines ordonnances. Ainsi, pour les infractions notamment d'avoir, sans permis d'intervention, coupé, déplacé, enlevé ou récolté du bois sur les terres du domaine de l'État, endommagé des arbres sur ces terres ou d'y avoir entaillé des érables, ou d'avoir, avec un permis d'intervention, coupé du bois à l'extérieur du parterre de coupe autorisé, récolté un volume de bois supérieur à celui autorisé, de l'avoir expédié à une autre usine que celle indiquée à son permis ou d'avoir réalisé une activité d'aménagement forestier en contravention avec son permis¹³⁶, le juge peut ordonner de régénérer aux frais du contrevenant le site

134. L'article 192 de la *Loi sur la conservation et la mise en valeur de la faune* prévoit que le ministre des Ressources naturelles et de la Faune est responsable de l'application de cette loi à l'exception des articles 42 et 43. Toutefois, le décret 877-2012 du 20 septembre 2012 a confié au ministre du Développement durable, de l'Environnement, de la Faune et des Parcs les fonctions du ministre des Ressources naturelles et de la Faune prévues à la *Loi sur la conservation et la mise en valeur de la faune*, à l'exception des articles 42 et 43.

135. L.R.Q., c. F-4.1.

136. *Loi sur les forêts*, articles 173 à 177.

ayant fait l'objet de l'infraction. Si le contrevenant est déclaré coupable d'avoir « dévers[é], lors d'une activité d'aménagement forestier, dans un lac ou un cours d'eau, [...] des déchets de coupe »¹³⁷, le juge peut lui ordonner d'y enlever ces déchets à ses frais. Finalement, pour des infractions relatives aux chemins forestiers¹³⁸, le juge peut ordonner au contrevenant de procéder à la restauration du site ayant fait l'objet de l'infraction ou d'apporter les correctifs jugés nécessaires. Cependant, ces ordonnances ne peuvent être rendues par le juge « que si le poursuivant a transmis au défendeur un préavis de la demande d'ordonnance, sauf si ce dernier est en présence du juge »¹³⁹.

Il est à noter que l'article 186.13 de la *Loi sur les forêts* sera éventuellement remplacé par l'article 250 de la *Loi sur l'aménagement durable du territoire forestier*¹⁴⁰ qui n'est pas en vigueur pour l'instant. Cette disposition est sensiblement au même effet en ce qu'elle permettra au juge d'« ordonner au contrevenant de réparer les dommages causés ou occasionnés par la commission de l'infraction ou qui résultent de cette infraction, notamment de régénérer à ses frais le site ayant fait l'objet de l'infraction, de procéder à ses frais au nettoyage ou à la restauration du site ou d'y apporter tout autre correctif jugé nécessaire » mais en ayant pour différence principale que ces ordonnances ne sont pas reliées à des infractions particulières dans la loi.

L'article 227 de la *Loi sur l'aménagement et l'urbanisme*¹⁴¹ accorde à la Cour supérieure, « sur requête du procureur général, de la municipalité régionale de comté, de la municipalité ou de tout intéressé », en plus du pouvoir d'ordonner la cessation d'une utilisation du sol ou d'une construction incompatible avec un règlement municipal notamment, le pouvoir d'ordonner l'exécution des travaux requis pour rendre l'utilisation conforme « ou, s'il n'existe pas d'autre remède utile, la démolition de la construction ou la remise en état du terrain. » Ces travaux sont aux frais du propriétaire et, à défaut pour celui-ci de les exécuter, la Cour supérieure peut autoriser la municipalité à les exécuter à ses frais¹⁴². L'article 227.1 de la *Loi sur l'aménagement et l'urbanisme* accorde les mêmes pouvoirs à la Cour supérieure lors de la présentation

137. *Ibid.*, article 28.1.

138. *Ibid.*, articles 182 et 186.4.

139. *Ibid.*, dernier alinéa de l'article 186.13.

140. L.R.Q., c. A-18.1.

141. L.R.Q., c. A-19.1.

142. *Loi sur l'aménagement et l'urbanisme*, article 232.

d'une requête du ministre du Développement durable, de l'Environnement, de la Faune et des Parcs si l'utilisation du sol ou une construction est incompatible avec un règlement municipal portant sur la protection des rives, du littoral ou des plaines inondables ou si cette utilisation est incompatible avec un plan de réhabilitation approuvé conformément à la *Loi sur la qualité de l'environnement*.

La section IV.2.1 de la *Loi sur la qualité de l'environnement*, qui s'intitule « Protection et réhabilitation des terrains », permet notamment au ministre du Développement durable, de l'Environnement, de la Faune et des Parcs¹⁴³ d'ordonner à une personne de lui soumettre un plan de réhabilitation accompagné d'un calendrier d'exécution « lorsqu'il constate la présence dans un terrain de contaminants dont la concentration excède les valeurs limites fixées [par le *Règlement sur la protection et la réhabilitation des terrains*]¹⁴⁴ ou qui, sans être visées par ce règlement, sont susceptibles de porter atteinte à la vie, à la santé, à la sécurité, au bien-être ou au confort de l'être humain, aux autres espèces vivantes ou à l'environnement en général, ou encore aux biens »¹⁴⁵. Ce pouvoir d'ordonnance s'ajoute ainsi aux deux situations où la réhabilitation du terrain devient automatiquement exigible en vertu de la loi : en effet, l'article 31.51 ainsi que les articles 31.53 et 31.54 de la *Loi sur la qualité de l'environnement* prévoient que la cessation d'une activité industrielle ou commerciale visée à l'annexe III du *Règlement sur la protection et la réhabilitation des terrains* ainsi que le changement d'utilisation d'un terrain où s'est exercée une telle activité entraînent l'obligation de réaliser une étude de caractérisation du terrain et de transmettre au ministre un plan de réhabilitation accompagné d'un calendrier d'exécution si l'étude de caractérisation a révélé la présence de contaminants dont la concentration excède les valeurs limites réglementaires. Le pouvoir d'ordonnance prévu à l'article 31.43 de la *Loi sur la qualité de l'environnement* peut aussi bien être exercé à la suite d'un déversement accidentel ou pour viser la réhabilitation d'un terrain souillé par l'exploitation d'une entreprise, que cette exploitation soit ou non terminée.

143. Au paragraphe 18° de l'article 1 de la *Loi sur la qualité de l'environnement*, il est précisé que l'utilisation du mot ministre dans la loi s'entend du ministre du Développement durable, de l'Environnement, de la Faune et des Parcs.

144. R.R.Q., c. Q-2, r. 37.

145. *Loi sur la qualité de l'environnement*, article 31.43.

Des pouvoirs d'ordonnance sont également accordés au ministre du Développement durable, de l'Environnement, de la Faune et des Parcs et au ministre des Ressources naturelles pour le réaménagement et la restauration des terrains qui ont été utilisés respectivement pour l'exploitation des carrières et des sablières¹⁴⁶ et des mines¹⁴⁷.

L'article 114.1 de la *Loi sur la qualité de l'environnement* permet au ministre du Développement durable, de l'Environnement, de la Faune et des Parcs, dans un contexte d'urgence et contre une « personne ou [une] municipalité¹⁴⁸ propriétaire de certains contaminants ou qui en avait la garde ou le contrôle, de ramasser ou d'enlever tout contaminant déversé, émis, dégagé ou rejeté dans l'eau ou sur le sol, accidentellement ou contrairement aux dispositions de [cette loi ou de ses règlements] et de prendre les mesures requises pour nettoyer l'eau et le sol et pour que ces contaminants cessent de se répandre ou de se propager dans l'environnement ».

Il y a également les articles 115.0.1 et 115.1 de la *Loi sur la qualité de l'environnement* qui ne sont pas des pouvoirs d'ordonnance mais qui permettent au ministre de réclamer de la personne ou de la municipalité qui avait la garde ou le contrôle des contaminants ou qui est responsable de l'événement, les frais de son intervention. Cette intervention du ministre devait être requise « pour éviter ou diminuer un risque de dommages à des biens publics ou privés, à l'homme, à la faune, à la végétation ou à l'environnement en général » lorsqu'une situation d'émission de contaminants survient, est susceptible de survenir ou pour prévenir une telle situation. La différence entre les deux articles se limite à l'envoi d'un avis, dans le cas de l'article 115.1 de la *Loi sur la qualité de l'environnement*, informant la personne ou la municipalité qui devra assumer les frais de l'intervention des mesures que le ministre entend prendre. Dans les faits, cet avis prend la forme d'une mise en demeure accordant une dernière chance à la personne ou à la municipalité visée de prendre elle-même ces mesures avant que le ministre ne soit forcé d'intervenir.

146. *Ibid.*, article 27.1.

147. Articles 232.8 et 232.11 de la *Loi sur les mines*, L.R.Q., c. M-13.1. L'article 382 de la *Loi sur les mines* prévoit que le ministre des Ressources naturelles est chargé de l'application de cette loi.

148. La référence spécifique aux municipalités est due à la définition de « personne » au paragraphe 9^o de l'article 1 de la *Loi sur la qualité de l'environnement* qui exclut les municipalités.

L'injonction mandatoire¹⁴⁹ peut également être utilisée pour obtenir la remise en état de l'environnement. Elle est prévue à l'article 751 du *Code de procédure civile*¹⁵⁰ et elle est introduite par requête¹⁵¹ par une personne qui a un intérêt suffisant¹⁵². Toutefois, la *Loi sur la qualité de l'environnement* est venue élargir l'intérêt requis par le demandeur dans une requête en injonction¹⁵³ fondée sur cette loi¹⁵⁴.

Bien qu'aucune de ces dispositions ne permette une compensation monétaire en cas d'impossibilité de remettre en état (cette option n'étant même pas envisagée), elles accordent tout de même à l'État québécois, principalement, plusieurs moyens d'ordonner une restauration de différentes composantes de l'environnement, certaines étant d'ailleurs incluses dans le patrimoine commun de la nation québécoise. En effet, l'eau est visée à quelques reprises dans ces dispositions et il n'est pas exclu que certaines espèces (animaux sauvages et faune aquatique) puissent être réintégrées dans les sites restaurés.

Le 4 novembre 2011, la *Loi sur la qualité de l'environnement* a été modifiée¹⁵⁵ et l'idée qu'une remise en état intégrale ne soit pas possible est maintenant considérée. Ainsi, l'article 114 de la Loi accorde dorénavant au ministre du Développement durable, de l'Environnement, de la Faune et des Parcs, lorsque des travaux, constructions ou ouvrages sont exécutés en contravention de cette loi, de ses règlements, d'une ordonnance, d'une approbation, d'une autorisation, d'une permission, d'une attestation, d'un certificat ou d'un permis, en plus du pouvoir d'ordonner la démolition de ces travaux, constructions ou ouvrages, celui d'ordonner

149. L'injonction mandatoire est définie ainsi : « injonction qui ordonne d'accomplir un acte ou une opération déterminés » dans H. Reid, préc., note 15, p. 297.

150. « 751. L'injonction est une ordonnance de la Cour supérieure ou de l'un de ses juges, enjoignant à une personne, à ses dirigeants, représentants ou employés, de ne pas faire ou de cesser de faire ou, dans les cas qui le permettent, d'accomplir un acte ou une opération déterminés, sous les peines que de droit. »

151. *Code de procédure civile*, articles 752 et 753.

152. *Ibid.*, article 55.

153. La requête en injonction est prévue aux articles 19.1 et 19.2 de la *Loi sur la qualité de l'environnement*.

Malgré le libellé de l'article 19.2 de la *Loi sur la qualité de l'environnement*, les tribunaux ont reconnu qu'une injonction mandatoire est possible en vertu de la *Loi sur la qualité de l'environnement* ; voir *Les excavations Jeannot et Daniel Loisselle inc. c. P.G. du Québec*, J.E. 97-49 (C.A.) et *Nadon c. Anjou (ville de)*, [1994] R.J.Q. 1823 (C.A.).

154. *Loi sur la qualité de l'environnement*, article 19.3.

155. Article 62 de la *Loi modifiant la Loi sur la qualité de l'environnement afin d'en renforcer le respect*.

une remise en état des lieux dans l'état où ils étaient auparavant ou dans un état s'en rapprochant ainsi que celui d'ordonner des mesures compensatoires. L'article 115 de la Loi accorde au ministre le pouvoir de prendre ces mêmes mesures aux frais du contrevenant qui a été déclaré coupable d'une infraction à cette loi. Des pouvoirs supplémentaires sont également accordés au juge qui déclare un contrevenant coupable d'une infraction à la *Loi sur la qualité de l'environnement* ou à ses règlements¹⁵⁶. Le juge peut alors notamment ordonner, en plus de la remise en état ou des mesures compensatoires, le « [versement d']une indemnité, de type forfaitaire ou autre, pour la réparation des dommages résultant de la perpétration de l'infraction »¹⁵⁷ ou le « [versement], en compensation des dommages résultant de la perpétration de l'infraction, [d']une somme d'argent au Fonds vert »¹⁵⁸. Le choix de ces mesures dépendra de ce que le juge considère comme étant celles qui sont les plus adéquates pour la protection de l'environnement. Bien que le pouvoir soit réservé au juge en matière pénale, la *Loi sur la qualité de l'environnement* permet désormais une compensation monétaire pour des atteintes portées à l'environnement. De plus, la compensation peut s'ajouter à une remise en état ou à des mesures compensatoires, ce qui permet de reconnaître des dommages qui auparavant n'étaient même pas considérés comme par exemple le préjudice causé entre le moment de l'infraction et celui de la restauration.

Finalement, il convient de mentionner la *Loi sur la protection des arbres*¹⁵⁹ qui prévoit le paiement au propriétaire de dommages-intérêts punitifs, en sus des dommages réels, d'un montant n'excédant pas 200 \$, pour chaque arbre, arbuste, arbrisseau ou taillis détruit ou endommagé, partiellement ou totalement. Cette loi s'applique si l'arbre, l'arbuste, l'arbrisseau ou le taillis ne se trouve pas dans une forêt gérée par le ministre des Ressources naturelles, que le ministre du Développement durable, de l'Environnement, de la Faune et des Parcs n'a pas donné d'autorisation et que le propriétaire n'a pas donné de consentement.

Ce survol permet de constater que les dispositions permettant la réparation en nature du préjudice environnemental sont dispersées dans plusieurs lois et que la compensation monétaire

156. *Loi sur la qualité de l'environnement*, article 115.43.

157. *Ibid.*, paragraphe 5 d) de l'article 115.43.

158. *Ibid.*, paragraphe 5 e) de l'article 115.43.

159. L.R.Q., c. P-37.

n'a été que nouvellement introduite et dans un cadre fort restreint (par un juge lorsqu'une personne a été déclarée coupable d'une infraction à la *Loi sur la qualité de l'environnement* ou à ses règlements).

Il ne faudrait pas par contre omettre le recours en responsabilité civile prévu à l'article 1457 du *Code civil du Québec* qui permet de demander des dommages-intérêts ou l'exécution en nature de l'obligation, dans les cas qui le permettent¹⁶⁰, et la permission de « détruire ou [d']enlever, aux frais du débiteur, ce que celui-ci a fait en violation d'une obligation de ne pas faire »¹⁶¹.

3.2 La Loi affirmant le caractère collectif des ressources en eau et visant à renforcer leur protection

La *Loi affirmant le caractère collectif des ressources en eau et visant à renforcer leur protection* a été sanctionnée le 12 juin 2009 et est entrée en vigueur partiellement le 18 juin 2009 (le préambule ainsi que les articles 1 à 17). Le préambule, tout comme les deux premières sections de la Loi (soit les articles 1 à 7), sont de nature interprétative et établissent des principes qui devraient être pris en compte dans l'application de cette loi.

Les deuxième et troisième considérants du préambule ainsi que l'article 1 reprennent l'article 913 du *Code civil du Québec* afin de dissiper tout doute sur le fait que l'eau n'est pas susceptible d'appropriation et que son usage est commun à tous, qu'elle soit de surface ou souterraine, et ajoutent qu'elle fait partie du patrimoine commun de la nation québécoise. Il n'est donc plus discutable que l'eau, peu importe où elle se trouve (sauf si elle est recueillie et mise en récipient), est un bien commun (aussi appelé chose commune ou *res communis*).

Ensuite, la *Loi sur l'eau* introduit un recours civil permettant la réparation du « préjudice écologique »¹⁶² subi par les ressources en eau. C'est au Procureur général, « au nom de l'État gardien des intérêts de la nation dans ces ressources [en eau] », que l'article 8 accorde le pouvoir de prendre un recours en réparation pour des dommages causés à l'eau. Ce choix apparaît d'ailleurs tout à fait

160. Article 1601 *Code civil du Québec*.

161. *Ibid.*, article 1603.

162. Le terme « préjudice écologique » n'apparaît que dans les notes explicatives de la loi (L.Q., 2009, c. 21).

justifié étant donné le statut juridique de l'eau (bien commun) qui a été réaffirmé. L'article 8 introduit la section III de la *Loi sur l'eau* intitulée « Action en réparation des dommages causés à l'eau ». Il se lit comme suit :

8. Lorsque, par le fait, la faute ou l'acte illégal d'une personne, des dommages sont causés aux ressources en eau, notamment par une altération de leurs propriétés physiques, chimiques ou biologiques, de leurs fonctions écologiques ou de leur état quantitatif, le Procureur général peut, au nom de l'État gardien des intérêts de la nation dans ces ressources, intenter contre l'auteur des dommages une action en réparation ayant l'une ou l'autre des fins suivantes, ou une combinaison de celles-ci :

1^o la remise en l'état initial ou dans un état s'en rapprochant ;

2^o la réparation par des mesures compensatoires ;

3^o la réparation par le versement d'une indemnité, de type forfaitaire ou autre.

Aux fins du présent article, l'état initial désigne l'état des ressources en eau et de leurs fonctions écologiques qui aurait existé sans la survenance de ces dommages ; évalué à l'aide des meilleures informations disponibles.

L'obligation de réparation est solidaire lorsque les dommages aux ressources en eau et de leurs fonctions écologiques sont causés par la faute ou l'acte illégal de deux personnes ou plus.

La section ne comprend que trois autres articles. L'article 9 habilite le gouvernement à adopter des règlements afin de déterminer des conditions applicables aux mesures prévues aux premier et deuxième paragraphes de l'article 8 ainsi que ce qui doit être pris en compte afin d'évaluer l'indemnité prévue au troisième paragraphe de cet article. L'article 10 établit que les indemnités obtenues seront versées au Fonds vert¹⁶³ et qu'elles devront être « affectées au financement de mesures prises pour assurer la gouvernance de l'eau ». Finalement, l'article 11, en dérogation au droit commun, fixe à dix ans la période de prescription pour intenter le recours en réparation prévu à l'article 8, à partir du moment

163. L'article 15.1 de la *Loi sur le ministère du Développement durable, de l'Environnement et des Parcs* institue le Fonds vert qui « est affecté au financement de mesures ou de programmes que le ministre [du Développement durable, de l'Environnement, de la Faune et des Parcs] peut réaliser dans le cadre de ses fonctions ».

où le ministre du Développement durable, de l'Environnement, de la Faune et des Parcs¹⁶⁴ a connaissance des dommages causés à l'eau.

C'est la première fois qu'il est introduit explicitement dans le corpus législatif québécois un recours en réparation du préjudice environnemental¹⁶⁵. Bien que limité au domaine de l'eau, ce recours constitue certes une avancée dans la reconnaissance des dommages causés à l'environnement. En plus de permettre « la remise à l'état initial [de la ressource] ou dans un état s'en rapprochant », le recours prévoit aussi la possibilité de demander que les dommages soient réparés par des mesures compensatoires ou par le versement d'une indemnité. Une combinaison des trois types de réparation est également possible.

Nous retrouvons sensiblement ces mêmes principes en matière de responsabilité civile traditionnelle. En effet, le *Code civil du Québec* permet au créancier de demander l'exécution de son obligation en nature (article 1601) ou par équivalent, c'est-à-dire par des dommages-intérêts (article 1607). Dans la *Loi sur l'eau*, l'obligation est prévue à l'article 6 : « [t]oute personne est tenue de réparer, dans les conditions définies par la loi, les dommages qu'elle cause aux ressources en eau » et c'est le Procureur général qui tient le rôle de créancier de cette obligation. Outre l'exécution en nature (remise en l'état initial) ou par équivalent (versement d'une indemnité), la *Loi sur l'eau* prévoit aussi la possibilité que la réparation soit accordée par des mesures compensatoires, une mesure supplémentaire pour contribuer à la protection et à la restauration de la ressource.

L'élément de ce recours qui s'écarte le plus du droit commun est la responsabilité sans faute. Ainsi, le recours en réparation pourra être entrepris non seulement lorsqu'une faute aura été commise, mais aussi lorsque le fait ou l'acte illégal d'une personne aura causé des dommages. Le fardeau du Procureur général s'en

164. L'article 40 de la *Loi affirmant le caractère collectif des ressources en eau et visant à renforcer leur protection* établit que le ministre du Développement durable, de l'Environnement, de la Faune et des Parcs est responsable de l'application de cette loi.

165. Bien que l'expression « préjudice écologique » est employée dans les notes explicatives de la *Loi affirmant le caractère collectif des ressources en eau et visant à renforcer leur protection*, nous préférons utiliser l'expression « préjudice environnemental » pour les raisons qui seront exposées à la section 1.1 du présent texte.

trouve allégé et la protection de l'environnement devrait également en bénéficier. En effet, les personnes exerçant des activités pouvant avoir des conséquences néfastes sur l'eau pourraient être tentées de prendre des mesures qui dépassent les normes minimales prévues dans les lois et les règlements ou, en l'absence de telles règles, des pratiques qui ont cours dans l'industrie par exemple. Il est possible que ces personnes soient également tentées de recourir à des assurances, quoique le montant des primes puisse ne pas être très attrayant compte tenu des coûts importants qui pourraient être demandés en cas de dommages à l'eau.

Le dernier alinéa de l'article 8 de la *Loi sur l'eau* prévoit une responsabilité solidaire lorsque la faute ou l'acte illégal de deux personnes ou plus a causé les dommages. Il s'agit là aussi d'un emprunt à la responsabilité civile traditionnelle. En effet, l'article 1526 du *Code civil du Québec*¹⁶⁶ prévoit déjà la responsabilité solidaire en cas de faute partagée. Mais cette précision à l'article 8 est devenue nécessaire pour ajouter l'acte illégal d'une personne comme élément permettant l'application de la responsabilité solidaire puisque « la violation d'une norme législative ne constitue pas en soi une faute civile »¹⁶⁷. Cette précision permet donc au Procureur général de simplement faire la preuve d'une contravention à une loi ou à un règlement sans devoir de surcroît prouver que cette violation ne respecte pas les règles de conduite qui s'imposent à une personne en vertu de l'article 1457 du *Code civil du Québec*¹⁶⁸.

Puisque le recours prévu à l'article 8 de la *Loi sur l'eau* est de nature civile, ses similitudes avec la responsabilité civile n'étonnent guère et sont même plutôt les bienvenues. En effet, des limitations techniques pouvant parfois faire obstacle à la restauration intégrale, la présence d'alternatives est justifiée et souhaitable. D'ailleurs, l'environnement n'est pas le seul domaine où l'exécution en nature n'est pas toujours possible : la réparation du préjudice corporel est un exemple où l'indemnisation ne peut souvent qu'être monétaire. Par contre, ces alternatives se distancent des autres mesures mises en place dans les lois sectorielles en matière d'environnement qui accordent des pouvoirs limités de remise

166. L'article 1526 du *Code civil du Québec* prévoit : « L'obligation de réparer le préjudice causé à autrui par la faute de deux personnes ou plus est solidaire, lorsque cette obligation est extracontractuelle. »

167. *Ciment du Saint-Laurent Inc. c. Barette*, 2008 CSC 64, paragraphe 34.

168. *Ibid.*

en état et qui restreignent le versement de sommes d'argent au domaine pénal.

Quoi qu'il en soit, il sera intéressant de suivre l'interprétation que les tribunaux feront de ce recours à moins bien sûr que le Procureur général ne lui préfère les autres recours qu'il a déjà à sa disposition.

CONCLUSION

Notre analyse nous permet donc de conclure que l'indemnisation du préjudice environnemental en droit québécois est possible en vertu du droit commun. Le Procureur général du Québec pourra donc se porter demandeur, dans un recours fondé sur l'article 1457 du *Code civil du Québec*, afin d'obtenir la restauration ou une compensation monétaire en cas d'atteintes portées au patrimoine commun de la nation québécoise, ce patrimoine étant composé de l'eau, l'air, les animaux sauvages et la faune aquatique, à moins des cas particuliers d'appropriation. Le Procureur général dispose également d'un pouvoir spécifique fondé sur l'article 8 de la *Loi sur l'eau* lorsque l'atteinte a été portée à l'eau. Finalement, un juge en matière pénale pourra également ordonner le versement d'une compensation au Fonds vert lorsqu'un contrevenant est déclaré coupable d'une infraction à la *Loi sur la qualité de l'environnement* ou à ses règlements.

Ces indemnités pourront ainsi permettre de compenser certaines atteintes à l'environnement lorsque la remise en état n'est pas possible ou ne l'est qu'en partie. En effet, nous pouvons ici penser aux atteintes portées à la faune par exemple où la réintroduction de spécimens peut être une avenue, mais où il y a nécessairement une période, dans l'attente du rétablissement de la population entre autres, où les dommages perdurent. Et comment réparer des dommages causés à l'air ? Une fois que la dispersion a fait son œuvre, il semble plutôt difficile en pratique de rattraper les contaminants émis !

Malgré notre conclusion, nous sommes d'avis que l'adoption d'une loi particulière, à l'image de la *Loi sur l'eau*, n'est pas dénuée d'intérêt pour encadrer les recours en indemnisation pour les autres éléments faisant partie du patrimoine commun de la nation québécoise. Cela pourrait notamment permettre de prévoir une responsabilité sans faute ou de modifier les règles de la pres-

cription ou encore de faciliter l'évaluation du préjudice. Toutefois, dans l'intervalle, rien ne devrait empêcher le Procureur général d'entreprendre un recours en indemnisation du préjudice environnemental.

Également, même si le *Code civil du Québec* ne prévoit pas que les sommes obtenues en réparation d'un préjudice doivent être utilisées à une fin particulière, les dommages-intérêts obtenus devraient idéalement être versés dans un fonds dédié à l'environnement ou qui a un lien étroit avec les biens qui ont subi une atteinte. Notons d'ailleurs que le paragraphe 8^o de l'article 15.4 de la *Loi sur le ministère du Développement durable, de l'Environnement et des Parcs* prévoit que le Fonds vert est notamment constitué par : « les montants des dommages-intérêts, y compris les dommages-intérêts punitifs, versés dans le cadre d'un recours civil en réparation pris pour le compte du ministre ». Nul doute que les recours concernant les biens faisant partie du patrimoine commun de la nation québécoise doivent être entrepris par le Procureur général pour les intérêts du ministre du Développement durable, de l'Environnement, de la Faune et des Parcs. Les sommes obtenues iraient donc au Fonds vert.

BIBLIOGRAPHIE

Législation et réglementation

– Législation et réglementation québécoises

Loi sur l'aménagement durable du territoire forestier, L.R.Q., c. A-18.1

Loi sur l'aménagement et l'urbanisme, L.R.Q., c. A-19.1

Loi affirmant le caractère collectif des ressources en eau et visant à renforcer leur protection, L.R.Q., c. C-6.2

Loi sur les cités et villes, L.R.Q., c. C-19

Code civil du Québec, L.Q. 1991, c. 64 et ses modifications subséquentes

Code de procédure civile, L.R.Q., c. C-25

Loi sur les compétences municipales, L.R.Q., c. C-47.1

Loi sur la conservation du patrimoine naturel, L.R.Q., c. C-61.01

Loi sur la conservation et la mise en valeur de la faune, L.R.Q., c. C-61.1

Règlement sur les habitats fauniques, R.R.Q., c. C-61.1, r. 18

Loi sur les forêts, L.R.Q., c. F-4.1

Loi sur les mines, L.R.Q., c. M-13.1

Loi sur le ministère des Ressources naturelles et de la Faune, L.R.Q., c. M-25-2

Loi sur le ministère du Développement durable, de l'Environnement et des Parcs, L.R.Q., c. M-30.001

Décret 877-2012 du 20 septembre 2012 concernant le ministre et le ministère du Développement durable, de l'Environnement, de la Faune et des Parcs

Loi sur la qualité de l'environnement, L.R.Q., c. Q-2

Règlement établissant une redevance pour l'utilisation de l'eau, R.R.Q., c. Q-2, r. 42.1

Règlement sur la protection et la réhabilitation des terrains, R.R.Q., c. Q-2, r. 37

Loi modifiant la Loi sur la qualité de l'environnement afin d'en renforcer le respect, L.Q. 2011, c. 20

Loi sur les parcs, L.R.Q., c. P-9

Loi sur la protection des arbres, L.R.Q., c. P-37

– **Législation canadienne**

Loi canadienne sur la protection de l'environnement, L.C. 1999, c. 33

Loi sur les parcs nationaux du Canada, L.C. 2000, c. 32

– **Législation étrangère**

Code de l'environnement (France)

Code de l'urbanisme (France)

Comprehensive Environmental Response, Compensation and Liability Act, 42 U.S.C. §§ 9601-9675 (1982 Supp. V 1987)

Directive 2004/35/CE du Parlement européen et du Conseil, du 21 avril 2004, sur la responsabilité environnementale en ce qui concerne la prévention et la réparation des dommages environnementaux, J. O. n° L 143 du 30/04/2004 p. 0056 – 0075

Loi n° 2008-757 du 1^{er} août 2008 relative à la responsabilité environnementale et à diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de l'environnement

Jurisprudence

– **Décisions québécoises et canadiennes**

114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c. Hudson (Ville de), 2001 CSC 40

Bérubé c. Savard, 2006 QCCQ 2077

Ciment du Saint-Laurent Inc. c. Barette, 2008 CSC 64

Cité de Verdun c. Sun Oil Co., [1952] 1 R.C.S. 222

Colombie-Britannique c. Canadian Forest Products Ltd., 2004 CSC 38

Les excavations Jeannot et Daniel Loiselle inc. c. P.G. du Québec, J.E. 97-49 (C.A.)

Finney c. Barreau du Québec, [2004] 2 R.C.S. 17

Jeunes Canadiens pour une civilisation chrétienne c. Fondation du Théâtre du Nouveau-Monde, [1979] C.A. 491, requête pour autorisation de pourvoi à la Cour suprême rejetée, 7 février 1980

Ministre des Finances du Canada c. Finlay, [1986] 2 R.C.S. 607

Nadon c. Anjou (ville de), [1994] R.J.Q. 1823 (C.A.)

Olsen c. Québec (Procureur général), 2009 QCCS 2167

Prud'homme c. Prud'homme, [2002] 4 R.C.S. 663

La Reine c. Le navire Sun Diamond, [1984] 1 C.F. 3 (1^{re} inst.)

Ryan c. Victoria (Ville), [1999] 1 R.C.S. 201

Scarborough c. R.E.F. Homes Ltd. (1979), 9 M.P.L.R. 255 (C.A. Ont.)

Sirois c. Agence métropolitaine de transport, J.E. 2002-431 (C.S.)

– Décisions étrangères

New Jersey, Department of Environmental Protection c. Jersey Central Power and Light Co., 336 A.2d 750 (N.J. Super. Ct. App. Div. 1975)

TGI Paris, 16 janv. 2008, n° 9934895010, LPO et a. c/ Sté Total

TGI Narbonne, 4 oct. 2007, n° 935/07, Assoc. Eccla et a.

Doctrine

– Doctrine québécoise

BAUDOUIN, Jean-Louis et Patrice DESLAURIERS, *La responsabilité civile*, 7^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007, 1970 p.

DESLAURIERS, Patrice, « Le préjudice – Généralités », dans École du Barreau du Québec, Collection de droit 2009-2010, vol. 4, *Responsabilité*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2009.

DOUGLAS, Kristen, « Une charte canadienne des droits environnementaux », Gouvernement du Canada, novembre 1991, <<http://dsp-psd.pwgsc.ca/Collection-R/LoPBdP/BP/bp281-f.htm>> (page consultée le 24 septembre 2008).

GIRARD, Jean-François, « Dix ans de protection de l'environnement par les municipalités depuis l'arrêt *Spraytech* : constats et perspectives », dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, *Développements récents en droit de l'environnement*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2010.

GIROUX, Pierre et Stéphane ROCHETTE, « Le recours en droit québécois – Les considérations générales », dans École du Barreau du Québec, Collection de droit 2008-2009, vol. 7, *Droit public et administratif*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008.

HALLEY, Paule et Christine GAGNON, *Le droit nouveau de l'eau au Québec*, Gaïa Presse, 3 juillet 2009, <<http://www.gaia-presse.ca/fr/analyses/index.php?id=109>>.

JÉZÉQUEL, Myriam, « Préjudices écologiques, Le temps des responsabilités », (2005) 36-18 *J. du Bar.*

MINISTÈRE DU DÉVELOPPEMENT DURABLE, DE L'ENVIRONNEMENT ET DES PARCS, « Le plan Nord : le premier ministre Jean Charest annonce les orientations pour la protection de 50 % du territoire du plan Nord », communiqué de presse du 5 février 2012, <<http://www.mddep.gouv.qc.ca/infuseur/communiqu.asp?No=2036>> (page consultée le 18 février 2012).

OFFICE QUÉBÉCOIS DE LA LANGUE FRANÇAISE, *Le grand dictionnaire terminologique*, <<http://www.olf.gouv.qc.ca/resources/gdt.html>>.

REID, Hubert, *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, 2^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2001, 802 p.

ROBERT, Paul, *Le Nouveau Petit Robert*, Paris, 2008.

SYLVESTRE, Pierre, « Le recours collectif : un outil de mise en œuvre de législations et de politiques d'intérêt public », dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, *Développements récents sur les recours collectifs*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2006.

TRUDEAU, Hélène, « La responsabilité statutaire du pollueur au Québec », dans Ejan MACKAAY et Hélène TRUDEAU (dir.), *L'environnement – à quel prix ? Actes du colloque conjoint des Facultés de droit de l'Université de Poitiers et de l'Université de Montréal tenu à Montréal en septembre 1994*, Montréal, Éditions Thémis, 1994.

YERGEAU, Michel et Nadia CATTANEO, « Les préjudices écologiques », (2005) 39 *R.J.T.* 303-370.

– Doctrine étrangère

A.G. ELGIE, Stewart et Anastasia M. LINTNER, « The Supreme Court's *Canfor* Decision: Losing the Battle but Winning the War for Environmental Damages », (2005) 38 *UBC Law Review* 223.

CABALLERO, Francis, *Essai sur la notion juridique de nuisance*, Paris, LGDJ, 1981.

CEDRE (Centre de Documentation, de Recherche et d'Expérimentations sur les Pollutions Accidentelles des Eaux), « Dommage environnemental en cas de pollutions marines accidentelles », *Rejets en mer*, <<http://www.cedre.fr/fr/rejet/domm/def.htm>> (page consultée le 24 septembre 2008).

COMMISSION EUROPÉENNE, *L'économie des écosystèmes et de la biodiversité*, Luxembourg, Office des publications officielles des Communautés européennes, 2008, 64 p.

ERNÉ-HEINZ, Valentine, « Erika : le préjudice écologique enfin reconnu », (2008) 81 *Journal des Accidents et des catastrophes*, CERDAC.

- FABRÉGAT, Sophie, « Quand l'économie se penche sur la biodiversité », dans *Actu-environnement.com*, 7 janvier 2010, <http://www.actu-environnement.com/ae/news/economie_biodiversite_9303.php4> (page consultée le 18 janvier 2010).
- FAVIER, Hélène, « Erika : le jugement contre Total confirmé », *Europe1*, 30 mars 2010, <<http://www.europe1.fr/France/Erika-le-jugement-contre-Total-confirme-166215/index.html>> (page consultée le 21 avril 2010).
- HAY, Julien, « Procès Erika : la question du préjudice écologique », *Journal des Accidents et des catastrophes*, CERDAC, numéro 78, <<http://www.jac.cerdacc.uha.fr>> (page consultée le 18 septembre 2009).
- KISS, Alexandre, *Droit international de l'environnement*, Paris, Éditions Pédone, 1989.
- LARROUMET, Ch., *La responsabilité civile en matière d'environnement*, Recueil Dalloz-Sirey, 1994.
- MINISTÈRE DE L'ÉCOLOGIE, DE L'ÉNERGIE, DU DÉVELOPPEMENT DURABLE ET DE LA MER, « La notion de préjudice écologique reconnue par la Justice », France, <http://www.environnement.gouv.fr/_article_print.php3?id_article=2779> (page consultée le 15 novembre 2009).
- Programme des Nations Unies pour l'environnement, <<http://www.electron-economy.org/article-24042098.html>> (page consultée le 6 avril 2011).
- PRIEUR, Michel, *Droit de l'environnement*, 5^e éd., Paris, Éditions Dalloz, 2004.
- STEINMETZ, Benoit, « Erika : les procès de la catastrophe ou un aller-retour Paris-Luxembourg », *Journal des Accidents et des catastrophes*, CERDAC, numéro 81, février 2008.
- STERN, Nicholas, *The Economics of Climate Change: The Stern Review*, Cabinet Office – HM Treasury, Cambridge University Press, 2006, ISBN-13 : 9780521700801.
- WINSTON & STRAWN, Analyse : La décision ERIKA et le préjudice écologique, février 2008, <http://www.winston.com/site/Files/publications/La_Decision_ERIKA_et_le_Prejudice_Ecologique.pdf> (page consultée le 31 mai 2010).

Troubles de voisinage : l'article 976 C.c.Q. et le seuil de normalité

Jean TEBOUL

Résumé

L'article 976 C.c.Q. énonce que les voisins doivent accepter les inconvénients normaux du voisinage. La Cour suprême, dans l'arrêt *Ciment du Saint-Laurent inc. c. Barrette*, a confirmé que cet article établit un régime autonome fondé sur la mesure des inconvénients subis plutôt que sur la faute. Elle n'a toutefois pas fourni d'indicateurs permettant d'apprécier le seuil de normalité des inconvénients. De même, dans l'affaire *Entreprises Auberge du parc ltée c. Site historique du Banc-de-pêche de Paspébiac*, décidée quelques mois plus tard, la Cour d'appel n'a fait que valider l'utilisation de certains critères, sans pour autant les hiérarchiser. S'appuyant sur la doctrine et sur une analyse détaillée de la jurisprudence depuis 2006, cet article établit une typologie des critères employés pour déterminer le seuil de normalité. Il propose également un test permettant d'évaluer la normalité des inconvénients de voisinage.

Troubles de voisinage : l'article 976 C.c.Q. et le seuil de normalité

Jean TEBOUL*

INTRODUCTION	103
I. LES FONDEMENTS DES TROUBLES DE VOISINAGE AU QUÉBEC	106
II. LE SEUIL DE NORMALITÉ EN DROIT CIVIL FRANÇAIS ET EN COMMON LAW CANADIENNE	108
A. Le seuil de normalité en droit civil français	109
B. Le seuil de normalité en common law canadienne.	111
III. MÉTHODOLOGIE	114
IV. TYPOLOGIE DES CRITÈRES UTILISÉS	117
A. Une appréciation principalement subjective du juge du fond	117
B. Le fil conducteur de l'analyse : le critère de raisonnable.	119
C. Deux critères centraux	121

* Cet article a été primé au Concours de rédaction juridique de la Chaire du notariat. L'auteur remercie particulièrement Robert P. Godin pour ses commentaires et ses conseils qui ont rendu possible cet article. L'auteur tient également à remercier Reena Rungoo, Pierre T. René, Vincent Forray et Jean-Etienne de Bettignies pour leurs relectures et leurs suggestions. L'auteur demeure seul responsable de toute erreur ou omission qui pourrait subsister.

1.	La récurrence	123
a.	La répétitivité du trouble	123
b.	La durée du trouble dans le temps	124
2.	La gravité	125
a.	La situation des fonds	126
b.	La nature des fonds	129
c.	Les usages locaux	132
d.	Le moment durant lequel l'inconvénient a généralement lieu	133
e.	La gravité de l'inconvénient par rapport à celle d'un trouble déjà jugé normal	134
D.	Les critères satellites	134
1.	Le comportement du défendeur	134
2.	La pré-occupation des lieux	138
E.	Les critères marginaux	140
1.	Le comportement du demandeur	140
2.	L'utilité de l'activité du défendeur pour la société	141
CONCLUSION : VERS UN TEST DES TROUBLES DE VOISINAGE.		141
ANNEXE – Arrêts inclus dans l'analyse quantitative		144

INTRODUCTION

L'article 976 C.c.Q. est de droit nouveau¹, codifié pour la première fois dans le Code civil du Québec et sans équivalent dans le *Code civil du Bas-Canada* et le Code civil Français. Il prévoit que « [l]es voisins doivent accepter les inconvénients normaux du voisinage qui n'excèdent pas les limites de la tolérance qu'ils se doivent, suivant la nature ou la situation de leurs fonds, ou suivant les usages locaux ». Cette disposition pose le principe, issu du droit prétorien et de la doctrine, selon lequel les voisins doivent supporter certains inconvénients, pour autant qu'ils ne dépassent pas un certain seuil. Le texte de l'article évoque deux notions : la normalité et la tolérance. Un inconvénient anormal passe outre un certain seuil, déterminé entre autres par la gravité du trouble. Plus précisément, pour être anormal, le trouble doit être grave au point d'être intolérable². Dans l'arrêt *Ciment du Saint-Laurent c. Barrette*, rendu en 2008, la Cour suprême a confirmé le courant doctrinal et jurisprudentiel selon lequel l'article 976 C.c.Q. établit un régime de responsabilité autonome fondé « sur la mesure des inconvénients subis plutôt que sur l'appréciation du comportement du propriétaire »³. La détermination du seuil de normalité prend alors toute son importance puisqu'elle permet de justifier un régime fondé sur la responsabilité sans faute.

La Cour suprême n'a pourtant pas établi de méthodologie sur laquelle peut s'appuyer le juge du fond, lui laissant une large discrétion pour apprécier la normalité des troubles. Dans cet arrêt rendu unanimement sous la plume des juges Deschamps et Lebel, la Cour a conclu que les poussières dues à l'exploitation d'une cimenterie constituaient des inconvénients anormaux de voisinage, même si aucune faute n'a été commise. Pourtant, si elle a clarifié le régime de responsabilité établi par l'article 976 C.c.Q., elle n'a pas précisé les critères à utiliser pour déterminer la

-
1. Québec, Ministère de la justice, *Commentaires du ministre de la justice : Le Code civil du Québec – Un mouvement de société*, t. 1, Québec, Publications du Québec, 1993, p. 573.
 2. Adrian POPOVICI, « La poule et l'homme : sur l'article 976 C.c.Q. », (1997) 99 *R. du N.* 214, 238 [POPOVICI].
 3. *Ciment du Saint-Laurent inc. c. Barrette*, 2008 CSC 64, par. 67 [*Ciment du Saint-Laurent*].

normalité des inconvénients⁴. Cette lacune a pu lui valoir certaines critiques car une incertitude subsiste et empêche les acteurs d'adapter leur comportement en fonction de règles juridiques claires et prévisibles⁵. Par exemple, comment une entreprise manufacturière, qui respecte toutes les normes réglementaires auxquelles elle est soumise, peut-elle s'assurer que sa responsabilité ne sera pas engagée sur la base du régime sans faute établi par l'article 976 C.c.Q. ?

Quelques mois après l'arrêt *Ciment du Saint-Laurent*, la Cour d'appel, dans l'affaire *Auberge du parc*, a eu l'occasion d'appliquer le régime de responsabilité sans faute de l'article 976 C.c.Q. Toutefois, l'éclairage qu'elle apporte sur la démarche à employer pour déterminer la normalité des troubles est des plus limités. Dans cette affaire, la Cour jugea que le bruit causé par des spectacles musicaux organisés certains dimanches d'été sur un site historique ne constituait pas un trouble anormal du voisinage. Bien qu'elle souligna l'importance de certains critères, tels que la pré-occupation ou la raisonnable, la Cour s'est contentée de simplement de réaffirmer ceux utilisés par la Cour supérieure sans les hiérarchiser⁶.

L'appréciation du seuil de normalité reste également un sujet relativement peu exploré par la doctrine. Dès 1999, le professeur Popovici remarque que deux éléments définissent l'anormalité d'un trouble de voisinage : la gravité et la récurrence⁷.

4. Robert P. GODIN, « Limitations à l'exercice du droit de propriété – Abus de droit et troubles de voisinage », dans JurisClasseur Québec, coll. « Droit civil », *Biens et publicité des droits*, fasc. 8, Montréal, LexisNexis Canada, feuilles mobiles, par. 44 [GODIN] ; François FONTAINE, « Les troubles de voisinage : une responsabilité sans faute, l'arrêt *Ciment St-Laurent* : les principes sont-ils coulés dans le béton ? », Conférence donnée au Congrès du Barreau du Québec, 4 juin 2010 [non publiée] en ligne : <https://biblio.caij.qc.ca/pdf/CDB10_Fontaine_89.pdf>, p. 2-3 [FONTAINE].
5. Michel GAGNÉ et Mira GAUVIN, « Le droit à un environnement sain et respectueux de la biodiversité : valeur symbolique ou effet concret ? », dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, vol. 300, *Développements récents en droit de l'environnement*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2009. Voir également Dominique AMYOT-BILODEAU et Michel GAGNÉ, « La Cour suprême du Canada reconnaît un régime de responsabilité sans égard à la faute en matière environnementale dans l'affaire *Ciment St-Laurent* », (27 février 2009), en ligne : McCarthy Tétrault <http://www.mccarthy.ca/fr/article_detail.aspx?id=4403> ; « La Cour suprême du Canada rejette l'appel de Ciment du Saint-Laurent : Le tribunal estime qu'il est possible d'être responsable de troubles de voisinage malgré l'absence de faute » (20 novembre 2008), en ligne : Fasken Martineau <http://www.fasken.com/fr/la_cour_supreme_du_canada_rejette_11_20_2008>.
6. *Entreprises Auberge du parc ltée c. Site historique du Banc-de-pêche de Paspébiac*, 2009 QCCA 257 [Auberge du parc].
7. POPOVICI, *supra*, note 2, p. 238.

Toutefois, pendant de nombreuses années, les auteurs ont surtout discuté des fondements de l'article 976 C.c.Q. et se sont peu attachés sur les critères utilisés par le juge du fond, y consacrant tout au plus quelques lignes⁸. Certes, un inventaire des différents critères utilisés par la jurisprudence a été fait par Michel Gagné en 2004⁹. Cependant, du fait de son antériorité, son analyse ne peut pas prendre en compte les enseignements importants de deux arrêts de principe¹⁰. D'autres auteurs, tels que Pierre-Claude Lafond¹¹ ou Lucie Laflamme¹², ont également produit des développements intéressants sur les trois critères de l'article 976 C.c.Q. – la nature des fonds, leur situation et les usages locaux. Mais en faisant abstraction des autres critères issus de la jurisprudence, ils ne donnent qu'une image partielle de l'appréciation de la normalité. Enfin, François Fontaine a récemment commenté les critères identifiés par la Cour d'appel dans *Auberge du parc*¹³, sans toutefois établir une typologie des éléments utilisés par la jurisprudence dans son ensemble.

En nous appuyant sur une analyse détaillée de la doctrine et de la jurisprudence, nous montrons que le critère de raisonnabilité, davantage explicité depuis l'arrêt *Auberge du parc*¹⁴, apparaît comme un fil conducteur pour apprécier les troubles de voisinage : les inconvénients sont examinés du point de vue d'une personne raisonnable placée dans les mêmes circonstances que la victime. Deux critères sont au centre de l'appréciation du seuil de normalité : la récurrence et la gravité du trouble. Cette dernière peut

8. Voir par ex. Yaëll EMERICH, « Contribution à une étude des troubles de voisinage et de la nuisance : la notion de devoirs de la propriété », (2011) 52 *C. de D.* 3 [EMERICH] ; François FRENETTE, « Les troubles de voisinage », dans Service de formation permanente du Barreau du Québec, vol. 121, *Développements récents en droit immobilier*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1999 [FRENETTE] ; Marie-Ève ARBOUR et Véronique RACINE, « Itinéraires du trouble de voisinage dans l'espace normatif », (2009) 50(2) *C. de D.* 327 [ARBOUR et RACINE].
9. Michel GAGNÉ, « Les recours pour troubles de voisinage. Les véritables enjeux », dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, vol. 214, *Développements récents en droit de l'environnement*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2004, p. 65 [GAGNÉ].
10. *Ciment du Saint-Laurent*, *supra*, note 3 ; *Auberge du parc*, *supra*, note 6.
11. Pierre-Claude LAFOND, « L'heureuse alliance des troubles de voisinage et du recours collectif : portée et effets de l'arrêt *Ciment du Saint-Laurent* », (2009) 68 *R. du B.* 387, 399-402 [LAFOND, 2009].
12. Lucie LAFLAMME, « Les rapports de voisinage expliqués par l'obligation propter rem », dans Sylvio NORMAND (dir.), *Mélanges offerts au professeur François Frenette. Études portant sur le droit patrimonial*, Québec, Presses de L'Université Laval, 2006, p. 243-46 [LAFLAMME].
13. FONTAINE, *supra*, note 4, p. 2-7.
14. *Ibid.*

être appréciée en fonction de la nature des fonds, de leur situation, des usages locaux, et du moment de la journée, de la semaine ou de l'année durant lequel les troubles se produisent. La conduite du défendeur, bien que de moins en moins considérée suite au rejet d'un régime de responsabilité fondé sur la faute¹⁵, n'a pas totalement disparu. La pré-occupation des lieux et la conduite du défendeur constituent tous deux des critères « satellites », non déterminants mais permettant d'affiner l'appréciation du seuil. En revanche, des critères tels que l'utilité de l'activité du défendeur pour la collectivité ou le comportement de la victime restent marginaux.

Cet article a plusieurs objectifs. De façon générale, il cherche à fournir une meilleure compréhension des critères utilisés pour apprécier les troubles de voisinage. Plus particulièrement, il a pour objectif de donner une typologie des critères employés. Cette étude tente également d'examiner les grandes tendances qui se sont dessinées ces dernières années dans l'utilisation de ces critères, notamment sous l'influence des arrêts *Ciment du Saint-Laurent* et *Auberge du parc*. Enfin, elle espère également proposer des pistes de réflexion afin d'améliorer la détermination du seuil de normalité.

Après avoir brièvement retracé l'historique de la responsabilité des troubles de voisinage au Québec (I), nous examinerons les critères utilisés par la common law canadienne et le droit civil français pour déterminer le seuil de normalité (II). Cela nous permettra, en suivant une méthodologie fondée en partie sur une analyse quantitative (III), de mieux dégager les critères utilisés en droit civil québécois, afin d'en établir une typologie et d'en extraire les grandes tendances qui se sont dessinées ces dernières années (IV). Nous concluons en proposant quelques pistes pour développer un test permettant de déterminer la normalité des troubles de voisinage.

I. LES FONDEMENTS DES TROUBLES DE VOISINAGE AU QUÉBEC

Cette question délicate a longtemps été débattue, tant par la doctrine que par la jurisprudence. Le débat quant à une responsa-

15. *Ciment du Saint-Laurent*, *supra*, note 4.

bilité fondée sur la faute ou sur la mesure des inconvénients subis à été tranché de façon claire et définitive par la Cour suprême dans l'arrêt *Ciment du Saint-Laurent*¹⁶. Notre objectif n'est donc pas de reprendre cette discussion, mais de fournir au lecteur un bref aperçu de l'évolution de la jurisprudence pendant près d'un siècle, afin de mieux apprécier les critères employés aujourd'hui pour déterminer la normalité des inconvénients.

La responsabilité fondée sur la constatation d'inconvénients anormaux de voisinage est une création jurisprudentielle ancienne devançant la codification de 1994. À cet effet, les arrêts *Drysdale c. Dugas*¹⁷, *Canada Paper Co. c. Brown*¹⁸ et *Katz c. Reitz*¹⁹ sont souvent donnés en exemple car ils « reposent sur l'acceptation au moins partielle d'une responsabilité sans faute en matière de troubles de voisinage »²⁰.

Pour plusieurs auteurs, la thèse des inconvénients anormaux s'appuie elle-même sur la théorie du risque²¹, une doctrine selon laquelle « celui qui bénéficie d'une activité économique doit en assurer le risque inhérent et réparer les dommages causés même sans sa faute »²². Or, la Cour suprême a rejeté l'application de cette théorie en droit civil québécois dans l'affaire *Lapierre c. Québec (Procureur général)*²³. Cette décision a entraîné un courant jurisprudentiel niant la responsabilité sans faute en matière de troubles de voisinage²⁴. Toutefois, comme le remarque très justement le professeur Lafond, cet arrêt ne peut s'étendre à de telles affaires : déjà à l'époque, la thèse de la responsabilité sans faute en matière de voisinage jouissait d'une certaine reconnaissance, tant au niveau de la doctrine que de la jurisprudence²⁵.

16. GODIN, *supra*, note 4, par. 23.

17. *Drysdale c. Dugas*, [1896] 26 R.C.S. 20.

18. *Canada Paper Co. c. Brown*, 63 R.C.S. 243.

19. *Katz c. Reitz*, [1973] CA 230.

20. *Ciment du Saint-Laurent*, *supra*, note 3, par. 49 (CSC).

21. Voir par ex. : Pierre-Claude LAFOND, « L'exercice du droit de propriété et les troubles de voisinage : petit Code (civil) de conduite à l'intention des voisins », (1999) 33 *R.J.T.* 225, 256 et s. [LAFOND, 1999] ; François HÉLEINE, « Des moyens de rejoindre les auteurs d'un trouble de voisinage », (1973) 33 *R. du B.* 518 et 34 *R. du B.* 71, 76.

22. Albert MAYRAND, « L'abus des droits en France et au Québec », (1974) 9 *R.J.T.* 321, 328-29.

23. *Lapierre c. Québec (Procureur général)*, [1985] R.C.S. 241.

24. LAFOND, 1999 *supra*, note 21, 263.

25. *Ibid.*, p. 264.

La Cour suprême, dans l'affaire *Ciment du Saint-Laurent*, se rangea d'ailleurs derrière cet avis²⁶.

L'adoption de l'article 976 C.c.Q. n'a pas mis fin au débat. Un courant jurisprudentiel²⁷ et doctrinal²⁸ a continué de refuser la responsabilité sans faute en droit civil québécois. Pendant de nombreuses années, les deux doctrines ont cohabité, voire ont été confondues²⁹. Ce n'est qu'en 2008, avec l'arrêt *Ciment du Saint-Laurent*, que la question a été tranchée par la plus haute cour du pays en faveur de la responsabilité sans faute fondée sur la mesure des inconvénients subis. L'article 976 C.c.Q. consacre en effet un régime autonome, distinct de la responsabilité civile, reposant sur le résultat plutôt que sur le comportement de l'auteur des troubles de voisinage³⁰.

II. LE SEUIL DE NORMALITÉ EN DROIT CIVIL FRANÇAIS ET EN COMMON LAW CANADIENNE

La responsabilité sans faute en matière de troubles de voisinage n'est pas une spécificité du droit civil québécois. En effet, en France, malgré des tentatives de codification restées vaines³¹, le droit prétorien a admis la responsabilité fondée sur les inconvénients anormaux du voisinage³². De même, la common law canadienne possède avec le *tort de nuisance* un régime similaire par bien des aspects à celui instauré par l'article 976 C.c.Q.³³. On retrouve dans les trois traditions un régime de responsabilité sans faute, ainsi que la notion d'un seuil de normalité que se doivent les voisins et qui doit être apprécié selon les circonstances. Cette section a pour objectif d'examiner les critères employés par le droit civil français et la common law pour apprécier la normalité des inconvénients. Cela nous permettra de porter un éclairage critique sur les éléments utilisés en droit civil québécois.

26. *Ciment du Saint-Laurent*, *supra*, note 3, par. 52.

27. Voir par ex. : *Christopoulos c. Restaurant Mazurka Inc.*, [1998] R.R.A. 334.

28. Voir notamment LAFLAMME, *supra*, note 12 ; Claude MASSE, « La responsabilité civile », dans Barreau du Québec et Chambre des notaires du Québec, *La réforme du code civil*, t. 2, Sainte-Foy, Presses Universitaires de l'Université Laval, 1993, 235, 266-67 ; Denis-Claude LAMONTAGNE, *Biens et propriété*, 3^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, par. 230-239.

29. Voir à ce sujet FRENETTE, *supra*, note 8 et LAFOND, 1999, *supra*, note 21.

30. *Ciment du Saint-Laurent*, *supra*, note 3, par. 86.

31. Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, « Avant-projet de réforme du livre II du Code civil relatif aux biens », en ligne : <<http://www.henricapitant.org/node/70>>, art. 629-630 [Association Henri Capitant].

32. Cass. civ. 3^e, 4 février 1971, (1971) J.C.P. 16781 (annotation Lindon).

33. EMERICH, *supra*, note 8.

A. Le seuil de normalité en droit civil français

Comme le font remarquer plusieurs auteurs français, apprécier la normalité est un exercice délicat³⁴, cette notion étant imprécise³⁵. La limite à ne pas dépasser n'est donc pas toujours facilement mesurable et cette évaluation est laissée au juge du fond³⁶. Celui-ci a alors tendance à s'appuyer sur plusieurs critères pour caractériser la normalité.

Deux critères semblent s'imposer et se mêler étroitement, en ce qu'ils définissent le concept de trouble de voisinage : la gravité et la continuité, ou au moins la récurrence, du trouble³⁷. D'une part, un trouble anormal présuppose une certaine intensité. Comme le soulignent Terré et Simler, « [i]l faut admettre l'existence d'inconvénients normaux dont il n'est pas possible de se plaindre. C'est le prix du voisinage »³⁸. Pour engager la responsabilité, le préjudice doit donc être d'une certaine importance, même s'il ne résulte pas d'un comportement fautif. D'autre part, les troubles de voisinage supposent une certaine répétition. Il n'est pas nécessaire que le trouble soit permanent pour être anormal ; il suffit qu'il soit durable et fréquent³⁹. Il doit être persistant et se produire à intervalles réguliers⁴⁰. Les dommages ponctuels sont donc exclus du régime des troubles de voisinage, quelle que soit leur gravité⁴¹.

La gravité est appréciée *in concreto*, en fonction de diverses données tenant au temps et au lieu⁴². Ainsi, ce qui peut être considéré comme un bruit tolérable le jour ne l'est pas forcément la nuit⁴³. En ce qui concerne les considérations de lieu, plusieurs critères sont recensés par les auteurs français. Traditionnellement, la jurisprudence française a analysé la gravité du trouble en exa-

34. Nadège REBOUL-MAUPIN, *Droit des biens*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 2008, par. 351 [REBOUL-MAUPIN] ; François TERRÉ et Philippe SIMLER, *Droit civil. Les Biens*, 8^e éd., Paris, Dalloz, 2010, par. 327 [TERRÉ et SIMLER].

35. REBOUL-MAUPIN, *ibid.* ; Jacques GHESTIN (dir.), *Traité de droit civil. Les Biens*, 2^e éd., Paris, Lextenso, 2010, par. 111 [GHESTIN].

36. *Ibid.* ; TERRÉ et SIMLER, *supra*, note 34, par. 328 ; Henri MAZEAUD *et al.*, *Leçons de droit civil*, 8^e éd., t. 2, vol. 2, Paris, Monchrestien, 1994, par. 1343 [MAZEAUD].

37. REBOUL-MAUPIN, *supra*, note 34 ; GHESTIN, *supra*, note 35.

38. TERRÉ et SIMLER, *supra*, note 34, par. 324.

39. GHESTIN, *supra*, note 35, par. 111.

40. REBOUL-MAUPIN, *supra*, note 34, par. 351.

41. GHESTIN, *supra*, note 35, par. 111.

42. *Ibid.* ; TERRÉ et SIMLER, *supra*, note 34, par. 328 ; REBOUL-MAUPIN, *supra*, note 34, par. 352.

43. REBOUL-MAUPIN, *ibid.*

minant le rapport entre les fonds et la zone dans laquelle ils se trouvent (par exemple une zone rurale, industrielle ou touristique). Depuis peu, les juges s'acheminent néanmoins vers une référence à un voisinage plus précisément identifié. La destination d'un ouvrage ou d'un fonds entre alors en jeu pour permettre d'apprécier la normalité des troubles⁴⁴. Il est ainsi normal que les riverains d'une station d'épuration subissent certains inconvénients liés à l'exploitation de ces ouvrages⁴⁵. S'inscrivant dans le contexte local, l'analyse de la gravité peut également se faire, entre autres, en fonction du caractère et de l'usage du quartier⁴⁶, des modes de jouissance habituelle des lieux⁴⁷, ou de la disposition des fonds⁴⁸. Toutefois, Jacques Ghestin fait remarquer que le contexte local, bien qu'important, n'est pas déterminant car il ne peut être immuable⁴⁹.

La pré-occupation collective n'est pas indifférente⁵⁰ ; elle est même nécessaire pour apprécier la normalité des troubles⁵¹. Comme le remarquent Terré et Simler, « dans un quartier industriel, déjà couvert d'usine, le propriétaire d'un terrain serait malvenu s'il y faisait construire une villa et se plaignait ensuite des inconvénients de voisinage »⁵². L'Association Henri Capitant a d'ailleurs proposé de codifier le pré-établissement collectif, en y imposant néanmoins certaines limites. Elle suggérerait en effet que les actions découlant des troubles de voisinage ne puissent pas « être intentées lorsque le trouble provient d'activités économiques, exercées conformément à la législation en vigueur, préexistantes à l'installation sur le fonds et s'étant poursuivies dans les mêmes conditions »⁵³. En revanche, la jurisprudence dominante a refusé de prendre en compte la pré-occupation individuelle⁵⁴.

44. *Ibid.*

45. *Ibid.*

46. GHESTIN, *supra*, note 35, par. 111.

47. *Ibid.* ; Marguerite BLOCAILLE-BOUTELET, *Le voisinage. Étude comparée en droit privé et en droit public*, thèse de doctorat en droit, Faculté de droit et de science politique de l'Université de Dijon, mai [1981], vol. 1, par. 426 et s. [BLOCAILLE-BOUTELET].

48. BLOCAILLE-BOUTELET, *ibid.*

49. GHESTIN, *supra*, note 35, par. 111.

50. TERRÉ et SIMLER, *supra*, note 34, par. 327 ; MAZEAUD, *supra*, note 36, par. 1344 ; GHESTIN, *supra*, note 35, par. 113.

51. GHESTIN, *ibid.*

52. TERRÉ et SIMLER, *supra*, note 34, par. 327.

53. Association Henri Capitant, *supra*, note 31, à l'article 630(2).

54. BLOCAILLE-BOUTELET, *supra*, note 47, par. 431 et s. ; TERRÉ et SIMLER, *supra*, note 34, par. 327 ; GHESTIN, *supra*, note 35, par. 113 ; MAZEAUD, *supra*, note 36, par. 1344.

Celle-ci aurait pour effet de tout permettre au premier occupant, qui grèverait alors les fonds voisins d'une véritable servitude restreignant leur usage et exproprierait les occupants sans indemnité⁵⁵. Toutefois, si la jurisprudence est restée réservée quant à la pré-occupation individuelle, le législateur l'a officiellement reconnue dans certains cas bien précis⁵⁶.

La réceptivité personnelle de la victime tend à être prise en compte par le droit civil français⁵⁷. En effet, un bruit supporté par certains ne l'est pas forcément par quelqu'un d'autre, par exemple un malade. L'importance et la nature des troubles subis dépendent de la santé, de l'âge et de l'activité de la victime⁵⁸. Ainsi, bien qu'il soit plus sensible qu'une personne normale, un blanchisseur de toile dont l'activité est particulièrement atteinte par les fumées d'une usine proche est en droit de se plaindre⁵⁹. Toutefois, pour Mazeaud, si la réceptivité de la victime est due à une faute de celle-ci, le critère de la personne raisonnable s'applique⁶⁰. Par exemple, on pourra faire valoir une plus grande sensibilité en raison d'une blessure de guerre ; par contre, une réceptivité accrue due à de l'alcoolisme ne sera pas prise en compte.

B. Le seuil de normalité en common law canadienne

La *nuisance* privée peut être définie comme étant « [the] unlawful interference with a person's use or enjoyment of land, or some rights over, or in connection with it »⁶¹. Tout comme le trouble de voisinage en droit civil, il s'agit d'une responsabilité sans faute, et tous les citoyens doivent tolérer un certain niveau

55. TERRÉ et SIMLER, *ibid.* ; GHESTIN, *ibid.* ; MAZEAUD, *ibid.*

56. Voir notamment art. L 112-16 Code de la construction et de l'habitation : « Les dommages causés aux occupants d'un bâtiment par des nuisances dues à des activités agricoles, industrielles, artisanales, commerciales ou aéronautiques, n'entraînent pas droit à réparation lorsque le permis de construire afférent au bâtiment exposé à ces nuisances a été demandé ou l'acte authentique constatant l'aliénation ou la prise de bail établi postérieurement à l'existence des activités les occasionnant dès lors que ces activités s'exercent en conformité avec les dispositions législatives ou réglementaires en vigueur et qu'elles se sont poursuivies dans les mêmes conditions. » Voir également TERRÉ et SIMLER, *ibid.* ; GHESTIN, *ibid.*

57. TERRÉ et SIMLER, *ibid.*, par. 328.

58. GHESTIN, *supra*, note 35, par. 111 ; TERRÉ et SIMLER, *ibid.*

59. MAZEAUD, *supra*, note 36, par. 1343.

60. *Ibid.*

61. WINFIELD and JOLOWITZ, *Tort*, 17^e éd., par William V.H. ROGERS, Londres, Sweet & Maxwell, 2006, p. 646.

de bruit, d'odeur ou de pollution⁶². Comme le remarque justement la professeure Emerich, le concept de *nuisance* de la common law est semblable à celui des troubles de voisinage du droit civil⁶³. Malgré plusieurs différences, bon nombre de critères utilisés pour apprécier le seuil de normalité sont ainsi similaires à ceux que l'on retrouve en droit civil. Ces critères doivent être considérés ensemble car aucun n'est déterminant par lui-même⁶⁴.

Trois critères intimement liés définissent la *nuisance* : la gravité, la récurrence et le type du préjudice⁶⁵. Tout d'abord, pour donner lieu à un recours, le trouble doit être intolérable pour une personne ordinaire⁶⁶. Il ne doit pas s'agir d'un trouble trivial, créant un léger inconfort ou affectant la tranquillité d'esprit du demandeur⁶⁷. De plus, la *nuisance* implique généralement un trouble continu ou fréquent. Le trouble doit persister pendant une longue durée pour être qualifié d'intolérable ; il ne doit pas s'agir d'un trouble occasionnel. La common law qualifie toutefois certains types de troubles isolés de *nuisance*⁶⁸. C'est par exemple le cas lorsqu'une substance pouvant se révéler dangereuse, telle que des eaux usées⁶⁹, de l'eau⁷⁰, du gaz⁷¹ ou du feu⁷², se répand sur le fonds voisin.

L'environnement local est également un critère pris en compte pour apprécier le seuil de normalité. D'une part, le seuil sera différent selon la situation des fonds par rapport au quartier dans lequel ils se trouvent⁷³. C'est ce que souligne notamment le

62. Philip H. OSBORNE, *The Law of Torts*, 4^e éd., Toronto, Irwin Law, 2011, p. 380 [OSBORNE].

63. EMERICH, *supra*, note 8, p. 11.

64. OSBORNE, *supra*, note 62, p. 380.

65. Allen M. LINDEN et Bruce FELDTHUSEN, *Canadian Tort Law*, 9^e éd., Toronto, LexisNexis Canada, 2011, p. 580 et s. [LINDEN et FELDTHUSEN] ; SALMOND et HEUSTON, 21^e éd., *The Law of Torts*, par R. HEUSTON et R. BUCKLEY, (1996) p. 56 [SALMOND].

66. OSBORNE, *supra*, note 62, p. 380 ; LINDEN et FELDTHUSEN, *supra*, note 65, p. 578.

67. LINDEN et FELDTHUSEN, *ibid.*, p. 580.

68. *Ibid.*, p. 583-84 ; SALMOND, *supra*, note 65, p. 56.

69. Voir par ex *Buyse v Shelburne (Town)*, [1984] 28 CCLT 1 (CS Ont).

70. *Canada (AG) v. Ottawa-Carleton (Regional Municipality)*, [1991] 5 OR (3d) 11 (CA) ; *Scarborough Golf & Country Club v. Scarborough*, [1986] 55 OR (2d) 193 (CS Ont).

71. *Midwood & Co. Ltd. v. Manchester Corp.*, [1905] 2 KB 597 ; *Northwestern Utilities Ltd. v. London Guarantee & Accident Co. Ltd.*, [1936] AC 108 (PC).

72. *Spicer v. Smee*, [1946] 1 All ER 498.

73. OSBORNE, *supra*, note 62, p 380-81 ; LINDEN et FELDTHUSEN, *supra*, note 65, p. 584 et s.

juge Thesinger dans *Sturges v. Bridgman* en mettant en exergue le contraste entre Belgrave Square, un quartier résidentiel tranquille de Londres, et la zone industrielle de Bermondsey : « what would be a nuisance in Belgrave Square would not necessarily be so in Bermondsey »⁷⁴. D'autre part, le moment de la journée ou de la semaine durant lequel le trouble se produit n'est pas indifférent⁷⁵. En revanche, la pré-occupation ne semble pas être prise en compte pour déterminer le seuil. Comme le remarque le juge McRuer, faisant siens les mots de Lord Halsbury, « [i]t is clear that whether the man went to the nuisance or the nuisance to the man, the rights are the same, and [...] the law of England has been settled, certainly for more than 200 year »⁷⁶. Enfin, il convient de noter que pour pallier à la variabilité des usages locaux et à l'évolution des quartiers, les tribunaux tentent d'isoler une petite zone autour des fonds en question afin d'en déterminer le seuil de normalité qui s'y applique⁷⁷.

La *nuisance* est appréciée selon le critère de la personne raisonnable, ne laissant guerre de place à la prise en compte d'une réceptivité plus grande du demandeur⁷⁸. Ainsi, une sensibilité anormale, due par exemple à de l'asthme⁷⁹ ou à des allergies⁸⁰, peut même être utilisée comme une défense par l'auteur des troubles. Une telle défense ne peut évidemment pas être invoquée si elle génère un préjudice qui aurait été intolérable pour une personne normale⁸¹. Elle n'est pas non plus disponible pour le défendeur qui était facilement en mesure de suspendre ses activités, ou bien de les conduire de façon à ne pas exposer le demandeur à un trouble auquel il était particulièrement sensible⁸².

74. *Sturges v. Bridgman*, [1879] 11 Ch D 852.

75. LINDEN et FELDTHUSEN, *supra*, note 65, p. 586-87 ; OSBORNE, *supra*, note 62, p. 382. Voir par ex. *Walker v. Pioneer Construction Co. (1967) Ltd.*, [1975] 8 OR (2d) 35 (H Ct J) ; *Popoff v. Krafczyk*, [1990] BCJ No. 1935 (SC), *Laing v. St. Thomas Dragway*, [2005] 30 CCLT (3d) 127.

76. *Russel Transport Ltd. v. Ontario Malleable Iron*, [1952] OR 621 (H Ct J) citant *Fleming et al. v. Hislop et al.*, [1886] 11 App Cas 686, 696.

77. LINDEN et FELDTHUSEN, *supra*, note 65, p. 585 ; McLAREN, « Nuisance in Canada », dans LINDEN (dir.), *Studies in Canadian Tort Law*, Toronto, Butterworths, 1968, p. 350 [McLAREN].

78. LINDEN et FELDTHUSEN, *ibid.*, p. 588-89 ; OSBORNE, *supra*, note 62, p. 384.

79. *O'Regan v. Bresson*, [1977] 3 CCLT 214 (CC NS).

80. *MacNeill v. Devon Lumber Co.*, [1987] 42 CCLT 192 (CA NB).

81. *McKinnon Industries Ltd. v. Walker*, [1951] 3 DLR 577 (PC), 581.

82. *MacGibbon v. Robinson*, [1953] 2 DLR 689 (CA BC) ; *Grandel v. Mason*, [1953] 1 R.C.S. 459.

L'auteur des troubles peut également faire l'objet d'un examen. Même si l'analyse dans une action en *nuisance* porte sur la mesure des inconvénients subis, la conduite du défendeur ne peut être ignorée et influence, dans une certaine mesure, la détermination du seuil. Toutes choses étant égales par ailleurs, le voisin qui utilise son fonds de façon raisonnable, en prenant toutes les précautions pour minimiser les troubles qu'il génère, sera traité avec plus d'indulgence que le voisin qui est indifférent au préjudice qu'il peut causer⁸³. Par ailleurs, la légalité de l'action dommageable, bien que n'étant pas une défense, n'est pas indifférente pour apprécier la limite de normalité des troubles⁸⁴. Enfin, l'utilité de l'activité du défendeur peut également avoir une certaine influence. La common law reconnaît que la construction et la réparation d'infrastructures, certaines opérations agricoles ou encore quelques activités industrielles et commerciales sont nécessaires au bien-être de la société⁸⁵. Les tribunaux mettent alors en balance l'utilité de l'activité du défendeur et les inconvénients qu'elle génère pour le demandeur⁸⁶.

III. MÉTHODOLOGIE

Afin d'établir la typologie des critères utilisés dans l'appréciation des inconvénients de voisinage, nous avons mené une analyse quantitative de ces troubles, venant appuyer les enseignements doctrinaux et jurisprudentiels auxquels nous nous référons. Cette section a pour objectif d'exposer la méthodologie suivie à cette fin.

Nous nous sommes intéressés à toutes les décisions des différentes cours – Cour du Québec, Cour supérieure, Cour d'appel et Cour suprême – qui comprennent une analyse du seuil édicté à l'article 976 C.c.Q. (voir en *annexe* pour une liste des cas inclus dans l'analyse quantitative). Nous avons exclu les décisions citant simplement cette disposition sans faire un examen de la limite de normalité. Nous avons également écarté les décisions dans lesquelles l'article 976 C.c.Q. n'est utilisé que pour vérifier « que les

83. OSBORNE, *supra*, note 62, p. 383 ; LINDEN et FELDTHUSEN, *supra*, note 65, p. 590-91. Voir par ex. : *Christey v. Davey*, [1893] 1 Ch 316.

84. OSBORNE, *ibid.*, p. 382.

85. *Ibid.*, p. 383 ; LINDEN et FELDTHUSEN, *supra*, note 65, p. 591.

86. LINDEN et FELDTHUSEN, *ibid.*, p. 580. Voir par ex. : *St. Pierre v. Ontario*, [1987] 1 R.C.S. 906.

faits allégués paraissent justifier les conclusions recherchées »⁸⁷. En effet, ces décisions, le plus souvent pour autoriser un recours collectif⁸⁸ ou pour accorder une injonction interlocutoire⁸⁹, reposent simplement sur l'apparence d'un droit.

La période des arrêts examinés s'étale de 2006 à 2012. Intégrer des jugements rendus en 2006 permet d'analyser les effets des arrêts de principe *Ciment du Saint-Laurent* et *Auberge du parc*, rendus respectivement en novembre 2008 et février 2009. Nous avons choisi de ne pas inclure les décisions antérieures à 2006, en raison de la confusion qui régnait à cette époque quant aux fondements de l'article 976 C.c.Q. De plus, les critères utilisés durant ces périodes plus anciennes ont, dans une certaine mesure, déjà été étudiés par la doctrine⁹⁰.

Pour chaque décision, nous avons relevé puis codé les critères utilisés pour déterminer le seuil de normalité que se doivent les voisins. Lorsque plusieurs troubles différents ont fait l'objet d'une analyse distincte dans un même arrêt, nous avons considéré qu'il s'agit de deux observations différentes. Cela permet de ne pas confondre des examens qui n'ont rien en commun, mis à part les parties en cause.

Une fois les données recueillies, nous avons construit deux échantillons différents (Tableau 1). Le premier permet de mener une analyse statique sur la période 2009-2012. Il offre un bon aperçu de l'état du droit actuel, les deux arrêts de principe *Ciment du Saint-Laurent* et *Auberge du parc* ayant été rendus au début de l'intervalle en question. Nous avons calculé la fréquence d'utilisation de chaque critère sur l'ensemble de la période. Nous avons ainsi effectué le rapport entre le nombre de fois où le critère en cause a été utilisé et le nombre de seuils de normalité déterminés pour la période.

87. Art. 1003 C.p.c.

88. *Ibid.*

89. Art. 752 C.p.c.

90. Voir notamment GAGNÉ, *supra*, note 9.

	Nombre de cas citant l'article 976 C.c.Q.	Nombre de cas conservés pour l'analyse quantitative	Nombre de seuils analysés
2006	30	9	11
2007	19	9	11
2008	17	10	10
2009	20	8	11
2010	19	6	7
2011	22	8	10
2012 (au 15 juillet)	8	3	3
Total – 2006-2012	135	53	63
Échantillon 1 – 2009-2012	69	25	31
Échantillon 2 – 2006-2011	127	50	60

*Tableau 1 : Description des données utilisées
dans l'analyse quantitative*

Le second échantillon permet quant à lui une étude dynamique s'étalant sur la période 2006-2011. Il facilite l'analyse des grandes tendances qui s'y sont dessinées, et notamment l'influence des deux arrêts de principe susmentionnés. À cette fin, nous avons obtenu la fréquence d'utilisation de chaque critère, non pas sur la période totale comme pour le premier échantillon, mais pour chaque année. Il convient de remarquer que nous avons exclu de cet échantillon les arrêts rendus en 2012. En effet, ceux-ci étant encore peu nombreux à l'heure où nous écrivons ces lignes, les fréquences d'utilisation des critères pour cette année risqueraient de biaiser les résultats.

IV. TYPOLOGIE DES CRITÈRES UTILISÉS

La présente section a pour objectif premier de donner un aperçu des critères utilisés de 2009 à 2012 dans l'évaluation du seuil de normalité (échantillon 1). Tel que mentionné plus haut, cette période fait suite à la clarification du régime de responsabilité par l'arrêt *Ciment du Saint-Laurent* et à l'identification, quelques mois plus tard, de plusieurs facteurs par la Cour d'appel dans *Auberge du parc*. En second lieu, cette section tente de relever les mutations principales qui se sont opérées entre 2006 et 2011 dans l'appréciation de la normalité des inconvénients (échantillon 2). À cette fin, une attention particulière sera portée à l'influence des deux arrêts de principe.

A. Une appréciation principalement subjective du juge du fond

Bien que l'article 976 C.c.Q. soit fondé sur une responsabilité objective n'ayant pas égard à la faute mais à la mesure des inconvénients subis, la détermination du seuil de normalité constitue avant tout un test subjectif⁹¹. Même si les critères employés se veulent objectifs, puisqu'appréciés selon le point de vue d'une personne raisonnable placée dans les mêmes circonstances que la victime⁹², le juge de première instance dispose d'un large pouvoir discrétionnaire. En effet, tout comme en droit civil français et en common law, il s'agit d'une question de fait, appréciée par le juge du fond selon les circonstances⁹³.

La quasi-totalité des seuils examinés par la jurisprudence reposent sur au moins un critère⁹⁴ et le large pouvoir discrétionnaire dont dispose le juge de première instance fait que les critères employés varient grandement d'une décision à l'autre⁹⁵ (Graphique 1). Cela tient en grande partie au fait que « la nature d'un

91. GODIN, *supra*, note 4, par. 42.

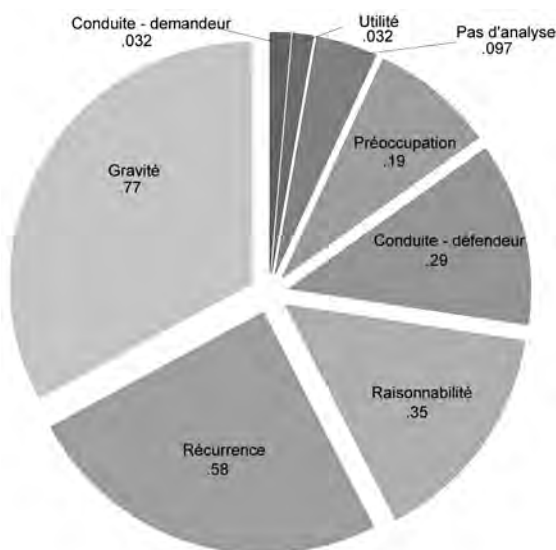
92. *Auberge du Parc*, *supra*, note 6, par. 23-26.

93. GODIN, *supra*, note 4, par. 43 ; FRENETTE, *supra*, note 8 ; ARBOUR et RACINE, *supra*, note 8, p. 334 ; LAFOND, 2009, *supra*, note 11, p. 402 ; LAFLAMME, *supra*, note 12, p. 244.

94. Sur la période 2009-2012, seul un petit nombre de causes se contente d'affirmer que les troubles sont ou ne sont pas anormaux. Voir notamment *Boivin c. Brabant*, 2011 QCCS 3153, par. 65.

95. ARBOUR et RACINE, *supra*, note 8, p. 334 ; GODIN, *supra*, note 4, par. 42.

immeuble peut être empreinte d'ambivalence »⁹⁶, et que l'environnement dans lequel se situent les fonds peut varier dans le temps et dans l'espace⁹⁷, comme l'attestent les transformations de quartiers industriels ou commerciaux en quartiers résidentiels. Signe de leur variabilité, les critères fournis par le législateur à l'article 976 C.c.Q. sont non exhaustifs et non impératifs : les tribunaux ne les emploient pas systématiquement et le droit prétorien en a mis en place d'autres, tels que le critère de raisonnable⁹⁸, le moment durant lequel le trouble se produit⁹⁹, ou encore la récurrence du trouble¹⁰⁰.



Graphique 1 : Fréquences d'utilisation des critères permettant d'évaluer le seuil de normalité (2009-2012)

96. FRENETTE, *supra*, note 8.

97. GODIN, *supra*, note 4, par. 42 ; FRENETTE, *ibid.* ; ARBOUR et RACINE, *supra*, note 8, p. 334.

98. Voir par ex. : *Daigle c. Caron*, 2006 QCCS 2605, par. 26 ; *Auberge du parc*, *supra*, note 6, par. 23-26.

99. Voir par ex. : *Krantz c. Québec (PG)*, 2006 QCCS 2143, par. 37 ; *Auberge du parc*, *ibid.*, par. 20 ; *Gornitsky v. Konarski*, 2010 QCCS 2547, par. 62 ; *Lapointe c. Lac-Sergent (Ville de)*, 2010 QCCS 4425, par. 59.

100. Voir par ex. : *Sirois c. Rosario Poirier inc.*, 2009 QCCQ 1303, par. 167-176 [*Sirois*] ; *Bastarache c. Bastarache*, 2009 QCCS 3347, par. 67 ; *Gestion Paroi inc. c. Gestion Gérard Furse inc.*, 2012 QCCS 901, par. 206 [*Gestion Paroi*].

La variabilité des approches suivies par les différents juges du fond se retrouve également dans les différentes étapes de la décision. Tout d'abord, et c'est ici l'objet principal de notre étude, les critères peuvent être examinés lors de la détermination du seuil de normalité. Ensuite, ils peuvent être utilisés comme moyens de défense. C'est par exemple le cas de la défense de l'autorisation législative, qui semble être acceptée tacitement par la Cour suprême dans l'affaire *Ciment du Saint-Laurent*¹⁰¹. En dernier lieu, certains critères peuvent aussi entrer en jeu lors de la détermination des dommages à payer¹⁰².

En dépit de l'étendue des approches employées par les juges du fond, il est intéressant de relever un phénomène constant : la détermination du seuil de normalité et l'appréciation de l'inconvénient subi en fonction de celui-ci sont en général conduites de pair, simultanément, et non de façon séquentielle comme l'on pourrait s'y attendre¹⁰³. Par ailleurs, certains critères sont utilisés plus fréquemment que d'autres. C'est notamment le cas des critères de raisonabilité, de gravité et de récurrence du trouble.

B. Le fil conducteur de l'analyse : le critère de raisonabilité

Les différents critères doivent être appréciés en fonction de ce qu'une personne raisonnable, placée dans les mêmes circonstances que la victime, considérerait comme normal ou anormal. La Cour d'appel, dans l'arrêt *Auberge du parc*, a confirmé l'importance d'une telle approche¹⁰⁴. Pour cela, elle fait référence à l'affaire *Daigle c. Caron*, qui, bien que portant sur une injonction

101. *Ciment du Saint-Laurent*, *supra*, note 3, par. 98 : La Cour suprême semble accepter tacitement l'existence de l'autorisation législative comme défense, lorsqu'elle affirme que « [l]a *Loi spéciale de CSL* ne comporte pas de dispositions suffisamment précises pour permettre de conclure que le droit de la responsabilité civile est écarté à l'égard de toutes les conséquences des activités de la cimenterie ». Voir à ce sujet FONTAINE, *supra*, note 4, p. 7 et s. ; GODIN, *supra*, note 4, par. 132.

102. Voir par ex. : *Larue c. TVA Productions inc.*, 2011 QCCS 5493 [TVA]. Le comportement du défendeur et celui du demandeur sont alors évoqués pour l'attribution des dommages.

103. FONTAINE, *supra*, note 4, p. 3 ; Louis-Paul CULLEN, « La responsabilité civile pour les troubles de voisinage », conférence prononcée dans le cadre des formations Insight, 10 mai 2006 [non publiée], cité dans *Auberge du Parc*, *supra*, note 6, par. 24 [CULLEN].

104. *Auberge du parc*, *supra*, note 6, par. 25-26. Voir aussi GODIN, *supra*, note 4, par. 43 ; CULLEN, *ibid.* ; *Daigle c. Caron*, *supra*, note 98 ; LAFOND, 2009, *supra*, note 11, p. 402.

interlocutoire, est souvent donnée en exemple d'une reconnaissance du critère de raisonnable. Elle s'est également appuyée sur une fine analyse de Louis-Paul Cullen, qui siège désormais à la Cour supérieure :

Dans chaque cas, pour décider si les inconvénients subis excèdent les limites de la tolérance, le tribunal doit [...] comparer les inconvénients invoqués aux inconvénients se situant à la limite de la tolérance que les voisins se doivent, à son avis, en semblables circonstances. La fixation de cette limite est laissée entièrement au jugement du tribunal. En l'absence de meilleur guide, il nous semble que le tribunal doit fixer la limite de la tolérance obligatoire en fonction d'une conduite jugée « raisonnable » de la part de la personne qui subit l'inconvénient, compte tenu des circonstances pertinentes.¹⁰⁵

Le critère de raisonnable sert donc de trame de fond à la détermination du seuil de normalité. Il permet également d'introduire une dose d'objectivité dans un exercice dans lequel le juge du fond possède un large pouvoir discrétionnaire¹⁰⁶.

Par corollaire, de même qu'en common law, la réceptivité du demandeur n'est pas prise en compte. Bien qu'accepté, dans une certaine mesure, en droit civil français, ce critère ne bénéficie pas d'une reconnaissance favorable de la part de la jurisprudence québécoise¹⁰⁷. Par exemple, la Cour supérieure, dans l'affaire *Caron c. Farina*, estime qu'il « est normal que les voisins, au sommeil sensible, puissent être réveillés, de temps en temps, par des bruits provenant de l'appartement situé au-dessus d'eux »¹⁰⁸.

Il est intéressant de nous arrêter sur l'évolution du critère de raisonnable durant ces dernières années (Graphique 2). Entre 2006 et 2008, ce critère a en effet été relativement peu exprimé, apparaissant dans moins de 20 % des seuils analysés par les différentes décisions. Toutefois, on ne peut exclure qu'il ait été implicitement pris en compte dans un nombre d'affaires plus important, en raison de l'importance que revêt ce critère en termes de troubles de voisinage et, plus généralement, en droit civil. Quoi qu'il en soit, en soulignant son importance, l'arrêt *Auberge du parc* a eu

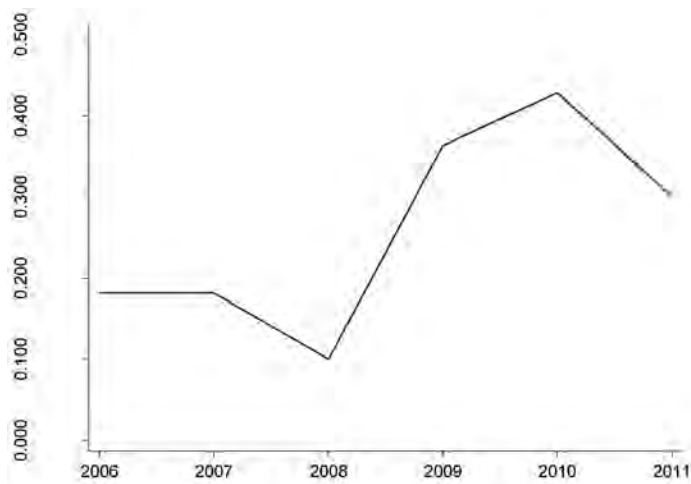
105. CULLEN, *ibid.*

106. *Ibid.* ; LAFOND, 2009, *supra*, note 12, p. 402.

107. *Lemelin c. Labrousse*, 2007 QCCS 5128, par. 41 ; *Gervais c. Harenclak*, 2006 QCCS 55, par. 82.

108. *Caron c. Farina*, 2009 QCCQ 3487, par. 156.

pour effet de rendre l'approche de la personne raisonnable plus présente dans les décisions qui ont suivi : La fréquence d'utilisation, au moins explicite, de ce critère a quasiment doublé depuis l'année 2009. Le critère de raisonnabilité est désormais le troisième le plus utilisé pour déterminer le seuil de normalité, derrière les deux critères déterminants que sont la gravité et la récurrence du trouble.



Graphique 2 : Fréquence d'utilisation du critère de raisonnabilité (2006-2011)

C. Deux critères centraux

De même qu'en droit civil français et en common law, la gravité et la récurrence sont les deux principaux critères utilisés en droit civil québécois pour apprécier le seuil de normalité. S'inspirant des auteurs français¹⁰⁹, Popovici a été l'un des premiers auteurs québécois à définir le trouble de voisinage comme étant un trouble à la fois grave et récurrent :

[P]our qu'il y ait un dommage anormal il faut qu'il soit assez sérieux : il faut qu'il ait atteint un certain seuil de gravité, justement celui où il devient « intolérable ». Mais il faut aussi déceler un

109. POPOVICI, *supra*, note 3, cite notamment Marcel WALINE, préface de Guy-Claude HENRIOT, *Le dommage anormal. Contribution à l'étude d'une responsabilité de structure*, Paris, Cujas, 1960, p. ix ; Philippe MALAURIE et Laurent AYNÈS, *Les obligations. Cours de droit civil*, t. 6, 6^e éd, Paris, Cujas, 1995.

certain caractère de récurrence, de continuité, de répétition, que le dommage soit sporadique ou permanent.¹¹⁰

Il convient de nous arrêter brièvement sur la différence, certes subtile, entre un inconvénient anormal, un inconvénient grave et un inconvénient intolérable. En effet, ces concepts étant proches et faciles à confondre, une clarification nous semble bienvenue aux fins de notre exercice. Ce qui est anormal est ce qui est contraire aux règles¹¹¹. Un inconvénient anormal est donc un inconvénient passant outre une certaine norme ou un certain seuil. Tel que nous l'enseigne Popovici¹¹², ce seuil est déterminé par la récurrence et par la gravité du trouble. Un inconvénient est qualifié de grave s'il a des conséquences fâcheuses, voire dangereuses¹¹³. Un certain niveau de gravité doit toutefois être atteint pour rendre le trouble anormal : le trouble doit être grave au point d'être intolérable, c'est-à-dire qu'il ne doit pas pouvoir être supporté¹¹⁴.

La définition faite par Popovici du trouble de voisinage a été abondamment reprise par la doctrine¹¹⁵. Elle implique que la récurrence et la gravité sont deux critères déterminants, car nécessaires pour qu'un trouble puisse être qualifié d'anormal. La jurisprudence met également ces deux critères au centre. Ainsi, sur la période 2009-2012, ils sont ceux qui apparaissent le plus fréquemment, intervenant dans respectivement 77 % et 58 % des seuils examinés (Graphique 1). De plus, ces facteurs sont principalement utilisés ensemble : lorsque l'un des critères est employé, l'autre l'est également dans 57 % des cas.

Il appert que les critères de gravité et de récurrence aient lentement consolidé leur présence au fil des ans (Graphique 3). On observe en effet une légère tendance à la hausse dans leur utilisation. Ainsi, alors que la gravité était utilisée dans un peu plus de la moitié des seuils en 2006, ce critère se retrouve aujourd'hui dans près de 80 % des seuils analysés. Bien que moins importante, une

110. POPOVICI, *ibid.*

111. Le Littré. Étymologiquement, anormal vient du latin *norma*, signifiant l'équerre mais aussi au sens figuré la règle, le modèle.

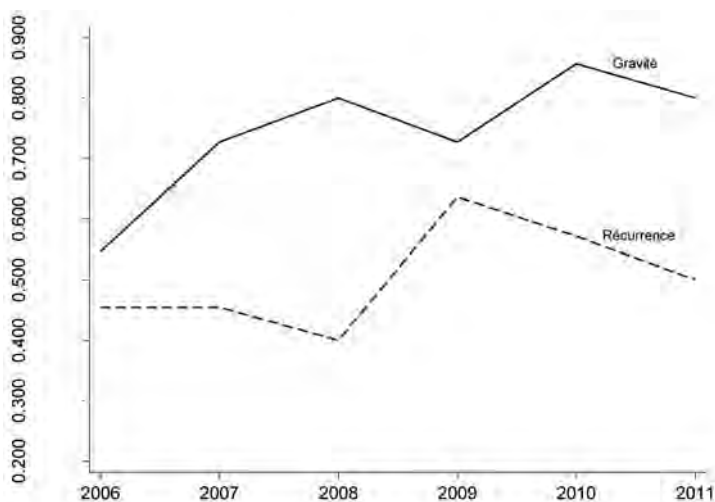
112. POPOVICI, *supra*, note 3.

113. Le Littré.

114. *Ibid.*

115. Voir par ex. : LAFLAMME, *supra*, note 13, p. 242 ; Pierre-Claude LAFOND, *Précis de droit des biens*, Montréal, Québec, Thémis, 1999, p. 406 ; FRENETTE, *supra*, note 9.

tendance similaire s'observe pour le critère de récurrence. Cela est, selon nous, le signe que la jurisprudence intègre progressivement le caractère déterminant de ces critères pour définir l'anormalité d'un trouble.



Graphique 3 : *Fréquence d'utilisation des critères de gravité et de récurrence (2006-2011)*

1. La récurrence

a. La répétitivité du trouble

Comme le souligne le professeur Popovici, pour être qualifié d'anormal, un trouble doit revêtir « un certain caractère de récurrence, de continuité, de répétition »¹¹⁶. Lucie Laflamme va même jusqu'à dire que l'une des différences entre l'abus de droit et les troubles de voisinage réside dans le fait que ceux-ci résultent le plus souvent d'événements répétitifs¹¹⁷. L'affaire *Bédard c. Moran* illustre fort bien cet aspect des troubles de voisinage. Dans cette affaire, les branches de l'arbre du défendeur recouvraient une partie du terrain voisin. La juge Geneviève Marcotte souligna que le caractère excessif des inconvénients subis avait trait, entre autres, à la continuité et à la répétitivité du trouble. Les deman-

116. POPOVICI, *supra*, note 2.

117. LAFLAMME, *supra*, note 12, p. 238.

deurs voyaient en effet leur sol « recouvert de boue en *permanence* en raison de la forte humidité découlant du manque de luminosité »¹¹⁸. Ils devaient par ailleurs « *constamment* nettoyer leur cour où les feuilles s'accumul[aient] »¹¹⁹ [nos italiques].

Des faits isolés ou occasionnels peuvent en revanche sérieusement entraver les chances de succès d'un recours. Le professeur François Frenette remarque que « le trouble de voisinage ne peut [...] englober l'acte isolé, furtif, [...] et ce même si cet acte exprime l'exercice d'un attribut consacré de la propriété »¹²⁰. Lucie Laflamme ajoute que « [p]ris isolément, ces événements sont, la plupart du temps, insuffisants pour que la victime puisse saisir la justice afin d'obtenir réparation d'un dommage »¹²¹. Cette notion transparaît également dans la jurisprudence. Ainsi, dans *Sirois c. Rosario Poirier inc.*, un voisin se disait victime du bruit des camions qui accédaient à la cour d'une usine de transformation de bois. La Cour supérieure a conclu que des bruits incommodant la victime tout au plus quelques fois par mois, pour un total de 36 fois au cours d'une année, ne constituaient pas des troubles excessifs de voisinage¹²². De même, dans *Bastarache c. Bastarache*, les demandeurs se plaignaient, entre autres, du bruit causé par leurs voisins lors de la Fête des Pères. La Cour supérieure a déclaré à cet effet « qu'il est normal que les voisins acceptent *occasionnellement* les inconvénients normaux du voisinage lors d'une activité sociale et familiale à l'occasion d'un *événement spécial* comme la Fête des Pères »¹²³ [nos italiques].

b. La durée du trouble dans le temps

Tout comme en droit civil français¹²⁴ et en common law¹²⁵, le trouble doit, au delà de son caractère continu ou répétitif, s'étaler sur une durée assez longue pour être qualifié d'anormal. Le professeur François Frenette signale d'ailleurs que l'acte passager ne peut constituer un trouble anormal¹²⁶. L'affaire *Gestion Paroi inc.*

118. *Bedard c. Moran*, 2012 QCCS 1983, par. 100.

119. *Ibid.*, p. 103.

120. FRENETTE, *supra*, note 9.

121. LAFLAMME, *supra*, note 12, p. 238.

122. *Sirois*, *supra*, note 100, par. 167-76.

123. *Bastarache c. Bastarache*, *supra*, note 100, par. 65.

124. REBOUL-MAUPIN, *supra*, note 34, par. 351 ; GHESTIN, *supra*, note 35, par. 111.

125. OSBORNE, *supra*, note 62, p 381-82.

126. FRENETTE, *supra*, note 9.

c. *Gestion Gérard Furse inc.* illustre très bien cet aspect. Des voisins se plaignaient du bruit des courses de dragsters, de VTT et de motocross organisées par la défenderesse. Le juge Tôth souligna la répétitivité et la durée des inconvénients. En effet, le trouble se répétait toutes les fins de semaine, pendant six mois, sur une période s'étalant de la fin avril à la fin octobre¹²⁷.

2. La gravité

La gravité constitue la seconde composante principale du trouble de voisinage. Le demandeur doit être victime d'un préjudice « réel et sérieux »¹²⁸, et non pas de « la simple privation d'un avantage »¹²⁹, pour que le trouble puisse être qualifié d'intolérable. En effet, l'un des grands enseignements de l'article 976 C.c.Q. est l'obligation qu'ont les voisins de supporter certains inconvénients sans être indemnisés¹³⁰. Il existe en effet un « droit de nuire » du voisin tant que les inconvénients ne sont pas trop graves. Certains auteurs vont même jusqu'à parler d'expropriation partielle du droit de propriété du voisin¹³¹.

La gravité du trouble est appréciée non pas isolément, mais en relation avec d'autres facteurs¹³². De même qu'en droit français, nous estimons que ceux-ci doivent avoir trait au temps et au lieu¹³³ : les trois critères énoncés à l'article 976 C.c.Q. – la situation des fonds, leur nature et les usages locaux – auxquels il convient d'ajouter le moment durant lequel l'inconvénient a généralement lieu. Si la gravité, au même titre que la récurrence, est déterminante pour apprécier la normalité d'un trouble, nous ne croyons pas que les facteurs employés pour l'évaluer doivent également être décisifs. L'utilisation de ces facteurs varie en effet selon les circonstances. Pour déterminer le niveau de gravité du trouble, le juge du fond doit sélectionner ceux qui se prêtent le mieux à l'affaire et les pondérer en fonction des circonstances¹³⁴. Cela n'empêche toutefois pas les tribunaux d'utiliser certains facteurs plus fréquemment que d'autres (Graphique 4).

127. *Gestion Paroi*, *supra*, note 100, par. 206.

128. LAFLAMME, *supra*, note 12, p. 241.

129. GAGNÉ, *supra*, note 9, p. 77.

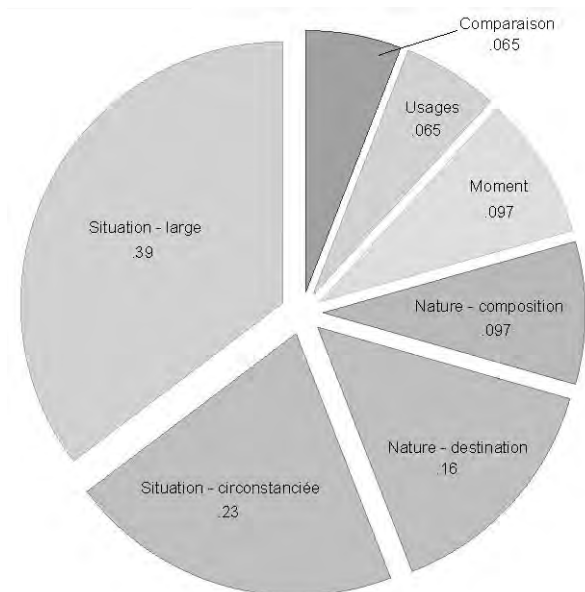
130. GODIN, *supra*, note 4, par. 40.

131. BLOCAILLE-BOULETEL, *supra*, note 47, par. 198.

132. GAGNÉ, *supra*, note 9, p. 78.

133. GHESTIN, *supra*, note 35, par. 111 ; TERRÉ et SIMLER, *supra*, note 34, par. 328 ; REBOUL-MAUPIN, *supra*, note 34, par. 352.

134. *Auberge du parc*, *supra*, note 6, par. 21 : la Cour d'appel approuve la pondération des critères faite par la Cour supérieure. Voir également FONTAINE, *supra*, note 4, p. 7.



Graphique 4 : Fréquence d'utilisation des facteurs utilisés pour apprécier la gravité (2009-2012)

a. La situation des fonds

La situation des fonds est le principal facteur employé par la jurisprudence pour apprécier le critère de gravité du trouble (Graphique 4). Ce facteur étant fourni par le législateur à l'article 976 C.c.Q., il est normal qu'il occupe une place de premier rang. En effet, ce critère est fondamental car il renvoie à l'environnement dans lequel se trouvent les fonds¹³⁵ et permet de déterminer le contexte dans lequel les droits des voisins évoluent¹³⁶. Comme le fait remarquer l'auteure française Nadège Reboul-Maupin, ce facteur peut être apprécié de deux façons¹³⁷ : il est possible d'évaluer la situation des fonds de façon large – en fonction du zonage ou du type de quartier – et de façon circonstanciée – en situant les fonds dans une zone plus restreinte.

135. LAFOND, *supra*, note 11, p. 400.

136. LAFLAMME, *supra*, note 12, p. 245 ; GAGNÉ, *supra*, note 9, p. 78.

137. REBOUL-MAUPIN, *supra*, note 34, par. 352.

i. Situation des fonds appréciée de façon large

D'une part, il est possible d'apprécier la gravité du trouble en fonction de la situation des fonds au sens large. Le type de quartier, voire le zonage¹³⁸, peuvent être des guides utiles. On distingue ainsi l'environnement urbain de l'environnement rural¹³⁹. Il est également fréquent d'examiner la gravité du trouble en fonction du caractère résidentiel¹⁴⁰, commercial¹⁴¹, agricole¹⁴², ou industriel¹⁴³ du quartier¹⁴⁴. Les exemples d'une telle utilisation de la situation des fonds sont nombreux. Par exemple, dans l'affaire *Auberge du parc*, la Cour d'appel souligna le zonage commercial de la majeure partie de la propriété de l'appelante et le fait qu'il « n'apparaît pas raisonnable d'exiger le silence absolu, même à la campagne »¹⁴⁵. De même, dans l'affaire *Gestion Gustave Brunet c. Martin Brunet*, la Cour supérieure devait décider, entre autres, si le bruit et l'achalandage liés à l'exploitation d'une entreprise causaient des troubles anormaux à un voisin. La juge Danielle Richer remarqua alors que le zonage industriel et commercial faisait que l'exploitation d'un commerce « entraîne plus d'inconvénients que ceux provenant d'une résidence privée »¹⁴⁶.

Cette approche présente toutefois des limites, notamment lorsque le quartier évolue. Il n'est pas rare de voir des quartiers industriels transformés en quartiers résidentiels¹⁴⁷, créant des conflits entre les droits des divers occupants¹⁴⁸. Le caractère

138. ARBOUR et RACINE, *supra*, note 8, p. 335.

139. GAGNÉ, *supra*, note 9, p. 78. Voir par ex. : *Bastarache c. Bastarache*, *supra*, note 100, par. 81 ; *Bergeron c. Simard*, 2009 QCCS 4240, par. 19.

140. *Popradi c. Do Rio*, 2011 QCCQ 15463, par. 79 ; *TVA*, *supra*, note 102, par. 197, 227-229, 342-343, 350 ; *Langlais c. Skulska*, 2010 QCCQ 10271, par. 251.

141. *Gouin-Roy c. St-Georges Chevrolet Pontiac Buick GMC inc.*, 2010 QCCS 5950, par. 97 [Gouin-Roy] ; *Gestion Gustave Brunet c. Martin Brunet*, 2010 QCCS 4850, par. 57 [Brunet].

142. *Tessier c. Martin Roy*, 2011 QCCQ 9284, par. 100 ; *Sirois*, *supra*, note 100, par. 174.

143. *Brunet*, *supra*, note 141, par. 57.

144. FRENETTE, *supra*, note 8 ; GAGNÉ, *supra*, note 9, p. 80-82.

145. *Auberge du parc*, *supra*, note 6, par. 20.

146. *Brunet*, *supra*, note 141, par. 57.

147. Par exemple, l'ancien quartier industriel de Griffintown à Montréal est présentement rénové pour être transformé en quartier résidentiel et commercial avec des espaces de bureaux. Voir à ce sujet Danielle BONNEAU, « Griffintown : l'effervescence à l'ombre des gratte-ciel », *La Presse* (12 décembre 2011) en ligne : <<http://maison.lapresse.ca/dossiers/region-de-montreal-des-quartiers-en-ebullition/201112/12/01-4477085-griffintown-leffervescence-a-lombre-des-gratte-ciel.php>>.

148. Voir par ex. : *Comité d'environnement de Ville Émard (C.E.V.E.) c. Domfer pour des métalliques ltée*, 2006 QCCA 1394, par. 124.

ambivalent du quartier rend alors difficile la qualification de la zone dans laquelle se trouvent les fonds¹⁴⁹. Du fait de la croissance rapide des villes, le même problème peut également se poser pour distinguer un environnement urbain d'un environnement rural.

ii. Situation des fonds appréciée de façon circonstanciée

D'autre part, la gravité du trouble peut être évaluée en fonction de la situation des fonds par rapport à un voisinage précisément identifié. La jurisprudence examine ainsi la proximité des fonds des parties entre eux¹⁵⁰ ou par rapport aux fonds alentours¹⁵¹. Elle considère également le rapport entre les fonds en cause et un élément naturel (tel que des arbres¹⁵², un parc¹⁵³ ou un terrain de chasse)¹⁵⁴, une infrastructure (par exemple une rue¹⁵⁵, une route¹⁵⁶, une autoroute¹⁵⁷, une station de métro¹⁵⁸, un chemin)¹⁵⁹ ou un ouvrage (une centrale électrique¹⁶⁰, une entreprise forestière¹⁶¹ ou bien un établissement d'enseignement)¹⁶² situés à proximité. Par exemple, dans *Desforges c. Archambault*, la Cour supérieure devait déterminer si accorder un droit de passage à des résidents pouvait générer des bruits entravant la tranquillité de voisins. La juge Capriolo remarqua que sur les terrains avoisinants se trouvaient une entreprise forestière, 18 chalets ainsi qu'un terrain de chasse. Faisant valoir que la coupe d'arbres et la chasse ne sont pas des activités silencieuses et que « le bruit des terrains avoisinants ne peut être restreint », elle estima que le bruit causé par l'utilisation du chemin n'excédait pas les bruits déjà existants.

149. FRENETTE, *supra*, note 8.

150. *Alain c. Wagner*, 2012 QCCS 109, par. 78 ; *Allard c. Richard*, 2011 QCCS 3913, par. 103 ; *Caron c. Farina*, *supra*, note 108, par. 152, 156 ; *Talbot c. Martinez*, 2009 QCCQ 1303, par. 96.

151. *Petrecca c. Théodore*, 2010 QCCS 5807, par. 56 ; *Bilodeau c. Chouik*, 2007 QCCS 2808, par. 57.

152. *Parizeau c. Beaubien*, 2006 QCCS 5329, par. 27.

153. *Ibid.*

154. *Desforges c. Archambault*, 2007 QCCS 3203, par. 25.

155. *Maxant v. Galati-Casullo*, 2007 QCCS 1597, par. 50.

156. *Sirois*, *supra*, note 100, par. 174.

157. *Maxant v. Galati-Casullo*, *supra*, note 155, par. 61-62.

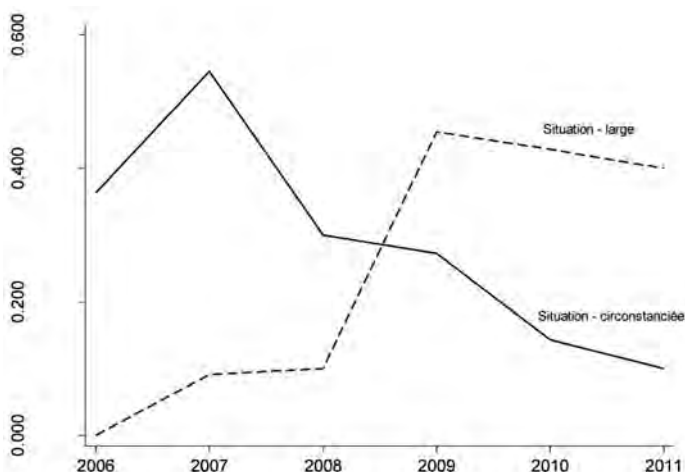
158. *Ibid.*

159. *Desforges c. Archambault*, *supra*, note 154, par. 25 ; *Gaudet c. P & B Entreprises ltée*, 2011 QCCS 5867, par. 56 [*Gaudet*].

160. *Gaudet*, *ibid.*, par. 47.

161. *Desforges c. Archambault*, *supra*, note 154, par. 25.

162. *Maxant v. Galati-Casullo*, *supra*, note 155, par. 61.



Graphique 5 : Situation des fonds appréciée de façon large et circonstanciée (2006-2011)

Comme le signalent plusieurs commentateurs de la common law, une telle approche, dans laquelle le juge cherche à caractériser une petite zone autour des fonds en question, permet de pallier aux limites d'une évaluation plus large lorsque les fonds se trouvent dans un quartier en transition¹⁶³. Néanmoins, une qualification du voisinage immédiat reste deux fois moins utilisée qu'une appréciation large. Il est intéressant de remarquer qu'il n'en a pas toujours été ainsi. Jusqu'en 2008, les tribunaux caractérisaient surtout la situation des fonds par rapport à l'environnement immédiat. La tendance s'est progressivement inversée au fil des ans (Graphique 5), suivant le mouvement contraire à celui adopté par la jurisprudence française¹⁶⁴.

b. La nature des fonds

La nature des fonds est le second facteur le plus utilisé pour apprécier la gravité du trouble. Il apparaît en effet dans plus d'un quart des affaires s'appuyant sur ce critère. Tout comme la situation des fonds, il est énoncé par l'article 976 C.c.Q. afin d'apprécier le contexte dans lequel le trouble a lieu. Il est généralement admis

163. LINDEN et FELDTHUSEN, *supra*, note 65, p. 585 ; McLAREN, *supra*, note 77, p. 350.

164. REBOUL-MAUPIN, *supra*, note 34, par. 352.

par la doctrine que la nature d'un fonds renvoie, d'une part, à sa composition et, d'autre part, à sa destination¹⁶⁵.

i. La composition des fonds

La composition du fonds touche aux éléments qui le constituent, à sa fermeté, à ses caractéristiques et, d'une certaine façon, à sa qualité. Ainsi, le caractère rocailleux¹⁶⁶ ou montagneux¹⁶⁷ d'un terrain, sa taille¹⁶⁸, la présence d'asphalte, de végétation¹⁶⁹ ou d'une falaise¹⁷⁰ sur le fonds permettent d'apprécier la gravité d'un inconvénient. Il en va de même pour le nivellement d'un terrain¹⁷¹, son ensoleillement naturel¹⁷², ou encore la présence de roches freinant la progression d'éventuels éboulements¹⁷³. Il est intéressant de remarquer que le législateur, à l'article 979 C.c.Q., a explicitement reconnu l'importance de la composition naturelle des fonds, puisqu'il est considéré normal pour un fonds inférieur de subir l'écoulement naturel des eaux provenant d'un fonds supérieur¹⁷⁴. D'autre part, nous croyons que l'on peut également inclure certains ouvrages, dans la mesure où ceux-ci font partie intégrante du fonds de terre. La superficie et la hauteur d'un bâtiment peuvent ainsi être examinées pour déterminer si la vue d'un voisin est obstruée¹⁷⁵. De même, la présence d'une piscine peut être considérée pour apprécier la composition d'un fonds : une telle construction nécessite un entretien régulier, atténuant de fait la gravité des inconvénients dus à la chute de feuilles et de fruits venant d'arbres du fonds voisin¹⁷⁶.

165. LAFOND, 2009, *supra*, note 11, p. 399 ; LAFLAMME, *supra*, note 12, p. 244.

166. *Trahan c. Toupin*, (1998) J.E. 98-1492 (C.Q.).

167. *Girouard c. Mont-Saint-Hilaire (Ville de)*, 2011 QCCS 4273, par. 137 [Girouard].

168. *Allard c. Richard*, *supra* note 150 au par. 10.

169. *Bilodeau c. Chouik*, *supra*, note 151, par. 133 ; *Samson c. Robitaille*, 2008 QCCQ 1447, par. 56-57.

170. *D'Avignon c. Grondin*, 2008 QCCQ 2641, par. 18.

171. *Fradet c. Beaulieu*, 2008 QCCS 2388, par. 57, 60 ; *Petrecca c. Théodore*, *supra*, note 151, par. 55.

172. *Bilodeau c. Chouik*, *supra*, note 151, par. 14.

173. *Girouard*, *supra*, note 167, par. 137.

174. Art. 979 C.c.Q. Voir LAFOND, 2009, *supra*, note 11, p. 399. Voir également *Evers c. Paquet*, 2006 QCCS 5237.

175. *Larouche c. Scierie Arthur Gauthier ltée*, 2006 QCCS 614, par. 99 [Scierie Arthur Gauthier].

176. *Bérubé c. Pitre*, 2007 QCCQ 13507, par. 43.

ii. La destination des fonds

La vocation ou l'utilisation effective est un élément important pour qualifier la nature du fonds, et donc le niveau de gravité du trouble. En effet, ce facteur intervient dans un sixième des déterminations de seuil, soit dans près de deux tiers des situations faisant appel à la nature des fonds (Graphique 4). Selon ce critère, les rapports de voisinage sont examinés différemment selon la destination des fonds en cause¹⁷⁷. La professeure Lucie Laflamme fait remarquer que le législateur envisage d'ailleurs cela dans la *Loi sur la protection du territoire et des activités agricoles*¹⁷⁸. En effet, un fonds destiné à l'agriculture bénéficie d'une certaine immunité quant aux poussières, bruits et odeurs qu'il génère, pour autant que les activités s'exercent dans le cadre des lois et règlements applicables¹⁷⁹. La jurisprudence reconnaît également qu'un fonds voué au commerce (par exemple la restauration¹⁸⁰, l'exploitation d'un bar¹⁸¹, ou la vente de bois)¹⁸², à des activités agricoles¹⁸³, industrielles¹⁸⁴ ou à un usage résidentiel¹⁸⁵ pourra causer des inconvénients spécifiques à son utilisation que doivent tolérer, dans une certaine mesure, les voisins. L'intensification de l'exploitation¹⁸⁶ et la diversification des activités entreprises par le propriétaire ou l'occupant d'un fonds¹⁸⁷ sont également considérées. Enfin, comme l'a justement suggéré la juge Line Samoisette, la destination et la situation des fonds doivent être examinées de façon conjointe¹⁸⁸. Cette approche rejoint la recommandation de l'auteur français Jacques Ghestin, selon laquelle il faut tenir compte de l'exploitation normale des fonds

177. LAFLAMME, *supra*, note 12, p. 244 ; LAFOND, 2009, *supra*, note 11, p. 399.

178. LAFLAMME, *ibid*.

179. L.R.Q., c. P-41.1, art. 79.17 et s. [L.P.T.A.A.]. Voir à ce sujet GODIN, *supra*, note 4, par. 115-17.

180. *Motard c. Lamothe*, 2011 QCCS 34, par. 149.

181. *Groupe Serge Lessard & Associés inc. c. Beaulieu*, 2008 QCCS 1302, par. 80 [Groupe Serge Lessard].

182. *Brunet, supra*, note 141, par. 56.

183. *Bastarache c. Bastarache, supra*, note 100, par. 80, 96-97.

184. *Scierie Arthur Gauthier, supra*, note 175, par. 98, 115.

185. *Caron c. Farina, supra*, note 108, par. 142.

186. *Johnston c. Au Gré des saisons inc.*, 2006 QCCS 2959, par. 41 [Johnston] ; *Scierie Arthur Gauthier, supra*, note 175, par. 115.

187. *Pièces d'autos usagées Léon Jacques & Fils inc. c. Bouchard*, 2009 QCCS 302, par. 60.

188. *Motard c. Lamothe, supra*, note 180, par. 149. La Cour supérieure déclare en effet : « Selon la preuve, le tribunal n'est pas convaincu que les inconvénients d'achalandage invoqués dépassent ce qui est raisonnable dans les circonstances pour un commerce de cette nature dans la zone en question. ». Voir également REBOUL-MAUPIN, *supra*, note 34, par. 352.

voisins pour apprécier les troubles de voisinage¹⁸⁹. Une telle approche, bien que marginale au vu de la jurisprudence, permet en effet, selon nous, de mieux apprécier la légitimité de l'utilisation d'un fonds.

Il convient de remarquer que la destination des fonds est un facteur difficile à qualifier lorsqu'un quartier se transforme ou possède un caractère ambivalent. Dans un tel cas, la vocation première peut être inappropriée : prenons par exemple le cas des habitations d'un quartier résidentiel dans lesquelles s'installent un nombre grandissant de commerces. De même, s'appuyer seulement sur l'utilisation effective ne peut être acceptable, car cela reviendrait à donner un pouvoir d'expropriation partielle au voisin choisissant de changer la destination d'un fonds¹⁹⁰. Une difficulté similaire survient lorsque l'on considère la multiplication des projets immobiliers à caractère mixte, par exemple à la fois résidentiels et commerciaux¹⁹¹.

c. Les usages locaux

Contrairement à la nature et à la situation des fonds, les usages locaux ne font pas référence à l'environnement « matériel » dans lequel les troubles ont lieu. Ils renvoient plutôt « au code de vie de la communauté environnante »¹⁹², « à l'environnement global ou collectif »¹⁹³ au sein duquel les voisins exercent leurs droits. Il est intéressant de remarquer qu'en conférant ainsi un aspect social à l'examen de la gravité du trouble, le facteur des usages locaux introduit la notion de comportement du défendeur. Il s'agit en effet de comparer l'action d'un individu à une pratique collective. Nous croyons toutefois qu'il serait erroné de voir dans ce facteur un écart à la responsabilité sans faute introduite par l'article 976 C.c.Q. Les usages locaux peuvent en effet être appréciés de façon objective, en se concentrant sur le résultat et non sur le comportement de l'auteur des troubles. Ainsi, dans l'affaire *Langlais*

189. GHESTIN, *supra*, note 35, par. 111.

190. Retenir uniquement la destination effective s'apparente à accepter la préoccupation individuelle qui, comme nous le verrons plus bas, a été rejetée en droit québécois. Voir à ce sujet l'arrêt *Auberge du parc*, *supra*, note 6.

191. Le 3 avril 2012, le maire de Montréal Gérald Tremblay a ainsi dévoilé de nouveaux projets immobiliers mixtes au centre-ville. Voir par exemple Valérie CARBONNEAU, « Ville-Marie toujours en essor », *La Métropole* (13 avril 2012) en ligne : <<http://www.lametropole.com/article/actualites/debats-montreal/ville-marie-toujours-en-essor>>.

192. LAFOND, 2009, *supra*, note 12, p. 401.

193. LAFLAMME, *supra*, note 13, p. 245.

c. *Skulska*, la Cour du Québec devait déterminer si la fumée qui s'échappait d'un chauffage à bois créait des inconvénients anormaux de voisinage. Le juge Buffoni remarqua que le même type de chauffage était utilisé par « plusieurs résidents du même quartier »¹⁹⁴ et rejeta le recours pour troubles de voisinage. De même, la Cour supérieure devait décider, dans l'affaire *Gornitsky v. Konarski*, de la normalité des inconvénients générés par les arbres du défendeur. Les demandeurs se plaignaient en effet de leur aspect inesthétique, de l'ombre qu'ils causaient et de la quantité d'épines qu'ils perdaient sur leur terrain. La juge Claude Dallaire a alors mis en avant le fait que l'espèce d'arbre en question ne se retrouvait nulle part à Dollard-des-Ormeaux et dans la ville de Montréal et qu'elle n'était pas recommandée dans les livres de paysagisme urbain¹⁹⁵.

Par ailleurs, bien que le facteur des usages locaux soit édicté à l'article 976 C.c.Q., les juges l'emploient peu pour déterminer la gravité des inconvénients : seulement 6,5 % des seuils analysés entre 2009 et 2012 le font intervenir (Graphique 4). Ce phénomène tient, selon nous, à la difficulté à définir les usages locaux. En effet, ces derniers varient grandement selon les quartiers et l'époque¹⁹⁶, rendant la preuve plus difficile à établir.

d. *Le moment durant lequel l'inconvénient a généralement lieu*

Tout comme en common law¹⁹⁷, le moment durant lequel un inconvénient a lieu est un facteur parfois utilisé par la jurisprudence civiliste québécoise pour apprécier la gravité. La Cour d'appel en approuve d'ailleurs l'utilisation dans l'arrêt *Auberge du parc*¹⁹⁸. Depuis cette décision, 10 % des seuils examinés considéraient ce facteur (Graphique 4). Il permet en effet de reconnaître que la gravité d'un trouble varie selon le moment de la journée¹⁹⁹, de la semaine²⁰⁰, ou de l'année²⁰¹ durant lequel il se produit. Bien que principalement utilisé afin d'apprécier la gravité d'un

194. *Langlais c. Skulska*, *supra*, note 140, par. 251.

195. *Gornitsky v. Konarski*, *supra*, note 99, par. 67.

196. GODIN, *supra*, note 4, par. 46.

197. Voir note 79.

198. *Auberge du parc*, *supra*, note 6, par. 20. Voir également FONTAINE, *supra*, note 4.

199. *Lapointe c. Lac-Sergent*, *supra*, note 99, par. 59 ; *Krantz c. Québec (PG)*, *supra*, note 99, par. 37.

200. *Gestion Paroi*, *supra*, note 100, par. 197 ; *Auberge du parc*, *supra*, note 6, par. 20.

201. *Gornitsky v. Konarski*, *supra*, note 99, par. 62 ; *Gestion Paroi*, *ibid.*, par. 202.

bruit²⁰², il peut également être employé pour évaluer des inconvénients ayant trait à la vue ou à l'ensoleillement²⁰³.

e. La gravité de l'inconvénient par rapport à celle d'un trouble déjà jugé normal

Dans certaines affaires, la gravité d'un inconvénient est évaluée en comparant l'inconvénient en question à un trouble qui a été jugé tolérable ou intolérable dans une décision antérieure. Bien qu'une telle appréciation reste marginale, il convient de la signaler. Ainsi, dans l'affaire *Motard c. Lamothe*, le bruit généré par le ventilateur d'un restaurant a été comparé à celui d'une thermopompe, un tel bruit ayant été précédemment jugé normal dans le cadre du voisinage²⁰⁴. De même, dans l'affaire *Raymond c. Goldberg*, le juge Mongeon eut à décider si la construction d'un étage supplémentaire à une maison causait un inconvénient anormal pour un voisin. Il remarqua qu'il ne peut y avoir de commune mesure entre la perte d'une partie de sa vue et la pollution causée par la cimenterie de l'affaire *Ciment du Saint-Laurent* ou les odeurs nauséabondes d'une écurie décrite dans *Drysdale c. Dugas*²⁰⁵. Toutefois, une telle approche ne prend pas en compte les particularités du contexte dans lequel l'inconvénient est subi et doit donc, selon nous, être proscrite.

D. Les critères satellites

Deux critères apparaissent régulièrement, sans toutefois être fondamentaux pour apprécier l'anormalité d'un trouble : la conduite du défendeur et la préexistence du trouble.

1. Le comportement du défendeur

Tout d'abord, on remarque qu'un nombre bien moins important de décisions faisant référence au comportement du défendeur sont rendues depuis 2009 (Graphique 6). C'est la preuve qu'en tranchant en faveur d'une responsabilité sans faute fondée sur les inconvénients subis, l'arrêt *Ciment du Saint-Laurent* a permis de

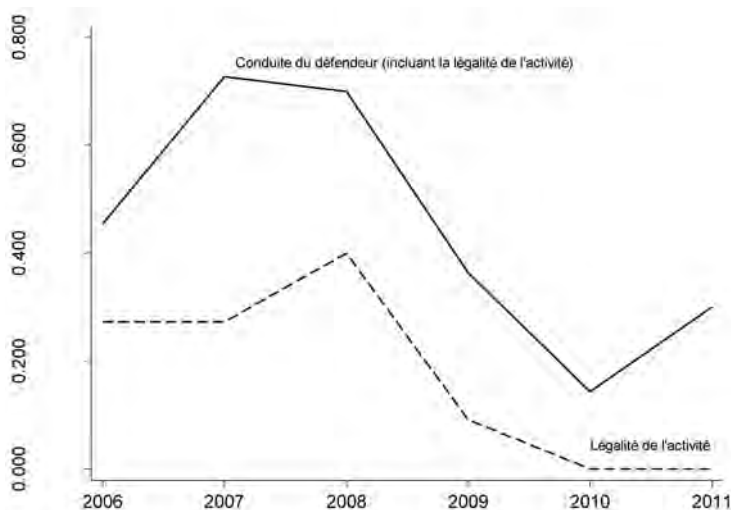
202. *Gestion Paroi*, *ibid.*, par. 197 ; *Auberge du parc*, *supra*, note 6, par. 20 ; *Lapointe c. Lac-Sergent*, *supra*, note 100, par. 59 ; *Krantz c. Québec (PG)*, *supra*, note 100, par. 37.

203. *Gornitsky v. Konarski*, *supra*, note 99, par. 62.

204. *Motard c. Lamothe*, *supra*, note 180, par. 151-152.

205. *Raymond c. Goldberg*, 2008 QCCS 5925, par. 234.

concentrer l'analyse sur le résultat plutôt que sur le comportement du défendeur²⁰⁶. Cette clarification va de pair avec une meilleure utilisation de l'article 976 C.c.Q. En effet, celui-ci est moins utilisé, les juges n'y faisant plus systématiquement appel pour ce qui est désormais clairement considéré comme un abus de droit ou une faute.



Graphique 6 : Fréquence d'utilisation de la conduite du défendeur, et notamment de la légalité de l'activité (2006-2011)

Toutefois, le comportement de l'auteur des troubles est encore considéré dans près de 30 % des seuils examinés entre 2009 et 2012 (Graphique 1), en plus d'être parfois pris en compte dans l'évaluation des dommages et intérêts²⁰⁷. Même si l'utilisation de ce critère est bien moins fréquente depuis 2009, il est intéressant d'observer une telle persistance. En effet, plusieurs arrêts²⁰⁸ scrutent toujours les efforts du défendeur pour « minimiser les inconvénients »²⁰⁹ causés, agir avec « diligence »²¹⁰ et dans « les règles de l'art »²¹¹. De même, plusieurs décisions ont toujours recours à la

206. *Ciment du Saint-Laurent*, *supra*, note 3, par. 86.

207. Voir par ex. : *TVA*, *supra*, note 102, par. 356-57.

208. *Motard c. Lamothe*, *supra*, note 180, par. 154 ; *Caron c. Farina*, *supra*, note 108, par. 149-50 ; *Talbot c. Martinez*, *supra*, note 150, par. 85 ; *Auberge du parc*, *supra*, note 6, par. 20.

209. *Bérubé c. Pitre*, *supra*, note 176, par. 73.

210. *Fradet c. Beaulieu*, *supra*, note 171, par. 56.

211. *Forget c. Carrière*, 2008 QCCS 6002, par. 58.

notion d'abus de droit ou à la faute pour évaluer la normalité des inconvénients en vertu de l'article 976 C.c.Q.²¹². Par exemple, dans l'affaire *Talbot c. Martinez*, la Cour supérieure discutait, entre autres, de l'anormalité des dommages dus à des travaux sur le fonds voisin. La faute des défendeurs y était notamment soulignée :

Même si l'intention des Talbot/Ramsay n'était pas de causer des dommages au pavé et à la clôture, en agissant comme ils l'ont fait, sans même donner un préavis aux Martinez/Brouillet, ils ont causé des dommages aux terrains (*sic*) et à la clôture de ces derniers, qu'ils ne pouvaient ignorer, dépassant, en autres (*sic*), la norme du raisonnable créant ainsi à ses voisins des inconvénient (*sic*) anormaux²¹³.

En revanche, la décision *Ciment du Saint-Laurent*²¹⁴ a marqué un véritable coup d'arrêt à l'emploi du critère de légalité pour déterminer le seuil de normalité (Graphique 6). Bien avant que cette décision ne soit rendue, la doctrine et la jurisprudence avaient admis que la légalité d'une activité – autorisation, permis, conformité aux lois et règlements – ne pouvait constituer une défense pour l'auteur des troubles²¹⁵. Cette règle générale demeurerait, en dépit des exceptions reconnues²¹⁶ et de certains

212. *Popradi c. Do Rio*, *supra*, note 140 ; *Brunet*, *supra*, note 141, par. 55 ; *Talbot c. Martinez*, *supra*, note 150, par. 99 ; *D'Avignon c. Grondin*, *supra*, note 170, par. 17 ; *Girouard*, *supra*, note 167, par. 138-139.

213. *Talbot c. Martinez*, *ibid.*, par. 99.

214. *Ciment du Saint-Laurent*, *supra*, note 3.

215. Pierre-Claude LAFOND, *Précis de droit des biens*, 2^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2007, par. 1121 ; GODIN, *supra*, note 4, par. 101 à 112 ; GAGNÉ, *supra*, note 9, p. 83 et s. ; LAFLAMME, *supra*, note 12, p. 250-51. Voir par ex. : *Lessard c. Bernard*, [1996] R.D.I. 210 ; *Coalition pour la protection de l'environnement du parc linéaire « Petit train du Nord » c. Laurentides (Municipalité régionale de comté)*, [2005] R.J.Q. 116.

216. Ces exceptions comprennent la doctrine de l'autorité législative, l'immunité des poursuites données par la législation, voire la création de servitude légale. La doctrine de l'autorité législative, issue de la *common law* anglaise, et reconnue en *common law* canadienne avec les arrêts *Tock c. St. John's Metropolitan Area Board*, [1989] 2 R.C.S. 1181, et *Ryan c. Victoria (Ville de)*, [1999] 1 R.C.S. 201, semble avoir été tacitement reconnu en droit québécois dans l'arrêt *Ciment du Saint-Laurent*, *supra*, note 3, par. 97 et 98. Voir à ce sujet GODIN, *supra*, note 5, par. 126 et s. ; Geneviève TÉTREAULT, « Le trouble de voisinage dans les méandres de la légalité : l'exemple du droit de l'environnement », (2011) 113 *R. du N.* 511. En ce qui concerne l'immunité des poursuites, voir GODIN, *supra*, note 4, par. 113 et s. La *Loi sur les véhicules hors route*, L.R.Q., c. V-1.2, art. 87.1 et la L.P.T.A.A., *supra*, note 179 fournissent chacune un exemple. Enfin, quant à la doctrine de la création de servitudes légales, voir GODIN, *supra*, note 4, par. 122 et s. Voir aussi *Regroupement des citoyens du quartier St-Georges inc. c. Alcoa Canada ltée*, 2007 QCCS 2691 ; *Association des résidents riverains de la Lièvre inc. c. Québec (PG)*, 2008 QCCS 5701.

arrêts²¹⁷ et commentaires²¹⁸ qui la tempéraient. Si elle ne pouvait constituer une excuse, la légalité de l'activité intervenait toutefois fréquemment dans la détermination du seuil de normalité²¹⁹. L'arrêt *Groupe Serge Lessard & Associés inc. c. Beaulieu* en fournit une excellente illustration. Dans cette affaire, la demanderesse se plaignait du bruit généré par l'exploitation d'un bar voisin. Le juge Bouchard remarqua que le défendeur avait installé illégalement une toiture munie de quatre haut-parleurs sur sa terrasse, ce qui avait pour effet d'accentuer les inconvénients subis par la demanderesse. Il conclut que « la demanderesse n'a pas l'obligation en tant que voisin de tolérer une situation illégale si celle-ci lui cause des inconvénients »²²⁰. L'utilisation de la légalité pour évaluer la normalité a toutefois pris fin avec le rejet par la Cour suprême d'un régime de responsabilité fondée sur la faute dans l'affaire *Ciment du Saint-Laurent*²²¹. Ainsi, en l'étendant aux cas où la légalité n'est utilisée que comme un critère parmi d'autres pour apprécier la normalité, cet arrêt a renforcé la règle générale selon laquelle elle ne peut constituer une défense, sans néanmoins remettre en cause les exceptions déjà établies²²². Ainsi, depuis 2009, seule une décision a fait référence à la légalité de l'activité dans l'appréciation de la normalité, en l'occurrence l'arrêt *Auberge du parc*²²³.

Comme le remarque François Fontaine²²⁴, ce dernier arrêt approuve l'utilisation par le juge de première instance de plusieurs critères visant le comportement de l'auteur des incon-

217. Ainsi, dans l'arrêt *Gestion Serge Lafrenière c. Calvé*, [1999] R.J.Q. 1313, un voisin se plaignait du fait que le ministère de l'Environnement ait autorisé l'agrandissement d'une pisciculture, en dépit de la grande quantité de phosphore déversée dans le lac Heney qui en découlait. La Cour d'appel a accueilli en partie la demande d'injonction interlocutoire, ce qui pouvait être interprété comme un argument en faveur de la règle générale selon laquelle la légalité de l'activité ne suffit pas à écarter la responsabilité. Toutefois, dans un *obiter*, le juge Gendreau écrivait que la *Loi sur la qualité de l'environnement* devrait avoir préséance sur le droit privé, à moins qu'il n'y ait pas de norme objective précise imposée par la règle législative. Voir à ce sujet, GODIN, *ibid.*, par. 106-07.

218. GAGNÉ, *supra*, note 9, p. 86-87.

219. Voir par ex. : *Bourgoin c. Corbeil*, 2008 QCCS 5502, par. 39, 40, 47 ; *Raymond c. Goldberg*, *supra*, note 205, par. 221, 229 ; *Entreprises Auberge du Parc limitée c. Site historique du Banc-de-pêche de Paspébiac*, 2007 QCCS 2220, par. 225, 232, 239 ; *Johnston*, *supra*, note 186, par. 45 ; *Gagné c. Bourbonnais*, 2006 QCCQ 305, par. 38.

220. *Groupe Serge Lessard*, *supra*, note 181, par. 84-85.

221. *Ciment du Saint-Laurent*, *supra*, note 3.

222. GODIN, *supra*, note 4, par. 134-35.

223. *Auberge du parc*, *supra*, note 6, par. 20.

224. FONTAINE, *supra*, note 4, p. 6-7.

vénients, tels que la légalité des activités et les améliorations entreprises pour diminuer les troubles causés²²⁵. Il souligne qu'il existe une incohérence entre l'approche de la Cour d'appel dans l'arrêt *Auberge du parc* et le principe d'une responsabilité sans faute fondé sur la mesure des inconvénients subis²²⁶. Il propose toutefois de réconcilier les deux arrêts : si la légalité de l'activité et les efforts pour minimiser les inconvénients ne peuvent constituer une défense, et donc être décisifs, la conduite du défendeur reste « un facteur, parmi d'autres, pertinent à l'identification de [la] norme de tolérance »²²⁷. Cette approche a le mérite d'être compatible avec la remarque de Michel Gagné, selon laquelle les juges ne peuvent pas faire complètement abstraction de la conduite du défendeur lorsqu'ils déterminent si un inconvénient peut être qualifié d'excessif²²⁸.

Néanmoins, nous sommes d'avis que ce critère n'a pas sa place dans une appréciation reposant sur la mesure des inconvénients subis. En effet, l'article 976 C.c.Q. crée un régime autonome, « *sui generis*, fonctionnant sur ses bases propres »²²⁹, « sans qu'il soit nécessaire de recourir à la notion d'abus de droit ou au régime général de la responsabilité civile »²³⁰. Par suite, lorsque le juge du fond croit utile d'examiner la conduite du défendeur pour y rechercher une éventuelle faute, il dispose d'outils prévus spécifiquement à cet effet, tels que les articles 7 C.c.Q. et 1457 C.c.Q. Il ne lui est nullement nécessaire de faire référence au « régime de responsabilité sans faute fondé sur l'article 976 C.c.Q. »²³¹. Pis, comme le souligne le professeur Benoît Moore, recourir à la notion de faute est critiquable, « la condition légale de l'article 976 C.c.Q. n'étant pas en relation avec une conduite de l'homme, mais uniquement avec un résultat qui peut en être indépendant »²³².

2. La pré-occupation des lieux

L'antériorité d'un inconvénient ne peut constituer une défense. Cela reviendrait à permettre à l'auteur de troubles de

225. *Auberge du parc*, *supra*, note 6, par. 20.

226. *Ciment du Saint-Laurent*, *supra*, note 3.

227. FONTAINE, *supra*, note 4, p. 7.

228. Voir également LAFLAMME, *supra*, note 12, p. 252-253.

229. GODIN, *supra*, note 4, par. 47.

230. *Ciment du Saint-Laurent*, *supra*, note 3, par. 86. Voir également Benoît MOORE, « La théorie des sources des obligations : éclatement d'une classification », (2002) 36 *R.J.T.* 689, par. 35-36, 40 [MOORE].

231. *Ciment du Saint-Laurent*, *ibid.*

232. MOORE, *supra*, note 230.

voisinage de grever les héritages voisins d'une servitude réelle en restreignant leur usage et constituerait une expropriation partielle sans indemnité²³³. De même, comme le souligne la Cour d'appel dans l'arrêt *Auberge du parc*, l'antériorité de l'installation d'un occupant n'entraîne pas la conservation parfaite de son environnement :

Le fonds de l'appelante ne bénéficie pas d'un droit acquis à ce que la situation du voisinage demeure inchangée. L'appelante n'a pas acquis le droit à la préservation intégrale de son environnement, du fait de l'antériorité de son établissement de santé et de thalassothérapie. [...] Ainsi, le voisinage peut occasionner de nouveaux inconvénients avec lesquels il faudra composer lorsque ces inconvénients peuvent être qualifiés de normaux pour le voisinage.²³⁴

Toutefois, dans ce même arrêt, la Cour d'appel reconnaît que la pré-occupation des lieux dont se prévaudrait un voisin – pour justifier un trouble existant ou pour empêcher la survenance de troubles dus à un nouvel arrivant – n'est pas indifférente. En effet, elle est prise en compte dans l'appréciation de la normalité du trouble de voisinage :

L'antériorité d'un usage fait partie intégrante de l'examen contextuel requis dans les circonstances. La personne qui décide de vivre à proximité d'une source d'inconvénients connue accepte, dans une certaine mesure, les inconvénients normaux de l'environnement où elle s'établit. À l'inverse, la personne qui crée une nouvelle source d'inconvénients dans un milieu résidentiel paisible pourra se voir reprocher de détériorer la qualité du milieu où elle s'installe et d'abuser de son droit de propriété.²³⁵

Plus particulièrement, il semblerait que la pré-occupation soit de plus en plus considérée pour évaluer la gravité de l'inconvénient. Le professeur Lafond l'évoque d'ailleurs lorsqu'il traite de la situation des fonds²³⁶. La jurisprudence, quant à elle, la rattache tantôt aux usages locaux²³⁷, tantôt à la situation des fonds²³⁸, deux facteurs permettant d'apprécier la gravité d'un trouble. En faisant ainsi intervenir la pré-occupation des lieux

233. GODIN, *supra*, note 4, par. 45.

234. *Auberge du parc*, *supra*, note 6, par. 15-16.

235. *Auberge du parc*, *ibid.*, par. 18.

236. LAFOND, 2009, *supra*, note 11, p. 400.

237. *Maxant v. Galati-Casullo*, *supra*, note 155, par. 58-61 ; *Émond c. St-Adolphe-d'Howard (Municipalité de)*, 2011 QCCA 1307, par. 252 [Émond] ; *D'Avignon c. Grondin*, *supra*, note 170, par. 19.

238. *Gouin-Roy*, *supra*, note 141, par. 96 ; *Brunet*, *supra*, note 141, par. 51.

pour déterminer le seuil de normalité, il se pourrait que l'on assiste à l'émergence d'un nouveau courant jurisprudentiel. En effet, pendant de nombreuses années, ce critère était surtout employé pour évaluer les dommages, une fois l'anormalité des troubles établie²³⁹. En revanche, près de 20 % des seuils examinés entre 2009 et 2012 en tiennent compte (Graphique 1). Il sera intéressant d'observer durant les années à venir si ce changement d'approche se confirme.

Tout comme en droit jurisprudentiel français, la pré-occupation collective semble recevoir un bien meilleur accueil que la pré-occupation individuelle pour examiner le seuil de normalité. Ainsi, la quasi-totalité des décisions rendues depuis 2009 qui emploient le critère de l'antériorité d'une occupation des lieux, s'appuie sur la pré-occupation collective²⁴⁰. Par exemple, dans l'affaire *Gouin-Roy c. St-Georges Chevrolet Pontiac Buick GMC inc.*, la demanderesse se plaignait d'un éclairage de soir et de nuit excessif de la part des commerces des défendeurs. Le juge Michaud remarqua alors que la demanderesse a acheté sa propriété en connaissance de cause puisqu'elle est située à la limite d'une zone commerciale dans laquelle de tels éclairages sont normaux²⁴¹.

E. Les critères marginaux

1. Le comportement du demandeur

Le comportement de la victime peut parfois être scruté pour déterminer le seuil de normalité. Ainsi, dans l'affaire *Bégin c. Vermette*, la Cour du Québec a conclu que les inconvénients n'étaient pas excessifs, notamment en raison du comportement des demandeurs qui « se sont fait eux-mêmes justice »²⁴². De telles décisions restent néanmoins isolées²⁴³ : La faute ou les efforts de

239. GAGNÉ, *supra*, note 9, p. 89 ; GODIN, *supra*, note 4, par. 45 ; LAFLAMME, *supra*, note 12, p. 251, Jean-Louis BAUDOUIN et Patrice DESLAURIERS, *La responsabilité civile*, 7^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007, n° 1-241 ; *Gourdeau c. Letellier de St-Just* [2002] R.D.I. 236 ; *Samson c. Dion*, 2006 QCCQ 2152, par. 30-32.

240. Voir par ex. : *Gouin-Roy*, *supra*, note 141, par. 96 ; *Brunet*, *supra*, note 141, par. 51 ; *Émond*, *supra*, note 237, par. 252.

241. *Gouin-Roy*, *ibid.*, par. 96.

242. *Bégin c. Vermette*, 2012 QCCQ 1499, par. 59-60.

243. *Fradet c. Beaulieu*, *supra*, note 171, par. 53-54, 56 ; *Maxant v. Galati-Casullo*, *supra*, note 155, par. 43.

la victime pour minimiser les dommages subis sont surtout utilisés pour fixer le quantum des dommages²⁴⁴ ; le comportement du demandeur n'intervient que dans 3 % des seuils examinés entre 2009 et 2012 (Graphique 1).

2. *L'utilité de l'activité du défendeur pour la société*

L'effet bénéfique que peut avoir l'activité du défendeur sur la société est un critère issu principalement de la common law²⁴⁵. Comme le remarque Michel Gagné, cet argument trouve un certain écho auprès des tribunaux, notamment lorsque l'auteur du trouble fournit un service public ou est nécessaire à l'économie d'une ville ou d'une région²⁴⁶. La Cour d'appel, dans l'arrêt *Auberge du parc*, approuve d'ailleurs ce critère en reconnaissant « les investissements effectués et l'ambiance unique créée [par le demandeur] dans un coin de pays magnifique »²⁴⁷. Il s'agit toutefois d'un critère encore peu usité, ce qui est regrettable dans la mesure où il permet de mettre en balance les bénéfices et les coûts d'une activité pour la société²⁴⁸.

CONCLUSION : VERS UN TEST DES TROUBLES DE VOISINAGE

Les arrêts de principe *Ciment du Saint-Laurent* et *Auberge du parc*, ne fournissant pas de méthodologie sur laquelle s'appuyer pour apprécier la normalité d'un inconvénient, cet article a tenté de hiérarchiser les différents critères et d'en relever les principales tendances qui se sont dessinées ces dernières années.

Plus particulièrement, le point de vue de la personne raisonnable sert de fil conducteur pour apprécier l'ensemble des critères permettant de déterminer le seuil de normalité. Il est davantage utilisé, ou du moins explicité, depuis l'arrêt *Auberge du parc*²⁴⁹. Deux critères sont déterminants en ce qu'ils définissent l'anor-

244. Voir par. ex. : *Forget c. Carrière*, *supra*, note 211, par. 60-68 ; *Bérubé c. Pitre*, *supra*, note 176, par. 40-43 ; *Parizeau c. Beaubien*, *supra*, note 152, par. 24-26 et 40-44 ; *Bergeron c. Simard*, *supra*, note 139, par. 22, 23, 27.

245. Voir *Osborne*, *supra*, note 62, p. 383 ; LINDEN et FELDTHUSEN, *supra*, note 65, p. 591.

246. GAGNÉ, *supra*, note 9, p. 91 et s.

247. *Auberge du parc*, *supra*, note 6, par. 20.

248. LINDEN et FELDTHUSEN, *supra*, note 65, p. 580. Voir par ex. : *St. Pierre v. Ontario*, [1987] 1 R.C.S. 906.

249. *Supra*, note 6.

malité d'un trouble : la récurrence et la gravité. Cette dernière peut être appréciée en fonction de diverses considérations de temps et de lieu. L'arrêt *Ciment du Saint-Laurent*, en rejetant la responsabilité fondée sur la faute²⁵⁰, a eu pour effet de réduire considérablement l'utilisation de l'examen du comportement du défendeur dans l'analyse du seuil. Toutefois, sans être décisif, ce critère peut encore avoir une certaine influence dans l'appréciation du seuil de normalité. Il en va de même de la préoccupation collective. En revanche, la conduite de la victime et l'utilité de l'activité du défendeur pour la collectivité restent marginaux.

Afin de clore cet article, nous suggérerons quelques pistes pour développer une méthodologie permettant d'apprécier la normalité des inconvénients de voisinage. François Fontaine a déjà proposé un test en deux étapes : dans un premier temps, il suggère de définir le voisinage en cause, pour, dans un deuxième temps, identifier la norme de tolérance applicable à ce voisinage²⁵¹. En nous appuyant sur les divers enseignements de notre étude, nous nous proposons d'enrichir et de préciser ce test. Nous estimons notamment que la méthodologie à suivre doit s'articuler autour de l'examen de la récurrence et de la gravité, ces deux éléments définissant l'anormalité d'un inconvénient de voisinage²⁵².

1. **Récurrence du trouble** : Tout d'abord, il convient de déterminer si le trouble en question possède un caractère continu ou répétitif, et s'il s'étale sur une période suffisamment longue. La récurrence doit être appréciée de façon objective, en adoptant le point de vue d'une personne raisonnable placée dans les mêmes circonstances que la victime. Un examen du contexte peut alors être mené. Celui-ci n'a toutefois pas besoin d'être aussi approfondi que celui requis pour apprécier la gravité du trouble. Par ailleurs, il convient de souligner l'intérêt de considérer la récurrence en premier. En effet, en plus de son caractère déterminant, il est relativement aisé d'apprécier ce critère, notamment par comparaison avec l'évaluation de la gravité.

250. *Ciment du Saint-Laurent*, *supra*, note 3.

251. FONTAINE, *supra*, note 4, p. 2-3.

252. POPOVICI, *supra*, note 2.

2. Gravité de l'inconvénient : Si le critère de récurrence est retenu, l'examen de la gravité du trouble peut alors être entrepris. Deux étapes sont nécessaires à cela.
- a. Examen du voisinage : Lors de la première étape, il convient de qualifier le voisinage. Il s'agit de définir l'environnement local en considérant plusieurs éléments liés au temps et au lieu. Les trois facteurs énoncés à l'article 976 C.c.Q. – la nature, la situation des fonds, et les usages locaux – sont alors précieux pour cet exercice. Il est aussi possible de considérer le moment durant lequel le trouble se produit. La pré-occupation collective des lieux peut également éclairer, dans une certaine mesure, l'analyse du contexte dans lequel des inconvénients sont subis. En revanche, l'examen du comportement du défendeur doit être évité autant que possible, puisque l'article 976 C.c.Q. établit un régime de responsabilité sans faute. Il est laissé à la discrétion du juge du fond de choisir, en fonction des faits, parmi les facteurs de temps et de lieu disponibles, ceux qui sont le plus pertinents pour apprécier la gravité du trouble. Il lui revient également de pondérer les facteurs sélectionnés²⁵³.
- b. Niveau de gravité : Le voisinage défini, il devient plus aisé d'apprécier le seuil de gravité qui s'applique et de déterminer si les inconvénients en cause sont excessifs. À cette fin, il faut se demander si une personne raisonnable, placée dans les mêmes circonstances que celles de la victime, trouverait les inconvénients subis intolérables. Le niveau de gravité requis pour satisfaire le test est élevé : le trouble doit être insupportable ; il ne peut s'agir d'un simple inconfort.
3. Conclusion du test : Si le trouble en question est à la fois récurrent et grave, on peut conclure qu'il dépasse le seuil de normalité que se doivent les voisins, tel qu'énoncé par le législateur à l'article 976 C.c.Q.

Le test ébauché ci-dessus a pour objectif de donner au juriste des pistes de réflexion pour améliorer l'application de l'article 976 C.c.Q. et il est laissé au décideur et au commentateur le soin de le parfaire. Développer et affiner un tel outil permettrait en effet de réduire l'incertitude relative à l'appréciation des inconvénients de voisinage.

253. *Auberge du parc*, *supra*, note 6.

ANNEXE

Arrêts inclus dans l'analyse quantitative

9115-6869 Québec inc. c. Deneault, 2007 QCCS 716

Alain c. Wagner, 2012 QCCS 109

Allard c. Richard, 2011 QCCS 3913

Bastarache c. Bastarache, 2009 QCCS 3347

Bédard c. Moran, 2012 QCCS 1983

Bégin c. Vermette, 2012 QCCQ 1499

Belcourt c. Belhumeur, 2007 QCCS 3030

Bergeron c. Simard, 2009 QCCS 4240

Bérubé c. Pitre, 2007 QCCQ 13507

Bilodeau c. Chouik, 2007 QCCS 2808

Boivin c. Brabant, 2011 QCCS 3153

Boudreau v. Violo, 2007 QCCS 1082

Bourgoin c. Corbeil, 2008 QCCS 5502

Caron c. Farina, 2009 QCCQ 3487

Ciment du Saint-Laurent inc. c. Barrette, 2008 CSC 64

Côté c. 2629-0015 Québec inc., 2006 QCCS 5440

D'Avignon c. Grondin, 2008 QCCQ 2641

Desforges c. Archambault, 2007 QCCS 3203

Desrosiers & Perreault ltée c. Coopérative d'habitation Les Dames de cœur, 2008 QCCS 2992

Émond c. St-Adolphe-d'Howard (Municipalité de), 2009 QCCS 4132

Entreprises Auberge du Parc limitée c. Site historique du Banc-de-pêche de Paspébiac, 2007 QCCS 2220

Entreprises Auberge du parc ltée c. Site historique du Banc-de-pêche de Paspébiac, 2009 QCCA 257

Forget c. Carrière, 2008 QCCS 6002

Fradet c. Beaulieu, 2008 QCCS 2388

Gagné c. Bourbonnais, 2006 QCCQ 305

Gervais c. Harenclak, 2006 QCCS 55

Gestion Gustave Brunet c. Brunet, 2010 QCCS 4850

Girouard c. Mont-Saint-Hilaire (Ville de), 2011 QCCS 4273

Goneau c. Grégoire, 2006 QCCS 5669

Gornitsky c. Konarski, 2010 QCCS 2547

Gouin-Roy c. St-Georges Chevrolet Pontiac Buick GMC inc., 2010 QCCS 5950

Groupe Serge Lessard & Associés inc. c. Beaulieu, 2008 QCCS 1302

Guay c. Saguenay (Ville de), 2011 QCCS 7098

Langlais c. Skulska, 2010 QCCQ 10271

Lapointe c. Lac-Sergent (Ville de), 2010 QCCS 4425

Larouche c. Scierie Arthur Gauthier ltée, 2006 QCCS 614

Larue c. TVA Productions inc., 2011 QCCS 5493

Lemelin c. Labrousse, 2007 QCCS 5128

Maxant v. Galati-Casullo, 2007 QCCS 1597

Motard c. Lamothe, 2011 QCCS 34

Osadchuk c. Lussier, 2006 QCCQ 1246

Parizeau c. Beaubien, 2006 QCCS 5329

Petrecca c. Théodore, 2010 QCCS 5807

Pièces d'autos usagées Léon Jacques & Fils inc. c. Bouchard, 2009 QCCS 302

Popradi c. Do Rio, 2011 QCCQ 15463

Raymond c. Goldberg, 2008 QCCS 5925

Samson c. Dion, 2006 QCCQ 2152

Samson c. Robitaille, 2008 QCCQ 1447

Sirois c. Rosario Poirier inc., 2009 QCCQ 1303

Talbot c. Martinez, 2009 QCCS 549

Tessier c. Martin Roy, 2011 QCCQ 9284

Trépanier c. Rigaud (Municipalité de), 2006 QCCQ 5114

Valade c. Copps, 2008 QCCS 5722

Attention au gros lot ! – *Richard c. Time Inc.*

Mariève LACROIX

Résumé

Le 28 février 2012, la Cour suprême, dans un jugement unanime rédigé sous la plume des juges LeBel et Cromwell, *Richard c. Time Inc.*, a condamné Time Inc. et Time Consumer Marketing Inc. à une somme totale de 16 000 \$ pour avoir adopté des pratiques commerciales interdites. Des organisateurs de loteries publicitaires de type « sweepstake » doivent prendre garde de laisser croire faussement aux consommateurs qu'ils seront bénéficiaires de prix importants, voire de les déclarer millionnaires par des lettres leur annonçant un gros lot, dans le but de les inciter à s'abonner à l'un de leurs magazines ou services.

L'auteure propose d'abord un bref rappel de l'historique judiciaire de l'arrêt *Time Inc.* Elle discute ensuite des paramètres d'évaluation du caractère faux ou trompeur d'une représentation commerciale, laquelle sous-tend une réflexion axée sur l'identité du consommateur postulée par la Cour suprême (Partie I). Elle traite également des conditions d'ouverture des recours en dommages-intérêts prévus à l'article 272 de la *Loi sur la protection du consommateur*, ainsi que des modalités d'attribution et du quantum des dommages-intérêts punitifs (Partie II).

Attention au gros lot ! – *Richard c. Time Inc.*

Mariève LACROIX*

INTRODUCTION	151
I- LES PARAMÈTRES D'ÉVALUATION DU CARACTÈRE FAUX OU TROMPEUR D'UNE REPRÉSENTATION COMMERCIALE	154
A. L'énoncé des paramètres d'évaluation dans <i>Richard c. Time Inc.</i>	154
B. L'identité du consommateur confrontée au modèle de la personne raisonnable	155
II- LES CONDITIONS D'OUVERTURE DES RECOURS EN DOMMAGES-INTÉRÊTS PRÉVUS À L'ARTICLE 272 L.P.C.	161
A. L'énoncé des conditions d'ouverture des recours dans <i>Richard c. Time Inc.</i>	161
B. Les modalités d'attribution et le quantum des dommages-intérêts punitifs	167
CONCLUSION	173

* Avocate (LL.B. (Université de Montréal), LL.M. (Université de Montréal), Master 2 (Université Paris I – Panthéon-Sorbonne), LL.D. (Université Laval)). Professeure, Faculté de droit, section de droit civil, Université d'Ottawa. L'auteure tient à remercier chaleureusement Adrian Popovici, professeur émérite de la Faculté de droit de l'Université de Montréal et Wainwright Senior Fellow de l'Université McGill, pour les relectures attentives de ce commentaire jurisprudentiel.

INTRODUCTION

À la suite de l'arrêt de la Cour suprême dans *Richard c. Time Inc.*¹, rendu le 28 février 2012, des organisateurs de loteries publicitaires de type « sweepstake » doivent prendre garde de laisser croire faussement aux consommateurs qu'ils seront bénéficiaires de prix importants, voire de les déclarer millionnaires par des lettres leur annonçant un gros lot, dans le but de les inciter à s'abonner à l'un de leurs magazines ou services. Tel est l'avertissement envoyé par la Cour dans un jugement unanime² où elle condamne Time Inc. et Time Consumer Marketing Inc. (les intimées) pour avoir adopté des pratiques commerciales interdites, faisant croire à Jean-Marc Richard (l'appelant) qu'il était gagnant d'un prix en argent de 833 337 \$US dans un document intitulé « Avis officiel du concours Sweepstakes »³.

Lorsqu'on s'arrête sur la somme totale accordée (16 000 \$), on peut se demander si la portée du message n'est pas affaiblie... Outre un montant de 1 000 \$ en dommages-intérêts compensatoires pour réparer le préjudice moral subi, une somme de 15 000 \$ en dommages-intérêts punitifs a été accordée ; aura-t-elle véritablement un effet d'exemplarité et de dissuasion à l'égard de telles pratiques commerciales pour l'avenir ? Il est permis de soulever la question et d'entretenir un certain doute, en d'autres termes, un pyrrhonisme modéré.

Dans le contexte d'une campagne publicitaire commerciale qui, sans doute, n'a pas donné les résultats escomptés par ses auteurs, l'arrêt de la Cour suprême permet une interprétation téléologique d'une loi québécoise d'ordre public, la *Loi sur la protection du consommateur*⁴. Elle met de l'avant son objectif premier de protéger les consommateurs qui doivent agir avec les commer-

1. 2012 CSC 8.

2. Les juges LeBel et Cromwell ont rédigé les motifs. On peut signaler la rigueur de l'analyse et la clarté du langage qui en font un jugement d'une remarquable limpidité et dont on peut relever les vertus pédagogiques.

3. Ci-après « le Document ».

4. L.R.C., c. P-40.1, ci-après « L.p.c. ». Pour une étude historique du droit québécois de la consommation, voir Claude MASSE, « Fondement historique de l'évolution du droit québécois de la consommation », dans Pierre-Claude LAFOND (dir.), *Mélanges Claude Masse. En quête de justice et d'équité*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 37.

çants dans un climat de confiance plutôt que de méfiance. La finalité de prémunir les consommateurs contre les dangers de certaines méthodes publicitaires se dégage de façon patente. Il suffit, selon la Cour, de tenir compte de l'impression générale qui ressort après un premier contact complet avec la publicité et du sens littéral des mots employés afin d'évaluer son caractère faux ou trompeur. Dans la situation d'une publicité fausse ou trompeuse, si l'impression générale que la publicité est susceptible de donner chez le consommateur crédule et inexpérimenté est conforme à la réalité, il s'agit d'une pratique interdite.

Certes, ce test pave la voie à une sévérité accrue pesant sur les commerçants qui voudraient se prévaloir de publicités fausses ou trompeuses afin d'en retirer des bénéfices. L'identité du consommateur moyen est précisée : il n'est pas particulièrement aguerri pour déceler les faussetés ou les subtilités dans une publicité ; plus vulnérable, il est crédule.

Deux éléments de cet arrêt méritent une attention particulière, car ils peuvent prêter flanc à la critique. D'une part, l'identité du consommateur retenue est celle d'un consommateur moyen, crédule et inexpérimenté, afin d'évaluer si l'impression générale donnée par une représentation commerciale est fausse ou trompeuse. Il s'agit d'un abaissement du critère de la personne raisonnablement prudente et diligente.

D'autre part, au titre des dommages accordés, M. Richard reçoit un montant de 1 000 \$ pour compenser le préjudice moral subi. La Cour ajoute un montant de 15 000 \$ en dommages-intérêts punitifs. Si les dommages punitifs peuvent être accordés de façon autonome, selon l'article 272 L.p.c., en l'absence de toute réparation contractuelle ou de dommages-intérêts compensatoires, il est permis de relever leur quantum. Bien que caractérisé de « montant non négligeable »⁵ par la Cour, une somme de 15 000 \$ correspond plutôt, à notre avis, à une valeur *symbolique* susceptible de stigmatiser, de faire mal à la notoriété de Time Inc. et Time Consumer Marketing Inc.

* * *

5. *Richard c. Time Inc.*, préc., note 1, par. 214.

Un bref rappel de l'histoire judiciaire s'impose avant de discuter respectivement des paramètres d'évaluation du caractère faux ou trompeur d'une représentation commerciale (Partie I) et des conditions d'ouverture des recours en dommages-intérêts prévus à l'article 272 L.p.c. (Partie II).

Le 29 septembre 2000, M. Richard a déposé une requête introductive d'instance demandant à la Cour supérieure de le déclarer gagnant du prix en argent mentionné dans le Document et, subsidiairement, de condamner Time inc. et Time Consumer Marketing Inc. à des dommages-intérêts compensatoires et punitifs correspondant à la valeur du gros lot.

Sous la plume de la juge Cohen, la Cour supérieure⁶ a accueilli le recours en partie⁷. Rejetant la portion de l'action fondée sur la responsabilité contractuelle, elle a jugé que le Document contenait des représentations qui contrevenaient aux dispositions de la *Loi sur la protection du consommateur* sur les pratiques de commerce interdites et donnait ouverture aux sanctions civiles prévues à l'article 272 L.p.c. La juge a fixé à 1 000 \$ la valeur des dommages moraux subis par M. Richard, pour l'embarras auprès de son entourage et les troubles de sommeil. Elle a octroyé 100 000 \$ de dommages-intérêts punitifs.

En revanche, la Cour d'appel⁸ a accueilli l'appel au motif que le contenu du Document ne transgressait aucune prescription de la *Loi sur la protection du consommateur*. Il ne contenait pas de représentation fausse ou trompeuse pour un consommateur « moyennement intelligent, moyennement sceptique et moyennement curieux »⁹. La Cour d'appel a cassé la condamnation et rejeté en totalité le recours en dommages-intérêts compensatoires et punitifs, mais sans frais compte tenu de la nature du débat et de la nouveauté des questions en litige.

La Cour suprême situe le débat. Elle doit trancher si les intimes, en faisant parvenir à l'appelant le Document, se sont livrées à une pratique commerciale interdite par la *Loi sur la protection du consommateur*, et, dans l'affirmative, si l'appelant a le droit

6. [2007] R.J.Q. 2008 (C.S.) (j. Cohen).

7. *Richard c. Time Inc.*, préc., note 1, par. 15-24.

8. [2010] R.J.Q. 3 (C.A.) (j. Chamberland, Morin et Rochon ; les motifs sont rédigés par le juge Chamberland).

9. *Richard c. Time Inc.*, préc., note 1, par. 73.

d'obtenir des dommages-intérêts compensatoires et punitifs en vertu de l'article 272 L.p.c.¹⁰. Chacun de ces axes exige un traitement séparé.

I- LES PARAMÈTRES D'ÉVALUATION DU CARACTÈRE FAUX OU TROMPEUR D'UNE REPRÉSENTATION COMMERCIALE

A. L'énoncé des paramètres d'évaluation dans *Richard c. Time Inc.*

L'article 218 L.p.c. encadre l'application des dispositions de la *Loi sur la protection du consommateur* concernant les pratiques de commerce interdites. Il prescrit une méthode d'analyse déclinée en deux volets lorsque les tribunaux sont appelés à évaluer la véracité d'une représentation commerciale. La disposition se lit ainsi : « Pour déterminer si une représentation constitue une pratique interdite, il faut tenir compte de l'impression générale qu'elle donne et, s'il y a lieu, du sens littéral des termes qui y sont employés ».

La Cour précise le critère de la première impression. En ce qui concerne la publicité fausse ou trompeuse, l'impression générale correspond à celle « qui se dégage après un premier contact complet avec la publicité, et ce, à l'égard tant de sa facture visuelle que de la signification des mots employés »¹¹. Afin d'apprécier l'impression générale donnée par une représentation commerciale, la Cour identifie qui est le consommateur visé par l'article 218 L.p.c. Certes, les adjectifs qui renvoient au consommateur moyen varient d'une loi à l'autre en fonction de la diversité des réalités économiques ciblées par chaque loi et des objectifs qui lui sont propres¹². « L'essentiel », d'après la Cour, « ne réside pas dans ces épithètes, mais plutôt dans le choix du degré de discernement attendu du consommateur »¹³. Le dessein législatif de protéger les personnes vulnérables contre les dangers de certaines méthodes publicitaires milite pour que l'impression générale soit appréciée à l'aune d'un consommateur moyen, « crédule et inexpérimenté »¹⁴. Ce dernier ne prête rien de plus qu'une attention

10. *Ibid.*, par. 1.

11. *Ibid.*, par. 57.

12. *Ibid.*, par. 68.

13. *Ibid.*

14. *Ibid.*, par. 69. Voir la discussion qui s'ensuit aux paragraphes 70-78.

ordinaire à ce qui lui saute aux yeux lors d'un premier contact complet avec une publicité.

Une fois établie l'impression générale que la représentation est susceptible de donner chez un consommateur crédule et inexpérimenté – premier volet de l'analyse –, il faut s'interroger à savoir si elle est conforme à la réalité. Dans l'hypothèse où la réponse à cette question est négative, il y a commission d'une pratique interdite par le commerçant – second volet de l'analyse¹⁵.

En l'espèce, la Cour est d'opinion que le consommateur moyen, après une première lecture du Document, aurait eu l'impression générale que l'appelant détenait le numéro gagnant et qu'il lui suffisait de retourner le coupon-réponse afin que la procédure de réclamation s'enclenche. Le curieux assemblage d'affirmations et de restrictions que contient le Document n'est pas suffisamment clair et intelligible pour dissiper l'impression laissée par ses phrases prédominantes¹⁶. Il s'agit d'une représentation fausse et trompeuse au sens de l'article 219 L.p.c.¹⁷. Par ailleurs, les règles du concours n'apparaissaient pas toutes lors d'une première lecture du Document en contravention à l'article 228 L.p.c.¹⁸. En revanche, les intimées n'ont pas transgressé l'obligation contenue à l'alinéa 238c) L.p.c.¹⁹, car le Document ne contient aucune représentation fausse quant à leur statut ou identité.

Cette conclusion nécessite une réflexion axée sur l'identité du consommateur postulée.

B. L'identité du consommateur confrontée au modèle de la personne raisonnable

Si la Cour suprême poursuit un objectif social méritoire et tend impérativement à prévenir les dangers de certaines métho-

15. *Richard c. Time Inc.*, préc., note 1, par. 78.

16. *Ibid.*, par. 85-87.

17. L'article 219 L.p.c. se lit ainsi : « Aucun commerçant, fabricant ou publicitaire ne peut, par quelque moyen que ce soit, faire une représentation fausse ou trompeuse à un consommateur. »

18. L'article 228 L.p.c. se lit ainsi : « Aucun commerçant, fabricant ou publicitaire ne peut, dans une représentation qu'il fait à un consommateur, passer sous silence un fait important. »

19. L'article 238c) L.p.c. se lit ainsi : « Aucun commerçant, fabricant ou publicitaire ne peut faussement, par quelque moyen que ce soit : [...] c) déclarer comme sien un statut ou une identité. »

des publicitaires en protégeant les consommateurs, elle abaisse néanmoins le critère de la personne raisonnablement prudente et diligente, utilisé en droit commun de la responsabilité civile pour apprécier la conduite d'une personne. La faute s'évalue, en effet, suivant la comparaison avec le comportement que ne connaît pas le *bonus pater familias*, ancêtre du « bon père de famille »²⁰, en passant par l'« homme raisonnablement avisé et soucieux des intérêts d'autrui » et la « personne prudente et diligente », jusqu'à l'expression contemporaine de « personne raisonnable »²¹.

Il appartient au conformisme ambiant de définir ce critère de « raisonabilité »²². Tout comme les concepts flous qui constituent l'essence même du *Code civil du Québec*²³, il s'agit d'un critère à géométrie variable, susceptible d'applications jurisprudentielles multiples et sujet à l'exercice d'une discrétion judiciaire²⁴. À l'intérieur de ce cadre flou et fictif, la personne raisonnable demeure occulte, bien que les juristes la côtoient fréquemment. Louise Langevin en tente l'esquisse suivante : « Un trait du portrait-robot de la personne raisonnable demeure certain : elle doit connaître et respecter les valeurs et les principes des chartes, dont le principe d'égalité »²⁵. Il importe de se conformer à un comporte-

20. Alexandra POPOVICI, « Le bon père de famille », dans Benoît MOORE et Générosa BRAS MIRANDA (dir.), *Mélanges Adrian Popovici. Les couleurs du droit*, Montréal, Éditions Thémis, 2010, p. 125.

21. Han-Ru ZHOU, « Le test de la personne raisonnable en responsabilité civile », (2001) 61 *R. du B.* 451, 456.

22. Louise LANGEVIN, « Mythes et réalités : la personne raisonnable dans le livre « Des obligations » du *Code civil du Québec* », (2005) 46 *C. de D.* 353, 356.

23. QUÉBEC (Ministère de la Justice), *Commentaires du ministre de la Justice*, t. 1, Québec, Publications du Québec, 1993, p. VII : « Si le Code civil maintient, quant à certaines normes ou notions, un flou relatif, il traduit ainsi jusqu'à un certain point, les ambivalences et les intérêts diversifiés qui cohabitent dans la société. Il faut voir ces règles comme les pores par lesquels le code peut respirer, se vivifier et s'adapter par l'interprétation qui lui sera donnée suivant l'évolution de notre société. » Au regard de l'imprécision et de la rédaction législative, voir notamment Gérard CORNU, « Codification contemporaine : valeurs et langage », dans *Codification : valeurs et langage. Actes du Colloque international de droit civil comparé. Montréal, 1^{er}, 2 et 3 octobre 1981, Hôtel Méridien*, Québec, 1981, p. 31 ; Daniel JACOBY, « Doit-on légiférer par généralités ou doit-on tout dire ? », (1982) 13 *R.D.U.S.* 255 ; Mireille DELMAS-MARTY et Jean-François COSTE, « L'imprécis et l'incertain. Esquisse d'une recherche sur Logiques et droit », dans Danièle BOURCIER et Pierre MACKAY (dir.), *Lire le droit. Langue, texte, cognition*, coll. « Droit et Société », Paris, L.G.D.J., 1992, p. 109 ; Andrée BRUNET et Odile CHALLE, « La précision du langage des lois », dans Odile CHALLE (dir.), *Langue française spécialisée en Droit*, Paris, Economica, 2007, p. 21.

24. Pour des illustrations jurisprudentielles de l'application des principes moraux propres à chaque juge, voir *Œuvre des Terrains de jeux de Québec c. Cannon*, (1940) 69 B.R. 112 ; *Ouellet c. Cloutier*, [1947] R.C.S. 521 ; *O'Brien c. Procureur général de Québec*, [1961] R.C.S. 184 ; *L'Écuyer c. Quail*, [1991] R.R.A. 482 (C.A.).

25. L. LANGEVIN, préc., note 22, 377.

ment humain socialement acceptable, dans le respect des principes d'ordre public et de bonnes mœurs, comme substrats et standards d'une société.

Le droit civil québécois opte pour le modèle de référence du comportement adopté par un type abstrait. Une norme objective est nécessaire pour déterminer comment une personne raisonnable, d'intelligence moyenne et dont les valeurs morales correspondent à celles d'une personne ordinaire, placée dans la même situation au moment de l'acte négligent, se serait comportée. Il faut confronter la conduite observée à celle d'un individu raisonnable du même type sociologique et non à une entité idéale ou désincarnée, ou encore à un « parangon de vertus »²⁶. L'« homme » raisonnable est, de façon générale, un individu moyen, soit celui qui ne possède pas un courage achilléen, ni une force herculéenne. En common law, un principe similaire prévaut : pour juger s'il y a eu transgression du devoir de prudence (*duty of care*), on renvoie à la norme de diligence de la personne raisonnable (*reasonable man*)²⁷.

L'appréciation *in abstracto* doit néanmoins être relativisée. À certaines occasions et dans des circonstances externes don-

26. Philippe MALAURIE, Laurent AYNÈS et Philippe STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, 3^e éd., Paris, Defrénois, 2007, n° 53, p. 32.

27. Pour une description, peut-être la plus complète et la plus exacte de l'individu raisonnable dans la jurisprudence canadienne, voir celle du juge Laidlaw dans *Arland v. Taylor*, [1955] R.J.O. 131, 3 D.L.R. 358 (Ont. C.A.) : « Je ne tenterai pas de donner une définition exhaustive de la « personne raisonnable » dont nous parlons si souvent dans les poursuites pour négligence. Je dirai simplement qu'il s'agit d'une créature mythique du droit dont la conduite sert de norme que les tribunaux appliquent pour apprécier la conduite de toutes les autres personnes et juger si elle est acceptable ou non dans les circonstances particulières d'une affaire donnée. Il ne s'agit pas d'une créature extraordinaire ou inhabituelle ; elle n'est pas surhumaine ; on n'exige pas qu'elle fasse preuve de l'habileté la plus grande dont quiconque est capable ; il ne s'agit pas d'un génie capable d'accomplir des exploits inhabituels ou doté de pouvoirs de prévision inhabituels. Il s'agit d'une personne d'intelligence normale qui se conduit avec prudence. Elle ne fait rien que la personne prudente ne ferait pas et n'omet rien que la personne prudente ferait. Elle agit conformément à la pratique générale et reconnue. Sa conduite est guidée par les considérations qui régissent normalement la conduite des activités humaines. Sa conduite suit la norme « acceptée dans la collectivité par des personnes d'intelligence et de prudence normales. » [traduction française du Centre de traduction et de terminologie juridiques de Moncton] Par extension, voir *Sigerseth c. Pederson*, [1927] R.C.S. 342, 347 (j. Mignault) ; *Nova Mink Ltd. v. Trans-Canada Airlines*, [1951] 2 D.L.R. 241, 254 et 255 (Nova Scotia Sup. Crt) (j. MacDonald) ; *Thompson c. Fraser*, [1955] R.C.S. 419, 425 (j. Estey) : « Negligence is the failure to use the care a reasonable man would have exercised under the same or similar circumstances [...] ».

nées²⁸, les tribunaux peuvent conférer au type abstrait des caractéristiques particulières qui mènent à un renforcement ou à un assouplissement de la norme. Il en va notamment de formations professionnelles, de connaissances ou d'habiletés spécialisées détenues par un individu, ainsi que de ses caractéristiques physiques, dont l'âge et l'état mental.

Dans l'arrêt sous étude, la Cour adopte le critère du consommateur moyen inexpérimenté et peu averti ; norme comportementale infléchie en raison du statut de consommateur. En écartant le modèle d'appréciation du consommateur « moyennement intelligent, moyennement sceptique et moyennement curieux »²⁹, retenu par la Cour d'appel, il est permis d'y voir là un jugement réducteur. Le consommateur est un mineur, mais il n'est pas un minable... Comment concilier ces deux modèles de comparaison : du citoyen ordinaire – normalement prudent et diligent – au consommateur – crédule et inexpérimenté – lorsque confronté à une représentation commerciale ? L'arrimage entre le modèle d'appréciation dérivé du droit commun de la responsabilité civile, au *Code civil du Québec*³⁰, et le critère issu de la *Loi sur la protection du consommateur*³¹ semble délicat.

La réconciliation apparaît davantage périlleuse lorsqu'on considère le modèle du consommateur identifié par la Cour suprême dans l'arrêt *Dell Computer Corp.*³². Dans cette affaire,

28. Paul-André CRÉPEAU, *L'intensité de l'obligation juridique ou des obligations de diligence, de résultat et de garantie*, Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1989, p. 8 ; Jean-Louis BAUDOUIN et Patrice DESLAURIERS, *La responsabilité civile*, 7^e éd., vol. 1, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007, nos 1-190-1-197, p. 170-177. Voir également Nicholas KASIRER, « The infants as bon père de famille : « Objectively Wrongful Conduct » in the Civil Law Tradition », (1992) 40 *Am. J. Comp. L.* 343, 369 et s., nos 32 et s.

29. *Richard c. Time Inc.*, préc., note 1, par. 73 à 78, la Cour explique pourquoi le test retenu par la Cour d'appel comme le fait de définir le consommateur moyen comme « moyennement intelligent, moyennement sceptique et moyennement curieux » se concilie difficilement avec le libellé de l'article 218 L.p.c.

30. Art. 1457 C.c.Q.

31. Art. 272 L.p.c.

32. *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*, [2007] 2 R.C.S. 801 (J. Deschamps). Pour des commentaires en droit civil, en droit international privé et en droit de la procédure sur cet arrêt, voir notamment Alope CHATTERJEE, « Developments in the Law of Civil Procedure: The 2007-2008 Term », (2008) 43 S.C.L.R. (2d) 35, 36 et s. ; John C. KLEEFELD, « *Homo legislativus*: Missing Link in the Evolution of « Behaviour Modification » ? », (2011) 53 S.C.L.R. (2d) 179, 180 et s. ; Sébastien GRAMMOND, « Forum sur l'arrêt *Dell Computer*. Présentation », (2007) 37 *R.G.D.* 345 ; Pierre-Claude LAFOND, « L'arrêt *Dell Computer* et l'avenir du recours collectif au Québec : un pavé dans la mare de l'accès des consommateurs à la justice », (2007) 37 *R.G.D.* 357 ; Mistrale GOUDREAU, « À propos

l'une des questions consistait à déterminer dans quelle mesure une clause d'arbitrage, accessible au moyen d'un hyperlien figurant dans un contrat conclu par Internet, peut constituer une clause externe qui lie les parties³³. Un consommateur, qui accède directement à la page du site Internet de Dell et qui active l'hyperlien sur les conditions de vente, voit apparaître sur son écran la page où figure la clause d'arbitrage³⁴. Pour la Cour, « cette clause n'est pas plus difficile d'accès pour le consommateur que si on lui avait remis une copie papier de l'ensemble du contrat comportant des conditions de vente inscrites à l'endos de la première page du document »³⁵. Elle poursuit ainsi : « À mon avis, l'accès du consommateur à la clause d'arbitrage n'est pas entravé par la configuration de cette clause dont il peut lire le texte en cliquant une seule fois sur l'hyperlien menant aux conditions de vente. La clause d'arbitrage ne constitue donc pas une clause externe au sens du *Code civil du Québec* »³⁶. C'est là pousser la recherche du consommateur au-delà de la page d'accueil et requérir de lui une célérité accrue. N'est-ce pas une hausse du standard de la personne raisonnable ?

Sous le vocable d'un « individu moyen » qui se rapporte au modèle d'appréciation d'une norme comportementale, on peut relever une gradation en passant d'un consommateur inexpérimenté à une personne raisonnablement prudente et diligente, à

de l'affaire *Dell* : l'ordre public incompris », (2007) 37 *R.G.D.* 379 ; Brigitte LEFEBVRE, « L'affaire *Dell* : réflexions sous l'angle du droit civil », (2007) 37 *R.G.D.* 393 ; Vincent GAUTRAIS, « Le vouloir électronique selon l'affaire *Dell Computer* : dommage ! », (2007) 37 *R.G.D.* 407 ; Philippa LAWSON et Cintia ROSA DE LIMA, « “Browse-Wrap” Contracts and Unfair Terms: What the Supreme Court Missed in *Dell Computer Corporation v. Union des consommateurs et Dumoulin* », (2007) 37 *R.G.D.* 445 ; Geneviève SAUMIER, « La sphère d'application de l'article 3149 C.c.Q. et le consommateur québécois », (2007) 37 *R.G.D.* 463 ; Frédéric BACHAND et Pierre BIENVENU, « L'arrêt *Dell* et le contrôle de la compétence arbitrale au stade du renvoi à l'arbitrage », (2007) 37 *R.G.D.* 477 ; Élise POILLOT, « Regards européens sur la décision de la Cour suprême du Canada *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs et Dumoulin* », (2007) 37 *R.G.D.* 491.

33. Aucun argument précis n'a été apporté devant la Cour sur le caractère illisible ou incompréhensible de la clause d'arbitrage, selon l'article 1436 C.c.Q. Voir *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*, préc., note 32, par. 103.

34. *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*, préc., note 32, par. 100.

35. *Ibid.* Voir également par. 99 : « L'accès à la clause sur support électronique ne doit pas être plus difficile que l'accès à son équivalent sur support papier. Cet énoncé découle tant de l'interprétation de l'art. 1435 C.c.Q. que du principe d'équivalence fonctionnelle qui sous-tend la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information* [L.R.Q., c. C-1.1]. »

36. *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*, préc., note 32, par. 101.

un consommateur très méticuleux et détenant un sens critique aiguisé. On peut regretter un manque de cohérence.

Certes, le consommateur est dans une position d'inégalité face au commerçant et un climat de confiance doit être favorisé. La Cour signale en ce sens une volonté du législateur québécois de prémunir les personnes vulnérables contre les dangers de certaines méthodes publicitaires³⁷ dans la *Loi sur la protection du consommateur* en ces termes :

Ainsi, le concept de « consommateur moyen » n'évoque pas, en droit québécois de la consommation, la notion de personne raisonnablement prudente et diligente. Il renvoie encore moins à la notion de personne avertie. Afin de réaliser les objectifs de la L.p.c., les tribunaux considèrent que le consommateur moyen n'est pas particulièrement aguerri pour déceler les faussetés ou les subtilités dans une représentation commerciale.³⁸

Un individu entre-t-il pour autant dans la catégorie de « personne vulnérable » dès qu'il revêt le chapeau de consommateur ? C'est là postuler une notion large, voire (trop) extensible du caractère vulnérable d'un individu, du moins lorsqu'il est en face d'une publicité³⁹. Dans le langage courant, le caractère vulnérable renvoie à une personne menacée dans son intégrité physique ou psychologique⁴⁰. On peut penser notamment à l'âge, aux déficiences physiques ou mentales. Devant de telles caractéristiques, il est opportun de favoriser un assouplissement de la norme objective d'appréciation. En va-t-il de manière aussi radicale pour le consommateur, incapable, d'après la Cour, de faire la part des choses entre une publicité mensongère et une publicité véridique – de séparer le bon grain de l'ivraie ?

Il convient maintenant de s'attarder sur les conditions d'ouverture des recours en dommages-intérêts prévus à l'article 272 L.p.c., relevées par la Cour dans *Richard*.

37. *Richard c. Time Inc.*, préc., note 1, par. 72.

38. *Ibid.*, par. 71.

39. D'autant que la publicité est omniprésente dans la société. Tout individu est-il aussi un consommateur, lorsqu'il est bombardé de plusieurs centaines d'annonces publicitaires quotidiennement ?

40. *Le nouveau Petit Robert de la langue française* [en ligne] : « Qui peut être blessé, frappé par un mal physique.

II- LES CONDITIONS D'OUVERTURE DES RECOURS EN DOMMAGES-INTÉRÊTS PRÉVUS À L'ARTICLE 272 L.P.C.

A. L'énoncé des conditions d'ouverture des recours dans *Richard c. Time Inc.*

Le recours prévu à l'article 272 L.p.c. est fondé sur la prémisses que tout manquement à une obligation imposée par la loi entraîne l'application d'une présomption absolue de préjudice pour le consommateur⁴¹. Dans la mesure où un tel recours est ouvert au consommateur, une telle disposition allège son fardeau de preuve et permet au tribunal de lui accorder des dommages-intérêts visant à compenser tout préjudice résultant de cette faute⁴².

Le manquement par un commerçant ou un fabricant à une obligation visée par l'article 272 L.p.c. permet au consommateur de demander, sous réserve des autres recours prévus par la loi, diverses mesures de réparations contractuelles⁴³, sans préjudice de sa demande en dommages-intérêts compensatoires. Il peut exiger également des dommages-intérêts punitifs. Le législateur a voulu ainsi laisser au consommateur le choix de la sanction qu'il estime appropriée en réparation de son préjudice⁴⁴.

L'autonomie du recours en dommages-intérêts prévu à l'article 272 L.p.c. ne signifie pas que l'exercice de ce recours n'est assujéti à aucun encadrement juridique ; il doit obéir aux règles générales du droit civil québécois⁴⁵.

En l'absence d'une erreur manifeste et dominante dans l'appréciation de la preuve ou dans l'application des principes juridiques, l'octroi et le quantum des dommages moraux évalués à 1 000 \$ ne sont pas sujets à révision⁴⁶. Il n'est pas opportun d'en discuter ici.

41. *Richard c. Time Inc.*, préc., note 1, par. 123.

42. *Ibid.*, par. 128.

43. Les mesures de réparations contractuelles prévues à l'article 272, al. 1 L.p.c. sont : l'exécution de l'obligation ; l'autorisation de faire exécuter l'obligation aux frais du commerçant ou du fabricant ; la réduction de son obligation ; la résiliation du contrat ; la résolution du contrat ; ou la nullité du contrat.

44. *Richard c. Time Inc.*, préc., note 1, par. 125.

45. *Ibid.*, par. 126.

46. *Ibid.*, par. 142.

Les dommages-intérêts punitifs méritent cependant une attention toute particulière⁴⁷. La Cour traite respectivement du caractère autonome des dommages-intérêts punitifs, ainsi que des modalités qui balisent leur octroi, de façon générale et en vertu de l'article 272 L.p.c. Elle discute également du droit à des dommages-intérêts punitifs en l'instance et du quantum approprié en identifiant les paramètres d'évaluation et leur application à l'espèce. Il s'agit de relever les éléments saillants dans l'analyse de la Cour.

La Cour confirme l'autonomie des dommages-intérêts punitifs. En ce sens, son interprétation concorde avec celle adoptée dans l'arrêt *de Montigny c. Brossard (Succession)*⁴⁸. Dans cet arrêt, la Cour a affirmé que l'article 49, al. 2 de la *Charte des droits et libertés de la personne*⁴⁹ crée un droit autonome et distinct de demander des dommages-intérêts punitifs⁵⁰. Ainsi, le consommateur qui invoque l'article 272 L.p.c. peut également obtenir des dommages-intérêts punitifs, même s'il ne lui a pas été accordé en même temps une réparation contractuelle ou des dommages-

47. Pauline ROY, *Les dommages exemplaires en droit québécois : instrument de revalorisation de la responsabilité civile*, thèse de doctorat en droit, Université de Montréal, 1995 ; Claude DALLAIRE, *La mise en œuvre des dommages exemplaires sous le régime des chartes*, 2^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2003.

48. [2010] 3 R.C.S. 64. Pour des commentaires, voir notamment Nicholas RAFFERTY et Iwan SAUNDERS, « Developments in Contract and Tort Law: The 2010-2011 Term », (2011) 55 S.C.L.R. (2d) 193, 196-202 ; Adrian POPOVICI, « L'horreur à Brossard : *De Montigny c. Brossard*, 2010 CSC 51 », (2011) 89 R. du B. can. [en ligne] ; Sébastien GRAMMOND, « Un nouveau départ pour les dommages-intérêts punitifs », dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, *Congrès annuel du Barreau du Québec*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2011 [en ligne].

49. L.R.Q., c. C-12.

50. Dans *de Montigny c. Brossard (Succession)*, préc., note 48, la Cour estime qu'une portée trop large a été donnée à l'opinion majoritaire rédigée par le juge Gonthier dans l'affaire *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés*, [1996] 2 R.C.S. 345. Celle-ci écartait le recours de l'article 49, al. 2 dans les seuls cas visés par des régimes publics d'indemnisation, comme celui qui s'applique au Québec en matière de lésions professionnelles. Au paragraphe 45, la Cour précise ceci : « En dehors de ce contexte, rien n'empêche de reconnaître le caractère autonome des dommages exemplaires et, partant, de donner à cette mesure de redressement toute l'ampleur et la flexibilité que son incorporation à la Charte commande. En raison de son statut quasi constitutionnel, ce document, je le rappelle, a préséance, dans l'ordre normatif québécois, sur les règles de droit commun. Nier l'autonomie du droit à des dommages exemplaires conféré par la Charte en imposant à ceux qui l'invoquent le fardeau supplémentaire de démontrer d'abord qu'ils ont le droit d'exercer un recours dont ils ne veulent, ou ne peuvent pas, nécessairement se prévaloir revient à assujettir la mise en œuvre des droits et libertés que protège la Charte aux règles des recours de droit civil. Rien ne justifie que soit maintenu cet obstacle. »

intérêts compensatoires. Il faut rappeler ici que des dommages moraux de 1 000 \$ ont été accordés.

La Cour consacre par la suite quelques développements sur la disposition contenue à l'article 1621 C.c.Q. Qu'il soit permis de retracer la logique du raisonnement suivi et d'en bonifier l'analyse.

L'article 1621 C.c.Q. confère un caractère exceptionnel aux dommages-intérêts punitifs. Il n'élève pas ces dommages au rang de règle générale ; « il ne fait que consolider le droit existant en incorporant ce recours au droit commun »⁵¹. Le *Code civil du Québec* ne généralise donc pas le fondement de l'octroi des dommages punitifs, il se contente d'encadrer cette institution.

« Pas de texte, pas de dommages-intérêts punitifs », tel est le postulat de l'attribution des dommages punitifs, lesquels doivent être prévus par une disposition habilitante. Ils ne peuvent donc être accordés sur une base discrétionnaire. La nécessité d'un support législatif spécifique impose aux juges l'obligation de fonder la condamnation à des dommages-intérêts punitifs sur un texte de loi précis – en l'espèce, l'article 272 L.p.c. permet l'octroi de tels dommages.

Les dommages-intérêts punitifs ne visent pas à réparer le préjudice subi par la victime dans le passé, mais plutôt à dissuader l'auteur du fait dommageable dans le futur. Il faut regarder vers l'avenir et se détourner du passé. L'article 1621 C.c.Q. propose une orientation générale, tout en identifiant certains critères précis. Les modalités d'attribution des dommages-intérêts punitifs convergent, en vertu de l'alinéa premier de cette disposition, vers un objectif de prévention. Le montant attribué à titre de dommages-intérêts punitifs ne peut excéder la somme nécessaire pour remplir leur fonction préventive, c'est-à-dire décourager la répétition de comportements indésirables. Le quantum de tels dommages doit être intimement lié à leur justification. Il s'agit d'un appel à la modération.

La finalité principale de la condamnation à des dommages-intérêts punitifs, assortie d'une velléité punitive, renvoie à la

51. Pierre-Gabriel JOBIN, « Les dommages punitifs en droit québécois », dans Jean CALAIS-AULOY (dir.), *Études de droit de la consommation*, Paris, Dalloz, 2004, p. 537, p. 543.

prévention. Selon Pierre Pratte : « D'un double objectif de punition et de dissuasion, les dommages punitifs ont maintenant une seule fonction officielle : la prévention »⁵². En droit de la consommation et dans les faits en litige, la condamnation joue ainsi un rôle de dissuasion particulière et générale⁵³. Il est possible d'y juxtaposer le but de dénonciation, tel que relevé dans *de Montigny*⁵⁴. Cet objectif appuie l'utilité sociale que revêt une condamnation judiciaire et l'importance de cette intervention pour souligner le caractère particulièrement répréhensible de l'acte dans l'opinion de la justice. La dénonciation, qui sert à la fois les fonctions rétributive, utilitariste et déclaratoire du régime des dommages punitifs, contribue elle-même à l'efficacité du rôle préventif des dommages-intérêts punitifs.

Quant aux objectifs poursuivis par la *Loi sur la protection du consommateur*, la fonction essentiellement préventive des dispositions de la loi tend à rétablir un équilibre dans les relations entre les commerçants et le consommateur, ainsi qu'à éliminer les pratiques déloyales et trompeuses susceptibles de fausser l'information dont dispose le consommateur et de l'empêcher de faire des choix éclairés⁵⁵. Ces deux objectifs sont subsumés sous le principe de confiance qui doit présider à l'existence d'un marché efficient où le consommateur peut intervenir en toute confiance.

À la lueur de la finalité préventive affirmée tant par l'article 1621 C.c.Q. que dans la *Loi sur la protection du consommateur*, la Cour propose un critère de mise en œuvre du recours en domma-

52. Pierre PRATTE, « Le rôle des dommages punitifs en droit québécois », (1999) 59 *R. du B.* 445, 576.

53. On peut soulever l'incohérence sur le plan terminologique de l'expression « dommages-intérêts punitifs ». Si l'objectif essentiel est la prévention, pourquoi adjoindre le qualificatif « punitifs » aux dommages-intérêts ? Cela sous-tend une confusion des finalités poursuivies par le législateur québécois. Peut-être aurait-il été préférable de recourir à la notion ancienne, classique, de « dommages exemplaires », édictée par la Charte québécoise, avant 1999. Voir Daniel GARDNER, « Réflexions sur les dommages punitifs et exemplaires », (1998) 77 *R. du B. can.* 198, 203.

54. *de Montigny c. Brossard (Succession)*, préc., note 48, par. 53 : « Puisqu'il contribue autant que la punition et la dissuasion à l'objectif préventif que vise l'article 1621 C.c.Q., aucune raison ne justifie, à mon sens, le refus de reconnaître en droit civil québécois l'objectif de dénonciation des dommages exemplaires. Cette approche s'impose encore davantage lorsque l'enjeu est le respect des droits et libertés que garantit la Charte, un document représentant l'expression des valeurs les plus fondamentales de la société québécoise, comme son préambule l'affirme avec force. »

55. *Richard c. Time Inc.*, préc., note 1, par. 160-162.

ges-intérêts punitifs⁵⁶. Seules « les violations intentionnelles, malveillantes ou vexatoires, ainsi que la conduite marquée d'ignorance, d'insouciance ou de négligence sérieuse »⁵⁷ de la part d'un commerçant ou d'un fabricant à l'égard de ses obligations et des droits du consommateur peuvent entraîner l'octroi de dommages-intérêts punitifs. Par ailleurs, le tribunal doit étudier de façon globale le comportement du commerçant lors de la violation et après celle-ci avant d'accorder des dommages-intérêts punitifs⁵⁸. Dans l'instance, une condamnation à des dommages-intérêts punitifs se justifie selon la Cour⁵⁹.

Relativement au quantum accordé, la Cour est d'opinion qu'il y a lieu de réviser le montant de 100 000 \$ retenu par la juge de première instance, en présence d'une erreur de droit sérieuse dans l'évaluation. Bien que la première juge n'ait pas erré en concluant que les intimées avaient distribué un grand nombre d'envois postaux à plusieurs consommateurs québécois et que l'organisation de ces concours publicitaires soit lucrative, elle a commis une erreur en considérant, dans son évaluation du quantum approprié des dommages-intérêts punitifs, la *Charte de la langue française*⁶⁰, ainsi que la situation patrimoniale des intimées⁶¹.

La Cour signale les critères qui guident le tribunal au chapitre de l'évaluation des dommages-intérêts punitifs. Poursuivant une lecture exégétique des critères édictés à l'alinéa second de l'article 1621 C.c.Q., congruents pour une sanction à vocation préventive, la Cour relève notamment la gravité de la faute du débi-

56. Avant de proposer un critère de mise en œuvre du recours en dommages-intérêts punitifs, la Cour passe en revue les différents critères qui peuvent gouverner l'attribution de dommages-intérêts punitifs sous le régime de la *Loi sur la protection du consommateur*, puisque l'examen de la jurisprudence laisse un degré significatif d'incertitude sur le sujet. Ces critères sont issus de courants jurisprudentiels et doctrinaux nettement divergents. Selon un premier courant, la démonstration d'une conduite intentionnelle ou empreinte de mauvaise foi ou encore la preuve d'une faute lourde ou de comportements similaires est requise pour l'octroi de dommages-intérêts punitifs. Selon un deuxième courant, le simple constat d'un manquement à une obligation imposée par la *Loi sur la protection du consommateur* suffit à l'octroi de dommages-intérêts punitifs. Selon un troisième courant, la preuve d'une certaine mesure d'insouciance du commerçant ou du fabricant face à la loi et au comportement qu'elle cherche à réprimer justifie une condamnation à des dommages-intérêts punitifs (par. 163-174).

57. *Richard c. Time Inc.*, préc., note 1, par. 180.

58. *Ibid.*, par. 180.

59. *Ibid.*, par. 181-184.

60. L.R.Q., c. C-11.

61. *Richard c. Time Inc.*, préc., note 1, par. 198.

teur, sa situation patrimoniale ou l'étendue de la réparation à laquelle il est déjà tenu envers le créancier, ainsi que, le cas échéant, le fait que la prise en charge du paiement réparateur est, en tout ou en partie, assumée par un tiers⁶².

La Cour identifie au surplus d'autres critères, mentionnés dans la jurisprudence québécoise ou tirés de la common law⁶³, qui peuvent influencer sur la détermination du quantum des dommages-intérêts punitifs en fonction des circonstances de chaque affaire⁶⁴. L'expression « toutes les circonstances appropriées » et l'adverbe « notamment » à l'article 1621, al. 2 C.c.Q. appuient la prétention que la liste ne peut être exhaustive⁶⁵.

En l'espèce, la Cour conclut que les intimées ont commis une violation intentionnelle et calculée de la *Loi sur la protection du consommateur*, qui pouvait affecter un grand nombre de consommateurs. À titre de facteur aggravant, les intimées n'ont pas adopté de mesures correctives après la plainte de l'appelant afin de rendre leurs publicités claires ou conformes à la lettre et à l'esprit de la loi⁶⁶.

En revanche, la Cour relève que l'impact de la faute commise par les intimées sur l'appelant demeure assez limité, même s'il n'est pas négligeable, et que l'attitude de celui-ci n'est pas étrangère aux dimensions que ce litige a prises.

62. Art. 1621, al. 2 C.c.Q. tel que relevé dans *Richard c. Time Inc.*, préc., note 1, par. 199.

63. La Cour signale en ce sens l'arrêt *Whiten c. Pilot Insurance Co.*, [2002] 1 R.C.S. 595 issu de la province de l'Ontario. Pour un commentaire, voir Stéphane BEAULAC, « Les dommages-intérêts punitifs depuis l'affaire *Whiten* et les leçons à en tirer pour le droit civil québécois », (2002) 36 *R.J.T.* 637.

64. Premièrement, dans les cas d'atteintes aux droits et libertés garantis par la Charte québécoise, les tribunaux ont retenu l'identité et le profil d'une personne morale de droit privé comme critère supplémentaire (par. 205). Deuxièmement, les dommages-intérêts punitifs peuvent servir à dépouiller l'auteur de la faute des profits qu'elle lui a rapportés (par. 206). Troisièmement, les antécédents civils, disciplinaires ou criminels de l'auteur de l'atteinte peuvent constituer des facteurs pertinents (par. 207). Finalement, au-delà de l'attribution des dommages-intérêts compensatoires, le tribunal de première instance peut également, dans le cadre de la poursuite civile dont il est saisi, prendre en ligne de compte, dans sa détermination du quantum approprié des dommages-intérêts punitifs, les sanctions disciplinaires, criminelles ou administratives déjà infligées au contrevenant pour sanctionner le comportement qui lui est reproché (par. 208).

65. *Richard c. Time Inc.*, préc., note 1, par. 204.

66. *Ibid.*, par. 210.

Procédant à une pondération des divers facteurs à considérer dans le quantum des dommages-intérêts punitifs, la Cour précise ceci :

Devant une situation où un grand nombre de consommateurs ont potentiellement été victimes des pratiques interdites commises par les intimées, nous croyons que l'impact réduit de la faute des intimées sur l'appelant ainsi que l'attitude de l'appelant dans le cadre de ce litige constituent des facteurs pertinents dans la détermination de la somme qui devrait lui être octroyée à titre de dommages-intérêts punitifs.⁶⁷

Par ailleurs, le caractère minime de la condamnation à des dommages-intérêts compensatoires (1 000 \$) milite, selon la Cour, en faveur de l'octroi d'un « montant non négligeable »⁶⁸ de dommages-intérêts punitifs. Elle réduit le montant octroyé à l'appelant à une somme de 15 000 \$. Elle justifie son raisonnement comme suit : « [c]e montant suffit dans les circonstances pour assurer la fonction préventive des dommages-intérêts punitifs, souligne la gravité des violations de la loi et sanctionne la conduite des intimées de manière assez sérieuse pour les inviter à abandonner les pratiques interdites qu'elles ont utilisées, si ce n'est pas déjà fait »⁶⁹.

Les modalités d'attribution et le quantum des dommages-intérêts punitifs commandent trois remarques.

B. Les modalités d'attribution et le quantum des dommages-intérêts punitifs

Les deux premiers constats se rapportent à la détermination des dommages-intérêts punitifs. Le troisième concerne la quotité accordée.

La Cour soupèse certains facteurs dans la détermination de la somme accordée à titre de dommages-intérêts punitifs, soit le nombre important de consommateurs, potentiellement victimes des pratiques interdites commises par les intimées, d'une part, et l'impact réduit de la faute des intimées sur l'appelant ainsi que l'attitude de l'appelant, d'autre part. N'est-ce pas là considérer

67. *Ibid.*, par. 212.

68. *Ibid.*, par. 214.

69. *Ibid.*, par. 215.

indûment le comportement de l'appelant, lequel ne peut constituer un cas de provocation ? L'appelant avait institué une poursuite alléguant que les intimées étaient tenues contractuellement de lui payer la somme de 1 250 887,10 \$; réclamation qui s'est avérée sans fondement⁷⁰. Au contraire, c'est l'attitude des intimées responsables qui doit être examinée, selon l'article 1621, al. 2 C.c.Q. Cette disposition vise essentiellement à dissuader les intimées d'adopter des pratiques commerciales interdites. Certes, il pourra s'agir d'un partage de responsabilité – la victime pouvant supporter une partie de la responsabilité⁷¹ –, mais il ne faut pas confondre le partage de responsabilité avec la quotité des dommages-intérêts punitifs accordés.

Par ailleurs, lorsque la Cour conclut que l'information obtenue au procès sur la situation patrimoniale des intimées était insuffisante pour en tirer des conclusions utiles à cet égard, elle distingue le patrimoine du conglomerat TimeWarner du patrimoine de Time Inc. et Time Consumer Marketing Inc. Elle précise que le critère de la situation patrimoniale édicté à l'article 1621, al. 2 C.c.Q. commande que l'on regarde le patrimoine du ou des débiteurs et non de tiers. Elle écrit en ce sens : « Le patrimoine d'une partie tierce ne peut en principe être pris en compte que lorsqu'il est démontré que cette partie prendra en charge, en tout ou en partie, le paiement réparateur »⁷². N'est-ce pas faire fi d'une réalité économique plus large (peut-être par manque de preuve ?) qui pourrait avoir une incidence sur le quantum de la condamnation en dommages-intérêts punitifs ?

Enfin, le qualificatif « non négligeable » en lien avec la quotité des dommages-intérêts punitifs est-il juste et adéquat ? *A contrario*, qu'est-ce qu'un montant négligeable selon les tribunaux ?

Le montant de 15 000 \$ ne se rapproche-t-il pas plutôt d'une somme symbolique, susceptible d'atteindre la notoriété, sinon la renommée des intimées ? On peut y voir là un certain rapprochement avec l'arrêt *de Montigny* où la Cour suprême a accordé une « somme globale symbolique »⁷³ de 10 000 \$ à titre de domma-

70. *Ibid.*, par. 211.

71. En vertu de l'article 1478, al. 2 C.c.Q. : « La faute de la victime, commune dans ses effets avec celle de l'auteur, entraîne également un tel partage. »

72. *Richard c. Time Inc.*, préc., note 1, par. 213.

73. *de Montigny c. Brossard (Succession)*, préc., note 48, par. 62 : « Puisque la succession de Martin Brossard est insolvable, une somme globale symbolique de 10 000 \$, payable aux trois successions qui se la partageront également, me

ges-intérêts punitifs pour les trois successions des victimes décédées – la succession de l'agent responsable était pourtant insolvable.

La somme de 100 000 \$ accordée par la Cour supérieure dans le cas sous étude aurait sans doute été plus appropriée. L'évaluation du quantum, assujetti aux facteurs codifiés à l'article 1621 C.c.Q., relève en effet de l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'appréciation de la première juge. Sans pour autant accorder plus d'un million de dollars, comme ce fut le cas dans *Markarian c. Marchés mondiaux CIBC inc.*⁷⁴ ou risquer un dérapage à l'américaine, cette somme de 100 000 \$ aurait contribué véritablement à la finalité d'exemplarité signalée par la Cour.

* * *

Une perspective comparatiste est susceptible d'enrichir la présente analyse. On peut comparer, en matière de responsabilité civile des organisateurs de loteries publicitaires, la solution dans *Richard c. Time Inc.* – où la Cour octroie des dommages-intérêts punitifs – avec la solution française, qui ne connaît pas cette mesure préventive.

Dans le domaine des loteries publicitaires⁷⁵, la jurisprudence française cherche à sanctionner les organisateurs de façon efficace et dissuasive dans le dessein de protéger les consommateurs, confrontés à une stratégie commerciale destinée à les tromper et dans le seul but de les inciter à conclure une vente. Or, cette volonté jurisprudentielle ne semble pas s'asseoir sur un fondement juridique satisfaisant ; la responsabilité civile est fondée tantôt sur un engagement – unilatéral ou contractuel – tantôt sur une faute. La Chambre mixte de la Cour de cassation a tranché en faveur du quasi-contrat, en tant que fait purement volontaire de

semble suffisante pour atteindre l'objectif de dénonciation visé en l'espèce. Bien que modéré, ce montant, qui n'a pas un caractère purement symbolique, souligne quand même la gravité que la justice attache à l'atteinte illicite au droit à la vie des trois victimes. Par ailleurs, je rappelle qu'il ne s'agit pas ici de punir ou de dissuader l'auteur de l'acte qui est décédé, mais de fixer un montant qui transmet un message de dénonciation sociale. » [nous avons souligné]

74. [2006] R.J.Q. 2851 (C.S.) (règl. hors cours). Le juge Senécal a condamné une maison de courtage de valeurs mobilières à une somme de 1,5 million de dollars à titre de dommages punitifs.

75. Marius TCHENDJOU, « La responsabilité civile des organisateurs de loteries publicitaires », dans *Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit. Mélanges offerts à Jean-Luc Aubert*, Paris, Dalloz, 2005, p. 311.

l'homme dont il résulte un engagement quelconque envers un tiers⁷⁶, dans un arrêt du 6 septembre 2002⁷⁷. À l'appui, elle énonce ce qui suit : « l'organisateur d'une loterie qui annonce un gain à une personne dénommée sans mettre en évidence l'existence d'un aléa s'oblige, par ce fait purement volontaire, à le délivrer »⁷⁸.

Ce fondement se révèle néanmoins peu adapté et il occulte mal la volonté de la Cour de cassation de sanctionner les sociétés organisatrices de loteries publicitaires. Derrière la technique inadaptée de quasi-contrat, ce n'est pas tant l'indemnisation des consommateurs victimes qui est poursuivie, que la sanction du comportement des organisateurs de loteries et l'effet prophylactique recherché, qui consiste à les dissuader d'être trop légers en multipliant à l'excès un tel procédé⁷⁹.

La volonté d'éradiquer des pratiques commerciales condamnables, qui ne font pas seulement naître un espoir de gain, mais une certitude trompeuse, conduit ainsi la Haute juridiction à admettre des solutions qui, sous couvert de réparation, infligent une véritable peine privée⁸⁰. Dans le domaine de la protection des consommateurs, sous le couvert du quasi-contrat, la mise en œuvre du mécanisme des dommages-intérêts punitifs est ici implicitement exprimée, bien que ses manifestations demeurent clandestines.

Une ouverture vers une reconnaissance des dommages punitifs en droit français⁸¹ est néanmoins favorisée dans l'Avant-

76. L'article 1371 du *Code civil* français se lit ainsi : « Les quasi-contrats sont les faits purement volontaires de l'homme, dont il résulte un engagement quelconque envers un tiers, et quelquefois un engagement réciproque des deux parties. »

77. Cass. mixte, 6 sept. 2002, Bull. n° 4 ; Denis MAZEAUD, note sous Cass. mixte, 6 septembre 2002, D. 2002.II.2963.

78. Cass. mixte, 6 sept. 2002, Bull. n° 4 : « En annonçant de façon affirmative une simple éventualité, la société avait commis une faute délictuelle constituée par la création de l'illusion d'un gain important et que le préjudice ne saurait correspondre au prix que M. X... avait cru gagner ; ».

79. Rémi LIBCHABER, « Les loteries publicitaires : pour une substitution de la peine privée au quasi-contrat », (2003) *Deffrénois* 1168, 1171.

80. Suzanne CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, t. 250, coll. « Bibliothèque de droit privé », Paris, L.G.D.J., 1995.

81. Mariève LACROIX, « Pour une reconnaissance encadrée des dommages-intérêts punitifs en droit privé français contemporain, à l'instar du modèle québécois », (2006) 85 *R. du B. can.* 569.

projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription⁸² à l'article 1371. En voici la teneur :

L'auteur d'une faute manifestement délibérée, et notamment d'une faute lucrative, peut être condamné, outre les dommages-intérêts compensatoires, à des dommages-intérêts punitifs dont le juge a la faculté de faire bénéficier pour une part le Trésor public. La décision du juge d'octroyer de tels dommages-intérêts doit être motivée et leur montant distingué de celui des autres dommages-intérêts accordés à la victime. Les dommages-intérêts punitifs ne sont pas assurables. [nous avons souligné]

La faute lucrative, méconnue en droit civil du Québec, est en mesure de susciter un intérêt certain pour un juriste québécois.

Concept multiforme – sur lequel le législateur français demeure aussi discret que la doctrine, imitée également par la jurisprudence –, la faute lucrative⁸³ naît du constat que le juge ne peut tenir compte du bénéfice que la faute procure à son auteur dans la détermination du montant des dommages-intérêts. Elle correspond à un enrichissement fautif et se déduit de l'articulation posée entre le profit tiré par l'auteur responsable et le montant de sa condamnation.

Il s'agit, selon Cornu, de la « [f]aute dont son auteur tire un profit supérieur au montant de la condamnation qu'il encourt pour l'avoir commise, et qu'il commet dans ce dessein »⁸⁴. En d'autres termes, c'est la faute qui rapporte plus qu'elle ne coûte, ou encore, la faute dont l'indemnisation de la victime laisse à l'auteur responsable une marge bénéficiaire. Elle existe lorsque les profits que l'auteur tire de son activité illicite sont très supérieurs aux indemnités calculées en fonction de l'ampleur des dommages causés.

Si on tente une systématisation de la faute lucrative dans le domaine de la consommation, elle implique, en premier lieu, une faute qui consiste à tirer profit d'un rapport de force déséquilibré ; elle suppose, en second lieu, un gain (profits réalisés) chez l'auteur responsable qui découle d'un calcul mathématique, du comporte-

82. Le projet Catala a été présenté le 22 septembre 2005 au ministre de la Justice.

83. Daniel FASQUELLE, « L'existence de fautes lucratives en droit français », (2002) 232 *Les Petites Affiches* 27.

84. Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, 7^e éd., Paris, P.U.F., 2005, p. 553, sous « faute lucrative ».

ment anticipé des victimes, ou de la difficulté pour ces dernières de chiffrer le préjudice⁸⁵.

Devant l'impuissance à sanctionner une faute lucrative et la pérennisation des activités dommageables, le droit positif français a cherché un remède efficace. Il en va de l'effectivité du droit ; la faute lucrative symbolisant la négation du droit. L'octroi de dommages-intérêts punitifs représente une réponse bien adaptée. Ils répondent à cette situation d'inadéquation des sanctions offertes par le système juridique à la réalité des situations économiques et où la faute de l'auteur est animée d'une certaine gravité. Il supplée au principe indemnitaire dans le cas où sa stricte application aurait pour effet manifestement pervers d'encourager les calculs frauduleux et la violation délibérée de la loi.

En cela, le droit civil québécois a le mérite de reconnaître exceptionnellement le mécanisme des dommages-intérêts punitifs, encadré par certaines balises – bien que l'évaluation fasse l'objet d'une discrétion judiciaire avec laquelle on peut être d'accord ou non, comme l'illustre le cas sous étude. Certes, il pourrait être avantageux de développer en droit québécois la notion de faute lucrative⁸⁶, propre à justifier l'octroi de dommages punitifs dans des situations données. On peut penser notamment à certaines atteintes à la vie privée et à la réputation réalisées par des organes de presse ou de radiodiffusion, des atteintes à l'environnement, ou encore dans le domaine de la concurrence déloyale et de la contrefaçon. Au surplus, la faute lucrative présente l'avantage de demeurer dans le périmètre de la sphère civiliste et de favoriser un détachement corrélatif de la common law.

85. D. FASQUELLE, préc., note 83, p. 27.

86. Il est possible de relever que la notion de faute lucrative est traitée notamment dans Jean-Louis BAUDOUIN et Pierre-Gabriel JOBIN, *Les obligations*, 6^e éd., avec la collaboration de Nathalie VÉZINA, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, n^o 875, p. 880 : « [S]'ils sont d'un montant approprié, les dommages punitifs constituent un instrument assez efficace pour lutter contre la faute lucrative. Certains industriels, commerçants ou autres, en effet, adoptent un comportement (concurrence déloyale) ou un standard (norme de sécurité d'un produit) fautif, en pleine connaissance de cause, et estiment que les profits ainsi réalisés demeureront supérieurs aux dommages-intérêts qu'ils seront condamnés à verser à leurs victimes. Mais la condamnation à des dommages punitifs d'un montant élevé vient alors déjouer les prévisions économiques de l'auteur de la faute. »

CONCLUSION

L'arrêt de la Cour a valeur d'avertissement pour les commerçants qui devront chercher un meilleur équilibre entre ce qui est séduisant et ce qui est réaliste dans les publicités commerciales appréciées à l'aune d'un consommateur moyen, crédule et inexpérimenté.

Si la Cour a le mérite d'identifier de façon claire qui est le consommateur en vertu de la *Loi sur la protection du consommateur* et de tendre à le protéger adéquatement contre les publicités fausses ou trompeuses, une conciliation apparaît délicate et hasardeuse quand on confronte l'arrêt rendu avec *Dell*⁸⁷. De fait, les modèles d'appréciation de la conduite du consommateur divergent : entre une position indulgente et une position sévère, un compromis serait le critère du droit commun, de la personne moyenne, raisonnablement prudente et diligente.

Par ailleurs, l'opinion de la Cour concorde avec sa décision dans *de Montigny*⁸⁸. D'abord, de façon explicite, quant à l'autonomie des dommages-intérêts punitifs et au dessein social de dénonciation à poursuivre ; ensuite, de façon implicite, quant au quantum. Bien que qualifiée de « montant non négligeable », la somme de 15 000 \$ accordée en dommages-intérêts punitifs correspond davantage à une valeur *symbolique*, à notre avis et au regard du cas d'espèce, se rapprochant de la « somme globale symbolique » de 10 000 \$ octroyée dans *de Montigny*.

87. *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*, préc., note 32.

88. *de Montigny c. Brossard (Succession)*, préc., note 48.

De l'admissibilité des déclarations antérieures d'un témoin à titre d'exception à la règle du oui-dire

Léo DUCHARME

Résumé

L'article 2871 C.c.Q. régit les conditions requises pour qu'une déclaration antérieure d'un témoin soit admise en preuve par exception à la règle du oui-dire. Du fait que cet article ne fait pas de la nécessité l'une de ces conditions, la jurisprudence semble avoir tenu pour acquis que cette condition n'est pas exigée. Or, dans le cas des déclarations incompatibles, si cette condition n'est pas requise par l'article 2871 C.c.Q., elle l'est par les articles 310 et 314 C.p.c. et, dans le cas des déclarations compatibles, c'est la cohérence même des règles qui régissent la preuve par oui-dire qui l'impose. La nécessité doit donc être considérée comme un pré-requis pour qu'une déclaration antérieure d'un témoin puisse être recevable en preuve et l'article 2871 C.c.Q. doit être perçu comme définissant seulement quelles sont les deux conditions exigées pour qu'une déclaration antérieure qui a été légalement introduite en preuve puisse être admise à titre de témoignage. La première de ces conditions, c'est que la déclaration porte sur des faits au sujet desquels le témoin peut légalement déposer. Si, dans le cas d'une déclaration incompatible, une partie n'a pas à démontrer que cette exigence est respectée avant d'être admise à en faire la preuve, il en est autrement dans le cas d'une déclaration compatible lorsqu'elle est invoquée à seule fin de servir de témoignage. Par ailleurs, lorsqu'on invoque contre une partie qui est entendue comme témoin, à titre de déclaration incompatible avec son témoignage, un aveu extrajudiciaire, cet aveu, une fois établi, ne devrait pas pouvoir être admis contre elle à titre de témoignage en vertu de l'article 2871 C.c.Q. S'il en est ainsi, c'est que l'aveu extrajudiciaire constitue un moyen de preuve autonome dont la recevabi-

lité en preuve est régie par des règles distinctes du témoignage. Comme deuxième condition, l'article 2871 C.c.Q. exige que la déclaration présente des garanties suffisamment sérieuses pour pouvoir s'y fier. Dans le cas d'une déclaration incompatible, il suffit que la déclaration soit admissible pour attaquer la crédibilité du témoin pour qu'une fois qu'elle est établie, le tribunal puisse y ajouter foi, s'il l'estime fiable. Pour qu'il en soit ainsi, la jurisprudence exige que la déclaration ait été clairement prouvée, que le témoin ait été interrogé ou contre-interrogé à son sujet et qu'il n'ait pu démontrer qu'elle était mensongère ou erronée. Dans le cas d'une déclaration compatible qui est destinée uniquement à servir de témoignage, la déclaration doit tout d'abord satisfaire au seuil de fiabilité pour que le tribunal la déclare admissible en preuve. À cette fin, la partie qui l'invoque devra démontrer qu'elle a été faite dans des circonstances qui lui donnent apparemment des garanties de fiabilité supérieures à la déposition que pourrait donner le témoin. Le tribunal devra ensuite au stade de l'appréciation de la preuve juger de sa fiabilité en dernière analyse.

De l'admissibilité des déclarations antérieures d'un témoin à titre d'exception à la règle du oui-dire

Léo DUCHARME*

INTRODUCTION	179
I- La nécessité est-elle une condition requise pour qu'une déclaration antérieure d'un témoin soit introduite en preuve.	179
A. La nécessité est-elle une condition requise pour qu'une déclaration antérieure incompatible puisse être introduite en preuve ?	180
B. La nécessité est-elle une condition requise pour qu'une déclaration antérieure compatible puisse être introduite en preuve ?	187
II- Des conditions requises pour que le tribunal puisse accepter à titre de témoignage une déclaration antérieure d'un témoin	194
A. Première condition : la déclaration doit porter sur des faits au sujet desquels le témoin peut légalement déposer	194
1. En quoi consiste l'exigence que la déclaration porte sur des faits au sujet desquels le témoin peut légalement déposer.	194

* Avocat au Barreau du Québec et professeur émérite de la Section de droit civil de l'Université d'Ottawa.

2.	De l'application de l'exigence que la déclaration porte sur des faits au sujet desquels le témoin peut légalement déposer	195
a)	Dans le cas d'une déclaration incompatible	195
b)	Dans le cas d'une déclaration compatible	197
B.	Deuxième condition : la déclaration doit présenter des garanties suffisamment sérieuses pour pouvoir s'y fier	198
1.	De l'application de la condition de fiabilité dans le cas d'une déclaration incompatible . . .	198
2.	De l'application de la condition de fiabilité dans le cas d'une déclaration compatible	203
CONCLUSION		204

INTRODUCTION

En vertu de l'article 2871 C.c.Q., lorsqu'une personne comparaît comme témoin, ses déclarations antérieures sur des faits au sujet desquels elle peut légalement déposer peuvent être admises à titre de témoignage, à la condition de présenter des garanties suffisamment sérieuses pour pouvoir s'y fier. Sous le droit antérieur, par application de la règle du ouï-dire, une déclaration antérieure d'un témoin, qu'il s'agisse d'une déclaration incompatible ou compatible avec son témoignage, ne pouvait pas faire preuve au fond. Toutefois, le recours à une déclaration antérieure incompatible avec le témoignage d'un témoin était permis, à certaines conditions, mais à seule fin d'attaquer sa crédibilité. Par ailleurs, le recours à une déclaration compatible était permis pour repousser une attaque à la crédibilité d'un témoin sur la base que son témoignage était de fabrication récente. D'où la question de savoir si l'article 2871 C.c.Q. doit être interprété comme comportant une réglementation complète des conditions d'admissibilité en preuve d'une déclaration antérieure d'un témoin et des conditions auxquelles cette déclaration peut faire preuve au fond ou s'il vise uniquement le deuxième objet soit énoncer les conditions auxquelles une déclaration antérieure, lorsqu'elle est par ailleurs admissible, peut faire preuve au fond. De façon plus précise, il y a lieu de se demander si la nécessité qui est une condition requise pour qu'une déclaration soit admissible en vertu de l'article 2870 C.c.Q. l'est également pour qu'une déclaration le soit en vertu de l'article 2871 C.c.Q.

I- La nécessité est-elle une condition requise pour qu'une déclaration antérieure d'un témoin soit introduite en preuve ?

Jusqu'à présent, la question de savoir si la nécessité demeure une condition requise pour qu'une déclaration antérieure d'un témoin soit admissible en preuve n'a pas été vraiment abordée par la doctrine et la jurisprudence. Du fait que l'article 2871 C.c.Q. ne fait pas mention de la condition de nécessité, on semble avoir tenu pour acquis que cette condition n'est pas exigée pour qu'une déclaration antérieure d'un témoin soit recevable en preuve. De plus, dans plusieurs cas, la jurisprudence, sans tenir compte qu'en

vertu de l'article 2871 C.c.Q. c'est de la déclaration antérieure d'un témoin qu'il s'agit, a permis ou toléré qu'une déclaration faite par une personne qui sera appelée à témoigner puisse être introduite en preuve en anticipation de son témoignage. C'est ainsi que dans l'affaire *Hôtel Central (Victoriaville) inc. c. Compagnie d'assurances Reliance*¹, la Cour d'appel s'est fondée sur l'article 2871 C.c.Q. pour autoriser l'actionnaire unique et administrateur de la compagnie appelante à produire, comme preuve qu'il n'était pas impliqué dans l'incendie de l'hôtel qui appartenait à cette compagnie, les déclarations qu'il avait faites lors d'un test de polygraphe auquel il s'était de lui-même soumis.

Comme il existe deux catégories de déclarations visées par l'article 2871 C.c.Q., à savoir les déclarations incompatibles et les déclarations compatibles, c'est au regard de chacune d'elles que doit être abordée la question de savoir si la nécessité constitue une condition d'admissibilité.

A. *La nécessité est-elle une condition requise pour qu'une déclaration antérieure incompatible puisse être introduite en preuve ?*

Sous le droit antérieur, toute déclaration antérieure d'un témoin portant sur des faits au sujet desquels il pouvait déposer était considérée comme du ouï-dire et ne pouvait donc pas faire preuve des faits en question. Une telle déclaration était considérée comme du ouï-dire parce qu'elle ne respectait pas les formalités destinées à assurer la fiabilité d'un témoignage, faute d'avoir été faite sous serment, en présence du tribunal et sans que sa véracité ait pu être vérifiée par un contre-interrogatoire. Toutefois, une déclaration antérieure d'un témoin incompatible avec son témoignage pouvait néanmoins être prouvée aux fins d'attaquer sa crédibilité. Les conditions requises à cette fin variaient selon que c'était la partie qui a cité le témoin ou la partie adverse qui voulait attaquer ainsi sa crédibilité. Dans le premier cas, la partie devait, en conformité avec l'article 310 C.p.c., obtenir au préalable l'autorisation du tribunal et elle était tenue d'interroger le témoin au sujet de la déclaration en question. Dans le deuxième cas, le droit pour une partie d'opposer à un témoin de la partie adverse une déclaration incompatible avec son témoignage s'infé-

1. *Hôtel Central (Victoriaville) inc. c. Compagnie d'assurances Reliance*, J.E. 98-1363 ; REJB 1998-06721 (C.A.), inf. J.E. 97-2233 ; REJB 1997-03879 (C.S.).

rait de l'article 314 C.p.c. Dans ce cas, ce droit pouvait être exercé sans la nécessité d'une autorisation judiciaire, mais le témoin devait être contre-interrogé au sujet de la déclaration. Dans l'un et l'autre cas, la déclaration antérieure incompatible ne pouvait servir qu'à attaquer la crédibilité du témoin, la règle du ouï-dire s'opposant à ce qu'elle puisse servir de preuve au fond.

Antérieurement à l'arrêt *R. c. B. (K.G.)*² de la Cour suprême, une situation semblable prévalait en common law. Le recours à une déclaration antérieure incompatible d'un témoin n'était permis qu'aux fins d'attaquer sa crédibilité, la règle du ouï-dire empêchant qu'elle puisse faire preuve au fond. Dans l'arrêt précité, la Cour suprême a statué qu'il convenait d'abolir cette règle absolue et de reconnaître qu'une telle déclaration peut servir de preuve au fond en tant qu'exception raisonnée à la règle du ouï-dire si elle satisfait aux critères de nécessité et de fiabilité, mais à condition qu'elle porte sur des faits au sujet desquels le témoin aurait pu déposer. Pour ce qui est du critère de nécessité, cette Cour a reconnu que, dès lors qu'un témoin rend un témoignage non conforme à une déclaration antérieure qu'il a faite, le critère de nécessité est satisfait et le juge des faits doit être autorisé à souper les deux déclarations en tenant compte de l'explication de ce changement donnée par le témoin³. Mais pour qu'il en soit ainsi, un voir-dire en deux étapes doit être tenu. La partie qui a cité le témoin doit d'abord, au cours d'un voir-dire tenu en vertu de l'article 9 de la *Loi sur la preuve au Canada*, démontrer que les conditions requises par cet article pour que la déclaration antérieure soit recevable pour attaquer la crédibilité du témoin sont satisfaites. Une fois cette démonstration faite, elle doit déclarer dans quelle intention elle veut produire la déclaration. Si elle déclare que c'est seulement aux fins d'attaquer la crédibilité du témoin, le voir-dire prend fin et la déclaration ne pourra pas être utilisée à toute autre fin. Si la partie fait part de son intention de faire admettre la déclaration comme preuve au fond, le voir-dire se poursuit afin que le juge du procès puisse vérifier si la déclaration satisfait au seuil de fiabilité pour être recevable à cette fin⁴.

En droit québécois, tout comme c'est le cas en common law, la réforme opérée par l'article 2871 C.c.Q. n'a pas modifié les conditions dans lesquelles une déclaration antérieure incompatible

2. *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740.

3. *Ibid.*, p. 799 et s.

4. *Ibid.*

peut être opposée à un témoin, mais a uniquement permis qu'une telle déclaration puisse servir non seulement à attaquer sa crédibilité, mais également à faire preuve au fond.

Parce que la réforme opérée par l'article 2871 C.c.Q. n'a pas modifié les règles qui régissent l'introduction en preuve contre un témoin d'une déclaration antérieure incompatible qu'il a faite, les règles prévues à cet effet par le *Code de procédure civile* continuent de s'appliquer. En conséquence, lorsqu'une partie veut opposer à l'un de ses témoins, une telle déclaration, les prescriptions de l'article 310 C.p.c. doivent être respectées. Par ailleurs, l'opposition d'une telle déclaration à un témoin de la partie adverse doit se faire en conformité avec l'article 314 C.p.c. Dans l'un et l'autre cas, c'est donc uniquement à l'occasion du témoignage du témoin que la déclaration peut être introduite en preuve et non autrement.

Dans le premier cas, cette règle résulte de l'article 310 C.p.c. En effet, en vertu de cet article, la partie qui produit un témoin peut, avec la permission du tribunal, prouver que ce témoin a, à une autre époque, fait des déclarations incompatibles avec son témoignage actuel, pourvu qu'il ait d'abord été interrogé à cet égard. Une partie peut donc s'opposer à ce que son adversaire prouve qu'un témoin qu'il a cité a fait une déclaration antérieure incompatible avec son témoignage s'il n'en a pas au préalable obtenu l'autorisation⁵.

L'analyse de la jurisprudence démontre, toutefois, que la procédure de l'article 310 C.p.c. est très rarement suivie⁶. S'il en est ainsi, c'est que, dans plusieurs des causes où un témoin a été confronté, par la partie qui l'a cité, à une déclaration antérieure incompatible qu'il avait faite, il s'agissait d'une déclaration qui se trouvait déjà au dossier avant même qu'il ne témoigne. De ce fait, la confrontation du témoin avec sa déclaration antérieure a pu avoir lieu sans que la partie concernée n'ait eu à en demander l'autorisation au tribunal en vertu de l'article 310 C.p.c. Dans certains cas, c'est un enfant faisant l'objet d'une demande de mesures de protection en vertu de la *Loi sur la protection de la jeunesse* qui

5. D. (C.), *ès qualités* « Personne autorisée par le Directeur de la protection de la jeunesse » c. J. (S.), REJB 1997-08121 (C.Q.).

6. Voir à ce sujet les décisions suivantes : Vincent c. Gauthier, J.E. 2000-1178 ; REJB 2000-19073 (C.Q.) ; Laferrière c. Labonté, J.E. 2005-620 ; EYB 2005-85931 (C.Q.).

a pu être ainsi confronté à ses déclarations antérieures incompatibles parce que celles-ci avaient été produites au dossier de consentement préalablement à son témoignage⁷. Dans deux cas, la confrontation d'un témoin avec ses déclarations antérieures incompatibles a pu avoir lieu de la même manière parce que, antérieurement à son témoignage, ces déclarations avaient été produites au dossier à l'appui d'une allégation dans un acte de procédure⁸. Dans un autre cas, il en a été de même parce qu'un rapport de police et un rapport d'enquête antérieurement produit en faisaient état⁹. Enfin, dans certaines décisions, l'article 310 C.p.c. semble avoir été tout simplement ignoré, puisque c'est uniquement sur la base de l'article 2871 C.c.Q., et sans référence à l'article 310 C.p.c., qu'une partie a été admise à faire la preuve qu'un témoin qu'elle a cité avait fait une déclaration incompatible avec son témoignage¹⁰.

Lorsqu'il s'agit d'opposer à un témoin de la partie adverse une déclaration antérieure incompatible qu'il aurait faite, c'est également à l'occasion de son témoignage, soit lors du contre-interrogatoire, que cette déclaration doit être introduite en preuve. En effet, la preuve d'une telle déclaration vise au premier chef à attaquer sa crédibilité. Or, le droit de porter atteinte à la crédibilité d'un témoin s'infère du droit au contre-interrogatoire affirmé par l'article 314 C.p.c. ; ce qui implique que, si une partie veut opposer à un témoin de la partie adverse une déclaration antérieure qu'il a faite, elle doit d'abord commencer par le contre-interroger à ce sujet, mais sans avoir à en obtenir au préalable l'autorisation du tribunal. C'est pourquoi, selon nous, il ne devrait pas être permis à une partie de produire au dossier une déclaration d'une personne que son adversaire entend produire comme témoin, afin de pouvoir éventuellement, au cours du procès, invo-

-
7. Voir à ce sujet les décisions suivantes : *Protection de la jeunesse-072134*, 2007 QCCQ 9707 ; J.E. 2007-1725 ; [2007] R.J.Q. 2283 ; EYB 2007-124191 (C.Q.) ; *Dans la situation de : A. (R.)*, J.E. 2005-1737 ; EYB 2005-96177 (C.Q.) ; *Protection de la jeunesse-852*, J.E. 97-650 ; [1997] R.J.Q. 1161 ; REJB 1997-02916 ; *Dans la situation de X*, B.E. 2003B-253 (C.Q.).
 8. *Gagnon c. Promutuel du Lac au Fjord*, 2010 QCCQ 5078 ; 2010EXP-3130 ; [2010] R.L. 287 ; EYB 2010-175723 (C.Q.) ; *Royal & SunAlliance du Canada c. Lagacé*, 2006 QCCS 5392 ; J.E. 2007-98 ; [2007] R.R.A. 165 (rés.) ; EYB 2006-111760.
 9. *Tu c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [2000] R.J.Q. 170 ; [2000] R.R.A. 195 (rés.) ; J.E. 2000-129 ; REJB 1999-15618 (C.Q.).
 10. *Thibeault c. Boréal Assurances inc.*, J.E. 97-980 ; REJB 1997-03197 (C.Q.) ; *Promutuel Valmont c. Pion*, 2007 QCCS 4045 ; B.E. 2009BE-355 ; [2007] R.L. 481 ; *Écoles prématernelles et maternelles Montessori inc. c. Robertson*, J.E. 99-346 ; REJB 1998-10931 (C.Q.).

quer contre elle cette déclaration à titre de déclaration incompatible. Il faut regretter que la jurisprudence n'ait pas clairement affirmé cette règle, dans deux affaires où cette question a été soulevée.

Dans la première, le tribunal était saisi d'une requête de la demanderesse demandant l'annulation du dépôt, par la défenderesse, des notes sténographiques comprenant 234 pages d'un interrogatoire qu'elle avait subi aux États-Unis, dans un litige dans lequel cette défenderesse n'était pas impliquée. Au motif qu'une partie peut attaquer la crédibilité d'un témoin en invoquant des déclarations antérieures incompatibles avec le témoignage qu'il rend, sous réserve du droit du juge devant qui se déroule l'audition de décider de l'admissibilité de la preuve que l'on veut utiliser contre ce témoin, le tribunal a autorisé le dépôt des notes sténographiques, mais a laissé au juge qui sera saisi du procès de décider de leur utilisation¹¹.

Dans la seconde, la Cour d'appel avait à se prononcer sur la question de savoir si le juge de première instance avait commis une erreur en refusant à l'appelant le droit de déposer, pour valoir témoignage en vertu de l'article 2871 C.c.Q., les interrogatoires statutaires des deux présidents des sociétés intimées¹². L'appelante avait versé au dossier ces deux interrogatoires en indiquant son intention qu'ils soient admis à titre de témoignage, en sachant que l'avocat des intimées s'y opposait. L'objection a été débattue au moment où l'avocat de l'appelant a amorcé son contre-interrogatoire. L'objection a été accueillie, mais le juge a souligné que les interrogatoires pourront être utilisés pour attaquer la crédibilité des témoins en leur opposant leurs déclarations antérieures contradictoires. Le dossier révèle que, de fait, l'avocat de l'appelante a utilisé ces interrogatoires au cours du contre-interrogatoire des deux témoins, mais sans succès. Dans son pourvoi devant la Cour d'appel, l'avocat de l'appelant a plaidé que la décision du juge de première instance de refuser d'admettre les interrogatoires à titre de témoignage était erronée, au motif que toute déclaration antérieure d'un témoin qui présente des garanties suffisamment sérieuses pour pouvoir s'y fier doit être admise à titre de témoignage en vertu de l'article 2871 C.c.Q.

11. *Weiser c. Compagnie McNicoll ltée*, J.E. 97-1296 ; REJB 1997-07384 (C.S.).

12. *Promutuel Drummond, société mutuelle d'assurance générale c. Gestions Centre du Québec inc.*, [2002] R.R.A. 695 ; J.E. 2002-1240 ; REJB 2002-32166 (C.A.).

Tout le débat en Cour d'appel a porté sur la question de savoir si un juge possède un pouvoir discrétionnaire lorsqu'il s'agit de décider si une déclaration antérieure d'un témoin peut être admise à titre de témoignage. Sur cette question, la Cour s'est divisée, M. les juges Chamberland et Robert étant d'avis que oui et M. le juge Beaugerard estimant que non. La Cour n'a donc tenu aucun compte du fait qu'en l'espèce, ce n'est pas la partie qui a produit le témoin, mais la partie adverse qui demandait qu'une déclaration antérieure de ce témoin soit reçue à titre de témoignage comme s'il était possible que, dans notre droit, une même personne puisse être le témoin des deux parties à la fois. En vertu de l'article 314 C.p.c., une fois qu'une partie a terminé l'interrogatoire d'un témoin, toute autre partie ayant des intérêts opposés peut le contre-interroger sur tous les faits du litige et établir de toute manière les causes de reproche contre lui. Une déclaration antérieure d'un témoin ne constitue certes pas un fait en litige et c'est donc uniquement en vue de miner sa crédibilité qu'une telle déclaration peut être utilisée. D'où la nécessité, pour une partie qui entend utiliser contre un témoin de la partie adverse une déclaration antérieure qu'il a faite, de commencer par le contre-interroger à ce sujet. Il s'ensuit que c'est uniquement par le contre-interrogatoire qu'une telle déclaration peut être introduite en preuve.

Comme on ne peut pas savoir avant qu'un témoin dépose si une déclaration antérieure qu'il a faite sera incompatible ou non avec son témoignage, c'est donc seulement une fois qu'il a rendu témoignage qu'une telle déclaration peut lui être opposée. De plus, cette condition s'infère de l'article 2871 C.c.Q. puisqu'en vertu de cet article, c'est seulement lorsqu'une personne a comparu que ses déclarations antérieures peuvent être admises à titre de témoignage. Une partie qui craint qu'un témoin qu'elle entend citer ou qui sera cité par la partie adverse ne rende pas un témoignage conforme à une déclaration antérieure qu'il a faite ne peut donc pas alléguer cette déclaration dans son acte introductif d'instance ou dans sa défense¹³. S'il s'agit d'une déclaration écrite, ou enregistrée, cet écrit ou cet enregistrement ne constitue pas une pièce dont les autres parties sont en droit d'obtenir communi-

13. Dans l'affaire *Gagnon c. Promutuel du Lac au Fjord*, précitée, note 8 le demandeur aurait dû s'opposer à ce que la défenderesse invoque dans sa défense et produise au dossier deux déclarations écrites d'une personne qu'elle entendait citer comme témoin, déclarations qu'elle devait par la suite, lui opposer lors du procès en tant que déclarations antérieures incompatibles.

cation en vertu de l'article 331 C.p.c. En effet, ce droit n'existe qu'en ce qui concerne les pièces qu'une partie entend invoquer, ce qui suppose qu'il s'agit de pièces qui sont pertinentes en tant que telles et non qui sont susceptibles de le devenir en cours de procès à la suite de la survenance d'un événement incertain, comme c'est le cas en ce qui concerne un écrit ou un enregistrement portant sur une déclaration antérieure d'une personne qui sera citée comme témoin, déclaration qui pourrait éventuellement s'avérer incompatible avec son témoignage. Une partie qui est en possession d'une telle pièce ne devrait pas pouvoir non plus en donner communication. Ainsi, une partie ne devrait pas pouvoir donner communication, avant procès, des notes sténographiques des déclarations faites par une personne que la partie adverse entend citer comme témoin, en vue de pouvoir les invoquer éventuellement contre ce témoin à titre de déclarations antérieures incompatibles¹⁴.

Tant dans le cas où la preuve d'une déclaration antérieure incompatible est faite en vertu de l'article 310 C.p.c. que dans le cas où elle est faite en vertu de l'article 314 C.p.c., cette seule preuve suffit pour que le tribunal en déduise que le témoin concerné n'est pas crédible et rejette son témoignage. Mais dans l'un et l'autre cas, le témoin concerné doit être interrogé au sujet de la déclaration en question. En pratique, cependant, lorsqu'une déclaration antérieure incompatible est opposée à un témoin, la question de la crédibilité du témoin devient secondaire, car ce qui importe surtout, c'est la question de savoir où réside la vérité entre le témoignage du témoin et sa déclaration antérieure incompatible.

Un fait demeure, c'est la non-conformité du témoignage à la déclaration antérieure qui rend nécessaire le recours à la déclaration antérieure afin d'attaquer la crédibilité du témoin et l'effet de la réforme opérée par l'article 2871 C.c.Q. a été seulement de permettre que cette déclaration antérieure puisse servir en outre de preuve au fond. D'où l'on voit que la nécessité demeure une condition requise pour qu'une déclaration antérieure incompatible puisse être introduite en preuve. Il y a lieu de se demander s'il en est de même dans le cas d'une déclaration compatible.

14. La demande de rejet des notes sténographiques a été accueillie dans l'affaire *Bouchard c. Mauricienne (La), Société mutuelle d'assurances générales*, J.E. 97-1038 ; REJB 1997-03211 (C.S.). Contra : *Weiser c. Compagnie McNicoll ltée*, J.E. 97-1296 (C.S.).

B. La nécessité est-elle une condition requise pour qu'une déclaration antérieure compatible puisse être introduite en preuve ?

Par déclaration compatible, il faut entendre à la fois une déclaration antérieure d'un témoin qui est produite pour tenir lieu de son témoignage devant le tribunal ou comme complément de celui-ci et une déclaration qui est conforme à la déposition qu'il a donnée. Il ne fait aucun doute qu'en vertu du droit antérieur, la règle du oui-dire avait pour effet de rendre inadmissibles en preuve ces deux genres de déclarations. Toutefois, le recours à une déclaration antérieure conforme au témoignage d'un témoin était toutefois permis dans un cas, à savoir lorsque la crédibilité d'un témoin était attaquée au motif que son témoignage était de fabrication récente, mais à la seule fin de démontrer la fausseté d'une telle accusation.

La règle du oui-dire prohibait notamment qu'on puisse recourir à une déclaration antérieure d'un témoin pour établir des faits dont il n'avait pas fait mention dans son témoignage, tel que l'a affirmé la Cour suprême dans l'arrêt *R. c. Starr*¹⁵. La question dont la Cour était saisie dans cette affaire était de savoir si la preuve par oui-dire d'une identification extrajudiciaire par un témoin au procès est admissible lorsque ce dernier n'affirme pas au procès qu'il a fait cette identification. En l'espèce, le témoin avait seulement affirmé dans son témoignage que lorsque les policiers lui avaient montré des photographies, elle avait déclaré que l'un des hommes qui y figuraient lui disait quelque chose. Deux policiers sont venus par la suite témoigner que le témoin avait à cette occasion reconnu cette personne comme étant celle qu'elle avait aperçue à la station-service Mohawk ou au volant de l'automobile qui avait suivi une familiale de Weselowski jusqu'à St. Norbert. La Cour suprême a jugé que cette preuve était inadmissible en vertu de l'exception traditionnelle de l'« identification antérieure » à la règle du oui-dire et qu'elle ne satisfaisait pas non plus aux conditions requises pour être admissible en vertu d'une exception raisonnée à la preuve par oui-dire, et ce, pour deux raisons. Tout d'abord, parce que le oui-dire des policiers n'était tout simplement pas nécessaire puisque le témoin aurait pu fournir une preuve originale si le ministère public avait choisi de l'inter-

15. *R. c. Starr*, [2000] 2 R.C.S. 144, par. 219-229.

roger en conséquence et, en outre, parce qu'il y avait de solides indices que l'identification faite par le témoin n'était pas fiable¹⁶.

De cet arrêt, il résulte qu'une déclaration compatible, pour être admissible à titre d'exception à la règle du oui-dire, doit satisfaire à la fois au critère de nécessité et de fiabilité. Dans l'arrêt *R. c. K.G.B.*¹⁷, M. le juge en chef Lamer a reconnu que le critère de nécessité reste à définir dans le contexte de cas particuliers et notamment dans le cas de déclarations antérieures compatibles. À ce propos, il a affirmé ce qui suit :

Parfois, la disponibilité du témoin pourra signifier que la preuve par oui-dire de déclarations antérieures *compatibles* de ce témoin (le genre de déclaration en cause dans l'arrêt *Khan*) ne sera pas admissible. Toutefois, je ne suis pas disposé, à ce moment-ci, à souscrire à une interprétation stricte qui fait de la non-disponibilité une condition indispensable de la nécessité.¹⁸

Il ne fait donc aucun doute que, selon la Cour suprême, la nécessité demeure une condition essentielle pour qu'une déclaration antérieure compatible d'un témoin puisse être admise comme preuve au fond en vertu d'une exception raisonnée à la règle du oui-dire. Il devrait en être de même en droit québécois. Si l'on a tenu pour acquis qu'en droit québécois il en va autrement, c'est parce que l'article 2871 C.c.Q. ne fait pas expressément de la nécessité une condition requise pour qu'une déclaration compatible puisse être admise à titre de témoignage. Pour qu'une telle inférence soit justifiée, il faudrait que cet article constitue une réglementation exhaustive des conditions de recevabilité des déclarations antérieures d'un témoin. Or, tel n'est pas le cas puisque, comme nous venons de le voir, ce sont les articles 310 et 314 C.p.c. qui continuent de régir l'admissibilité en preuve des déclarations antérieures incompatibles.

De plus, la cohérence même de la règle du oui-dire et de ses exceptions exige que la nécessité constitue une condition requise pour qu'une déclaration antérieure compatible d'un témoin soit admissible à titre de témoignage. Si tel n'était pas le cas, il en résulterait que la prohibition du oui-dire ne s'appliquerait qu'aux déclarations d'une personne qui ne comparaît pas comme témoin.

16. *Ibid.*, par. 225.

17. *R. c. B. (K.G.)*, précité, note 2, p. 798.

18. *Ibid.*

Mais quelle serait alors la raison d'être d'une telle prohibition si l'exigence de sa comparution se limitait à assurer seulement sa présence devant le tribunal, sans que cette présence ait pour objet d'exiger d'elle de rendre témoignage de vive voix devant le tribunal et de se soumettre au contre-interrogatoire de la partie adverse. C'est pourquoi, selon nous, la cohérence même de la règle du oui-dire exige que ce soit seulement en cas de nécessité que le recours à une déclaration antérieure compatible d'un témoin soit permis.

D'où cependant la question de savoir en quelles circonstances, la condition de nécessité devrait être considérée satisfaite. L'une de ces circonstances est certes lorsque la crédibilité d'un témoin est attaquée sur la base que son témoignage est de fabrication récente. Comme sous le droit antérieur, ce témoin peut, pour repousser cette attaque, faire la preuve qu'il a fait, antérieurement à l'époque où on lui impute qu'il aurait fabriqué son témoignage, une déclaration compatible avec son témoignage. Dans un tel cas, cette déclaration pourrait servir non seulement à rétablir sa crédibilité, mais également à faire preuve au fond¹⁹.

Mais de façon plus générale, on devrait considérer qu'il y a nécessité de recourir à une déclaration antérieure compatible lorsque le laps de temps écoulé entre la survenance des faits et l'audience a diminué la capacité du témoin de s'en souvenir par rapport à ses déclarations immédiatement après l'incident. Cette règle s'inspire de l'arrêt *Khan c. College of Physicians and Surgeons of Ontario*²⁰ que M. le juge en chef Lamer cite avec approbation dans l'arrêt *R. c. K.G.B.*²¹. Dans cette affaire, la Cour d'appel de l'Ontario était saisie d'un pourvoi contre une décision disciplinaire concernant l'agression sexuelle commise par un médecin, agression qui avait donné lieu à l'arrêt *Khan*²² de la Cour suprême. L'audience disciplinaire a eu lieu environ quatre ans après l'incident et l'enfant qui était la plaignante était alors apte à témoigner. Malgré ce fait, le Comité a entendu la mère et d'autres personnes à qui l'enfant avait relaté l'agression. La Cour a jugé qu'il ne s'agissait pas d'une erreur parce que le laps de temps

19. *Technologie Labtronix inc. c. Technologie Micro Contrôle inc.*, J.E. 97-228 ; EYB 2996-85378 (C.S.), par. 139 et s.

20. *Khan c. College of Physicians and Surgeons of Ontario*, (1992) 9 O.R. (3d) 641.

21. *R. c. B. (K.G.)*, précité, note 2, p. 798.

22. *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531.

écoulé entre l'agression et l'audience disciplinaire avait diminué la capacité de la plaignante de se rappeler et de relater l'agression.

On trouve une application du critère de nécessité tel que défini dans l'arrêt précité, dans l'affaire *Barette c. Ciment du St-Laurent inc.*²³. Dans cette affaire, le tribunal a permis à un témoin de produire pour tenir lieu de son témoignage un document dans lequel il avait noté sur une période de six ans ses observations. Le laps de temps écoulé et la multiplicité des faits survenus faisaient certes en sorte que le témoin était incapable de s'en souvenir avec précision, d'où la nécessité de recourir pour les établir au document où le témoin les avait consignés au jour le jour.

À moins que le critère de nécessité ne soit satisfait, une partie ne devrait donc pas pouvoir faire la preuve qu'un témoin qu'il a cité a fait une déclaration antérieure compatible avec son témoignage. Elle ne devrait pas pouvoir non plus faire l'allégation dans ses procédures de déclarations faites par une personne qu'elle entend citer comme témoin et s'il s'agit de déclarations écrites, de les produire au dossier en anticipation de sa comparution comme témoin. C'est donc avec raison que, dans le cadre d'une réclamation faite par un Comité paritaire au nom de sept salariés, le tribunal a, sur requête de la partie défenderesse, ordonné le rejet des déclarations écrites des salariés concernés au motif qu'en vertu des articles 2843 C.c.Q. et 294 C.p.c., sauf exception, les témoins sont interrogés à l'audience²⁴.

Jusqu'à présent une seule décision, à notre connaissance, a expressément déclaré que la condition de nécessité n'est pas requise pour qu'une déclaration antérieure compatible d'un témoin soit introduite en preuve. Il s'agit de la décision dans l'affaire *Danny's Construction Company Inc. c. Birdair inc.*²⁵ déclarant admissibles en preuve, en vertu de l'article 2871 C.c.Q., des affidavits avec les documents qui y étaient annexés qui émanaient de personnes qui allaient être appelées à témoigner à l'instance, non pas en lieu et place de leur témoignage, mais comme début de preuve de leur témoignage.

23. *Barette c. Ciment du St-Laurent inc.*, J.E. 2003-153 ; REJB 2002-36225 (C.S.).

24. *Comité paritaire de l'industrie des services automobiles des régions Saguenay-Lac-Saint-Jean c. 9005-2754 Québec inc. (Paysan Pièces d'autos usagées enr.)*, 2008 QCCQ 6355 ; B.E. 2008BE-1207 ; EYB 2008-143309.

25. *Danny's Construction Company Inc. c. Birdair inc.*, 2008 QCCS 5695 ; B.E. 2009BE-418.

Dans plusieurs décisions, c'est de façon implicite que la même opinion a été exprimée. C'est le cas de l'arrêt précité *Hôtel Central (Victoriaville) inc. c. Compagnie d'assurances Reliance*²⁶, où la Cour d'appel s'est fondée sur l'article 2871 C.c.Q. pour autoriser l'actionnaire unique et administrateur de la compagnie appelante à produire, comme preuve qu'il n'était pas impliqué dans l'incendie de l'hôtel qui appartenait à cette compagnie, les déclarations qu'il avait faites lors d'un test de polygraphe auquel il s'était de lui-même soumis. C'est le cas également de la décision rendue dans l'affaire *Pelletier c. Canada (Procureur général)*²⁷, où le tribunal a rejeté une requête en radiation d'un paragraphe de la déclaration de mise au rôle du Procureur général indiquant l'intention de ce dernier de mettre en preuve le rapport Gomery en invoquant comme motif que si les conclusions de ce rapport ne peuvent lier le juge du fond, les extraits de témoignages qu'il contiendrait pourraient constituer des déclarations extrajudiciaires au sens de l'article 2871 C.c.Q.

Dans les actions en vertu de la *Loi sur la protection de la jeunesse* où des mesures de protection sont demandées à l'égard d'un enfant qui aurait été victime d'abus, la jurisprudence, sur la base de l'article 2871 C.c.Q., permet, lorsque cet enfant témoigne à l'instance, qu'on puisse néanmoins avoir librement recours à ses déclarations antérieures compatibles avec son témoignage²⁸ et donc, sans exiger, comme ce fut le cas dans l'arrêt précité *Khan c. College of Physicians and Surgeons of Ontario*²⁹ de la Cour d'appel de l'Ontario, la démonstration que ce recours est nécessaire parce que le laps de temps écoulé entre la survenance des faits et l'audience a diminué la capacité de l'enfant de s'en rappeler.

Dans plusieurs affaires, des déclarations faites par des témoins ont été introduites en preuve sans que la nécessité d'y avoir recours ait été démontrée. C'est ce qui s'est produit à propos de déclarations qui avaient fait l'objet d'une allégation dans un acte de procédure³⁰ et de déclarations rapportées dans un rapport

26. *Hôtel Central (Victoriaville) inc. c. Compagnie d'assurances Reliance*, précité, note 1.

27. *Pelletier c. Canada (Procureur général)*, J.E. 2005-1755 ; EYB 2005-94595 (C.S.).

28. *Dans la situation de : A.*, EYB 2008-134408 (C.Q.) ; *Dans la situation de : R. (A.)*, EYB 2005-99811 (C.Q.) ; *Dans la situation de Dop (C)*, REJB 2004-60195 (C.Q.).

29. *Khan c. College of Physicians and Surgeons of Ontario*, précité, note 20.

30. *Royal & Sun Alliance du Canada c. Lagacé*, précité, note 8.

de police³¹ ou un rapport d'un expert en sinistre³². Dans un cas, le tribunal, dans le cadre d'une demande d'une ordonnance de sauvegarde, a déclaré admissible en vertu de l'article 2871 C.c.Q. une déclaration assermentée faite par une personne, sur la seule base que cette personne avait préalablement comparu comme témoin à l'instance³³, sans qu'on sache si cette déclaration avait été faite antérieurement ou postérieurement à son témoignage. D'ailleurs, si l'on admet que toute déclaration antérieure d'un témoin est librement admissible en preuve en vertu de l'article 2871 C.c.Q. du seul fait que le déclarant a comparu comme témoin, pourquoi ne ferait-on pas de même à propos des déclarations faites postérieurement à son témoignage.

Tel qu'il ressort clairement de l'arrêt *Royal Victoria Hospital c. Morrow*³⁴, la règle du oui-dire trouve son fondement dans les formalités auxquelles la loi soumet les témoignages aux fins d'en garantir la fiabilité et qui consistent en l'obligation pour le témoin de déposer sous serment, en présence du tribunal avec possibilité pour la partie adverse de le contre-interroger. Cette règle se trouve maintenant codifiée au deuxième alinéa de l'article 2843 C.c.Q. qui exige qu'une déclaration pour faire preuve soit contenue dans une déposition faite à l'instance. De cette règle découle l'obligation pour toute personne qui est au courant de faits se rapportant à un litige de comparaître afin d'en faire part au tribunal dans une déposition. Où serait la logique si la loi exigeait, d'une part, la présence des témoins à l'audience pour que leur témoignage soit rendu sous serment en présence du tribunal et être soumis à un contre-interrogatoire et, d'autre part, les dispensait d'avoir à respecter ces formalités du seul fait de leur comparution comme témoin. La loi ne peut pas dire une chose et son contraire. C'est pourquoi, selon nous, l'harmonisation de l'article 2871 C.c.Q. avec l'article 2843 C.c.Q. exige que, tout comme dans le cas d'une déclaration antérieure incompatible, le recours à une déclaration compatible ne soit permis que lorsque cela s'avère nécessaire.

31. *Promutuel Valmont c. Pion*, précité, note 10.

32. *Simoneau c. Marion*, 2007 QCCS 1931 ; J.E. 2007-1236 ; EYB 2007-11882 (C.S.). Dans cette affaire, le tribunal a conclu que, du fait que les déclarations faisaient partie du rapport de l'expert en sinistre, il s'agissait d'une preuve par oui-dire faite sans objection.

33. *Lowenger (Succession de) c. Friedner*, 2007 QCCS 5293 ; J.E. 2008-252 ; [2008] R.D.I. 175 (rés.) ; EYB 2007-126244, infirmé sur un autre point par EYB 2009-156692 (C.A.).

34. *Royal Victoria Hospital c. Morrow*, [1970] R.C.S. 608.

Dans le cas d'une déclaration antérieure incompatible, les conditions requises pour qu'une telle déclaration soit recevable varient selon qu'il s'agit d'une déclaration qu'une partie veut opposer à son propre témoin ou à un témoin de la partie adverse. Dans le premier cas, il suffit que la partie en obtienne l'autorisation en vertu de l'article 310 C.p.c. pour que la déclaration soit recevable en preuve. Dans le deuxième cas, il suffit que le témoin ait été interrogé au sujet de la déclaration, en conformité avec l'article 314 C.p.c. pour qu'elle soit recevable. Dans un et l'autre cas, la question de la fiabilité de la déclaration ne se pose pas et la partie qui l'invoque n'a pas à déclarer si elle entend produire cette déclaration à seule fin d'attaquer la crédibilité du témoin ou de plus à titre de preuve au fond.

La situation se présente différemment dans le cas d'une déclaration compatible. Il va de soi qu'une telle déclaration ne peut être prouvée que par la partie qui a produit le témoin concerné. Si la tendance qui se dessine actuellement en jurisprudence en faveur du libre recours à une telle déclaration devait se confirmer, cela voudrait dire que toute déclaration antérieure compatible d'un témoin serait de droit recevable si elle porte sur des faits au sujet desquels le témoin peut légalement déposer, sous réserve du pouvoir discrétionnaire du tribunal de l'exclure, pouvoir qui lui a été reconnu par la Cour d'appel dans l'arrêt précité *Promutuel Drummond, société mutuelle d'assurance générale c. Gestions Centre du Québec inc.*³⁵. C'est seulement au stade de l'appréciation de la déclaration que se poserait la question de sa fiabilité. À l'inverse, si, comme nous pensons l'avoir démontré, il devait être reconnu que la nécessité est une condition requise pour que le recours à une déclaration compatible soit permis, un tel recours ne serait permis que sur autorisation du tribunal après qu'il aurait été démontré que cette condition est satisfaite et que la déclaration porte sur des faits au sujet desquels le témoin peut légalement déposer. De plus, sauf dans le cas où la déclaration est invoquée pour repousser une attaque à la crédibilité du témoin fondée sur une allégation de fabrication récente de témoignage, il faudrait démontrer que la déclaration satisfait au seuil de fiabilité. C'est au stade de l'appréciation de la preuve que le tribunal devra juger de sa fiabilité en dernière analyse.

35. *Promutuel Drummond, société mutuelle d'assurance générale c. Gestions Centre du Québec inc.*, précité, note 12.

II- Des conditions requises pour que le tribunal puisse accepter à titre de témoignage une déclaration antérieure d'un témoin

Pour que le tribunal puisse, en vertu de l'article 2871 C.c.Q., accepter une déclaration antérieure d'un témoin à titre de témoignage, qu'il s'agisse d'une déclaration incompatible ou d'une déclaration compatible, deux conditions sont requises : il faut, d'une part, que la déclaration porte sur des faits au sujet desquels le témoin peut légalement déposer et, d'autre part, que la déclaration présente des garanties suffisamment sérieuses pour pouvoir s'y fier.

A. Première condition : la déclaration doit porter sur des faits au sujet desquels le témoin peut légalement déposer

Il convient de voir tout d'abord en quoi consiste cette exigence et de considérer ensuite comment elle s'applique au regard de chacune des deux sortes de déclarations antérieures.

1. En quoi consiste l'exigence que la déclaration porte sur des faits au sujet desquels le témoin peut légalement déposer

Pour qu'une déclaration antérieure faite par une personne qui comparaît comme témoin puisse faire preuve en tant que témoignage, en vertu de l'article 2871 C.c.Q., il faut qu'elle porte sur des faits au sujet desquels cette personne peut légalement déposer. Cette exigence constitue une application de la règle selon laquelle on ne peut faire indirectement ce qui est interdit de faire directement. Pour qu'il en soit ainsi, il faut que la production de la déclaration n'enfreigne aucune règle de preuve. Ainsi, la production de la déclaration ne sera pas permise si elle vise à prouver un acte juridique qui en vertu de l'article 2862 C.c.Q. ne peut être prouvé par témoin ou à contredire ou changer les termes d'un écrit en l'absence d'un commencement de preuve. Il en est de même si la production de la déclaration constitue une violation du secret professionnel ou vise à introduire au dossier une preuve par ouï-dire inadmissible.

Cette dernière règle ne paraît pas avoir été suivie dans le cadre d'une action en réclamation en vertu d'un contrat d'assurance-automobile, intentée par un assuré à la suite de la destruction par le feu de son automobile³⁶. L'assureur, pour justifier son refus de payer l'indemnité réclamée, plaidait que l'incendie avait été allumé par un tiers qui avait été payé 500 \$ pour agir ainsi. En vue d'établir ces faits, l'assureur a fait comparaître comme témoin une personne qui avait fait une déclaration à un policier au sujet de l'incendie en question. Lors du procès, cette personne a affirmé ne pas se souvenir de ce qui s'était passé ni de ce qu'elle avait déclaré au policier. Appelé comme témoin, le policier concerné a relaté que cette personne lui avait déclaré avoir vu un dénommé Desormeaux mettre le feu à l'automobile et que celui-ci lui avait affirmé qu'on lui avait donné 500 \$ pour agir ainsi. Malgré l'opposition du demandeur, le tribunal a jugé cette déclaration recevable en vertu de l'article 2871 C.c.Q., pour prouver l'aveu de l'incendiaire. Or, comme cet aveu constituait une preuve par oui-dire, la déclaration n'aurait pas dû être admise en vertu de l'article 2871 C.c.Q. puisqu'elle portait sur un fait au sujet duquel ce témoin ne pouvait pas légalement témoigner.

2. *De l'application de l'exigence que la déclaration porte sur des faits au sujet desquels le témoin peut légalement déposer*

a) Dans le cas d'une déclaration incompatible

Il y a tout d'abord lieu de se demander si pour qu'une déclaration incompatible puisse être introduite en preuve et être considérée comme un témoignage par le tribunal, il est nécessaire de démontrer qu'elle porte sur un fait au sujet duquel cette personne peut légalement déposer. La réponse qui s'impose est non du fait que, contrairement à l'état du droit en common law, la recevabilité d'une déclaration incompatible à titre de témoignage n'est pas assujettie à un contrôle judiciaire.

En common law, tel qu'il appert de l'arrêt *R. c. K.G.B.*³⁷, lorsqu'une partie veut qu'une déclaration incompatible puisse être recevable comme preuve au fond, elle doit en manifester l'intention lors du voir-dire qui est tenu en vertu de l'article 9 de la *Loi*

36. *Ly c. Compagnie mutuelle d'assurances Wawanesa*, B.E. 98BE-154 (C.Q.).

37. *R. c. B. (K.G.)*, précité, note 2.

sur la preuve au Canada au sujet de l'admissibilité de cette déclaration pour attaquer la crédibilité du témoin, à défaut de quoi, cette déclaration ne pourra servir qu'à l'évaluation de la crédibilité du témoin³⁸. Lorsqu'une partie manifeste une telle intention, il lui incombe de démontrer que la déclaration porte sur des faits au sujet desquels le témoin peut légalement déposer et qu'elle satisfait au seuil de fiabilité, sans quoi l'autorisation de la produire comme preuve au fond sera refusée et elle ne pourra servir qu'à attaquer la crédibilité du témoin.

En matières civiles, comme la procédure du voir-dire n'existe pas, il suffit qu'une déclaration incompatible puisse être introduite en preuve en vertu de l'article 310 ou 314 C.p.c., aux fins d'attaquer la crédibilité du témoin concerné, pour que le tribunal puisse l'accueillir à titre de témoignage. C'est donc au tribunal qu'il revient, au stade de l'évaluation de la preuve de vérifier s'il s'agit d'une déclaration qui porte sur des faits au sujet desquels le témoin peut légalement déposer.

Un problème particulier qui se pose au sujet de l'admissibilité à titre de témoignage d'une déclaration antérieure incompatible concerne le cas d'une déclaration qui constitue un aveu extrajudiciaire. Ce problème se pose lorsqu'une partie est entendue comme témoin et que son adversaire lui oppose à titre de déclaration antérieure incompatible un aveu extrajudiciaire qu'elle a fait. Le tribunal peut-il accueillir la preuve de cet aveu à titre de témoignage en vertu de l'article 2871 C.c.Q. ? Il y a lieu de rappeler qu'un aveu extrajudiciaire est une déclaration susceptible de faire preuve en tant que telle, mais dont la recevabilité en preuve relève de règles distinctes du témoignage. Ainsi, un aveu extrajudiciaire fait preuve contre celui qui l'a fait à condition d'avoir été allégué³⁹ et prouvé⁴⁰. Lorsqu'il a été constaté par écrit ou enregistré, il peut être prouvé par la production de cet écrit ou de cet enregistrement. S'il s'agit d'un aveu oral, il ne peut être prouvé par témoins que si les faits sur lesquels il porte sont susceptibles d'être prouvés par témoins.

C'est pourquoi, selon nous, un aveu extrajudiciaire ne peut pas être considéré comme une déclaration antérieure d'un témoin

38. *Ibid.*, p. 798.

39. L. DUCHARME, *Précis de la preuve*, 6^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2005, p. 286, n^{os} 707-709.

40. *Ibid.*, n^{os} 884, 917 et s., 948, 1017 et s., 1167 et s.

en vertu de l'article 2871 C.c.Q. Aussi, est-ce à tort que, dans certains cas, des déclarations extrajudiciaires qui constituaient des aveux extrajudiciaires qui n'avaient pas été allégués ont été prouvées contre une partie, en tant que déclarations incompatibles à son témoignage et admises par le tribunal à faire preuve contre cette partie en vertu de l'article 2871 C.c.Q.⁴¹. N'ayant pas été allégués, ces aveux ne pouvaient pas être opposés à la partie concernée par le biais de l'article 2871 C.c.Q. De même, si l'on oppose à une partie qui est entendue comme témoin, un aveu extrajudiciaire constaté par écrit qui a été régulièrement allégué, ce n'est pas en tant que témoignage en vertu de l'article 2871 C.c.Q., mais en tant qu'aveu extrajudiciaire qu'il peut faire preuve⁴². Par ailleurs, si on allègue contre une partie, un aveu verbal qui porte sur des faits qui ne peuvent être prouvés par témoin, on ne peut pas, sous prétexte que cet aveu constitue une déclaration incompatible avec le témoignage de la partie concernée, en faire la preuve par témoins, car ce serait faire indirectement ce qui est prohibé de faire directement.

b) Dans le cas d'une déclaration compatible

Comme nous l'avons vu précédemment, dans le cas d'une déclaration compatible, ou bien l'on considère qu'une telle déclaration est librement admissible, ou bien on fait de la nécessité une condition requise pour son admissibilité. Dans le premier cas, il en résulterait que l'introduction en preuve d'une déclaration compatible ne nécessiterait pas l'autorisation préalable du tribunal. La partie adverse pourrait toutefois s'opposer à ce qu'une déclaration compatible faite par une personne qui comparaît comme témoin puisse être produite en vertu de l'article 2871 C.c.Q. en démontrant qu'elle porte sur un fait au sujet duquel cette personne ne peut déposer.

Dans le deuxième cas, l'introduction en preuve d'une déclaration compatible nécessiterait une autorisation préalable du tribunal. En vue d'obtenir cette autorisation, le requérant devrait

41. *Confortec 2000 inc. c. Québec (Agence du Revenu)*, EYB 2011-194142 (C.Q.) ; *Béland c. Desjardins groupe d'assurances générales inc.*, 2009 QCCQ 4629 ; EYB 2009-159471 (C.Q.).

42. Dans l'affaire *Hara c. Marconair inc.*, 2006 QCCQ 2284 ; J.E. 2006-880 ; [2006] R.D.I. 373 ; EYB 2006-103078 (C.Q.), une déclaration sous serment du président d'une des compagnies impliquées dans le litige invoquée en tant qu'aveu extrajudiciaire a été déclarée à tort admissible non pas en tant que tel, mais en tant que déclaration antérieure d'une personne qui a comparu comme témoin.

démontrer que le recours à cette déclaration est nécessaire soit pour repousser une attaque à la crédibilité du témoin fondée sur une accusation de fabrication récente de témoignage, soit pour tenir lieu de témoignage parce qu'elle présente une fiabilité supérieure à la déposition que le témoin pourrait rendre. Alors que l'introduction en preuve d'une déclaration incompatible a toujours une double finalité, à savoir attaquer la crédibilité du témoin et accessoirement servir de preuve au fond, dans le cas d'une déclaration compatible, cette double finalité n'existe que lorsque la déclaration vise à repousser une attaque à la fiabilité du témoin concerné. Hormis ce cas fort rare, le recours à une déclaration compatible ne peut pas avoir d'autre finalité que celle de servir de témoignage. Ne serait-il pas normal que ce soit seulement en cas de nécessité qu'il soit possible de substituer ainsi à une déposition qui a été rendue selon les formalités prescrites par la loi pour en garantir la fiabilité, une déclaration qui, lorsqu'elle a été faite, ne respectait pas ces formalités et qui, en conséquence, n'offre pas les mêmes garanties de fiabilité.

B. Deuxième condition : la déclaration doit présenter des garanties suffisamment sérieuses pour pouvoir s'y fier

Pour qu'une déclaration antérieure d'un témoin puisse être admise à titre de témoignage, l'article 2871 C.c.Q. pose comme deuxième condition que la déclaration présente des garanties suffisamment sérieuses pour pouvoir s'y fier. Tout comme dans le cas de la première condition, cette deuxième condition soulève des problèmes différents selon qu'il s'agit d'une déclaration incompatible ou d'une déclaration compatible comme nous allons le voir en traitant distinctement de ces deux situations.

1. De l'application de la condition de fiabilité dans le cas d'une déclaration incompatible

Comme l'introduction en preuve d'une déclaration incompatible se trouve réglementée aux articles 310 et 314 C.p.c., il suffit donc qu'une telle déclaration soit admissible en vertu de ces articles pour attaquer la crédibilité d'un témoin pour que le tribunal l'accepte à titre de témoignage en vertu de l'article 2871 C.c.Q. s'il la juge fiable. De ce fait, il faut en déduire que c'est de la fiabilité en dernière analyse qu'il s'agit dans ce cas et non du seuil de fiabilité. Ainsi, selon la Cour d'appel, lorsqu'un témoin admet avoir fait une déclaration incompatible avec son témoignage qui, appa-

remment, offre des garanties suffisamment sérieuses pour pouvoir s'y fier, une partie ne peut reprocher au tribunal d'y avoir ajouté foi si elle s'est abstenue de faire valoir les raisons pour lesquelles il ne devrait pas le faire⁴³.

Sur ce point, notre droit diffère de la common law, du fait qu'en common law pour qu'une déclaration incompatible puisse servir de preuve au fond, une autorisation préalable est requise et que cette autorisation doit être accordée par le juge du procès, alors que l'appréciation de la fiabilité en dernière analyse relève du juge du fait. Les conditions requises pour qu'une déclaration incompatible satisfasse au seuil de fiabilité ont été définies dans l'arrêt *R. c. B. (K. G.)*⁴⁴. Selon cet arrêt, pour qu'une déclaration antérieure incompatible satisfasse au seuil de fiabilité, il faut qu'il existe des substituts adéquats aux formalités qui garantissent la fiabilité d'une déposition en justice, à savoir le serment, la présence à l'audience et le contre-interrogatoire⁴⁵. Dans cet arrêt, il a été statué que ces substituts devraient normalement être les suivants : la déclaration devrait avoir été faite sous serment après une mise en garde quant à l'existence de sanctions, elle devrait avoir été intégralement enregistrée sur bande vidéo et la partie adverse devrait avoir eu la possibilité de contre-interroger le témoin au sujet de la déclaration⁴⁶. Dans l'arrêt *R. c. U. (F.J.)*⁴⁷, la Cour suprême a considéré que constituaient des substituts adéquats, le fait que la déclaration antérieure incompatible présentait des similitudes frappantes avec une déclaration que l'accusé avait faite à la police ainsi que le fait que le témoin avait pu être contre-interrogé au sujet de cette déclaration.

En droit québécois, la jurisprudence n'a pas comme tel abordé la question de la fiabilité d'une déclaration incompatible sous l'angle des substituts aux formalités prescrites dans le cas d'un témoignage. Toutefois, il nous semble ressortir de l'arrêt *Brès c. Compagnie d'assurance générale Cumis*⁴⁸ de la Cour d'appel que l'interrogatoire ou le contre-interrogatoire du témoin au sujet de

43. *H. & M. Diamond Ass. inc. c. Optimum, assurance générale agricole inc.*, [1999] R.R.A. 828 ; J.E. 99-2287 ; REJB 1999-15158 (C.A.).

44. *R. c. B. (K.G.)*, précité, note 2.

45. *Ibid.*, p. 787.

46. *Ibid.*, p. 788 et s. ; *R. c. Khelawon*, [2006] 2 R.C.S. 787 ; 2006 CSC 57 ; EYB 2006-111773, par. 79.

47. *R. c. U. (F.J.)*, [1995] 3 R.C.S. 764 ; *R. c. Khelawon*, *ibid.*, par. 85.

48. *Brès c. Compagnie d'assurance générale Cumis*, [2004] R.R.A. 318, J.E. 2004-766 ; REJB 2004-55546 (C.A.).

la déclaration incompatible soit à la fois une formalité essentielle et suffisante. Dans cette affaire, la défenderesse, après avoir fait entendre comme témoin un dénommé Brisebois et avoir obtenu sa libération après son témoignage, a fait la preuve de déclarations incompatibles qu'il aurait faites à un polygraphiste et à un enquêteur. La Cour, après avoir relevé que ces déclarations ne satisfaisaient pas aux critères de fiabilité exigés par l'article 2871 C.c.Q. parce qu'elles n'étaient pas écrites ni assermentées et que la partie adverse n'avait eu aucune possibilité d'interroger le déclarant au moment où il a fait ces déclarations a ajouté, ce qui suit :

49. Mais davantage, il me semble, dans le contexte de l'article 2871 C.c.Q., que le témoin, dont on veut produire une déclaration antérieure pour valoir en preuve, doit fournir des explications sur les circonstances entourant cette déclaration, ce qui permettrait à la partie adverse de le contre-interroger. Il m'apparaît difficile de conclure à leur fiabilité si, comme en l'espèce, on ne pose aucune question à Brisebois sur ses déclarations. Qui plus est, ici, l'assureur qui a fait témoigner Brisebois obtient sa libération à la fin de son témoignage. Ce n'est qu'à la reprise de l'audition, quelques semaines plus tard, que l'enquêteur et le polygraphiste témoignent sur ce sujet.⁴⁹

Exiger qu'une déclaration incompatible ait été faite sous serment ou ait fait l'objet d'un enregistrement serait verser dans un formalisme excessif. En revanche, il apparaît normal que le témoin soit confronté à sa déclaration antérieure incompatible. Si un témoin refuse de témoigner au sujet des faits dont il a eu connaissance et refuse de répondre à toute question au sujet d'une déclaration antérieure qu'il aurait faite à leur sujet, son mutisme empêche-t-il que cette déclaration soit admise à titre de témoignage ? Une décision va en ce sens⁵⁰, mais, selon nous, elle est non fondée. Le refus du témoin de répondre, tout comme son absence de souvenir ou sa rétractation, rend nécessaire le recours à sa déclaration antérieure. Si celle-ci présente des garanties suffisamment sérieuses pour qu'on puisse s'y fier, elle satisfait dès lors aux conditions requises pour être recevable à titre de témoignage en vertu de l'article 2871 C.c.Q.

En pratique, la règle selon laquelle une déclaration incompatible ne peut faire preuve en vertu de l'article 2871 C.c.Q. à moins

49. *Ibid.* Voir dans le même sens : *S. (J.) c. Dasilva*, EYB 2005-85931 ; J.E. 2005-620 (C.S.).

50. *Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 3608 et Centre d'orientation L'Étape inc.*, D.T.E. 98T-1192 ; A.A.S. 98A-189.

que le témoin ne soit contre-interrogé au sujet de cette déclaration est généralement suivie⁵¹. Le contre-interrogatoire permet notamment au tribunal de juger de la bonne foi et de la sincérité du témoin et de décider où se situe la vérité. La jurisprudence démontre que chaque fois qu'une déclaration incompatible est invoquée contre un témoin, le tribunal se voit dans l'obligation de décider si la vérité réside dans cette déclaration ou dans la déposition. Mais pour qu'il en soit ainsi, encore faut-il que la déclaration soit établie. Si elle ne l'est pas, le tribunal doit l'écarter. C'est ce qui s'est produit dans les cas suivants :

- lorsque la preuve d'une déclaration qui aurait été enregistrée sur une cassette qui était maintenant introuvable a consisté dans la production d'une transcription effectuée par un secrétaire dont l'identité était inconnue⁵² ;
- lorsque la preuve d'une déclaration écrite qui est maintenant perdue est faite par le témoignage de celui qui l'a recueillie⁵³ ;
- lorsque la preuve démontre que la déclaration du témoin a été consignée par écrit en français par un enquêteur, que le français est une langue que le témoin ne maîtrise pas et que la déclaration n'a été relue ni par l'enquêteur, ni par le témoin⁵⁴ ;
- lorsque la preuve démontre que la déclaration du témoin a été faite oralement à deux policiers, que ces policiers ne l'ont pas prise en note et qu'une incertitude subsiste quant aux paroles exactes prononcées par le témoin⁵⁵.

L'analyse de la jurisprudence démontre que lorsque la déclaration incompatible est clairement prouvée, le tribunal va lui ajouter foi de préférence au témoignage, à moins que le témoin puisse justifier des raisons pour lesquelles il ne devrait pas le faire. C'est pour ce motif que la déclaration antérieure incompa-

51. Cette règle n'a toutefois pas été suivie dans l'affaire *Écoles prématernelles et maternelles Montessori inc. c. Robertson*, précitée, note 10.

52. *9111-1963 Québec inc. c. Compagnie d'assurances Temple inc.*, 2010 QCCS 4074 ; EYB 2010-178776.

53. *Royal & SunAlliance du Canada c. Lagacé*, précité, note 8.

54. *Pritchard c. Fédération compagnie d'assurances du Canada*, [2003] R.R.A. 747 ; J.E. 2003-1256 ; REJB 2003-44067 (C.A.).

55. *Caisse populaire de Laterrière c. Compagnie d'assurances Guardian du Canada*, [1997] R.R.A. 660 (rés.) ; J.E. 97-866 ; REJB 1997-02991 (C.Q.).

tible du témoin a notamment prévalu sur son témoignage dans les cas suivants :

- lorsqu’il l’a reconnue comme vraie⁵⁶ ;
- lorsqu’il a reconnu avoir fait la déclaration qui lui est opposée lors d’un interrogatoire sous serment auquel il s’est soumis à la demande de son assureur⁵⁷ ;
- et lorsque la déclaration a fait l’objet d’un enregistrement dont il a reconnu l’authenticité⁵⁸.

Lorsqu’il y a rétractation par le témoin de la déclaration antérieure qu’il a faite au motif qu’elle serait mensongère, il lui incombe à toutes fins pratiques d’expliquer pourquoi il aurait fait ce mensonge⁵⁹. Si ses explications sont jugées satisfaisantes, la rétractation sera acceptée et le tribunal ajoutera foi à son témoignage⁶⁰. Dans le cas contraire, elle sera rejetée et c’est la déclaration antérieure incompatible qui sera retenue. C’est ce qui s’est produit notamment dans les cas suivants :

- lorsque le témoin était une enfant de cinq ans et demi, que sa rétractation était, selon toute vraisemblance, le résultat de pressions exercées sur elle par le milieu familial et que ses propos antérieurs étaient spontanés, précis et évocateurs d’une expérience vécue d’agression sexuelle⁶¹ ;
- lorsque le témoin était une jeune fille et que son témoignage était empreint de réticences et de mensonges⁶² ;
- et lorsque le témoin avait reconnu dans une déclaration écrite avoir été victime d’intimidation⁶³.

56. *Dans la situation de : A. (R.)*, précité, note 7.

57. *H. & M. Diamond Ass. inc. c. Optimum, assurance générale agricole inc.*, [1999] R.R.A. 828 ; J.E. 99-2287 ; REJB 1999-15158 (C.A.).

58. *Vincent c. Gauthier*, précité, note 6.

59. Voir cependant l’affaire *Tu c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, précitée, note 9 où une rétraction a été acceptée sans que le témoin ait eu à se justifier.

60. C’est ce qui s’est produit dans les deux affaires suivantes : *Protection de la jeunesse-837*, J.E. 97-153 (C.Q.) ; REJB 1996-85345 (C.Q.) ; *Dans la situation de X*, B.E. 2003B-253.

61. *Protection de la jeunesse-072134*, précité, note 7.

62. *Protection de la jeunesse-852*, précité, note 7.

63. *Gagnon c. Promutuel du Lac au Fjord*, précité, note 8.

2. *De l'application de la condition de fiabilité dans le cas d'une déclaration compatible*

Si la tendance de la jurisprudence de permettre le libre recours aux déclarations compatibles d'un témoin se confirme, l'introduction en preuve de telles déclarations ne serait soumise à aucun contrôle judiciaire. Il s'ensuivrait qu'elles pourraient être prouvées sans que la partie qui les invoque ait à démontrer qu'elles satisfont au seuil de fiabilité. C'est au stade de l'appréciation de la preuve que le tribunal aurait à décider s'il leur ajoute foi ou non. De ce fait, une déclaration compatible soulèverait uniquement un problème de fiabilité en dernière analyse. Resterait la question de savoir ce qui constituerait des substituts adéquats aux formalités requises d'un témoignage pour qu'une déclaration antérieure compatible soit jugée présenter des garanties suffisamment sérieuses pour pouvoir s'y fier au sens de l'article 2871 C.c.Q. Jusqu'à présent, il s'agit d'une question qui n'a pas été abordée par la jurisprudence. Dans une décision, des déclarations faites par des témoins à des policiers qui étaient compatibles avec leur témoignage ont été jugées fiables, sans que le tribunal motive cette conclusion⁶⁴. Dans une autre, une déclaration sous serment d'un notaire produite postérieurement à sa comparution comme témoin a été jugée fiable parce que la fiabilité de ce dernier n'avait pas été mise en doute⁶⁵.

Si, comme nous le soutenons, la nécessité doit être considérée comme une condition requise pour qu'une déclaration antérieure compatible d'un témoin puisse être introduite en preuve, il s'ensuivrait qu'une telle déclaration ne pourrait être produite en anticipation du témoignage du déclarant, mais seulement après qu'il ait comparu comme témoin et sur autorisation du tribunal. Aux fins d'obtenir cette autorisation, le requérant devrait démontrer que le recours à cette déclaration est nécessaire soit pour repousser une attaque à la crédibilité du témoin fondée sur une fabrication récente de témoignage, soit parce que la déclaration antérieure, eu égard aux circonstances dans lesquelles elle a été faite, présente une fiabilité supérieure à la déposition que le témoin pourrait rendre. La décision rendue dans l'affaire précitée *Barette c. Ciment du St-Laurent*⁶⁶ nous paraît une illustration

64. *Promutuel Valmont c. Pion*, précité, note 10.

65. *Lowenger (Succession de) c. Friedner*, précité, note 33.

66. *Barette c. Ciment du St-Laurent*, précité, note 23.

d'une telle situation. L'un des demandeurs dans cette affaire avait noté de 1991 à 1997 ses observations sur des événements se rapportant au litige, notes dont il s'était servi lors d'un interrogatoire préalable. À l'audience, il a demandé l'autorisation de produire ces notes en vertu de l'article 2871 C.c.Q. ainsi que l'autorisation d'en retirer certains passages concernant des renseignements protégés par le secret professionnel. Sa demande de production a été agréée au motif que ces notes constituaient une preuve pertinente qui ne pouvait pas être faite autrement. Le tribunal lui a par ailleurs reconnu le droit d'en expurger les passages contenant des renseignements protégés par le secret professionnel, après s'être assuré du caractère confidentiel des passages en question.

CONCLUSION

Du fait que l'article 2871 C.c.Q. ne fait pas mention de la nécessité comme condition requise pour qu'une déclaration antérieure d'un témoin puisse être admise à titre de témoignage, on semble avoir tenu pour acquis que la nécessité n'est pas une condition requise pour qu'elle soit introduite en preuve. Une telle interprétation présuppose que l'article 2871 C.c.Q. entend régir à la fois les conditions requises pour l'introduction en preuve d'une déclaration antérieure et celles requises pour qu'elle puisse faire preuve au fond. Or, il est évident que tel n'est pas le cas en ce qui concerne les déclarations incompatibles puisque ce sont les articles 310 et 314 C.p.c. qui continuent de régir les conditions auxquelles elles doivent satisfaire pour être admises en preuve. Il s'ensuit que, dans le cas de ces déclarations, l'article 2871 C.c.Q. ne régirait que les conditions requises pour qu'elles puissent faire preuve au fond une fois qu'elles ont été régulièrement admises en preuve en vertu des articles 310 et 314 C.p.c. Comme en vertu de ces articles, le recours à une déclaration incompatible n'est permis qu'en cas de nécessité, la nécessité doit être considérée comme une exigence implicite aux fins de l'application de l'article 2871 C.c.Q. Par ailleurs, dans le cas des déclarations compatibles, tout comme dans le cas des déclarations incompatibles, l'application de cet article doit se limiter aux déclarations qui ont été légalement admises en preuve. Or, pour qu'il en soit ainsi, le critère de nécessité devra être satisfait. Ce critère est certes satisfait lorsque la déclaration compatible vise à repousser une attaque à la crédibilité d'un témoin sur la base que son témoignage est de fabrication récente. Lorsque le recours à une déclaration compatible vise uniquement à ce qu'elle serve de témoignage, la cohérence des règles

concernant le oui-dire exige que ce recours ne soit permis qu'en cas de nécessité. En effet, la loi ne peut affirmer une chose et son contraire. Elle ne peut, d'une part, exiger la présence des témoins à l'audience pour que leur témoignage soit rendu sous serment en présence du tribunal et être soumis à un contre-interrogatoire et, d'autre part, leur permettre sans restriction de rendre témoignage au moyen d'une déclaration antérieure qui ne respecte pas ces formalités. La logique commande que le recours à une déclaration compatible ne soit permis qu'en cas de nécessité, soit lorsque la déclaration antérieure présente des garanties de fiabilité supérieures à une déposition.

L'autorité du juge au service de la saine gestion de l'instance

Pierre NOREAU et Mario NORMANDIN
en collaboration avec les membres de
l'Observatoire du droit à la justice

Résumé

Comme c'est le cas de tout projet de réforme du système judiciaire, *l'Avant-projet de loi instituant le nouveau Code de procédure civile* déposé par le ministre de la Justice en septembre 2011 apporte l'espoir d'un plus grand accès à la justice. L'un des aspects importants qui anime l'avant-projet de loi est la saine gestion de l'instance. L'avant-projet de loi propose d'accorder au juge des pouvoirs additionnels afin que celui-ci puisse remplir la mission qui lui est confiée d'assurer une saine gestion de l'instance dans le respect du principe de proportionnalité. L'avant-projet de loi reconnaît ainsi que les tribunaux constituent un service public dont les ressources sont limitées.

Le texte trace l'évolution récente du rôle des juges dans la gestion de l'instance au Québec. Il rend compte des études et des évaluations réalisées suite aux différents aménagements que le législateur a voulu apporter au rôle du juge ou qui ont été expérimentés à la suite de projets-pilotes. Il se penche plus particulièrement sur l'influence du juge gestionnaire lorsque ce dernier intervient tôt dans l'instance. Il explore les perceptions que développent les parties et les praticiens à l'égard de cette intervention « en amont » et s'arrête aux différents aspects pratiques et théoriques entourant l'exercice de cette « nouvelle » autorité. Le texte montre que l'avant-projet de loi ne marque pas en soi une rupture avec nos connaissances de la gestion de l'instance au Québec. Il s'inscrit plutôt dans la continuité, dans la mesure où les travaux recensés permettent de dégager une image relativement stable et uniforme du juge gestionnaire de l'instance : l'autorité du juge est

le gage de la crédibilité, de l'utilité et de la légitimité de son intervention tôt dans l'instance. Au plan des connaissances, le texte entend démontrer que l'autorité du juge gestionnaire comporte trois dimensions : une dimension *morale*, une dimension *légale* et une dimension *structurante* (*leadership*).

L'autorité du juge au service de la saine gestion de l'instance

Pierre NOREAU* et Mario NORMANDIN**
en collaboration avec les membres de
l'Observatoire du droit à la justice***

INTRODUCTION	211
1. Le rôle supplétif de gestionnaire de l'instance attribué au juge lors de la réforme de la procédure civile en 2002.	219
2. Les constats de la communauté juridique en 2006 : une culture des échéances et l'absence de dialogue et de règlement entre les parties, tôt dans l'instance . .	223
3. L'autorité du juge conçue comme un moyen d'assurer l'accès à la justice civile : le projet-pilote réalisé par l'Observatoire du droit à la justice en 2009	226
3.1 L'enquête de l'Observatoire et ses résultats	226
3.2 Les dimensions morale, légale et structurante (leadership) de l'autorité du juge dans le cadre de la gestion de l'instance	229

* Président de l'Observatoire du droit à la justice et professeur titulaire au Centre de recherche en droit public de la Faculté de droit de l'Université de Montréal.

** Membre de l'Observatoire du droit à la justice et avocat à la direction du Contentieux du ministère de la Justice du Québec à Montréal. Les opinions exprimées dans ce texte n'engagent que son auteur.

*** L'Observatoire du droit à la justice est une organisation à but non lucratif qui regroupe des praticiens, des penseurs et des chercheurs préoccupés par le problème de l'accès à la justice. L'Observatoire exerce ses activités depuis septembre 2005. Il est soutenu par le Centre de recherche en droit public et la Faculté de droit de l'Université de Montréal. L'Observatoire est composé des membres suivants : Pierre Noreau, président, Huguette St-Louis, vice-présidente, Oscar D'Amours, Jacques Lachapelle, Mario Normandin, Marc-André Patoine, Céline Pelletier, Catherine Piché et Marie-Claude Sarrazin.

4. La mise en œuvre de l'autorité du juge gestionnaire de l'instance dans l' <i>Avant-projet de loi instituant le nouveau Code de procédure civile</i> : quelques enjeux	238
4.1 L'incidence du protocole de l'instance sur l'autorité du juge	239
4.2 Le recours aux avis et aux directives afin de faire connaître les modalités et les critères d'exercice de la gestion judiciaire de l'instance	243
CONCLUSION	246

« Aucune réforme judiciaire n'est jamais terminée puisque la justice, intemporelle et sans cesse évolutive, doit s'adapter aux sociétés qu'elle a pour seule mission de servir »¹

« La demande de justice est toujours présente parmi nous, mais la nature de la réponse nécessaire varie suivant l'évolution de la société »²

INTRODUCTION³

Ce texte trace l'évolution récente au Québec du rôle assumé par les juges dans la gestion de l'instance. Il cherche à rendre compte des études et des évaluations réalisées suite aux différents aménagements que le législateur a apportés à ce rôle ou à la suite de projets-pilotes. Il s'intéresse plus particulièrement à l'influence de l'autorité du juge gestionnaire lorsque ce dernier intervient tôt dans l'instance, à la perception de cette autorité par les parties et les praticiens et aux différents aspects pratiques et théoriques qui caractérisent cette autorité. Comme il en sera fait mention en introduction, cette réflexion a pour toile de fond les débats et les préoccupations reliés à l'accès à la justice et elle intervient alors que le législateur se propose d'accorder au juge gestionnaire de l'instance un rôle beaucoup plus actif dans l'*Avant-projet de loi instituant le nouveau Code de procédure civile*⁴ (l'« avant-projet de loi »).

1. Pierre A. MICHAUD, « La gestion de l'instance : l'intégration des moyens de rechange », (1999) 40 *Les Cahiers de droit* 113, 114.
2. Louis LEBEL, « L'accès à la justice : une prise de conscience nécessaire de la nature d'un problème », dans Pierre NOREAU (dir.), *Révolutionner la justice : constats, mutations et perspectives d'avenir – Les journées Maximilien-Caron 2009*, Montréal, Éditions Thémis, 2010, p. 135, à la page 137.
3. Ce texte est une version remaniée et actualisée de la seconde partie du Mémoire que l'Observatoire du droit à la justice a présenté le 31 janvier 2012 devant la Commission des institutions de l'Assemblée nationale du Québec dans le cadre de la consultation générale et des auditions publiques sur l'*Avant-projet de loi instituant le nouveau Code de procédure civile*. On peut consulter ce mémoire à <<http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/commissions/CI/mandats/Mandat-16641/memoires-deposes.html>>.
4. On peut consulter le texte de l'avant-projet de loi à <<http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/commissions/CI/mandats/Mandat-16641/index.htmlXX>>.

Chaque nouvelle réforme du système judiciaire apporte l'espoir d'un plus grand accès à la justice⁵. L'avant-projet de loi, déposé par le ministre de la Justice du Québec au mois de septembre 2011, ne fait pas exception. Les attentes qu'il fait naître sont aussi élevées que nombreuses. Elles sont exprimées aux deuxième et troisième paragraphes des dispositions préliminaires de l'avant-projet de loi :

Le Code vise à permettre, dans l'intérêt public, le règlement des différends interpersonnels, collectifs ou sociétaux, par des procédés de justice civile adéquats, efficaces, empreints d'esprit de justice et favorisant la participation des personnes, parties à un différend, dans la prévention et le règlement de celui-ci.

Il vise également à assurer l'accessibilité, la qualité et la célérité de la justice civile, l'application juste, simple, proportionnée et économique de la procédure et l'exercice des droits des parties dans un esprit de coopération et d'équilibre, ainsi que le respect des personnes qui apportent leur concours à la justice.

L'avant-projet de loi introduit un ensemble de règles novatrices et audacieuses qui sont traversées par au moins deux aspects importants de la justice civile : les modes alternatifs de règlement et la gestion de l'instance. Suivant le premier aspect⁶, les parties à un différend peuvent choisir parmi un ensemble de modes de règlement celui qui répond le mieux à leurs besoins. Des alternatives aux tribunaux existent et la justice civile doit les reconnaître et les favoriser. Au sein d'une justice civile qui prévoit plusieurs mécanismes pour solutionner les conflits, l'avant-projet de loi impose aux parties le devoir de considérer le recours aux modes de prévention et de règlement des différends avant de s'adresser aux tribunaux⁷. Suivant le second aspect, le bon déroulement et la

5. Pour Pierre NOREAU, « Accès à la justice et démocratie en panne : constats, analyses et projections » dans P. NOREAU (dir.), *op. cit.*, note 2, p. 13, à la page 29, la « notion d'accès à la justice renvoie à un idéal abstrait, mais également à un objectif institutionnel et organisationnel précis : la garantie que soient réunies toutes les conditions susceptibles de faciliter le recours à l'institution judiciaire. On renvoie ici au problème des coûts et des délais de la justice, mais également au sentiment de (perte de) contrôle du justiciable sur le cheminement de son dossier. Abordée plus globalement encore, la notion d'accès à la justice renvoie aux conditions matérielles, relationnelles et logistiques entourant le recours aux services judiciaires ». Pour une synthèse récente des conceptions analogues de l'accès à la justice, voir Pierre-Claude LAFOND, *L'Accès à la justice civile au Québec : portrait général*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2012, p. 14-20.

6. Disposition préliminaire et articles 1 à 7 de l'avant-projet de loi.

7. Article 1, alinéa 3 de l'avant-projet de loi : « Les parties doivent considérer le recours aux modes privés de prévention et de règlement de leur différend avant de s'adresser aux tribunaux ».

saine gestion de l'instance doivent être assurés par le juge et être assujettis, sous son autorité, à une exigence de proportionnalité. Les tribunaux constituent un service public dont les ressources sont limitées.

L'avant-projet de loi énonce des principes et prévoit des modalités afin d'établir et de mettre en œuvre l'autorité plus grande accordée aux juges dans la gestion de l'instance. Parmi les « principes » qui gouvernent la procédure applicable devant les tribunaux de l'ordre judiciaire⁸, le législateur investit les tribunaux de la « mission d'assurer la saine gestion des instances en accord avec les principes et les objectifs de la procédure » (art. 9, al. 3)⁹. Le législateur prévoit également que les parties « ont, sous réserve du devoir des tribunaux d'assurer la saine gestion des instances et de veiller à leur bon déroulement, la maîtrise du dossier » (art. 19, al. 1)¹⁰. À cet égard, le juge assume le devoir de vérifier si les démarches et les actes des parties et de leurs procureurs, eu égard aux coûts et au temps qu'ils exigent, sont proportionnés à la nature et à la complexité de l'affaire et à la finalité de la demande (art. 18). Le juge veille également à ce que l'affaire soit limitée à ce qui est nécessaire pour résoudre le litige (art. 19, al. 2). Dans la cadre de la « procédure contentieuse »¹¹, le législateur met à la disposition des juges une grande variété de mesures que ces derniers peuvent « prendre d'office ou sur demande » et « à tout moment de l'instance » (art. 155). Ces mesures pourront viser entre autres

8. Articles 8 à 27 de l'avant-projet de loi.

9. « 9. Les tribunaux ont pour mission de trancher les litiges dont ils sont saisis en conformité avec les règles de droit qui leur sont applicables et, à cet égard, de dire le droit. Ils ont aussi pour mission de statuer, même en l'absence de litige, lorsque la loi exige, en raison de la nature de l'affaire ou de la qualité des personnes, qu'une demande leur soit soumise.

Il entre également dans leur mission, tant en première instance qu'en appel, de favoriser la conciliation des parties si la loi leur en fait devoir, si les parties le demandent ou y consentent ou si les circonstances s'y prêtent.

Enfin, il entre aussi dans leur mission d'assurer la saine gestion des instances en accord avec les principes et les objectifs de la procédure.

Le tribunal et les juges bénéficient de l'immunité judiciaire dans l'exercice de leur mission. »

10. « 19. Les parties à une instance ont, sous réserve du devoir des tribunaux d'assurer la saine gestion des instances et de veiller à leur bon déroulement, la maîtrise de leur dossier dans le respect des principes, des objectifs et des règles de la procédure et des délais établis.

Elles doivent veiller à limiter l'affaire à ce qui est nécessaire pour résoudre le litige et elles ne doivent pas agir en vue de nuire à autrui ou d'une manière excessive ou déraisonnable, allant ainsi à l'encontre des exigences de la bonne foi.

Elles peuvent, à tout moment de l'instance, choisir de régler leur litige en ayant recours à un mode privé de prévention et de règlement des différends ou à la conciliation judiciaire ; elles peuvent aussi mettre autrement fin à l'instance. »

11. Articles 138 à 298 de l'avant-projet de loi.

à simplifier ou à accélérer la procédure, à préciser les questions en litige, à modifier les actes de procédure, à fixer les modalités des expertises des parties, à ordonner une expertise commune et à déterminer le nombre et la durée des interrogatoires (art. 155). À la suite du dépôt du protocole de l'instance convenu entre les parties, le tribunal l'examine et détermine si une conférence de gestion doit, dès ce moment, être convoquée (art. 144 à 148). La conférence de gestion peut aussi être convoquée d'office ou sur demande (art. 149).

Toute réforme de la justice civile se heurte à d'importantes difficultés. Ce sont les acteurs du milieu juridique qui sont traditionnellement les premiers concernés par ce type de réforme et les plus consultés sur leur à-propos¹². Or, la culture judiciaire n'est pas ou est peu disposée au changement¹³. Les modifications proposées au système judiciaire sont souvent perçues par les praticiens du droit comme une remise en question de règles que ces praticiens considèrent d'autant plus sacrées qu'elles sont anciennes¹⁴. On oublie pourtant que plusieurs de ces règles visaient à remédier à des problèmes pratiques qui n'existent plus alors que d'autres cherchaient à satisfaire des besoins qui ont depuis évolué et changé. Le droit judiciaire n'est pas immuable¹⁵. Le système

12. Sur le constat que les réformes en matière de justice civile au Québec constituent généralement un domaine réservé aux acteurs du milieu juridique, de sorte que les justiciables sont à cet égard jamais ou peu consultés, voir Hubert REID, « Le justiciable est-il toujours au centre des réformes de la justice civile ? » dans P. NOREAU (dir.), *op. cit.*, note 2, p. 44 ; Sylvio NORMAND, « De la difficulté de rendre une justice rapide et peu coûteuse : une perspective historique », (1999) 40 *Les Cahiers de droit* 13, 30. Voir également Julie MACFARLANE, « The Future of the Civil Justice System: Three Narratives about Change », (2009) 35 *The Advocates' Quarterly* 284, 303 : « Historically, the legal system has been able to conduct its own affairs, including procedural reforms, with a minimum of input from the outside ».

13. Yves-Marie MORISSETTE, « Gestion d'instance, proportionnalité et preuve civile : état provisoire des questions », (2009) 50 *Les Cahiers de Droit* 381, 412-413 : « la culture judiciaire ne change pas, ou du moins ne change pas autant qu'on l'aurait voulu. La force de l'habitude et les routines structurantes, ancrées dans un préjugé contre le changement, y sont pour beaucoup ».

14. Pierre NOREAU, « La justice est-elle soluble dans la procédure ? Repères sociologiques pour une réforme de la justice civile », (1999) 40 *Les Cahiers de droit* 33, 36 : « un réflexe spontané nous incite à considérer toute modification d'un rite judiciaire ancien comme la destruction d'une règle absolue dont l'autorité s'avère d'autant plus certaine que ses origines sont incertaines » ; J. MACFARLANE, *loc. cit.*, note 12, 296-297 : « There is an understandable reluctance to exchange established knowledge and experience for something new. There is a strong consensus in the profession around both civil and criminal legal process, which has been established over centuries. The Resisters regard themselves as the sacred guardians of the existing system ».

15. P. NOREAU, *loc. cit.*, note 14, 37 : « Le droit judiciaire ressemble en cela à la société elle-même, qui n'évolue pas de façon linéaire, et dont l'existence est moins

judiciaire demeure une institution sociale que nous avons nous-mêmes construite et édifiée et que, par conséquent, nous pouvons changer¹⁶. Cependant, à moins qu'elles permettent d'ajuster la pratique du droit aux exigences et aux besoins des praticiens, les réformes de la justice civile suscitent trop souvent, de la part des praticiens, des réactions négatives qui rendent ces réformes parfois difficiles, voire impossibles. Ces réactions négatives s'expliquent bien souvent par la conception particulière de la justice qu'entretiennent les juristes. Il s'agit avant tout pour eux d'un impératif supérieur¹⁷. À l'inverse, les réformes de la justice civile sont souvent animées par une justice qualifiée de « contemporaine », une justice davantage conçue comme un service public¹⁸.

L'autorité accrue que le législateur se propose de confier au juge gestionnaire de l'instance dans l'avant-projet de loi n'a pas été à l'abri de réactions négatives de la part des praticiens. À l'encontre de cette plus grande autorité accordée au juge, deux préoccupations ont été principalement évoquées lors des auditions tenues en janvier 2012 devant la Commission des institu-

souvent la cause que le résultat de processus sociaux complexes. Aussi, modifiée au coup par coup, la justice procédurale n'a pas (et n'a jamais eu) la stabilité et la cohérence que l'on lui prête généralement ; elle s'adapte au fur et à mesure que se présentent les problèmes et les solutions. La diversité des institutions humaines révèle qu'il n'y a pas telle chose qu'un ordre immuable. »

16. *Ibid.*, 36.

17. *Ibid.*, « Tout devient dès lors sacré et immuable, un droit fondamental et certain (un principe de justice naturelle) semble toujours protégé par chaque article du *Code de procédure civile*. »

18. Michel BOUCHARD, « Une réforme nécessaire », (1999) 40 *Les Cahiers de droit* 7, 13 : « Le grand défi que nous rencontrons par ailleurs – c'est peut-être même le principal défi que nous avons à relever – est de savoir ce que le citoyen attend d'une réforme de la procédure civile. Principal intéressé par l'administration de la justice, le citoyen est trop souvent le grand laissé-pour-compte de nos réflexions et de nos décisions. Pourtant, comment pourrions-nous justifier toute notre organisation de la justice si aucun citoyen ne faisait appel à ces services ? » ; P. NOREAU, *loc. cit.*, note 14, 48-49 : « Il est tout à fait opportun donc de réfléchir à la révision des mécanismes qui balisent la procédure civile, mais sans doute doit-on le faire dans une perspective qui replace le justiciable au centre du travail des tribunaux, de manière que cette réforme de la procédure civile soit également une réforme de la « justice civile », disposition qui restituerait la fonction des procureurs et des magistrats dans une perspective moins rigide de service public » ; J. MACFARLANE, *loc. cit.*, note 12, 304 : « Instead of fixating on how to bring people back to the traditional court process, should we not be thinking about how to develop practical dispute resolution approaches that work for business and personal users, both represented and self-represented ? » ; Pierre NOREAU, « Avenir de la justice : des problèmes anciens... aux solutions prochaines », dans P. NOREAU (dir.), *op. cit.*, note 2, p. 3, à la page 9 : « Au-delà des élans romantiques sur la sublimité de la Justice et sur la pratique du droit comme un sacerdoce (la recherche de la Justice avec un grand J), il faut rappeler que l'activité judiciaire est d'abord et avant tout un service public ».

tions de l'Assemblée nationale du Québec dans le cadre de la consultation générale sur l'avant-projet de loi.

La première préoccupation concerne le droit des parties de demeurer maître de leur dossier. On soutient que le juge ne peut intervenir dans la gestion de l'instance sans quoi il se substituerait aux parties dans la conduite de leur dossier. La procédure serait dorénavant conduite par le juge plutôt que par les parties. Le juge assume un rôle de supervision, certes, mais celui des parties est de mener leur dossier en conformité avec les règles de procédure. En d'autres mots, soutient-on, le juge ne peut imposer une mesure de gestion qui irait à l'encontre de la manière dont les parties ont choisi et convenu de mener l'instance. Dans son rôle de supervision, le juge s'assure que les parties observent et respectent ce qu'elles ont convenu. Cette préoccupation relève de la principale critique invoquée à l'encontre des réformes de la justice civile qui visent à accorder de plus grands pouvoirs de gestion aux juges. Cette critique considère l'intervention du juge comme une incursion inappropriée dans la discrétion des procureurs de conduire leur dossier¹⁹. Le premier alinéa de l'article 19 de l'avant-projet de loi codifierait une telle incursion²⁰.

La deuxième préoccupation concerne le moment où devrait intervenir un contrôle, quel qu'il soit, de la gestion de l'instance par le juge. On soutient, dans ce cas, que la gestion de l'instance ne peut être amorcée qu'au moment où les parties possèdent l'information la plus complète possible, soit après la communication de la preuve et la tenue des interrogatoires préalables, et uniquement lorsque leurs positions respectives sont connues, soit après la défense. Une intervention du juge plus tôt dans l'instance serait prématurée, les parties n'étant pas alors en mesure de prendre position, faute d'informations suffisantes. Cette préoccupation relève également d'une critique déjà formulée à l'encontre des réformes de la justice civile. Elle s'appuie sur un idéal inhérent à la justice : la recherche de la vérité. Cette recherche de la vérité, soutient-on, requiert que des mesures d'enquête préalables et étendues soient à la disposition des parties à l'instance et que celles-ci puissent s'en prévaloir. Ces mesures ne peuvent évidemment pas être complétées tôt dans l'instance, *a fortiori* au tout début de celle-ci²¹. Il serait donc irréaliste de convoquer une confé-

19. J. MACFARLANE, *loc. cit.*, note 12, 297.

20. *Supra*, note 10.

21. J. MACFARLANE, *loc. cit.*, note 12, 292-293.

rence de gestion immédiatement après le dépôt du protocole de l'instance, comme le permettrait l'article 145 de l'avant-projet de loi.

Les deux préoccupations précédentes ont le mérite de délimiter les enjeux actuels de la gestion judiciaire de l'instance et de faire ressortir les solutions retenues à cet égard par le législateur dans l'avant-projet de loi. Ces enjeux portent sur le *degré d'intervention* du juge gestionnaire et sur le *moment de cette intervention*. Dans l'avant-projet de loi, le législateur a réduit l'étendue de la discrétion que possèdent les parties de choisir la manière de conduire leur dossier. Il a en effet assujéti cette discrétion au devoir du tribunal d'assurer la saine gestion de l'instance. De façon corollaire, il a accordé au tribunal le pouvoir d'intervenir dès le début de l'instance afin d'assurer sa saine gestion. Le tribunal pourrait dès lors convoquer une conférence de gestion dès la production du protocole de l'instance.

L'écart qui sépare les critiques traditionnellement soulevées à l'encontre de la gestion de l'instance et les solutions retenues par le législateur dans l'avant-projet de loi soulève une importante question. Quel rapport l'avant-projet de loi entretient-il avec nos connaissances de la gestion judiciaire de l'instance au Québec ? L'avant-projet de loi marque-t-il une rupture, s'inscrit-il dans la continuité, répond-il à des attentes, met-il en place un remède, représente-t-il un pas supplémentaire logique ? Ces questionnements sont à l'origine de nos réflexions et en constituent le point de départ. Pour y répondre, nous chercherons à rendre compte de l'évolution récente des connaissances sur la gestion judiciaire de l'instance au Québec.

Le sujet de la gestion de l'instance et de l'aménagement du rôle du juge dans cette gestion n'est pas en soi nouveau²². L'oppor-

22. À titre d'exemple, dans la doctrine américaine, la première étude importante consacrée à la gestion judiciaire de l'instance – et qui, dans ce cas, lui est défavorable – remonte à 1982 : Judith RESNIK, « Managerial Judges », (1982) 96 *Harvard Law Review* 374. Parmi ceux qui ont à leur tour critiqué cette étude et défendu la gestion judiciaire de l'instance, on retrouve : Steven FLANDERS, « Blind Umpires – A Response to Professor Resnik », (1984) 35 *Hastings Law Journal* 505 (l'auteur est gestionnaire judiciaire) ; Robert F. PECKHAM, « A Judicial Response to the Cost of Litigation: Case Management, Two-Stage Discovery Planning and Alternative Dispute Resolution », (1985) 37 *Rutgers Law Review* 253 (l'auteur est juge fédéral de première instance, « Chief Judge, United States District Court for the Northern District of California »). Paradoxalement, l'un des commentaires du juge Peckham trouve écho, 11 ans plus tard, dans le rapport de

tunité de codifier la gestion de l'instance dans le *Code de procédure civile* n'est pas non plus le fruit d'une réflexion soudaine et isolée. Au cours des dix dernières années, trois études importantes ont été consacrées à la gestion de l'instance : le rapport de 2001 du Comité de révision de la procédure civile intitulé *Une nouvelle culture judiciaire*²³, lequel s'appuie sur des expériences et des tendances observées au Canada et à l'étranger, et dont certaines recommandations ont été reprises dans les amendements apportés au *Code de procédure civile* en 2002 ; le rapport d'évaluation de la réforme de 2002 préparé en 2006 par le ministère de la Justice²⁴, après consultation auprès de la communauté juridique ; le rapport produit en 2010 par l'Observatoire du droit à la justice sur le projet-pilote tenu à la Cour du Québec du district de Longueuil²⁵. Ces études permettent de tracer l'évolution récente des moyens de gestion de l'instance accordés aux juges ou expérimentés au Québec et d'en apprécier les répercussions pratiques sur les délais et les coûts de la justice.

Bien qu'elles aient été réalisées dans des contextes différents, nous montrerons qu'une vue d'ensemble de ces études (sections 1 à 3) permet de dégager une image relativement stable et uniforme du juge gestionnaire de l'instance : l'autorité du juge est le gage de la crédibilité, de l'utilité et de la légitimité de son intervention à titre de gestionnaire tôt dans l'instance. Au plan des connaissances, nous démontrerons que l'autorité du juge gestionnaire comporte trois dimensions : *une dimension morale, une dimension légale et une dimension structurante (leadership)* (section 3.2). Pour terminer, nous examinerons certains enjeux de la mise en œuvre de l'autorité du juge dans le mécanisme de gestion de l'instance proposé dans l'avant-projet de loi (section 4).

Lord Woolf, (*infra*, note 93) et, 27 ans plus tard, ici au Québec, à l'article 19 de l'avant-projet de loi (*supra*, note 10) : « Professor Resnik places the onus of responsibility for the orderly and prompt disposition of litigation with the bar, whereas I place that responsibility equally, if not primarily, on the shoulders of the judge ». La littérature américaine sur la gestion de l'instance est abondante. Bien qu'il puisse être utile de s'y référer, l'objectif du présent texte ne consiste pas à en faire la recension ni l'étude.

23. RAPPORT DU COMITÉ DE RÉVISION DE LA PROCÉDURE CIVILE, *Une nouvelle culture judiciaire*, Ministère de la Justice du Québec, juillet 2001.

24. MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, *Rapport d'évaluation de la Loi portant réforme du Code de procédure civile*, Québec, 2006.

25. Pierre NOREAU, *Les conférences de conciliation et de gestion judiciaire. Cour du Québec. Projet pilote de Longueuil 2009*, Observatoire du droit à la justice, juin 2010.

1. Le rôle supplétif de gestionnaire de l'instance attribué au juge lors de la réforme de la procédure civile en 2002

La gestion judiciaire de l'instance a reçu une forte impulsion au Québec en 2001. Dans son rapport *Une nouvelle culture judiciaire*, le Comité de révision de la procédure civile a proposé « d'introduire dans un nouveau code des mesures qui permettent une plus grande intervention du juge dans la gestion de l'instance »²⁶.

Dans son rapport, le Comité de révision a d'abord constaté que le « rôle du juge fait l'objet de transformation » depuis peu et qu'« un rôle plus actif dans le déroulement de l'instance » lui est reconnu dans plusieurs juridictions²⁷. Le Comité a fait observer que le rapport Woolf produit en Angleterre et au Pays de Galles en 1996²⁸ a proposé de nouvelles règles, adoptées plus tard en 1999, qui visent « à atténuer les effets du système contradictoire, entre autres en donnant aux tribunaux les moyens de gérer les instances, de contrôler les expertises et d'encadrer la preuve, à responsabiliser les parties et leurs avocats dans la conduite de l'instance et à instaurer des délais-cibles »²⁹. Le Comité a fait la même observation à propos de la situation en France³⁰ et il a relevé les mêmes préoccupations au Canada alors que deux rapports produits en 1996 ont émis des propositions visant à donner « aux tribunaux les moyens de gérer l'instance et d'encadrer la preuve »³¹. Dans l'un de ces rapports, le Groupe de travail de l'Association du Barreau canadien sur les systèmes de justice civile constatait en 1996 que la gestion judiciaire de l'instance comporte un élément essentiel : « une intervention rapide des tribunaux pour déterminer les points en litige et superviser l'avancement de la cause »³². Selon le Groupe de travail, « des conférences préalables efficaces représen-

26. RAPPORT DU COMITÉ DE RÉVISION DE LA PROCÉDURE CIVILE, *op. cit.*, note 23, p. 32.

27. *Ibid.*, p. 22.

28. Lord WOOLF, *Access to Justice : Final Report to the Lord Chancellor on the Civil Justice System in England and Wales*, 1996.

29. RAPPORT DU COMITÉ DE RÉVISION DE LA PROCÉDURE CIVILE, *op. cit.*, note 23, p. 28.

30. *Ibid.*, p. 28-29.

31. *Ibid.*, p. 29.

32. ASSOCIATION DU BARREAU CANADIEN, *Rapport du groupe de travail sur les systèmes de justice civile*, Ottawa 1996, p. 40.

tent des éléments essentiels à une bonne exploitation d'un système de gestion des dossiers »³³.

À partir des tendances observées à l'étranger et ailleurs au Canada, le Comité de révision a estimé que l'« intervention accrue des juges » permettrait « de circonscrire, plus tôt dans l'instance, les prétentions des parties et favoriser une meilleure gestion des instances »³⁴. Alors que le juge était traditionnellement perçu comme un arbitre qui tranche des litiges, il est « venu graduellement, selon le Comité, à participer de façon plus active au déroulement de l'instance », de telle sorte qu'une « intervention accrue et plus directive » de sa part « dès le début de l'instance », paraît justifiée et requérir une reconnaissance législative³⁵. Par ailleurs, le Comité a été d'avis que le principe de la proportionnalité des procédures devait non seulement guider l'action des parties et de leurs procureurs, mais également guider le juge dans la gestion de l'instance³⁶.

Dans son rapport *Une nouvelle culture judiciaire*, le Comité de révision a estimé qu'il fallait privilégier des mesures qui facilitent « une meilleure gestion de l'instance *par les parties elles-mêmes* et, *à défaut d'entente*, *par le tribunal* »³⁷. Le rôle de gestionnaire d'instance attribué au juge a donc été aménagé de manière à ce qu'il n'intervienne qu'en cas de mésentente entre les parties de même que pour sanctionner le non-respect des ententes intervenues entre elles. Ainsi, la maîtrise du dossier « appartient aux parties » alors que le juge « détermine le calendrier de l'instance et rend les ordonnances appropriées » « *à défaut d'entente entre les parties* »³⁸. De nature essentiellement supplétive, le rôle de gestionnaire assumé par le juge est en quelque sorte celui d'un réserviste dont l'entrée au jeu est tributaire du défaut des parties de s'entendre puisque ces dernières conservent au premier chef la maîtrise du dossier et de l'instance. Cette relation entre le rôle du juge, l'exception, et la maîtrise du dossier par les parties, la règle, est mise en évidence dans l'extrait suivant du rapport du Comité de révision :

33. *Ibid.*, p. 42.

34. RAPPORT DU COMITÉ DE RÉVISION DE LA PROCÉDURE CIVILE, *op. cit.*, note 23, p. 32-33.

35. *Ibid.*, p. 40.

36. *Ibid.*, p. 38-39.

37. *Ibid.*, p. 34 (nos italiques).

38. *Ibid.*, p. 39-40 (nos italiques).

Afin que soit respecté *le principe de la maîtrise du dossier et de la conduite de l'instance par les parties*, il importe que le modèle proposé les incite à s'entendre afin *qu'elles ne s'adressent au tribunal qu'en cas de désaccord*.³⁹

En 2002, le législateur a donné suite aux recommandations du Comité de révision. Le principe de maîtrise du dossier par les parties a été consacré au *Code de procédure civile* à l'article 4.1, al. 1. À l'alinéa 2 de cette disposition, le législateur a prévu que le « tribunal veille au bon déroulement de l'instance et intervient pour en assurer la saine gestion ». Le principe de la proportionnalité des « actes de procédure choisis » a par ailleurs été introduit à l'article 4.2. Le législateur a modifié le Code afin d'y inclure le rôle supplétif du juge à la date de présentation dans l'éventualité où les parties font défaut de convenir d'une entente sur le déroulement de l'instance (art. 151.6, par. 4). Il a aussi accordé au juge le pouvoir d'émettre différentes sanctions lorsque l'une ou l'autre des parties ne respecte pas cette entente (art. 151.3). Par ailleurs, à la suggestion du Comité de révision⁴⁰, le législateur a introduit la « gestion particulière de l'instance ». Lorsqu'une instance le requiert en raison de sa nature, de son caractère ou de sa complexité, sa gestion est alors confiée à un seul et même juge jusqu'à l'audition du procès (art. 151.11 à 151.13). Enfin, le Comité a proposé que l'entente sur le déroulement de l'instance n'excède pas un délai de rigueur de 180 jours et qu'au terme de ce délai le dossier des parties soit en état afin d'inscrire l'affaire pour enquête et audition⁴¹, une proposition que le législateur a également retenue (art. 110.1, 151.1 et 274.3). Le délai de rigueur de 180 jours peut cependant être prolongé « lorsque la complexité de l'affaire ou des circonstances spéciales le justifient » (art. 110.1).

Ce rôle essentiellement supplétif de gestionnaire de l'instance assumé par les juges à compter de 2002 n'a pas été modifié par la suite dans le *Code de procédure civile*.

Il importe de souligner par ailleurs que le Comité de révision a également recommandé en 2001 de reconnaître dans le *Code de procédure civile* l'existence des modes alternatifs de règlement, qu'il qualifiait alors de « modes amiables de règlement des liti-

39. *Ibid.*, p. 115 (nos italiques).

40. *Ibid.*, p. 119, 133-134.

41. *Ibid.*, p. 117 et 134-136.

ges », une approche qui s'inscrivait selon lui dans une nouvelle vision de la procédure civile.

Le Comité de révision a estimé que les modes alternatifs de règlement offrent des avantages et suscitent un intérêt qu'il convient de favoriser. Parmi ces avantages, on retrouve celui de reconnaître au justiciable le « libre choix du mode de solution du litige », une faculté qui traduit une « valeur de justice »⁴². Une relecture du rapport *Une nouvelle culture judiciaire* permet d'identifier au moins quatre considérations au soutien du recours des modes alternatifs de règlement : redonner au justiciable la place qui lui revient dans le système de justice et le responsabiliser⁴³ ; favoriser le maintien du dialogue et des relations entre les parties qu'une demande en justice pourrait autrement compromettre⁴⁴ ; rendre justice de manière plus rapide et à moindre coût⁴⁵ ; fournir aux parties plus de contrôle et accroître leur participation à la solution du litige⁴⁶. De façon plus générale, « l'encouragement à utiliser les modes amiables de règlement des litiges » constituait déjà pour le Comité l'une des mesures permettant, selon lui, que la justice soit rendue « avec célérité et à un coût raisonnable »⁴⁷.

Le Comité de révision a recommandé en conséquence de reconnaître le recours aux modes alternatifs de règlement dans

42. *Ibid.*, p. 35-37. Les deux autres valeurs selon le Comité sont « L'administration de la justice : une responsabilité partagée » et « Le respect des droits fondamentaux des parties et des témoins ».

43. *Ibid.*, p. 32.

44. *Ibid.* Selon le Comité de révision, l'importance de recourir à des modes alternatifs de règlement se justifie par le besoin, d'une part, « de tenter de concilier les parties puisque souvent elles se connaissent, ont vécu ou travaillent ensemble, transigent entre elles ou se côtoient régulièrement » et, d'autre part, « d'encourager le dialogue et de maintenir la qualité de la relation qui doit survivre au dénouement du litige ».

45. *Ibid.*, p. 34. Le Comité de révision est d'avis que l'une des mesures permettant de réaliser l'objectif de rendre une justice avec célérité et à un coût raisonnable est celle qui vise « l'encouragement à utiliser les modes amiables de règlement des litiges ».

46. *Ibid.*, p. 37 : « Depuis quelques années, bon nombre de citoyens, de gens d'affaires et de membres de la communauté juridique ont préféré, plutôt que de s'en remettre à l'arbitrage ou au système judiciaire, trouver des modes de règlement qui puissent mieux répondre à leurs besoins et ce, de façon plus rapide et dans un processus moins intimidant leur permettant de participer à la solution du litige. Le fait que les parties conservent, dans la négociation, la conciliation et la médiation, le contrôle sur le déroulement du processus et surtout sur le contenu du règlement est probablement l'argument principal qui milite en faveur d'une plus grande utilisation de ces modes non judiciaires. »

47. *Ibid.*, p. 34.

une disposition préliminaire du *Code de procédure civile*. Selon le Comité, cette disposition devait énoncer « qu'un litige peut, dans les limites prévues par la loi, être résolu par l'un ou l'autre des modes suivants : la négociation, la conciliation ou la médiation d'une part, le recours à l'arbitre ou au tribunal d'autre part » et aussi que « le recours aux modes non judiciaires de solution des litiges doit être volontaire »⁴⁸. Cette recommandation de 2001 n'a toutefois pas été retenue dans les amendements apportés au Code par la suite. Ce n'est que 10 ans plus tard que le législateur donnera suite à cette recommandation dans l'avant-projet de loi de 2011, une reconnaissance qui sera accompagnée du devoir des parties de considérer le recours aux modes alternatifs de règlement avant de s'adresser aux tribunaux⁴⁹.

2. Les constats de la communauté juridique en 2006 : une culture des échéances et l'absence de dialogue et de règlement entre les parties, tôt dans l'instance

Lors de la réforme du *Code de procédure civile* en 2002, le législateur a imposé au ministre de la Justice l'obligation de procéder à une évaluation des changements majeurs apportés par cette réforme et de déposer à cette fin un rapport à l'Assemblée nationale au plus tard le 1^{er} avril 2006⁵⁰, ce que le ministre a fait en mars 2006⁵¹. Le rapport du ministre de la Justice repose sur des données recueillies par l'Institut de la statistique du Québec et sur des consultations auprès de représentants de la Cour supérieure, de la Cour du Québec et du Barreau du Québec.

Quatre ans après la réforme du *Code de procédure civile* survenue en 2002, le rapport du ministre de la Justice fait principalement ressortir une culture des échéances chez les avocats. C'est le principal constat : « l'entente [sur le déroulement de l'instance] est toujours produite dans les cas contestés mais [elle] est perçue et exécutée presque exclusivement comme un calendrier des échéances »⁵², par surcroît « relativement imprécis et peu adapté à chaque cas »⁵³. À ce premier constat s'en ajoute un second, qui en est également une conséquence : l'absence de dialogue véritable et

48. *Ibid.*

49. *Supra*, notes 6 et 7 et le texte qui les accompagne.

50. *Loi portant réforme du Code de procédure civile*, L.Q., 2002, c. 7, art. 180.

51. MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, *op. cit.*, note 24.

52. *Ibid.*, p. 31.

53. *Ibid.*

surtout de règlement entre les parties au début de l'instance⁵⁴. L'absence de dialogue entre les parties en début d'instance est attribuée au court délai à l'intérieur duquel les avocats doivent rapidement agir pour mettre le dossier en état. L'absence de règlement est attribuable entre autres aux honoraires déjà engagés, précisément pour acquitter les actes que les avocats doivent rapidement accomplir en début d'instance. Par ailleurs, le rapport révèle également que la faible interaction des parties à une instance tend à s'estomper à mesure qu'on observe une intervention du juge.

Le rapport du ministre de la Justice fait ressortir un premier bilan du rôle supplétif de gestionnaire de l'instance assumé par le juge depuis la réforme de 2002. Il offre des résultats qui permettent de vérifier dans quelle mesure certains objectifs de cette réforme ont été rencontrés. Il permet d'établir de premiers liens entre, d'une part, l'intervention ou non du juge dans la gestion de l'instance et, d'autre part, la célérité et l'adéquation des coûts de la justice de même que les avantages pour les parties de recourir aux modes alternatifs de règlement.

Lorsque les parties conviennent d'une entente sur le déroulement de l'instance – ce qui survient dans la très grande majorité des cas – et que le juge, par conséquent, n'intervient pas dans la gestion de l'instance, le rapport du ministre de la Justice ne fait pas ressortir de gain au chapitre du recours aux modes alternatifs de règlement ni une réduction des coûts de justice. D'abord, il y a peu de dialogue entre les parties en début d'instance, sauf pour convenir de l'entente sur le déroulement de l'instance dont le contenu est peu détaillé et essentiellement limité à un simple calendrier des échéances. Ce calendrier ne résulte pas « d'une véritable négociation entre les parties », laquelle au demeurant « n'est pas une occasion propice de tenter un règlement »⁵⁵. Ensuite, l'énergie et les ressources que doivent déployer les avocats en raison du délai de 180 jours leur laissent peu sinon aucun temps pour la négociation d'un règlement hors cour tôt dans l'instance. Sous réserve d'en demander la prorogation, le *Code de procédure civile* limite le déroulement de l'instance à un délai de 180 jours. Pendant ce délai, les avocats consacrent leurs efforts « à préparer le dossier plutôt qu'à tenter de le régler ». Parce que les

54. *Ibid.*

55. *Ibid.*, p. 25, 31 et 33.

parties doivent procéder dès le début de l'instance à des interrogatoires préalables et à des expertises, elles ne sont pas alors disposées à faire les compromis nécessaires à un règlement à l'amiable⁵⁶. Enfin, le versement des déboursés en début d'instance serait perçu comme un obstacle à un règlement hors cour tôt dans l'instance. Le court délai de 180 jours dont disposent les avocats pour mettre leur dossier en état oblige les parties « à verser au début de l'instance » les déboursés reliés au litige⁵⁷. Cette situation nuirait aux négociations d'un règlement parce qu'il est plus difficile d'aborder ce sujet lorsque des « dépenses importantes », dont celles relatives aux expertises, « ont déjà été faites ». Bien que le rapport du ministre de la Justice constate cette dernière perception chez les praticiens, il précise qu'il est difficile d'en faire la démonstration dans les faits⁵⁸.

À l'inverse, lorsque le juge intervient dans la gestion de l'instance, parce que les parties ne parviennent pas à conclure une entente sur son déroulement – ce qui survient dans une minorité des cas – le rapport du ministre de la Justice fait plutôt ressortir des gains au chapitre du recours aux modes alternatifs de règlement et de la réduction des coûts de justice. D'abord, l'intervention du juge a généralement des effets bénéfiques sur les parties. Cette intervention du juge, qu'elle soit en début d'instance, à toute autre étape ultérieure ou lors d'une conférence de règlement à l'amiable, aide les avocats à mieux conseiller leur clients et même à leur « faire entendre raison »⁵⁹. Ensuite, l'intervention du juge a également des effets bénéfiques sur le règlement potentiel du litige ou sur la manière de le circonscrire. L'« intervention hâtive d'un juge est alors très utile pour contribuer, sinon à un règlement du litige à peu de frais et rapidement, du moins pour limiter le cadre du procès »⁶⁰. Enfin, les conférences de règlement à l'amiable dirigé par un juge connaissent un grand succès. Les parties apprécient ces conférences car elles ont l'impression de participer à la justice et à la résolution de leur conflit sans frais, tout en ayant accès à un juge. Les parties qui ont recours à ces conférences

56. *Ibid.*, p. 22 et 34.

57. *Ibid.*, p. 22.

58. *Ibid.* Voici comment le rapport aborde ce sujet à la p. 34 : « Il est cependant difficile de vérifier le bien-fondé de l'affirmation selon laquelle les nouveaux mécanismes procéduraux ont souvent été un obstacle à des règlements à l'amiable en forçant les parties à verser, dès le début de l'instance, une partie importante des honoraires et des frais. »

59. *Ibid.*, p. 34.

60. *Ibid.*

sont satisfaites des résultats obtenus. À la Cour supérieure, 80 % des parties qui demandent la tenue d'une conférence réussissent à conclure un règlement hors cour⁶¹.

Dans une moindre mesure certes, le rapport du ministre de la Justice révèle aux moins trois effets bénéfiques de l'intervention du juge tôt dans l'instance. Dans certains cas, et malgré toute la bonne volonté et la compétence des avocats, une partie comprendra davantage les enjeux du litige si ces enjeux lui sont présentés par le juge. Le juge est également en mesure de contribuer à un règlement rapide et à peu de frais du litige, ou à tout le moins il est en mesure de circonscrire le litige. Enfin, l'accès au juge est apprécié autant par les avocats que par les parties et, dans le cas des conférences de règlement à l'amiable en présence du juge, ce mécanisme fait naître chez les parties le sentiment de participer à la justice et à la résolution de leur conflit⁶².

3. L'autorité du juge conçue comme un moyen d'assurer l'accès à la justice civile : le projet-pilote réalisé par l'Observatoire du droit à la justice en 2009

3.1 L'enquête de l'Observatoire et ses résultats

La nature de l'enquête – Au mois de novembre 2008, la Cour du Québec, suite à une entente avec le Barreau de Longueuil, a confié à l'Observatoire du droit à la justice (l'« Observatoire ») le mandat d'assurer le suivi et l'évaluation dans le district judiciaire de Longueuil d'un projet-pilote. Ce dernier visait à assurer une

61. *Ibid.*, p. 53-54. Ce taux de succès est confirmé par les plus récentes statistiques de la Cour supérieure : COUR SUPÉRIEURE DU QUÉBEC, *Accès à la justice : toujours faire mieux*, Rapport d'activités de la Cour supérieure du Québec, juin 2010, p. 29 <http://www.tribunaux.qc.ca/c-superieure/RapportActivite_juin2010.pdf> (consulté le 19 décembre 2011).

62. Cela étant, le rapport du ministre de la Justice de 2006, *supra*, note 24, contient certaines voies d'orientation sur l'entente sur le déroulement de l'instance et l'intervention du juge. Selon le rapport, une entente sur le déroulement de l'instance plus détaillée et vérifiée par le tribunal tôt dans l'instance permettrait d'appliquer la règle de la proportionnalité. Le calendrier des échéances fournit peu d'informations sur le litige. Une entente sur le déroulement de l'instance plus détaillée permettrait aux tribunaux, au moyen d'un mécanisme de vérification prévu à cette fin, d'appliquer la règle de la proportionnalité au début de l'instance avant que les parties n'aient engagé des sommes d'argent trop importantes (p. 25 et 31-32). Toutefois, toujours selon le rapport, une vérification systématique des ententes tôt dans l'instance ne serait pas appropriée. Le peu de dossiers qui se rendent à procès, en comparaison du grand nombre de dossiers ouverts, ne justifierait pas une vérification systématique des ententes sur le déroulement de l'instance. Une vérification aléatoire serait plus appropriée (p. 32).

gestion judiciaire très tôt dans l'instance, dès la comparution, au moyen d'une *Conférence de conciliation et de gestion judiciaire* (la « CCGJ ») tenue entre un juge et les avocats des parties au palais de Justice ou, de façon plus systématique, au moyen d'un appel conférence. L'objectif de la CCGJ visait à tenter un règlement le plus tôt possible dans l'instance ou, à défaut, à gérer celle-ci pour circonscrire le débat. Le rapport du projet-pilote a été produit le 3 juin 2010.

Les hypothèses – S'appuyant sur le rapport d'évaluation produit par le ministre de la Justice en 2006⁶³, le projet-pilote de l'Observatoire reposait sur l'hypothèse que le juge, en raison « de l'autorité et de la caution judiciaire dont il est investi », est le seul, par une intervention de sa part tôt dans l'instance, à pouvoir amener les parties à « une véritable prise de conscience des enjeux », à conclure rapidement un règlement ou, à tout le moins, à circonscrire le débat qui les oppose. L'intervention rapide du juge était également conçue comme une condition essentielle permettant « un changement significatif dans le comportement des avocats », la « culture judiciaire » n'ayant pas changé depuis la réforme du *Code de procédure civile* en 2002⁶⁴. L'Observatoire a estimé également que la pertinence de tenir une CCGJ reposait principalement sur l'obligation faite aux tribunaux de veiller au bon fonctionnement de l'instance et d'« intervenir pour en assurer la saine gestion » (art. 4.1 C.p.c.) au regard du principe de la proportionnalité (art. 4.2 C.p.c.).

Les résultats – Dans son ensemble, le projet-pilote a été un succès : « le regard que les avocats portent sur les CCGJ auxquels ils ont participé est très favorable. Qu'ils se prononcent sur l'expérience dans son ensemble, sur l'utilité de l'initiative ou sur le déroulement de la séance, leur appréciation est positive dans des proportions toujours supérieures aux deux tiers »⁶⁵. Ainsi, 81,7 % des avocats ayant participé à une séance de CCGJ ont jugé l'expérience très ou plutôt satisfaisante et 77,7 % d'entre eux l'ont également jugée très ou plutôt utile. Pour les dossiers soumis à une conférence de règlement à l'amiable avec un juge (la « CRA »), 97,9 % des avocats ont déclaré que l'expérience avait été très ou

63. *Ibid.*

64. OBSERVATOIRE DU DROIT À LA JUSTICE, *La conférence de conciliation et de gestion judiciaire : un projet pilote de l'Observatoire du droit à la justice*, 15 août 2007, p. 8.

65. P. NOREAU, *op. cit.*, note 24, p. 25.

plutôt satisfaisante alors que le taux de satisfaction chez les clients a été 88,9 %. Par ailleurs, 52 % des dossiers traités ont trouvé un règlement, certains à l'étape de la conférence de gestion, d'autres à l'étape de la CRA⁶⁶. Au plan de l'échantillonnage, une proportion de 70 %, les dossiers retenus dans le cadre du projet pilote impliquaient des sommes de moins de 30 000 \$ et concernaient principalement des problèmes reliés à l'exécution de contrats d'entreprise et de gestion de service (33 %) et des problèmes reliés à la vente, les vices cachés, la responsabilité et les contrats de travail (33 %). L'autre tiers rassemblait l'ensemble des autres catégories de problèmes relevant du droit privé⁶⁷.

L'enquête de l'Observatoire a également permis de faire ressortir plusieurs aspects positifs reliés à l'intervention du juge tôt dans l'instance. Premièrement, les avocats estiment appropriée l'intervention du juge. La vaste majorité des avocats consultés (87,3 %) ont estimé que l'intervention du juge lors de la CCGJ a été très ou plutôt appropriée⁶⁸. Deuxièmement, le succès de la CCGJ dépend de la coopération entre avocats. 76,7 % des avocats ont estimé que la coopération entre avocats avait été un élément clé du bon déroulement de la CCGJ⁶⁹. Troisièmement, la CCGJ fait progresser le traitement du dossier judiciaire même en l'absence de règlement. Dans une proportion d'environ 75 %, les avocats consultés sont d'avis que l'intervention rapide du juge permet d'aplanir les difficultés, d'éviter la multiplication des procédures, de mieux cibler les enjeux du débat et de faciliter le traitement des questions interlocutoires ou préliminaires reliées à la cause⁷⁰. Quatrièmement, le délai de préparation du dossier dans le cadre de la CCGJ représente le tiers du délai normalement nécessaire pour la procédure ordinaire⁷¹. Cinquièmement enfin, les coûts engagés par les justiciables dans le cadre de la CCGJ sont équivalents au tiers des coûts normalement engagés dans le cadre d'une procédure ordinaire⁷².

66. *Ibid.*, p. 1, 2, 25, 27, 35 et 42.

67. *Ibid.*, p. 1, 13-15, 18-19.

68. *Ibid.*, p. 31.

69. *Ibid.*, p. 35.

70. *Ibid.*, p. 28.

71. *Ibid.*, p. 61.

72. *Ibid.*, p. 60.

3.2 Les dimensions morale, légale et structurante (leadership) de l'autorité du juge dans le cadre de la gestion de l'instance

L'hypothèse d'une amélioration significative de la gestion de la procédure en raison de l'autorité qu'exerce le juge auprès des parties et de son intervention proactive tôt en début de l'instance a été confirmée par le projet-pilote de Longueuil (section 3.1). Au moyen de sondages et d'entrevues, l'enquête réalisée par l'Observatoire du droit à la justice a cherché entre autres à connaître le point de vue des avocats et des juges à l'égard de la procédure type de la CCGJ. Elle visait plus spécifiquement à établir, à l'aide des témoignages recueillis, « les conditions de succès et les points de tension qui traversent l'expérience, et d'envisager les conditions optimales d'une gestion d'instance »⁷³. À cet égard, l'enquête de l'Observatoire révèle que l'autorité du juge est garante de la latitude et de la confiance dont il bénéficie dans son rôle de gestionnaire de l'instance :

Le succès obtenu dans un très grand nombre de dossiers et les impressions positives laissées par l'expérience résultent apparemment du dosage approprié réalisé par le juge gestionnaire en vue de trouver – ou de faire naître – une position acceptable entre les positions de principes des parties (ou les exigences légales applicables au dossier) et un certain sens pratique, un équilibre susceptible de faire progresser le dossier dans le contexte de l'engorgement actuel des tribunaux. Dans le cadre de la nouvelle procédure, le suivi du projet tend à démontrer que l'autorité morale du juge est garante de la latitude et de la confiance dont il peut bénéficier. Si l'initiative de convoquer les parties à échanger dans le cadre de la CCGJ relève entièrement de la discrétion judiciaire, la suite de la démarche doit s'arrimer à la volonté des procureurs d'y participer. La définition des limites à ne pas franchir tient essentiellement de la capacité du juge de pondérer l'usage qu'il fait de son pouvoir discrétionnaire. Une partie du succès de son intervention tient du moins de sa capacité à proposer ou à susciter la définition des solutions acceptables dans le cadre du système de justice contemporain.⁷⁴

Comment expliquer la confiance que les parties – et leurs procureurs – attribuent au juge lors de la CCGJ ? Comment cette confiance en est-elle venue à s'imposer alors que, traditionnellement, les parties avaient la maîtrise de la gestion du dossier et que

73. *Ibid.*, p. 25.

74. *Ibid.*, p. 33.

les juges s'abstenaient d'intervenir en ce domaine ? Sur quoi cette confiance peut-elle être fondée ? La question est importante pour comprendre à la fois la confiance dont bénéficie le juge lors de la conférence de gestion et la légitimité des gestes qu'il pose à cette occasion. Cette confiance et cette légitimité reposent selon nous sur trois dimensions de l'autorité du juge : sa dimension morale, sa dimension légale et sa dimension structurante (leadership).

Une autorité morale fondée sur l'indépendance et l'impartialité du juge – L'expérience de la CCGJ visait à tenter un règlement le plus tôt possible dans l'instance. Le juge était appelé à exercer non pas une fonction judiciaire, au sens traditionnel du terme, mais une fonction de conciliation. Pourquoi, en présence d'un juge, les parties accepteraient-elles davantage de recourir à un mode alternatif de règlement ? L'autorité dite « morale » qu'exerce le juge à cette occasion, et la crédibilité qui lui est accordée à cet égard, reposent sur le statut de sa fonction de juge et sur les attributs d'indépendance et d'impartialité qui lui sont associés :

Les différences existant entre le procès et la conciliation sont importantes et le rôle du juge, immanquablement, s'en trouve bouleversé. Toutefois, dans un cas comme dans l'autre, l'indépendance de l'institution judiciaire et l'impartialité du juge sont des exigences fondamentales. Ces deux valeurs, conjuguées avec les connaissances approfondies du droit et des conflits, ainsi que la mission traditionnelle de disposer des litiges et de rendre justice, sont les principales raisons qui procurent au juge conciliateur une grande autorité morale, voire la crédibilité nécessaire pour agir à ce titre.⁷⁵

Judges are well-suited for the role of mediator for several reasons, relating both to the perceptions of the parties and to the specific skills possessed by judges. Of particular importance is the perception of the judicial office as one of impartiality and independence, which confers on judges a degree of moral authority.⁷⁶

75. Denis FERLAND, « La transformation de la justice civile : la « nouvelle culture judiciaire » du juge et des avocats », dans Louis LEBEL et Pierre VERGE (dir.), *L'oreille du juge : études à la mémoire de Me Robert P. Gagnon*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007, p. 25, à la page 42.

76. Louise OTIS et Eric H. REITER, « Mediation by Judges: A New Phenomenon in the Transformation of Justice », (2006) 6 *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal* 351, 365. Voir également Louise OTIS, « La justice conciliationnelle : l'envers du lent droit », (2001) 3 *Éthique publique* 63, 66 : « L'indépendance de l'institution judiciaire, l'impartialité de ses juges, leur connaissance approfondie du droit et des conflits, leur mission traditionnelle de disposer des litiges et de rendre justice expliquent pourquoi le juge conciliateur jouit, auprès des parties, d'une forte autorité morale. »

Une autorité légale nécessaire à la mise en œuvre du principe de proportionnalité – L'une des idées centrales qui sous-tend la réforme du *Code de procédure civile* entreprise en 2002 est le principe de la proportionnalité. La conférence de conciliation et de gestion judiciaire (CCGJ), tenue dans le cadre du projet-pilote de Longueuil (section 3.1), a d'ailleurs été élaborée afin de mettre en œuvre ce principe. Il importe d'approfondir les rapports qu'entretiennent le principe de proportionnalité et l'intervention du juge gestionnaire puisqu'ils font nettement ressortir selon nous la source de l'autorité du juge lors de la conférence de gestion et la légitimité des mesures qu'il est susceptible d'adopter à cette occasion. Pour ce faire, il convient de revenir brièvement sur les constats du rapport du ministre de la Justice de 2006 (section 2) pour ensuite mesurer l'écart plus ou moins grand qui sépare ces constats de la gestion de l'instance telle qu'anticipée ou souhaitée lors de la réforme du *Code de procédure* en 2002 (section 1).

La culture des échéances, qui s'est consciemment ou inconsciemment installée dans la pratique de la procédure civile à partir de 2002, a fait en sorte que la gestion de l'instance par le juge ne s'est pas ou s'est très peu réalisée. L'entente sur le déroulement de l'instance a été exécutée presque « machinalement », de façon à ce qu'elle soit peu « encombrante » et du coup « peu contraignante pour l'avenir »⁷⁷. Parce qu'elle est majoritairement consensuelle entre les parties, et donc rarement l'objet d'une « mésentente », l'entente sur le déroulement de l'instance a donc eu pour effet, dans la très grande majorité des cas, d'écarter le regard gestionnaire du juge et de reléguer au rang d'exception son « intervention accrue et plus directive » dont le Comité de révision avait pourtant vanté les mérites en 2001⁷⁸.

Dans ce premier tableau, la participation active du juge au déroulement de l'instance, et surtout au tout début de celle-ci, s'est avérée négligeable malgré les avantages qui lui étaient associés en 2001.

Depuis 2002, l'objectif d'accessibilité à la justice, au sens d'une utilisation plus mesurée des actes de procédures (compte tenu de la nature et de la finalité de la demande), d'une recherche de moyens propres à simplifier la procédure ou le débat, d'une

77. Y.-M. MORISSETTE, *loc. cit.*, note 13, 401.

78. *Supra*, notes 27 à 36 et le texte qui les accompagne.

réduction des coûts et d'une ouverture, avant d'agir, aux modes alternatifs des règlements, n'a pas ou a été très peu rencontrée. L'accessibilité à la justice s'en est du coup trouvée affectée. En fait, les aspects louables de l'accessibilité à la justice, dont le respect du principe de proportionnalité, ont été occultés par l'envers de la culture des échéances, soit la culture de l'urgence, celle d'agir de la même manière, mais plus rapidement, avec peu de place au dialogue et à la négociation entre les parties, avec la conséquence pour le client d'assumer, tout aussi rapidement, le coût des actes ainsi accomplis.

Dans ce deuxième tableau, c'est l'objectif de faire de la proportionnalité un principe qui guide l'action des parties pendant l'instance qui ne s'est pas (ou s'est peu) réalisé.

Les résultats du projet-pilote de Longueuil (section 3.1) fournissent une image de la gestion d'instance qui rompt radicalement avec les deux tableaux précédents. Ils confirment certaines observations moins nombreuses mais tout aussi positives constatées en 2006 (section 2) : l'intervention plus régulière du juge tôt dans l'instance inverse les tendances néfastes associées traditionnellement à la gestion de l'instance laissée au bon vouloir des parties. Le contact anticipé avec le juge favorise une meilleure coopération des parties. En présence du juge les enjeux sont mieux ciblés et les difficultés aplanies, la multiplication des procédures évitées. L'intervention du juge entraîne une réduction des coûts et des délais reliés à la préparation du dossier.

L'intervention du juge gestionnaire tôt dans l'instance entraîne, à l'égard des délais et des coûts de justice, des avantages que le Comité de révision de la procédure civile associait déjà, en 2001, à des préoccupations de proportionnalité. Plus important encore, le Comité de révision estimait que cette proportionnalité était la condition permettant à la *justice civile* de demeurer un *service public accessible* :

Pour que la justice civile demeure un service public accessible, il y a lieu de veiller à ce que les coûts et les délais en soient raisonnables. Dans la poursuite de cet objectif, il importe que les dispositions du code et l'action des parties et des tribunaux soient inspirées par une même préoccupation de proportionnalité entre, d'une part, les pro-

cédures prises, le temps employé et les coûts engagés et, d'autre part, la nature, la complexité et la finalité des recours.⁷⁹

En 2009, la Cour suprême dans l'arrêt *Marcotte c. Longueuil (Ville)*⁸⁰ a reconnu le lien étroit qui unit la justice civile, considérée comme un service public, au principe de proportionnalité. De l'avis du juge LeBel, pour la majorité, la *proportionnalité* reflète la *nature même de la justice civile* :

Le principe de la proportionnalité qu'énonce l'art. 4.2 C.p.c. n'est pas entièrement nouveau. Toute bonne procédure devrait le respecter (citation omise). L'exigence de proportionnalité dans la conduite de la procédure reflète d'ailleurs la nature de la justice civile qui, souvent appelée à trancher des litiges privés, remplit des fonctions d'État et constitue un service public. Ce principe veut que le recours à la justice respecte les principes de la bonne foi et de l'équilibre entre les plaideurs et n'entraîne pas une utilisation abusive du service public que forment les institutions de la justice civile. Certes, des règles particulières gouvernent les aspects les plus divers de la procédure civile. Leur mise en œuvre évitera souvent le recours à l'application du principe de la proportionnalité. Toutefois, on devrait se garder de le priver, dès le départ, de toute valeur comme source du pouvoir d'intervention des tribunaux dans la gestion des procès.⁸¹

On peut tirer trois enseignements de l'opinion du juge LeBel dans l'arrêt *Marcotte*. Premièrement, la proportionnalité, qui comporte une dimension individuelle et une dimension collective⁸², est une notion qui nous rappelle, à supposer qu'il subsiste encore un doute à cet égard, la véritable nature de la justice civile : elle est un *service public* :

The right of access to court does not, however, entitle litigants to demand the best possible law enforcement process regardless of cost, any more than they are entitled to demand unlimited health support or boundless educational facilities. The only reasonable

79. RAPPORT DU COMITÉ DE RÉVISION DE LA PROCÉDURE CIVILE, *op. cit.*, note 23, p. 38-39.

80. [2009] 3 R.C.S. 65.

81. *Ibid.*, par. 43 (nous avons souligné).

82. Catherine PICHÉ, « La proportionnalité procédurale : une perspective comparative », (2010) 40 *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke* 551, 571-572. Pour la professeure Piché, « C'est donc dire que la proportionnalité est concernée non seulement par l'utilisation des services judiciaires publics par les parties au litige, mais également par l'utilisation de ces services par la population entière. Elle sert ainsi à assurer un usage optimal et équitable des services judiciaires publics par tous les citoyens ».

demand that members of the community can make with respect to any public service is that its funding should be commensurate with available public resources and with the importance of the benefits that it has to deliver. In addition, members of the community have a right to expect that, within available resources, the service should provide adequate benefits to the community.⁸³

L'application du principe de proportionnalité constitue sous cet angle à la fois le moyen de contrer une utilisation abusive des ressources judiciaires et le moyen de promouvoir l'accès à la justice.

Can anyone doubt the logic that a lawsuit should be planned and carried out in a manner that reflects the monetary value, complexity and importance of the dispute? I should think that there exists a strong consensus within the legal community, and among the users of the system, that proportional litigation is pivotal to ensuring true access to justice.⁸⁴

Deuxièmement, l'utilisation abusive des ressources judiciaires est occasionnée par la liberté que possèdent les parties de maîtriser ou encore de contrôler leur dossier judiciaire comme bon leur semble :

Sans intervention du juge tôt dans l'instance, la partie qui désire procéder rapidement et à des coûts raisonnables est toujours désavantagée par rapport à celle qui a tout son temps et qui est imperméable aux coûts du litige.⁸⁵

Regardless of how we measure proportionality, there is also the question of what can be done to promote it. The unfortunate truth is that if the adversarial process is left to itself, it often actively discourages proportionality. There is always one more issue that can be raised or one more expert who can be consulted in an attempt to vanquish the other party.⁸⁶

83. Adrian ZUCKERMAN, « Civil Litigation: A Public Service for the Enforcement of Civil Rights », (2007) 26 *Civil Justice Quarterly* 1, 3. Voir également : *supra*, note 18 ; Warren K. WINKLER, « Professionalism and Proportionality », (March 2009) *The Advocates' Journal* 6 : « A good justice system can help people with their life problems. A justice system that loses sight of people it is supposed to serve and focuses instead on itself and its own process is not worthy of the name. My point is that the courts serve the public. » ; *Cosoltec inc. c. Structure Laferté inc.*, 2010 QCCA 1600, J.E. 2010-1659, par. 49, j. Dalphond : « On réalise aussi que les tribunaux sont un service public aux ressources limitées, dont il ne faut pas abuser. »

84. W. K. WINKLER, *loc. cit.*, note 83, 6.

85. André WERY, « Les réformes judiciaires canadiennes : de fausses prémisses qui ont la vie dure », dans P. NOREAU (dir.), *op. cit.*, note 2, p. 113, à la page 120.

86. W. K. WINKLER, *loc. cit.*, note 83, 7.

A system in which parties are allowed unlimited choice in the means of fighting their case is bound to allow parties to complicate or slow down the process to the point that the court is no longer able to dispense practically meaningful justice.⁸⁷

Where the court leaves control of the litigation process to the parties, the parties are bound to pursue the course that best suits their interests, which may or may not be consistent with a fair and expeditious resolution of their own case. Even if one party is concerned to bring the case to a speedy conclusion, the opponent may have other ideas. Moreover, no amount of party co-operation can by itself lead to effective overall use of court resources. Litigants are not privy to the administration working of the court system ; they have no information regarding overall case loads, or of the availability of judicial manpower, or of budgetary constraints. Even if they had such information, they would be in no position to put it to good use, because adequate management of resources necessitates central policy-making and well managed implantation.⁸⁸

Troisièmement enfin, le principe de proportionnalité demeurerait sans effet en l'absence du pouvoir des juges d'en assurer l'application et la sanction. Les différentes façons d'exprimer ce phénomène sont ici instructives : elles prennent appui sur *l'autorité et la responsabilité légale du juge*. Pour le juge LeBel par exemple, le principe de proportionnalité est une « valeur » qui doit être conçue « comme *source du pouvoir* d'intervention des tribunaux dans la gestion des procès »⁸⁹. Pour la juge Deschamps, dissidente sur d'autres points, l'art. 4.2 C.p.c., qui consacre le principe de proportionnalité, « a pour objectif de renforcer l'autorité du juge comme gestionnaire de l'instance »⁹⁰. Pour le Comité de révision de la procédure civile⁹¹, et comme le souligne également le rapport du ministre de la Justice de 2006⁹², le principe de proportionnalité « permet de mieux *établir l'autorité du juge* lorsqu'il intervient dans la gestion de l'instance ». À partir du moment où il est reconnu dans le *Code de procédure civile*, le principe de proportionnalité doit nécessairement avoir prépondérance sur la maîtrise que les parties peuvent avoir du dossier judiciaire, une prépondérance qu'il revient au juge *d'appliquer*. Il en résulte un

87. Adrian ZUCKERMAN, *Civil Procedure*, LexisNexis UK, 2003, p. 359, par. 10.26.

88. *Ibid.*, p. 366-367, par. 10.43.

89. *Marcotte c. Longueuil (Ville)*, précité, note 80, par. 43 (nos italiques).

90. *Ibid.*, par. 67.

91. RAPPORT DU COMITÉ DE RÉVISION DE LA PROCÉDURE CIVILE, *op. cit.*, note 23, p. 39.

92. MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, *op. cit.*, note 24, p. 63.

transfert de responsabilité à l'égard du dossier judiciaire qui va du contrôle des parties *vers un contrôle du juge*⁹³ :

En réalité, pour que le principe de proportionnalité soit réellement respecté, et que le changement de culture s'effectue, il faudrait abolir l'article 4.1 C.p.c. qui prévoit la maîtrise du dossier des parties. De fait, les praticiens n'ayant d'un côté aucune contrainte déontologique de conduite proportionnée du dossier, et de l'autre, un droit de grande maîtrise de leur dossier – doublé d'une protection de ce droit à l'article 4.1 C.p.c., la motivation de respect de la proportionnalité n'y est pas. Ils ne sont alors guidés que par leur obligation de compétence envers leur client dans la conduite du dossier. Les articles 4.1 [les parties sont maîtres de leur dossier] et 4.2 C.p.c. [les procédures sont soumises au principe de proportionnalité] s'affrontent donc, somme toute, d'une manière telle que l'un doit céder.⁹⁴

Si les dérapages provoqués par la culture « adversariale » sont la situation à corriger et que l'idée maîtresse pour le faire est le principe de proportionnalité, pourquoi réitérer, ce dont chacun se doutait déjà, que les parties sont maîtres de leur dossier ? Le principe de proportionnalité doit avoir priorité sur la maîtrise du dossier par les parties.⁹⁵

Encore faut-il que le principe de proportionnalité qu'édictie maintenant explicitement l'article 4.2 du *Code de procédure civile*, s'applique effectivement. On devra probablement accepter que, pour la plupart des procès civils, sauf les plus complexes, des procédures plus simples, plus schématiques laissent plus de place au contrôle vigilant de la procédure par le magistrat. Il faudra que le juge, responsable de la décision, demeure aussi l'arbitre de la mise en état du dossier et du respect du principe de proportionnalité.⁹⁶

Une autorité structurante (leadership) indispensable à un changement de culture judiciaire – Le Comité de la révision de la procédure civile était conscient en 2001 que la réforme qu'il proposait ne s'imposerait pas d'elle-même. Il souhaitait que celle-ci « permette le développement d'une nouvelle culture judiciaire

93. Lord WOOLF, *op. cit.*, note 28, p. 1, par. 1 : « Ultimate responsibility for the control of litigation must move from the litigants and their legal advisers to the court. ». Voir également sur ce transfert de responsabilité des parties au juge D. FERLAND, *loc. cit.*, note 75, p. 29.

94. C. PICHE, *loc. cit.*, note 82, 591-592.

95. Y.-M. MORISSETTE, *loc. cit.*, note 13, 412.

96. L. LEBEL, *loc. cit.*, note 2, p. 142-143.

dans toute la communauté juridique »⁹⁷. De fait, réforme et nouvelle culture vont de pairs :

Une culture, ce n'est pas un code, ce n'est pas du droit, c'est une donnée sociologique. Changer de culture, que ce soit celle d'une institution, d'un ordre professionnel, d'une grande entreprise ou de gangs de rue, ne se fait pas seulement en changeant les règles du jeu et en jouant d'autorité. Il faut rejoindre les acteurs et les persuader qu'un changement de mentalité est souhaitable.⁹⁸

La culture judiciaire ne change pas, ou du moins ne change pas autant qu'on l'aurait voulu. La force de l'habitude et les routines structurante, ancrées dans un préjugé contre le changement, y sont pour beaucoup. On ne surmontera ces obstacles qu'en travaillant sur la mentalité des acteurs.⁹⁹

La proposition selon laquelle le succès d'une réforme de la justice civile dépend, au plan sociologique, du changement de culture qui l'accompagne et qui la porte, interpelle évidemment aussi bien les parties et leurs avocats que les juges. Cependant, l'expérience montre que le changement de culture souhaité en 2001 n'a pas eu les résultats escomptés, les changements anticipés s'étant limités à une nouvelle culture des échéances (section 2).

À prime abord, la magistrature avait sans doute raison de croire qu'il convenait de laisser aux premiers intéressés, les parties et leurs clients, la tâche d'initier un changement de culture pour ensuite s'y joindre. Le rôle supplétif de gestionnaire de l'instance attribué aux juges (section 1) invitait d'ailleurs ces derniers à le faire. Telle était la conduite que dictaient également, du moins *a priori*, la réserve et la prudence judiciaire.

Mais les enseignements tirés de réformes analogues en matière de justice civile suggèrent un rôle moins réservé et plus actif de la part des juges. Ils révèlent que l'implication des juges peut contribuer de façon significative à changer les attitudes, les comportements et les pratiques au sein de la communauté juridique. La raison en est simple : en faisant jouer son autorité structurante – son leadership – lors de la mise en œuvre de dispo-

97. RAPPORT DU COMITÉ DE RÉVISION DE LA PROCÉDURE CIVILE, *op. cit.*, note 23, p. 253.

98. Y.-M. MORISSETTE, *loc. cit.*, note 13, 387-388.

99. *Ibid.*, 413.

sitions nouvellement adoptées, le juge fait bénéficier la réforme d'un important capital de crédibilité :

Members of the bench wield significant influence in pressing for and then supporting professional and procedural change. Judges have demonstrated that they can play a significant role in effecting changes in legal culture. A critical element of changing attitudes toward any innovation or change is the credibility imparted to the process by the support of professional leaders, and none are more significant than members of the judiciary in any one jurisdiction or region.¹⁰⁰

En confiant au juge la « mission d'assurer la saine gestion de l'instance » à l'article 9 al. 3 de l'avant-projet de loi, le législateur entend non seulement consolider l'autorité légale du juge gestionnaire de l'instance, mais également lui confier une autorité de direction qui favorise de nouvelles attitudes et de nouveaux comportements chez les praticiens. En bref, le législateur entend investir les juges de la capacité d'exercer le leadership indispensable à un changement de culture :

The significance of the attitude of the bench toward change cannot be underestimated – their professional leadership will be the key to the future.¹⁰¹

4. La mise en œuvre de l'autorité du juge gestionnaire de l'instance dans l'*Avant-projet de loi instituant le nouveau Code de procédure civile* : quelques enjeux

Au Québec, l'évolution des moyens de gestion de l'instance accordés aux juges au cours des dix dernières années, l'expérience qu'en ont tirée pendant la même période les juges, les praticiens et les justiciables, et les répercussions de ces moyens (ou de leur absence) sur les délais et les coûts de la justice (sections 1 à 3), montrent que l'autorité qu'exerce le juge auprès des parties et que son intervention tôt au début de l'instance entraînent une amélioration significative de la gestion de la procédure civile.

L'avant-projet de loi ne marque pas en soi une rupture avec nos connaissances de la gestion de l'instance au Québec. Il s'inscrit plutôt dans la continuité puisqu'il tend précisément à aména-

100. Julie MACFARLANE, *The New Lawyer: How Settlement is Transforming the Practice of Law*, Vancouver, UBC Press, 2008, p. 235.

101. *Ibid.*, p. 224.

ger le rôle du juge gestionnaire en fonction de ces connaissances. Le législateur a ainsi choisi, à l'article 19 de l'avant-projet de loi, de réduire la discrétion que possèdent les parties de choisir la manière de conduire leur dossier comme bon leur semble tout en conférant au juge le devoir d'assurer la saine gestion de l'instance. Il a également choisi, à l'article 145, d'accorder au tribunal le pouvoir de convoquer une conférence de gestion tôt dans l'instance.

Cela étant, la mise en œuvre de l'autorité du juge dans le mécanisme de gestion de l'instance proposé dans l'avant-projet de loi soulève au moins deux enjeux. Le premier concerne l'incidence du protocole de l'instance sur l'autorité du juge. Le second concerne le recours aux avis et aux directives afin de faire connaître les modalités et les critères d'exercice de la gestion judiciaire de l'instance.

4.1 L'incidence du protocole de l'instance sur l'autorité du juge

L'avant-projet de loi prévoit que le juge peut convoquer une conférence de gestion après avoir examiné le « protocole de l'instance » intervenu entre les parties (art. 145). Ce protocole est l'équivalent, mais beaucoup plus détaillé cette fois (art. 144)¹⁰², de l'entente sur le déroulement de l'instance introduite en 2002 (sections 1 et 2). Les parties doivent établir ce protocole dans

102. « 144. Les parties sont tenues de coopérer pour régler l'affaire ou pour établir le protocole de l'instance. Celui-ci précise leurs conventions et engagements et les questions en litige ; il évalue l'opportunité de recourir à une conférence de règlement à l'amiable, indique les opérations à effectuer pour assurer le bon déroulement de l'instance, évalue le temps qui pourrait être requis pour les réaliser de même que les coûts prévisibles des frais de justice et fixe les échéances à respecter à l'intérieur du délai de rigueur pour la mise en état du dossier.

Le protocole de l'instance porte, notamment, sur les moyens de contestation préliminaires et les mesures de sauvegarde ainsi que sur les modalités et les délais de constitution et de communication de la preuve avant l'instruction. À cet égard, il précise, entre autres, les faits admis, les modalités de communication des pièces et des autres éléments de preuve et les déclarations écrites pour valoir témoignage. Le protocole évalue la nécessité de procéder à une ou à plusieurs expertises, en indique la nature et expose, le cas échéant, les motifs pour lesquels les parties n'entendent pas procéder par expertise commune ; il évalue également la nécessité de procéder à des interrogatoires écrits ou oraux préalables à l'instruction et précise leur nombre et leur durée anticipés. Enfin, il indique, le cas échéant, qu'une prolongation du délai de mise en état du dossier est nécessaire, mentionne les incidents prévisibles de l'instance et spécifie, si la nécessité d'une défense écrite est établie, le délai à respecter pour la produire. »

les 45 jours suivant la signification de la demande en justice (art. 145).

Au regard de l'autorité du juge, quelle incidence pourra avoir le protocole de l'instance ? Selon nous, le protocole risque de placer dans une situation désavantageuse les juges qui souhaiteront convoquer les parties à une conférence de gestion. Il risque de dévaloriser leur autorité de juge gestionnaire.

L'image négative de l'autorité du juge que risque de projeter le mécanisme de la conférence de gestion – Suivant l'article 145 du Code, les juges ne pourront convoquer une conférence de gestion avant que les parties aient d'abord déposé au greffe le protocole de l'instance convenu. À l'exception des cas où les parties demandent d'un commun accord la tenue d'une conférence de gestion, et à l'exception des cas où le protocole indique clairement la volonté des parties de recourir à un mode alternatif de règlement, le mécanisme prévu à l'article 145 est donc destiné à s'appliquer à l'ensemble des protocoles de l'instance convenus entre les parties et déposés au greffe.

La convocation d'une conférence de gestion après la conclusion entre les parties d'un protocole de l'instance présente de nombreux inconvénients. Pour l'ensemble des protocoles convenus et déposés au greffe, l'article 145 suppose que la fonction première du juge consiste à examiner ces protocoles et à évaluer si ces derniers sont convenables ou non. La convocation d'une conférence implique dans ce cas que le protocole est déficient, incorrect, incomplet, inapproprié ou « disproportionné », de sorte que les parties doivent s'expliquer et se justifier. Or, avant que le juge ne convoque les parties, celles-ci auront eu le temps de cristalliser leur position sur les points suivants : le déroulement de l'instance, les actes de procédure, les interrogatoires et les expertises. Les parties estimeront qu'elles ont eu raison d'élaborer le protocole comme elles l'ont fait. L'intervention du juge sera nécessairement perçue de manière négative et intrusive. Les parties auront le sentiment que cette intervention ne vise qu'à *défaire après coup* ce que des praticiens considéreront être un protocole légitime, une situation qui projette une image essentiellement négative du rôle de gestionnaire du juge en début d'instance. Ainsi, l'autorité morale, légale et structurante du juge qui devrait normalement favoriser la mise en œuvre de la gestion de l'instance (section 3.2) risque au contraire d'être grandement diminuée par cette inter-

vention *a posteriori* du juge, lequel risque d'être perçu comme un adversaire des parties au chapitre de la gestion de l'instance.

L'image positive de l'autorité du juge que révèle un contact rapide avec ce dernier tôt dans l'instance – À l'inverse, le projet pilote de Longueuil (section 3.1) et les observations positives constatées en 2006 (section 2) ont fait la démonstration des nombreux bénéfices que retire le système de justice civile lorsque le juge est rapidement mis en contact avec les parties ou leurs avocats au tout début de l'instance. Le juge gestionnaire fait alors jouer son autorité et son expérience du droit afin de faire naître entre les « positions de principes des parties » un « certain sens pratique ». En présence des parties, le juge bénéficie de la latitude et de la confiance que lui accordent ces dernières. À cette occasion où le *jeu du déroulement de l'instance est encore ouvert*, le juge favorise un *environnement procédural collaboratif* qui permettra d'aplanir les difficultés, de réduire le nombre de procédures et de cibler les enjeux du débat. En l'absence de ce contact des parties avec le juge gestionnaire, on sait simplement que les parties dialoguent peu (ou pas du tout) entre elles au début de l'instance, sauf pour convenir d'un calendrier des échéances (section 2).

En laissant les parties convenir entre elles du protocole de l'instance *hors la présence du juge et donc sans le bénéfice de son regard de gestionnaire*, le système de la justice civile risque d'être privé de la nouvelle dynamique que cherche à instaurer la gestion judiciaire de l'instance. Il importe de bien faire ressortir la dynamique que fait naître une conférence de gestion à laquelle participent les avocats et un juge. Les enseignements du projet pilote de Longueuil sont à nouveau instructifs à cet égard. De plus, les nombreux effets bénéfiques reliés au devoir des parties de considérer le recours aux modes alternatifs de règlement¹⁰³ ne peuvent qu'enrichir la dynamique d'une rencontre entre le juge et les parties tôt dans l'instance.

Au cours d'une conférence de gestion de l'instance, le juge veille à bien cerner la nature du litige et à vérifier la coopération des parties. Le juge cherche à désamorcer les positions antagonistes des parties et il s'informe du résultat de leurs échanges à l'occasion de l'accomplissement du devoir de considérer le recours à un mode alternatif de règlement¹⁰⁴. Dans la mesure où les par-

103. Article 1, alinéa 3 de l'avant-projet de loi, *supra*, note 7.

104. *Ibid.*

ties auront accompli ce devoir, le juge aura en effet à sa disposition un ensemble d'informations précieuses sur la nature, l'historique et l'évolution du différend et sur les intérêts en jeu¹⁰⁵. Au besoin, le juge fixe une conférence de règlement à l'amiable ou dirige les parties vers un service de médiation, s'il appert, après discussion, que les parties souhaitent emprunter l'une ou l'autre de ces voies et il reporte à plus tard la confection du protocole d'instance. En confectionnant en présence des avocats le protocole d'instance, le cas échéant, le juge peut les questionner, leur demander des précisions et des explications, aussi bien sur la preuve documentaire, les interrogatoires et les expertises, et s'assurer que les ententes sont bien comprises et leurs conséquences dûment évaluées. Avec la coopération des avocats, le juge cherche en définitive, au cours de la conférence de gestion, à apprécier la trajectoire de l'instance et de son déroulement, à la lumière entre autres des échanges pré-judiciaires qu'ont eus les parties. Il met au service de la gestion de l'instance non seulement son autorité, mais également ses nombreuses années d'expériences d'avocat et de juge et l'un des champs de spécialisation dans lequel il excelle à cet égard : la justice procédurale. Et surtout, le juge s'assure de la proportionnalité des actes de procédure suggérés en obtenant des parties présentes toutes les informations nécessaires à cette fin.

Un juge ne saurait retirer les mêmes bénéfices et les mêmes avantages de gestion à la simple lecture du protocole d'instance

105. Dans une importante partie de son mémoire présenté le 31 janvier 2012 devant la Commission des institutions de l'Assemblée nationale du Québec dans le cadre de la consultation générale et des auditions publiques sur l'avant-projet de loi (*op. cit.*, note 3), l'Observatoire du droit à la justice a analysé et commenté le devoir des parties de considérer le recours aux modes alternatifs de règlement. L'Observatoire a soutenu que ce devoir encouragera l'utilisation des modes alternatifs de règlement (p. 15-16), qu'il permettra aux parties, à cette occasion, de communiquer entre elles, d'amorcer un dialogue et de cerner le différend qui les oppose (p. 16), qu'il valorisera le rôle de l'avocat dans la société (p. 16-18), qu'il s'inscrit dans une conception plus large de l'accessibilité à la justice (p. 19) et qu'il établira de nouveaux rapports entre les avocats et leur client, dont un devoir corrélatif d'information et de conseil (p. 19-20). Par ailleurs, afin d'encourager les parties à accomplir en pratique ce devoir, l'Observatoire a proposé diverses mesures (p. 21-29) dont le « préavis d'exercice d'une demande en justice », transmis au moins 60 jours avant la notification de la demande en justice (p. 22-24). Le délai de soixante 60 jours aurait pour but d'accorder aux parties demanderesse et défenderesse un délai suffisant pour communiquer entre elles, s'échanger de l'information et prendre une décision éclairée sur l'opportunité de recourir à un mode alternatif de règlement. Dans le cas de la partie défenderesse, ce délai aurait plus particulièrement pour but de lui donner l'occasion de connaître les griefs dirigés contre elle et de recourir, le cas échéant, aux services d'un avocat afin d'obtenir de sa part les conseils appropriés à ce stade pré-judiciaire du différend.

convenu entre les parties, l'approche actuellement suggérée à l'article 145 de l'avant-projet de loi. Une alternative, inspirée du projet pilote de Longueuil (section 3.1), serait d'accorder au Tribunal le pouvoir de convoquer les parties à une conférence de gestion dès la production au greffe de la réponse du défendeur (art. 143) afin que le protocole de l'instance soit discuté, élaboré et convenu en présence du juge et des parties.

4.2 *Le recours aux avis et aux directives afin de faire connaître les modalités et les critères d'exercice de la gestion judiciaire de l'instance*

La proposition d'accorder au Tribunal le pouvoir de convoquer les parties à une conférence de gestion dès la production au greffe de la réponse du défendeur (section 4.1 *in fine*) représente la mesure de gestion qui paraît la plus optimale et la plus bénéfique. Une telle avenue devrait évidemment être assortie des nécessaires adaptations et mesures d'application que son utilisation à plus grande échelle implique. Comme le révèle le projet-pilote de Longueuil, il faut en effet garder à l'esprit que le caractère positif d'une intervention « précoce » du juge gestionnaire contraste avec la pratique traditionnelle du litige et les « habitudes qu'elle secoue ». Il faudra s'attendre à voir naître de nouvelles relations entre la magistrature et les praticiens :

Dans le contexte du projet-pilote, le caractère précoce de la CCGJ constitue l'élément innovateur de la pratique. Dans l'esprit de la démarche, cet aspect va toutefois de pair avec une plus grande initiative du juge. Les changements que cette nouvelle pratique implique dans l'emploi du temps des praticiens ainsi que dans la nature des demandes du juge aux procureurs sont susceptibles de secouer les habitudes – même pour les avocats qui affirment accueillir favorablement cette nouvelle façon de faire.¹⁰⁶

Il faut cependant reconnaître que la gestion d'instance suppose un ajustement inévitable des rapports entre juges et praticiens et que l'implantation de cette pratique sur une plus grande échelle conduira presque par nécessité au développement de nouveaux modes de relation entre juges et procureurs.¹⁰⁷

106. P. NOREAU, *op. cit.*, note 25, p. 30.

107. *Ibid.*, p. 39.

Une pratique plus systématiquement centrée sur la gestion d'instance conduit inévitablement à un nouvel équilibre entre les contraintes des praticiens et celles de la Cour.¹⁰⁸

Ces nouveaux rapports magistrature-praticiens supposent également que les uns et les autres se soient dotés des outils, de la formation et des ressources nécessaires à cette fin :

On ne surmontera ces obstacles [les préjugés contre le changement] qu'en travaillant sur la mentalité des acteurs, ce qui suppose d'abord des programmes de formation imposés ou fortement recommandés pour les avocats, pour le personnel judiciaire et pour les juges, de même, fort probablement, que pour les professions d'où sont issus les experts. Cela suppose de la part de tous ces gens une volonté de changer d'attitude, ce qui implique un effort préalable de persuasion de la part des auteurs de la réforme, du ministère de la Justice, des chefs de juridiction et des ordres professionnels. Cela suppose aussi, je le crains, la mise en place au sein de l'administration judiciaire d'un nouveau dispositif adapté à la réforme : nouvelle répartition des ressources humaines, nouveaux emplois du temps, nouveau partage de responsabilités, nouveau contenu des formulaires, etc.¹⁰⁹

À cet égard, il ne faut pas sous-estimer l'un des principaux défis de la gestion de l'instance : le choix du mécanisme de gestion lui-même. Deux observations paraissent pertinentes à cet égard.

Premièrement, le choix du mécanisme de gestion ne peut être élaboré uniquement en fonction des cas problèmes. La culture des échéances développée à partir de 2002 (section 2) était de nature systémique. Elle visait la majorité des dossiers judiciaires – tous les dossiers dans lesquels les parties ont convenu d'une entente sur le déroulement de l'instance – et a donc eu pour effet de les soustraire au regard du juge gestionnaire. Et le fait qu'un dossier n'ait pas été soumis à ce regard ne signifie nullement qu'il a fait et qu'il fera l'objet d'une saine gestion. Il paraît donc utile de s'assurer que le mécanisme de gestion retenu puisse viser le plus grand nombre de dossiers qui se prêtent à une conférence de gestion tôt dans l'instance.

Deuxièmement, même en retenant la proposition de convoquer les parties à une conférence de gestion dès la production au

108. *Ibid.*, p. 40.

109. Y.-M. MORISSETTE, *loc. cit.*, note 13, 413.

greffe de la réponse du défendeur, les Tribunaux devront conserver la faculté d'identifier et de cibler, à l'aide de critères élaborés à cette fin avec le concours des praticiens, les dossiers et les catégories de dossiers qui se prêtent à la tenue d'une conférence de gestion. Cette sélection devra être rendue prévisible, de même que les informations jointes à la demande en justice qui permettront aux préposés du greffe de les repérer et de les traiter. Par exemple, les préposés pourront regrouper au sein d'une même catégorie plusieurs demandes en justice pour lesquelles des conférences de gestion présidées par un même juge et fixées à une même date permettront de les traiter de manière analogue, dans la mesure où les questions en litige, les moyens de preuve, y compris les expertises seront apparentés. Cette préoccupation est non seulement une mesure de gestion en elle-même, mais elle dénote un souci, même dans la gestion de l'instance, de tendre vers l'utilisation de critères et directives connus à l'avance :

Although case management is of necessity fact-dependent, it must also be predictable. In order to discharge their role in litigation, parties need to know the approach that the court is likely to adopt in case management. They need to have some understanding of how the judicial mind works and of the likely court response to problem that arise in the course of litigation. [...] Of course, by their very nature discretionary powers cannot be reduced to a set of hard and fast rules, capable of mechanical application. But coherent principles, policies and guidelines for the exercise of discretion are both feasible and necessary.¹¹⁰

C'est dans cet esprit que le rapport produit par l'Observatoire du droit à la justice, dans le cadre du projet pilote de Longueuil, a fait certaines recommandations qui n'ont pas perdu de leur pertinence¹¹¹. À titre indicatif, et en faisant certaines adaptations, on peut en énumérer ici quelques-unes, lesquelles ne sont évidemment pas exhaustives :

- Au moyen d'avis et de directives adressées aux citoyens et aux membres du Barreau, les tribunaux devraient avoir la latitude d'identifier les types de dossiers qui se prêtent, dès la production de la réponse du défendeur, au greffe du tribunal, à une conférence de gestion ;

110. A. ZUCKERMAN, *op. cit.*, note 87, p. 351, par. 10.4.

111. P. NOREAU, *op. cit.*, note 25.

- L'identification de ces dossiers types serait assumée par les juges coordonnateurs de chaque juridiction et de chaque district judiciaire, en consultation avec les barreaux locaux ;
- Les avis et directives des tribunaux devraient énumérer les informations qui doivent accompagner une demande en justice afin de permettre aux préposés des greffes de repérer aisément les dossiers assujettis à une conférence de gestion et de fixer à court terme, avec la coopération des procureurs, la tenue de cette conférence ;
- Ces différents avis, directives et moyens devraient être élaborés et répertoriés avec le concours d'un organisme dont la mission est d'assurer le suivi, l'évaluation et une meilleure connaissance de la réforme et de la justice civile ;
- Une formation devrait être offerte aux juges et aux avocats en matière de gestion d'instance et elle devrait porter en partie sur la redéfinition des rôles et des attentes vis-à-vis des praticiens et des juges, de manière à favoriser le développement d'une nouvelle culture interactive et coopérative au sein de l'institution judiciaire ;
- L'utilisation des nouvelles technologies devrait être favorisée pour faciliter les conférences de gestion et les mesures de gestion ;
- Les juges-gestionnaires devraient établir, à la faveur de l'expérience, un déroulement type de la conférence de gestion susceptible d'orienter les praticiens.

CONCLUSION

La gestion de l'instance est dorénavant considérée comme une condition de la justice moderne qui doit être soutenue et préservée par l'autorité du juge. Elle vise à assurer que la justice civile demeure un service public accessible et que le recours aux tribunaux n'entraîne pas une utilisation disproportionnée des ressources judiciaires. La gestion de l'instance suppose que le juge assume un rôle beaucoup plus actif dès le début des procédures et à chaque étape de la trajectoire judiciaire. Les expériences tentées en ce sens par la Cour du Québec, dans plusieurs districts, à partir du projet-pilote mené dans le district de Longueuil (section 3.1), témoignent de l'intérêt que présente l'intervention du juge très tôt au début de l'instance en termes de coûts et de délais pour le justi-

cialable. Au plan des connaissances, une vue d'ensemble des travaux réalisés au Québec au cours des dix dernières années en matière de gestion de l'instance permet d'identifier l'élément clé de cette gestion : *l'autorité morale, légale et structurante (leadership) du juge* (section 3.2).

L'exercice des pouvoirs de gestion judiciaire prévus dans l'avant-projet de loi engendrera nécessairement des rapports nouveaux entre les juges, les parties et les praticiens appelés à conseiller leurs clients et à les représenter devant la Cour. Inévitablement, les praticiens et les juges devront modifier leurs attitudes, leurs comportements et leurs compétences réciproques de même que leur interaction. Il est donc essentiel que les praticiens et les juges québécois puissent apprécier et comprendre la nature, la portée et la mise en œuvre du changement de culture que propose la gestion judiciaire de l'instance prévu dans l'avant-projet de loi.

La sociologie contemporaine enseigne que « chaque mutation, même mineure, de nos valeurs et de nos habitudes engendre des conséquences inattendues et que ces dernières sont souvent plus déterminantes pour l'état des rapports sociaux que les changements prévus »¹¹². Cette réalité ne vise pas à freiner les réformes qui s'imposent, comme celle proposée dans l'avant-projet de loi. Elle nous rappelle simplement qu'il « ne saurait par conséquent y avoir de révision du *Code de procédure civile* sans une forme d'expérimentation de ces innovations et sans que soit assurée l'évaluation concrète de leurs effets attendus et imprévus »¹¹³. Cette réalité s'applique à toute réforme de la justice civile, tant celle envisagée dans l'avant-projet de loi que celles qui pourraient faire l'objet de projets-pilotes ultérieurs, susceptibles de conduire également à une réforme graduelle de notre système de justice.

Le besoin d'une « évaluation empirique continue des résultats attendus et réels »¹¹⁴ des réformes de la justice civile, en fonction des objectifs que cherchait à réaliser au départ le législateur, ne vise pas seulement à satisfaire l'intérêt des chercheurs. Il vise à permettre également une meilleure compréhension de l'activité des tribunaux en général et une meilleure administration de la

112. P. NOREAU, *loc. cit.*, note 14, 54.

113. *Ibid.*

114. *Ibid.*

justice. D'ailleurs, les réformes de la justice civile qui se distinguent sont celles qui, à l'instar du rapport Woolf en Angleterre, accordent une importance prioritaire à leurs impacts et aux moyens de les gérer à l'aide de « support empirique » et de « données quantifiables ». Dans le cas du rapport Woolf, on a pris soin de créer le Civil Justice Council qui est composé de spécialistes et « dont la fonction principale est l'étude systématique des rouages de la justice civile »¹¹⁵. En mettant à la disposition des gouvernements et des décideurs des recherches objectives fondées sur des données empiriques et analytiques, les institutions de cette nature apportent une contribution précieuse à l'élaboration d'une justice civile plus efficace et plus équitable¹¹⁶.

Dans cette perspective, l'Observatoire du droit à la justice a souvent souligné l'opportunité de mettre en vigueur la *Loi sur l'Institut québécois de réforme du droit*, (L.R.Q., c. I-13.2.1), sanctionnée en 1992, et de fonder un tel institut¹¹⁷.

L'*Avant-projet de loi instituant le nouveau Code de procédure civile* déposé en septembre 2011 annonce des changements profonds dans notre manière de concevoir la justice civile et d'y faire appel. On doit donc souhaiter, à tout le moins, dans le cadre de l'avant-projet de loi, ou de ses versions ultérieures, qu'on mette en place des mécanismes de suivi et d'évaluation qui soient à la hauteur des espoirs et des innovations que l'avant-projet de loi incarne et propose. On doit également souhaiter que ces mécanismes soient à la hauteur des changements de culture que l'avant-projet de loi vise à amorcer. Il s'agit de s'assurer que la portée effective et les effets des mesures adoptées soient évalués, à court et à moyen terme, principalement au chapitre des deux aspects importants de la justice civile qui traverse l'avant-projet de loi : les modes alternatifs de règlement et la gestion judiciaire de l'instance.

115. Y.-M. MORISSETTE, *loc. cit.*, note 13, 391.

116. Jacques LACHAPELLE, « La justice civile crie au secours », dans Nicholas KASIRER et Pierre NOREAU (dir.), *Sources et instruments de justice en droit privé*, Montréal, Éditions Thémis, 2002, p. 247, p. 257-258 (au moment d'écrire ce texte, l'auteur était juge en chef adjoint de la Cour du Québec).

117. Pierre NOREAU, « *Avenir de la justice : des problèmes anciens... aux solutions prochaines* », dans P. NOREAU (dir.), *op. cit.*, note 2, p. 3, à la page 8. Sur la même recommandation, formulée cette fois par la magistrature, voir J. LACHAPELLE, *loc. cit.*, note 116, p. 258.

The International Jurisdiction of Québec Authorities in Personal Actions: An Overview

Catherine WALSH

Abstract

Book Ten of the *Civil Code of Québec* comprehensively codifies Québec private international law. The focus of this article is on the rules in Title Three governing adjudicatory jurisdiction in personal actions of a patrimonial nature, a category that encompasses most actions based on the law of contractual and extra-contractual obligations. The principal sources of jurisdiction and the principal themes and tensions in the jurisprudence are reviewed. Particular attention is paid to the expansive influence on the jurisprudence of the Supreme Court of Canada's decision in *Spar Aerospace Ltd. v. American Mobile Satellite Corp.* 2002 SCC 78, and to the possible impact on this trend of the Court's more recent decision in *Club Resorts Ltd. v. Van Breda*, 2012 SCC 17 as well as that of the Québec Court of Appeal in *Option Consommateurs c. Infineon Technologies* 2011 QCCA 2116.

The International Jurisdiction of Québec Authorities in Personal Actions: An Overview

Catherine WALSH*

INTRODUCTION 253

I. Defendant Connections: articles 3148(1)-(2) 257

 A. Defendant’s domicile or residence in Québec:
 article 3148(1) 257

 B. Establishment in Québec + related activity
 in Québec: article 3148(2). 258

II. Subject Matter Connections: article 3148(3) 259

 A. Introduction 259

 B. *Spar*: article 3148 establishes “a broad
 basis for jurisdiction” 261

 C. Lebel (*Spar*) vs. Lebel (*Van Breda*) 263

 D. The post-*Spar* Québec jurisprudence. 264

 E. *Van Breda*: damage +? 269

III. Consent-based Jurisdiction: articles 3148(4)-(5) 272

* Professor, Faculty of Law, McGill University. I am grateful for the invariably rich and generous insights offered by my colleague Geneviève Saumier with respect to the issues addressed in this paper. All errors and misunderstandings are of course entirely my own. I also should note that this article originated as a presentation to a seminar organized by the National Judicial Institute: “Civil Law Seminar – Contracts, Conflicts and Remedies: A’ Supreme’ Update,” Moncton N.B., 2-4 May 2012. I thank the Institute for its support.

A.	Agreements giving jurisdiction to a Québec authority	272
B.	Agreements vesting jurisdiction in a foreign authority	272
1.	General.	272
2.	Exclusive choice of forum clauses versus simple attornment clauses	274
3.	Necessity for mutual consent and issues of contractual validity	276
4.	Purely domestic disputes	280
5.	Other limitations on party autonomy	281
C.	Submission	281
IV.	Claims by Québec Consumers and Employees: article 3149	283
V.	Discretion to Decline Jurisdiction	287
A.	Forum non conveniens	287
1.	General.	287
2.	<i>Forum non conveniens</i> and choice of forum clauses	289
B.	<i>Lis pendens</i>	290
	CONCLUDING OBSERVATIONS	292

INTRODUCTION

Article 14 of the French Civil Code famously grants jurisdiction to French courts in matters relating to the law of obligations on the sole basis that the plaintiff is a French national.¹ Apart from the family law area, the idea that a plaintiff's personal connection to the forum is sufficient for jurisdiction has traditionally been castigated as "exorbitant."² Article 27 of the old Civil Code of Lower Canada was drafted in similar language to article 14 but it was interpreted in the Québec context as merely signalling the absence of any *a priori* barrier to haling foreign defendants before the courts of the province.³ Whether jurisdictional competence existed was instead based on by analogy on the rules in article 68 of the Code of Civil Procedure⁴ for determining the judicial districts within Québec where proceedings can be instituted. Under this approach, jurisdiction was generally confined to claims against defendants domiciled in Québec. Defendants domiciled abroad could be brought before the Québec courts only if: (1) the defendant resided or possessed property in Québec; (2) the whole cause of action arose in Québec; (3) for actions in contract, the contract was made in Québec; or (4) for actions in libel initiated by Québec residents, the libel was published in a newspaper circulated in Québec.⁵

Book Ten of the Civil Code of Québec,⁶ in force since January 1994, comprehensively codifies Québec private international law

1. On February 29th, 2012, the *Cour de cassation* rejected a request for a referral of article 14 to the *Conseil constitutionnel* on the basis that Article 14 did not raise any sufficiently serious issues so as to engage constitutional principles of equality and the right to a fair trial. For references and a decidedly caustic commentary, see Gilles Cuniberti. "Article 14 Code Civil Comports with the French Constitution" (March 13, 2012), available at <http://conflictoflaws.net>.
2. *Ibid.*, Cuniberti. And see generally Kevin M. CLERMONT and John R.B. PALMER, French Article 14 Jurisdiction, Viewed from the United States. *Melanges*, 2005. Available at SSRN: <<http://ssrn.com/abstract=58828>>.
3. *Ibid.*, CLERMONT, note 7 citing multiple sources.
4. R.S.Q., c. C-25.
5. The narrowness of most of these jurisdictional bases led to a sometimes generous interpretation being given to the scope of article 68. For example, in actions based on non-contractual liability, the concept of the "whole cause of action" arising in Québec was considered satisfied if the defendant's wrong caused damage in the province: *Wabasso Limited v. National Drying Machinery*, [1981] S.C.R. 578; *Air Canada v. McDonnell Douglas Corp.*, [1989] 1 S.C.R. 1554.
6. L.R.Q., c. C-1991 ("the Code").

in all its dimensions. The rules governing adjudicatory jurisdiction are set out in Title Three under the heading “International Jurisdiction of Québec Authorities.” Coincident with the enactment of the Code, Article 68 of the Code of Civil Procedure was amended to make it subject to Book Ten. The result is that Title Three of the Code governs jurisdiction in cases involving a “legally relevant foreign element.”⁷ The role of article 68 of the Code of Civil Procedure is limited to determining the appropriate venue within Québec for adjudicating matters that are within the territorial jurisdiction of the Québec authorities under Title Three.

The first article of Title Three is aligned with the prior law in making the domicile of a defendant in Québec a universal basis for jurisdiction.⁸ This general provision is supplemented by specialized rules that employ alternative connecting factors for different types of claims.

The focus of this article is on the rules applicable to personal actions of a patrimonial nature, a category that encompasses most actions based on the law of contractual and extra-contractual obligations.

Article 3148 is the principal provision. It establishes three categories of connecting factors to Québec sufficient to give jurisdiction to a Québec authority: defendant connections; subject matter connections; and consent. Parts I to III of the article review the jurisdictional rules in these three categories. As we shall see, article 3148 is far more accommodating to claimants seeking a Québec venue than the previous regime.

There is one important instance where article 3148 derogates from the jurisdiction of the Québec courts. The second paragraph provides that a Québec authority has no jurisdiction if the parties have chosen a foreign authority or arbitrator to govern any existing or future disputes between them. Derogation from Qué-

7. In *Dell Computer Corp. v. Union des consommateurs*, 2007 SCC 34, Justice Deschamps on behalf of the majority of the Supreme Court held that Title Three of Book Ten is limited to cases that present a “legally relevant” connecting factor to a jurisdiction outside Québec, meaning that the foreign connecting factor must be sufficient to play a role in determining whether a court has jurisdiction. She concluded that an arbitration agreement that does not require arbitration to take place outside Québec is not a foreign connecting factor sufficient to trigger the application of Title Three.

8. Art. 3134.

bec judicial jurisdiction via domestic or international arbitration was an established feature of Québec law prior to the Code. Derogation via a choice of forum clause in favour of a foreign court is a major change from prior law. This aspect of article 3148 is the principal focus of the discussion on consent-based jurisdiction in Part III of the paper.

The plaintiff's domicile or residence in Québec is not a general connecting factor for jurisdiction under the Code in line with the traditional view that this would be an "exorbitant" head of jurisdiction. There is one important exception. Article 3149 incorporates a micro-version of article 14 of the French Civil Code, granting jurisdiction to Québec authorities over disputes involving a consumer contract or a contract of employment on the sole basis that the claimant is a consumer or worker who is domiciled or resident in Québec. No other connection to Québec is required and jurisdiction exists even where there is a choice of forum clause purporting to vest jurisdiction in a foreign authority or an arbitral tribunal.⁹ Article 3149 is the subject of Part IV of the paper.

Assuming a Québec authority has jurisdiction under the Code rules, the exercise of that jurisdiction is not mandatory. Articles 3135 and 3137 permit a Québec authority to decline jurisdiction if it determines that a foreign authority is better positioned to decide the case (*forum non conveniens*) or if litigation involving the same parties and subject matter is already pending in a foreign forum (*lis pendens*). These discretionary doctrines are addressed in Part V of the article. As we shall see, the jurisprudence on the heads of jurisdiction in articles 3148 and 3149 is intertwined with the availability of discretion to decline jurisdiction under article 3135. Reference to article 3135 in the preceding parts of the article is therefore unavoidable.

Exceptionally, the exercise of jurisdiction by the Québec courts is mandatory. Article 3151 confers exclusive jurisdiction on a Québec authority to adjudicate claims founded on civil liability for damage suffered as a result of exposure to or the use of raw

9. Under article 3150, a Québec authority also has jurisdiction in respect of claims under insurance contracts made by persons domiciled or resident in Québec. Unlike article 3149, article 3150 does not purport to deny effect to an arbitration agreement or a choice of forum clause. See *Mega Bloks inc. c. American Home Assurance Company*, J.E. 2006-1876 (Sup. Ct.).

materials (notably, asbestos) originating in Québec.¹⁰ Jurisdiction arguably is also mandatory where the parties have agreed to vest exclusive jurisdiction over their dispute in a Québec authority. We return to this latter point in Part V of the paper.

Before entering into the detailed analysis, several additional sources of jurisdictional authority may be noted in passing. First, article 3136 authorizes the exercise of ‘forum of necessity’ jurisdiction by a Québec authority where proceedings cannot or cannot reasonably be required be instituted outside Québec.¹¹ Second, articles 3138 and 3140 empower a Québec authority to order provisional or conservatory measures even when it otherwise lacks jurisdictional competence over the merits of a dispute. Third, if a Québec authority has jurisdiction over the principal demand, article 3139 gives it jurisdiction over an incidental or cross demand. These provisions are not addressed further except for article 3139 especially in relation to the discussion on choice of foreign court clauses in Part III.

The reader is cautioned that this paper does not purport to cover comprehensively or in detail the full range of issues raised by the Code rules governing jurisdiction in claims arising under the law of obligations. The modest goal is to identify the principal sources of jurisdiction and the principal themes and tensions in the jurisprudence.

10. In *Worthington Corp. c. Atlas Turner Inc.*, 2004 CanLII 21370 (QC C.A.) the Court of Appeal confirmed the exclusivity of the jurisdiction of the Québec authorities under these articles in the context of refusing the recognition of a U.S. judgment for damage suffered as a result of exposure to asbestos originating in Québec. The recognition of a judgment in Québec is not a right that is exercised outside Québec, and therefore falls within provincial legislative competence. The court declined to address the question of whether the constitutional obligation to give full faith and credit to sister province judgments would override the Code provisions giving exclusive jurisdiction to the Québec courts: para. 25.

11. To exercise forum of necessity jurisdiction, article 3136 requires a sufficient connection to Québec but the nature of the connection is not specified. To date, the courts have given the provision a narrow reading. It must be shown that the exercise of jurisdiction by the Québec courts is necessary to avoid a miscarriage of justice as where the otherwise appropriate foreign forum is unavailable owing to war or civil strife or because the plaintiff would be exposed to physical danger or evident bias if obligated to litigate there. It may not be invoked merely because proceeding in the foreign forum is too costly or inconvenient for one of the parties. For a recent decision denying forum of necessity jurisdiction, see *Anvil Mining Ltd. c. Association canadienne contre l'impunité*, 2012 QCCA 117.

I. DEFENDANT CONNECTIONS: ARTICLES 3148(1)-(2)

A. Defendant's domicile or residence in Québec: article 3148(1)

As noted earlier, article 3134 establishes the defendant's domicile in Québec as a universal basis of jurisdiction. Article 75 defines the domicile of a person as "the place of his principal establishment."¹² Although the concept of principal establishment is not defined, article 307 clarifies that the domicile of a legal person is "at the place and address of its head office."¹³ For natural persons implicit guidance is provided by article 76: "Change of domicile is effected by actual residence in another place coupled with the intention of the person to make it the seat of his principal establishment". The notion of domicile for natural persons therefore has two elements: an objective element, residence, and a subjective element, intent.

For personal actions of a patrimonial nature, article 3148(1) enlarges the permissible defendant connections beyond domicile to also include residence. The Code defines "residence" as the place where a person ordinarily or habitually resides.¹⁴ Residence thus requires an element of continuity or stability as distinct from merely passing through a particular place on a brief or occasional basis.¹⁵ Assuming this threshold is satisfied, residence is easier to establish than domicile. First, while a person can have only one domicile, she may have multiple habitual residences.¹⁶ Second, while residence in a place without the added element of intent to make that place one's principal establishment is insufficient to establish domicile,¹⁷ the determination of residence is a strict question of fact based on objective evidence. Subjective intent has no role to play.¹⁸

12. Art. 75.

13. Art. 307.

14. Art. 77.

15. *Rees c. Convergia*, 2005 QCCA 353, para. 23.

16. Art. 77.

17. Art. 76. If evidence of subjective intent is absent or insufficient, residence may be sufficient to establish domicile. Thus, article 78 specifies that "A person whose domicile cannot be determined with certainty is deemed to be domiciled at the place of his residence." In the event of a plurality of residences, art. 77 provides that a person's "principal residence" is considered in establishing his domicile.

18. *Rees c. Convergia*, above, note 15, para. 22.

B. Establishment in Québec + related activity in Québec: article 3148(2)

Domicile is too narrow a connecting factor for defendant-based jurisdiction over legal persons. A corporation or other legal entity may maintain its head office in an off shore location for tax or other reasons but conduct its real business in Québec. Or it may deal with its customers and creditors through secondary establishments in multiple jurisdictions including Québec.

The alternative of residence-based jurisdiction under article 3148(1) is not available where the defendant is a legal person. The Code does not recognize the concept of residence in relation to legal persons. The closest functional equivalent would be the presence of an establishment in Québec. But this would cast too wide a net. Any national or multinational entity that happened to have a branch office or retail outlet in Québec would be subject to the jurisdiction of the Québec courts even if the dispute bore no other connection to the province. Article 3148(2) therefore adopts a *via media*: a Québec authority has jurisdiction in respect of a defendant that is a legal person not domiciled in Québec if it has an establishment in Québec *and* the dispute relates to its activities in Québec.

Jurisdiction under article 3148(2) thus requires both a defendant presence in Québec and a subject matter connection to Québec. This combination creates uncertainty at two levels.

First, when must the connection exist? For jurisdiction based on a defendant's domicile or residence under article 3148(1), it is generally accepted that the relevant temporal point is when the proceedings in Québec were commenced. For jurisdiction based on a subject matter connection to Québec under article 3148(3), the relevant temporal point is generally when the facts or events giving rise to the dispute occurred. The potential conflict between these different temporal points in the context of the mixed approach in article 3148(2) was addressed by the Court of Appeal in *Anvil Mining Ltd. v. Association canadienne contre l'impunité*.¹⁹ In that case, the defendant's Québec establishment had not been opened until after the events giving rise to the dispute. The same was true of the defendant's activities in Québec that were alleged

19. 2012 QCCA 117.

to satisfy the second element in article 3148(2). The absence of both connections to Québec at the time of the events giving rise to the dispute was an influential element in the Court's conclusion that the dispute did not sufficiently relate to the defendant's activities in Québec to satisfy the second element.²⁰ But the Court declined to decide conclusively whether both conditions must be satisfied at the time of the events giving rise to the dispute or at the time of the initiation of the complaint or at both times.²¹

Second, article 3148(2) does not specify whether the defendant's activity in Québec must be undertaken by or through the defendant's establishment in Québec. In *Interinvest (Bermuda) Ltd. c. Herzog*,²² the Court of Appeal decided that the in-province activity need not be related to the establishment.²³ While acknowledging that the balance of doctrine favoured a narrower view, Justice Dalphond concluded that that this interpretation was supported by the jurisprudence favouring a broad reading of subject matter jurisdiction in article 3148(3).²⁴ That jurisprudential trend is the subject of the next section of the paper.

II. SUBJECT MATTER CONNECTIONS: ARTICLE 3148(3)

A. Introduction

Even when the defendant does not have any presence in Québec, article 3148(3) vests a Québec authority with jurisdiction if *any one* of the following four factual connections is present:

- a fault was committed in Québec;
- damage was suffered in Québec;
- an injurious act occurred in Québec;
- one of the obligations arising from a contract was to be performed in Québec.

20. *Ibid.*, para. 79.

21. *Ibid.*, para. 78.

22. 2009 QCCA 1428.

23. *Ibid.*, para. 41.

24. *Ibid.*, para. 40.

The fourth connecting factor is explicitly limited to claims founded on the law of contractual obligations. The first three connecting factors are not so limited and clearly give jurisdiction in extra-contractual matters. The courts have taken the view that they can also provide a basis for jurisdiction in contractual claims,²⁵ notwithstanding that the concepts of “fault” and “injurious act” are more conceptually associated with extra-contractual responsibility.

As we shall see, the damage and contract heads of jurisdiction are where debate has primarily centred. Fault and injurious act have not been particularly controversial, at least not since the Supreme Court’s decision in *Spar Aerospace Ltd. v. American Mobile Satellite Corp.*²⁶ In that case, the Superior Court had concluded that it was competent on the basis that the plaintiff’s claim for lost profits resulting from damage to the reputation of its Québec plant satisfied the “damage was suffered in Québec” criterion. The Court of Appeal concurred but based jurisdiction on the theory that the attack on the reputation of the Québec facility in Québec satisfied the “injurious act” criterion. At the Supreme Court level, Justice LeBel held that the Court of Appeal had erred in conflating the act or event giving rise to the damage with the damage itself. The concept of injurious act, he concluded, “must refer to a damage-causing event that attracts no-fault liability.”²⁷ Thus, fault and injurious act are parallel types of connecting factors insofar as they both refer to the act or event that causes the damage to the plaintiff and not to the damage that is the consequence of that act or event.

This left for consideration whether the Superior Court had been correct in basing its jurisdiction on the “damage was suffered in Québec” criterion. Justice LeBel’s reasoning on this point deserves close analysis because of its significant contribution to a broad reading of article 3148(3) in the jurisprudence.

25. For a recent example, see *Federal Corporation c. Triangle Tires Inc.*, 2012 QCCA 434 (para. 37).

26. [2002] 4 S.C.R. 205.

27. *Ibid.*, para. 42.

B. *Spar*: article 3148 establishes “a broad basis for jurisdiction”²⁸

Spar arose out of a subcontract entered into by the plaintiff, a company domiciled in Ontario, for the construction of the communications payload for a satellite at its Ste-Anne-de-Bellevue facility in Québec. The satellite was damaged during the testing process in the U.S. that followed its launch and the plaintiff's U.S. counterparty refused to pay the further incentive payments contemplated by their subcontract. The plaintiff commenced an action in Québec against the U.S. corporations involved in the manufacture and testing of the satellite.

The dispute bore very little connection to Québec. The defendants were all domiciled in various states in the U.S. and had no business presence in the province. Their alleged fault took place in the U.S. The principal part of the compensation claimed by the plaintiff – the loss of the performance incentives (\$819,657) – had been suffered at the plaintiff's headquarters in Ontario in view of evidence that the payments were to be made there.

The only link to Québec was the plaintiff's claim for loss profits in the amount of \$50,000 alleged to have been suffered as a result of the injury to the reputation of its Québec facility caused by the loss of the incentive payments. In the Supreme Court, Justice LeBel concluded that this loss could and should be localized in Québec in view of evidence that the operation in Ste-Anne-de-Bellevue had established its own reputation independently of the plaintiff's national reputation.²⁹ He rejected the defendants' arguments that this damage was too incidental and indirect to constitute damage suffered in Québec. In view of the preliminary procedural context in which jurisdictional challenges are made, article 3148 “establishes a broad basis for finding jurisdiction.” To read in limitations on the nature or amount of damage that must be suffered in Québec to give jurisdiction might inappropriately require a judge hearing a preliminary motion on jurisdiction to rule on the merits of the case.³⁰ In addition, the concept of “damage” in article 3148(3) should not be conflated with the amount of the damages claimed: the latter was relevant only to the issue of

28. *Ibid.*, paras. 31, 58.

29. *Ibid.*, paras. 33-35.

30. *Ibid.*, para. 32, 33.

whether the court should exercise its discretion under article 3135 to decline jurisdiction.³¹

In the alternative, the U.S. defendants had argued that there was an insufficient connection with Québec to satisfy the constitutional requirement in *Morguard*³² and *Hunt*³³ for a “real and substantial connection” with the forum in order for jurisdiction to be assumed. While accepting that the requirement was a “constitutional imperative,” it was not, in Justice LeBel’s view, an “additional criterion” that had to be satisfied to vest jurisdiction in a Québec authority.³⁴ First, the interprovincial context in which *Morguard* and *Hunt* were decided meant that these rulings were not easily transplantable to cases on the international plane.³⁵ In any event, it was “arguable” that the requirement was “already subsumed” in the jurisdictional connecting factors listed in article 3148(3) “at least for the simple recognition of competence.”³⁶ In the event that was not the case, the requirement was reflected elsewhere in Book Ten, notably in the availability of judicial discretion under article 3135 to decline jurisdiction in favour of a more appropriate forum.³⁷ The counterbalance against excessive jurisdiction provided by the doctrine of *forum non conveniens* enabled a broad reading to be given to the statutory criteria for jurisdiction.³⁸ In this respect, the Code should be given a different interpretation than that found in the cases decided by the European Court of Justice under the Brussels Convention which limits damage as a basis for jurisdiction to the place where the damage is directly suffered and not where its indirect consequences are felt; in Justice LeBel’s view, the absence of any discretion to stay proceedings under the Convention required European law to adopt a more restrained view of jurisdiction than was necessary under the Code.³⁹

31. *Ibid.*, para. 36.

32. *Morguard Investments Ltd. v. De Savoye*, [1990] 3 S.C.R. 1077.

33. *Hunt v. T&N plc*, [1993] 4 S.C.R. 289, at p. 328: “... courts are required, by constitutional restraints, to assume jurisdiction only where there are real and substantial connections to that place.”

34. *Spar*, above, note 26, paras. 50, 51. Although no constitutional question was stated in the case, Justice LeBel nonetheless alluded to the constitutional aspect in his analysis.

35. *Ibid.*, para. 51.

36. *Ibid.*, para. 56.

37. *Ibid.*, paras. 57-60.

38. *Ibid.*, para. 59.

39. *Ibid.*, para. 61. The official title of the “Brussels Convention” is the Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters,

C. Lebel (*Spar*) vs. Lebel (*Van Breda*)

Justice LeBel's suggestion in *Spar* that the constitutional requirement for a real and substantial connection as a prerequisite to jurisdiction is limited to the interprovincial context generated much scholarly puzzlement.⁴⁰ It is true that the constitutional obligation of Canadian courts to give full faith and credit to sister province judgments that are based on a real and substantial connection to the judgment forum does not apply to foreign country judgments.⁴¹ But the real and substantial connection requirement as a pre-requisite to the exercise of jurisdiction was believed by many to be predicated on the constitutional limit on the territorial reach of provincial authority, a limit that applies in both the interprovincial and international contexts.

This aspect of *Spar* can now be safely consigned to history. In *Club Resorts Ltd. v. Van Breda*,⁴² Justice LeBel on behalf of the Supreme Court unequivocally confirmed that the real and substantial connection test is indeed based on the territorial restrictions on provincial power created by the Constitution.⁴³ As such, it applies to conflicts cases arising in both the interprovincial and international contexts.

September 27, 1968. For citations and a brief discussion of the jurisprudence under the Brussels Convention on the attenuated interpretation of damage-based jurisdiction, see: Felix BLOBEL, "European Tort Jurisdiction and Pure Economic Loss", (2004) *The European Legal Forum* (E) 3-2004 187-191 (available at: <<http://www.simons-law.com/library/pdf/e/507.pdf>>. Note that the Brussels Convention has been largely superseded by the "Brussels I Regulation" (Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters). The Brussels I Regulation in turn will be superseded from 10 January 2015 forward by the "Brussels I Regulation Recast" (Regulation (EU) No 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (recast)). However, the language on which the relevant jurisprudence under the European Convention was based remains essentially the same under these regulations.

40. Geneviève SAUMIER, "Morguard's Vapour Trail: A Comment on *Spar Aerospace*", (2003) 5 *Canadian International Lawyer* 199 at 200; Joost BLOM and Elizabeth EDINGER, "The Chimera of the Real and Substantial Connection Test", (2005) 38 *UBC L. Rev.* 373; Janet WALKER and Vaughan BLACK, "The Deconstitutionalization of Canadian Private International Law?", (2003) 21 *Supreme Court Law Rev.* (2d) 181, at 190-195.

41. In *Beals v. Saldanha*, 2003 SCC 72, the Supreme Court of Canada held that the real and substantial connection test also applied to determine the jurisdiction of foreign courts for the purposes of deciding whether their decisions should be recognized. But the Court made it clear that this was a comity-based *common law* rule, not a constitutional imperative, and therefore subject to provincial legislatures adopting a different approach by statute (para. 28).

42. 2012 SCC 17.

43. *Ibid.*, paras. 21, 31, 69.

Justice LeBel's reliance on article 3135 to justify a broad reading of article 3148(3) also created puzzlement.⁴⁴ First, as he went on to emphasize in *Spar*, the doctrine of *forum non conveniens* in article 3135 applies only exceptionally.⁴⁵ Logically, this should imply a narrow reading of article 3148 if jurisdictional overreach is to be avoided. Second, article 3135 does not allow a court to decline jurisdiction simply because a case does not bear a substantial connection to Québec. The defendant must positively establish that there is another available forum to which the case bears a much stronger connection and which is better positioned to decide. Where the connections are widely dispersed, as was the case in *Spar* itself, the Québec courts must retain jurisdiction.⁴⁶ Finally, it is difficult to understand how an *ex post* judicial discretion to decline jurisdiction sufficiently respects the constitutional requirement for a real and substantial connection as a *prerequisite* for jurisdiction.

Van Breda likely also eclipses the notion that judicial discretion to decline jurisdiction under article 3135 may be relied on in itself to justify a reading of article 3148 that might result in excessive jurisdiction. In *Van Breda*, Justice LeBel adopted a very different approach to the role of the real and substantial connection test as a constitutional limit on the types of factual connections to a province that are sufficient for jurisdiction. Although *Van Breda* was decided in the context of the Ontario common law rules for jurisdiction, clearly the constitutional dimension of the real and substantial connection test has implications for Québec. Before looking again at *Van Breda*, the intervening influence of *Spar* on the Québec jurisprudence will be examined.

D. The post-*Spar* Québec jurisprudence

Spar clearly relieved the Québec courts from the necessity to apply the real and substantial connection criterion as an additional step in the jurisdictional analysis. The only question is whether the factual connections to Québec in a particular case satisfy one or another of the connections in article 3148(3). Justice LeBel's encouragement in *Spar* of an almost literal reading of these connections has produced a liberal interpretation in the

44. See above, note 40.

45. *Spar*, above, note 26, paras. 77-79, 81, 82.

46. *Ibid.*, paras. 73-76.

Québec jurisprudence, particularly with respect to the concept that “damage was suffered in Québec.”

Prior to *Spar*, the Québec jurisprudence has imposed constraints on a broad reading of what constitutes damage suffered in Québec where this might effectively lead to the assumption of jurisdiction in all cases where the claimant is located in Québec. That this could not have been intended is clear from article 3149. As noted earlier, article 3149 provides a separate and independent jurisdiction based on the domicile or residence of the claimant in Québec in cases involving a consumer or employment contract. Article 3149 would not have been necessary if the claimant’s presence in Québec was already a sufficient connection under 3148(3).

The 2001 decision of the Court of Appeal in *Quebecor Printing Memphis Inc. v. Regenair Inc.*⁴⁷ is the origin of this more restrictive line of jurisprudence. That case involved a successful challenge to jurisdiction by a U.S. defendant in a claim for payment by a Québec seller under a contract for the sale and installation of machinery in the state of Tennessee in the U.S. The majority in the Court of Appeal ruled that the seller’s financial damage was not suffered in Québec since the contract called for payment to be made in Tennessee. Nor was there jurisdiction on the basis that “one of the contractual obligations was to be performed in Québec.” Even though the plaintiff, as a *factual* matter, had to assemble the equipment in Québec, the contract called for delivery and payment in Tennessee so it was there that the contractual obligations were *legally* to be performed.

In a minority opinion, Justice Philippon concluded that the damage was suffered in Québec on the theory that financial loss is linked inherently to the victim’s patrimony. The majority rejected that interpretation out of concern that localizing financial damage at the patrimony of a claimant would make jurisdiction automatic in proceedings initiated by Québec claimants.⁴⁸ Justice Philippon conceded that his reading might occasionally lead to excessive jurisdiction but considered that the problem was intended to be dealt with at the stage of applying the doctrine of *forum non conveniens* in article 3135.⁴⁹

47. 2001 CanLII 27960 (QC C.A.).

48. *Ibid.*, paras. 9, 10.

49. *Ibid.*, para. 32.

It was Justice Philippon's theory on the interplay between articles 3148 and 3135 that expressly inspired Justice LeBel's expansive interpretation in *Spar* of how the real and substantial connection requirement is already incorporated in Book Ten of the Code. As Gerard Goldstein has documented comprehensively,⁵⁰ the post-*Spar* Québec jurisprudence has struggled with how to reconcile Justice LeBel's approval of Justice Philippon's minority reasons in *Quebecor* with the concern expressed by the majority.

As Professor Goldstein observes, continuing bodily injury claims, like financial damage, are inherently linked to the plaintiff's domicile or residence. These types of cases therefore engage the concern expressed by the majority in *Quebecor*. Yet in a 2007 decision,⁵¹ the Court of Appeal upheld jurisdiction over a foreign defendant in an action by a Québec tourist who continued to suffer significant ongoing damage in Québec as a result of bodily injury initially suffered while vacationing abroad. In light of the broad interpretation given to the damage head of jurisdiction in *Spar*, the Court declined to limit the localization of damage to the place where bodily injury is initially suffered. Continuing bodily injury in Québec was sufficient for jurisdiction.

In a 2009 decision also involving a continuing bodily injury claim by a Québec resident arising out of damage initially suffered while on vacation abroad,⁵² the Superior Court rejected the proposition that a victim of bodily injury, merely by virtue of living in Québec, could implead the jurisdiction of the Québec courts against a foreign defendant for an incident or accident that occurred abroad.⁵³ In a brief opinion allowing the appeal, the Court of Appeal observed simply that since the greater part of the plaintiff's damage had been suffered in Québec following her return from vacation, the Québec courts had jurisdiction.⁵⁴

The concern of the majority in *Quebecor* retains force in claims for financial loss in both the contractual and extra contrac-

50. Gerald GOLDSTEIN, "De la pertinence et de la localisation du préjudice économique ou continu aux fins de la compétence Internationale des tribunaux québécois", (2010) 69 *R. du B.* 169.

51. *Hoteles Decameron Jamaica Ltd. c. D'Amours*, 2007 QCCA 418.

52. *Nosseir c. Vacances Transat Holidays inc.*, 2009 QCCS 1607.

53. *Ibid.*, paras. 29-34.

54. *Nosseir c. Sea Pro Divers, s.a.*, 2009 QCCA 2182.

tual contexts. But the recent jurisprudence reflects a subtle narrowing of the restriction.⁵⁵

In the extra contractual context, consider the 2011 decision of the Court of Appeal in *Option Consommateurs c. Infineon Technologies, a.g.*⁵⁶ That case involved an application for certification of a class action initiated in Québec against various U.S. manufacturers of dynamic random access memory (DRAM). The complaint alleged that the price of DRAM, and computer products containing DRAM, sold in Québec had been artificially inflated as a result of a price-fixing conspiracy among the U.S. defendants in the United States. The person seeking status as the designated representative was an indirect purchaser who had ordered a personal computer containing DRAM from the Dell Computer Corporation in Ontario, placing and paying for her order online from her home in Montreal.

Justice Kasirer ruled that the representative claimant's financial damage – the alleged overpayment for the computer – had been suffered in Québec so as to vest jurisdiction under article 3148(3). Central to that conclusion was his ruling that the Consumer Protection Act deemed the contract with Dell to have been made at the purchaser's address in Québec (notwithstanding that Dell's standard terms specified that the contract was formed in Ontario). The claim was not founded on that contract but on the extra contractual fault of the U.S. defendants who were alleged to have sold the DRAM to Dell at an inflated price. Nonetheless, the contract was the occasion for the alleged overpayment for the computer. The localization of the contract in Québec was therefore a relevant "juridical fact" that served also to localize the damage in Québec.

In concluding that *Quebecor* and its progeny did not apply, Justice Kasirer drew a distinction between financial injury materially suffered in Québec and financial damage merely recorded in Québec. Damage is not suffered in Québec where the loss or injury is sustained outside Québec and Québec is merely the location of the patrimony where the loss is recorded. That was the situation in *Quebecor Printing* where the financial loss arose from a contract to be performed and a debt to be paid outside Québec.

55. GOLDSTEIN, above, note 50.

56. 2011 QCCA 2116, leave to appeal granted in *Samsung Electronics Co. Ltd. et autres c. Option Consommateurs et autres*, 2012 CanLII 26718 (SCC).

Financial loss that is merely recorded in Québec does not qualify as damage suffered in Québec because that would essentially make the plaintiff's domicile in the province a sufficient connection to establish jurisdiction. But financial loss based on material facts arising in Québec – here the localization in Québec of the contract with Dell that occasioned the over payment – does provide a jurisdictionally sufficient connection.

In the contractual context, the extent to which *Quebecor* restricts financial loss claims by Quebec claimants is less evident in the jurisprudence. The 2012 decision of the Court of Appeal in *Federal Corporation c. Triangle Tires Inc.*⁵⁷ shows that financial damage may be suffered in Québec even where the defendant's contractual obligations are to be performed outside Québec. In that case, a Québec distributor of tires claimed loss of profit resulting from the failure of its Taiwan counterparty to deliver the quantity of tires specified in their contract. The Superior Court concluded that jurisdiction was available under article 3148(3) on two different bases. First, the tires were to be delivered in Québec and payment was to be made in Québec. This satisfied the fourth connection in article 3148(3) – “one of the obligations arising from a contract was to be performed in Québec.” Second, “damage was suffered in Québec” within the meaning of article 3148(3) because Québec was where the plaintiff's resales were primarily to be made and therefore where its loss of profit was suffered.

On appeal, the seller argued that there was no evidence that the contract terms called for either delivery or payment in Québec. On the contrary, the contract had been entered into on “FOB” (Free on board) terms, meaning that Taiwan was the contractual place of performance of both obligations. As noted earlier, under the *Quebecor* line of jurisprudence, the place of performance of a contract for the purposes of article 3148(3) is based on a legal rather than a factual analysis: if the contract terms deal with the matter, they determine the place of performance. Otherwise the default rules of contract law decide. Consequently, the seller's argument on this point seemed well-founded.

The Court of Appeal concluded that the seller's argument on whether Québec was the place of performance of the seller's obligations was irrelevant. The Superior Court had been correct in

57. Above, note 25. In a similar vein, see *Société en commandite INB c. Arcturus, l.p.*, 2012 QCCS 5984.

finding that damage was suffered in Québec. While the Court stated that the mere recording of damage in Québec is insufficient for jurisdiction in line with *Quebecor*, it nonetheless held that the plaintiff's loss of profit resulting from the failure of the defendant to deliver the tires materialized as a factual matter in Québec where most of the resales were to be made.

E. *Van Breda*: damage +?

In *Van Breda*,⁵⁸ as noted above, Justice LeBel unequivocally stated that the real and substantial connection test operates at the constitutional level to preclude the exercise of judicial jurisdiction over conflicts cases having only “a weak or hypothetical connection” to a province.⁵⁹ In Ontario, where *Van Breda* arose, he determined that the test also operates as an “organizing principle” in deciding the appropriate content of the common law rules governing the jurisdiction of the courts in private international law matters.⁶⁰ By referring to it as an organizing principle, he meant that the test should not of itself be treated as containing the common law conflicts rule for jurisdiction. This would require courts faced with a jurisdictional challenge to determine on a case by case discretionary basis whether the particular factual connections present in the case were constitutionally sufficient. The values of order and stability would be better served by specifying presumptively sufficient objective factual connections to the forum⁶¹ in line with the approach reflected in the Civil Code in Québec and in the Uniform Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act in those common law provinces that have enacted it.⁶²

Van Breda arose out of separate actions brought in Ontario by Canadian residents in respect of continuing bodily injuries initially sustained while vacationing in Cuba. The defendants included Club Resorts Ltd., a company incorporated in the Caymen Islands that managed the two hotels where the accidents occurred. In the course of analysing whether the Ontario courts were entitled to exercise jurisdiction over Club Resorts, Justice LeBel proceeded to craft a set of “presumptive connections” that

58. Above, note 42.

59. *Ibid.*, para. 32.

60. *Ibid.*, paras. 24-31.

61. *Ibid.*, para. 75.

62. *Ibid.*, paras. 75-78.

could be considered sufficient to vest jurisdiction at common law in tort claims, taking into account the constitutionally imposed territorial limitations on judicial jurisdiction. Without excluding the addition of other factors in the future, he arrived at the following list: (1) the domicile or residence of the defendant in the province; (2) the defendant's carrying on business in the province; (3) the commission of a tort in the province; (4) the formation of a contract connected with the tort dispute in the province.⁶³

The presumptive connections developed by Justice LeBel are not directly relevant to Québec. As he expressly cautioned, the formulation and content of the conflicts rules for adjudicatory jurisdiction need not be uniform across Canada.⁶⁴ Provinces may adopt different approaches as long as the resulting framework respects the outer limits on jurisdiction reflected in the constitutional requirement for a real and substantial connection with the litigation forum.

Nonetheless, Justice LeBel's reason for rejecting the fact that the plaintiffs had sustained "damage" in the forum as a sufficient standalone connecting factor at common law for jurisdiction has implications for the interpretation of the "damage was suffered in Québec" criterion in article 3148(3) of the Code. In Justice LeBel's view, the unqualified acceptance of jurisdiction on the basis that damage is sustained in the forum would risk "sweeping into that jurisdiction claims that have only a limited relationship with the forum" as where injury is suffered in one location but the "pain and inconvenience resulting from it" are later felt in another location.⁶⁵ Consequently, common law jurisdiction exists in these types of cases only if one of the standalone presumptive connections to the province is also satisfied. For torts like defamation, sustaining damage in the forum may also serve to localize the commission of the tort there since the damage completes the commission of the tort. In personal injury claims of the type at issue in *Van Breda*, continuing pain and suffering in the forum from an injury suffered elsewhere is insufficient to localize the tort in the forum. Jurisdiction over a foreign defendant domiciled or resident abroad exists only if one of the other presumptive connecting factors to the province – the formation of a related contract or the

63. *Ibid.*, para. 90.

64. *Ibid.*, paras. 23, 34, 71.

65. *Ibid.*, para. 89.

carrying on of related business by the defendant – is satisfied on the facts.

Transposed to a Québec context, Justice LeBel's reasoning implies that continuing bodily injury suffered in Québec from an injury initially suffered abroad may not, standing alone, mean that "damage was suffered in Québec" for the purposes of article 3148(3). To conform to the constitutional limits on jurisdictional authority, some additional relevant connection to Québec might also need to be present such as the formation of a related contract or a related business activity of the defendant. This is supported by the evident parallel between Justice LeBel's reasoning in *Van Breda* and Justice Kasirer's analysis in *Infineon Technologies*⁶⁶ on the need for the existence of a material fact connecting financial loss alleged to have been suffered Québec to the province in extra contractual claims by Québec residents. Justice Kasirer's justification for requiring a material factual connection to Québec – to avoid equating the assumption of jurisdiction with the victim's domicile in Québec – parallels the concern with jurisdictional overreach that would seem to underpin Justice LeBel's reasoning in *Van Breda*.

This analysis assumes that the Québec jurisprudence cannot continue to rely on the theory in *Spar* that the availability of discretion to decline jurisdiction under article 3135 may be sufficient in itself to satisfy the constitutional requirement for a real and substantial connection to the province. Justice LeBel's reasoning in *Van Breda* implicitly rejects the continuing relevance of this aspect of his analysis in *Spar*. In *Van Breda*, he emphasized the need to preserve a clear distinction between the existence and the exercise of jurisdiction and explicitly stated that the doctrine of *forum non conveniens* "has no relevance to the jurisdictional analysis itself."⁶⁷ Indeed, the theoretical availability of *forum non conveniens* to counterbalance any concerns with exorbitant jurisdiction would seem to be precisely the type of "hypothetical" connection to a province that he thought the constitutionally imposed territorial limits on jurisdiction was meant to disqualify.

66. Above, note 56.

67. *Van Breda*, above, note 42, para. 101.

III. CONSENT-BASED JURISDICTION: ARTICLES 3148(4)-(5)

A. Agreements giving jurisdiction to a Québec authority

Parties are free to grant jurisdiction to a Québec authority even when neither they nor the subject matter of their dispute have any connection to Québec. Under article 3148(4), a Québec authority has jurisdiction on the sole basis that “the parties have by agreement submitted to it all existing or future disputes between themselves arising out of a specified legal relationship.” Consent as the sole basis for jurisdiction is not in conflict with the requirement for a real and substantial connection to the forum in order for the exercise of jurisdiction to be constitutionally legitimate. As Justice La Forest remarked in *Morguard*, although fairness to the defendant ordinarily requires that there be some connection between the court and the defendant or the subject matter of the claim, by definition, “[n]o injustice results” to a defendant who voluntarily consents to the exercise of jurisdiction over him.⁶⁸ The constitutional legitimacy of jurisdiction rules predicated on consent was expressly reiterated by Justice LeBel in *Van Breda*.⁶⁹

B. Agreements vesting jurisdiction in a foreign authority

1. General

The Code’s deference to party autonomy is not limited to agreements in favour of a Québec authority. Article 3148 provides that a Québec authority has no jurisdiction “where the parties, by agreement, have chosen to submit all existing or future disputes between themselves relating to a specified legal relationship to a foreign authority or to an arbitrator.” In other words, just as a choice of forum agreement in favour of a Québec authority is sufficient to grant jurisdiction, so is a choice of forum agreement in

68. Above, note 32, at p. 29.

69. *Van Breda*, above, note 42, para. 79: “... jurisdiction may also be based on traditional grounds, like the defendant’s presence in the jurisdiction or consent to submit to the court’s jurisdiction, if they are established. The real and substantial connection test does not oust the traditional private international law bases for court jurisdiction.”

favour of a foreign authority sufficient to oust jurisdiction. This is a *volte-face* from the pre-Code view that it would be against public order to permit private parties to contract out of the jurisdiction of the Québec courts.⁷⁰

The primacy of party autonomy with respect to agreements to submit to a foreign authority was confirmed and reinforced by the Supreme Court of Canada in *GreCon Dimter inc. v. J.R. Normand inc.*⁷¹ *GreCon* involved a claim by a Québec buyer against a Québec supplier for non-performance of the latter's obligations to deliver and install certain equipment in Québec. The Québec defendant attempted to implead its own supplier, a German company, seeking indemnity for any award that might be made against it in the principal action. Although the German company had no business presence in Québec, article 3139 provides that a Québec authority has jurisdiction to rule on an incidental demand or a cross demand where it has jurisdiction on the principal action. The German company challenged the jurisdiction of the Québec court on the basis that its separate contract with the Québec seller provided for the exclusive jurisdiction of a court located in Germany.

At the Superior Court level, Justice Corriveau concluded that a choice of forum clause cannot deprive a Québec authority that has jurisdiction to hear a principal action of its power under article 3139 to hear any incidental action. The Court of Appeal affirmed but attempted to reconcile the co-existence of articles 3148 and 3139 through the application of the doctrine of *forum non conveniens* in article 3135. Applying that doctrine, the Court concluded that the defendant had failed to meet the burden of showing that a court in Germany was plainly better placed to adjudicate the dispute.

70. As noted earlier, prior to 1994, article 68 of the Code of Civil Procedure was applied by analogy to determine international jurisdiction in the absence of more specific rules. Article 68 provided that it applied notwithstanding an agreement to the contrary. The courts held that this was a public order provision with the result that a choice of forum agreement in favour of a foreign court could not oust the jurisdiction of the Québec courts: *Importations Cimel Ltée v. Pier Augé Produits de beauté*, [1987] R.J.Q. 2345, at 2349-2350 (C.A.); S. THUILLEAUX and D. M. PROCTOR, "L'application des conventions d'arbitrage au Canada: une difficile coexistence entre les compétences judiciaire et arbitrale", (1992) 37 *McGill L.J.* 470, at pp. 477-78. A different approach was taken to arbitration clauses which were held binding on the parties notwithstanding article 68: *Zodiak International Productions Inc. v. Polish People's Republic*, 1983 CanLII 24 (SCC), [1983] 1 S.C.R. 529 at 539.

71. 2005 SCC 46.

The Supreme Court reversed. In the hierarchy of Code norms, the policy favouring party autonomy in article 3148 took precedence over the policy of avoiding a multiplicity of proceedings in article 3139.⁷² Under this theory article 3148 ousted the jurisdiction of the Québec courts. It followed that the doctrine of *forum non conveniens* in article 3135 was inapplicable. That doctrine comes into play only if jurisdiction is first established. It is not itself a source of jurisdiction.⁷³

In concluding that party autonomy in article 3148 trumped incidental jurisdiction in article 3139, the Court emphasized three considerations. First, giving effect to a choice of court clause contributes to stability and foreseeability in international commercial relations consistent with the principles of order and fairness that underpin private international law.⁷⁴ Second, deference to party autonomy conforms to modern international trends.⁷⁵ Third, this interpretation was consistent with the Court's prior jurisprudence on arbitration clauses and "it would be difficult to justify different interpretations for clauses that have the same function, namely to oust an authority's jurisdiction, and that share the same purpose, namely to ensure that the intention of the parties is respected in order to achieve legal certainty."⁷⁶

2. *Exclusive choice of forum clauses versus simple attornment clauses*

In order to oust the jurisdiction of the Québec authorities, a choice of forum agreement "must be mandatory and must clearly and precisely confer exclusive jurisdiction on the foreign authority."⁷⁷ A "simple attornment or acknowledgment of jurisdiction clause" is insufficient to deprive the Québec courts of jurisdiction.⁷⁸

The jurisdiction of the foreign forum need not be exclusive with respect to both parties. The Court of Appeal has confirmed that an asymmetrical agreement that makes the jurisdiction of the foreign forum exclusive only with respect to proceedings initi-

72. *Ibid.*, para. 37.

73. *Ibid.*, para. 48.

74. *Ibid.*, para. 22.

75. *Ibid.*, para. 23.

76. *Ibid.*, para. 45.

77. *Ibid.*, para. 27.

78. *STMicroelectronics Inc. v. Matrox Graphics Inc.*, 2007 QCCA 1784, para. 77.

ated by the claimant in Québec and not with respect to the other party is nonetheless sufficient to exclude the jurisdiction of the Québec courts.⁷⁹

In *STMicroelectronics Inc. v. Matrox Graphics Inc.*,⁸⁰ the Court of Appeal undertook a comprehensive analysis of the approach to be undertaken in distinguishing between a simple clause of submission and an exclusive choice of forum clause.⁸¹ While a true choice of forum clause must clearly and mandatorily compel the parties to institute proceedings exclusively in a specifically designated forum,⁸² the parties are not required to use any particular formulation to express this intent.⁸³ The clause is to be interpreted in accordance with the general principles of interpretation in articles 1425 to 1431 of the Code. While the wording of the clause is important, the overall goal is to ascertain the common intention of the parties in accordance with article 1425. To that end, the court should take into account, as contemplated by article 1426, the nature of the contract, the circumstances in which it was formed, the interpretation which has already been given to it by the parties or which it may have received, and usage.⁸⁴ The process of interpretation should be neutral with the court neither looking for reasons to retain jurisdiction in Québec, nor presuming exclusivity simply because the clause vests a foreign authority with a degree of jurisdiction.⁸⁵ If a contextual analysis does not yield a clear answer, it is then necessary to fall back on the

79. *United European Bank and Trust Nassau Ltd. v. Duchesneau*, 2006 QCCA 652. In contrast, in a September 2012 judgment, the French Cour de cassation struck down a one way choice of court agreement governed by Article 23 of the Brussels I Regulation: for references and a summary, see Gilles CUNIBERTI, "French Supreme Court Strikes Down One Way Jurisdiction Clause" available at <<http://conflictoflaws.net>>. A Russian court subsequently took the same view: see Gilles CUNIBERTI, "Russian court strikes down unilateral option jurisdiction clauses" available at <<http://conflictoflaws.net>>.

80. *Ibid.*

81. The Court's analysis of the jurisprudence included a thorough review of the case law in the other Canadian provinces which likewise demands that an exclusive choice of forum clause be expressed in clear and explicit terms. The Court concluded that while some courts used a more restrictive approach than others, the overall interpretative approach was similar to the principles of interpretation in the Code, particularly articles 1425 and 1426: see *ibid.*, paras. 102, 103.

82. *Ibid.*, para. 84.

83. *Ibid.*, para. 85. The Court's review of the jurisprudence nonetheless offers examples of wording found to express the necessary intent. See also *Mfi Export Finance Inc. v. Rother International S.A. de C.V. Inc.*, 2004 CanLII 16200 (QCCS).

84. *Ibid.*, para. 104, referencing *Sobeys Québec inc. c. Coopérative des consommateurs de Ste-Foy*, 2005 QCCA 1172 (para. 52).

85. *Ibid.*, para. 105.

wording of the clause.⁸⁶ If the wording is ambiguous, then the court should construe the clause, in accordance with the *contra proferentem* rule in article 1432, against the interests of the party who imposed its inclusion in the contract.⁸⁷

If an agreement providing for the jurisdiction of a foreign court is found to be nonexclusive and the Québec court otherwise has jurisdiction, the defendant may still request the Québec court to decline jurisdiction in favour of the foreign forum pursuant to article 3135. However, the presence of the clause does not seem to add any extra weight in favour of the foreign forum for the purposes of deciding whether it is better positioned to decide the case.⁸⁸ Otherwise the purpose of making the clause non-exclusive would be defeated.

3. Necessity for mutual consent and issues of contractual validity

Obviously, if there is no mutual consent to a choice of forum or arbitration agreement, it cannot be effective to oust the jurisdiction of the Québec courts. The necessity for “a meeting of minds between the parties” was expressly recognized by the Supreme Court in *GreCon*,⁸⁹ citing *Dobexco Foods International inc. v. Van Barneveld Gouda Bv.*⁹⁰ *Doxboro* was a clear case where the basic factual requirements of consent had not been satisfied. The choice of forum clause sought to be imposed by the *Doxboro* on its Netherlands counterparty was contained in draft sales contracts. There was no evidence that the other party had ever received the drafts let alone that it was aware of the clauses. Moreover, there was positive evidence that it had expressly refused to be bound by any conditions sought to be imposed by *Doxboro*.

The issue of initial mutual consent can raise mixed questions of law and fact. Since mutual consent is the basis for the ouster of their jurisdiction, the initial question is whether the issue should be determined by Québec courts according to Québec law including Québec choice of law rules.

86. *Ibid.*, para. 123.

87. *Ibid.*, paras. 105, 126.

88. *Bedford Resource Partners Inc. c. Adriana Resources Inc.*, 2010 QCCA 2030.

89. Above, note 71, para. 27.

90. [1997] Q.J. No. 1100.

That was the approach taken in *Achilles (USA) c. Plastics Dura Plastics (1977) ltée/Ltd.*⁹¹ At issue was whether tacit consent to a contract that included an arbitration agreement could be established by conduct based on the exchange of standard conditions over a course of dealing spanning some ten years. The contract contained a choice of law clause in favour of the law of the state of Washington. No evidence having been adduced as to the content of Washington law, the Court assumed Québec law to be similar.⁹² Applying Québec law, the Court concluded that tacit consent by conduct was sufficient. There was no special rule, contrary to a Québec Superior Court decision that had suggested otherwise, requiring separate and explicit assent to an arbitration clause.⁹³ In a subsequent decision, the Court of Appeal applied the same approach to the same issue in the context of a contract containing a choice of forum clause.⁹⁴ There was no reason to treat a choice of forum clause differently from an arbitration clause since article 3148 contemplates that both function to oust the jurisdiction of the Québec authorities.⁹⁵

Assuming mutual consent is established, can an arbitration or choice of forum clause still be challenged on the basis that the clause – or the contract in which it is contained – is invalid because of a violation of some exception to party autonomy in the law of contractual obligations? Where a dispute is governed by an arbitration agreement, article 940.1 of the Code of Civil Procedure provides that a court must refer the matter to arbitration unless “it finds the agreement null.” In *Dell Computer Corp. v. Union des consommateurs*,⁹⁶ the Court gave a narrow reading to the jurisdiction of the courts to rule on the validity of an arbitration agreement. Judicial jurisdiction is limited to challenges based on a question of law.⁹⁷ Challenges that raise questions of fact or of mixed law and fact must be referred to arbitration unless the determination of the factual aspects requires only “superficial consideration of the documentary evidence in the record” by the court.⁹⁸ The Court of Appeal has concluded that the same

91. 2006 QCCA 1523.

92. *Ibid.*, para. 19.

93. *Ibid.*, (para. 20), referencing *Classé Audio inc. v. Linn Products Ltd.*, 2006 QCCS 301, motion for leave to appeal dismissed *Linn Products Ltd. c. Classé Audio inc.*, 2006 QCCA 426.

94. *STMicroelectronics*, above, note 78, paras. 63-68.

95. *Ibid.*, para. 67.

96. Above, note 7.

97. *Ibid.*, paras. 79 to 89.

98. *Ibid.*, para. 85.

approach applies by analogy to challenges to the validity of choice of foreign court clauses.⁹⁹

To the narrow extent that issues of contractual validity beyond mutual consent may thus be raised before the Québec courts, does the Québec law of contractual obligations govern the determination? Or is the matter to be determined by the applicable foreign law as determined by the choice of law rules in Book Ten of the Code?

Leaving aside the Consumer Protection Act, the internal law of Québec imposes two principal limitations on party autonomy. The first is the general principle of good faith in article 1375.¹⁰⁰ The second is the special rules in articles 1435 to 1437 that empower a court to nullify clauses in contracts of adhesion¹⁰¹ and consumer contracts that are found to be procedurally or substantively abusive.

The Code rules on contracts of adhesion were raised in *United European Bank and Trust Ltd. Nassau. c. Duchesneau*.¹⁰² The Québec plaintiff had signed standard form contracts with a Bahamian financial institution that contained exclusive choice of forum and choice of law clauses in favour of the Bahamian courts and Bahamian law. At the Superior Court level, the defendants successfully challenged the validity of the clauses on the basis of the Code protections against abusive clauses in contracts of adhesion. In allowing the appeal, the Court of Appeal observed that, unlike the approach taken to consumer contracts, Book Ten of the Code does not restrict the principle of the autonomy of the parties to choose foreign courts and foreign laws where their contract is a contract of adhesion. Having elected Bahamian courts and Bahamian law, the plaintiff therefore could not rely on the protection of the internal law of Québec. The Code rules on contracts of adhesion apply only if Québec law is the substantive law applicable to the contract.

99. *General Motors du Canada ltée c. 178018 Canada inc. (Laurier Pontiac Buick GMC Cadillac Hummer ltée)*, 2011 QCCA 1461, paras. 45-49.

100. Article 1375 provides that the “parties shall conduct themselves in good faith both at the time the obligation is created and at the time it is performed or extinguished.”

101. Art. 1379 defines a contract of adhesion as “a contract in which the essential stipulations were imposed or drawn up by one of the parties, on his behalf or upon his instructions, and were not negotiable.”

102. 2006 QCCA 653.

Article 3076 of the Code provides that the rules in Book Ten are subject to the laws of Québec that are applicable by reason of their object. This article is intended to permit the application of the domestic rules of Québec law even in matters that under Book Ten are governed by a foreign law if the relevant rules are mandatory, of a public order nature, and engage a sufficiently vital interest of Québec. *Duchesneau* supports the view that the Code provisions on contracts of adhesion are not rules of public order so as to potentially override party autonomy to choose foreign courts and foreign laws pursuant to article 3076. But the issue remains somewhat open. As noted earlier, in addition to providing general protection against abusive clauses, articles 1435 to 1437 of the Code empower a court to nullify clauses in a contract of adhesion that are illegible, incomprehensible, or that are contained in an external source that was not known by the adhering party. These latter protections are aimed at ensuring that a party to a contract of adhesion has truly given consent and there is some limited authority for their application even where the contract includes a choice of law clause in favour of foreign law.¹⁰³

The potential applicability of the Code principle of good faith was raised in *General Motors du Canada ltée c. 178018 Canada inc. (Laurier Pontiac Buick GMC Cadillac Hummer ltée)*.¹⁰⁴ The Québec plaintiff argued that a choice of court clause in favour of the Ontario courts was not binding because the contract in which it was contained had been induced by fraud contrary to the principle of good faith. The contract also contained a choice of law clause in favour of Ontario law and the Court of Appeal emphasized the relevance of the *Duschenau* decision.¹⁰⁵ The Court ultimately deferred to the Ontario courts pursuant to the choice of forum clause. But this was based on its conclusion that the issue of fraud and good faith raised mixed questions of law and fact that could not be determined by a superficial reading of the documentary evidence in the record. Thus the decision leaves open the question of whether the good faith principle, assuming there is sufficient documentary evidence to support a determination, may be applied as

103. In *4011112 Canada inc. v. Société de prêt First Data*, 2007 QCCQ 3341, the arbitration agreement specified that Ontario law applied. The Superior Court nonetheless applied the Code rules on contracts of adhesion in ruling that the Québec claimant had not consented to arbitration because the arbitration agreement was contained in an external clause not drafted in French.

104. Above, note 99.

105. *Ibid.*, paras. 35-38.

an overriding mandatory principle under article 3076 even where the dispute is governed by a foreign law.

4. *Purely domestic disputes*

As noted earlier, in *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*,¹⁰⁶ the majority in the Supreme Court concluded that a legally relevant foreign element is necessary to trigger the application of article 3148 so as to oust the jurisdiction of the Québec courts and that an arbitration agreement that does not require arbitration to take place outside Québec is not sufficient for this purpose. Assuming all the other elements are exclusively connected to Québec, can the parties' choice of a foreign court by itself be the source of the requisite foreign element? There is doctrinal support for that proposition.¹⁰⁷ Writers acknowledge that article 3148 does not say specifically that the designation of a foreign authority can constitute the requisite foreign element. This is in contrast to article 3111¹⁰⁸ which specifically provides that the parties are free to choose a foreign law even in the context of an entirely domestic dispute. On the other hand, it would be inconsistent with the primacy of party autonomy, and the theory of consent-based jurisdiction, to refuse to recognize the parties' subjective designation of a foreign authority as sufficient to constitute the requisite foreign element.

Assuming this is correct, are there any additional limits on party autonomy where the parties to a purely Québec dispute agree to vest jurisdiction in a foreign court to decide in accordance with foreign law? Article 3111 provides that where a contractual relationship is entirely domestic, the mandatory provisions of domestic law remain applicable notwithstanding the choice of a

106. Above, note 7.

107. See the following sources cited by the dissenting opinion in *Dell*, above note 7, paras. 196, 199: J.A. TALPIS, "Choice of Law and Court Selection Clauses under the New *Civil Code of Québec*" (1994), 96 *R. du N.* 183, at 218; S. GUILLEMARD, "Liberté contractuelle et rattachement juridictionnel: le droit québécois face aux droits français et européen", *E.J.C.L.*, Vol. 8, June 2, 2004, at 25, 26, 28.

108. Article 3111 reads as follows: "A juridical act, whether or not it contains any foreign element, is governed by the law expressly designated in the act or the designation of which may be inferred with certainty from the terms of the act. A juridical act containing no foreign element remains, nevertheless, subject to the mandatory provisions of the law of the country that would apply if none were designated.

The law of a country may be expressly designated as applicable to the whole or a part only of a juridical act."

foreign law. A foreign court would not be bound by this constraint and the chosen foreign law might not provide the same level of protection as Québec law. Accordingly, if enforcing the choice of forum clause in a purely domestic case would indirectly deprive the defendant of the protection of the mandatory aspects of Québec contract law, article 3148 should not be allowed to oust the jurisdiction of the Québec courts. In other words, the scope of party autonomy at the jurisdictional level in article 3148 should be seen as implicitly constrained by the limitations on party autonomy at the choice of law level in article 3111.

5. Other limitations on party autonomy

As noted earlier, article 3151 confers exclusive jurisdiction on a Québec authority in proceedings founded on civil liability for damage suffered anywhere as a result of exposure to or the use of raw materials originating in Québec. Since Québec jurisdiction is mandatory, a choice of forum clause in favour of a foreign forum is ineffective to deprive the Québec courts of competence.¹⁰⁹

The most categorical limitation on party autonomy to choose a foreign forum arises in disputes involving a consumer or employment contract initiated by Québec consumers or workers. Article 3149 provides that a waiver of jurisdiction by the Québec consumer or worker may not be set up against her. Article 3149 is the subject of Part IV of the paper.

C. Submission

The defendant's submission to the jurisdiction of a Québec authority is a separate basis of jurisdiction under article 3148(5) even when none of the other connections in article 3148 are present. The issue of whether submission has occurred is usually litigated where the defendant does not challenge the jurisdiction of the Québec courts until after it has engaged in preliminary procedural steps without expressly reserving the right to challenge jurisdiction. The basic question is whether the defendant's participation implies consent to the jurisdiction of the Québec authority making it too late to raise a jurisdictional challenge. In deciding that question the courts look at the nature of the procedural steps initiated by the defendant and the amount of time that has

109. *GreCon*, above, note 71, para. 25.

elapsed.¹¹⁰ A motion by a defendant to quash a pre-judgment seizure or an order for security for costs ordinarily does not imply submission.¹¹¹ On the other hand, submission may be implied from a motion asking that the proceeding be transferred to a different judicial district within Québec, or a request for particulars or an application to extend the time allowed for filing something or to have a matter allocated to or excluded from Québec's "fast track" procedure.¹¹² To avoid a finding of implicit consent in relation to these types of steps, the defendant must ordinarily reserve explicitly the right to challenge jurisdiction.¹¹³

The issue of submission is also relevant in the context of choice of forum and arbitration agreements. The closing words of article 3148 provide that an agreement to submit disputes to a foreign forum or arbitrator does not oust the jurisdiction of a Québec authority if the defendant submits to its jurisdiction. This is consistent with the fact that a Québec court cannot raise the absence of jurisdiction by its own motion.¹¹⁴ Consequently, its jurisdiction is not ousted by a choice of forum or arbitration clause unless the defendant of its own motion expressly raises that clause. If the defendant voluntarily submits to the jurisdiction of the Québec court, it can be taken to have waived its right to rely on the clause.

At what point after the initiation of the Québec proceedings must the clause be raised by the defendant in order to avoid a finding of implicit submission? In the case of an arbitration agreement, article 940.1 of the Code of Civil Procedure provides that the court on the application of the defendant is required to refer the case to arbitration as long as the application is made before the

110. In *Ellipse Fiction c. International Image Services*, J.E. 98-210, the Court of Appeal concluded that the defendant had submitted implicitly to the jurisdiction of the Superior Court in that it had made four motions, had examined one of the plaintiff's representatives out of Court, and had allowed five months to pass before making its declinatory motion challenging jurisdiction under article 3148 of the Code.

111. *Mfi Export Finance Inc. v. Rother International S.A. de C.V. Inc.*, above, note 83, para. 74 referencing *G. Van Den Brink B.V. v. Heringer*, J.E. 94-413.

112. See the rulings and the jurisprudence cited in: *Mfi Export*, above, note 83, paras. 66-82. See also *Education Resources Institute Inc. c. Chitaroni*, 2003 CanLII 21712 (QC C.Q.), paras. 7-20.

113. In *Conserviera S.P.A. c. Paesana Import-Export Inc.*, 2001 CanLII 19205 (QC C.A.) para. 11, the Court of Appeal observed that while an application to have a matter excluded from Québec's "fast track" procedure in principle constitutes an implicit recognition of jurisdiction, this is not the case where the defendant explicitly reserves the right to contest jurisdiction.

114. *STMicronics*, above, note 78, para. 81.

case is inscribed for hearing. This allows a strategic defendant to engage in a significant degree of preliminary procedural participation without losing its right to fall back on the arbitration agreement. There is little direct authority on what approach applies to choice of foreign court clauses but it is by no means evident that article 940.1 reflects the optimal policy. In principle, there is no reason why a defendant who participates in a court proceeding in a manner that would ordinarily be taken to imply submission should be given any additional latitude simply because an exclusive choice of forum clause is present. The existence of the clause is a fact that is known – or that should be known – from the outset. Considerations relating to the efficient allocation of judicial resources, and fairness to the other party, should require the defendant to give reasonably early notice of its intention to rely on the clause.

IV. CLAIMS BY QUÉBEC CONSUMERS AND EMPLOYEES: ARTICLE 3149

A claimant's domicile or residence in Québec is not a sufficient connecting factor to support the application of Québec law to a consumer or employment contract. In consumer contracts, Québec law applies only if the counterparty solicited the consumer's business in Québec and the consumer took the steps necessary for the formation of the contract in Québec (or the consumer was induced by the other party to travel to a foreign country for the purpose of forming the contract).¹¹⁵ In employment contracts, the relevant connecting factor for choice of law is likewise not residence or domicile but the place where the employee habitually carries out his work.¹¹⁶ Party autonomy to select a different applicable law is constrained only if these connections to Québec are present and then only to the extent that it would deprive the consumer or worker of the protection of the mandatory provisions of Québec law.¹¹⁷ Otherwise, the general rules for choice of law

115. Article 3117, para. 3. In *Bousquet c. Acer America Corporation (Canada)*, 2012 QCCQ 1261, paras. 89-123, the Court concluded – correctly in the view of the author – that the mandatory provisions of the *Québec Consumer Protection Act* do not constitute rules of necessary or immediate application under art. 3076 so as to override the operation of the choice of law rule in art. 3117. It follows that the connecting factors for choice of law in article 3117 determine the territorial scope of application of the *Québec Consumer Protection Act* despite s. 19 of that Act.

116. Art. 3118, para. 2.

117. Art. 3117, para. 1, art. 3118, para. 2.

apply. Absent a choice of law agreement,¹¹⁸ the law of the jurisdiction having the closest proximity to the contract applies.¹¹⁹

At the jurisdictional level, the Code adopts a very different approach. Article 3149 empowers a Québec authority to exercise jurisdiction over actions involving a consumer contract or a contract of employment¹²⁰ on the sole basis that the consumer or worker is domiciled or resident in Québec. No defendant or subject matter connection to Québec is required.

Article 3149 seeks to ensure that Québec consumers and employees are not required to go outside Québec to pursue their rights against their presumptively stronger counterparty.¹²¹ In light of its protective function, and the clear wording of the text, article 3149 has received a broad interpretation. Thus an employee's domicile in Québec is sufficient for jurisdiction even where her work duties are performed entirely in Ontario for an Ontario employer.¹²² More dramatically, a Québec worker who moved to Australia to carry out work for his Australian employer was held to be entitled to invoke jurisdiction under article 3149 following his return to Québec.¹²³ By implication, a consumer contract concluded by a Québec domiciliary while living or travelling outside the province entitles her to invoke the jurisdiction of a Québec authority against her foreign counterparty.¹²⁴

The foreign employer or supplier cannot protect itself from being haled before the Québec courts through a choice of forum or arbitration clause in favour of a foreign authority. Article 3149

118. Art. 3111.

119. Art. 3112.

120. In accordance with the general principle in article 3078 that characterization is normally determined by the law of the forum, the internal law of Québec would determine whether a contract qualified as a contract of employment or a consumer contract for the purposes of triggering the application of article 3149.

121. *Dell*, above, note 7, para. 64, citing *Dominion Bridge Corporation c. Knai*, [1997 CanLII 10221 (QC C.A.).

122. *Lebeau c. American Federation of Labor and Congress of Industrial Organizations, AFLCIO*, 2007 QCCQ 5562.

123. *Takvorian c. Bae Systems Australia*, 2005 CanLII 7606 (QC C.S.).

124. In *Bousquet c. Acer America Corporation (Canada)*, above, note 115, para. 60, the Court ruled that jurisdiction existed under article 3149 even though the consumer contract in question had been formed while the consumer was living in Ontario. However, it was emphasized that part of the damage was suffered in Québec after the claimant had moved back to Québec.

provides that a waiver of jurisdiction by a Québec consumer or worker may not be set up against her.¹²⁵

It is difficult to reconcile article 3149 with the constitutional requirement for a real and substantial connection between the forum and the dispute.

The real and substantial connection requirement in relation to article 3149 was canvassed by the Court of Appeal in *Rees v. Convergia*.¹²⁶ That was an unusual case because the facts bore a strong connection to Québec. The claimant was a U.S. worker who had moved to Québec to carry out work for the Québec defendant but had moved back to the U.S. before initiating the proceeding in Québec. Jurisdiction would have existed on these facts under articles 3148(2) and (3) but for the fact that the contract of employment included an exclusive choice of forum clause in favour of a foreign authority. It was to negate the effect of that clause that the worker instead wished to invoke jurisdiction under article 3149.

The defendant argued that article 3149 vests jurisdiction only if the consumer or worker is domiciled or resident in Québec at the time the proceeding is initiated since the purpose of the provision is to ensure that a Québec worker or consumer is not required to litigate its rights abroad. The Court of Appeal concluded that where the dispute involves an employment contract performed in Québec for a Québec employer, residence in Québec at the time of dismissal from employment also suffices for jurisdiction under article 3149.

In deciding that the real and substantial connection requirement was satisfied, the Court reasoned that the main link in article 3149 connecting the matter to the Québec authorities is the

125. Article 3149 applies only if there is a legally relevant foreign element. In *Dell*, above, note 7, Justice Deschamps for the majority concluded that an arbitration agreement that does not require a consumer or worker to travel outside the province is not within the scope of article 3149. Section 11.1 of the *Consumer Protection Act* R.S.Q., c. P-40.1 (in force since December 2006) now provides: "Any stipulation that obliges the consumer to refer a dispute to arbitration, that restricts the consumer's right to go before a court, in particular by prohibiting the consumer from bringing a class action, or that deprives the consumer of the right to be a member of a group bringing a class action is prohibited." The second sentence of article 11.1 permits a consumer to agree to arbitration (but not to a choice of court clause) after the contract has been concluded and the dispute has arisen.

126. Above, note 15.

relationship of economic vulnerability that forms the basis of the proceeding and the desire to protect the weaker party's right of access to the Québec authorities.¹²⁷ Where the contract is performed in Québec for a Québec employer, the real and substantial connection requirement is satisfied by the existence of factual links similar to those in article 3148 disregarding the choice of forum clause aspect of that article. Where the work is performed outside Québec for a foreign employer, it is the worker's residence or domicile in Québec that provides the factual connection.

The Court did not elaborate on why residence or domicile suffices in the latter set of cases but emphasized, citing *Spar*, that in cases of excessive jurisdiction, the courts may exceptionally decline jurisdiction under article 3135. In *Spar*, Justice LeBel also pointed to the principle of proximity in the choice of law regime of the Code as a further example of how the drafters accommodated the real and substantial connection requirement in Book Ten of the Code.¹²⁸ The implication seemed to be that it is not necessarily excessive to assume jurisdiction over a foreign defendant on a matter that does not otherwise bear much connection to Québec as long as the most closely connected law is applied to the substantive merits. As noted above, unlike the connecting factors for jurisdiction, the choice of law regime in the Code for consumer and employment contracts requires a substantial connection to Québec for Québec law to apply.

On the other hand, it was argued earlier that the *Spar* analysis of how the real and substantial connection test for constitutionally permissible jurisdiction is already incorporated into the Code has been implicitly eclipsed by *Van Breda*.¹²⁹ In *Van Breda*, in the course of formulating the "presumptive connections" that should be considered sufficient for jurisdiction at common law, Justice LeBel rejected the presence of the plaintiff in the jurisdiction as a sufficient connecting factor in itself: "*Absent other considerations*, the presence of the plaintiff in the jurisdiction will not create a presumptive relationship between the forum and either the subject matter of the litigation or the defendant"¹³⁰ (emphasis supplied).

127. *Ibid.*, para. 40.

128. *Ibid.*, para. 62.

129. Above, Part II. C, pp. 263-64.

130. *Van Breda*, above, note 42, para. 86.

The future elaboration of the constitutional limits on jurisdiction under article 3149 may depend on what Justice LeBel meant by “other considerations” in this statement. Must there be additional material facts connecting the defendant or the dispute to Québec for a court to exercise jurisdiction under article 3149? Or do “other considerations” mean that it is constitutionally permissible for a province to exercise judicial authority based solely on the victim’s presence in the province in economic relationships where systemic inequality is presumed? A similar issue arises with respect to the exercise of jurisdiction pursuant to article 3139. That article purports to give a Québec authority jurisdiction to rule on an incidental demand or a cross demand where it has jurisdiction on the principal action even if there are no factual connections between the cross demand or the incidental demand and the province. Are the policy objectives of avoiding a multiplicity of proceedings in competing fora that underpin article 3139 sufficient to satisfy the constitutional limitations imposed by the real and substantial connection requirement?

V. DISCRETION TO DECLINE JURISDICTION

A. *Forum non conveniens*

1. *General*

Prior to the enactment of the Code in 1994, Québec courts generally refused to apply the doctrine of *forum non conveniens* – familiar to common law jurisdictions – on the theory that they lacked the power to arbitrarily decline to exercise a jurisdiction granted to them by statute.¹³¹ In view of the limited jurisdictional powers accorded to the Québec courts prior to the Code, the necessity for a discretionary safety valve was limited. The liberalization in the court’s jurisdictional powers under the Code was ultimately thought to require a complementary flexibility though not until after extensive debate. Article 3135 incorporates the doctrine of *forum non conveniens*, making Québec the first civil law jurisdiction to do so.¹³²

131. *Aberman v. Solomon*, [1986] R.D.J. 385 (C.A.).

132. Generally on article 3135, see: Geneviève SAUMIER, “*Forum non conveniens* au Québec: bilan d’une transplantation” (June 24, 2011). *Mélanges en l’honneur du professeur, Alain Prujiner*, pp. 345-370, S. Guillemard, Québec: Éditions Yvon Blais, 2011; S. GUILLEMARD, A. PRUJINER et F. SABOURIN, “Les difficultés de l’introduction du *forum non conveniens* en droit québécois”, (1995)

3135. “Even though a Québec authority has jurisdiction to hear a dispute, it may exceptionally and on an application by a party, decline jurisdiction if it considers that the authorities of another country are in a better position to decide.”

The leading authority on the application of the doctrine is *Oppenheim Forfait GmbH c. Lexus Maritime Inc.*¹³³ The Court of Appeal in that case set out a list of ten relevant factors to be taken into account in deciding whether or not the authorities of another country are in a better position to adjudicate a matter:

- 1) the parties’ residence, that of witnesses and experts;
- 2) the location of the material evidence;
- 3) the place where the contract was negotiated and executed;
- 4) the existence of proceedings pending between the parties in another jurisdiction;
- 5) the location of Defendant’s assets;
- 6) the applicable law;
- 7) the advantages conferred upon Plaintiff by its choice of forum, if any;
- 8) the interest of justice;
- 9) the interest of the parties;
- 10) the need to have the judgment recognized in another jurisdiction.

The *Oppenheim* list was cited with approval by Justice LeBel in the Supreme Court in *Spar*. In *Spar*, Justice LeBel also emphasized the exceptional nature of the exercise of discretion under article 3135, citing an article which had been sharply critical of the relative alacrity with which the Québec courts had initially

36 *Les Cahiers de Droit* 913; G. GOLDSTEIN, “*Forum non conveniens*, *Lis pendens* and Other Rules for Declining to Exercise Jurisdiction in Civil and Commercial Matters in Québec Private International Law”, in *Contemporary Law: Canadian Reports to the 1990 International Congress of Comparative Law, Athens, 1994*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1995.

133. 1998 CanLII 13001 (QC C.A.).

embraced the *forum non conveniens* doctrine.¹³⁴ The plaintiff's choice of forum should only be denied exceptionally, he emphasized, and only when the defendant would be exposed to "great injustice" as a result. Otherwise, certainty and judicial efficiency would be compromised.¹³⁵

In the wake of *Spar*, the Québec courts have repeatedly emphasized that to decline jurisdiction under article 3135 the situation must be exceptional.¹³⁶ It is insufficient to show that the case has little connection with Québec or that proceeding in Québec would be inconvenient or would cause prejudice to the defendant. The defendant has the burden of establishing positively that the authorities of another state are better positioned to decide *and* that they are competent under their own rules of jurisdiction.¹³⁷

The exceptionality of applying *forum non conveniens* under article 3135 is a feature which has been thought to distinguish the Québec version of the doctrine from its counterparts in the other provinces. In *Van Breda*, Justice LeBel rejected that proposition. The common law test for declining jurisdiction requires the court to conclude that the foreign forum is "clearly more appropriate." In Justice LeBel's view, the use of the words "clearly" in the common law test and "exceptionally" in article 3135 should both be interpreted "as an acknowledgment that the normal state of affairs is that jurisdiction should be exercised once it is properly assumed."¹³⁸

2. *Forum non conveniens* and choice of forum clauses

In the wake of *GreCon*,¹³⁹ there is no doubt that the Québec courts cannot invoke a residual discretion to not give effect to a forum selection clause designating a foreign court. The hierarchical superiority of the clause is reinforced by article 3165(3) which precludes recognition of a decision rendered by a foreign authority that assumed jurisdiction contrary to a clause vesting exclusive jurisdiction in a different authority.

134. *Spar* above, note 26, paras. 77 and 81, citing J. A. TALPIS and S. L. KATH, "The Exceptional as Commonplace in Québec Forum non conveniens Law: Cambior, a Case in Point" (2000), 34 R.J.T. 761. See also *GreCon*, above, note 71, para. 33.

135. *Ibid.*, *Spar*, above, note 26, paras. 77-81.

136. See recently *Bennaouar c. Machhour*, 2012 QCCA 469.

137. *Ibid.*, paras. 21-25.

138. *Van Breda*, above, note 42, par. 109.

139. Above, note 71.

In *GreCon*, the Supreme Court did not address the converse scenario where a Québec court has jurisdiction under article 3148 by virtue of a choice of forum agreement in its favour and the defendant requests the court to decline to exercise its jurisdiction under article 3135. Article 3135 does not expressly exclude the potential applicability of the doctrine of *forum non conveniens* where the jurisdiction of a Québec authority is based on an exclusive choice of forum clause. On the other hand, article 3165(3) provides that the jurisdiction of a foreign authority for the purposes of enforcing its decisions is not recognized “where, by reason of ... an agreement between the parties, Québec law grants *exclusive jurisdiction* to its authorities to hear the action which gave rise to the foreign decision” (emphasis supplied). If the jurisdiction of a Québec authority based on an appropriately worded choice of forum clause is indeed meant to be exclusive, as this wording implies, then the applicability of article 3135 is implicitly excluded.

The jurisprudence is underdeveloped on this issue. In *Sony Music Canada Inc. c. Kardiak Productions Inc.*,¹⁴⁰ the Court of Appeal exercised its discretion under article 3135 to defer to the jurisdiction of the Ontario courts notwithstanding the presence of a contractual clause that “assigned jurisdiction to the courts of the district of Montreal.” However, the wording of the clause in that case did not purport to vest exclusive jurisdiction in the Québec court and there is no reason in principle why the Québec courts should not be able to exercise their discretion under article 3135 where their jurisdiction is based on a simple non-exclusive submission clause. Otherwise the purpose of making the clause non-exclusive would be defeated.

B. *Lis pendens*

Article 3135 is not the only source of judicial discretion to decline jurisdiction. Article 3137 of the Code incorporates a separate rule for situations where an action is already pending before a foreign authority between the same parties, based on the same facts and having the same object. If this trinity of identities¹⁴¹ is satisfied, the Québec authority may stay its ruling if it is satisfied

140. 1997 CanLII 10719 (QC C.A.).

141. Where *lis pendens* arises in the context of class actions proceedings, the legal rather than factual identity of the representative plaintiff suffices for obvious reasons: *Canada Post Corp. v. Lépine*, 2009 SCC 16, para. 55.

that the foreign proceeding can result in a decision that will be recognized in Québec.¹⁴²

Article 3137 does not require the Québec authority to issue a stay because the foreign authority was first seized of the case but merely gives it the discretion to do so.¹⁴³ In practice, the same factors that inform the exercise of discretion to decline jurisdiction on a *forum non conveniens* application under article 3135 are also applied in *lis pendens* cases under article 3137.¹⁴⁴

Lis pendens is also addressed in the provisions of Book Ten on the recognition of the decisions of foreign authorities. Unlike article 3137, article 3155(4) is mandatory and precludes a Québec court from recognizing a foreign decision or order where the three identities are present provided the Québec authority was first seized of the case. In class action proceedings, the Supreme Court confirmed in *Canada Post v. Lépine*¹⁴⁵ that the time of seizure for this purpose is when the application for authorization or certification is made, not when it is issued.

In view of the difficulties created by overlapping national class action proceedings in different provinces, it has been argued that the Québec courts should adopt a first to file rule in exercising its discretion under article 3137 at least in the interprovincial context. But this is not supported by the discretionary wording of the provision and the courts have exercised their discretion to retain jurisdiction even when they were seized after a court in another

142. Article 3137 reads as follows: "On the application of a party, a Québec authority may stay its ruling on an action brought before it if another action, between the same parties, based on the same facts and having the same object is pending before a foreign authority, provided that the latter action can result in a decision which may be recognized in Québec, or if such a decision has already been rendered by a foreign authority."

143. *Conserviera S.P.A. c. Paesana import-export inc.*, above, note 113. Article 3137 CCQ does not specifically state that the foreign authority must have been seized of the foreign action before the Québec authority can order a stay but the doctrine supports that position: see the sources referred to by the Court of Appeal in *Fastwing Investment Holdings Ltd. c. Bombardier inc.*, 2011 QCCA 432, paras. 32, 33. The Court appeared sympathetic to that view but declined to express a final opinion in view of its finding that the lower court had properly exercised its discretion in declining to issue a stay of the Québec action: paras. 35-37.

144. For a recent example, see *Lebrasseur c. Hoffmann-La Roche ltée*, 2011 QCCS 5457, paras. 13-15.

145. *Canada Post*, above, note 141.

province where this was in the interests of the Québec members of the class.¹⁴⁶

CONCLUDING OBSERVATIONS

Since the Supreme Court's decision in *Spar*, the real and substantial requirement as a constitutional limit on jurisdiction has not played a significant role in limiting the interpretation to be given to the broadly worded jurisdictional connecting factors in article 3148(3) of the Civil Code. By suggesting that the requirement is arguably already subsumed within these connecting factors, and that the principle of *forum non conveniens* in article 3135 can adequately resolve any cases where jurisdiction may prove excessive, *Spar* left the Québec courts with no tools for incorporating the requirement into the interpretive analysis. Moreover, by expressly endorsing the minority opinion in *Quebecor*, *Spar* put into question the one important limitation already articulated in the Québec jurisprudence – the majority's view in that case that financial loss should not be automatically localized at the victim's patrimony because that would effectively make the claimant's domicile in Québec a sufficient connecting factor in itself.

The Supreme Court's 2012 decision in *Van Breda* has put into question *Spar*'s analysis of the interplay between the jurisdictional rules in article 3148 and the real and substantial connection test. In the wake of *Van Breda*, we may well see a more nuanced reading of the connecting factors in article 3148 to ensure they are interpreted and applied in a manner that is consistent with the constitutionally imposed territorial limits on jurisdiction reflected in the test. The intellectual foundations for such a development have already been established in the material factual connection approach adopted by Justice Kasirer in *Infineon Technologies* for determining whether financial "damage was suffered in Québec" in extra-contractual claims. In the wake of *Van Breda*,

146. *Lebrasseur*, above, note 144. As the Court noted, the proposed new Code of Civil Procedure contains provisions on multijurisdictional class proceedings. Under art. 579. "the court cannot refuse to authorize a class action on the sole ground that the class members are party to a multi-jurisdictional class action already underway outside Québec." On the other hand, "if the court is convinced that another court is in a better position to decide the issues raised and that the rights and interests of the class members resident in Québec are being properly taken into account, it can suspend the examination of the demand for authorization, the time limit for filing the originating demand or the conduct of the class action until a judgment is rendered by that other court or a transaction is made or a settlement is reached."

it would not be surprising to see that same analysis extended to extra contractual claims for continuing bodily injury initially suffered abroad so as to ensure that jurisdiction is not inappropriately assumed over foreign defendants and foreign events having no other factual connection to the province. If this is correct, then it may be that the constitutional dimension of the real and substantial connection test will operate to yield broad similar results in factually similar cases despite differences among the provinces in the formulation and content of their conflicts rules.

Van Breda also provides support for the constitutional legitimacy of assuming jurisdiction under article 3148 on the basis of the defendant's personal connections with Québec or the defendant's consent to the jurisdiction of a Québec authority. On the other hand, it invites a constitutional challenge to the legitimacy of the claimant's domicile or residence in Québec as a sufficient connecting factor by itself in claims by Québec workers and consumers under article 3149. With *Spar* potentially eclipsed by *Van Breda*, the hypothetical availability of discretion under article 3135 to decline jurisdiction may no longer be considered a sufficient answer to the argument that jurisdiction based solely on a claimant's presence in the forum exceeds the constitutionally imposed territorial limits on judicial authority. A more robust theory is needed.

Van Breda also reaffirms the constitutional obligation of Canadian courts to recognize decisions rendered by sister province courts where they have exercised constitutionally appropriate jurisdiction. But it does not clarify whether appropriate jurisdiction in this context is to be tested by reference to the forum's own rules for what is a permissible basis of foreign court jurisdiction or the jurisdictional rules applied by the authority in the province where the judgment was rendered. The issue is important in a Québec context because article 3148 of the Code confers a more generous jurisdiction on Québec authorities in contractual and extra-contractual matters than article 3168 concedes to foreign authorities.¹⁴⁷

147. Although article 3164 provides generally that the "jurisdiction of foreign authorities is established in accordance with the rules on jurisdiction applicable to Québec authorities," article 3168 states that "in personal actions of a patrimonial nature, the jurisdiction of a foreign authority is recognized *only*" in the cases specifically listed in that article (emphasis supplied).

Whereas either the domicile or residence in Québec of a defendant who is natural person vests jurisdiction in a Québec authority under article 3148, only domicile suffices for foreign court jurisdiction under article 3168(1). For legal persons, the connecting factors in articles 3148 and 3168 are the same: either domicile or the location of an establishment combined with a related activity. But when it comes to the fraught area of subject matter connections there are significant differences. Under article 3168(3) damage suffered in the foreign judgment forum suffices for jurisdiction in contractual and extra-contractual matters only if it resulted from a fault or injurious act that also took place there; in contrast, these are independently sufficient connecting factors in article 3148(3). Similarly, in contractual matters, article 3168(4) recognizes foreign court jurisdiction only if the obligations resulting from a contract were to be performed in the foreign forum; in contrast, only one of the obligations needs be performed in Québec for jurisdiction to exist under article 3148(3). Finally, while consent by agreement or submission are parallel bases of jurisdiction in both articles, article 3168(5) provides that for the purposes of recognizing the jurisdiction of a foreign authority, “renunciation by a consumer or a worker of the jurisdiction of the authority of his place of domicile may not be set up against him.”

Article 3168 clearly sets the stage for a potential clash between the authority of the Québec legislator to determine the content of its conflicts rules governing the recognition of decisions rendered by authorities outside Québec and its constitutional obligation to recognize the decisions rendered by courts in sister provinces exercising appropriate jurisdiction.¹⁴⁸ That potential clash may be mitigated if the Québec courts interpret article 3168 differently in the interprovincial and international contexts in light of the constitutional obligation to give full faith and credit to sister province judgments. Or it may be that article 3168 is simply inapplicable in the interprovincial context because the constitutional limits on the territorial jurisdiction of all provincially-constituted courts means that judgments rendered in sister provinces must automatically be presumed to have been rendered on the basis of a proper assumption of jurisdiction. That analysis, however, is beyond the subject matter of this article.

148. For an excellent comprehensive analysis, see Geneviève SAUMIER, “The Recognition of Foreign Judgments in Québec: The Mirror Crack’d?”, (2002) 81 *Can.Bar Rev.* 677.

CHRONIQUE

DROIT CONSTITUTIONNEL

Luc HUPPÉ*

L'âge des juges

Après avoir établi les conditions essentielles de l'indépendance judiciaire¹, consacré une immunité de poursuite absolue au bénéfice des juges², préservé leur accès à des ressources humaines³ et matérielles⁴ convenables et imposé des commissions indépendantes pour déterminer leur rémunération⁵, la magistrature canadienne s'interroge maintenant à propos de l'obligation faite à ses membres de prendre leur retraite à un âge déterminé. À travers le pays, sont ainsi remises en question – parfois même à un stade inter-

locutoire⁶ – des dispositions législatives qui déposaient les juges de leur charge à l'âge de 55, 65, 70 ou 75 ans.

La Constitution canadienne ne traite de ce sujet qu'à l'égard des juges des cours supérieures, nommés par le gouverneur général du Canada en vertu de l'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867* : l'article 99(2) prévoit que ces juges cessent d'occuper leur charge lorsqu'ils atteignent l'âge de 75 ans. Il en est ainsi depuis la modification de cette disposition par le Parlement britannique

* L'auteur est avocat.

1. *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673 ; *Beauregard c. Canada*, [1986] 2 R.C.S. 56.
2. *Morier c. Rivard*, [1985] 2 R.C.S. 716 ; *Royer c. Mignault*, [1988] R.J.Q. 670 (C.A.).
3. *Gold c. Procureur général du Québec*, [1986] R.J.Q. 2924 (C.S.).
4. *Bisson c. Procureur général du Québec*, [1993] R.J.Q. 2581 (C.S.).
5. *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3.
6. Les tribunaux ont globalement refusé de suspendre les dispositions contestées pendant que leur validité était débattue, et ce, afin d'éviter de jeter un doute sur l'autorité de juges qui exerceraient leurs fonctions au-delà de l'âge limite fixé par la loi. Pour ce qui est des juges militaires tenus de prendre leur retraite à l'âge de 55 ans, voir *Price c. Canada (Procureur général)*, 2003 CFPI 764 (CanLII), par. 36 à 41 ; dans ce dossier, la Cour fédérale a ultérieurement rejeté les procédures pour des raisons d'ordre procédural : *Price c. Canada (Procureur général)*, (2004) 247 F.T.R. 15 (C.F.), 2004 CF 164 (CanLII). Pour ce qui est des juges de cours municipales tenus de prendre leur retraite à l'âge de 70 ans, voir *Paquet c. Procureure générale du Québec*, 2009 QCCS 1357 (CanLII), par. 32 à 36, appel rejeté : *Paquet c. Procureur général du Québec*, 2009 QCCA 1666 (CanLII) ; voir aussi : *Clément c. Procureur général du Québec*, 2012 QCCS 2429 (CanLII), par. 48 à 55.

en 1960⁷, adoptée peu après que la retraite obligatoire à l'âge de 75 ans eut aussi été imposée aux juges des principaux tribunaux du Royaume-Uni⁸. Auparavant, les juges des cours supérieures canadiennes pouvaient demeurer en fonction leur vie durant⁹. Le risque que certains d'entre eux ne mesurent pas correctement l'effet de l'âge sur leur aptitude à exercer leurs fonctions aurait servi de justification à cet amendement constitutionnel¹⁰, qui n'a par ailleurs entraîné aucune contestation judiciaire¹¹.

L'article 99(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867* fixe le moment auquel les juges des cours supérieures deviennent inhabiles à occuper leur charge au moyen d'un facteur objectif, leur âge. Le cons-

tituant a ainsi exprimé sa préférence pour un critère d'application uniforme, plutôt que pour une analyse individuelle des capacités particulières de chaque juge. En ce qui concerne les autres membres de la magistrature, il incombe au législateur qui établit un tribunal de déterminer, le cas échéant, l'âge maximal auquel les juges qui le composent peuvent y exercer leurs fonctions. Pour les juges de la Cour du Québec, par exemple, la retraite obligatoire est fixée par la *Loi sur les tribunaux judiciaires* à l'âge de 70 ans¹², mais le gouvernement du Québec peut autoriser un juge à continuer d'exercer sa charge après cet âge.

Aucun texte constitutionnel n'exige du législateur – fédéral ou

7. *An Act to Amend the British North America Act, 1867*, (1960) 9 Elizabeth II c. 2 (R.-U.), devenue la *Loi constitutionnelle de 1960*, L.R.C. (1985), App. II, n° 37. Les gouvernements provinciaux ont unanimement consenti à cette modification, demandée par le gouvernement fédéral : Guy FAVREAU, *Modification de la Constitution du Canada*, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1965, p. 15 ; *Renvoi : compétence du Parlement relativement à la Chambre haute*, [1980] 1 R.C.S. 54, 63-64.
8. *An Act to Amend the Law With Respect to the Pensions and Other Benefits Attaching to Certain High Judicial Offices, to Regulate the Age of Retirement From Such Offices, and to Increase Certain Pensions and Other Benefits Granted to or in Respect of Persons Who Have Held Such Offices*, (1959) 8 Elizabeth II c. 9 (R.-U.), art. 2. Pour une analyse des diverses tentatives de mettre fin à la nomination à vie des juges aux U.S.A., voir David J. GARROW, « Mental Decrepitude on the U.S. Supreme Court: The Historical Case for a 28th Amendment », (2000) 67 *University of Chicago Law Review* 995 ; Michael J. MAZZA, « A New Look at an Old Debate: Life Tenure and the Article III Judge », (2003-2004) 39 *Gonzaga Law Review* 131.
9. Le droit canadien imposait toutefois déjà aux juges d'autres tribunaux l'obligation de prendre leur retraite à un âge déterminé : Luc HUPPÉ, *Histoire des institutions judiciaires du Canada*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2007, p. 454 et 537-538.
10. *Felipa c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, [2012] 1 R.C.F. 3 (C.A.F.), 2011 CAF 272 (CanLII), p. 27 et 34 (par. 46 et 64). Pour une étude historique des conséquences de la nomination à vie des juges de la Cour suprême des U.S.A., voir John S. GOFF, « Old Age and the Supreme Court », (1960) 4 *American Journal of Legal Studies* 95.
11. Certains juges de cours supérieures auraient toutefois émis des doutes à propos de la validité constitutionnelle de cette modification, dans la mesure où elle s'appliquait aux juges en exercice au moment de son entrée en vigueur : *Beauregard c. La Reine*, [1981] 2 C.F. 543 (1^{re} inst.), 573.
12. *Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.Q. c. T-16, art. 92.1. L'article 93 de cette loi permet aussi au gouvernement, à la demande du juge en chef, d'autoriser un juge à la retraite à exercer les fonctions judiciaires que le juge en chef lui assigne.

provincial – qu'il détermine l'âge de la retraite d'un groupe de juges en fonction du régime applicable aux juges des autres tribunaux qui relèvent de sa compétence, ou encore qu'il cherche à harmoniser leur statut avec celui des juges qui, dans d'autres parties du pays, occupent des fonctions semblables. Bien que les membres de la magistrature puisent leurs droits à une source commune, l'indépendance judiciaire, leur statut juridique dépend concrètement des dispositions qui encadrent de manière spécifique le tribunal auquel ils sont rattachés. Cette situation engendre une disparité entre diverses catégories de juges. Elle suscite des problèmes juridiques complexes lorsque certains d'entre eux, souhaitant prolonger de quelques années l'exercice d'une fonction qui leur attribue pouvoir, prestige et sécurité financière¹³, contestent leur mise à la retraite.

Le statut équivoque des juges des tribunaux fédéraux

Au milieu des années 1980, un juge de la Cour fédérale a considéré enviable le régime accordé par la Constitution canadienne aux juges

des cours supérieures. Il s'est adressé au tribunal dont il faisait partie pour attaquer la validité de la disposition législative qui l'obligeait à prendre sa retraite à l'âge de 70 ans. Le jugement rendu dans *Addy c. La Reine du chef du Canada*¹⁴ lui a donné raison. En assimilant à des cours supérieures les tribunaux établis par le Parlement du Canada en vertu de l'article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*¹⁵, la Cour fédérale accordait ainsi à ses propres membres la faculté de demeurer en fonction jusqu'à l'âge de 75 ans. Le gouvernement fédéral n'a pas jugé approprié de faire examiner par un tribunal d'appel une telle extension de la portée de l'article 99(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Au contraire, peu après ce jugement, un amendement législatif haussait à 75 ans l'âge de la retraite obligatoire des juges de la Cour fédérale¹⁶. Puisque les juges de la Cour suprême du Canada étaient déjà assujettis à ce régime¹⁷, le statut des juges de nomination fédérale s'en trouvait dès lors uniformisé sous cet aspect.

Mais voilà que certains juges ayant occupé leur charge auprès d'une cour supérieure continuaient

13. La jurisprudence fait parfois état des motivations des juges qui contestent les dispositions qui les obligent à prendre leur retraite : *Paquet c. Procureure générale du Québec*, 2010 QCCS 3185 (CanLII), par. 24 à 27 et 53 ; *Clément c. Procureur général du Québec*, précité, note 6, par. 17 à 20 ; *Association of Justices of the Peace of Ontario v. Ontario (Attorney General)*, (2008) 292 DLR (4th) 623 (Ont. S.C.J.), 2008 CanLII 26258 (ON SC), p. 655 (par. 89).
14. [1985] 2 C.F. 452 (1^{re} inst.).
15. *Ibid.*, p. 461-463. Le tribunal a aussi considéré que « les fonctions des juges de la Cour fédérale paraissent égales à celles qu'exercent les juges des cours supérieures des provinces » (p. 460).
16. *Loi modifiant la Loi sur les juges, la Loi sur la Cour fédérale et la Loi sur la Cour canadienne de l'impôt*, L.C. 1987, c. 21, art. 7, intégrée aux L.R.C. (1985) ch. 16 (3^e supp.), art. 7.
17. *Loi sur la Cour suprême du Canada*, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 9(2). On peut se demander si cette disposition fait partie des règles qui ne peuvent dorénavant être modifiées que par amendement constitutionnel en vertu de l'article 41 d) (« la composition de la Cour suprême du Canada ») ou 42 d) (« la Cour suprême du Canada ») de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

ensuite, au-delà de l'âge de 75 ans, d'exercer des fonctions judiciaires à la Cour fédérale, en tant que juges suppléants. Le jugement rendu dans l'affaire *Addy*, prononcé par un juge suppléant, avait sommairement constaté que « *la loi ne fixe aucune limite d'âge pour un juge suppléant* »¹⁸. Vingt-cinq ans plus tard, dans *Felipa c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*¹⁹, la Cour fédérale revient sur le sujet, à la demande d'un justiciable dont le dossier est confié à un juge suppléant âgé de plus de 75 ans. Le juge en chef de la Cour fédérale – celui, précisément, qui demande l'affectation de juges suppléants à ce tribunal²⁰ – exprime alors l'avis qu'une personne de plus de 75 ans peut exercer cette fonction. En s'appuyant notamment sur l'historique législatif des dispositions concernant l'âge de la retraite des juges de la Cour fédérale et de ceux de la Cour de l'Échiquier qui l'a précédée, il conclut que le tribunal qu'il préside n'est pas visé par la limite d'âge mentionnée à l'article 99(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Contrairement à ce qui avait été décidé dans l'affaire *Addy*, le juge en chef prend la position que la Cour fédérale n'est pas une cour supérieure aux fins de cette disposition²¹.

Bien que le raisonnement du juge en chef dans l'affaire *Felipa* soit plus rigoureux que celui exposé dans l'affaire *Addy*, le résultat net de

cette séquence de jugements laisse perplexe. En effet, la Cour fédérale donne successivement à l'article 99(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867* l'interprétation qui, selon le contexte particulier à chaque époque, avantage les juges exerçant les fonctions judiciaires qui lui sont attribuées : en tirant d'abord bénéfice de la garantie constitutionnelle applicable aux juges des cours supérieures, sans accepter ensuite la limite qu'elle contient. Est ainsi particulièrement mis en évidence le fait qu'un tribunal qui décide du statut juridique de ses propres juges peut difficilement se détacher des enjeux que présente le litige.

Le jugement rendu dans l'affaire *Felipa* a toutefois été renversé par la Cour d'appel fédérale. Pour les juges qui forment la majorité²², la disposition de la *Loi sur les cours fédérales* concernant les juges suppléants comporte une restriction implicite qui empêche la désignation à cette fonction de personnes de 75 ans ou plus, soit l'âge de la retraite obligatoire des membres permanents de la Cour fédérale et de la Cour d'appel fédérale²³ depuis l'amendement consécutif au jugement rendu dans l'affaire *Addy*. Une telle perspective leur évite d'avoir à se prononcer à propos de la portée éventuelle de l'article 99(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867* à l'égard des juges de la Cour fédérale²⁴. Cet arrêt rend donc

18. Précité, note 14, 464.

19. [2011] 1 R.C.F. 365 (C.F.), 2010 CF 89 (CanLII).

20. *Loi sur les cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 10(1.1).

21. Précité, note 19, p. 395-398 (par. 91 à 98).

22. *Felipa c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, précité, note 10, p. 35 (par. 66).

23. *Loi sur les cours fédérales*, précitée, note 20, art. 8(2).

24. Précité, note 10, p. 38-40 (par. 75 à 79). Néanmoins, l'opinion majoritaire contient à ce sujet une déclaration ambiguë, à savoir que l'on peut soutenir que les juges des tribunaux établis par le législateur fédéral aux termes de l'article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867* « sont visés par les articles 96, 99 et 100 dans la mesure

irrégulière la situation surprenante que légitimait le jugement de première instance : le juge d'une cour supérieure, tenu d'y prendre sa retraite à l'âge de 75 ans, aurait pu après cet âge exercer des fonctions judiciaires auprès d'un tribunal dont les juges sont pourtant eux aussi tenus de prendre leur retraite à 75 ans²⁵.

Pour sa part, le juge dissident pousse encore plus loin la position exprimée en première instance. Selon lui, « il n'existe aucun principe constitutionnel général non écrit qui prévoit que tous les juges au Canada doivent prendre leur retraite lorsqu'ils atteignent l'âge de 75 ans »²⁶. Il ajoute de plus « qu'aucun tribunal s'étant penché sur la question constitutionnelle de l'inamovibilité des juges n'a précisé qu'il devait y avoir un âge de retraite particulier » et que, de toute façon, « ce serait indéfendable ». Une affirmation aussi catégorique met bien en lumière l'ambiguïté du statut des juges autres que ceux visés par l'article 99(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867* : en ce qui les concerne, il n'existerait selon ce point de vue aucune restriction d'ordre constitutionnel quant à l'âge auquel ils peuvent exercer des fonctions judiciaires.

Une limite à l'inamovibilité que procure l'indépendance judiciaire

Au plan théorique, l'obligation faite aux juges de prendre leur retraite à un âge déterminé, sans égard à la rectitude de leur conduite ou à l'étendue de leurs capacités, entre potentiellement en conflit avec l'indépendance judiciaire. L'inamovibilité constitue en effet l'une des composantes fondamentales de l'indépendance individuelle des membres de la magistrature, qu'ils occupent leur poste au sein d'une cour supérieure ou d'un autre tribunal. Elle leur garantit le droit de conserver leur charge pendant toute sa durée s'ils maintiennent une conduite compatible avec la fonction qu'ils exercent.

À ce sujet, toutefois, on peut à tout le moins déduire de l'article 99(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867* qu'en droit canadien, l'indépendance judiciaire ne garantit pas aux juges le droit d'occuper leur charge leur vie durant. En contraignant les membres des tribunaux de droit commun de première instance et d'appel dans l'ensemble du Canada à quitter leurs fonctions à un âge fixe, la Constitution canadienne consacre une certaine modalité de l'indépendance judiciaire. De toute

où ces dispositions prévoient les éléments constituant les garanties constitutionnelles d'indépendance judiciaire » (p. 40, par. 78).

25. L'arrêt de la Cour d'appel fédérale laisse aussi en plan l'argument exprimé en première instance (précité, note 19, p. 398-407, par. 101 à 140), et repris par le juge dissident en appel (précité, note 10, p. 59-60, par. 143), voulant que les juges suppléants n'occupent pas une charge de juge à la Cour fédérale et ne peuvent, de ce fait, être assujettis à la limite d'âge fixée pour les juges de ce tribunal. Confrontée à une question similaire à propos d'un juge de la Cour du Québec exerçant des fonctions judiciaires après l'âge de la retraite à la demande du juge en chef du tribunal, la Cour d'appel du Québec avait auparavant rejeté cette façon de voir en écrivant qu'« on imagine mal si le magistrat n'est pas un juge de la Cour du Québec, ce qu'il pourrait être ! » : *Thérien c. Pellerin*, [1997] R.J.Q. 816 (C.A.), 824 ; demande d'autorisation d'appel rejetée : [1997] 3 R.C.S. xv.

26. Précité, note 10, p. 62 (par 152).

évidence, une telle modalité s'impose nécessairement à l'ensemble de la magistrature canadienne. Le principe de l'indépendance judiciaire ne peut garantir à des juges dont le statut est plus précaire une inamovibilité surpassant celle des juges qui, au sein des cours supérieures, forment la structure fondamentale du pouvoir judiciaire du pays.

Divers instruments internationaux traitant de l'indépendance judiciaire retiennent d'ailleurs l'idée que les juges jouissent de l'inamovibilité seulement jusqu'à l'âge de la retraite obligatoire. Ainsi, l'article 2.19 b) de la *Déclaration universelle sur l'indépendance de la justice*, adoptée à Montréal en 1983, énonce que « les juges, nommés ou élus, sont inamovibles jusqu'à l'âge de mise à la retraite obligatoire ou, le cas échéant, l'expiration du terme de leur mandat »²⁷. L'article 12 des *Principes fondamentaux relatifs à l'indépendance de la magistrature*, adoptés par l'Assemblée générale de l'O.N.U. deux ans plus tard, a repris ce libellé²⁸.

Dans *Valente c. La Reine*²⁹, la Cour suprême du Canada a aussi incorporé le principe d'une retraite obligatoire à la définition de l'inamovibilité minimale requise pour respecter l'indépendance judiciaire des juges qui ne bénéficient pas de la garantie prévue à l'article 99(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Aucune de ces sources, toutefois, ne fournit d'indice quant à la manière de déterminer concrètement l'âge de la retraite des juges sans enfreindre l'indépendance judiciaire.

Certains jugements³⁰ soutiennent même que l'obligation faite aux juges de prendre leur retraite à un âge déterminé favorise leur indépendance. En fixant au moyen d'une norme objective le moment auquel un juge doit cesser d'exercer ses fonctions, elle évite à ce dernier une remise en question de plus en plus insistante de son aptitude, au fur et à mesure qu'il avance vers le grand âge. Bien que le Conseil canadien de la magistrature³¹ et le Conseil de la magistrature du Québec³² puissent

27. Reproduite dans Shimon SHETREET et Jules DESCHÊNES (dir.), *Judicial Independence : The Contemporary Debate*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1985, p. 462.

28. Résolution 40/32 du 29 novembre 1985 et Résolution 40/146 du 13 décembre 1985. Pour un inventaire plus étendu des dispositions traitant de ce sujet, voir Luc HUPPÉ, « Les déclarations de principes internationales relatives à l'indépendance judiciaire », (2002) 43 *C. de D.* 299, 319.

29. Précité, note 1, 698. La Cour avait introduit sa définition des conditions essentielles de l'indépendance judiciaire en précisant que la norme retenue « reflète ce qui est commun aux diverses conceptions des conditions essentielles de l'indépendance judiciaire au Canada ou ce qui est au centre de ces conceptions » (p. 694).

30. *Association of Justices of the Peace of Ontario v. Ontario (Attorney General)*, précité, note 13, p. 642-643 (par. 48-49) ; *Paquet c. Procureure générale du Québec*, précité, note 13, par. 89.

31. L'article 65(2)a) de la *Loi sur les juges*, L.R.C. (1985), ch. J-1 laisse entendre que les effets de l'âge sur l'aptitude d'un juge à remplir utilement ses fonctions pourraient justifier une recommandation de destitution au ministre de la Justice du Canada par le Conseil canadien de la magistrature. La Cour fédérale a confirmé que l'incapacité permanente constituait un motif de destitution : *Gratton c. Conseil canadien de la magistrature*, [1994] 2 C.F. 769 (C.F. 1^{re} inst.).

32. Les articles 93.1 et 168 de la *Loi sur les tribunaux judiciaires*, précitée, note 12, autorisent le gouvernement du Québec à relever de ses fonctions le juge de la

enquêter à propos de l'aptitude d'un juge avant qu'il ne soit tenu de prendre sa retraite, la pression exercée sur celui-ci par la possibilité d'une telle procédure ne pourrait qu'augmenter avec l'âge. Par ailleurs, la retraite obligatoire des juges a aussi été justifiée par des raisons structurelles, qui prennent en compte des facteurs tels l'organisation des tribunaux, le nombre de juges nécessaires à leur fonctionnement, les besoins déterminés par les juges en chef, la charge de travail de chaque juge et le renouvellement au sein d'un tribunal³³.

Les rapports entre l'indépendance judiciaire et le principe de la retraite obligatoire des juges ont été spécifiquement analysés par la Cour de l'Ontario, division générale, dans *Charles v. Canada (Attorney General)*³⁴. Un juge de nomination provinciale demandait alors au tribunal de déclarer qu'il

était en droit de continuer d'exercer ses fonctions après l'âge de 75 ans et requerrait l'émission d'une ordonnance d'injonction empêchant le procureur général de mettre fin à son emploi lorsqu'il atteindrait cet âge³⁵. Selon lui, la disposition législative lui imposant, dans un premier temps, l'obligation de prendre sa retraite à l'âge de 65 ans et prévoyant, dans un deuxième temps, la possibilité de continuer à exercer ses fonctions jusqu'à l'âge de 75 ans avec l'approbation annuelle du juge en chef, occasionnait une discrimination fondée sur l'âge³⁶, au sens de l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. En ce qui a trait à l'indépendance judiciaire, le tribunal a considéré que l'obligation de prendre sa retraite à l'âge de 75 ans ne portait pas atteinte à l'inamovibilité du juge, en mettant l'emphase sur le bénéfice qu'une telle retraite procure aux institutions judiciaires³⁷. Bien que la dis-

Cour du Québec ou le juge de paix magistrat atteint d'une incapacité physique ou mentale permanente – tel qu'établie par une enquête du Conseil de la magistrature du Québec – qui l'empêche de remplir de manière satisfaisante les devoirs de sa charge.

33. *Paquet c. Procureure générale du Québec*, précité, note 13, par. 102.

34. (1995) 129 D.L.R. (4th) 114 (Ont. C. G.D.), 1995 CanLII 7301 (On SC). Pour les suites de ce jugement en ce qui a trait à la pension du juge voir *Charles v. Canada (Attorney General)*, (1996) 134 D.L.R. (4th) 452 (Ont. C.G.D.), confirmé à (1998) 158 D.L.R. (4th) 192 (Ont. C.A.).

35. *Ibid.*, p. 116.

36. *Ibid.*, p. 118. Pour un aperçu de la façon dont se présente, en ce qui a trait à la discrimination fondée sur l'âge, le problème de la retraite obligatoire des juges américains ne bénéficiant pas d'une nomination à vie, voir Alan L. BUSHLOW, « Mandatory Retirement of State-Appointed Judges Under the Age Discrimination in Employment Act », (1990-1991) 76 *Cornell Law Review* 476 ; Katharine L. HUTH, « Garcia Revisited: The Age Discrimination in Employment Act's Application to Appointed State Court Judges », (1990-1991) 59 *Fordham Law Review* 403 ; Christopher R. McFADDEN, « Judicial Independence Age-Based BFOQs and the Perils of Mandatory Retirement Policies for Appointed State Judges », (2000-2001) 52 *South Carolina Law Review* 81.

37. « ...so that such judges do have security of tenure until they reach retirement age. The provision for retirement at a certain age does not adversely affect security of tenure but rather accomplishes the usual objective of mandatory retirement legislation in ensuring a competent, energetic and effective judiciary » (précité, note 34, p. 125).

position législative en cause ait été considérée contraire à l'article 15 de la Charte³⁸, le tribunal a néanmoins conclu qu'elle constituait une limite raisonnable et justifiée, au sens de l'article premier.

Il découle de ce jugement que l'inamovibilité des juges de nomination provinciale, tout comme celle des juges des cours supérieures, n'est pas affectée par le principe d'une retraite obligatoire. Une telle conclusion vaudrait aussi vraisemblablement à l'égard des juges de nomination fédérale non visés par l'article 99(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

La disparité entre diverses catégories de juges

L'affaire *Addy* révélait le malaise suscité par la disparité entre les divers juges de nomination fédérale quant à l'âge de leur retraite. Même en leur accordant le bénéfice de l'article 99(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, le tribunal considérait toutefois que les juges de la Cour fédérale ne faisaient pas partie d'une

même catégorie que ceux de la Cour suprême du Canada ou que ceux des cours supérieures provinciales et qu'ils ne pouvaient donc revendiquer l'égalité avec eux³⁹. Ce jugement a néanmoins consacré le principe que les juges d'un même tribunal doivent être traités de manière semblable quant à l'âge de leur retraite.

C'est une même volonté de parvenir à l'uniformité – cette fois entre les juges de nomination provinciale dans une même province – qui est au cœur du jugement rendu par la Cour supérieure de justice de l'Ontario dans *Association of Justices of the Peace of Ontario v. Ontario (Attorney General)*⁴⁰. Les politiques de mise à la retraite obligatoire des travailleurs dans cette province étaient devenues depuis peu illégales pour la plupart des employeurs de l'Ontario⁴¹, sans que ne soit abolie l'obligation des juges de paix de prendre leur retraite à l'âge de 70 ans. Le tribunal a considéré que cette situation entraînait une discrimination envers ces derniers⁴² et que la mesure retenue à

38. Un tel moyen n'aurait pu être utilisé par les juges des cours supérieures. La protection offerte par l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* en ce qui a trait à la discrimination fondée sur l'âge ne peut trouver application dans le contexte de l'article 99 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. C'est du moins d'opinion émise par la juge l'Heureux-Dubé, dissidente, dans *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, [2002] 4 R.C.S. 429, 501.

39. Précité, note 14, 466-467. Le fait est, cependant, que la modification législative apportée suite à ce jugement (*supra*, note 17) entrerait rétroactivement en vigueur le 17 avril 1985, soit la date à laquelle était aussi entrée en vigueur l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, prohibant notamment la discrimination fondée sur l'âge. Le gouvernement fédéral aurait été d'avis que la disposition antérieure, fixant à 70 ans l'âge de la retraite des juges de la Cour fédérale, contrevenait à l'article 15 de la Charte : Martin FRIEDLAND, *Une place à part : l'indépendance et la responsabilité de la magistrature au Canada*, Ottawa, Conseil canadien de la magistrature, 1995, p. 49-50.

40. Précité, note 13.

41. « The Legislature has confirmed that mandatory retirement is a serious form of age discrimination and has abolished it in the public and private sectors » (*ibid.*, p. 641, par. 45).

42. *Ibid.*, p. 666-667 (par. 125-126).

leur égard était disproportionnée par rapport à l'objectif de protéger leur indépendance⁴³. La réparation déterminée par le tribunal a consisté à harmoniser le statut des juges de paix avec celui des autres juges de nomination provinciale, soit la retraite à l'âge de 65 ans avec possibilité de prolongation des fonctions jusqu'à l'âge de 75 ans sur approbation annuelle du juge en chef⁴⁴.

En ce qui a trait au caractère discriminatoire des dispositions forçant les juges à prendre leur retraite à un âge déterminé, ce jugement établit une distinction importante entre deux aspects de la question : d'une part, l'obligation de prendre sa retraite – qui avait préalablement été considérée valide dans l'affaire *Charles* – et, d'autre part, l'âge précis auquel cette retraite doit être prise⁴⁵. Le principe de la retraite obligatoire des juges n'est pas remis en cause, même s'il place ces derniers dans une position moins avantageuse que celle des autres justiciables de la province dans laquelle ils exercent leurs fonctions. En revanche, selon la perspective retenue par le tribunal, l'égalité

entre les juges nommés par un même gouvernement provincial pourrait dorénavant être constitutionnellement requise. Le point de vue exprimé par le tribunal porte à penser que c'est la volonté d'établir une différence entre ces juges qui doit être justifiée, et non la revendication de ces derniers à l'uniformité parmi la magistrature d'un même ordre⁴⁶.

Une occasion de faire disparaître l'écart entre l'âge de la retraite des juges de nomination provinciale et celui des juges de nomination fédérale a été fournie à la Cour supérieure du Québec dans *Paquet c. Procureure générale du Québec*⁴⁷. Un juge de la Cour municipale de Québec considérait discriminatoire la disposition l'obligeant à prendre sa retraite à l'âge de 70 ans et réclamait que cette limite soit relevée à l'âge de 75 ans, soit au même niveau que l'âge de la retraite des juges des cours supérieures⁴⁸. Le tribunal a refusé cette demande, notamment en exprimant l'opinion que « de fixer à 75 ans l'âge de la retraite [...] serait tout aussi discriminatoire que de la fixer à 70 ans »⁴⁹. Ce jugement porte à conclure qu'aucun principe d'ordre

43. *Ibid.*, p. 680 (par. 171) et p. 683 (par. 181).

44. *Ibid.*, p. 683 (par. 183) et p. 685 (par. 187). Ce faisant, le tribunal retient une solution qui avait préalablement été proposée par le juge en chef du tribunal, mais écartée par le gouvernement : *ibid.*, p. 636 (par. 29-31), p. 671-672 (par. 144 et 145) et p. 685 (par. 187).

45. *Ibid.*, p. 679 (par. 165).

46. « I can think of no compelling reason why the mandatory retirement age of a justice of the peace should be different than a provincial court judge » : *ibid.*, p. 670 (par. 140). Dans *Paquet c. Procureure générale du Québec*, précité, note 13, la Cour supérieure du Québec fait aussi état de la volonté du législateur québécois d'harmoniser l'âge de la retraite obligatoire de tous les juges de nomination provinciale (par. 70).

47. *Paquet c. Procureure générale du Québec*, précité, note 13. Une contestation semblable a aussi été amorcée par un autre juge municipal : *Clément c. Procureur général du Québec*, précité, note 6.

48. *Ibid.*, par. 45-46.

49. *Ibid.*, par. 108. Le tribunal est aussi d'avis que « le groupe de comparaison qu'il faut utiliser concerne les juges de toutes juridictions » (*ibid.*, par. 87).

constitutionnel – y compris l'égalité devant la loi enchâssée dans la *Charte canadienne des droits et libertés* – n'exigerait qu'un législateur provincial accorde la parité à l'ensemble des juges œuvrant dans le territoire relevant de sa compétence, quelle que soit l'autorité qui les nomme.

Un âge maximal pour l'exercice de fonctions judiciaires

Selon le jugement rendu dans l'affaire *Paquet*, il « n'appartient pas au tribunal de fixer arbitrairement un âge différent de celui déterminé par le législateur » en ce qui a trait à l'obligation d'un juge de quitter son poste en raison de son âge, puisqu'une intervention judiciaire à ce sujet constituerait « une immixtion injustifiée dans un domaine qui appartient au Législateur »⁵⁰. Il existe pourtant de bonnes raisons de ne pas laisser au pouvoir législatif une entière discrétion à ce sujet à l'égard des juges qui ne bénéficient pas de l'article 99(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. En effet, étant donné le rapport étroit entre l'inamovibilité judiciaire et la retraite obligatoire, l'âge auquel la loi exige qu'un juge cesse d'exercer ses fonctions sert à définir concrètement cet aspect crucial de son indépendance.

C'est pourquoi les tribunaux ne devraient pas se désintéresser de cette question, directement reliée au statut juridique des membres de la magistrature. Leur éventuelle intervention à ce sujet pourrait découler de préoccupations reliées, par exemple, au maintien d'une équité interne – sinon d'une égalité – entre les juges partageant une même communauté d'intérêts, aux conséquences de l'âge retenu pour la retraite en ce qui a trait à la sécurité financière des juges, ou encore à l'effet qu'une retraite imposée trop hâtivement ou trop longtemps retardée pourrait produire à l'égard du fonctionnement régulier des tribunaux. De telles considérations peuvent trouver leur fondement non seulement dans la protection des droits individuels des juges, mais aussi dans la préservation de la capacité des tribunaux à réaliser leur mission.

La nécessité de maintenir la confiance des justiciables envers les institutions judiciaires doit également être prise en compte. Une importance considérable est reconnue à ce principe en rapport avec diverses facettes du statut de la magistrature, que ce soit pour maintenir l'impartialité et l'apparence d'impartialité des institutions judiciaires⁵¹, assu-

50. *Ibid.*, par. 108-109.

51. À titre d'exemples d'une jurisprudence abondante réitérant ce principe : *Valente c. La Reine*, précité, note 1, p. 689 ; *R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114, 140-141 ; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, précité, note 5, p. 34 (par. 10) ; *Mackin c. Nouveau-Brunswick (ministre des Finances)*, [2002] 1 R.C.S. 405, 427 (par. 38) ; *Ell c. Alberta*, [2003] 1 R.C.S. 857, 870-871 (par. 23 et 24) et p. 873 (par. 29) ; *Bande indienne Wewaykum c. Canada*, [2003] 2 R.C.S. 259, 287-288 (par. 57) ; *Re : demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel*, [2004] 2 R.C.S. 248, 288 (par. 82) et 319-320 (par. 175).

rer leur transparence⁵² ou justifier l'existence de normes de conduite pour les juges⁵³. On peut considérer qu'il est maintenant devenu un principe constitutionnel non écrit, qui s'impose au législateur et que les tribunaux doivent faire respecter.

L'affaire *Felipa*, ainsi que d'autres mettant en cause un juge à la retraite⁵⁴, un juge suppléant⁵⁵ ou un décideur de plus de 75 ans⁵⁶, donnent une illustration d'un sujet qui pourrait justifier une intervention de la part des tribunaux : l'existence d'un âge maximal pour l'exercice de fonctions judiciaires. Comme les justiciables ne peuvent choisir le juge qui entend leur litige, ils ne doivent entretenir aucun doute à propos de l'aptitude de celui ou de celle à qui leur dossier est confié par la direction du tribunal. À cet égard, aussi, la norme établie par l'article 99(2) de la

Loi constitutionnelle de 1867 pour les juges des cours supérieures fournit un point de repère utile. Les raisons pour lesquelles on a considéré nécessaire de modifier la Constitution canadienne pour contraindre les juges des tribunaux de droit commun à cesser d'exercer leurs fonctions à l'âge de 75 ans paraissent tout aussi valables pour les autres membres de la magistrature. Cette mesure visait manifestement la protection des justiciables. Elle représente une forme de garantie constitutionnelle minimale qui leur est accordée quant aux capacités physiques et mentales des juges qui décident de leurs droits et de leurs obligations.

Dans la structure judiciaire canadienne, la place occupée par les tribunaux autres que les cours supérieures s'est substantiellement

-
52. *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, 1360-1361 ; *Personne désignée c. Vancouver Sun*, [2007] 3 R.C.S. 253, 297 (par. 84) ; *Société Radio-Canada c. Canada (Procureur général)*, [2011] 1 R.C.S. 19, 38 (par. 28) et 51 (par. 69).
 53. *MacKeigan c. Hickman*, [1989] 2 R.C.S. 796, 812 et 843-846 ; *Ruffo c. Conseil de la magistrature*, [1995] 4 R.C.S. 267, 332 (par. 109) ; *Re Therrien*, [2001] 2 R.C.S. 3, 75 (par. 110) et 96 (par. 147) ; *Moreau-Bérubé c. Nouveau-Brunswick (Conseil de la magistrature)*, [2002] 1 R.C.S. 249, 290 (par. 70).
 54. Dans *Thérien c. Pellerin*, précité, note 25, la Cour d'appel du Québec a donné effet aux articles 92.1 et 93 de la *Loi sur les tribunaux judiciaires*, qui permettent à certaines conditions l'exercice de fonctions judiciaires par des juges à la retraite, sans indiquer s'il existe une limite maximale quant à l'âge des juges investis de tels pouvoirs (p. 823-824).
 55. Dans *Rai v. The Honourable Madam Justice Metivier*, (2005) 258 D.L.R. (4th) 151 (Ont. S.C.J.D.C.), 2005 CanLII 27601 (ON SCDC), le tribunal a rejeté des procédures par lesquelles un juge suppléant de la division des Petites créances contestait le non-renouvellement de son mandat, cette décision ayant notamment été prise pour la raison qu'il avait atteint l'âge de 75 ans, bien que la loi n'imposait pas de limite d'âge à l'exercice de cette fonction.
 56. La Cour supérieure du Québec a décidé que ni l'article 99(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, ni l'article 92.1 de la *Loi sur les tribunaux judiciaires*, n'empêchaient une personne âgée de 78 ans de présider un comité de discipline au sein d'un ordre professionnel : *Tan c. Morand*, 2008 QCCS 5413 (CanLII), par. 7 à 12. La question avait paru suffisamment nouvelle et d'intérêt général pour que la Cour du Québec accorde une permission d'appeler à ce sujet : *Tan c. Morand*, 2009 QCCQ 4573 (CanLII), par. 19. La Cour d'appel n'a cependant pas accepté que la question lui soit soumise : *Tan c. Lebel*, 2009 QCCA 2479 (CanLII).

accrue depuis l'amendement constitutionnel de 1960⁵⁷. Cette évolution s'est produite sans que ne soit débattue l'opportunité d'une extension, aux juges de ces autres tribunaux, de la garantie accordée aux justiciables par l'article 99(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Il pourrait donc être devenu nécessaire que la jurisprudence envisage de poser une limite maximale à l'âge auquel une personne peut exercer les fonctions de juge. Une telle mesure permettrait de contrer l'érosion graduelle de la portée de la garantie accordée par cette disposition, résultant de l'augmentation de la proportion de juges n'exerçant pas leur fonction au sein d'une cour supérieure. Elle aurait pour objectif d'adapter la norme constitutionnelle à la réalité contemporaine de l'organisation judiciaire. Il n'apparaît tout simplement pas défendable de priver les justiciables du bénéfice de cette

garantie constitutionnelle lorsque la loi, plutôt que de recourir aux ressources que procurent les tribunaux de droit commun, attribue compétence à d'autres instances judiciaires.

Conclusion

Bien que des individus exceptionnels demeurent physiquement et intellectuellement alertes jusqu'à un âge très avancé, pour la plupart des juges – comme pour leurs concitoyens – le vieillissement entraîne une diminution significative des capacités. La Constitution canadienne en a tiré une conséquence, notamment⁵⁸ en ce qui a trait aux juges des cours supérieures. Le choix politique sous-jacent à cette disposition devrait exercer une influence considérable sur le législateur et les tribunaux lorsqu'ils traitent de l'âge de la retraite d'autres membres de la magistrature.

57. À ce sujet, voir L. HUPPÉ, précité, note 9, p. 589-600.

58. C'est aussi le cas pour les membres du Sénat. L'article 29 de la *Loi constitutionnelle de 1867* a été modifié en 1965 pour priver les sénateurs du droit d'occuper leur poste lorsqu'ils atteignent l'âge de 75 ans : *Loi instituant la retraite des membres du Sénat*, (1965) 14 Elizabeth II c. 4, article premier, devenue la *Loi constitutionnelle de 1965*, L.R.C. (1985), App. II, n° 39. Tout comme les juges des cours supérieures, ils occupaient auparavant leur poste leur vie durant. Dans le *Renvoi : compétence du Parlement relativement à la Chambre haute*, précité, note 7, la Cour suprême du Canada notait que « l'imposition de la retraite obligatoire à l'âge de soixante-quinze ans n'a pas modifié le caractère essentiel du Sénat » (p. 77).

LISTE DES MÉMOIRES DE MAÎTRISE ET THÈSES DE DOCTORAT ACCEPTÉS EN 2012

UNIVERSITÉ LAVAL

Maîtrise en droit avec mémoire

AGBODJAN PRINCE, Hervé, Le droit de l'OMC et l'agriculture : analyse critique et prospective du système de régulation des subventions agricoles.

BEAUREGARD, Ariane, La protection des droits des non-parlementaires dans le cadre des délibérations des assemblées législatives : la Charte canadienne des droits et libertés, le privilège parlementaire et le contrôle des tribunaux.

BURNS, Anne-Marie, La sous-traitance d'activités militaires par l'État au secteur privé : une entorse aux règles du droit international humanitaire ?

EMERY FINN, Shaun, Étude d'un recours évolutif : Redéfinir la procédure Sui Generis du recours collectif québécois.

GAGNON-ROCQUE, Ariane*, La peine en droit de l'environnement canadien : de la sanction dissuasive à une approche centrée sur la réparation de l'atteinte.

JOBIDON, Nicholas, Le choix d'un mode d'adjudication ou d'attribution des contrats comportant une dépense inférieure au seuil d'appel d'offres public en vertu de la Loi sur les contrats des organismes publics.

LACROIX, Mariève, L'illicéité – Essai théorique et comparatif en matière de responsabilité civile extracontractuelle pour le fait personnel.

LAMPRON, Louis-Philippe*, L'existence d'une hiérarchie juridique favorisant la protection des convictions religieuses au sein des droits fondamentaux canadiens.

LORD, Francis, L'intégration des considérations éthiques à la réglementation des biotechnologies.

* Tableau d'honneur de la Faculté des études supérieures et postdoctorales.

MARY, Arnaud, Canada v. Recours aux paradis fiscaux/bancaires : dans quelle mesure la politique de lutte du Canada peut-elle être améliorée ?

ONGUENE ONANA, Dieudonné Édouard, La qualification de l'investissement étranger. Contribution à la notion juridique d'investissement et à la définition de l'extranéité.

SAVARD, Anne-Marie, Le régime contemporain du droit de la filiation au Québec ; d'une normativité institutionnelle à une normativité « fusionnelle ».

SKOKO, Andrej*, Le capitalisme de guerre : le droit pénal canadien face à la participation des compagnies aux crimes de guerre, crimes contre l'humanité et génocide.

TABI TABI, Ghislain, Les nouveaux instruments de gestion du processus contractuel.

TAILLON, Patrick, Le Référendum expression directe de la souveraineté du peuple ? Essai critique sur la rationalisation de l'expression référendaire en droit comparé.

THERRIEN-DENIS, Simon, L'autre terrorisme : la criminalisation de la violation de l'interdiction de terrorisme prévue en droit international humanitaire et les éléments constitutifs du crime.

TOUGAS, Marie-Louise, La prise en compte normative internationale des activités des sociétés militaires privées dans les zones de conflits : entre incertitudes et responsabilités.

Maîtrise en droit avec essai

BAHATI MUVANIRA, Serge, La résolution pacifique des conflits internationaux sous la Charte des Nations-Unies : une analyse juridique et opérationnelle des missions de maintien de paix de l'ONU.

BAYALAMA, Prima Exaucée, Commerce mobile et responsabilité.

BERNARD, Anais, Expulsion des Roms en France : des citoyens européens comme les autres ?

BIRON, Jean-Christophe, La responsabilité pénale des administrateurs et des dirigeants d'entreprise : l'infraction de pollution.

* Tableau d'honneur de la Faculté des études supérieures et postdoctorales.

BLANCHETTE, Martin, Les subventions environnementales et leur inclusion dans l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires de l'OMC.

CASTEL, Myriam*, L'organisation internationale du travail à l'ère de la mondialisation : le défi de la justice sociale.

COMBRET, Thomas, Les déplacés et réfugiés écologiques : un statut et une protection juridique à construire.

DEL CARMEN, Jauregui Palao, La divergence entre la politique nationale pour l'atteinte des objectifs 2015 sur la sécurité alimentaire et les politiques commerciales libérales du Pérou contemporain (à l'aulne de l'Accord sur l'Agriculture et de l'Accord de promotion commercial Pérou-États-Unis).

DELABARRE, Frédéric, La protection des actionnaires minoritaires par le droit canadien de régime fédéral et français : étude comparative du recours en oppression et de l'abus de majorité.

DESSUREAULT, Pascal-André, Examen de la normativité du principe du pollueur-payeur en droit international et analyse économique de son intégration dans les régimes de responsabilité civile.

GARCEAU, Michel, Le Conseil de sécurité et la Cour pénale internationale : « renvoi » et « sursis » au cœur de la relation entre justice internationale pénale et paix et sécurité internationales.

GONCALVES, Élodie, La protection de la diversité linguistique autochtone : l'exemple du Canada.

JOLICŒUR, Rémi*, Le droit minier face aux exigences de la participation publique dans le nouveau droit du développement durable au Québec.

JOURNEE, Olivia, La protection de la biodiversité agricole et des savoirs traditionnels en droit international de l'environnement et de la culture.

LANGLOIS, Pierre-Olivier, Les sensibilités nationales dans le système commercial multilatéral : le bien-être animal comme justification d'une restriction commerciale au regard du droit de l'OMC.

McSWEENEY, Patrick, Entre Charybde et Scylla : le dilemme de l'employé-témoin.

* Tableau d'honneur de la Faculté des études supérieures et postdoctorales.

MERALLI BALLOU, Ange-Valerie, La directive « retour » de l'Union Européenne : renvoyer des personnes en séjour irrégulier dans le respect des droits de l'homme, un vœu pieux ?

OTASEVIC, Ivana, La reconnaissance de la spécificité des biens et services culturels par la Convention de l'UNESCO sur la diversité des expressions culturelles et son impact sur le système OMC.

PETRILLI, Julie-Anne, Les pouvoirs d'ordonnances de la LQE pour réparer, réprimer et prévenir des dommages à l'environnement.

ROBERGE, Caroline, Vers une nouvelle ère pour les municipalités québécoises en matière de protection de l'environnement ? Une étude des pouvoirs locaux dans le cadre d'un fédéralisme coopératif.

ROBITAILLE, Jean-Félix, La machine dans le jardin. Participation publique et projets éoliens au Québec : réflexions sur le cadre participatif.

SAINTE-ROSE, Lisa, Les protocoles de coopération culturelle : nouvelle stratégie européenne dans la conclusion d'accords commerciaux bilatéraux.

TÉTREAULT, Geneviève*, L'immunité d'autorité législative et la défense de la légalité de l'activité : l'entreprise peut-elle repousser la responsabilité civile en matière environnementale ?

THÉBERGE, Michelle, Le Saint-Siège parmi les nations : une analyse sous le prisme du droit international public.

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Maîtrise en droit et politiques de la santé

BOURGEOIS, Guillaume, Les enjeux juridiques et éthiques du dépistage prénatal, analyse comparative entre le Québec et la France.

CARMICHAEL, Johanne, L'évolution de l'évaluation de la performance du système de santé québécois : de l'exigence d'imputabilité du Législateur à l'irréductible montée du modèle ÉGIPSS.

COLOMBANI, Françoise, Légalisation des drogues et promotion de la santé.

* Tableau d'honneur de la Faculté des études supérieures et postdoctorales.

DOUVILLE, Marika, Étude comparative des recours judiciaires visant à compenser la naissance d'un enfant non-souhaitée et leurs implications morales.

DUSSAULT, Marie, Le devoir de collaboration du patient.

FORTIN, Valérie, La responsabilité du directeur général de l'établissement de santé face à ses décisions d'allocation de ressources.

HARDY, Ghislaine, Le traitement futile : un dilemme à l'aube du XXI^e siècle.

LEROUX, Jean-François, L'impact de la privatisation du système de santé sur le droit des usagers.

LÉVESQUE, Michel, La protection des personnes âgées contre l'exploitation dans le réseau de la santé et des services sociaux du Québec.

MORO, François, La régulation du système hospitalier français à l'aune de l'expérience québécoise.

ROY, Éric, Pour une approche québécoise efficace en matière de prévention de la transmission volontaire du VIH : la nécessaire coordination des interventions en droit professionnel, en droit criminel et en santé publique.

SAVOIE, Michelle, Analyse comparative interprovinciale et internationale du cadre juridique et des modalités de négociation entre les acteurs publics et les fabricants de médicaments concernant le prix et le remboursement des médicaments : Proposition d'un Cadre de référence conceptuel pour la négociation d'entente de partage de risque au Québec.

THIVIERGE, Daphné-Maude, L'ainé vulnérable et la maltraitance à domicile : une problématique complexe.

UNIVERSITÉ DE MONTRÉAL

DOCTORAT (LL.D.)

BERNHEIM, Emmanuelle, Les décisions d'hospitalisation et de soins psychiatriques sans le consentement des patients dans les contextes clinique et judiciaire : une étude du pluralisme normatif appliqué.

DUFOUR, Geneviève, L'organisation juridique des publicains sous la République romaine.

LE BORGNE, François, Les mémorandums d'entente sur le contrôle des navires par l'État portuaire comme mécanisme de renforcement de la sécurité maritime : une approche prometteuse du transgouvernementalisme.

LEDUC, Antoine, De la réforme et de l'harmonisation du droit des sûretés dans un contexte de mondialisation de l'économie : vers un retour au paradigme de l'uniformisation du droit ?

SANNI YAYA, Mouhamadou, Le droit de l'OHADA face au commerce électronique.

VILLANUEVA, Francisco, Le recours à des mesures restrictives du commerce international par l'État canadien comme moyen de lutte contre le travail dangereux des enfants.

MAÎTRISE (LL.M.)

BABOU, Saliou Ndiongue, L'effectivité des conventions 29, 138 et 182 de l'organisation internationale du travail sur l'éradication du travail des enfants en Mauritanie.

BARSALOU, Dominique, Le traitement juridique de la mère au foyer : le droit privé et droit social de la famille québécoise à l'aune de l'individualisme.

BEAUREGARD, Gaëlle, Entre l'art, l'invention et la nourriture : examen de la possibilité de protéger les recettes de cuisine en droit de la propriété intellectuelle canadien.

BEAUSOLEIL-ALLARD, Geneviève, Le fichage de la délinquance sexuelle : une érosion des principes de justice criminelle et punitive.

BOISSELLE, Sabrina, Le mandat donné en prévision de l'inaptitude et la protection accordée au mandat.

CHAIX, Alice, Portée et limites du principe de non refoulement de l'article 33 de la convention relative au statut des réfugiés dans le contexte du traitement extraterritorial des demandes de statut de réfugié.

COHEN, Miriam, Contrat de cyberconsommation et arbitrage : les leçons de l'arrêt *Dell*.

COURTEMANCHE, Alexandre, Le développement normatif et institutionnel relatif aux peuples autochtones en droit international au regard des fondements de leurs revendications politiques : le droit à l'autodétermination comme théorie unificatrice ?

DUFOUR Valérie, *L'affaire BCE Inc.* et les devoirs des administrateurs lors d'une prise de contrôle.

EONE, Hortense Yvette, Vie privée et bon usage des NTIC au travail : risques et responsabilités.

GAYET, Anne-Claire, La conformité de l'obligation contractuelle des travaux agricoles de maintenir un lien fixe avec leur employeur avec l'article 46 de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec interprétée à la lumière du droit international.

HEMOND, Anthony, Les marques non traditionnelles dans une perspective de droit comparé.

HONORATO MARIN, Paula Valentina, La protection légale des connaissances traditionnelles des peuples autochtones Mapuches, par rapport à l'utilisation des organismes génétiquement modifiés (OGM) au Chili.

LAMOTTE, Marine, L'encadrement du contrat électronique : l'exemple français.

LEY, Laura Lessa, Le Mercosur et la protection de propriété intellectuelle : formation, évolution historique et importance dans ses relations internationales.

MALACKET, Andréanne, L'intérêt de l'enfant : notion polymorphe susceptible d'instrumentalisation ou de détournement : l'exemple de l'avant-projet de Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption et d'autorité parentale.

MOUSSAOUI, Rima, L'attribution au Liban du comportement du Hezbollah selon le droit international de la responsabilité de l'État.

NGAMILU, Geoffrey, Plaidoyer pour une responsabilité intégrée de l'ONU : le cas des opérations de paix.

PAQUET, Geneviève, Étude du pouvoir d'ordonnance du ministre de l'environnement en matière de décontamination des sites au Québec.

PAUL, Florence, Mariage et divorce : harmonisation des normes civiles et religieuses dans une perspective de droit préventif.

QURAISHI, Ophélie Brunelle, The relevancy and effectiveness of the United Nations convention against corruption.

SANSOUCY, Andréanne, La protection des créances des sous-traitants dans le domaine de la construction.

SOW, Mame Ngoné, La pertinence de l'obligation de divulguer l'origine des ressources génétiques et des savoirs traditionnels dans les demandes de brevets.

STOUGIANNOS, Lampros, Support for renewable energy and WTO Law : the actionability of Ontario and Québec renewable energy support mechanisms.

TUGAULT-LAFLEUR, Jeanne, Analyse comparative des conceptions de l'enfant et des institutions de l'adoption dans le monde arabo-musulman et en Occident : une réconciliation est-elle possible ?

VAUGEOIS, Mathieu, La politique commune des transports aériens de l'Union européenne : compétence partagée ou occupation du terrain ?

ZAWATI, Ma'n Hilmi Mohammad, La responsabilité civile des conseillers en génétique au Québec et les conséquences juridiques de la non-reconnaissance : vers un encadrement juridique ?

UNIVERSITÉ DU QUÉBEC À MONTRÉAL

Mémoires de Maîtrise en droit (LL.M.)

BOLDUC, Karine, Les enfants-soldats et la justice transitionnelle : les impératifs d'imputabilité face à l'intérêt supérieur de l'enfant.

CHAKTHOURA, Élie, Le droit international privé à l'épreuve du commerce électronique.

COTNARÉANU, Méliane, Étude sur la mise en œuvre du droit au logement au Canada et au Québec en vertu du pacte international relatif aux droits économiques sociaux et culturels.

DE BOCK, Charles, La charte des nations unies : d'un système de sécurité collective à un système rétributif ? Analyse d'une inflexion des concepts.

EL HAMMAOUI, Abdelaziz, Les contrats nommés prévus au code civil du Québec et la finance islamique.

FISSET, André, Qui doit policer la police ? Les enquêtes criminelles concernant un décès ou une blessure grave suite à une intervention policière.

- GAGNON-TURCOTTE, Sarah, La régulation internationale du transfert de technologies : les limites du droit international et la nécessaire reconquête d'un espace politique pour le développement durable des pays en développement.
- GIROUX-GAREAU, Émilie, L'encadrement juridique des intermédiaires intervenant dans les migrations transfrontalières de la main-d'œuvre : le cas des travailleuses domestiques au Canada.
- GOYETTE, Andréanne, Conflit armé et ressources naturelles en droit international ; le cas de la république démocratique du Congo.
- KING-RUEL, Geneviève, La participation publique des communautés locales : une règle émergente de droit international vecteur de légitimité dans les décisions relatives à l'exploitation des ressources naturelles.
- LIÉNART, Cécile, Concilier travail et famille : l'adéquation entre les politiques et la situation des travailleuses atypiques au Québec.
- MORIN, Suzanne, La normativité internationale relative au travail des enfants : l'approche abolitionniste de l'OIT remise en cause.
- MPAKA, Manzi-Serge, Du tribunal pénal international pour le Rwanda à la cour pénale internationale : les limites de l'application du droit pénal international dans la région des grands lacs Africains.
- PAQUIN, Carolyne, Les lois canadiennes sur l'extradition et l'entraide judiciaire en matière pénale : à la recherche de l'équilibre entre les droits de l'individu et la coopération internationale.
- PUGEAUD, Pierrick, Similarité et procédés et méthodes de production des produits : étude critique de l'article III du *GATT*.
- RIVERIN, Josée-Anne, Préoccupations de genre, revendications autochtones et droits humains : les femmes autochtones à la confluence du dilemme indentitaire ?
- ROY, Julie, Les crimes sexuels et la responsabilité pénale du personnel du maintien de la paix des Nations Unies.
- TRUDEL-BELLEFEUILLE, Janie, Le rôle de l'État bolivien face à l'impact de la justice communautaire sur les femmes campesinas.

VALAÏ, Vincent, Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels : prélude à une vision unifiée des droits de l'Homme ?

UNIVERSITÉ MCGILL

DOCTORAT (LL.D.)

ABBAY, Futsum, Disability rights in Africa : towards citizenship approach.

ADUSEI, Poku, Pharmaceutical patent protection and development in Sub-Saharan Africa: laws, institutions, practices and politics.

McMORROW, Thomas Bernard, Critical to what? legal for whom? examining the implications of a critical legal pluralism for re-imagining the role of high school students in education law.

MARTIN, Isabelle, De dignités et d'efficiences : les interrelations du droit et de l'économie au cœur des représentations théoriques de la société par actions.

VALSAN, Remus, Understanding fiduciary duties: conflict of interest and proper exercise of judgment in private law.

WIDELL, Jonathan, Jacques Vergès, devil's advocate: a psychohistory of Vergès' judicial strategy.

MAÎTRISE (LL.M.)

AVIA, Abra Dela, Les class actions d'actionnaires : de la nécessaire évolution du droit français sous l'impulsion du juge américain.

BAUDOUIN, Christine, La procréation assistée au Québec: de la science de laboratoire au service public.

BOGAJEWSKA, Dorota, Deeming a predatory spouse unworthy to inherit under Canadian Common Law.

CHEN, Kuan-Wei, The legality of the use of space weapons: perspectives from environmental law.

CHOWDHURY, Rokeya, Land dispute resolution in the Chittagong Hill Tracts : caught between liberalism and legal pluralism.

EYTALIS, Zachary, International law and the intentional harmful interference with communication satellites.

GILLES, Isabelle, Lessons from India's constitutional culture : what Canada can learn.

HAYWOOD, Caroline, Filling the gap : the role of sub-national government networks in a multi-level global climate change regime.

LAGANIÈRE, Guillaume, Droit international privé et cyberespace : fondements d'une approche renouvelée.

LAZARE, Jodi, The use of social science evidence in constitutional adjudication: overcoming the challenges of the adversarial system.

MAJOR, Blair, Religious proselytism in global perspective: a critical examination of international and regional human rights law.

POLLANEN, Eric, Towards global property duties and obligations.

PRÉVILLE-RATELLE, Emmanuel, Le paradoxe de l'expertise partisane.

PRÉVILLE-RATELLE, Nicolas, Le droit souffre-t-il ?

RUTTER, Brock, The contrasting environments for cloud computing in the United States and Europe: jurisdiction, contrasts, and prospects for legal interoperability.

SOTO NARANJO, Davide, International trade and energy : possible contributions from outside the WTO.

THERMITUS, Tamara, La justice reste à venir : la déconstruction appliquée à la décision de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Bou Malhab Diffusion Métromedia CMR Inc.*

ZAMBELLI, Pia, Refugee status determination in Canada and the path to radical reform.

UNIVERSITÉ D'OTTAWA

Thèses et mémoires approuvés en 2012

Thèses de Doctorat

CUNHA, Fabio, The WTO Legal Regimes for Actionability of Agricultural Subsidies After the Expiry of the Peace Clause.

FATHALLY, Jabeur, Les principes du droit international musulman et la protection des populations civiles en cas de conflits armés : de la binarité guerrière au Droit de Genève. Histoire d'une convergence.

KIBUGI, Robert, Governing Land Use in Kenya: From Sectoral Fragmentation to Sustainable Integration of Law and Policy.

PRABHU, Mohan, Efficacy of Administrative Monetary Penalties in Compelling Compliance with Federal Agri-food Statutes.

TOMKOWICZ, Robert, Crossing the Boundaries: Overlaps of Intellectual Property Rights.

VÉDRINE, Claire, Protection internationale de l'environnement et droit fiscal.

Thèses de Maîtrise en droit (LL.M.)

BAILLAIRGÉ, Caroline, Les droits linguistiques des peuples autochtones au Québec et en Ontario.

CORMIER, Eric, L'industrie de l'omniscience : le profilage sur Internet et le droit à la vie privée au Canada.

MCRAE, Peter, Unaccountable Soldiers: Private Military Companies and the Law of Armed Conflict.

Mémoires de Maîtrise en droit (LL.M.)

N.B. : Veuillez noter que les mémoires ne sont pas disponibles pour consultation.

BEJZYK, Melanie, Assurances against Torture to Deport Terrorism Suspects: The Challenge of Affirming Human Rights while Countering Terrorism.

BOUTET, Geneviève, Le traitement des dossiers de violence conjugale par les procureurs aux poursuites criminelles et pénales, une pratique strictement juridique ?

CURRAN, Heather, The State Duty to Protect against Transnational Corporate Human Rights Abuse.

GOGUEN, Yves, *Vilardell v. Dunham* and Civil Litigation Hearing Fees for Corporations: Novel Sociolegal Theory or Unconstitutional Impediment to Court Access ?

HARIK, Marvin, The UGC 'Revolution': It takes a long pull to get there, but (we will) anchor in the Promised Land.

KAPOVSKYY, Igor, International Trade Law and Human Rights: Possibility and Necessity of Integrating Observance of Civil and Political Rights into the World Trade Organization's Framework and the Required Development.

MURRAY, Charles, A Bridge Too Far? Connecting Law and Logic Through Defeasibility.

NAWAZ, Samir, The Patentability of Higher Life Forms: A Critical Examination of the Canadian Patent Office's Rationale for Prohibition.

OLISHANSKY, Cory, The Intersection of the Human Right to Water and the International Law of Transboundary Watercourses.

POLLITT, Oriana, Cheques and Balances: A Critical Analysis of the Assessment of Costs Process in Ontario as a Regulator of Lawyers' Fees.

REYES, Nathan, A House Built Upon a Volcano: National Minorities, Self-Determination and a Right to Internal Autonomy.

ROUSSY, Alain, La réforme du Sénat.

ST-GERMAIN, Mathieu, La criminalisation des pratiques sexuelles à risque ; l'étendue de l'arrêt Cuerrier aux autres maladies vénériennes.

STANO, Maya, Sustainable mining and lifecycle management of products manufactured from sustainably certified ore.

TYLER, Drew, Fair, Equitable and Reasonable Treatment: the concept of reasonableness within the fair and equitable treatment standard.

Mémoires de Maîtrise en droit avec concentration en droit notarial

N.B. : Veuillez noter que les mémoires ne sont pas disponibles pour consultation.

CULLEN, Annique, Législation québécoise en matière familiale : une réforme en vue de répondre aux besoins contemporains des familles recomposées.

DAFOE SUOMINEN, Nancy, Protections and Provisions for Mentally Disabled Adults.

DONAIS, Pierre, Facebook, après la mort.

DUBÉ, Jessica, La fixation de la mise à prix en matière de vente sous contrôle de justice : De l'incertitude vers la discrétion judiciaire pour s'adapter aux circonstances.

GÉLINAS, Amélie, La légalisation de la polygamie et ses conséquences juridiques sur les relations familiales patrimoniales au Québec.

JONCAS-TREMBLAY, Marie-Pier, La problématique des conjoints de fait en droit comparé canadien.

LACOMBE, Roxanne, Les positions des intervenants face à la légalisation du droit à l'euthanasie et au suicide assisté au Québec en regard des travaux de la Commission spéciale sur la question de mourir en dignité.

MATTE, Myriam, Le droit des personnes âgées d'être protégées contre l'exploitation : La situation particulière des aînés en perte d'autonomie cognitive.

QUESNEL, Alexandre, Le droit minier québécois aux antipodes du développement durable : une réforme anticipée de la *Loi sur les mines du Québec* pour un régime minier équitable et responsable.

RAFFOUL, Dany, La reconnaissance des conjoints de fait dans le droit québécois : pour un encadrement légal mieux adapté.

ROBERT, Jonathan, La production d'une déclaration d'hérédité dans le règlement d'une succession.

THIBAUT, Martin, L'examen de situations où une personne n'aurait pas lu son contrat avant de le signer.

Master of Law with Concentration in International Trade and Foreign Investment Law

BALCERZAK, Filip, Fair and Equitable Treatment in Investor-State Arbitrations: Is There a Place for Human Rights Considerations ?

KEENAN, Michael, The Preliminary and Secondary Inquiry as an Approach to Resolving Investment Disputes under NAFTA Chapter 11.

NAEWMALLEE, Kiratipong, Compulsory Licensing and the Possible Risks Linked to the Expropriation Provisions under BITs: Thailand Case Study.

NIEWIERKO, Grzegorz, 'Treaty shopping' in international investment arbitration.

ROBLES, Agatha, Access to essential medicines in developing countries and the protection of Intellectual Property by International Trade Law: A struggle between ethics and economics.

VOUKITCHEVITCH, Zhannah, The End of 'Jealous' Jurisdiction in Conflict of Laws International Commercial Litigation Cases: Forum Non Conveniens Doctrine in the Era of Economic Globalization – Theoretical Perspective.

Master of Law with Concentration in Law and Technology

BLACKBURN CABRERA, Jan André, Streaming Movies Online: The True E-Hollywood Story.

GEORAS, Chloe, Preemptive 'Othering': How Predictive Technologies Criminalize 'Bad Communities'.

LIU, Anne, Comparative Laws of Mobile Payments – Issues between Banking and Telecommunication Service.

SINGH NEGI, Arun, Importation of the Bayh-Dole: A Path for Developing Countries ?

Maîtrise en droit avec concentration en droit de l'environnement et du développement durable/Master of Law with Concentration in Global Sustainability and Environmental Law

HARDY, Catherine, Climate Change and Intergenerational Equity.

LE COMPTE, Geneviève, Dommages socio-économiques liés à la contamination par OGM : qui doit être tenu responsable ?

OGUNLEYE, Akinlolu, An Operational Framework for Environmental and Sustainability Policy Analysis – A Case Study of the Nigerian State.

PARROD, Camille, The Clean Development Mechanism (CDM) from a Third World Approach to International Law (TWAİL) perspective, or the inadequacy of the Kyoto Protocol to guarantee climate justice.

SAMA, Semie Memuna, Comparing federal and provincial environmental assessment processes in Canada.

WILCOCK, Daniel, Emissions Trading, Market Structure & the Goldilocks Pricing Problem: Competition Policy Implications of Cap and Trade Schemes in Canada.

Maîtrise en droit avec concentration en droit humanitaire et droit de la sécurité internationale/Master of Law with Concentration in International Humanitarian and Security Law

MURENGERA, Francis, L'influence du conseil de sécurité sur la capacité juridique de la cour pénale internationale.

ROUSSELLE, Chloé, Les mandats d'arrêt délivrés par la Cour pénale internationale dans le cas du Soudan : instrument de droit légal, légitime et exécutoire ?

ROZON, Catherine, La pratique des États qui ont recours à la détention administrative de mineurs dans un contexte de sécurité nationale et la conformité de cette pratique au regard des normes de droit international.

SAHLEMARIAM, Teklemichael, Deportation of Non-Citizens to Torture or Degrading and Inhuman Treatment on the Ground of National Security: A Legal Analysis of Some Issues.

SCHROEDER, Derek, The doctrine of command responsibility in Canada and the implication of protest or objection to the superior orders defence.

Maîtrise en droit avec concentration en droit et justice sociale/Master of law with concentration in Law and Social Justice

BROCHU, Sophie, La liberté d'expression et la relation d'emploi.

DAGENAIS-GUERTIN, Anne, The Interdependency of Human Rights as a Solution of the Prostitution Debate.

INDEX DES AUTEURS

Note : Sous chaque entrée de l'index des auteurs vous trouverez les informations nécessaires pour repérer les articles ou les chroniques de la *Revue du Barreau*, soit le titre suivi, en caractères gras des pages.

CAMPBELL-DURUFLÉ, Christopher, La nécessité de prendre en compte les chevauchements des droits autochtones lors de la conclusion de traités au Canada, **1**

DEVOST, Mélissa, Le patrimoine commun de la nation québécoise au service de l'indemnisation du préjudice environnemental, **43**

DUCHARME, Léo, De l'admissibilité des déclarations antérieures d'un témoin à titre d'exception à la règle du ouï-dire, **175**

HUPPÉ, Luc, L'âge des juges, **295**

LACROIX, Mariève, Attention au gros lot ! – *Richard c. Time inc.*, **147**

NOREAU, Pierre, L'autorité du juge au service de la saine gestion de l'instance, **207**

TEBOUL, Jean, Troubles de voisinage : l'article 976 C.c.Q. et le seuil de normalité, **99**

WALSH, Catherine, The international jurisdiction of Québec authorities in personal actions : an overview, **249**

INDEX ANALYTIQUE

Note : Sous chaque entrée de l'index analytique vous trouverez les informations nécessaires pour repérer les articles ou les chroniques de la *Revue du Barreau*, soit le titre suivi, en caractères gras, des pages.

ACCÈS À LA JUSTICE – COÛTS

L'autorité du juge au service de la saine gestion de l'instance,
207

ADMINISTRATION DE LA JUSTICE – COÛTS

L'autorité du juge au service de la saine gestion de l'instance,
207

AUTOCHTONE – DROIT ANCESTRAL ET TRAITÉ

La nécessité de prendre en compte les chevauchements des droits autochtones lors de la conclusion de traités au Canada, **1**

CONFÉRENCE DE RÈGLEMENT À L'AMIABLE (CRA)

L'autorité du juge au service de la saine gestion de l'instance,
207

CONSOMMATION

Attention au gros lot ! – *Richard c. Time inc.*, **147**

CONTRAT

The International Jurisdiction of Québec Authorities in Personal Actions : An Overview, **249**

CONVENTION DE LA BAIE-JAMES ET DU NORD QUÉBÉCOIS

La nécessité de prendre en compte les chevauchements des droits autochtones lors de la conclusion de traités au Canada, **1**

COUR DU QUÉBEC – CONFÉRENCE DE CONCILIATION ET DE GESTION JUDICIAIRE

L'autorité du juge au service de la saine gestion de l'instance, **207**

DÉCLARATION EXTRAJUDICIAIRE

De l'admissibilité des déclarations antérieures d'un témoin à titre d'exception à la règle du oui-dire, **175**

DOMMAGES ET INTÉRÊTS

Attention au gros lot ! – *Richard c. Time inc.*, **147**

DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

The International Jurisdiction of Québec Authorities in Personal Actions : An Overview, **249**

ENVIRONNEMENT

Le patrimoine commun de la nation québécoise au service de l'indemnisation du préjudice environnemental, **43**

FORUM NON CONVENIENS

The International Jurisdiction of Québec Authorities in Personal Actions : An Overview, **249**

INDEMNISATION – PRÉJUDICE ENVIRONNEMENTAL

Le patrimoine commun de la nation québécoise au service de l'indemnisation du préjudice environnemental, **43**

INDÉPENDANCE JUDICIAIRE

L'âge des juges, **295**

INTERROGATOIRE

De l'admissibilité des déclarations antérieures d'un témoin à titre d'exception à la règle du oui-dire, **175**

LITIGE

The International Jurisdiction of Québec Authorities in Personal Actions : An Overview, **249**

JUGE – POUVOIR

L'autorité du juge au service de la saine gestion de l'instance, **207**

JUGE – RETRAITE OBLIGATOIRE

L'âge des juges, **295**

JUGE – RÔLE

L'autorité du juge au service de la saine gestion de l'instance, **207**

OUI-DIRE – ADMISSIBILITÉ

De l'admissibilité des déclarations antérieures d'un témoin à titre d'exception à la règle du oui-dire, **175**

PROCUREUR GÉNÉRAL

Le patrimoine commun de la nation québécoise au service de l'indemnisation du préjudice environnemental, **43**

PUBLICITÉ TROMPEUSE

Attention au gros lot ! – *Richard c. Time inc.*, **147**

QUALITÉ DE L'ENVIRONNEMENT

Le patrimoine commun de la nation québécoise au service de l'indemnisation du préjudice environnemental, **43**

TÉMOIN

De l'admissibilité des déclarations antérieures d'un témoin à titre d'exception à la règle du oui-dire, **175**

TERRITOIRE – LIMITE – HISTOIRE

La nécessité de prendre en compte les chevauchements des droits autochtones lors de la conclusion de traités au Canada, **1**

TRIBUNAL JUDICIAIRE – COMPÉTENCE INTERNATIONALE

The International Jurisdiction of Québec Authorities in Personal Actions : An Overview, **249**

TROUBLE DE VOISINAGE

Troubles de voisinage : l'article 976 C.c.Q. et le seuil de normalité, **99**

TABLE DE LA JURISPRUDENCE COMMENTÉE

Note : Sous chaque entrée de la table de jurisprudence commentée, vous trouverez, en caractères gras, les pages pour repérer les articles ou les chroniques de la *Revue du Barreau*.

American Mobile Satellite corp., Spar Aerospace Ltée c., 2002 CSC 78, [2002] 4 R.C.S. 205, **249**

Barrette, Ciment du Saint-Laurent inc. c., 2008 CSC 64, [2008] 3 R.C.S. 392, **99**

Canadian Forest Products Ltd., Colombie-Britannique c., 2004 CSC 38, [2004] 2 R.C.S. 74, **43**

Ciment du Saint-Laurent inc. c. Barrette, 2008 CSC 64, [2008] 3 R.C.S. 392, **99**

Colombie-Britannique c. Canadian Forest Products Ltd., 2004 CSC 38, [2004] 2 R.C.S. 74, **43**

Club Resorts Ltd. c. Van Breda, 2012 CSC 17, [2012] 1 R.C.S. 572, **249**

Entreprises Auberge du parc ltée c. Site historique du Banc-de-pêche de Paspébiac, 2009 QCCA 257, [2009] R.J.Q. 295 (C.A.), [2009] R.D.I. 9 (C.A.), **99**

Infineon Technologies, Option consommateurs c., 2011 QCCA 2116, **249**

Option consommateurs c. Infineon Technologies, 2011 QCCA 2116, **249**

Richard c. Times Inc., 2012 CSC 8, [2012] 1 R.C.S. 265, **147**

Site historique du Banc-de-pêche de Paspébiac, Entreprises Auberge du parc ltée c. 2009 QCCA 257, [2009] R.J.Q. 295 (C.A.), [2009] R.D.I. 9 (C.A.), **99**

Spar Aerospace Ltée c. American Mobile Satellite corp., 2002 CSC 78, [2002] 4 R.C.S. 205, **249**

Times Inc., Richard, 2012 CSC 8, [2012] 1 R.C.S. 265, **147**

Van Breda, Club Resorts Ltd. c., 2012 CSC 17, [2012] 1 R.C.S. 572,
249

TABLE DE LA LÉGISLATION COMMENTÉE

Note : Sous chaque entrée de la table de la législation commentée, vous trouverez, en caractères gras, les pages pour repérer les articles ou les chroniques de la *Revue du Barreau*.

CONSTITUTION

Constitutionnelle de 1867 (Loi), (L.R.C. 1985, app. II, n° 5) art. 99 (2), **295**

Constitutionnelle de 1867 (Loi), (L.R.C. 1985, app. II, n° 5), **1**

Constitutionnelle de 1982 (Loi), (L.R.C. 1985, app. II, n° 44, Annexe B), **1**

Proclamation royale de 1763, (L.R.C. 1985, app. II, n° 1), **1**

LÉGISLATION PROVINCIALE

Caractère collectif des ressources en eau et visant à renforcer leur protection (Loi affirmant le), (RLRQ, c. C-6.2), **43**

Code civil du Québec, (L.Q. 1991, c. 64), art. 913, **43**

Code civil du Québec, (L.Q. 1991, c. 64), art. 976, **99**

Code civil du Québec, (L.Q. 1991, c. 64), art. 1621, **147**

Code civil du Québec, (L.Q. 1991, c. 64), art. 2871, **175**

Code civil du Québec, (L.Q. 1991, c. 64), art. 3135 et 3148, **249**

Code de procédure civile (Avant-Projet de loi instituant le nouveau) (A.P.L., 2^e session, 39^e législature (2011)), **207**

Code de procédure civile, (RLRQ, c. C-25), art. 310 et 314, **175**

Protection du consommateur (Loi sur la), (RLRQ, c. P-40.1), art. 272, **147**

Qualité de l'environnement (Loi sur la), (RLRQ, c. Q-2), **43**

RÉGLEMENTATION PROVINCIALE

Redevance pour l'utilisation de l'eau (Règlement établissant une),
(RLRQ, c. Q-2, r. 42.1), **43**

Barreau
du Québec



445, boulevard St-Laurent
Montréal (Québec) H2Y 3T8
514-954-3400 1 800 361-8495
www.barreau.qc.ca

La Revue

La Revue
2012 - Tome 71

2012 - Tome 71

Barreau
du Québec

Barreau
du Québec



Revue 2012 Tome 71

La nécessité de prendre en compte les chevauchements des
droits autochtones lors de la conclusion de traités au Canada
Christopher Campbell-Durufié

Le patrimoine commun de la nation québécoise au service
de l'indemnisation du préjudice environnemental
Mélicca Devost

Troubles de voisinage : l'article 976 C.c.Q. et le seuil
de normalité
Jean Teboul

Attention au gros lot ! – Richard c. Time Inc.
Mariève Lacroix

De l'admissibilité des déclarations antérieures d'un témoin
à titre d'exception à la règle du oui-dire
Léo Ducharme

L'autorité du juge au service de la saine gestion de l'instance
Pierre Noreau et Mario Normandin

The International Jurisdiction of Québec Authorities
in Personal Actions: An Overview
Catherine Walsh

Chronique

Droit constitutionnel. L'âge des juges
Luc Huppé