



Revue 2009

Printemps 2009 - Tome 68

Les valeurs de la communauté et la justification de l'action
gouvernementale en matière criminelle et pénale
Marie-Élaine Guilbault

Services essentiels et recours collectif : y a-t-il double
emploi ?
Lisane Bertrand

Les clauses de non-sollicitation de clientèle et les articles
2088 et 2089 du Code civil : entre la théorie et la réalité
commerciale
Alexandre W. Buswell et Alexandre Paul-Hus

Les sociétés transnationales et leur responsabilité en
droit international humanitaire : regards croisés entre
la sanction et la prévention
Josée-Anne Simard

Coopération judiciaire et insolvabilité transfrontalière : un
nouveau cadre législatif
Guy Martel et David Tournier

Le contrat réglementé est-il à l'abri de l'intervention
judiciaire ?
Nathalie Croteau

Chronique
Droit des contrats. Jasmin Lefebvre



Revue 2009
Printemps 2009 - Tome 68

Les valeurs de la communauté et la justification de l'action
gouvernementale en matière criminelle et pénale

Marie-Élaine Guilbault 1

Services essentiels et recours collectif : y a-t-il double emploi ?

Lisane Bertrand 63

Les clauses de non-sollicitation de clientèle et les articles 2088
et 2089 du Code civil : entre la théorie et la réalité commerciale

Alexandre W. Buswell et Alexandre Paul-Hus. 91

Les sociétés transnationales et leur responsabilité en droit
international humanitaire : regards croisés entre la sanction
et la prévention

Josée-Anne Simard 113

Coopération judiciaire et insolvabilité transfrontalière :
un nouveau cadre législatif

Guy Martel et David Tournier 181

Le contrat réglementé est-il à l'abri de l'intervention
judiciaire ?

Nathalie Croteau 219

CHRONIQUE

Droit des contrats. Les exigences des tribunaux quant à la conformité des soumissions sont-elles en processus d'érosion ?
Le point suite à la décision dans *Structures G.B. inc. c. Ville de Rimouski*

Jasmin Lefebvre 253

Les valeurs de la communauté et la justification de l'action gouvernementale en matière criminelle et pénale

Marie-Élaine GUILBAULT

Résumé

Il y a 150 ans, John Stuart Mill dénonçait l'emprise tyrannique de la morale publique sur la vie des individus et affirmait que le principe du préjudice à autrui constitue l'unique critère en vertu duquel l'État peut légitimement interférer avec la liberté individuelle.

Près d'un siècle plus tard, en réaction au rapport Wolfenden sur l'homosexualité et la prostitution, Lord Devlin articulait une version de la thèse du moralisme juridique en faveur du maintien de l'interdiction criminelle des pratiques homosexuelles en privé entre adultes consentants. Cette thèse du moralisme juridique a été fortement critiquée par deux des plus influents philosophes et théoriciens du droit du XX^e siècle, Herbert L.A. Hart et Ronald Dworkin. Ces débats philosophiques ont profondément influencé le discours judiciaire au Canada.

Il existe dans la jurisprudence de la Cour suprême du Canada depuis l'avènement de la Charte, deux approches à l'interprétation et à l'application du principe du préjudice lors de l'examen de la justification du pouvoir de l'État de criminaliser certains comportements. Selon une première démarche, la justification des mesures coercitives ou attentatoires doit reposer sur la démonstration d'un préjudice aux valeurs officiellement reconnues dans notre démocratie libérale. Selon une deuxième approche, la démonstration d'un préjudice social important n'est pas un préalable : l'existence de considérations morales objectives peut parfois suffire.

Les valeurs de la communauté et la justification de l'action gouvernementale en matière criminelle et pénale

Marie-Élaine GUILBAULT

I.	INTRODUCTION.	5
II.	PREMIÈRE PARTIE : LE CONCEPT DE MORALE	6
	A. La morale conventionnelle	6
	B. La morale critique	9
	1. Le point de vue moral	10
	2. L'utilitarisme	11
	3. Le déontologisme	14
III.	DEUXIÈME PARTIE : LE MORALISME JURIDIQUE.	17
	A. Le rapport Wolfenden	17
	B. Le moralisme juridique de Patrick Devlin	18
	1. La thèse de la désintégration	18
	a) La réplique de Hart.	20
	2. La thèse conservatrice	27
	a) La réponse de Ronald Dworkin.	28

IV. TROISIÈME PARTIE : LES VALEURS DE LA COMMUNAUTÉ ET LA JUSTIFICATION DU POUVOIR COERCITIF	31
A. Les conceptions de la moralité	33
B. Le critère du préjudice aux valeurs de la Charte . .	34
C. La justification fondée sur des principes moraux . .	39
V. CONCLUSION	51
VI. BIBLIOGRAPHIE	52

INTRODUCTION

La thèse du moralisme juridique postule que le droit peut être utilisé pour imposer les valeurs de la communauté. À l'ère de la *Charte canadienne des droits et libertés*¹, les valeurs de la communauté, qui ne correspondent pas aux valeurs qui guident nos croyances relatives à ce qui est bien ou juste de faire ou de ne pas faire peuvent-elles encore jouer un rôle dans la justification des restrictions à nos droits et libertés ? Dans l'affirmative, quels sont les critères de validité d'une justification aux restrictions aux droits et libertés de la personne fondée sur ces valeurs de la communauté ? Telles sont les questions auxquelles tente de répondre ce texte.

La première partie de ce texte a pour but de rappeler le cadre théorique sommaire à partir duquel le débat moderne et contemporain sur le moralisme juridique s'est construit. Pour ce faire, nous définirons en termes généraux le concept de morale et nous distinguerons le concept de morale conventionnelle ou positive du concept de morale critique afin d'examiner la relation qu'ils entretiennent.

Dans la deuxième partie, nous examinons la thèse du moralisme juridique articulée par le magistrat britannique Lord Devlin au tournant de la seconde moitié du XX^e siècle en Angleterre dans le cadre des débats philosophiques soulevés par la libéralisation du droit criminel en matière de moralité sexuelle. Après avoir brièvement décrit en quoi elle consiste, nous examinerons les critiques de deux des plus influents philosophes et théoriciens du droit de l'après-deuxième guerre mondiale, Herbert L.A. Hart et Ronald Dworkin.

La troisième partie examine quelques arrêts de la Cour suprême du Canada afin de savoir si la justification de l'intervention de l'État en matière criminelle et pénale peut encore reposer sur des valeurs partagées par les membres de notre société. Dans l'affirmative, il s'agira alors de déterminer si la nature ou le fondement de ces valeurs de la communauté est la morale convention-

1. Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (1982, R.-U., c. 11)] (ci-après « Charte canadienne » ou « Charte »).

nelle ou la morale critique. Notre brève étude de la jurisprudence dévoilera l'existence d'au moins deux approches ou deux raisonnements critiques à l'analyse du pouvoir de l'État de criminaliser certains comportements.

PREMIÈRE PARTIE : LE CONCEPT DE MORALE

La pensée libérale moderne distingue deux acceptions au concept de morale² qui correspondent à deux étapes distinctes dans le questionnement moral. Comme l'explique le philosophe américain Kurt Baier, dans un texte publié il y a une cinquantaine d'années : « [...] [I]f there is to be moral progress there must be at least some who subject the morality of their group to rational scrutiny and attempts to reform it where it is found wanting »³. Selon Baier, une décision morale juste doit reposer sur les meilleures raisons à l'appui d'une ligne de conduite plutôt qu'une autre. Par conséquent, le juge, le législateur ou le simple particulier, qui doit répondre à une véritable question morale, doit la considérer et la résoudre d'un point de vue moral, c'est-à-dire en appliquant un certain nombre de tests compliqués à la résolution du problème moral. À cette fin, la délibération morale procède en deux étapes. La première étape requiert l'identification des règles qui font partie de la morale positive ou conventionnelle d'un groupe donné. La deuxième étape exige une évaluation critique des règles de la morale conventionnelle du groupe à la lumière de normes ou de principes établis du point de vue moral. L'ensemble de ces normes forme ce qu'il convient de nommer la morale critique.

A. La morale conventionnelle

L'identification des règles qui font partie de la morale positive ou conventionnelle comporte sa part de difficultés. La principale difficulté réside dans le fait que les règles et les obligations morales d'une communauté sont des faits sociaux analogues aux

2. Le terme « morale » vient du latin *mores* qui signifie « mœurs ». Dans la culture grecque, ce sont les termes *ethikos* qui signifie « morale » et *ethos* qui signifie « mœurs » qui étaient utilisés, d'où le terme « éthique » dans la langue française. En français, les termes « morale » et « éthique » ont plusieurs acceptions et sont souvent confondus. On distingue parfois les deux concepts, pour désigner, d'une part, les règles de conduite qui concernent les individus eux-mêmes des règles de conduite qui régissent leurs rapports avec autrui (éthique). Pour les fins de ce mémoire, le terme « morale » sera utilisé pour désigner l'ensemble des règles de conduite.

3. Kurt BAIER, « The Point of View of Morality », (1954) 32 *The Australasian Journal of Philosophy* 104, p. 121.

autres séries de faits du même genre. Ces règles de conduite forment un système de régulation sociale au même titre par exemple que le système juridique, la moralité religieuse de la communauté et les autres systèmes de normes comme les règles de l'étiquette, la tradition, les conventions ou les usages. Il importe donc, dans un premier temps, de distinguer les principes et les règles de conduite, qui appartiennent à la morale de la communauté, des principes et règles juridiques, d'une part, et des règles et des prescriptions religieuses, d'autre part. Si une règle donnée appartient à la morale de la communauté, il convient ensuite, dans un deuxième temps, de distinguer celles qui font partie de la morale conventionnelle des autres formes de règles sociales telles que les règles relatives au maintien, au savoir-vivre et à la façon de s'habiller.

Le philosophe Herbert L.A. Hart a fourni une contribution importante à cet effort de théorisation du concept de morale positive ou conventionnelle. Dans *Le concept de droit*⁴, Hart adhère à une approche sociologique⁵ pour décrire ce qu'il appelle la morale conventionnelle ou admise dans une société donnée. Cette approche sociologique qui permet d'identifier les normes ou modèles de conduites de la morale conventionnelle dans une société donnée fait appel à des critères formels précis de reconnaissance⁶. Le premier caractère essentiel à ces règles et ces normes morales partagées concerne leur « importance ». Une règle ou un standard moral doit être considéré comme quelque chose dont le maintien est très important à la vie sociale et à la survie de toute société. Ce premier trait essentiel de la règle morale se manifeste implicitement dans les trois autres caractéristiques de la règle morale identifiées par Hart, soit l'immutabilité de la règle morale aux changements délibérés, le caractère « volontaire » de la faute morale et la pression sociale considérable d'un certain type qui est exercée. En ce qui concerne le caractère d'immutabilité, Hart remarque à juste titre « qu'il serait incompatible avec le rôle que joue la morale dans la vie de l'individu que les règles, principes et critères moraux soient considérés, à l'instar des règles de droit,

4. Herbert L.A. HART, *Le concept de droit*, Bruxelles, Presses des facultés universitaires de Saint-Louis, 1994.

5. Émile Durkheim est considéré comme le père de la sociologie moderne. Il a posé les fondements de la recherche scientifique des phénomènes moraux et il a proposé de substituer aux vues subjectives des moralistes, une « physique des mœurs ». Voir notamment Émile DURKHEIM, *L'éducation morale* (cours prononcé en 1902-1903, présenté par Paul Fauconnet, 1925), Paris, P.U.F., 1992.

6. H.L.A. HART, *op. cit.*, note 4, p. 204 et 205.

comme pouvant faire l'objet d'une création ou d'une modification par un acte délibéré »⁷. Plusieurs courants en philosophie morale expliquent cette propriété de la règle morale par le fait que la morale est, par nature, quelque chose d'abstrait, « qui est « là », qu'il faut reconnaître et qui ne procède pas d'un choix humain délibéré »⁸. Selon Hart, ce trait n'exclut pas la possibilité que « la promulgation ou l'abrogation d'une règle de droit puisse être l'une des causes de modification ou de désuétude d'un modèle moral »⁹. En ce qui a trait à la propriété de la règle morale relative au caractère volontaire de la faute morale, cette caractéristique vise à illustrer la confusion entre l'idée d'excuse et de justification sur le plan de la responsabilité morale. Bien que le domaine de la morale soit essentiellement exclusif au comportement « interne », celui des remords, selon Hart, il ne s'ensuit pas l'idée que la morale ne soit pas également une forme de contrôle de la conduite extérieure au même titre que le droit¹⁰. Finalement, la troisième propriété de la règle morale identifiée par Hart concerne le type de pression sociale exercée pour la maintenir. Le recours à la menace ou à la crainte d'un châtiment à des fins de dissuasion ne suffit pas. Pour qu'une règle qui impose des obligations puisse être considérée comme faisant partie de la morale d'un groupe social, et l'obligation qui en découle d'obligation morale, il est nécessaire que la pression sociale exercée sur ceux qui s'en écartent ou menacent de s'en écarter fasse intervenir les sentiments de remords et de culpabilité¹¹.

Chez Hart, toutes les règles ou tous les standards de conduite communs ou partagés qui manifestent les quatre traits sociologiques d'une règle morale font partie de la morale conventionnelle dans une société donnée. Toutefois, les méthodes sociologiques de la généralisation et de la théorie, basées sur l'observation, ne suffisent pas pour appréhender ce phénomène social. En effet, soutient Hart, cette approche purement externe, appelée le point de vue externe ou de l'observateur extérieur, c'est-à-dire, cette attitude de celui qui observe la vie d'une communauté et décrit les règles de conduite de ses membres, sans y participer et sans manifester une quelconque adhésion à ces règles¹², fait passer sous

7. *Ibid.*, p. 212, par. 172.

8. *Ibid.*, p. 213, par. 172.

9. *Ibid.*

10. *Ibid.*, p. 215.

11. *Ibid.*, p. 217, par. 176.

12. *Ibid.*, p. 87.

silence « toute une dimension de la vie sociale de ceux qu'il observe »¹³. Cette dimension fondamentale de la vie sociale a trait au motif ou à la raison qui érige un modèle de comportement en une obligation :

Pour ceux-ci, le feu rouge ne constitue pas seulement un signe de ce que les autres vont s'arrêter : ils le considèrent comme un signal qui leur est adressé de s'arrêter, et ainsi comme une raison de s'arrêter en conformité avec des règles qui érigent le fait de s'arrêter lorsque le feu est rouge en un modèle de comportement et en font une obligation. Cette remarque a pour effet de faire entrer en ligne de compte la façon dont le groupe considère son propre comportement. Elle consiste à se référer à l'aspect interne des règles examinées de leur point de vue *interne*.¹⁴

Par conséquent, si nous voulons nous faire une idée réaliste de la morale sociétaire ou conventionnelle, nous devons également porter notre attention sur l'aspect interne de ce phénomène social. Ce point de vue interne ou herméneutique¹⁵ fait référence aux attitudes et au comportement de ceux qui acceptent volontairement les règles morales comme un modèle général de comportement. Il révèle une « attitude de réflexion critique à l'égard d'un certain type de comportement, considéré comme un modèle commun »¹⁶. Comme le précise Hart, « pour qu'une règle sociale existe, il faut qu'au moins certains d'entre eux considèrent le comportement en question comme un modèle général que doit observer le groupe dans son ensemble »¹⁷. En ce sens, la règle morale, en tant que règle sociale, « possède un aspect interne, qui s'ajoute à l'aspect externe qu'elle partage avec l'habitude sociale »¹⁸.

B. La morale critique

La morale critique désigne un point de vue moral à partir duquel les règles sociales d'un groupe particulier sont susceptibles d'être évaluées et critiquées. La morale critique est aussi dite normative ou substantielle, en ce sens qu'elle s'intéresse aux principes, critères ou normes morales permettant de déterminer ce

13. *Ibid.*

14. *Ibid.*, p. 115.

15. Le terme « herméneutique » provient du mot grec *hermeneia*, qui signifie « interprétation » et provient lui-même du dieu Hermès, intermédiaire (interprète) entre les dieux et les hommes.

16. H.L.A. HART, *op. cit.*, note 4, p. 130.

17. *Ibid.*

18. *Ibid.*

qui est juste ou non, bien ou mal, et ce, à des fins d'évaluation et de justification d'une décision morale.

1. *Le point de vue moral*

Pour les théoriciens du point de vue moral comme Kurt Baier, le rôle des philosophes de la morale « is to give a perspicuous representation of what criteria we actually use in distinguishing good and bad reasoning in our actual moral lives. What criteria do we appeal to in deciding whether something is a good reason in ethics ? »¹⁹. Selon Baier, nous pouvons identifier les critères appropriés du raisonnement moral « by carefully examining, in the live contexts of its use, paradigms of moral reasoning »²⁰. Afin de déterminer quels sont les bons arguments moraux, il est d'abord nécessaire de déterminer ce que signifie raisonner à partir d'un point de vue moral.

Chez Baier, nous adoptons ce qu'il appelle un point de vue moral lorsque « we regard the rules belonging to the morality of the group as designed to regulate the behaviour of people all of whom are to be treated as equally important “centers” of craving, impulses, needs, aims and aspirations ; as people with ends of their own which are entitled *prima facie*, to be attained »²¹. Si nous adoptons ce point de vue moral, nous pouvons, nous dit Baier, distinguer entre la délibération morale et les autres formes de délibération ainsi qu'entre les règles morales et les autres formes de règles sociales et établir des règles de différenciation et de priorité « which will enable us to sort out in moral conflicts where the weight of reason lies and what reasons are genuinely good reasons for moral decisions and commitments »²².

Le point de vue moral, selon Baier, est le point de vue « of an independent, unbiased, impartial, objective, dispassionate, disinterested observer »²³. Une conviction morale est justifiée, selon la morale critique de Baier « if and only if it is a conviction that would be agreed to by all who honestly take the Moral point of view and are clearheaded, logical and fully knowledgeable about the rele-

19. Kai NIELSEN, « Moral Point of View Theories », (1999) 93 *Critica : revista hispanoamericana de filosofía* 105, p. 107.

20. Kurt BAIER, *The Moral Point of View : A Rational Basis of Ethics*, Ithaca (New York, USA), Cornell University Press, 1958, p. 122.

21. *Ibid.*, p. 123.

22. K. NIELSEN, *loc. cit.*, note 19, p. 107.

23. K. BAIER, *op. cit.*, note 20, p. 210.

vant kinds of facts »²⁴. Il est ainsi possible de justifier, à l'aide du point de vue moral, certaines pratiques, règles et principes de la morale conventionnelle. De plus, les règles morales sont conçues pour le bien-être de tous et les principes moraux « are binding on everyone alike quite irrespective of what are the goals or purposes of the person in question »²⁵. De ce point de vue moral, Baier identifie le principe d'égalité comme l'un de plus importants principes moraux qui permet de tester la morale conventionnelle :

[I]f from the point of view of morality we look upon human beings as equally engaged in the pursuit of their legitimate interests, we would expect one of the principles by which we test group moralities to be this, that a genuine moral rule must be for the good of human beings. And, since, from the point of view of morality, all are to be regarded equally, we would expect that the rules should affect everyone alike.²⁶

Pour plusieurs auteurs, ce que désigne Baier comme étant le point de vue moral en philosophie morale n'est que la « characterization of, broadly speaking, the liberal moral point of view of modern morality »²⁷. Revendiquer comme le fait Baier que « an attitude of equal respect for all persons or a belief in their having equal intrinsic worth (or having equal basic rights) »²⁸ est une condition nécessaire au point de vue moral démontre, selon eux, que ce dernier considère la morale comme étant « a restricted cluster of moralities and of liberal moralities preeminently and not of all those things and only those things that are moralities »²⁹.

2. L'utilitarisme

Les utilitaristes auraient été parmi les premiers théoriciens du point de vue moral. L'utilitarisme fait partie des théories de

24. K. NIELSEN, *loc. cit.*, note 19, p. 108.

25. K. BAIER, *op. cit.*, note 20, p. 195.

26. *Ibid.*, p. 126.

27. Kai NIELSEN, *op. cit.*, note 19, p. 108. Voir également, à ce sujet, John Leslie MACKIE, « Critical Notice of *The Place of Reason in Ethics* », (1951) 29 *The Australasian Journal of Philosophy* 111 ; John Leslie MACKIE, *Contemporary Linguistic Philosophy : Its Strength and Weakness*, Otago (Nouvelle Zélande), University of Otago Press, 1956 ; David Hector MONRO, « Are Moral Problems Genuine ? », (1956) 55 *Mind* 166 ; David Hector MONRO, « Critical Notice of Kurt Baier's *The Moral Point of View* », (1959) 37 *The Australasian Journal of Philosophy* 1.

28. K. NIELSEN, *loc. cit.*, note 19, p. 108.

29. *Ibid.*, citant William K. FRANKENNA, « Moral-Point-of-View Theories », dans Normand BOWIE (dir.), *Ethical Theory*, Indianapolis (IN), Hackett Publishing, 1983, p. 39-79, p. 60.

type conséquentialiste. On désigne par conséquentialisme l'ensemble des théories morales qui fondent ses principes moraux sur une norme issue de l'observation et de l'expérience. Le philosophe conséquentialiste affirme que ce sont les conséquences d'une action donnée qui constituent le fondement de tout jugement moral. Ainsi, d'un point de vue conséquentialiste, une action moralement juste est une action dont les conséquences sont bonnes. L'utilitarisme classique de Bentham, par exemple, entendait juger de la moralité ou non de toute action, individuelle ou gouvernementale, « par la tendance qu'elle semble présenter d'augmenter ou de diminuer le bonheur de celui ou de ceux dont l'intérêt est en jeu »³⁰. Selon Bentham, le fondement de la morale repose sur le principe suivant : « La nature a placé l'humanité sous l'égide de deux maîtres souverains, la *peine* et le *plaisir*. C'est à eux seuls d'indiquer ce que nous devons faire aussi bien que de déterminer ce que nous ferons. »³¹

Dans *De la liberté*³², Mill défend un principe utilitariste simple « fondé à régler absolument les rapports de la société et de l'individu dans tout ce qui est contrainte ou contrôle, que les moyens utilisés soient la force physique par le biais de sanctions pénales ou la contrainte morale exercée par l'opinion publique »³³. Ce principe critique veut que la seule justification pour interférer avec la liberté individuelle soit de prévenir un préjudice à autrui. Mill ajoute que la contrainte de quiconque « pour son propre bien, physique ou moral, ne constitue pas une justification suffisante »³⁴. « Un homme ne peut pas être légitimement contraint d'agir ou de s'abstenir sous prétexte que ce serait meilleur pour lui, que cela le rendrait plus heureux ou que, dans l'opinion des autres, agir ainsi serait sage ou même juste. »³⁵

30. Jeremy BENTHAM, *An Introduction to the Principles of Morals*, 1789, trad. par Jean-Pierre CLÉRO dans Catherine AUDARD, *Anthologie historique et critique de l'utilitarisme*, t. 1, Paris, P.U.F., 1999, p. 202.

31. *Ibid.*, p. 201 :

« À leur trône, sont fixés, d'un côté, la norme du bien et du mal, de l'autre, l'enchaînement des causes et des effets. Ils nous gouvernent dans tout ce que nous faisons, dans tout ce que nous disons, dans tout ce que nous pensons : tout effort que nous pouvons faire pour secouer le joug ne servira jamais qu'à le démontrer et à le confirmer. »

32. John Stuart MILL, *De la liberté*, trad. par Laurence LENGLET, Paris, Gallimard, 1990.

33. *Ibid.*, p. 74.

34. *Ibid.*

35. *Ibid.*

Le principe du préjudice de Mill permettant de justifier l'exercice du pouvoir coercitif de l'État se définit donc en fonction des seuls intérêts d'autrui qui puissent être considérés comme des droits tacitement ou expressément reconnus :

[...] Le fait seul de vivre en société impose à chacun une certaine ligne de conduite envers autrui. Cette conduite consiste premièrement, à ne pas nuire aux intérêts d'autrui, ou plutôt à certains de ces intérêts qui, soit par disposition expresse légale, soit par accord tacite, doivent être considérés comme des droits.³⁶

Avec ce principe critique, Mill entend triompher des contraintes normatives et collectives qu'il appelle « la tyrannie de l'opinion et du sentiment dominants »³⁷ ou cette « tendance de la société à imposer, par d'autres moyens que les sanctions pénales, ses propres idées et ses propres pratiques comme règles de conduite à ceux qui ne seraient pas de son avis »³⁸. L'utilité est le « critère absolu dans toute question éthique »³⁹. Toutefois, Mill précise que ce critère doit être compris dans son sens le plus large, c'est-à-dire comme étant fondé sur « les intérêts permanents de l'homme en tant qu'être susceptible de progrès »⁴⁰. En effet, le principe critique de Mill repose sur la conviction ou la valeur de « l'individualité ». Le libre développement de « l'individualité » est pour Mill un principe essentiel du bien-être et la condition nécessaire à tout ce qu'on désigne par civilisation, instruction, éducation ou culture⁴¹. Seul l'entretien de cette « individualité » de choix sur notre mode de vie et nos préférences et d'affirmation de nos droits peut « produire des êtres humains bien développés »⁴².

Sur le plan pratique, le principe du préjudice à autrui dégagé par Mill n'entend s'appliquer qu'aux êtres humains dans la maturité de leurs facultés. Par conséquent, le principe du préjudice à autrui s'oppose à l'intervention étatique, soit par la force physique, soit par le biais de la sanction pénale, pour protéger les victimes consensuelles contre un préjudice physique. Par contre, le principe du préjudice permet les interventions paternalistes de l'État pour protéger ceux et celles qui sont incapables de prendre des décisions réfléchies relatives à leur meilleur intérêt.

36. *Ibid.*, p. 177.

37. *Ibid.*, p. 67.

38. *Ibid.*

39. *Ibid.*, p. 76.

40. *Ibid.*

41. *Ibid.*, p. 147.

42. *Ibid.*, p. 158.

3. Le déontologisme

À l'opposé des utilitaristes, l'on retrouve les théories déontologistes qui portent leur regard sur les types d'actions plutôt que sur les conséquences particulières de ces actions. Un déontologiste affirme que certaines actions sont immorales par nature et que nous devrions suivre nos règles morales quelles qu'en soient les conséquences. Chez Kant, par exemple, le concept de justice est antérieur au bien. La philosophie kantienne soutient que les lois morales sont des « impératifs catégoriques », c'est-à-dire des « lois sans exception » auxquelles on doit obéir inconditionnellement. L'un des impératifs catégoriques de Kant le plus connu est : « Agis de façon telle que tu traites l'humanité aussi bien dans ta personne que dans tout autre toujours en même temps comme fin, et jamais simplement comme moyen »⁴³. La conception kantienne de la morale gravite autour du concept de l'autonomie du sujet moral. L'autonomie de la volonté, en tant que « principe de la dignité de la nature humaine et de toute nature raisonnable »⁴⁴, est le principe suprême de la moralité. Les lois morales, chez Kant, peuvent être partagées par tous, au-delà des convictions, des valeurs et des croyances de chacun. Les fondements de cette morale universelle ne reposent pas sur une vérité supérieure, d'origine divine ou révélée à l'homme, mais plutôt sur les principes de la raison pratique. Chez Kant, seules les actions dont la maxime sera conforme à ce principe seront morales. Il n'y a pas ici de fin instrumentale, l'impératif catégorique s'impose de lui-même sans autre justification. C'est dans cette perspective kantienne que se situe toute une série de philosophes libéraux contemporains tels que Rawls.

Rawls est un théoricien de la philosophie morale critique qui défend une approche à la réflexion morale ou un point de vue moral largement inspiré de l'herméneutique⁴⁵ et qu'il convient de qualifier de constructiviste. Le point de vue moral de type constructiviste de Rawls fait appel à l'équilibre réfléchi large (ERL)⁴⁶. Le point de départ de la réflexion morale selon l'ERL est la *Sittlichkeit*, cet ensemble de normes qui sont, culturellement par-

43. Emmanuel KANT, *Fondements de la métaphysique des mœurs*, Paris, Delagrave, 1969, p. 40.

44. *Ibid.*, p. 46.

45. Voir note 15 pour la définition.

46. John RAWLS, *Théorie de la justice*, trad. par Catherine AUDARD, Paris, Seuil, 1997.

lant, profondément enracinées et qui sont indissociables de notre réseau d'institutions⁴⁷. Ces normes particulières, qu'après mûre réflexion nous refuserions de nier, sont ce que John Rawls appelle nos jugements ou nos convictions bien pesés. Ce sont des jugements « sur lesquels nous sommes certains de ne jamais revenir, comme lorsque Lincoln déclare : « Si l'esclavage n'est pas un tort alors rien ne l'est » »⁴⁸. Bien souvent, ces jugements les plus fermes reposent non seulement sur les droits et les obligations mais sur des considérations déontologiques ou téléologiques, c'est-à-dire sur des truismes moraux tels que : le plaisir est bon et la douleur mauvaise⁴⁹. Le point de départ de l'ERL n'est donc pas le « point de vue de nulle part » ou celui d'êtres « nouméniaux purement rationnels sans attaches locales ou culturelles »⁵⁰ :

Si nous cherchons à adopter, vis-à-vis de nos convictions morales bien pesées et nos conceptions morales et intellectuelles globales, l'optique propre à une époque et à un lieu radicalement différents, nous sommes voués à l'échec. [...] nous sommes les enfants de la modernité et nous sommes profondément influencés par ses conditionnements et ses consensus dominants.⁵¹

Pour que nos croyances ou nos jugements soient « bien pesés », dans le sens où John Rawls l'entend, ils doivent être émis dans des conditions « favorables à l'exercice de nos facultés de raison et de notre sens de la justice »⁵², c'est-à-dire « lorsque notre capacité de jugement a toutes les chances d'avoir été pleinement exercée et de n'avoir pas été affectée par des influences qui pourraient la fausser »⁵³. Lorsque ses conditions favorables sont présentes, notre croyance, notre conviction ou notre jugement moral présente certaines garanties. Comme le précise Rawls, « [L]es fonctions de juge et d'arbitre sont conçues de manière à inclure des conditions qui encouragent l'exercice des vertus judiciaires, comme l'impartialité et le discernement, de manière à ce qu'on puisse considérer que les verdicts de ces personnes s'approchent de jugements bien pesés, dans la mesure du possible »⁵⁴.

47. Kai NIELSEN, « À la recherche d'une perspective émancipatrice : l'équilibre réfléchi large et le cercle herméneutique », dans Jocelyne COUTURE (dir.), *Éthique et rationalité*, Liège, Pierre Mardaga, 1992, p. 53.

48. John RAWLS, *La justice comme équité : une reformulation de Théorie de la justice*, Montréal, Boréal, 2003, p. 53.

49. K. NIELSEN, *op. cit.*, note 47, p. 56.

50. *Ibid.*, p. 55.

51. *Ibid.*

52. J. RAWLS, *op. cit.*, note 48, p. 53.

53. *Ibid.*

54. *Ibid.*

Pour John Rawls, ce modèle de l'ERL est non seulement un point de départ approprié pour la réflexion morale, mais aussi une entreprise de justification de principes moraux plus généraux comme les principes de justice. L'idée centrale de l'ERL est que nous testons les différents éléments d'un système de croyances morales en cherchant à les rendre cohérents entre eux, c'est-à-dire en cherchant des principes plus généraux ou plus abstraits susceptibles d'exprimer ce que ces croyances ont en commun. Cet exercice suppose un processus d'ajustement mutuel – une mise en équilibre – des principes et des croyances au terme duquel certaines croyances devront être abandonnées ou, à tout le moins, révisées.

C'est en ce sens que l'ERL adopte, à partir de nos jugements bien considérés les plus fermes, un modèle cohérentiste de la justification et de la rationalisation pour tenter de faire entrer les jugements bien pesés dans un ERL⁵⁵. La justification d'une thèse selon laquelle nous avons un point de vue moral donné « relève de l'appui réciproque que se portent plusieurs considérations, de leur agencement en une conception cohérente »⁵⁶. Notre sens de ce qui est correct et de ce qui ne l'est pas, de ce qui est bon et de ce qui est mauvais peut, bien qu'il repose d'abord sur la tradition et un certain consensus, « subir des changements importants commandés par le raisonnement critique et l'enquête menée à la lumière de nos convictions bien pesées »⁵⁷. En effet, selon les théories de la philosophie morale qui adhèrent à l'ERL, « l'agent moral réfléchi qui part d'une *Sittlichkeit* distinctive peut rejeter, et rejettera de fait, certains éléments, voire des blocs entiers de ces normes institutionnelles, ou il remodelera certaines de ces normes qui lui sont culturellement données, ou encore, peut-être, en forgera-t-il de nouvelles »⁵⁸. Toutefois, il ne pourrait « rejeter de manière cohérente l'ensemble entier des normes institutionnelles qui prévalent dans le monde-vécu où il est parvenu à la conscience ou encore s'en abstraire pour repartir à zéro »⁵⁹.

Conformément à la tradition des Lumières, cette méthode de raisonnement en matière de morale suppose que nous accédions à une morale universelle, c'est-à-dire, une morale qui se situe au-

55. K. NIELSEN, *op. cit.*, note 47, p. 54.

56. RAWLS (1971), p. 21, 579 cité dans K. NIELSEN, *op. cit.*, note 47, p. 59.

57. K. NIELSEN, *op. cit.*, note 47, p. 59.

58. *Ibid.*, p. 53.

59. *Ibid.*

delà de « l'opinion reçue ». Kai Nielsen résume de la façon suivante la technique de l'ERL :

En tant que théorie cohérentiste de la justification et du raisonnement moral, l'ERL vise « à établir et à donner une représentation adéquate de la cohérence entre 1) nos convictions morales bien pesées ; 2) un ensemble ou à tout le moins un groupe de principes moraux et 3) un ensemble ou une groupe de théories qui forment leur arrière-fond, à commencer par des théories morales et des théories sociales parmi lesquelles figureront certainement des théories empiriques portant sur notre univers social et sur la manière dont nous, humains, y fonctionnons.⁶⁰

Ces théories qui font appel à l'ERL sont maintenant de plus en plus nombreuses. Par exemple, Ronald Dworkin a adopté l'approche de l'ERL de Rawls comme méthodologie sous-jacente à l'élaboration de sa conception de la moralité⁶¹.

DEUXIÈME PARTIE : LE MORALISME JURIDIQUE

La deuxième partie de ce texte examine la thèse du moralisme juridique du magistrat britannique Lord Devlin, élaborée en réponse aux conclusions du rapport Wolfenden⁶² en faveur de la décriminalisation des pratiques homosexuelles entre adultes consentants. Nous décrirons brièvement l'argumentation présentée par Lord Devlin et les critiques des philosophes du droit les plus influents de la deuxième moitié du XX^e siècle : Ronald Dworkin et Herbert L.A. Hart.

A. Le rapport Wolfenden

En 1954, en Angleterre, un Comité spécial dirigé par John Wolfenden est chargé de rédiger un rapport sur le bien-fondé d'interdictions criminelles en matière de pratiques homosexuelles et de prostitution. Ce rapport Wolfenden recommande la légalisation des pratiques homosexuelles entre adultes consentants ainsi que la prostitution lorsqu'exercées en privé parce que « [i]t is not the duty of the law to concern itself with immorality as such »⁶³.

60. *Ibid.*, p. 54.

61. Ronald DWORKIN, *Prendre les droits au sérieux*, trad. Marie-Jeanne ROSSI-GNOL et Frédéric LIMARE, Paris, Presses universitaires de France, 1995, p. 239-278.

62. ROYAUME-UNI, *The Wolfenden Report : Report of the Committee on Homosexual Offences and Prostitution*, New York, Stein and Day, 1963, ci-après le « rapport Wolfenden ».

63. *Ibid.*, par. 257.

Le principe de morale critique au soutien des conclusions du rapport résume la conception de la fonction du droit criminel défendue par les commissaires :

[...] is to preserve public order and decency, to protect the citizens from what is offensive or injurious and to provide sufficient safeguards against exploitation or corruption of others, particularly those who are specially vulnerable because they are young, weak in body or mind or inexperienced, or in a state of special physical, official or economic dependence.

It is not, in our view, the function of the law to intervene in the private lives of citizens, or to seek to enforce any particular pattern of behaviour, further than is necessary to carry out the purposes we have outlined.⁶⁴

La justification de ce principe de morale critique au soutien des conclusions du rapport Wolfenden repose sur la valeur que les commissaires accordent à la liberté individuelle et à la protection d'une sphère privée :

The importance which society and the law ought to give to individual freedom of choice and action in matters of private morality. Unless a deliberate attempt is to be made by society, acting through the agency of the law, to equate the sphere of crime with that of sin, there must remain a realm of private morality which is, in brief and crude terms, not the law's business.⁶⁵

B. Le moralisme juridique de Patrick Devlin

La publication du rapport Wolfenden a soulevé une certaine controverse et a fait renaître un courant de pensée en Angleterre appelé le moralisme juridique. L'argumentation de Lord Devlin en faveur de l'utilisation du droit pour imposer les valeurs de la communauté en matière de moralité sexuelle repose sur deux versions distinctes du moralisme juridique : une version « modérée », appelée également la « thèse de la désintégration », et une version « extrême » ou « conservatrice ».

1. La thèse de la désintégration

La thèse de la désintégration de Devlin postule que la morale publique constitue le ciment de toute société : « without it there

64. *Ibid.*, p. 23-24, par. 13-14.

65. *Ibid.*, par. 62.

would be aggregates of individuals but no society »⁶⁶. Il s'ensuit qu'en l'absence de cette force de cohésion, la société ne pourrait continuer de survivre et d'exister. Par conséquent, la société a le droit d'utiliser le droit pour interdire certains comportements antisociaux, c'est-à-dire les conduites susceptibles d'apporter des changements importants ou significatifs aux institutions sociales qui font partie des valeurs morales communes autour desquelles les gens s'intègrent en vue de former une société :

[...] [S]ociety means a community of ideas. Without shared ideas on politics, morals, and ethics no society can exist. Each one of us has ideas about what is good and what is evil ; they cannot be kept private from the society in which we live. If men and women try to create a society in which there is no fundamental agreement about good and evil they will fail ; if, having based it on common agreement, the agreement goes, the society will disintegrate. For society is not something that is kept together physically ; it is held by the invisible bonds of common thought. If the bonds were too far relaxed the members would drift apart. A common morality is part of the bondage. The bondage is part of the price of society ; and mankind, which needs society, must pay its price.⁶⁷

Selon cette version « modérée » du *moralisme juridique*, le maintien d'une morale conventionnelle ou partagée parmi les membres d'une communauté est « as necessary to society's existence as a recognized government, and though a particular act of immorality may not harm or endanger or corrupt others nor, when done in private, either shock or give offence to others, this does not conclude the matter »⁶⁸. Il ressort de la thèse de la désintégration de Devlin que la préservation des valeurs morales communes, quelles qu'elles soient, est une question de bonne gouvernance :

Society is entitled by means of its laws to protect itself from dangers, whether from within or without. Here again I think that the political parallel is legitimate. The law of treason is directed against aiding the king's enemies and against sedition from within. The justification of this is that established government is necessary for the existence of society and therefore its safety against violent overthrow must be secured. But an established morality is as nec-

66. Herbert L.A. HART, « Social Solidarity and The Enforcement of Morality », dans Herbert L.A. HART, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Oxford University Press, 1983, p. 48.

67. Patrick DEVLIN, *The Enforcement of Morals*, Londres, Oxford University Press, 1965, p. 10.

68. *Ibid.*, p. 11.

essary as good government to the welfare of society. Societies disintegrate from within more frequently than they are broken up by external pressures. There is disintegration when no common morality is observed and history shows that the loosening of moral bonds is often the first stage of disintegration, so that society is justified in taking the same steps to preserve its moral code as it does to preserve its government and other essential institutions. The suppression of vice is as much the law's business as the suppression of subversive activities ; it is no more possible to define a sphere of private morality, than it is to define one of private subversive activity.⁶⁹ [...] There can be no "theoretical limits" to legislation against immorality just as there are no such limits to the power of the state to legislate-against treason and sedition.⁷⁰

a) *La réplique de Hart*

En tant que théoricien du point de vue moral, l'argumentation de Hart à l'encontre de la thèse de la désintégration de Lord Devlin fait appel à la distinction entre la morale conventionnelle ou positive, « the morality actually accepted and shared by a given social group »⁷¹, et la morale critique, « the moral principles used in the criticism of actual social institutions including positive morality »⁷². Selon Hart, « not merely do both sort of morality [« positive » and « critical » morality] have a common reference to and concern with how we are to live together socially. They are both in the same way dependent on the attitudes people bring to bear on social conduct judged against standards for that conduct »⁷³. La morale critique chez Hart « brings under critical reflection our ways of passing judgement on behaviour and the – perhaps merely traditional – standards we use in doing so »⁷⁴. Selon Hart, la morale critique présuppose l'existence de critères formels et substantiels similaires à ceux de Baier. Les critères formels de la critique morale, ceux de rationalité et de généralité, supposent au moins deux critères substantiels. Premièrement, la critique que l'on peut reconnaître comme étant morale de « l'ordonnement du tout social »⁷⁵ ne devrait pas reposer sur

69. *Ibid.*, p. 13.

70. *Ibid.*, p. 14.

71. Herbert L.A. HART, *Law, Liberty and Morality*, Orxford, Oxford University Press, 1963, p. 20.

72. *Ibid.*

73. N. MACCORMICK, *H.L.A. Hart*, Stanford, California, Stanford University Press, 1981, p. 50.

74. *Ibid.*

75. H.L.A. HART, *op. cit.*, note 4, p. 220.

des « croyances dont on peut démontrer le caractère erroné »⁷⁶. Deuxièmement, « la protection contre les maux, que la morale assure de manière spécifique par le canal des actions et des abstentions qu'elle impose, devrait s'étendre au moins à tous ceux qui sont capables, et qui acceptent spontanément, d'observer de telles restrictions »⁷⁷. Pour Hart, la morale, à laquelle le droit doit se conformer pour être bon, doit viser des modèles rationnels, c'est-à-dire, des modèles qui « reposent sur des convictions rationnelles relatives à des questions de fait, et qu'ils considèrent tous les êtres humains comme ayant droit à une égale considération et à un égal respect »⁷⁸. Ces modèles rationnels font référence à des principes de justice selon lesquels « un système de justice doit considérer tous les êtres humains qui relèvent de son champ d'application comme ayant droit à certaines protections et libertés fondamentales »⁷⁹. Ces principes de justice sont, selon Hart, généralement acceptés comme énonçant un idéal d'une pertinence évidente dans la critique du droit⁸⁰. Chez Hart, « la morale éclairée qui reconnaît ces droits possède un titre particulier à être considérée comme la morale vraie, et ne constitue pas seulement une morale parmi de nombreuses autres possibles »⁸¹.

Évidemment, ce n'est pas sous prétexte que la critique de la morale communément admise ou d'autres formes d'ordonnement social, faite au nom de la liberté ou de l'égalité, est reconnue elle-même comme étant une critique morale, que le rejet de cette critique au nom d'autres valeurs ne peut pas revêtir aussi un caractère moral. La dénonciation d'une restriction de la liberté peut se voir opposer la thèse selon laquelle le fait de sacrifier la liberté à l'égalité sociale ou économique ou encore à la sécurité était lui-même justifié.⁸²

Hart convient qu'en matière de moralité sexuelle, le principe du préjudice à autrui de Mill comme seule justification ou seule raison légitime que puisse avoir une communauté pour interférer avec la liberté individuelle est insuffisante⁸³. Comme Hart l'explique, il est loin d'être évident que l'importance que les membres

76. *Ibid.*

77. *Ibid.*, p. 246.

78. *Ibid.*

79. *Ibid.*

80. *Ibid.*

81. *Ibid.*

82. *Ibid.*, p. 220-221, par. 178-179.

83. H.L.A. HART, *op. cit.*, note 71.

d'un groupe accordent à certains comportements sexuels soit liée à la conviction que ces conduites sont nuisibles à autrui. Pour déterminer le degré d'importance d'une règle morale, poursuit Hart, il faut évaluer les convictions ou les valeurs morales la soutenant⁸⁴ :

Même dans une société moderne qui a cessé de considérer sa morale comme imposée par Dieu, l'évaluation du tort fait à autrui n'entre pas en ligne de compte pour déterminer le degré d'importance attaché à des règles morales relatives au comportement sexuel comme l'interdiction courante de l'homosexualité. Les fonctions et les pulsions sexuelles sont des domaines d'une telle importance et d'une telle charge émotionnelle pour tous, que les déviations par rapport à leurs formes d'expression normales ou admises en arrivent facilement à être revêtues d'une « pudeur » ou d'une importance intrinsèque. Ces déviations font l'objet d'une horreur générale, non pas en raison de la conviction qu'elles entraînent des maux sociaux, mais parce qu'elles sont jugées « anti-naturelles » ou répugnantes en elles-mêmes. Il serait donc absurde de refuser de qualifier de moraux des interdits sociaux aussi énergiques ; la morale sexuelle est d'ailleurs peut-être l'aspect le plus important de ce que l'homme de la rue estime être la morale. Certes, le fait qu'une société puisse concevoir sa propre morale sous cet angle « non utilitariste » ne signifie pas que ses règles soient à l'abri de la critique ou de la condamnation, quand leur maintien est jugé inutile ou quand ce maintien est assuré au prix d'une grande souffrance.⁸⁵

84. Dans son livre, *H.L.A. Hart, op. cit.*, note 73, p. 45-54, Neil MacCormick nous invite à voir que l'*aspect interne* de la règle de conduite chez Hart présuppose un engagement envers certaines valeurs morales : « [...] morality includes rules, and they can come into being, change, achieve canonical formulations and so forth. [...] What makes them moral rules is their intrinsic involvement with values people hold seriously ». Ces valeurs morales qui guident nos croyances sur ce qui est bien ou mal de faire pour soi-même et envers autrui sont des standards de la morale conventionnelle « in the sense that judgements of conduct can have direct reference to them. » p. 50. Ces valeurs morales « must be subject to some kind of implicit ranking, for without that, Hart's criterion of importance, the first feature of moral rules and standards would be empty », p. 50. En ce sens, ces valeurs ont également un rôle de deuxième niveau :

« To act indecently, to act immodestly, to act inconsiderately. These are moral misdemeanours. Not because there are rules in our morality defining these qualities. There is not even any clear cut "rule" in our morality defining noisily drunk or quietly drunk on the bus. We have conventional understandings about engaging strangers in conversation or letting them alone. We have expectations, albeit somewhat inexact, about the level and pitch of voice which is right in public-service vehicles, such that all who want to talk to a neighbour can, others being neither shouted down nor distracted and modesty come to have particular applicability in a given case only through reference to such understandings. The value of considerateness has then a second-level applicability since it involves not infringing expectations which conventional understanding lead us to have. » p. 51.

85. H.L.A. HART, *op. cit.*, note 4, par. 170.

L'essentiel de l'argumentation de Hart à l'encontre de la thèse de la désintégration de Lord Devlin comporte trois volets. Dans un premier temps, Hart souligne que ce qu'il est essentiel d'observer à propos de la question de savoir si les lois devraient être utilisées pour imposer des valeurs morales, est qu'elle est avant tout une question de morale politique : « [...] that it is [the question about morality] also itself a question of morality. It is the question whether the enforcement of morality is morally justified ; so morality enters into the question in two ways »⁸⁶.

Pour répondre à cette question sur la sanction juridique de la morale, il est nécessaire de faire appel aux principes et critères de la morale critique :

[...] it is surely clear that anyone who holds the question whether a society has the "right" to enforce morality, or whether it is morally permissible for any society to enforce its morality by law, to be discussable at all, must be prepared to deploy general principles of critical morality. In asking the question [whether a society has the "right" to enforce morality, or whether it is morally permissible for any society to enforce its morality by law], we are assuming the legitimacy of a standpoint which permits criticism of the institutions of any society, in the light of general principles and knowledge of the facts.⁸⁷

Selon Hart, on ne peut pas répondre de façon satisfaisante à ce questionnement, propre à la philosophie politique, en démontrant simplement qu'il est un fait que, dans certaines sociétés, on considère généralement qu'il est moralement bien d'utiliser le droit criminel pour imposer une conformité entre des pratiques et des comportements, qui ne causent pas ou peu de préjudice à autrui, et les prescriptions de la morale positive. Le genre de réponse exigée nécessite que nous allions au-delà du premier niveau du raisonnement moral en faisant valoir des arguments

86. H.L.A. HART, *op. cit.*, note 71, p. 17. Voir, dans le même sens, Neil MACCORMICK, *Legal Right and Social Democracy : Essays in Legal and Political Philosophy*, Oxford, Oxford University Press, 1982, p. 18 :

« The starting-point for discussion of the question is to recognize that it is itself a question of morality, rather more specifically a question of political morality. For it is a question about the right exercise of the public powers vested in agencies of state – legislatures, governments, judges, police, and prosecutors. Whoever attempts to give a general answer to the question about the right exercise of such power is necessarily committed to stating practical principles for the guidance of those who exercise them. »

87. *Ibid.*, p. 19.

fondés sur des principes moraux objectifs, rationnels et universellement acceptables de la morale critique :

It is true that Mill's critics have often made much of the fact that English law does in several instances, apparently with the support of popular morality, punish immorality as such, especially in sexual matters ; but they have usually admitted that this is where the argument begins, not where it ends.[...]. But they do not, at any rate, put forward their case as simply proved by pointing to these social facts. Instead they attempt to base their own conclusion that it is morally justifiable to use the criminal law in this way on principles which they believe to be universally applicable, and which they think are either quite obviously rational or will be seen to be so after discussion.⁸⁸

Dans cette perspective, la « thèse de la désintégration », au soutien de la conclusion de Devlin selon laquelle il est bien que la société maintienne la criminalisation de l'homosexualité en privé entre adultes consentants parce que c'est le genre de conduite de nature à menacer son existence, repose sur un argument conçu en termes de principe général de morale critique :

[...] Lord Devlin's principle that a society may take the steps required to preserve its organized existence is not itself tendered as an item of English popular morality, deriving its cogency from its status as part of our institutions. He puts it forward as a principle, rationally acceptable, to be used in the evaluation or criticism of social institutions generally.⁸⁹

Hart démontre toutefois que dans nos sociétés démocratiques, l'analyse critique de la sanction juridique de la morale positive soulève la problématique de la justification : « In asking it we are committed at least to the general critical principle that the use of legal coercion by any society calls for justification as something *prima facie* objectionable to be tolerated only for the sake of some countervailing good. »⁹⁰

Dans son texte, Hart identifie deux considérations ou principes critiques interreliés qui exigent que la sanction juridique de la morale positive soit justifiée. Le premier principe se rapporte aux conséquences de la sanction juridique sur la liberté individuelle

88. *Ibid.*, p. 18.

89. *Ibid.*, p. 19-20.

90. *Ibid.*, p. 20.

de l'auteur de la conduite jugée immorale par la morale positive : « This characteristically involves depriving him of liberty of movement or of property or of association with family or friends, or the infliction upon him of physical pain or even death. »⁹¹ Si on accorde à la liberté individuelle une valeur, on doit reconnaître que celle-ci comprend une « acceptance of the principle that the individual may do what he wants, even if others are distressed when they learn what it is that he does, unless, of course, there are other good grounds for forbidding it »⁹². La privation de liberté ou l'infliction de souffrances physiques à l'auteur d'une conduite immorale est, selon Hart, considérée comme mauvaise lorsqu'infligée à autrui sans justification.

Le second principe critique porte sur les conséquences de la sanction juridique de la morale en termes de misère humaine⁹³. Celle-ci est une considération centrale dans l'argumentation de Hart à l'encontre du moralisme juridique et il est fait référence, en plusieurs endroits dans son texte, au « cost of human suffering », résultant de l'imposition de la morale positive. En fait, Hart s'oppose à la sanction juridique de la moralité sexuelle précisément en raison de la misère humaine qu'elle engendre du point de vue de l'individu. Il estime que « the suppression of sexual impulses generally is [...] something which affects the development or balance of the individual's emotional life, happiness, and personality »⁹⁴. Il ajoute que « attempts to enforce sexual morality [...] may demand the repression of powerful instincts with which personal happiness is intimately connected »⁹⁵.

Dans son texte sur la sanction de la morale, Patrick Devlin semble accorder une valeur à la liberté individuelle « for he says in words which both Mill and the Wolfenden Report might have used, that there must be the maximum respect for individual liberty consistent with the integrity of society »⁹⁶. Toutefois, les

91. *Ibid.*, p. 21.

92. *Ibid.*, p. 47.

93. Voir dans le même sens la réplique de Dworkin à la thèse de la désintégration : « Lord Devlin conclut que si notre société a suffisamment horreur de l'homosexualité, elle est justifiée à la rendre illégale, et à contraindre les êtres humains à choisir entre les souffrances de la frustration et celles de la persécution, à cause du danger présenté par cette pratique pour l'existence de la société. » R. DWORKIN, *infra*, note 102, p. 356.

94. H.L.A. HART, *op. cit.*, note 71, p. 22.

95. *Ibid.*, p. 43.

96. P. DEVLIN, *op. cit.*, note 67, p. 3.

exemples que donne Devlin à propos de l'interdiction des pratiques homosexuelles « turn out to mean only that immorality which the law may punish must be generally felt to be intolerable. This plainly is no adequate substitute for a reasoned estimate of the damage to the fabric of society likely to ensue if it is not suppressed ? »⁹⁷. Il en est ainsi parce que « In the case of conduct which does no harm of the relevant kind [...], making it liable to punishment solely because it infringes a positive moral code (even a majority one) cannot be justified. The suffering imposed is balanced by no sufficient countervailing good »⁹⁸.

Chez Hart, l'utilisation du pouvoir coercitif de l'État pour imposer la morale positive dans le domaine de la moralité sexuelle peut se justifier afin de préserver les valeurs universelles, que sont, par exemple, la liberté individuelle, l'égalité, la valeur de la vie, la sécurité de sa personne et la protection contre l'infliction délibérée d'un préjudice. C'est pour cette raison, selon Hart, que « there will always be much in social morality which is worth preserving even at the cost in terms of these same values which legal enforcement involves »⁹⁹. Hart conclut que son point de vue permet de reconnaître le pluralisme des valeurs : « We should with Mill be alive to the truth that though these essential universal values must be secured, society can not only survive individual divergences in other fields from its prevalent morality, but profit from them. »¹⁰⁰

No doubt in older controversies the opposed positions were different : the question may have been whether the state could punish only activities causing secular harm or also acts of disobedience to what were believed to be divine commands or prescriptions of Natural Law. But what is crucial to the dispute in its modern form is the significance to be attached to the historical fact that certain conduct, no matter what, is prohibited by a positive morality. The utilitarian denies that this has any significance sufficient to justify its enforcement ; his opponent asserts that it has. These are divergent critical principles which do not differ merely over the content of the morality to be enforced, but over a more fundamental and, surely more interesting issue.¹⁰¹

97. H.L.A. HART, *op. cit.*, note 71, p. 50.

98. *Ibid.*

99. *Ibid.*, p. 70.

100. *Ibid.*, p. 71.

101. *Ibid.*, p. 24.

2. La thèse conservatrice

Selon la thèse conservatrice du moralisme juridique de Patrick Devlin, lorsque les législateurs doivent se prononcer sur des questions morales, « ils doivent suivre le consensus moral, quel qu'il soit, atteint par la communauté dans sa grande majorité ou dans son ensemble sur une position morale, ceci étant requis par le principe démocratique, et une communauté étant en droit de suivre ses propres lumières »¹⁰².

Le point de vue moral chez Devlin est « the view point of the man in the street – or to use an archaism familiar to all lawyers – the man in the Clapham omnibus¹⁰³ [...] He might also be called the right-minded man »¹⁰⁴. Cet homme « is not expected to reason about anything and his judgement may be largely a matter of feeling »¹⁰⁵. Par conséquent, ce qui importe ce n'est pas la vérité du jugement moral mais la puissance ou la force de la conviction ou de la croyance qui le sous-tend. Ce qu'il est moralement bon de faire ou de ne pas faire, dans une société donnée, ne dépend pas de la « quality of the creed but the strength of belief in it »¹⁰⁶.

Les réactions émotionnelles qui comptent chez Devlin sont les sentiments de dégoût, d'intolérance et d'indignation. Seules, les réactions de dégoût ne suffisent pas. Le désaccord largement partagé non plus¹⁰⁷ : « No society can do without intolerance, indignation, and disgust ; they are the forces behind the moral law, and indeed it can be argued that if they or something like them are not present, the feelings of society cannot be weighty enough to deprive the individual of freedom of choice. »¹⁰⁸ Lorsque le sentiment public atteint un tel degré d'indignation, d'intolérance et de dégoût, aucun principe restrictif au droit qu'a la société d'imposer la « morale publique » ne peut s'appliquer.

102. Ronald DWORKIN, « Liberté et moralisme », dans *Prendre les droits au sérieux*, *op. cit.*, note 61, p. 349-371, p. 358.

103. L'expression « The Man On the Clapham Omnibus » utilisée par Devlin est une expression anglaise qui prend ses origines du nom du quartier Clapham, au sud de Londres, et qui désigne une personne éduquée et intelligente mais non spécialiste.

104. P. DEVLIN, *op. cit.*, note 67, p. 15.

105. *Ibid.*, p. 15.

106. *Ibid.*, p. 114.

107. Herbert L.A. HART, « Immorality and Treason », *The Listener*, 30 July 1959, p. 162-163, p. 162.

108. P. DEVLIN, *op. cit.*, note 67, p. 17.

a) La réponse de Ronald Dworkin

Dans son texte *Liberté et moralisme*¹⁰⁹, le philosophe américain Ronald Dworkin porte l'essentiel de sa réflexion critique sur la thèse conservatrice de Devlin. Selon Dworkin, « ce qui est choquant et faux » dans la thèse de Devlin, ce n'est pas que la morale publique puisse jouer un rôle dans la décision du législateur de faire ou non d'une conduite, un interdit criminel, mais c'est son « idée de ce qui compte pour la morale de la communauté »¹¹⁰.

La critique de Dworkin à l'encontre de ce qu'entend Devlin par la morale publique, que le législateur peut légitimement prendre en compte dans sa décision de criminaliser un comportement, repose sur la distinction entre ce qui constitue ou non une position morale. Selon Dworkin, un consensus moral dans une communauté doit être fondé sur des positions qui sont des positions morales dans un sens distinctif, qu'il convient aussi d'appeler normatif ou critique. On qualifie ces positions morales, ou ces convictions morales, de distinctives pour les différencier des positions qui ne reposent pas sur des motifs ou des raisons valables. « Une utilisation – peut-être la plus caractéristique – de ce sens distinctif est d'offrir à un acte une sorte de justification limitée, mais importante, quand les questions morales entourant cet acte ne sont pas claires ou sont controversés. »¹¹¹ Dans un processus de justification, ce qui peut ou ne peut pas compter comme une raison valable dépend des « règles » du langage moral ou de nos conventions morales communes sur la question. Ces conventions morales, qui forment ce que Dworkin appelle la morale conventionnelle, excluent au moins quatre types d'arguments à des fins de justification dans le raisonnement moral. La première « règle » de jugement moral, ou la première convention morale qui forme l'arrière-plan de l'argumentation en matière de morale, vise à exclure les préjugés du raisonnement moral. Elle stipule « qu'on ne doit pas considérer un homme moralement inférieur sur la base d'une caractéristique physique, raciale ou autre qu'il ne peut s'empêcher d'avoir »¹¹². La deuxième règle vise à exclure les réactions émotives comme fondement du jugement moral. Comme l'explique Dworkin, « [N]ous distinguons les positions morales des réactions émotionnelles, non pas parce que les positions morales sont censés être détachées des émotions ou des passions, mais

109. R. DWORKIN, *op. cit.*, note 61, p. 349-371.

110. *Ibid.*, p. 367.

111. *Ibid.*, p. 359.

112. *Ibid.*, p. 361.

parce que la position morale est censée justifier la réaction émotionnelle, et non l'inverse »¹¹³. Nos conventions morales excluent également une proposition de fait qui est fausse et si peu plausible « qu'elle défie les standards minima en matière de preuve et d'argumentation »¹¹⁴. Finalement, pour pouvoir être considérée comme véritablement morale, la conviction ou la position examinée doit pouvoir se défendre sur la base de motifs qui sont propres à l'agent moral. Ce dernier ne peut défendre sa position seulement en répétant bêtement ce qu'il a entendu ou en citant les opinions des autres¹¹⁵.

Or, Devlin se réfère à la position morale ou au point de vue moral de l'ensemble des membres de la communauté dans un sens anthropologique ou descriptif, c'est-à-dire en faisant référence « aux attitudes, quelles qu'elles soient, dont le groupe fait preuve en ce qui concerne les conduites, les qualités ou les objectifs humains adéquats »¹¹⁶. Le point de vue moral qui compte est celui de l'homme ordinaire qui « n'est pas censé raisonner sur quoi que ce soit et [dont le] son jugement peut être largement une question de sentiment »¹¹⁷. « Si l'homme raisonnable croit », ajoute Devlin, « qu'une pratique est immorale et croit également (peu importe que cette conviction soit juste ou fausse, pourvu qu'elle soit honnête) qu'aucun membre de sa société, sain d'esprit, ne pourrait penser autrement, cette pratique est alors aux fins du droit immorale »¹¹⁸. Au sujet de l'homosexualité, Devlin conclut que la position morale des membres de la société anglaise de l'après-deuxième guerre mondiale qui compte est celle selon laquelle cette pratique sexuelle est un vice abominable, dont la seule existence constitue un affront. Par conséquent, le législateur peut légitimement utiliser le droit criminel pour interdire cette pratique, même exercée en privé entre adultes consentants. Pour Dworkin, cette conclusion est « irrecevable » :

Même s'il est vrai que, pour la plupart des hommes, l'homosexualité est un vice abominable et qu'ils ne peuvent tolérer sa présence, il reste possible que cette opinion commune soit un mélange de préjugés (s'appuyant sur l'hypothèse que les homosexuels sont des créatures moralement inférieures parce qu'ils sont efféminés), de

113. *Ibid.*

114. *Ibid.*

115. *Ibid.*

116. *Ibid.*, p. 359.

117. P. DEVLIN, *op. cit.*, note 67, p. 15.

118. *Ibid.*, p. 22-23.

rationalisation (fondée sur des suppositions de faits tellement dépourvues de fondement qu'elles défient les standards de rationalité propres à la communauté elle-même), et d'aversion personnelle (ne représentant pas une conviction mais une simple haine aveugle, née d'un soupçon sur soi-même non reconnu). Il reste possible que l'homme ordinaire ne puisse avancer de motif justifiant son opinion, mais qu'il répète simplement les propos de son voisin qui, à son tour, répète simplement les propos de son voisin qui, à son tour, répète les siens, ou qu'il avance un motif qui présuppose une position morale générale qu'il ne pourrait pas, sincèrement ou avec cohérence, prétendre avoir.¹¹⁹

Les principes démocratiques auxquels nos sociétés obéissent ne permettent pas que le consensus moral fondé sur une position morale dans ce sens anthropologique ou descriptif serve de référence. En effet, la position ou la conviction morale individuelle qui repose sur l'une ou l'autre des raisons ou motifs inacceptables identifiés par Dworkin (les préjugés, les aversions personnelles, les rationalisations ou positions arbitraires et tout le reste) ne peut compter dans la détermination de la perception du public sur une question morale. En effet, cette conviction morale, cette position morale ou ce point de vue moral, fondé sur les sentiments plutôt que sur la raison, ne justifie pas que « des restrictions soient apportées à la liberté d'autrui »¹²⁰. Il en est ainsi parce que cette croyance, selon laquelle les sentiments de dégoût et d'aversion, les préjugés, etc. ne peuvent justifier la restriction à la liberté individuelle, constitue un principe critique fondamental dans notre morale commune.

En ce sens, la position morale que le droit peut imposer peut être différente de la conviction morale de l'ensemble des membres de cette société. La question est alors de savoir comment le législateur peut identifier ce qui compte pour la morale publique et déterminer la part que doit jouer la moralité publique dans le droit criminel. Comment se fonde la décision du législateur de faire ou non d'une conduite, un interdit criminel ? Bien sûr, le législateur ne peut examiner les croyances ou les conduites des citoyens au cas par cas. Il ne peut pas non plus organiser des audiences dans l'omnibus de Clapham, ni recourir à un sondage :

Revendiquer l'existence d'un consensus moral, [...] [c]'est viser le sens qu'a le législateur de la réaction de sa communauté face à une

119. R. DWORKIN, *op. cit.*, note 61, p. 366.

120. *Ibid.*, p. 367.

pratique désapprouvée. Mais ce sens lui-même inclut la conscience des fondements sur lesquels cette réaction s'appuie en général. S'il y a eu un débat public auquel ont pris part les éditorialistes des journaux, ses collègues, par leurs discours, les intéressés, en donnant leur témoignage, et lui-même, à travers sa correspondance, sa connaissance des arguments et des positions, pour tenter de déterminer ceux qui constituent des préjugés ou des rationalisations, ceux qui présupposent des principes généraux ou des théories générales que de larges secteurs de la population ne pourraient pas être censés accepter, etc. Il se peut qu'au terme de cette réflexion, il parvienne à la conclusion que la preuve de l'existence d'un consensus moral n'a pas été apportée.¹²¹

En somme, pour Dworkin, le jugement moral du législateur doit être fondé sur des raisons, et non pas sur des réactions émotives personnelles, des stéréotypes, etc. De plus, ce jugement de valeur doit être cohérent avec les autres jugements qu'il a endossés auparavant. Ce critère de la cohérence nécessite que le jugement doive refléter implicitement ou explicitement des principes moraux généraux, rationnels et universels.

TROISIÈME PARTIE : LES VALEURS DE LA COMMUNAUTÉ ET LA JUSTIFICATION DU POUVOIR COERCITIF

Depuis la Deuxième guerre mondiale, le Canada a connu une période de libéralisation de son droit pénal et criminel. Par exemple, en 1969, le Parlement décriminalise l'interdiction relative à l'homosexualité, auparavant punissable par la peine de mort ou la prison à vie. L'avènement de la Charte, en 1982, a grandement contribué à cette libéralisation du droit pénal et du droit criminel¹²². Toutefois, plusieurs dispositions législatives et régle-

121. *Ibid.*

122. Depuis 1982, plusieurs interdictions législatives criminelles et pénales ont été déclarées inconstitutionnelles à la suite d'un examen conformément à la disposition liminaire de la Charte. C'est le cas notamment de l'interdiction pénale prévue à la *Loi sur le dimanche* de vendre des marchandises le dimanche, *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, de l'infraction pénale prévue à la *Motor Vehicle Act* de la Colombie-Britannique prévoyant une infraction de responsabilité absolue assortie d'une peine d'emprisonnement obligatoire, *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486, des dispositions du Code criminel sur l'avortement, *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, de la disposition de la *Loi sur les stupéfiants* prévoyant une présomption de trafic de stupéfiants, *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, de l'interdiction criminelle de publier de fausses nouvelles, *R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731, de l'interdiction d'annoncer, de publier ou de diffuser les résultats de sondages sur les intentions de vote au cours des derniers jours des campagnes électorales fédérales prévue à la *Loi*

mentaires de nature pénale et criminelle ont résisté à l'examen conformément à la disposition liminaire ou à l'article 7 de ce document constitutionnel¹²³. De plus, le *Code criminel* interdit toujours la polygamie qu'il rend passible d'un emprisonnement maximal de cinq ans¹²⁴.

Dans la troisième partie de ce texte, nous nous intéressons à la question de savoir si les valeurs morales des Canadiens ont encore un rôle à jouer dans l'examen par la Cour suprême du Canada de la justification de l'intervention de l'État en matière criminelle. Dans l'affirmative, quel est la nature ou le fondement de ces valeurs morales ? Est-ce la morale conventionnelle ou la morale critique ? Pour répondre à ces questions, nous limiterons notre analyse à quelques décisions de la Cour suprême du Canada en matière de droit criminel et pénal, notamment celles ayant maintenu la constitutionnalité des interdictions criminelles relatives à l'obscénité¹²⁵, au suicide assisté¹²⁶ et à la possession simple de marihuana¹²⁷.

électorale du Canada, *Thompson Newspaper Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877, de l'interdiction relative à la possession de pornographie juvénile en ce qu'elle vise les écrits ou représentations que l'accusé seul a créés et conserve exclusivement pour son usage personnel et les enregistrements visuels créés par l'accusé ou dans lesquels il est représenté, qui ne dépeignent aucune activité sexuelle illégale et que l'accusé conserve exclusivement pour son usage personnel, *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45 et de la disposition de la *Loi électorale du Canada* rendant inhabiles à voter à une élection fédérale les personnes détenues dans un établissement correctionnel et y purgeant une peine de deux ans ou plus, *Sauvé c. Canada (Directeur général des élections)*, [2002] 3 R.C.S. 519.

123. C'est le cas notamment des dispositions 193 et 195.1(1)c) du *Code criminel* interdisant respectivement de communiquer en public à des fins de prostitution et de tenir des maisons de débauche, *Renvoi relatif au Code criminel*, [1990] 1 R.C.S. 1123, de l'interdiction visant la propagande haineuse, *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, de l'article 163 du *Code criminel* définissant la notion d'obscénité, *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452, de l'interdiction législative de vendre ou d'offrir à vendre au détail des marchandises un dimanche, *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, des dispositions de la *Loi sur la protection du consommateur* interdisant la publicité commerciale destinée à des personnes de moins de treize ans, *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, de la disposition du *Code criminel* interdisant l'aide au suicide, *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519, des dispositions de la *Loi sur les stupéfiants* interdisant la possession simple de marihuana, *R. c. Malmo-Levine* ; *R. c. Caine*, [2003] 3 R.C.S. 571, *R. c. Clay*, [2003] 3 R.C.S. 73 et de la disposition du *Code criminel* prévoyant que tout père, mère ou instituteur est fondé à employer une force raisonnable pour corriger un enfant ou un élève, *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*, [2004] 1 R.C.S. 76.

124. Par. 293(1) C.cr.

125. *R. c. Butler*, précité, note 123.

126. *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, précité, note 123.

127. *R. c. Malmo-Levine* ; *R. c. Caine*, précité, note 123 ; *R. c. Clay*, précité, note 123.

A. Les conceptions de la moralité

Il est maintenant établi dans notre jurisprudence que la justification du pouvoir coercitif de l'État d'interdire certaines conduites ou comportements ne peut reposer sur une « conception particulière de la moralité »¹²⁸. À l'ère de la Charte, il n'appartient plus au Parlement de jouer le rôle le gardien des normes de la morale positive ou conventionnelle qui reflètent des considérations ou des jugements moraux discriminatoires, arbitraires ou représentant une conception subjective de ce qu'il est mal de faire. Toutefois, le Parlement peut utiliser son droit pénal et criminel pour promouvoir des « conceptions fondamentales de la moralité » aux fins de protéger les valeurs qui font partie intégrante d'une société libre et démocratique¹²⁹.

Il y a 20 ans, dans l'affaire *R. c. Butler*¹³⁰ sur la légitimité du pouvoir du Parlement de définir ce qui est ou n'est pas obscène aux fins de poursuites criminelles, le juge Sopinka suggérait que le rôle des tribunaux est de veiller à ce que le fondement de notre droit criminel vise la protection des valeurs qui sont essentielles à une société libre et démocratique :

Je ne puis souscrire à l'opinion de l'appelant que le Parlement n'a pas le droit de légiférer en se fondant sur une certaine conception fondamentale de la moralité aux fins de protéger les valeurs qui font partie intégrante d'une société libre et démocratique. [...] ¹³¹

[...] Une bonne partie du droit criminel repose sur des conceptions morales de ce qui est bon ou mauvais, et le simple fait qu'un texte législatif soit fondé sur la moralité ne le rend pas automatiquement illégitime. ¹³²

Depuis, le critère de justification fondé sur la notion de « conception fondamentale de la moralité » a donné lieu à au moins deux interprétations différentes dans le discours judiciaire. Selon

128. Par exemple, un interdit pénal visant à rendre obligatoire l'observance religieuse du jour de repos dictée par la moralité chrétienne : *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, précité, note 122, 352, par. 99 ; un interdit criminel ayant pour but « la protection des puissants contre la discorde ou la calomnie » : *R. c. Zundel*, précité, note 122 ; un interdit criminel qui vise à maintenir, sous peine de sanction criminelle, une « société décente » : *R. c. Butler*, précité, note 123, p. 492-493, 498.

129. *R. c. Butler*, précité, note 123, p. 493 (j. Sopinka).

130. Précitée, note 123.

131. *Ibid.*

132. *Ibid.*

une première démarche, l'examen de justification de l'intervention de l'État en matière criminelle repose sur la démonstration d'un préjudice important aux valeurs officiellement reconnues. Selon une deuxième démarche contextuelle, la démonstration d'un préjudice social important n'est pas déterminante, l'existence de considérations morales objectives peut suffire.

B. Le critère du préjudice aux valeurs de la Charte

Selon une première approche libérale, influencée par J.S. Mill et H.W. Hart, les seules conceptions fondamentales de la moralité qui peuvent jouer un rôle dans l'examen de la justification à l'utilisation du pouvoir coercitif de l'État en matière criminelle sont celles qui reposent sur le critère du préjudice aux valeurs morales que les membres de la société canadienne ont officiellement reconnues, c'est-à-dire aux « valeurs de la Charte ». Cette approche repose sur un raisonnement moral, qui adopte une position sceptique en éthique, réduisant les jugements moraux à des questions de goûts, d'expression de sentiments, d'opinions ou d'attitudes. En effet, selon cette approche, les valeurs morales de la société sont subjectives et arbitraires. Pour être objectif, le raisonnement moral doit donc reposer sur les seules valeurs morales que la société canadienne a officiellement reconnues dans la Charte.

Cette version libérale de type positiviste au test de légitimité de l'action gouvernementale, fondée sur une conception des valeurs morales de la société comprises comme étant les valeurs officiellement reconnues dans la Charte, a été récemment reformulée par le philosophe du droit canadien W.J. Waluchow. Dans *A Common Law Theory of Judicial Review : The Living Tree*¹³³, Waluchow élabore une conception du rôle du pouvoir judiciaire dans le processus de contrôle de constitutionnalité, qui s'écarte des théories de la déférence ou de la retenue judiciaire de type originaliste, textualiste et majoritariste en faveur d'un raisonnement d'argumentation et d'interprétation de la common law qu'il nomme « the common law approach to judicial review ». Waluchow développe cette approche de common law au processus de décisions en matière constitutionnelle en réponse à la question de savoir « to what kind of standards does (or can) a Charter refer

133. Wilfrid J. WALUCHOW, *A Common Law Theory of Judicial Review : The Living Tree*, New York, Cambridge University Press, 2007, p. 227.

when, for example, it reaches the conclusion that a statute is constitutionally invalid and of no force and effect because it infringes unjustifiably on the “right to life, liberty and security of the person” in a manner that fails to comport with “the principles of fundamental justice ?” »¹³⁴. Sa théorie de la révision judiciaire en matière constitutionnelle repose sur la prémisse selon laquelle « the rights to which a Charter refers are best viewed as rights of political morality established within what we’ll call the “community’s constitutional morality” »¹³⁵. La conception de la « morale constitutionnelle de la communauté » que défend ce tenant du positivisme juridique inclusif « are not the personal morality of any particular person or institution. Nor is it the morality decreed by God, inherent in the fabric of the universe, or discernible via the existence of pure practical reason »¹³⁶. Selon Waluchow, cette « morale constitutionnelle de la communauté » comprend ce qui suit :

[...] the moral norms and convictions to which the community, via its various social forms and practices, has committed itself and that have in some way or other been drawn into the law via the rule of recognition and the law it validates. It is the morality actually embedded in social and legal practices in the way in which principles of corrective justice are embedded in our tort law. So construed, a community’s constitutional morality is a subset of the wider community morality that includes norms and convictions which lack legal recognition. Even if there are norms governing friendship, gratitude, marital fidelity, and charitable giving within the community moralities of contemporary Western societies, these are not, in the main, part of the constitutional moralities of those societies because they lack recognition. Distinct (and different) principles of equality and fundamental justice are, on the other hand, characteristic elements of the constitutional moralities of Western societies. In the case of Canada and the United States, legal recognition of such principles includes enshrinement in the Canadian Charter and the American Bill of Rights.¹³⁷

C’est dans l’arrêt *Butler*¹³⁸ que le critère du préjudice « aux valeurs de la Charte » est adopté par la Cour suprême du Canada dans le test de légitimité de l’objectif législatif. Dans cet arrêt sur la validité constitutionnelle de l’interdit criminel en matière de

134. *Ibid.*, p. 219.

135. *Ibid.*

136. *Ibid.*, p. 227.

137. *Ibid.*, p. 227-228.

138. *R. c. Butler*, précité, note 123.

pornographie, le juge Sopinka caractérise l'un des objectifs législatifs poursuivis comme visant « à éviter le préjudice auquel donnent lieu les changements d'attitude antisociaux causés par le fait d'être exposé à du matériel obscène »¹³⁹. Le juge Sopinka résume ce critère de la façon suivante :

Les tribunaux doivent déterminer du mieux qu'ils peuvent ce que la société tolérerait que les autres voient en fonction du degré de préjudice qui peut en résulter. Dans ce contexte, le préjudice signifie qu'il prédispose une personne à agir de façon antisociale comme, par exemple, le fait pour un homme de maltraiter physiquement ou mentalement une femme ou vice versa, ce qui peut être discutable. Le comportement antisocial en ce sens est celui que la société reconnaît officiellement comme incompatible avec son bon fonctionnement. Plus forte sera la conclusion à l'existence d'un risque de préjudice, moins grandes seront les chances de tolérance. Cette conclusion peut être tirée à partir du matériel même ou à partir du matériel et d'autres éléments de preuve. En outre, la preuve des normes sociales est souhaitable, mais non essentielle.¹⁴⁰

Selon le juge Sopinka, le Parlement a le droit de légiférer en se fondant sur une certaine « conception fondamentale de la moralité » aux fins de protéger les valeurs qui font partie intégrante d'une société libre et démocratique. Il suggère par la suite que pour être valide, un objectif législatif fondé sur une conception fondamentale de la moralité devrait reposer sur les valeurs de la Charte¹⁴¹ : « [...] criminaliser la prolifération du matériel qui porte atteinte à un autre droit fondamental garanti par la Charte peut bien constituer un objectif légitime »¹⁴². Il ajoute que la disposition législative en question vise avant tout « non pas à susciter la désapprobation morale, mais à éviter qu'un préjudice soit causé à la société »¹⁴³. Le type de préjudice social envisagé par le juge Sopinka ne réside pas dans le manque de convenance ou de bon goût¹⁴⁴. Il ne se définit pas non plus du point de vue strict de la morale publique. Le préjudice social requis est plutôt celui qui encourage un type de « comportement [...] que la société reconnaît officiellement comme incompatible avec son bon fonctionnement »¹⁴⁵ :

139. *Ibid.*, p. 491.

140. *Ibid.*, p. 485.

141. *Ibid.*, p. 493.

142. *Ibid.*

143. *Ibid.*

144. *Ibid.*, p. 493.

145. *Ibid.*, p. 495.

En 1959, le préjudice causé à la société par l'exploitation indue des choses sexuelles ou des choses sexuelles et de l'un des autres sujets nommés aurait bien pu être été défini plus strictement du point de vue de la moralité publique, savoir que cette expression allait à l'encontre de ce que la société considérait comme bon ou mauvais. Il se peut bien que, si c'était là le seul préjudice identifiable aujourd'hui, on ne pourrait pas affirmer que le texte législatif se rapporte à des préoccupations urgentes et réelles et justifie ainsi une atteinte à la liberté d'expression. Toutefois, ce n'est pas le cas. Le préjudice va au-delà de la moralité publique prise dans ce sens strict.¹⁴⁶

La désapprobation morale, selon cette approche, doit donc reposer sur la preuve d'un préjudice social d'un certain type. La seule désapprobation de la corruption morale par la grande majorité des membres de la société ne suffit pas. En qualifiant l'objectif législatif en termes de préjudice social, le juge Sopinka se garde toutefois d'adhérer à une conception moralement neutre du concept de préjudice :

D'abord, les notions de corruption morale et de préjudice causé à la société constituent non pas des notions distinctes, comme le prétend l'appelant, mais plutôt des notions inextricablement liées. C'est la corruption morale d'un certain type qui entraîne l'effet nocif sur la société [...] Notre compréhension des préjudices causés par ce matériel a évolué considérablement depuis lors ; [...] toutefois, cela ne déroge pas au fait que l'objet du texte législatif demeure, comme c'était le cas en 1959, la protection de la société contre les préjudices résultant de l'exposition au matériel obscène.¹⁴⁷

Depuis l'arrêt *Butler*, le critère du préjudice social constitue un élément important de l'obscénité et de l'indécence au sens du *Code criminel*. Par exemple, l'opinion de la majorité des juges dans la récente et surprenante décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *R. c. Labaye*¹⁴⁸, fait bien ressortir la version des théories de la justification de l'intervention de l'État fondée sur le critère du préjudice social. Dans cet arrêt, l'exploitant du bar l'Orage, monsieur Labaye, accusé d'avoir tenu une maison de débauche pour la pratique « d'actes d'indécence », contestait sa condamnation au motif que son club, qui permet aux couples et aux célibataires d'avoir des activités sexuelles en groupe, n'est pas un endroit où se déroulent des « actes d'indécence » au sens du

146. *Ibid.*, p. 495-496.

147. *Ibid.*, p. 494.

148. [2005] 3 R.C.S. 728.

paragraphe 210(1) du *Code criminel*. Dans une majorité de sept juges contre deux, la juge en chef McLachlin, au nom des juges Major, Binnie, Deschamps, Fish, Abella et Charron, acquitte Labaye au motif que le ministère public n'avait pas établi, hors de tout doute raisonnable, que les actes sexuels reprochés constituaient des « actes d'indécence criminelle ». Pour les juges de la majorité, il faut définir le mot « indécence » en faisant abstraction de sa signification morale. La juge McLachlin affirme ce qui suit au nom de la majorité :

L'indécence a deux sens : un sens moral et un sens juridique. Ce n'est pas à l'aspect moral de l'indécence que nous devons nous intéresser, mais à son aspect juridique. Les aspects moral et juridique du concept sont évidemment liés. Historiquement, les concepts juridiques de l'indécence et de l'obscénité, appliqués respectivement à des comportements et à des publications, ont été inspirés et influencés par les valeurs morales de la société. Mais au fil du temps, les tribunaux en sont venus progressivement à reconnaître que les valeurs morales et les goûts étaient subjectifs et arbitraires, qu'ils n'étaient pas fonctionnels dans le contexte criminel, et qu'une grande tolérance des mœurs et pratiques minoritaires était essentielle au bon fonctionnement d'une société diversifiée. Cela a mené à l'adoption d'une norme juridique fondée sur un préjudice objectivement vérifiable plutôt que sur une désapprobation subjective.¹⁴⁹

Pour la juge McLachlin, au nom des juges de la majorité, le raisonnement fondé sur le critère du préjudice social constitue un critère unique permettant d'évaluer la tolérance de la société canadienne à l'égard de pratiques sexuelles. Selon les juges de la majorité, la condition relative au préjudice que la société reconnaît officiellement comme incompatible avec son bon fonctionnement, énoncé dans *Butler*, signifie que le préjudice doit se rattacher « à une valeur fondamentale exprimée dans la Constitution ou les lois fondamentales semblables de notre société, telles les déclarations des droits, par lesquelles la société reconnaît officiellement que le type de préjudice en cause peut être incompatible avec son bon fonctionnement »¹⁵⁰. Pour pouvoir jouer un rôle, les valeurs sociales doivent donc être des valeurs de la Charte tels l'autonomie, la liberté, l'égalité et le respect de la dignité humaine¹⁵¹. Le critère de la reconnaissance officielle assure que les valeurs défendues par les juges et les jurés représentent objec-

149. *Ibid.*, par. 14.

150. *Ibid.*, par. 33.

151. *Ibid.*

tivement celles de la société canadienne. « L'examen n'est pas fondé sur des conceptions personnelles de ce qui constitue un préjudice, ni sur les enseignements de telle ou telle idéologie, mais sur ce que la société a reconnu, par ses lois fondamentales, comme essentiel »¹⁵² :

[L]e renvoi aux valeurs essentielles de notre Constitution et de nos lois fondamentales semblables élimine aussi les types de conduite qui ne constituent pas un préjudice au sens requis. Le mauvais goût ne suffit pas : *Towne Cinema*, p. 507. Les convictions morales, même bien ancrées, ne suffisent pas. De même, le fait que la plupart des membres de la collectivité puissent désapprouver la conduite ne suffit pas : *Butler*, p. 492. Dans chaque cas, il faut plus pour établir le préjudice nécessaire à une conclusion d'indécence criminelle.¹⁵³

C. La justification fondée sur des principes moraux

Il est possible d'identifier une seconde version de type constructiviste et interprétativiste selon laquelle le critère du préjudice aux valeurs de la Charte n'est pas un préalable à l'intervention de l'État en matière pénale et criminelle. La démonstration d'une atteinte ou d'un préjudice moral, c'est-à-dire, aux valeurs morales qui font consensus au sein de la société canadienne comme la valeur de la fraternité ou du souci d'autrui, qu'il est possible d'identifier de façon objective, sans le recours à notre Constitution ou aux autres lois fondamentales, peut suffire.

Cette deuxième approche des théories de la justification constitue une des versions des théories de la révision judiciaire fondée sur l'idée du consensus. L'un des plus radicaux représentants de cette version des théories de la révision judiciaire est Harry H. Wellington. Selon ce dernier, le point de vue moral approprié à partir duquel s'effectue le contrôle de constitutionnalité doit s'enraciner dans la moralité conventionnelle :

When dealing with legal principles a court must take a moral point of view. Yet I doubt that one would want to say that a court is entitled or required to assert its moral point of view. Unlike the moral philosopher, the court is required to assert ours. This requirement imposes constraints : Judicial reasoning in concrete cases must

152. *Ibid.*

153. *Ibid.*, par. 37.

proceed from society's set of moral principles and ideals. [...] And that is why we must be concerned with conventional morality, for it is that society's set of moral precepts and ideals are located.¹⁵⁴

La version des théories de la révision judiciaire de Wellington est une version de type « majoritariste »¹⁵⁵. Selon Michael Perry, qui est également un défenseur de cette approche majoritariste aux théories de la révision judiciaire, le rôle du pouvoir judiciaire se limite à affirmer et imposer la morale conventionnelle. Dans l'exercice du pouvoir judiciaire, la Cour doit tenir compte des « cases establishing relevant "first principles" ; cases involving related or analogous issues ; evidence indicating a shift in the moral culture, such as recently enacted legislation dealing with an aspect of the issue before the Court ; or credible studies of shifts in contemporary social attitudes »¹⁵⁶ :

Ultimately, however, each individual Justice [...] must ask whether particularized claims about that culture resonate with him or her. The Justices, after all, are not unfamiliar with conventional mores and attitudes ; in truth it is unlikely that a very unconventional person would become a Justice of the Supreme Court. The collectivity which is the Supreme Court is, in this sense, a jury, and as a matter of political reality, the Court is a jury that generally will reflect and mediate the temper of the dominant political and moral culture.¹⁵⁷

Contrairement à Wellington, la conception de la morale de Perry est une « morale publique ». Selon lui, la question n'est pas celle de savoir « whether the conduct is disapproved by conventional morality but whether conventional morality supports state enforcement of its disapproval through criminal and civil sanctions »¹⁵⁸.

Au-delà de ces versions de type majoritariste, existe une deuxième approche plus sophistiquée des théories de la révision judiciaire fondées sur l'idée de consensus. Cette deuxième version

154. Harry H. WELLINGTON, « Common Law Rules and Constitutional Double Standards : Some Notes on Adjudication », (1973) 83 *Yale L.J.* 221, p. 244.

155. Wojciech SADURSKI, « Conventional Morality and Judicial Standards », (1987) 73 *Virginia Law Review* 339, p. 342.

156. Michael PERRY, « Abortion, The Public Morals, and the Police Power : The Ethical Function of Substantive Due Process », (1976) 23 *U.C.L.A. L. Rev.* 689, p. 730. *Ibid.*, p. 730-731.

158. Michael PERRY, « Substantive Due Process Revisited : Reflections on (and Beyond) Recent Cases », (1977) 71 *Nw. U.L. Rev.* 417, p. 447.

« will search for the consensus not on the “surface” of societal values, but deeper in the fabric of conventional morality »¹⁵⁹. Les conceptions de la morale critique de type constructiviste, en particulier la théorie du consensus par recoupement de Rawls et la démarche morale de Dworkin, illustrent cette deuxième version des théories de la révision judiciaire fondées sur l'idée de consensus moral. Ces théories de la justification sont celles qui, à notre avis, caractérisent le mieux la deuxième approche au test de justification de l'intervention étatique dans la vie des individus par la voie du droit criminel et pénal.

Au niveau de la Cour suprême du Canada, le juge en chef Dickson a été, à notre avis, l'un des pionniers de cette démarche à l'examen de la justification de l'intervention de l'État en matière criminelle et pénale fondée sur l'idée de consensus. Pour le juge Dickson, l'examen des limites constitutionnelles à l'intervention de l'État en matière criminelle se fonde sur les valeurs et les principes essentiels à une société libre et démocratique que sont « le respect de la dignité inhérente de l'être humain, la promotion de la justice et de l'égalité sociales, l'acceptation d'une grande diversité de croyances, le respect de chaque culture et de chaque groupe et la foi dans les institutions sociales et politiques qui favorisent la participation des particuliers et des groupes dans la société »¹⁶⁰. Ces valeurs essentielles ne sont pas confinées exclusivement à celles qui sont énumérées par la Charte. Dans *Keegstra*¹⁶¹, le juge Dickson, au nom des juges Wilson, L'Heureux Dubé et Gonthier, observait que le texte de l'article premier réunit les « valeurs et les aspirations fondamentales de la société canadienne »¹⁶². L'application de cet article liminaire nécessite « l'articulation des mots « société libre et démocratique »¹⁶³. Il faut identifier et interpréter les valeurs que cette expression véhicule :

[...] Dans une large mesure, une société libre et démocratique embrasse les valeurs et les principes mêmes que les Canadiens ont cherché à protéger et à promouvoir par la constitutionnalisation de droits et de libertés, quoique l'évaluation faite en vertu de l'article premier ne se borne pas aux valeurs expressément énoncées dans la *Charte* (*Slaight*, précité, à la p. 1056).¹⁶⁴

159. W. SADURSKI, *loc. cit.*, note 155, p. 377.

160. *R. c. Oakes*, précité, note 122, par. 64.

161. *R. c. Keegstra*, précité, note 123.

162. *Ibid.*, 735-736.

163. *Ibid.*, 736.

164. *Ibid.*

Dans le même sens, le juge Dickson affirmait dans l'affaire *Slaight Communications Inc.*¹⁶⁵ qu'« [i]l existe plusieurs valeurs différentes qui méritent d'être protégées dans une société libre et démocratique comme la société canadienne, et seules certaines d'entre elles sont expressément prévues dans la Charte »¹⁶⁶. Outre les valeurs individuelles d'autrui protégées par la Charte, le juge Dickson entrevoyait la possibilité pour l'État de restreindre la liberté individuelle afin de préserver d'autres valeurs morales de la société canadienne. Dans l'affaire *Big M Drug Mart*¹⁶⁷, le juge Dickson, au nom des juges Beetz, McIntyre, Chouinard et Lamer, affirme ce qui suit :

La liberté peut se caractériser essentiellement par l'absence de coercition ou de contrainte. Si une personne est astreinte par l'état ou par la volonté d'autrui à une condition que, sans cela, elle n'aurait pas choisi d'adopter, cette personne n'agit pas de son propre gré et on ne peut pas dire qu'elle est vraiment libre. L'un des objectifs importants de la Charte est de protéger, dans des limites raisonnables, contre la coercition et la contrainte. La coercition comprend non seulement la contrainte flagrante exercée, par exemple, sous forme d'ordres directs d'agir ou de s'abstenir d'agir sous peine de sanction, mais également les formes indirectes de contrôle qui permettent de déterminer ou de restreindre les possibilités d'action d'autrui. La liberté au sens large comporte l'absence de coercition et de contrainte et le droit de manifester ses croyances et pratiques. La liberté signifie que, sous réserve des restrictions qui sont nécessaires pour préserver la sécurité, l'ordre, la santé ou les mœurs publiques ou les libertés et droits fondamentaux d'autrui, nul ne peut être forcé d'agir contrairement à ses croyances ou à sa conscience.¹⁶⁸

Dans l'affaire *Butler* sur la question de la constitutionnalité de l'interdiction criminelle de l'obscénité, le juge Gonthier est d'accord avec la distinction établie par le juge Sopinka entre la « moralité publique » et les « conceptions fondamentales de la moralité ». Toutefois, il affirme que « le fait d'éviter qu'un préjudice soit causé à la société n'est qu'un exemple de conception fondamentale de la moralité »¹⁶⁹. L'État peut légitimement agir en se fondant sur la moralité, les mœurs publiques ou la morale¹⁷⁰. Le

165. *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038.

166. *Ibid.*, 1056.

167. Précité, note 122.

168. *Ibid.*, par. 95.

169. *Ibid.*, 522.

170. *Ibid.*

problème, selon lui, « n'est pas tant d'évaluer si la moralité est un objectif valide en vertu de la Charte, que de déterminer dans quelles conditions elle constitue un objectif urgent et réel »¹⁷¹. Pour déterminer quels sont les objectifs législatifs fondés sur la moralité qui peuvent justifier la suppression d'un droit ou d'une liberté garanti par la Charte, le juge Gonthier adhère au point de vue critique de Ronald Dworkin énoncé dans son texte *Liberté et moralisme*¹⁷² en réponse au moralisme juridique de Lord Devlin. Selon ce point de vue critique qui laisse une place à la morale conventionnelle, dans le processus de décision judiciaire, le rôle du législateur et des juges est de rechercher les principes moraux qui font consensus au sein de la grande majorité des membres de la communauté. Toutefois, les juges ne sont pas soumis à la morale de la communauté parce que rien dans le fait que la communauté les entretient ne les rend justes. Les juges doivent plutôt saisir, d'un point de vue interne, les raisons qui fondent les opinions ou les choix moraux exprimés par les membres de la communauté. Ils doivent ensuite vérifier si ces raisons sont fondées à la lumière de principes plus généraux. Autrement dit, lorsque le législateur ou le juge doit se prononcer sur une question morale, il doit suivre le consensus moral fondé sur une position morale au sens distinctif, c'est-à-dire qui repose sur des raisons ou des motifs valables. Le juge Gonthier cite l'extrait suivant du texte intitulé « Liberté et moralisme » de Ronald Dworkin :

La prétention qu'il existe un consensus moral ne repose pas sur un sondage. Elle se fonde sur la façon dont le législateur perçoit la réaction de la société face à certaines pratiques désapprouvées. Toutefois, le législateur doit aussi être conscient des motifs sur lesquels cette réaction se fonde généralement. S'il y a eu un débat public qui a donné lieu à des éditoriaux dans les journaux, à des discours de ses collègues, à des témoignages des groupes intéressés et des lettres, il sera d'autant plus conscient des arguments et des positions en présence. Il doit passer en revue ces arguments et positions et penser à des théories ou à des principes généraux que de grands segments de la population pourraient bien ne pas accepter, et ainsi de suite.¹⁷³

Dans *Butler*, le juge Gonthier adhère à cette approche fondée sur l'idée d'un consensus moral et affirme que cette tâche attribuée par Ronald Dworkin au Parlement consistant à rechercher

171. *Ibid.*, 523.

172. R. DWORKIN, *op. cit.*, note 61.

173. *Ibid.*, p. 255.

un consensus moral non pas à la surface des valeurs de la communauté mais profondément ancré dans le tissu de la moralité conventionnelle, incombe également à la Cour lorsqu'elle procède à un examen fondé sur la Charte¹⁷⁴. La Cour serait même mieux en mesure que le législateur d'identifier les fondements sur lesquels reposent les réactions de la société envers certaines pratiques désapprouvées. Selon le juge Gonthier, lorsque la Cour procède à une analyse du caractère urgent et réel des objectifs législatifs en vertu de l'article premier de la Charte, il importe qu'elle puisse distinguer la moralité au sens général des « conceptions fondamentales de la moralité ». Pour y parvenir, la Cour doit reconnaître deux dimensions importantes à l'examen du caractère suffisamment important des objectifs législatifs invoqués au soutien d'une restriction aux droits et libertés fondamentaux :

Premièrement, les prétentions morales doivent être fondées. Elles doivent porter sur des problèmes concrets, comme la vie, le préjudice, le bien-être pour n'en nommer que quelques uns ; il ne doit pas s'agir simplement de divergences d'opinions ou de goûts. Le Parlement ne saurait restreindre les droits garantis par la *Charte* simplement pour des motifs d'aversion ; c'est ce qu'on entend par préoccupation « réelle et urgente ».

Deuxièmement, il doit exister un consensus au sein de la population quant à ces prétentions. Elles doivent bénéficier de l'appui de plus d'une majorité simple de la population. Dans une société pluraliste comme la nôtre, les divers segments de la population ont maintes conceptions différentes de ce qui est bien. Les garanties prévues à l'art. 2 de la *Charte* protègent cette diversité pluraliste. Cependant, si les tenants de ces diverses conceptions reconnaissent qu'une conduite donnée n'est pas bonne, alors le respect du pluralisme qui sous-tend l'art. 2 de la *Charte* devient une objection moins insurmontable à l'intervention de l'État [...] En ce sens, il doit exister un vaste consensus entre les tenants des diverses conceptions du bien pour que l'État puisse intervenir en invoquant la moralité. Cela est également compris dans l'expression « urgent et réel ».¹⁷⁵

La première dimension saisie par le juge Gonthier vise à exclure du raisonnement moral les motifs ou les raisons qui ne sont pas valables selon nos conventions morales communes. Celles-ci excluent notamment du processus de justification les arguments ou les prétentions qui reposent sur des divergences

174. *R. c. Butler*, précité, note 123, p. 523-524.

175. *Ibid.*, p. 522-523.

d'opinions ou de goûts ou encore sur des motifs d'aversion. L'exigence relative au fondement des objectifs moraux poursuivis par une mesure législative attentatoire vise à répondre au point de vue sceptique en éthique, selon lequel l'analyse du caractère urgent et réel de l'objectif législatif fondé sur la moralité sous l'article premier n'est rien de plus que l'expression des conceptions personnelles, de l'idéologie et de la vision des juges quant à la séparation des pouvoirs entre le judiciaire et le législateur.

La deuxième dimension qui permet, selon le juge Gonthier, de distinguer entre la moralité dans un sens général et les conceptions fondamentales de la moralité, vise à répondre aux critiques fondés sur le pluralisme axiologique et sur l'impossibilité d'établir un consensus sur les questions morales. L'exigence relative à l'existence d'un consensus moral au sein de la population quant à la légitimité des objectifs législatifs poursuivis vise à repousser une certaine conception du rôle du pouvoir judiciaire et du principe démocratique de type majoritariste. Le juge Gonthier conclut qu'éviter qu'un préjudice soit causé à la société par suite de changements d'attitude représente certainement une « conception fondamentale de la moralité »¹⁷⁶. Cet objectif est bien fondé puisque « le préjudice réside dans une violation des principes d'égalité et de dignité humaines »¹⁷⁷. Bien que nous ayons souvent des conceptions différentes du bon goût et du niveau acceptable d'explicitation sexuelle, « la plupart d'entre nous reconnaîtraient que ces changements d'attitude sont graves et justifient l'intervention de l'État »¹⁷⁸.

L'interprétation de l'article premier de la Charte fondée sur une conception large du contenu des valeurs morales entendues comme étant celles qui font consensus au sein de la communauté canadienne a joué un rôle dans l'interprétation de l'article 7 de la Charte dans les affaires portant sur la légalisation du suicide assisté et de la possession simple de marijuana. Dans l'affaire *Rodriguez*¹⁷⁹, M^{me} Rodriguez, une mère de famille de 42 ans atteinte de sclérose latérale amyotrophique, souhaitait qu'un médecin qualifié soit autorisé à mettre en place des moyens technologiques qu'elle pourrait utiliser, quand elle perdra la capacité de jouir de la vie, pour se donner elle-même la mort au moment

176. *Ibid.*, p. 524.

177. *Ibid.*

178. *Ibid.*

179. *R. c. Rodriguez*, précitée, note 123.

qu'elle choisirait. Elle contestait l'article 241b) du *Code criminel*, qui interdit l'aide au suicide au motif qu'il porte atteinte à ses droits garantis par les articles 7, 12 et 15(1) de la Charte dans la mesure où il interdit à un malade en phase terminale de se donner la mort avec l'aide d'un médecin. En décidant pour la majorité composée des juges La Forest, Gonthier, Iacobucci et Major, que l'interdiction criminelle de l'aide au suicide était constitutionnellement valide, le juge Sopinka exprime l'idée que l'interdiction de l'aide au suicide reflète une valeur morale commune, le caractère sacré de la vie des personnes les plus vulnérables que l'État a intérêt à protéger. Sur la question de l'identification des principes de justice fondamentale, les juges de la majorité expriment l'avis qu'ils doivent rechercher les principes qui font consensus quant à leur caractère primordial ou fondamental :

Il est difficile d'identifier les principes de justice fondamentale avec lesquels la restriction du droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne doit être compatible pour soutenir un examen constitutionnel. Une simple règle de common law ne suffit pas pour former un principe de justice fondamentale. Au contraire, comme l'expression l'implique, les principes doivent être le fruit d'un certain consensus quant à leur caractère primordial ou fondamental dans la notion de justice de notre société. Les principes de justice fondamentale ne doivent toutefois pas être généraux au point d'être réduits à de vagues généralisations sur ce que notre société estime juste ou moral. Ils doivent pouvoir être identifiés avec une certaine précision et appliqués à diverses situations d'une manière qui engendre un résultat compréhensible. Ils doivent également, à mon avis, être des principes juridiques.¹⁸⁰

En plus d'être soutenus par un consensus moral, les principes de justice fondamentale doivent répondre au critère de généralité et de rationalité :

Les principes de justice fondamentale ne peuvent être créés pour chaque cas afin de refléter la désapprobation de la Cour à l'égard d'une loi donnée. Si les principes de justice fondamentale ne s'appliquent pas seulement au processus, il faut se référer aux principes qui sont « fondamentaux » en ce sens qu'ils seraient généralement acceptés parmi des personnes raisonnables. L'analyse qui précède ne me permet de discerner rien qui ressemble à une unanimité sur la question dont nous sommes saisis. Indépendamment des opinions personnelles de chacun sur la question de savoir si les distinctions établies entre, d'une part, la cessation de traitement et

180. *Ibid.*, p. 590-591.

les soins palliatifs et, d'autre part, l'aide au suicide sont en pratique convaincantes, le fait demeure qu'elles sont maintenues et peuvent être défendues de façon persuasive. S'il se dégage un consensus, c'est celui que la vie humaine doit être respectée et nous devons nous garder de miner les institutions qui la protègent.¹⁸¹

Les exigences de rationalité et d'universalité des positions morales ont pour but d'accroître la légitimité du processus de contrôle judiciaire d'une mesure de l'État, dont la justification à la restriction de la liberté individuelle s'appuie sur un jugement moral. Cette exigence fait en sorte, enseigne le juge Sopinka dans *Rodriguez*, que les valeurs au regard desquelles la mesure de l'État est appréciée ne sont pas fondamentales « aux yeux de l'intéressé seulement »¹⁸².

De même, dans l'affaire *Malmo-Levine*¹⁸³, la Cour suprême du Canada était appelée à décider si le Parlement avait le pouvoir de légiférer pour criminaliser la simple possession de marijuana et, dans l'affirmative, s'il avait exercé ce pouvoir d'une manière contraire à la Charte. L'appelant Caine soutenait que le Parlement avait violé les principes de justice fondamentale en créant une peine d'emprisonnement pour un acte de simple possession de marijuana qui ne cause que peu ou pas de préjudice à autrui. Quant à l'appelant Malmo-Levine, il contestait la validité constitutionnelle de l'interdiction criminelle visant la possession de marijuana en vue d'en faire le trafic¹⁸⁴ au motif que fumer de la marijuana faisait partie intégrante du mode de vie qu'il privilégie et que la criminalisation de la possession et du trafic de la marijuana constituait une atteinte inadmissible à sa liberté personnelle¹⁸⁵. En appliquant le raisonnement moral ayant prévalu dans la décision *Rodriguez* à la question constitutionnelle relative à l'interdiction de la simple possession de marijuana, les juges Gonthier et Binnie, au nom de la juge en chef McLachlin et des juges Iacobucci, Major et Bastarache, affirment que, pour que le principe du préjudice puisse constituer un principe de justice fondamentale au sens de l'article 7, la règle ou le principe en question doit subir un test en deux étapes. En premier lieu, la règle ou le principe doit être un principe juridique à l'égard duquel il existe un consensus substantiel. Deuxièmement, ce principe doit être

181. *Ibid.*, p. 607-608.

182. *Ibid.*, p. 590.

183. *R. c. Malmo-Levine ; R. c. Caine*, précité, note 123.

184. *Ibid.*, par. 1.

185. *Ibid.*, par. 81-82.

défini avec suffisamment de précision pour constituer une norme permettant d'évaluer l'atteinte à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne¹⁸⁶. Même si le « principe du préjudice » invoqué par les accusés pouvait être qualifié de principe juridique, il ne satisferait pas aux autres conditions. Tout d'abord, il n'existe pas un consensus sur le caractère primordial ou fondamental de ce principe dans la notion de justice pénale au sein de notre société. Deuxièmement, le principe du préjudice ne constitue pas une norme fonctionnelle :

Bien que l'existence d'un préjudice causé à autrui puisse justifier le Parlement de légiférer en vertu de sa compétence en matière de droit criminel, l'absence de preuve de l'existence d'un préjudice ne constitue pas, au regard de l'art. 7, un obstacle absolu à l'adoption d'une mesure législative. Il n'y a pas non plus consensus quant à l'importance déterminante de la distinction entre le préjudice à autrui et le préjudice à soi-même. Finalement, le principe du préjudice ne constitue pas une norme fonctionnelle permettant d'évaluer l'atteinte à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne.¹⁸⁷

Dans cette affaire, les juges Gonthier et Binnie adhèrent donc à une conception fondamentale de la moralité, qui incorpore non seulement le principe du préjudice mais également « les valeurs profondément enracinées dans notre société »¹⁸⁸. Seule cette conception de la moralité permet de donner, selon eux, un sens cohérent à notre corpus législatif :

Le *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, établit plusieurs crimes qui ne causent pas préjudice à autrui. Le cannibalisme (art. 182) est un acte qui ne cause pas de préjudice à un autre être doué de sensation, mais qui est néanmoins interdit pour des considérations sociales et morales fondamentales. La bestialité (art. 160) et la cruauté envers les animaux (art. 446) sont des exemples de comportements criminalisés non pas à cause du « principe du préjudice » de Mill, mais plutôt parce qu'ils portent atteinte à des valeurs profondément enracinées dans notre société.¹⁸⁹

Dans *Labaye*¹⁹⁰, les juges LeBel et Bastarache, dissidents, adhèrent à cette deuxième version des théories de la justification de l'intervention de l'État. En concluant que les pratiques sexuel-

186. *Ibid.*, par. 113.

187. *Ibid.*

188. *Ibid.*, par. 117.

189. *Ibid.*, par. 117.

190. Précité, note 148.

les du bar l'Orage étaient des « actes indécents » et que le bar l'Orage était une « maison de débauche » au sens du *Code criminel*, les deux juges minoritaires se fondent non pas sur le critère du préjudice social mais sur la norme de tolérance de la société canadienne contemporaine comme critère fondamental de détermination de l'obscénité :

[...] L'application de la norme de tolérance comporte nécessairement, en raison de sa nature, un choix de valeurs qui se rapportent à la moralité sociale ou publique et qui sont reconnues par l'ensemble de la société canadienne comme des normes minimales, mais obligatoires.¹⁹¹

Selon les juges LeBel et Bastarache, il faut laisser à la moralité sociale ou publique, « qui est inhérente aux infractions d'indécence et qui s'exprime par l'application de la norme de tolérance, la possibilité d'intervenir dans toutes les situations où elle est pertinente »¹⁹². Autrement, ajoutent-ils, « les valeurs sociales que l'ensemble de la société canadienne considère important de protéger seraient dépourvues de toute pertinence »¹⁹³ :

La norme de tolérance n'impose pas une morale qui découle de croyances religieuses ou d'idéologies particulières. Elle met en œuvre une morale sociale qui ressort des valeurs qui caractérisent la société dans son ensemble. Ces valeurs révèlent généralement un consensus social qui se manifeste, par exemple, par un souci pour « la dignité des personnes, [...] leur autonomie, [...] leur capacité d'épanouissement ainsi que [...] leur égalité fondamentale ». Il ne s'agit donc pas de choisir les préférences d'un groupe social particulier et de les imposer aux autres. Il faut plutôt identifier le degré de tolérance de la majorité de la société canadienne dans son ensemble à l'égard de pratiques sexuelles compte tenu du contexte, notamment du lieu où elles se produisent. La détermination de l'indécence demeure alors suffisamment objective car elle repose sur un consensus social des Canadiens et Canadiennes concernant ce qui est acceptable en matière de pratiques sexuelles.¹⁹⁴

Bien que le critère du préjudice social joue un rôle indéniable dans l'identification de la norme de tolérance de la société, les juges LeBel et Bastarache ne peuvent concevoir « qu'il constitue la seule norme à partir de laquelle doit être évaluée la tolérance de la

191. *Ibid.*, par. 85.

192. *Ibid.*, par. 103.

193. *Ibid.*

194. *Ibid.*, par. 85.

société canadienne à l'égard des pratiques sexuelles »¹⁹⁵. La détermination de la norme de tolérance s'effectue selon une analyse contextuelle qui repose sur une appréciation globale des éléments contextuels et non pas seulement sur l'existence d'un préjudice social¹⁹⁶. Selon cette approche, « [L]'existence de considérations morales fondamentales ou de principes moraux qui font consensus au sein de la société suffit »¹⁹⁷ pour justifier l'intervention de l'État en matière criminelle. Les juges Bastarache et LeBel invoquent l'arrêt *Malmo-Levine* à l'encontre de la thèse libérale de la majorité fondée sur le préjudice dans le sens où l'entendait J.S. Mill. « De multiples facteurs permettent de justifier cette intervention en matière criminelle, même si elle restreint la liberté des gens [...]. Les infractions au *Code criminel* trouvent donc leur fondement dans des principes et valeurs autres que la notion de préjudice. »¹⁹⁸ Dans le cas du bar l'Orage, l'intervention de l'État était justifiée sur la base de la morale sociale ou publique, entendue non pas dans un sens strict mais comme l'expression d'une conception fondamentale de la moralité, dans le sens où l'entendait le juge Gonthier dans l'affaire *Butler*. Cette approche privilégiée par les juges LeBel et Bastarache assure un degré suffisant d'objectivité parce que le juge qui assume le rôle d'interprète de la morale sociale ou publique a l'obligation de « faire abstraction de ses convictions personnelles pour rechercher la nature du consensus social »¹⁹⁹. Les juges doivent « déceler la nature et le contenu des valeurs morales de la société dans laquelle ils exercent leurs fonctions afin d'identifier la norme de tolérance »²⁰⁰. La tâche est difficile car les juges doivent affirmer une morale sociale ou publique qui n'est pas nécessairement rattachée à leurs conceptions personnelles de la moralité, « mais qui ressort des valeurs de la population, notamment celles reflétées dans la législation en matière sexuelle »²⁰¹. Outre le recours aux valeurs affirmées dans la législation, le témoin expert spécialisé en sciences sociales aidera le juge dans sa tâche et permettra d'assurer le degré d'objectivité requis²⁰².

195. *Ibid.*, par. 96.

196. *Ibid.*, par. 97.

197. *Ibid.*, par. 104.

198. *Ibid.*, par. 105.

199. *Ibid.*, par. 134.

200. *Ibid.*, par. 134.

201. *Ibid.*, par. 136.

202. *Ibid.*

CONCLUSION

La question du rôle des valeurs morales de la société canadienne dans l'examen de la justification de l'intervention de l'État en matière criminelle et pénale est importante car elle est au cœur du doute antidémocratique qui teinte l'exercice du contrôle judiciaire de l'action gouvernementale en matière criminelle et pénale depuis l'avènement de la Charte, et par voie de conséquence, au fondement de l'opposition entre les tenants de l'activisme judiciaire et ceux de la retenue ou de la déférence judiciaire envers les choix moraux du législateur. Toutefois, l'aspect essentiellement analytique et descriptif du texte qui précède fait presque passer sous silence toute une dimension critique importante à cette question. Cette dimension a trait essentiellement au fait que le recours formel au principe du préjudice social, dans l'arrêt *Butler* et les arrêts subséquents, peut être perçu comme un biais visant à imposer une moralité particulière. L'argumentation développée par les appelants dans *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*²⁰³ portant sur la constitutionnalité de la législation douanière pourvoyant à l'interception et à l'exclusion des marchandises obscènes, selon laquelle l'approche fondée sur le préjudice social équivaut à une forme déguisée de moralisme, rend quelque peu plus transparente la mise en garde exprimée par le juge Gonthier dans ses propos complémentaires dans l'affaire *Butler* et témoigne, selon nous, de l'indétermination qui caractérise le discours judiciaire fondé sur les « valeurs de la Charte ».

203. [2000] 2 R.C.S. 1120.

BIBLIOGRAPHIE

Jurisprudence

Brodie c. The Queen, [1962] R.C.S. 681.

Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général), [2004] 1 R.C.S. 76.

Dudgeon c. Royaume-Uni, arrêt du 22 octobre 1981, série A, n° 45 (C.E.D.H.), [1981] 4 E.H.R.R. 149.

Hill c. Église de scientologie de Toronto, [1995] 2 R.C.S. 1130.

Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général), [1989] 1 R.C.S. 927.

Lawrence v. Texas, 539 U.S. 558 (2003).

Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice), [2000] 2 R.C.S. 1120.

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

R. c. Butler, [1992] 1 R.C.S. 452.

R. c. Dominion News & Gifts (1962) Ltd., [1963] 2 C.C.C. 103, inf. par [1964] R.C.S. 251.

R. c. Edwards Books and Art Ltd., [1986] 2 R.C.S. 713.

R. c. Ewanchuk, [1999] 1 R.C.S. 330.

R. c. Hicklin, (1868) L.R. 3 Q.B. 360.

R. c. Keegstra, [1990] 3 R.C.S. 697.

R. c. Labaye, [2005] 3 R.C.S. 728.

R. c. Malmo-Levine ; R. c. Caine, [2003] 3 R.C.S. 571.

R. c. Morgentaler, [1988] 1 R.C.S. 30.

R. c. Oakes, [1986] 1 R.C.S. 103.

R. c. Sharpe, [2001] 1 R.C.S. 45.

R. c. Zundel, [1992] 2 R.C.S. 731.

Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.), [1990] 1 R.C.S. 1123.

Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.), [1985] 2 R.C.S. 486.

Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général), [1993] 3 R.C.S. 519.

SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd., [1986] 2 R.C.S. 573.

Slaight Communications Inc. c. Davidson, [1989] 1 R.C.S. 1038.

Towne Cinema Theatres Ltd. c. La Reine, [1985] 1 R.C.S. 494.

Doctrine

Monographies

ALEXIS, R., *Theory of Legal Argumentation : The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification*, Oxford, Clarendon Press, 1989.

AQUIN, T., *La somme théologique*, Paris, Éditions du Cerf, 1984-1986.

ARISTOTE, *Éthique de Nicomaque*, par J. VOLIQUIN, Paris, GF-Flammarion, 1965.

AYER, A.J., *Freedom and Morality and Other Essays*, Clarendon Press, Oxford [Oxfordshire] (New York, USA), Oxford University Press, 1984.

BAIER, K., *Reason, Ethics, and Society : Themes From Kurt Baier, with his response*, Chicago, Open Court, 1996.

BAIER, K., *The Moral Point of View : A Rational Basis of Ethics*, Ithaca (New York, USA), Cornell University Press, 1958.

BAIER, K., *The Rational and the Moral Order : The Social Roots of Reason and Morality*, Chicago, Open Court, 1995.

BAIRD, R.M. et S.E. ROSENBAUM, *Morality and the Law*, Buffalo, N.Y., Prometheus Books, 1988.

BEATTY, D.M., *Human Rights and Judicial Review : A Comparative Perspective*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1994.

BEAUDOIN, G.-A. et E.P. MENDES, *Charte canadienne des droits et libertés*, 4^e éd., Markham (Ontario), LexisNexis Butterworths, 2005.

BENN, S.I. et R. S. PETERS, *Social Principles and the Democratic State*, London, G. Allen & Unwin Ltd., 1959.

- BENTHAM, J., *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Oxford, Clarendon Press, 1879.
- BRUN, H. et G. TREMBLAY, *Droit constitutionnel*, 4^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002.
- CLOR, H.M., *Public Morality and Liberal Society*, Notre Dame, University of Notre Dame Press, 1996.
- CROWE, M.B., *The Changing Profile of the Natural Law*, The Hague, Nijhoff, 1977.
- DEVLIN, P., *The Enforcement of Morals*, London, Oxford University Press, 1965.
- DEVLIN, R.F., *Canadian Perspectives on Legal Theory*, Toronto, Emond Montgomery Publications, 1991.
- DWORKIN, R., *A Matter of Principle*, Cambridge, Harvard University Press, 1985.
- DWORKIN, R., *Law's Empire*, Cambridge (Mass.), Belknap Press, 1986.
- DWORKIN, R., *Taking Rights Seriously*, London, Duckworth, 1977.
- DWORKIN, R., *The Philosophy of Law*, London (New York), Oxford University Press, 1977.
- DWORKIN, R., *Une question de principe*, Paris, Presses universitaires de France, 1996.
- FEINBERG, J. et H. GROSS, *Philosophy of Law*, 4th ed., Belmont (California), Wadsworth Publishing Company, 1991.
- FEINBERG, J., *Harm to Self*, Oxford, Oxford University Press, 1986.
- FEINBERG, J., *Social Philosophy*, Englewood Cliffs, Prentice-Hall Inc., 1973.
- GEORGE, R.P., *Making Men Moral : Civil Liberties and Public Morality*, Oxford, Clarendon Press, 1993.
- GIBSON, D., *The Law of the Charter*, Toronto, Carswell, 1986.
- GOODIN, R.E. et P. PETTIT, *A Companion to Contemporary Political Philosophy*, 1995, Basil, Blackwell Ltd., 1993, 679 p.
- GRAY, T.C., *The Legal Enforcement of Morality*, New York, Alfred A. Knopf Inc., 1983.

- HAAKONSSSEN, K., *Natural Law and Moral Philosophy : From Grotius to the Scottish Enlightenment*, New York, Cambridge University Press, 1996.
- HARE, R.M., *Moral Thinking : Its Levels, Method, and Point*, Toronto, Clarendon Press : Oxford University Press (Oxford), 1981.
- HARE, R.M., *Applications of Moral Philosophy*, Berkeley, University of California Press, 1972.
- HARE, R.M., *Essays On Political Morality*, Oxford (New York), Clarendon Press, Oxford University Press, 1989.
- HARE, R.M., *Essays on the Moral Concepts*, Berkeley, University of California Press, 1972.
- HARE, R.M., *Freedom and Reason*, 1965, Oxford, Oxford University Press, 1963.
- HARE, R.M., *Sorting Out Ethics*, Oxford, Clarendon Press, 1997.
- HARE, R.M., *The Language of Morals*, London, Oxford University Press, 1972.
- HART, H.L.A., *Law, Liberty and Morality*, Oxford, Oxford University Press, 1963.
- HART, H.L.A., *Legal and Moral Obligation*, dans *Essays in Moral Philosophy*, Seattle and London, A.I. Melden, 1958.
- HART, H.L.A., *Punishment and Responsibility*, Oxford, Oxford University Press, 1968.
- HART, H.L.A., *Social Solidarity and the Enforcement of Morality*, dans *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Oxford University Press, 1983, p. 248-262.
- HART, H.L.A., *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1961.
- HART, H.L.A., *The Morality of the Criminal Law, Two Lectures*, Jerusalem, London, Magnes Press, Oxford University Press, 1965.
- HIEBERT, J.L., *Limiting Rights : The Dilemma of Judicial Review*, Montréal, McGill-Queen's University Press, 1996.
- HOGG, P.W., *Constitutional Law of Canada*, Scarborough (Ontario), Carswell, 2001.

- KANT, E., *Fondements de la métaphysique des mœurs*, Paris, Delagrave, 1969.
- LACROIX, J. et M. WALZER, *Le pluralisme et l'universel*, Paris, Michalon, collection : Le bien commun, 2001.
- LARMORE, C., *Modernité et morale*, Paris, Presses universitaires de France, 1993.
- LEE, S., *Law and Morals*, Oxford (New York), Oxford University Press, 1986, 98 p.
- LEISER, B. et M. LIBERTY, *Justice, and Morals : Contemporary Value Conflicts*, 3rd ed., New York, Collier Macmillan, 1986, 466 p.
- LEVY, E.H., *An Introduction to Legal Reasoning*, Chicago, University of Chicago Press, 1948.
- LYONS, D., *Ethics and the Rule of Law*, New York, Cambridge University Press, 1984, 229 p.
- MACCORMICK, N., *H.L.A. Hart*, Stanford (California), Stanford University Press, 1981.
- MACCORMICK, N., *Legal Reasoning and Legal Theory*, New York, Oxford University Press, 1978.
- MARMOR, A., *Interpretation and Legal Theory*, 2nd ed., Portland (Oregon), Oxford, 2005, 179 p.
- MARTIN, M.L., *The Legal Philosophy of H.L.A. Hart : A Critical Appraisal*, 1987, Philadelphia, Temple University Press, 1932, 315 p.
- MILL, J.S., *De la liberté*, traduction de L. LENGLET, Paris, Gallimard, 1990.
- MITCHELL, B., *Law, Morality and Religion in a Secular Society*, London, Oxford University Press, 1967.
- MOON, R., *The Constitutional Protection of Freedom of Expression*, Toronto, University of Toronto Press, 2000.
- MOORE, M.S., *Educating Oneself in Public : Critical Essays in Jurisprudence*, New York, Oxford University Press, 2000, 480 p.
- PERRY, M.J., *The Constitution, the Courts, and Human Rights : An Inquiry into the Legitimacy of Constitutional Policymaking*

- by the Judiciary, New Haven, Yale University Press, 1982, 241 p.
- POJMAN, L.P., *Ethical Theory : Classical and Contemporary Readings*, 4th ed., Belmont (California), Wadsworth, 2002.
- RAWLS, J., *Leçons sur l'histoire de la philosophie morale*, traduit par M. SAINT-UPÉRY et B. GUILLARME, Paris, La Découverte, 2002.
- RAZ, J., *The Morality of Freedom*, 1988, Oxford (New York), Toronto, Clarendon Press, Oxford University Press, 1986.
- RIBEIRO, M., *Limiting Arbitrary Power. The Vagueness Doctrine in Canadian Constitutional Law*, Vancouver, UBC Press, 2004.
- ROSS, W.D., *The Foundations of Ethics*, Oxford, Oxford University Press, 1939
- SCANLON, T., « A Theory of Freedom of Expression », dans R.M. DWORKIN, *The Philosophy of Law*, London, Oxford University Press, 1977.
- SCHAUER, F., *Free Speech : A Philosophical Enquiry*, Cambridge, Cambridge University Press, 1982.
- SEIDLE, F.L., *Equity and Community : The Charter, Interest Advocacy and Representation*, Montreal, Institute for Research on Public Policy, 1993.
- SINGER, P., *A Companion to Ethics*, Oxford (UK), Blackwell Reference, Cambridge, Mass., USA, 1991.
- SINGER, P., *Questions d'éthique pratique*, traduit par M. MARCUZZI, Paris, Éditions Bayard, 1997.
- SUMNER, W., *The Hateful and the Obscene : Studies in the Limits of Free Expression*, Toronto, University of Toronto Press, 2004.
- TAYLOR, C., *Les Sources du moi. La formation de l'identité moderne*, Paris, Éd. du Seuil, 1998.
- TREMBLAY, L.B., *The Rule of Law, Justice, and Interpretation*, Montréal, McGill-Queen's University Press, 1997.
- WALUCHOW, W.J., *A Common Law Theory of Judicial Review : The Living Tree*, Cambridge (New York), Cambridge University Press, 2007, 283 p.

Publications gouvernementales

ROYAUME-UNI, Committee on Homosexual Offenses and Prostitution, *The Wolfenden Report*, New York, Stein and Day, 1963.

Articles de revue

ACKERMAN, B., « The Rise of World Constitutionalism », (1997) 83 *Va. L. Rev.* 771.

ALEINIKOFF, A.T., « Constitutional Law in the Age of Balancing », (1987) 96 *The Yale Law Journal* 943.

ANSCOMBE, G.E.M., « Modern Moral Philosophy », (1958) 33 *Philosophy* 1.

ATKINSON, M., « Interpreting Retributive Claims », (1974) 85 *Ethics* 1, 80.

BAIER, K., « The Point of View of Morality », (1954) 32 *The Australasia Journal of Philosophy* 104.

BALL, S.W., « The Relevance of Ethical Theory in Philosophy of Law », (1990) 3 *Ratio Juris* 340.

BENDER, P., « Justification for Limiting Constitutionally Guaranteed Rights and Freedoms : Some Remarks about the Proper Role of Section One of the Canadian Charter », (1983) 13 *Manitoba Law Journal* 669.

BENYEKHLEF, K., « Démocratie et libertés : quelques propos sur le contrôle de constitutionnalité et l'hétéronomie du droit », (1993) 38 *R.D. McGill* 91.

BERNATCHEZ, S., « Les traces du débat sur la légitimité de la justice constitutionnelle dans la jurisprudence de la Cour suprême du Canada », 36 *R.D.U.S.* 16.

BIGENWALD, A., « L'évaluation des objectifs législatifs en vertu de l'article premier de la Charte des droits et libertés », (1994) 35 *Cahiers de droit* 779.

BREST, P., « The Fundamental Rights Controversy : The Essential Contradictions of Normative Constitutional Scholarship », (1981) 90 *Yale Law Journal* 1063.

- CANE, P., « Taking Law Seriously : Starting Points of the Hart/Devlin Debate », (2006) 10 *The Journal of Ethics* 21.
- CHOUDHRY, S., « So What Is the Real Legacy of *Oakes* ? Two Decades of Proportionality Analysis under the Canadian Charter's Section 1 », (2006) 34 *S.C. Law Rev.* (2d) 501.
- COHEN, J., « Critiquing the Legal Order in The Name of « Critical Morality » », (1995) 16 *Cardozo Law Review* 1599.
- DANIELS, N., « Wide Reflective Equilibrium and Theory Acceptance in Ethics », (1979) 76.5 *Journal of Philosophy* 256.
- DASSIOS, C.M. et C.P. PROPHET, « Charter Section 1 : The Decline of Grand Unified Theory and the Trend Towards Deference in the Supreme Court of Canada », (1993) 15 *Advocates' Quarterly* 289.
- DAVIDOV, G., « The Paradox of Judicial Deference », (2000-2001) 12 *R.N.D.C.* 133.
- DEVLIN, P., « Law and Morality », (1964/1965) 1 *Manitoba Law School Journal* 243.
- DEVLIN, P., « Law, Democracy, and Morality », (1962) 110 *U. Pa. L. Rev.* 635.
- DWORKIN, R., « Equality, Democracy, and Constitution : We the People in Court », (1990) 28 *Alberta Law Review* 325.
- DYZENHAUS, D., « Obscenity and the Charter : Autonomy and Equality », (1991) 1 C.R. (4th) 367.
- DYZENHAUS, D., « Should Community Standards Determine Obscenity ? », 72 C.R. (3d) 49.
- ELLIOT, R.M., « Developments in Constitutional Law : The 1989-90 Term », (1991) 2 *S.C. Law Rev.* (2d) 83.
- GARDBAUM, A., « Why the Liberal State Can Promote Moral Ideals After All », (1991) 104 *Harv. L. Rev.* 1350.
- GARET, R., « Communitality and Existence : The Rights of Groups », (1983) 56 *S.C. Law Rev.* 1001.
- GIBSON, D., « The Deferential Trojan Horse : A Decade of Charter Decisions », (1993) 72 *R. du B. can.* 417.
- GONTHIER, C., « Law and Morality », 29 *Queen's L.J.* 408.
- HARCOURT, B.E., (1999) 90 *J. Crim. L. & Crim.* 109.

- HART, H.L.A., « Legal and Moral Obligation », dans A.I. MELDEN, *Essays in Moral Philosophy*, Seattle, University of Washington Press, 1958, p. 82-107.
- HART, H.L.A., « Are There Any Natural Rights ? », (1955) 64 *Philosophical Review* 175.
- HART, H.L.A., « Social Solidarity and the Enforcement of Morals », (1967) 35 *U. Chi. L. Rev.* 1.
- HART, H.L.A., « Immorality and Treason », *The Listener*, 30 July 1959, p. 162-163
- HÄYRY, H., « Liberalism and Legal Moralism : The Hart-Devlin Debate and Beyond », 4 *Ratio Juris* 202.
- HITTINGER, R., « The Hart-Devlin Debate Revisited », (1990) 35 *Am. J. Juris.* 47, 51-52.
- LEADER, S., « Le juge, la politique et la neutralité. À propos des travaux de Ronald Dworkin », (1986) 2 *Droit et société* 29.
- LeBEL, L., « Un essai de conciliation de valeurs : la régulation judiciaire du discours obscène ou haineux », (2001) 3 *Éthique publique* 51.
- MACINTYRE, A., « Individual and Social Morality in Japan and the United States : Rival Conceptions of the Self », (1990) 40 *Philosophy East & West* 489.
- MENDES, E.P., « In Search of a Theory of Social Justice ; The Supreme Court Reconceives the *Oakes* Test », (1990) 24 *R.J.T.* 1.
- MENDES, E.P., « The Crucible of the Charter : Judicial Principles v. Judicial Deference in the Context of Section 1 » dans G.-A. BEAUDOIN et E.P. MENDES (dir.), *Charte canadienne des droits et libertés*, 3^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 1996.
- MOORE, M.S., « Four Reflections on Law and Morality », *Conference on Law and Morality*, Williamsburg (Virginia), Institute of Bill of Rights Law, College of William and Mary School, of Law, 2006.
- NIELSEN, K., « À la recherche d'une perspective émancipatrice : l'équilibre réfléchi large et le cercle herméneutique », dans J. COUTURE (dir.), *Éthique et rationalité*, Montréal, Mar-daga, 1992, p. 51-71.

- NIELSEN, K., « Moral Point of View Theories », (1999) 31 *Critica, Revista Hispanoamericana de Filosofía* 105.
- NIELSEN, K., « Moral Point of View Theories », 31 *Véase Critica* 105.
- PHARO, P., « L'enquête en sociologie morale », (2004) 54 *L'Année sociologique, Éthique et sociologie* 2.
- RAZ, J., « Morality as Interpretation », (1991) 101 *Ethics* 392.
- RICHARDS, D.A.J., « Sexual Autonomy and The Constitutional Right to Privacy : A Case Study in Human Rights and the Unwritten Constitution », (1979) 30 *Hasting L.J.* 957.
- SADURSKI, W., « Conventional Morality and Judicial Standards », (1987) 73 *Virginia Law Review* 339.
- SARTORIUS, R.E., « Social Policy and Judicial Legislation », (1971) 8 *American Philosophical Quarterly* 151.
- SARTORIUS, R.E., « The Enforcement of Morality », (1971-1972) 81 *Yale L.J.* 891.
- SCANLON, T., « The Aims and Authority of Moral Theory », (1992) 12 *Oxford Journal of Legal Studies* 1.
- SUMMERS, R.S., « Two Types of Substantive Reasons : The Core of a Theory of Common-law Justification », (1978) 63 *Cornell L. Rev.* 707.
- TEN, C.L., « Enforcing a Shared Morality », (1972) 82 *Ethics* 321.
- TREMBLAY, L.B., « La théorie du fondement rationnel », (1999) 44 *R.D. McGill* 39.
- TREMBLAY, L.B., « La justification des restrictions aux droits constitutionnels : une affaire de rationalité ou de légitimité », 10 *Nat'l J. Const. L.* 41.
- TREMBLAY, L.B., « Le Canada de la Charte : Une démocratie neutre ou perfectionniste ? », (1995) 40 *R.D. McGill* 487.
- WALZER, M., « Philosophy and Democracy », (1981) 9 *Pol. Theory* 379.
- WEINRIB, L.E., « The Supreme Court of Canada and Section One of the Charter », (1988) 10 *S.C. Law Rev.* 469.

- WELLINGTON, H., « Common Law, Rules and Constitutional Double Standards : Some Notes on Adjudication », (1973) 83 *Yale L.J.* 221.
- WELLINGTON, H., « The Nature of Judicial Review », (1982) 91 *Yale L.J.* 486.
- WILSON, B., « Building the Charter Edifice : The First Ten Years », dans G.A. BEAUDOIN, *La Charte : dix ans après*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1992, 238 p.

Services essentiels et recours collectif : y a-t-il double emploi ?

Lisane BERTRAND

Résumé

Au Québec, dans le domaine des rapports collectifs de travail, les tribunaux de droit commun ont une compétence relativement limitée, le législateur ayant créé des organismes spécialisés afin de voir à la mise en œuvre de diverses lois du travail (*Code du travail*, *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*, etc.).

En définissant la notion de service essentiel, le législateur a fait le choix d'assujettir le droit de grève des salariés des services publics et du secteur public et parapublic à l'obligation de maintien des services essentiels. Pour assurer le respect de cette obligation, le Conseil des services essentiels a été établi et doté de larges pouvoirs de redressement et de réparation. Malgré cette obligation de maintien des services essentiels et les moyens mis en place pour assurer le respect de cette obligation, les tribunaux de droit commun sont saisis de causes dont le fondement repose sur un conflit de travail par certains usagers, utilisant la procédure de recours collectif afin d'obtenir une réparation pour les préjudices qu'ils subissent à la suite d'une grève dans ces secteurs. Or, comment peut-on réconcilier les pouvoirs de redressement et réparation du Conseil des services essentiels avec les pouvoirs des tribunaux de droit commun lors d'un recours collectif?

Ce texte vise à démontrer que le recours collectif empiète sur le champ spécialisé du Conseil des services essentiels et qu'il y aurait lieu de limiter la possibilité d'utiliser la procédure de recours collectif lorsque l'action est fondée sur un conflit de travail.

Services essentiels et recours collectif : y a-t-il double emploi ?

Lisane BERTRAND*

Introduction	67
I- Le champ de compétence en matière de conflits de travail	68
A. La compétence du Conseil des services essentiels . .	69
1. Les services publics	70
2. Les secteurs public et parapublic	71
3. Les moyens de pression illégaux	73
B. La compétence des tribunaux de droit commun . . .	74
C. Les moyens de pression illégaux	77
II- Le processus de réparation	79
A. La procédure	79
1. Devant le Conseil des services essentiels	79
2. Devant les tribunaux de droit commun	80
B. Les dommages et le recouvrement	81
1. La notion de préjudice	82
2. Les différents types de réparation	84
Conclusion	88

* L'auteure est avocate et étudiante à la maîtrise en droit du travail.

INTRODUCTION

Depuis quelques années, le nombre de recours collectifs augmente de façon importante au Québec. Le dernier rapport annuel du Fonds d'aide aux recours collectifs en fait foi : bien qu'il y ait eu une diminution en 2006 par rapport à 2005, les statistiques démontrent une croissance sans précédent des recours collectifs au Québec¹. Pour le président du Fonds d'aide aux recours collectifs, cette augmentation des recours collectifs représente un meilleur accès à la justice. À cet égard, ce dernier s'exprimait ainsi dans le rapport annuel 2006-2007 :

La procédure du recours collectif et l'aide financière que le Fonds d'aide peut accorder permettent en pareil cas aux citoyens de se faire entendre et obtenir réparation. Cette procédure et l'aide financière disponible favorisent à des milliers de citoyens un véritable accès à la justice ; c'est la finalité ultime de notre mission et de celle de nos collègues.²

Le juge en chef de la Cour supérieure, François Rolland, tenait des propos similaires à la suite de la publication du rapport annuel : « Ce que je dis est que le recours collectif est un formidable outil d'accès à la justice, s'il est utilisé sciemment »³.

Bien que la plupart des demandes en recours collectifs soient fondées sur des réclamations en droit de la consommation, il y a également eu des requêtes en autorisation de recours collectif présentées à la suite de conflits de travail dans les services publics ou dans le secteur public et parapublic. D'ailleurs, en septembre 2007, la Cour supérieure faisait droit à un recours collectif intenté contre les cols bleus de Montréal et a condamné le syndicat des cols bleus à indemniser les personnes ayant subi des inconvénients en raison de l'obstruction d'une partie du Vieux-Montréal

1. Avant 2005, on dénotait, en moyenne, 35 requêtes en autorisation de recours collectif par année dans la province. En 2005, 98 requêtes en autorisation de recours collectifs ont été enregistrées dans divers greffes à travers la province ; en 2006, ce nombre était de 75. Voir : QUÉBEC, Ministère de la Justice, *Fonds d'aide aux recours collectifs – Rapport annuel 2006-2007*, Québec, 2007, 36 pages, p. 7.

2. Précité, note 1, p. 8.

3. PRESSE CANADIENNE, « Les recours collectifs au Québec sont de plus en plus nombreux », dans *Cyberpresse*, 16 mars 2008, disponible à l'adresse : <<http://www.cyberpresse.ca/article/20080316/CPACTUALITES/80316048/-1/CPACTUALITES>>.

par les cols bleus⁴. Pourtant, en matière de relations de travail au Québec dans les services publics dans le secteur public et parapublic, le législateur a encadré l'exercice de moyens de pression, en obligeant le maintien des services essentiels et en créant le Conseil des services essentiels, qu'il a doté de larges pouvoirs de redressement et de réparation, pour assurer que lesdits services sont effectivement maintenus⁵. Ce choix du législateur constitue un compromis permettant d'offrir le droit de grève à certaines catégories d'employés, tout en assurant la protection de la santé et de la sécurité de la population.

Or, malgré cette obligation de maintenir les services essentiels et les moyens mis en place pour assurer le respect de cette obligation, certains usagers des secteurs public et parapublic ou des services publics utilisent la procédure de recours collectif afin d'obtenir une réparation pour les préjudices qu'ils subissent à la suite d'une grève dans ces secteurs. Les tribunaux de droit commun sont donc saisis de causes dont le fondement repose sur un conflit de travail. Comment peut-on réconcilier ces deux recours qui semblent offerts aux usagers des services publics et du secteur public et parapublic ?

L'objet de cette étude est de démontrer que le recours collectif empiète sur le champ spécialisé du Conseil des services essentiels et qu'il y aurait lieu de limiter la possibilité d'utiliser la procédure de recours collectif lorsque l'action est fondée sur un conflit de travail.

I- LE CHAMP DE COMPÉTENCE EN MATIÈRE DE CONFLITS DE TRAVAIL

Afin d'étayer notre hypothèse, il importe de présenter le mécanisme de l'exercice de la compétence du Conseil des services essentiels et celle des tribunaux de droit commun, tant lors de moyens de pression légaux que lors de moyens de pression illégaux. Aux fins de notre analyse, nous entendons par moyens de pression légaux, les moyens de pression auxquels une association de salariés peut recourir lorsqu'elle a acquis le droit de grève ; tandis que les moyens de pression illégaux se définissent comme tout

4. *Coll c. Syndicat des cols bleus regroupés de Montréal (SCFP 301)*, 2007 QCCS 4361. Cette décision a été infirmée le 9 avril 2009 par la Cour d'appel du Québec : 2009 QCCA 708.

5. *Code du travail*, L.R.Q., c. C-27, art. 111.0.15 à 111.0.26 et 111.10 à 111.10.8.

moyen utilisé par une association alors que le droit de grève n'est pas acquis⁶.

A. La compétence du Conseil des services essentiels

Comme nous l'avons déjà mentionné, le législateur québécois a choisi de limiter l'exercice du droit de grève ou de lock-out dans les services publics et les secteurs public et parapublic, restriction s'expliquant par la nature même des activités réalisées dans ces secteurs. Les auteurs Morin, Brière et Roux expliquent comme suit la distinction entre ces deux catégories :

Parmi les entreprises ou les organisations qui composent le vaste champ d'activités publiques, certaines se distinguent en raison du caractère plus ou moins essentiel des services qu'elles offrent, de leur source de financement ou pour ces deux chefs à la fois. À l'aide de ces deux critères distinctifs, on peut circonscrire les entreprises qui y sont visées en deux grands sous-groupes, soit les entreprises destinées à des services publics et les entreprises constitutives du secteur public. Si l'ensemble des entreprises relevant de l'un et de l'autre de ces deux sous-groupes peut partager un point commun, soit l'obligation d'assurer le maintien minimum de leurs services respectifs dans l'intérêt des citoyens et du bon ordre, elles sont soumises à des règles distinctes relatives à la négociation collective. Aussi faut-il distinguer les entreprises ou les organisations qui relèvent de la catégorie « services publics » de celles qui constituent le « secteur public ».⁷

Les services publics sont définis à l'article 111.0.16 du *Code du travail*⁸ ; ils peuvent être lucratifs ou gratuits, offerts par un agent public ou privé⁹. À titre d'exemple, une municipalité, une entreprise de production d'électricité sont des « services publics ». Les secteurs public et parapublic, tels que définis à l'article 111.2

6. Hubert REID, *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, 3^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2004, p. 275. Dans le dictionnaire de droit québécois et canadien, on définit comme suite la grève légale ou illégale :

« Grève légale : Grève déclenchée après que les travailleurs se soient conformés aux prescriptions de la loi.

Grève illégale : 1. Grève qui ne respecte pas les prescriptions de la loi. Ex. : La grève qui est déclenchée avant l'expiration des délais imposés par le *Code du travail*.

2. Grève déclenchée par un groupe de travailleurs à qui la loi interdit tout arrêt de travail en raison de leurs fonctions. Ex. : La grève de policiers, de pompiers ».

7. Fernand MORIN, Jean-Yves BRIÈRE et Dominic ROUX, *Le droit de l'emploi au Québec*, 3^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2006, par. IV-198.

8. L.R.Q., c. C-27.

9. *Précité*, note 7, par. IV-199.

du *Code du travail*¹⁰, s'entendent plutôt du gouvernement, ses ministères, organismes, etc.

Ainsi, pour ces deux catégories d'entreprises, l'exercice du droit de grève est assujéti au maintien de services essentiels. Avant de déclencher une grève, des règles particulières doivent être respectées, en plus des règles générales prévues ailleurs au *Code du travail*¹¹.

Les articles 111.0.1 à 111.2 et 111.10 à 111.20 du *Code du travail* établissent un régime spécial pour les salariés des services publics et des secteurs public et parapublic, et définissent l'étendue de la compétence du Conseil des services essentiels en la matière.

Tel que mentionné préalablement, le droit de grève dans les services publics et les secteurs public et parapublic ne peut s'exercer que si certaines conditions particulières sont remplies. Ces conditions étant différentes selon que l'on soit dans les services publics ou dans le secteur public et parapublic, nous aborderons d'abord la compétence du Conseil lors d'un conflit dans les services publics, et par la suite le pouvoir du Conseil dans les secteurs public et parapublic.

1. Les services publics

Dans un service public, lorsque le gouvernement est d'avis qu'une grève dans un des services peut mettre en danger la santé ou la sécurité du public, il peut ordonner que les services essentiels à la population soient maintenus. Ainsi, ce n'est que lorsqu'un service public est visé par un décret qu'il est assujéti à l'obligation de maintenir les services essentiels. De sorte qu'au moment de déclencher une grève, les parties doivent arriver à une entente sur les services à être maintenus, soit les services visés, le nombre d'employés devant être présents, etc.¹². Le Conseil peut fournir des services de médiation pour aider les parties à arriver à une entente adéquate. À défaut d'entente, l'association de salariés transmet une liste des services essentiels à l'employeur et au Conseil.

10. L.R.Q., c. C-27.

11. L.R.Q., c. C-27, art. 58, 58.1.

12. Art. 111.0.17 et 111.0.18 C.t.

Lorsqu'il reçoit la liste ou l'entente, le Conseil doit évaluer si les services qui y sont prévus sont suffisants pour assurer la santé et la sécurité du public¹³. Pour ce faire, le Conseil tient généralement des audiences lors desquelles les parties exposent leurs positions sur les services à être maintenus. Les citoyens peuvent également présenter leurs observations sur les impacts de la grève projetée. Si le conseil juge la liste insuffisante, il peut faire des recommandations aux parties pour qu'elles modifient l'entente¹⁴. Le Conseil peut faire rapport au ministre s'il juge que les services sont à ce point insuffisants que cela menace la santé ou la sécurité du public¹⁵. Un tel rapport peut entraîner la suspension du droit de grève jusqu'à ce qu'il soit démontré que les services essentiels seront maintenus de façon suffisante¹⁶.

Le *Code du travail* prévoit également qu'en cours de grève, le Conseil des services essentiels doit vérifier si les services prévus à une entente sont suffisamment maintenus¹⁷. S'il considère que les services sont insuffisants, le Conseil peut faire rapport au ministre, rapport qui peut également entraîner la suspension du droit de grève.

Finalement, en vertu de ses pouvoirs de redressement et de réparation, le Conseil pourra également intervenir. De sorte que le Conseil pourra enquêter, faire des recommandations, ordonner l'application d'une réparation qu'il juge appropriée¹⁸.

Le Conseil des services essentiels a donc de larges pouvoirs pour s'assurer du respect des services essentiels, remédier à un manquement à l'obligation de maintenir les services essentiels et réparer un préjudice à la suite d'un tel manquement.

2. Les secteurs public et parapublic

Dans le cas des secteurs public et parapublic, le *Code du travail* prévoit des pourcentages d'effectifs¹⁹ à maintenir lors d'une

13. L'évaluation de la suffisance des services par le Conseil n'est pas une condition d'acquisition du droit de grève. Une association de salariés peut déclencher une grève si elle a acquis le droit de grève, au sens du régime général (art. 58 C.t.), et si elle a transmis un avis d'au moins sept jours francs avant le moment précis du déclenchement de la grève.

14. Art. 111.0.19 C.t.

15. Art. 111.0.20 C.t.

16. Art. 111.0.24 C.t.

17. Art. 111.0.20 C.t.

18. Art. 111.16 et 111.17 C.t.

19. Art. 111.10 C.t.

grève dans un établissement de santé et de services sociaux. Comme le rappellent Coutu et Marceau :

En cas de grève, les établissements de santé et de services sociaux ne doivent pas maintenir des services, comme dans les services publics, mais plutôt un pourcentage d'effectifs, par quart de travail, unités de soins et catégories de services.²⁰

Dans un établissement de santé et de services sociaux, les parties négocient donc la liste des effectifs qui doivent être maintenus lors d'une grève. Lorsqu'une entente est intervenue entre les parties, la liste est alors soumise pour approbation au Conseil des services essentiels. Le Conseil vérifie si l'entente est suffisante pour respecter le minimum d'effectifs prévus par la loi²¹. Encore ici, le Conseil peut faire des recommandations aux parties pour qu'elles modifient la liste. À défaut d'entente entre les parties, l'association de salariés soumet une liste pour approbation au Conseil. Une grève ne pourra être déclenchée dans un établissement qu'à l'expiration d'un délai de 90 jours suivant la transmission à l'employeur de la liste approuvée par le Conseil²².

Dans certains cas particuliers, le Conseil pourra, si une situation le justifie, augmenter ou modifier les services qui ont fait l'objet d'une entente²³.

Pour ce qui est des salariés du gouvernement, des ministères et des différents organismes gouvernementaux, soit les salariés visés par la *Loi sur la fonction publique*²⁴, le Conseil de services essentiels a une compétence relativement limitée à leur égard, puisque plusieurs de ces salariés n'ont pas le droit de grève ou, pour les autres salariés, lorsqu'ils n'arrivent pas à conclure l'entente prévue à l'article 69 de la *Loi sur la fonction publique*.

Finalement, en cours de conflit, le Conseil pourra utiliser ses pouvoirs de réparation et de redressement s'il juge que les services essentiels ne sont pas rendus. Ces pouvoirs de réparation et de redressement faisant l'objet de la deuxième partie de ce travail, ils ne seront pas explicités en détail à ce stade-ci.

20. Michel COUTU, Georges MARCEAU, *Droit administratif du travail*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007, p. 450.

21. Art. 111.10.4 C.t.

22. Art. 111.12 C.t.

23. Art. 111.10.5 C.t.

24. L.R.Q., c. F-3.1.1.

3. Les moyens de pression illégaux

L'article 111.18 C.t. prévoit spécifiquement que le Conseil peut intervenir en cas de moyens de pression illégaux :

111.18. – Action préjudiciable au public. – Le Conseil peut, de la même manière, exercer les pouvoirs que lui confèrent les articles 111.16 et 111.17 si, à l'occasion d'un conflit, il estime qu'une *action concertée autre qu'une grève ou un ralentissement d'activités* porte préjudice ou est susceptible de porter préjudice à un *service auquel le public a droit*. [nos italiques]

Le législateur distingue ici la notion de « service auquel le public a droit » de celle de « service essentiel ». Cette disposition confère au Conseil des pouvoirs plus larges de protection du public. Cet élargissement des pouvoirs du Conseil s'articule notamment dans les cas de services où le droit de grève est inexistant. Dans *Communauté urbaine de Montréal c. Fraternité des policiers et policières de la communauté urbaine de Montréal inc.*²⁵ la Cour d'appel illustre en quoi cette distinction entre les deux notions est fondamentale :

Tout ceci devient encore plus clair quand, à l'art. 111.18, le législateur étend le pouvoir d'enquête prévu à l'art. 111.16 pour le cas de grève ou de ralentissement d'activités cette fois si, **à l'occasion d'un conflit**, le Conseil **estime qu'une action concertée autre qu'une grève ou un ralentissement d'activités porte préjudice ou est susceptible de porter préjudice à un service auquel le public a droit**. Avec respect, je ne pourrais concevoir comment, malgré ces deux dispositions très claires et précises, un conflit dans un service de police municipal qui cause préjudice au public peut échapper à ces mesures législatives au seul motif que les policiers n'ont pas le droit de grève. C'est dans le même sens que fut confié au Conseil, à l'art. 111.17, le pouvoir de rendre des ordonnances s'il estime que le « **conflit porte préjudice ou est vraisemblablement susceptible de porter préjudice à un service auquel le public a droit** » [...] pour (1) **assurer au public un service auquel il a droit**, ou (2) **exiger le respect de la loi** ». Non seulement le Conseil peut-il intervenir si des **services essentiels** ne sont pas rendus, mais encore si le conflit porte préjudice à **un service auquel le public a droit**, notion que le législateur distingue ici du **service essentiel** qui se conçoit dans le cas d'un service qui a le droit de grève.

25. [1995] R.J.Q. 2549, p. 2558, 1995 CanLII 4732 (QC C.A.).

La Cour suprême considère également que la distinction entre la notion de service essentiel et de service auquel le public a droit est importante :

[27] [...] L'article 111.17, pris dans le contexte de l'aperçu général qui précède, confère d'autres pouvoirs plus larges au Conseil en vue de protéger le public de deux genres de perturbations qu'entraîne un conflit de travail impliquant des fonctionnaires. Selon le premier alinéa de cet article, la première de ces situations se présente lorsqu'un conflit est considéré comme portant ou susceptible de porter « préjudice à un service auquel le public a droit ». La deuxième situation survient lorsqu'une liste ou entente concernant des services essentiels pour la durée d'une grève, par ailleurs légale, n'est pas respectée. Pour pallier les conséquences de ces deux catégories de conflit de travail, le Conseil a le pouvoir général de rendre diverses ordonnances, allant d'une ordonnance visant à assurer au public un service auquel il a droit, à une ordonnance exigeant le respect de la convention collective, de la loi ou d'une liste ou entente portant sur les services essentiels.

[...]

[32] La nécessité de cette instance spécialisée et donc le rôle qu'elle joue dans le Code deviennent évidentes si on considère les conséquences particulières qui découlent de l'octroi du droit à la négociation collective et à la grève des employés des services publics et des secteurs public et parapublic. Lorsque des « fonctionnaires » font la grève, les pressions exercées sur l'employeur ne sont pas essentiellement financières, comme dans le secteur privé, mais découlent plutôt de l'interruption de services dont la société dépend pour les activités quotidiennes de ses membres. Tandis que les consommateurs peuvent tout simplement s'adresser à une autre source pour obtenir des biens et des services fournis par l'entreprise privée, il peut être impossible, très difficile et très onéreux d'obtenir d'autres services en remplacement de ceux visés par les régimes spéciaux.²⁶

Il ne fait donc aucun doute que, lors de moyens de pression illégaux, le Conseil peut donc rendre des ordonnances visant à redresser et à réparer un manquement à l'obligation de maintenir les services auxquels le public a droit.

B. La compétence des tribunaux de droit commun

Tel que nous l'avons déjà mentionné, en matière de rapports collectifs de travail, les tribunaux de droit commun ont une com-

26. *Ville de Montréal c. Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 301 et Conseil des services essentiels*, [1997] 1 R.C.S. 793.

pétence limitée, puisque le *Code du travail* prévoit principalement qu'il revient à un organisme spécialisé, soit la Commission des relations de travail, de voir à la mise en œuvre du Code. Dès lors, que reste-t-il aux tribunaux de droit commun ?

Dans un premier temps, les recours extraordinaires prévus au *Code de procédure civile*, tels que l'injonction, le *mandamus*, etc., relèvent de la juridiction de la Cour supérieure²⁷. Subsistent également les recours en responsabilité civile²⁸. C'est sous ce dernier volet que la Cour supérieure tient sa compétence pour entendre des recours collectifs suite à un conflit de travail. Les parties se croyant lésées lors d'un arrêt de travail demandent donc à la Cour supérieure de leur octroyer une indemnité pour le préjudice qu'elles auraient subi.

Dans *Galarneau c. Canada (Procureur général)*²⁹, la Cour fédérale rappelle l'étendue de la compétence des tribunaux de droit commun en matière de relations de travail :

[44] Un consensus se dégage en effet clairement de ces décisions : les tribunaux traditionnels ne sont pas compétents pour entendre des différends qui découlent d'une convention collective, ni ceux régis par la législation sur les relations de travail.

Il importe de spécifier que dans *Galarneau*, il s'agissait d'une agente correctionnelle qui poursuivait son employeur pour avoir été exposée à la fumée secondaire dans l'exercice de son emploi. La requérante alléguait que son employeur n'avait pas respecté ses obligations en vertu de la *Loi sur la santé des non-fumeurs*³⁰, entraînant ainsi sa responsabilité. La Cour fédérale a rejeté le recours puisqu'il existait une procédure à l'intérieur de la convention collective. Cette situation diffère d'un recours collectif exercé par un tiers non partie à une entente collective. Toutefois, cette décision illustre la compétence limitée des tribunaux de droit commun. Dans un article récent, Pierre Sylvestre s'exprimait en ce sens :

Le domaine des relations de travail a donné lieu aussi à plusieurs recours collectifs. Jusqu'à maintenant, les tribunaux, et cela inclut la Cour fédérale, ont été réticents à se donner compétence en

27. *Code de procédure civile*, L.R.Q., c. C-25, art. 31, 751, 844.

28. C.c.Q., art. 1457 à 1481.

29. *Galarneau c. Canada (Procureur général)*, 2004 CF 718.

30. L.R.C. (1985), 4^e suppl., ch. 15.

recours collectif sur des matières qui relevaient exclusivement de l'arbitre de griefs ou d'un tribunal administratif.³¹

À la lumière des décisions qui ont été rendues en matière de recours collectifs fondés sur un arrêt de travail, nous n'avons pas repéré de décision qui aurait été rendue dans le cadre de l'exercice de moyens de pression légaux. La raison nous paraît simple. En matière de responsabilité civile, l'article 1457 du *Code civil du Québec*³² prévoit que :

1457. Toute personne a le devoir de respecter les règles de conduite qui, suivant les circonstances, les usages ou la loi, s'imposent à elle, de manière à ne pas causer de préjudice à autrui.

Elle est, lorsqu'elle est douée de raison et qu'elle manque à ce devoir, responsable du préjudice qu'elle cause par cette faute à autrui et tenue de réparer ce préjudice, qu'il soit corporel, moral ou matériel.

Elle est aussi tenue, en certains cas, de réparer le préjudice causé à autrui par le fait ou la faute d'une autre personne ou par le fait des biens qu'elle a sous sa garde.

Il faut donc démontrer la faute, le dommage et le lien de causalité pour obtenir gain de cause. Dans la mesure où les moyens de pression sont exercés légalement, il serait difficile de démontrer qu'il y a faute, puisque la loi prévoit le recours à des moyens de pression dans le cadre de la négociation collective. D'ailleurs, l'honorable juge Baudouin, dans son ouvrage sur la responsabilité civile, mentionne que lorsque la grève est légale, c'est un cas de force majeure en ce qu'elle est imprévisible et irrésistible³³, situation qui entraîne une exonération de responsabilité. Toutefois, il serait possible de poursuivre un syndicat ou un fournisseur de service public s'il est démontré que la façon d'exercer le droit de grève ou de lock-out constitue un abus de droit.

Il nous faut mentionner, au passage, la possibilité que certains recours soient autorisés en vertu du droit public, et ce, même si l'on se trouve dans une situation de moyens de pression légaux.

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

32. L.Q. 1991, c. 64.

33. Art. 1470 C.c.Q.

Depuis l'arrêt *Prud'homme*, il n'est plus nécessaire, pour entraîner la responsabilité de l'État, d'identifier une règle de droit commun justifiant une action en responsabilité contre l'État. La Cour suprême décrivait comme suit l'effet de l'article 1376 C.c.Q. sur la responsabilité extracontractuelle de l'État :

[31] Somme toute, l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions du *Code civil du Québec*, et de l'art. 1376 plus particulièrement, ne permet plus de retenir la méthode prescrite par l'arrêt *Laurentides Motels*, précité, dans la mesure où celle-ci imposait au particulier l'obligation d'identifier une règle de common law publique rendant le droit privé applicable à son action en responsabilité contre l'administration publique. Dorénavant, le régime civiliste de la responsabilité s'applique en principe à l'acte fautif de l'administration. Il revient alors à la partie qui entend se prévaloir du droit public pour éviter ou restreindre l'application du régime général de responsabilité civile de démontrer, le cas échéant, que des principes de droit public pertinents priment sur les règles du droit civil.³⁴

Ainsi, partant du principe que l'État serait seul à offrir un service public donné, un arrêt de travail, bien que légal, pourrait entraîner un manquement aux obligations de l'État de fournir ce service à la population. Il s'agirait donc d'une obligation qui découlerait du droit public, et non purement de la responsabilité civile, de sorte qu'un recours pourrait être autorisé. Bien que pour l'instant hypothétique, cette situation doit être soulevée dans le cadre de la présente étude sur la compétence des tribunaux de droit commun en cas de moyens de pression légaux.

C. Les moyens de pression illégaux

En matière de moyens de pression illégaux, les tribunaux de droit commun interviennent plus aisément pour ordonner une réparation, puisqu'ils appliquent les principes de la responsabilité civile. Il s'agit donc ici de démontrer la faute, de l'association de salariés ou de l'employeur, le dommage et le lien de causalité.

En matière de moyens de pression illégaux, une grève illégale, et donc, le non-respect d'une obligation législative, pourra équivaloir à une faute, comme le mentionnent les auteurs D'Aoust et Verschelden :

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

Tant à l'égard de l'employeur ou des tiers, c'est-à-dire à l'égard de quiconque subira un préjudice causé directement par cette grève illégale.³⁵

Si une grève légale ne peut entraîner la responsabilité d'une partie puisqu'elle constitue une force majeure³⁶, *a contrario*, en cas de moyens de pression illégaux, la responsabilité de l'association de salariés pourra être engagée. L'employeur-fournisseur de services pourra également voir sa responsabilité engagée s'il est démontré, par exemple, qu'il a agi de mauvaise foi, ou encore s'il décrète un lock-out alors qu'il ne peut le faire. Dans la décision *Binette c. Syndicat des chauffeuses et chauffeurs de la Corp. métropolitaine de Sherbrooke*, il s'agissait d'un recours des usagers contre le syndicat ; l'employeur n'était pas visé. La juge Richer déclare qu'« un constat de grève illégale entraînerait automatiquement une faute statutaire de la part du Syndicat »³⁷. Une telle faute statutaire vise non seulement les cas où le droit de grève n'est pas acquis (en cours de convention collective), mais vise également les conditions d'exercice du droit de grève. Dans *Binette*³⁸, la juge Richer, reprenant les propos de Robert P. Gagnon, écrit :

Quant au professeur Robert P. Gagnon, il s'est prononcé clairement sur le fait que l'avis préalable de sept jours, de la part d'un syndicat affecté à un service public, est indispensable pour que la grève soit légale : il s'exprime comme suit aux pages 394 et 395 de son ouvrage intitulé *Le droit du travail au Québec*, 4^e éd., Les Éditions Yvon Blais :

– Avis préalable

La légalité de toute grève dans un service public est sujette à un avis préalable d'au moins sept jours juridiques francs donné par écrit par l'association accréditée au ministre et à l'employeur ; cet avis indique le moment où l'association entend recourir à la grève. S'il s'agit d'un service public qui fait l'objet d'un décret de maintien des services essentiels, l'avis doit aussi être donné au Conseil des services essentiels.

35. Claude D'AOUST, Louise VERSCHULDEN, *Le droit québécois de la responsabilité civile des syndicats en cas de grève illégale*, École des relations industrielles, Université de Montréal, 1980, p. 18.

36. Jean-Louis BAUDOUIN et Patrice DESLAURIERS, *La responsabilité civile*, 7^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007, vol. 1, par. 1-229 ; art. 1470 C.c.Q.

37. *Binette c. Syndicat des chauffeuses et chauffeurs de la Corp. métropolitaine de Sherbrooke*, [2004] J.Q. n° 1833 (QL), par. 13.

38. *Ibid.*, par. 24.

La juge a cependant rejeté l'argument subsidiaire des demandeurs fondé sur un abus de droit. Les demandeurs ont soutenu que, si la Cour arrivait à la conclusion que la grève était légale, la façon dont elle avait été déclenchée et conduite était déraisonnable et excessive eu égard aux droits des usagers³⁹. La Cour rejette cet argument, tout en mentionnant que la preuve de l'exercice abusif du droit de grève n'avait pas été faite.

34 [...]. *Il se produit parfois de tristes situations où syndicats et employeurs utilisent leurs droits sans discernement et de manière abusive. Aucune telle preuve ne nous a été faite dans le présent dossier.* Les situations décrites ici n'ont rien d'excessif ou d'abusif, elles traduisent l'irritation et la frustration normale d'usagers qui n'apprécient pas les conséquences d'une grève à laquelle ils n'ont pas été habitués.⁴⁰ [Nos italiques]

À la lumière de cet extrait, on peut croire que si la preuve d'un exercice abusif et excessif de moyens de pression est faite, même si toutes les conditions d'exercice du droit sont remplies, cela pourrait entraîner la responsabilité d'une partie.

Il ne fait donc pas de doute que les tribunaux de droit commun ont compétence pour entendre des recours en responsabilité civile à la suite de l'exercice de moyens de pression illégaux.

II- LE PROCESSUS DE RÉPARATION

Voyons maintenant comment s'exercent les recours devant le Conseil des services essentiels et devant les tribunaux de droit commun. Nous proposons d'abord un survol de la procédure devant ces deux instances, pour ensuite nous attarder sur la notion de préjudice et sur le type de réparations ordonnées par l'une ou l'autre.

A. La procédure

1. *Devant le Conseil des services essentiels*

En matière de services essentiels, le Conseil a le pouvoir de faire enquête sur tous moyens de pression qui contreviennent à la loi ou au cours desquels les services essentiels ne sont pas ren-

39. *Ibid.*, par. 32.

40. *Ibid.*, par. 34.

dus⁴¹. Le Conseil peut entamer cette enquête de son propre chef ou à la demande d'une personne intéressée. L'expression « personne intéressée » comprend non seulement l'employeur et le syndicat, mais aussi les citoyens ou les organismes intéressés aux dossiers.

Lorsqu'il intervient à l'occasion d'un conflit illégal, soit lorsque le service normal doit être rendu, le conseil favorise la médiation entre les parties afin de les aider à trouver une solution au litige portant sur les services essentiels⁴². Si la médiation ne permet pas de résoudre le conflit, le Conseil convoque alors les parties en audition publique afin de déterminer s'il doit exercer ses pouvoirs de redressement. Dans le cadre de cette audition, le Conseil entend les représentations de l'employeur et du syndicat, mais également de toute personne intéressée ayant des représentations à faire sur l'impact des moyens de pression sur les usagers. Lors de moyens de pression illégaux, le Conseil interviendra s'il juge que les ceux-ci causent préjudice ou sont susceptibles de causer préjudice au service auquel la population a droit, que les services soient assujettis ou non à l'obligation de maintenir les services essentiels⁴³.

Lors d'un conflit légal, le Conseil exercera son pouvoir de redressement et de réparation s'il constate que les services essentiels prévus à une entente ne sont pas rendus.

2. *Devant les tribunaux de droit commun*

En matière de recours collectif, on peut identifier trois phases, comme le mentionne Kathleen Delaney-Beausoleil :

1. la requête pour autorisation d'exercer le recours collectif (art. 1002 à 1010.1 C.p.c.), normalement présentée par la personne qui veut représenter les autres dans la même situation qu'elle ;
2. le recours proprement dit (art. 1011 à 1030 C.p.c.), lequel suit généralement les règles du Code et aboutit à un jugement final qui règle les questions communes aux membres ;

41. Art. 111.16 C.t.

42. Précité, note 20, p. 455 ; art. 111.16, al. 2 C.t.

43. *Ibid.*, p. 456 : « Le Conseil exerce ses pouvoirs de redressement et de réparation à l'égard de tous les services publics énumérés au code, que les parties aient le droit de grève ou de lock-out ou non ou qu'elles soient tenues de maintenir des services essentiels ou non, ainsi qu'à l'égard de l'ensemble du secteur public et parapublic, soit les établissements du réseau de la santé et des services sociaux, la fonction publique, les collèges, les commissions scolaires et les organismes assimilés. »

3. le recouvrement, qui se fait selon les termes du jugement final s'il est collectif et si le montant total des réclamations peut être établi à ce moment (art. 1031 C.p.c.) ; s'il faut liquider ou distribuer un montant aux membres, les réclamations individuelles des membres se font suivant les articles 1033 et 1037 à 1040 C.p.c.⁴⁴

Afin d'obtenir réparation pour un préjudice subi à la suite de moyens de pression, dans le cadre d'un recours collectif, une personne qui veut représenter les autres qui sont dans la même situation qu'elle doit satisfaire les exigences de l'article 1003 du *Code de procédure civile*⁴⁵ :

1003. Le tribunal autorise l'exercice du recours collectif et attribue le statut de représentant au membre qu'il désigne s'il est d'avis que :

- a) les recours des membres soulèvent des questions de droit ou de fait identiques, similaires ou connexes ;
- b) les faits allégués paraissent justifier les conclusions recherchées ;
- c) la composition du groupe rend difficile ou peu pratique l'application des articles 59 ou 67 ; et que
- d) le membre auquel il entend attribuer le statut de représentant est en mesure d'assurer une représentation adéquate des membres.

Une fois cette étape franchie et le recours collectif autorisé, le demandeur devra démontrer qu'il y a eu faute de la part du défendeur, qu'un préjudice a été subi et que ce préjudice découle de la faute du défendeur. Si une telle démonstration est faite, la Cour ordonnera alors réparation et le mécanisme de recouvrement.

B. Les dommages et le recouvrement

Tant devant le Conseil des services essentiels que devant les tribunaux de droit commun, pour obtenir réparation, il faut démontrer qu'un préjudice a été subi. Nous exposerons d'abord la notion de préjudice afin de voir si celle-ci est interprétée de façon

44. Kathleen DELANEY-BEAUSOLEIL, « Le recours collectif », vol. 2, dans Denis FERLAND et Benoit EMERY (dir.), *Précis de procédure civile du Québec*, 4^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 876.

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

identique par les deux instances, et par la suite, nous présenterons les différents types de réparation.

1. La notion de préjudice

En responsabilité civile, le but recherché est la réparation du dommage causé à la victime. Or, ce ne sont pas tous les actes fautifs qui engagent la responsabilité, encore doit-il y avoir un préjudice subi. Comme l'illustre Baudouin, « l'auteur d'un acte d'imprudence grossière qui pourtant ne cause aucun dommage n'encourt aucune responsabilité civile »⁴⁶. En vertu du *Code civil du Québec*, ce préjudice peut être corporel, moral ou matériel⁴⁷. L'appréciation du préjudice suit les règles fixées par le législateur et élaborées par les tribunaux, mais une règle fondamentale s'applique à tous les cas : la compensation du préjudice ne doit pas entraîner l'enrichissement indu aux dépens d'autrui⁴⁸. Les critères varient en fonction des faits de chaque affaire. Au chapitre des critères d'évaluation du préjudice donnant ouverture à la compensation, mentionnons d'abord que le préjudice doit être réel et non hypothétique. En ce sens, il peut être présent ou futur, mais à la condition d'être certain. À titre d'exemple d'un préjudice futur, les tribunaux ont reconnu, de façon exceptionnelle, que la simple perte d'une possibilité peut constituer un préjudice direct⁴⁹.

Le Conseil des services essentiels voit la notion de préjudice sous un angle différent de celui de la responsabilité civile. André Riendeau définit comme suit la notion de préjudice telle qu'interprétée par le Conseil :

Le Conseil voit dans le mode de réparation autorisé un caractère collectif et non individuel et considère qu'il n'utilise pas ses pouvoirs pour indemniser une partie des torts qu'a pu lui causer les agissements de l'autre. L'objet de l'audience en réparation est la détermination de l'existence d'un préjudice auquel le public a droit.⁵⁰

Alors qu'en matière de responsabilité civile, c'est le préjudice individuel qui est indemnisé, en matière de services essentiels, le

46. Précité, note 36, par. 1-102.

47. Art. 1607 C.c.Q.

48. Précité, note 36, par. 1-320.

49. *Ibid.*, par. 1-351.

50. André RIENDEAU, *L'exercice du recours collectif au Québec : un examen rétrospectif du contentieux*, Montréal, Anagram, 2002, p. 80.

préjudice est donc vu comme ayant un aspect collectif. En d'autres mots, comme le mentionne Laurence Léa Fontaine dans sa thèse portant sur les services essentiels⁵¹ : « La réparation de l'article 111.17 est un concept nouveau *sui generis* destiné à compenser un "préjudice statutaire à l'ensemble des personnes" ». La Cour d'appel a d'ailleurs confirmé cette interprétation du pouvoir de réparation du Conseil des services essentiels dans *Syndicat des employés de Clair Foyer c. Conseil des services essentiels*⁵² :

Le mécanisme de réparation qu'administre le Conseil des services essentiels constitue une mesure législative particulière, destinée à sanctionner les violations des services essentiels et à sauvegarder l'intérêt public à leur maintien. Son usage n'est assujéti à aucun délai spécifique. Seule une obligation de diligence raisonnable s'appliquerait à l'action du Conseil dans ce domaine.

Le Conseil des services essentiels a adopté l'interprétation de son pouvoir de réparation donnée par les tribunaux. La décision du Conseil dans *Montréal (Ville de) c. Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 301* en est un bel exemple :

L'honorable juge Claude Tellier indique également que la réparation de 111.17 est un concept tout à fait différent du concept de dommage, c'est un concept nouveau qu'il appelle « *sui generis* » qui n'est ni un dommage civil ni une pénalité. C'est une réparation pour compenser un préjudice statutaire à un ensemble de personnes. La réparation n'est pas non plus un recours collectif au sens du *Code de procédure civile*.

Donc, quand le Conseil décide de rendre une décision en réparation, il ne doit pas rechercher à compenser un dommage précis subi par un usager ni à « punir » des responsables. Il doit plutôt rechercher à compenser d'une manière globale le préjudice causé au service auquel la population a droit.⁵³

Afin de déterminer l'opportunité de rendre une ordonnance de réparation, le Conseil doit notamment tenir compte des principes suivants : l'impact du conflit sur la population, le comportement des parties durant le conflit, l'objectif poursuivi. Sur la prise

51. Laurence-Léa FONTAINE, *Le service minimum et les services essentiels (étude française confrontée au droit québécois)*, thèse de doctorat en droit, Université de Montréal, 2004, disponible en ligne : <<http://hdl.handle.net/1866/2382>>, p. 625.

52. [1993] R.J.Q. 1156 (C.A.).

53. *Montréal (Ville de) c. Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 301 (cols bleus)*, C.S.E., 5 mars 1999, #0517-0666-16-1361-97-01, p. 16-17.

en compte du comportement des parties, cela apparaît comme un élément incontournable, d'autant que l'article 111.17, al. 3^o C.t. le prévoit spécifiquement⁵⁴. À cet égard, cela se distingue du droit de la responsabilité civile où il n'y a pas de corrélation entre la grossièreté de la faute et l'intensité de la réparation⁵⁵.

On peut donc dire que la notion de préjudice devant le Conseil des services essentiels se distingue de celle en matière de responsabilité civile.

2. Les différents types de réparation

Le Conseil des services essentiels a de très larges pouvoirs pour réparer un préjudice. En effet, l'article 111.17, al. 2^o C.t. prévoit que le Conseil doit choisir la réparation qu'il juge la plus appropriée et ordonner à une personne impliquée d'appliquer la réparation. Le Conseil peut également ordonner la création d'un fonds au bénéfice des utilisateurs du service auquel il a été porté préjudice. Le Conseil énonce, sur son site Internet, quelques ordonnances de réparation qu'il a rendues :

- à la suite de moyens de pression du syndicat, lock-out illégal d'une demi-journée ayant pour effet de priver les usagers du service de transport en commun pendant la même durée. Le Conseil ordonne au syndicat de faire parvenir à tous ses membres copie de la décision et à l'employeur d'offrir une demi-journée de transport gratuit à tous les usagers qui s'en prévaudront.
- trois événements illégaux déclenchés par un syndicat d'employés d'un hôpital psychiatrique, ordonnance de verser 5 000 \$ au comité des bénéficiaires de l'hôpital.
- débrayages illégaux dans un centre d'accueil de réadaptation, ordonnance au syndicat de verser 10 000 \$ à la fondation du centre. Cet argent doit être utilisé pour répondre aux besoins spéciaux de certains enfants.
- débrayage illégal des chauffeurs d'autobus d'un transporteur public de la région métropolitaine survenu au mois de janvier, privant de transport 50 000 personnes, ordonnance au syndicat

54. *Ibid.*

55. Précité, note 36, par. 1-311.

de verser 100 000 \$ dans un fonds au bénéfice des usagers de ce service public. L'argent a servi à la construction d'abribus.

- débrayage illégal de cols bleus, un matin de pluie verglaçante, les parties présentent au Conseil un projet visant à réparer le préjudice subi par la population. Un appel à la communauté pour des propositions des projets de travaux qui ne sont pas habituellement exécutés par la Ville. Ainsi, 6 000 heures de travaux communautaires ont été exécutés bénévolement par près de 1 000 employés cols bleus. La Ville a aussi participé à cette opération en dégageant des contremaîtres et en fournissant l'équipement nécessaire.⁵⁶

Ces exemples de réparation nous permettent de conclure que le pouvoir de réparation du Conseil ne se limite pas seulement au dédommagement du préjudice pécuniaire. Les ordonnances que rend le Conseil sont tournées vers l'avenir. En effet, non seulement elles permettent de réparer dans l'immédiat un préjudice, mais elles visent également à améliorer les relations entre les parties. Comme le mentionne Laurence-Léa Fontaine : « le tribunal administratif cherche par ses ordonnances à instruire les parties pour qu'elles respectent volontairement la loi à l'avenir »⁵⁷.

En vertu du Code civil, l'auteur d'une faute extracontractuelle a l'obligation de dédommager la victime pour le préjudice qu'elle a subi⁵⁸. Les tribunaux pourront donc octroyer des dommages compensatoires et des dommages exemplaires, dans certains cas, si les éléments de preuve sont réunis pour permettre aux tribunaux de condamner un défendeur au paiement de dommages exemplaires.

Les dommages compensatoires visent à indemniser un préjudice subi, et non à punir l'auteur d'une faute. Dans le cadre d'un recours collectif, lorsque les dommages compensatoires ne peuvent être quantifiés avec précision, si le tribunal arrive à la conclusion que les membres du groupe ont subi un préjudice de même ordre, ceux-ci pourront être évalués d'après une moyenne⁵⁹.

Dans les cas où le Conseil des services essentiels aura également exercé sa compétence et rendu une ordonnance de dédom-

56. Conseil des services essentiels, en ligne : <<http://www.cses.gouv.qc.ca/pouvoirs/>>.

57. Précité, note 51, p. 626.

58. Art. 1457 C.c.Q.

59. Précité, note 44, p. 804.

agement, le juge qui entend le recours collectif aura à qualifier l'ordonnance de dédommagement rendue par le Conseil, afin de s'assurer qu'il n'y ait pas double réparation. Dans *Viau c. Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 3333*, le juge Côté écrit :

Le Tribunal est d'avis que l'exercice par le *C.S.E.* de sa compétence sous l'article 111.17 C.t. ne prive pas ce Tribunal de la sienne propre et qu'il y a simplement lieu de s'assurer qu'un dommage subi ne soit réparé ou compensé qu'une seule fois.

Pour ce faire, il faut qualifier la réparation ordonnée par le *C.S.E.* Cette réparation ne vise que des dommages-intérêts compensatoires, tous dommages exemplaires en étant exclus. Or, les dommages compensatoires peuvent être de nature pécuniaire ou morale. Les conclusions atteintes plus tôt portent le Tribunal à croire que ce sont les dommages pécuniaires qu'a voulu réparer le *C.S.E.*, à raison d'environ 2 \$ par usager lésé, soit approximativement la valeur du titre de transport perdu, dans le cas des détenteurs de titre mensuel, et d'une valeur de remplacement équivalente à ce qu'ont dû déboursier les autres, le jour du débrayage.

Puisque les dommages pécuniaires ne font pas l'objet du présent litige, restreint qu'il est aux dommages moraux ; on ne peut donc faire appel au principe de la chose jugée, même implicite, ni encore l'interdiction d'une double réparation pour faire rejeter la demande.⁶⁰

Lorsque les dommages ont été quantifiés, les tribunaux de droit commun peuvent ordonner le recouvrement collectif des sommes, si la preuve permet d'établir de façon suffisamment exacte le montant total de réclamations. Il sera également possible de prévoir la liquidation des réclamations personnelles des membres ou la distribution d'un montant à chacun des membres. Dans les cas où le juge est d'avis qu'une telle liquidation ou distribution est impraticable, il pourra ordonner que le reliquat du montant octroyé soit distribué autrement. À cet égard, les tribunaux ont rendu des décisions parfois étonnantes sur la distribution des reliquats.

À titre d'exemple, dans *Coll c. Syndicat des cols bleus regroupés de Montréal, (SCFP 301)*⁶¹, il s'agissait d'un recours entrepris

60. *Viau c. Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 3333*, D.T.E. 91T-1228 (C.S.).

61. *Coll c. Syndicat des cols bleus regroupés de Montréal, (SCFP 301)*, 2007 QCCS 4361. Cette décision a été infirmée le 9 avril 2009 par la Cour d'appel du Québec : 2009 QCCA 708.

à la suite d'un embouteillage important causé par une grève illégale des cols bleus. La Cour ordonne le recouvrement collectif des sommes, réserve aux parties la possibilité de faire des représentations sur les organismes auxquels devrait être versée la somme accordée et, à défaut de telles représentations, ordonne que la somme soit séparée également entre deux organisations caritatives. Dans *Huneault*⁶², la Cour entérine un règlement intervenu entre les parties visant le versement d'un reliquat à Leucan. Dans *Viau*, le juge se rend à la demande de la mise en cause d'utiliser le reliquat de la somme versée pour faire l'installation de 31 abribus supplémentaires au service des usagers⁶³.

Ces quelques décisions illustrent bien qu'en matière de distribution du reliquat, les tribunaux ne suivent pas de règles précises. Cette façon de faire est critiquée par le professeur Lafond dans son récent ouvrage sur le recours collectif. Selon lui, il serait préférable qu'il y ait une certaine correspondance entre la victime du préjudice et le bénéficiaire de l'indemnisation. À cet égard, il mentionne :

Au nom de la cohérence, il nous apparaît tout à fait approprié de verser le reliquat à une association de consommateurs lorsque le recours implique des acquéreurs de biens et de services de consommation, pourvu que la mission de l'association entretienne un lien direct avec l'objet du recours, tout comme il nous paraît noble et juste qu'un reliquat soit remis au comité des bénéficiaires d'un centre hospitalier pour l'acquisition de biens et l'affectation de certaines dépenses au profit des bénéficiaires. [...] En revanche, nous déplorons le versement du reliquat à un organisme de bienfaisance, si charitable soit son but, sans rapport démontré avec le sujet de la poursuite collective. [...] Comme l'a énoncé clairement la Cour d'appel dans *Fonds d'aide aux recours collectifs c. Syndicat des employés d'entretien et de garage du transport de la C.U.M.* d'aucune manière le recours collectif ne doit-il servir à financer des organismes extérieurs charitables.⁶⁴

Finalement, en matière de réparation, les tribunaux de droit commun peuvent ordonner une mesure réparatrice au lieu d'or-

62. Pierre-Claude LAFOND, *Le recours collectif, le rôle du juge et sa conception de la justice*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2006, p. 210, citant : *Huneault c. Fraternité des chauffeurs d'autobus, opérateurs de métro et employés des services connexes aux transports de la CTCUM*, C.S., n° 500-06-000004-826, 28 septembre 1984.

63. *Viau c. Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 3333*, 8 juin 1993, C.S. Longueuil, n° 505-06-000002-886, j. Michel Côté.

64. Précité, note 62, p. 210-211.

donner une compensation financière. Cette mesure réparatrice doit toutefois profiter à un groupe déterminé, même si ce groupe n'est pas constitué exactement des personnes qui ont été lésées⁶⁵. Ce type d'ordonnance s'apparente aux ordonnances que peut rendre le Conseil des services essentiels.

Contrairement au recours collectif où l'ordonnance vise l'indemnisation du préjudice subi, et donc dans une certaine mesure, des réclamations individuelles des membres du groupe, les ordonnances du Conseil des services essentiels visent une réparation en faveur du public utilisateur, et non des réclamations individuelles.

CONCLUSION

L'analyse des pouvoirs du Conseil des services essentiels et des pouvoirs des tribunaux de droit commun en matière de recours collectif autorisé à la suite de moyens de pression illégaux, nous permet de constater qu'il existe des différences entre les deux recours. Celles-ci se constatent principalement dans l'interprétation de la notion de préjudice et dans l'étendue du pouvoir de réparation de chaque instance. L'objet de la réparation ordonnée par le Conseil des services essentiels ne vise pas la compensation pour un préjudice individuel, mais de compenser le préjudice causé à la collectivité, alors que la compensation à la suite d'un recours collectif vise essentiellement la compensation du préjudice individuel. Il faut également mentionner la différence importante dans les délais de traitement entre les deux recours. En matière de redressement, le Conseil intervient, en moyenne, dans un délai de 48 heures⁶⁶ ; en matière de réparation, les délais varient, mais le Conseil a un devoir d'agir avec célérité. À l'opposé, le délai moyen avant d'être entendu, dans un dossier de recours collectif devant les tribunaux de droit commun, est de 16 mois⁶⁷.

On peut donc douter que le recours collectif soit le meilleur véhicule pour obtenir réparation pour un préjudice subi lors de moyens de pression illégaux. Les pouvoirs du Conseil des services essentiels étant, à notre avis, plus étendus que ceux des tribunaux

65. Précité, note 44, p. 804.

66. Conseil des services essentiels, *Planification stratégique 2006-2007*, en ligne à : <<http://www.cses.gouv.qc.ca/information/documents/rapportactivite2006-2007.pdf>>.

67. Précité, note 3.

de droit commun, la procédure y étant plus simple et les délais plus courts, il nous semble peu utile de recourir à la procédure de recours collectif. Il est vrai que l'indemnisation y sera collective, et non individuelle, mais dans la mesure où la détermination du dommage subi lors de moyens de pression illégaux est difficilement quantifiable individuellement, l'octroi d'une somme fera souvent l'objet d'une ordonnance de distribution du reliquat à des organismes, la distribution des sommes équivalant aux réclamations individuelles étant plus complexe et plus difficilement réalisable.

Si, comme l'affirme le professeur Lafond⁶⁸, il y a un glissement de la conception traditionnelle du recours collectif vers une conception plus sociale du recours, comme un outil de justice sociale plutôt qu'une constellation de réclamations individuelles, on ne peut qu'arriver à la conclusion qu'il y a un dédoublement de recours. Ce glissement a de quoi inquiéter⁶⁹.

En effet, alors que le législateur a créé un régime particulier pour les rapports collectifs de travail, régime particulier reconnu comme tel par les tribunaux, les tribunaux de droit commun s'insèrent dans ce champ spécialisé pour réparer un préjudice et ce, même s'il existe un organisme dédié à cette fonction. On peut penser qu'éventuellement, les tribunaux de droit commun feront droit aux arguments en matière de responsabilité extracontractuelle pour intervenir dans les négociations entre les parties. À titre d'exemple, les tribunaux de droit commun pourraient faire droit à une réclamation de citoyens qui contestent les augmentations salariales octroyées à des employés de l'État, alléguant qu'en contexte de crise économique, l'État a commis une faute entraînant sa responsabilité lorsqu'il a consenti de telles augmentations. Bien que cette situation soit fort hypothétique, elle illustre bien en quoi il faut s'inquiéter d'une trop grande intervention des tribunaux de droit commun dans le champ spécialisé des relations de travail. Heureusement, à travers la multitude de recours collectifs, peu visent à obtenir une réparation à la suite d'un arrêt de travail illégal. On peut toutefois craindre une augmentation de tels recours, si l'on considère l'intolérance crois-

68. Précité, note 62, p. 42.

69. Dans *Bouchard c. Agropur Coopérative*, 2006 QCCA 1342, la Cour d'appel semble rejeter la proposition de l'aspect « justice sociale » du recours collectif, rappelant que la base du recours collectif est le droit privé (voir par. [108]).

santé de la population envers les conflits de travail dans le secteur des services publics et les secteurs public et parapublic.

À notre avis, la procédure de recours collectif, lors de moyens de pression exercés lors d'un conflit de travail, est un véhicule somme toute inefficace, qui ne devrait pas être autorisé sans qu'à tout le moins, les plaignants aient épuisé les recours devant le Conseil des services essentiels.

Les clauses de non-sollicitation de clientèle et les articles 2088 et 2089 du Code civil : entre la théorie et la réalité commerciale

Alexandre W. BUSWELL et Alexandre PAUL-HUS

Résumé

Les clauses restrictives constituent des outils juridiques de grande importance en droit de l'emploi. Ces clauses comprennent notamment les clauses dites de non-concurrence, de même que les clauses de non-sollicitation de clientèle et les engagements de confidentialité.

Depuis 1994, le *Code civil du Québec* inclut des dispositions expresses visant les « stipulations de non-concurrence ». Les articles 2089 et 2095 du *Code* traitent respectivement des conditions de validité et des modalités d'application de ce type de stipulation contractuelle.

En deux occasions récentes, dans le cadre d'*obiter dicta*, la Cour d'appel du Québec a indiqué que les articles 2089 et 2095 du *Code* pourraient devoir s'appliquer indistinctement aux clauses dites de non-concurrence et aux clauses de non-sollicitation de clientèle.

Ainsi, dans ce contexte, se pose notamment la question de savoir si les clauses de non-sollicitation de clientèle devraient être limitées territorialement comme l'exige l'article 2089, au détriment de leur effet utile ?

Par ailleurs, dans un arrêt antérieur, la Cour d'appel avait suggéré que la validité des clauses de non-sollicitation de clientèle devrait plutôt être contrôlée à la lumière de la portée de l'obligation de loyauté suite à la fin du lien d'emploi, obligation maintenant prévue à l'article 2088 du *Code*.

Par conséquent, le présent texte a pour but d'examiner ces controverses jurisprudentielles quant à l'application des articles 2088, 2089 et 2095 du *Code* aux clauses de non-sollicitation de clientèle.

Suite à cette analyse, plusieurs indices semblent démontrer que les articles 2089 et 2095 du *Code* avaient pour seul objet véritable les engagements contractuels limitant la liberté de travailler, soit les clauses dites de non-concurrence, et non pas les clauses ne visant que la non-sollicitation de clientèle. De plus, il ressort de cette analyse que la validité des clauses de non-sollicitation de clientèle ne devrait pas être subordonnée à l'obligation de loyauté prévue à l'article 2088 du *Code*, cette obligation de type supplétif devant plutôt trouver application en l'absence de stipulation contractuelle ou de stipulation contractuelle valide.

Les clauses de non-sollicitation de clientèle et les articles 2088 et 2089 du Code civil : entre la théorie et la réalité commerciale

Alexandre W. BUSWELL* et Alexandre PAUL-HUS**

Introduction	95
1. Revue des concepts applicables	96
1.1 La sollicitation.	96
1.2 La loyauté et la confidentialité	98
1.3 Les stipulations de non-concurrence	99
2. La controverse jurisprudentielle	100
2.1 Première hypothèse : le champ d'application de l'article 2089 C.c.Q.	100
2.2 Deuxième hypothèse : le champ d'application de l'article 2088 C.c.Q.	108
Conclusion	110

* Alexandre W. Buswell, LL.M., est avocat associé au sein du cabinet Heenan Blaikie s.e.n.c.r.l., srl et pratique en droit du travail et de l'emploi.

** Alexandre Paul-Hus était, au moment de la rédaction du présent article, avocat sociétaire au sein du cabinet Heenan Blaikie s.e.n.c.r.l., srl et pratiquait en droit du travail et de l'emploi.

INTRODUCTION

Vu l'importance socio-économique de la liberté de travail, les contraintes conventionnelles survivant à la fin du lien d'emploi – dont les clauses de non-concurrence – ont depuis longtemps été reçues avec beaucoup de réserve par les tribunaux québécois. Avant l'adoption du *Code civil du Québec* (ci-après « C.c.Q. »), et en l'absence de balises législatives claires, les tribunaux avaient élaboré des règles jurisprudentielles concernant la validité des clauses restrictives. Il s'agissait alors d'assurer une protection minimale de la liberté individuelle du salarié, tout en permettant la protection des droits légitimes de l'employeur. La liberté de gagner sa vie et, dans une moindre mesure, la faculté de commerce, ne pouvaient faire l'objet d'une renonciation contractuelle en faveur de l'employeur qu'à certaines conditions. La liberté contractuelle était déjà substantiellement limitée.

Lors de la réforme du *Code civil* en 1994, le législateur québécois a codifié plusieurs règles préalablement reconnues par les tribunaux. Dans ce contexte, le législateur a notamment adopté l'article 2089 C.c.Q., lequel témoigne d'une réticence évidente quant à la validité des stipulations dites de « non-concurrence ». Le législateur y exige que ces stipulations soient écrites, expresses et limitées à la fois dans le temps et l'espace et quant à la nature des activités visées, le tout selon ce qui est nécessaire pour protéger les intérêts légitimes de l'employeur, à défaut de quoi, ces stipulations sont nulles et sans effet.

Depuis 2007, la Cour d'appel du Québec a suggéré, dans le cadre de deux *obiter dicta*, que ces restrictions incluses à l'article 2089 C.c.Q. pourraient devoir être appliquées indistinctement aux clauses de non-concurrence et aux autres clauses restrictives, dont les engagements de non-sollicitation de clientèle¹. La lettre de l'article 2089 C.c.Q. est très claire et ne laisse aucune place à la flexibilité ou à l'adaptation possible des conditions de validité qui y sont énoncées. Est-ce à dire que les clauses de non-sollicitation de clientèle doivent désormais être limitées quant à leur territoire, ou de manière géographique ? À l'heure de la mondialisation

1. *Robitaille c. Gestion L. Jalbert inc.*, 2007 QCCA 1052 (C.A.); *Gestess Plus c. Harvey*, 2008 QCCA 314 (C.A.).

des marchés, les notions de sollicitation et de frontières géographiques sont-elles conciliables ? L'hypothèse soulevée par la Cour d'appel nous semble rendre impossible la rédaction d'une clause de non-sollicitation de clientèle sans en miner considérablement, pour ne pas dire complètement, l'efficacité protectrice.

De même, un juge de la Cour d'appel a quant à lui suggéré que l'article 2088 C.c.Q. pourrait servir à contrôler la légalité des clauses restrictives autres que les clauses de non-concurrence². L'article 2088 C.c.Q. est celui par lequel est imposée à tout salarié une obligation de loyauté et de confidentialité, laquelle se prolonge et survit pour une durée raisonnable après la fin d'emploi du salarié, cette durée étant variable. Pourtant, on peut légitimement se demander si cette disposition avait vraiment pour objectif de permettre un contrôle de la liberté contractuelle des parties. De même, à cet égard, comme nous le verrons ci-après, il est dorénavant permis de se demander si la sollicitation de clientèle suite à la fin d'emploi peut constituer, en soi, un manquement au devoir de loyauté.

La confusion est de plus en plus grande entre les enseignements jurisprudentiels tirés de l'ancien droit, le vocabulaire retenu par le législateur lors de la dernière codification et la jurisprudence plus récente en cette matière.

En toute déférence pour les juges de la Cour d'appel qui se sont prononcés sur ces questions, nous estimons que l'interprétation qu'ils proposent des articles 2088 et 2089 par rapport aux clauses restrictives autres que les clauses de non-concurrence est incorrecte et contraire à l'intention du législateur, notamment dans la mesure où elle a pour effet de réduire sans raison l'efficacité des clauses de non-sollicitation de clientèle.

1. REVUE DES CONCEPTS APPLICABLES

1.1 La sollicitation

D'abord, voyons ce que comprend la notion de sollicitation, qui peut prêter à confusion. Les définitions terminologiques et les enseignements jurisprudentiels associent notamment cette notion à un effort soutenu et insistant afin d'obtenir ou de con-

2. *Drouin c. Surplec inc.*, D.T.E. 2004T-469 (C.A.).

clure un contrat avec une tierce partie. Il faut donc que l'initiative de communication relève du salarié, et non pas du client lui-même, ce qui impliquera normalement un ou plusieurs gestes positifs de la part du salarié.

Le dictionnaire *Le Robert* en propose la définition suivante :

Sollicitation n.f. Action de solliciter **1.** Invite, tentation insistante, susceptible d'entraîner. **2.** Demande insistante, démarche pressante.³

Selon le *Dictionnaire canadien des relations du travail* (2^e éd.), cette notion se définit comme suit :

Sollicitation n.f. Démarche entreprise pour inciter quelqu'un à poser un acte, à adhérer à un mouvement, à participer à une entreprise ou à une œuvre.⁴

Les tribunaux ont reconnu que l'interdiction conventionnelle de solliciter ne peut être interprétée de manière à excéder la protection des intérêts légitimes de l'employeur. Donc, une interdiction d'avoir tout contact avec certains clients pourrait être jugée invalide parce qu'excessive et déraisonnable⁵. À l'inverse, le fait d'informer ses clients de son départ ne constituait pas, en soi, un effort de sollicitation⁶. Une clause de non-sollicitation ne peut non plus avoir pour effet d'empêcher un professionnel, soumis à une obligation déontologique ou professionnelle, d'assurer un suivi normal auprès des clients qu'il servait⁷. Par ailleurs, la publicité adressée au public en général ne peut, non plus, être assimilée à de la sollicitation⁸.

Une clause de non-sollicitation rédigée de manière tellement large qu'elle empêche, dans les faits, le salarié de rendre des services à certaines personnes pourra être assimilée à une véritable clause de non-concurrence, et pourra, par conséquent, devoir être strictement limitée dans le temps et l'espace et quant au genre

3. *Dictionnaire Le Petit Robert*, édition mise à jour, juin 2000, Paris, 2000, p. 2361.

4. G. DION, *Dictionnaire canadien des relations du travail*, 2^e édition, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 1986, p. 447.

5. *Martin Assurance et gestion de risque inc. c. Trudel*, D.T.E. 2002T-770 (C.S.).

6. Par analogie : *Valeurs mobilières Desjardins inc. c. Financière Banque Nationale inc.*, J.E. 2008-281 (C.A.) ; *P. Brunet Assurance inc. c. St-Jean*, D.T.E. 90T-922 (C.S.).

7. *Financière Banque Nationale c. Jean*, D.T.E. 2005T-264 (C.S.).

8. *Groupe financier Assbec ltée c. Dion*, D.T.E. 95T-70 (C.A.).

d'activités visé⁹. En fait, il nous semble que cette distinction aurait pu permettre à la Cour d'appel de régler la difficulté à laquelle elle était confrontée dans les deux affaires¹⁰ où elle a suggéré que les critères de validité énoncés à l'article 2089 C.c.Q. pourraient être applicables aux simples clauses de non-sollicitation de clientèle. En effet, il s'agissait, dans ces deux affaires, de clauses de non-sollicitation si larges quant à leur domaine d'application qu'elles pouvaient à juste titre être assimilées à de véritables clauses de non-concurrence.

1.2 La loyauté et la confidentialité

En 1994, le législateur québécois a codifié l'obligation de loyauté et de confidentialité, laquelle était alors une création jurisprudentielle d'inspiration de common law. L'article 2088 C.c.Q. se lit comme suit :

2088. Le salarié, outre qu'il est tenu d'exécuter son travail avec prudence et diligence, doit agir avec loyauté et ne pas faire usage de l'information à caractère confidentiel qu'il obtient dans l'exécution ou à l'occasion de son travail.

Ces obligations survivent pendant un délai raisonnable après cessation du contrat, et survivent en tout temps lorsque l'information réfère à la réputation et à la vie privée d'autrui.

C'est au deuxième paragraphe de cette disposition de droit nouveau que le législateur a consacré la prolongation des effets juridiques du contrat de travail au-delà de sa résiliation. Il s'agit là d'un effet que la professeure Bich (tel était alors son titre) avait qualifié d'« exorbitant »¹¹, puisqu'il existe un principe bien établi en droit civil qui veut que les obligations contractuelles cessent d'avoir effet suite à la résiliation de l'acte juridique duquel elles découlent. C'est néanmoins le choix qu'a fait le législateur.

La jurisprudence a cependant retenu que cette disposition ne devait pas être interprétée comme une interdiction à la concurrence suite à la cessation d'emploi. L'article 2088 C.c.Q. n'inter-

9. *Gestess Plus c. Harvey*, *supra*, note 1.

10. *Supra*, note 1.

11. M.-F. BICH, « La viduité post-emploi : loyauté, discrétion et clauses restrictives », dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, *Développements récents en droit de la propriété intellectuelle* (2003), vol. 197, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 243-327.

dirait que la concurrence dite déloyale et abusive. Une interprétation contraire aurait rendu redondant l'article 2089 C.c.Q., lequel autorise expressément les limitations contractuelles à la concurrence générale. En d'autres termes, il s'agit d'une expression particulière du principe de la bonne foi dans les contrats et l'exercice des droits civils¹².

L'obligation de loyauté suite à la fin du contrat de travail est à durée variable selon les circonstances de chaque cas d'espèce. Il appartient aux tribunaux d'en établir la durée et l'intensité selon les faits dont ils sont saisis. Cette durée dépend de plusieurs facteurs, lesquels comprennent notamment le niveau de responsabilité chez l'employeur et l'accès aux informations confidentielles et stratégiques¹³. D'ailleurs, la protection de l'information à caractère confidentiel est la raison première de la protection législative minimale consentie aux employeurs québécois suite à la rupture du lien d'emploi.

1.3 Les stipulations de non-concurrence

L'article 2089 C.c.Q. reconnaît expressément la faculté pour les parties au contrat de travail de convenir de limitations à la liberté du travail suite à la cessation du lien d'emploi. L'article 2089 se lit comme suit :

2089. Les parties peuvent, par écrit et en termes exprès, stipuler que, même après la fin du contrat, le salarié ne pourra faire concurrence à l'employeur ni participer à quelque titre que ce soit à une entreprise qui lui ferait concurrence.

Toutefois, cette stipulation doit être limitée, quant au temps, au lieu et au genre de travail, à ce qui est nécessaire pour protéger les intérêts légitimes de l'employeur.

Il incombe à l'employeur de prouver que cette stipulation est valide.

On voit dans cette disposition l'exigence claire d'une triple limitation aux engagements de non-concurrence, quant à leur durée, leur territoire et au genre de travail visé. D'ailleurs, il revient à l'employeur de démontrer au tribunal la validité de ces

12. Art. 6, 7 et 1375 C.c.Q.

13. La jurisprudence est abondante sur ces enseignements généraux. Voir notamment l'exposé de la juge Bich dans l'arrêt *Concentrés scientifiques Bélisle inc. c. Lyrco Nutrition inc.*, D.T.E. 2007T-440 (C.A.).

stipulations, selon les exigences cumulatives prévues à l'article 2089 C.c.Q. Comme nous l'avons indiqué déjà, le législateur affichait ici clairement sa réticence face à de tels engagements contractuels qui, il convient de le rappeler, peuvent avoir de lourdes conséquences sur les libertés individuelles du salarié. L'article 2089 C.c.Q. a donc confié aux tribunaux la tâche de contrôler la légalité de ces clauses afin de protéger l'équilibre entre les intérêts légitimes de l'employeur et la liberté de travail du salarié.

2. LA CONTROVERSE JURISPRUDENTIELLE

2.1 Première hypothèse : le champ d'application de l'article 2089 C.c.Q.

Comme nous l'avons mentionné en introduction, avant l'adoption de l'article 2089 C.c.Q., les tribunaux avaient, de leur propre chef, reconnu que les engagements contractuels apportant des limites à la liberté individuelle du salarié suite à la fin d'emploi devaient être raisonnables afin de respecter les exigences de l'ordre public¹⁴. Les tribunaux parlaient alors de « clauses restrictives », lesquelles comprenaient notamment l'interdiction d'occuper un emploi ou d'offrir des services (que nous désignerons dans le cadre du présent texte les « clauses de non-concurrence »), de même que les interdictions de sollicitation de clientèle et, dans une moindre mesure, les engagements de confidentialité dans l'exercice d'une concurrence consécutive à la fin du lien d'emploi¹⁵.

En l'absence de dispositions législatives précises, les tribunaux avaient élaboré des critères d'évaluation de la validité de ces clauses restrictives. Les clauses de non-concurrence, limitant directement la capacité de travail même du salarié, étaient sujettes à des critères de validité plus sévères. Des limitations temporelle, territoriale et quant au genre de travail visé, libellées de façon strictes et précises, étaient exigées pour que de telles clauses soient jugées valides et exécutoires¹⁶.

14. Voir : *Salmon c. Overload (Québec) inc.*, [1974] R.D.T. 559 (C.A.).

15. Voir notamment l'article récapitulatif écrit par C. GASCON, « Les récents développements en matière de clauses restrictives d'emploi », dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, *Développements récents en droit du travail* (1992), Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1992, p. 109-163.

16. À titre d'exemple : *Aliments F.B.I. ltée c. Valade*, J.E. 87-1116 (C.S.).

Les clauses de non-sollicitation de clientèle, limitant, dans une moindre mesure, les activités concurrentielles et commerciales accessoires, dont la recherche de nouvelles parts de marché, se trouvaient sujettes à des critères moins sévères, étant donné les conséquences économiques potentielles plus limitées de ce type de restriction à la liberté individuelle du salarié¹⁷.

Dans la jurisprudence rendue sous l'ancien Code traitant de la validité des clauses de non-sollicitation de clientèle, l'exigence d'une limitation territoriale avait été écartée. L'identification de la clientèle était jugée suffisante et plus appropriée¹⁸. Quant à la limitation dans le temps, des stipulations d'une durée allant jusqu'à deux ans avaient souvent été jugées valides par les tribunaux¹⁹. Des clauses de non-sollicitation d'une durée de trois ans avaient même déjà été rendues exécutoires²⁰.

Il existait donc, tel qu'il appert de ce qui précède, différents degrés de sévérité et différentes exigences de validité dans le contrôle judiciaire exercé à l'égard des clauses restrictives d'emploi, selon le type de clause dont il était question.

En adoptant l'article 2089, le législateur semble, selon nous, avoir voulu codifier ces enseignements jurisprudentiels. Les commentaires du ministre de la Justice réfèrent expressément à un tel désir de continuité²¹, et la doctrine est au même effet²². Par ailleurs, le texte de l'article 2089 réfère aux seules « stipulations de non-concurrence », sans référer aux stipulations dites de non-sollicitation ou aux engagements de confidentialité. Quelle conclusion doit-on tirer du silence de l'article 2089 à l'égard des autres clauses restrictives, surtout les clauses de non-sollicitation de clientèle ?

En deux occasions récentes²³, la Cour d'appel a soulevé l'hypothèse voulant qu'il ne soit plus nécessaire de faire de distinc-

17. À titre d'exemple : *L.E.L. Marketing ltée c. Otis*, D.T.E. 89T-1007 (C.S.).

18. À titre d'exemple : *Orchestres du Québec Alex Drolet ltée c. Turgeon*, J.E. 1986-31 (C.S.).

19. Voir : *La Mutuelle du Canada c. Suppa*, D.T.E. 91T-326 (C.S.).

20. Voir : *P. Brunet Assurance inc. c. St-Jean*, *supra*, note 6.

21. Gouvernement du Québec, *Les Commentaires du ministre de la Justice*, tome II, Les Publications du Québec, Québec, 1993, p. 1313.

22. M.-F. BICH, « Le contrat de travail », *La Réforme du Code civil*, tome II, Ste-Foy, 1993, p. 787.

23. *Supra*, note 1.

tion entre les clauses de non-concurrence et les clauses de non-sollicitation de clientèle. Ce faisant, la Cour a semblé suggérer qu'il faille appliquer à ces deux types d'engagement l'article 2089 dans toute sa rigueur. Dans l'arrêt *Gestess Plus*²⁴, le juge Pelletier s'est exprimé ainsi à ce sujet, au paragraphe 12 de la décision :

C'est en effet à tort que « Plus » voit dans le texte en litige une clause de non-sollicitation de clientèle qui échapperait à la règle que pose l'article 2089 C.c.Q. En supposant, pour l'application de cette disposition, qu'il faille distinguer les deux types de clauses, ce dont on peut douter, il se révèle que, de toute façon, le texte à l'étude crée une véritable obligation de non-concurrence. [Nos soulignements]

On peut donc croire que pour certains juges de la Cour d'appel, les clauses de non-concurrence et les clauses de non-sollicitation de clientèle constitueraient deux types de « stipulation de non-concurrence » au sens de l'article 2089, la recherche de clientèle se trouvant selon eux au cœur de la notion de concurrence au sens terminologique. Dans chacun de ces arrêts, la Cour d'appel s'est référée à un article de doctrine écrit par leur collègue la juge Bich, alors qu'elle était professeure de droit²⁵.

Pourtant, dans l'arrêt *Drouin*²⁶ rendu en 2004, le juge Chamberland avait, à l'inverse, quant à lui prôné l'application de l'article 2089 C.c.Q. aux seules stipulations de non-concurrence, soit celles qui limitent la capacité d'emploi du salarié. Dans ce même jugement, les juges Morissette et Delisle avaient semblé, pour leur part, appliquer l'article 2089 C.c.Q. indistinctement aux clauses de non-concurrence et de non-sollicitation.

Le plus haut tribunal du Québec paraît donc toujours divisé quant à l'interprétation et au champ d'application de cette disposition du *Code civil*, pourtant si importante en matière de droit de l'emploi.

L'hypothèse suggérée par la Cour d'appel, notamment dans l'arrêt *Gestess Plus*²⁷, nous paraît difficilement conciliable avec le texte de l'article 2089, mais aussi mal adaptée à la nouvelle réalité commerciale. De plus, cette approche nous paraît constituer une

24. *Supra*, note 1, par. 12.

25. M.-F. BICH, *supra*, note 11.

26. *Supra*, note 2.

27. *Supra*, note 1.

modification injustifiée des principes reconnus par le droit antérieur.

On peut certes convenir qu'au sens terminologique, le terme « concurrence » puisse inclure le fait de solliciter des clients potentiels afin de leur offrir les produits ou services d'une entreprise concurrente, au détriment de son ancien employeur.

Toutefois, force est de constater que l'article 2089 réfère, non pas à la concurrence de façon générique et abstraite, mais plutôt à une « stipulation de non-concurrence ». Or, la jurisprudence antérieure à la réforme de 1994 avait toujours reconnu la distinction qui existe entre une stipulation de non-concurrence, une stipulation de non-sollicitation ou encore un engagement de confidentialité. Par conséquent, il est permis de penser que, si le législateur avait voulu étendre le champ d'application des critères de validité prévus à l'article 2089 aux « stipulations de non-sollicitation », il l'aurait fait en des termes beaucoup plus clairs, surtout lorsque l'on considère que, tel qu'indiqué précédemment, ce second type de stipulation était loin d'être inconnu du droit québécois en 1994²⁸.

D'ailleurs, il convient de rappeler qu'avant la dernière codification, les tribunaux appelaient clauses restrictives (« *restrictive covenants* ») l'ensemble des engagements contractuels limitant les libertés individuelles du salarié et le commerce au-delà de la rupture du lien d'emploi. Pourtant, encore là, dans son projet de *Code civil*, le législateur ne se référait qu'aux seules « clauses de non-concurrence », ce qui a suscité les commentaires suivants de la part de l'Office de révision :

Cet article, qui limite le principe traditionnel de la liberté contractuelle, consacre une règle globalement élaborée par les tribunaux ; la validité de la clause de non-concurrence est subordonnée à des exigences imposées par le dogme tout aussi nécessaire de la liberté d'emploi : limitation quant au temps, au lieu et au genre d'activité ; l'avenir économique du contractant doit être protégé ; la quatrième condition oblige en somme l'employeur à justifier la légitimité de son intérêt pour toute période d'effectivité de la stipulation.²⁹ [Nos soulignements]

28. *Cameron c. Canadian Factors Corp. Ltd.*, [1971] R.C.S. 148 ; *Elsley c. J.G. Collins Insurance Agencies Ltd.*, [1978] 2 R.C.S. 916.

29. Office de révision du Code civil, *Rapport sur le Code civil du Québec*, vol. II, Commentaires, tome 2, Québec, Éditeur officiel du Québec, 1977, p. 755-756.

Ainsi, à notre avis, l'utilisation de l'expression restrictive et limitative « stipulation de non-concurrence » témoigne de l'intention du législateur de ne pas accorder aux critères de validité de l'article 2089 une application générale et uniforme à l'égard de l'ensemble des clauses restrictives, dont les clauses de non-sollicitation de clientèle.

D'ailleurs, dans le cadre du processus d'adoption du *Code civil du Québec*, le ministre de la Justice a indiqué que le rigorisme du nouvel article 2089 ne visait que la « liberté d'emploi » et donc, que les clauses de non-concurrence, vu leurs effets importants sur la liberté du travail :

Cet article, qui limite le principe de la liberté contractuelle, consacre une règle globalement élaborée par les tribunaux en matière de non-concurrence.

La validité de cette clause est subordonnée à des exigences imposées par le principe tout aussi nécessaire de la liberté d'emploi : l'employeur est obligé de justifier la légitimité de son intérêt pour toute période d'effectivité de la stipulation.

Enfin, le renversement du fardeau de la preuve se justifie, puisque c'est l'employeur qui bénéficie d'une clause qui vient par ailleurs limiter la liberté d'emploi du salarié, et, par voie de conséquence, la liberté de sa personne.³⁰ [Nos soulignements]

On peut conclure de ce qui précède un désir du législateur de maintenir, dans toute leur sévérité, les critères préalablement élaborés par les tribunaux afin de protéger la liberté d'emploi du salarié dans le cadre de l'application d'une clause de non-concurrence, selon le sens traditionnellement et historiquement donné à cette expression. On peut argumenter que le législateur cherchait ainsi à éviter qu'un salarié puisse être abusivement exclu du marché du travail. Sur ce point, rappelons qu'une pure stipulation de non-sollicitation n'affecte en aucune façon le droit ou la liberté du salarié de rendre ses services à l'employeur ou au client de son choix, qu'il s'agisse d'un concurrent de son ancien employeur ou non.

Un autre indice, inclus à l'article 2089, suggère son application limitée aux seules clauses de non-concurrence. En effet, le

30. *Les Commentaires du ministre de la Justice*, tome II, *supra*, note 21, p. 1313.

législateur y fait référence à la limitation quant au « genre de travail », ce qui est également incompatible avec l'idée que l'article 2089 puisse être appliqué à l'égard d'une stipulation de non-sollicitation de clientèle. La sollicitation n'est pas un travail à proprement parler, mais plutôt un acte ou un geste posé par le salarié.

Un argument additionnel tend à démontrer que l'article 2089 ne doit être appliqué qu'à l'égard de clauses de non-concurrence. Il se fonde sur l'article 2095 C.c.Q., qui se lit comme suit :

2095. L'employeur ne peut se prévaloir d'une stipulation de non-concurrence, s'il a résilié le contrat sans motif sérieux ou s'il a lui-même donné au salarié un tel motif de résiliation.

L'article 2095 a été ajouté au *Code civil* en vue de codifier une règle jurisprudentielle d'équité élaborée par les tribunaux québécois³¹. Les commentaires du ministre de la Justice sont sans équivoque à ce sujet³². Il affirme que les articles 2089 et 2095 du *Code civil* sont des corollaires indissociables. Or, en 1982, la Cour d'appel³³ avait clairement écarté l'application du principe désormais reconnu à l'article 2095 à l'égard de simples clauses de non-sollicitation de clientèle. Aucun indice ne suggère que le législateur ait voulu écarter cette distinction jurisprudentielle lors de la réforme de 1994.

Compte tenu de tout ce qui précède, il est, selon nous, possible de prétendre que l'article 2089 a été adopté dans le seul but d'établir les critères de validité des clauses de non-concurrence, c'est-à-dire des engagements qui limitent la capacité du salarié d'occuper un emploi ou de rendre des services à qui les demande, à l'exclusion de tout autre type de clause restrictive.

Au surplus, assimiler une clause de non-sollicitation à une clause de non-concurrence en ce qui a trait à l'exigence d'une limitation territoriale et géographique serait très problématique sur le plan pratique. Les clients sont désormais partout. Les marchés sont libéralisés et les partenariats économiques sont de moins en moins limités par les frontières politiques ou naturelles. Les entreprises sont fragmentées dans leurs opérations et leur ges-

31. *Campeau c. Terrault*, [1959] C.S. 449 (C.A.).

32. *Les Commentaires du ministre de la Justice*, tome II, *supra*, note 21, p. 1317.

33. *Federated Mutual Insurance Company et al. c. Ravary*, D.T.E. 83T-857 (C.A.).

tion, et bon nombre exploitent plusieurs établissements dans différentes provinces ou États.

Dans un tel contexte, exiger que la protection contre la sollicitation de clientèle ait une portée territoriale rigide et géographiquement circonscrite est tout à fait contraire à cette réalité économique. Accepter pareille interprétation force les employeurs québécois à rédiger les contrats de travail d'une façon qui les empêcherait de se protéger adéquatement contre les effets souvent dévastateurs de la sollicitation de clientèle. D'ailleurs, la simple identification des clients qu'il est interdit de solliciter n'est-elle pas suffisante pour rendre une clause de non-sollicitation adéquatement circonscrite et prévisible, comme le reconnaissait le droit antérieur ?

Bref, exiger une limitation territoriale à la protection contre la non-sollicitation, comme l'exigerait une application généralisée de l'article 2089, soulèverait des difficultés tant théoriques que pratiques.

Par ailleurs, même s'il fallait que les tribunaux reconnaissent que l'article 2089 ne s'applique pas aux clauses de non-sollicitation de clientèle, comme nous le suggérons, cela n'aurait pas pour effet de créer un vide juridique ou d'empêcher tout contrôle de la validité de ces clauses par les tribunaux. En effet, celles-ci doivent malgré tout répondre aux exigences de validité élaborées par la jurisprudence antérieure à 1994. À ceux qui prétendraient que notre argumentaire crée un vide juridique, nous répondons qu'en matière de clauses restrictives de commerce hors contexte d'emploi, le contrôle exercé à l'égard de celles-ci par les tribunaux n'a pas été codifié. Pourtant, nul n'a prétendu sérieusement qu'en s'abstenant de légiférer à cet égard, le législateur avait implicitement voulu écarter les enseignements jurisprudentiels antérieurs et ainsi retiré aux tribunaux le pouvoir de contrôler la raisonnable de ces obligations qui limitent la liberté de commerce.

Selon la même logique, nous n'avons aucune raison de croire que le législateur, en adoptant l'article 2089 C.c.Q. visant les clauses de non-concurrence, ait ainsi voulu soustraire les clauses de non-sollicitation à tout contrôle judiciaire quant à leur validité. Selon la jurisprudence antérieure à 1994, une clause de non-sollicitation de clientèle doit revêtir un caractère raisonnable et être

limitée dans sa portée, plus particulièrement en ce qui a trait à sa durée et à l'identité des clients protégés.

La jurisprudence antérieure à 1994 avait reconnu qu'aucune limitation territoriale n'était nécessaire à la validité d'une clause de non-sollicitation, où seule une identification claire des clients visés était requise³⁴. Comme nous l'avons déjà exprimé, il serait d'ailleurs très difficile de circonscrire territorialement la notion de sollicitation, puisqu'une telle action peut se produire en tout lieu, par plusieurs moyens de communication, vu les nouvelles technologies de l'information et la mondialisation des marchés.

Le critère de durée reste applicable aux clauses de non-sollicitation, bien que les tribunaux soient certainement plus permissifs qu'ils ne le sont face à des clauses de non-concurrence. Ainsi, des clauses d'une durée de deux ans et moins ont presque toujours été jugées valides, et le sont encore à ce jour³⁵, des restrictions allant jusqu'à trois ans ayant déjà été déclarées valides dans des circonstances particulières³⁶.

Soulignons toutefois que dans une affaire récente, le juge Wagner, de la Cour supérieure, a remis en question l'exigence d'une durée en matière de clause de non-sollicitation³⁷. Dans une décision subséquente rendue dans le même dossier, le juge Wagner a cependant relativisé ses propos, affirmant plutôt qu'il y avait controverse sur le sujet³⁸.

De plus, les notions de clients et de clients potentiels doivent être définies logiquement, sans quoi, la clause pourrait être considérée comme allant au-delà de ce qui est requis ou nécessaire à la protection des intérêts légitimes de l'employeur. À cet égard, l'employeur sera généralement bien avisé de s'assurer que les définitions proposées exigent un lien avec les services fournis par le salarié dans le cadre de son emploi³⁹. Ceci dit, des circonstances

34. Voir notamment : *L.E.L. Marketing ltée c. Otis*, *supra*, note 17 ; *Corporation Moore limitée c. Charrette*, (1988) 19 C.C.E.L. 277 (C.S.) ; *Frisco Bay Industries of Canada limitée c. 107410 Canada inc. et al.*, [1984] R.L. 149 (C.S.).

35. À titre d'exemples : *La Mutuelle du Canada c. Suppa*, *supra*, note 19 ; *Personnel Marie-Andrée Laforce (2000) c. Laforce*, D.T.E. 2004T-848 (C.S.).

36. À titre d'exemples : *P. Brunet Assurance inc. c. St-Jean*, *supra*, note 6 ; *Assurances Turcotte et Turcotte inc. c. Tremblay*, D.T.E. 2007T-402 (C.Q.).

37. *Valeurs mobilières Desjardins inc. c. Benoît Beaulne et Valeurs mobilières Laurentienne inc.*, C.S. Mtl, n° 500-17-042400-088 (16-04-08, non rapportée).

38. *Ibid.* (25-04-08, non rapportée).

39. *P. Brunet Assurance inc. c. St-Jean*, *supra*, note 6.

particulières pourront justifier des restrictions à la sollicitation visant des clients non desservis par le salarié, mais pour lesquels l'employeur aura un intérêt légitime à protéger.

2.2 Deuxième hypothèse 8: le champ d'application de l'article 2088 C.c.Q.

Dans l'arrêt *Drouin*⁴⁰, le juge Chamberland – proposant ses propres motifs afin de solutionner le litige tout en arrivant à la même conclusion que son collègue le juge Morissette – a exprimé l'opinion que la légalité d'un engagement de non-sollicitation de clientèle puisse être contrôlée par les tribunaux en regard de la durée raisonnable de l'obligation de confidentialité et de loyauté prévue par l'article 2088 du *Code civil*.

À première vue, cette analyse peut paraître intéressante. Toutefois, en toute déférence pour l'opinion contraire, ce raisonnement nous paraît inconciliable avec la jurisprudence récente de la Cour d'appel relative au devoir de loyauté prévu à l'article 2088 C.c.Q. De fait, la Cour a récemment affirmé que le devoir de loyauté n'a pas pour effet d'interdire la sollicitation de clientèle, même ciblée, en l'absence d'usage d'information à caractère confidentiel⁴¹. Dans l'arrêt *Gestion Marie-Lou (St-Marc) inc. c. Lapierre*⁴², la Cour d'appel a aussi retenu une définition très restrictive de la notion d'information à caractère confidentiel aux fins de l'article 2088 C.c.Q. Voici reproduit un extrait des motifs de la Cour, exprimés par le juge Morin, aux paragraphes 40 et suivants de la décision :

À mon avis, l'appelante n'a pas réussi à établir que les renseignements en possession de l'intimé avaient un caractère confidentiel. La liste de clients contient certainement les numéros de téléphone et de télécopieur des caisses, mais ce ne sont pas des informations difficiles à acquérir.

Le chiffre d'affaires pour chaque caisse est certainement un renseignement que l'intimé a obtenu pendant son travail auprès de l'appelante. Cependant, dans ce type d'entreprise, le chiffre d'affaires est proportionnel au nombre d'employés dans les Caisses. Rien n'aurait empêché l'intimé d'appeler ces Caisses et de leur demander combien elles ont d'employés.

40. *Supra*, note 2.

41. *Concentrés scientifiques Bélisle inc. c. Lyrco Nutrition inc.*, *supra*, note 13.

42. D.T.E. 2003T-864 (C.A.), par. 40, 41 et 43.

De fait, c'est en se fondant sur des informations glanées au fil des ans que l'intimé a pu choisir les clients qu'il a sollicités après sa démission du 23 mars 2003. Le simple fait qu'il a recueilli ces informations au cours de son travail pour l'appelante n'a pas donné à celles-ci un caractère confidentiel. [Nos soulignements]

Or, la sollicitation interdite par voie contractuelle n'est quant à elle aucunement circonscrite ni dépendante de la notion de confidentialité. C'est là son avantage. C'est plutôt la capacité du salarié de solliciter, de rechercher activement de nouvelles parts de marché pour son bénéfice personnel ou pour celui de son nouvel employeur, qui est ainsi limitée au moyen d'une entente expresse entre les parties. La nature de l'information servant à cette sollicitation n'est donc pas l'objet véritable de l'obligation contractée.

Le recours à une clause de non-sollicitation permet d'ailleurs à l'employeur d'éviter de prouver que celle-ci est faite à même l'information à caractère confidentiel comme l'exige l'article 2088 C.c.Q., un fardeau souvent trop lourd à renverser. On peut critiquer, comme l'a fait notre collègue Robert Bonhomme⁴³, cette tendance récente de la Cour d'appel⁴⁴ à dissocier complètement la sollicitation ciblée de la clientèle du devoir de loyauté et de confidentialité. Toutefois, force est de constater que le plus haut tribunal du Québec favorise maintenant clairement la négociation de clauses restrictives, malgré les défis que peut présenter la rédaction de telles clauses dans l'état actuel des choses. Cette orientation à la Cour d'appel a d'ailleurs été réitérée récemment dans l'arrêt *Gravino c. Enerchem Transport inc.*⁴⁵, où le juge Morissette écrit au nom de la Cour, au paragraphe 85 de la décision :

Puisque l'occasion d'affaires ici en cause n'était pas encore parvenue à un stade suffisant de maturation, il aurait plutôt fallu qu'ETI négocie une telle restriction sous la forme d'une clause de non-concurrence. Cela n'a pas été fait. Ne l'ayant pas fait, ETI devait subir la concurrence loyale mais serrée de ses anciens mandataires, ce qui fut le cas en l'instance. [Nos soulignements]

43. Voir notamment : R. BONHOMME, « Obligation de loyauté post-emploi : plusieurs visages, gare à l'imposteur », dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, *Développements récents sur la non-concurrence*, vol. 289, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008, p. 137-181.

44. *Gestion Marie-Lou (St-Marc) inc. c. Lapierre*, *supra*, note 42 ; *Concentrés scientifiques Bélisle inc. c. Lyrco Nutrition inc.*, *supra*, note 13.

45. D.T.E. 2008T-809 (C.A.).

La durée du devoir de loyauté et de confidentialité suite à la fin d'emploi s'avère d'ailleurs souvent trop courte pour assurer une protection adéquate des intérêts légitimes de l'employeur, ce qui milite également très clairement en faveur de l'exclusion des clauses de non-sollicitation du champ d'application de l'article 2088 C.c.Q.

Si la protection prévue par l'article 2088 du *Code civil* relève de l'ordre public, elle ne constitue, selon nous, qu'une protection minimale. Elle interdit tout au plus la concurrence dite déloyale. Il s'agirait d'ailleurs d'une protection automatique à laquelle l'employeur ne peut renoncer par voie contractuelle avant que son droit ne soit cristallisé⁴⁶.

Nous estimons qu'en adoptant l'article 2088 C.c.Q., le législateur n'a pas voulu ainsi priver les parties de la faculté de convenir d'une meilleure protection que celle minimalement consacrée par la loi, sans pour autant avoir recours à la conclusion d'une clause de non-concurrence. Nous croyons donc que la validité d'un engagement de non-sollicitation de clientèle, librement consenti, ne devrait pas être contrôlée en regard de la jurisprudence, très restrictive, élaborée sous l'article 2088 du *Code civil*. Nous réitérons que c'est plutôt à la lumière de l'analyse des critères plus souples proposés par la jurisprudence antérieure à la réforme de 1994 que de telles clauses doivent être contrôlées par les tribunaux.

CONCLUSION

Il nous semble important que la Cour d'appel intervienne rapidement afin de clarifier l'incertitude qui existe présentement quant au champ d'application et quant à la portée véritable de l'article 2089 du *Code civil* et de son accessoire prévu à l'article 2095.

À notre avis, il est souhaitable que la Cour reconnaisse à cette disposition d'exception un champ d'application limité, le tout conformément à ce qui semblait clairement être l'intention du législateur lors de la dernière réforme. Pour les raisons analysées dans le présent texte, nous sommes d'avis que toute conclusion contraire pourrait avoir des conséquences fâcheuses pour la pro-

46. Voir *Marque d'Or inc. c. Clayman*, J.E. 88-291 (C.S.) ; suivi par la Cour d'appel dans *Gravino c. Enerchem Transport inc.*, *supra*, note 45.

tection des intérêts économiques des employeurs québécois dans le contexte d'une nouvelle économie fondée sur la mondialisation des marchés.

De même, les effets de l'article 2088 C.c.Q. ayant été considérablement limités en matière de sollicitation de clientèle, il y aurait lieu pour la Cour d'appel de préciser comment cette disposition d'ordre public et les clauses restrictives peuvent interagir dans l'univers juridique du contrat de travail.

Face à ces importantes hésitations jurisprudentielles, nous estimons qu'il est nécessaire que la Cour d'appel intervienne. Il est impérieux que les praticiens puissent savoir le plus rapidement possible quelles sont les exigences de validité applicables aux clauses de non-sollicitation de clientèle, celles-ci étant de plus en plus nécessaires dans l'économie du XXI^e siècle. Toutefois, d'ici à ce que les tribunaux supérieurs se prononcent plus clairement sur cette question, il sera essentiel de tenir compte des problématiques identifiées par la Cour d'appel dans la rédaction de telles clauses.

Les sociétés transnationales et leur responsabilité en droit international humanitaire : regards croisés entre la sanction et la prévention

Josée-Anne SIMARD

Résumé

Les sociétés transnationales font l'objet de critiques soutenues de la part de groupes de pression selon lesquelles leurs activités peuvent mener à des violations des droits de l'homme. Ces groupes de pression sont souvent des organisations non gouvernementales, des associations de consommateurs ou des groupements d'actionnaires. On peut les regrouper sous une dénomination couramment utilisée : les *stakeholders*. Ceux-ci dénoncent des conduites commerciales non éthiques ou carrément criminelles, ce qui nous mène à déterminer si les sociétés transnationales peuvent être tenues responsables d'un comportement qui enfreint le droit des conflits armés, c'est-à-dire le droit international humanitaire.

Des sociétés transnationales qui opèrent dans des zones dites « de conflit » courent le risque d'être exposées à commettre des infractions qui peuvent être qualifiées de crimes de guerre. Le droit international humanitaire s'applique-t-il aux sociétés transnationales ? Peut-on tenir responsables ces sociétés ? Et si oui, de quelle façon et devant quelle juridiction ?

Devant un constat plutôt négatif des chances de succès de voir déclarée coupable de crimes de guerre une société transnationale, il est bon d'étudier une autre voie. Des initiatives sont issues de l'Organisation des Nations Unies et de certains groupes d'entreprises qui, liées par le même type d'activités et soucieuses de

leur image, conviennent d'adhérer à des principes communs de respect des droits de l'homme et de respect du droit international humanitaire. Peut-on fonder un espoir dans ce qu'il est permis d'appeler la « soft law » ? Peut-on se satisfaire de si peu (placé d'un point de vue juridique) pour des crimes aussi graves ?

Les sociétés transnationales et leur responsabilité en droit international humanitaire : regards croisés entre la sanction et la prévention

Josée-Anne SIMARD

Introduction	117
Titre 1. Les sociétés transnationales et le droit international humanitaire	122
1.1 La mise en œuvre du DIH	123
1.2 La sanction du DIH	124
1.3 La violation du DIH par les STN	127
1.3.1 La personnalité juridique des STN	128
1.3.2 Les acteurs non étatiques et le DIH	131
1.3.3 La responsabilité internationale des États pour le fait des STN	131
1.4 La responsabilité pénale des STN	135
1.4.1 Terminologie employée	137
1.4.2 La justice pénale nationale	139
a) L'extraterritorialité et la compétence universelle	142
b) La question du voile corporatif	144
1.4.3 Le cas de la société Anvil Mining	146
a) Les faits	147

1.4.4	La justice pénale internationale	151
a)	Le Tribunal militaire international de Nuremberg et les forces d'occupation alliées en Allemagne	153
1.5	La responsabilité civile des STN	156
Titre 2.	La responsabilité sociale des STN ou l'autorégulation de leur comportement	160
2.1	Les différentes initiatives auxquelles les STN sont invitées à participer	162
2.1.1	Les initiatives au sein de l'ONU	162
a)	Le <i>Global Compact</i> ou le Pacte Mondial .	162
b)	Les Normes sur la responsabilité de sociétés transnationales et autres entreprises en matière de droits de l'homme.	164
2.1.2	Une initiative à caractère régional de type idéologique : les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales	167
2.1.3	Les initiatives privées : les codes de conduite	168
2.1.4	Les initiatives hybrides : les <i>Voluntary Principles on Security and Human Rights</i> . .	170
2.2	Les effets juridiques de ces initiatives	174
2.2.1	La <i>soft law</i>	174
2.2.2	Illustrations pratiques de l'effet de ces initiatives	175
a)	Concernant les VP	175
b)	Concernant les Principes directeurs de l'OCDE	176
c)	Concernant le Pacte Mondial.	177
Conclusion		178

INTRODUCTION

Qu'ont en commun les entreprises Enron, Total, Chiquita, Microsoft, Royal Dutch Shell, Talisman Energy, Unocal, Anvil Mining, pour n'en citer que quelques-unes dont il sera en partie question dans ce mémoire ? Elles ont fait et/ou font régulièrement la manchette des journaux à vocation économique, ce qui est dans l'ordre des choses puisqu'il s'agit d'entreprises qui ont ou ont eu un fort levier économique dans les régions où elles opèrent ou opéraient¹, et que leurs objectifs sont d'ordre commercial et s'inscrivent dans une philosophie de profits et d'économie de marché. Ce sont des entreprises extrêmement puissantes² dont les structures corporatives très complexes permettent d'exercer leurs activités dans plusieurs pays. On les appelle aussi « sociétés transnationales » (ci-après STN).

Ces STN sont souvent la cible de groupes de pression, qu'il s'agisse d'organisations non gouvernementales (ci-après ONG) défendant les droits de l'homme et de l'environnement³, d'associations de consommateurs, de groupements d'actionnaires. Ces groupes de pression, dont les buts divergent, tentent d'attirer l'attention des populations et des responsables étatiques sur les conduites commerciales plus au moins conformes à une éthique qui se veut de plus en plus globale et partagée par un nombre d'acteurs étatiques et non étatiques. Ce phénomène qui prend beaucoup d'ampleur, est donc créé par les prises de position de ces groupes divers qu'on peut regrouper sous une appellation communément utilisée : les *stakeholders*⁴.

-
1. Les entreprises citées sont en activité sauf Enron qui constitue l'exemple du plus grand scandale financier de l'histoire des États-Unis et démontre une absence totale de protection des droits des épargnants.
 2. En 2000, ExxonMobil a enregistré un revenu net de 17,7 milliards de dollars américains. En comparaison le PNB de la République démocratique du Congo était de 7 milliards de dollars américains en 1998. Cinquante et une des plus importantes économies mondiales sont aux mains d'entreprises. Voir G. CARBONNIER, « Corporate Responsibility and Humanitarian Action », dans *African Security Review*, vol. 12, n° 1, 2003, consulté sur Internet le 17 octobre 2007 à <<http://www.iss.co.za/pubs/ASR/12No1/CCarb.html>>.
 3. Corpwatch, HRW, RAID, etc.
 4. Le concept aurait été utilisé par Klaus Schwab le fondateur du World Economic Forum. L'expression se traduit par « partie prenante » mais n'est pas couramment utilisée. Voir X. COMTESSE, *Multi-stakeholders*, Genève, Fondation pour Genève, Cahier n° 2, 2007, p. 25 et 65 (ci-après COMTESSE, 2007).

Ceux-ci, en fonction de leur philosophie, de leur mode d'opération et de financement et de leur pouvoir, tentent d'éclairer le public en général, d'accompagner voire de représenter des victimes de préjudices subis par le fait de ces STN ou d'établir des dialogues avec ces dernières afin de les sensibiliser à leur responsabilité⁵. Toutes les sociétés citées plus haut ont aussi en commun d'avoir été suspectées et pour certaines, reconnues coupables de plus ou moins graves malversations tant au niveau civil que pénal et ce, dans des juridictions nationales et pour un cas, européenne⁶.

Ce qui nous intéresse ici et que nous allons développer plus avant, c'est de déterminer si les activités des STN qui opèrent dans les zones où sévissent les conflits armés peuvent mener à des actes illicites engageant leur responsabilité. Cette recherche d'imputabilité, si elle aboutit, supposerait en effet la responsabilité des STN pour actes illicites qui pourraient mener à diverses formes de sanction. À quel titre des actes illicites peuvent-ils être imputables à une STN ? Nous nous intéresserons davantage à la violation des dispositions du droit international humanitaire (ci-après le DIH). Toutes les STN citées plus haut n'opèrent pas dans des zones de conflits, mais l'évocation de leur responsabilité en général démontre un phénomène nouveau qui a trait à la mondialisation, et qui se caractérise par un malaise quant à la prise en compte de son importance sur l'émergence d'un nouvel ordre juridique international⁷. S'intéresser à la question de la responsabilité des STN, c'est s'inscrire dans un mouvement contemporain apparu au XX^e siècle qui pose de nombreux enjeux, tant aux niveaux économique, environnemental, démographique que juridique. Nous ne nous intéresserons bien sûr qu'à ce dernier aspect,

5. Qu'elle soit pénale, civile ou sociale.

6. En voici quelques exemples : Total Elf Fina fait l'objet d'une enquête en Belgique pour ses activités en Birmanie, voir <<http://www.trial-ch.org/fr/trial-watch/recherche.html>>, en mars 2007 Chiquita, après une enquête du département de la Justice américain, a reconnu avoir payé des paramilitaires en Colombie pour assurer la sécurité de ses sites. Elle a accepté de payer une amende de 25 millions de dollars américains. Voir <<http://www.msnbc.msn.com/id/17615143/>>, quant à Microsoft, la Cour de Justice européenne a confirmé en 2007 une décision de la Commission européenne condamnant l'entreprise à payer 497 millions d'euros d'amende pour abus de position dominante. Voir <<http://curia.europa.eu/fr/actu/communiqués/cp07/aff/cp070063fr.pdf>>.

7. L. LIBERTI, « La responsabilité des entreprises en droit international : chimère ou réalité », dans *International Law FORUM du droit international*, Leiden, No. 7, 2005, p. 235 à 242. L'auteur exprime très bien l'idée du modèle de la responsabilité internationale classique fondée sur l'ordre westphalien et le risque de capitulation devant la définition du droit international fait par et pour les États.

bien que l'apport des autres disciplines nous sera parfois d'un grand secours.

L'émergence d'une prise de conscience sur l'impact social de plus en plus grand des acteurs économiques est apparue dans les années 70 à travers des initiatives lancées par les Nations-Unies (ci-après l'ONU). Ainsi, l'instauration d'un nouvel ordre économique mondial voulu par l'Assemblée générale de l'ONU en 1974⁸ validait un désir des pays en voie de développement issus de la période de la décolonisation de voir leurs intérêts davantage pris en compte. Des projets de codes de conduite adaptés aux STN étaient déjà envisagés suite à des propositions émises par le Conseil économique et social de l'ONU (ci-après l'ECOSOC) en 1974⁹. Bien que ces projets n'aient à ce moment pas vu le jour en raison de divergences entre les pays industrialisés et les pays en voie de développement, on peut dire que la réflexion était bel et bien engagée¹⁰.

Puis peu à peu les négociations ont abouti à diverses initiatives. Le groupe des 77 pays non alignés ayant réussi à faire reconnaître leur souveraineté permanente sur leurs ressources naturelles, et ayant insisté pour que les activités des STN soient davantage supervisées a pavé la voie à l'Organisation de coopération et de développement économiques (ci-après l'OCDE), pour l'adoption en 1976 des « Guidelines for Multinational Enterprises »¹¹ dans lesquels on retrouve une obligation pour les STN de respecter les droits de l'homme¹². L'Organisation internationale du travail (ci-après l'OIT) adopta aussi en 1977¹³ une déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale dans laquelle il est spécifiquement fait référence au respect des droits de l'homme¹⁴.

8. UN doc A/Res/3201(S-VI).

9. Ecosoc Res 1074/1721 du 24 mai 1974. On peut consulter sur Internet à l'adresse <<http://www.un.org/ecosoc/>>.

10. O. DE SCHUTTER, « The Challenge of Imposing Human Rights Norms on Corporate Actors », dans *Transnational Corporations and Human Rights*, Portland, Hart publishing, 2006, p. 2 (ci-après DE SCHUTTER, 2006).

11. Révisés récemment en 2000. On peut les consulter sur Internet à l'adresse <<http://www.oecd.org/dataoecd/56/39/1922470.pdf>>.

12. Paragraphe 2 du chapitre sur les Principes généraux, p. 23.

13. Déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale, adoptée par le Conseil d'administration du Bureau international du Travail à sa 204^e session, Genève, novembre 1977. Révisée en novembre 2000 à sa 279^e session.

14. Paragraphe 8 des Principes généraux.

La prise de conscience a continué de prendre de l'ampleur avec le début des poursuites dans certaines juridictions nationales à l'égard des STN¹⁵ et a été amplifiée par l'initiative lancée en 1999 par le Secrétaire général de l'ONU, Kofi Annan, dans le cadre du World Economic Forum de Davos. Il s'agissait du lancement du désormais fameux Global Compact¹⁶ qui s'adresse directement aux entreprises en leur proposant d'adhérer à 10 principes dont deux visent spécifiquement le respect des droits de l'homme. Le Pacte Mondial s'inspire entre autres de la Déclaration universelle des droits de l'homme, et son mode de fonctionnement vise à responsabiliser les entreprises par la publicité de leurs bonnes pratiques¹⁷.

Une autre initiative issue des rangs de l'ONU s'intitule « les Normes sur la responsabilité en matière de droits de l'homme des sociétés transnationales et autres entreprises en matière de droits de l'homme ». Ces Normes ont été élaborées en 2003 par la Sous-Commission pour la promotion et la protection des droits de l'homme¹⁸. Ces Normes qui n'en sont qu'au stade de projet se fondent sur l'idée qu'en matière de respect des droits de l'homme la responsabilité première incombe aux États mais qu'en tant qu'« organes de la société » les entreprises en reçoivent aussi la responsabilité¹⁹.

Plusieurs STN ont aussi adopté des codes de conduite qui font souvent référence au respect des droits de l'homme et qui s'adressent à leurs employés²⁰. Des instituts ont été créés dans le but d'améliorer la gouvernance des entreprises en général et sont souvent pilotés par des chaires universitaires²¹. D'autres initiatives visent à regrouper des STN qui partagent le même type d'activités ou qui opèrent dans les mêmes zones en les faisant

15. Par exemple aux États-Unis en vertu de l'*Alien Tort Claims Act*.

16. En français nous utilisons l'expression « Pacte Mondial ». On peut consulter sur Internet à l'adresse <<http://www.unglobalcompact.org>>.

17. DE SCHUTTER, 2006, p. 10.

18. UN doc E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2 (2003).

19. DE SCHUTTER, 2006, p. 11. L'expression « organes de la société » fait référence à la terminologie de la Déclaration universelle des droits de l'homme.

20. La Banque Mondiale évalue à environ 1000 le nombre de codes de conduite. Voir F. McLEAY, « Corporates Codes of Conduct and the Human Rights Accountability of Transnational Corporations : A Small Piece of A Larger Puzzle », dans *Transnational Corporations and Human rights*, Portland, Hart Publishing, 2006, p. 221.

21. Par exemple l'Institut sur la gouvernance d'organisations privées et publiques créé en 2005 par les établissements universitaires HEC Montréal et l'école de gestion John Molson de l'Université Concordia. Son site Internet est <<http://igopp.org/mission.aspx>>.

adhérer à des principes qu'elles s'engagent à respecter²². On peut dire de ces initiatives qu'elles tentent de sensibiliser les dirigeants d'entreprises en amont de leur processus décisionnel, lequel pourrait avoir des répercussions importantes sur d'éventuelles victimes de conflits armés.

Une de ces initiatives s'intitule les Voluntary Principles on Security and Human Rights²³ (ci-après les VPs). Il s'agit d'un dialogue établi d'abord entre les États-Unis et la Grande-Bretagne, puis élargi aux Pays-Bas et à la Norvège avec des entreprises qui exercent leurs activités dans le secteur minier ainsi que des observateurs tels que l'ONG Human Rights Watch (ci-après HRW), Amnesty International et Oxfam. Le Comité international de la Croix-Rouge (ci-après le CICR) pour ne nommer que celui-ci, fait partie du dialogue à titre d'observateur. Ce dialogue revêt un intérêt particulier de par son originalité et par le fait qu'il s'agit de la seule initiative du genre à faire spécifiquement référence au DIH²⁴. Il faut dire que toutes nos recherches nous ont menée à des textes qui concernent davantage les droits de l'homme, bien que le DIH y soit souvent mentionné. Le manque de sensibilisation au droit des conflits armés explique sans doute cela.

Que nous démontre cette prise de conscience qui provient non seulement des acteurs traditionnels de la scène internationale, les États, mais aussi des acteurs non étatiques ? On peut affirmer qu'elle est une réaction à l'impact social de plus en plus fort des STN, et qu'elle constitue un effort de la part de la communauté internationale, de la société civile et des STN elles-mêmes de régularisation des comportements de ces STN. Peut-être aussi le constat que l'ordre juridique international tel que nous le connaissons n'est pas bien adapté à cette nouvelle donne.

C'est à travers la recherche de l'imputabilité de certains actes aux STN et de l'étude de la question de leur responsabilité par rapport au DIH que nous allons apporter des éléments de réponse. Par un rappel de la justice militaire de Nuremberg et des procès menés par les alliés, après la deuxième guerre mondiale,

22. Par exemple le Kimberley Process. Son site Internet est <<http://www.kimberley-process.com>>.

23. C'est une initiative issue des pays anglo-saxons. Elle n'a pas d'appellation en français. Voir la deuxième partie du texte.

24. ICRC, « An introduction to the rights and obligations of business enterprises under international humanitarian law », dans *Business and international humanitarian law*, December 2006.

ainsi que par le biais d'un cas précis survenu récemment en République démocratique du Congo (ci-après la RDC). Nous évaluerons dans une première partie où se situe la responsabilité des STN. Cette responsabilité est-elle pénale, civile ou d'un autre ordre ? Et s'il y a constat de responsabilité et qu'une sanction soit possible, cela est-il satisfaisant ? La deuxième partie explicitera les différentes initiatives évoquées plus haut et nous mènera aux questions suivantes : est-ce que toutes ces initiatives suffisent à responsabiliser les entreprises et à empêcher que des actes illicites comme illustrés en première partie soient commis ? Certaines initiatives comme les VP's offrent-elles des perspectives plus intéressantes que d'autres ? L'ordre juridique international suffit-il à la tâche ou a-t-il besoin de cohabiter avec ces initiatives ? Et cette coexistence peut-elle être pacifique ?

Le juriste américain Oscar Schachter prédisait en 1997 que la globalisation allait faire naître de nouvelles règles pour les activités transnationales, et que ces règles auraient des liens limités avec les droits international et national tels que nous les connaissons aujourd'hui. Il estimait que les États auraient moins de pouvoir devant l'émergence de nouveaux sujets²⁵ de droit international mais que cela profiterait d'une manière ou d'une autre au droit international²⁶. Voyons maintenant comment l'ordre juridique international tente de juguler les activités illicites voire criminelles des STN.

TITRE 1. LES SOCIÉTÉS TRANSNATIONALES ET LE DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE

Bien avant de déterminer l'imputabilité d'actes illicites aux STN et quel type de responsabilité pourrait leur incomber, il convient de rappeler les règles générales applicables en cas de violation du DIH.

On lit souvent que le DIH est le parent pauvre du droit international. Paul Tavernier, par exemple, rappelle que dans l'opinion publique, la faiblesse du DIH repose sur son inefficacité. Il explique cela par le fait que les moyens pour en assurer le respect

25. Une discussion intense a lieu sur le fait de déterminer si une STN peut être considérée comme un sujet de droit international. NGUYEN, 1999, p. 689.

26. O. SCHACHTER, « The Decline of the Nation-State and its Implications for International Law », dans *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 36, n° 7, New York, 1997, p. 23.

sont encore très restreints ou alors inutilisés²⁷. Eric David considère qu'il s'agit de la branche du droit la moins respectée²⁸. Robert Kolb estime que « la mise en œuvre et la sanction sont le point faible de l'ensemble du droit international »²⁹. Il rappelle que déjà en temps de paix, il est difficile de faire respecter le droit international, par conséquent, cette difficulté est accrue en période de conflit armé³⁰.

Le DIH est fondé sur l'adhésion des États aux Conventions de Genève³¹ qui sont les traités internationaux les plus ratifiés³². Le droit international étant fondé sur la souveraineté des États, ceux-ci sont titulaires de droits mais assument aussi des obligations. On parle alors des attributs du sujet de droit international dont l'État représente la plus parfaite incarnation³³. Selon Frédéric Sudre, le DIH est un droit « classique » dont la mise en œuvre repose sur la volonté des États³⁴. En droit international, aucune autorité supérieure aux États n'existe pour sanctionner leurs activités illicites. Le DIH n'échappant pas à la règle, il faut voir quelles sont les dispositions qui prévoient la mise en œuvre et la sanction de ses violations.

1.1 La mise en œuvre du DIH

Les Conventions de Genève contiennent diverses dispositions qui visent la mise en œuvre des normes y énoncées. Par

27. P. TAVERNIER, « Réflexions sur les mécanismes assurant le respect du droit international humanitaire, conformément aux conventions de Genève et aux protocoles additionnels », dans *Actualité et droit international. Revue d'analyse juridique de l'actualité internationale*, avril 2000, consulté sur Internet à l'adresse <<http://www.ridi.org/adi/200004al.htm>>.
28. E. DAVID, *Principes de droit des conflits armés*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 611 (ci-après DAVID, 2002).
29. R. KOLB, *Ius in bello. Le droit international des conflits armés*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 239 (ci-après KOLB, 2003).
30. *Ibid.*
31. Convention pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne, Genève, 12 août 1949 (ci-après Convention I), Convention pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer, Genève, 12 août 1949 (ci-après Convention II), Convention relative au traitement des prisonniers de guerre, Genève, 12 août 1949 (ci-après Convention III) et la Convention relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, Genève, 12 août 1949 (ci-après Convention IV).
32. G. RONA, « Le statut du CICR : dans une catégorie à part », 17-02-04 (ci-après RONA, 2004) consulté sur Internet à l'adresse <<http://www.icrc.org/web/fre/site-fre0.nsf/html/5WWHDP>> et DAVID, 2002, p. 196.
33. NGUYEN, 1999, p. 35.
34. F. SUDRE, *Droit international et européen des droits de l'homme*, Paris, P.U.F., 1999, p. 29 (ci-après SUDRE, 1999).

exemple, les articles 8, 9 et 10 des trois premières Conventions ainsi que les articles 9, 10 et 11 de la quatrième Convention (ci-après Conventions I, II, III et IV) prévoient le concours des Puissances protectrices pour sauvegarder les intérêts des Parties au conflit et reconnaissent le droit au CICR d'exercer des actions humanitaires sur le territoire des belligérants. L'on sait que le recours aux Puissances protectrices a été un échec³⁵. Par contre toutes les tâches qui auraient pu être dévolues aux Puissances protectrices pouvaient être confiées au CICR selon l'article 10 commun aux Conventions I, II et III, ainsi que l'article 11 de la Convention IV³⁶.

Les États parties ont l'obligation de diffuser le droit des conflits armés dans leur législation respective³⁷. Cette diffusion vise autant la société civile, militaire, sanitaire que religieuse. Dans cette obligation de diffusion, Robert Kolb voit un moyen de prévention de la violation du droit³⁸. Rappelons enfin que l'article 1 commun aux quatre Conventions énonce que « Les Hautes parties contractantes s'engagent à respecter et à faire respecter la présente Convention en toutes circonstances ». Cette disposition a été interprétée comme une obligation *erga omnes*, c'est-à-dire applicable à tous les États parties même ceux n'étant pas impliqués dans un conflit armé³⁹. Le DIH est ici perçu comme un droit impératif protégeant l'humanité contre la barbarie et contenant des normes dites de *ius cogens*⁴⁰ que les États parties auraient l'obligation de respecter et de faire respecter.

1.2 La sanction du DIH

Il est intéressant de noter que le CICR peut recevoir toute plainte au sujet de violations alléguées du DIH⁴¹. Paul Reuter

35. SUDRE, 1999, p. 30 et KOLB, 2003, p. 239.

36. Nous verrons plus avant le mandat du CICR qui comprend tout un volet de diffusion du DIH et de préparation de son développement futur. Bugnion affirme même que le CICR contribue au développement du droit international dans F. BUGNION, « The International Committee of the Red Cross and the Development of International Humanitarian Law », dans *Chicago Journal of International Law*, Chicago, vol. 5, n° 1, Summer 2004, p. 204.

37. Les articles 47 de la Convention I, 48 de la Convention II, 127 de la Convention III et 144 de la Convention IV contiennent cette obligation de diffusion.

38. KOLB, 2003, p. 240.

39. Affaire des activités paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci. C.I.J. Recueil, 1986, par. 185.

40. KOLB, 2003, p. 223.

41. Article 4 des Statuts du Comité international de la Croix-Rouge amendés et entrés en vigueur le 8 mai 2003 (ci-après Statuts du Comité). Consultés sur

estime qu'il s'agit d'une fonction quasi judiciaire dévolue au CICR, alors qu'Eric David émet un doute sur cette fonction inquisitoire qu'aurait le CICR⁴². L'argumentation n'est que théorique puisque à notre connaissance le CICR n'a jamais joué ce rôle. Bien que son statut l'amène à constater des violations du DIH, le CICR agit ici comme mandataire des États parties aux Conventions et il rappelle aux États concernés leurs manquements s'il y a lieu⁴³. Cela nous amène toutefois à entrer dans le vif du sujet. À qui est dévolu le rôle d'estimer les violations et de les sanctionner ?

Les articles 49 de la Convention I, 50 de la Convention II, 129 de la Convention III et 146 de la Convention IV prévoient l'engagement des Hautes parties contractantes à prendre les mesures législatives nécessaires pour fixer les sanctions pénales à appliquer aux personnes ayant commis ou donné l'ordre de commettre une infraction grave. De plus, chaque partie contractante a « l'obligation de rechercher les personnes prévenues d'avoir commis, ou d'avoir ordonné de commettre, l'une ou l'autre de ces infractions graves ». L'obligation s'étend à toutes personnes, quelle que soit leur nationalité, que la partie contractante devra déférer à ses propres tribunaux ou les remettre pour jugement à une autre partie. Ces dispositions sont intéressantes, puisqu'elles prévoient une juridiction extraterritoriale et universelle ce qui, nous le verrons, peut permettre à l'État du siège d'une STN de poursuivre cette entreprise lorsque l'État hôte, c'est-à-dire celui où exerce la STN ne veut pas poursuivre les abus ou en est incapable⁴⁴. Ceci est vrai pour l'extraterritorialité. Quant à l'aspect universel, il ne semble pas aisé d'appliquer cette compétence à l'égard d'une STN⁴⁵.

Internet à l'adresse <<http://www.icrc.org/web/fre/sitefre0.nsf/html/icrc-statutes-080503>>.

42. P. REUTER, *Le développement de l'ordre juridique international*, Paris, Economica, 1995, p. 210 (ci-après REUTER, 1995) ; DAVID, 2002, p. 581, par. 3.34.

43. Sur toute cette question du rôle, du contrôle et du respect du DIH par le CICR, voir DAVID, 2002, par. 3.32 à 3.35.

44. O. DE SCHUTTER, *Extraterritorial Jurisdiction as a tool for improving the Human Rights Accountability of Transnational Corporations*. Rapport préparé pour un séminaire organisé en collaboration avec le Haut-Commissariat aux droits de l'homme tenu à Bruxelles les 3 et 4 novembre 2006 (ci-après DE SCHUTTER RAPPORT, 2006).

45. Voir <<http://www.trial-ch.org/fr/international/competence-universelle.html>>. Suite à un bref échange que nous avons eu avec Philip Grant de TRIAL, celui-ci s'est interrogé à savoir si concernant une STN, la compétence universelle ne serait pas antinomique. En effet, le for pour une STN serait nécessairement situé au siège de l'entreprise. Par ailleurs il nous a confirmé que la Suisse n'avait pas utilisé la compétence universelle à l'égard d'une STN.

Les articles 50 de la Convention I, 51 de la Convention II, 130 de la Convention III, 147 de la Convention IV, ainsi que les articles 11 et 85 du premier Protocole additionnel de 1977⁴⁶ (ci-après PA I) énumèrent ce qui constitue les infractions graves. Les infractions graves doivent donc être punies pénalement alors que les autres infractions aux Conventions peuvent faire l'objet de toutes mesures nécessaires pour les faire cesser⁴⁷. Les dispositions citées ici concernent les conflits armés internationaux. Pour les conflits non internationaux, il faut s'en remettre à l'article 3 commun aux Conventions, et au deuxième Protocole additionnel de 1977⁴⁸ (ci-après PA II). Pendant une certaine période⁴⁹, il y a eu un flottement concernant la question de déterminer si des exactions commises dans un contexte de conflit armé non international pouvaient être considérées comme crimes de guerre. C'est par l'apport du droit international pénal que le problème s'est résolu. En effet les Statuts du Tribunal pénal pour l'ex-Yougoslavie (ci-après TPIY) et du Tribunal pénal pour le Rwanda (ci-après TPIR) ainsi que le Statut de la Cour pénale internationale (ci-après la CPI) prévoient⁵⁰ les cas où des crimes sont commis en situation de conflit armé non international. Le TPIY, dans l'affaire *Tadic*⁵¹, l'a bien reconnu aussi, estimant dérisoire que seules les victimes d'un conflit armé international soient protégées, et jugeant que ce n'était pas le but que visaient les États membres du Conseil de sécurité en créant les tribunaux ad hoc. Le TPIR estima à son tour, dans l'affaire *Akayesu*⁵², que l'incrimination des violations graves de l'article 3 commun aux Conventions et du PA II faisait partie du droit coutumier. Puis dans l'affaire *Celebici*⁵³ le TPIY

46. Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux, Genève, 8 juin 1977.

47. Article 49, par. 3 de la Convention I, article 50, par. 3 de la Convention II, article 129, par. 3 de la Convention III et article 146, par. 3 de la Convention IV.

48. Or celui-ci ne comporte pas d'incrimination pour les violations. Pour David, ce silence démontre qu'en 1977, les États ne jugeaient pas nécessaire de pénaliser les violations du droit des conflits armés survenant dans un conflit armé non international. DAVID, 2002, p. 653, par. 4.52.

49. DAVID, 2002, p. 651, par. 4.51.

50. L'article 3 du Statut du Tribunal international chargé de poursuivre les personnes présumées responsables de violations graves du droit international humanitaire commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie, Conseil de sécurité des Nations Unies, Résolution 827, New York, 25 mai 1993, l'article 4 du Statut du Tribunal international pour le Rwanda, Conseil de sécurité des Nations Unies, Résolution 955, New York, 8 novembre 1994 et l'article 8.2c) et e) du Statut de la Cour pénale internationale, Rome, 17 juillet 1998.

51. *Le Procureur c. Dusko Tadic*, IT-94-1-AR72, Chambre d'appel, Arrêt, 2 octobre 1995. On applique l'article 3 du Statut du TPIY à toutes les violations du DIH, que ce soit en situation de conflit armé international ou non international.

52. *Le Procureur c. Akayesu*, ICTR-96-4-T, Chambre 1, 2 sept. 1998, par. 613-615.

53. *Le Procureur c. Celebici*, IT-96-21-A, 20 février 2001, par. 172.

mentionna l'objet des Conventions de Genève et estima qu'il serait contraire à ces textes d'en ignorer les objectifs en niant la protection de la dignité humaine⁵⁴. Les violations de l'article 3 commun aux Conventions et du PA II constitueraient donc des crimes de guerre au même titre que si commises dans un conflit à caractère international⁵⁵.

Aujourd'hui, le problème ne se pose plus car l'incrimination internationale des violations graves du droit international humanitaire commises dans un conflit armé interne fait partie du droit international coutumier.⁵⁶

La compétence pénale est donc reconnue à tous les États parties pour sanctionner les violations graves, qu'elles se situent dans un contexte de conflit armé international ou interne. La création des TPIY et TPIR ainsi que de la CPI permettent aussi de sanctionner ces violations au niveau international. Le libellé des articles cités des Conventions laisse croire que les Hautes parties contractantes ont l'obligation de rechercher les coupables et de les traduire en justice, et cela peu importe leur nationalité et l'endroit où l'infraction grave a été commise. Pourtant Robert Kolb estime que cette responsabilité dévolue aux États constitue un système de sanction « subjectif, c'est-à-dire qu'il est essentiellement basé sur la volonté des parties au conflit »⁵⁷. Mis à part les tribunaux militaires de Nuremberg, de Tokyo et plus récemment du TPIY et du TPIR, les États demeurent les principales juridictions pour juger des infractions graves aux Conventions de Genève. Nous ne négligeons pas l'importance de la CPI dont les travaux ont récemment commencé mais comme nous le verrons, cette juridiction est concurrente des systèmes nationaux et ne prévoit pas pour l'instant l'incrimination des personnes morales⁵⁸, ce qui nous amène maintenant à la problématique de l'incrimination des STN qui sont soupçonnées de violations du DIH.

1.3 La violation du DIH par les STN

Pour les fins de cette étude nous allons nous intéresser davantage aux violations qui constitueraient des infractions graves commises par des STN, car ce sont ces cas qui soulèvent le plus

54. DAVID, 2002, p. 658.

55. DAVID, 2002, par. 4.54-4.56 et 4.61.

56. DAVID, 2002, p. 811.

57. KOLB, 2003, p. 239.

58. Article 25 de la CPI et DAVID, 2002, p. 659.

la réprobation générale des stakeholders et qui commandent une condamnation exemplaire, et qui militent en faveur d'un contrôle accru des STN.

Les STN détiennent un pouvoir économique indéniable qui a des conséquences dans plusieurs domaines. Quand elles opèrent dans des régions à risques, c'est-à-dire où les activités qu'elles exploitent deviennent des enjeux politiques entre gouvernements ou groupes rebelles ou que le pays hôte est en proie à une faiblesse de ses infrastructures étatiques l'empêchant d'assurer un niveau de sécurité adéquat, les STN doivent faire des choix qui peuvent les mener sur des terrains minés. Plusieurs STN sont conscientes du bénéfice d'adhérer à des codes de conduite et reconnaissent qu'elles doivent exercer leurs activités en respectant les droits de l'homme. Mais le DIH leur est moins familier et elles ne se sentent pas toujours concernées⁵⁹. Pourtant, il existe des dispositions du DIH qui sont très pertinentes pour les STN qui exercent dans des pays où sévissent des conflits armés. Le personnel est ainsi protégé comme tous les civils, tant qu'il ne prend pas part directement aux hostilités et les biens de l'entreprise sont aussi protégés. Pour assurer la sécurité de leurs employés et de leurs infrastructures, les STN peuvent avoir recours à des compagnies de sécurité privée. Il arrive que le personnel de ces sociétés soit impliqué dans le conflit. Notre étude ne porte pas sur cette problématique mais celle-ci démontre bien à quel niveau une STN peut être impliquée dans un conflit armé, même si c'est indirectement.

Avant de nous attarder à la problématique de la responsabilité pénale des STN il faut s'arrêter sur le statut de la STN ou sur la personnalité juridique de la STN. En effet quel est son statut au niveau du droit international ? La STN est-elle un sujet bénéficiant de droits et d'obligations au même titre qu'un État ? A-t-elle la subjectivité suffisante pour faire valoir ses droits devant une instance judiciaire ? Ce qui constitue le test ultime pour se constituer sujet de droit international⁶⁰.

1.3.1 La personnalité juridique des STN

Selon Eric David, le droit des conflits armés s'applique à tous les sujets de droit international⁶¹. Pour se voir doté du statut de

59. *Op. cit.*, note 28.

60. Cahier du séminaire de droit international public, CUDIH, 2006-2007, p. 4.

61. DAVID, 2002, p. 195. Il est intéressant de noter que pour lui l'individu est un sujet incontestable de droit international alors qu'il existe encore un débat à ce sujet.

personnalité juridique internationale il faut être destinataire des règles internationales et aussi titulaire de droits et d'obligations⁶². On peut aussi parler de subjectivité juridique qui se détermine par la capacité de faire valoir ses droits⁶³. Ainsi se pose la question du statut juridique international des STN. Est-ce que les STN reçoivent en vertu du droit international des droits et des obligations ? Dans un rapport du Représentant spécial du secrétaire général chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales, on retrouve l'idée que les arguments en défaveur d'une reconnaissance pour les STN de la personnalité juridique internationale ont perdu du terrain⁶⁴. On y cite la juge Higgins de la Cour internationale de justice et Theodor Meron, ancien juge au TPIY qui ont utilisé à l'égard des personnes morales le terme de « participants ». Andrew Clapham rappelle le contenu de la *Déclaration universelle des droits de l'homme*⁶⁵ qui s'adresse tant aux individus qu'aux organes de la société⁶⁶. Plusieurs traités internationaux prévoient des obligations envers les STN et leur responsabilité pénale en cas de violation⁶⁷.

Les STN seraient ainsi dotées de certains droits et d'obligations en droit international. Certains seraient favorables à une reconnaissance des STN comme sujets de droit international⁶⁸.

62. C. DOMINICÉ, *L'ordre juridique international entre tradition et innovation*, Paris, P.U.F., 1997, p. 64.

63. Les personnes morales peuvent faire des représentations devant la Cour européenne.

64. Rapport du Représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises, A/HRC/4/35, 19 février 2007 (ci-après A/HRC/4/35). Voir aussi le plus récent rapport intitulé « Promotion and Protection of all Human Rights, Civil, Political, Economic, Social and Cultural Rights, including the Right to Development. Protect, Respect and Remedy: A Framework for Business and Human Rights », A/HRC/8/5, paru le 7 avril 2008.

65. *Déclaration universelle des droits de l'homme*, Résolution 217 A (III) de l'Assemblée générale des Nations Unies du 10 décembre 1948.

66. A. CLAPHAM, *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, Oxford, Oxford University Press, 2006, p. 228 (ci-après CLAPHAM, 2006). Il y mentionne que Lou Henkin estime que la Déclaration vise aussi les « multinationales » et rappelle que Mary Robinson et Sergio Vieira de Mello partageaient le même point de vue. De Schutter estime que la Déclaration a force obligatoire. Voir *op. cit.*, note 48, p. 11, note 45.

67. La *Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières des déchets dangereux*, Décision 93/98/CEE, la *Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée*, A/Res/55/25 du 8 janvier 2001, l'Inter-American Convention against Corruption du 29 mars 1996 et la « UN Convention on the suppression of the financing of terrorism », A/Res/54/09, December 9, 1999.

68. A.J. WILSON, « Beyond Unocal : Conceptual Problems in Using International Norms to Hold Transnational Corporations Liable under the Alien Tort Claims Act », dans *Transnational Corporations and Human Rights*, Portland, Hart Publishing, 2006, p. 52 (ci-après WILSON, 2006).

Cela permettrait d'affirmer que le DIH s'appliquerait directement aux STN. Andrew Clapham, par exemple, estime qu'il est faux de prétendre que les STN ne sont pas liées par les traités de droit international au motif que les obligations inhérentes aux traités incombent seulement aux parties adhérant aux traités. Les exemples des procès de Nuremberg ainsi que la possibilité d'incriminer les individus démontrent le contraire⁶⁹. De plus en ce qui concerne les traités qui responsabilisent les STN, bien que les États signataires doivent s'assurer de leur mise en œuvre, il n'en reste pas moins que ce sont les STN qui sont les premiers responsables du respect des normes qu'on y énonce.

Si nous reconnaissons aux STN une personnalité juridique internationale, il s'agirait d'un statut dérivé mais qui pourrait ouvrir la porte à une responsabilité directe des STN⁷⁰. Même sujet dérivé, une STN pourrait alors se voir appliquer le DIH. Il n'en reste pas moins que même si elles étaient sujets de droit international, les STN ne sont pas signataires des Conventions de Genève. Il est difficile de leur voir attribuer une responsabilité absolue⁷¹. Mais le fait de ne pas être signataire n'est toutefois pas un obstacle à l'application du DIH. Le DIH est une branche du droit international qui lie les sujets primaires que sont les États même si ceux-ci n'ont pas adhéré à tous les textes du DIH⁷². Et dans cet esprit, il est intéressant de mentionner la volonté de l'ONU de voir les règles du DIH s'appliquer à ses contingents. L'ONU n'est évidemment pas signataire des Conventions de Genève, mais est un sujet de droit international⁷³. Elle s'est engagée à plusieurs reprises à respecter les principes et l'esprit du DIH⁷⁴. Enfin le CICR et l'Institut de droit international ont reconnu que les droits et obligations issus du DIH s'appliquaient à l'ONU⁷⁵.

69. A. CLAPHAM, « The Question of Jurisdiction Under International Criminal Law Over Legal Persons : Lessons from the Rome Conference on an International Criminal Court », dans *Liability of Multinational Corporations under International Law*, The Hague, 2000, p. 192 (ci-après CLAPHAM, 2000).

70. *Op. cit.*, note 43.

71. David par exemple rappelle que même en ce qui concerne les États, tous ne se voient pas appliquer le DIH dans les mêmes proportions.

72. DAVID, 2002, p. 196, par. 1.164.

73. *Op. cit.*, note 43.

74. DAVID, 2002, p. 201. Il cite des opérations de maintien de la paix dans lesquelles cet engagement a été formulé dans les règlements relatifs à ces missions.

75. DAVID, 2002, p. 199 et 200, par. 1.172.

Ce genre d'engagement ressemble à ceux de plus en plus nombreux que nous retrouvons dans les codes de conduite de plusieurs STN afin qu'elles s'engagent à respecter les droits de l'homme dans la conduite de leurs activités. Nous reviendrons sur cet aspect dans la deuxième partie de cette étude. Ceci nous amène à mentionner que d'autres sujets de droit ou d'acteurs non étatiques se voient appliquer les règles du DIH même s'ils ne sont pas signataires des Conventions de Genève.

1.3.2 Les acteurs non étatiques et le DIH

L'individu, qu'il soit membre des forces armées ou simple civil, pourra engager à la fois la responsabilité de l'État à titre d'organe de l'État et sa responsabilité pénale. La responsabilité pénale du civil a été reconnue avec l'arrivée des tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda⁷⁶. De plus l'article 3 commun aux Conventions ainsi que le PA II responsabilisent les forces armées dissidentes ou les groupes armés organisés. On constate ainsi qu'il n'y a pas que les États qui se voient contraints par le DIH, d'autres sujets, même si dérivés, se voient recevoir des obligations envers le DIH. Il devient alors plus difficile d'affirmer sans nuance que le DIH ne peut s'appliquer aux STN. Nous sommes conscients qu'une responsabilité internationale incombant aux STN à titre de sujets dérivés du droit international reste problématique et encore très fortement discutée. Il convenait cependant de ne pas l'écarter d'emblée. Quoi qu'il en soit, on a vu que le DIH peut engager la responsabilité d'acteurs non étatiques comme les individus, l'ONU et les groupes armés organisés. Les États sont les premiers titulaires du DIH, mais des acteurs non étatiques se voient aussi porter le fardeau de la responsabilité. Demeurons pour le moment au niveau de la responsabilité étatique. Il convient d'examiner dans quelle mesure la responsabilité de l'État pourrait être engagée par le fait d'une STN.

1.3.3 La responsabilité internationale des États par le fait des STN

Le DIH faisant partie du droit international, la sanction de ses violations est donc soumise aux règles du droit international.

76. Les deux tribunaux ont été créés par des résolutions du Conseil de sécurité S/RES/808 et S/RES/827 et S/RES/955.

Celui-ci oblige les États à protéger les droits de l'homme contre les pratiques abusives des acteurs non étatiques⁷⁷. L'article premier commun aux Conventions de Genève impose aux Hautes Parties contractantes un engagement à respecter et à faire respecter ces Conventions. On a vu aussi que les États parties aux Conventions de Genève s'engagent à les diffuser le plus largement possible, à les incorporer dans les programmes d'étude des militaires et à encourager l'étude par la population civile. Est-ce que le manquement à ces obligations et engagement constitue un fait internationalement illicite de la part de l'État, et est-ce que l'État peut être tenu responsable d'un fait de la STN pour ne pas en avoir contrôlé les activités ?

Le projet d'articles de la Commission du droit international (ci-après la CDI) sur la responsabilité des États énonce en son article 2 que le fait internationalement illicite est un comportement passif ou actif attribuable à l'État en vertu du droit international et qui constitue une violation d'une obligation internationale de l'État⁷⁸. Pour qu'un fait internationalement illicite, comme la violation du DIH, soit imputable à l'État, le fait doit émaner d'un organe de l'État⁷⁹. Les forces armées d'un État étant organes de cet État, les violations du DIH commises par leurs membres seraient imputables à cet État.

Un État partie aux Conventions de Genève peut aussi être tenu responsable d'un fait internationalement illicite commis par un acteur non étatique qui, dans le contexte des conflits armés, serait une violation du DIH. Cependant, l'acte reproché à l'acteur non étatique sera imputable à l'État dans deux cas de figure : le premier si l'acteur non étatique agit pour le compte de l'État, ou si en cas d'absence de toute autorité étatique, l'acteur non étatique remplit une mission qui relève de la prérogative de l'État⁸⁰. Le deuxième si l'action de l'acteur non étatique est due au manque de vigilance de l'État⁸¹. La détermination du fait internationalement illicite fera l'objet de distinctions s'il intervient dans un contexte

77. *Op. cit.*, note 68 et aussi S. JOSEPH, *Corporations and Transnational Human Rights Litigation*, Oxford, Hart Publishing, 2004, p. 9, notes 63 et 65 (ci-après JOSEPH, 2004).

78. Projets d'articles de la CDI sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, A/RES/56/83 du 12 décembre 2001.

79. Article 4 du projet d'articles.

80. Article 8 du projet d'articles.

81. Article 6 du projet d'articles.

de conflit armé international ou d'un conflit armé non international⁸².

On pourrait imaginer les services de sécurité d'une STN qui, en l'absence d'autorité étatique, exerceraient des fonctions de police pour protéger son personnel ou la population. C'est le premier cas de figure. Le deuxième cas est plus problématique. Où s'arrête le devoir de vigilance d'un État ? S'étend-il extraterritorialement ? Est-ce que le fait pour un État d'octroyer des crédits pour financer une STN exerçant dans des zones en conflit le rend responsable des activités illicites de cette dernière ? On pourrait aussi imaginer le cas d'une STN exerçant ses activités dans une zone de conflit impliquant deux États X et Y, et dont le capital serait possédé à raison de 40 % par l'État B. En cas de violations du DIH par des employés de la STN, l'État B pourrait-il être tenu responsable compte tenu qu'il possède en partie la STN ? L'imputabilité pourrait-elle être trouvée par l'action de la STN dont l'État détient du capital⁸³ ? La STN serait-elle ici considérée comme organe de l'État ? Se pose en tout cas le problème de la participation de l'État au capital d'une STN ; 40 % de participation suffit-il à imputer un fait internationalement illicite à l'État ? Imaginons le même scénario mais avec une STN entièrement privée, l'État B, lieu d'incorporation de la STN⁸⁴, pourrait-il être tenu responsable de ne pas avoir fait diligence pour empêcher les activités illicites de la STN⁸⁵ ? Par exemple de ne pas avoir informé suffisamment les entreprises des dangers d'investir dans cette zone de conflit ou même de leur avoir facilité des financements ? Pour certains, l'État de siège aurait le devoir de s'assurer que les droits de l'homme soient protégés par le biais d'une législation prévoyant la façon dont la compagnie-mère exerce le contrôle sur ses filiales⁸⁶. Les deux cas de figure supposent la question du contrôle et de l'extraterritorialité.

Nous avons mentionné la responsabilité de l'État de siège. Qu'en est-il de la responsabilité de l'État hôte ? Pourrait-on lui reprocher d'avoir créé des circonstances (par exemple en réquisi-

82. Voir, à ce sujet, le chapitre IV sur la réparation des violations du droit des conflits armés et la section spécifique sur la responsabilité internationale des États belligérants dans DAVID, 2002, p. 611 et s.

83. Article 8 du projet sur la responsabilité internationale.

84. *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, Arrêt, CIJ Recueil, 1970.

85. Pensons aux accords commerciaux signés entre États pour permettre aux entreprises d'exercer dans certains pays. Jusqu'où va la responsabilité de l'État ?

86. J. DINE, citée dans CLAPHAM, 2006, p. 239, note 174.

tionnant du matériel appartenant à une STN étrangère ayant d'importantes activités sur son territoire et utilisé pour commettre des exactions) faisant en sorte que la STN se voit reprocher la commission de crimes de guerre⁸⁷. La STN pourrait-elle être ici considérée comme organe de l'État ? En tout cas la question de la complicité serait soulevée en matière pénale. Craignant une atteinte à leur souveraineté ou redoutant une incrimination de leurs sociétés publiques, plusieurs pays freinèrent l'idée proposée par la France d'inclure dans le Statut de la CPI la possibilité de poursuivre les personnes morales⁸⁸ s'estimant sans doute vulnérables face à leur propre responsabilité. Par contre rien n'indique qu'il y ait eu d'objection de fond sur le fait que les normes du DIH soient applicables aux STN⁸⁹. Ce qui démontre que le DIH est un droit qui s'adapte à l'évolution de la société mais qui demeure toujours en accord avec ses principes fondateurs qui sont le respect et la protection des victimes des conflits armés. Il ne semble pas nécessaire d'attribuer aux STN un statut de sujet de droit international pour que leur soient imputées des violations du DIH. L'individu se voit imputer la responsabilité de violations du droit de la guerre et cela nous semble une évidence. Les STN sont devenues des acteurs incontournables de la scène internationale à qui on octroie depuis des décennies des droits et des obligations. Déjà la Déclaration universelle des droits de l'homme reconnaît à tout organe de la société l'obligation d'en respecter les dispositions. De nombreux traités⁹⁰ reconnaissent l'obligation des STN de se conformer à des normes environnementales, anti-corruption, pénales et civiles. Les États reconnaissent donc qu'on puisse imputer des actes illicites aux STN.

Andrew J. Wilson rapporte la réflexion d'un autre auteur qui s'interroge sur l'absurdité de voir imputée aux STN la responsabilité du déversement de déchets pétroliers alors qu'on ne peut leur imputer une complicité pour génocide⁹¹. Et poursuit sur l'approche traditionnelle du droit qui pourrait estimer tous ces traités comme *sui generis* et dont l'accumulation ne démontrerait rien permettant d'affecter la personnalité internationale des STN. Pourtant il s'interroge :

87. Se pose ici la question de la défense de contrainte que pourrait invoquer la STN.

88. CLAPHAM, 2000, p. 191.

89. CLAPHAM, 2006, p. 246.

90. Voir note 71.

91. WILSON, 2006, p. 52.

Whilst, contrary to this notion, there is no particular reason why at some point the build-up of specific obligations might not amount to sufficient State practice and *opinio juris* to establish corporations as international legal actors in some more general sense, it is not possible to state with confidence that that point has yet been reached.⁹²

Il croit plus sûr enfin d'établir la responsabilité des STN en se fondant sur le droit international coutumier. Selon lui, la Déclaration universelle des droits de l'homme, le projet de Normes sur la responsabilité des sociétés transnationales et autres entreprises en matière de droits de l'homme et le Pacte Mondial, dont on reparlera en deuxième partie, constitueraient une réaffirmation des obligations des STN à l'égard des droits de l'homme. À notre avis, la démonstration vaut aussi pour le DIH. Et pour Andrew J. Wilson la question n'est pas :

[...] whether there is any positive doctrinal reason to hold corporations liable under international law, but whether there is any reason that they should be *excluded* from liability.⁹³

Sarah Joseph est convaincue que les obligations des STN et des autres acteurs privés en matière de droits de l'homme constituent un domaine du droit international qui évolue et estime que la reconnaissance coutumière d'obligations à la charge de ces acteurs ira en s'accroissant⁹⁴. Nous nous devons alors d'observer les mouvements en ce sens. Nous verrons dans les lignes qui suivent comment les droits nationaux se sont adaptés à l'omniprésence des STN et à la nécessité de les régulariser, le tout ne se faisant pas sans difficulté. L'évolution de la situation dans les juridictions nationales aura sans doute des conséquences sur le droit international.

1.4 La responsabilité pénale des STN

Robert Kolb estime que les poursuites pénales constituent le meilleur moyen pour sanctionner les violations du DIH⁹⁵. Il existe des systèmes de poursuites au niveau national et international. Les systèmes de répression nationale se fondent sur le droit interne ou sur la compétence universelle. C'est en vertu des arti-

92. *Op. cit.*, p. 52.

93. *Op. cit.*, p. 53.

94. JOSEPH, 2004, p. 48.

95. KOLB, 2003, p. 249.

cles 49, 50, 129 et 146 respectifs aux Conventions I, II, III et IV et à l'article 85 du PA I que les États parties aux Conventions sont habilités à poursuivre les violateurs⁹⁶. L'article 3, commun aux quatre Conventions, permet aussi une inculpation des personnes impliquées dans un conflit ne présentant pas les critères d'un conflit international⁹⁷. Les sanctions pénales n'ont pas toujours fait partie du corps de règles du DIH. Si on remonte à des origines anciennes, on trouve dans le *Code Lieber*⁹⁸, aux articles 44 et 47, l'incrimination pour des violations du droit de la guerre et de crimes de droit commun. Eric David nous enseigne que la version datant de 1906 de la première Convention de Genève comportait en son article 28 une obligation pour les États signataires de s'engager à réprimer en temps de guerre certaines violations. La version de 1929 de la même Convention prévoyait à son article 30 que les belligérants réprimeraient toute violation constatée après une enquête instiguée par un belligérant.

C'est lors de l'adoption des Conventions de Genève de 1949 que les textes tels que nous les connaissons aujourd'hui furent adoptés. À l'aide des commentaires de Jean Pictet sur les Conventions⁹⁹, on saisit l'évolution de l'incrimination. On y apprend qu'aux XVIII^e et XIX^e siècles, il y avait peu de jugements qui concernaient des punitions aux infractions du droit de la guerre. En 1907, l'article 3 du *Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre* (ci-après *Règlement de La Haye*)¹⁰⁰ est adopté et prévoit qu'une partie belligérante est responsable des actes commis par ses forces armées et qu'elle se doit d'indemniser. Mais cette indemnisation est pécuniaire et n'a pas de caractère pénal. Puis le Traité de Versailles de 1919 incorpore des dispositions qui visent les individus des pays vaincus qui auraient commis des actes contraires au droit de la guerre. Jusqu'à la deuxième guerre mondiale aucun texte d'incrimination n'est rajouté dans les Conventions ou dans d'autres textes.

C'est au lendemain de la deuxième guerre mondiale et de ses conséquences dramatiques que les États se mettent à imaginer

96. Pour les conflits internationaux.

97. Voir notes 53 à 60.

98. Adopté par le gouvernement américain lors de la guerre de sécession de 1861-1865. Ordonnance n° 100 du 24 avril 1863.

99. J. PICTET, *Commentaires des Conventions de Genève du 12 août 1949*, Genève, Publication CICR, 1960.

100. *Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre*, La Haye, 18 octobre 1907.

une façon de réprimer les crimes de guerre commis par l'ennemi à l'égard des soldats mais aussi à l'égard des civils si fortement touchés par ce conflit. On promulgue alors des lois spéciales qui serviront à l'établissement des tribunaux dits militaires de Nuremberg et de Tokyo. Des critiques se font entendre sur la légitimité de ces législations et c'est en 1949 que sont adoptées les dispositions des Conventions que nous connaissons aujourd'hui.

1.4.1 Terminologie employée

Pour les fins de cette étude, il convient de s'attarder sur le libellé d'une de ces dispositions.

Les Hautes Parties contractantes s'engagent à prendre toute mesure législative nécessaire pour fixer les sanctions pénales adéquates à appliquer aux personnes ayant commis, ou donné l'ordre de commettre, l'une ou l'autre des infractions graves à la présente Convention définies à l'article suivant [...] ¹⁰¹ (C'est nous qui soulignons.)

Les commentaires de Jean Pictet ne contiennent aucune mention sur l'emploi du mot « personnes » que nous avons souligné. Nous allons ici nous y attarder quelque peu car il est d'usage de chercher le sens des mots utilisés dans un texte pour en comprendre les finalités. La Convention sur le droit des traités ¹⁰² prévoit à son article 31 la règle générale d'interprétation, à savoir qu'on doit interpréter les traités de bonne foi et rechercher le sens ordinaire des mots utilisés dans leur contexte, tout en tenant compte de l'objet et du but du traité. Sans entrer dans un processus d'interprétation proprement dit, nous pouvons jeter un coup d'œil sur le contexte d'adoption des Conventions de 1949. Il s'agissait de l'après deuxième guerre mondiale, les États désiraient adopter une méthode d'incrimination qui servirait à l'avenir puisque les carences des textes antérieurs étaient évidentes. En 1945 avait été adoptée la *Charte des Nations Unies* ¹⁰³ (ci-après la Charte) suivie en 1948 de la *Déclaration universelle des droits de l'homme* (ci-après la Déclaration). Le souci des États était de protéger l'humanité en créant une organisation qui leur permettrait de s'engager à préserver l'humanité de guerres futures. En adoptant la Déclaration les États se dotèrent d'un instrument

101. L'article 49 de la Convention I.

102. *Convention de Vienne sur le droit des traités* du 23 mai 1969.

103. La *Charte des Nations Unies* adoptée à San Francisco le 26 juin 1945.

normatif qui consacre les droits civils et politiques ainsi que les droits économiques et sociaux¹⁰⁴.

Tant la Charte que la Déclaration, en leur préambule, emploient les mots « personne humaine ». La personne humaine est ici entendue comme bénéficiaire des normes de protection qui sont énoncées dans ces textes. La Déclaration va ensuite désigner les titulaires du devoir d'en faire respecter les dispositions et d'en assurer par des mesures progressives l'application et la reconnaissance. Ces titulaires, outre les États, sont les individus ainsi que tous les organes de la société. On peut dire que les Conventions de Genève sont contemporaines de la Charte et de la Déclaration. Le fait qu'elles n'utilisent pas les mots « personne humaine » mais le mot « personnes » utilisé seul signifie-t-il qu'on puisse présumer que les États aient pu souhaiter que le mot « personnes » englobe la personne morale ou légale ? On peut en douter. Les personnes morales n'exerçaient pas à cette époque dans un système globalisé et les États ne se préoccupaient pas de leur impact sur les droits de l'homme ou de la relation entre l'économie et les conflits armés. De plus l'utilisation du mot « personnes » à l'article 49 de la Convention I vise le titulaire d'une obligation, alors que les termes *personnes humaines* de la Déclaration et de la Charte visent les bénéficiaires des droits. Vouloir tirer une conclusion en faveur de l'inclusion des personnes morales ou légales serait pour le moins hasardeux.

Nous pouvons donc affirmer que le mot « personnes » utilisé à l'article 49 de la Convention I et autres articles équivalents des Conventions I, II et III ne visait fort probablement que les personnes au sens d'individus. Ainsi seuls ces derniers pourraient faire l'objet d'une poursuite pénale si on adopte une approche stricte du droit. Mais ce serait sans compter sur les buts et objectifs des Conventions de Genève. Ces dernières constituent les normes qui visent à atteindre un des fondements du mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge qui est celui d'humanité c'est-à-dire « de prévenir et d'alléger en toutes circonstances les souffrances des hommes »¹⁰⁵. Ne pourrait-on pas alors affirmer que si, dans le but de protéger les victimes des conflits

104. NGUYEN, 1999, p. 46.

105. Pour une approche intéressante du rôle-phare du CICR, voir Y. SANDOZ, « Le comité international de la Croix Rouge : gardien du droit international humanitaire ». Article du 31 décembre 1998 qui peut être consulté sur Internet à l'adresse <<http://www.icrc.org/web/fre/sitefre0.nsf/html/about-the-icrc-311298>>.

armés et de faire respecter leur dignité, les États ont adhéré à des normes prévoyant une obligation pour eux de procéder à des incriminations pour les crimes les plus graves, ils n'ont certainement pas voulu en restreindre l'application qu'à certains responsables, mais pas à d'autres ? En restreindre ainsi le champ d'application irait en quelque sorte à l'encontre des buts et objectifs des Conventions. Par ailleurs, il ne faut pas oublier que les États ont la possibilité d'intégrer l'incrimination dans leur système national et que plusieurs d'entre eux prévoient déjà une incrimination pénale à l'égard de leurs personnes morales. Mais certains prétendent que c'est en raison de la faiblesse des incriminations nationales que la justice pénale internationale s'est mise en place¹⁰⁶. Regardons ce qui en est en ce qui concerne les poursuites nationales à l'égard des STN. Nous verrons la question de la justice pénale internationale ensuite.

1.4.2 La justice pénale nationale

Le débat sur l'imputabilité d'actes illicites aux STN commence toujours par la question suivante : est-ce qu'une STN peut commettre un crime¹⁰⁷ ? Andrew Clapham rappelle que la question choque plusieurs juristes, pour qui le problème réside dans la difficulté de lire dans les pensées de la STN¹⁰⁸. Et si on en accepte le principe, commet-elle l'infraction directement ou par complicité ? Cette dernière notion n'étant pas traitée de la même façon dans les juridictions reconnaissant l'incrimination des personnes morales, il apparaît que la possibilité de poursuivre les STN diffère d'un État à l'autre. Cela crée certainement le danger que des STN choisissent leur lieu d'incorporation en fonction du peu de risques qu'elles courent d'y être poursuivies. Quant à la première question, elle suppose l'attribution d'une intention à la STN, c'est-à-dire la *mens rea*¹⁰⁹. Diverses juridictions qui reconnaissent la poursuite des corporations n'appliquent pas la recherche de l'intention de la même manière¹¹⁰. Ce qui suppose qu'avant l'accep-

106. M. SASSOLI et A.A. BOUVIER, *Un droit dans la guerre ?*, CICR, Genève, 2003, p. 303-304 (ci-après SASSOLI BOUVIER, 2003).

107. C. WELLS et J. ELIAS, « Holding Multinational Corporations Accountable for Breaches of Human Rights », discussion paper based on *Catching the conscience of the king : Global players on the international stage*, Alston, *Non-State Actors in International Law*, Oxford, Oxford University Press, forthcoming, p. 2 (ci-après WELLS ELIAS).

108. CLAPHAM, 2006, p. 198.

109. WELLS ELIAS, p. 6.

110. *Ibid.*, p. 6. Par exemple : l'Australie, les États-Unis et le Royaume-Uni.

tation d'une incrimination des STN devant la CPI tout un débat devra avoir lieu sur la façon d'imputer l'intention aux STN. Ce qui fait dire à Celia Wells et Juanita Elias :

Those who advocate the accountability of MNCs in international law tend to be much stronger in their arguments of why this would be a good thing than in their arguments of how this can be achieved.¹¹¹

Une étude effectuée en 2006 par la FAFO¹¹² intitulée « Commerce, Crime and Conflict – Legal Remedies for Private Sector Liability for Grave Breaches of International Law », nous apporte un éclairage intéressant sur la situation dans seize pays tant de tradition juridique de la *common law* que de droit continental¹¹³. Cet outil est précieux car peu d'études comparées existent sur ce sujet. On y apprend que les principales violations commises par des entreprises sont : le travail forcé, l'esclavage, le pillage et le recours aux enfants soldats, l'utilisation des mines, la privation des biens indispensables à la survie. Le travail forcé et le pillage sont les deux violations des droits de l'homme les plus souvent citées comme ayant été commises directement par les entreprises plutôt qu'à titre de complices. La plupart de ces violations, faut-il le rappeler, constituent des crimes de guerre lorsque commises en période de conflit armé. Il faut mentionner qu'il est rare que l'État sur le territoire duquel la violation se produit incrimine les responsables, en l'occurrence l'entreprise qui opère sur son territoire¹¹⁴. Nous verrons d'ailleurs avec l'illustration d'un cas survenu en RDC les difficultés que cela soulève. Donc c'est souvent l'État du siège de la compagnie mère qui va enquêter et/ou procéder à des poursuites¹¹⁵.

111. *Ibid.*

112. Fondation de recherche norvégienne créée en 1982 regroupant les « Institutes for Labour and Social Research and for Applied International Studies » (ci-après FAFO, 2006).

113. Le titre complet et consulté sur Internet à l'adresse <<http://www.faf.no/liabilities>>. Les 16 pays concernés sont : l'Argentine, l'Australie, la Belgique, le Canada, la France, l'Allemagne, l'Inde, l'Indonésie, le Japon, les Pays-Bas, la Norvège, l'Afrique du Sud, l'Espagne, l'Ukraine, le Royaume-Uni et les États-Unis.

114. Plusieurs raisons expliquent cela : la peur que l'entreprise cesse ses activités et qu'il y ait une crise économique, déficience de la structure étatique, etc.

115. Le cas de l'entreprise Anvil Mining est particulier. Nous le verrons plus avant. La poursuite a eu lieu dans le pays hôte mais une enquête a été effectuée en Australie. Les autorités canadiennes semblent avoir résisté aux pressions de plusieurs ONG en faveur de la tenue d'une enquête.

La première conclusion à laquelle en arrive l'étude de la FAFO est que la plupart des pays en question acceptent l'incrimination des personnes morales pour 11 des pays sur 16 concernés¹¹⁶. L'Allemagne ne fait pas partie des 11 mais prévoit que, si un dirigeant d'entreprise est reconnu coupable d'un crime, l'entreprise peut être tenue de payer l'amende imposée au dirigeant. Les systèmes des 11 pays concernés diffèrent cependant sur le mode d'incrimination. Pour les pays ne reconnaissant pas la poursuite pénale des entreprises, il est possible de poursuivre les dirigeants d'entreprises directement. De façon générale on peut dire que pour qu'une entreprise soit coupable, il faut d'abord prouver un acte illicite commis dans l'exercice des fonctions d'un individu qui occupe un poste clé dans la hiérarchie, ou qui est membre du conseil d'administration. Plusieurs pays prévoient ensuite la façon d'attribuer l'acte illicite à l'entreprise. L'étude démontre que l'Australie est très tolérante dans la façon d'imputer une intention criminelle à l'entreprise. On peut par exemple y prouver qu'il existe une culture d'entreprise qui encourage ou tolère la non-conformité à des normes dont la violation constitue un crime.

Au niveau plus spécifique des crimes issus du droit international pénal, 9 pays sur les 16 avaient incorporé dans leur droit national les dispositions prévues au Statut de Rome, à savoir l'incrimination pour les crimes de génocide, crimes contre l'humanité et les crimes de guerre¹¹⁷. Il faut préciser cependant que d'autres pays avaient déjà prévu des dispositions incriminant les crimes de guerre, les crimes contre l'humanité ou le génocide¹¹⁸. Il faut alors présumer qu'en ce qui concerne l'incrimination pour les crimes de guerre celle-ci peut être issue de l'obligation faite aux États parties aux Conventions de Genève de poursuivre les responsables des violations. Il faut préciser que l'incrimination, si elle est formée par l'incorporation des dispositions du Statut de Rome, a un champ d'application plus restreint. Nous discuterons ci-après de la question de l'extraterritorialité et de la compétence universelle.

116. L'Australie, la Belgique, le Canada, la France, l'Inde, le Japon, les Pays-Bas, la Norvège, l'Afrique du Sud, le Royaume-Uni et les États-Unis.

117. L'Argentine, l'Australie, la Belgique, le Canada, l'Allemagne, les Pays Bas, l'Afrique du Sud, l'Espagne et les États-Unis.

118. La France par exemple avait déjà une législation incriminant les crimes contre l'humanité et le génocide.

a) L'extraterritorialité et la compétence universelle

L'étude de la FAFO démontre que plusieurs pays appliquent le principe de l'extraterritorialité en poursuivant leurs nationaux et/ou ceux ayant porté atteinte à leurs nationaux¹¹⁹. Certains pays, mais dans une moindre mesure, appliquent le principe de la compétence universelle¹²⁰. Il faut rappeler que l'article 12(2) du Statut de la CPI limite la juridiction de la Cour aux crimes commis par les nationaux des États parties et aux crimes commis sur le territoire des États parties. En ce sens, certains pays adoptent un spectre plus large de poursuites que ne le permet la juridiction pénale internationale. Par ailleurs, il ne semble pas clair dans la doctrine que l'incrimination fondée sur le respect des Conventions de Genève et de l'obligation imposée aux États de poursuivre les violations pour les infractions les plus graves comprenne le principe de la compétence universelle au sens large, à savoir toute possibilité de poursuivre même si la personne soupçonnée ne se trouve pas sur le territoire¹²¹. Peu d'États utilisent cette compétence universelle absolue ou *in absentia*¹²².

Théoriquement, une STN peut de moins en moins échapper à des poursuites criminelles grâce aux juridictions nationales qui prévoient leur incrimination et grâce aux pays qui mettent en œuvre la compétence universelle. Cependant dans les faits bien peu ont eu recours à la compétence universelle à l'égard des STN. La Belgique (un des seuls pays à avoir utilisé la compétence universelle absolue) l'a utilisée en avril 2004 lorsque des réfugiés birmans ont déposé une plainte contre Total Elf Fina et deux de ses dirigeants en les accusant de crimes contre l'humanité¹²³. La justice belge a toutefois fait marche arrière quand en 2003, la loi permettant la compétence universelle a été amendée pour que désormais toute poursuite respecte des critères de rattachement

119. Page 16 du rapport. On fait ici la distinction entre la personnalité active et la personnalité passive. Il s'agit de l'Argentine, l'Australie, la Belgique, le Canada, l'Allemagne, le Japon, la Norvège, l'Afrique du Sud, l'Ukraine, le Royaume-Uni et les États-Unis.

120. L'Australie, le Canada, les Pays-Bas, l'Espagne et le Royaume-Uni.

121. David estime que l'exercice de la compétence universelle est un devoir pour les États parties aux Conventions compte tenu des termes « quelle que soit leur nationalité » utilisés aux articles 49/50/129 et 146. Voir DAVID, 2002, par. 4.166 et 4.170. 49/50/129/146. De Schutter confirme l'obligation d'utiliser la juridiction universelle pour les crimes de guerre. Voir DE SCHUTTER RAPPORT, 2006, p. 12.

122. DAVID, 2002, p. 817.

123. Voir <<http://www.amnestyinternational.be/doc/spip.php?article11801>>.

entre les plaignants et la Belgique¹²⁴ (conception plus stricte de la compétence universelle). En 2005, la Cour de Cassation se dessaisit de l'affaire contestant le droit des plaignants qui ne sont pas de nationalité belge¹²⁵. En octobre 2007, on apprend la réouverture d'une enquête visant le groupe pétrolier pour ses activités en Birmanie¹²⁶.

Il est possible d'expliquer le manque d'audace d'autres pays par le fait que bien peu ont exercé la compétence universelle à l'égard des personnes civiles, alors l'imaginer pour les personnes morales c'est déjà être très à l'avant-garde. Le Canada par exemple a fait récemment le constat des difficultés inhérentes à ce genre de poursuites en démontrant l'incapacité du système canadien de combattre l'impunité des criminels de guerre qui se sont installés sur son territoire au lendemain de conflits¹²⁷. La seule affaire dans laquelle le Canada a utilisé la compétence universelle¹²⁸ est en attente de jugement au moment où sont écrites ces lignes¹²⁹. L'issue de cette affaire aura beaucoup d'impact sur la crédibilité du système de la compétence universelle¹³⁰. Il s'agit bien sûr d'un cas d'école pour les autres pays¹³¹.

Pour revenir au cas précis des STN il semble difficile d'imaginer la compétence universelle à leur égard autrement que celle du type *in absentia*, une entreprise ne se déplaçant pas comme un individu¹³². Il semble plus réaliste d'imaginer que les STN soient poursuivies par le principe de l'extraterritorialité qui suppose un lien minimum avec l'État qui poursuit¹³³. Bien qu'au Canada et

124. Voir <trial-ch.org/fr/international/competence-universelle.html>. La Belgique aurait amendé sa loi suite à des pressions politiques internationales.

125. On sait qu'au moins un des plaignants avait le statut de réfugié, ce qui aurait dû être pris en considération comme lien suffisant de rattachement.

126. <<http://www.nowpublic.com>>.

127. <<http://www.cyberpresse.ca/article/20071118/CPACTUALITES/711180585/6782/CPACTUALITES>>.

128. Il s'agit de la poursuite de Désiré Munyaneza, un Rwandais. Ici le Canada a utilisé la conception stricte de la compétence universelle. L'accusé se trouvait sur le territoire canadien.

129. <<http://www.cyberpresse.ca/article/20071116/CPACTUALITES/711160769/6730/CPACTUALITES>>.

130. On parle des coûts énormes engagés par l'État canadien pour obtenir la preuve. L'affaire *Munyaneza* est instruite devant la Cour supérieure du district de Montréal.

131. Voir <<http://www.cyberpresse.ca/article/20071117/CPACTUALITES/711170979/6488/CPACTUALITES>>.

132. Voir note 49. Il est cependant difficile d'appliquer le concept de la compétence universelle aux STN.

133. Et cela pose la question de l'atteinte à la souveraineté de l'État hôte lorsque la poursuite est prise en charge par l'État de siège. Voir J. KYRIAKAKIS, « Austra-

dans d'autres juridictions on reconnaisse l'incrimination des personnes morales, il ne semble pas que ce soit chose aisée¹³⁴. Alors d'imaginer la poursuite de STN sur la base de l'extraterritorialité voire de la compétence universelle ne semble pas la solution idéale pour traquer l'impunité des entreprises. Voyons d'un peu plus près les difficultés que peuvent poser les poursuites des STN au niveau national.

b) *La question du voile corporatif*

En matière pénale, c'est le procureur de l'État qui décide de la poursuite. Imaginons une enquête diligentée par un pays X qui reconnaît la juridiction sur les personnes morales. Cette enquête aboutit à une suspicion de violations graves au sens des Conventions de Genève ou du Statut de la CPI commises dans un pays Y par une filiale d'une STN ayant son siège ou sa principale place d'affaires dans le pays X. Une poursuite pénale est engagée à l'égard de la compagnie mère pour les supposées violations commises par sa filiale. Dans ce cas, on recherche la condamnation de la société mère pour les actions de ses filiales. On privilégie souvent la poursuite par l'État du siège pour plusieurs raisons : parce qu'il n'y a pas de problème de juridiction, parce que la poursuite de la filiale dans le pays Y n'est pas possible, et bien sûr parce qu'en ce qui concerne la société mère, elle est souvent plus solvable que la filiale¹³⁵. Jusqu'ici tout va bien. Comme nous le verrons plus loin, c'est surtout en matière civile que les poursuites contre des STN ont cours, et ces poursuites sont loin d'être terminées. De plus il s'agit souvent de violations des DDH survenues dans un contexte autre qu'un conflit armé.

lian Prosecution of Corporations for International Crimes. The Potential of the Commonwealth Criminal Code », *Journal of International Criminal Justice*, Oxford 5 (2007) p. 818 (ci-après KYRIAKAKIS, 2007).

134. En droit criminel canadien mais aussi dans d'autres systèmes, la responsabilité criminelle découle de la faute personnelle d'individus. Pour imputer la faute à une personne morale, on doit avoir recours à une fiction qui lie la personne morale à ceux qui agissent en son nom. Pour découvrir la *mens rea* de la personne morale on aura recours à la notion d'âme dirigeante issue de la jurisprudence canadienne. Une personne morale ne sera responsable que si l'auteur de l'infraction est une âme dirigeante, qu'il a agi dans le cadre de ses fonctions et que la personne morale a profité de cet acte. Par ailleurs la négligence (l'absence de surveillance minimale) ne peut mener à la responsabilité de la personne morale ou de ses dirigeants. Voir G. CÔTÉ-HARPER, P. RAINVILLE, J. TURGEON, *Traité de droit pénal canadien*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 429 et 433 (ci-après CÔTÉ-HARPER, 1998).

135. Voir JOSEPH, 2004, chap. 7.

En matière de poursuites pour crime commis lors d'un conflit armé, nous connaissons deux cas, celui que nous développerons plus avant, le cas de la compagnie Anvil Mining et le cas de la STN canadienne Talisman Energy. Cette dernière a fait l'objet d'une action civile en 2003 devant une cour américaine en vertu de l'ATCA pour de supposées violations commises au Soudan¹³⁶. Il faut retenir que ces deux affaires n'ont pas été entendues sous la juridiction du pays de la société mère¹³⁷. Ce qui démontre sans doute les difficultés qu'on peut imaginer dans d'éventuelles poursuites à partir de l'État de siège. L'état actuel des affaires ne nous permet pas de tirer des conclusions mais il est certain que la problématique du voile corporatif va se poser et celle du *forum non conveniens*¹³⁸.

As none of the salient cases have been decided on the merits, few of the cases in any of the jurisdictions have seriously confronted the crucial issue of the extent of liability of parent corporations for the human rights abusing actions of their subsidiaries.¹³⁹

Lorsqu'une société mère fera l'objet d'une poursuite dans le pays du siège à l'égard d'agissements d'une filiale, il y aura forcément une bataille d'experts sur le fait de savoir dans quelle mesure la compagnie mère de la STN peut être tenue responsable des agissements de sa filiale. Il faut retenir que la question du voile corporatif interviendra. En droit corporatif il est un principe qui veut que les filiales d'une STN soient juridiquement distinctes de la société mère¹⁴⁰. Pour soulever le voile corporatif qui permettrait de s'assurer de la responsabilité de la société mère quant aux agissements de sa filiale, il faudra déterminer le niveau de contrôle de la première sur la deuxième. Les juridictions n'ont pas trop de peine à lever le voile lorsqu'il est évident que la société mère est l'*alter ego* de sa filiale. Evoquer cette question c'est aussi

136. *Presbyterian Church of Sudan v. Talisman Energy*, 244 F. Supp. 2d 289 (SDNY 2003). On y alléguait une possible participation de l'entreprise dans un génocide.

137. Voir C. RUTA, *Les Sociétés transnationales dans les conflits armés. Des exemples de la Colombie*, Genève, Cudih, 2005, p. 54 (ci-après RUTA, 2005).

138. Il est intéressant de noter que cette question s'est posée dans l'affaire Talisman. Normalement la Cour américaine aurait dû opter pour le refus d'entendre l'affaire puisque le Canada était un meilleur forum mais elle en a décidé autrement. Son motif était que le Canada applique la loi du *situs* en matière de litige transfrontalier. Celle-ci étant celle du Soudan, elle aurait été défavorable aux plaignants. Voir JOSEPH, 2004, p. 90.

139. *Ibid.*

140. Voir WILSON, 2006, p. 63.

ne pas oublier la complexité des affaires dont on a discuté et que lorsqu'il s'agira d'une poursuite pénale, le fardeau de la preuve sera toujours plus lourd qu'en matière civile. Envisager les poursuites pénales des STN au niveau national n'est pas une solution aisée.

1.4.3 Le cas de la société Anvil Mining

Nous allons ici aborder un cas des plus intéressants car nous ne disposons pas de beaucoup d'exemples impliquant une STN poursuivie pour violations du droit de la guerre. Toute la réflexion de la présente étude est fondée sur des exemples en rapport avec des violations des droits de l'homme pour lesquels il existe beaucoup de commentaires d'experts. Et comme ces derniers, c'est en faisant des parallèles que nous arrivons à déterminer ce qu'il en est pour le DIH. Le cas concerne la STN Anvil Mining Limited (ci-après Anvil Mining). À travers cette affaire qui n'est pas satisfaisante, car elle laisse en suspens bien des interrogations, nous allons quand même essayer de saisir les difficultés d'une poursuite qui concerne une STN.

Nous avons dit qui « implique et concerne » une STN. En effet, ce sont trois employés de la société Anvil Mining Limited¹⁴¹ qui, à ce jour, ont fait l'objet d'un procès pénal pour complicité de crimes de guerre et non pas la STN proprement dite. Pourtant, les médias et même des experts¹⁴² ont parlé de poursuites à l'égard de la STN. Ce qui démontre qu'il est difficile de faire abstraction d'une entreprise quand trois employés sont poursuivis à titre personnel pour des actes commis dans le cadre de leurs fonctions. L'affaire a été rapportée dans les médias canadiens et australiens¹⁴³ car la compagnie a été incorporée au Canada et a eu son siège social en Australie avant qu'il ne soit déménagé au Canada¹⁴⁴. L'affaire a mobilisé les services d'enquêtes des forces de police australiennes. À ce jour nous ne connaissons pas le sort

141. Anvil Mining est la société mère de Anvil Congo s.a.r.l. qui possède une mine de cuivre et d'argent en RDC. La société mère possède 100 % des actions de la filiale. On peut trouver ces infos sur le site <<http://www.anvil.com.au/inv.financial.shtml>>.

142. KYRIAKAKIS, 2007, p. 809.

143. *Ibid.*, p. 811. On peut consulter le site Internet suivant <<http://www.congolite.com/polsoc276.htm>>.

144. Ces changements du lieu du siège social posent déjà un problème de choix de juridiction. On pourrait alors adopter le for du lieu d'incorporation.

de ces enquêtes¹⁴⁵. Chose certaine aucune procédure pénale, ni civile¹⁴⁶ n'a encore été prise à l'égard de Anvil Mining au Canada ou en Australie. Les deux juridictions reconnaissant les poursuites pénales à l'égard des personnes morales, Anvil Mining pourrait donc être poursuivie dans l'une des deux juridictions pour crimes de guerre¹⁴⁷. Tel qu'annoncé plus haut, c'est donc un tribunal militaire congolais qui a entendu l'affaire concernant trois des employés d'Anvil Mining accusés de complicité pour crimes de guerre puis qui les a acquittés de toutes charges¹⁴⁸.

a) Les faits

Le 14 octobre 2004, les membres des Forces armées de la République Démocratique du Congo (FARDC) reprennent le contrôle de la ville de Kilwa après qu'un groupe de rebelles du Mouvement révolutionnaire pour la libération du Katanga (MRLK) l'eut occupée brièvement. Selon des rapports de la MONUC¹⁴⁹ et de l'ONG Global Witness¹⁵⁰ des exécutions sommaires, de la torture, des détentions illégales et du pillage auraient eu lieu. La compagnie Anvil Mining Congo s.a.r.l. exploite un gisement de cuivre et d'argent à Dikulushi située non loin de Kilwa. Il est rapporté, selon Global Witness, qu'Anvil Mining évacue son personnel de la mine de Dikulushi dans des vols charters vers la capitale de la province. Au retour, les charters sont occupés par des militaires. Deux employés expatriés¹⁵¹ de la compagnie restent à la mine avec des membres congolais de l'équipe de sécurité¹⁵². À Kilwa, les habitants fuient de crainte de représailles des FARDC menées par le colonel Ademar. Arrivant à Kilwa, les membres de la FARDC

145. La juriste Joanna Kyriakakis (KYRIAKAKIS, 2007), contactée par courriel le 29 novembre 2007, nous a dit ne pas savoir où en était rendue l'enquête en Australie.

146. Le cabinet australien Gordon & Slater étudie la possibilité d'intenter un recours civil au nom des victimes. Voir KYRIAKAKIS, 2007, p. 813.

147. Les deux pays ont adopté des lois intégrant les dispositions du Statut de la CPI. Voir FAFO, 2006, p. 15.

148. La Haut Commissaire aux droits de l'Homme Louise Arbour a dénoncé la conduite du procès et regretté que des civils soient jugés par une cour militaire et presse le gouvernement de la RDC d'intégrer dans sa juridiction les dispositions du Statut de la CPI. Communiqué de presse du Haut Commissariat du 4 juillet 2007. L'affaire a été portée en appel par le procureur militaire et les victimes.

149. Mission de l'ONU en RDC.

150. « Le procès de Kilwa : un déni de justice », voir le rapport complet dans <http://www.globalwitness.org/media_library_detail.php/560/en/kilwa_trial_a_denial_of_justice>.

151. De nationalité sud-africaine.

152. D'après le communiqué de presse de la société elle-même daté du 15 octobre 2004.

utilisent des camions d'Anvil Mining pour se rendre à leur base. Des attaques de la FARDC ont lieu à Kilwa contre les rebelles. Les affrontements auraient duré deux heures. Le 16 octobre 2004, la mine reprend ses activités alors que le directeur général¹⁵³ d'Anvil Mining Congo s.a.r.l. revient sur place. Toujours selon Global Witness, il se serait entretenu avec le colonel Ademar. Des militaires de la FARDC restent plus de six mois à Kilwa. Il est rapporté qu'ils tentent d'intimider les victimes en les forçant à taire les événements.

La MONUC demande ensuite l'autorisation de faire enquête à Kilwa et y parvient non sans peine le 22 octobre 2004. Un général des FARDC annonce que l'intervention pour faire cesser la rébellion est en partie réussie grâce à l'aide apportée par Anvil Mining. Après plusieurs péripéties l'empêchant de faire correctement son travail, la MONUC rend son rapport le 27 octobre 2004. Selon ce rapport remis aux autorités congolaises, 73 personnes auraient été tuées dont le chef des rebelles et 23 par exécutions sommaires. Les véhicules appartenant à Anvil Mining Congo s.a.r.l. auraient été utilisés pour transporter des cadavres et des biens pillés. De plus, des chauffeurs de la compagnie auraient conduit les véhicules, des rations alimentaires auraient été fournies par Anvil Mining Congo s.a.r.l. aux forces de la FARDC, et elle aurait participé au paiement de certains soldats.

Toute une discussion a lieu à savoir si les véhicules de la compagnie ont été réquisitionnés ou non, l'entreprise n'en faisant pas du tout état dans ses communiqués de presse suivant les événements. Le fait de se voir réquisitionner du matériel par les autorités peut constituer un moyen de défense pour les accusés. Le 13 juillet 2005, le colonel Ademar est accusé de crimes de guerre et d'autres crimes relativement aux événements survenus à Kilwa. On relate beaucoup d'actes d'intimidation à l'égard des ONG qui tentent de défendre les victimes et à qui on reproche de porter atteinte aux intérêts d'Anvil Mining, ce qui risque de plonger la région dans la misère. Le 12 octobre 2006, neuf soldats des FARDC sont accusés de crimes de guerre ainsi que trois employés de la compagnie, le directeur général de nationalité canadienne et les deux surveillants de nationalité sud-africaine restés sur le site de l'exploitation minière. Ces derniers sont inculpés pour avoir « aidé et encouragé » les FARDC. La MONUC relate que beaucoup

153. Pierre Mercier, ressortissant canadien.

de pressions ont été faites sur le procureur militaire afin que les accusations sur les employés soient annulées.

Le procès se déroule et fait l'objet de critiques de la part de plusieurs ONG¹⁵⁴. Elles dénoncent des pressions sur les victimes, le fait que des témoins ne reçoivent pas d'assignation à comparaître, que l'auditeur principal qui a instruit l'affaire depuis le début soit soudainement transféré dans un autre district et que celui qui le remplace soit mal préparé. On dénonce aussi la pression des autorités sur les médias. Le jugement est rendu oralement¹⁵⁵ le 28 juin 2007. Tous les prévenus sont déclarés non coupables pour crimes de guerre. Le colonel Ademar est reconnu coupable de détention arbitraire et de meurtres et condamné à la prison à vie mais pour des accusations qui ne sont pas liées aux événements de Kilwa. Le tribunal déclare l'entreprise non coupable bien qu'au début du procès, le procureur militaire ait confirmé que seuls les employés étaient poursuivis et non l'entreprise elle-même. L'affaire est portée en appel.

En février 2006 un rapport¹⁵⁶ est publié par le « Compliance Advisor Ombudsman » (ci-après le CAO) de la Banque mondiale. Il concerne une enquête effectuée à la demande de Paul Wolfowitz, alors à la tête de l'Organisation, sur l'exercice d'évaluation préalable réalisé par l'agence multilatérale de garantie des investissements¹⁵⁷ (ci-après la MIGA)) et qui concerne une assurance contre le risque politique octroyée à Anvil Mining à Dikulushi. On y trouve que les Principes volontaires¹⁵⁸ n'ont pas été respectés ni par Anvil Mining ni par la MIGA en ce qui concerne une enquête préalable sur les antécédents de soldats qui étaient déployés autour de la mine. Le rapport déplore une absence totale d'évaluation des risques de la part d'Anvil Mining et l'absence d'une politique claire sur l'éthique et les droits de l'homme au sein de

154. RAID, *Global Witness*, ACIDH, ASADHO/Katanga et CADTM.

155. Nous ne sommes pas arrivée à trouver une transcription du jugement.

156. Le rapport intervient suite aux pressions exercées par RAID auprès de la Banque mondiale.

157. La mission de la MIGA est de faciliter les investissements internationaux dans les pays en développement et de les assurer contre les risques politiques et non commerciaux. Selon la CADTM (Comité pour l'annulation de la dette du Tiers Monde) en avril 2005, la MIGA émet des contrats de garanties au bénéfice d'Anvil Mining qui offrent une couverture pour le risque politique (comprenant les dommages à la suite de conflits armés et de troubles civils) au montant de 13,3 millions de dollars.

158. Il s'agit des *Voluntary Principles on Security and Human Rights* que nous étudierons dans la deuxième partie.

l'entreprise¹⁵⁹. Par ailleurs, le rapport regrette que la MIGA n'ait pas une approche proactive pour s'assurer que ses clients aient les capacités nécessaires pour se conformer aux exigences sociales et environnementales. Dans ce contexte, il a aussi été rapporté qu'un proche du président Joseph Kabila est membre du conseil d'administration d'Anvil Mining Congo s.a.r.l. (un siège sur cinq est réservé pour le gouvernement). Ce proche ferait l'objet d'une recommandation d'un groupe d'experts sur l'exploitation illégale des ressources naturelles de l'ONU à l'effet de lui interdire tout déplacement¹⁶⁰.

Ce cas illustre plusieurs problématiques que nous avons déjà énoncées. D'abord il est évident que la procédure intentée par le pays hôte comporte plusieurs difficultés. On a vu que le procès ne semble pas s'être tenu dans des conditions qui respectent les garanties d'un procès juste et équitable. On peut toutefois noter la détermination du premier auditeur militaire qui a porté les premières accusations malgré les pressions reçues pour faire tomber les accusations à l'égard des employés. On a rapporté que les victimes et les témoins avaient subi des pressions pour les empêcher de témoigner. L'avocat des employés auraient été aussi l'avocat conseil pour certaines victimes, ce qui pose le problème du conflit d'intérêts. La confusion au niveau du statut de l'entreprise dans l'accusation démontre une improvisation ou une méconnaissance des règles à cet égard. Et bien entendu, le fait que des personnes civiles soient jugées par un tribunal militaire est extrêmement problématique et a été justement dénoncé par le Haut-Commissaire aux droits de l'homme.

Cette affaire a quand même eu le mérite de porter la discussion de l'implication des STN dans les zones de conflits armés à un niveau autre que celui d'un petit groupe d'initiés. Le travail, entre autres, de l'ONG qui a permis de faire une enquête au sein de la Banque mondiale est à saluer. Enfin, le bruit fait autour de cette affaire a convaincu les autorités policières australiennes de faire enquête. Mais c'est ici que les limites des poursuites pénales au niveau national des STN pour violation du DIH nous paraissent les plus évidentes. Au conseil d'administration de ces STN, siègent souvent des personnes influentes qui ont des liens avec

159. <<http://www.cao-ombudsman.org/html-english/documents/DikulushiDRCFinalfrench.pdf>>.

160. <http://www.globalwitness.org/media_library_detail.php/560/fr/le_process_de_kilwa_un_deni_de_justice>.

les pouvoirs politiques. M^{me} Joanna Kyriakakis nous a indiqué qu'elle avait peu d'espoir que des poursuites pénales aient lieu en Australie. Toutefois un cabinet d'avocats australien étudiait la possibilité, de concert avec une ONG, d'entreprendre une action civile. Nous verrons un peu plus loin la question des poursuites civiles.

Devons-nous alors souhaiter que la juridiction pénale internationale joue un plus grand rôle à l'égard des personnes morales ? Le choix de la complémentarité ayant déjà été fait par les États parties au statut de la CPI, il faudra composer avec les juridictions nationales et leurs lacunes. Et vu les difficultés déjà énoncées plus haut, sous quelle forme prendra ce rôle ?

Andrew J. Wilson nous rappelle l'existence de divergences importantes dans les différentes juridictions nationales qui reconnaissent le principe des poursuites pénales à l'égard des personnes morales. Alors que plusieurs pays d'Europe préconisent une présomption en faveur de la responsabilité de la société mère, la France, l'Allemagne, le Japon, le Royaume-Uni et les États-Unis penchent davantage pour la séparation des entités au sein des STN¹⁶¹. Les États devront se mettre d'accord sur des principes communs avant d'inclure les personnes morales sous la juridiction de la CPI. Voyons d'un peu plus près les enjeux.

1.4.4 La justice pénale internationale

Ce qui distingue la justice pénale internationale de la justice pénale nationale c'est qu'elle ne prévoit pas la poursuite des personnes morales¹⁶². À ce sujet, l'étude de la FAFO mentionne :

The pattern of incorporation identified above is significant in that makes clear that some of the important limitations that the Rome Statute places on the jurisdiction of the International Criminal Court (ICC) have been eliminated by domestic ICL legislation.¹⁶³

De plus, alors que le DIH prévoit la juridiction universelle, plusieurs pays¹⁶⁴ ont des législations qui ont intégré cette juridic-

161. WILSON, 2006, p. 64. Note 102.

162. Voir l'article 25(1) du Statut de la CPI qui limite la juridiction de la Cour à l'égard des personnes physiques.

163. FAFO, 2006, p. 16.

164. L'Australie, le Canada, les Pays-Bas, l'Espagne et le Royaume-Uni ont une telle législation.

tion alors que le Statut de la CPI prévoit en son article 12(2) de restreindre la juridiction aux crimes commis par les nationaux des États parties ou aux crimes commis sur le territoire des États parties. La juridiction pénale nationale va plus loin que la justice pénale internationale. En tout cas pour les pays reconnaissant la responsabilité des personnes morales et qui appliquent la juridiction universelle ou à tout le moins la juridiction extraterritoriale, la justice nationale reste la plus efficace en théorie pour traquer l'impunité des STN¹⁶⁵. Admettant que les personnes morales puissent un jour tomber sous la juridiction de la CPI, il ne faut pas oublier que celle-ci est complémentaire des juridictions nationales¹⁶⁶.

Nous ne nous attarderons pas trop sur la juridiction pénale internationale sinon pour mentionner que le comité préparatoire à l'élaboration du Statut de la CPI avait envisagé la juridiction sur les personnes morales¹⁶⁷. Les auteurs estiment que si la juridiction à l'égard des personnes morales n'a pas été retenue, c'est pour des raisons de divergences liées aux différents systèmes de juridiction nationaux¹⁶⁸, et que les problèmes de complémentarité leur semblaient insurmontables¹⁶⁹. À cet égard, le Conseil des droits de l'homme rappelle qu'il n'y a pas toujours eu de système international de responsabilité à l'égard des individus mais que cela n'a pas empêché leur responsabilité pour les crimes internationaux. On pourrait dire qu'il en va de même pour la responsabilité des corporations¹⁷⁰. Même en l'absence d'une juridiction pour les sanctionner, celles-ci demeureraient responsables de leurs actes fautifs.

As suggested at the start [...] Similarly, lack of ICC jurisdiction over legal persons for war crimes should not mislead us into thinking that the laws of war and international human rights law do not apply to companies.¹⁷¹

Une chose reste possible cependant, c'est qu'avec la pratique à venir de la CPI, les dirigeants d'entreprises pourraient être

165. A/HRC/4/035.

166. L'article 17 du Statut de la CPI.

167. La France avait été le défenseur de cette inclusion.

168. Voir RUTA, 2005, p. 18 et A/HRC/4/035, par. 21.

169. W. SCHABAS, *Enforcing International Humanitarian Law : Catching the Accomplices*, IRRC, June 2001, vol. 83, n° 842, p. 453 (ci-après SCHABAS, 2001).

170. A/HRC/4/035, par. 21.

171. CLAPHAM, 2000, p. 178.

tenus responsables de crimes de guerre à titre de complices¹⁷². Mais dans quelle mesure les alinéas du paragraphe 3 de l'article 25 du Statut de la CPI seront-ils interprétés¹⁷³ ? William Schabas mentionne que déjà lors des procès de Nuremberg plusieurs personnes furent jugées coupables à titre de complices plutôt qu'à titre d'auteurs principaux et que les tribunaux *ad hoc* pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda prévoient aussi le principe de la complicité¹⁷⁴. En ce qui concerne les STN, quels dirigeants d'entreprises seront visés ? Un vendeur d'armes, un dirigeant de compagnie aérienne transportant des armes prohibées ? Des dirigeants d'une STN dont le matériel a été utilisé pour commettre des exactions¹⁷⁵ ? Chose certaine on parle ici de poursuites d'individus et non pas de la STN en soi. Il ne faut pas oublier ce que disait le Tribunal de Nuremberg à ce sujet :

Crimes against international law are committed by men, not by abstract entities, and only by punishing individuals who commit such crimes can the provisions of international law be enforced.¹⁷⁶

Pourtant le Tribunal militaire international s'est intéressé aux personnes morales impliquées dans les atrocités commises durant la deuxième guerre mondiale. En déclarant, entre autres, le parti Nazi, la Gestapo et les SS d'organisations criminelles, il n'a fait rien d'autres que de les déclarer responsables des crimes commis. Comme le dit Andrew Clapham : « So the Prosecutors in Nuremberg in fact started with the investigation of the legal persons »¹⁷⁷. Le tribunal militaire des États-Unis en fera autant, bien qu'appréhendant l'enjeu de façon différente¹⁷⁸.

a) *Le Tribunal militaire international de Nuremberg et les forces d'occupation alliées en Allemagne*

Le Tribunal militaire international (ci-après TMI) fut créé le 8 août 1945 par l'Accord de Londres. La loi n° 10 du Conseil de con-

172. Voir article 25(3) du Statut de la CPI. Et G. CARBONNIER, *Corporate responsibility and humanitarian action. What relations between the business and humanitarian worlds*, IRRC, December 2001, vol. 83, n° 844, p. 959 (ci-après CARBONNIER, 2001).

173. CLAPHAM, 2006, p. 246. Il y rappelle que le procureur de la Cour pénale internationale avait émis le souhait de s'attaquer au financement des crimes internationaux.

174. SCHABAS, 2001, p. 442.

175. Comme dans le cas d'Anvil Mining.

176. *France et al. v. Goering et al.*, (1946) 22 I.M.T. 203.

177. CLAPHAM, 2000, p. 164.

178. *Ibid.*

trôle allié permettait aux alliés qui exerçaient la souveraineté en Allemagne après la capitulation allemande de poursuivre dans leur zone d'occupation respective¹⁷⁹. Deux types de procès furent donc mis en place.

La Charte du TMI prévoyait que les organisations pouvaient être déclarées criminelles bien que le tribunal n'ait pas eu juridiction sur ces dernières. Le premier cas concernant une personne morale fut celui de Gustav Krupp. Ce dernier fut d'abord inculpé malgré sa démente puis les accusations furent retirées. Les alliés désiraient à tout prix démontrer le rôle joué par l'entreprise d'armements Krupp. C'est alors que le tribunal militaire américain inculpa le fils Alfried. Il fut inculpé de pillage, d'emploi de prisonniers de guerre et de civils étrangers. Les transcriptions du jugement démontrent que le tribunal a analysé les activités de la compagnie autant sinon plus que les activités d'Alfried Krupp. Andrew Clapham estime que « it was the Krupp firm that was essentially at the heart of this set of convictions [...] even if the firm itself could not be prosecuted before this particular tribunal »¹⁸⁰. Dans l'affaire *Farben* (entreprise qui approvisionnait les nazis en Zyklon B) qui fut entendue aussi devant le tribunal militaire américain, l'entreprise fut tenue responsable de violations des lois ou coutumes de la guerre. Au terme de cette affaire, 13 dirigeants furent condamnés à des peines d'emprisonnement pour pillage et emploi de prisonniers de guerre, travail forcé et utilisation de la main-d'œuvre concentrationnaire dans les usines.

Selon Andrew Clapham il ne fait pas de doute que le TMI ainsi que le tribunal militaire américain ont fait en sorte de démontrer que les personnes morales pouvaient commettre des crimes internationaux¹⁸¹. Les tribunaux internationaux de l'après-guerre avaient le pouvoir de les déclarer criminelles mais pas de les condamner¹⁸² « even if the tribunal had no jurisdiction

179. Charte du TMI de Nuremberg, 8 août 1945, art. 6(b) et Loi n° 10 du Conseil de contrôle allié d'Allemagne, 20 décembre 1945, 3 Official Gazette Control Council for Germany (1946) 50, art. II 1)(b).

180. A. CLAPHAM, « The complexity of international criminal law : Looking beyond individual responsibility to the responsibility of organizations, corporations and states », dans *From sovereign impunity to international accountability : The search for justice in a world of states*, New York, United Nations University Press, 2004, p. 238.

181. *Ibid.*, p. 234.

182. *Ibid.*, p. 238.

over the company as such »¹⁸³. Et cet état de fait peut convaincre les juridictions nationales encore hésitantes, d'exercer leur juridiction à l'égard des personnes morales qui auraient commis un crime international même si la CPI n'a aucune juridiction sur ce crime¹⁸⁴.

L'intérêt de pouvoir poursuivre les personnes morales réside dans l'aspect financier rattaché à une amende qui peut résulter d'une condamnation. Bien que l'aspect punitif de la condamnation d'une STN puisse atteindre la réputation de la STN et influencer sur la réaction des investisseurs ou sur le comportement des consommateurs, la possibilité de saisir leurs biens en guise de dédommagement substantiel n'est pas négligeable. Quoi qu'il en soit, une révision du Statut de la CPI¹⁸⁵ est prévue sept ans après son entrée en vigueur soit donc en 2009. Celle-ci va porter sur des amendements précis qui ne visent pas l'article 25. Il semble ainsi difficile qu'une extension de la juridiction aux personnes morales puisse intervenir rapidement¹⁸⁶. Et ne perdons pas de vue qu'une juridiction internationale ne pourrait à elle seule sanctionner toutes les STN qui sévissent dans le monde. Comme le dit Aurélie de Andrade :

Au regard du nombre de victimes, le moins que l'on puisse dire, c'est que celui des individus jugés par des juridictions internationales, selon un ordre pénal international plus ou moins intégré dans les ordres juridiques nationaux, est bien petit. Si l'on s'en tient aux juridictions pénales strictement internationales, et en mettant de côté la CPI pour cause de puberté juridique, l'activité du TPIY et du TPR bien que fort dense ne va concerner qu'une faible partie des faits et des protagonistes.¹⁸⁷

Et puis quand on parle de responsabilité, celle-ci peut être autre que pénale. Dans leur ouvrage sur le droit dans la guerre, Marco Sassoli et Antoine Bouvier rappellent que la sanction pénale constitue la défaite de la mise en œuvre du DIH. Bien que saluant le travail inestimable des juridictions pénales internatio-

183. *Ibid.*, p. 239.

184. *Ibid.*

185. Articles 5 et 123 du Statut de la CPI.

186. C. CHIOMENTI, « Corporations and the International Criminal Court », dans *Transnational Corporations and Human Rights*, Oxford, Hart Publishing, 2006, p. 291.

187. A. DE ANDRADE, *Quelques mots de trop ? Retour sur le droit pénal international*, dans *Mouvements*, Cairn, Mouvements, n° 29, 2003/04, p. 43 (ci-après DE ANDRADE, 2003).

nales et affirmant qu'elles contribuent à la crédibilité du DIH, ces auteurs pensent que le DIH ne doit pas être analysé que par la lorgnette du droit pénal, mais qu'il faut aussi qu'un travail en amont soit effectué pour prévenir les violations du droit de la guerre¹⁸⁸. Enfin, Robert Kolb se questionne de la même manière en regrettant le peu d'affaires qui concernent le DIH devant la Cour internationale de Justice¹⁸⁹ et qui conduit à l'emprise du droit pénal sur l'analyse du DIH et se demande : « Mais est-il toujours approprié de laisser au pénal le rôle de catalyseur des mouvements jurisprudentiels de l'humanitaire ? »¹⁹⁰ On verra dans les lignes qui suivent si on peut trouver quelques réponses du côté de la responsabilité civile ou même sociale des STN.

1.5 La responsabilité civile des STN

L'étude de la FAFO démontre que sur les 16 pays étudiés, quinze (sauf l'Indonésie) reconnaissent la possibilité d'intenter des poursuites civiles dans leur juridiction à l'égard des STN et en raison de violations du DIH ou du droit international pénal¹⁹¹. Certains pays reconnaissent aux victimes d'être parties civiles dans des procédures criminelles¹⁹² mais c'est aux États-Unis que s'est développé le plus important contentieux civil à l'égard des violations graves du DIH ou du droit international pénal. La loi qui permet ce genre de poursuites s'intitule le *Alien Tort Claims Act*¹⁹³ (ci-après ATCA) et date de 1789. Son originalité réside dans le fait que toute personne étrangère peut entreprendre une procédure auprès d'une cour américaine si elle a été victime d'un crime « against the law of nations ». Pendant près de deux siècles, cette loi n'a pas été utilisée jusqu'à ce qu'en 1980 elle le soit à l'égard de Ferdinand Marcos et Radovan Karadzic¹⁹⁴. Aujourd'hui, elle est de plus en plus utilisée à l'encontre des STN¹⁹⁵. La première STN visée fut Unocal en 2003¹⁹⁶. On lui reprochait d'avoir recouru au

188. SASSOLI BOUVIER, 2003, p. 304.

189. Il pourrait être intéressant d'avoir l'avis un jour de la Cour sur le statut international des STN.

190. KOLB, 2003, par. 567.

191. FAFO, 2006, p. 22.

192. C'est le cas de la France, la Belgique et l'Ukraine.

193. L'*Alien Tort Claims Act* a été à l'origine mis en vigueur par l'article 9 du *Judiciary Act* de 1789.

194. FAFO, 2006, p. 23.

195. Mais cela reste encore marginal par rapport au reste des poursuites. Voir WILSON, 2006, p. 67. Il y aurait eu 25 procédures contre des STN sous l'ATCA contre 250 000 poursuites civiles.

196. <<http://www.earthrights.org/atca/dojbrief.pdf>>.

travail forcé par le biais d'un partenariat avec Total Elf Fina et le gouvernement du Myanmar dans un projet d'oléoduc.

Il peut paraître étonnant de rechercher la sanction d'un crime par la voie d'un recours civil. Il ne faut cependant pas perdre de vue que la procédure peut mener au versement d'importantes sommes d'argent au bénéfice des victimes, alors que des dédommagements d'ordre financier ne sont pas toujours au rendez-vous dans des procédures pénales. Par ailleurs, comme nous l'avons vu, plusieurs pays ne prévoient pas de poursuites pénales à l'égard des personnes morales, la voie civile devient une possibilité intéressante pour les victimes. Et contrairement aux procédures pénales, les victimes interviennent directement à titre de parties demanderesses. Elles ont un fardeau de preuve plus léger qu'en droit pénal à fournir¹⁹⁷. Quant aux STN, si elles sont condamnées à verser des dommages, les stigmates qui y sont rattachés peuvent être aussi importants qu'au terme d'une condamnation criminelle.

On a vu que le DIH prévoyait une obligation de la part des États parties de prendre toutes les mesures législatives nécessaires pour fixer les sanctions pénales à l'égard des responsables de violations graves. Les sanctions visées pour les crimes graves sont obligatoirement pénales. Le traitement des autres infractions, autres que les infractions graves, se voit laisser une appréciation plus souple de la part des États. On a aussi vu que les crimes graves peuvent être imputables au STN malgré qu'il n'existe pas d'instance internationale pour en sanctionner la responsabilité. C'est le forum national qui est la seule solution pour poursuivre les STN. Compte tenu de l'obligation imposée aux États par le DIH, peut-on affirmer que l'État n'a pas d'autre choix que d'imposer d'abord une sanction pénale ? La sanction civile resterait possible sous condition d'une première condamnation au pénal et aussi pour les crimes moins graves. Andrew Clapham estime que la juridiction nationale, en ce qui concerne le droit international pénal, découle d'une obligation issue d'un traité international. Il voit difficilement de lien juridique suffisant pour permettre une action civile¹⁹⁸. Par ailleurs, l'État partie ayant intégré dans sa législation les dispositions du Statut de la CPI pourra étudier la

197. Voir E. MONGELARD, *Corporate civil liability for violations of international humanitarian law*, IRRIC, September 2006, Vol. 83, No. 863 (ci-après MONGELARD, 2006).

198. CLAPHAM, 2000, p. 140.

demande en réparation en faveur des victimes. En effet, l'article 75 du Statut intègre un droit à la réparation pour les victimes. Il nous semble qu'il s'agit là d'une innovation par rapport aux dispositions du DIH.

Il est vrai que l'article 3 du Règlement de La Haye ainsi que l'article 91 du PA I prévoient l'obligation pour les États parties d'indemniser en cas de violations des règles qui y sont énoncées. Pour Eric Mongelard le bénéficiaire de cette obligation est la victime. Les titulaires en sont les États. Il est difficile de trouver ici une obligation internationale qui pèserait sur les STN. Toutefois advenant que le Statut de la CPI soit amendé ultérieurement en faveur de l'inclusion des personnes morales, les STN pourraient se voir imposer une obligation de verser une indemnité aux victimes en cas de condamnation. Mais pour le moment, il en revient aux États de déterminer les règles de poursuites civiles à l'égard d'une STN. Il n'en demeure pas moins que théoriquement en cas de violations graves du DIH, les États semblent n'avoir d'autres choix que d'accepter une procédure civile qu'à la condition qu'une sanction pénale ait été prononcée. La sanction civile serait ainsi un complément à la sanction pénale. Et pour appuyer cette position :

[...] even if for some reason international law did not impose civil liability directly, there is nothing to prevent domestic law from supplementing international criminal law remedies with civil remedies arising out of domestic law.¹⁹⁹ (C'est nous qui soulignons.)

La question reste ouverte concernant les pays qui ne reconnaissent pas la poursuite pénale des personnes morales. Aucune obligation de poursuites pénales des STN ne peut leur être imposée bien que nous pensions qu'une responsabilité existe à l'égard des STN. Les victimes d'une violation grave du DIH commises par une STN pourraient alors y tenter à tout le moins une procédure civile²⁰⁰. Mis à part l'ATCA par lequel les victimes étrangères peuvent poursuivre aux États-Unis une STN ayant un lien avec les É.-U.²⁰¹, il existe des recours civils dans 15 pays sur 16 ciblés

199. H. KOH, « Separating Myth from Reality About Corporate Responsibility Litigation », (2004) 7 *J. Int'l Econ. L.* 263, cité dans WILSON, 2006, p. 51, note 35.

200. MONGELARD, 2006, p. 2.

201. Dans *Wiwa v. Royal Dutch Petroleum Company*, 226 F.3d 88 (2nd Cir., 2000), la Cour estime que la seule présence d'un bureau responsable des relations avec les investisseurs suffit à établir ce lien.

par la FAFO mais ces recours ne semblent pas pouvoir l'être à l'initiative de non-nationaux.

Le fait que plusieurs pays ne reconnaissent pas la juridiction pénale à l'égard des personnes morales laisse voir un fossé profond entre les victimes d'exactions qui peuvent être commises dans le cadre d'un conflit armé par des STN. Des victimes pourraient avoir davantage accès à des recours nationaux, qu'ils soient pénal ou civil²⁰², alors que d'autres souffriraient de la portion congrue des recours dépendant de leur nationalité et du lieu d'incorporation de la STN. Il faut toutefois relativiser, car même les États, ayant toute la panoplie nécessaire à la poursuite des STN, ne le feront pas nécessairement pour toutes sortes de raisons qui relèvent de la politique bien plus que du juridique.

On pourrait relever qu'en ces matières l'emprise du droit est bien modeste, que rien ne vient atténuer la primauté du politique sur le juridique, que si loi il y a, c'est celle du plus fort. Pourtant, l'affirmation peut être retournée : au minimum, les règles juridiques sont venues jouer le rôle du grain de sable qui enraye la belle mécanique politique, un poil à gratter insupportable contre lequel il faut réagir et cette réaction peut aussi se manifester sous des formes juridiques.²⁰³

Cela milite alors en faveur d'une mise en place d'un système de sanction de niveau international qui éviterait le problème des disparités déjà évoquées²⁰⁴. Mais il est douteux qu'un tel système soit mis en place dans un avenir rapproché.

Nous allons voir dans la deuxième partie, à travers le phénomène des relations entre stakeholders, que les STN n'ont plus eu d'autres choix que de participer elles aussi à une meilleure gouvernance de toutes les composantes du monde global. Nous ferons une courte présentation du phénomène des stakeholders et verrons, à travers quelques exemples, l'impact des mesures non contraignantes qu'adoptent les STN ou celles qu'elles adoptent suite aux pressions des stakeholders. Nous verrons s'il est possible d'affirmer que les STN assument par ce biais une responsabilité sociale.

202. Aux É.-U. par exemple, les personnes morales sont pénalement responsables. L'ATCA prévoit en plus des actions civiles pour des victimes étrangères à l'égard des STN ayant un lien avec les É.-U.

203. DE ANDRADE, 2003, p. 46.

204. Voir P. RICHARDSON, « Corporate Crime in a Globalized Economy : An Examination of the Corporate Legal Conundrum and Positive Prospects for Peace », *Journal of Public and International Affairs*, Vol. 15, Spring 2004, p. 179.

TITRE 2. LA RESPONSABILITÉ SOCIALE DES STN OU L'AUTORÉGULATION DE LEUR COMPORTEMENT

Le meilleur exemple que l'on puisse donner pour illustrer l'impact ou le pouvoir qu'ont certaines composantes non étatiques sur le fonctionnement de la société en général, est tiré de l'affaire *Anvil Mining*. Souvenons nous, la Banque mondiale, pressée d'agir à la demande d'une ONG²⁰⁵, confie l'étude d'une requête qui concerne les modalités d'octroi d'une assurance risque politique au bénéfice d'*Anvil Mining* à un ombudsman. Le rapport de ce dernier ne contient pas que des éloges sur la façon dont a été traitée l'attribution de l'assurance en question et fait référence à des manquements aux protocoles de bonne conduite auxquels devraient adhérer les STN. Une ONG, un organisme créé par l'O.N.U., un ombudsman, une STN, des protocoles de bonne conduite, trois États... voici les acteurs et ingrédients qui façonnent aujourd'hui les relations de l'ordre mondial, lequel serait en mutation profonde²⁰⁶. Selon la Fondation pour Genève, inspirée par le fondateur du World Economic Forum, Klaus Schwab, nous assistons à « l'émergence d'une nouvelle forme de gouvernance globale, basée sur des comportements volontaires et non contraignants, d'une étonnante efficacité »²⁰⁷. Klaus Schwab serait un des pionniers de l'utilisation du terme « multistakeholders » et surtout de l'identification du phénomène dans les années 70²⁰⁸.

Le « multistakeholder » ne devrait pas être confondu avec le multilatéralisme qui, lui, continue de dicter la conduite des États et de l'O.N.U. d'après un schéma datant du XVII^e siècle (à partir des traités de Westphalie de 1648). On a vu en introduction de cette étude, qu'une prise de conscience de l'impact social des entreprises a commencé dans les années 70. Ce phénomène est lié à l'accélération de la globalisation et à la place grandissante qu'occupe la société civile (les stakeholders)²⁰⁹. Le multistakehol-

205. R.A.I.D. est une ONG du Royaume-Uni dont le nom signifie : Rights & Accountability in Development. En juillet 2005 elle demandait au président d'alors de la Banque mondiale, de procéder à une enquête concernant l'octroi d'une assurance de la part d'une de ses agences au bénéfice d'*Anvil Mining*. On peut consulter tout ce qui concerne cette affaire à l'adresse Internet suivante : <<http://www.raid-uk.org>>.

206. COMTESSE, 2007, p. 18.

207. COMTESSE, 2007, p. 25.

208. Voir *infra*, note 8.

209. COMTESSE, 2007, p. 22.

der signifie ici la relation entre ces stakeholders ou parties prenantes. Sa ligne directrice serait fondée sur trois principes : le volontarisme, la non-contrainte (non-binding) et l'obligation de s'inscrire dans un cadre de responsabilisation (accountability)²¹⁰.

Les entreprises ont été poussées à s'autocritiquer sous la pression des ONG au début surtout environnementales, puis peu à peu d'autres ONG ont pris le relais pour tenter d'abord de convaincre les entreprises de l'impact de leurs activités sur les droits de l'homme, et ensuite de tenter de leur faire adopter des conduites plus en accord avec le respect de ces droits. On a vu ensuite que sous l'impulsion de Kofi Annan, des initiatives ont été prises au sein de l'O.N.U., ce qui démontre un rapprochement entre le multistakeholder et le multilatéralisme. Cela montre en tout cas une volonté de chercher des solutions à un phénomène mondial qui change la donne des relations entre États telles que nous les connaissions jusqu'ici. Nous allons dans les lignes qui suivent décrire et analyser certaines initiatives issues de l'O.N.U., d'autres qui sont de caractère régional, comme par exemple les Principes directeurs de l'OCDE ou plutôt de caractère privé, on pense ici aux codes de conduite qu'adoptent les entreprises, et enfin de caractère hybride quand des gouvernements s'engagent avec des entreprises dans un projet visant spécifiquement le respect du droit international humanitaire. Ces initiatives ont en commun d'être fondées sur les trois principes énoncés plus haut. Toutes tentent de responsabiliser davantage les STN au respect des droits de l'homme et du droit international humanitaire.

Ces initiatives qui comprennent plusieurs principes auxquels adhèrent ou non (souvenons-nous, un des principes est le volontarisme) de plus en plus de STN, constituent-elles un contre-poids aux problèmes que nous avons évoqués en première partie, et qui démontrent la faiblesse d'un mécanisme de sanction tant international que national à l'égard des STN responsables de violations graves du droit de la guerre ? Quelle est la valeur juridique de ces initiatives ? La « soft law » peut-elle réussir là où la « hard law » a tant de peine à s'imposer ? Certaines initiatives sont-elles plus valables que d'autres ? Pouvons-nous enfin laisser le multistakeholder régir des phénomènes aussi graves que la violation flagrante du droit international humanitaire ?

210. COMTESSE, 2007, p. 22-23.

2.1 Les différentes initiatives auxquelles les STN sont invitées à participer

2.1.1 Les initiatives au sein de l'O.N.U.

a) Le Global Compact ou Pacte Mondial

Le 26 juillet 2000 était lancé le Pacte Mondial²¹¹, projet parainé par Kofi Annan et placé sous les auspices de l'O.N.U.²¹². L'idée de départ était de réunir les entreprises, des organismes des Nations Unies et la société civile, autour de neuf principes universels relatifs aux droits de l'homme, aux normes du travail et de l'environnement. En juin 2004, un dixième principe concernant la lutte contre la corruption se rajouta.

Le Pacte Mondial veut promouvoir la responsabilité civique des entreprises afin qu'elles participent à trouver des solutions aux problèmes posés par la mondialisation. Il s'agit d'une initiative volontaire qui vise deux objectifs : intégrer le Pacte et ses dix principes dans la stratégie et les activités des entreprises et favoriser la coopération entre les parties²¹³. Le processus n'étant pas contraignant, le non-respect des principes ne peut être sanctionné. L'initiative table plutôt sur la responsabilisation des entreprises par le biais de la pression de la société civile. Le site Internet du Pacte Mondial contient d'ailleurs des informations sur la performance des entreprises qui se sont engagées à en respecter les principes. Plusieurs n'obtiennent pas que des scores de bonne conduite. Cela ne signifie pas que les entreprises violent par exemple les droits de l'homme mais plutôt qu'elles ne respectent pas les objectifs décrits plus haut, ou la procédure à suivre une fois qu'elles se sont engagées.

Les dix principes du Pacte Mondial s'inspirent entre autres de la *Déclaration universelle des droits de l'homme*²¹⁴. Les deux principes qui nous intéressent plus particulièrement sont les suivants :

211. Le *Pacte Mondial* dans sa version française.

212. Kofi Annan avait déjà annoncé son intention dans un discours prononcé au Forum économique mondial de Davos le 31 janvier 1999.

213. Voir sur Internet <<http://www.unglobalcompact.org/languages/french/français1.html>>.

214. DE SCHUTTER, 2006, p. 10.

1. Les entreprises sont invitées à promouvoir et à respecter la protection du droit international relatif aux droits de l'Homme dans leur sphère d'influence ; et
2. À veiller à ce que leurs propres compagnies ne se rendent pas complices de violations des droits de l'Homme.

Le premier principe s'applique tant au lieu de travail de l'entreprise, donc visant le respect des droits des employés, qu'à l'extérieur, illustré sans doute par l'expression « dans leur sphère d'influence » utilisée dans le premier principe²¹⁵. La notion de complicité prévue au deuxième principe comporte quelques difficultés compte tenu des nombreux débats qu'elle suscite²¹⁶.

Offering a typology of the situations where a corporation may be said to be complicit in human rights violations committed by its business partners or by the host government in the country where it operates certainly is the most urgent task facing legal doctrine today in this field.²¹⁷

Les entreprises adhèrent au Pacte Mondial selon une procédure très simple. Il suffit de transmettre au Secrétaire général des Nations-Unies une lettre endossée par le conseil d'administration et signée par le président directeur général de l'entreprise selon laquelle celle-ci appuie le Pacte Mondial. Les entreprises sont ensuite invitées à intégrer les dix principes du Pacte Mondial dans leurs activités, et d'en faire un bilan dans leurs rapports annuels et auprès du Pacte Mondial. À ce jour, 3 300 entreprises provenant d'environ 100 pays ont transmis cette lettre²¹⁸.

Une section du site Internet du Pacte Mondial énumère la liste des entreprises qui se conforment ou non aux procédures

215. CLAPHAM, 2006, p. 220-222. Il estime que les entreprises auraient un devoir de protection et de promotion des droits de l'homme. Voir à ce sujet le dernier rapport du conseiller spécial auprès du secrétaire général des Nations Unies pour la question des droits de l'homme, des sociétés transnationales et autres entreprises. A/HRC/8/5 paru le 7 avril 2008. On y parle de la difficulté de définir ce qu'est cette « sphère d'influence ».

216. La complicité peut être retenue à l'encontre d'une entreprise qui bénéficie des actes illicites d'un tiers, d'un fournisseur par exemple. On parle alors de « beneficial complicity ». On peut aussi reprocher à l'entreprise une complicité directe dans le cas où, par exemple, elle assisterait un État qui viole manifestement les droits de l'homme. Enfin on parle de complicité silencieuse quand l'entreprise ferme les yeux sur des violations dont elle a connaissance. Voir aussi A/HRC/4/35, par. 31 et 32.

217. DE SCHUTTER, 2006, p. 13.

218. <www.unglobalcompact.org>.

élaborées par le Pacte. On apprend que 392 d'entre elles ont fait défaut de produire dans les délais requis la *Communication on progress* (COP) ou ont manqué d'engager le dialogue sur un sujet soulevé par les mesures d'intégrité mises en place par le Pacte Mondial. On y note aussi que 850 entreprises n'ont tout simplement pas fourni de COP depuis leur adhésion ou n'ont pas réitéré l'exercice depuis plus de trois ans.

Sur une note plus positive, on apprend que 162 entreprises reçoivent une reconnaissance de bonne conduite intitulée « Notable communication on progress » qui signifie qu'elles se conforment aux délais prescrits pour rendre leur rapport et qu'elles décrivent des projets spécifiques reliés au Pacte Mondial et qu'elles en fournissent régulièrement un état des lieux. Cependant le Pacte Mondial prend bien soin de mentionner qu'il ne prend pas position sur le contenu de ces projets, ni n'en reconnaît la validité. Parmi ces entreprises notons entre autres, Novartis, HSBC, Hewlett Packard Company, BP, Royal Dutch Shell²¹⁹, Talisman Energy et Total²²⁰.

En juin 2006, les dirigeants du Pacte Mondial ont mis sur pied le « Global Compact Human Rights Working Group »²²¹ dont la présidente est l'ancienne Haut-Commissaire aux droits de l'homme, Mary Robinson. Le mandat du groupe est de formuler des stratégies et de nouvelles formes de dialogue au sein du Pacte Mondial. Au 27 octobre 2007 y participaient entre autres, Anglo American, Lego, ABB, Areva, Rio Tinto, Cadbury Schweppes, Coca-Cola, Novartis ainsi qu'Human Rights First et Oxfam international.

b) Les Normes sur la responsabilité des sociétés transnationales et autres entreprises en matière de droits de l'homme

La Sous-Commission pour la promotion et la protection des droits de l'homme approuve par résolution en août 2003²²² un

219. Royal Dutch Shell est souvent citée pour avoir adopté un comportement jugé responsable face aux droits de l'homme. Voir CLAPHAM, 2006, p. 224 et A. GANESAND, Commentaires de HRW à consulter sur le site Internet à l'adresse <<http://www.org/advocacy/corporations/commentary.htm>> BP a été louangé par l'ONG Christian Aid « for having developed a sophisticated understanding of human rights », dans CLAPHAM, 2006, p. 225.

220. Ces deux dernières entreprises ayant été impliquées au Myanmar et au Soudan. Voir CLAPHAM, 2006, p. 222, note 107.

221. <http://www.unglobalcompact.org/docs/issues_doc_human_rights/List_of_participants_2007.pdf>.

222. Voir *infra*, note 22.

ensemble de normes sur la responsabilité des STN et des entreprises en général. Il y est réitéré dans le préambule que malgré le fait que la responsabilité première de promouvoir et d'assurer le respect des droits de l'homme incombe aux États, les STN en tant « qu'organes de la société » en sont aussi responsables et cela en vertu de la Déclaration universelle des droits de l'homme. Par conséquent, les dirigeants ainsi que les employés de ces sociétés sont tenus de respecter les normes issues des traités et des divers instruments des Nations-Unies. Le principe premier des normes énonce aussi l'idée que la responsabilité des STN s'applique dans « leur sphère d'activité et d'influence », expression que nous trouvons déjà dans le Pacte Mondial. Ici aussi, l'idée est de responsabiliser l'entreprise au-delà du lieu de travail, en lui imposant un devoir de s'assurer que ses partenaires respectent aussi les droits de l'homme. Cela distingue les entreprises des États qui, eux, ont davantage la responsabilité de s'assurer de fournir des services publics et de maintenir l'ordre public²²³. Pour certains, ce qui distingue les Normes des autres initiatives c'est qu'elles ne sont pas basées sur le volontarisme²²⁴. L'idée n'est pas d'y faire adhérer les entreprises mais de démontrer qu'il existe des règles de droit auxquelles elles doivent se soumettre au même titre que les États, les individus et les groupes armés²²⁵. Le Pacte Mondial ainsi que les autres initiatives que nous verrons un peu plus loin sont à peu de choses près fondés sur le bon vouloir des principaux intéressés.

The non-voluntary nature of the Norms therefore goes beyond the voluntary guidelines found in the UN Global Compact, the ILO Tripartite Declaration, and the OECD Guidelines for Multinational Enterprises.²²⁶

L'approche de la Sous-Commission ne plaît pas à tous. Selon une enquête du Haut-Commissariat aux droits de l'homme, plusieurs États et employeurs ont exprimé l'idée qu'il n'est pas démontré que la mise de côté du volontarisme est nécessaire²²⁷.

223. DE SCHUTTER, 2006, p. 13.

224. D. WEISSBROT, M. KRUGER, « Human Rights Responsibilities of Business as Non-State Actors », dans *Non-State Actors and Human Rights*, Oxford University Press, 2005, p. 218 (ci-après WEISSBROT KRUGER, 2005).

225. WEISSBROT KRUGER, 2005, p. 315.

226. *Ibid.*, p. 339.

227. Pour le rapport sur l'enquête du Haut Commissariat, voir : Report of the United Nations High Commissioner on Human Rights on the responsibilities of transnational corporations and related business enterprises with regard to human rights, 15 February 2005, UN doc E/CN.4/2005/91.

D'autres critiques ne voient pas ce risque, puisqu'elles perçoivent ce projet comme un de plus parmi les autres marqués à l'enseigne du volontarisme²²⁸. La Chambre de commerce internationale refuse l'idée que la responsabilité des États soit directement transférée à la charge des entreprises²²⁹.

Les Normes ont été soumises à la Commission des droits de l'homme en 2004. De nombreuses ONG dont Amnesty International, HRW, la Fédération internationale des ligues des droits de l'Homme et l'Organisation mondiale contre la Torture ont applaudi à leur contenu. Plusieurs STN ont accepté de participer à un projet qui visait à introduire les normes dans la conduite de leurs activités²³⁰. La Commission qui s'est transformée depuis en Conseil des droits de l'homme a demandé au Secrétaire général de l'O.N.U.²³¹ de désigner un Représentant spécial chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises. Son mandat portait entre autres sur l'inventaire des normes relatives à la responsabilité sociale des entreprises et sur l'étude de la notion de complicité. C'est le professeur John Ruggie de l'Université Harvard qui a été mandaté. Ce dernier a remis un premier rapport en février 2007 puis un deuxième en avril 2008²³². Il y est fait à peine mention de l'initiative sur les Normes, qu'il mentionne comme une approche contraire à la vision traditionnelle voulant que les instruments internationaux n'imposent qu'une responsabilité indirecte aux entreprises²³³.

Il faut noter que le mandat alloué au professeur et qui faisait suite à la requête de la Commission ne mentionne pas les Normes en tant que telles, comme si une méfiance à l'égard de cette initiative adoptée par la Sous-Commission s'était installée²³⁴. Le moins que l'on puisse dire, c'est que cette initiative fait couler beaucoup d'encre et qu'elle ne semble pas faire l'unanimité. Et on n'en connaît pas le sort pour le moment. Pour certains, si ces Normes devaient être approuvées par les organes des Nations Unies, elles

228. DE SCHUTTER, 2006, p. 18 et note 51.

229. CLAPHAM, 2006, p. 229, note 132.

230. WEISSBROT KRUGER, 2005, p. 327-328. Ces entreprises sont regroupées au sein de la « Business Leaders Initiative On Human Rights ». Voir sur Internet <<http://www.blihr.org>>.

231. Résolution 2005/69 de la Commission des droits de l'homme.

232. A/HRC/4/35 et A/HRC/8/5.

233. *Ibid.*, par. 35.

234. Voir DE SCHUTTER, 2006, p. 22 et p. 31. La Commission des droits de l'homme aurait bien réaffirmé que l'initiative n'était qu'un projet qui n'avait aucune force juridique. À ce sujet, voir CLAPHAM, 2006, p. 226, note 119.

imposeraient une obligation de réparation aux entreprises responsables de dommages encourus à la suite de violations des droits de l'homme²³⁵. D'autres estiment qu'elles joueraient le rôle de catalyseur vers la signature d'un éventuel traité²³⁶. Andrew Clapham estime que l'aspect contraignant des Normes se situe dans l'obligation faite aux entreprises de les inclure dans un éventuel contrat qu'elles signeraient avec un État. C'est alors le droit national des contrats qui s'appliquerait²³⁷.

2.1.2 Une initiative à caractère régional de type idéologique : les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales

L'Organisation de coopération et de développement économiques (ci-après l'OCDE) a été créée en 1961. Elle réunit 30 pays attachés à la philosophie de la démocratie et de l'économie de marché²³⁸.

Les principes directeurs sont des recommandations non contraignantes adressées aux entreprises par les gouvernements qui y ont souscrit. Leur objectif est d'aider les entreprises multinationales à agir en conformité avec les politiques gouvernementales et les attentes de la société.²³⁹

Ces Principes directeurs ont été adoptés en 1976 et révisés en 2000. En 1976, les Principes directeurs avaient été vus comme un contrepoids à un éventuel cadre plus contraignant que voulait adopter l'O.N.U.²⁴⁰. Ils recommandent aux entreprises de respecter les droits des personnes touchées par leurs activités ainsi que l'environnement, les relations industrielles, la corruption et le droit du travail. Les Principes directeurs s'appliquent aux entreprises dont les activités s'exercent dans l'État ou à partir de l'État membre de l'OCDE. Comme la plupart des plus importantes STN sont domiciliées dans l'un ou l'autre des 30 pays membres de l'OCDE et qu'elles ont une influence sur presque toutes les régions du monde, on peut dire que c'est l'instrument le plus

235. MONGELARD, 2006.

236. WEISSBROT KRUGER, 2005, p. 339. « Therefore, if the Norms are to become a treaty or customary norm, they would more than likely start with some form of "soft" law drafting exercise ».

237. CLAPHAM, 2006, p. 233.

238. <<http://www.oecd.org>>.

239. <www.oecd.org/daf/investissement/principesdirecteurs>.

240. CLAPHAM, 2006, p. 201.

universel qui définit les obligations qui s'imposent à elles²⁴¹. La politique générale des Principes vise aussi les partenaires des entreprises en ce qu'ils les invitent à faire la promotion d'une bonne conduite auprès d'eux. Bien que volontaires les Principes comportent un mécanisme de contrôle. Les points de contact nationaux ou PCN servent à recevoir des demandes de consultation, de médiation, d'arbitrage voire de clarification. Les États autant que les entreprises, les syndicats ou toute autre partie intéressée peuvent s'adresser aux PCN. Les règles de procédure prévoient que les résultats des travaux des PCN sont publics à moins que la confidentialité soit préservée dans le meilleur intérêt des parties, ce qui est vivement critiqué par les ONG²⁴².

Andrew Clapham estime que les juristes ont tort d'ignorer ces Principes au motif qu'ils ne sont pas contraignants. L'information concernant la performance des entreprises en fonction de leur respect ou non des Principes peut être très pertinente pour les investisseurs²⁴³. Et l'auteur rappelle que l'ONG RAID reconnaît que beaucoup d'entreprises s'engagent dans le processus et répondent aux enquêtes devant les PCN²⁴⁴. Toutefois, si elles ne veulent pas collaborer ou sont considérées avoir violé les Principes, aucune sanction ne leur est imposée²⁴⁵.

2.1.3 Les initiatives privées : les codes de conduite

Les STN ont la capacité d'exercer leurs activités dans plusieurs pays dont l'adhésion aux différents traités protégeant les droits de l'homme varie énormément. Elles sont appelées par la mise en place de ces activités à devoir protéger leurs employés ou leurs installations, surtout lorsqu'elles exercent dans les zones où sévissent des conflits armés. Elles doivent contracter avec les autorités locales afin de développer leurs projets. Beaucoup de pays n'attachent pas la même importance que d'autres au respect de l'environnement ou aux droits des travailleurs pour ne citer que quelques exemples. Quand il y a des violations flagrantes des droits de l'homme ou du droit humanitaire, les STN ainsi que leurs employés s'exposent à de graves problèmes qui peuvent engager leur responsabilité pénale et civile.

241. DE SCHUTTER, 2006, p. 4.

242. Par. I.C 4 (b) des règles de procédure.

243. CLAPHAM, 2006, p. 207.

244. *Ibid.*, p. 211.

245. DE SCHUTTER, 2006, p. 9.

En première partie de cette étude, nous avons étudié l'imputabilité et la responsabilité des STN une fois que les violations des droits de l'homme ou du droit international humanitaire ont eu lieu. De plus en plus de STN sont sensibilisées au risque que comportent leurs activités dans le cadre desquelles les droits de l'homme, et dans une moindre mesure les droits des conflits armés sont enfreints²⁴⁶. Plusieurs facteurs expliquent cette prise de conscience et cette envie chez les STN de se conformer à une meilleure éthique qui augmentera l'impact positif de leurs activités sur la société en général. Certaines le font pour rehausser leur image auprès des consommateurs et pour promouvoir une conduite qui plaise aux travailleurs, lesquels auront le désir de joindre les rangs de ces entreprises.

On rapporte que la première compagnie à avoir adopté un code de conduite interne est Levi-Strauss en 1991, suivie par Nike la même année²⁴⁷. Aujourd'hui on compterait plus d'un millier de codes de conduite que l'on peut consulter sur la plupart des sites Internet des entreprises concernées. Il y aurait à l'échelle mondiale 60 000 STN qui emploieraient environ 54 millions de travailleurs²⁴⁸. Un millier de codes de conduite paraît donc bien peu pour en mesurer l'impact. Les codes de conduite sont des instruments de type privé desquels on ne peut attendre qu'ils rendent compte sur la place publique de leur mise en œuvre et performance. Les cas de non-respect des codes de conduite et leurs conséquences demeurent du domaine interne des STN.

Une étude de l'Organisation internationale du Travail démontre que les entreprises vont adhérer à certains droits en général au lieu de promouvoir en bloc le respect des droits de l'homme²⁴⁹. Les codes prévoient souvent des normes à caractère social, environnemental ou relatives au droit du travail. Bien peu vont faire référence aux conduites à risques dans les zones de conflits armés. Il faut alors regarder vers d'autres initiatives de type

246. Nos lectures nous en effet montré qu'on se préoccupe beaucoup plus du respect du DDH que du DIH bien que nous constatons que parfois les deux branches du droit soient confondues. Cela confirme qu'il reste un travail gigantesque de sensibilisation à accomplir au niveau des règles du DIH qui s'appliquent aux acteurs non étatiques dont les STN.

247. F. McLEAY, « Corporate Codes of Conduct and the Human Rights Accountability of Transnational Corporations : A Small Piece of a Larger Puzzle », dans *Transnational Corporations and Human Rights*, Oxford, Hart Publishing, 2006, p. 221 (ci-après McLEAY, 2006).

248. *Ibid.*, p. 236. Selon une étude de la United Nations Conference on Trade and Development, World Investment Report 1999.

249. McLEAY, 2006, p. 233, note 56.

hybride qui engagent non seulement les STN mais aussi les gouvernements.

2.1.4 Les initiatives hybrides : Les Voluntary Principles on Security and Human Rights

Nous avons fait le choix de préciser davantage une initiative particulière car elle est une des seules qui font explicitement référence au droit international humanitaire et parce qu'elle concerne des entreprises qui exercent leurs activités dans le secteur de l'extraction minière, qui sont particulièrement exposées aux risques de dérapages pouvant mener à des violations du droit des conflits armés. Cette initiative a été mise en place à l'invitation de gouvernements. Y adhèrent des STN qui ont un levier de pouvoir important. Des ONG crédibles acceptent de participer au processus en tant qu'observateurs. Et le CICR assiste au dialogue qui s'est installé entre ces participants²⁵⁰.

À cet égard, il est intéressant de rappeler que le CICR tire son mandat des Statuts du Comité, des Statuts du mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, puis des Conventions de Genève²⁵¹. Le CICR y exerce, entre autres fonctions, celle de « travailler à la compréhension et à la diffusion du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés et d'en préparer les développements éventuels »²⁵² (les soulignés sont de nous). Ne pourrions-nous pas dire qu'avant l'heure, le CICR a été le premier stakeholder ? Il est intéressant de noter qu'en 1863, le CICR était formé d'un comité de cinq personnes influentes de la société genevoise. Ce comité d'apparence bien modeste a bouleversé en son temps les relations entre pays belligérants et les conséquences de sa fondation régissent tout le DIH depuis.

250. À titre d'observateurs s'y trouvent en plus l'International Council on Mining and Metals, l'International Petroleum Industry Environmental Conservation Association.

251. Statuts du Comité international de la Croix-Rouge amendés et entrés en vigueur le 8 mai 2003 (ci-après Statuts du Comité). Consultés sur Internet à l'adresse <<http://www.icrc.org/web/fre/sitefre0.nsf/html/icrc-statutes-080503>> du mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge (adoptés à la XXV^e Conférence internationale de la Croix-Rouge à Genève en 1986 et amendés en 1995 et 2006 (ci-après Statuts du mouvement). Voir l'article 8 consulté sur Internet à l'adresse <[http://www.icrc.org/web/fre/sitefre0.nsf/htmlall/statutes-movement-220506/\\$file/statutes-FR-A5.pdf](http://www.icrc.org/web/fre/sitefre0.nsf/htmlall/statutes-movement-220506/$file/statutes-FR-A5.pdf)>.

252. Article 4, par. g des Statuts du Comité.

Les *Voluntary Principles on Security and Human Rights* (ci-après VP) ont été adoptés le 20 décembre 2000²⁵³. C'est sous l'impulsion des États-Unis et du Royaume-Uni que l'initiative a vu le jour. Aujourd'hui la Norvège et les Pays-Bas s'y sont joints. Plusieurs entreprises qui ont en commun d'exercer leurs activités dans le domaine de l'extraction minière participent en tant que membres²⁵⁴. Les ONG qui participent au dialogue sont, entre autres, Amnesty International, HRW et Oxfam²⁵⁵. Le but des VP est de sauvegarder un environnement sécuritaire pour le déroulement des opérations des entreprises participantes, le tout assuré par un cadre respectant les droits fondamentaux. Trois séries de principes sont formulés : ils visent à identifier les risques politiques, économiques, sociaux et civils pour déterminer si les opérations des entreprises peuvent contribuer à les accentuer, à identifier le potentiel de violence, à prendre en compte la conduite des forces de l'ordre du pays hôte, à évaluer la capacité judiciaire du pays hôte de poursuivre les personnes responsables de violations des droits de l'homme ou du DIH, et à mettre en place une série de mesures pour les situations qui commandent que les entreprises suppléent au manque des forces de l'ordre à assurer la sécurité. Cela vise entre autres l'utilisation des armes, le paiement du personnel de sécurité, etc.

Comme son nom l'indique, c'est une initiative volontaire mais n'y adhère pas qui veut. En effet, il existe depuis 2007 des critères de participation. Ainsi, contrairement au Pacte Mondial, il ne suffit pas d'envoyer une lettre d'intention ou de faire paraître le contenu des principes sur un site Internet d'entreprises pour se prévaloir du droit d'annoncer en faire partie. Il s'agit en quelque sort d'un club privé !

Les informations échangées entre les participants ne doivent pas être transmises à des non-participants à moins que cela soit requis par la loi²⁵⁶. Les participants sont les gouvernements, les compagnies et les ONG. Pour avoir le privilège d'en faire partie il faut remplir 7 critères qu'on peut résumer ainsi : promouvoir et communiquer publiquement les principes, les mettre en œuvre,

253. <www.voluntaryprinciples.org>. Il n'existe pas de terminologie française.

254. Amerada Hess Corporation, AngloGold Ashanti, Anglo American, BG Group, BHP Billiton, BP, Chevron, Conoco Phillips, Exxon Mobil, Freeport Mc Moran Copper and Gold, Marathon Oil, Newmount Mining Corporation, Norsk Hydro, Occidental Petroleum, Rio Tinto et Shell Statoil.

255. The Fund of Peace, Human Rights First, International Alert et IKV Pax Christi.

256. <<http://www.voluntaryprinciples.org/participants/participation-criteria.php>>.

participer aux rencontres entre participants, préparer et produire des rapports sur les efforts de mise en œuvre, participer au dialogue avec les autres participants et répondre aux requêtes, sous toutes réserves légales, provenant des participants dans le but de faciliter une meilleure compréhension des objectifs visés par les VP. Les participants qui ne respecteraient pas les critères de production du rapport annuel ou refuseraient tout dialogue verraient leur statut devenir inactif. Tout problème peut être discuté entre participants. En cas de conflit, un des participants peut s'adresser au Comité directeur. Advenant une mésentente, une réunion spéciale peut être convoquée ou le cas discuté à l'assemblée annuelle. Une décision d'expulsion peut être prise mais doit faire l'objet d'une décision unanime.

Le CICR a salué cette initiative, qui fait partie entre autres projets de l'ouverture récente du mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge au monde des affaires²⁵⁷. Cet acteur incontournable de la scène internationale intervient directement auprès des victimes des conflits armés et, pour ce faire, il est en perpétuel dialogue avec les acteurs responsables de ces conflits quels qu'ils soient, en conformité des principes qui le guident depuis sa fondation, à savoir : humanité, impartialité, neutralité, indépendance, volontariat, unité et universalité²⁵⁸.

The Voluntary Principles were released at a time when the ICRC was initiating a dialogue with about a dozen companies operating in war-prone areas, with the primary aim of sensitizing firms to specific humanitarian concerns and mobilizing their support...²⁵⁹

Cette initiative se distingue des autres parce qu'elle réunit des participants qui n'ont pas l'habitude de dialoguer de façon à faire avancer le débat dans une direction partagée. L'adoption des nouveaux critères d'adhésion a fait franchir un cap que certains estimaient difficile à atteindre²⁶⁰. Il semble avoir été difficile de

257. Depuis 1999 le CICR a mis sur pied un programme pour développer des liens avec le secteur privé. Voir CARBONNIER, 2001, p. 960. En décembre 2006, le CICR publie un document intitulé « Business and international humanitarian law ». Il vise à informer les entreprises de leurs droits et de leurs obligations relativement au DIH et vise à les aider à mettre en œuvre les engagements auxquels ils ont souscrit dans le cadre de plusieurs initiatives. Le document fait spécifiquement mention des VP. On peut le consulter sur le site Internet suivant : <<http://www.icrc.org/web/fre/sitefre0.nsf/htmlall/business-ihl-150806>>.

258. <<http://www.icrc.org/web/fre/sitefre0.nsf/html/5MACLK>>.

259. CARBONNIER, 2001, p. 957

260. A. GANESAN, « Is 2007 the end for Voluntary Standards ? », publié dans *Business for Social Responsibility Weekly* du 13 décembre 2006. On peut le trouver

convaincre les entreprises d'adopter une structure leur demandant davantage de contrôle sur leurs activités. Un des représentants d'une des entreprises participantes aurait dit que désormais les VP devenaient quasiment « unvoluntary »²⁶¹. C'est-à-dire que les entreprises auraient tout intérêt à rester membres du club et que par conséquent elles avaient l'obligation de se conformer aux principes établis et aux comportements qui en découlent. Tous n'y croient pas cependant.

L'ONG britannique Global Witness a publié un rapport en octobre 2007 sur les lacunes des codes de conduite volontaires²⁶². Il y est fait mention des VP et de l'affaire *Anvil Mining*. C'est toujours l'aspect non obligatoire des codes de conduite qui pose problème. L'ONG rappelle bien que les entreprises qui n'en voient pas l'utilité ne joindront jamais les rangs de ces codes. Et de rappeler le problème qui surviendra avec le développement d'entreprises d'extraction chinoises, russes et indiennes. Ces entreprises proviennent de pays qui ne sont pas encore exposés aux pressions des stakeholders. Un fossé de plus en plus grand se creusera entre les diverses entreprises mondiales, ce qui milite en faveur de l'adoption de normes obligatoires. L'ONG déplore encore qu'aucune structure permettant à un tiers d'évaluer le comportement des entreprises sur le terrain n'existe, et que le système d'évaluation mis en place demeure l'affaire des participants et souffre d'opacité.

For this reason, membership of the Voluntary Principles cannot be treated, in itself, a reliable indicator that a company is taking all reasonable steps to avoid contributing to human rights abuses.²⁶³

La critique est à notre avis sévère, compte tenu de la courte vie de ce dialogue. L'initiative est nouvelle et ambitieuse. N'oublions pas que des gouvernements en font aussi partie. Pour faire partie de l'initiative, il faut être accepté par les participants. On

sur le site Internet à l'adresse <http://hrsg.org/English/docs/2006/12/12/global14872_txt-htm>.

261. Claude Voillat, conseiller économique, chargé des relations avec le secteur privé à la Direction des opérations au CICR, nous a entretenus avec enthousiasme des relations du CICR avec le secteur privé. Il nous a entre autres entretenus sur la façon dont se déroulaient les rencontres au sein des VP. Les entretiens ont eu lieu au siège du CICR les 24 juillet et 16 octobre 2007.

262. *Oil and Mining in Violent Places*, *Global Witness*. On peut le consulter sur le site Internet à l'adresse <<http://www.business-humanrights.org/links/Repository/739783>>.

263. *Ibid.*, p. 14.

sait par exemple que Total n'en fait pas partie. Si avec le temps les VP gagnent en reconnaissance et en crédibilité, ne pas en faire partie deviendra presque une tare²⁶⁴ pour les entreprises restées à l'écart en raison d'une conduite jugée douteuse par leurs pairs. Laissons le temps au temps. Laissons encore une chance à cette initiative avant de la clouer au pilori. La façon d'analyser toutes les initiatives décrites plus haut nous mène toujours à un constat d'échec, puisque nous les analysons avec une grille juridique. Bien sûr que tous ces codes ne sont pas contraignants mais cet aspect les rend-il si faibles ?

2.2 Les effets juridiques de ces initiatives

2.2.1 *La soft law*²⁶⁵

Les principes directeurs de l'OCDE et le Pacte Mondial seraient des « soft non binding international instruments which act as guides for the appropriate behaviour of TNCs » et le fait que ces documents ne soient pas contraignants ne les rendrait pas pour autant sans effet²⁶⁶. Voici ce que dit Nguyen de la « soft law » : « [...] les principes généraux qui en forment la substance constituent davantage des directives de comportement que des obligations strictes de résultat »²⁶⁷. Il nous enseigne aussi l'impact qu'a eu la soft law sur le droit de l'environnement²⁶⁸. Il reconnaît aussi que bon nombre d'autres droits, les droits de l'homme par exemple, connaissent une évolution semblable, marquée par la coexistence d'instruments juridiquement non obligatoires et des traités qui ont force obligatoire.

Pour John Ruggie, la soft law est un droit « non contraignant » mais qui comporte une force normative qui vient de la reconnaissance qu'en font les États et d'autres acteurs. Il estime que certains textes de soft law peuvent comporter des obligations

264. Pourquoi ne pas imaginer le refus d'un investisseur de participer à un « joint venture » dans le cas où la STN ne fait pas partie des VP ?

265. Le mot étant communément employé, nous n'avons pas jugé utile d'employer une terminologie française.

266. JOSEPH, 2004, p. 10 et A/HRC/4/35, par. 48.

267. NGUYEN, 1999, par. 740.

268. *Ibid.*, par. 737. Il est intéressant de noter l'évolution de ce droit car des parallèles avec le DIH et le DDH seraient fort utiles. À défaut de sanctionner les acteurs de droit international de l'environnement, une pression continue s'exerce sur eux. Quand on pense aux problèmes environnementaux que nous connaissons, nous voyons aboutir des actions qui prennent le relais sur l'inaction étatique.

contenues dans le droit international coutumier même si l'instrument lui-même n'a pas de force obligatoire. Plusieurs s'accordent à dire que la « soft law » peut constituer la prémisse de ce que sera le droit international futur²⁶⁹. On ne peut donc pas sous-estimer l'importance que revêtent les initiatives que nous avons décrites. Le fait que ces initiatives impliquent des acteurs multiples plutôt que les États seuls amène à réfléchir différemment sur l'aspect obligatoire de ces initiatives. John Ruggie estime qu'une fois partie d'un système, comme par exemple les VP, il peut être difficile d'en sortir, et d'en être expulsé peut avoir des incidences économiques néfastes pour l'entreprise²⁷⁰.

Leary has suggested, in this context, that the traditional focus on compliance with binding accords is misplaced and that greater attention should be given to the influence an effectiveness of non-binding accords in this field.²⁷¹

2.2.2 Illustrations pratiques de l'effet de certaines de ces initiatives

a) Concernant les VP

Dans un discours prononcé à l'assemblée annuelle des VP en mai 2007, John Ruggie rappela que malgré le fait que la Colombie ne participe pas aux VP, un Comité national pour les VP y a été créé afin que l'État et les entreprises incorporent les principes dans leurs contrats qui concernent les forces de sécurité.

Le rapport de l'ombudsman mandaté par la Banque mondiale dans l'affaire *Anvil Mining* contient une critique voulant que la MIGA aurait dû exiger des clients qu'ils appliquent les VP²⁷². Ni le Canada, ni l'Australie, ni Anvil Mining ne sont participants du

269. A/HRC/4/35, par. 45. À la fin des années 90, l'American Society of International Law a mené une recherche sur la « soft law ». En 1999, le professeur Dinah Shelton de la Notre Dame Law School a partagé les conclusions de ses recherches à titre de directrice du projet lors d'une conférence qu'elle a donnée au Carnegie Endowment for International Peace. On peut en prendre connaissance sur le site Internet suivant <<http://carnegieendowment.org/events/index.cfm?fa=print&id=47>>. Voir à la page 3 à propos de la « soft law » applicable aux DDH « Within the human rights area, soft law was used primarily as a precursor to binding treaties ».

270. A/HRC/4/35, par. 61.

271. CLAPHAM, 2006, p. 210.

272. Voir <www.cao-ombudsman.org/html-english/documents/DikulushiDRCFinalFrench.pdf>.

dialogue. C'est dire l'impact que semblent avoir les VP. Le rapport de l'ombudsman nous apprend que cette exigence est issue d'une décision prise par les autorités de la Banque mondiale. Global Witness nous informe qu'à la suite des événements impliquant Anvil Mining, le président de l'entreprise avait affirmé que dorénavant les protocoles concernant les liens avec les militaires allaient être validés en fonction des VP et que si des incidents devaient encore se produire, les ONG, les gouvernements canadien, australien et de la RDC allaient être avisés sans délai²⁷³.

Nous nous interrogeons cependant sur cette exigence. Le fait que des pays ou des non-participants s'inspirent des VP est un signe que ceux-ci ont une crédibilité dont veulent s'emparer les non-participants. Cela démontre une volonté d'affirmer l'intention de se conformer à des comportements qui respectent les droits de l'homme et le DIH. On ne peut certainement pas être contre. Mais il est facile d'annoncer qu'on se conforme à des principes mais plus difficile de démontrer qu'on les met en œuvre efficacement. Les VP risquent d'être victimes de leur succès. Si trop de pays ou d'entreprises y font référence sans faire partie du système de dialogue, celui-ci deviendra une coquille vide.

b) Concernant les Principes directeurs de l'OCDE

Les pays scandinaves, particulièrement la Finlande et la Suède, font systématiquement enquête s'il y a plainte devant un point de contact national (PCN). Ce qui n'est pas le cas dans tous les pays membres de l'OCDE²⁷⁴. Par ailleurs, Andrew Clapham estime que la performance d'une STN en fonction des Principes directeurs peut être pertinente lorsque des garanties gouvernementales d'exportation de crédits sont engagées²⁷⁵. Les Principes directeurs sont aussi parfois invoqués hors contexte, ce qui démontre la confusion qui peut régner quant à l'impact réel de

273. *Infra*, note 266, p. 7.

274. M.-A. ANZUETO, *Le comportement des firmes canadiennes : responsabilité de la part du gouvernement canadien au niveau international*, Mémoire déposé en novembre 2006 au MAECI dans le cadre des Tables rondes nationales sur la responsabilité sociale des entreprises et des industries extractives canadiennes dans les pays en développement, Montréal, p. 15. Voir aussi A. DENAULT, *Noir Canada, Pillage, corruption et criminalité en Afrique*, Montréal, Écosociété, 2008, p. 73. On y mentionne que le PCN du Canada n'a pas été mandaté par le gouvernement canadien pour faire enquête concernant la compagnie Anvil Mining dont certains employés avaient été poursuivis pour crimes de guerre en RDC.

275. CLAPHAM, 2006, p. 207 note 64.

toutes ces initiatives. Le Conseil de sécurité de l'ONU a publié un rapport concernant la guerre civile en RDC²⁷⁶, on y rapporte que les intérêts commerciaux sur place ont alimenté le conflit qui a duré quatre ans, 85 compagnies y sont pointées du doigt pour avoir enfreint les Principes directeurs de l'OCDE. Pourtant la plupart des compagnies listées ne proviennent pas d'un pays membre de l'OCDE et la RDC n'en fait pas partie non plus.

c) *Concernant le Pacte Mondial*

Le Pacte Mondial a été vivement critiqué pour son manque de contrôle sur les entreprises qui y ont adhéré, et on a même dit que certaines entreprises se draperaient du drapeau de l'ONU pour se donner de la crédibilité, sans que l'on puisse vérifier le bien-fondé du respect ou non des principes énoncés par le Pacte Mondial²⁷⁷. Par exemple, certaines entreprises auraient préféré que la STN Nestlé ne fasse pas partie du Pacte Mondial en raison de la mauvaise gestion du marketing de son lait maternel qui avait mené à un scandale au début des années 2000. On reprochait au géant alimentaire de ne pas avoir respecté un code de conduite élaboré par l'OMS²⁷⁸. On a répondu à cela qu'aucune compagnie n'était exclue du Pacte Mondial (sauf peut-être celles produisant des mines (*landmines*)) parce que le Global Compact est une initiative d'apprentissage et d'échanges²⁷⁹.

Le Pacte Mondial informe par le biais de son site Internet des performances des compagnies qui y ont adhéré. Des informations précises concernent le fait que certaines ne se conforment pas aux exigences de communications. Mais le fait de ne pas respecter les délais de communication ne signifie pas une mauvaise performance au niveau du respect des droits de l'homme. L'inverse est sans doute vrai, une entreprise peut paraître sur le tableau de bonnes performances mais qu'en est-il vraiment de son engagement sur le terrain ?

276. J. BENDELL, « Flags of inconvenience ? The Global Compact and the Future of the United Nations », dans *Learning to Talk Corporate Citizenship and the Development of the Unglobal Compact*, Sheffield, Greenleaf Publishing, 2004, p. 152 (ci-après BENDELL, 2004).

277. Voir à ce sujet plusieurs commentaires d'auteurs dans la compilation d'articles sous le titre *Learning to Talk Corporate Citizenship and the development of the UN global compact*, Sheffield, Greenleaf Publishing, 2004.

278. <<http://www.evb.ch/fr/p3263.htm>>.

279. BENDELL, 2004, p. 151.

Nous ne sommes pas convaincus que l'adhésion au Pacte Mondial ait permis une interaction entre les différents stakeholders qui permette de croire qu'il y ait un impact sur le développement futur du droit international. Le Pacte Mondial se distingue ainsi des autres initiatives.

CONCLUSION

Nous constatons que deux systèmes de pensée évoluent simultanément concernant la responsabilité des STN pour la violation du droit international. Les tenants d'une approche stricte du droit souhaiteraient des instruments juridiques internationaux plus contraignant à l'égard des STN. Suivant l'état du droit actuel, ils émettent des doutes quant à la possibilité d'imputer aux STN des actes illicites.

D'autres estiment, et nous souscrivons à cette école de pensée, que l'ordre juridique international a démontré que même en l'absence d'un système international de sanction à l'égard de STN, celles-ci sont titulaires d'obligations leur imposant une responsabilité en DIH et elles peuvent donc se voir imputer des violations graves du droit des conflits armés. En effet, plusieurs traités internationaux démontrent une volonté des États de responsabiliser les États. Andrew Clapham fait partie de ce courant en émettant l'idée suivante :

As suggested at the start [...] Similarly, lack of ICC jurisdiction over legal persons for war crimes should not mislead us into thinking that the laws of war and international human rights law do not apply to companies.²⁸⁰

La question du statut international des STN, à savoir si on peut les considérer comme des sujets de droit international, est plus difficile à trancher. Néanmoins, l'absence de consensus ne nous empêche pas de croire que des acteurs non étatiques auxquels on ne reconnaît pas de statut de sujet de droit international puissent être responsables d'actes illicites internationaux, les individus en étant certainement le meilleur exemple.

Demeure le défi d'évaluer le meilleur moyen de sanctionner les responsables de crimes internationaux particulièrement

280. CLAPHAM, 2000, p. 178.

odieux. Qu'il s'agisse des individus, on a vu que le système pour les sanctionner a vu le jour récemment avec l'arrivée des TPIY, TPIR et de la CPI. On a pu croire que la compétence universelle issue des Conventions de Genève allait mener à des solutions afin de poursuivre dans les juridictions nationales un grand nombre de responsables d'exactions. À ce jour, on assiste à une grande réticence de la part des États d'exercer cette juridiction, même si elle est intégrée dans leur loi. Cela s'explique par plusieurs facteurs qui peuvent être politiques, comme le cas de la Belgique, ou par manque d'expertise ou de moyens financiers. Un rapport canadien rendu public récemment dévoile un aspect négligé de la problématique. Les coûts engendrés par un État pour faire cesser l'impunité d'une personne responsable de crimes de guerre commis dans un État tiers sont énormes et risquent de freiner encore plus les autorités étatiques²⁸¹.

S'il est difficile d'assurer la répression pénale au niveau national, on peut se tourner vers la justice pénale internationale. Les tribunaux *ad hoc* pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda fermeront bientôt leurs portes. La CPI, tribunal permanent, a fait le choix de la complémentarité et jusqu'à présent, les STN ne tombent pas sous sa juridiction. Les juridictions nationales resteront prioritaires pour la poursuite des crimes. Les systèmes nationaux n'ont pas encore démontré qu'il était aisé de poursuivre les STN. Plusieurs problèmes ont été évoqués, tous les pays ne reconnaissent pas la juridiction sur les personnes morales, la question du voile corporatif reste posée, la notion de complicité n'est pas traitée de la même façon partout, et le choix du forum, pays hôte *vs* pays du siège, est difficile à trancher. Avant d'élargir la juridiction de la CPI à l'égard des personnes morales, un long débat d'experts devra avoir lieu²⁸² afin de réconcilier les différentes approches dues à des conceptions juridiques opposées. La responsabilité civile semble être un pis-aller en l'absence d'incrimination des personnes morales dans les systèmes nationaux. Et elle ne nous apparaît pas être la forme la plus juste pour sanctionner les crimes de guerre.

281. Voir <www.cyberpresse.ca/article/20071213/CPACTUALITES/71213200/1019/CPACTUALITES>. Les frais du procès à ce jour dans l'affaire *Munyaneza* s'élèvent à 1,4 million de dollars canadiens.

282. La Commission internationale de juristes a remis un rapport en 2008. Les experts consultés sont d'avis de ne pas exclure du Statut de la CPI la possibilité de poursuivre les personnes morales. Voir REPORT OF THE INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS, *Expert Legal Panel on Corporate Complicity in International Crimes*, Volume 2, International Commission of Jurists, Geneva, 2008.

Présentement, c'est un certain pragmatisme qui nous retient de trop fonder d'espairs dans les juridictions nationales et internationale, non pas parce que nous y sommes opposés mais parce qu'il y a encore beaucoup d'obstacles à surmonter. Nous souscrivons ainsi à la réflexion de Marco Sassoli et d'Antoine A. Bouvier sur le fait que « la réponse pénale (et nous rajoutons civile) ne peut être qu'une des formes de défense de l'ordre social et de l'intérêt commun »²⁸³. Il est nécessaire de faire un travail en amont, de sensibiliser davantage les STN à leurs obligations en DIH et à leur responsabilité qui en découle. Ce qui nous amène à prendre en compte toutes les initiatives décrites en deuxième partie. Elles se distinguent par leur caractère non contraignant. Comme le souligne Andrew Clapham, l'effet de ces initiatives n'est pas à négliger. Nous estimons aussi qu'elles jouent, pour certaines, un rôle de catalyseur pour l'évolution du droit international.

Mais nous déplorons la multiplicité des initiatives qui risquent de démobiliser les principales intéressées, les STN, qui n'ont pas l'habitude d'être confrontées à ce genre de concepts. Tant que l'ONU ne se prononcera pas sur le futur des Normes, il est à souhaiter qu'aucune autre initiative du même genre ne voie le jour. Deux initiatives existantes nous paraissent particulièrement pertinentes. D'abord celle des Normes que nous venons d'évoquer ; elles contiennent une proposition d'établissement d'un groupe de travail au sein de l'ONU qui serait destiné à entendre les éventuels cas de violations des Normes par les STN. Puis celle des VP.

Nous saluons le dialogue installé entre le CICR et le « monde des affaires ». Une étude plus détaillée serait nécessaire pour évaluer l'ampleur des violations graves du droit de la guerre commises par des STN. Le CICR s'est associé à une initiative mise sur pied par les États-Unis et le Royaume-Uni et comprise par les STN les plus exposées au risque d'infractions du DIH. Le dialogue entre les entreprises d'extraction, ces gouvernements et certaines ONG, observé par le CICR, est original et mérite qu'on lui laisse le temps de faire ses preuves. Qui parie qu'Henri Dunant et Gustave Moynier n'auraient pas applaudi à l'idée ?

283. SASSOLI BOUVIER, 2003, p. 304.

Coopération judiciaire et insolvabilité transfrontalière : un nouveau cadre législatif

Guy MARTEL et David TOURNIER

Résumé

L'internationalisation de l'économie et la multiplication des procédures d'insolvabilité transfrontalières qui en résulte soulèvent de complexes questions de droit, notamment quant à la détermination du forum compétent et la reconnaissance des instances et ordonnances étrangères. Il est donc crucial que les tribunaux qui supervisent ces procédures soient en mesure de collaborer et de coordonner leurs interventions afin d'optimiser les effets de leurs décisions.

En premier lieu, les auteurs font ainsi le point sur l'évolution de la coopération judiciaire en Amérique du Nord, et sur le traitement jurisprudentiel du principe sous-jacent de courtoisie internationale dans le cadre des procédures d'insolvabilité disponibles aux États-Unis et au Canada.

Cette coopération doit être facilitée par la *Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale* (« Loi type ») datant de 1997, laquelle vise à promouvoir l'harmonisation de ces mêmes procédures d'insolvabilité par l'élaboration de concepts tels que le lieu principal des affaires d'une entreprise. Les États-Unis l'ont d'ailleurs adoptée dans son ensemble et sans modification substantielle depuis 2005. Ce texte devrait également entrer prochainement en vigueur au Canada, et ainsi apporter des modifications importantes au régime actuel.

Dans une deuxième partie, les auteurs analysent donc l'impact réel et anticipé de la Loi type, et soulèvent certaines questions à son égard, notamment quant au traitement de l'insolvabilité de groupes d'entreprises internationaux.

Coopération judiciaire et insolvabilité transfrontalière : un nouveau cadre législatif

Guy MARTEL et David TOURNIER*

INTRODUCTION	185
I. ÉVOLUTION DE LA COOPÉRATION JUDICIAIRE NORD-AMÉRICAINE.	187
A. Le principe de courtoisie internationale	187
B. Efforts législatifs de transposition du principe de courtoisie internationale	190
1. Au Canada.	190
2. Aux États-Unis	192
C. Application jurisprudentielle du principe de courtoisie internationale	193
1. En vertu de la LFI.	193
2. En vertu de la LACC	195
II. LA LOI TYPE DE LA CNUDCI : UN PAS DE PLUS VERS L'HARMONISATION	197
A. Le Chapitre 15 du Titre 11 de l'USC	197
1. Revue de texte.	197
2. Affaire <i>Muscletech</i> : un exemple de coopération judiciaire sous le Chapitre 15.	205

* Les auteurs tiennent à remercier Diana Ionescu, étudiante au bureau de Montréal de Stikeman Elliott, pour ses travaux de recherche.

B. Contenu du Chapitre 47 des <i>Lois du Canada</i> (2005)	208
1. Lieu principal des affaires	209
2. Droits du représentant étranger	214
3. Effets de la reconnaissance d'une instance étrangère	214
4. Coordination en présence de procédures multiples.	217
5. Exception d'ordre public	217

INTRODUCTION

« La banqueroute, c'est quand vos créanciers saisissent votre veston et quand vous avez mis votre argent dans la poche du pantalon. » Si l'on poussait un peu plus loin cette caricature de l'écrivain français Tristan Bernard, on pourrait ajouter que les difficultés des créanciers sont d'autant plus grandes lorsque le pantalon est d'un côté de la frontière, et le veston de l'autre. Or, la mondialisation de l'économie ne pouvait évidemment pas se faire sans l'internationalisation des faillites et autres situations d'insolvabilité. Si bien qu'aujourd'hui, les procédures transfrontalières en ce domaine ne sont plus l'apanage d'une poignée de conglomérats qui se partageraient le commerce mondial. De plus en plus d'entreprises ayant des établissements, des actifs ou des employés à l'étranger, leurs difficultés financières sont fréquemment ressenties au sein de diverses juridictions, régionales ou étatiques, et parfois même d'un continent à l'autre.

En plus de soulever plusieurs questions de droit international privé, de tels dossiers suscitent l'affrontement de divers enjeux potentiellement politiques tels que la préservation de l'emploi local ou la protection des investisseurs nationaux, parfois incompatibles avec le traitement égal des créanciers étrangers et locaux. Mais si l'ampleur du phénomène est toujours croissante, le casse-tête qu'il pose n'a rien de nouveau. Face aux problèmes que peuvent soulever de telles situations « d'insolvabilité internationale », les États-Unis ont originellement opté pour une approche territoriale, prévoyant l'utilisation des actifs locaux pour satisfaire les créanciers locaux dans le cadre de procédures locales, avec peu de considération pour les procédures étrangères.

À l'opposé, l'approche universaliste consiste à traiter une insolvabilité internationale comme un dossier unique, et à appliquer un seul régime légal à tous les aspects des affaires du débiteur, à un niveau international. On peut ainsi qualifier le système canadien de système universaliste modifié, que définit comme suit l'auteure Janis Sarra¹ :

1. J.P. SARRA, *Rescue ! The Companies Creditors Arrangement Act*, Thomson Carswell, p. 282.

Modified universalism reflects the preservation of domestic law, while deferring to cross-border provisions modeled after international law to achieve consistency and uniformity of procedures in insolvency proceedings and to prevent a race to the assets by creditors.

Les approches américaine et canadienne ont dû être tempérées dans un souci évident d'efficacité, les tribunaux des deux nations coopérant selon le principe de courtoisie internationale. Bien que ce principe ait reçu une application différente de chaque côté de la frontière, il est devenu essentiel à la coopération judiciaire nord-américaine.

En 1997, la Commission des Nations-Unies sur le droit du commerce international (la « CNUDCI ») a élaboré la *Loi type sur l'insolvabilité internationale*². Celle-ci indique la procédure à suivre pour faire reconnaître l'existence d'une procédure d'insolvabilité étrangère, décrit les mesures que peuvent prendre les tribunaux des différentes juridictions impliquées dans une telle procédure, et impose à ces tribunaux une obligation de collaboration.

Les États-Unis ont adopté cette Loi type sans modification substantielle, passant ainsi d'un modèle territorial à un modèle universaliste modifié. Concrètement, les cas de faillite transfrontalière étaient auparavant régis par le paragraphe 304 du Chapitre 11 du Titre 11 du *U.S. Code*³ (« USC »). C'est ce Titre 11, que l'on désigne par l'appellation de *U.S. Bankruptcy Code*, qui codifie les dispositions relatives à la faillite et à l'insolvabilité. Pour y inclure les dispositions de la Loi type, le paragraphe 304 du Chapitre 11 a donc été remplacée depuis octobre 2005 par le nouveau Chapitre 15 du *U.S. Bankruptcy Code*.

Dans un souci de sécurisation des transactions, et de prévisibilité accrue des conséquences d'une faillite transfrontalière, le Canada devait agir dans la même direction. Le 14 décembre 2007, le projet de loi C-12, *Loi modifiant la Loi sur la faillite et l'insolvabilité, la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies, la Loi sur le Programme de protection des salariés et le Chapitre 47 des Lois du Canada (2005)*, a ainsi reçu la sanction royale. Toutefois, un décret du gouverneur en conseil doit encore

2. <http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/insolvency/1997Model.html>.

3. Le *U.S. Code* peut notamment être consulté à partir de cette adresse : <<http://www.law.cornell.edu/uscode/>>.

être déposé pour fixer la date d'entrée en vigueur de ces modifications. Une fois ce texte entré en vigueur, un pas considérable aura été fait vers l'harmonisation du droit nord-américain des procédures d'insolvabilité transfrontalières.

Dans une tentative de projection vers ce qui sera bientôt la réalité des praticiens de ce pan du droit, nous nous attarderons sur l'exemple de collaboration américano-canadienne sous le nouveau Chapitre 15 américain fourni par l'affaire *Re : Muscletech Research and Development Inc.*⁴, et sur le contenu du nouveau *Chapitre 47 des Lois du Canada (2005)* (le « Chapitre 47 ») (II). Toutefois, les dispositions de la Loi type transcrivent en grande partie les pratiques jurisprudentielles élaborées au cours des ans par les tribunaux, notamment canadiens et américains. En outre, puisque la Loi type n'a pas encore été transposée au Canada, les tribunaux canadiens appliquent, pour quelque temps encore, des lois fédérales adoptées avant cette intervention de la CNUDCI. Il est donc utile, afin de comprendre l'évolution de la coopération judiciaire en la matière, et de mieux saisir la portée des modifications à venir, de faire avant tout le point sur l'état du droit antérieur à l'intervention de la CNUDCI (I).

I. ÉVOLUTION DE LA COOPÉRATION JUDICIAIRE NORD-AMÉRICAINE

A. Le principe de courtoisie internationale

Le principe de courtoisie internationale, que la common law désigne par le terme *comity*, permet aux tribunaux de donner force exécutoire, dans une juridiction donnée, à des actes judiciaires d'autres juridictions.

La Cour suprême du Canada, dans l'arrêt *Morguard Investment Ltd. c. De Savoye*⁵ (« Morguard »), a ainsi affirmé que les actes d'une autorité judiciaire étrangère devaient être reconnus lorsque cette même autorité avait correctement et convenablement exercé sa compétence dans le cadre d'un recours judiciaire. C'est le cas lorsqu'il existe un lien réel et substantiel entre le requérant ou l'objet du litige d'une part, et la juridiction dans laquelle est intentée l'action d'autre part. Le principe de cour-

4. *Re : Muscletech Research and Development Inc.* (2006), 19 C.B.R. (5th) 54.

5. [1990] 3 R.C.S. 1077 (C.S.C.).

toisie exige donc plus qu'une simple démonstration de bonne volonté de la part des juges, sans pour autant leur imposer une obligation de déférence envers les jugements étrangers. C'est ce que décrit justement l'honorable juge La Forest, en faisant sienne une définition de ce principe donnée par la Cour suprême des États-Unis⁶ :

“Comity” in the legal sense, is neither a matter of absolute obligation, on the one hand, nor of mere courtesy and goodwill, upon the other. But it is the recognition which one nation allows within its territory to the legislative, executive or judicial acts of another nation, having due regard both to international duty and convenience, and to the rights of its own citizens or of other persons who are under the protection of its laws.

Bien qu'il s'agisse dans *Morguard* d'un cas de courtoisie interprovinciale, il a été reconnu par la suite que les principes ainsi dégagés devaient s'appliquer dans des cas internationaux⁷.

Le Canada a toujours tenté de concilier les principes de courtoisie internationale et la protection de ses ressortissants, créanciers ou débiteurs. La Cour suprême s'exprime à ce sujet aux paragraphes 80 à 87 de la décision *Holt Cargo Systems Inc. c. ABC Containerline N.V. (Trustees of)*⁸, et résume comme suit l'approche canadienne :

80 Bref, le Canada a adopté un point de vue intermédiaire (qualifié d'« approche pluraliste ») qui consiste à admettre que différents ressorts peuvent avoir un intérêt légitime et concomitant dans le déroulement d'une faillite internationale, et que les droits réclamés devant les tribunaux canadiens peuvent mais ne doivent pas nécessairement être subordonnés à un régime de faillite étranger dans un cas particulier. Cette approche générale témoigne d'un désir de coordination plutôt que de subordination, où l'on ne fait preuve de déférence qu'après avoir bien examiné toutes les circonstances pertinentes, et non pas automatiquement en fonction d'un principe « universaliste » abstrait.

Aux États-Unis, le principe de *comity* incite les tribunaux américains à reconnaître la validité, dans leur juridiction, de juge-

6. *Ibid.* ; voir aux États-Unis : *Hilton v. Guyot*, 159 U.S. 113, 163-64, 40 L. Ed. 95, 16 S. Ct. 139 (1985).

7. Par exemple dans *Re Babcock & Wilcox Canada* (2000), 18 C.B.R. (4th) 157 (Ont. S.C.J.).

8. [2001] 3 S.C.R. 907 (C.S.C.).

ments rendus à l'étranger, à partir du moment où les droits fondamentaux et procéduraux des justiciables ont été préservés par l'autorité judiciaire étrangère, et à condition que le système de droit étranger concerné soit relativement similaire au système de droit américain. Comme l'indiquait en 1999 un jugement de la *U.S. Bankruptcy Court, Southern District of New York* :

“Comity” is a doctrine that encourages deference to foreign laws and judgments if macro systemic concepts, such as due process and impartiality, are present in the foreign proceedings.⁹

Logiquement, les jugements de common law sont donc largement admis aux États-Unis en vertu de ce principe. Le passage suivant d'une décision rendue en 2001 par la *U.S. Bankruptcy Court, Western District of Texas*, illustre bien ce propos :

There may, in fact, be courts in some countries to which we should not extend comity. Their proceedings may be so facially sham, or so patently corrupted, or so far removed from what humans on this planet might recognize as the administration of justice that to accord their rulings and proceedings recognition would only perpetrate an injustice.

[...]

Happily, this case does not present the court with such a difficult exercise. The courts of the Cayman Islands follow common law principles drawn from Great Britain, and their court system also resembles that found in other Commonwealth countries. *Just as U.S. court traditionally extend comity to the decisions of Great Britain, the courts traditionally extend the same courtesy to the courts of the Cayman Islands.*¹⁰ (Nos italiques)

En matière d'insolvabilité transfrontalière, les tribunaux américains ont accordé un poids particulier au principe de *comity*, puisqu'il s'agit de l'un des facteurs expressément cités par l'ancien paragraphe 304 du Chapitre 11 comme devant guider les tribunaux américains dans la reconnaissance d'une décision étrangère. Encore une fois, le jugement texan précité illustre bien notre propos :

Nonetheless, courts generally give the greatest weight to the “comity” factor, because most of the other factors are taken into

9. *In re : Ionica PLC*, 241 B.R. 829 (Bank. S.D. NY, 1999).

10. *In re : Blackwell*, 270 B.R. 814 (Bankr. W.D. Tex., 2002).

account when considering comity and are used as a basis in deciding whether or not to accord comity.¹¹

Comme nous le verrons plus loin, le nouveau Chapitre 15 renforce encore le poids du principe de *comity*.

B. Efforts législatifs de transposition du principe de courtoisie internationale

1. Au Canada

En 1997, le législateur canadien a tiré les conséquences de l'affaire *Morguard*, en amendant la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*¹² (la « LACC ») et la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*¹³ (la « LFI »). Il s'agissait en quelque sorte d'une entreprise de codification des procédures applicables aux cas d'insolvabilité transfrontalière.

a) En vertu de la LFI

C'est maintenant la partie XIII de la LFI qui est intégralement consacrée à ce sujet, et pose les lignes directrices à suivre dans un contexte d'insolvabilité internationale. L'article 268 LFI laisse aujourd'hui encore beaucoup de pouvoir et de discrétion aux tribunaux canadiens, qui peuvent reconnaître des ordonnances rendues à l'étranger, ou délivrer toute ordonnance dans le cadre de procédures intentées à l'étranger¹⁴, en assortissant cette ordonnance des conditions qu'ils estiment appropriées. L'article 268, alinéa 6, entérine expressément la discrétion des tribunaux, qui ne sont pas tenus de rendre de telles ordonnances, en particulier lorsque celles-ci seraient incompatibles avec le droit canadien.

La LFI pose cependant de fermes conditions à la suspension des procédures contre le débiteur, et à la reconnaissance des ordonnances rendues à l'étranger. Il faut ainsi selon l'article 267 LFI que le débiteur soumis à des procédures étrangères soit effectivement insolvable, et ait des actifs au Canada, pour que soit donné un quelconque effet canadien aux procédures étrangères.

11. *Ibid.*

12. L.R.C. (1985), c. C-36.

13. L.R.C. (1985), c. B-3.

14. Telles que définies à l'article 267 LFI.

L'article 268 facilite cependant la preuve de ces conditions : est présumée insolvable jusqu'à preuve contraire toute personne ou compagnie contre laquelle a été rendue une ordonnance dans le cadre de procédures d'insolvabilité à l'étranger.

Par ailleurs, l'article 269 LFI précise que la suspension des procédures, à l'encontre de créanciers canadiens et vis-à-vis d'actifs situés au Canada, n'est possible que si cette suspension résulte de procédures intentées au Canada. De telles dispositions restrictives ont ouvert la porte à une jurisprudence plus territorialiste, tel que nous le verrons plus loin.

Les articles 270 à 273 LFI indiquent quant à eux les droits que peut obtenir au Canada toute personne ayant été reconnue comme un représentant étranger au sens de la LFI. Ce représentant étranger, qui est en général le syndic nommé dans les procédures étrangères, peut obtenir des tribunaux canadiens le droit d'interroger certaines personnes, la mise sous séquestre de certains biens, et la suspension des procédures à l'encontre des biens situés au Canada¹⁵. Le représentant étranger peut également intenter des procédures en vertu de la LFI¹⁶.

Enfin, l'article 274 LFI impose aux tribunaux canadiens de prendre en compte tout dividende reçu par un créancier dans le cadre de procédures étrangères d'insolvabilité, lorsqu'une telle distribution a également lieu au Canada aux dépens du même débiteur.

b) En vertu de la LACC

Alors que la LFI consacre toute sa partie XIII, composée de neuf articles, à l'insolvabilité en contexte international, la LACC n'est dotée sur le sujet que de l'article 18.6. Moins restrictif, ce texte permet une approche plus universaliste du principe de courtoisie. Il semble en effet que le législateur ait recherché plus fortement encore en vertu de la LACC à satisfaire les objectifs d'harmonisation des régimes internationaux de faillite d'une part, et de collaboration entre juridictions internationales confrontées à un même cas d'insolvabilité d'autre part.

15. Art. 271 LFI.

16. Art. 270 LFI.

Comme la partie XIII de la LFI, l'article 18.6 LACC confère aux tribunaux canadiens le pouvoir de rendre toute ordonnance en vue de donner effet, sur le sol canadien, aux procédures d'insolvabilité intentées à l'étranger. Cet article comporte également une sorte d'exception d'ordre public, et exprime clairement le pouvoir discrétionnaire des tribunaux, en précisant qu'il « n'a pas pour effet d'exiger du tribunal qu'il rende des ordonnances qui sont contraires au droit canadien ou qu'il donne effet aux ordonnances rendues par un tribunal étranger ». Comme nous le verrons plus loin, les tribunaux canadiens ont donc retenu une interprétation libérale de cet article, et ont grandement favorisé la coopération judiciaire en vertu de la LACC.

2. Aux États-Unis

Aux États-Unis, c'est au sein du Chapitre 11 du *U.S. Bankruptcy Code*, consacré à la réorganisation, qu'il fallait rechercher les dispositions applicables en contexte d'insolvabilité internationale. Cela a changé depuis les amendements d'octobre 2005, et l'entrée en vigueur du Chapitre 15 de ce même *U.S. Bankruptcy Code*.

Le paragraphe 304 du Chapitre 11 s'inscrivait dans l'esprit du principe de courtoisie internationale, tout en préservant d'une certaine manière les intérêts des débiteurs et créanciers américains. Ce texte permettait ainsi à un représentant étranger de s'adresser aux tribunaux américains pour obtenir tout redressement approprié, selon la discrétion de ces tribunaux, afin de protéger un débiteur ou ses actifs, aux États-Unis ou à l'étranger.

Mais puisque la suspension des procédures ne suivait pas automatiquement un recours selon le paragraphe 304, le requérant qui souhaitait immédiatement une telle suspension devait obtenir une injonction parallèlement à son recours selon le *U.S. Bankruptcy Code*. Selon le contexte factuel, la requête sous le paragraphe 304 devait être présentée devant le tribunal où avait été intentée l'action contre laquelle une injonction était demandée, devant le tribunal du lieu où se situaient les actifs contre lesquels le représentant étranger souhaitait agir, ou tout simplement devant le tribunal du lieu principal des affaires du débiteur.

Pour permettre aux juges américains d'accorder ou non la requête du représentant étranger, et de décider de la mesure

appropriée à l'espèce, le paragraphe 304 énumérait six facteurs à considérer. Il s'agissait d'abord (i) du juste traitement de l'ensemble des détenteurs de réclamations, et (ii) de la protection des détenteurs de réclamations aux États-Unis contre tout inconvénient résultant du traitement de leurs réclamations dans le contexte de la procédure étrangère. Les juges devaient en outre (iii) éviter tout traitement préférentiel ou frauduleux dans la liquidation des actifs, et (iv) s'assurer que la distribution du boni de liquidation se ferait substantiellement dans l'ordre indiqué au Chapitre 11. Par ailleurs, (v) le principe de courtoisie internationale devait être pris en considération. Enfin, (vi) l'opportunité d'accorder un nouveau départ au débiteur concerné par les procédures étrangères pouvait être un facteur pertinent, lorsque les faits du dossier convainquaient les juges qu'une telle opportunité était appropriée. Comme au Canada, les textes américains faisaient donc la part belle à la discrétion des juges.

C. Application jurisprudentielle du principe de courtoisie internationale

1. En vertu de la LFI

La rédaction de la LFI pouvait donner lieu à une interprétation restrictive et territorialiste de ses dispositions à vocation internationale. Malheureusement, il existe très peu de jurisprudence sur le sujet pour vérifier cette hypothèse. L'affaire *Re Singer Machine Co. of Canada Ltd.*¹⁷, dont la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta fut saisie, mérite cependant notre attention. La compagnie Singer était constituée sous le régime des lois des Antilles néerlandaises, et sa direction générale était établie à New York. Elle détenait, directement ou indirectement, la totalité des parts de sa filiale canadienne. Connaissant des difficultés financières, la maison-mère avait obtenu une ordonnance des tribunaux américains en vertu du Chapitre 11 du *U.S. Bankruptcy Code*. Cette ordonnance américaine accordait la même protection à l'ensemble des filiales étrangères de Singer, et enjoignait directement aux institutions officielles étrangères de se soumettre à sa décision :

2. All persons and all foreign and domestic governmental units, and all those acting on their behalf, [...] are stayed, restrained and enjoined from, in any way, [...] interfering with any and all of the property of any of the Debtors, wherever located.

17. (2000), 18 C.B.R. (4th) 127 (Alta. Q.B.).

Singer demanda l'application de cette ordonnance sur le territoire canadien, en vertu de l'article 271 LFI. Saisi de cette demande, le registraire Funduk souligna d'abord le contexte purement canadien des activités de la filiale canadienne :

[6] [...] The fact that Singer Canada is a Canadian company carrying on business solely in Canada and whose assets are solely in Canada does not appear to have been cause for pause by the American bankruptcy court.

[...]

[8] That appears to be a “we can do it best” attitude untrammelled by the fact that Canadian private international law does not recognize an American bankruptcy court’s jurisdiction over a Canadian not resident in the United States, not carrying on business in the United States, and not having any assets in the United States.

En l'espèce, les créanciers de Singer Canada étaient canadiens et établis au Canada : donner effet à l'ordonnance américaine les aurait obligés à prouver leur réclamation aux États-Unis et à se soumettre à la loi américaine.

Soulignant l'absence de jurisprudence sur l'application de l'article 271 LFI, le registraire Funduk eut recours au principe de courtoisie internationale, et profita de l'occasion qui lui était donnée pour en tracer les limites. Citant la décision rendue par la Cour supérieure de l'Ontario dans *Westinghouse Electric Corp. c. Duquesne Light Co.*¹⁸, il rappela que le principe de courtoisie internationale n'imposait pas aux tribunaux canadiens de rendre une décision qui serait contraire à l'ordre public canadien :

It is also fundamental that comity will not be exercised in violation of the public policy of the state to which the appeal is made or at the expense of injustice to its citizens ; and comity leaves to the Court which power is invoked the determination of the legality, propriety of rightfulness of its exercise.

Le registraire Funduk en conclut que ce principe de courtoisie internationale ne l'obligeait pas à donner effet à l'ordonnance américaine, car la compagnie débitrice dont on demandait la protection était canadienne, et exerçait ses activités et avait tous ses actifs au Canada¹⁹.

18. 78 D.L.R. (3d) 3 (Ont. S.C.).

19. *Re Singer Machine Co. of Canada Ltd.* (2000), 18 C.B.R. (4th) 127 (Alta. Q.B.), par. 26.

Cette décision démontre la grande discrétion dont bénéficient encore les tribunaux canadiens en matière d'insolvabilité internationale, du moins en application de la LFI. Comme le soulignait la Cour suprême dans l'arrêt *Holt Cargo Systems*²⁰ précité :

82 En avril 1997, le législateur a adopté la partie XIII de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, intitulée « Insolvabilité en contexte international ». [...] Il importe néanmoins de souligner que le législateur a maintenu l'universalisme dilué (ou « approche pluraliste ») adopté par les tribunaux canadiens sous le régime de la common law. [...] En autorisant, au par. [268](2), le tribunal canadien à limiter le pouvoir du syndic canadien aux biens situés au Canada, le législateur s'attendait visiblement à ce que l'approche territorialiste soit acceptable dans certains cas.

[...]

84 Il appert donc que la politique générale du Canada, énoncée dès 1997 par le législateur, entérine l'approche pluraliste établie au fil des ans par les tribunaux.

Les amendements de 1997 n'ont ainsi fait que transposer les principes préexistants. En cela, bien qu'ils offrent un cadre procédural clair en ce domaine, ils n'ont donc pas constitué d'avancée majeure vers une plus grande coopération internationale en matière d'insolvabilité.

2. En vertu de la LACC

Par contraste, la décision rendue par l'honorable juge Farley dans *Re Babcock & Wilcox*²¹ est un bon exemple de l'approche universaliste qu'ont pu inspirer les amendements apportés en 1997 à la LACC. Dans cette affaire, la compagnie mère s'était placée aux États-Unis sous la protection du Chapitre 11 du *U.S. Bankruptcy Code*, afin de suspendre tous les recours collectifs liés à l'utilisation de l'amiante et intentés contre elle. Sa filiale canadienne, solvable, se fonda sur l'article 18.6 LACC pour requérir des tribunaux ontariens qu'ils lui accordent la même protection que celle qui avait été accordée à la compagnie mère par une ordonnance d'une cour de faillite de la Nouvelle-Orléans. Après avoir passé en revue la jurisprudence applicable en matière de courtoisie internationale, et souligné le besoin croissant de collaboration entre

20. [2001] 3 R.C.S. 907 (C.S.C.).

21. (2000), 18 C.B.R. (4th) 157 (Ont. S.C.J.).

tribunaux canadiens et américains de faillite, le juge Farley définit ensuite les critères devant le guider dans le traitement de la demande de la filiale canadienne :

13 Thus it seems to me that this application by BW Canada should be reviewed in light of (i) the doctrine of comity as analyzed in *Morguard*, *Arrowmaster* and *ATL*, *supra*, in regard to its international aspects ; (ii) inherent jurisdiction ; (iii) the aspect of the liberal interpretation of the CCAA generally ; and (iv) the assistance and codification of the 1997 Amendments.

Il releva que l'article 18.6 LACC n'exigeait pas que le débiteur soit insolvable, au contraire de son équivalent dans la LFI. Soulignant le contraste entre le détail de la LFI et la brièveté de la LACC, il justifia comme suit l'interprétation libérale devant être faite de cette dernière :

A general categorization (which of course is never completely accurate) is that the BIA may be seen as being used for more run of the mill cases whereas the CCAA may be seen as facilitating the more unique or complicated cases. Certainly the CCAA provides the flexibility to deal with the thornier questions.

Le juge Farley reconnut alors le statut d'instance étrangère à la procédure américaine, et se fonda sur le quatrième alinéa de l'article 18.6 LACC pour permettre à la filiale canadienne, solvable, de faire sa demande en tant que personne intéressée. L'article 18.6(3) autorisant les tribunaux à rendre toute ordonnance qu'ils estiment appropriée, le juge Farley se déclara en outre investi de toute la discrétion exigée par la complexité d'une telle situation pour pouvoir rendre la décision qui convenait à l'espèce.

Il poursuivit son analyse en énumérant, de façon non exhaustive, les critères devant permettre d'appliquer l'article 18.6 dans le cadre de procédures d'insolvabilité étrangères. Selon lui, ces facteurs sont notamment les suivants :

1. la reconnaissance du principe de courtoisie et la coopération entre juridictions doivent être encouragées ;
2. il faut tenir compte de la législation étrangère en matière d'insolvabilité, à moins que celle-ci diffère sérieusement de la législation canadienne en la matière ;

3. toute personne intéressée doit être traitée de façon équitable ;
4. dans la mesure du possible, une seule juridiction devrait avoir le principal contrôle de la procédure, afin de permettre une restructuration globale et harmonieuse ;
5. le degré d'implication d'une juridiction doit être évalué au cas par cas, et dépendre du niveau de connexité entre les faits du dossier et la juridiction concernée ;
6. la juridiction secondaire doit bénéficier de suffisamment d'informations, et les créanciers de la juridiction secondaire doivent avoir un accès approprié à la procédure principale ;
7. l'ensemble des intéressés doit recevoir notification de l'évolution du dossier, et avoir l'opportunité de contester ou réviser l'ordonnance rendue dans le dossier.

Ce sont donc des facteurs d'ouverture, de globalisation et d'harmonisation de la procédure qui furent mis en avant par le juge Farley. Sur la base de ces facteurs, il accorda à la filiale canadienne la même protection que celle qui avait été accordée à la maison-mère par les juges de la Nouvelle-Orléans. Relevons que cette décision a depuis été suivie à plusieurs reprises²².

II. LA LOI TYPE DE LA CNUDCI : UN PAS DE PLUS VERS L'HARMONISATION

A. Le Chapitre 15 du Titre 11 de l'USC

1. *Revue de texte*

Le Chapitre 15 transpose certaines pratiques des tribunaux qui avaient cours sous l'ancien paragraphe 304 du *U.S. Bankruptcy Code*. Mais il constitue également un pas de plus vers l'harmonisation internationale, et l'application universaliste du principe de courtoisie. L'adoption de l'héritage jurisprudentiel issu de l'interprétation de ce principe apparaît clairement au paragraphe 1508 du *U.S. Bankruptcy Code* :

22. *Pliant Corp. of Canada Ltd., Re*, 2006 CarswellOnt 19 (Ont. S.C.J.) ; *Atkins Nutritional Inc., Re*, 14 C.B.R. (5th) 157 (Ont. S.C.J.) ; *United Air Lines Inc., Re*, 43 C.B.R. (4th) 284, (Ont. S.C.J.) ; *Laidlaw, Re*, 39 C.B.R. (4th) 239 (Ont. S.C.J.).

In interpreting this chapter, the court shall consider its international origin, and the need to promote an application of this chapter that is consistent with the application of similar statutes adopted by foreign jurisdictions.²³

Il est vrai que les mesures de collaboration prévues par le paragraphe 1527 du *U.S. Bankruptcy Code* étaient déjà appliquées par les tribunaux avant son entrée en vigueur : nomination de personnes chargées de la communication avec les tribunaux étrangers concernés, partage de l'information, coordination de la supervision des affaires du débiteur, et coordination des différentes procédures en cours, notamment. Mais si les moyens restent les mêmes, la fin est quant à elle devenue obligatoire. Les nouveaux paragraphes 1525 et 1526 imposent en effet aux tribunaux comme aux fiduciaires américains de coopérer au maximum de leurs possibilités avec les tribunaux ou représentants étrangers.

a) *La reconnaissance de la procédure et du représentant étrangers*

Comme c'est le cas dans le système conçu au sein de la Loi type, l'élément essentiel du Chapitre 15 est le lieu principal des affaires (« LPA ») du débiteur (en anglais COMI ou *center of main interest*), qui détermine la juridiction principale et y attache des conséquences particulières quant aux mesures pouvant être prises par les tribunaux américains. Le LPA ne peut être situé que dans une seule juridiction, qui sera en quelque sorte celle à l'égard de laquelle les procédures intentées dans d'autres juridictions devront s'harmoniser. Selon le paragraphe 1516(c) du *U.S. Bankruptcy Code*, le LPA du débiteur est présumé situé au lieu de son siège social.

Si le LPA est à l'étranger, le tribunal peut alors reconnaître l'existence d'une instance étrangère principale, conformément au paragraphe 1517. Si, en revanche, le débiteur n'a qu'un établissement, et non son siège social, dans le pays étranger où a été intentée l'instance pendante, cette instance peut être reconnue à titre d'instance étrangère secondaire²⁴. Mais il est également possible qu'une instance étrangère ne soit pas du tout reconnue, ni à titre principal, ni à titre secondaire tel qu'il appert dans l'affaire

23. Ce texte est accessible à l'adresse suivante : <<http://www.law.cornell.edu/uscode/>>.

24. 11 USC 1519.

*In re : Bear Stearns*²⁵ de la *U.S. Bankruptcy Court, Southern District of New York*. Or, cette décision est d'un intérêt particulier, puisque l'honorable juge Lifland est l'un des auteurs du Chapitre 15 et de la Loi type²⁶.

Le magistrat y a ainsi affirmé que la reconnaissance de procédures étrangères n'était pas un processus d'approbation automatique par les cours. Après avoir reconnu aux requérants la qualité de représentants étrangers des fonds débiteurs, le magistrat a donc procédé à l'examen des circonstances factuelles du dossier. Il s'agissait de fonds d'investissement constitués en compagnies des Îles Cayman, ayant leur siège social sur ces îles, administrés par une compagnie du Massachusetts, et dont les liquidités se trouvaient aux États-Unis avant d'être transférées aux Îles Cayman après le début de procédures de liquidation intentées en vertu de la législation insulaire. Bien que personne ne se soit opposé à la reconnaissance des Îles Cayman comme LPA des fonds, le juge Lifland a considéré que la requête des représentants étrangers contenait suffisamment de faits à même de renverser la présomption liée à l'emplacement du siège social de la compagnie. S'appuyant sur la décision européenne *In re Eurofood IFSC Ltd.*²⁷, le juge Lifland a ainsi refusé aux procédures intentées aux Îles Cayman la qualification d'instance étrangère principale :

As noted, each of the Funds' real seat and therefore their COMI is the United States, the place where the Funds conduct the administration of their interests on a regular basis and is therefore ascertainable by third parties, [...] and, more specifically, is located in this district where principal interests, assets and management are located. [...] Thus, I cannot grant recognition of the Foreign Proceedings as main proceedings.

Le juge Lifland a ainsi pris le contrepied de la décision rendue dans *In re SPhinX*²⁸. Le LPA avait alors été placé aux Îles Cayman, simplement parce qu'aucune objection n'avait été soulevée quant à cette localisation, et parce qu'aucune procédure n'avait été intentée ailleurs. La position du juge Lifland nous

25. *In re : Bear Stearns High-Grade Structured Credit Strategies Master Fund, Ltd.*, 374 B.R. 122 (Bankr. S.D.N.Y. 2007).

26. <<http://tinyurl.com/d7zzgk>>.

27. *Eurofood IFSC Ltd.*, 2006, aff. n° C-341/04 (CJCE).

28. *In re SPhinX, Ltd.*, 351 B.R. 103, 112 (Bankr. S.D.N.Y. 2006).

semble préférable, car elle est la plus efficace pour déterminer un LPA correspondant à la réalité commerciale et juridique d'une part, et pour lutter contre le *forum shopping* d'autre part. Malgré l'absence d'objection, le tribunal a en effet toujours le pouvoir discrétionnaire d'accorder ou non la qualification d'instance étrangère²⁹.

Le juge Lifland a ensuite vérifié si les procédures intentées aux Îles Cayman pourraient être reconnues à titre d'instance étrangère secondaire. Pour cela, il était nécessaire que les fonds débiteurs aient un établissement sur ces îles³⁰ : or, les fonds débiteurs n'avaient aucune activité réelle aux Îles Cayman, et ne pouvaient donc pas y avoir d'établissement. Par conséquent, les procédures intentées aux Îles Cayman n'ont finalement été reconnues ni en tant qu'instance étrangère principale, ni en tant qu'instance étrangère secondaire. Dans une telle situation, le représentant étranger ne se retrouve pas pour autant sans recours. Tel que souligné par le juge Lifland, le paragraphe 303 du *U.S. Bankruptcy Code* permet en effet à un représentant étranger d'intenter des procédures d'insolvabilité en vertu du Chapitre 11, sans que les procédures intentées à l'étranger soient reconnues. Enfin, le paragraphe 1509(f) permet à un représentant étranger débouté de poursuivre le recouvrement d'une réclamation devant les tribunaux américains.

Pour conclure, relevons que la législation américaine définit comme suit la notion de représentant étranger :

(24) The term "foreign representative" means a person or body, including a person or body appointed on an interim basis, authorized in a foreign proceeding to administer the reorganization or the liquidation of the debtor's assets or affairs or to act as a representative of such foreign proceeding.³¹

Lorsque la procédure étrangère est canadienne, le représentant étranger est généralement le contrôleur (LACC) ou le syndic

29. Voir Daniel GLOS BAND, « SphinX Chapter 15 Opinion Misses the Mark », (December/January 2007) 25 *A.M. Bankr. Inst. J.* 44, 45 à la p. 84 ; Lawrence WESTBROOK, « Locating the Eye of the Financial Storm », (2007) 32 *Brooklyn J. Intl. L.* 1019, 1024 aux p. 1033-1034 et Kathy YEATTER, « Judicial Vagaries and Their Potential Impact on the Valuation of Distressed Debt », (Nov. 2007) 26 *A.M. Bankr. Inst. J.* 50, 52, 53 (dans *Re : Basis Yield Alpha Fund (Master)*, 381 B.R. 37).

30. 11 USC 1502.

31. 11 USC 101.

(LFI) nommé ou désigné dans le cadre des procédures canadiennes d'insolvabilité³².

b) Effets de la reconnaissance

La reconnaissance d'une instance étrangère principale a certains effets automatiques, alors que d'autres sont laissés à la discrétion des tribunaux. Ainsi le paragraphe 1520 prévoit-il la suspension automatique des procédures concernant les actifs du débiteur qui sont situés aux États-Unis. Cette suspension des procédures relevait auparavant de la discrétion des tribunaux. Par ailleurs, les dispositions du USC qui sont relatives à la vente ou à l'utilisation des actifs du débiteur situés aux États-Unis, ainsi que celles qui régissent les transferts de ces mêmes actifs, ou les sûretés prises sur ceux-ci après la procédure d'insolvabilité, s'appliquent automatiquement aux actifs du débiteur visé par l'instance étrangère principale³³. En outre, la reconnaissance de l'instance étrangère principale confère au représentant étranger les pouvoirs qu'aurait un syndic sur les biens du débiteur situés dans la juridiction des États-Unis, à moins que le tribunal n'en décide autrement³⁴.

C'est au paragraphe 1521 que sont énumérées les mesures laissées à la discrétion des tribunaux, incluant l'organisation d'interrogatoires de témoins, ou l'attribution au représentant étranger de pouvoirs de supervision ou de liquidation des actifs du débiteur qui sont situés en territoire américain.

Quant aux instances étrangères secondaires, l'ensemble des mesures réservées aux instances principales peuvent leur être appliquées, les tribunaux bénéficiant d'un pouvoir discrétionnaire à cet égard³⁵.

Il est intéressant de noter qu'en cas d'urgence, des mesures provisionnelles peuvent être demandées par le représentant étranger, et couvrir ainsi la période de traitement de la requête en

32. Dans l'affaire *Hollinger* (Ontario Superior Court of Justice, Court File No. 07-CL-7120), c'est toutefois une compagnie du groupe ayant fait l'objet de procédures régies par la LACC qui fut désignée et reconnue par la Cour supérieure de justice ontarienne comme représentant étranger.

33. 11 USC 1520.

34. 11 USC 1520.

35. 11 USC 1521.

reconnaissance³⁶. Le paragraphe 1519(a)(3) inclut même, parmi les mesures pouvant être prises à titre provisionnel, celles du paragraphe 1521(a)(7), qui permet aux tribunaux d'accorder toute mesure additionnelle habituellement à la disposition d'un syndic (à l'exception du pouvoir d'intenter des actions en annulation).

c) Financement intérimaire

On peut affirmer que le Chapitre 15 du *U.S. Bankruptcy Code* permet au représentant étranger d'obtenir la mise en place d'un financement intérimaire, et des super-priorités qui accompagnent généralement ce type de financement. Réciproquement, on peut affirmer que le Chapitre 15 permet aux tribunaux américains de reconnaître un financement intérimaire ordonné par un tribunal étranger, et d'assurer l'effectivité, aux États-Unis, des accessoires accompagnant un tel financement.

On pourrait tenter d'obtenir un tel financement intérimaire avant même la reconnaissance de la procédure étrangère, dans le cadre des mesures provisionnelles prévues au paragraphe 1519. Certes, l'urgence requise par le texte semble un critère facile à remplir, le débiteur pouvant être dans l'incapacité de continuer ses opérations sans la mise en place d'un tel financement. Mais encore faudrait-il que les tribunaux soient venus préciser la notion d'urgence en vertu du Chapitre 15, ce qui, à notre connaissance, ne s'est pas produit à ce jour. Le fardeau sera de toute façon élevé pour le représentant étranger, qui devra établir que sont réunis les critères nécessaires à l'attribution d'une injonction, notamment l'existence d'un préjudice irréparable lié à l'absence de financement intérimaire³⁷.

Si un tel financement intérimaire était accordé pour la période précédant la reconnaissance de la procédure étrangère, l'ordonnance le prévoyant devrait impérativement être renouvelée en vertu du paragraphe 1521(a)(6), afin de permettre à ce financement de couvrir toute la période des procédures d'insolvabilité. En effet, toute mesure provisionnelle accordée sous le paragraphe 1519 tombe lorsque la procédure étrangère est reconnue³⁸.

36. 11 USC 1519.

37. 11 USC 1519(e).

38. 11 USC 1519(b).

Une fois l'instance étrangère reconnue, l'urgence et les critères nécessaires à l'attribution d'une injonction qui existaient en vertu du paragraphe 1519 ne sont plus essentiels à l'attribution des mesures prévues par le paragraphe 1521, qui accorde un large pouvoir discrétionnaire aux tribunaux. De plus, comme nous l'avons indiqué plus haut, le paragraphe 1521(a)(7) permet aux tribunaux d'accorder toute mesure additionnelle habituellement à la disposition d'un syndic (à l'exception du pouvoir d'intenter des actions en annulation). Or, les paragraphes 364(c) et (d) permettent à un syndic d'encourir, après le début des procédures d'insolvabilité, des créances garanties par une priorité ou une super-priorité. Une telle discrétion peut donc au moins permettre aux juges d'accorder un financement intérimaire à un débiteur étranger.

Notons à ce sujet que dans l'affaire *Re : ROL Manufacturing Canada Ltd. et al.*³⁹, l'ordonnance initiale rendue à Montréal par l'honorable juge Danièle Mayrand prévoit la reconnaissance d'un financement intérimaire aux États-Unis. L'audition au mérite de la requête en vertu du Chapitre 15 du *U.S. Bankruptcy Code* a eu lieu le 16 avril 2008 devant la *U.S. Bankruptcy Court (Southern District of Ohio)* et l'honorable juge Lawrence Walter y a reconnu l'instance étrangère principale intentée à Montréal ainsi que le financement intérimaire de vingt-deux millions de dollars accordé à la compagnie débitrice.

Par ailleurs, notons que les financements intérimaires actuellement accordés en vertu du Chapitre 11 du *U.S. Bankruptcy Code* peuvent être reconnus et étendus aux procédures d'insolvabilité intentées en parallèle au Canada et ce, en vertu du principe de courtoisie (en attendant l'entrée en vigueur du Chapitre 47)⁴⁰.

d) Coordination de procédures concurrentes

Le *U.S. Bankruptcy Code* régit également la coordination de procédures intentées sous différents régimes d'insolvabilité. Ainsi, une fois l'instance étrangère principale reconnue, des pro-

39. C.S. Montréal, n° 500-11-032730-083.

40. Voir, par exemple, l'affaire *Smurfit Stone Container Corporation : In re : Smurfit-Stone Container Corporation et al.* (U.S. Bankr. Court of Delaware, Case No. 09-10235), January 27, 2009 (Interim Order) and February 23, 2009 (Final Order) et *Smurfit-Stone Container Canada Inc. (Re)*, [2009] O.J. No. 349.

cédures ne peuvent être intentées en vertu du *U.S. Bankruptcy Code* contre le même débiteur que si ce débiteur a des actifs aux États-Unis, et ces procédures se limiteront alors à ces actifs situés en sol américain⁴¹.

Par ailleurs, si une instance étrangère et une instance américaine en vertu du *U.S. Bankruptcy Code* sont concurrentes, toute mesure prise en vertu des paragraphes 1519 et 1521 doit être en harmonie avec les mesures prises dans le cadre de l'instance américaine, et les effets automatiques du paragraphe 1520 ne peuvent pas s'appliquer, quand bien même l'instance étrangère serait reconnue comme une instance principale⁴². Cela vaut même lorsque la procédure américaine est intentée après la reconnaissance de l'instance étrangère. Et lorsque cette instance étrangère n'est que secondaire, aucune mesure ne peut être accordée par les tribunaux américains au représentant étranger, à moins que les juges ne soient convaincus qu'en vertu de la loi américaine, les actifs concernés par ces mesures doivent être administrés dans le cadre de l'instance étrangère⁴³.

Lorsque des procédures américaines sont intentées après la reconnaissance d'une instance étrangère principale, relevons que les requérants américains bénéficient d'une présomption d'insolvabilité de leur débiteur, qui découle de cette reconnaissance de l'instance étrangère⁴⁴.

Lorsque plusieurs instances étrangères sont reconnues, les mesures accordées aux représentants étrangers doivent être harmonisées entre elles, préséance étant accordée à l'instance étrangère principale sur l'instance étrangère secondaire⁴⁵.

Enfin, le paiement obtenu par un créancier dans une instance étrangère lui interdit de demander tout montant pour la même réclamation dans le cadre de procédures américaines et ce, tant que le montant reçu à l'étranger est proportionnellement supérieur ou égal au montant obtenu dans le cadre des procédures américaines par des créanciers de même classe.

41. 11 USC 1528.

42. 11 USC 1529.

43. 11 USC 1529.

44. 11 USC 1531.

45. 11 USC 1530.

2. *Affaire Muscletech : un exemple de coopération judiciaire en vertu du Chapitre 15*

La réorganisation transfrontalière de la compagnie Muscletech Research and Development Inc. (« Muscletech ») est le premier exemple d'une telle procédure d'envergure sous l'application du nouveau Chapitre 15 du *U.S. Bankruptcy Code*. Muscletech et ses filiales produisaient et distribuaient des suppléments diététiques, dont certains à base d'éphédra, supposés augmenter la masse musculaire des consommateurs. De 1999 à 2005, plusieurs poursuites furent intentées sur la base de la responsabilité liée à ces produits, impliquant Muscletech directement ou en garantie. Muscletech a d'abord cessé de vendre ces produits à compter de décembre 2002, et s'est défendue dans le cadre de ces poursuites. Par la suite, le mouvement prenant de l'ampleur, Muscletech s'est placée sous la protection de la LACC, en vue de parvenir à une résolution mondiale de ces poursuites.

Le 18 janvier 2006, l'honorable juge Farley, de la Cour supérieure de justice de l'Ontario, délivra l'ordonnance initiale de protection requise par Muscletech⁴⁶. Après avoir vérifié que Muscletech était bien insolvable au sens de la LACC, le juge Farley s'était penché sur la détermination du lieu principal de ses affaires. Prenant en considération le fait que toutes les compagnies du groupe avaient été constituées et enregistrées en Ontario, que l'ensemble des décisions étaient prises en Ontario, et que divers facteurs administratifs et opérationnels désignaient l'Ontario (les opérations administratives étaient conduites en Ontario, et les arrangements bancaires principaux du groupe étaient également conclus en Ontario), c'est en Ontario qu'avait été situé le LPA de Muscletech. Soulignant qu'il serait demandé le jour même que son ordonnance soit reconnue aux États-Unis en vertu du Chapitre 15 du *U.S. Bankruptcy Code*, le juge Farley rappela finalement que les tribunaux du Canada et des États-Unis avaient joui d'une longue relation basée sur la courtoisie internationale et le partage des principes, notamment en matière de faillite et d'insolvabilité.

Son appel à la collaboration fut entendu de l'autre côté de la frontière. Toujours le 18 janvier 2006, une requête était déposée devant la *U.S. Bankruptcy Court, Southern District of New York*, pour obtenir une ordonnance de protection en vertu du Cha-

46. *Re : Muscletech Research and Development Inc.* (2006), 19 C.B.R. (5th) 54.

pitre 15. Cette ordonnance reconnut d'une part le contrôleur des procédures canadiennes, RSM Richter Inc. (« RSM Richter »), comme représentant étranger, conféra d'autre part aux procédures LACC le statut d'instance étrangère principale au sens du Chapitre 15, et donna enfin plein effet à l'ordonnance du juge Farley.

Puisque le Chapitre 15 n'accorde pas la suspension des procédures à l'encontre de parties autres que le débiteur insolvable, le contrôleur dut également déposer le même jour une requête visant à étendre cette protection aux autres parties qui étaient visées par les mêmes poursuites (chercheurs, détaillants, assureurs ou fabricants). Cette requête poussa les tribunaux américains à transférer le dossier de la *U.S. Bankruptcy Court* à la *U.S. District Court* (tribunal fédéral de première instance), dès le 20 janvier 2006. La *U.S. District Court* accueillit ensuite cette requête, et confirma en outre le 2 mars 2006 que le LPA des débiteurs était bien en Ontario.

Au total, 25 ordonnances furent rendues au Canada dans ce dossier : toutes furent reconnues aux États-Unis. Certes, cela ne fut pas sans difficulté. Ainsi, le 9 février 2006, la *U.S. District Court* avait requis du contrôleur canadien et représentant étranger, RSM Richter, qu'il prépare une version claire, en anglais, de l'injonction recherchée en vue de protéger toute partie visée par les poursuites. Insatisfait de la copie rendue par les avocats américains du contrôleur, l'honorable juge Rakoff eut la plume sévère dans son jugement du 21 février 2006⁴⁷ :

In response, U.S. counsel for the monitor, after conferring with other affected counsel, submitted to the Court on February 15, 2006, a proposed new order of mind-numbing turgidness and prolixity, the very first sentence of which extends for nearly four pages. Counsel are apparently of the view that "plain" means "incomprehensible" and that "English" means "gobbledygook".

Would it be asking too much to ask counsel to make another attempt at a new version ?

Considérations sémantiques mises à part, les juges américains et canadiens impliqués dans ce dossier ont fait preuve d'un certain pragmatisme qui leur a permis de répartir efficacement leur charge de travail entre les deux juridictions.

47. 2006 U.S. Dist. LEXIS 6590 (NY U.S. Dis.).

Un comité *ad hoc* de créanciers demanda et obtint au Canada d'être reconnu comme représentant étranger en vertu de la LACC. Le juge Farley rendit ensuite une ordonnance demandant aux titulaires potentiels de réclamations de se faire connaître avant le 8 mai 2006⁴⁸. Cette ordonnance canadienne du 3 mars 2006 fut approuvée aux États-Unis par le juge Rakoff, le 22 mars suivant. En plus de définir les réclamations admissibles, l'ordonnance du 3 mars décrivait précisément le processus de notification que devait suivre le contrôleur. Ainsi, RSM Richter eut l'obligation de faire parvenir une preuve de réclamation accompagnée de l'information nécessaire à chaque créancier connu de Muscletech. Le contrôleur dut également produire électroniquement ces documents sur le site de la *U.S. District Court*, et publier un avis aux créanciers au sein des éditions nationales du *Globe and Mail*, du *Wall Street Journal*, et de *USA Today*. Copie de tous ces documents et de l'ordonnance du 3 mars dut également être publiée sur le site Internet de RSM Richter. Tout au long du processus, les procureurs représentant les créanciers potentiels américains ont d'ailleurs reçu copie de chaque requête déposée au Canada.

Le 8 juin 2006, une nouvelle ordonnance fut rendue au Canada, par l'honorable juge Ground cette fois, afin de déterminer un processus de résolution des réclamations⁴⁹. On y désignait une méthode que le contrôleur devrait appliquer à l'évaluation des preuves de réclamation en vue de leur rejet ou de leur approbation, ainsi qu'une méthode de traitement des réclamations contestées. Cette ordonnance fonctionnait en relation avec une autre ordonnance ayant établi un processus de médiation pour les réclamations fondées sur la responsabilité liée à l'utilisation d'éphédra. Le juge Rakoff, de la *U.S. District Court*, était chargé de ce processus de médiation, via lequel furent traitées 33 réclamations : 30 furent ainsi réglées à la fin du mois de juillet, et les trois dernières en novembre 2006.

Les juges durent finalement faire face aux difficultés pratiques que pouvait impliquer le vote de l'ensemble des créanciers sur le plan d'arrangement dont accoucha le processus mis en place. Une ordonnance fut rendue au Canada le 15 décembre 2006, définissant la procédure à suivre en vue de la convocation

48. *Re Muscletech Research and Development Inc.*, 2006 CanLII 7517 (ON S.C.).

49. *Re Muscletech Research and Development Inc.*, 2006 CanLII 20083 (ON S.C.).

des créanciers et de la tenue du vote, pour le 26 janvier 2007. Le 29 décembre, le contrôleur fit parvenir les documents indiqués au sein de cette ordonnance à l'ensemble des créanciers, leur permettant ainsi d'exercer leur droit de vote en pleine connaissance de cause.

Le plan d'arrangement fut voté à la date prévue et sanctionné par le juge Ground le 22 février 2007, conformément l'article 6 LACC⁵⁰. Il prévoyait la distribution d'indemnités à l'ensemble des créanciers, cette distribution étant entièrement financée par des parties autres que Muscletech et visées par les mêmes procédures, en échange pour ces tierces parties d'une quittance finale. Le juge Ground estima cette proposition juste et équitable, relevant que sans celle-ci, Muscletech serait mise en faillite et les créanciers seraient privés de toute indemnisation⁵¹.

Le plan d'arrangement fut reconnu aux États-Unis le 7 mars 2007, et Muscletech sortit de la protection accordée par les cours canadiennes et américaines le 10 avril 2007⁵². Les efforts de coopération et de coordination consentis dans ce dossier ont permis de résoudre en une quinzaine de mois ce que de multiples procédures intentées dans différentes juridictions auraient probablement requis des années à démêler, pour un résultat incertain. Il s'agit du premier exemple de coopération transfrontalière d'une telle envergure sous l'égide du Chapitre 15 du *U.S. Bankruptcy Code*. Les résultats en sont on ne peut plus encourageants, et la prochaine entrée en vigueur du Chapitre 47 canadien devrait constituer un pas de plus vers l'harmonisation pragmatique de nos systèmes, tel qu'exigé de plus en plus fermement par les caractéristiques internationales de l'économie moderne.

B. Contenu du Chapitre 47 des Lois du Canada (2005)

Une fois en vigueur, les dispositions du Chapitre 47 deviendront les articles 267 à 284 de la LFI, et les articles 44 à 61 de la LACC. Les régimes des deux lois seront alors plus harmonisés que dans leur état actuel. Par ailleurs, bien que le Chapitre 47 soit largement inspiré de la Loi type, le législateur s'en est détaché sur certains aspects particuliers.

50. *Re Muscletech Research and Development Inc.*, 2007 CanLII 5146 (ON S.C.).

51. *Ibid.*

52. <<http://www.lexpert.ca/deal.php?id=3746>>.

1. *Lieu principal des affaires*

L'instance étrangère principale sera celle de la juridiction du LPA du débiteur. Une instance étrangère secondaire sera quant à elle toute procédure étrangère autre que principale⁵³. Cela contraste avec la Loi type et le Chapitre 15 du *U.S. Bankruptcy Code*, puisque ces deux textes exigent que le débiteur ait un établissement dans la juridiction où est intentée l'instance étrangère pour qu'elle soit reconnue comme une instance étrangère secondaire. Cette distinction devrait permettre aux juges canadiens de s'écarter de la conclusion de l'affaire *Bear Stearns*⁵⁴, selon laquelle une instance intentée à l'étranger ne pourrait pas être reconnue, que ce soit à titre principal ou secondaire, à défaut d'existence d'un tel établissement du débiteur dans la juridiction étrangère. Pour en obtenir la reconnaissance, il faudra toutefois démontrer que l'instance étrangère en question vise l'ensemble des créanciers, et a pour effet de dessaisir le débiteur de ses biens ou de l'administration de ses affaires au bénéfice d'un tiers, à des fins de réorganisation ou de liquidation⁵⁵.

Comme c'est le cas au Chapitre 15, le siège social du débiteur ou, s'agissant d'une personne physique, le lieu de sa résidence habituelle est présumé être son LPA. Cela est toutefois sujet à preuve contraire⁵⁶. Malheureusement, il n'existe aucune indication quant à la façon dont cette preuve contraire doit être gérée, que ce soit dans les dispositions canadiennes ou américaines, ou dans la *Loi type de la CNUDCI*. Or, de nombreuses faillites transfrontalières concernent des groupes aux établissements multiples. De sérieux problèmes risquent donc de survenir lorsqu'il s'agira pour un tribunal canadien de déterminer, parmi plusieurs procédures étrangères concomitantes, laquelle est la principale. On peut notamment se demander si le fait qu'une maison-mère ait le contrôle effectif d'une filiale sera suffisant pour renverser la présomption établie quant à son LPA.

a) *Jurisprudence européenne*

À ce sujet, l'auteure Janis Sarra suggère d'utiliser les critères définis par la Cour de Justice européenne. Dans l'affaire *Euro-*

53. Art. 268 LFI et 45 LACC.

54. *In Re : Bear Stearns High-Grade Structured Credit Strategies Master Fund, Ltd.*, 374 B.R. 122 (Bankr. S.D.N.Y. 2007).

55. Art. 268 LFI et 45 LACC.

56. Art. 268 LFI et 45 LACC.

*food IFSC Ltd.*⁵⁷, la question fut posée à l'occasion de l'insolvabilité de la multinationale italienne Parmalat SpA (« Parmalat »), dont Eurofood UFSC Ltd. (« Eurofood ») était une filiale irlandaise. Eurofood, contrôlée à 100 % par Parmalat, avait pour fonction de fournir du financement à l'ensemble du groupe. Or, à la veille de Noël 2003, des procédures d'insolvabilité furent introduites en Italie à l'encontre de Parmalat. Un mois plus tard, un créancier américain obtint en Irlande la nomination d'un liquidateur qui prit possession des biens d'Eurofood. Les tribunaux italiens étendirent ensuite leurs procédures à Eurofood, et les juges irlandais refusèrent de reconnaître la juridiction italienne sur Eurofood. Cette situation menait droit au blocage, puisque le texte européen applicable en matière d'insolvabilité transfrontalière⁵⁸ prévoit à son article 4 qu'un seul LPA peut être déterminé pour l'ensemble de l'Union européenne, duquel découle le droit applicable à l'ensemble des procédures⁵⁹. La question fut alors soumise à la Cour de Justice européenne, qui était alors confrontée à deux possibilités : soit elle pouvait situer le LPA d'Eurofood en Irlande, où elle menait ses activités commerciales, soit elle pouvait le situer en Italie, lieu de contrôle effectif de ses activités par Parmalat.

La Cour de Justice européenne affirma que la présomption établie quant au lieu des affaires principales ne pourrait être renversée qu'en présence de faits objectifs et vérifiables par des tiers, permettant de démontrer que la situation véritable est différente de celle que la localisation du siège social enregistré est supposée refléter. Par exemple, le fait que la compagnie débitrice n'ait pas d'activités dans la juridiction où est supposé se trouver son LPA serait un tel fait objectif et vérifiable. Or en l'espèce, Eurofood était active en Irlande, et son contrôle par Parmalat ne pouvait suffire à renverser la présomption créée par le siège irlandais d'Eurofood. Selon les juges européens, la détermination doit se faire au cas par cas, et une importance particulière doit être accordée aux éléments de faits vérifiables par des tiers. Dans un

57. *Eurofood IFSC Ltd.*, 2006, aff. n° C-341/04 (CJCE).

58. Règlement communautaire n° 1346/2000 du 29/5/2000 relatif aux procédures d'insolvabilité.

59. Ce n'est pas le cas en Amérique du Nord, où rien n'empêche un juge canadien de placer le lieu des affaires principales du débiteur au Canada, malgré la décision d'un juge américain qui aurait situé ce COMI aux États-Unis : la courtoisie internationale doit alors permettre de résoudre les difficultés résultant de telles situations.

souci de sécurité juridique, il est en effet capital que des créanciers puissent avoir une idée aussi claire que possible du lieu des affaires principales de leur débiteur.

Dans *BenQ Mobile GmbH & Co. OHG* et *BenQ Mobile Holding B.V.*⁶⁰, on trouve un autre exemple d'application des critères de la Cour de Justice européenne. Il s'agissait alors d'éclaircir la notion de groupes d'entreprises, l'instance pouvant être intentée à la fois devant les tribunaux de Munich et d'Amsterdam. Dans les faits, le tribunal d'Amsterdam avait été saisi de l'affaire deux jours avant celui de Munich. Dans un jugement du 31 janvier 2007, le tribunal d'Amsterdam avait traité de la liquidation involontaire de *BenQ Mobile Holding B.V.* (« Holding »). Les contrôleurs de Holding et deux filiales se sont opposés aux procédures, argumentant que le LPA de Holding se trouvait en Allemagne. Ils se sont appuyés sur les critères de contrôle effectif, sur le fait que toutes les filiales de Holding étaient gérées de Munich et que les décisions d'affaires importantes se prenaient dans la même ville. En appliquant le raisonnement de la Cour de Justice européenne, le tribunal d'Amsterdam a affirmé que la présomption entourant le LPA ne pouvait être renversée que si la compagnie n'exerçait pas ou presque pas d'activités dans la juridiction où se trouvait son siège social, soit les Pays-Bas en l'espèce. Pour ne pas renverser la présomption, la Cour de Justice européenne a relevé que Holding exerçait ses activités à la connaissance des tiers dans les Pays-Bas, et que ces tiers n'étaient pas nécessairement au courant des activités de Holding à Munich.

Le tribunal allemand a, quant à lui, autorisé l'institution de procédures secondaires, malgré l'opposition des débiteurs, considérant que la compagnie exerçait une activité significative et plus que transitoire dans la ville de Munich.

Selon l'auteure Janis Sarra, le seuil élevé des critères ainsi établis quant à la détermination du LPA offre plus de certitude pour les créanciers, mais est source de nouveaux défis dans les cas où la reconnaissance de procédures secondaires multiples est recherchée à l'égard de groupes d'entreprises. En effet, les procédures secondaires sont limitées à des processus de liquidation

60. *BenQ Mobile GmbH & Co. OHG* [a trading partnership] et *BenQ Mobile Holding B.V.*, Docket No. 1503 IE 4371/06 Munich, February 5, 2007.

dans les États membres : sans coordination ni coopération, la valeur de réalisation pourrait ne pas être maximisée⁶¹.

b) *Jurisprudence américaine*

Notons que la jurisprudence américaine a elle aussi mentionné certains critères pouvant être pris en compte pour renverser la présomption découlant du siège social. Le siège social effectif du débiteur, celui de la compagnie mère, le lieu des principaux actifs du débiteur, la juridiction où se trouvent la majorité des créanciers, ou la juridiction dont la loi s'appliquerait à la majorité des réclamations sont en effet autant de critères permettant selon les juges américains de renverser la présomption découlant de l'emplacement du siège social⁶². Soulignons ici que la présomption de l'article 1516 n'existe que dans le but pratique d'accélérer la détermination du LPA. Elle ne lie pas les tribunaux qui peuvent examiner les faits plus en profondeur lorsque la situation l'exige, ce que démontre la décision rendue dans l'affaire *In Re Basis Yield Alpha Fund*⁶³.

Mais cette possibilité même de renverser la présomption est mère de problèmes potentiels, car elle semble permettre que deux juridictions différentes s'estiment respectivement investies du traitement de la principale procédure au dossier. Cela pourrait se produire dans l'éventualité de l'institution de plusieurs procédures d'insolvabilité concomitantes, par exemple aux États-Unis et au Canada. Dans cette hypothèse, la juridiction américaine saisie pour reconnaître une instance étrangère pourrait décider que le LPA du débiteur n'est pas celui de son siège social, alors que la juridiction canadienne, saisie également d'une demande de reconnaissance de l'instance américaine, pourrait s'en tenir à la présomption établie (même si le représentant étranger demandait que l'instance américaine soit qualifiée de principale). Nous serions alors en présence de deux instances principales, sans qu'aucune solution n'ait été expressément prévue par le législateur. Or, en Amérique du Nord, le régime d'insolvabilité est évi-

61. Janis SARRA, « Maidum's Challenge, Legal and Governance Issues in Dealing with Cross-Border Business Enterprise Group Insolvencies », (2008) 17 *International Insolvency Review* 112-116.

62. *In re : Bear Stearns High-Grade Structured Credit Strategies Master Fund, Ltd.*, 374 B.R. 122 (Bankr. S.D.N.Y. 2007) ; *In re SPhinX, Ltd.*, 351 B.R. 103, 112 (Bankr. S.D.N.Y. 2006).

63. *Re : Basis Yield Alpha Fund (Master)*, 381 B.R. 37 à la p. 52.

demment moins intégré qu'au sein de l'Union européenne. Il n'existe notamment pas d'équivalent américain de la Cour de Justice européenne pouvant remédier aux conflits entre juridictions.

En revanche, lorsqu'un tribunal américain et un tribunal canadien sont en désaccord quant au LPA, il leur est toujours possible de collaborer par des mesures dont l'application aux instances étrangères secondaires est expressément prévue par les textes du Chapitre 15 et du Chapitre C-47. Dans ce contexte, la courtoisie internationale sera donc toujours appelée à jouer un rôle important pour concilier les désaccords entre juges américains et canadiens.

Par ailleurs, le critère de l'activité commerciale effective d'une compagnie doit selon nous primer sur celui du lieu de son contrôle effectif pour déterminer l'emplacement du LPA du débiteur⁶⁴. Cela augmente les chances de voir le LPA être situé là où se trouvent la majorité des créanciers, dont la sécurité juridique serait ainsi mieux préservée.

c) Conclusion

Selon l'auteure Janis Sarra, la divergence entre les tests appliqués par les tribunaux de l'Union européenne et ceux des tribunaux américains soulève des défis importants pour les cas d'insolvabilité transfrontalière impliquant des groupes d'entreprises ayant un pied sur chaque continent. Un facteur essentiel de ce pan du droit est la détermination du LPA et, par le fait même, la détermination de la juridiction compétente pour juger des procédures principales et de l'étendue de la coordination et de la coopération judiciaire.

Cependant, la détermination du LPA ne facilite pas toujours le regroupement de procédures multiples en une seule instance puisqu'on ne permet pas nécessairement aux membres d'un groupe d'entreprises de situer le LPA de toutes les entités de ce groupe dans un seul et même État. Certes, il est tout aussi impor-

64. Voir, à ce sujet, Kevin P. McELCHERAN et Karen S. PARK, « Canadian Cross-Border Corporate Group Insolvencies : Lessons to be Learned from Europe », dans *Annual Review of Insolvency Law*, Montréal, Thomson Carswell, 2006, p. 145 et s.

tant de ne pas permettre à la loi intérieure d'étendre sa compétence de manière inappropriée à des filiales situées à l'extérieur de sa juridiction. Le débat actuel se situe donc entre la nécessité d'élaborer un concept de LPA unique pour les groupes d'entreprises et l'utilisation des seules règles internationales de courtoisie et de coopération déjà en place⁶⁵.

2. Droits du représentant étranger

Sous le nouveau Chapitre 47, un représentant étranger sera une personne ou un organisme autorisé dans le cadre d'une instance étrangère à administrer les biens ou les affaires du débiteur aux fins de réorganisation ou de liquidation, ou à y agir en tant que représentant⁶⁶.

Ce représentant étranger pourra s'adresser aux tribunaux pour obtenir la reconnaissance de procédures étrangères d'insolvabilité, en tant qu'instance principale ou secondaire⁶⁷. Certains documents désignés spécifiquement devront alors être fournis : satisfait qu'il est en présence d'une instance étrangère et d'un représentant étranger tels que définis statutairement, le juge concerné rendrait alors une ordonnance de reconnaissance spécifiant s'il s'agit d'une instance principale ou secondaire. Moins de place est donc laissée à la discrétion des tribunaux. Cela, cumulé au fait que les dispositions du Chapitre 15 en matière de reconnaissance sont identiques, devrait diminuer l'incertitude qui prévalait sous les anciens textes canadien et américain, et harmoniser la reconnaissance d'instances étrangères entre le Canada et les États-Unis.

3. Effets de la reconnaissance d'une instance étrangère

Comme c'est le cas sous le Chapitre 15 américain, certains effets de la reconnaissance d'une instance étrangère sous le Chapitre 47 canadien seront automatiques, tandis que d'autres pourront être obtenus par le biais d'une ordonnance de la cour.

65. Janis SARRA, « Maidum's Challenge, Legal and Governance Issues in Dealing with Cross-Border Business Enterprise Group Insolvencies », (2008) 17 *International Insolvency Review* 113-120.

66. Art. 268 LFI et 45 LACC.

67. Art. 269-270 LFI et 46 LACC.

a) *Effets automatiques de la reconnaissance d'une instance étrangère principale*

En vertu de la LFI, la reconnaissance d'une instance étrangère principale aura deux effets automatiques⁶⁸ :

1. elle entraînera la suspension de toute procédure contre le débiteur ; et
2. le débiteur se verra interdire de disposer de ses biens situés au Canada autrement que dans le cours ordinaire des affaires.

La cour pourra moduler ces effets dans l'ordonnance qu'elle rendra, et ces mêmes effets ne trouveront pas application si une procédure LFI est déjà en cours contre le débiteur. Enfin, ces interdictions n'empêcheront pas que soit intentée contre le débiteur toute procédure sous le régime de la LFI, de la LACC, ou de la *Loi sur les liquidations et les restructurations*⁶⁹.

Selon la LACC, la reconnaissance d'une instance étrangère principale aura les mêmes effets, mais suspendra également toute procédure contre la compagnie débitrice qui serait ou pourrait être intentée en vertu de la LFI ou de la *Loi sur les liquidations et les restructurations*⁷⁰. En revanche, la compagnie débitrice pourra elle-même intenter ou continuer toute procédure sous le régime de la LACC, de la LFI, ou de la *Loi sur les liquidations et les restructurations*. Enfin, la reconnaissance n'aura pas d'effet suspensif quant aux procédures, ni restrictif quant aux biens, si en date de l'ordonnance de reconnaissance, une procédure LACC est déjà en cours contre la débitrice.

b) *Effets pouvant être obtenus sur ordonnance par le représentant étranger*

Par ailleurs, le représentant étranger pourra obtenir certaines ordonnances de la cour, notamment en vue de se faire confier l'administration ou la réalisation de tout ou partie des biens du débiteur situés au Canada, ou afin de faire nommer un séquestre sur ces biens. Il pourra également obtenir des ordonnances régissant la collecte et l'administration de la preuve, notamment par

68. Art. 271 LFI.

69. L.R.C. (1985), c. W-11.

70. Art. 48 LACC.

l'interrogatoire de témoins. En présence d'une instance secondaire, il sera également possible d'obtenir du tribunal que les effets automatiques de la reconnaissance d'une instance principale soient appliqués à cette même instance secondaire⁷¹.

De plus, sa reconnaissance permettra au représentant étranger d'entamer ou de poursuivre des procédures LFI contre le débiteur, comme s'il était un créancier de celui-ci⁷².

On peut en outre raisonnablement penser qu'un financement intérimaire pourrait être accordé dans le cadre des nouvelles dispositions, sur demande du représentant étranger. Le tribunal peut en effet « rendre toute ordonnance qu'il estime indiquée », s'il est convaincu que cette mesure « est nécessaire pour protéger les biens du débiteur ou les intérêts d'un ou de plusieurs créanciers »⁷³. Parmi les mesures qu'un tribunal canadien pourrait considérer comme nécessaires à ces fins, rien dans les nouvelles dispositions ne nous semble permettre d'écarter l'établissement d'un financement intérimaire au Canada, ni la reconnaissance au Canada d'un tel financement mis en place à l'étranger. Comme toute ordonnance rendue en vertu de ces dispositions, celle qui concernerait un financement intérimaire devrait toutefois être compatible avec toute ordonnance rendue dans le cadre d'une procédure LACC ou LFI déjà en cours au Canada concernant le débiteur visé⁷⁴.

c) Effets généraux : devoir de coopération

Le Chapitre 47 imposera expressément aux tribunaux canadiens un devoir de coopération avec le représentant et les tribunaux étrangers, une fois reconnue l'instance étrangère⁷⁵. De son côté, le représentant étranger devra avertir le tribunal canadien de toute modification de l'instance étrangère, de son statut, ou de toute nouvelle procédure étrangère contre le débiteur⁷⁶.

Paradoxalement, aucune obligation générale de notification n'est en revanche expressément prévue. Les tribunaux devront

71. Art. 272 LFI et 49 LACC.

72. Art. 274 LFI et 51 LACC.

73. Art. 272 LFI : une formulation équivalente est retenue sous l'article 49 LACC.

74. Art. 272(2) LFI et 49(2) LACC.

75. Art. 275 LFI et 52 LACC.

76. Art. 276 LFI et 53 LACC.

donc combler cette lacune à leur discrétion, puisque la notification systématique des étapes de la procédure doit évidemment être au cœur de toute coopération se voulant efficace.

4. *Coordination en présence de procédures multiples*

Le Chapitre 47 indique explicitement comment les tribunaux canadiens devront s'assurer de l'harmonisation des ordonnances rendues, lorsque de multiples procédures seront intentées à l'encontre d'un même débiteur.

Ainsi, lorsqu'une procédure LFI ou LACC sera intentée après la reconnaissance d'une instance étrangère, le tribunal canadien devra réviser ses ordonnances antérieures pour s'assurer qu'elles ne sont pas incompatibles avec celles rendues dans le cadre de la nouvelle procédure canadienne. En cas d'incompatibilité, le tribunal devra modifier ou révoquer son ordonnance antérieure⁷⁷.

De même, lorsqu'une instance étrangère principale sera reconnue après que l'aura été une instance étrangère secondaire à l'égard du même débiteur, le tribunal canadien devra s'assurer de la compatibilité des ordonnances rendues suite à la reconnaissance de l'instance secondaire par rapport à celles rendues dans l'instance principale qui, même reconnue postérieurement, devra avoir préséance sur le fond⁷⁸.

Lorsqu'une deuxième instance secondaire sera reconnue, le tribunal devra harmoniser l'ensemble des ordonnances rendues dans les deux instances, sans préséance particulière accordée à l'une ou l'autre de ces instances⁷⁹.

5. *Exception d'ordre public*

Comme selon les textes actuels, les tribunaux canadiens ne seront jamais tenus de donner effet à un acte judiciaire étranger, ni de rendre une ordonnance qui serait contraire au droit canadien, et donc à l'ordre public⁸⁰. Une telle exception pourrait être utilisée par les juges pour refuser, comme le registraire Funduk

77. Art. 277 LFI et 54 LACC.

78. Art. 278 LFI et 55 LACC.

79. Art. 278 LFI et 55 LACC.

80. Art. 284 LFI et 61 LACC.

dans l'affaire *Singer* précitée, de donner effet à une ordonnance qui serait contraire aux intérêts des créanciers canadiens. Certes, ce nouveau processus devrait donner de meilleures garanties quant au traitement équitable de tous les intéressés, et donc raréfier les situations où de telles considérations pourraient naître dans l'esprit des juges. Il faudra toutefois surveiller la portée que les tribunaux donneront à cette exception : cette soupape de sécurité ne devrait pas devenir la fuite de réservoir par laquelle s'échapperait toute la force de la réforme.

Le contrat réglementé est-il à l'abri de l'intervention judiciaire ?

Nathalie CROTEAU

Résumé

Le contrat réglementé est un contrat où le contenu est dicté soit par une loi ou un règlement. Ce contrat peut-il être considéré comme un contrat d'adhésion ? La réponse est affirmative lorsque c'est l'État qui directement ou par l'intermédiaire de son agent ou d'une société d'État dicte le contenu. Les conditions de l'article 1379C.c.Q. sont remplies, l'un des contractants a imposé les stipulations essentielles du contrat. Par ailleurs, le contrat réglementé où les deux parties se font imposer le contenu n'est pas toujours reconnu comme un contrat d'adhésion. C'est ce qui a été décidé dans *Gaz Métropolitain c. Scotia Bank*. Nous commenterons cette distinction qui crée deux classes d'adhérents qui pourtant ont tous besoin de la même protection.

L'intérêt de qualifier un contrat d'adhésion est de profiter de protections spécifiques accordées par le *Code civil du Québec* (art. 1432, 1435, 1436 et 1437). L'adhérent d'un contrat en bénéficie-t-il ? Force nous est de constater que la jurisprudence n'a pas toujours accordé les protections offertes aux adhérents par le législateur que ce soit pour une interprétation favorable ou encore pour invalider une clause externe ou abusive.

Le contrat réglementé est-il à l'abri de l'intervention judiciaire ?

Nathalie CROTEAU

Introduction	223
Considérations préliminaires	224
1) Le contrat d'adhésion, réalité socio-économique . .	224
2) Intervention étatique/ordre public de protection . .	225
3) La définition du contrat d'adhésion avant la Réforme de 1994	226
1. Le contrat réglementé est-il un contrat d'adhésion ? . .	228
1.1 La définition de l'article 1379	229
1.1.1 La qualification du contrat d'adhésion, application générale.	229
1.1.2 Les stipulations essentielles	229
1.2 Le caractère contractuel du règlement	230
1.3 Les contrats avec le gouvernement	232
1.3.1 Contrat de parrainage	232
1.3.2 Convention de remboursement d'une dette de prêt et bourse	232
1.3.3 Contrat de service entre une ressource et un établissement au sens de la L.S.S.S.	233

1.3.4	Engagement du fabricant de médicaments	233
1.3.5	Billet de loterie	233
1.3.6	Contrat de fourniture d'électricité	234
1.4	Les contrats à contenu réglementaire dans divers secteurs économiques	235
1.4.1	Le plan de garantie pour les maisons neuves	235
1.4.2	Le contrat d'assurance terrestre et le bail d'habitation	236
1.4.3	Contrat d'affrètement et billets d'avion	239
1.4.4	Contrat de courtage d'un immeuble résidentiel et promesse d'achat	239
1.4.5	Contrat d'approvisionnement de gaz naturel	241
2.	Les pouvoirs d'intervention du juge dans le contrat réglementé	243
2.1	L'interprétation favorable à l'adhérent	243
2.2	La clause externe	245
2.3	Les clauses abusives (art. 1437) et la nullité du règlement	246
	Conclusion	250

INTRODUCTION

Pour régir l'activité de plusieurs secteurs de l'économie, le législateur a prévu par règlement ou par loi d'imposer la totalité ou une partie du contenu contractuel. Ce type de contrat est également connu sous le nom de contrat réglementé. Les contrats conclus avec les transporteurs, les distributeurs d'électricité et de gaz, les contrats de parrainage, le bail d'habitation et les contrats d'assurance font notamment partie de cette catégorie.

Quelle est la nature de ces contrats ? Sont-ils des contrats de gré à gré ou d'adhésion ? L'intérêt de cette qualification réside évidemment dans la possibilité d'une intervention judiciaire pour contrôler, soit un abus contractuel, une obligation d'information ou encore pour interpréter favorablement un contrat. Nous analyserons l'évolution jurisprudentielle tant de la définition du contrat d'adhésion que des mesures de protection applicables à l'égard du contrat réglementé.

Le contrat d'adhésion est défini à l'article 1379 C.c.Q. :

1379. Le contrat est d'adhésion lorsque les stipulations essentielles qu'il comporte ont été imposées par l'une des parties ou rédigées par elle, pour son compte ou suivant ses instructions, et qu'elles ne pouvaient être librement discutées.

Tout contrat qui n'est pas d'adhésion est de gré à gré.

À la lecture littérale de cet article, lorsque c'est le législateur plutôt que l'une des parties qui impose les conditions aux deux contractants¹, le contrat ne devrait pas être qualifié de contrat d'adhésion. Nous proposons une interprétation plus large car les termes, « pour son compte », que nous retrouvons à cet article peuvent signifier que le législateur prépare le contenu contractuel pour le compte d'un secteur économique². Ceci permet donc d'inclure à la définition un plus grand nombre de contrats. Nous

1. N. CROTEAU, *Le contrat d'adhésion : de son émergence à sa reconnaissance*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1996, p. 146.

2. N. CROTEAU, « L'intervention du juge dans le contrat », dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, vol. 129, *Développements récents en droit des contrats*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, p. 9.

verrons que, jusqu'à l'arrêt *Surma c. Hydro-Québec*³, cette question de qualification du contrat réglementé ne retient pas l'attention des tribunaux qui majoritairement le reconnaissent comme un contrat d'adhésion. Il suffit que le contrat soit imposé : par qui les conditions sont imposées importe peu.

La doctrine et les tribunaux n'étant pas unanimes, nous aborderons, dans un premier temps, les deux courants qui semblent se dessiner. Pour les uns, un contrat réglementé non conclu avec l'État ou son agent ne peut être qualifié d'adhésion ; conséquemment ceux qui contractent directement avec l'État ou un de ses agents seraient mieux protégés. Pour les autres, cette distinction n'existe pas ; l'approche de protection est maintenue dans une interprétation large de la définition de 1379 C.c.Q.

Puis, nous analyserons les mesures de protection du contrat réglementé qui sont différentes de celles du contrat d'adhésion. Nous verrons que l'interprétation favorable à l'égard de l'adhérent (art. 1432 C.c.Q.) lui sera niée. L'obligation d'information des clauses externes ne pourra être imposée au stipulant pour des règles d'ordre public (art. 1435 C.c.Q.). L'adhérent devra prouver que le contenu contractuel, soit le règlement, est invalide (art. 1437 C.c.Q.).

CONSIDÉRATIONS PRÉLIMINAIRES

1) Le contrat d'adhésion, réalité socio-économique

Pour nous permettre de mieux apprécier la finalité des dispositions de protection reliées au contrat d'adhésion, il est important de comprendre les motivations du législateur qui a introduit cette notion au *Code civil du Québec*.

En matière contractuelle, le *Code civil du Bas-Canada* partait de la prémisse de l'autonomie de la volonté. Un contrat consiste en un accord de volontés où chaque partie est libre de s'engager aux conditions désirées. Cette notion justifie que les parties soient liées par des termes librement consentis. Cette vision idéale du contrat ne s'harmonisait plus avec la réalité socio-économique ou à tout le moins ne pouvait refléter toute la réalité contractuelle.

3. REJB 2001-24063 (C.A.).

En effet, le développement de notre système économique depuis la révolution industrielle a plutôt permis que le commerce et les échanges contractuels se multiplient, se fassent à une vitesse vertigineuse et s'internationalisent⁴. Cette évolution entraîne, dans plusieurs secteurs, une dépersonnalisation des relations et une standardisation des marchés où des produits et des services sont proposés à des conditions déjà fixées. La force économique des grandes entreprises et des monopoles leur permet de dicter leur volonté à celui qui est économiquement faible et donc plus vulnérable. La faculté de négocier certains contrats est donc totalement absente, car si l'intéressé veut obtenir un produit ou un service, il doit adhérer aux conditions préétablies. La possibilité de dicter des conditions entraîne des situations d'abus, le stipulant pouvant rédiger des clauses à son plus strict avantage.

Dès le début du vingtième siècle, les tribunaux⁵ reconnaissent que les contrats d'assurance sont des contrats d'adhésion. Cette qualification ne leur permet pas pour autant d'intervenir car des pratiques contractuelles même abusives doivent être validées, car acceptées par les parties. Les tribunaux utilisent toutefois les moyens dont ils disposent pour tenter d'assouplir ce principe en interprétant le contrat en faveur de l'adhérent en appliquant l'article 1019 C.c.B.-C. L'intervention est donc très limitée⁶.

2) Intervention étatique/ordre public de protection

Dès 1964, à la suite de plusieurs cas d'abus, particulièrement en matière de consommation, le législateur intervient pour pallier aux insuffisances du *Code civil du Bas-Canada*⁷ et introduit des amendements prévoyant des dispositions d'équité dans certains contrats. Il instaure l'avis de 60 jours avant la reprise de possession d'un immeuble⁸ et protège les débiteurs des contrats de crédit à taux usuraires⁹, en leur ouvrant la possibilité d'invoquer la lésion.

4. G. BERLIOZ, *Le contrat d'adhésion*, Paris, L.G.D.J., 1976, p. 19.

5. *Berthiaume c. Great West ass.*, (1942) 48 R.L. 16 (C.S.).

6. Les juges ont également interprété restrictivement les clauses d'exonération de responsabilité.

7. *Loi pour protéger les emprunteurs contre certains abus et les prêteurs contre certains privilèges*, S.Q. 1963-64, c. 67.

8. Art. 1040a) et b) C.c.B.-C.

9. Art. 1040c) C.c.B.-C. Deux courants se développeront, soit une approche restrictive et l'autre libérale.

Au cours des années 70, l'État légifère afin de protéger les consommateurs¹⁰ qui contractent dans des secteurs où les conditions sont imposées par une partie en position de force. Il établit ainsi des règles d'ordre public de protection. Il impose également tout le contenu contractuel dans certains domaines, tel le contrat d'assurance automobile¹¹.

Le législateur intervient également sur un plan administratif, en vue de protéger le public : « diverses régies, commissions et organes administratifs sont créés et ont un pouvoir de contrôle sur les prix et les tarifs, sécurité, qualité des services, plaintes des usagers »¹². Malgré ces interventions législatives, les pratiques contractuelles abusives peuvent être difficilement freinées par les tribunaux.

3) La définition du contrat d'adhésion avant la Réforme de 1994

Bien que la notion de contrat d'adhésion ne soit pas inscrite dans le *Code civil du Bas-Canada*, ce contrat existe dans la réalité contractuelle. Les tribunaux¹³ et les auteurs ont donc eu l'opportunité de définir ce type de contrat en développant un certain nombre de critères pour qualifier un contrat d'adhésion.

Le monopole de droit ou de faits, le contrat préfabriqué, la situation d'inégalité économique ou de compétence et le pouvoir de dicter des clauses à son plus strict avantage sont des indices permettant de qualifier un contrat d'adhésion.

Rarement examine-t-on par qui les conditions ont été imposées. Des contrats sont qualifiés d'adhésion peu importe que le contenu contractuel soit imposé par une loi ou un règlement aux deux parties. Nous examinerons trois décisions à ce sujet. Dans l'arrêt *Ocean Accident & Guarantee corp. et Reliance Ins. Co. of*

10. *Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q., c. P-40-1.

11. *Loi sur l'assurance-automobile*, L.R.Q., c. A-25, art. 86.

12. Jean-Louis BAUDOUIN et Pierre-Gabriel JOBIN, *Les obligations*, 5^e éd, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 66. Ils donnent comme exemples, *Loi sur les chemins de fer*, L.R.Q., c. C-14 ; *Loi sur le commerce des produits pétroliers*, L.R.Q., c. C-31 ; *Loi sur la distribution de gaz*, L.R.Q., c. D-10 ; *Loi sur Hydro-Québec*, L.R.Q., c. H-5 ; *Loi sur la Régie du Gaz Naturel*, L.R.Q., c. R-8.02 ; *Loi sur les transports*, L.R.Q., c. T-12.

13. À titre d'exemples, *Kravitz c. General Motors* 1979 1 R.C.S. 790 (contrat de vente) et *Hillis Oils c. Wynns Ltd.*, [1986] 1 R.C.S. 57 (contrat de distribution).

*Philadelphia c. Air Canada*¹⁴ une clause de limitation de responsabilité était contestée.

Le juge Deschênes qualifie le contrat de transport aérien de contrat d'adhésion. Il s'agit, selon lui, d'un contrat étroitement réglementé que le voyageur accepte en bloc à des conditions publiques et mandatoires.

Cette réglementation – y inclus certaines limites de responsabilité prévues aux tarifs dûment déposés – a été adoptée et publiée conformément à la loi. Elle s'impose aux transporteurs, elle fait partie intégrante du contrat de transport. Elle lie tout autant le voyageur... C'est une fiction que de continuer de parler de « contrat » de transport aérien, au sens d'une libre négociation des conditions qui doivent présider au déplacement du voyageur. La seule liberté est d'accepter ou de refuser de voyager aux conditions déterminées pour lui par d'autres : contrat de transport est devenu un véritable contrat d'adhésion.

En donnant effet à la clause de limitation de responsabilité contenue dans le contrat de transport aérien, le juge conclut que les conditions s'imposent au transporteur et au voyageur. Le voyageur accepte de voyager en avion ou non. C'est ainsi qu'est défini le mécanisme d'adhésion.

Dans une autre affaire, *Talbot c. Commission scolaire régionale Lapointe*¹⁵, le juge Trotier qualifie le contrat de transport écolier qui est un contrat réglementé, de contrat d'adhésion pour ainsi faire bénéficier l'adhérent de la règle *contra proferentem*.

Le juge établit que le contenu a été fixé à l'avance par règlement et il est prévu en annexe un texte impératif. Il s'exprime ainsi :

Il s'agit en l'occurrence d'un contrat soustrait par anticipation à la négociation, imposé au soumissionnaire par l'Administration et prévoyant, comme il se doit, de nombreuses prérogatives administratives susceptibles de satisfaire les besoins du transport scolaire sous l'angle de l'intérêt public.

Le cocontractant n'a qu'un seul privilège : y acquiescer ou ne pas soumissionner. Ce contrat type, à l'instar de ceux que l'Administration a de plus en plus tendance à imposer dans d'autres secteurs

14. 75 R.P. 193 (C.A.).

15. 76 C.S. 938.

d'activités pour uniformiser ses modes d'action, est en définitive un contrat d'adhésion alliant l'arbitraire soit le processus par voie unilatérale, à la technique contractuelle.¹⁶

Le juge André Trotier identifie donc deux parties au contrat soit l'adhérent et l'Administration. L'Administration agit pour la commission scolaire. Le législateur agit pour le compte des commissions scolaires et leur accorde des prérogatives. La commission scolaire est en quelque sorte une créature de l'État et donc on crée pour elle des règles tel le contrat de transport écolier. Il n'y a donc pas deux adhérents mais un seul qui, s'il veut contracter, doit se plier aux règles établies par l'Administration.

Le juge Bernier, dans *Association des propriétaires d'autobus c. Fédération des commissions scolaires catholiques du Québec*¹⁷, prend une toute autre position en retenant que le contrat de transport écolier ne peut être qualifié de contrat d'adhésion au sens classique du mot, car la quasi-totalité des clauses sont imposées aux deux signataires. Pour lui, il s'agit d'un contrat synallagmatique et consensuel.

La qualification du contrat d'adhésion amènera également tout un nouveau corpus de décisions. Les juges élaborent des principes en matière contractuelle basés sur la recherche d'une meilleure équité dans les contrats, en ajoutant ou inférant des obligations d'information, de bonne foi, de sécurité (art. 1024 C.c.B.-C.), en favorisant une interprétation libérale des lois protégeant l'économiquement faible (LPC, art. 1040c) C.c.B.-C.), en élargissant la notion d'abus de droit contractuel.

Une codification des nouvelles règles jurisprudentielles s'imposait, ainsi que le besoin d'instaurer une moralité contractuelle basée sur la notion de bonne foi.

1. LE CONTRAT RÉGLEMENTÉ EST-IL UN CONTRAT D'ADHÉSION ?

Afin de répondre à cette question, il nous faut tout d'abord examiner la définition du contrat d'adhésion codifiée en 1994 et énoncée à l'article 1379 C.c.Q. Le législateur adopte un mode

16. *Ibid.*, 939.

17. [1977] C.S. 189. La Cour d'appel confirme le jugement mais ne se prononce pas sur la qualification du contrat. [1979] C.A. 369.

d'intervention plus large où tout type de contrat peut être qualifié de contrat d'adhésion et entraîne une protection spécifique permettant une intervention judiciaire (art. 1432, 1435 à 1437 C.c.Q.). Par la suite, nous mettrons en relief l'aspect contractuel des dispositions réglementaires dans un contrat réglementé. Puis, nous ferons l'analyse des principales décisions ayant consacré la notion de contrat réglementé.

1.1 La définition de l'article 1379

Art. 1379. Le contrat est d'adhésion lorsque les stipulations essentielles qu'ils comportent ont été imposées par l'une des parties ou rédigées par elle, pour son compte ou suivant ses instructions, et qu'elles ne pouvaient être librement discutées.

Tout contrat qui n'est pas d'adhésion est de gré à gré.

1.1.1 La qualification du contrat d'adhésion, application générale

Le législateur retient certains critères élaborés par la jurisprudence et la doctrine et en rejette d'autres. Il s'agit donc d'une définition épurée où la condition des parties est mise de côté. L'accent est sur l'imposition des stipulations essentielles à l'adhérent sans possibilité de négociation.

La Cour d'appel dans les arrêts *Régie d'assainissement des eaux du bassin de la Prairie c. Janin Construction*¹⁸ et *Walsh c. Brais*¹⁹ rappelle que seuls les critères de l'article 1379 C.c.Q. doivent être appliqués. Ainsi le critère du rapport inégal de force n'entre pas en ligne de compte, car les gens d'affaires peuvent être placés dans une situation où, s'ils veulent contracter, ils doivent le faire à des conditions imposées. L'impossibilité de négocier peut procéder des circonstances mêmes de la transaction.

1.1.2 Les stipulations essentielles

Comment définit-on les stipulations essentielles ? Selon la jurisprudence, pour répondre à cette question, il faut faire une analyse globale du contrat et des stipulations imposées²⁰. Tous les

18. [1999] R.J.Q. 929 (C.A.).

19. [2001] R.J.Q. 2164 (C.A.).

20. J.-L. BAUDOUIN et P.-G. JOBIN, *Les obligations*, 6^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 81.

éléments importants dans le consentement de l'adhérent (étendue et conditions de garantie) sont englobés. Ainsi ont été considérées comme étant des stipulations essentielles : les obligations mais aussi des clauses de garantie, de défaut, d'inexécution, d'exclusion, de modalités d'exécution, des délais de livraison, des clauses pénales, des clauses d'attribution de compétence, des clauses d'exonération de responsabilité, d'assumption de risques, de droits légaux de sûreté, ou d'arbitrage²¹. Le prix, certes, est une stipulation essentielle mais la possibilité de discuter du prix ne permet pas à lui seul de qualifier le contrat de gré à gré. Une approche globale doit être privilégiée.

1.2 Le caractère contractuel du règlement

Le contrat réglementé, bien qu'il reprenne le contenu de la loi ou du règlement, est fondamentalement un contrat avec tous les attributs et les effets qui y sont rattachés. Un lien contractuel unit les parties avec toutes ses conséquences. Plusieurs décisions abondent dans ce sens.

La Cour d'appel, dans *Association des propriétaires d'autobus c. Fédération des commissions scolaires catholiques du Québec*²², affirme que, « bien qu'imposé par règlement le texte du contrat a été accepté par les parties comme base de leur lien contractuel ».

Dans le même sens, le juge Trotier dans *Talbot c. Commission scolaire régionale Lapointe*²³ indique que « ce contrat, une fois conclu, devient juridiquement soumis dans son interprétation au droit commun ordinaire, car par une fiction légale, il origine ou est censé originer d'un concours de volontés libres ».

Cette matérialisation de la loi dans le contrat crée parfois des problèmes de qualification. Nous analyserons l'arrêt *Dikranian c. Procureur général*²⁴ qui illustre bien cette problématique. Les faits peuvent se résumer ainsi : un recours collectif est entrepris par un étudiant qui contestait la rétroactivité de la loi qui chan-

21. G. BERLIOZ, *op. cit.*, note 4 ; H. BRICKS, *Les clauses abusives*, Paris, L.G.D.J., 1979 ; P. NORDMANN, *Le contrat d'adhésion : abus et remèdes*, Fribourg, Impression Offset Renggli, 1974.

22. Précitée, note 17.

23. Précitée, note 15, p. 939.

24. [2002] R.J.Q. 969 (C.S.), confirmé par la Cour d'appel REJB 2004-53078 (C.A.) et renversé par la Cour suprême EYB 2005-98280 (C.S.C.).

geait la période d'exemption des intérêts du prêt. Les étudiants bénéficiaires d'un prêt se font émettre un certificat de prêt par le ministre qui leur permet de transiger avec une institution financière, le gouvernement se porte garant du prêt. L'étudiant prétendait que les conditions du contrat avaient été fixées au moment de l'émission et donc que les changements législatifs ne pouvaient s'appliquer. Il invoquait, de plus, qu'il s'agissait d'un contrat d'adhésion.

En première instance, le juge Journet refuse de qualifier le certificat de prêt de contrat et rejette le recours. Pour lui, la loi et le règlement régissent les parties et non le contrat. Les droits et obligations des parties sont simplement issus de l'exercice du pouvoir législatif et réglementaire. Les incorporer dans un contrat ne confère pas un caractère contractuel. Le certificat de prêt n'est donc pas un contrat mais un acte juridique délivré en vertu d'une loi²⁵.

Les juges Forget et Beauregard²⁶ pour la majorité de la Cour d'appel confirment la décision du juge Journet. Ils maintiennent qu'il n'y a pas de lien contractuel entre l'étudiant et l'État. Il s'agit de l'application d'un programme. Par contre, entre la banque et l'étudiant, il existe un lien contractuel. Le juge Rothman est dissident. Pour lui, il y a trois parties au contrat. Certes, le ministre n'a pas signé le certificat, mais c'est lui qui l'a délivré et qui a stipulé les conditions de remboursement. Il conclut que les programmes, c'est une chose alors que ce sont les ententes de prêt qui sont des contrats.

La majorité de la Cour suprême accueille le recours de l'étudiant. Le Gouvernement ne pouvait modifier les conditions du prêt rétroactivement. Il devait respecter des droits acquis. Les juges dissidents auraient rejeté le recours de l'étudiant en se basant sur le principe de l'effet immédiat de la loi. Au-delà de cette dissidence, tous les juges s'entendent sur le fait qu'il existe un contrat avec le gouvernement.

Le contrat reproduit la loi et y réfère. Il s'agit d'un contrat entre étudiant et institution financière marqué par une particularité, le ministre est non-signataire mais il s'est engagé unilatéralement à garantir le prêt.

25. [2002] R.J.Q. 969 (C.S.).

26. REJB 2004-53078 (C.A.).

Le contrat réglementé est donc un véritable contrat²⁷. Est-il toujours un contrat d'adhésion ? C'est ce que nous nous proposons d'analyser en regroupant les types de contrat selon les secteurs économiques.

1.3 Les contrats avec le gouvernement

Les contrats réglementés conclus avec le gouvernement sont considérés comme un contrat d'adhésion et également qualifiés de contrat administratif. Nous examinerons certains types de ces contrats.

1.3.1 Contrat de parrainage

Les conditions du contrat de parrainage sont fixées par règlement. Les conditions ne peuvent être négociées et sont imposées par le stipulant, le gouvernement.

Ces contrats sont donc des contrats d'adhésion puisque leur forme et leur contenu sont fixés d'avance par règlement. Ils sont également des contrats administratifs qui doivent être conformes aux conditions de validité applicables à de telles conventions.

Les tribunaux²⁸ n'ont pas hésité à qualifier les contrats de parrainage de contrat d'adhésion. Ils ont, par ailleurs, rejeté les arguments des défendeurs qui leur opposaient que certaines clauses étaient abusives ou encore invoquaient la nullité du règlement à la base du contrat de parrainage.

1.3.2 Convention de remboursement d'une dette de prêt et bourse

Une convention de remboursement d'une dette de prêt et bourse a été qualifiée de contrat d'adhésion dans *St-Germain c. Ministère de l'éducation*²⁹. Les stipulations ont été imposées et rédigées par le défendeur, à son seul avantage. Dans cette affaire, un étudiant, ayant fait faillite, voulait reprendre des études et a

27. Nous verrons en deuxième partie qu'un contrat d'adhésion réglementé ne peut pas toujours bénéficier des mécanismes de protection. *Infra*, p. 243.

28. *Le c. Le*, [1994] R.J.Q. 1098 (C.S.) ; *Procureur général c. Nicolas*, [1996] R.J.Q. 1679 (C.S.) ; *P.G. c. Brutus*, [1996] R.J.Q. 2619 (C.S.) ; *Québec c. Kabadian Kechichian*, REJB 2000-18855 (C.A.).

29. REJB 1998-11157 (C.Q.).

fait une nouvelle demande. Pour obtenir un nouveau prêt, le Ministère l'a obligé à signer une reconnaissance de dette pour le prêt antérieur radié par sa faillite. Cela a été qualifié d'abusif.

1.3.3 Contrat de service entre une ressource et un établissement au sens de la L.S.S.S.

Le contrat de service entre une ressource de type familial et un établissement au sens de la L.S.S.S. est un contrat d'adhésion. Dans *Chaput c. Centre de services en déficience intellectuelle de Mauricie*³⁰, il s'agissait d'un contrat rédigé par le Ministère de la Santé et des Services sociaux auquel les parties ne peuvent déroger. Ce contrat type, qui doit être signé par toutes les ressources, doit être interprété en faveur de l'adhérent en vertu de l'article 1432 C.c.Q. Malgré cette interprétation favorable, le demandeur n'a pu démontrer que le Centre de services était responsable du fait que des lits étaient encore disponibles à sa ressource, le Centre n'ayant qu'une obligation de moyens à cet égard.

1.3.4 Engagement du fabricant de médicaments

Dans la décision, *Régie de l'assurance-maladie c. Altimed*³¹, le juge qualifie l'engagement du fabricant de médicaments de contrat d'adhésion. Les règlements prévoient les conditions de reconnaissance d'un fabricant de médicaments. L'une des conditions est que le fabricant souscrive un engagement où l'État est à la fois rédacteur de la convention et partie à celle-ci : « il est parfaitement concevable que le contrat en soit un adhésion, avec toutes les conséquences qui en découlent ». Le juge s'appuie sur les décisions de *Brutus* et *Nicolas*³².

1.3.5 Billet de loterie

Des billets de loterie instantanée, Mots cachés, ont été qualifiés de contrat d'adhésion et consommation par le juge de Pokomandy dans *Chevalier c. Société des loteries du Québec et Oberthur*³³.

30. J.E. 97-137 (C.S.).

31. EYB 2005-86453 (C.S.), confirmé par la Cour d'appel, EYB 2006-111952.

32. P.G. c. *Brutus* et P.G. c. *Nicolas*, précitées, note 28.

33. REJB 2004-60987 (C.Q.).

1.3.6 Contrat de fourniture d'électricité

La Cour d'appel, dans *Hydro-Québec c. Surma*³⁴, analyse l'un des éléments définissant un contrat d'adhésion : l'imposition des stipulations essentielles faites « ... par l'une des parties ou rédigées par elle, pour son compte ou suivant ses instructions ».

Les faits se résument ainsi. M^{me} Surma est une abonnée d'Hydro Québec. Son mari installe une boîte comportant sur deux faces de l'isolant rose sur le compteur électrique du mur extérieur de la propriété. Cette installation a comme conséquences de réduire les périodes d'enregistrement de l'énergie pendant lesquelles le tarif supérieur devait s'appliquer. Des pénalités lui sont réclamées pour avoir subtilisé de l'énergie.

La Cour d'appel précise que le contrat est imposé et rédigé par Hydro Québec. L'autre partie ne peut négocier les stipulations essentielles.

En effet, la *Loi sur l'Hydro-Québec* lui donnant le pouvoir de régler (donc de rédiger), malgré le fait que ces règlements soient soumis à l'approbation du gouvernement, les tarifs et les conditions qui constituent des stipulations essentielles au contrat.

De plus, il faut mentionner que Hydro Québec est un agent de la Couronne et que c'est l'État qui a rédigé la loi pour son propre agent. Le gouvernement a dicté les stipulations essentielles et l'a fait pour le compte de son propre agent qui est son prolongement.³⁵

Nous retenons de cet arrêt qu'un contrat conclu avec le gouvernement ou son agent et dont les stipulations proviennent de la loi ou d'un règlement sont des contrats réglementés, d'adhésion et administratifs. Ils sont soumis aux dispositions de protection. Il en découle que l'État s'expose à voir ses règlements examinés si le gouvernement manque à son devoir de protection et s'avantage indûment. Le tribunal peut intervenir dans ces circonstances.

34. REJB 2001-24063 (C.A.). La Cour d'appel renverse la décision de la Cour supérieure qui avait qualifié la pénalité d'extracontractuelle et avait refusé le cumul des recours.

35. *Ibid.*, par. 70.

1.4 Les contrats à contenu réglementaire dans divers secteurs économiques

Nous venons de voir qu'un contrat réglementé est qualifié de contrat d'adhésion lorsque le gouvernement ou l'un de ses agents est le stipulant. La situation est-elle différente lorsque les parties à un contrat réglementé ne sont ni l'État ni l'un de ses agents ?

1.4.1 Le plan de garantie pour les maisons neuves

En 2004, la Cour d'appel, dans l'arrêt *La garantie des bâtiments résidentiels neufs de l'APCHQ c. Desindes*³⁶, a eu l'occasion de développer l'analyse faite antérieurement dans l'arrêt *Hydro-Québec c. Surma*³⁷. Elle a refusé de qualifier le plan de garantie pour les maisons neuves de contrat d'adhésion.

Il faut savoir que la *Loi sur le bâtiment*³⁸ oblige les entrepreneurs généraux à détenir une licence qu'ils obtiennent en remplissant certaines conditions dont l'adhésion à un plan de garantie. Le règlement fixe les modalités et les limites du plan de garantie ainsi que, pour ses dispositions essentielles, le contenu du contrat de garantie. Les limites de garantie prévues dans le plan sont, soit le remboursement d'acomptes jusqu'à 30 000 \$ ou le parachèvement des travaux lorsqu'il y a entente avec l'administrateur. Tout différend est déféré à l'arbitrage.

L'arbitre avait condamné l'appelante à payer une partie des acomptes versés soit 30 000 \$ à l'entrepreneur accrédité qui avait abandonné en cours de route la construction de la résidence des intimés. Les intimés réclamaient une indemnité correspondant aux coûts de parachèvement des travaux. Insatisfaits de la décision arbitrale, ils déposaient une requête en révision judiciaire de la sentence arbitrale.

Le juge de première instance³⁹ leur a donné raison en qualifiant le plan de garantie de contrat d'adhésion. Il applique l'article 1432 C.c.Q. et laisse de côté les limites de couverture.

36. REJB 2004-81730 (C.A.).

37. Précitée, note 3.

38. L.R.Q., c. B.1-1, art. 77 à 83 et art. 6 du *Règlement*.

39. REJB 2003-41247 (C.S.).

La Cour d'appel infirme le jugement et rétablit la décision de l'arbitre.

Selon la Cour d'appel, le plan de garantie prévoit que, s'il n'y a pas d'entente avec l'administrateur, le choix du mode de couverture appartient à l'administrateur qui a décidé du remboursement des acomptes et non d'une indemnité de parachèvement des travaux.

La Cour d'appel refuse de qualifier le plan de garantie de contrat d'adhésion soutenant qu'il ne fait que reprendre presque textuellement le contenu impératif du Règlement. Les obligations de l'administrateur à l'égard du bénéficiaire sont décrites dans un contrat de garantie. Au mieux, il s'agit d'un contrat réglementé imposé par le législateur et non par l'appelante qui se plie aux exigences du législateur et doit faire approuver son plan par la Régie.

Cet élément de subordination est ce qui distingue la situation de l'appelante, en tant qu'administrateur d'un plan de garantie réglementé, de celle de la société publique dans l'arrêt *Hydro-Québec c. Surma*. Hydro-Québec était un agent de la couronne qui détenait le pouvoir de réglementer les tarifs et les conditions essentielles apparaissant au contrat d'électricité.

La Cour d'appel ajoute que le règlement prévoit à l'article 139 que « Toute clause du contrat de garantie inconciliable avec le règlement est nulle. » et à l'article 140 « Le bénéficiaire ne peut renoncer aux droits conférés par le règlement. ». De plus, il n'est même pas nécessaire de signer le contrat pour bénéficier de la protection. Les difficultés relèvent du règlement et non du contrat.

Nous croyons qu'il faut distinguer le contrat analysé dans ce jugement d'autres contrats où le cocontractant peut dicter une partie des stipulations essentielles. Nous pensons notamment au contrat d'assurance et au bail d'habitation.

1.4.2 Le contrat d'assurance terrestre et le bail d'habitation

Il est donc important de vérifier si des stipulations essentielles sont imposées par l'un des contractants. Il peut y avoir des situations où une partie du contrat est imposée par la loi ou un règlement et une autre partie par le stipulant.

Nous pensons au contrat d'assurances où une grande partie des obligations des parties sont dictées par la loi et les règlements. Par contre, l'étendue de la couverture et les exclusions sont évidemment imposées par le stipulant soit l'assureur.

L'article 2414 C.c.Q. précise :

Toute clause d'un contrat d'assurances terrestre qui accorde au preneur, à l'assuré, à l'adhérent, au bénéficiaire ou au titulaire du contrat moins de droits que les dispositions du présent chapitre est nulle.

[...]

Cet article est de droit nouveau et est apparu en 1994. En 1993, M^{es} Odette Jobin-Laberge et Louis Plamondon⁴⁰ s'interrogeaient sur la qualification à donner au contrat d'assurance car le contenu minimal du contrat est imposé par le législateur et non par la volonté de l'assureur. Ils donnent en exemple la *Loi sur l'assurance automobile* où le texte est prescrit par le législateur⁴¹.

Ce questionnement ne semble pas avoir eu d'écho en jurisprudence⁴². Pour la Cour d'appel, le contrat d'assurance est l'exemple classique du contrat d'adhésion⁴³.

Il nous semble donc clairement établi que le contenu imposé par le législateur peut cohabiter avec les conditions imposées par le stipulant, soit l'assureur. Les stipulations essentielles peuvent donc avoir un caractère mixte, i.e. émaner d'un ordre public et privé, et permettent la qualification de contrat d'adhésion.

Le bail d'habitation est un autre exemple de cette cohabitation. En vertu de l'article 1895 C.c.Q., le bail doit être signé sur un formulaire où apparaissent diverses dispositions législatives. De plus, l'article 1893 C.c.Q. prévoit qu'est sans effet, une clause qui déroge à la section sur les règles particulières au bail d'un logement. Le bailleur, bien que tenu de respecter ces dispositions,

40. « Les assurances et les rentes », *Réforme du Code civil*, 1993, Éd. Presses de l'Université Laval, p. 1099.

41. Le formulaire utilisé en assurance-automobile est proposé et rédigé par l'Autorité des marchés financiers et par la suite est approuvé par les autorités gouvernementales.

42. *Promutuel Valmont société mutuelle d'ass. générales c. Henderson*, EYB 2006-106704 (C.A.).

43. *General accident cie d'assurances du Canada c. Genest*, REJB 2001-22026 (C.A.).

peut prévoir des clauses additionnelles, tels des règlements d'un immeuble.

Ce sont dans ces circonstances que les tribunaux⁴⁴ ont qualifié le bail d'habitation de contrat d'adhésion. Ainsi dans la décision *Fram c. Office municipal d'habitation*⁴⁵, la locataire attaquait une clause des règlements lui interdisant d'avoir un chat ou tout animal domestique. La locataire, handicapée physique, a démontré que sa condition psychologique s'était améliorée depuis qu'elle s'occupait d'un chat. Le bail a été qualifié de contrat d'adhésion et le juge a annulé la clause la déclarant abusive sous l'article 1437 C.c.Q.

Le juge aurait pu tout simplement invalider la clause en se basant sur l'article 1901 C.c.Q. qui prévoit l'annulation ou la réduction de clauses abusives. En effet, le législateur a introduit des mesures de protection spécifiques pour les locataires. Ainsi, l'article 1894 C.c.Q. prévoit que le règlement de l'immeuble doit être remis avant la conclusion du bail. Ceci évite que le bail réfère à des règlements qui ne sont pas portés à l'attention du locataire lors de la conclusion du bail. Il s'agit donc d'encadrer un règlement qui pourrait être qualifié de clause externe (art. 1435 C.c.Q.). Les autres mesures de protection offertes par les articles 1436 et 1432 C.c.Q. n'ont pas leur équivalent dans les dispositions relatives au bail du logement. Les locataires disposent donc d'une protection spécifique et peuvent également bénéficier du régime général offert à l'adhérent.

Nous pouvons constater qu'un règlement d'immeuble imposé, qui fait partie du bail, peut être qualifié d'adhésion. Le contenu imposé par le législateur peut cohabiter avec les conditions imposées par le stipulant.

D'ailleurs, nous n'avons qu'à penser aux contrats de crédit variable, de vente à tempérament qui ont un contenu mixte. Ils sont préparés par le stipulant qui doit respecter un ensemble de règles prévues à la *Loi sur la protection du consommateur*⁴⁶ (résiliation, formation, clauses à être reproduites et à respecter en matière de crédit). Ils sont des contrats de consommation et bien

44. *Deschamps c. Deschamps*, [1997] J.L. 107 (R.L.) ; *Société Théoret c. Office municipal d'habitation de Laval*, [2002] J.L. 143 (R.L.).

45. REJB 1998-06451 (C.Q.).

46. L.R.Q., c. P-40.1.

souvent des contrats d'adhésion. En plus de la protection spécifique prévue à la *Loi sur la protection du consommateur*, le législateur a cru pertinent de faire bénéficier ces contrats des protections d'application générale (art. 1432, 1435 à 1437 C.c.Q.).

1.4.3 Contrat d'affrètement et billets d'avion

Le contrat d'affrètement et les billets d'avion sont un exemple de contrat où les tarifs sont soumis à des régies ou des offices. Dans ce domaine, il semble y avoir unanimité car les décisions répertoriées⁴⁷ qualifient ces contrats de contrat d'adhésion.

Ainsi un billet d'avion est un véritable contrat d'adhésion où le seul choix qu'a le passager est de prendre une assurance afin de se protéger⁴⁸. En 1975, le juge Deschênes dans l'arrêt *Ocean Accident*⁴⁹ avait très justement établi que le voyageur, s'il veut prendre l'avion, n'a pas d'autres choix que d'accepter les conditions proposées par le transporteur.

1.4.4 Contrat de courtage d'un immeuble résidentiel et promesse d'achat

La *Loi sur le courtage immobilier*⁵⁰ et ses règlements prévoient que le conseil d'administration de l'Association des courtiers et agents immobiliers du Québec (ci-après ACAIQ) doit déterminer le contenu, la forme et l'utilisation des formulaires et les soumettre au gouvernement pour approbation (contrat de courtage immobilier, promesse d'achat).

En 1984, la Cour d'appel, dans l'arrêt *Gill Robert c. Trust Général du Canada*⁵¹, qualifiait le contrat de courtage de contrat d'adhésion car il était imposé. Il s'agit certes d'une décision antérieure au *Code civil du Québec* et la définition de l'article 1379 C.c.Q. n'a pas été prise en compte. Par contre, plusieurs juge-

47. *Univers Gestion multi-voyages c. Air Club international*, J.E. 97-772 (C.S.) ; *L'Écuyer c. Air Transat*, J.E. 96-587 (C.Q.) ; *Quesnel c. Voyages Gendron*, REJB 1997-03330 (C.Q.).

48. *L'Écuyer c. Air Transat*, J.E. 96-587 (C.Q.).

49. Précitée, note 14.

50. L.R.Q., c.C-73.1, art. 74 de la loi ; art. 85 à 88 du *Règlement de l'Association des courtiers et agents immobiliers* ; art. 26 et 27 du *Règlement d'application de la Loi sur le courtage immobilier*.

51. [1984] C.A. 197.

ments⁵² postérieurs à l'entrée en vigueur de cet article ont suivi cet arrêt de la Cour d'appel. Le contrat de courtage est un contrat d'adhésion puisqu'il est réglementé et que sa forme et son contenu sont imposés. Les tribunaux ne s'attardent pas sur l'aspect de qui impose les stipulations.

Pourtant dans la décision, *Immeubles G.R. Lauzon c. Pavillon Whitefish (1989) inc.*⁵³, le juge refuse de qualifier le contrat de courtage de contrat d'adhésion, car il s'agit d'un formulaire prescrit par la loi et ses règlements. Il ajoute que le contrat n'est pas préparé par l'une des parties et il est possible de compléter, de modifier ou d'en écarter des clauses.

Cette possibilité de négocier une partie des clauses amène le juge à qualifier le contrat de gré à gré. Il y a donc cohabitation entre des clauses imposées et d'autres qui ont été négociées.

La promesse d'achat d'immeubles résidentiels soulève une autre problématique car bien que les formulaires soient réglementés tant le vendeur que l'acheteur n'ont pas participé ni directement ni indirectement à sa formulation. Ce contrat a été qualifié⁵⁴ de contrat de gré à gré car plusieurs conditions sont négociables.

Nous croyons que le contrat de courtage immobilier doit être qualifié de contrat d'adhésion car ses stipulations essentielles sont imposées par l'industrie. En effet, c'est l'industrie qui a rédigé et proposé le formulaire donc le contenu contractuel, et le gouvernement l'a approuvé. En interprétant largement l'article 1379 C.c.Q., est-ce que le terme « pour le compte » ne pourrait pas permettre la qualification et l'ouverture de la protection au besoin ? Nous le pensons. Cette situation s'apparente à celle du formulaire pour l'assurance automobile qui est soumis à l'approbation de l'État par l'Autorité des marchés financiers et qui est qualifié de contrat d'adhésion.

52. *Royal Lepage Des Moulins c. Baril*, REJB 2003-49029 (C.Q.) ; *Gisèle Tremblay et Re / Max Direct inc. c. Marten*, REJB 2001-24750 (C.Q.) ; *Remax de L'Estuaire inc. c. Lauzier*, REJB 1998-8146 (C.Q.).

53. J.E. 96-1510 (C.S.).

54. *Bibeau c. Salette*, REJB 2004-65758 (C.S.) et *Tremblay c. Barette-Lapierre*, REJB 2003-39312 (C.S.).

Le fait que les propositions de l'industrie ont été acceptées par le gouvernement enlève-il tout besoin de protection de l'adhérent ? Si la protection est offerte aux abonnés d'Hydro-Québec, pourquoi pas aux acheteurs de propriété résidentielle ? Leur refuser cette protection n'équivaut-il pas à prétendre que le gouvernement est plus vigilant pour les propositions venant de l'ACAIQ que pour celles d'Hydro-Québec ?

L'approvisionnement en gaz naturel est une autre illustration de cette problématique.

1.4.5 Contrat d'approvisionnement de gaz naturel

Nous analyserons une décision de la Cour supérieure, *Gaz Métropolitain c. Scotia Bank*⁵⁵, où le juge Landry établit que le contrat d'approvisionnement de gaz naturel ne peut être un contrat d'adhésion.

Il s'agissait d'une réclamation en vertu d'une clause de consommation minimale contenue dans un contrat relatif à la vente de gaz naturel et à l'octroi d'une contribution financière. Ce contrat mentionne que la contribution financière est émise en considération de la réalisation des travaux et assorti d'un engagement de consommation minimale pendant cinq ans. La consommation de l'immeuble sera inférieure au minimum prévu. Gaz Métropolitain envoie une facturation supplémentaire et Scotia Bank refuse de payer.

Le juge Landry énonce qu'il n'est pas en présence d'un contrat d'adhésion. Il s'agit d'un contrat-type dont la quasi-totalité des clauses est préétablie et soumise au client. Plusieurs clauses essentielles sont réglementées par la *Loi sur la Régie de l'énergie*⁵⁶ et ses règlements d'application tels les tarifs du gaz sont d'ordre public. En plus, le programme de rabais est soumis à l'approbation de la Régie. Les conditions de vente reproduites à l'annexe A contiennent plusieurs modalités établies en fonction de la *Loi sur la Régie de l'énergie* et de la *Loi sur l'inspection de l'électricité et du gaz*⁵⁷ et leurs règlements d'application.

55. REJB 2002-39554 (C.Q.).

56. L.R.Q., c. R-6.01.

57. L.R.C. (1985), c. E-4.

Le contrat contenait des variables : durée du contrat, volume annuel de gaz projeté, obligation minimale annuelle, débit horaire maximum, montant de la contribution financière. Elles peuvent varier en fonction des coûts d'acquisition et de la date de mise en vigueur.

Donc, plusieurs dispositions essentielles sont imposées par la législation et non par Gaz Metro qui ne fait que les appliquer. Le juge Landry fait siens les principes dégagés dans l'arrêt *Surma*⁵⁸. Les stipulations essentielles sont imposées par l'État. Gaz Metro n'est pas un agent de la Couronne et ne détient pas le pouvoir de réglementer ses tarifs. Nous sommes ainsi en présence des caractéristiques d'un contrat réglementé et non d'un contrat d'adhésion. En plus, le juge Landry ajoute que Scotia pouvait discuter, négocier la clause litigieuse. Scotia avait la possibilité de discuter des diverses options de remplacement et d'une contribution financière dont les montants et modalités étaient variables. La consommation minimale aurait pu être contestée par Scotia. Il existait une possibilité de négocier. C'est une question factuelle. Il s'agit donc d'un contrat de gré à gré. Le juge déclare, de plus, que dans tous les cas, la clause n'est pas abusive car Scotia n'aurait pas eu toute la subvention si l'évaluation de la consommation avait été moindre.

Cette décision amène deux commentaires. D'une part, nous semblons être en présence d'un contrat à contenu mixte car le juge Landry souligne que Scotia pouvait négocier la clause litigieuse.

D'autre part, force nous est de constater que le consommateur d'électricité dispose de protections additionnelles dont ne peut bénéficier le consommateur de gaz naturel. Le juge Landry compare la situation de Gaz Métro avec celle d'Hydro-Québec et les distingue par le statut d'agent de la couronne que Gaz Métro ne possède pas. Il existe pourtant des similitudes. Les deux organismes ont le pouvoir de rédiger et soumettre leurs tarifs et leurs programmes pour approbation auprès de régies ou du gouvernement et ils proposent au public un produit dont ils détiennent le monopole.

Pour les auteurs Baudouin et Jobin⁵⁹, « Le besoin de protéger la partie faible disparaît justement du fait que l'État a dicté les

58. Précitée, note 3.

59. J.-L. BAUDOUIN et P.-G. JOBIN, *op. cit.*, note 20, p. 85.

termes de la convention pour la protéger. On voit cependant que, lorsque l'État est à la fois rédacteur de la convention et partie à celle-ci, il est parfaitement concevable que le contrat en soit un d'adhésion, avec toutes les conséquences qui en découlent. »

Nous ne pouvons adhérer à une telle conception, car cela signifierait que pour les secteurs économiques dont les conditions et règlements sont fixées par l'État, ceux-ci seraient nécessairement non abusifs mais qu'ils pourraient être abusifs lorsque l'État les fixe pour lui ou ses agents. Il y aurait donc deux catégories d'adhérents et donc deux niveaux de protection.

Au-delà de la qualification du contrat réglementé comme contrat d'adhésion, nous verrons que le contrat d'adhésion réglementé se distingue également du fait que certains mécanismes de protection ne peuvent s'appliquer.

2. LES POUVOIRS D'INTERVENTION DU JUGE DANS LE CONTRAT RÉGLEMENTÉ

L'importance de qualifier un contrat d'adhésion est de faire profiter l'adhérent des diverses dispositions visant sa protection. Nous analyserons l'article 1432 C.c.Q. qui prévoit une interprétation favorable à l'adhérent ainsi que les pouvoirs d'intervention du juge en matière de clause externe (art. 1435 C.c.Q.) et de clauses abusives (art. 1437 C.c.Q.). Nous constaterons que des différences importantes existent.

2.1 L'interprétation favorable à l'adhérent

En principe, l'interprétation du contrat se fait en faveur de l'adhérent. C'est ce que prévoit l'article 1432 C.c.Q. :

En cas de doute, le contrat s'interprète en faveur de celui qui a contracté l'obligation et contre celui qui l'a stipulé.

Dans tous les cas, il s'interprète en faveur de l'adhérent ou du consommateur.

Précisons que le deuxième alinéa de cette disposition a été interprété majoritairement comme, dans le cas d'un doute, peu importe sa situation de débiteur et de créancier, l'interprétation favorable doit bénéficier à l'adhérent.

Est-ce applicable pour interpréter une disposition législative ou réglementaire reproduite dans un contrat réglementé ?

La Cour suprême dans l'arrêt *Hydro-Québec c. Glykis*⁶⁰ écarte l'application de l'article 1432 C.c.Q. qui ne peut être utilisée pour une disposition édictée par le législateur.

L'argument voulant que le caractère obligatoire du contrat de service soit source de droit ou motif d'interprétation, d'interprétation favorable aux intimés ne peut non plus être retenu.⁶¹

Cette position de la Cour suprême n'est pas surprenante car elle reprend un principe qu'elle avait appliqué dans l'arrêt *Madill c. Chu*⁶². Il s'agissait de l'application de l'article 1019 C.c.B.-C. soit la règle *contra proferentem*. Pour la Cour, lorsque les termes insérés dans la police sont prescrits par le législateur et que l'assureur n'est pas responsable de son libellé, on doit écarter toute référence à cette règle d'interprétation.

Cependant, si l'emplacement de la clause crée une difficulté de compréhension, l'article 1432 C.c.Q. pourra s'appliquer⁶³.

Tout en tenant compte de l'arrêt *Madill c. Chu*, en 1990, la Cour d'appel a apporté une nuance à ce principe dans l'arrêt *Laurentienne générale cie d'assurances c. Blanchard*⁶⁴. Il s'agissait d'interpréter un contrat d'assurance automobile. Pour la Cour, ce sont les assureurs qui sont à l'origine de la rédaction du contenu de la police type : le libellé n'a pas été édicté dans la loi mais négocié par les parties, incluant les assureurs. Les articles 1019 et 2499 C.c.B.-C. s'appliquent donc⁶⁵.

Une autre distinction a été faite au principe énoncé dans *Madill* dans la décision *Godbout c. Hydro-Québec*⁶⁶. Le juge précise que, lorsque le règlement a été rédigé par la société d'État,

60. *Glykis c. Hydro-Québec*, REJB 2000-36369 (C.A.).

61. *Hydro-Québec c. Glykis*, REJB 2004-70875 (C.S.C.), par. 21.

62. *Madill c. Chu*, [1977] 2 R.C.S. 400.

63. D. LLUELLES et B. MOORE, *Droit des obligations*, Montréal, Thémis, 2006.

64. [1990] R.R.A. 427 (C.A.).

65. Précisons que l'article 2499 C.c.B.-C. a été abrogé. Il prévoyait que le contrat d'assurances est toujours interprété en faveur de l'assuré.

66. REJB 2001-22221 (C.S.), par. 24.

Hydro-Québec, l'article 1432 C.c.Q. peut s'appliquer à moins que le règlement émane du Gouvernement lui-même et qu'Hydro-Québec ne pouvait y déroger.

Cette interprétation n'a pas été retenue par la Cour suprême dans l'arrêt *Glykis* qui interprétait justement un règlement d'Hydro-Québec.

2.2 La clause externe

Une autre mesure de protection pour les adhérents est l'obligation pour le stipulant de porter à leur connaissance une clause externe ou encore de prouver qu'ils en avaient connaissance. Il s'agit donc d'une obligation de renseignements.

Une clause externe est une clause apparaissant dans un document séparé du contrat tels une brochure, un manuel d'exploitation dans un contrat de franchise, une facture, une affiche etc.

Nous avons vu qu'en matière de clause externe, le législateur a créé un régime particulier pour le bail (art. 1894 C.c.Q.)⁶⁷. Il en est de même en matière de contrat d'assurance (art. 2400 à 2407 C.c.Q.). Qu'en est-il des autres contrats réglementés ?

Là encore, il semble que l'adhérent d'un contrat réglementé ne bénéficie pas toujours de cette protection.

La Cour d'appel dans l'arrêt *Hydro-Québec c. Surma*⁶⁸ abonde dans ce sens. Hydro-Québec contracte avec les abonnés-adhérents par téléphone, par correspondance, par internet. Les abonnés peuvent avoir accès aux conditions de fournitures d'électricité par les mêmes moyens et les factures y réfèrent. Pour la Cour « une loi (d'ordre public) fait partie du contenu obligationnel par l'application de l'article 1434 C.c.Q. donc elle n'est pas une clause externe au sens de l'article 1435 C.c.Q. et n'a pas besoin d'être portée à la connaissance du cocontractant pour être valide »⁶⁹. La Cour fait référence à la loi mais son raisonnement peut fort bien être retenu pour un règlement.

67. *Supra*, p. 12.

68. Précitée, note 3.

69. *Ibid.*, par. 82.

Un autre jugement a retenu notre attention en matière de clause externe. Le juge de Pokomandy, dans *Chevalier c. Société des loteries du Québec*⁷⁰ qualifie de clause externe, la mention au verso d'un billet de loterie référant à un numéro de décret avec la date d'adoption.

Le juge s'exprime ainsi : « On peut inclure par référence certaines dispositions législatives ou réglementaires qui ne sont pas d'ordre public, puisque celles d'ordre public n'ont pas à être inscrites, elles font nécessairement parties du contrat »⁷¹. Il ajoute que « Le principe que nul n'est censé ignorer la loi, donc que les textes réglementaires devraient être connus du demandeur ne peut dispenser Loto-Québec de son obligation d'attirer l'attention du consommateur sur le Règlement ». Il déclare la clause externe valide car Loto-Québec a rempli son obligation d'attirer l'attention du consommateur sur le règlement, cette divulgation est suffisante.

Le juge fait donc une distinction entre les dispositions d'ordre public et les autres. Sa référence à la maxime que nul n'est censé ignorer la loi ne nous apparaît pas pertinente puisqu'elle s'applique uniquement en matière pénale.

La protection pour les clauses externes a donc une portée limitée si les dispositions sont d'ordre public.

2.3 Les clauses abusives (art. 1437) et la nullité du règlement

Un adhérent peut requérir l'intervention du tribunal pour réduire ou annuler une clause abusive. Nous avons vu que dans un contrat réglementé, le contenu contractuel reproduit souvent un règlement et « bien qu'imposé par règlement le texte du contrat a été accepté par les parties comme base de leur lien contractuel »⁷².

Des adhérents ont attaqué, sans succès, des clauses du contrat de parrainage. Ils ont invoqué que ces clauses étaient abusi-

70. Précitée, note 33.

71. *Ibid.*

72. *Association des propriétaires d'autobus c. Fédération des commissions scolaires catholiques de Montréal*, précitée, note 17.

ves et que le règlement était invalide⁷³. Faut-il en conclure que pour invalider une clause d'un contrat réglementé, il est préférable de démontrer que la clause litigieuse passe le test tant de 1437 C.c.Q. que celle de la nullité du règlement ? Les critères sont pourtant différents. La preuve de la nullité d'un règlement est beaucoup plus exigeante que celle d'une clause abusive. Bien sûr, un règlement invalide entraîne nécessairement que la clause est abusive.

L'arrêt *Allendale c. Hydro-Québec*⁷⁴ est une illustration de ce double standard.

Dans cette affaire, un transformateur appartenant à Hydro-Québec prend feu et des étincelles provoquent un incendie sur les rouleaux de papier entreposés chez Kruger. Kruger est indemnisé par sa compagnie d'assurance Allendale qui exerce le recours subrogatoire. Hydro-Québec admet sa responsabilité mais oppose sa clause d'exonération alléguant qu'elle fait partie du contenu contractuel. Hydro soumet la section 105 du règlement 411 qui énonce « En aucune circonstance, Hydro-Québec ne peut être tenu responsable des dommages ou pertes causés aux individus ou à la propriété résultant de la fourniture ou livraison de l'électricité causés par une défaillance mécanique du système. »

Le juge analyse la légalité de cette clause en utilisant les critères de validité du règlement. Il se demande si la *Loi sur l'Hydro-Québec* à l'article 22.0.1, soit la loi habilitante, lui donne ce pouvoir.

L'article 22.0.1 se lit ainsi :

Les tarifs et les conditions auxquels l'énergie est fournie doivent être compatibles avec une saine administration financière.

Ces tarifs et ces conditions sont fixés par règlement de la société, selon les catégories qu'elle détermine ou par contrats spéciaux. Ces règlements et ces contrats sont soumis à l'approbation du gouvernement.

73. *Le c. Le, Procureur général c. Nicolas, P.G. c. Brutus et Québec c. Kabadian Kechichian*, précitées, note 28.

74. REJB 2001-27389 (C.A.), suivi dans *Brown c. Hydro-Québec*, REJB 2003- 42049 (C.A.).

Le juge n'est pas convaincu que cette délégation de pouvoir prévue à l'article 22.0.1 inclut « unbridled discretion (subject only to cabinet approval) to determine the scope of its immunity from civil liability from the damages it causes to others in carrying out its business »⁷⁵. Le fait d'exclure totalement sa responsabilité est nettement abusif. Le règlement est invalide et constitue en conséquence une clause abusive.

Le juge n'annule pas le règlement. Son jugement a une portée plus limitée puisqu'il déclare inopposable, à Allendale, la clause exonératoire de responsabilité.

Le recours visant à annuler un règlement est ouvert aux contrats réglementés qui pourraient ne pas être qualifiés d'adhésion. Par contre, il faut mettre en cause le Procureur général. Il s'agira alors de prouver soit le caractère déraisonnable, l'absence de clause habilitante, la modification des principes fondamentaux du droit ou la sous-délégation illégale de pouvoir⁷⁶.

Dans un autre arrêt impliquant Hydro-Québec, *Glykis c. Hydro-Québec*⁷⁷, la Cour suprême semble réticente à invalider une clause contractuelle reproduisant une disposition réglementaire par le biais de l'article 1437 C.c.Q.

Les faits sont les suivants : les locataires étant responsables de leur compte d'électricité, le propriétaire refuse de payer des factures impayées de ces derniers. Devant le refus du propriétaire de payer, Hydro-Québec décide de couper le service à sa résidence. Les Glykis réclament des dommages pour atteinte à leur santé (pneumonie et grippe).

La Cour supérieure rejette leur demande mentionnant que les comptes étaient dus et les dommages indirects.

La majorité de la Cour d'appel⁷⁸ donne raison au propriétaire.

75. *Allendale c. Hydro-Québec*, précitée, note 74, par. 23.

76. *Bell c. R.*, [1979] 2 R.C.S. 212 ; *Ville de Montréal c. Arcade Amusements*, [1989] 1 R.C.S. 368.

77. Précitée, note 61.

78. Précitée, note 60.

Elle qualifie tout d'abord le contrat d'adhésion. Elle met de côté la décision du Conseil privé dans l'arrêt *Cadieux*⁷⁹ puisqu'il ne s'agit pas du même texte réglementaire et que le contexte historique est différent. Hydro-Québec détient maintenant le monopole. De plus, l'électricité est un service universel ce qui était différent au 18^e siècle. Elle adopte une interprétation favorable à l'adhérent. Elle interprète strictement le règlement 411 qui doit s'harmoniser avec le droit général des contrats soit avec l'article 1591 C.c.Q. lequel prévoit que pour refuser d'exécuter son obligation suite à un défaut de l'autre partie, les créances doivent être issues d'un même contrat.

De plus, le règlement leur apparaît déraisonnable et exorbitant. La loi prévoit que les tarifs et conditions doivent être compatibles avec une saine administration financière ce qui n'est pas le cas pour ce règlement. Les pouvoirs accordés en vertu du règlement 411 ne sont pas explicitement permis par la loi habilitante.

La majorité de la Cour suprême accueille l'appel et rétablit le jugement de première instance. Pour eux, la loi habilitante doit être analysée dans son contexte global, en tenant compte du sens ordinaire et grammatical des mots, de l'esprit ainsi que de l'objet de la loi et de l'intention du législateur.

Tel que vu précédemment, la Cour écarte l'application de l'article 1432 qui ne peut être utilisée pour une disposition édictée par le législateur.

La Cour ne reconnaît pas non plus l'application de l'article 1437 C.c.Q. « Ni HQ, ni le client ne peuvent modifier la teneur du contrat dont les termes sont dictés par le Règlement. Un juge ne peut le contourner ou réduire les obligations en découlant au motif qu'il s'agit d'un contrat d'adhésion au sens de l'art. 1437 C.c.Q. ».

La Cour déclare le règlement valide car l'esprit du règlement n'est pas de protéger le client mais vise plutôt la résolution rapide des différends. Elle écarte l'argument basé sur l'article 1591 C.c.Q. et invoque plutôt l'article 1590.3 C.c.Q. qui prévoit que le créancier peut « Prendre tout autre moyen que la loi prévoit pour la mise en œuvre de son droit à l'exécution de l'obligation ».

79. *Cadieux c. Montréal Gaz Co.*, (1898) 28 R.C.S. 382.

Hydro-Québec avait donc le droit d'interrompre le service à la résidence des Glykis.

Les juges LeBel et Fish, dissidents déclarent qu'il s'agit d'un contrat réglementé. Il faut que le pouvoir réclamé par Hydro-Québec se situe à l'intérieur du cadre juridique ainsi défini ce qui n'est pas le cas ici.

Nous remarquons que la validité de la clause est analysée par la majorité de la Cour d'appel et les juges dissidents de la Cour suprême, dans le prisme de la validité du règlement qui est, par la suite, transposée aux critères de l'article 1437 soit le caractère déraisonnable.

La majorité de la Cour suprême semble refuser de reconnaître l'aspect contractuel des liens juridiques, quand elle invoque l'impossibilité pour le tribunal d'intervenir dans le contrat, pour le motif que le tribunal est lié par la loi. Cette affirmation de la Cour suprême nous semble problématique puisqu'elle entre en contradiction avec ce qu'elle a décidé dans l'arrêt *Dikranian*⁸⁰.

Nous constatons que les critères pour invalider une clause abusive dans les contrats réglementés impliquent une démonstration de l'illégalité de la clause basée sur les principes de droit administratif.

CONCLUSION

L'abonné de Gaz Métropolitain, le client d'un courtier immobilier résidentiel, le voyageur sont tous dans une situation d'adhésion. Qu'ils veulent du gaz, utiliser les services d'un courtier ou voyager, ils doivent se soumettre aux conditions imposées. La tendance jurisprudentielle leur refuse ou pourrait leur refuser la protection des articles 1432, 1435 à 1437 C.c.Q. Quoiqu'une interprétation littérale de l'article 1379 C.c.Q. puisse effectivement justifier une telle conclusion, nous croyons qu'une interprétation large doit être favorisée. Est-il justifié de reconnaître plus de droits à l'abonné d'Hydro-Québec qu'à celui de Gaz Métropolitain ? Ces consommateurs d'énergie font face à des cocontractants détenant chacun un monopole. Le pouvoir de proposer des règle-

80. Précité, note 24.

ments pour leur secteur ne justifie-il pas un contrôle supplémentaire effectué par les tribunaux ?

Nous ne pouvons adhérer à la proposition des auteurs Baudouin et Jobin⁸¹ à l'effet que le besoin de protection disparaît à la suite de l'intervention de l'État. Car l'État ne peut se prétendre infaillible.

Nous retenons plutôt la position des professeurs Didier LLuelle et Benoît Moore⁸².

Même si suite à la réglementation la protection est moins utile, si les règles sont nécessaires, il est raisonnable de les appliquer.

En effet, lorsque 2 réglementations entendent protéger une partie vulnérable, dans ce cas la réglementation du contrat et celle du contrat d'adhésion coexistent. Il importe qu'une législation ne neutralise pas l'autre et que l'adhérent puisse toujours obtenir la protection qui lui est la plus avantageuse.

Force nous est de constater qu'au delà de la qualification, les pouvoirs d'intervention du juge sont plus restreints en matière de contrat réglementé. Cette catégorisation des contrats réglementés remet sur la table une question plus fondamentale soit le contrôle de tous les abus contractuels peu importe la qualification du contrat.

81. J.-L. BAUDOUIN et P.-G. JOBIN, *op. cit.*, note 20.

82. D.LLUELLE et B. MOORE, *op. cit.*, note 63, p. 91.

CHRONIQUE

DROIT DES CONTRATS

Jasmin LEFEBVRE*

Les exigences des tribunaux quant à la conformité des soumissions sont-elles en processus d'érosion ? Le point suite à la décision dans *Structures G.B. inc.* c. *Ville de Rimouski*

1. Introduction

La procédure d'appel d'offres est la voie privilégiée par une multitude de donneurs d'ouvrage pour contracter aux meilleures conditions possibles, avec les meilleurs entrepreneurs disponibles et au meilleur prix.

Du reste, pour de nombreux organismes publics, le fait de passer par le biais d'un appel d'offres avant de contracter est une obligation qui leur est imposée par voie de règlement.

Il est indiscutable à la lumière de la jurisprudence sur le sujet que le donneur d'ouvrage se trouve en position délicate lorsqu'il lance un appel d'offres. En effet, il a alors charge de rendre justice aux soumissionnaires sous peine d'engager sa responsabilité.

En cette matière, l'action du donneur d'ouvrage est encadrée

par les règles d'appel d'offres s'imposant à lui qui, bien que rarement très complexes, peuvent être nombreuses et émaner de sources diverses.

Par ailleurs, l'appel d'offres a aussi la particularité d'être un processus par lequel le donneur d'ouvrage édicte ses propres règles. Ces règles établies par le donneur d'ouvrage, qui s'imposent à lui, sont les conditions mêmes de sa démarche et elles encadrent celle des soumissionnaires.

À l'issue de l'appel d'offres, lorsqu'il s'agit pour le donneur d'ouvrage de déterminer avec qui il contractera, l'analyse de la conformité des soumissions déposées constitue une étape cruciale.

Dans notre texte, nous nous attarderons à cette notion de conformité des soumissions déposées dans le cadre d'un appel d'offres et aux conséquences juridiques rat-

* De Grandpré Chait S.E.N.C.R.L./LLP.

tachées à la détermination de la conformité¹.

Notre attention se portera particulièrement sur la jurisprudence des 10 dernières années de manière à faire le point sur l'attitude affichée par les tribunaux face aux questions de détermination de la conformité des soumissions.

Nous chercherons notamment à voir si, 10 ans après la diffusion de l'arrêt *M.J.B. Enterprises*², la nébuleuse notion de conformité est actuellement en mutation et si elle serait en voie d'assouplissement progressif. La décision intéressante rendue par le juge Jean Lemelin dans *Structures G.B. inc. c. Ville de Rimouski*³ sera le prétexte à la démarche.

2. Appels d'offres : objectifs et principes

En matière d'octroi de contrats publics, les appels d'offres sont des rouages très importants. Il s'agit d'une méthode d'attribution de contrats de toutes natures. De nombreux textes législatifs et réglementaires existent dans le but d'encadrer l'action des organismes publics contractant par le biais d'appels d'offres.

Les principes généraux sous-tendant ces textes sont similaires et ils correspondent aux objectifs poursuivis par le donneur d'ou-

vrage public dans la démarche qui l'amène à contracter.

Le processus d'appel d'offres vise à favoriser la compétition entre les offrants afin que le contrat puisse être octroyé au meilleur prix. La quête du meilleur prix est un objectif très important du processus. On dit de l'appel d'offres qu'il est une démarche contractuelle par le biais de laquelle la négociation est remplacée par la compétition.

Pour que cette compétition puisse se développer pleinement au bénéfice du donneur d'ouvrage, il est impératif que les exigences du projet et les règles de soumission soient claires afin que les soumissionnaires participent à l'exercice en pleine confiance et déploient ainsi tous les efforts pour soumettre leur prix le plus compétitif.

Le maintien de cette confiance implique, par ailleurs, l'existence et l'application de règles assurant que les soumissionnaires soient traités équitablement, en fonction de critères uniformes.

S'agissant d'allocation d'argent public, le traitement équitable des soumissionnaires, qui est l'antithèse du favoritisme, est évidemment un enjeu d'intérêt et d'ordre public qui sont une pierre angulaire de l'ensemble des lois et

1. Noter que, pour l'essentiel, notre étude fera abstraction des appels d'offres donnant lieu à une analyse multicritères des soumissions. Nous ne discuterons pas non plus de la jurisprudence portant sur les règles particulières du Code du BSDQ. Finalement, afin de limiter l'échantillon de jurisprudence étudié, nous ne traiterons pas de la jurisprudence émanant de la Cour du Québec.

2. *M.J.B. Enterprises Ltd. c. Construction de défense (1951) ltée*, [1999] 1 R.C.S. 619.

3. J.E. 2008-1142 (C.S.).

règlements touchant les appels d'offres⁴.

Si les principes et objectifs des appels d'offres coulent de source et paraissent aller de soi, il en va bien différemment de leur mise en application. De fait, de très nombreux litiges sont appelés à être tranchés par les tribunaux en cette matière de sorte que les jugements des tribunaux sont un facteur d'importance dans la définition des principes et dans l'application concrète des règles qui prévalent en matière d'appels d'offres.

L'intervention des tribunaux est cruciale lorsqu'une situation factuelle donnée met en cause un conflit potentiel entre deux objectifs fondamentaux poursuivis par le processus d'appel d'offres.

Les litiges judiciairisés portant sur les appels d'offres sont l'une des rares interfaces entre le monde judiciaire et les affaires courantes des administrations publiques. Le traitement fait par les tribunaux des litiges leur étant soumis mettant en cause la pertinence de choix effectués par des officiers publics chargés de l'administration de contrats constitue un cadre essentiel pour ceux dont la tâche consiste à contracter avec de l'argent public dans le respect des règles applicables.

2.1 Le principe de l'égalité entre les soumissionnaires

Traiter du cadre juridique des appels d'offres en droit québécois impose de procéder à un important exercice de synthèse. En effet, les règles particulières d'appel d'offres varient souvent de façon significative d'un contexte à l'autre et d'un donneur d'ouvrage à l'autre.

À travers cette multitude, il est toutefois possible d'extraire une règle de base d'application universelle. Cette règle, le principe de l'égalité entre les soumissionnaires, est sans nul doute le principe le plus fondamental en matière d'appels d'offres⁵. Ce principe va de pair avec la notion même d'appel d'offres.

Dans un appel d'offres, les soumissionnaires acceptent de consacrer temps et énergie afin de présenter la meilleure offre possible sur la base d'un projet leur étant proposé par le donneur d'ouvrage. Si d'une manière ou d'une autre, un des soumissionnaires ne se voit pas imposer les mêmes exigences et la même rigueur que les autres, tous ses compétiteurs risquent de perdre leur temps en participant à la course.

Lorsque tous les soumissionnaires ne sont pas traités sur un

4. Sur la question des objectifs et principes en matière d'appel d'offres, voir la décision de la Cour d'appel dans *MYG informatique inc. c. Commission scolaire René Lévesque*, EYB 2006-110248 (C.A.).

5. « Les appels d'offres », par Olivier F. KOTT et Claudia DÉRY dans *La construction au Québec : perspective juridiques*, sous la direction de Olivier F. KOTT, Claudine ROY, Montréal, Wilson & Lafleur, 1998, p. 205.

même pied, cela dénature par ailleurs les effets bénéfiques qu'il y a à tirer de la compétition entre soumissionnaires organisée par les règles d'appel d'offres.

Favoriser un soumissionnaire par rapport aux autres risque de se traduire par un résultat inefficace au plan économique. De plus, la notion d'égalité entre les soumissionnaires, en matière d'appels d'offres publics, est une question relevant de l'intérêt public. L'équité et une saine gestion des fonds publics requièrent que les contrats soient octroyés à l'issue d'un processus juste et équitable à l'endroit de tous. Autrement, il y a clairement ouverture au favoritisme.

De nombreux jugements des tribunaux, dans divers contextes et en rapport avec diverses problématiques, ont répété depuis des années le caractère fondamental du principe de l'égalité entre les soumissionnaires en matière d'appels d'offres⁶.

2.2 L'arrêt *M.J.B. Enterprises et ses suites*

En 1999, la Cour suprême du Canada rendait une décision de principe sur les appels d'offres dans l'affaire de *M.J.B. Enterprises c. Construction de défense (1951) ltée*⁷. Dans cette affaire se soulevait la question de savoir s'il existait, en regard des faits de l'espèce, une obligation explicite ou

implicite pour le donneur d'ouvrage de ne contracter qu'avec un soumissionnaire conforme.

La question était soulevée étant donné la présence, dans le dossier d'appel d'offres, d'une clause de réserve par laquelle le donneur d'ouvrage stipulait ne s'engager à contracter ni avec le plus bas, ni avec aucun des soumissionnaires ayant déposé. Une telle clause de réserve est fort répandue : on la retrouve dans la plupart des dossiers d'appels d'offres.

Malgré l'absence de stipulation explicite dans les documents d'appel d'offres quant à l'obligation de contracter uniquement avec un soumissionnaire conforme, l'ensemble du dossier tel qu'analysé par la Cour lui a révélé l'existence d'une obligation implicite qui, malgré la présence d'une clause de réserve, imposait au donneur d'ouvrage de ne contracter qu'avec un soumissionnaire conforme.

La décision *M.J.B.* reprend la notion⁸ voulant que le fait de lancer un appel d'offres sur la base d'une documentation élaborée et le dépôt de soumissions par des soumissionnaires crée, dans la phase préalable à l'octroi du contrat d'entreprise, un précontrat nommé contrat A. Ce contrat A fait du contenu de la soumission et des stipulations de l'appel d'offres des règles de nature contractuelle devant être interprétées et appliquées comme telles.

6. Voir notamment *R.P.M. Tech inc. c. Ville de Gaspé*, REJB 2004-60675 (C.A.).

7. *M.J.B. Enterprises inc. c. Construction de défense (1951) ltée*, [1999] 1 R.C.S. 619.

8. Cette notion origine de *R. c. Ron Engineering & Construction (Eastern) Ltd.*, [1981] 1 R.C.S. 111.

Dans le cadre de ce précontrat ayant comme contenu les conditions de l'appel d'offres, le jugement dans *M.J.B. Enterprises* conclut que la clause de réserve ne constitue en définitive qu'une clause parmi d'autres qui n'a pas plus de poids que les autres et qui ne peut à elle seule déconstruire toute la trame constituée par les conditions de l'appel d'offres à l'égard des exigences de conformité y étant contenues.

Se questionnant quant à savoir si l'appel d'offres examiné dans le dossier *M.J.B.* comportait pour le donneur d'ouvrage la condition implicite de n'accorder le contrat qu'au soumissionnaire conforme le plus bas, la Cour a conclu à l'inexistence d'une telle obligation implicite. À ce titre, la clause de réserve devait l'emporter. Toutefois, la Cour s'est clairement prononcée sur le fait que la conclusion d'un contrat avec le plus bas soumissionnaire conforme constitue la normalité à laquelle le donneur d'ouvrage ne saurait déroger sans motifs légitimes, ni autrement que sur la base de critères stipulés dans le dossier d'appel d'offres et compatibles avec la volonté légitime du donneur d'ouvrage de chercher à contracter globalement au meilleur « coût » plutôt que simplement au meilleur « prix ».

Peu de temps après que l'arrêt *M.J.B. Enterprises* eut été pronon-

cé, la Cour d'appel du Québec s'y référerait dans sa décision de *Bau-Québec inc. c. Ville Ste-Julie*⁹ signifiant ainsi son adhésion à l'orientation de la Cour suprême énoncée dans l'affaire *M.J.B.*

Étant donné le poids inhérent à une décision du plus haut tribunal du Canada et étant donné que les conditions de l'appel d'offres dans l'affaire *M.J.B.* n'avaient rien d'exceptionnel par rapport à celles édictées par la majorité des donneurs d'ouvrage publics, les principes émanant de cette décision sont souvent abordés par les tribunaux du Québec dans leurs décisions portant sur cette matière¹⁰.

3. Les non-conformités des soumissions

C'est sur cette trame de fond constituée par les règles d'appel d'offres, le principe de l'égalité entre les soumissionnaires et l'obligation implicite de n'accorder le contrat qu'à un soumissionnaire conforme découlant de l'arrêt dans *M.J.B. Enterprises* que doit s'analyser tout contentieux soulevant la question de la non-conformité d'une soumission.

Étant donné l'obligation implicite du donneur d'ouvrage de n'accorder le contrat qu'à un soumissionnaire conforme, et vu le cadre contractuel qui trouve application, le plus bas soumissionnaire

9. *Bau-Québec inc. c. Ville Ste-Julie*, REJB 1999-14900 (C.A.).

10. Dans son arrêt subséquent de *Martel Building Ltd. c. Canada*, [2000] 2 R.C.S. 860, la Cour suprême a eu l'occasion d'ajouter à ce qu'elle avait énoncé dans l'affaire *M.J.B.* en précisant que le donneur d'ouvrage, dans le cadre d'un appel d'offres, a charge de traiter l'ensemble des soumissionnaires équitablement. Ce faisant, elle paraphrasait à sa manière le principe de l'égalité entre les soumissionnaires.

conforme¹¹ a l'intérêt nécessaire pour reprocher au donneur d'ouvrage le fait que le contrat recherché ait été accordé à un soumissionnaire non conforme.

Le contexte contractuel qui s'impose au donneur d'ouvrage fait, par ailleurs, en sorte que l'analyse des soumissions déposées dans le but d'écarter les soumissionnaires non conformes est pour lui une obligation de nature contractuelle.

Cela étant, il ne peut agir à sa guise, son erreur constituant une faute contractuelle pouvant être soulevée par tout intervenant intéressé et pouvant éventuellement être réformée par un tribunal. En principe, en effet, une défense fondée sur le fait qu'une erreur a été commise de bonne foi n'a pas d'emprise à l'encontre d'une action fondée sur le manquement à une obligation contractuelle¹².

3.1 Ampleur de la non-conformité

En raison de considérations pratiques fort évidentes, il est universellement reconnu et constamment répété par nos tribunaux que ce n'est pas toute non-conformité qui est de nature à entraîner le rejet d'une soumission. Les procédures d'appel d'offres étant souvent élaborées et la compréhension des documents émis pouvant ne

pas être uniforme, il s'avère en effet apparemment impossible d'exiger des soumissionnaires qu'ils s'astreignent à une exigence absolue de conformité de leur soumission. Un tel degré d'exigence paralyserait les processus d'appel d'offres et rendrait ces procédures inefficaces.

Bien évidemment, on aura compris que des considérations financières entrent également dans la balance quand il s'agit de statuer qu'une non-conformité mineure n'est pas nécessairement de nature à entraîner le rejet d'une soumission. En effet, il répugne aux gestionnaires de fonds publics, aux contribuables et aux juges que, pour une technicalité, le plus bas soumissionnaire puisse être écarté au profit d'un soumissionnaire au prix plus élevé dont la soumission est, par ailleurs, substantiellement identique.

Étant donné qu'il est établi qu'il n'y a pas lieu d'exiger des soumissionnaires une conformité absolue de leur soumission, les représentants des donneurs d'ouvrage se voient affligés de la charge d'opter entre la qualification de non-conformité mineure ou de non-conformité majeure quand il se présente une soumission non conforme à l'issue de leur processus d'appel d'offres.

Cet exercice périlleux doit s'ac-

11. Ou celui qui peut malgré tout prétendre avoir droit au contrat.

12. *Excavation Fafard inc. c. Saint-Guillaume*, REJB 2004-54846 (C.S.), par. 38 ; *Ferme Lica inc. c. Financière agricole du Québec*, C.S. Québec, n° 200-17-006730-063, 7 décembre 2007, juge Gratien Duchesne ; *Bau-Québec inc. c. Ville de Ste-Julie*, REJB 1999-14900 (C.A.), par. 33 ; *Service sanitaire M.B. enr. c. MRC de Maria Chapdelaine*, J.E. 2006-552 (C.S.), par. 28 ; *M.J.B. Enterprises Ltd. c. Construction de défense (1951) ltée*, [1999] 1 R.C.S. 619, 646-647 ; *Mercier c. Raby*, 2008 QCCA 1830, par. 18.

complir sur la base des règles applicables à l'appel d'offres et dans le respect du principe de l'égalité entre les soumissionnaires. L'étude de la jurisprudence récente laisse entrevoir quelques lignes directrices utiles afin d'identifier ce qui est une soumission affectée d'une non-conformité mineure par rapport à une autre marquée d'une non-conformité majeure.

3.2 Non-conformité majeure : critères intrinsèques

L'examen des décisions des tribunaux révèle plusieurs critères permettant de qualifier certaines non-conformités apparaissant à la face même des soumissions déposées comme étant des non-conformités majeures.

Ainsi, il est clairement reconnu que le non-respect d'une condition d'admissibilité à soumissionner constitue une non-conformité majeure d'une soumission déposée¹³. En effet, le soumissionnaire qui soumissionne sans respecter l'ensemble des conditions d'admissibilité prescrites à l'appel d'offres participe à une course à laquelle il ne devait pas prendre part. Le

fait pour lui d'obtenir un contrat à l'issue de cette course implique donc nécessairement qu'il se voit attribuer un contrat usurpé à quelqu'un d'autre. Il s'agit là d'un cas clair de non-conformité majeure.

Par ailleurs, plusieurs jugements des tribunaux énoncent que le non-respect d'une condition de fond de l'appel d'offres constitue également une non-conformité majeure. Par exemple :

- le fait qu'une soumission ait été déposée sans avoir été signée¹⁴ ;
- le fait qu'une corporation soumissionne sans assortir son offre d'une résolution autorisant la signature de la soumission¹⁵ ;
- le fait de soumissionner sans présenter la liste des équipements requis des soumissionnaires pour les fins de réaliser le contrat¹⁶ ;
- le fait de soumissionner un prix incluant les « taxes présentement en vigueur » alors que les documents de soumission exigeaient que le prix soumis comprenne toutes les taxes¹⁷ ;

13. *Toitures Quatre-Saisons inc. c. Casiloc inc.*, REJB 2003-42405 (C.S.) (en l'occurrence la condition d'admissibilité consistait dans le fait d'être membre de l'Association des maîtres couvreurs du Québec) ; *Entreprises de construction Panzini inc. c. Agence métropolitaine de transport*, B.E. 2006BE-216 (C.S.) (en l'occurrence, il y avait obligation d'être détenteur d'une certification ISO).

14. *Raby c. Ste-Euphémie-sur-Rivière-du-Sud*, EYB 2007-117842 (C.S.) (cassée en appel par *Mercier c. Raby*, 2008 QCCA 1830) ; *Bureau canadien d'investigation et ajustement (CBIA) inc. c. Ville de Mont-Royal*, C.S. Montréal, 500-17-032325-063, 18 novembre 2008, juge Chantal Corriveau (C.S.).

15. *Déneigement KRT inc. c. Québec*, REJB 2004-70928 (C.S.). Voir aussi *G.P.C. Excavation inc. c. Corporation d'hébergement du Québec*, B.E. 2005BE-458 et *Casot ltée c. Centre de santé et de services sociaux de Québec Sud*, J.E. 2005-2171 (C.S.).

16. *R. Labonté et fils inc. c. Municipalité de St-Nérée*, 2008 QCCS 3049.

17. *Construction Cogex inc. c. Commission scolaire Le Gardeur*, J.E. 2000-607 (C.A.).

- le fait qu'une soumission soit assortie d'une condition¹⁸ ;
- le fait de ne pas être détenteur du certificat d'autorisation exigé pour les fins de réaliser l'ouvrage¹⁹ ;
- le fait de désigner erronément l'entité qui soumissionne²⁰ ;
- le fait de ne pas être propriétaire des équipements dont la propriété est exigée pour les fins de l'appel d'offres²¹ ;
- le fait de ne pas être membre de la Corporation des maîtres mécaniciens en tuyauterie quand l'ouvrage consiste à réaliser des travaux de plomberie²² ;
- le fait de fournir un cautionnement d'une caution ne satisfaisant pas les exigences de l'article 2337 C.c.Q. sur l'aptitude à se porter caution²³.

Souvent le dossier d'appel d'offres va identifier comme telles les conditions de fond devant entraîner le rejet automatique de la soumission lorsqu'elles ne sont pas remplies. En principe, le respect de telles conditions de fond ne laisse

aucune discrétion au représentant du donneur d'ouvrage qui doit automatiquement rejeter la soumission déficiente²⁴.

Cela étant, il a été décidé récemment que le manquement à une condition qualifiée d'essentielle devrait entraîner le rejet de la soumission, mais que tel ne devrait pas nécessairement être le cas lorsqu'il y a non-respect d'une condition dite « obligatoire »²⁵.

3.3 Non-conformité mineure : critères intrinsèques

Il est difficile de tracer un portrait clair de ce qui est reconnu comme étant une non-conformité mineure d'une soumission en se concentrant uniquement sur ce qui apparaît à la face même de la soumission. Toutefois, à la lumière de la jurisprudence, on peut dire qu'une non-conformité mineure porte sur ce qui est une condition secondaire ou non essentielle de l'appel d'offres.

Il est également généralement reconnu qu'une non-conformité n'ayant aucune influence sur le prix de la soumission a l'aptitude à être qualifiée de non-conformité

18. *Ferme Lica inc. c. Financière agricole du Québec*, 2007 QCCS 6541 ; voir aussi *Mel-drum the Mover inc. c. Québec*, AZ-50408154 (C.S.), 13 janvier 2007.

19. *Exploitation Santec inc. c. MRC de Robert-Cliche*, REJB 2004-61169 (C.S.).

20. 3916723 *Canada inc. c. Hydro-Québec*, J.E. 2007-444 (C.S.).

21. *Pavages Maska inc. c. Ville de Montréal*, C.S. Montréal, n° 500-05-038148-977, 17 juillet 2002, juge Michel Delorme j.c.s.

22. *Bernier Lecompte inc. c. Ville de Verdun*, J.E. 2002-1551 (C.S.).

23. *Blenda Construction inc. c. CHSLD Drapeau-Deschambault*, J.E. 2006-362 (C.S.) et *Consortium M.R. Canada ltée c. CHQ*, J.E. 99-1618 (C.S.).

24. *Limocar Roussillon inc. c. Conseil intermunicipal de transport Roussillon*, EYB 2007-116050 (C.S.) ; *R.P.M. Tech inc. c. Ville de Gaspé*, REJB 2004-60675 (C.A.), par. 27.

25. *Ed Brunet et Associés Canada inc. c. Commission scolaire des Draveurs*, J.E. 2009-473 (C.S.).

mineure. En effet, dans un tel cas, cette non-conformité n'est pas susceptible d'affecter les droits des autres soumissionnaires en bousculant leur rang²⁶.

Il saute aux yeux, à l'étude des jugements des tribunaux en cette matière, que l'effet net d'une non-conformité sur les droits des autres soumissionnaires est l'élément fondamental dans sa caractérisation comme étant mineure ou majeure. Dans cet esprit, on comprend que l'accumulation de non-conformités mineures par un soumissionnaire n'a pas pour effet de transformer globalement sa soumission en une soumission affectée d'une non-conformité majeure. Chacune des non-conformités mineures prise indépendamment est sans effet sur les autres soumissionnaires et il en est de même du cumul de telles non-conformités²⁷.

Par ailleurs, le texte même de l'appel d'offres ou les règlements qui s'y appliquent peuvent permettre de conclure que l'on se retrouve face à une non-conformité mineure par la description qui sera faite de diverses non-conformités dans les documents d'appel d'offres ou dans les règlements²⁸. Dans certains cas, les documents d'appel d'offres stipulent même qu'il sera possible

de corriger, dans un délai prescrit après l'ouverture des soumissions, une non-conformité de faible importance de manière à parfaire la soumission²⁹.

Paradoxalement, et tel qu'évoqué plus haut, on retrouve aussi dans divers éléments extrinsèques à la soumission des facteurs permettant de départager entre ce qui est une non-conformité mineure et ce qui est une non-conformité majeure d'une soumission.

3.4 Non-conformités mineures ou majeures : éléments extrinsèques et autres justifications

3.4.1 Le rang des soumissionnaires

À la lumière de l'abondante jurisprudence portant sur le sujet, il appert que la prise en compte du résultat global de l'appel d'offres constitue un facteur déterminant permettant de conclure que l'on se trouve en présence d'une non-conformité mineure ou d'une non-conformité majeure.

Une non-conformité, si modeste soit-elle, a un impact majeur si elle a une influence sur le rang des soumissionnaires³⁰. En effet, dans bien des cas, les règles d'ap-

26. *Coffrage Alliance ltée c. Ville de Châteauguay*, J.E. 2002-1204 (C.S.), confirmée en appel par REJB 2004-54038 (C.A.).

27. *Excavation Fafard inc. c. St-Guillaume*, REJB 2004-54846 (C.S.), par. 53.

28. Voir *Casot ltée c. Centre de santé et de services sociaux de Québec-Sud*, J.E. 2005-2171 (C.S.).

29. Voir *Briques et Pierres Bas St-Laurent inc. c. S.I.Q.*, C.S. Québec, n° 200-05-003473-969, 23 juillet 2004, juge Guy Lebrun, j.c.s. ; *Réno-Tapis plus inc. c. CHQ*, C.S. Chicoutimi, n° 150-05-002978-023, 25 août 2005, l'honorable Carl Lachance, j.c.s.

30. *Mercier c. Raby*, 2008 QCCA 1830, par. 39.

pel d'offres prescriront que le contrat doit être accordé au plus bas soumissionnaire conforme. Par ailleurs, dans les situations où une telle règle n'est pas stipulée, on a vu que le principe veut que le contrat doit normalement être accordé au plus bas soumissionnaire conforme. Ce n'est en effet que sur la base de critères légitimes et dûment dévoilés dans les documents d'appel d'offres qu'un donneur d'ouvrage pourrait de manière exceptionnelle contracter valablement avec un soumissionnaire autre que le moins-disant³¹.

Ainsi, si une modeste non-conformité en valeur a pour effet de faire passer le plus bas soumissionnaire au deuxième rang, il ne pourrait en l'occurrence s'agir d'une non-conformité mineure puisque le fait de passer outre à une telle non-conformité heurterait de front le principe de l'égalité entre les soumissionnaires³².

Dans son jugement de 2004 dans *R.P.M. Tech inc. c. Ville de Gaspé*, la Cour d'appel a bien exprimé le rapport étroit entre le principe de l'égalité entre les soumissionnaires et la détermination du caractère mineur ou majeur d'une non-conformité :

Pour qualifier une irrégularité de mineure ou de majeure, le facteur déterminant est celui de l'égalité des soumissionnaires. L'irrégula-

rité ne doit pas avoir d'effet sur le prix de la soumission, elle ne doit pas avoir rompu l'équilibre entre les soumissionnaires, l'un des principes directeurs en matière d'adjudication de contrat par voie de soumission publique : [...] ³³

Il est intéressant de noter que lorsque le tribunal considère que toutes les soumissions déposées sont affectées de non-conformités d'ampleur équivalente, il avalisera sans hésiter la décision du donneur d'ouvrage d'accorder le contrat au plus bas soumissionnaire non conforme³⁴. C'est là une application du principe de l'égalité entre les soumissionnaires.

3.4.2 *Bonne foi du donneur d'ouvrage*

Il existe dans la jurisprudence québécoise un flou qui persiste à l'égard de l'influence de la bonne foi du donneur d'ouvrage sur son éventuelle responsabilité en cas d'erreur dans l'appréciation de la conformité d'une soumission qu'il a acceptée.

La plupart des jugements³⁵, s'en tenant rigoureusement au cadre précontractuel prescrit par la Cour suprême en matière d'appels d'offres, statuent que, dans son analyse des soumissions, le donneur d'ouvrage ne pourra commettre une erreur sur la conformité d'une soumission qu'il accepte. À

31. Voir section 2.2.

32. Voir, par exemple, *3051226 Canada inc. c. Aéroports de Montréal*, EYB 2008-132175 (C.A.).

33. *R.P.M. Tech inc. c. Ville de Gaspé*, REJB 2004-60675 (C.A.), par. 28.

34. Voir *Lefebvre c. St-Cyrille-de-Wendover*, EYB 2005-85556 (C.S.). Voir aussi *R.P.M. Tech inc.*, *ibid.*

35. Voir note 12.

défaut, sa responsabilité civile contractuelle sera engagée vis-à-vis de la victime de sa faute.

Toutefois, d'autres jugements, se dégageant de façon pragmatique de la lettre des énoncés de la Cour suprême sur la notion de précontrat, font état de leur détermination quant à la bonne foi affichée par le donneur d'ouvrage à l'égard de la décision erronée qu'il aurait prise³⁶.

Cela étant, le plus souvent, ces énoncés portant sur la bonne foi du donneur d'ouvrage constituent des *obiter dicta* par le biais desquels les juges visent à étayer leur jugement avalisant la décision du donneur d'ouvrage sur la base de motifs autres, comme le fait que le soumissionnaire choisi était conforme ou encore, sur la base du fait que sa non-conformité était mineure et ne portait pas ombrage au principe de l'égalité entre les soumissionnaires.

Notons qu'avant la décision *M.J.B.*, cette notion de bonne foi du

donneur d'ouvrage étant omniprésente et capitale dans les décisions portant sur la conformité de soumissions. En effet, à l'époque, avant que soit bien ancrée au Québec la théorie du précontrat (contrat A), on disait souvent que la décision du donneur d'ouvrage ne pouvait être remise en question par les tribunaux que dans la mesure où on pouvait démontrer la fraude du donneur d'ouvrage, son abus ou sa mauvaise foi³⁷.

3.4.3 Bonne ou mauvaise foi du soumissionnaire

Exceptionnellement, il se présente des situations où la bonne ou la mauvaise foi du soumissionnaire, sa diligence ou sa négligence entrent en compte dans la décision du tribunal à l'égard de l'effet attribué à une non-conformité et à l'égard de la détermination de la question de savoir si sa non-conformité est mineure ou majeure³⁸. On aura moins tendance à être indulgent vis-à-vis le soumissionnaire face à une non-conformité de sa

36. Voir, par exemple, *Installations électriques Dépôt (1989) inc. c. Granby*, REJB 2000-17890 (C.S.), par. 75 (en l'occurrence, la ville avait obtenu trois opinions juridiques avant d'accepter une soumission affectée de certaines non-conformités); *Couvertures Victo inc. c. SEBJ*, REJB 2004-71632 (C.S.), par. 24; voir aussi *Mercier c. Raby*, 2008 QCCA 1830, par. 24; *Groupe Benoît c. AMT*, C.S. Montréal, n° 500-17-032571-062, 4 février 2009, juge Eva Petras, par. 44.

37. Voir, par exemple, *Banexco inc. c. Hôpital d'Argenteuil*, REJB 1997-03337 (C.S.); *Pro-tox inc. c. Québec*, J.E. 92-924 (C.S.); *Cetil inc. c. Corp. Collège Lionel-Groulx*, J.E. 94-1359 (C.S.); *Services médicaux Laidlaw ltée c. Partagec inc.*, J.E. 95-1739 (C.S.); *Sécurité Allard et Bélanger inc. c. Collège d'enseignement général - CÉGEP Lévis Lauzon*, J.E. 95-1704 (C.S.); *Construction Cogerec ltée c. Commission scolaire Le Gardeur*, J.E. 1996-1762 (C.S.), confirmée en appel, J.E. 2000-607 (C.A.); *Entreprises Jarbec (2000) inc. c. Régie d'assainissement des eaux de la région sherbrookoise*, J.E. 96-110 (C.S.).

38. Voir *Biofertilisants de la Montérégie inc. c. Granby*, EYB 1999-73594 (C.S.) (soumission déclarée non conforme en raison de sa structure de prix débalancée. En l'occurrence, la soumissionnaire était contrôlée par un individu contrôlant une autre corporation qui s'était préalablement désistée d'un contrat relié à l'objet de l'appel d'offres sujet à l'examen du tribunal). Voir aussi *Carrières Pontiac Buick ltée c. SAAQ*, J.E. 2001-1288 (C.S.).

soumission si l'attitude qu'on lui attribue est qualifiée de négligente ou de mauvaise foi.

Par ailleurs, une soumission comportant des informations mensongères d'importance sera rejetée comme non conforme³⁹.

3.4.4 *Erreur dans les documents d'appel d'offres ou imprécision des documents d'appel d'offres*

Lorsque le tribunal se retrouve en présence d'une situation où une non-conformité attribuée à un soumissionnaire découle d'une imprécision ou d'une erreur dans les documents d'appel d'offres, typiquement, il aura tôt fait de relever le soumissionnaire des conséquences de la non-conformité de sa soumission⁴⁰.

Il s'agit là de l'application de la règle de l'article 1432 C.c.Q. qui prévoit que, dans le doute, le contrat s'interprète contre le stipulant de l'obligation, en l'occurrence, le donneur d'ouvrage.

3.4.5 *Présence d'une clause de réserve portant sur la conformité des soumissions*

Malgré que la décision dans *M.J.B. Enterprises* a eu vis-à-vis du droit canadien l'effet de restreindre considérablement la portée des clauses de réserve stipulées par les donneurs d'ouvrage,

il demeure que la présence d'une telle clause énonçant que le donneur d'ouvrage peut passer outre à certaines non-conformités mineures d'une soumission n'est pas sans influence sur l'analyse des tribunaux face à une soumission marquée d'une non-conformité⁴¹. Un examen attentif du jugement *M.J.B.* permet d'ailleurs de comprendre que le propos de la Cour n'est pas de s'attaquer aux clauses de réserve en tant que telles, mais plutôt de les replacer dans le contexte des documents d'appel d'offres afin de ne pas leur attribuer un poids disproportionné par rapport à l'ensemble des autres dispositions applicables.

Ainsi, il n'est pas impensable de se retrouver face à une clause de réserve visant à permettre au donneur d'ouvrage de passer outre à une non-conformité d'une soumission qui serait compatible avec l'ensemble du dossier d'appel d'offres. Une telle clause de réserve ne serait pas automatiquement écartée par le tribunal.

Par conséquent, en présence d'une clause de réserve touchant la conformité des soumissions et visant à permettre au donneur d'ouvrage de passer outre à certaines non-conformités, il est aisé de comprendre qu'il sera plus facile pour un juge de conclure au caractère mineur d'une non-conformité qu'en l'absence de toute clause de réserve.

39. *Consultants S.M. c. Québec*, J.E. 96-698 (C.S.), p. 13.

40. *Lefebvre c. St-Cyrille-de-Wendover*, EYB 2005-85556 (C.S.) ; *Construction A.C.F. (Montréal) inc. c. Casiloc inc.*, EYB 2005-82357 (C.S.).

41. Voir, par exemple, *Service sanitaire M.B. enr. c. MRC de Maria Chapdelaine*, J.E. 2006-552 (C.S.) et *Les Entreprises Michaudville inc. c. Ville de Montréal*, 2006 QCCS 3370. Voir aussi *Double N Earthmovers Ltd. c. Ville d'Edmonton*, [2007] 1 R.C.S. 116 ; *Mercier c. Raby*, 2008 QCCA 1830 (C.A.) ; *Groupe Benoît c. AMT*, C.S. Montréal, n° 500-17-032571-062, 4 février 2009, juge Eva Petras, par. 42.

3.4.6 L'intérêt du contribuable

On retrouve de plus en plus en jurisprudence l'expression par les juges de leur opinion sur la justification qu'il y a pour le donneur d'ouvrage de contracter avec un soumissionnaire non conforme lorsque ce soumissionnaire est le plus bas et lorsque le fait de contracter avec un autre soumissionnaire entraînerait une dépense excédentaire de fonds publics.

En de telles circonstances, une motivation fondée sur l'intérêt public peut influencer sur la décision du tribunal de juger comme étant mineure une non-conformité de la soumission du plus bas soumissionnaire⁴².

4. L'interprétation des tribunaux à l'égard des critères de conformité des soumissions est-elle statique ?

Nous nous sommes intéressé à la question de savoir si, depuis *M.J.B. Entreprises*, l'approche des tribunaux dans leur analyse de la conformité des soumissions est marquée par une évolution ou si cette interprétation est statique.

À notre avis, le jugement de la Cour suprême dans *M.J.B. Entreprises* énonçant une obligation implicite du donneur d'ouvrage de

n'accorder le contrat qu'à un soumissionnaire conforme a constitué un point culminant en jurisprudence dans le degré d'exigence de conformité appliqué par les tribunaux en matière d'appels d'offres. Ce jugement rompait avec la jurisprudence antérieure dans le cadre de laquelle les donneurs d'ouvrage étaient aptes à se dégager de leur responsabilité en démontrant leur bonne foi dans l'analyse des soumissions et l'octroi des contrats.

La rigueur imposée par les principes émanant du jugement *M.J.B. Entreprises* implique toutefois des contraintes importantes au donneur d'ouvrage. Il semble en effet favoriser la forme dans la balance entre les exigences de forme et les exigences de fond. Cela peut sans doute parfois entraîner des résultats ponctuels aberrants. Face à cela, il est compréhensible que les donneurs d'ouvrage opposent une résistance et il est également compréhensible que les tribunaux fassent écho à une telle résistance⁴³. Notre hypothèse quant à une possible évolution de l'interprétation par les tribunaux de la notion de conformité des soumissions fut soulevée à la suite du jugement dans l'affaire *Structures G.B. ltée c. Ville de Rimouski*⁴⁴, rendu au printemps 2008 et qui fut porté en appel depuis.

42. *Couvertures Victo inc. c. Société d'énergie de la Baie-James*, REJB 2004-71632 (C.S.) ; *Les Entreprises Michaudville inc. c. Ville de Montréal*, 2006 QCCS 3370, par. 25 ; *Construction DJL inc. c. Québec*, J.E. 2006-2290 (C.S.) ; *Mercier c. Raby*, 2008 QCCA 1830, par. 19 ; *Groupe Benoît c. AMT*, C.S. Montréal, n° 500-17-032571-062, 4 février 2009, juge Eva Petras, par. 47 ; *Ed Brunet et Associés Canada inc. c. Commission scolaire des Draveurs*, J.E. 2009-473 (C.S.), par. 46 et 47.

43. Voir, à titre d'illustration, *Les Entreprises de construction O.P.C. inc. c. Complexe hospitalier de la Sagamie*, EYB 2005-85529 (C.S.), p. 4 et s.

44. *Structures G.B. ltée c. Ville de Rimouski*, J.E. 2008-1142 (C.S.).

4.1 Structures G.B.

Dans le cadre d'un appel d'offres pour la construction d'un édifice municipal, Structures G.B. (G.B.) dépose la soumission la plus basse. Contrairement aux exigences de l'appel d'offres toutefois, le cautionnement de soumission de G.B. est de 140 483 \$ (10 % de 1 404 820,33 \$), plutôt que 150 000 \$, tel qu'exigé par les documents d'appel d'offres. En raison de ce fait, la ville rejette la soumission de G.B. et accorde le contrat au 2^e soumissionnaire dont la soumission est 45 000 \$ plus chère.

Avant que cet octroi ne se fasse, la ville avait été informée formellement par G.B. de son intention de respecter sa soumission. La ville avait reçu également de G.B. un avenant à son cautionnement ayant pour effet de le porter à 150 000 \$.

Dans son action, G.B. réclame à la ville le profit qu'elle allègue avoir perdu du fait que le contrat ne lui a pas été accordé. Cette action de G.B. sera accueillie par jugement du juge Jean Lemelin de la Cour supérieure. La ville sera condamnée à verser des dommages représentant les profits manqués par G.B. parce qu'il fut jugé qu'elle aurait dû, en l'occurrence, lui accorder le contrat.

Dans ses motifs, le juge énonce qu'en matière d'appels d'offres, une ville se doit de respecter le principe de l'égalité entre les soumissionnaires. C'est en fonction de ce principe qu'elle doit procéder à l'analyse de la conformité des soumissions. Ce faisant, elle doit tou-

tefois aussi avoir en tête l'intérêt des contribuables.

Ainsi, la ville aura l'obligation de rejeter une soumission affectée d'une non-conformité majeure, mais, dans l'intérêt des contribuables, elle ne devra pas écarter une soumission qui n'est affectée que d'une non-conformité mineure. Si la non-conformité est mineure, la ville devra accorder le contrat au plus bas soumissionnaire malgré sa non-conformité.

En l'occurrence, la non-conformité de G.B. était une non-conformité mineure, n'ayant aucune influence sur son prix et sur le contenu de son offre. La non-conformité fut couverte par la volonté exprimée par G.B. de réaliser le contrat alors que la fonction du cautionnement de soumission est de pallier un éventuel refus. Par ailleurs, la non-conformité fut éliminée par l'avenant portant le cautionnement à 150 000 \$ communiqué à la ville avant que le contrat ne soit accordé à un tiers.

Le jugement dans l'affaire *Structures G.B.* est un exemple de l'érosion des exigences de nos tribunaux à l'égard de la conformité des soumissions.

De plus, ce jugement se démarque de l'ensemble de la jurisprudence en ce qu'il énonce que le fait d'accorder un contrat sur la base d'une soumission comportant une non-conformité mineure n'est pas simplement une faculté : il peut s'agir d'une obligation s'imposant au donneur d'ouvrage public.

Cette obligation peut être invoquée par le soumissionnaire écarté qui n'aurait pas dû l'être.

À notre connaissance, il n'existe que trois autres jugements québécois prononcés en faveur d'un entrepreneur, soumissionnaire non conforme au prix le plus bas, invoquant vis-à-vis du donneur d'ouvrage son droit au contrat. Il s'agit des affaires *Réno-Tapis Plus inc. c. Corporation d'hébergement du Québec*⁴⁵ et *2744-1781 Québec inc. c. Québec*⁴⁶ et *Transport Fafard inc. c. Corporation municipale de St-Eugène*⁴⁷.

En 2005, dans l'affaire *Réno-Tapis Plus inc.*, l'action de la demanderesse fut accueillie contre la CHQ parce que le juge fut d'avis que la demanderesse aurait dû obtenir le contrat qui avait été attribué à un tiers dont le prix était plus élevé. En effet, en l'occurrence, la CHQ n'aurait pas dû rejeter la soumission de la demanderesse pour le simple fait qu'elle était assortie d'une traite bancaire plutôt que d'un chèque visé à titre de garantie de soumission. Du point de vue du tribunal, une telle technicalité ne justifiait pas que le donneur d'ouvrage rejette la soumission de la demanderesse, plus basse soumissionnaire.

Par ailleurs, dans *2744-1781 Québec inc.*, la requête pour jugement déclaratoire de la requérante fut accueillie. Son droit au contrat lui fut reconnu par la Cour à titre

de plus basse soumissionnaire malgré une erreur ponctuelle de désignation du soumissionnaire dans un des formulaires de soumission alors que la désignation correcte apparaissait dans divers autres formulaires.

Encore là, selon le tribunal, il s'agissait d'une non-conformité très mineure, de la nature d'une erreur apparaissant à la face même d'une soumission. Le juge reconnaît de plus qu'il s'agissait d'une simple erreur d'écriture et non d'une erreur de fond.

Finalement, dans *Transport Fafard inc.*, le juge Biron a accueilli le recours de la demanderesse à l'encontre d'une résolution du conseil municipal de la défenderesse. Selon cette décision, la corporation municipale était mal fondée de rejeter la soumission de la demanderesse pour le simple motif que cette soumission, la plus basse, omettait de mentionner le numéro de dossier de la soumissionnaire auprès de la CSST ainsi que la preuve de son assurabilité par le biais de la CSST. En effet, il avait été démontré que ces éléments étaient de pures formalités que la CSST procurait sur demande.

À notre avis, malgré les éléments communs des trames factuelles concernées, le jugement *Structures G.B.* va plus loin que les affaires *Réno-Tapis Plus* et *2744-1781 Québec* et *Transport Fafard*

45. C.S. Chicoutimi, n° 150-05-002978-023, 25 août 2005 par l'honorable Carl Lachance, j.c.s.

46. REJB 1990-15410 (C.S.).

47. C.S. Drummondville, n° 405-05-000183-889, 26 octobre 1988 par l'honorable André Biron, j.c.s.

inc. Il marque clairement l'important pouvoir d'intervention des tribunaux en relation avec l'attribution des contrats publics. Cela étant, constitue-t-il un élément d'un mouvement plus vaste ? Globalement, les tribunaux ont-ils tendance à atténuer la rigueur de leur interprétation des règles de conformité des soumissions de manière à augmenter la marge de manœuvre des donneurs d'ouvrage leur permettant de passer outre à des non-conformités contenues dans des soumissions ?

Dans le cadre de la recherche que nous avons effectuée, certains éléments tendent à nous faire croire qu'une telle érosion des exigences des tribunaux à l'égard des règles de conformité des soumissions est actuellement en cours. Il est toutefois très difficile de conclure de façon catégorique à l'existence d'un tel mouvement. En effet, d'autres indices remettent en cause l'existence d'une telle évolution.

L'examen que nous nous proposons de faire de certaines illustrations d'une possible érosion des exigences des tribunaux à l'égard des critères de conformité des soumissions se doit d'être entamé par une discussion de la décision *Double N Earthmovers Ltd. c. Ville d'Edmonton*⁴⁸.

4.2 *Double N Earthmovers*

L'affaire *Double N* origine d'un appel d'offres lancé par la ville d'Edmonton pour obtenir des services de machineries lourdes pendant une certaine période. La ville

exigeait que les machines proposées par le soumissionnaire soient décrites dans la soumission (marque, modèle, numéro de série, etc.) et que les machines proposées soient récentes (1980 ou plus récentes).

Sureway Construction of Alberta Ltd. (Sureway), la compétitrice de Double N, présenta la soumission la plus basse. Une des machines indiquées par Sureway était décrite comme un modèle de 1980 alors qu'elle datait en réalité de 1979. À l'égard d'une seconde machine, Sureway indiqua qu'il s'agissait d'un modèle « 1977 ou machine de location 1980 ».

Double N dénonça à la ville le fait que Sureway ne possédait aucune machine qui serait un modèle 1980 ou plus récent. La ville ne fit aucune vérification et octroya le contrat à Sureway. Elle négocia à la baisse le prix d'une portion du contrat et accepta même que l'ouvrage soit réalisé avec des machines d'un modèle moins récent que 1980.

Double N, qui alléguait que la procédure d'appel d'offres avait été menée de façon inéquitable, poursuivit Sureway et la ville d'Edmonton en dommages. Étonnamment, son action fut rejetée.

Selon la Cour, à sa face même, la soumission de Sureway n'était pas non conforme et la ville n'avait aucune obligation d'enquêter pour déterminer si la soumission de Sureway comportait des informations mensongères et ce, malgré les dénonciations de Double N. La

48. *Double N Earthmovers Ltd. c. Ville d'Edmonton*, [2007] 1 R.C.S. 116.

Cour jugea que Sureway était liée par sa soumission telle que déposée et la ville aurait pu exiger qu'elle s'y conforme. Par ailleurs, une des clauses de l'appel d'offres spécifiait que la ville pouvait passer outre à la non-conformité d'une soumission déposée.

Finalement, une fois acceptée la soumission en apparence conforme de Sureway, la ville était en droit de laisser tomber certaines exigences de son appel d'offres et de négocier des aménagements au contrat. Une telle possibilité de négocier était d'ailleurs mentionnée dans le document d'appel d'offres de la ville.

Pour les fins de l'analyse de la décision *Double N*, il faut d'abord noter que l'appel d'offres de la ville d'Edmonton ne rendait pas obligatoire le fait d'être propriétaire des machineries proposées dans la soumission. La propriété de telles machines n'était donc pas, en l'occurrence, une condition d'admissibilité à soumissionner. Toutefois, dans la *ratio* de *Double N*, l'absence d'obligation pour le donneur d'ouvrage de faire des vérifications concernant la véracité des informations contenues à une soumission, et la possibilité pour lui de négocier le contenu du contrat et ses exigences contractuelles, une fois acceptée une soumission apparemment conforme, jette une ombre sur tout le droit des appels d'offres.

Selon nous, il s'agit d'une ouverture à un assouplissement significatif du caractère obligatoire des règles d'appel d'offres. Dans ce cadre plus souple, les sou-

missionnaires se verraient imposer moins de rigueur quant à la précision et quant à la véracité des informations mentionnées dans leur soumission. En conséquence, le but premier poursuivi par le soumissionnaire pourrait dorénavant être de se classer plus bas soumissionnaire quitte à négocier par la suite pour pallier les carences de sa soumission.

La décision *Double N Earthmovers* nous apparaît aller à l'encontre d'un cadre rigoureux d'analyse de la conformité des soumissions en matière d'appels d'offres. D'ailleurs, il nous apparaît difficile de prétendre qu'il y a entière cohérence entre la décision *Double N* et les décisions antérieures de la Cour suprême, notamment dans les affaires *M.J.B. Enterprises* et *Martel Building*.

S'il est vrai que, dans une certaine mesure, l'affaire de *Double N Earthmovers Ltd.* constitue un cas d'espèce, il n'en demeure pas moins qu'elle nous semble ouvrir la porte à un affaiblissement de l'importance de l'obligation de conformité, à l'inverse de l'orientation adoptée par la Cour dans l'affaire *M.J.B. Enterprises*.

4.3 Attitude de la Cour d'appel du Québec : *R.P.M. Tech c. Ville de Gaspé et Mercier c. Raby*

En ce qui a trait à la jurisprudence de la Cour d'appel du Québec, nous croyons dénoter là encore une tangente vers une plus grande marge de manœuvre du donneur d'ouvrage public pour passer outre à des non-conformités

quand il est évident que le principe de l'égalité entre les soumissionnaires est respecté et lorsqu'il en va de l'intérêt public.

Une bonne illustration de l'attitude affichée actuellement par la Cour d'appel est offerte dans la décision *R.P.M. Tech c. Ville de Gaspé*⁴⁹. Dans cette affaire, les soumissions déposées portaient sur la fourniture d'un appareil de balayage des pistes de l'aéroport municipal de Gaspé. Des critères précis avaient été énoncés dans les documents d'appel d'offres quant à la capacité de soufflerie de l'appareil. Or, l'appareil mentionné à la soumission du plus bas soumissionnaire et adjudicataire du contrat ne respectait pas rigoureusement ces critères. Il avait cependant été mis en preuve par la ville de Gaspé, qui fut poursuivie par le deuxième plus bas soumissionnaire, que l'appareil fourni par le plus bas soumissionnaire pouvait être adapté de manière à répondre rigoureusement aux exigences de la ville en quelques minutes de travail seulement.

Tant en première instance qu'en Cour d'appel, compte tenu des faits pertinents, il fut décidé que la soumission du plus bas soumissionnaire n'était affectée que d'une non-conformité mineure ne portant pas sur un élément essentiel. La ville de Gaspé pouvait pas-

ser outre à une telle non-conformité sans heurter le principe de l'égalité entre les soumissionnaires.

À notre avis, cette décision dans *R.P.M. Tech c. Ville de Gaspé* se distingue considérablement de celle rendue quelques années plus tôt dans *Northal Construction inc. c. Commission scolaire Ste-Croix*⁵⁰. Dans cette affaire, la Cour d'appel, avec la dissidence marquée du juge René Letarte, avait alors rejeté le recours d'un entrepreneur dont la soumission la plus basse avait été écartée parce qu'elle omettait de mentionner nommément deux addenda modifiant les documents d'appel d'offres. La formule de soumission mentionnait toutefois que l'entrepreneur avait pris connaissance de tous les addenda et que sa soumission en tenait compte.

Il nous semble qu'il s'agissait là d'un jugement sévère. D'ailleurs, cinq ans plus tard, dans l'affaire de *Philippe Trépanier inc. c. Produits d'acier Ecan*⁵¹, la Cour d'appel a rejeté le pourvoi du compétiteur de Acier Ecan qui reprochait à cette dernière de ne pas avoir mentionné un addendum dans sa soumission. Pour la Cour, il s'agissait en l'occurrence d'une non-conformité non significative au sens prêté à ce terme par l'article J-6 du Code du Bureau des

49. *R.P.M. Tech inc. c. Ville de Gaspé*, REJB 2004-60675 (C.A.).

50. *Northal Construction inc. c. Commission scolaire Ste-Croix*, REJB 2002-31673 (C.A.). Le jugement de la Cour d'appel rendu en 2000 dans *Construction Cogrex ltée c. Commission scolaire Le Gardeur*, J.E. 2000-607 (C.A.) constitue aussi un exemple de grande rigueur dans l'interprétation des conditions d'appel d'offres. En l'occurrence, le prix soumis devait comprendre « toutes les taxes » et l'appelante, dont la soumission avait été écartée parce qu'elle incluait seulement « les taxes actuellement en vigueur », a échoué dans son recours en dommages.

51. 2005 QCCA 445.

soumissions déposées du Québec. Dans ce cas, la Cour d'appel énonce toutefois que des indices révélaient, ailleurs dans la soumission, que l'entrepreneur avait pris en compte l'addenda en question pour rédiger son offre.

Récemment, la Cour d'appel a eu l'occasion de se prononcer à nouveau sur la question de la conformité des soumissions déposées dans le cadre d'un appel d'offres. Dans cette affaire de *Mercier c. Raby*⁵², la Cour a rendu un arrêt fort important à l'égard de notre hypothèse.

En effet, dans *Mercier c. Raby*, par un jugement majoritaire, la Cour d'appel infirme la décision de première instance qui avait déclaré illégal le geste de la ville de Ste-Euphémie ayant consisté à retenir la soumission de l'appelant Mercier qui contenait une irrégularité.

Lors de l'ouverture des soumissions, on avait constaté que la soumission déposée par Mercier n'était pas signée. Or, comme Mercier était présent lors de l'ouverture des enveloppes, il lui fut offert de corriger son erreur en signant sa soumission, ce qu'il fit sur-le-champ, avant que se poursuive l'ouverture des enveloppes déposées.

À l'issue de l'appel d'offres, il s'avéra que la soumission de Mercier était la plus basse et la ville décida de la retenir, geste que le jugement de la Cour d'appel aura pour effet d'avaliser.

Il s'agit sans conteste d'un jugement étonnant. Typiquement, le fait que la soumission déposée soit signée est considéré comme une condition essentielle à sa validité, la signature constituant l'expression de la volonté d'être lié par la soumission⁵³.

En l'occurrence toutefois, compte tenu du contexte particulier, de l'absence d'influence sur le rang des soumissionnaires, de la présence au dossier d'une clause de réserve et du fait que les documents d'appel d'offres ne faisaient pas de l'absence de signature une cause de rejet péremptoire, cette absence de signature a été traitée comme une non-conformité mineure, un « vice de forme ». En plus, il avait été reconnu que la municipalité avait agi de bonne foi...

Bien que la décision de la majorité rendue par le juge Rochette soit à bien des égards rédigée comme s'il s'agissait d'un cas d'espèce, et malgré la vive dissidence du juge Giroux, il demeure que cette décision dans *Mercier c. Raby* tend à démontrer encore une fois une tendance de la Cour d'appel à relâcher ses exigences au niveau de la conformité des soumissions pour les fins des litiges lui étant soumis.

4.4 Évolution de la jurisprudence québécoise : le cas des garanties de soumission

Une autre illustration de ce qui peut être considéré comme un assouplissement progressif de la rigueur dans l'analyse des soumis-

52. 2008 QCCA 1830.

53. Voir note 14.

sions au niveau de leur conformité apparaît dans la série de jugements dans les affaires *Coffrage Alliance ltée c. Ville de Châteauguay*⁵⁴, en première instance et en appel, *Construction OPC inc. c. Complexe hospitalier de la Sagamie*⁵⁵ en première instance et appel, et dans l'affaire *Couvertures Victo inc. c. SEB-J*⁵⁶ qui ont une parenté avec la décision dans l'affaire de *Structures G.B. inc. c. Ville de Rimouski* : toutes ces affaires mettent en cause des non-conformités touchant les garanties de soumission.

D'abord, dans l'affaire de *Coffrage Alliance ltée c. Ville de Châteauguay*, le deuxième plus bas soumissionnaire a vu son action contre la Ville accueillie après qu'il eut remis en question la décision de la Ville d'accorder le contrat à son compétiteur qui avait assorti sa soumission d'un cautionnement de soumission plutôt que d'un chèque visé tel qu'exigé par les documents de soumission.

Après l'ouverture des enveloppes, le plus bas soumissionnaire avait remplacé son cautionnement de soumission par un chèque visé pour parfaire sa soumission et la Ville avait alors accepté cette soumission corrigée et lui avait accordé le contrat.

Selon les juges ayant tranché l'affaire, la Ville ne pouvait cependant pas agir ainsi sans rompre le

principe de l'égalité entre les soumissionnaires.

Par ailleurs, dans les affaires *Construction OPC* et *Couvertures Victo*, la décision du donneur d'ouvrage d'accorder le contrat à un soumissionnaire dont le cautionnement de soumission n'atteignait pas le minimum requis aux documents d'appel d'offres avait été avalisée dans les jugements prononcés.

Finalement, dans *Structures G.B. inc. c. Ville de Rimouski*, un pas de plus fut franchi par le juge Lemelin. En effet, son jugement donne gain de cause au soumissionnaire dont le cautionnement de soumission était insuffisant et qui réclamait néanmoins son droit au contrat en s'appuyant dans sa démarche sur les décisions antérieures dans les affaires de *Construction OPC* et de *Couvertures Victo*.

Nous croyons pouvoir dire que les décisions rendues successivement en première instance et en appel dans *Coffrage Alliance*, en 2002 et en 2004, en première instance et en appel dans *Construction OPC*, début 2005 et fin 2005, dans *Couvertures Victo* en première instance, en 2004, et, finalement, dans *Structures G.B.* en 2008, illustrent une évolution de la jurisprudence dans le sens d'un assouplissement des exigences des tribunaux à l'égard de la conformité des soumissions en ce qui a trait aux garanties de soumission.

54. REJB 2002-31612 (C.S.) et REJB 2004-54038 (C.A.).

55. EYB 2005-85529 (C.S.) et 2005 QCCA 1123 (C.A.).

56. REJB 2004-71632 (C.S.).

4.5 Évolution possible de la jurisprudence à la suite de *Structures G.B.*

On peut se demander maintenant si, à la faveur d'une décision de la Cour d'appel qui confirmerait le jugement dans *Structures G.B.*, on pourrait assister au développement d'une jurisprudence en faveur du soumissionnaire réclamant son droit au contrat malgré la non-conformité mineure affectant sa soumission.

À notre avis, comme le processus d'analyse des soumissions par le donneur d'ouvrage se fait dans un contexte juridique de nature contractuelle et comme la jurisprudence reconnaît qu'une non-conformité mineure n'est pas de nature à retirer au soumissionnaire son droit au contrat, il n'y a pas de raison pour qu'un tel développement ne survienne pas.

L'analyse des soumissions par le donneur d'ouvrage doit être faite sans commettre de fautes. Il y aurait faute de la part du donneur d'ouvrage s'il décidait de s'appuyer sur une non-conformité mineure pour retirer à un soumissionnaire son droit au contrat. En une telle matière, la marge de manœuvre qui existe en faveur du donneur d'ouvrage est une arme à deux tranchants, une liberté d'action encadrée. Il doit en faire usage sans commettre d'impair. Une erreur d'appréciation de sa part et sa responsabilité contractuelle peut être engagée.

Le recours envisagé, de la part du soumissionnaire non conforme, est caractérisé et serait justifié par le fait que la soumission écartée avait un prix plus bas que celle retenue par le donneur d'ouvrage. Or, comme on l'a vu, lorsque le contrat est attribué au plus bas soumissionnaire, les juges ont tendance à excuser le donneur d'ouvrage d'avoir passé outre à une non-conformité contenue dans une soumission parce qu'il en va alors de l'intérêt du contribuable à une saine gestion des deniers publics. Selon nous, il n'y a qu'un pas entre le droit de passer outre à une non-conformité pour des fins d'intérêt public et l'obligation de le faire et, à notre avis, il est logique que ce pas soit franchi.

Un jugement tel que celui rendu dans *Structures G.B. inc. c. Ville de Rimouski*, et d'autres jugements au même effet qui viendraient à sa suite, auraient valeur de puissant message à l'endroit des donneurs d'ouvrage publics quant au comportement à adopter face à la soumission non conforme la plus basse lorsqu'il n'est pas démontré que le fait de l'accepter contreviendrait au principe de l'égalité entre les soumissionnaires⁵⁷. Dans l'optique de *Structures G.B.*, il faut donc y penser à deux fois avant de rejeter la soumission la plus basse pour une non-conformité quelconque.

L'évolution de la jurisprudence qui donne ouverture à passer outre à davantage de non-confor-

57. Voir, par exemple, *Groupe Benoit c. AMT*, C.S. Montréal, n° 500-17-032571-062, 4 février 2009, juge Eva Petras.

mités n'a pas pour effet de diminuer la responsabilité incombant aux administrateurs de fonds publics. Au contraire, cette évolution pave la voie à la remise en question de toutes les décisions qu'ils prennent et ce, par tout soumissionnaire se considérant comme lésé par celles-ci.

5. Les défauts de cohérence de la jurisprudence en matière d'appels d'offres

Si, comme on l'a vu, certaines décisions des tribunaux constituent des signaux démontrant une apparente érosion quant aux exigences de conformité des soumissions, d'autres décisions laissent perplexe et mettent en doute la thèse voulant qu'il y ait un mouvement quantifiable vers un assouplissement des règles d'analyse de la conformité.

En effet, on constate, à l'étude de la jurisprudence récente en matière d'appels d'offres, certains manques de cohérence entre les jugements rendus au niveau des exigences formulées à l'égard de la conformité.

Cette incohérence nous apparaît plus marquée dans les jugements de première instance. Sans doute que l'immense variété des trames factuelles sous-tendant ces jugements ne facilite pas l'adoption d'une ligne de conduite uniforme par les nombreux juges de la Cour supérieure. Par ailleurs, comme la détermination du caractère mineur ou majeur de la non-conformité constitue un jugement de droit sur la base de faits, l'ap-

préciation personnelle du juge pèse bien sûr d'un lourd poids en ce domaine.

Bien évidemment, on ne peut s'attendre à ce que les décideurs de première instance fassent une étude exhaustive de l'ensemble de la jurisprudence de la dernière décennie avant de rendre tout jugement en matière de conformité des soumissions. Du reste, les procureurs impliqués dans de tels dossiers se contentent le plus souvent de leur présenter un cahier d'autorités garni de quelques causes parmi celles qui leur apparaissent de nature à favoriser leur point de vue...

Ainsi, il n'y a pas lieu de s'étonner du fait que l'étude que nous avons effectuée de la jurisprudence des 10 dernières années démontre plusieurs cas où des jugements de première instance comparés l'un à l'autre affichent une apparente divergence au niveau de l'intensité des exigences de conformité.

À titre d'exemple, mentionnons le cas de la décision de la Cour supérieure portée en appel dans *3469051 Canada inc. c. Hôpital juif de réadaptation*⁵⁸ qui semble parfaitement irréconciliable avec une décision telle que celle rendue dans l'affaire *Structures G.B.*

Dans cette affaire, tranchée en 2007, la Cour supérieure a rejeté l'action du plus bas soumissionnaire visant à obtenir une indemnité pour son profit perdu suite au rejet de sa soumission par le donneur d'ouvrage. Ce rejet avait été

58. EYB 2007-130238 (C.S.).

entraîné par le fait que le soumissionnaire s'était contenté de mentionner à sa soumission que celle-ci était basée sur l'ensemble des documents d'appel d'offres et sur les addenda 1, 2 et 3 sans pour autant mentionner nommément les éléments constituant l'addenda n° 3 qui portait sur diverses parties des documents d'appel d'offres.

Si, comme nous le soutenons dans notre hypothèse, on assiste depuis 10 ans à un assouplissement progressif des exigences des tribunaux face à la conformité des soumissions, cette décision dans *3469051 Canada inc. c. Hôpital juif de réadaptation* fait figure d'exception marquante.

Il n'est pas certain que l'échantillon dont nous disposons, constitué de la jurisprudence des 10 dernières années, soit assez grand pour véritablement démontrer une tendance claire et nette. Peut-être aussi que dans cette jurisprudence se trouvent trop peu de décisions de la Cour d'appel pour que s'exerce une véritable influence qui serait de nature à dicter une ligne de conduite qui pourrait devenir plus manifeste dans les jugements rendus en première instance.

Au point où nous en sommes, compte tenu de la recherche que nous avons effectuée, malgré plusieurs indices qui tendent à soutenir notre hypothèse, il serait téméraire de conclure de façon catégorique à l'existence d'une évolution marquée de la jurisprudence

allant dans le sens d'une érosion des exigences de conformité des soumissions.

De fait, même la jurisprudence toute récente peut procurer aux avocats des munitions pour les fins de soutenir leur cause, quelle qu'elle soit, qu'il s'agisse de la recherche d'une interprétation libérale ou d'une interprétation rigoureuse des règles de conformité des soumissions.

6. Conclusion

Le droit relatif aux appels d'offres constitue un secteur dynamique en matière de litige civil. Quoique nous ayons vu qu'il est impossible d'être catégorique en la matière, il nous semble probable qu'en rapport avec les exigences de conformité des soumissions, la jurisprudence a maintenant tendance à s'assouplir plutôt qu'à s'endurcir.

Si le législateur en avait contre cette évolution, il serait bien placé pour intervenir en raffermissant, dans les domaines relevant de son autorité, les règles d'appréciation de la conformité des soumissions. Or, il n'en fait rien. Au contraire, les développements récents en législation et en réglementation vont plutôt dans le sens de la mise en place de règles d'appels d'offres fondées sur des systèmes d'évaluation multicritères de la qualité et du prix des soumissions. Le dernier en date constitue la nouvelle *Loi sur les contrats des organismes publics*⁵⁹ qui est

59. L.Q. 2006, c. 29.

entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2008 avec ses règlements d'application dont le *Règlement sur les contrats d'approvisionnement des organismes publics*⁶⁰ et le *Règlement sur les contrats de construction des organismes publics*⁶¹.

Dans le domaine municipal, des règles semblables concernant des procédés d'analyse multicritères des soumissions sont déjà en vigueur depuis quelques années⁶².

Par sa démarche législative, l'Assemblée nationale tend donc à accorder une plus grande marge de manœuvre aux autorités publiques dans la sélection de leurs co-contractants. Il donne ouverture à

une appréciation plus subjective des offres. On s'éloigne de plus en plus du règne de l'appel d'offres traditionnel garantissant le contrat au plus bas soumissionnaire conforme dans le cadre d'un processus où le seul critère considéré est le prix.

Face à cette évolution du corps législatif québécois, il serait étonnant que les tribunaux aillent à contre-courant en restreignant la marge de manœuvre des donneurs d'ouvrage publics à l'égard de la conformité des soumissions. Dans ce contexte, le contentieux traité par les tribunaux en matière d'appels d'offres promet encore d'être florissant dans l'avenir !

60. Décret 531-2008, 28 mai 2008, *G.O.* II, p. 2981.

61. Décret 532-2008, 28 mai 2008, *G.O.* II, p. 2988.

62. *Loi sur les cités et villes*, L.R.Q., c. C-19, art. 573.1.0.1 et s.

Barreau
du Québec



445, boulevard St-Laurent
Montréal (Québec) H2Y 3T8
514-954-3400 1 800 361-8495
www.barreau.qc.ca