



[Accueil](#) » [Publications](#) » [Revue](#)

► [Revue du Barreau](#)  
► [Édition courante](#)  
► [Archives](#)

## Revue du Barreau du Québec

### Revue du Barreau: volume 62 numéro 2

#### Langage du droit de la fiducie

John B. Claxton

#### Vous êtes victime de discrimination et vous souhaitez en faire la preuve? Bonne chance !

David Robitaille

#### L'admissibilité des nouvelles théories scientifiques

Nicole Duval Hesler

#### La responsabilité en matière maritime

André Braën

### Chroniques

#### Droit criminel. Les perquisitions informatiques 101K

Francis Brabant

#### Droit de la famille. Le point de vue de l'enfant et les litiges de garde.

#### Pratiques et perceptions d'avocats 78K

Philippe Bélanger

#### Liste des mémoires de maîtrise et thèses de doctorat acceptés en 2002

 49K

#### Nos disparus en 2002 22K

#### Index des auteurs 23K

#### Index analytique 27K

#### Jurisprudence commentée 22K

#### Table de la législation commentée 23K



# Langage du droit de la fiducie

John B. CLAXTON

## Résumé

Bon nombre des mots et expressions utilisés dans le nouveau régime de la fiducie (articles 1260 à 1298 du Code civil du Québec) ont une signification juridique existante, qui doit toutefois être modifiée lorsqu'elle est appliquée à un patrimoine d'affectation, c'est-à-dire lorsque le droit de propriété en est suspendu. D'autres mots et expressions utilisés dans le régime sont nouveaux pour le droit québécois et devront acquérir leur propre signification juridique. Les principales expressions sont: *la fiducie résulte, elle est établie, le bien transféré, à un autre patrimoine, affecté à une fin particulière, est constituée, acceptation, dessaisit le constituant, le droit du bénéficiaire, rendre certain, maîtrise, administration exclusive, titres établis en son nom et tous les droits afférents au patrimoine*. Ces termes et expressions figurent aux articles 1260, 1261, 1262, 1264, 1265 et 1278 du Code. La présente étude s'arrête sur leur signification, leur portée et leur incidence dans le contexte du nouveau régime, ainsi que sur les droits de ses intervenants. L'auteur conclut qu'une fois bien compris, le nouveau régime deviendra souple et flexible et devrait avoir une application large. Il devrait s'agir d'une fiducie dynamique qui perdurera et répondra aux besoins de la population du Québec pour de nombreuses années à venir. Par surcroît, sa structure est telle qu'elle peut être entièrement assimilable à la fiducie explicite du régime de common law des autres provinces du Canada et des États-Unis.



# Language of the Law of the Trust

John B. CLAXTON\*

|                                                                                                                    |     |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| INTRODUCTION . . . . .                                                                                             | 277 |
| Part 1 – Principles of Interpretation . . . . .                                                                    | 279 |
| The Preliminary Provision of the Code . . . . .                                                                    | 279 |
| For a Broad Interpretation . . . . .                                                                               | 281 |
| Its Effect Upon the Trust . . . . .                                                                                | 281 |
| Part 2 – A Patrimony by Appropriation . . . . .                                                                    | 284 |
| Article 1261 . . . . .                                                                                             | 284 |
| Part 3 – Formation of the Trust . . . . .                                                                          | 286 |
| Article 1260 – “Created”? . . . . .                                                                                | 286 |
| A Trust Results . . . . .                                                                                          | 286 |
| (1) Transfers Property . . . . .                                                                                   | 287 |
| (2) To Another Patrimony Constituted by Him,<br>and (3) Which He Appropriates to a Particular<br>Purpose . . . . . | 290 |
| (3 bis.) Which He Appropriates To a Particular<br>Purpose . . . . .                                                | 292 |
| (4) Acceptance of the Trust . . . . .                                                                              | 293 |
| Part 4 – Constitution of the Trust . . . . .                                                                       | 294 |
| Article 1264 – Meaning of Constituted . . . . .                                                                    | 294 |
| Article 1265 – Effect of Constitution . . . . .                                                                    | 295 |

---

\* The author wishes to thank Professor Roderick A. Macdonald, of McGill University, for his thoughtful constructive comments on an earlier draft of this paper. All opinions are those of the author.

|                                                      |     |
|------------------------------------------------------|-----|
| Part 5 – Control, Title and Administration . . . . . | 297 |
| Article 1278 . . . . .                               | 297 |
| Control . . . . .                                    | 297 |
| Other Observations on Control. . . . .               | 301 |
| Title . . . . .                                      | 305 |
| Exclusive Administration . . . . .                   | 306 |
| All the Rights Pertaining to the Patrimony . . . .   | 310 |
| Part 6 – Examples of Quebec Trusts . . . . .         | 311 |
| Implied Trusts . . . . .                             | 311 |
| Control and Rights Conferred on Another. . . .       | 312 |
| Restrictions on Administrative Powers . . . . .      | 313 |
| The Trust and Conditional Obligations . . . . .      | 314 |
| Conclusions . . . . .                                | 315 |

## INTRODUCTION

1. With the reform of the civil law of 1994 Quebec introduced the trust as a new general institution of the law. Its basic provisions are to be found in the Civil Code of Quebec<sup>1</sup> in articles 1260 to 1298.<sup>2</sup> The Legislature did so by extending the very popular form of trust introduced in 1879 as a modality of effecting testamentary bequests and gifts, to embrace every kind of express trust. Quebec trusts may now be established by onerous or gratuitous contract, by will, by operation of law, or by judgment where authorized (1262). They may have objects whereby property is dedicated to any lawful purpose, is to be held by a trustee and is to be applied by him to the fulfillment of that purpose. This may include trusts for personal beneficiaries, for a special private purpose, for investment, for retirement pensions, for commercial or business ends, and for social, charitable, educational, religious or philanthropic purposes. Except for personal trusts they may make provision of funds or other property for a term or on a permanent basis (1266-1273). All authority agrees that this extension of purposes and forms of trust was inspired by its success in *common law*<sup>3</sup> jurisdictions.

2. Juridically the Legislature cast the trust as a part of the law of property, as a patrimony by appropriation, in which none of the actors, the settlor, the trustee and the beneficiary have a real right (1261). Thus it departed from the traditional civil law theory of the patrimony. The traditional theoretical patrimony is identified only with a person, is composed of all his property (and obligations), and in which his ownership is singular and indivisible (*dominium*) to the exclusion of all other persons (articles 2, 911, 947).<sup>4</sup> The legislation confined the new form of trust to those

---

1. The Civil Code of Quebec of January 1, 1994 is herein referred to as the "CCQ", or simply as the "Code".

2. References to numbers in parentheses without more are references to the article numbers of the CCQ.

3. The term *common law* as used in this paper means the system of private law in force in the Provinces of Canada other than Quebec, and includes the *common law* propounded by the courts, including equity, and as modified by statute.

4. The singularity of ownership is subject to the limited attenuations known as dismemberments of ownership, modes of ownership and contractual rights granted by the owner.

trusts where the settlor by an act of volition intends, or where the Legislature declares, that a trust results. These are generally known as *express trusts*. (It does not include the *common law* resulting or constructive trusts imposed by judgment after the fact.)

3. In drafting the provisions of the Code delineating the rules on the trust, the Legislature used terminology partly borrowed essentially from the language of the known principles of the civil law and partly by the introduction of fresh words and phrases that are new to the civil law. Unfortunately, when some of the traditional terms are applied to a patrimony that is autonomous and distinct from that of each of the three actors in the trust, they must be used in a sense that, of necessity, is juridically slightly different from their traditional civil law meaning.<sup>5</sup> In addition some of the new terms have as yet no juridical meaning. This observation applies particularly in relation to the elements required to constitute the trust, the effects of its constitution and the control and powers of the trustee. They reflect upon the continuing interests, if any, of the settlor and the rights of the beneficiary. To date very few of the commentators on the trust have focused especially upon these anomalies of terminology.<sup>6</sup> In this study it is proposed to examine some of such words and phrases and their likely meaning within the new law of the trust.

---

5. The academic theorist may argue that such modified meaning will undermine their meaning in the traditional institutions of the civil law, but, it is submitted, such modification is necessary to make sense of the new institution of the trust and the legislative intent behind it. Discussion of this question is beyond the scope of this paper.

6. By exception John E.C. BRIERLEY (cited as "BRIERLEY") does so to a degree in (i) "The New Quebec Law of Trusts: The Adaptation of Common Law Thought to Civil Law Concepts" (cited as "The New Quebec Law of Trusts"), *Droit québécois et droit français: communauté, autonomie, concordance, Association Henri Capitant*, edited by Patrick GLENN, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993, at 383; (ii) "The New Civil Code of Quebec", (1992) *U.T.L.J.* 484; (iii) "De certains patrimoines d'affection: Les articles 1256-1298" (cited as "De certains patrimoines d'affection") in *Textes réunis par le Barreau du Québec et la Chambre des notaires du Québec, La réforme du Code Civil*, Sainte-Foy, Québec, Presses de l'Université Laval, 1993, vol. 1, at 735; (iv) "Des restrictions à la libre disposition de certains biens: Les articles 1212-1255", in the publication last mentioned; (v) "The Gratuitous Trust: a New Liberality in Quebec Law", in *Mélanges à Paul André Crépeau*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1987, at 119 (cited as "The Gratuitous Trust").

## Part 1 – Principles of Interpretation

### The Preliminary Provision of the Code

4. In approaching this examination it is helpful first to review briefly some of the principles of interpretation that are now to be brought to bear upon the Code in general and the trust in particular. The Code contains a Preliminary Provision that is now a part of the Code itself. It declares in part that the Civil Code, in harmony with the Charter of Human Rights and Freedoms and the general principles of law, governs persons, relations between persons, and property. It also comprises a body of rules which, in all matters within the letter, spirit or object of its provisions, lays down the *jus commune*, expressly or by implication.

5. In *Doré v. Verdun (Ville de)*, Mr. Justice Gonthier of the Supreme Court of Canada made reference to the Preliminary Provision and concluded:

Thus, unlike statute law in the common law, the Civil Code is not a law of exception, and this must be taken into account in interpreting it. It must be interpreted broadly so as to favour its spirit over its letter and enable the purpose of its provisions to be achieved.<sup>7</sup>

6. He then made express reference to an essay by Jean-Louis Bergel.<sup>8</sup> In it professor Bergel examined the Preliminary Provision of the Code (not then in force) and elaborated extensively on the pre-eminence of a code in a civil law system and on the consequential meaning of the Preliminary Provision as an interpretive tool. In the same year professors Brierley and Macdonald in their work *Quebec Civil Law* developed essentially the same thesis regarding the pre-eminence of a civil code.<sup>9</sup> The essential reasons for the special position of the Code are the following.

7. *Doré v. Verdun (Ville de)*, [1997] 2 S.C.R. 873, at 874.

8. Jean-Louis BERGEL, a professor of law at l'Université d'Aix-Marseille III, "Spécificités des codes et autonomie de leur interprétation", in Pierre-André CÔTÉ (éd.), *Le nouveau Code Civil interprétation et application, les journées Maximilien-Caron 1992*, Montreal, Éditions Thémis, 1993. In the same publication see also Jean-Maurice BRISSON, "Le Code civil, droit commun", at 296, Mr. Justice Jean-Louis BAUDOUIN, "Conférence de Clôture", at 319 and especially at 324, 325.

9. John E.C. BRIERLEY and R.A. MacDONALD, *Quebec Civil Law*, Toronto, Emond Montgomery Publications Limited, 1993, at 98 ff., and particularly at 135 ff. See also the excellent essay of Alain-François BISSON, "La disposition préliminaire du Code civil du Québec", (1999) 44 *McGill L.J.* 539; and R.A. MacDONALD, "Encoding Canadian Civil Law", in *Mélanges à Paul-André Crépeau*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997, at 600 ff.

**7. (1) *The Droit Commun*.** As an expression of the common law of the jurisdiction the Code of necessity is drafted in general and abstract terms – terms to be tailored and applied to each situation of fact and resulting juridical relationship in turn. The ideas conveyed are often more important than the words used. Thus it cannot be interpreted in a literal and restrictive manner.<sup>10</sup> Moreover, being an expression of the common law in the jurisdiction, it is central to the legal system. In being written it provides a textual reference against which all other laws are written. It informs all other laws enacted by statute and all regulations pursuant to such laws.

**8. (2) *The Unity Principle*.** The Preliminary Provision defines the Code to be *the body of rules* comprising the *jus commune*. It is presumed to be a comprehensive presentation of the law governing persons and the relations between persons and property. It is theoretically presumed to be exhaustive (never true in fact) and to provide a systematic and dynamic structure in which all principles inter-act. They are presumed to inter-act in a logical and rational way. Brierley said it in these terms:

[...] the articles of the Code speak to each other in a coherent dialogue that aspires to gaplessness, to completeness. The Code is pansophic and panoptic on those matters it chooses to address.<sup>11</sup>

This is known as the unity principle.<sup>12</sup> The provisions of the Code are mostly enabling, leaving persons largely free to define and implement their relationships as they choose. Those that are imperative are very few and tend to be clearly identified. It accordingly does not legislate every relationship but provides general principles to be applied through interpretation to the instant situation.

**9. (3) *Permanence*.** The principles of the Code are intended to endure. Although often amended by ordinary statute, its drafting and presentation assumes a permanence, a stability which will meet the requirements of society over a long term of years. Thus many of its provisions are expressed in broad general and flexible

10. *General Motors Products of Canada Limited v. Kravitz*, [1979] 1 S.C.R. 790, at 813, Mr. Justice Pratte.

11. BRIERLEY, *supra*, note 6, “The New Civil Code of Quebec”, at 491.

12. The Civil Code Revision Office (cited as the “CCRO”), *Report on the Québec Civil Code*, vol. 1, *Draft Code*, and vol. 2, *Commentary*, Éditeur Officiel du Québec 1978, in their introduction to the draft code referred to “the organic unity of the Civil Law”, *Draft Code*, vol. 1, at xxviii.

terms. They are reasonably elastic and expected to be applied as the norms of society evolve and change. Through an evolutive interpretation of the application of its principles this objective can be achieved. This is thought to be one of the roles of the higher courts. It is one not resorted to every day as precedent carefully established is thought to provide stability to the law. The evolution of application is to be achieved through evidence of the intent of the legislature underlying the text in question and the evolution of society.

### **For a Broad Interpretation**

**10.** Mr. Justice Jean-Louis Baudouin, of the Court of Appeal, in his closing remarks at a 1992 conference on the interpretation of the Code, then in draft form, made the following comments:

Un code, est-il besoin de le répéter, n'est ni une loi ordinaire, ni un simple statut. Partant, les règles méthodologiques et interprétatives valables pour ceux-ci ne s'appliquent pas automatiquement et sans discrimination au Code civil. Je voudrais réfléchir avec vous brièvement sur ce sujet. Me semble, en premier lieu, à bannir la tendance qui veut donner à un Code civil une interprétation étroite, formaliste et donc restrictive. [...]

L'interprétation, me semble-t-il, doit être large, non littérale, basée sur une méthode déductive et non inductive et souscrire au respect de l'intention du législateur. On justifiera ainsi, au contraire, le recours aux travaux préparatoires et aux discussions parlementaires précisément pour essayer de mieux refléter cette intention.<sup>13</sup>

### **Its Effect Upon the Trust**

**11.** These considerations must now be brought to bear on the interpretation of the new institution of the civil law, the trust. It is proposed first to review briefly the elements of the juridical situation of the trust in the Code (1). The term situation is used to identify its function in relation to the other institutes of the civil law. This is followed by a note on the intentions of the legislature in introducing this new concept to the civil law (2).

**12. (1) *The Situation of the Trust in the Code.*** The express characterization in the Code of the trust as a patrimony by appropriation has invited a comparison of this institution with others of

---

13. Mr. Justice J.-L. BAUDOUIN, *supra*, note 8, at 323, 324.

the civil law. Brierley has made an excellent analysis,<sup>14</sup> which may be paraphrased as follows. (i) The trust is not a stipulation for another (*stipulation pour autrui* – 1444) as it is not always created by contract, and the promissory is not a trustee. Moreover it is unlikely that the settlor can revoke it as long as the beneficiary has not accepted. (ii) It is not a legal person (corporation) as it does not have a similar structure, but is merely a mass of property dedicated to a purpose. (iii) Although the institute, first beneficiary in a substitution, is also a fiduciary, the trustee is not by reason of his function a beneficiary; moreover he does not own the property. (iv) Nor is he a donee subject to a charge as the latter enjoys his gift once his charge is satisfied or defeated. (v) The trust is now larger than a device for the execution of wills and the role of the trustee is quite different from that of the executor or liquidator of a succession who must pay debts and transfer the surplus property to the heirs. (vi) It is different from the power of appointment as the titular of the latter holds a discretionary power to name the beneficiaries, while the trustee is obliged to fulfil imperative obligations. Finally, (vii) it is not to be confused with a mandate as the trustee may hold title to the property he controls (1278), while the mandatary does not have control necessarily, and in any event is (unlike the trustee) subject to the direct authority of the mandator. Brierley concludes in stating the trust is a unique and complex juridical institution when compared with any other institution; one that is autonomous and unclassifiable. The writer would state the new institution is now to be classified by itself as the trust.

**13.** As noted, the trust provisions are limited to express trusts and are to be found in the Book of the Code on Property. Here the Code treats the property of the trust as fully and effectively as it does the ownership of property, but differently as in a trust no interested party is owner (1261). The trust introduces a different mode of retaining and disposing of property, one parallel to ownership. This provision applies only to the trust. However, and of the highest importance, when the essential elements of a trust are present a trust must be found to exist. The words of article 1260, *a trust results from*, are imperative. The article then lists the four elements that are examined below. In addition article 1262 pro-

---

14. BRIERLEY, “De certains patrimoines d’affection”, *supra*, note 6, at 748 ff.

vides that a trust may result from any one of only four defined forms of juridical act. The remaining rules of the Code that affect the constitution of a trust are essentially expository, enabling or directed at specific forms of trust. With rare exceptions they should be interpreted broadly and liberally in consequence of the fundamental principle that the trust results when the four elements are present and in the application of the principles of interpretation reviewed earlier in this paper.

**14. (2) *The Legislative Intention.*** The foregoing approach is consistent with the intention of the legislature in promulgating the law of trust. The law of the trust was designed and adopted to permit the people of Quebec to benefit liberally from an institution that has been of great service to human dealings concerning property in the western world in the preceding century; particularly in their personal finance, commerce and business relationships. The evidence of the legislature's intention, of the intention of the CCRO, of the drafting of the CCQ, and of most of the doctrinal writing and jurisprudence is extensive collectively and essentially establishes this intention; an intention always to be applied in a manner consistent with the civil law rules of construction and interpretation.

**15.** Accordingly the provisions of the new law must be given a broad or liberal interpretation. This principle is also reflected in the dicta of Mr. Justice Beetz in *Tucker v. Royal Trust Company* in speaking of the trust under the former law on gifts by way of trust in the following terms:

Dans ces conditions, il me paraît que l'on doit interpréter les articles 981a et suivants d'une façon large et libérale, favorable à une extension de la liberté contractuelle et testamentaire des parties et au but de la législation.<sup>15</sup>

This statement should still be good law when applied to the new and expanded law of trust.

---

15. *Tucker v. Royal Trust Company* (cited as "*Tucker*"), [1982] 1 S.C.R. 250, at 275. Other holdings in *Tucker* have received strong criticism, suggesting that the finding that the trustee of a trust under article 981a CCLC had a form of *sui generis* title undermined the basis of civil law theory. See Madeleine CANTIN CUMYN, "La propriété fiduciaire: mythe ou réalité?", (1984) 15 *R.D.U.S.* 7. This kind of criticism led to the casting of the trust as a patrimony by appropriation.

## Part 2 – A Patrimony by Appropriation

### Article 1261

16. It proves convenient to begin this analysis of the language of the trust with an examination of the second article of the CCQ on the trust, as it provides the basis in legal theory upon which the new institution of the trust is founded. Its application and effect will modify the meaning of many of the words of the Code used to develop the trust concept. Article 1261 declares the trust is a *patrimony by appropriation, autonomous and distinct* (*un patrimoine d'affectation autonome et distinct*) from the settlor, trustee or beneficiary and in which none of them has a real right. The article invokes the principle of article 2 of the Code which declares every person has a patrimony, which may be divided or appropriated to a purpose, but only to the extent provided by law. The principle of article 2 is rounded out with respect to property in article 911, which states that a person may hold a real right of ownership or other real right in a property, and may hold or administer the property of others or be a trustee of property appropriated to a purpose.

17. Thus in introducing the trust concept the Legislature departed from a traditional concept of the civil law. The trust is now cast as a new and general institution of the law, one placed in the law of property and, as noted, as a new method of holding property. As declared by article 1261 it is an institution that is autonomous and distinct. It stands on its own feet. Once it is invoked, once it results, its codal provisions should receive the broad and liberal construction which is to be applied to all other institutions of the civil law.

18. **An Autonomous Patrimony.** The words describing the patrimony as *autonomous and distinct from that of the settlor, trustee or beneficiary* reflect, as to their primary intent and from the pragmatic point of view of the practitioner, the idea that the trust property is removed from the patrimony of the settlor, but does not enter that of the trustee, or the beneficiary. Such property is removed from forming a part of the common pledge of any of them to their respective creditors (1644).<sup>16</sup>

---

16. Whether or not the creditors of a beneficiary have a right to execute against his personal interest in the trust patrimony, which interest may be definitive or conditional property in his hands according to circumstances, is beyond the scope of this paper.

**19. *Separate and Distinct – None of Them Hold a Real Right.*** The trust now involves a holding where the concept of ownership is suspended. This principle is of paramount importance and will inform every characterization of a relationship that involves a trust in Quebec. Some have stated that the trust property ceases to have an owner for the duration of the trust. It may cease to have an owner, but it is not without a master or controller, as these attributes are fully vested in the trustee. One can say that the personal concept of ownership (ownership can only be vested in a person) is suspended. As Brierley has said:

Le patrimoine fiduciaire se compose donc, quant à l'actif, des choses transférées et, quant au passif, des engagements assumés par le fiduciaire en vue d'assurer l'affectation.<sup>17</sup>

**20. *Embraces a Fund – Real Subrogation.*** The new concept of the trust is so framed that it will embrace the patrimonial idea of a fund; a fund composed of a number of separate properties which may be disposed of or added to in the ordinary course of its administration. The idea of a fund as an entity composed of separate assets or properties is embraced by it.<sup>18</sup> It acknowledges the concept of wealth management where the patrimony represents a monetary value. Equally, however, the patrimony of the trust (as any patrimony) may consist of and contain a single property.

**21.** Such a fund involves the civil law concept of *real subrogation*, the substitution of one thing for another. In the trust it is given full scope. The property of the trust can be a mass of different assets, the content of which may vary, but which collectively remain affected to a purpose. To again quote Brierley:

In the re-organization of that institution [the trust], the principle of real subrogation has, we believe, important consequences in relation to the definition of the respective juridical positions of the actors involved, namely the trustee and the beneficiary. The changing nature of the property subject to the trust necessarily conditions the legal characterization of their possible actions.<sup>19</sup>

17. BRIERLEY, *supra*, note 6, "Des restrictions à la libre disposition de certains biens: les articles 1212-1255", at 45.

18. The idea has also been adopted under the law of hypothecs. A hypothec on a universality of properties is now permitted. The treatment of the trust patrimony as a fund having the characteristics of a single property will also have significant impact on the investment approaches to the investment portfolio. This is reflected in articles 1317, 1340, and 1345-1347 of the Code.

19. BRIERLEY, *supra*, note 6, "The New Quebec Law of Trust", at 392.

### Part 3 – Formation of the Trust

#### Article 1260 – “Created”?

22. The term *created* is often used in practice to identify the circumstances when the basic elements prescribed for the formation of a trust have been brought together, such that if the trustee accepts a trust comes into existence. The word is almost scrupulously avoided in the Code. Rather the Code states a trust *results* (1260), a trust is *established* (1262), and a trust is *constituted* (1264). The use of the term *created* is inappropriate as it sounds as if the trust were a thing (a *chose*), or an entity.<sup>20</sup> In the alternative it connotes formation of a contract or the occurrence of another single event. In fact the trust is rather a status relationship involving three parties. It is one parallel to, and in contrast to the status of *ownership*, once the property has been acquired; *ownership* when applied to the property. As regards its relationship with the trust actors, it is rather like a marriage, a domicile, or a filiation, all of which also *result*, but are not *created* or *creations*. The words *results* or *established* are the appropriate designation of the status. (Parenthetically, for certain trusts, such status relationship does not preclude a continuing contractual relationship among the three actors as regards the trust property.)

#### A Trust Results

23. Article 1260 declares *[a] trust results (La fiducie résulte)* from an act whereby a person, the settlor, transfers property from his patrimony (1) to another patrimony constituted by him (2) which he appropriates to a particular purpose (3) and which a trustee undertakes, by his acceptance, to hold and administer (4). Each of these four elements will be examined in turn under the numbered sub-sections below. Article 1260 does not define a trust, but rather states the conditions that must be present for it to result. These conditions are imperative. To have a trust they must exist. Once they exist and the trustee has accepted the situation must be characterized as a trust. The law declares the trust has been constituted (1264). Thus the settlor of a trust does not have to formally elect to create a trust. Its creation involves no canonical words; no words of art.<sup>21</sup> None of the words *trust*, *in trust*, *upon trust*, *as*

20. It is used in articles 1268 and 1269 in the English version, but only incidentally to identify the kind of trust *established*.

21. BRIERLEY, “De certains patrimoines d’affection”, *supra*, note 6, at 754.

*trustee* or similar words are required. The trust may be simply the product of the settlor's behaviour with another party. A trust should result whenever the fundamental principles last noted can be found to exist in consequence of one of the juridicial acts enumerated in article 1262, even although some other rules may not have been fully complied with.<sup>22</sup>

**24.** An onerous contract is perhaps the principal means that will be employed for the establishment of a trust, apart from a will. (In an *inter vivos* trust the transfer to the trustee is usually an onerous contract.) A contract is now defined in the Code as simply an agreement of wills by which one or several persons obligate themselves to one or several other persons to perform a prestation (1378). Subject to the rules of proof and evidence, a contract may be implied from the mere conduct of the parties. In principle, to have a contract there must be at least two parties. The first party to the onerous contract will normally be the settlor. Normally also, the trustee will be the second party.

**25.** However the Code is silent as to the parties to the contract other than implying that the settlor is a party. Ultimately there will be the trustee, but the settlor himself can be a trustee, or one of the trustees (1275), and the trust is declared constituted upon acceptance of one of the trustees (1264). Also the absence of a trustee can be remedied by the court on the application of any interested party (1277). The Code does contain a rule that where the settlor is a trustee he shall act jointly with an independent trustee (1275), but it does not declare that no trust exists prior to the latter's nomination. In some cases the second party to the contract will be the beneficiary, with a provision that the parties agree upon the selection and appointment of the trustee. This is common in commercial trusts where a property, which may be a sum of money, is to be held in trust and applied to an agreed purpose, or held pending the realization of a condition.

### **(1) Transfers Property**

**26. *Its Meaning.*** The term *transfer* (*transfère* in French), as used in article 1260, is a simple synonym for the traditional term

---

22. Articles 1275 and 1276 prescribe that the trustee should have certain qualifications. In the writer's opinion these qualifications cannot be of public order, but this question is beyond the scope of this paper.

*alienate*.<sup>23</sup> To constitute the trust it must be a *transfer* of the settlor's rights in the property, or of a legally recognized right in it that is itself a form of property. The act itself must be equivalent to, but need not be more than, the act transferring a real right in the property transferred, one contemplated by article 1453 of the Code. In essence a transfer is effected by consent of the parties and without delivery of the property.<sup>24</sup> This article speaks of the transfer of a real right in a certain and determinate property. Personal rights are rights held by the transferor and expressly granted to the holder (the trust or the trustee) or are rights held by the transferor against a third party. Generally they are a claim or *créance* against the transferor or a *créance* against a third party. Personal rights are also transferred by consent, except that when the debtor of the personal right is not the transferor, the transfer is not effective until notice of the transfer is given to the debtor of such right (1641). These principles of a transfer are always subject to the attenuation that as regards third parties a transfer may be subject to the formalities of notice and, in some cases, publication or registration.

**27. *Transfer Translative of Title?*** Normally the act of creation of the trust will be an act translative of title to the trust property or to a part of it. Normally A, as settlor, will transfer to B as trustee acting for the trust, identified property P with a declaration the property be applied to the intention of the trust.<sup>25</sup> Normally the *transfer* will be to the trustee who has the power to hold title (1278) even if he has no real right in it. But this cannot be of the essence of the type of *transfer* contemplated in article 1260. The *transfer* of a property from the patrimony of the settlor is in

23. The term "transfer" is preferred by the draughtsman of the Code as a term more commonly understood than the term "alienation".

24. BAUDOUIN et JOBIN, *Les Obligations*, 5th ed., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, at 404.

25. For "translative of title" see Hubert REID, *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, 2nd ed., Montreal, Wilson & Lafleur, 2001, at 554; Paul A. CRÉPEAU et al., *Dictionnaire de droit privé*, Montreal, Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, 1995, at 186; Robert P. KOURI et al., *Private Law Dictionary and Bilingual Lexicon*, 2nd ed., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1991; Gérard TRUDEL, *Traité de droit civil du Québec*, vol. 7, Montreal, Wilson & Lafleur, 1946, at 348, presents a long essay on the acts that are translative of ownership in civil law. In *Caisse populaire de Sainte Zacharie v. J.G. Allan Industries Inc.*, AZ-50068626, J.E. 2000-126 (C.A.), a mere agreement transferring promissory notes in trust and to be charged by the trustee by way of pledge to secure a loan was upheld as a valid transfer in trust.

fact in favour of another patrimony created (declared) by him. The patrimony is autonomous from the patrimony of all three actors (1261); one without an immediate owner. There is no *person* to receive the *transfer* as an *owner* and therefore no transfer translatif of title in the normal civil law sense. The *transfer* ought to be the equivalent to such an act as it must *divest* the settlor of his title (1264, 1278 – see paragraph 47). It will be *equivalent* to if the act would have been translatif of title had it been in favour of an ordinary person.

**28. *Kind of Property.*** Any kind of property may be delivered and held by a trust; immovable, movable, corporeal, incorporeal, real and personal, present and future. So may all rights in property that constitute a form of property.<sup>26</sup> Both real rights in corporeal objects and personal rights against persons are property. It is now accepted that any right of the nature of a patrimonial right having an economic value is a form of property. Patrimonial rights are not only *things* but other rights having an economic value. Intellectual property rights are now a form of property. To comply with article 1453 the property or at least a part of it must be certain and determinate. A universality of property or a class of property should qualify.

**29.** As regards future property one may conclude that a trust created to hold future property only, even if accepted by the trustee, will not be constituted and exist until some property is acquired by the settlor or the trustee. For a trust to result there must be a transfer of property. For a transfer to occur a property must exist. For this reason trusts are often constituted with a transfer of nominal property, such as a grant and transfer of one hundred dollars. However can one not argue that the grant by the settlor of the right to have future certain and determinate property is itself property? It is present property in the form of a patrimonial right, even although it will affect only property objects to be acquired in the future.<sup>27</sup>

26. BRIERLEY, "De certains patrimoines d'affection", *supra*, note 6, at 751; R.A. MacDONALD, "The Security Trust: Origins, Principles and Perspectives", *Meredith Lectures, Contemporary Utilization of Non-Corporate Vehicles of Commerce*, Faculty of Law, McGill University 1997, at 209.

27. For an examination of the position of future property and the trust, see Louis PAYETTE, in *Les sûretés réelles dans le Code Civil du Québec*, 2nd ed., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001, at 862.

**(2) To Another Patrimony Constituted by Him, and  
(3) Which He Appropriates to a Particular Purpose**

**30. *Appropriation to a Purpose.*** The term *appropriation to a purpose* in the English version of the Code has a natural legal meaning at slight variance with the words of the French version (*affecte à une fin particulière*). In English the term *appropriation* may have several meanings, including the exercise of control or possession of property.<sup>28</sup> It includes the authority of a legislature to designate a sum from government monies for an expenditure.<sup>29</sup> *Affectation*, on the other hand, means “*détermination d’une finalité particulière en vue de laquelle un bien sera utilisé*”.<sup>30</sup> As used in the Quebec law of trusts, each term means simply to dedicate the property in question to a specified end or purpose.

**31.** The expression used in the English version of the Code, *patrimony by appropriation*, is more evocative of the idea that a trust (generally) is a product of a contract concerning property and the common intention for its use that is agreed to by the parties. On the other hand, the expression *patrimoine d’affectation* used in the French version evokes the idea that a trust *results* when the conditions for its formation are brought about in consequence of any juridical act of the settlor. Both expressions arrive at about the same point when a property is dedicated to a purpose. When a trust is constituted a separate patrimony is created. The alternative is equally apposite; when a separate patrimony is created for a purpose, a trust *results*.

**32.** There is one additional consequence. The Code states the settlor must transfer property *from his patrimony to another patrimony constituted by him, which he appropriates (qu’il affecte) to a particular purpose*. In the first instance these two separate ideas will be examined together. The settlor may, with the *transfer* of property, merely designate the property to a particular trust purpose, or direct that it be so applied. The designation of the purpose establishes the separate patrimony. The two ideas then form a single or common intention. In the opinion of the writer the dedication of the property to a specified legal purpose will in many

28. *Black’s Law Dictionary*, 7th ed., St. Paul MN, U.S.A., West Group, 1990.

29. *Black’s Law Dictionary*, *ibid.*; *The Dictionary of Canadian Law*, Toronto, Carswell, 1991.

30. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Paris, Presses universitaires de France, 1987; Hubert REID, *Dictionnaire de droit Québécois et Canadien*, *supra*, note 25, at 409. Reid treats the English and French phrases as being equivalent.

cases meet the requirement of the Code for the constitution of a separate patrimony and its dedication to a trust purpose.<sup>31</sup> From this point of view the separation of the expression of the new patrimony from its appropriation to its trust purpose is merely the draughtsman's way of expressing the idea that the property transferred and dedicated to a purpose is to constitute a separate patrimony. If one took an extremely formalistic approach, one might conclude that the creation of a trust requires words like *and which I constitute as a separate patrimony, whose object is..., or to be held upon trust in a patrimony for the following purpose...* No canon, no consecrated words, are required. Neither the civil law generally, nor the law of trust in particular, impose any such formalism.<sup>32</sup>

**33.** This having been said, the actions of the parties must clearly intend the constitution of a separate patrimony as a trust. A legacy to the parish priest confirming the transfer of an automobile "to assist in the performance of his services to his parishioners" does not result in a trust. Nor does a legacy of a sum of money simply expressed to be to purchase an automobile for that purpose. But a bequest to the same priest of a sum "to be employed for the relief of the poor of the parish" is a gift in trust. The line to be drawn between gifts expressed to satisfy a purpose and gifts by way of trust may be difficult to draw. In many cases the bequest by way of trust will be discerned when a fund is created or when the beneficiary is clearly to be a party or parties other than the immediate recipient of the gift. Each case will have to be determined on its merits in consideration of all attendant circumstances.

**34.** Today also and according to circumstances, the words *in trust* may well signify the parties intention to form a trust.<sup>33</sup> The solicitation of cheques payable to the club treasurer *in trust* to commission and pay for a club history reflects an intention to constitute a trust.

**35.** The concept of a patrimony is itself a legal fiction invented by classical scholars of legal theory to explain the relationships between persons and property. It does not exist in all systems of law. Prior to reform it was hardly a part of the lexicon of the

31. BRIERLEY, "The New Quebec Law of Trusts", *supra*, note 6, at 393.

32. Jacques BEAULNE, (cited as "BEAULNE"), in *Droit des Fiducies*, Montreal, Wilson & Lafleur, 1998, at 93, expresses the opinion that the constitution of a trust patrimony requires an express declaration to distinguish it from the mere remission of property to an individual for a purpose or to satisfy a need.

33. BRIERLEY, "De certains patrimoines d'affection", *supra*, note 6, at 754.

Quebec practitioner.<sup>34</sup> The concept of a separate patrimony (separate from that of the settlor or the fiduciary) is an extension of the fiction. The citizen cannot be penalized because he is not familiar with the lexicon of the imposed fictions of theoretical law. Indeed, one can anticipate the answer of a businessman, who has agreed with his hypothecary creditors to a trust account for a reconstruction trust following an insured loss affecting the building, when asked the question: “was it your intention to have the insurance money placed in a patrimony separate from your own?” The answer is likely to be: “Patrimony? Huh?” But if counsel explained the question, he might respond: “I don’t know anything about a patrimony, but I do know we agreed that the money be segregated from the property of the hypothecary lender, of the insurer, of the contractor and of myself, and applied by the trust company solely to defray the costs of reconstruction as it occurred.” A trust has been constituted.

### **(3 bis.) Which He Appropriates To a Particular Purpose**

**36. *The Four Classes of Trust.*** The words *appropriates to a particular purpose* of article 1260 also take one to article 1266, which identifies three of the classes of trust described by the Code. It states trusts are constituted (i) for personal purposes or (ii) for purposes of private, or (iii) social utility. One may add (iv) the security trust, which is the subject of article 1263. Articles 1267 to 1273 define briefly the first three different classes of trust by example, contrasting one with another. They establish unequivocally that *particular purpose* means that a trust must have a beneficiary.

**37. *The Term Beneficiary.*** The term *beneficiary* as used in trust law is not confined to a person, but may be impersonal; for an impersonal benefit or *purpose*. The beneficiary may be directly determined, determinable or abstract, according to the type of trust. In a personal trust the beneficiary must be one or more determinable persons (1267), while in a social trust the benefit may be one of general interest such as education (1270). The beneficiary of a private trust can be in between the two. Article 1268

34. The concept of the patrimony was mentioned in the former law (the CCLC) only incidentally in the French version to identify the mass of property of a succession. P.B. Mignault gives it only passing mention in *Le droit civil Canadien*, Montreal, C. Théoret, 1901, vol. 9, at 1, 2 and 5. W. de M. and George MARLER in *The Law of Real Property*, Toronto, Burroughs and Company, 1932, does not mention it at all.

defines a private trust as a trust for the object of erecting, maintaining or preserving a thing or of using a property appropriated to a specific use, whether for the indirect benefit of a person or in his memory, or for some other private purpose. The next article (1269) expands on this, illustrating in an open and wide ranging way that a private trust may be established to fulfil almost any commercial or personal objective.

**38.** The beneficiary need not be, and in practice is usually not, a party to the trust instrument. Although the property of the trust must be appropriated to a purpose, and the purpose may involve one or more beneficiaries, the trust is constituted by acceptance of the trustee. The beneficiary, if he then exists, need not accept. Moreover, in the case of a trust that is gratuitous in his favour his acceptance is presumed (1285). Even if he renounces, such act does not necessarily dissolve the trust, although it may have this result if the trust is so drawn or so operates so that there is no other purpose.

**39. *The Purpose.*** The *purpose* is of course the object of the trust for which the property has been appropriated. The objects can be as widely or narrowly defined as the settlor's imagination will allow, subject only to the rules of public order and good morals.<sup>35</sup> One cannot emphasize too strongly the importance of the need to define such purpose in the deed of trust. First, it will dictate the classification of the trust. According to its classification the trust will be subject to a number of special and supplementary rules. Second, for the vast majority of trusts, once fixed, the stated purposes of the trust cannot be modified except in minor ways unless the trust instrument so provides. Even if the settlor reserves certain rights to modify the trust there are likely limits to the operation of such rights.

#### **(4) Acceptance of the Trust**

**40. *Meaning of Acceptance.*** The general rule is that there must be a trustee who accepts the trust before the trust is constituted (1260, 1264). The trustee must be an individual with full capacity or a qualified trust company (1274). Juridically the term *acceptance* has essentially the same meaning as when used con-

---

35. Julie LORANGER, "La rédaction des fiducies établies par testament et par donation", in *Colloque sur les fiducies dans le Code civil du Québec*, Montreal, Wilson & Lafleur, 1995, at 11.

cerning the acceptance of a gift, a legacy or an offer of an office or employment. Acceptance by the trustee is acceptance of the office of trustee and involves his undertaking to hold and administer the trust property and generally to fulfil the mission of the trust according to its terms. It does not mean acceptance of the trust property, or of a transfer of title to it. These acts may follow later.

**41. *Form of Acceptance.*** *Acceptance* is often evidenced by having the trustee as a party to the act instituting the trust. It may also be evidenced by any other juridical act including acceptance of title to the trust property or a portion of it, or by acts performed by the trustee in carrying out the terms of the trust. There is no provision of law that states the trustee must be a party to the constituting act. In trusts established by will he never is. As with the acceptance of a gift by the beneficiary, the trustee's acceptance is often by an act that is extrinsic to the act instituting the trust. He is rarely a party to the instrument establishing a pension fund trust, although it invariably provides for trustees, their qualifications, their appointment or election and their replacement. In trusts established by contract or by law, his nomination and acceptance occur often at a time subsequent to the execution of the constituting act. The divorce settlement trust, an onerous contract signed in consequence of a judgment, may be simply between the parties to the divorce and provide for the nomination of a trustee and the delivery of the settlement property, or an initial part of it, to such trustee.

**42.** Acceptance by one trustee constitutes acceptance on behalf of all trustees. This, of course, means that the trust is indivisible for purposes of acceptance, that the act of acceptance by one serves to constitute the trust, and not that acceptance by one is binding on each of the others (1264).

## **Part 4 – Constitution of the Trust**

### **Article 1264 – Meaning of Constituted**

**43.** Article 1264 declares a trust is *constituted* upon the acceptance of one of the trustees if there are several. It amplifies article 1260. The term *constituted* as used in the article means it comes into existence and becomes a separate patrimony. A trust can be *constituted* before there is a formal transfer of property to the

trustee. It can also be *constituted*, but be subject to a suspensive condition for its operation. Many security trusts are in this position (1263).

44. The article also provides that in the case of a testamentary trust the effects of acceptance are retroactive to the date of death. This is merely to make the testamentary trust consistent with the law of successions generally. Thus seisin of the heirs or a testamentary liquidator is effective on death (625, 777) and acceptance confirms the transmission to the trustee which took place by operation of law at the time of death (645).

45. By a sub-rule, where the settlor fails to appoint a trustee or where it is impossible to appoint or replace a trustee the court may do so (1277). These words of the article are broad enough to give the court jurisdiction whenever the constituting act fails to provide a mechanism for the replacement of the trustee. The rule applies to all types of trust in addition to the testamentary trust.<sup>36</sup> In consequence *acceptance* by the trustee (the fourth element) is not essential for the arrangement to be characterized as a trust, but is necessary for its *constitution*. Prior to acceptance it might be described as an inchoate trust. It may well then follow that prior to such judicial appointment of the trustee to a trust other than a testamentary trust, the settlor could revoke the trust. Prior to that time the trust property remains in the patrimony of the settlor, and would be a part of his common pledge to his creditors (2644).

#### Article 1265 – Effect of Constitution

46. The Code in article 1265 then declares that acceptance of the trustee *divests* (*dessaisit*) the settlor of the property (1), *charges* (*charge*) the trustee with seeing to the *appropriation* (*affectation*) of the trust property and the administration of the trust patrimony (2), and *is sufficient to establish with certainty* (*suffit pour rendre certain*) the right of the beneficiary (3). The consequences of each of these three elements must be examined in turn.

47. **(1) Divests the Settlor of the Property.** The *divestiture* of the settlor is a consequence of the *transfer* of the property. The *transfer* *divests* him of his *title* as owner. *Divestiture* is the effect and the direct complement of the *transfer* in the grammatical

---

36. Beaulne is of the same opinion, *supra*, note 32, at 124.

sense. The trust is not, however, a person or legal person, and in consequence of the transfer title to the property must be somewhere else. A property, a thing, cannot have *title*, as *title* conveys the idea of *rights*. This takes one to article 1278 on administration of the trust, where one finds that titles to the property are drawn up in the name of the trustee. Thus the trustee holds the title to the trust property, although he has no real right in it. The significance of this *title* is examined below.

**48. (2) Charges the Trustee with Appropriation.** The trustee is *charged* with *seeing to the appropriation* (*veiller à leur affectation*) of the trust property. This provision articulates the last element of article 1260. Once the trustee accepts, generally speaking, his duty is to get the property. This will in many cases translate into his obtaining delivery and retention of the property. (The Code does not use the term *possession*, as in civil law *possession* is intrinsically related to ownership – as discussed below.) In other cases it will translate into obtaining title to the trust property. In a lot of trusts, delivery and retention of the property (external and physical manifestations) are foreign to the function of the trustee. One thinks of the trust involving a portfolio of investment securities, or the voting trust. In these the trustee's role involves holding title. The security trust also comes to mind. In the latter the settlor or another may hold and exploit the trust property until there is an event of default and the trustee obtains retention of the property in order to liquidate it. In all cases the powers and obligations conferred on the trustee by the act of trust and the law are exercised either through retention of the trust property or through title to it, or both.

**49. (3) Establishes the Right of the Beneficiary.** Article 1265 also provides that acceptance of the trustee *establishes the right of the beneficiary ... with certainty*. These words are new and can only be taken at their face value. They would seem to mean that once the trustee has accepted the trust he is beholden to the beneficiary to carry out the trust. He has an obligation to discharge. It should also mean the trust can no longer be revoked by the settlor even although the trustee consents and although the beneficiary has not accepted his benefit. This principle is parallel to that of the *common law*. It is also subject to any express provisions of the trust instrument.

## Part 5 – Control, Title and Administration

### Article 1278

50. This takes one to article 1278, the first paragraph of which states a trustee has the *control* and *exclusive administration* of the trust patrimony, and the *titles* relating to the property of which it is composed are drawn up in his name; he has the exercise of all the *rights pertaining to the patrimony* and may take any proper measures to secure its appropriation. Each of these terms would appear to have a separate juridical meaning. They will be examined in turn.

### Control

51. The word *control* (*a la maîtrise*) of article 1278 has heretofore received limited consideration in the civil law, at least in the context of the law of property. Several aspects of the term *control* will be examined here. First the limited antecedents of the term will be reviewed (1). This requires a note on its original meaning in law (2). This is followed by contrasting the concept of *control* with that of *possession* (3). Some additional observations on other aspects and limitations of the term *control* follow under the next sub-heading.

52. (1) *Origin of Control.* The word *control* in trust law has a certain parentage. It is the operative word under the *Hague Convention on the Law Applicable to Trusts and on Their Recognition* of 1985.<sup>37</sup> It describes trusts that will qualify for recognition under the *Convention* as involving property *placed under the control of a trustee* (*sous le contrôle d'un trustee* in the French language version).<sup>38</sup> States that subscribe to the *Convention* must recognize as trusts those trusts constituted in other jurisdictions and that so qualify.<sup>39</sup> The consequences of recognition are to be found in the

37. *The Hague Convention on the Law Applicable to Trusts and on Their Recognition* of July 1, 1985 (cited as “*The Hague Convention on Trusts*”, or the “*Convention*”), The *Convention* is available on the world wide web at <http://www.hcch/e/status30e.html#ca>.

38. It is curious that the Legislature used the term “*la maîtrise*”, rather than “*le contrôle*”. The one would appear to be a synonym for the other. In addition the use of the term *d'un trustee* in the French version reflects the term used in European French language countries for the English concept of a trust. Quebec stayed with the term *fiducie*, which it has used since 1879.

39. At the time of writing the *Convention* has been adhered to by the Provinces of Alberta, British Columbia, Manitoba, New Brunswick, Newfoundland, Prince

*Convention*. As professor D.W.M. Waters reports, it was the operative word used to contrive a “gateway” description for recognition of trusts among subscribers to the *Convention* and the application of its conflict of law rules respecting such trusts.<sup>40</sup> Most important, the *common law* delegates to the conference which led to the adoption of the *Convention* abhorred the use of the term *ownership* in its civil law juridical sense, as it is foreign to the *common law*. Equally the civil law delegates could not accept the *common law* concept of estates in property and the duality of legal title and equitable title. To have a term where trusts under one system or another would be recognized a neutral term was needed; one that avoided the underlying legal theory employed in each system of law. There can be no doubt that the officers of the Quebec Department of Justice who drafted the Code’s provisions on the trust consciously used the terminology of the *Convention* of 1985. One of their stated objectives was to design a form of trust that would qualify under it.<sup>41</sup> The draughtsman adopted the ideas of the CCRO draft code of 1978,<sup>42</sup> but recast the language employed almost in its entirety using a number of key words found in the *Convention*.

**53. (2) *Control’s Original Meaning in Common Law.*** Professor Waters reports the term *control* was derived from a description adopted on two occasions by the English courts<sup>43</sup> and used in Underhill’s *Law Relating to Trusts and Trustees*.<sup>44</sup> It provides:

A trust is an equitable obligation, binding a person (who is called a trustee) to deal with property over which he has control (which is

---

Edward Island and Saskatchewan. (See the web site cited in footnote 36.) Adherence replaces the conflict of law rules by those of the *Convention* where trusts are concerned. The *Convention* excludes the application of rules concerning the validity of wills or of other acts by virtue of which assets are transferred to the trust. Quebec has not adhered to the *Convention* but would seem to have adopted the equivalent of all its essential provisions in its conflict of law rules.

40. D.W.M. WATERS, *The Institution of the Trust in Civil and Common Law*, Recueil des cours, Academy of International Law, 1995, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London, 1995, at 130. Professor Waters was a leader of the Canadian delegation to the Hague Conference on Private International Law of 1984 and participated actively in the drafting of the *Convention* on Trusts of 1985.
41. *Commentaires du ministre de la justice*, vol. 1, at 748, Les Publications du Québec, 1993 (cited as the “*Commentaires*”).
42. CCRO, *supra*, note 12.
43. *Re Marshall’s Will Trusts*, [1945] Ch. 217, at 219, [1954] 1 A.E.R. 1003 and *Green v. Russell*, [1959] 2 Q.B. 226, [1959] 2 A.E.R. 525, at 531.
44. R.T. OBERON (ed.), *Underhill’s Law Relating to Trusts and Trustees*, 12th ed., London, Butterworths, 1970, at 3.

called the trust property), for the benefit of persons (who are called the beneficiaries or *cestuis que trust*), of whom he may himself be one, and any of whom may enforce the obligation.

Waters, in his comments on the meaning of *control* as found in article 2 of the *Convention*, states:

It is important to remember that in the common law system no trust exists until the trustee is vested with title to the trust property, or the property is put in the name of another who holds for the trustee.<sup>45</sup>

Later on he says:

[...] it will be evident that title means whatever it is by way of documentation or registration or other process that the individual, whether or not a trustee, must produce for the purpose of showing that he has the best right to the assets in question.<sup>46</sup>

It must follow that *control* is exercised through giving the trustee title to the trust property. As noted below under the examination of the meaning of *title*, the *Hague Convention on the Trust* also prescribes that the trustee have title to the trust property.

**54.** The description of the trust cited by Waters of course addressed the *common law* trust, with its duality of title, legal estate and equitable estate. In civil law, with its concept of the singularity of title manifesting ownership (*dominium* – derived from Roman Law), prevailing legal theory does not permit such duality. The term *control*, as used in the *Hague Convention on the Trust* was to accommodate the *common law* trust in civil law jurisdictions, and the civil law trust (regardless of the legal mechanism employed to indicate where ownership is said to be located) in *common law* jurisdictions. A good number of the civil law states (often with a mixed law jurisdiction) have forms of trust where the trustee is declared to be owner of the property interest and for purposes of the trust, which is to be outside his personal patrimony. Some invoke an extension of the concept of mandate with protection from the creditors of the trustee. Others for some trust purposes designate the trust a legal person.<sup>47</sup> It is to be especially noted that under the *Convention* a form of trust, once constituted, may qualify regardless of whether the trust is founded on the law

45. WATERS, *supra*, note 40, at 131.

46. WATERS, *ibid.*, at 221.

47. WATERS, *supra*, note 40.

of property or contract, whether ownership is vested in the trustee or otherwise, whether the trust is a legal entity or not. It also avoids the characterization of the rights of the beneficiary and the question of tracing.

**55. *Control's Use in Quebec.*** In *Grobstein v. A. Hollander and Sons Ltd. and United Fur Co.*<sup>48</sup> the Quebec Court of Appeal identified *contrôle* (*control* in English) as the operative word in a pledge (a *pacte comissoire*) of furs, giving the pledgee detention and a title sufficient to execute the pledge. The decision is cited with approval in the Supreme Court of Canada in *Caisse Populaire Desjardins de Val-Brillant v. Blouin*.<sup>49</sup> Here the Court was concerned with the *detention* of property by a creditor necessary under article 2703 to effect a hypothec (pledge) with possession of a non-negotiable deposit certificate. Mr. Justice Gonthier identified the *détention* (*holding*) of the property required by the article, with its *contrôle* and its synonym, *la maîtrise effective*.<sup>50</sup> Of even greater interest, he equated *control* of incorporeal property through endorsement and delivery (and publication) to the simple delivery in pledge of corporeal property. He said:

En d'autres termes, la détention du titre tient lieu de détention de la créance elle-même, car elle permet, à elle seule, au créancier hypothécaire d'en obtenir la maîtrise effective.<sup>51</sup>

Of especial interest is the parallel between the language used in this case and the *control* (*la maîtrise*) of the trustee. It suggests the *control* of the trustee may be achieved either through the *détention* of the property as trustee, or through the holding of *title* to that property (see paragraph 64).

**56. (3) *Control and Possession.*** It has been observed that the concept of trust property as a patrimony in which no one had a real right introduced a new concept for the retention of property; one on a plane equal and parallel to, but different and distinct from, ownership. This necessitated the introduction of a new term that identifies the trustee's physical (distinct from his intellectual) relationship to the trust property. The term *possession* could not

48. *Grobstein v. A. Hollander and Sons Ltd. and United Fur Co.*, [1963] B.R. 440, at 442.

49. *Caisse populaire Desjardins de Val-Brillant v. Blouin*, 2003 SCC 31.

50. He cited Paul-André CRÉPEAU, et al., *Dictionnaire de droit privé*, 2nd ed., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1991, at 173.

51. *Ibid.*, para. 13.

be used as today in Quebec, *possession* is intrinsically associated with ownership. It is generally the product or the result of ownership or another principal real right (such as usufruct or emphyteusis). In principle the possessor as owner has the *usus, fructus* and *abusus* of the property. The trustee does not have these rights. He has title, but no real right in the trust property. The word chosen for the trustee's interest is *control*. The terms *possession* and *control* are now distinct legal concepts. The one is not a synonym for the other.<sup>52</sup>

**57.** If the physical dimension of the owner's ownership is *possession*, so equally the physical dimension of the trustee's title is *control*. In many cases *control* will be likened to possession. In practice the terms *possession*, and *control* may have similar physical (externalized) elements. The owner and the trustee (of some trusts like the investment trust) may have very similar powers over the thing. (In others like the trust to hold a heritage property the trustee's powers may be very restricted.) In contrast the owner and the trustee have a different juridical (internalized or intellectual) basis of retention of the trust property; what is known as a different *animus*. As a general principle the *animus* of *possession* is as owner; that of *control* as used in the law of trust is as a fiduciary, as trustee.

### Other Observations on Control

**58. *Control on Behalf of.*** The control of the trustee may result in the precarious detention or retention of the property by another to hold on behalf of the trustee, just as may the possession of the owner. It may result from the intrinsic nature of the trust or may be an express term of the trust. A few examples will illustrate the point. (i) The trustee may have title to a dwelling, while retention and use are in the hands of a life beneficiary who also has charge of maintenance – a parallel to a usufruct. The beneficiary holds on

52. See W. de M. and George MARLER, *supra*, note 34, at 19. Marler identifies the definition of Pothier and the CCLC defining possession as the physical detention of a thing, and of Domat, who adds to the physical detention the (intellectual) intention to have it as owner, also known as the *animus*. Marler accepts the latter definition as reflecting the law of Quebec. The CCQ adopts the definition of Domat in article 921. See also Denys-Claude LAMONTAGNE, *Biens et Propriété*, 3rd ed., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, at 376, 390; Pierre-Claude LAFOND, *Précis de droit des biens*, Montreal, Éditions Thémis, 1999, at 204 ff.; CORNU, *Vocabulaire Juridique*, *supra*, note 30, at 593. See also Jean CARBONNIER, *Droit civil – Les biens*, vol. 3, 18th ed., Paris, P.U.F., 1998, at 182.

behalf of the trustee. The trustee has title and if he were the owner he would be thought to have *possession* through the usufructuary. In such a trust he has *control* through the beneficiary. (ii) This is equally true if the trustee is by the terms of the trust obliged to lease the property to another, or to grant another a licence to exploit it; often to exploit it in consideration for a royalty or other income stream. The trustee does not have retention, but he has *control*. (iii) The trustees of a pension fund may be obliged to entrust the fund itself to a trust company custodian who in turn will hold upon trust (a sub-trust) to pay the pensions when due. The trustees have *control* and the custodian has retention on their behalf. (iv) Many types of security trust (1263) will place the trust assets in the hands of one (often the principal debtor of the obligation secured, who may also be the settlor) while the trustee holds title pending a default. (iv) The trustee may on occasion and subject to the terms of the trust, use a mandatary to hold the trust property (1337), one who may have retention or even a registered title without disclosure of the trust, or both. In all these examples the trustee's *control* is exercised through the device of his having *title* to the trust property.

**59. Control and the Position of the Settlor.** It must be emphasized that *control* (title) and *administration* (powers) need not as a principle exclude the settlor from every role in relation to the trust assets. The trustee has the rights (powers) pertaining to the trust property, but as last noted he must exercise them in the manner prescribed by the constituting document. In a given trust document the settlor can dictate how the trust shall be carried out. It can prescribe acts to be taken by the trustee, approvals to be obtained before acting, and limitations on the scope of any such acts. Provision could be made permitting or prescribing the purchase of designated property. It could be made prescribing the lease, licence or deposit or even deferred or conditional or instalment sale of the trust assets, or some of them, to a third party. Under some of such directions such a party could also be a licensee whose objective is the exploitation of the trust property.<sup>53</sup> Such a party could be a prescribed mandatary of the trustee and be given specific duties concerning trust property entrusted to him. The terms of a pension fund may oblige the trustee initially to use a

53. Under the *common law* the settlor may have a licence from the bank holding a security interest in assets to hold and deal with them in the ordinary course of business pending a condition. The concept is discussed by the Supreme Court of Canada in *Royal Bank of Canada v. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 S.C.R. 411.

professional depositary for the fund, or to use a designated investment adviser. Such a party could also in many cases be the settlor or a beneficiary. The terms of an investment mutual fund may oblige the trustee to use the promoter and settlor as the investment adviser. So may the *inter vivos* trust.<sup>54</sup> The self-administered registered retirement savings plan may designate the settlor to perform that role. In none of these cases does the settlor act in this new role in his juridical capacity of settlor. Nothing in the law of trust prohibits such stipulations. On the contrary, article 1287 of necessity reflects the principle that they are not inconsistent with the trust concept.

**60. *The Right of Supervision.*** Article 1287 states the administration of the trust is subject to the *supervision* (*surveillance*) of the settlor or his heirs, if he has died, and of the beneficiary, even a future beneficiary. It provides them with a cause of action. It is supported by article 1290, which defines and grants rights of action. In its normal meaning the term *supervise* connotes the power of final decision. It cannot have this meaning here, as this should then be construed to relieve the trustee of his obligations and the responsibility imposed upon him by law (1278, 1308 and following). In this sense it would negate the trust concept. It should, however afford the settlor and the beneficiary a general watch-dog role. It affirms the need for transparency and open communication with power to obtain redress from the court. The use of the term also conveys the notion that the settlor (and the beneficiary) has some rights to confer and to discuss with the trustee significant matters and actions that the latter is to take on behalf of the trust.

**61.** The right of *supervision* reveals that the provisions of the Code expressly reserving rights to the settlor are not exhaustive. They must encompass, as a minimum, the right to oversee such of the duties of the administration as the parties may agree upon.<sup>55</sup> If the law gives the right of supervision as the foundation for an action in law against the trustee, it must also empower the parties to provide for such rights by anticipation; to stipulate various rights of supervision or direction in the governing trust instrument.

54. The Court of Appeal approved this arrangement in *Darling v. Québec (Sous-ministre du Revenu)*, (1996) 6 R.D.F.Q. 28, AZ-96011494, J.E. 98-793. The case was tried under the former law, but is still good law.

55. This reflects the dissenting opinion of Mr. Justice Rothman of the Court of Appeal in *Scotia McLeod*, *infra*, note 56.

**62. Caution.** A word of warning about the concept of *control* is required. The term *control* could be construed by the courts in a restrictive manner. They could find that it is not as broad as the inherent concept of *possession*, that the owner can possess his property through another, be the other a lessee, a licensee, a depositary, a mandatary or one having some other capacity. They could find that *control* is so narrow that it, and the *exclusive administration* of the property of the trust that accompanies it in article 1278, must be exercised directly by the trustee essentially to the exclusion of all others.<sup>56</sup> In the opinion of the writer, this is a pivotal question concerning the Quebec law of trust. It would reflect an interpretation of the Code in a restrictive manner in contradiction to the Preliminary Provision of the Code on its interpretation. If the courts take the broad view, the law will work to achieve its intended purpose, to provide an institution to regulate relationships of persons and property dedicated to a purpose in a manner consistent with modern realities. The gap in the civil law that all have observed will have been filled. On the other hand, if the courts take the restrictive approach, the law of trust will be reduced to a device to be invoked mostly by a formal election in restricted and restrained circumstances.<sup>57</sup>

**63.** Notwithstanding this view, some conservatives may argue that the trust provisions are based on the second part of article 2 which declares a patrimony may be appropriated to a purpose only to the extent provided by law. They would assert this is an exceptional provision, and in consequence the trust and all its attendant rules, including all supplementary rules, should be restrictively interpreted. Wrong, say the liberals. There is no provision of the Code, no rule of law, that supports the conservative view. It is true that the patrimony by appropriation requires a legislative enactment wherever such an institution of law is to exist, but once so sanctioned the institution ought to be treated as should every other institution of the civil law. The trust is on a plane parallel to that of the ownership of property. It is included in the Book on Property. Its treatment as an equal institution is evident from article 911, which balances the right of ownership of

56. A reading of the Court of Appeal majority decision in *Scotia McLeod v. Thibault*, [2001] R.J.Q. 2099, AZ-50099422, J.E. 2001-1654, may suggest this approach. An application for leave to appeal to the Supreme Court of Canada was granted and the appeal is pending.

57. As noted, professor Jacques Beaulne would seem inclined to the restrictive approach, *supra*, note 32, at 93, 101.

property by a person with his holding and administration of property appropriated to a purpose. The rules on the trust, and especially the rules of its internal regulation, should receive the broad and liberal interpretation that is to be applied to all the institutions of law and provisions of the Code. Those on the trust are invoked when ever *a trust results*.

## Title

**64. *The Rule.*** Article 1278 also declares that *titles to the trust property are drawn up in the name of the trustee (les titres relatifs aux biens qui le composent sont établis à son nom)*. Such a rule is essential, as it is a basic principle of civil law that *title* to all property susceptible of ownership must vest in someone (911-915). The trust is founded expressly in contra-distinction to the basic principle of the first paragraph of article 2. Since none of the three actors in the trust have a real right in the trust property and since the trust is a patrimony by appropriation, but is not a person or a legal person, a rule as to where the *title* to the trust properties is to lie was essential. The words of the rule were chosen with care in order to fill the gap while respecting the principle of article 1261. The rule does not say *the trustee holds title*, or *title is vested in the trustee*. Tentatively one might suggest the words used permit a sort of incidental custody of *title* in the trustee; a kind of warehousing of *title* for the duration of the trust. However, as will be shown, the practical meaning of the provision is essentially and effectively the equivalent of a vesting of *title* as a fiduciary. *Title* is the manifestation of *control*.

**65. *The Hague Convention on the Trust.*** *The Hague Convention on the Trust* uses an almost identical formula of words. It provides as a characteristic of the trust which qualifies for recognition under the *Convention* that *title to the trust assets stands in the name of the trustee or in the name of another person on behalf of the trustee (le titre relatif aux biens du trust est établi au nom du trustee ou d'une autre personne pour le compte du trustee)*.<sup>58</sup> As in Quebec, it leaves open the quality of title; legal title as under the *common law*, ownership of the civil law, ownership as a fiduciary, ownership subject to a charge, etc. There can be little doubt that the language of the *Convention* served as a model for that of the Code.

---

58. *The Hague Convention on the Trust*, *supra*, note 37, Article 2(b).

**66. *The Quality of Title.*** The term *title* generally means the source or foundation of a juridical right.<sup>59</sup> As the trustee has no real right in the trust property, the entire grant to him of rights in it is one of personal rights. The obligations he assumes are personal obligations. His right to obtain title is a personal right (although the action he takes to enforce it may be a real action). Thus the *title* he obtains is not the title of an owner; that is to say, he does not have the *rights* of an owner. Nor is it by itself the source of his *powers*. The source of the latter is the law as articulated in articles 1260, 1265 and 1278. *Title* is, however, the outward manifestation of these powers.

**67.** Opposite third parties without notice of the trust, the trustee's *title* is the equivalent of that of the owner. It is his *title* that persuades third parties of his powers over the trust property. Opposite those with notice and the beneficiary his *title* is that of trustee for purposes of the trust and with all powers pertaining to the appropriation of the trust property to its purpose, but it is his *title* again that serves as the evidence of his powers. His *title* persuades others that he may deal with the trust property and demonstrates readily to both third parties and to the other actors in the trust that he has the required power.

### **Exclusive Administration**

**68. *Legal Sources of Trustee's Powers.*** Title may be the manifestation of the powers of the trustee, but the source and extent of such powers is to be found in the Code. As the trustee has no real right in the trust property, to fulfil his mission the law must expressly grant and articulate the *powers* he requires. As noted earlier, article 1260 declares that on acceptance the trustee is to hold and administer the property. Article 1265 then charges the trustee with seeing to the appropriation of the property and the administration of the trust. Article 1278 completes the empowerment of the trustee. It gives him *control* and *title*, and then grants him *exclusive administration* (*l'administration exclusive*) of the trust patrimony. This is a grant of *powers* and is completed by the phrase *he has the exercise of all the rights pertaining to the patrimony and may take any proper measure to secure its appropriation* (*il exerce tous les droits afférents au patrimoine et peut prendre toute mesure propre à en assurer l'affectation*). It then declares he

---

59. CORNU, *Vocabulaire Juridique*, *supra*, note 30; Hubert REID, *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, *supra*, note 30.

acts as the administrator of the property of others charged with *full administration (la pleine administration)*. The scope of the powers of full administration (1306, 1307) is beyond the scope of this review, but some notes on the orientation of the trustee's administrative powers are warranted.<sup>60</sup>

**69. *Meaning of Exclusive.*** The words *exclusive administration* of article 1278 can only have limited meaning. They do not mean that a trust would be invalid unless the settlor gives the trustee *carte blanche* on administrative matters, nor that the trustee, with powers of the full administration of article 1306, may perform acts beyond the requirements of the trust, nor that he must personally perform all acts of his mission to the exclusion of his delegation to others. To interpret the phrase this broadly and literally would result in impossible confusion respecting responsibility for the administration of the trust property. In this sense the rule is not one of public order. (One must note the provision is found in the Section of the Code dealing with Administration of the Trust; provisions that generally go beyond the essential elements of the trust concept.) The rule is essentially enabling. It is intended to enable the trustee to carry out his mission. But in each case the powers must be tailored to the precise mission. Perhaps unfortunately, article 1278 does not contain the words found in article 981j CCLC *in accordance with the provisions and terms creating the trust*, but words to that effect are implicit. They flow from the use of another phrase in the article, the phrase *all the rights pertaining to the patrimony*. As the settlor has specified the terms of fulfillment of the objects of the patrimony, so the powers of the trustee are defined.

**70. *Limitations on the Powers of the Trustee.*** Accordingly, the principle establishes a rule of general guidance which will always be subject to three attenuations or restraints, namely: the requirements of the mission the trustee has undertaken (1); the directives and terms of the trust instrument (2); and the trustee's responsibility in consequence of his delegation of any administrative powers (3). They warrant brief examination in turn.

**71. (1) *The Limitations of the Trust's Mission.*** The codal grant of broad powers to the trustee cannot be invoked to justify

---

60. As regards the powers of the administrator of the property of others generally, see Madeleine CANTIN CUMYN, *L'administration du bien d'autrui*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000.

acts that are beyond the limited scope of the trust's objectives. The trustee of a dwelling who must allow A to use it for life, and upon A's death convert it to a museum, will have no power to apply it to another purpose or to sell it unless expressly authorized by the act constituting the trust.

**72. (2) *The Terms of the Trust Instrument.*** As regards the second restraint, the settlor is free to stipulate how the trustee is to fulfil his mission. For example, as with the testamentary trust and gifts by way of trust under the CCLC, the settlor may enlarge or restrict the investment powers, may stipulate that the trustee consult or act upon the advice of certain types of experts, and may direct how books and accounts are to be kept. There are really no limits to the directions that may be given or provided for in the trust instrument. Several examples will be found throughout this paper.

**73. (3) *Responsibility and the Trustee's Power to Delegate.*** The law does not restrict the trustee from employing experts, advisers and agents. To do so would place an absurd burden on the trustee, even the professional trust corporation, in today's complex commercial world. Nor does the law prohibit delegation of administrative powers by the trustee; even entire classes of powers with discretionary authority. In Quebec (unlike the original *common law*) the trustee, having a portfolio of investments to administer, is not restricted, in the absence of directions in the trust instrument, from appointing a broker and giving him full discretionary authority. What the law, and article 1278, provides is a clear rule that the trustee (or other administrator of the property of others) is fully responsible for any prejudice caused by any such delegation. By exception, he may be relieved of responsibility for delegation of the mere execution of specific juridical acts if he also selected the delegate with reasonable prudence and diligence (1337).

**74. *Grant of Additional Powers.*** Apart from the administrative powers required to fulfill the declared purposes of the trust, the trust instrument may contain a grant of special powers. These can be as wide as the draughtsman's imagination. They can include both administrative and dispositive powers. The administrative powers may include the hiring of experts or advisers, the delegation of certain duties and the nomination of a replacement

trustee (786 and 1276). The dispositive powers may include the power to terminate the trust upon the happening of certain events, such as insufficient revenue to fulfill the intended purpose. They could also include, especially in certain types of social trust, the power to establish sub-trusts.

**75. *Powers Not Rights.*** It is most important to observe that article 1278 merely speaks of the grant of the *administrative powers* that vest in the trustee. They arise either under the article or under those of the Code on the administrator of the property of others with full administration (1299-1370). These rules are concerned with *powers*; *powers* in the sense of the prerogative powers given to the administrator. They concern property only, property that is not his own, and the *powers* he has over it. These *powers* are distinct from *rights* in the sense of proprietary rights or property. The latter are personal and subjective and attach to the person whose property is being administered. They form a part of his patrimony, and are reflected by his *title* to the property. Generally they are transmitted to his heirs. Thus, in the case of a minor the *right* will vest in the minor, but the *power* to exercise it will vest in his tutor. In the case of a trust the *right* may be said to be located in the trust (1261), but the power to exercise it (consistent with the terms of the trust) is given to the trustee. However in every case, if there is no such *right*, there is no *power* for the administrator to exercise.<sup>61</sup>

**76.** Equally, the powers given to the administrator are distinct from his own rights; his personality or patrimonial rights. He must have the personal capacity to exercise the administrative powers conferred upon him, but these powers do not form a part of his patrimony. They are not, as a general rule, transmissible or transferable. Here one must be careful to distinguish between a transfer or transmission of pure powers in distinction to the transfer or transmission of the contract (usually onerous) or office which gives rise to them. The trust company engaged as trustee enjoys a patrimonial right in his contract of engagement. The liquidator of a succession enjoys an office. Both the contractual right of the trust company and the office of the liquidator may be assumed by another. The powers run with the appointment or office and upon its assumption by another, will vest in the latter.

---

61. See generally CANTIN CUMYN, *supra*, note 60, at 71 ff.

**77. Powers Directory and Imperative.** The administrator is obliged to administer and to exercise his powers in the process. His powers are imperative, even if they are discretionary and limited to those required to discharge his mission. He must exercise them. He, unlike the holder of the rights and property administered, cannot assume a passive role. Moreover, the administrator must exercise his powers according to a prescribed standard as a prudent administrator, while the person whose property is being administered, need not. The latter may even abuse his proprietary rights. Again, the administrator must exercise his powers solely for the purposes authorized by the law (or the act), and for the benefit of the person for whom the administration is provided. The latter is held to no such duty. Moreover, and as noted, not all such powers need be vested in the trustee for the creation of a valid trust.

### **All the Rights Pertaining to the Patrimony**

**78.** Article 1278 also employs the phrase the trustee has the exercise of *all the rights pertaining to the patrimony* (*tous les droits afférents au patrimoine*). As *title* is the manifestation of *control*, so *all the rights pertaining to the patrimony* is the manifestation of *administration*. The phrase is, however employed in a curious, but telling, manner. The draughtsman uses an ellipsis, one might even say – a metaphoric ellipsis. *Rights* do not pertain to a patrimony or its properties. The patrimony, composed of its properties, is either a collection of inanimate things (*choses*) or of personal rights (*créances*). It has no rights. No rights pertain to it or are vested in it. Rights respecting property can only be exercised by a person or a legal person. To give the phrase any meaning one must add words like *normally enjoyed by the owner*, or *were it the patrimony of a person*. The necessarily implied reference can only be to the rights equivalent to those of the owner, those of ownership. Moreover, as noted earlier, in the context of the trust the term *rights* really means *powers*. Unquestionably the text of article 1278 tells us that the trustee may exercise all the powers respecting the trust patrimony and its properties that an owner would have, subject always to the purposes and the terms of the trust. This analysis further affirms the conclusions made earlier concerning the quality of the *title* held by the trustee.

## **Part 6 – Examples of Quebec Trusts**

**79.** The foregoing analysis of the language used by the Legislature in codifying the fundamental principles of the trust in Quebec can be better understood through some further examples of types of trust which may arise and which reflect this approach.

### **Implied Trusts**

**80.** The most common form of trust established through the mere conduct of the parties will be the charitable or philanthropic appeal to members of the public or a group to subscribe to some specified purpose of a worthy cause. Articles 1260 and 1293, when read together are quite broad enough to support this concept. They constitute social trusts (1270). The appeal may be quite general or specific. It may be made with written representations, advertisements, or merely orally with some communication as to its purpose. If the purpose is general, the beneficiaries from the appeal will be those selected by the trustee or another under article 1283. The reader should note that with the reforms of 1994, article 869 CCLC was repealed and articles 1270 and 1283 were substituted. Today the text of law supporting all charitable gifts for innominate beneficiaries has been commuted to the text of these two articles. Thus, the appeal for funds in Montreal to construct one of the proposed new mega-hospitals will invoke the law of trust. If the funds are then applied to the construction of a casino there will be a breach of trust.

**81.** Such a fund raising will still be a trust if the fund raiser is an incorporated foundation and the appeal is for a specified purpose. Its charter may limit it to the raising, investment and application of funds for hospital purposes, but if the appeal is to furnish specified equipment, it still results in the constitution of a trust instituted through a contractual solicitation.

**82.** The notary who receives funds in trust for the proposed purchase of a property with instructions to apply them first to the discharge of a hypothec and thereafter to the price of sale acts as a trustee. Before reform he had a similar duty by way of his position, practice and professional regulation. His obligation was merely based on this contractual framework. Now that Quebec has a trust as an institution, his contractual relationship with the purchaser

and his position can only lead to the characterization of a trust and his role as that of a trustee.<sup>62</sup>

**83.** The gift to a school of a trophy for the city high school hockey championship and its dedication to that purpose will constitute a private purpose trust.

### **Control and Rights Conferred on Another**

**84.** A settlor might transfer a tract of land to a private purpose trust to be controlled and administered by the trustees as a nature conservation reserve. The trustees would be restricted in their right to make changes which would affect the flora or fauna or the ecology, but still to operate it with some provision for access by the public upon conditions. The settlor could stipulate that he (i) have the right to name any successor trustees; (ii) receive annual and quarterly financial statements and reports; (iii) approve annual capital and operating budgets and plans; (iv) approve any by-laws establishing and regulating public access; (v) approve any plans for the raising of capital and the admission of friends, members and supporters; (vi) approve any disposition of any part of the property.

**85.** Licences in Quebec are *sui generis* contracts that encompass situations involving the use of types of property from the use of a simple trade mark, industrial design or copyright with or without payment of a royalty, to merchandizing agreements for a store or service under a brand name. The trustee of certain types of trust can be obliged to use the concept. The trustee of a private trust, or even a personal trust, holding a copyright or a trade mark can grant a licence to exploit it to a third party. The petroleum, mineral or timber royalty resource trust are examples. The trustee retains title and control through the licence agreement. He receives royalties and remits them to the income beneficiary or otherwise applies them according to the terms of the trust agreement. It does not change the juridical relationships if the property was initially provided by the settlor and he subsequently becomes the licensee. Nor does this change such relationships if this is a term of the trust agreement. Here one must observe particularly

---

62. *In Russel Metals Inc. v. Rosdev Developments Inc.*, AZ-50107795, J.E. 2002-277 (C.S. – appeal filed) the court found a notary failed in his fiduciary duty in remitting a deposit to the wrong party. Article 1260 and the law of trust were not mentioned.

that there is a change in capacities. The licensee does not become such in his capacity of settlor. His role as licensee is not a continuation of his former role as settlor. The fact that the licensee was the settlor is irrelevant. The licensee must exploit the property for the benefit of the trust according to the stipulated terms of the trust agreement. It is a normal term of the arrangement that exploitation be in the ordinary course of business only. These licence rights are not rights *reserved* by the settlor. They are not rights that reduce the property rights transferred to the trust.

**86.** These principles can readily be applied to a security trust affected by article 1263. A good example is the floor plan financing trust. This trust would be an onerous private trust. In such a trust the automobile dealer's acceptance corporation or finance company contracts with the dealer and an independent trustee to establish a trust to hold title to the vehicles, to permit their sale and replacement on agreed terms, to hold title to the proceeds of sale and provide for their disposition on agreed terms. The trust will hold a universality of property. As vehicles are sold they would be replaced upon the same terms. It would allow the dealer retention of the vehicles for purposes of sale, and retention of the proceeds of accounts receivable and proceeds of sale for distribution as agreed, all until a defined event (failure to maintain certain financial tests) occurs. Thereupon the trustee on notice takes custody and deals with the inventory and accounts receivable as provided in the agreement. Ultimately, after a defined event of default, he may have to liquidate the inventory in the manner contemplated in the second paragraph of article 1263.

### **Restrictions on Administrative Powers**

**87.** A listing of a few additional examples of types of trust will illustrate the limitations or restrictions on the administrative powers of the trustee examined above. (i) The trustee of a private purpose trust whose objective is to preserve a heritage property may be presumed to have no power to sell it. He may be obliged to use the income from a capital endowment for only that purpose. (ii) This is also the case for the pre-incorporation trust holding assets to be transferred to the corporation after its formation. The trustee's role is to hold title to the assets, often personal property in the form of contracts. It is essentially passive. (iii) It is the same for the voting trust where the trustee holds title to the shares for the beneficiaries and votes them according to the agreement. He

may have to act on the instructions of the beneficiaries or a majority of them, who may have been the settlors. In a different situation he may be obliged to pass through the proxies so the beneficiaries may vote the shares. (iv) The personal trust may require the trustee to pay the net income from the trust property which he controls to one while holding the capital for another. He cannot alienate the capital fund although he may change any investments within any restraints imposed by the trust instrument. (v) The trustees of the pension fund have control, but custody of the securities forming the fund are usually held by a trust corporation as custodian, as mandatary or as co-trustee. The fund trustees may still be obliged to take the advice of an investment counsel on all investments. (vi) The trustee of the employee share purchase trust, where the trustee is the registered holder of shares for the employees subject to the latter repaying their share purchase loans, has no power to sell the shares. He may have no power to vote them. (vii) The trustee of an investment trust will be empowered to sell the trust property only for purposes of reinvestment or for other prescribed purposes. This fund too may be held by a custodian or co-trustee as a term of the fund. The restrictions in each case are essentially a restriction of the trustee's *administrative powers*.

### **The Trust and Conditional Obligations**

**88.** Each of the terms *results*, *constitution* and *control* may also have a temporal, and successively a conditional aspect. The other special terms examined fit in with such conditions. One's understanding of them is aided if one reviews the concept of conditional obligations (1497 and following) as they may affect a given trust. As with any other institution of the civil law, a trust may be subject to a suspensive condition or a resolutive condition in each step of its formation, constitution and execution. It is important to distinguish between them. They are most readily reviewed through the presentation of an example. The example is a security trust (1263). The owner of the shares in a real estate holding company desires to refinance his equity interest in the properties held by this company and negotiates a new line of credit with a new banker. Each property held by the company is hypothecated to one lender or another and the hypothecs are all in good standing. It is the consequent equity interest in excess of those hypothecs that underlies the security for the new financing. The owner of the shares in the holding company signs a credit agreement with the

bank under which he, as settlor, *transfers* the shares of the company to a trust established by him and naming an independent trustee. The *result* is a trust. The trustee *accepts* and the trust is *constituted*. The bank is the primary *beneficiary* and the settlor and his wife are the secondary *beneficiaries*. The settlor is *divested* of his ownership in the shares. However a condition of the arrangement is that the owner and his wife release or assign to the bank certain second hypothecs on some of the properties owned by the company. This is attended to and the shares are then registered in the name of the trustee and notice of the trust is published. The *transfer* of the shares is then completed on the books of the company. The trustee then has *title* to the trust property and *control*. The bank advances the loan. A term of the arrangement is that the trustee give a proxy (or voting agreement) to the settlor as a licensee of the trust, and that will only be revoked in the event of a default in some covenant under the credit agreement. Through such proxy the company's administration of the properties under the direction of the settlor may continue. The *administration* of the company through the board of directors is licensed to the settlor. The trustee's role is essentially a limited and passive one, although he has the continuing obligation to inspect the properties, to obtain and examine periodic financial statements and to obtain sworn statements periodically attesting to the performance of certain financial tests and other covenants by the company. (These rights could equally be held by the bank.) These terms are directions and restrictions upon the *administrative powers* of the trustee. Upon default the trustee revokes the proxy, takes active *administration* of the board of directors of the company and assumes direction of it. The trustee may then sell the shares or otherwise *exercise all rights* (powers) *pertaining to the patrimony*.

## Conclusions

89. This survey of the language employed in the articles of the Code on the trust invites three conclusions. First, it attempts to reveal its broad scope as a new institution of the civil law. The new law, as drafted, is a dynamic institution intended to endure over time. It is sufficiently broad and elastic to achieve this end. It is to be hoped this brief analysis of some of the basic language employed demonstrates that it is not encumbered with narrow and formalistic rules that would frustrate its application. To quote Brierley:

The new legislation, seeking to attribute to the trust a greatly expanded place in legal relations beyond only estate planning, represents an even greater challenge – and complexity – because it strives in a few articles to render what is essentially a single idea into the many applications of which it is now susceptible. The idea of the trust, as a unitary concept, is captured in article 1260 C.C.Q. and the multiple modes of its constitution are expressed in article 1262 C.C.Q. If this last article is expanded into the classifications already known to the Civil law, the act constituting the trust may be onerous or gratuitous, inter vivos or mortis causa, unilateral or bilateral or even multilateral, by particular or general or universal title, by a written or oral act, and to all of which characterizations there is superadded its own typology as a “personal” or “private” or “social” trust (arts. 1266-1270 C.C.Q.). The act creating the trust, unlike any other heretofore known, thus touches upon all modes of voluntarily-created patrimonial relations (and even beyond in so far as trusts may also arise judicially when authorized by law). As such, it is a new and, we believe, valuable tool. If it is complex – as almost all observers will admit – that is no more than the price to be paid for the innovation so boldly now inaugurated.<sup>63</sup>

**90.** Second, these observations invite the practicing lawyer to conclude that for general practical purposes the position of the Quebec trustee as the title holder of the trust property would be the same (i) whether he holds a personal right in the property as well as an obligation to fulfil the trust, (ii) whether he holds a real right in the property subject to a charge to apply it to its designated ends (as in civil law Scotland), or (iii) whether he holds a real right in the property subject to the equitable interest of the beneficiary (as under the *common law*). From the practitioner’s point of view, the quality of title and the result would be the same in each case provided the law also contains two other provisions. The first provision is that the trust property be free from the claims of the personal creditors of the trustee. This is so in all three cases. The second provision is the need for a disposition dealing with title to the trust property in the event the trust fails or concludes in a manner not contemplated by its terms. Quebec provided for this in article 1297. Under this article any such property devolves to the settlor or his heirs.

**91.** Finally, the Quebec trust, cast as an institution of the civil law, is an excellent parallel to the institution of the express trust of the *common law*. The trustee under the later derives his powers respecting the trust property from his legal estate, legal title and

---

63. BRIERLEY, *supra*, note 6, “The Gratuitous Trust” at 122.

his real right in the trust assets, the whole restricted by the law of trusts to the requirements and restraints of the actual trust. Under the former the trustee derives his powers respecting the trust property (to which he holds title, but no real right) from an express legal grant of powers equal to those of an owner, but restricted to the requirements and restraints of the actual trust. Properly understood the Quebec institution of the trust should take its place beside the *common law* institution of the express trust. It should do so in cross-border situations with equal effects. There are of course minor differences between the results of the Quebec civil law trust and the *common law* trust. However the student will find these to be no greater than the differences between the *Trustee Acts*, *Perpetuity Acts* and *Variation of Trusts Acts* of various *common law* jurisdictions which supplement or vary details of the original judge-made *common law* of trusts.<sup>64</sup>

---

64. See for example D.W.M. WATERS, *Law of Trusts in Canada*, 2nd ed., Toronto, Carswell, 1984, Appendix A, and Appendix B, providing tables comparing the powers of trustees and the powers of the courts in all the *common law* jurisdictions of Canada.

# **Vous êtes victime de discrimination et vous souhaitez en faire la preuve? Bonne chance !**

David ROBITAILLE

## **Résumé**

Avant l'arrêt *Law c. Canada*, rendu par la Cour suprême en 1999, une personne victime de discrimination qui souhaitait en faire la preuve sur la base du paragraphe 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* devait démontrer les éléments suivants: une distinction, fondée sur un motif énuméré ou analogue qui engendre un préjudice. Une preuve *prima facie* de discrimination alors établie, le fardeau de la preuve se déplaçait ensuite sur les épaules du gouvernement à qui revenait la tâche de justifier la distinction créée par la législation attaquée. La personne qui invoquait la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec devait, pour sa part, établir avoir été l'objet d'une distinction préjudiciable, fondée sur un motif énuméré, dans la reconnaissance ou l'exercice des droits et libertés de la personne.

Or, depuis l'arrêt *Law*, les éléments de base qui précèdent ne suffisent plus pour fonder une constatation de discrimination dans les *Chartes* canadienne et québécoise. Une nouvelle condition, à la charge du demandeur, s'ajoute: l'atteinte à la dignité humaine. Pour avoir gain de cause, ce dernier devra donc désormais établir que sa plainte est assez importante pour mériter la protection des *Chartes*, en ce qu'elle est *réellement discriminatoire* et viole sa dignité humaine essentielle.

Si la tendance observée en jurisprudence se maintient, il est raisonnable d'affirmer que l'arrêt *Law* marque le début d'une période «sombre» pour la personne victime de discrimination. Les critères contextuels dégagés par la Cour suprême qui servent de guide dans la détermination d'une atteinte à la dignité sont en

effet complexes et susceptibles de s'avérer difficiles d'application tant pour les justiciables, les avocats appelés à les défendre, que pour les magistrats. L'étape consistant en la démonstration d'une violation de la dignité appelle par ailleurs l'analyse d'éléments justificatifs qui, généralement, sont à la charge de la partie défenderesse. C'est ainsi que l'on peut maintenant se questionner sérieusement sur les chances réelles de succès de la personne victime de discrimination d'en faire la preuve.

# **Vous êtes victime de discrimination et vous souhaitez en faire la preuve? Bonne chance !\***

David ROBITAILLE\*\*

|                                                                                                                                                           |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Introduction . . . . .                                                                                                                                    | 323 |
| 1. L'atteinte à la dignité en vertu des normes<br>constitutionnelle et quasi-constitutionnelle<br>d'égalité: un fardeau qui appartient au demandeur . . . | 324 |
| 2. L'atteinte à la dignité: un «cauchemar» pour<br>le demandeur . . . . .                                                                                 | 330 |
| A. L'atteinte à la dignité: un test complexe et<br>difficile d'application . . . . .                                                                      | 331 |
| B. L'atteinte à la dignité: le non-respect de la<br>répartition originelle du fardeau de la preuve . . . .                                                | 336 |
| a) La justification d'une discrimination dans les<br>Chartes canadienne et québécoise . . . . .                                                           | 337 |
| b) L'absence de cloison entre la démonstration<br>d'une discrimination et sa justification. . . . .                                                       | 344 |
| Conclusion . . . . .                                                                                                                                      | 357 |

---

\* Ce texte est issu du mémoire de maîtrise que le soussigné a déposé en décembre 2002 à la Faculté de droit de l'Université Laval. Ce dernier tient à remercier son directeur de recherche, monsieur Ghislain Otis, professeur titulaire à la Faculté de droit de l'Université Laval, pour sa disponibilité, sa rigueur intellectuelle et sa passion pour son travail. L'auteur est également très reconnaissant envers la Faculté de droit de l'Université Laval qui, par l'entremise du Fonds d'enseignement et de recherche, lui a octroyé une importante bourse d'étude.

\*\* LL.L. (Ottawa), LL.M. (Laval), doctorant à la Faculté de droit de l'Université d'Ottawa.



## Introduction

Depuis son adoption, le paragraphe 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*<sup>1</sup> n'a cessé de faire l'objet de discussions, tant en jurisprudence qu'en doctrine, quant au sens et à la portée qu'il fallait lui donner. Or, en 1999, les neuf juges de la Cour suprême signaient unanimement l'arrêt *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*<sup>2</sup>. Était alors dégagé et accepté par les plus hauts magistrats le fondement ou l'objet fondamental de la garantie constitutionnelle d'égalité, c'est-à-dire la dignité humaine. Si cette notion a généralement été reconnue comme une valeur qui transcende tous les droits et libertés, se situant à la base même de leur reconnaissance, le concept de dignité dégagé par la Cour en 1999 pour les fins du paragraphe 15(1) joue un rôle pratique beaucoup plus important. En effet, puisqu'une constatation de discrimination nécessite maintenant une atteinte concomitante à la dignité humaine du demandeur, fardeau qui lui appartient. Il en est de même dans la *Charte des droits et libertés de la personne*<sup>3</sup> du Québec, les tribunaux s'étant rapidement inspirés de l'arrêt *Law* et exigeant désormais une violation de la dignité humaine en vertu de la norme québécoise d'égalité.

Malheureusement, dans les deux *Chartes*, l'ajout de cet élément dans le corps d'analyse des normes constitutionnelle et quasi-constitutionnelle d'égalité a eu pour effet d'augmenter de façon importante le fardeau de la preuve du demandeur. D'une part, la démonstration d'une atteinte à la dignité est susceptible de représenter une tâche complexe et ardue. Nous constaterons, d'autre part, que cette nouvelle étape normative ne respecte pas la répartition originelle du fardeau de la preuve entre le demandeur et l'auteur d'une discrimination en ce qu'elle permet, selon nous, de considérer plusieurs éléments de justification dans le cadre même de l'analyse de la violation du droit à l'égalité. Il est donc raisonnable de se questionner aujourd'hui sur les chances réelles de succès des victimes de discrimination d'en faire la preuve devant les tribunaux.

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

2. [1999] 1 R.C.S. 497 [*Law*].

3. L.R.Q., c. C-12 [*Charte québécoise*].

## 1. L'atteinte à la dignité en vertu des normes constitutionnelle et quasi-constitutionnelle d'égalité: un fardeau qui appartient au demandeur

Le désormais célèbre arrêt *Law*<sup>4</sup> opérait un tournant majeur dans l'évolution de la norme constitutionnelle d'égalité. Après 10 ans de mésentente quant à l'interprétation adéquate qu'il fallait en faire, les neuf juges de la Cour en arrivaient alors à un jugement unanime<sup>5</sup>. Procédant à un nouvel examen de l'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia* et de ceux qui ont suivi<sup>6</sup>, la Cour établissait ainsi les fondements du cadre d'analyse de l'article 15. Pour fonder une constatation de discrimination en vertu de cette disposition, le demandeur doit donc maintenant faire la preuve de trois éléments<sup>7</sup>. Il doit d'abord démontrer que la loi, le programme ou l'activité contesté le traite différemment d'autres personnes. Cette étape préliminaire<sup>8</sup> franchie, il lui faut ensuite prouver que cette différence de traitement est fondée sur un ou plusieurs motifs énumérés ou analogues. Si c'est effectivement le cas, il lui importe alors de faire la preuve que la mesure gouvernementale est *réellement discriminatoire* en ce qu'elle entre en conflit avec l'objet fondamental du paragraphe 15(1), c'est-à-dire la protection de la dignité humaine. La Cour suprême définit comme suit cette assise de la garantie d'égalité:

4. *Law*, *supra*, note 2.

5. Graeme G. MITCHELL, «Developments in Constitutional Law: The 1998-99 Term – State Craft and Status Quo», (2000) 11 *S.C.L.R.* 101, à la p. 158: «*Law* is significant because for the first time the Court unanimously agrees about the purpose section 15 seeks to achieve and the appropriate inquiry to be undertaken whenever an equality claim is advanced before a court. »

6. *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143 [*Andrews*]. Pour une analyse complète des arrêts rendus par la Cour avant l'arrêt *Law*, voir Daniel PROULX, «Les droits à l'égalité revus et corrigés par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Law*: un pas en avant ou un pas en arrière?», (2001) 61 *R. du B.* 185, aux p. 190 à 214. En ce qui concerne l'évolution que marque l'arrêt *Law* par rapport à la première lecture que faisait la Cour suprême du paragraphe 15(1) de la *Charte* dans l'arrêt *Andrews*, voir également Pierre BLACHE, «Étude comparative de l'évolution des normes antidiscriminatoires ou égalitaires des articles 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et 10 de la *Charte des droits et libertés de la personne*: convergences et divergences », (n° spécial mars 2003) *R. du B.* 151.

7. La Cour réaffirmait ces trois étapes dans les récents arrêts *Nouvelle-Écosse (Procureur général) c. Walsh*, 2002 CSC 83, au par. 31 et s., juge Bastarache et Gosselin *c. Québec (Procureur général)*, 2002 CSC 84, aux par. 18 et 28-66, juge McLachlin et aux par. 235-259, juge Bastarache [*Gosselin*].

8. *Lavoie c. Canada*, [2002] 1 R.C.S. 769, au par. 40, juge Bastarache [*Lavoie*]; *Winko c. Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 R.C.S. 625, au par. 78, juge McLachlin [*Winko*]; *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513, au par. 10, juge LaForest [*Egan*].

La dignité humaine signifie qu'une personne ou un groupe ressent du respect et de l'estime de soi. Elle relève de l'intégrité physique et psychologique et de la prise en main personnelle. La dignité humaine est bafouée par le traitement injuste fondé sur des caractéristiques ou la situation personnelles qui n'ont rien à voir avec les besoins, les capacités ou les mérites de la personne. Elle est rehaussée par des lois qui sont sensibles aux besoins, aux capacités et aux mérites de différentes personnes et qui tiennent compte du contexte sous-jacent à leurs différences. La dignité humaine est bafouée lorsque des personnes et des groupes sont marginalisés, mis de côté et dévalorisés, et elle est rehaussée lorsque les lois reconnaissent le rôle à part entière joué par tous dans la société canadienne.<sup>9</sup>

Le point central de cette analyse en trois étapes consiste à savoir si du point de vue d'une *personne raisonnable*<sup>10</sup> se trouvant dans une situation semblable à celle du demandeur, la loi a pour effet de porter atteinte à la dignité humaine<sup>11</sup>. Pour «faciliter» cette démonstration pour le demandeur<sup>12</sup>, la Cour a formulé quatre facteurs non exhaustifs<sup>13</sup> qui constituent les piliers du test de l'atteinte à la dignité<sup>14</sup>.

- *La préexistence d'un désavantage, de stéréotypes, de préjugés ou d'une situation de vulnérabilité subie par le demandeur*

Le fait pour une personne ou un groupe d'avoir historiquement fait l'objet de stéréotypes<sup>15</sup>, de préjugés ou d'une situation

9. *Law, supra*, note 2, au par. 53. Pour un résumé faisant l'historique de la consécration de la dignité en tant que fondement des droits et libertés sur les plans international comme national et dégageant le sens et la portée de ce concept, voir le récent article du professeur Daniel PROULX, «Le concept de dignité et son usage en contexte de discrimination: deux Chartes, deux modèles», (n° spécial mars 2003) *R. du B.* 485, aux p. 491 à 502.
10. *Gosselin, supra*, note 7, aux par. 123 et 231; *Lovelace c. Ontario*, [2000] 1 R.C.S. 950, au par. 55 [*Lovelace*]; *Walsh, supra*, note 7, au par. 37; PROULX, *ibid.*, à la p. 509.
11. *Law, supra*, note 2, aux par. 53-60; *Egan, supra*, note 8, au par. 56, juge L'Heureux-Dubé. Le juge Bastarache dans l'arrêt *Walsh, supra*, note 7, aux par. 36 et 37, insistait sur l'importance, à cet égard, de se placer dans la perspective du demandeur.
12. *Law, supra*, note 2, aux par. 76 et s.
13. *Ibid.*, aux par. 62-75.
14. *Lovelace, supra*, note 10, au par. 68. Il s'agit d'ailleurs des seuls facteurs appliqués par la Cour depuis l'arrêt *Law*.
15. La Cour suprême a défini un stéréotype comme étant «une conception erronée à partir de laquelle une personne ou, la plupart du temps un groupe, est injustement dépeint comme possédant des caractéristiques indésirables, ou des caractéristiques que le groupe, ou au moins certains de ses membres, ne possède pas»: *Law, supra*, note 2, au par. 64. Voir également *Winko, supra*, note 8, au par. 88.

désavantageuse au sein de la société canadienne, peut représenter une importante indication d'atteinte à la dignité humaine<sup>16</sup>. Il est en effet évident que, pour cette personne ou ce groupe, une différence de traitement additionnelle sera susceptible de perpétuer ou d'accentuer sa vulnérabilité et de contribuer à son exclusion sociale<sup>17</sup>.

Bien que la préexistence d'un désavantage constitue un facteur-clé de l'analyse<sup>18</sup>, la preuve de l'existence d'un stéréotype dans la société, subi par une personne ou un groupe en particulier, n'est pas indispensable pour qu'une violation de la dignité soit établie<sup>19</sup>. Il n'y a d'ailleurs aucune présomption selon laquelle une différence de traitement à l'égard d'une personne historiquement désavantagée soit discriminatoire<sup>20</sup>. Il existe aussi plus d'une façon de démontrer que sa dignité est violée et une telle exigence limiterait indûment, selon la Cour, la portée de l'article 15 de la *Charte*<sup>21</sup>. Il n'est par ailleurs pas nécessaire pour le demandeur de démontrer son appartenance à un groupe sociologiquement reconnu pour avoir gain de cause<sup>22</sup> puisqu'un «membre de n'importe quel groupe social plus favorisé a clairement le droit de formuler une allégation fondée sur le par. 15 (1) et, dans les cas appropriés, il aura gain de cause»<sup>23</sup>.

Il est à noter que le désavantage ou la vulnérabilité du demandeur n'a pas à être apprécié par rapport au groupe auquel il se compare<sup>24</sup>. Cela sera particulièrement pertinent lorsque le groupe de comparaison est lui aussi défavorisé. Dans ce cas, il ne s'agit pas d'opposer les deux groupes dans une «course vers le bas»<sup>25</sup>, en ce sens que le demandeur n'a pas à démontrer qu'il est plus défavorisé que les personnes qui bénéficient de la mesure contestée<sup>26</sup>. Même si c'était effectivement le cas, la distinction n'en constituerait d'ailleurs pas nécessairement une discrimina-

---

16. *Gosselin, supra*, note 7, au par. 30, juge McLachlin; *Law, supra*, note 2, au par. 63.

17. *Law, supra*, note 2, au par. 63.

18. *Winko, supra*, note 8, au par. 87; *Law, supra*, note 2, aux par. 63-64.

19. *Law, supra*, note 2, au par. 64.

20. *Ibid.*

21. *Ibid.*

22. *Ibid.*

23. *Ibid.*, au par. 65.

24. *Lovelace, supra*, note 10, aux par. 58 et 69.

25. *Ibid.*, au par. 69.

26. *Ibid.*

tion, surtout lorsque la loi vise à améliorer la situation d'autres personnes, comme pourrait le démontrer l'analyse en vertu du troisième facteur<sup>27</sup>. Ainsi, si la loi ou le programme améliorateur est ciblé, c'est-à-dire qu'il a pour objet de répondre aux besoins d'un groupe spécifique auquel n'appartient pas le demandeur, la preuve par ce dernier d'un désavantage historique ne lui sera vraisemblablement d'aucune utilité puisqu'en elles-mêmes, les mesures amélioratrices excluent plusieurs groupes désavantagés<sup>28</sup>.

- *La correspondance entre l'allégation de discrimination et la situation propre du demandeur*

L'analyse en vertu de ce deuxième facteur sous-tend l'idée que les distinctions fondées sur un motif énuméré ou analogue peuvent parfois correspondre à la situation, aux besoins ou aux capacités propres d'une personne ou d'un groupe<sup>29</sup>. Une loi «qui prend en compte les besoins, les capacités ou la situation véritables du demandeur et d'autres personnes partageant les mêmes caractéristiques, d'une façon qui respecte leur valeur en tant qu'êtres humains et que membres de la société canadienne, sera [donc] moins susceptible d'avoir un effet négatif sur la dignité humaine»<sup>30</sup>. Mais le fait que la loi tienne compte dans une certaine mesure de la situation de celui-ci ne signifie pas pour autant que sa dignité est respectée<sup>31</sup>. Tout dépend du contexte et des circonstances propres à chaque cas.

27. *Infra*.

28. Lori STERLING, «The Impact of *Lovelace v. Ontario* on Section 15 of the Charter», (2001) 14 *S.C.L.R.* 53, à la p. 62; PROULX, *supra*, note 6, à la p. 241.

29. Lavoie, *supra*, note 8, au par. 43; Winko, *supra*, note 8; Law, *supra*, note 2, aux par. 69 et 70.

30. Law, *supra*, note 2, au par. 70. S'appuyant sur les arrêts *Eaton c. Cons. Scol. Cté de Brant*, [1997] 1 R.C.S. 241 et *Eldridge c. C.-B. (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624 [Eldridge], le professeur Proulx, *supra*, note 6, à la p. 245 et *supra*, note 9, aux p. 511 et 512, estime que ce critère relève de la problématique de l'accommodement raisonnable. La loi qui aurait pour objet ou pour effet d'accommoder le demandeur serait donc moins attentatoire à la dignité humaine. Avec tout le respect que nous devons au professeur Proulx, il s'agit là d'une vision que nous estimons réductrice de ce critère contextuel lequel, à notre avis, consiste plutôt à vérifier si la loi contestée tient compte de la situation et des besoins propres du demandeur. Une loi qui n'a pas pour objet ou effet d'accommoder un groupe d'individus peut en revanche correspondre à sa situation réelle dans la mesure où, d'un point de vue égalitaire, il n'a pas besoin de l'avantage duquel il est exclu. Nous remercions le professeur Ghislain Otis de la Faculté de droit de l'Université Laval pour son éclairage à ce sujet.

31. Law, *supra*, note 2, au par. 70.

- *L'objet ou l'effet améliorateur de la mesure contestée à l'égard d'autres groupes défavorisés dans la société*

En vertu de ce facteur contextuel, l'analyse consiste à vérifier si la loi a pour objet ou pour effet d'améliorer la situation d'une autre personne ou d'un groupe défavorisé dans la société. Le cas échéant, l'exclusion du demandeur du bénéfice de la loi, si elle correspond à sa situation véritable<sup>32</sup>, ne sera généralement pas discriminatoire. En revanche, les dispositions législatives qui visent une amélioration pour la population en général mais qui excluent des demandeurs historiquement défavorisés seront presque toujours taxées de discriminatoires<sup>33</sup>.

- *La nature et l'étendue du droit ou de l'intérêt touché par la mesure contestée*

Le dernier facteur formulé par la Cour dans l'arrêt *Law* consiste à vérifier la nature et l'étendue du droit ou de l'intérêt touché par les dispositions législatives contestées. Il s'agit d'évaluer le caractère discriminatoire de la différence de traitement en considérant l'importance économique, sociale et constitutionnelle du droit ou de l'intérêt auquel la loi porte atteinte<sup>34</sup>. Il convient, en outre, de vérifier si le demandeur est exclu d'une institution sociale fondamentale ou si la distinction compromet un aspect important de la pleine appartenance à la société<sup>35</sup>. À cet égard, «plus les conséquences [...] ressenties par le groupe touché sont graves et localisées, plus il est probable que la distinction qui en est la cause soit discriminatoire au sens de l'art. 15 de la *Charte*»<sup>36</sup>.

Voilà donc, en résumé, les quatre facteurs formulés par la Cour suprême qui servent de guides dans la démonstration d'une violation de la dignité humaine selon le paragraphe 15(1) de la *Charte*.

La jurisprudence et la doctrine reconnaissent généralement que le demandeur doit faire la preuve de trois éléments pour établir une discrimination en vertu de l'article 10 de la *Charte*

32. *Ibid.*, au par. 72.

33. *Ibid.* Voir également *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires Indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203, au par. 17 [*Corbiere*]; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493, aux par. 94 à 104, juge Cory.

34. *Law, supra*, note 2, au par. 74.

35. *Ibid.*

36. *Ibid.* La Cour reprend alors les paroles de la juge L'Heureux-Dubé dans l'arrêt *Egan, supra*, note 8, aux par. 63-64.

québécoise<sup>37</sup>: (1) une distinction, exclusion ou préférence *préjudiciable*<sup>38</sup>, (2) fondée sur l'un des motifs énumérés au premier alinéa, (3) qui a pour effet de détruire ou de compromettre le droit à la pleine égalité dans la reconnaissance ou l'exercice d'un droit ou d'une liberté de la personne. Ce troisième élément, tiré du deuxième alinéa de l'article 10, implique deux choses: (1) la distinction, exclusion ou préférence doit avoir pour effet de détruire ou de compromettre le droit à l'égalité; (2) ce droit, par ailleurs, ne vaut qu'à l'égard des droits et libertés reconnus. C'est ainsi que la démarche pour conclure à une violation *prima facie* de l'article 10 se déploie comme suit<sup>39</sup>:

- (1) constatation d'une distinction, exclusion ou préférence préjudiciable;
- (2) identification d'un droit ou d'une liberté dans le champ duquel se pratique la distinction, l'exclusion ou la préférence;
- (3) identification d'un motif de distinction énuméré;

37. *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville de)*, [2000] 1 R.C.S. 665, au par. 84 [*Québec c. Montréal*]; *Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin*, [1994] 2 R.C.S. 525, à la p. 538 [*Chambly c. Bergevin*]; *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712, aux p. 783 et 784; *Forget c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 90, à la p. 98, juge Lamer; *Syndicat des infirmières du Nord-Est québécois (F.I.I.Q.) c. Sylvestre*, C.A., n° 200-09-003793-012, 2003-05-02, J.E. 2003- 965, juges Brossard, Dussault et Forget, au par. 43 [Sylvestre]; *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, [2002] R.J.Q. 1298, à la p. 1305 (C.A.); *Habachi c. Commission des droits de la personne*, [1999] R.J.Q. 2522, aux p. 2531, 2536-2537 (C.A.); *Commission des écoles catholiques de Québec c. Gobeil*, [1999] R.J.Q. 1883, à la p. 1892 (C.A.); *Desroches c. Commission des droits de la personne*, [1997] R.J.Q. 1540, aux p. 1552-1553 (C.A.) [Desroches]; *Commission scolaire St-Jean-sur-Richelieu c. Commission des droits de la personne du Québec*, [1994] R.J.Q. 1227, à la p. 1243 (C.A.) [Commission scolaire St-Jean-sur-Richelieu]; *Johnson c. Commission des affaires sociales*, [1984] C.A. 61, à la p. 69; Henri BRUN et Guy TREMBLAY, *Droit constitutionnel*, 4<sup>e</sup> éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002, aux p. 1108 et s.; Christian BRUNELLE, «Les droits et libertés dans le contexte civil», dans *Collection de droit 2001-2002*, École du Barreau du Québec, vol. 7, *Droit public et administratif*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001, p. 49, aux p. 53-54; PROULX, *supra*, note 9, à la p. 514.
38. Le préjudice fait en effet partie intégrante du concept d'égalité. Voir *Québec c. Montréal*, *ibid.*, au par. 65; *Chambly c. Bergevin*, *ibid.*, à la p. 539; BRUNELLE, *ibid.* à la page 58; Daniel PROULX, «La norme québécoise d'égalité dérape en Cour suprême: commentaire des arrêts Forget, Devine et Ford», (1990) 24 *R.J.T.* 375, à la p. 387.
39. Nous nous inspirons ici de l'ouvrage de Marc BOSSUYT, *L'interdiction de discrimination dans le droit international des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1976, à la p. 128, qui dégage sensiblement les mêmes éléments pour l'article 14 de la *Convention [européenne] de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, (1955) 213 R.T.N.U. 221, S.T.E. n° 5. Dans l'arrêt *Québec (Ville de) c. Commission des droits de la personne du Québec*, [1989] R.J.Q. 831, à la p. 843 (C.A.), la Cour d'appel a repris intégralement les éléments dégagés par monsieur Bossuyt.

(4) évaluation de l'effet de la distinction, savoir si elle détruit ou compromet le droit à l'égalité.

À l'origine, avant l'influence de l'arrêt *Law* sur l'interprétation de l'article 10, le préjudice subi par le demandeur pouvait être matériel ou moral<sup>40</sup>. Or, ce n'est plus le cas aujourd'hui puisque la Cour d'appel du Québec ainsi que les tribunaux inférieurs, s'inspirant directement de cet arrêt de la Cour suprême, exigent désormais que la distinction alléguée ait engendré un préjudice moral important, c'est-à-dire une atteinte à la dignité humaine<sup>41</sup> telle que définie pour les fins de l'article 15 de la *Charte* canadienne.

Selon le professeur Proulx, la Cour suprême fait maintenant usage de cette notion de dignité en raison, notamment, de la vaste portée du droit constitutionnel à l'égalité. Comme le souligne l'auteur<sup>42</sup>, presque toutes les lois opèrent des distinctions sur la base de caractéristiques personnelles et imposent des obligations ou accordent des avantages à certaines catégories de personnes. C'est donc dans le but de fermer la porte à la contestation d'un trop grand nombre de lois que la Cour exige aujourd'hui que celui ou celle qui se prétend victime de discrimination démontre que sa plainte mérite la protection de la *Charte* canadienne en ce qu'elle implique sa dignité humaine.

## 2. L'atteinte à la dignité: un «cauchemar» pour le demandeur

Force est de constater que la Cour a réussi, l'atteinte à la dignité en vertu de la norme constitutionnelle d'égalité ayant

40. *Charte québécoise*, *supra*, note 3 à l'art. 49. Voir aussi Jean-Louis BAUDOUIN et Patrice DESLAURIERS, *La responsabilité civile*, 5<sup>e</sup> éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, à la p. 282.

41. *Sylvestre*, *supra*, note 37, au par. 49; *Syndicat Northcrest c. Amselem*, [2002] R.J.Q. 906, à la p. 930 (C.A.) [*Amselem*]; *Québec (Procureur général) c. Lambert*, [2002] R.J.Q. 599, à la p. 610 (C.A.) [*Lambert*], requête pour autorisation de pourvoi à la Cour suprême rejetée (C.S. Can., 2003-04-17), 29227; *Johnson c. Commission scolaire Lester B. Pearson / Lester B. Pearson School Board*, [2000] R.J.Q. 1961, aux p. 1970-1971 (C.A.) [*Commission scolaire Lester B. Pearson*]; *Gagnon c. Office municipal d'habitation de L'Ancienne-Lorette*, [2000] R.J.Q. 2728, aux p. 2734-2736 (C.Q.); *Ordre des comptables généraux licenciés du Québec c. Québec (Procureur général)*, [2001] R.J.Q. 1919, à la p. 1936 (C.S.) [*Ordre des comptables généraux licenciés*]; *Champagne c. Tribunal administratif du Québec*, [2001] R.J.Q. 1788, à la p. 1800 (C.S.) [*Champagne*]; *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, [2000] R.J.Q. 2973, aux p. 3006-3007 (C.S.), conf. par l'arrêt *Gosselin c. Québec* de la Cour d'appel, *supra*, note 37; *Québec (Procureure générale) c. Entreprises W.F.H. ltée*, [2000] R.J.Q. 1222, aux p. 1229, 1250 et s. (C.S.) [*Entreprises W.F.H.*], conf. par *Québec (Procureure générale) c. Entreprises W.F.H. ltée*, [2001] R.J.Q. 2557, aux p. 2569-2571 (C.A.).

42. PROULX, *supra*, note 9, aux p. 505 et 506.

considérablement alourdi le fardeau du demandeur et compliqué drôlement sa tâche dans la démonstration d'une discrimination. Il en est de même dans la *Charte* québécoise depuis l'interprétation de l'article 10 inféodée à celle de l'article 15 de la *Charte* canadienne.

#### **A. *L'atteinte à la dignité: un test complexe et difficile d'application***

Nous avons résumé ci-haut les quatre facteurs établis par la Cour suprême dans le cadre de l'analyse d'une atteinte à la dignité humaine et que les tribunaux québécois ont transposés à l'article 10 de la *Charte* québécoise. Nous avons pu le constater, et la Cour l'a répété à maintes reprises, l'analyse selon chacun de ces facteurs doit suivre une approche contextuelle, souple, en fonction des circonstances de chaque cas. Il faut éviter une formule rigide, stricte, formaliste ou automatique<sup>43</sup>. C'est d'ailleurs probablement pour cette raison que la Cour a dû apporter plusieurs précisions aux principes qu'elle établissait dans l'arrêt *Law* puis dans les arrêts qui ont suivi. Il en résulte que l'unanimité acquise alors «au prix de nombreuses nuances, se paie en intelligibilité»<sup>44</sup>. Le test de l'atteinte à la dignité est en effet complexe, parsemé de nuances, et peut porter à confusion. C'est d'ailleurs l'opinion à laquelle souscrit une majorité d'auteurs dont l'illustre Peter W. Hogg:

The element of human dignity that has now been injected into the s. 15 jurisprudence is, in my view, vague, confusing and burdensome to equality claimants. Although various «contextual factors» were listed in *Law* to assist in the task of determining whether a distinction impairs human dignity, the factors are not very helpful and *the concept of human dignity is inherently vague and unpredictable in its application*.<sup>45</sup> [Notre italique]

43. *Lovelace, supra*, note 10, au par. 54; *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3, aux par. 46, 47 et 65 [*M. c. H.*]; *Law, supra*, note 2 au par 3.

44. Yves-Marie MORISSETTE, «Quelques points de repère sur l'égalité dans une société diversifiée», (2000) 79 *R. du B. can.* 81, à la p. 82. Voir aussi Donna GRESCHNER, «Does Law Advance the Cause of Equality?», (2001) 27 *Queen's L.J.* 299, aux p. 313-314.

45. Peter W. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, 3<sup>e</sup> éd., Toronto, Carswell, 1992, à la p. 52-24. Voir aussi Christopher D. BREDT et Adam M. DODEK, «The Increasing Irrelevance of Section 1 of the Charter», (2001) 14 *S.C.L.R.* 175; Christopher D. BREDT et Ira NISHISATO, «The Supreme Court's New Equality Test: A Critique», (2000) 8 *Canada Watch* 16, aux p. 16-17; Kristen CRAVEN, «S.C.C. unity on s. 15 Charter cases said at the expense of simplicity», (2000) 19 *The Lawyers Weekly* No 48; GRESCHNER, *ibid.*, aux p. 312-314; Sheilah MARTIN, «Balancing Individual Rights to Equality and

Par le fait même de sa complexité, le test de l'atteinte à la dignité pourrait être difficile à appliquer tant pour les avocats que pour les juges<sup>46</sup>. D'ailleurs, notent certains, dans l'analyse d'une violation de l'article 15 de la *Charte* canadienne, si on y ajoute le test de justification selon l'article premier, les tribunaux doivent maintenant considérer 14 différents facteurs<sup>47</sup>. Il devient ainsi difficile et fort complexe de faire toutes les nuances que la Cour a formulées dans sa jurisprudence récente. Dès lors, le danger est que les magistrats n'analyseront pas en profondeur la question de l'atteinte à la dignité, se contentant d'affirmer ou de conclure que la loi ou la mesure contestée, aux yeux d'une personne raisonnable, «ne dévalorise pas le demandeur», «ne lui fait pas sentir qu'il est moins digne de respect» et donc, «ne porte pas atteinte à sa dignité».

Le test de l'atteinte à la dignité est par ailleurs susceptible d'interpeller l'analyste dans ses valeurs profondes, l'analyse risquant ainsi de glisser sur le terrain de la subjectivité<sup>48</sup>. Les motifs du juge Dalphond de la Cour d'appel dans l'arrêt *Syndicat Northcrest c. Amselem*, en sont d'ailleurs à notre avis un exemple éloquent:

Finale­ment, puisque nous sommes saisis d'une affaire impliquant le droit à l'égalité, il faut se rappeler que la différence de traitement, lorsqu'elle existe, n'est discriminatoire que si elle fait des

---

Social Goals», (2001) 80 *R. du B. can.* 299, à la p. 329; STERLING, *supra*, note 28, à la p. 59; PROULX, *supra*, note 9, à la p. 506. En sens contraire voir Lavoie, *supra*, note 8, au par. 47, juge Bastarache.

46. BREDT et NISHISATO, *ibid.*, à la p. 17; MARTIN, *ibid.*, à la p. 329.

47. BREDT et NISHISATO, *ibid.*

48. Craig D. BAVIS, «*Vriend v. Alberta, Law v. Canada, Ontario v. M. and H.: The Latest Steps on the Winding Path to Substantive Equality*», (1999) 37 *Alta L. Rev.* 683, aux p. 712-714; BREDT et NISHISATO, *ibid.*; GRESCHNER, *supra*, note 44, aux p. 312-313; Danielle PINARD, «Charter and Context: The Facts for Which we Need Evidence, and the Mysterious Other Ones», (2001) 14 *S.C.L.R.* 163, à la p. 166; PROULX, *supra*, note 9, à la p. 524. D'ailleurs, c'est ce qui s'est produit, à notre avis dans l'affaire *Lavoie*, *supra*, note 8. En l'espèce, la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*, L.R.C. (1985), c. P-23, conférait aux citoyens canadiens un traitement préférentiel dans l'emploi de la fonction publique fédérale. Sur la question de la violation de la dignité, le juge Bastarache affirmait ceci, au par. 46: «Même si le non-citoyen sait que la préférence n'a rien à voir avec ses capacités personnelles – comme le comprendraient la plupart des personnes raisonnables – il peut néanmoins se sentir «moins digne d'être reconnu en tant que membre de la société canadienne [...]». Par ces propos, le juge Bastarache omet tout l'aspect objectif de l'analyse formulée dans l'arrêt *Law* en ne mettant l'accent, en l'espèce, que sur la seule perception des demanderes­ses, c'est-à-dire sur la partie subjective. La juge Arbour, au par. 80, a exprimé son désaccord avec le raisonnement de son collègue.

sujets discriminés des personnes moins dignes d'être reconnues ou valorisées en tant qu'être humains. *Quant à moi, je ne vois pas comment l'interdiction d'installer des souccahs, crucifix, statues, autels, etc., sur le balcon, patio ou galerie, dévalorise les appelants ou perpétue des préjugés à leur égard.*<sup>49</sup>  
[Notre italique]

À vous d'en juger ! Les facteurs développés par la Cour suprême pourraient donc constituer davantage une méthode rhétorique de jugement qu'une véritable analyse des effets de la loi sur une personne ou un groupe, le juge s'attardant à justifier une opinion personnelle faite à l'avance<sup>50</sup>.

Pour établir la preuve des facteurs contextuels<sup>51</sup>, le demandeur pourrait en outre avoir recours à des statistiques ou autres données démographiques ou sociologiques. Comme il s'agit d'une analyse comparative, ces éléments pourraient l'aider à faire véritablement état de sa situation au sein de la société canadienne par rapport au groupe auquel il se compare. Une telle preuve peut cependant s'avérer très lourde, complexe et, partant, dispendieuse.

La Cour suprême se défend en rappelant qu'elle n'exige pas du demandeur une telle preuve. Elle avance également que les tribunaux pourront d'ailleurs, dans les cas opportuns, s'appuyer uniquement sur leur connaissance d'office et sur le *raisonnement logique* dans la détermination du caractère discriminatoire de la mesure contestée<sup>52</sup>: «Il est bien établi qu'un tribunal peut prendre connaissance d'office de faits notoires et non contestés, ou de faits que l'on peut démontrer immédiatement et avec exactitude en se rapportant à des sources facilement accessibles d'une exactitude incontestable»<sup>53</sup>. Avec les plus grands égards, nous nous interrogeons sur la quantité de faits notoires et *incontestablement exacts* dont les tribunaux pourront prendre connaissance d'eux-mêmes dans l'analyse complexe de la violation de la dignité humaine. D'ailleurs, la Cour précisait de façon paradoxale que la prudence est de mise lorsqu'il s'agit de prendre connaissance d'office d'un

49. *Amsalem, supra*, note 41, à la p. 931.

50. David L. CORBETT, Karen SPECTOR et Jonathan STRUG, «Section 15 Jurisprudence in the Supreme Court of Canada in 2000», (2001) 14 *S.C.L.R.* 29, aux p. 35 et 52; D. PINARD, *supra*, note 48, aux p. 165-166; PROULX, *supra*, note 6, à la p. 238; PROULX, *supra*, note 9, à la p. 524.

51. *Supra*, aux p. 4-6.

52. *Law, supra*, note 2, au par. 77.

53. *Ibid.*

fait<sup>54</sup>. En bout de ligne, la connaissance d'office des tribunaux ne pourrait donc pas être d'un grand secours au demandeur et le raisonnement logique dont il est fait mention risque d'être celui du juge, qui, avec tout notre respect, n'est généralement ni sociologue, ni démographe, ni scientifique. Au surplus, si le demandeur n'est pas obligé de recourir à des données ou études scientifiques, le plus haut tribunal reconnaît lui-même que «[d]es éléments de ce genre peuvent être produits par les parties et s'avérer *très utiles* au tribunal chargé de déterminer si un demandeur a démontré que les dispositions en cause sont discriminatoires»<sup>55</sup>.

C'est à ces difficultés pratiques qu'a fait face la demanderesse dans le récent arrêt *Gosselin c. Québec* de la Cour suprême qui représente un exemple de choix pour illustrer les critiques qui précèdent<sup>56</sup>. Madame Gosselin contestait dans cette affaire, par l'entremise d'un recours collectif au nom de 75 000 personnes, l'assujettissement des bénéficiaires de moins de 30 ans à des conditions plus exigeantes que celles applicables au groupe constitué des bénéficiaires de 30 ans et plus pour toucher la même prestation d'aide sociale. Analysant cette question selon le premier facteur contextuel (désavantage préexistant), la majorité de la Cour a estimé que la preuve apportée n'établissait pas que les jeunes de 18 à 30 ans *en général* sont ou ont été particulièrement vulnérables ou désavantagés dans la société canadienne, se disant par ailleurs incapable de prendre connaissance d'office d'une telle proposition<sup>57</sup>. Or, madame Gosselin, comme le reconnaissait d'ailleurs la majorité, a vécu une existence difficile, compliquée par des problèmes psychologiques et de dépendance à l'alcool et aux drogues et a reçu de l'aide sociale pendant la majeure partie de sa vie<sup>58</sup>. À cela s'ajoute le fait que la plupart des personnes qui bénéficient de l'aide sociale sont marginalisées, ce que n'ont d'ailleurs pas manqué de souligner les juges constituant la minorité de la Cour:

Le fait que les bénéficiaires d'aide sociale sont dans une situation précaire et vulnérable renforce l'argument selon lequel toute distinction les affectant peut faire peser une menace plus grande sur leur dignité humaine. [...] Si la vulnérabilité des membres du groupe de l'appelante en tant que bénéficiaires d'aide sociale ne

54. *Ibid.*, au par. 79.

55. *Ibid.*, au par. 77 [Notre italique].

56. *Gosselin c. Québec*, *supra*, note 7.

57. *Ibid.*, au par. 33, juge McLachlin.

58. *Ibid.*, au par. 1, juge McLachlin.

peut être reconnue à cette étape-ci, pouvons-nous vraiment dire que nous faisons une analyse contextuelle?<sup>59</sup>

L'analyse en vertu du deuxième facteur contextuel (correspondance aux besoins) n'a pas été plus favorable à madame Gosselin, la majorité estimant la preuve non satisfaisante. Ainsi, que certains bénéficiaires du régime d'aide sociale de moins de 30 ans puissent avoir été victimes des lacunes du système et, de ce fait, aient souffert de pauvreté, les juges majoritaires ont conclu que la demanderesse n'avait pas apporté de «preuve concrète» et suffisante de cette situation<sup>60</sup>.

Il en a été de même en vertu du quatrième facteur d'analyse (intérêt touché) – le troisième (objet améliorateur) s'étant révélé neutre ou non pertinent – la majorité étant encore une fois d'avis que la preuve apportée par la demanderesse était défailante. Il convient de citer les juges majoritaires tellement cette question revêtait une importance capitale dans cette affaire:

Le juge de première instance n'a pas été en mesure de conclure que la preuve établissait l'existence de *véritables effets préjudiciables* sur les bénéficiaires de moins de 30 ans. Le législateur croyait aider les bénéficiaires de moins de 30 ans; *bien que nous puissions présumer que le fait de toucher un montant inférieur a aggravé à court terme l'anxiété financière éprouvée par les bénéficiaires de moins de 30 ans, nous ne savons pas quel rôle ce facteur a véritablement joué dans le contexte du régime de participation aux programmes, ni si les bénéficiaires de plus de 30 ans, qui ne touchaient que 55 p. 100 du montant correspondant au seuil de pauvreté, ont éprouvé la même anxiété*. La demanderesse avance que le versement du montant inférieur a été préjudiciable aux bénéficiaires de moins de 30 ans et a porté atteinte à leur dignité humaine essentielle en les marginalisant et en les empêchant de participer pleinement dans la société. Il n'existe encore une fois aucun élément de preuve qui étaye cette allégation. Il se peut que les personnes de moins de 30 ans qui, pour quelque raison que ce soit, n'ont pas pu accroître leur allocation de base, aient subi un effet préjudiciable appréciable du fait que leurs

59. *Ibid.*, au par. 238, juge Bastarache. L'opposition entre les juges majoritaires et les juges minoritaires réside ici dans ce que les premiers, aux par. 33 à 35, comparaient le groupe des personnes âgées entre 18 et 30 ans en général aux autres personnes de plus de 30 ans. Les seconds, aux par. 237 et 238, estimaient en revanche qu'il n'est pas nécessaire d'utiliser le groupe de comparaison dans l'analyse du premier facteur contextuel, la question étant plutôt celle de savoir si, en soi, le groupe dont fait partie le plaignant a traditionnellement été marginalisé ou victime d'un stéréotype injuste.

60. *Ibid.*, aux par. 47 et 54, juge McLachlin.

prestations de base étaient moins élevées, selon l'accessibilité d'autres ressources, comme l'aide de leur famille. *Cependant, même si nous sommes disposés à reconnaître que certains jeunes bénéficiaires ont dû se retrouver bien au-dessous du seuil de pauvreté, nous ne savons pas combien ont connu ce sort, ni pendant combien de temps. Dans ces circonstances, il est difficile d'apprécier la nature et l'étendue des droits touchés par le Règlement.* Nous revenons une fois de plus à la principale difficulté à laquelle s'est heurté le juge de première instance: bien que Mme Gosselin ait soutenu parler au nom de 75 000 jeunes bénéficiaires, elle n'a tout simplement pas présenté au tribunal une preuve suffisante à l'appui de son allégation portant que l'allocation de base inférieure était discriminatoire, que ce soit envers elle ou envers l'ensemble de la catégorie. [...] Nous devons trancher le présent pourvoi en fonction de la preuve qui nous a été soumise et non en fonction d'hypothèses ou de ce que nous croyons que la preuve devrait démontrer. Après avoir revu la preuve, j'estime que, même s'il est possible qu'il ait eu des conséquences négatives à court terme sur la situation économique de certains bénéficiaires d'aide sociale de moins de 30 ans comparativement à leurs aînés, le régime a pour idée maîtresse d'améliorer la situation des personnes appartenant à ce groupe et de renforcer leur dignité humaine et leur capacité de subvenir à leurs besoins à long terme. La nature et la portée des droits touchés tendent à révéler l'existence non pas d'une discrimination, mais plutôt d'une préoccupation pour la situation des bénéficiaires d'aide sociale de moins de 30 ans. En l'absence d'éléments de preuve plus convaincants établissant le contraire, je ne puis conclure qu'une personne raisonnable placée dans la situation de la demanderesse aurait considéré ce régime discriminatoire, compte tenu des facteurs contextuels et de la préoccupation pour la dignité sur laquelle l'arrêt *Law* met l'accent.<sup>61</sup>

[Notre italique]

Voilà donc qui illustre bien à notre avis les difficultés inhérentes auxquelles est confronté le demandeur qui souhaite démontrer que la distinction dont il fait l'objet porte atteinte à sa dignité humaine.

### ***B. L'atteinte à la dignité: le non-respect de la répartition originelle du fardeau de la preuve***

En plus d'être complexe et difficile d'application, nous constaterons, à la suite d'une démonstration que nous estimons convaincante, que la notion ou le test de l'atteinte à la dignité humaine comporte plusieurs éléments qui ont traditionnellement

61. *Ibid.*, aux par. 64 et 66, juge McLachlin.

été analysés en vertu de l'article premier de la *Charte* canadienne ou qui sont susceptibles de l'être dans le cadre de la défense générale de contrainte excessive dans la *Charte* québécoise.

a) *La justification d'une discrimination dans les Chartes canadienne et québécoise*

L'allégation de violation d'un droit ou d'une liberté dans la *Charte* canadienne fonctionne en deux étapes. Le demandeur doit d'abord démontrer une atteinte à son droit. Comme il est le mieux placé pour le faire<sup>62</sup>, il revient ensuite au gouvernement de justifier cette atteinte en suivant la démarche souple et contextuelle<sup>63</sup> que formulait la Cour pour la première fois dans l'arrêt *R. c. Oakes*<sup>64</sup>. Pour ce faire, il doit d'abord démontrer que la mesure adoptée poursuit un objectif «suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit ou d'une liberté garantis par la Constitution»<sup>65</sup>. Il s'agit, en d'autres termes, de démontrer que l'objet de la loi se rapporte à des préoccupations urgentes et réelles dans une société libre et démocratique<sup>66</sup>. Il doit ensuite prouver que les moyens choisis pour l'atteindre sont raisonnables et proportionnels à l'objet de la loi<sup>67</sup>. Cet aspect de la démarche se décompose en trois sous-questions<sup>68</sup>:

- Est-ce que la loi ou les mesures adoptées sont soigneusement conçues pour atteindre l'objectif poursuivi en ce sens qu'elles ne sont pas arbitraires, ni inéquitables, ni fondées sur des considérations irrationnelles<sup>69</sup>;
- Le gouvernement était-il *raisonnablement fondé de croire* que sa loi porte le moins possible atteinte au droit<sup>70</sup>;

62. *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, aux p. 136 et 137; BREDT et DODEK, *supra*, note 45, à la p. 186; HOGG, *supra*, note 45, aux p. 52-22 et 52-23; MARTIN, *supra*, note 45, aux p. 335 et s.

63. *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, aux p. 768-769 [*Edwards Books*].

64. *Oakes*, *supra*, note 62.

65. *Ibid.*, à la p. 138, juge Dickson. Voir aussi *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, à la p. 352.

66. *Ibid.*

67. *Oakes*, *supra*, note 62, à la p. 139.

68. *Ibid.*

69. *Ibid.*; MARTIN, *supra*, note 45, à la p. 344.

70. *Lavoie*, *supra*, note 8, au par. 53, juge Bastarache; *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, aux par. 95-96, juge McLachlin et, aux par. 211-214, juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et Bastarache; *M. c. H.*, *supra*, note 43, au par. 118; *Eldridge*, *supra*, note 30, aux par. 86-87; *Harrison c. University of British Columbia*, [1990] 3 R.C.S. 451, juge LaForest; *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S.

- Y a-t-il proportionnalité, d'une part, entre les effets préjudiciaux de la mesure qui porte atteinte au droit et l'objectif «suffisamment important» de la loi et<sup>71</sup>, d'autre part, entre les effets préjudiciaux et les effets bénéfiques de la loi<sup>72</sup>?

Dans la *Charte québécoise*, le fardeau de preuve est réparti de façon similaire. Ainsi, le demandeur doit d'abord faire la preuve *prima facie* qu'il est victime de discrimination. Pour ce faire, si on fait abstraction de l'influence de l'arrêt *Law* sur l'article 10<sup>73</sup>, il doit démontrer qu'il a fait l'objet d'une distinction préjudiciable, fondée sur un motif énuméré, dans la reconnaissance ou l'exercice d'un droit ou d'une liberté de la personne<sup>74</sup>.

Se pose alors la question de savoir si cette atteinte est susceptible d'être justifiée en vertu d'une norme générale de raisonnabilité<sup>75</sup>. À cet égard, certains auteurs sont d'avis que l'article 10, en

---

229, à la p. 286; *Stoffman c. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 R.C.S. 483, à la p. 528; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Edwards Books*, *supra*, note 63, aux p. 772 et 773. Voir également Martin, *supra*, note 45, à la p. 347; Geneviève TREMBLAY, «Les droits à l'égalité et l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*», (1997) 55 *U. of T. Fac. L. Rev.* 303, aux p. 313 et 314. Dans certains arrêts, la Cour se montre toutefois plus stricte et exige que le gouvernement fasse la preuve que la loi porte le moins possible atteinte au droit: *Lavoie*, *supra*, note 8, au par. 7, juge L'Heureux-Dubé; *Andrews*, *supra*, note 6, à la p. 199, juge LaForest; *Tétreault-Gadoury c. Canada (C.E.I.)*, [1991] 2 R.C.S. 22, aux p. 43-44; *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418, au par. 163 [Miron]; *Benner c. Canada (Secrétaire d'État)*, [1997] 1 R.C.S. 358, aux par. 93-101 [Benner]; *Corbiere*, *supra*, note 33, au par. 21; *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, [2000] 2 R.C.S. 1120, aux par. 143, 149 et s. et 230 [Little Sisters]. L'approche plus souple, fondée sur le caractère raisonnable de l'atteinte, nous semble plus appropriée en ce qu'elle laisse une certaine marge de manœuvre à l'État. C'est aussi l'opinion des auteurs Peter W. HOGG, «Section 1 Revisited», (1991) 1 *N.J.C.L.* 1, aux p. 18-23 et William BLACK et Lynn SMITH, «The Equality Rights», dans Gérald-A. BEAUDOIN et Errol P. MENDES (dir.), *Charte canadienne des droits et libertés*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1996, p. 823, aux p. 860-861. D'ailleurs, selon le juge Iacobucci dans l'arrêt *M. c. H.*, *supra*, note 43, aux par. 294 et s., à toutes les étapes d'analyse de l'article premier, la déférence envers les choix du législateur demeure une considération pertinente.

71. *Oakes*, *supra*, note 62, à la p. 139.

72. *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, aux p. 887 à 889. Il s'agit d'une atténuation de l'arrêt *Oakes*, *supra*, note 62, selon lequel, à l'origine, la troisième étape du test de la proportionnalité n'exigeait qu'il n'y ait proportionnalité qu'entre les effets préjudiciaux de la loi et son objectif.

73. Nous constaterons ainsi que l'exigence d'une atteinte à la dignité en vertu de l'article 10 n'était pas nécessaire mais plutôt inopportune si l'on considère le fardeau que devait déjà surmonter une victime de discrimination, *infra*.

74. *Supra*, à la p. 328.

75. Sachant que l'article 9.1 ne s'applique pas à l'article 10.

dehors des exceptions prévues<sup>76</sup>, consacre une norme absolue d'égalité<sup>77</sup>. L'énumération exhaustive des motifs de distinction<sup>78</sup> et la présence de dispositions limitatives spécifiques dans la *Charte* en matière de discrimination<sup>79</sup>, militeraient en faveur de cette interprétation. L'obligation qu'impose au gouvernement l'article 52 d'énoncer expressément dans une loi qu'il entend déroger à la *Charte* favoriserait aussi cette opinion<sup>80</sup>, en ce sens que l'État n'aurait d'autre choix que de recourir à cette disposition si telle était son intention et ne pourrait donc pas justifier à *posteriori* la violation du droit à la non-discrimination.

Une telle interprétation de la norme d'égalité la rend toutefois difficilement fonctionnelle et aurait pour effet de paralyser l'action législative<sup>81</sup>. Par ailleurs, comme la *Charte* québécoise s'applique non seulement au domaine public mais également entre particuliers, il importe de pouvoir tenir compte des nombreuses situations susceptibles de se présenter compte tenu de la diversité de notre société.

Nous partageons ainsi l'opinion du professeur Pierre Blache selon lequel l'article 10 n'est pas absolu<sup>82</sup>. L'énumération des

- 
76. Les articles 14, 18.1, 19(2), 19(3), 20 et 21 prévoient des justifications spécifiques au droit à l'égalité.
77. Christian BRUNELLE, *Discrimination et obligation d'accommodement en milieu de travail syndiqué*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001, à la p. 143; André MOREL, «L'originalité de la Charte québécoise en péril», dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développements récents en droit administratif* (1993), Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 65, aux p. 75 et s.; Daniel PROULX, «Égalité et discrimination dans la Charte des droits et libertés de la personne: étude comparative», (1980) 10 *R.D.U.S.* 381, aux p. 461, 522 et 546-549; PROULX, *supra*, note 38, à la p. 387.
78. Pierre CARIGNAN, «L'égalité dans le droit: une méthode d'approche appliquée à l'article 10 de la Charte des droits et libertés de la personne», (1987) 21 *R.J.T.* 491, à la p. 532; MOREL, *ibid.*, à la p. 75; PROULX, *supra*, note 77, à la p. 461.
79. BRUNELLE, *supra*, note 77, à la p. 143; MOREL, *supra*, note 77, aux p. 76 et 77; PROULX, *supra*, note 77, à la p. 522; PROULX, *supra*, note 9, aux p. 539 et 540.
80. PROULX, *supra*, note 77, aux p. 548-549.
81. C'est aussi l'opinion du professeur Pierre BLACHE, «Les méandres du concept d'égalité et la Charte québécoise des droits et libertés de la personne», (1986) 17 *R.D.U.S.* 85, aux p. 107-108.
82. BLACHE, *ibid.*, aux p. 103 et s. Voir également BRUN et TREMBLAY, *supra*, note 37, aux p. 1109 et 1113. Le professeur Carignan, *supra*, note 78, à la p. 533, quant à la relativité de l'article 10, fait la distinction entre l'*attribution* des droits et leur *jouissance*. Sur le plan de l'attribution des droits, rien ne justifierait d'opter pour une conception relative. Toutefois, sur le plan de leur jouissance effective, «on ne saurait concevoir une règle d'égalité sans clause limitative expresse ou implicite». Avec égards, comme l'article 10 consacre le droit à l'égalité non seulement dans la *reconnaissance* mais également dans l'*exercice* des droits et libertés, nous sommes d'avis que sa relativité ne devrait

motifs de distinction, bien que limitative, n'en est d'ailleurs pas moins très vaste ce qui suggère la relativité de la norme<sup>83</sup>. Il en va de même de l'obligation que s'est imposée le gouvernement en vertu de l'article 52, cette contrainte justifiant une interprétation plus souple de la norme d'égalité<sup>84</sup>. Quant aux dispositions limitatives expresses, elles traduisent simplement selon nous l'intention qu'avait le législateur de prévoir dans certains domaines des moyens de défense, sans toutefois exclure la possibilité qu'une norme limitative plus générale s'applique dans d'autres cas<sup>85</sup>.

Une fois que le demandeur a fait la preuve de tous les éléments qu'exige une violation de l'article 10, le fardeau se déplace donc vers le défendeur qui peut tenter de justifier la mesure adoptée par la démonstration des éléments suivants:

- 1- Il a adopté la norme dans un but ou un objectif rationnellement lié aux fonctions exercées ou aux services gouvernementaux ou privés qu'il offre;
- 2- Il a adopté la norme de bonne foi, en croyant qu'elle était nécessaire pour réaliser ce but ou cet objectif;
- 3- La norme est raisonnablement nécessaire à la réalisation de son but ou objectif, en ce sens que le défendeur ne peut pas composer avec les personnes qui ont les mêmes caractéristiques que le demandeur sans que cela lui impose une contrainte *excessive*.<sup>86</sup>

---

pas changer, qu'il s'agisse de l'attribution ou de la jouissance du droit. Toute distinction devrait ainsi être sujette à une justification selon sa raisonabilité.

83. BLACHE, *supra*, note 81, à la p. 106.

84. *Ibid.*, aux p. 104-105.

85. À propos de l'article 20, voir BLACHE, *supra*, note 81, aux p. 106-107.

86. *Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles) c. Colombie-Britannique (Council of Human Rights)*, [1999] 3 R.C.S. 868, aux p. 880-881 [Grismer]; *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3 [Meiorin]; *Amselem*, *supra*, note 41, aux p. 915-922, juge Morin. L'obligation d'accommodement est d'ailleurs intrinsèque à l'article 10 et à toute norme d'égalité. Voir notamment *Chambly c. Bergevin*, *supra*, note 37, aux p. 544-546; *Whitton c. Commission des droits de la personne*, [1997] R.J.Q. 1823, aux p. 1825-1827 (C.A.), juge Brossard [Whitton]; *Desroches*, *supra*, note 37, aux p. 1554-1559; *Commission scolaire-St-Jean-sur-Richelieu*, *supra*, note 37, à la p. 1246; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Fondation Abbé Charles-Émile Gadbois*, T.D.P.Q., Montréal, n° 500-53-000149-003, 2001-08-27, juge d'Amour, AZ-50100604, aux par. 33 et 34 [Fondation Abbé Charles-Émile Gadbois]; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Hôtel Villa de France*, T.D.P.Q., Montréal, n° 500-53-000073-971, 1998-02-26, J.E. 98-796, aux par. 26-30 [Hôtel Villa de France]; BRUN et TREMBLAY, *supra*, note 37, à la p. 1113; BRUNELLE, *supra*, note 77, à la p. 106; Madeleine CARON, «Les concepts d'égalité

S'il parvient à en faire la preuve, la distinction dont se plaint le demandeur sera réputée non discriminatoire<sup>87</sup>.

Ces trois critères ont été développés par la Cour suprême dans deux arrêts portant sur le *Human Rights Code* de la Colombie-Britannique<sup>88</sup>. Il s'agissait alors de déterminer les facteurs applicables à une défense «d'exigence professionnelle justifiée» en matière d'emploi<sup>89</sup>. Bien que ces deux arrêts ne portent

---

et de discrimination dans la Charte des droits et libertés de la personne», dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développements récents en droit administratif* (1993), Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 39 à la page 51; Michel COULANGES, «L'obligation d'accommodement au-delà des relations employeurs-employés», dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développements récents en droit administratif* (1994), Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 181, aux p. 184 et 187; Maurice DRAPEAU, «La considération de l'obligation d'accommodement même en cas de discrimination directe», (1998) 39 *C. de D.* 823, à la p. 826; Ghislain OTIS et Christian BRUNELLE, «La Charte des droits et libertés de la personne et la tenue vestimentaire à l'école publique», (1995) 36 *C. de D.* 599, à la p. 640; Claude TARDIF et Michel DAVIS, «Le handicap et l'obligation d'accommodement; revue des concepts et de la jurisprudence récente», dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développements récents en droit de l'éducation* (1998), Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 155, aux p. 182-183; José WOEHLING, «L'obligation d'accommodement raisonnable et l'adaptation de la société à la diversité religieuse», (1998) 43 *R.D. McGill* 325, aux p. 329-331. Pour un historique retraçant l'origine de l'obligation d'accommodement raisonnable, voir BRUNELLE, *supra*, note 77, aux p. 102-107.

87. *Grismer, ibid.*, au par. 21.

88. R.S.B.C. 1996, c. 210.

89. À la lumière de la jurisprudence et de la doctrine, ce test s'applique également au premier volet de l'article 20 de la *Charte* québécoise qui énonce: «Une distinction, exclusion ou préférence fondée sur les aptitudes ou qualités requises par un emploi, ou justifiée par le caractère charitable, philanthropique, religieux, politique ou éducatif d'une institution sans but lucratif ou qui est vouée exclusivement au bien-être d'un groupe ethnique est réputée non discriminatoire.» Voir *Ouellette c. Commission des lésions professionnelles*, [2001] R.J.Q. 2953 (C.S.); *Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 1381 c. Boucher*, C.S. Montréal, n° 500-05-054966-997, 2000-08-17, juge Grenier; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Nicolet (Ville de)*, T.D.P.Q., Trois-Rivières, n° 400-53-000001-009, 2001-07-25, AZ-50099107, aux par. 95-96; *Union des agents de sécurité du Québec, métallurgistes unis d'Amérique, section locale 8922 (F.T.Q.) et Pinkerton du Québec ltée*, [2000] R.J.D.T. 750 (T.A.); *Centres jeunesse de Montréal et Syndicat des travailleuses et travailleurs de la Cité des Prairies*, D.T.E. 2001T-200 (T.A.); Chantale MASSE, «Le critère unifié de l'affaire *Meiorin* dans le contexte de la défense prévue à l'article 20 de la Charte québécoise: la non-application du volet subjectif relatif à la bonne foi de l'employeur», dans *Les 25 ans de la Charte québécoise*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, p. 65; Jean-Yves BRIÈRE et Jean-Pierre VILLAGGI, «L'obligation d'accommodement de l'employeur: un nouveau paradigme», dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développements récents en droit du travail* (2000), Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 219.

pas sur la *Charte* québécoise et que dans chacun d'eux une disposition expresse permettait au défendeur de démontrer que la norme contestée était justifiée, certains tribunaux québécois les ont appliqués à l'article 10 dans des situations où aucune disposition justificative était applicable. Ainsi, le juge Morin de la Cour d'appel dans l'arrêt *Syndicat Northcrest c. Amselem*<sup>90</sup> et le Tribunal des droits de la personne dans l'affaire *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Fondation Abbé Charles-Émile Gadbois*<sup>91</sup> ont respectivement appliqué cette norme justificative en matière de discrimination dans l'exercice de la liberté de religion (art. 3) et de discrimination dans la conclusion d'un acte juridique (art. 12).

À la première étape de l'analyse, il importe de déterminer de façon générale ce que vise à réaliser la norme contestée<sup>92</sup>. Le demandeur doit ainsi démontrer que l'objectif qu'il poursuit a un lien rationnel avec les moyens utilisés pour y parvenir<sup>93</sup>, à défaut de quoi la mesure en cause ne peut être sauvegardée<sup>94</sup>.

Il doit ensuite démontrer qu'il a adopté la norme en croyant sincèrement qu'elle était nécessaire à la réalisation de l'objet poursuivi et sans qu'il n'ait eu l'intention de discriminer à l'endroit du demandeur<sup>95</sup>. Il faut cependant se garder d'accorder plus d'importance qu'il n'en faut à cet élément. D'une part, il n'est pas essentiel pour conclure au caractère justifié de la norme<sup>96</sup> et, d'autre part, la bonne foi est toujours présumée en droit<sup>97</sup>.

Enfin, et il s'agit de l'élément le plus important de l'analyse<sup>98</sup>, le défendeur doit démontrer, à la lumière du contexte et des cir-

90. *Supra*, note 41.

91. *Supra*, note 86.

92. *Meiorin, supra*, note 86, aux par. 57-59.

93. *Grismer, supra*, note 86, au par. 20.

94. *Meiorin, supra*, note 86, au par. 59.

95. *Ibid.*, au par. 60.

96. *Ibid.* Ce deuxième élément pourrait ne pas s'appliquer au premier volet de l'article 20 de la *Charte* puisque les tribunaux ont considéré que l'élément «subjectif» de l'article 20 a été rendu inapplicable au Québec lorsque ce dernier a été modifié en 1982. Voir *Dufour c. Centre hospitalier St-Joseph-de-la-Malbaie*, [1992] R.J.Q. 825, à la p. 843 (T.D.P.Q.); *Syndicat des travailleurs(euses) de l'Hôpital Louis-H. Lafontaine c. Lussier*, [1995] R.D.J. 337, à la p. 343 (C.A.); MASSE, *supra*, note 89. En sens contraire, voir BRIÈRE et VILLAGGI, *supra*, note 89, aux p. 242-243.

97. Daniel PROULX, «L'accommodement raisonnable, cet inconnu: Commentaire de l'arrêt *Large c. Stratford*», (1996) 41 *R.D. McGill* 669.

98. WOEHRLING, *supra*, note 86, à la p. 345.

constances propres à chaque cas<sup>99</sup>, que la norme contestée était raisonnablement nécessaire à l'objectif poursuivi<sup>100</sup>. Pour ce faire, il lui faut apporter la preuve qu'il a accommodé le demandeur, que la norme ou mesure contestée l'accommode en elle-même<sup>101</sup> ou qu'un accommodement lui causerait une contrainte excessive<sup>102</sup>. Bien qu'il s'agisse d'une obligation de moyen<sup>103</sup> et non de résultat, le défendeur a l'obligation de fournir un véritable effort d'adaptation envers le demandeur<sup>104</sup> et doit tenir compte de sa situation et de ses capacités propres<sup>105</sup>.

Les tribunaux ont développé des critères permettant d'évaluer si, dans un cas donné, l'accommodement occasionnerait une contrainte excessive au défendeur. Dans le domaine de l'emploi, par exemple, il pourrait être pertinent de considérer le coût financier de cet accommodement ou l'interchangeabilité des effectifs et des installations de l'employeur<sup>106</sup>. Pourrait aussi être considéré le fait que ce dernier ait tenté de trouver des mesures de rechange<sup>107</sup>. En matière de logement, la nécessité pour une personne d'être logée convenablement, la nature personnelle du choix du logement, l'importance de l'entreprise de location, l'atteinte aux droits des autres locataires et la nature des vérifications faites par le locateur au sujet du locataire pourraient s'avérer des facteurs pertinents<sup>108</sup>.

De manière générale, il y aurait aussi lieu de se demander s'il y avait une manière moins discriminatoire pour le défendeur d'atteindre le but poursuivi par sa mesure ou pratique<sup>109</sup>. La preuve qu'un groupe particulier est moins bien traité qu'un autre,

99. *Grismer, supra*, note 86, aux par. 21 et s.; *Meiorin, supra*, note 86, aux par. 72 et s.; *Amselem, supra*, note 41, aux p. 921-922; *WOEHLING, supra*, note 86, à la p. 346.

100. *Meiorin, supra*, note 86, au par. 62.

101. *Ibid.*, aux par. 62 et 68.

102. *Ibid.*, aux par. 62 et s. Voir aussi les références en note 86.

103. *BRUNELLE, supra*, note 86, à la p. 123.

104. Voir *Central Okanagan School District No. 23 c. Renaud*, [1992] 2 R.C.S. 970, à la p. 984: «[I]l faut plus que de simples efforts négligeables pour remplir l'obligation d'accommodement [...]» Voir aussi *Hôtel Villa de France, supra*, note 86, aux par. 26-30.

105. *Grismer, supra*, note 86, au par. 19; *Meiorin, supra*, note 86, aux par. 81-82.

106. *Chambly c. Bergevin, supra*, note 37, aux p. 545-546; *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 R.C.S. 489, aux p. 520-521.

107. *Meiorin, supra*, note 86, au par. 65.

108. *Whittom, supra*, note 86, aux p. 1826-1827, juge Brossard; *Brunelle, supra*, note 37 à la page 62.

109. *Meiorin, supra*, note 86, au par. 65.

sans justification apparente, constituera en outre un facteur pouvant indiquer que la norme appliquée n'est pas raisonnable<sup>110</sup>. Il en sera de même d'une norme qui exclut les membres d'un groupe particulier sur la seule base d'hypothèses ou de stéréotypes<sup>111</sup>. Enfin, il y a lieu de considérer le comportement du demandeur dans la poursuite d'un accommodement raisonnable, sa mauvaise foi ou son attitude intransigeante étant susceptible de jouer contre lui<sup>112</sup>.

b) *L'absence de cloison entre la démonstration d'une discrimination et sa justification*

Dans les *Chartes* canadienne et québécoise, les régimes justificatifs qui précèdent devraient constituer le lieu propice à une interprétation équilibrée des droits et libertés individuels entre eux et entre les intérêts collectifs, sociaux et étatiques<sup>113</sup>. Le test de l'atteinte à la dignité humaine comporte ou recoupe pourtant certains éléments du test de l'article premier de la *Charte* canadienne<sup>114</sup> et de la défense de contrainte excessive dans la *Charte* québécoise.

Les tribunaux doivent en effet considérer l'objet de la loi dès le départ, soit à l'analyse de la violation du droit à l'égalité et, plus particulièrement, lors de l'examen de l'atteinte à la dignité humaine en vertu du facteur de l'objet ou de l'effet d'amélioration de la loi. Rappelons que selon la Cour, le fait que le but social d'une loi ou d'une mesure est de venir en aide à un autre groupe défavorisé constitue un indice qu'il n'y a pas violation de la dignité humaine<sup>115</sup>. Ainsi, une loi apportant une amélioration qui est compatible avec l'objet du paragraphe 15(1) ne violera générale-

110. *Grismer*, *supra*, note 86, au par. 31.

111. *Ibid.*

112. *Amselem*, *supra*, note 41, à la p. 920, juge Morin. À titre d'illustration, voir *Autobus Legault inc. c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, [1998] R.J.Q. 3022 (C.A.).

113. Pour l'article premier, voir TREMBLAY, *supra*, note 70, à la p. 314. Voir aussi *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Bertrand*, [2001] R.J.Q. 1684, aux p. 1693-1696.

114. BREDT et DODEK, *supra*, note 45, à la p. 182. C'est l'opinion de la majorité des auteurs. Voir BAVIS, *supra*, note 48, à la p. 711; BREDT et NISHISATO, *supra*, note 45; CRAVEN, *supra*, note 45; HOGG, *supra*, note 45, aux p. 52-24 à 52-26; MARTIN, *supra*, note 45, aux p. 362-365; PROULX, *supra*, note 6, aux p. 249, 255 et s.; June ROSS, «A Flawed Synthesis of the Law», (2000) 11:3 *Forum constitutionnel* 74, à la p. 83.

115. *Supra*, à la p. 327.

ment pas la dignité<sup>116</sup>. Pour avoir gain de cause sous ce point, le demandeur doit donc soit démontrer (1) que le véritable objet de la loi, ou son effet, n'est pas d'apporter une amélioration à la situation d'un autre groupe, soit (2) que le groupe dont il fait partie est exclu de l'application de la loi alors qu'il est dans une situation très similaire au groupe dont elle vise à améliorer la situation. Pour ce faire, il n'a d'autre choix que d'analyser et de bien cerner l'objet de la loi ou de la disposition qu'il conteste ainsi que ses effets. Or, cela représente un lourd fardeau et la partie la mieux placée pour faire ce genre de preuve demeure le gouvernement<sup>117</sup>. Les préoccupations examinées aux termes de ce facteur devraient d'ailleurs selon nous être considérées lors du test de l'article premier à l'étape de la démonstration d'un objectif urgent et réel par le gouvernement<sup>118</sup>. En effet, à cette première étape d'analyse, la Cour met habituellement en balance la valeur d'égalité et les intérêts politiques de l'État<sup>119</sup>, intérêts qui comprennent certainement la poursuite de buts sociaux ou d'objectifs qui visent à améliorer la situation d'autres personnes ou de groupes.

Pour ce qui est de la défense de contrainte excessive applicable à l'article 10 de la *Charte québécoise*, l'objet de la loi ou de la mesure contestée pourrait être considéré à la première étape de l'analyse développée dans les arrêts *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU* et *Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles) c. Colombie-Britannique (Council of Human Rights)*<sup>120</sup>. Dans l'arrêt *Commission scolaire Lester B. Pearson*, la Cour d'appel a malheureusement fait reposer la preuve de cet élément sur les appelantes en jugeant que la décision de la commission scolaire ne portait pas atteinte à leur dignité puisqu'elle avait mis en place, *pour l'ensemble de ses élèves*, un programme d'intégration scolaire conforme à la loi<sup>121</sup>.

Le critère de l'objet ou de l'effet d'amélioration de la loi est aussi susceptible d'être examiné lors de la démonstration de la

116. *Ibid.*

117. Sur ce point, voir les motifs de la juge Wilson dans l'arrêt *Miron*, *supra*, note 70, au par. 129.

118. MARTIN, *supra*, note 45, à la p. 332: «These are precisely the type of matters normally considered under section 1 when assessing whether the government has demonstrated a pressing and substantial purpose.»

119. MARTIN, *supra*, note 45, à la p. 340.

120. *Supra*, note 86.

121. *Commission scolaire Lester B. Pearson*, *supra*, note 41, aux p. 1970-1971.

proportionnalité entre les moyens utilisés et l'objet de la loi à l'article premier de la *Charte* canadienne. En effet, puisque à cette étape il faut mettre en balance les effets préjudiciables de la loi avec l'objectif poursuivi mais aussi avec ses effets *bénéfiques*. Parmi ces effets, on peut bien sûr mentionner le fait que la loi apporte une amélioration aux conditions de vie d'autres personnes ou de groupes. Les tribunaux pourraient aussi considérer l'objet de la loi à l'analyse de la troisième étape de la défense élaborée par la Cour suprême dans les arrêts de la Colombie-Britannique<sup>122</sup>, que les tribunaux québécois ont transposée à l'article 10 de la *Charte* québécoise<sup>123</sup>. Il serait alors avantageux pour le défendeur d'invoquer que la mesure ou pratique qu'il a adoptée vise à améliorer la situation d'autres personnes et que l'inclusion du demandeur dans ce groupe lui causerait une contrainte excessive.

Le rapport entre les motifs de discrimination et les caractéristiques ou la situation personnelles du demandeur constitue un autre facteur faisant à notre avis double emploi avec l'article premier de la *Charte* canadienne<sup>124</sup> et la défense de contrainte excessive de l'article 10, puisqu'il amène les tribunaux à considérer si les moyens choisis par l'État pour atteindre son objectif sont rationnels. Dans l'arrêt *Law*, par exemple, la Cour a évalué si le législateur avait correctement pris en compte l'âge de l'appelante compte tenu de l'objet du programme de prestation au conjoint survivant<sup>125</sup>. Elle aurait toutefois dû le faire à notre avis aux termes de l'analyse du critère du lien rationnel en vertu de l'article premier. Il en est de même dans l'arrêt *Lovelace c. Ontario*, alors que la dignité des appelants n'a pas été violée car «une analyse contextuelle révé[ait] une *correspondance presque parfaite entre le projet de casino d'une part, ainsi que les besoins et la situation des Premières nations constituées en bandes d'autre part*»<sup>126</sup>. Pour

122. *Supra*, note 86.

123. *Supra*, à la p. 342.

124. PROULX, *supra*, note 6, aux p. 256-260; STERLING, *supra*, note 28, aux p. 62-63.

125. *Law*, *supra*, note 2, aux par. 95 et s.

126. *Lovelace*, *supra*, note 10, au par. 7 [Notre italique]. Voir *Granovsky c. Canada (Ministère de l'Emploi et de l'Immigration)*, [2000] 1 R.C.S. 703, au par. 61 [Granovsky]: «Le droit à la pension et la disposition d'exclusion visent tous les deux un groupe particulier de cotisants au RPC dont les besoins et la situation correspondent exactement à l'objet de la mesure législative.» Voir également l'arrêt *Gosselin c. Québec*, *supra*, note 7, au par. 44, juge McLachlin, alors que la majorité de la Cour suprême tient compte, dans le cadre du deuxième facteur contextuel (correspondance aux besoins), de l'intention du législateur d'inciter les

se rendre à cette conclusion, la Cour a notamment considéré le fait qu'il n'y avait aucune preuve de la participation des appelants à l'exploitation d'activités de casino, le fait que les Premières nations constituées en bande n'ont que des possibilités de développement économique limitées, ainsi que le fait que ces dernières en étaient «clairement rendu à un point différent sur la voie de l'autonomie gouvernementale»<sup>127</sup>. Il s'agit là selon nous de considérations dont elle aurait normalement dû tenir compte dans le cadre du test de l'article premier, en application des critères du lien rationnel et de l'atteinte minimale.

Dans l'arrêt *Québec (Procureur général) c. Lambert* de la Cour d'appel, le demandeur bénéficiait de l'assistance sociale et avait signé un contrat de «stage en milieu de travail». N'étant pas considéré comme un employé régulier, il ne bénéficiait pas de la *Loi sur les normes du travail* relativement au salaire minimum, d'où sa plainte de discrimination. La Cour a jugé qu'il n'y avait pas violation de sa dignité humaine en tenant compte du fait que les mesures contestées avaient été adoptées afin de venir en aide aux prestataires de la sécurité du revenu, dont monsieur Lambert, pour leur permettre d'intégrer ou de réintégrer le marché du travail<sup>128</sup>. Dans cette affaire, la Cour d'appel a donc considéré, comme

---

jeunes adultes à participer à des programmes leur permettant de retourner sur le marché du travail. Les juges minoritaires, sous la plume du juge Bastarache, aux par. 244-245, de même que la juge L'Heureux-Dubé, au par. 104, ont démontré leur désaccord avec cette façon de faire: «De fait, accorder un poids trop grand aux prétentions du gouvernement quant à l'objectif qu'il poursuivait lorsqu'il a conçu le régime en litige reviendrait à accepter une justification au regard de l'article premier avant même qu'elle ne soit requise», juge Bastarache, au par. 244. Les juges majoritaires, au par. 57, ont également considéré, toujours en vertu du deuxième facteur contextuel, le *lien* ou la *corrélation* entre l'âge fixé par le législateur et l'objectif qu'il poursuivait, ce qui n'est pas sans rappeler l'étape du lien rationnel selon l'article premier.

127. *Lovelace, supra*, note 10, au par. 78. Voir aussi *Little Sisters, supra*, note 70. Dans cet arrêt, la Cour a conclu qu'il y avait discrimination parce qu'il n'y avait pas de correspondance entre le motif de discrimination et la situation des appelants. La Cour, encore une fois, a pris en compte des considérations d'intérêt public et de pertinence dans l'analyse de l'atteinte à la dignité. C'était aussi le cas dans l'affaire *Delisle c. Canada (Sous-procureur général)*, [1999] 2 R.C.S. 989, au par. 45 [*Delisle*], alors que le juge Bastarache a conclu que l'exclusion des membres de la GRC du régime syndical ne portait pas atteinte à leur dignité humaine parce qu'ils exercent des fonctions importantes dans le maintien de l'ordre et de la sécurité dans la société. Selon le professeur Proulx, *supra*, note 6, à la p. 258, la considération de tels éléments factuels «revient à appliquer le critère aristotélicien de «la situation analogue» dans une perspective purement formelle, à savoir que le traitement doit être différent parce que certains individus sont, d'une manière ou d'une autre, dans une situation différente.»

128. *Lambert, supra*, note 41, à la p. 17.

elle se devait d'ailleurs, la situation réelle dans laquelle se trouvait l'appelant et a conclu que la loi en tenait compte. Elle aurait dû, en revanche et avec égards, analyser cet élément dans le cadre de la défense de contrainte excessive, particulièrement à la troisième étape dégagée par la Cour suprême<sup>129</sup> et en exiger la preuve du défendeur<sup>130</sup>.

Un autre facteur normalement analysé lors de l'examen de la justification de la violation d'un droit à l'article premier de la *Charte* canadienne est la nature du droit ou de l'intérêt touché par la distinction. Bien qu'il puisse s'agir d'un facteur aggravant en matière de discrimination, cet élément devrait plutôt jouer dans l'analyse des justifications effectuées dans le cadre de l'article premier<sup>131</sup>, particulièrement à l'étape de la proportionnalité, alors que les *effets préjudiciables* de la loi sont mis en balance avec l'objet qu'elle poursuit ainsi qu'avec ses effets bénéfiques. Dans l'arrêt *Gosselin c. Québec*, la majorité de la Cour suprême a pourtant considéré l'*effet positif* de la mesure législative sur les bénéficiaires d'aide sociale de moins de 30 ans avant même d'en arriver à l'étape de la justification en vertu de l'article premier<sup>132</sup>. Dans la *Charte* québécoise, cet élément pourrait par ailleurs être consi-

129. *Supra*, à la p. 340.

130. Voir aussi l'affaire *Ordre des comptables généraux licenciés*, *supra*, note 41, dans laquelle la Cour supérieure a tenu compte, dans l'analyse d'une violation de la dignité humaine selon l'article 10, de la situation des c.g.a., qui se plaignaient de discrimination en ce que la loi réservait certaines fonctions de vérifications aux comptables agréés seulement. La Cour supérieure a considéré le fait que les c.g.a. sont des personnes bien en vue dans la société et que la loi les accommode en leur permettant l'accès à pratiquement tous les aspects de la comptabilité publique. Ces éléments, avec égards, auraient pu cependant être considérés dans l'analyse de la défense de contrainte excessive, évitant le lourd fardeau, pour le demandeur, de les démontrer.

131. PROULX, *supra*, note 6, aux p. 242-243. Voir aussi en ce sens MARTIN, *supra*, note 45, à la p. 365.

132. *Gosselin c. Québec*, *supra*, note 7, au par. 65, juge McLachlin. La minorité, pour sa part, en vertu de l'analyse du facteur de l'intérêt touché, affirmait ceci au par. 251: «Le présent pourvoi porte sur un programme d'aide sociale qui, bien qu'on lui ait reconnu un objectif secondaire – savoir celui d'aider les gens à s'intégrer dans la population active –, avait comme objectif explicite de pourvoir aux besoins fondamentaux des personnes nécessiteuses. Par conséquent, lorsque le gouvernement crée une distinction qui, dans certains cas, a pour effet que des personnes reçoivent seulement le tiers de la somme que le gouvernement lui-même a jugé constituer le strict minimum dont a besoin une personne pour subvenir à ses besoins, l'effet de cette distinction sur les membres du groupe concerné est sérieux» [Notre italique]. À notre avis, cet argument aurait très bien pu être valable en application du critère du lien rationnel à l'article premier de la *Charte* canadienne dans la mesure où l'exclusion de certaines personnes des mêmes bénéfices que d'autres ne correspond pas au but poursuivi par le législateur.

déré dans l'analyse d'une justification à la troisième étape de la défense de contrainte excessive. Plus l'intérêt touché par la distinction est important, plus l'obligation d'accommodement du défendeur augmenterait alors.

Le test de l'atteinte à la dignité humaine constitue donc, à bien des égards, une sorte de norme limitative<sup>133</sup> et sert en définitive de moyen pour vérifier si la distinction dont se plaint le demandeur n'est pas raisonnable, est arbitraire ou irrationnelle<sup>134</sup>. Le passage suivant des motifs de la majorité dans l'arrêt *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires Indiennes et du Nord canadien)*, ne laisse à notre avis aucun doute à ce sujet:

Bien qu'il existe des sujets d'intérêt purement local qui ne touchent pas aussi directement les intérêts des membres hors réserves des bandes indiennes, la privation complète de leur droit de voter et de participer à l'administration de leur bande a pour effet de les traiter comme des individus moins dignes de reconnaissance et n'ayant pas droit aux mêmes avantages et ce, non pas parce que leur situation *justifie ce traitement*, mais uniquement parce qu'ils vivent à l'extérieur de la réserve. [...] Compte tenu de tout ce qui précède, il est clair que la privation du droit de vote découlant du par. 77 (1) est discriminatoire. Cette privation refuse aux membres hors réserve des bandes indiennes, sur le *fondement arbitraire d'une caractéristique personnelle*, le droit de participer pleinement à l'administration de leur bande respective.<sup>135</sup>  
[Notre italique]

133. L'application en vertu de l'article 10 de la *Charte* québécoise des facteurs contextuels dégagés par la Cour dans l'arrêt *Law* fait d'ailleurs dire au professeur Blache, *supra*, note 6, à la p. 178, que la non-application de l'article 9.1 en matière de discrimination dans la *Charte* perd en grande partie de son importance.

134. HOGG, *supra*, note 45, aux p. 52-24 à 52-26; ROSS, *supra*, note 114, à la p. 83. C'est également l'opinion des professeurs Brun et Tremblay, *supra*, note 37, aux p. 1109, 1113-1114. Voir d'ailleurs le passage suivant du jugement de la Cour d'appel dans l'arrêt *Commission scolaire Lester B. Pearson*, *supra*, note 41, aux p. 1971-1972: «Toutefois, il reste que le refus de la Commission scolaire de conclure une entente avec Giant Steps n'est pas discriminatoire car il n'est pas basé ou fondé sur des caractéristiques personnelles *non pertinentes* des garçons mais sur un motif *rationnel*, scientifiquement défendable et conforme à la loi » [Notre italique]. Le professeur Proulx, *supra*, note 9, aux p. 539-541, estime pour sa part que l'auteur d'une discrimination contraire à l'article 10 de la *Charte* québécoise ne bénéficie pas d'une défense de rationalité ou de justification raisonnable et qu'il faut résister à la tentation d'incorporer ce genre de critère dans la notion de dignité.

135. *Corbiere*, *supra*, note 33, aux par. 17-18, juges McLachlin et Bastarache. Voir aussi les propos suivants du juge McLachlin dans l'arrêt *Winko*, *supra*, note 8, au par. 74: «En raison du droit à l'égalité garanti par la Charte, les lois et autres mesures gouvernementales ne peuvent, entre autres choses, établir à l'égard

Ce fardeau devrait pourtant revenir au défendeur:

Exiger du demandeur qu'il prouve que le traitement inégal subi est irrationnel ou déraisonnable ou fondé sur des considérations non pertinentes reviendrait à exiger de lui qu'il présente une preuve des objectifs de l'État, ce qui rendrait souvent impossible pour la personne ordinaire de faire la preuve de la discrimination.<sup>136</sup>

Il en résulte qu'il devient très difficile de justifier une violation de l'article 15 de la *Charte* canadienne<sup>137</sup>, et il en sera de même, à notre avis, pour l'article 10 de la *Charte* québécoise. En effet, on exige pratiquement du demandeur, comme on l'a constaté, qu'il fasse la preuve que la discrimination dont il est l'objet n'est pas justifiée. Une fois faite la démonstration d'une violation de la dignité humaine, il devient alors malaisé de démontrer que cette violation est raisonnable<sup>138</sup>.

Dans l'arrêt *Oakes*, le juge Dickson avait par ailleurs mentionné que, dans l'analyse du test de l'article premier, les tribunaux devaient tenir compte des valeurs d'une «société libre et démocratique»<sup>139</sup>. Ces valeurs, selon le juge, comprennent notam-

---

d'une personne une distinction fondée sur l'application stéréotypée de caractéristiques de groupe. Cela répugne à notre ordre constitutionnel, car au lieu de considérer que la personne mérite le même intérêt, le même respect et la même considération, on la défavorise arbitrairement et en fonction d'un stéréotype» [Notre italique].

136. *Miron*, *supra*, note 70, au par. 129, juge McLachlin.

137. C'est aussi l'opinion du juge Bastarache, dissident, dans l'arrêt *M. c. H.*, *supra*, note 43. Voir aussi Beverly BAINES, «*Law v. Canada: Formatting Equality*», 11:3 *Forum constitutionnel* 65, à la p. 72; BAVIS, *supra*, note 48; MARTIN, *supra*, note 45, aux p. 363-364. Il est à noter que les motifs du juge Bastarache dans l'arrêt *Lavoie*, *supra*, note 8, en son nom et au nom des juges Gonthier, Iacobucci et Major, constituent une exception à cet égard. En effet, le magistrat a jugé que la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*, L.R.C. (1985), c. P-23, portait atteinte à la dignité humaine des demandereses, mais qu'elle était justifiée en vertu de l'article premier. L'opinion du juge Bastarache n'a cependant pas fait l'unanimité. Les juges Arbour et LeBel, dans des opinions distinctes, ont ainsi jugé qu'il n'y avait pas violation de la dignité et par conséquent, n'ont pas fait d'analyse en vertu de l'article premier. Enfin, les juges McLachlin, L'Heureux-Dubé et Binnie, dissidents, ont jugé qu'il y avait violation de la dignité humaine et qu'elle n'était pas justifiée.

138. La juge L'Heureux-Dubé a d'ailleurs implicitement reconnu que pèse un lourd fardeau sur le défendeur qui souhaite démontrer que la violation de l'article 15 est justifiée en vertu de l'article premier. C'est ce que nous voyons dans l'extrait suivant de ses motifs dans l'arrêt *Corbiere*, *supra*, note 33 au par. 98: «Tout au long de l'analyse fondée sur l'article premier, il faut se rappeler que, lorsqu'un tribunal conclut à la violation du par. 15(1) et à la violation de la dignité humaine qui s'ensuit, c'est au droit à l'égalité réelle qu'il a été porté atteinte» [C'est la juge qui souligne].

139. *Charte canadienne*, *supra*, note 1, à l'art. 1.

ment «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»<sup>140</sup>. La dignité humaine constitue ainsi l'un des principes dont il faut tenir compte à l'article premier. Il est par conséquent difficilement imaginable qu'une violation de la garantie d'égalité puisse être jugée raisonnable en vertu de l'article premier puisque la dignité se situe aussi au cœur de l'article 15<sup>141</sup>. De cela découle une diminution notable de l'importance de l'article premier en matière de discrimination<sup>142</sup>. C'est aussi le cas dans la *Charte* québécoise en ce qui concerne la défense de contrainte excessive.

Le juge Bastarache, dans l'arrêt *Lavoie c. Canada*, n'est pas de cet avis. Selon le magistrat, la dignité et la liberté qui se trouvent au cœur de l'article 15 n'appellent pas le type de mise en balance de l'intérêt de la personne et de celui de l'État qu'exige l'article premier<sup>143</sup>. Selon ce dernier, la première étape vise à déterminer si le demandeur est victime d'une violation de sa dignité<sup>144</sup>. La seconde, à la charge du gouvernement, consiste à justifier cette violation de la dignité humaine et non à l'expliquer ou à en nier l'existence<sup>145</sup>.

En dépit de cette précision de l'honorable juge, et avec beaucoup d'égards, les développements qui précèdent démontrent selon nous clairement que, dans l'analyse même de la violation du

140. *Oakes, supra*, note 62, à la p. 136, juge Dickson.

141. MARTIN, *supra*, note 45, aux p. 363-364.

142. BAVIS, *supra*, note 48, à la p. 711; HOGG, *supra*, note 45, à la p. 52-26; STERLING, *supra*, note 28, aux p. 59-60. Il faut admettre, en revanche, qu'il pourrait se présenter des cas où une violation de la dignité, et donc du droit à l'égalité, soit justifiée selon l'article premier de la *Charte*. Voir à cet égard les motifs du juge Bastarache dans l'arrêt *Lavoie, supra*, note 8, aux par. 21 et s. D'ailleurs, bien que le rôle de l'article 1 soit diminué de façon importante, il n'est pas complètement dépourvu d'utilité. Ainsi, dans certains cas, alors que les objectifs de la loi ne se limiteraient pas à ceux que la Cour considère maintenant dans l'analyse d'une atteinte à la dignité (en vertu du facteur de l'objet d'amélioration de la situation d'autres personnes par exemple), mais seraient plus larges (notamment des objectifs liés à la sécurité publique ou d'ordre économique), l'article premier pourrait être utile au gouvernement. Nous remercions le professeur Ghislain Otis pour son éclairage à ce sujet. Voir également GRESCHNER, *supra*, note 44, aux p. 316-317.

143. *Lavoie, supra*, note 8, au par. 47.

144. *Ibid.*

145. *Ibid.*, au par. 48.

droit à l'égalité, la Cour tient compte d'éléments qui devraient normalement être analysés à l'article premier de la *Charte* canadienne.

Ainsi, depuis l'arrêt *Law*, dans deux des trois cas où la Cour a conclu qu'il y avait atteinte à la dignité et donc à l'article 15, le gouvernement a échoué dans sa tentative de la justifier<sup>146</sup>. La justification d'une violation de la garantie constitutionnelle d'égalité représente donc aujourd'hui une lourde tâche pour le défendeur. Mais cela ne devrait pas trop inquiéter puisque, depuis l'arrêt *Law*, il est devenu très difficile pour le demandeur de démontrer une violation de son droit à l'égalité. D'ailleurs, depuis 1999, la Cour a conclu à une discrimination dans trois cas seulement, soit dans les arrêts *Corbiere, M. c. H.* et *Lavoie*<sup>147</sup>. Elle a en revanche jugé qu'il n'y avait pas discrimination parce que la dignité du demandeur n'avait pas été violée dans dix cas<sup>148</sup>. Les tribunaux québécois, pour leur part, ont jugé qu'il n'y avait pas atteinte à la dignité et donc aucune violation de l'article 10 dans sept cas sur neuf<sup>149</sup>. L'arrêt *Law* et son influence au Québec ont donc malheureusement eu pour effet d'alourdir considérablement le fardeau de la preuve du demandeur en matière de discrimination<sup>150</sup>.

146. *Corbiere, supra*, note 33, aux par. 21 et s.; *M. c. H., supra*, note 43.

147. *Supra*, note 8.

148. *Walsh, supra*, note 7; *Gosselin, supra*, note 7; *Granovsky, supra*, note 126; *Lovell, supra*, note 10; *Delisle, supra*, note 127; *R. c. LePage*, [1999] 2 R.C.S. 744; *Orlowski c. Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 R.C.S. 733; *Bese c. Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 R.C.S. 722; *Winko, supra*, note 8; *Law, supra*, note 2. Voir à cet égard les tableaux créés par MARTIN, *supra*, note 45, aux p. 370-373.

149. C'est en effet ce qui ressort des jugements québécois dans lesquels on s'est inspiré de l'arrêt *Law* de la Cour suprême. La Cour d'appel a ainsi jugé que le demandeur avait failli à la tâche de prouver une atteinte à sa dignité dans les arrêts *Amselem*, *Lambert* et *Commission scolaire Lester B. Pearson, supra*, note 41, tandis que la Cour supérieure en a fait de même dans les affaires *Ordre des comptables généraux licenciés, Gosselin c. Québec* et *Entreprises W.F.H., supra*, note 41. La Cour du Québec a également jugé en ce sens dans l'affaire *Gagnon, supra*, note 41. Les seules exceptions constituent l'arrêt *Sylvestre, supra*, note 37, dans lequel la Cour d'appel a conclu que la demanderesse avait subi une atteinte à sa dignité et l'affaire *Champagne, supra*, note 41, dans laquelle la Cour supérieure a exigé du défendeur la preuve que la mesure contestée ne porte pas atteinte à la dignité du demandeur qui avait fait une preuve *prima facie* de discrimination.

150. *HOGG, supra*, note 45, à la p. 52-25; *BLACHE, supra*, note 6, à la p. 175; *PROULX, supra*, note 6, aux p. 215, 235, 249 et 276; *PROULX, supra*, note 9, aux p. 506 et 523. Nous soulignons précédemment dans le texte que, selon le professeur Proulx, la Cour suprême exige maintenant, aux fins du paragraphe 15(1) de la *Charte* canadienne, que la distinction dont se plaint le demandeur porte atteinte à sa dignité pour éviter la contestation d'un trop grand nombre de lois, *supra*, à la p. 9. À cet égard, comme la *Charte* québécoise s'applique non seulement entre les particuliers et le gouvernement, mais vise également les

Le professeur Blache estime à cet égard que de voir une influence induite de l'article 15 de la *Charte* canadienne sur l'article 10 de la *Charte* québécoise en ce qui concerne l'ajout de l'atteinte à la dignité comme condition d'application des deux normes d'égalité, procéderait d'une lecture superficielle de la jurisprudence<sup>151</sup>. L'auteur s'appuie en partie sur l'arrêt *Québec c. Montréal* dans lequel la Cour suprême aurait fait de la dignité humaine une composante essentielle ou une condition *sine qua non* d'une violation de l'article 10<sup>152</sup>. Avec égards, ce raisonnement résulte à notre avis d'une mauvaise lecture de l'arrêt en question. Dans cette affaire, il est vrai que la Cour fait référence à la notion de dignité humaine dans le cadre de son analyse sur l'article 10. Elle y a toutefois recours uniquement pour définir ou interpréter le motif illicite de «handicap»: «En mettant l'emphase [sic] sur la dignité humaine, le respect et le droit à l'égalité, plutôt que sur la condition biomédicale tout court, cette approche reconnaît que les attitudes de la société et de ses membres contribuent souvent à l'idée ou à la perception d'un «handicap»<sup>153</sup>. La Cour a ainsi reconnu que le motif «handicap» inclut non seulement le handicap réel, mais également le handicap perçu. La notion de dignité à laquelle le plus haut tribunal fait référence n'est cependant pas la même que celle dégagée dans l'arrêt *Law*. Au contraire, la Cour utilisait plutôt la notion *large* et *systémique* de dignité, valeur interprétative de tous les droits et libertés de la personne<sup>154</sup> et qui se trouve au préambule de la *Charte*. Le concept de dignité tel que défini par la Cour dans l'arrêt *Law* représente beaucoup plus qu'une simple valeur interprétative des droits et libertés; elle constitue une condition d'application de la norme d'égalité alors qu'en ce qui concerne l'atteinte à d'autres droits et libertés, la Cour ne s'interroge pas à savoir s'il y a violation de la dignité

---

rapports des particuliers entre eux, des constatations d'atteinte à la dignité en vertu de l'article 10 pourraient être plus fréquentes dans la mesure où elles n'impliquent pas la contestation d'une mesure législative.

151. BLACHE, *supra*, note 6, à la p. 192.

152. *Ibid.*, à la p. 177.

153. *Québec c. Montréal*, *supra*, note 37, au par. 77.

154. *Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 R.C.S. 211, au par. 100; *Goyette (In re): Centre de services sociaux du Montréal Métropolitain*, [1983] C.S. 429, à la p. 436; *Marquis c. Syndicat professionnel des infirmières et infirmiers du Québec*, [2001] R.R.A. 852 (rés.) (C.Q.); *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Poulin*, T.D.P.Q., Québec, n° 200-53-000016-001, 2001-03-14, AZ-50085390, à la p. 6 du texte intégral; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Centre hospitalier Robert-Giffard*, T.D.P.Q., Québec, n° 200-53-000004-965, 1997-12-11, juge Sheehan; *Commission des droits de la personne c. Centre d'accueil Villa Plaisance*, [1996] R.J.Q. 511, à la p. 521 (T.D.P.Q.).

humaine<sup>155</sup>. Ce n'est donc pas depuis l'arrêt *Québec c. Montréal* que la dignité fait partie du cadre d'analyse normatif de l'article 10, mais bien depuis la récente jurisprudence des tribunaux québécois<sup>156</sup>, lesquels font directement référence à l'arrêt *Law* dans l'interprétation de cette disposition.

À notre avis, toute question de justification devrait plutôt être considérée, dans la *Charte* canadienne, dans le cadre de l'analyse selon l'article premier<sup>157</sup>. La preuve d'une distinction préjudiciable, fondée sur un motif énuméré ou analogue devrait ainsi être suffisante pour le demandeur. La Cour suprême n'a-t-elle d'ailleurs pas elle-même affirmé que «[l]orsque la négation du droit [au même bénéfice de la loi] est fondée sur l'un des motifs expressément énumérés au par. 15 (1) ou sur un motif analogue, elle sera généralement jugée discriminatoire, bien qu'il puisse évidemment y avoir des exceptions»<sup>158</sup>?

La professeure Donna Greschner n'est cependant pas de notre avis. Selon celle-ci, notre approche est formaliste et repose sur la présomption que tous doivent être traités de la même façon<sup>159</sup>. Plus précisément, elle estime que selon notre position, dès qu'une personne ne serait pas traitée de façon identique à une autre, en fonction d'un motif énuméré ou analogue, il y aurait violation de l'égalité et le gouvernement devrait être dans l'obligation de la justifier<sup>160</sup>. Avec égards, notre approche repose plutôt sur une juste répartition du fardeau de preuve entre le demandeur et le gouvernement et n'est pas formaliste en ce que nous ne suggérons pas que tous doivent subir le même traitement. Au contraire,

155. La constatation d'une violation de la liberté de religion, par exemple, nécessite la preuve d'une contrainte ou d'une limite imposée à son exercice par le défendeur, sans que le demandeur n'ait à faire la preuve qu'il en est atteint dans sa dignité.

156. *Supra*, note 41.

157. Selon PROULX, *supra*, note 6, à la p. 273, la correspondance aux besoins et le critère de l'objet ou l'effet d'amélioration de la loi constituent des facteurs de justification interne au droit à l'égalité qui offrent une défense au gouvernement. Avec égards, nous ne partageons pas cette opinion. À notre avis, comme nous l'avons constaté, l'objet ou l'effet améliorateur de la loi doit être considéré lors de la première étape de l'article premier – l'objectif urgent et réel – ainsi qu'à la troisième étape du test de la proportionnalité. Selon nous, le fait que la loi vienne en aide à d'autres personnes ou groupes ne devrait pas influencer l'analyse selon l'article 15.

158. *Benner*, *supra*, note 70, au par. 69. Dans l'arrêt *Winko*, *supra*, note 8, au par. 81, la Cour a repris cet énoncé. Voir aussi *Andrews*, *supra*, note 6, aux p. 174-175, juge McIntyre.

159. GRESCHNER, *supra*, note 44, à la p. 308.

160. *Ibid.*

à la première étape de l'analyse, les tribunaux doivent se demander si la loi traite différemment une personne ou un groupe de personnes des autres en fonction de ses caractéristiques personnelles ou *si elle omet de tenir compte de ses caractéristiques* en traitant cette personne de la même façon que les autres lui faisant ainsi subir un fardeau ou un désavantage<sup>161</sup>.

Dans la *Charte* québécoise, toute question de justification devrait être considérée dans le cadre de la défense générale de contrainte excessive de l'article 10. Ainsi, dès que le demandeur apporte la preuve *prima facie* qu'il a fait l'objet d'une distinction préjudiciable, fondée sur un motif énuméré, dans l'exercice d'un droit ou d'une liberté de la personne, le fardeau devrait immédiatement se déplacer sur les épaules du défendeur qui devrait alors justifier cette distinction<sup>162</sup>.

La preuve d'un désavantage préexistant ou d'une situation de vulnérabilité du demandeur constituerait ainsi une partie importante de l'analyse de la justification de la violation du droit à l'égalité dans les *Chartes* canadienne et québécoise<sup>163</sup>. Quant à l'objet ou l'effet d'amélioration de la loi, comme la Cour suprême concède généralement au gouvernement, en vertu de l'article premier de la *Charte* canadienne, que l'objet qu'il poursuit est important, il devrait plutôt être considéré aux termes du paragraphe 15(2)<sup>164</sup>. Ce dernier devient ainsi un moyen de défense à part entière, contrairement à ce qui a été décidé dans l'arrêt *Lovelace*, savoir que le paragraphe 15(2) ne constitue qu'un outil d'interprétation du paragraphe 15(1)<sup>165</sup>. Dans la *Charte* québécoise,

161. *Winko, supra*, note 8, aux par. 76, 83-84; *Law, supra*, note 2, aux par. 39 et 88; *Vriend, supra*, note 33.

162. C'est aussi l'opinion du professeur Hogg, *supra*, note 45, aux p. 52-22 et 52-23, en ce qui concerne la *Charte* canadienne.

163. Voir, en ce sens, MARTIN, *supra*, note 45, à la p. 365.

164. Le paragraphe 15(2) énonce que: «Le paragraphe (1) n'a pas pour effet d'interdire les lois, programmes ou activités destinés à améliorer la situation d'individus ou de groupes défavorisés, notamment du fait de leur race, de leur origine nationale ou ethnique, de leur couleur, de leur religion, de leur sexe, de leur âge ou de leurs déficiences mentales ou physiques.»

165. *Lovelace, supra*, note 10, aux par. 94, 105-106. Notre façon de voir, selon GRESCHNER, *supra*, note 44, à la p. 309, n'est pas conforme avec une approche fondée sur l'égalité réelle («substantive equality») puisqu'elle oblige à considérer comme une exception à une violation du droit à l'égalité le fait que la loi vise à promouvoir certains groupes sociaux ou à réduire les injustices sociales par le biais de programmes égalitaires. Avec respect, nous ne partageons pas cette position puisqu'une loi qui répond aux critères du paragraphe 15(2) et qui est justifiée en vertu de l'article 1 sera réputée non discriminatoire. Par le fait même, il ne peut s'agir d'une exception au droit à l'égalité, la loi étant *réputée* ne pas y porter atteinte.

comme nous l'avons mentionné<sup>166</sup>, ce critère pourrait être utile au défendeur dans le cadre de sa défense de contrainte excessive, aux première et troisième étapes de ce test. Il en est de même des deux autres facteurs (correspondance aux besoins et intérêt touché) qui pourraient être considérés en application de l'article premier de la *Charte* canadienne ou de la défense générale applicable à l'article 10 de la *Charte* québécoise.

En définitive, il suffit de deux exemples pour démontrer que la défense de contrainte excessive dans la *Charte* québécoise est susceptible de jouer un rôle similaire à celui de la dignité, en respectant cependant une répartition *équitable* du fardeau de la preuve entre le demandeur et le défendeur. Ainsi, dans les arrêts *Commission scolaire Lester B. Pearson* et *Lambert*, la Cour d'appel aurait très bien pu appliquer cette défense et en arriver sans doute au même résultat. Dans la première, s'il n'y avait pas atteinte à la dignité des enfants des appelantes, c'est parce que la commission scolaire avait mis en place un programme d'intégration destiné à répondre aux besoins particuliers des élèves handicapés qui fréquentent l'école à temps complet<sup>167</sup>. Dans le cadre de la défense de contrainte excessive, elle aurait ainsi pu prétendre que l'exclusion du programme d'intégration des enfants fréquentant l'école régulière à temps partiel seulement était rationnellement liée à l'objectif qu'elle poursuit. Elle pouvait également soumettre qu'elle était de bonne foi et qu'elle avait rempli son obligation d'accommodement raisonnable<sup>168</sup>.

Dans l'arrêt *Lambert*, la distinction créée par la *Loi sur les normes du travail* ne portait pas atteinte à la dignité de l'appelant puisqu'il bénéficiait des mesures prévues par la *Loi sur la sécurité du revenu*<sup>169</sup>. Si le gouvernement avait fait la preuve, aux termes de la défense de contrainte excessive, d'un lien rationnel entre cette exclusion et le but que poursuivaient les dispositions législatives contestées, il aurait ensuite pu invoquer qu'il accommode l'appelant ou que lui accorder le bénéfice de la *L.N.T.* quant au salaire minimum lui cause une contrainte excessive. À cet égard, la Cour d'appel a d'ailleurs souligné que les mesures d'aide à

166. *Supra*, à la p. 346.

167. *Ibid.*

168. Les appelantes plaidaient d'ailleurs devant la Cour d'appel que la commission scolaire n'avait pas satisfait à son obligation d'accommodement en application de l'article 10 de la *Charte*.

169. L.R.Q., c. S-3.1.1, remplacée par la *Loi sur la sécurité du revenu et favorisant l'emploi et la solidarité sociale*, 1998, c. 36.

l'emploi ont été adoptées afin d'aider les prestataires à intégrer ou réintégrer le marché du travail et d'améliorer leur situation<sup>170</sup>.

## Conclusion

Selon certains, l'arrêt *Law* constitue un pas important vers la garantie d'une véritable égalité («substantive equality») au sein de la société canadienne<sup>171</sup>. Un auteur est ainsi d'avis que des principes égalitaires fondamentaux ont été établis<sup>172</sup>. L'arrêt *Law* constituerait donc une première étape dans la reconnaissance du concept plus grand de «[traduction] l'égle dignité»<sup>173</sup>. Selon un autre auteur, la «nouvelle» conception de la finalité de l'article 15 «se rapproche d'une idée d'égalité de conditions [et] [...] il est manifeste que nous n'en sommes plus à l'époque où le droit à l'égalité signifiait *equality of opportunities*, une égalité des chances ou une égalité formelle»<sup>174</sup>.

Certes, il s'agit d'un objectif louable que celui de la protection de la dignité humaine. Cependant, et bien que l'arrêt *Law* concrétise un effort des neuf juges de la Cour suprême pour s'entendre sur l'objet et le cadre d'analyse de la norme constitutionnelle d'égalité, il n'en demeure pas moins que le fardeau de la preuve en matière d'égalité s'est considérablement alourdi depuis, réduisant par le fait même les chances de succès d'une victime de discrimination ainsi que l'efficacité de la norme constitutionnelle d'égalité. Il en est de même pour ce qui est de l'article 10 de la *Charte* québécoise, la Cour d'appel exigeant maintenant que le demandeur démontre une atteinte à sa dignité humaine en plus des autres facteurs qu'il doit déjà supporter.

170. *Supra*, à la p. 347.

171. GRESCHNER, *supra*, note 44, aux p. 300 et s.; Beverley McLACHLIN, «Equality: The Most Difficult Right», (2001) 14 *S.C.L.R.* 1, aux p. 24-27; Errol P. MENDES, «Taking Equality Into the 21st Century: Establishing the Concept of Equal Human Dignity», (2001) 12 *N.J.C.L.* 3, aux p. 18-19; MORISSETTE, *supra*, note 44, à la p. 84. Selon BAVIS, *supra*, note 48, à la p. 714, l'arrêt *Law* représente un pas dans «la bonne direction», mais l'approche de la Cour suprême relative à l'article 15 ne permet pas encore d'atteindre l'égalité véritable («substantive equality»).

172. MENDES, *ibid.* C'est aussi l'opinion de madame la juge en chef McLachlin, *ibid.*, à la p. 24: «Amid all the difficulty and confusion that surrounds modern equality doctrines, three rocks have emerged upon which we can ground future developments with confidence that we are heading in the right direction – the rocks of substantive equality, equality of effect and equality expressed both through like treatment and unlike treatment».

173. MENDES, *ibid.*, à la p. 19.

174. MORISSETTE, *supra*, note 44, à la p. 84 [L'italique est dans le texte original].

L'une des principales raisons pour laquelle la Cour suprême et la Cour d'appel exigent une atteinte à la dignité en matière d'égalité, c'est pour écarter les plaintes futiles ou qui ne méritent pas une protection constitutionnelle ou quasi-constitutionnelle<sup>175</sup>. Or, le législateur québécois, en exigeant que la distinction se pratique dans le cadre d'un droit ou d'une liberté de la personne – ce n'est pas le cas de l'article 15 de la *Charte* canadienne –, a déjà indiqué quelles différences de traitement méritent sa protection. Une différence de traitement, fondée sur un motif énuméré<sup>176</sup>, qui porte préjudice, dans la reconnaissance d'un droit ou d'une liberté de la personne, mérite donc amplement, à notre avis, la protection de l'article 10. Elle n'a rien de futile ou de frivole puisqu'elle tend à déprécier les droits et libertés qui correspondent à des valeurs fondamentales de la société.

---

175. *Little Sisters*, *supra*, note 70, au par. 110; *Lovelace*, *supra*, note 10, au par. 53; *Winko*, *supra*, note 8, au par. 77; *Law*, *supra*, note 2, aux par. 39 et 84; *Lambert*, *supra*, note 41, à la p. 611.

176. Dans l'arrêt *Lambert*, *supra*, note 41, à la p. 612, la Cour d'appel affirmait toutefois, à tort selon nous, que «[l']énumération limitative, à l'article 10 de la Charte, des sources de discrimination et le contrôle des plaintes exercé par la Commission n'éliminent pas la nécessité de l'aspect «dignité»». En confirmant ainsi qu'une distinction fondée sur un motif énuméré dans la reconnaissance ou l'exercice d'un droit ou d'une liberté de la personne n'est pas suffisante, les tribunaux, fait remarquer le professeur Pierre Blache avec raison, se sont attribué le pouvoir de décider ce qui est *réellement discriminatoire*: BLACHE, *supra*, note 6, aux p. 180-181.

# **L'admissibilité des nouvelles théories scientifiques**

Nicole Duval HESLER

## **Résumé**

Les nouvelles théories scientifiques représentent un défi de taille, tant pour les procureurs que pour les juges. Traditionnellement, les critères d'admissibilité de la preuve experte se limitaient à la pertinence, à la nature scientifique du témoignage et aux qualifications du témoin expert. Faut-il maintenant y ajouter, à l'instar des tribunaux américains, le critère du degré d'acceptation de la technique d'intérêt par le milieu scientifique concerné? L'article livre une analyse axée sur le droit comparé, englobant l'expérience américaine et l'expérience canadienne en la matière, et distinguant le droit pénal du droit civil.



# L'admissibilité des nouvelles théories scientifiques

## Les juges, filtres du savoir?

Nicole Duval HESLER\*

Le rôle des témoins experts devant les tribunaux est en évolution constante, mais la direction de cette évolution n'est pas toujours facile à discerner.

Il est des moments où l'on ne saurait trop vanter les mérites de la preuve experte – la découverte des techniques d'identification par ADN, par exemple, n'a-t-elle pas contribué grandement à la recherche de la vérité? Combien de prisonniers sur les fameux «death rows» américains a-t-on maintenant relâchés, innocentés par l'ADN?

À d'autres moments, pourtant, on dénonce avec une certaine amertume le quasi-charlatanisme de théories d'une validité douteuse. Qui ne se souvient de la triste saga des accusations d'agression sexuelle basées sur le soi-disant phénomène de la mémoire retrouvée? L'existence de ce phénomène est aujourd'hui fortement controversée, au point où d'aucuns, à tort ou à raison, ont rebaptisé le «recovered memory syndrome» de «false memory syndrome».

Ces cycles dans le traitement de la preuve experte par les tribunaux se comprennent sans trop de difficulté. Les tribunaux sont réticents à laisser la science décider des affaires portées devant eux. C'est, d'une part, qu'à l'analyse ou avec le recul, les résultats ne se sont pas toujours avérés heureux, comme le démontre l'exemple précédent du syndrome de la mémoire retrouvée. D'autre part, il est tout à fait possible de constater l'existence d'une relation de cause à effet sans pouvoir complètement expliquer les procédés physiques, chimiques et biochimiques.

---

\* L'honorable Nicole Duval Hesler, j.c.s., remercie Marie-Christine Demers pour sa participation à la recherche du sujet lors d'un stage comme étudiante en droit à la Cour supérieure du Québec.

ques impliqués – à condition évidemment de limiter la recherche de la vérité à ce qui est plus probable, plutôt qu'à ce qui est scientifiquement certain.

### **Le caractère particulier de la preuve experte**

Avant de nous attarder aux développements récents en matière de preuve experte, développements qui ne seront peut-être pas sans affecter le quotidien des juges et la pratique légale, il vaut la peine de rappeler que la preuve experte constitue une exception à la règle traditionnelle selon laquelle les témoins ne peuvent témoigner que sur des faits personnellement constatés. Le témoignage d'opinion leur est interdit.

Cette règle de base, comme le faisait observer Sir Rupert Cross, tient pour acquis qu'il est possible de distinguer les faits et ce qu'on peut inférer des faits<sup>1</sup>. Les présomptions qu'il y a lieu de tirer à partir des faits sont du domaine exclusif des juges et jurés. En effet, les conclusions de fait doivent être formulées par les personnes qui sont tenues, de par leurs fonctions, à la neutralité et à l'impartialité, à partir d'une preuve admissible susceptible d'une évaluation valable<sup>2</sup>.

La vision traditionnelle du rôle des experts les limite à fournir aux juges ou jurés les connaissances ou critères scientifiques de base nécessaires pour apprécier la preuve des faits pertinents et pour tirer des conclusions exactes à partir de ces derniers. Les juges doivent parvenir à une opinion indépendante de celle des experts, n'utilisant leur éclairage que pour mieux comprendre la preuve. L'opinion experte est un instrument précieux mais non obligatoire. Les juges ne sont pas liées par les conclusions des experts<sup>3</sup>.

L'admissibilité de l'opinion experte indique que la loi reconnaît que, lorsque la matière de la preuve fait appel à des connaissances spéciales, il se peut que les juges et les jurés ne soient pas en mesure de tirer des conclusions correctes à partir des faits affir-

- 
1. Sir R. CROSS, *Cross on Evidence*, 7<sup>e</sup> éd., Londres, Butterworths, 1990, p. 489.
  2. D.M. PACIOCCO, «L'évaluation du témoignage d'opinion pour en établir l'admissibilité: les leçons récentes du droit de la preuve», Association des avocats de la défense de Montréal, *Septième journée d'étude*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1995, p. 3, 7.
  3. C.D. GONTHIER, «Chroniques. Le témoignage d'experts: à la frontière de la science et du droit», (1993) 53 *R. du B.* 187, 193.

més par les témoins. C'est pourquoi l'on permet à des témoins reconnus comme experts dans le domaine concerné de fournir aux juges ou aux jurés les critères scientifiques qui leur sont **nécessaires** pour vérifier la validité de leurs conclusions. Par définition, il s'agit là d'un témoignage qui porte sur une opinion scientifique, c'est-à-dire sur un sujet qui ne fait pas partie de l'expérience commune. L'opinion doit avoir pour objet une matière dans laquelle le témoin expert possède des connaissances et une expérience spéciales<sup>4</sup> dépassant celles des décideurs des faits. La preuve experte sera exclue si la juge peut, sans cet apport, tirer ses propres conclusions à partir des faits établis.

Ce qui discrédite les experts dans le rôle que la loi leur reconnaît – celui d'éclairer les décideurs des faits – c'est évidemment le phénomène des expertises contradictoires. Rappelons à ce sujet la citation savoureuse de monsieur le juge Rivard, alors à la Cour du Banc de la Reine:

Les jurés avaient devant eux une preuve scientifique contradictoire [...]. L'examen de cette preuve souligne de nouveau l'illogisme, sinon le ridicule de notre procédure. C'est par exception que le témoin expert peut exprimer une opinion. On le lui permet pour qu'il éclaire le jury ou le juge sur des données scientifiques ou techniques que le jury ou le juge n'est pas censé connaître. Lorsque des théories scientifiques s'affrontent, se contredisent comme dans l'espèce, quel est celui qui dira la vérité scientifique, le bien-fondé de l'une des deux théories médicales contradictoires: le jury qu'on voulait éclairer parce qu'il n'en connaissait rien!<sup>5</sup>

Au Canada, jusqu'à récemment, il suffisait, pour avoir le droit d'émettre une opinion scientifique pertinente devant les décideurs des faits, de se faire reconnaître comme expert dans le domaine d'intérêt. La qualité d'expert était reconnue à quiconque, par ses études ou par son expérience, avait acquis une connaissance spécialisée lui décernant la compétence d'émettre une opinion sur un sujet scientifique<sup>6</sup>.

Il va de soi qu'au fil des âges, les champs d'expertise varient. C'est ainsi que vers la fin du Moyen Âge, par exemple, les scientifi-

4. *R. c. Abbey*, [1982] 2 R.C.S. 24.

5. *Létourneau c. R.*, [1965] C.B.R. 77, 78.

6. M. le juge Dickson dans *R. v. Prairie Schooner News Ltd.*, (1970) 75 W.W.R. 585, 600 (Cour d'appel du Manitoba). Permission d'en appeler à la Cour suprême du Canada refusée.

ques étaient plus souvent qu'autrement des théologiens. Il existe à ce sujet une anecdote amusante. Certains théologiens persuadèrent le roi de France de leur donner la permission de conduire une expérience qui avait été interdite par l'Église catholique. Ils voulaient mesurer le poids de l'âme. On leur permit de peser un criminel juste avant et juste après sa pendaison. Comme on peut s'y attendre de la part d'académiciens, ils trouvèrent un résultat exact: l'âme pesait une once et demie<sup>7</sup>.

On pourrait penser le contraire, mais ce débat est toujours d'actualité, du moins en certains milieux. Un docteur suédois, Nils-Olof Jacobson, s'est mis à peser, dans les années 1990, les lits de mourants et en est venu à la conclusion, sur la base de la perte de poids moyenne au moment de la mort, que l'âme humaine pèse 21 grammes<sup>8</sup>.

Tout cela pour dire que sur l'âpre question du poids de l'âme, les experts ne sont plus, de nos jours, des théologiens, mais plutôt des médecins. Pourtant, la «technique scientifique» utilisée en l'instance est la même. Se pourrait-il que la science soit plus relative, et moins objective, qu'on ne le croit au premier abord?

Cette question est rendue encore plus complexe, de nos jours, en raison de la multidisciplinarité. Prenons par exemple la technique de l'identification par ADN. Comme le soulignait monsieur le juge Langdon dans l'affaire *Johnston*<sup>9</sup>, cette technique puise simultanément dans deux branches scientifiques distinctes, la biologie moléculaire et la morphologie génétique des diverses populations.

Peut-être les techniques valables ont-elles une façon de s'imposer de façon intrinsèque, car il faut préciser que ni dans *Johnston*, ni dans *R. c. Terceira*<sup>10</sup>, qui traitait du même sujet, n'a-t-on contesté la validité de la technique d'identification par ADN, ce qui limitait grandement le débat. En fait, l'identification par ADN est le plus souvent contestée par le truchement de la fiabilité des échantillons. Est-il besoin de rappeler la triste affaire

7. John LUKACS, auteur de *The End of the Twentieth Century and the End of the Modern Age*, New York, Ticknor & Fields, 1993, ainsi que d'un article du titre «The Super Nonsense of a Supercollider» paru dans *The New York Times* et *The Globe and Mail*.

8. Rapporté dans «Facts & Arguments», *The Globe and Mail*, 27 septembre 1993, p. A20.

9. *R. c. Johnston*, (1992) 69 C.C.C. (3d) 395 (Ont. Gen. Div.).

10. [1993] 3 R.C.S. 866.

d'O.J. Simpson, selon lequel, pour paraphraser évidemment, «his DNA samples had been planted on the scene by the detective»?

Lectrices et lecteurs auront compris que le sujet de notre discussion n'est pas tant le poids de l'âme, ou les rationalisations d'O.J. Simpson, que l'admissibilité d'expériences ou de théories scientifiques inédites, sinon ésotériques. L'on redoute en effet que les experts ne livrent à la cour des opinions moins que scientifiques, de la pseudo-science, connue en anglais comme «junk science».

### Le droit américain

C'est cette crainte d'ouvrir la porte à des thèses scientifiques douteuses qui a donné naissance, aux États-Unis, à un courant jurisprudentiel qui restreint l'admissibilité de la preuve scientifique même si elle est livrée par une personne dûment qualifiée comme experte. Ce courant est apparu dès 1923 avec l'arrêt *Frye*, d'où l'appellation commune du «*Frye test*» d'admissibilité de la preuve<sup>11</sup>. Le test de *Frye* impose la preuve d'une acceptation générale, par la communauté scientifique, de la valeur du procédé d'intérêt avant d'en admettre les résultats. La justification maintes fois reprise du test s'énonce ainsi:

Just when a scientific principle or discovery crosses the line between the experimental and demonstrable stages is difficult to define. Somewhere in this twilight zone the evidential force of the principle must be recognized, and while the court will go a long way in admitting expert testimony deduced from a well-recognized scientific principle or discovery, the thing from which the deduction is made must be sufficiently established to have gained general acceptance in the particular field in which it belongs.<sup>12</sup>

Il faut donc, pour satisfaire au test de *Frye*, démontrer que la technique de base est suffisamment établie pour rencontrer l'acceptation générale des spécialistes dans le champ d'expertise concerné.

L'ennui de cette approche, c'est que Darwin aurait échoué au test de *Frye*. Quelle que soit l'opinion individuelle des juges sur

11. *Frye v. United States*, 293 F. 1013 (D.C. Cir. 1923).

12. *Frye*, précité. Citation reprise par P. PATENAUDE, «De la recevabilité des preuves fondées sur des techniques non consacrées par la communauté scientifique», (1983) *R. du B.* 51, 54.

la valeur des théories darwiniennes, la théorie de l'évolution n'aurait pas été admise en preuve devant les tribunaux au temps de Darwin si l'approche de *Frye* avait alors prévalu.

C'est que la décision d'admettre en preuve la théorie de l'évolution n'aurait pas appartenu aux juges. Elle aurait plutôt appartenu aux contemporains de Darwin, à qui l'on aurait délégué le pouvoir de trancher la question de l'admissibilité en se prononçant sur la question de savoir si l'évolution constituait alors une théorie généralement acceptée plutôt qu'une théorie sujette à controverse. Est-il besoin de rappeler que le rôle des juges, en l'absence d'un test de *Frye*, consiste plutôt à décider si la théorie de l'évolution paraît avoir plus de mérite que la thèse opposée, en l'occurrence, le créationnisme?

Mon propos n'est pas de soutenir que les juges sont plus détachées que les scientifiques des idées préconçues de leurs époques. Je veux plutôt souligner que le test de *Frye* déplace l'objet du débat – cet objet n'est plus le mérite intrinsèque de la théorie, mais bien son degré d'acceptation par d'autres scientifiques – et, ce faisant, abandonne la question de l'admissibilité d'une partie de la preuve, non pas à la science, mais aux scientifiques. Cette distinction, nous le verrons, est significative.

Constitue une preuve scientifique nouvelle, celle dont les méthodes de prélèvement et d'analyse ne sont pas encore normalisées ou très peu connues de la communauté scientifique. Il peut aussi s'agir d'une méthode au stade expérimental ou qui vient juste de passer ce stade, ou encore, qui a été développée par une personne dont les travaux, non encore publiés, demeurent inconnus pour l'ensemble des autres scientifiques œuvrant dans le même domaine<sup>13</sup>.

Les techniques ou théories innovatrices dont le fondement scientifique n'a pas encore été reconnu et dont l'exactitude n'est pas consacrée sont évidemment plus susceptibles de prêter flanc à des allégations de pseudo-science ou de *junk science*.

La crainte des pseudo-sciences a fait surface dans le contexte des litiges de «toxic tort» aux États-Unis. Aux États-Unis, cepen-

---

13. J. VÉZINA, «La preuve technique et scientifique en droit pénal environnemental», Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développements récents en droit de l'environnement* (2000), vol. 139, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, p. 273, 321.

dant, ces litiges possèdent au moins deux particularités importantes qui ne se présentent pas dans notre juridiction.

D'abord, ils s'instruisent devant juge et jury. On sait déjà que beaucoup plus d'affaires s'instruisent devant juge et jury aux États-Unis qu'au Canada, et que le fardeau de preuve applicable y est souvent celui de la balance des probabilités ou de la prépondérance de la preuve. Au Canada, le fardeau de la preuve qui est le plus fréquemment appliqué par un jury est celui de la preuve hors de tout doute raisonnable, car seulement trois provinces ont conservé le procès par jury dans certaines matières civiles.

La deuxième particularité d'intérêt, c'est que les jurys américains accordent régulièrement aux demandeurs des dommages punitifs exorbitants. Songeons seulement que le *Malboro Man*, qui, triste ironie, a développé un cancer du poumon, s'est vu accorder des dommages exemplaires de 4 milliards de dollars américains. Il faut dire cependant qu'une Cour d'appel a subseqüemment réduit cette partie de l'indemnité à cent millions de dollars américains.

Il est permis de penser qu'avant d'accorder 100 000 000 \$ en dommages punitifs, en dollars américains par-dessus le marché, il ne serait que prudent d'exiger que la preuve de causalité soit d'une nature généralement reconnue par la communauté scientifique!

Le test de *Frye*, ou la théorie de l'acceptation générale par le milieu scientifique, n'est pas demeurée statique aux États-Unis. Au contraire, l'érosion du test de *Frye* a commencé à se faire sentir avec l'avènement de nombreuses techniques innovatrices proposées devant les tribunaux et a culminé, en 1993, dans un nouveau test s'appuyant sur les «Federal Rules» américaines et adopté par la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals Inc.*<sup>14</sup>.

Under the Federal Rules, the trial judge acts as the gatekeeper to determine that the evidence is both relevant and reliable. The proffered evidence must be grounded in scientific measures and procedures *shown to be valid and capable of producing reliable results*.<sup>15</sup>  
(italiques ajoutés)

14. 113B S. Ct 2786 (1993), 509 U.S. 579 (1993).

15. J. SOPINKA et S.N. LEDERMAN, «The Law of Evidence in Canada», Toronto, Butterworths, 1992, p. 629.

Il va de soi qu'aux États-Unis comme ici, la pertinence demeure le critère fondamental de la recevabilité. Cependant, la démarche proposée dans *Daubert* fixe quatre critères additionnels à celui de la pertinence pour aider les juges dans la quête de l'admissibilité:

1. Whether the theory or technique can be (and has been) tested;
2. Whether the theory or technique has been subjected to peer review and publication;
3. In the case of a particular technique, what the known or potential rate of error is or has been;
4. *Whether the evidence has gained widespread acceptance within the scientific community.*<sup>16</sup> (italiques ajoutés)

Pour trancher l'admissibilité d'une théorie ou technique scientifique nouvelle, les juges américains doivent donc examiner si la technique ou la théorie d'intérêt a été testée, son degré d'exposition auprès de la communauté scientifique, sa marge d'erreur connue ou potentielle **et son acceptation générale**.

On pourrait donc croire que l'affaire *Daubert*, finalement, ne s'éloigne pas ou très peu, en substance, du test proposé dans l'affaire *Frye*, puisque l'existence de tests, la soumission à des pairs ou la publication et la connaissance des marges d'erreur sont des facteurs générateurs d'acceptation générale dans le monde scientifique. Il faut reconnaître cependant que l'affaire *Daubert* constitue un assouplissement, d'autant plus que les critères de *Daubert* semblent avoir été, depuis, appliqués avec flexibilité par la Cour suprême américaine<sup>17</sup>.

Cet arrêt n'en a pas moins été âprement critiqué. Tout d'abord, on souligne que ni l'existence de tests, ni la publication d'une nouvelle méthode, ni l'attribution d'une marge d'erreurs, ni enfin l'acceptabilité générale, ne démontrent en soi la fiabilité d'une technique. La raison en est, premièrement, que la fiabilité d'une technique est le plus souvent affaire de degrés. Ensuite, les quatre critères élaborés dans *Daubert* ne permettent pas d'établir un système complet et cohérent d'évaluation des techniques scientifiques. Enfin, et même surtout, la Cour suprême américaine n'explique pas pourquoi il est plus approprié que ce soient des juges, et non des jurés, qui aient à prendre ce type de décision<sup>18</sup>.

16. C. BRUCE, «What is expert evidence? U.S. cases may help», (Jan. 2000) 19 *Lawyers Weekly* no. 34.

17. *Kumho Tire Co. v. Carmichael*, 119 S. Ct 1167 (1999).

18. P. Brad LIMPET, «Beyond the Rule in Mohan: A New Model for Assessing the Reliability of Scientific Evidence», (1996) 54 *U.T. Fac. L. Rev.* 65, 106.

Elle n'explique pas non plus pourquoi il est préférable que les juges se fient à des experts non indépendants pour trancher l'admissibilité, plutôt qu'à la force persuasive de la théorie ou technique scientifique dite «nouvelle» – comme celle, par exemple, permettant de mesurer le poids de l'âme. L'aspect de la soi-disant neutralité scientifique, incidemment, sera étudié plus loin.

## La jurisprudence canadienne

En droit canadien, il est important de distinguer le droit pénal du droit civil, ainsi que le procès devant juge seul et le procès devant jury.

### Le droit pénal

Ce n'est que récemment, en droit canadien, que l'on a commencé à faire des juges les filtres de la légitimité des théories expertes pour décider de l'admissibilité de ces dernières avant d'en faire part à un jury. La question de l'admissibilité de la preuve scientifique nouvelle a été abordée pour la première fois en 1978 dans un jugement de la Cour d'appel du Manitoba, *R. c. Medvedew*<sup>19</sup>, portant sur l'admissibilité d'analyses d'empreintes vocales. Plusieurs pensent que, même à l'heure actuelle, la question de l'admissibilité de la preuve scientifique nouvelle doit être considérée comme n'ayant pas été définitivement tranchée au Canada<sup>20</sup>.

Jusqu'à l'affaire *Mohan*, qui date de 1994<sup>21</sup>, l'opinion d'experts dûment qualifiés était admise si elle était utile au tribunal. La fiabilité des théories expertes faisait partie des nombreuses questions de faits laissées à l'appréciation du jury.

Mohan est un pédiatre accusé de quatre chefs d'agressions sexuelles commises sur quatre jeunes patientes pendant leur examen médical dans son bureau. Son avocat veut mettre en preuve que Mohan ne possède pas le profil psychologique d'un pédophile ni celui d'un psychopathe sexuel. Le juge du procès exclut cette preuve à l'issue du voir-dire. Déclaré coupable, Mohan interjette appel. La Cour d'appel ordonne un nouveau procès. La Cour

19. (1978) 43 C.C.C. (2d) 434; 91 D.L.R. (3d) 21; 6 C.R. (3d) 185; (1978) 5 W.W.R. 208; (1978) 2 W.C.B. 554.

20. VÉZINA, *supra*, note 13.

21. *R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9, 71 O.A.C. 241, 114 D.L.R. (4th) 419, 166 N.R. 245, 89 C.C.C. (3d) 402, 29 C.R. (4th) 243.

suprême rétablit le jugement de première instance et confirme l'inadmissibilité de la preuve experte que Mohan désirait soumettre au jury.

L'affaire *Mohan* n'introduit pas en droit canadien un test d'acceptabilité générale d'une nouvelle théorie scientifique comme condition de sa recevabilité. La Cour suprême, sous la plume du juge Sopinka, invite plutôt les juges à soupeser la valeur probante de la preuve experte et son effet préjudiciable, de façon à ne pas induire le jury en erreur en laissant entrer au dossier, par exemple, une preuve hautement préjudiciable qui n'ait qu'une valeur probante limitée. Incidemment, ce type d'analyse coûts-bénéfices ne se limite pas, en droit pénal, à la seule preuve experte. Tout élément de preuve, même logiquement pertinent, pourra être exclu si sa valeur probante est surpassée par son effet préjudiciable, s'il exige une preuve démesurément longue qui soit sans commune mesure avec sa valeur probante, ou encore, si son effet sur les jurés, juges des faits, serait disproportionné par rapport à sa fiabilité. La preuve d'expert ne devrait pas être admise si elle risque d'être utilisée à mauvais escient et de fausser le processus de recherche de la vérité<sup>22</sup>.

Comme le faisait remarquer monsieur le juge Lederman lors d'une conférence intitulée «Judges as Gatekeepers: The Admissibility of Scientific Evidence Based on Novel Theories», la Cour suprême n'indique pas, dans *Mohan*, comment procéder pour déterminer si l'opinion de l'expert est fondée sur des notions scientifiques légitimes et fiables. Le juge Sopinka se limite à énoncer ce qui suit:

It appears... that evidence which advances a novel scientific theory or technique is subjected to special scrutiny to determine *whether it meets a basic threshold of reliability* and whether it is essential in the sense that the trier of fact will be unable to come to a satisfactory conclusion without the assistance of the expert.<sup>23</sup>  
(italiques ajoutées)

La problématique fondamentale d'une telle analyse réside dans la difficulté de ne pas s'engager dans des questions de poids de la preuve pour décider de l'admissibilité de la preuve. Par

22. T. WALSH, «Preuve d'expert: développements récents en droit criminel», dans *Congrès annuel du Barreau du Québec (1995)*, Montréal, Service de la formation permanente, Barreau du Québec, 1995, p. 353, 355-356.

23. *Supra*, note 21, 415 (C.C.C.).

exemple, on a suggéré que pour décider de l'admissibilité d'une méthode scientifique nouvelle, il fallait scruter la rigueur avec laquelle elle était appliquée et sa valeur probante («probative significance»<sup>24</sup>). C'est un peu, on me pardonnera l'expression, la quadrature du cercle.

La décision de la Cour suprême dans l'affaire *Mohan*, en un sens, n'a fait que reformuler les tests classiques d'admissibilité de la preuve experte en droit canadien: sa pertinence et sa nécessité, ainsi que les qualifications du témoin. *Mohan* énonce en effet quatre critères, dont aucun n'est fondamentalement nouveau: a) la pertinence; b) la nécessité d'aider les juges des faits; c) l'absence de toute autre règle d'exclusion et d) la qualification suffisante de l'expert. Ce n'est qu'en passant, dans le cours de son analyse de la pertinence, que le juge Sopinka mentionne que la fiabilité de la preuve scientifique pourrait bien être un critère d'admissibilité.

*R. c. J.-L.J.*<sup>25</sup>, cependant, se démarque davantage et, de façon plus explicite, confie aux juges le rôle d'arbitres de l'acceptabilité scientifique d'une technique nouvelle. L'accusé, inculpé d'avoir commis une série d'agressions sexuelles sur deux garçons, veut faire témoigner un psychiatre dans le but d'établir que divers tests, dont une pléthysmographie pénienne, indiqueraient qu'il ne possède pas la prédisposition générale ou la déviance sexuelle grave que présenterait nécessairement l'auteur de tels gestes. Le juge du procès ayant exclu cette preuve, la Cour d'appel du Québec ordonne un nouveau procès. La Cour suprême, au contraire (pensant peut-être à préserver la dignité du procès), rétablit la déclaration de culpabilité du juge du procès. Elle le fait ostensiblement pour deux motifs.

Le premier, c'est qu'une nouvelle théorie scientifique doit être «soigneusement examinée». Le deuxième, c'est que si l'on permet à un expert d'affirmer que l'infraction a probablement été commise par un membre d'un groupe distinctif auquel n'appartient pas l'accusé, on se rapproche de la question fondamentale de la culpabilité ou de l'innocence, laquelle ne peut être tranchée que par les juges des faits. En ce sens, l'affaire *J.-L.J.* «innove» à deux niveaux: elle renforce le test de l'acceptation scientifique de la nouvelle technique utilisée par l'expert pour trancher l'admissi-

24. *R. c. Johnston*, *supra*, note 9.

25. 2000 CSC 51.

bilité de l'opinion experte, et elle ramène indirectement la prohibition du «ultimate issue» selon laquelle les experts, dans un passé révolu, ne pouvaient exprimer d'opinion sur le nœud du litige, de peur de ne leur déléguer le pouvoir décisionnel. C'est que la décision elle-même ne peut appartenir qu'à des juges impartiales, c'est-à-dire neutres, en plus d'être assurées d'une indépendance complète par la nature même de leurs fonctions. L'exclusion de l'opinion sur l'issue même du procès, ou «ultimate issue», a cependant été levée par la Cour suprême en 1982 dans *R. v. Graat*<sup>26</sup>. L'affaire *J.-L.J.* va-t-elle lui redonner vie?

Sur le rôle de filtrage des tribunaux, la Cour suprême s'exprime ainsi:

Les témoins experts ont un rôle essentiel à jouer devant les tribunaux criminels. Toutefois, la croissance spectaculaire de la fréquence de l'assignation de témoins experts au cours des dernières années est à l'origine du débat actuel qui porte sur les restrictions qu'il convient d'appliquer à leur participation, les précautions à prendre pour écarter la «science de pacotille» et la nécessité de préserver et de protéger le rôle du juge des faits, que ce soit le juge ou le jury.<sup>27</sup>

Et encore ainsi:

Exprimée en des termes scientifiques que le jury ne comprend pas bien et présentée par un témoin aux qualifications impressionnantes, cette preuve est susceptible d'être considérée par le jury comme étant pratiquement infaillible et comme ayant plus de poids qu'elle ne le mérite.<sup>28</sup>

Ce qui frappe dans ce dernier passage, c'est que l'on sous-entend qu'aucun expert ne viendra contredire celui de l'accusé (ou encore, le cas échéant, celui de la Couronne). Or, sans vouloir faire dévier le débat sur les subtilités de la preuve en matière pénale, rien n'empêcherait la Couronne, si la preuve était déclarée admissible, de produire sa propre contre-expertise<sup>29</sup>, comme elle pourrait le faire, par exemple, si l'accusé introduisait une défense d'aliénation mentale. L'expert de la Couronne pourrait faire ressortir les faiblesses et lacunes de la théorie dite nouvelle. Pourquoi

26. [1982] 31 C.R. (3d) 289, 305 (C.S.C.).

27. *J.L.J.*, *supra*, note 25, par. 25.

28. *Mohan*, *supra*, note 21, par. 19.

29. *Mohan*, *supra*, note 21, par. 38 (citation du juge Martin, Cour d'appel de l'Ontario).

faut-il penser que le jury serait susceptible d'être plus obnubilé par un expert que par l'autre?

Quoi qu'il en soit, il faut convenir que le dernier passage ne témoigne pas d'une confiance démesurée à l'endroit de la sagesse collective du jury. La recherche américaine incline pourtant à croire que comme décideurs des faits, les jurés, peut-être est-ce l'avantage du nombre, s'en tirent à peu près aussi bien que les juges. Le montant excessif des dommages punitifs accordés par des jurys américains auquel nous avons fait référence précédemment constitue un problème distinct, dû à une multiplicité de facteurs. Pour le reste, les jurys américains ne se laissent pas facilement berner, et il n'existe aucune raison de croire que les jurys canadiens soient plus naïfs ou malléables.

La Cour suprême du Canada, dans l'arrêt plus récent de *R. c. D.D.*, ne s'est même pas penchée sur la question de l'acceptation de la théorie par le milieu scientifique et est revenue aux critères traditionnels pour déclarer inadmissible une preuve experte sur l'absence de relation entre la crédibilité d'une enfant et son retard à rapporter une agression sexuelle. La majorité de la Cour a trouvé cette preuve inadmissible parce que 1) non nécessaire; 2) susceptible d'usurper les fonctions du jury; 3) difficile à vérifier en contre-interrogatoire parce que découlant d'informations non attestées sous serment; 4) exigeant un temps considérable; 5) onéreuse<sup>30</sup>. La fiabilité scientifique n'a pas été abordée. La Cour suprême, confirmant en cela la Cour d'appel d'Ontario, a plutôt estimé que le contenu de cette preuve ne revêtait pas un caractère technique tel qu'une preuve experte soit nécessaire. Une directive au jury pouvait facilement la remplacer.

Au Québec, la jurisprudence récente en matière pénale devant juge seul/e démontre que la nouveauté d'une technique, ou l'absence de données sur sa fiabilité, joue au niveau de l'appréciation du poids de la preuve experte, et non au niveau de l'admissibilité. Ainsi, la juge Nicole Bernier, après avoir entendu une preuve sur la polygraphie, a conclu que cette technique faisait appel à tellement de variables humaines que sa valeur probante en était automatiquement amoindrie. Par exemple, le policier polygraphiste n'avait pas été en mesure d'expliquer la relation entre un mensonge et les réactions physiologiques constatées<sup>31</sup>.

30. [2000] 2 R.C.S. 275.

31. [2000] R.J.Q. 982.

Il convient de rappeler à ce stade que les résultats d'un test par détecteur de mensonges ont été jugés inadmissibles par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Béland* en 1987. Cependant, le motif retenu n'avait pas été la nouveauté de la technique, mais plutôt que cette preuve, ne visant qu'à soutenir la crédibilité d'un accusé, n'était pas recevable en droit. Le juge McIntyre soulignait de plus que cette preuve perturberait les procédures, occasionnerait des retards et créerait de nombreuses complications «sans pour autant apporter au processus plus de certitude qu'on en trouve à présent»<sup>32</sup>. Il ne faut pas en conclure pour autant que le débat sur l'admissibilité de ce type de preuve n'a plus cours, comme nous le verrons.

Plus récemment, le juge Carrier a écarté, après l'avoir entendue, une expertise sur la valeur des procédures d'enquête dans une affaire d'attouchements sexuels de la part d'un enseignant sur des élèves. La Cour d'appel a ordonné un nouveau procès, mais non sur une question d'admissibilité d'une théorie experte nouvelle. Elle a estimé qu'il y avait eu méprise sur le but de l'expertise, le juge de première instance ayant pensé que l'expert cherchait à usurper son rôle d'appréciation de la crédibilité, alors que l'expertise visait plutôt l'appréciation de la valeur des procédures d'enquête employées pour obtenir les témoignages de la poursuite<sup>33</sup>. Il importe de noter que le pourvoi à la Cour suprême a été accueilli<sup>34</sup>.

Si l'on s'éloigne des procès criminels devant juges seules pour passer à la protection de la jeunesse, où le fardeau de la preuve est la simple prépondérance, comme en droit civil, on observe le même phénomène. Il faut préciser toutefois qu'il n'y a pas en la matière une jurisprudence abondante. Celle qui existe permet de constater que les juges entendent la preuve scientifique «nouvelle», et décident, *a posteriori*, de son admissibilité et, le cas échéant, du poids à lui attribuer. Cela n'est pas sans faire honneur à leur sens pratique, quand on sait les résultats fréquents du maintien d'une objection sur le cours d'un procès.

Un jugement de la Chambre de la jeunesse est particulièrement révélateur à ce sujet<sup>35</sup>. Le Directeur de la protection de la

32. *R. c. Béland*, [1987] 2 R.C.S. 398, 417.

33. *Hamelin c. R.*, AZ-99011197, J.E. 99-599.

34. [2000] 2 R.C.S. 273.

35. *Protection de la jeunesse* – 984, J.E. 99-777 (C.Q.), juge Michel DuBois.

jeunesse demande au tribunal de déclarer compromis la sécurité et le développement d'une enfant de trois ans aux motifs qu'elle serait victime d'abus sexuels de la part de son père. Cette demande, en passant, sera rejetée. Toutefois, le père, très inquiet, se soumet volontairement à un test polygraphique, qu'il réussit. Le juge DuBois, décidant au mérite, estime que cette preuve, qu'il a pourtant permise, a constitué «une pure perte de temps». Il ajoute qu'il n'appartient pas à un policier polygraphiste, déclaré expert en polygraphie, de démontrer les liens entre un individu adulte branché à l'appareil et ses réactions physiologiques». Il est sans doute utile de spécifier qu'en l'occurrence, il y avait eu une répétition avant le test lui-même – peut-être cela fait-il partie de la méthodologie? La décision ne l'indique pas – et que les questions avaient été établies en collaboration avec le sujet.

### **Le droit civil québécois**

Rappelons tout d'abord les dispositions pertinentes. Le témoignage d'expert est prévu à l'article 2843 C.c.Q. Quant à sa valeur probante, elle est déterminée conformément à l'article 2845 C.c.Q.

Sur l'admissibilité de techniques scientifiques nouvelles en droit québécois, il n'y a pas abondance de décisions. Entendons par là des décisions qui refusent spécifiquement à une partie le droit d'apporter une preuve scientifique dite «nouvelle», et non pas des décisions qui rejettent une expertise parce qu'elle ne s'appuie sur aucune étude et ne réfère à aucune donnée scientifique<sup>36</sup>.

L'arrêt-clef est *Hôtel central (Victoriaville) Inc. c. Compagnie d'assurance Reliance*<sup>37</sup>. Dans cette affaire, l'assureur refuse d'indemniser la demanderesse pour le motif que l'actionnaire majoritaire et administrateur aurait mis le feu à l'hôtel. L'Hôtel central veut soumettre en preuve le test polygraphique de cet administrateur, tout en s'opposant à ce que Reliance puisse également lui faire passer un test polygraphique. Madame la juge Dutil estime, conformément à l'enseignement de la Cour suprême dans *Béland*<sup>38</sup>, qu'un rapport de ce genre ne vise qu'à établir la crédibi-

36. Voir, par exemple, l'affaire *2842-1733 Québec inc. c. Allstate du Canada*, REJB 1998-04516 (C.S.).

37. J.E. 97-2233, AZ 97022025 (C.S.).

38. *Supra*, note 31. L'inadmissibilité du test polygraphique a d'ailleurs été confirmée à nouveau dans *R. c. Oickle*, bien que cette question n'ait pas fait le principal objet du débat ([2000] 2 R.C.S. 3).

lité d'un témoin et que l'appréciation de la crédibilité ne peut appartenir qu'à la juge des faits. Elle souligne de plus que cet élément de preuve constitue du *self serving evidence* et est également inadmissible pour ce motif. Il importe de retenir que nous sommes à un stade interlocutoire – il s'agit d'une requête pour rejeter le rapport du polygraphe<sup>39</sup>.

La Cour d'appel est d'un avis différent. S'appuyant sur une décision antérieure<sup>40</sup> où il s'agissait de radier une allégation concernant un test de polygraphe, elle décide que «la fiabilité de la preuve obtenue par détecteur de mensonges est un élément influant principalement sur sa valeur probante et cette question devrait être évaluée par le juge du fond et non au stade interlocutoire»<sup>41</sup>.

Il convient peut-être de rappeler, pour mieux comprendre le raisonnement de la Cour d'appel, qu'un fait peut être pertinent et admissible s'il vient appuyer la valeur probante d'un autre élément de preuve.

### **Le pour et le contre du contrôle de la légitimité scientifique**

En faveur du rôle de «gatekeeper» que l'on veut attribuer aux juges du procès, soulignons deux arguments qui sont de taille: le premier est d'éviter d'induire les décideurs en erreur par une preuve dont l'effet pourrait être disproportionné par rapport à sa fiabilité<sup>42</sup>. Le deuxième est d'éviter une preuve qui pourrait s'avérer d'une utilité douteuse, ou même stérile, parce que le mérite scientifique de la technique d'intérêt n'est pas encore accepté dans les milieux scientifiques. En d'autres termes, pourquoi forcer l'autre partie à répondre à une preuve dont les assises scientifiques pourraient être considérées comme faibles ou encore mal établies?

Le mérite du premier argument se défend assez bien, du moins en droit pénal. Il est permis, nous l'avons vu, d'exclure une

39. *Supra*, note 31. L'inadmissibilité du test polygraphique a d'ailleurs été confirmée à nouveau dans *R. c. Oickle*, bien que cette question n'ait pas fait le principal objet du débat ([2000] 2 R.C.S. 3).

40. *American Home Insurance Company c. Hotel Plaza (Macamic) Inc.*, n° 200-09-000743-838, 19-03-84.

41. REJB 1998-06721. Voir l'opinion du juge Philippon *in fine*.

42. *Mohan*, *supra*, note 21.

preuve qui est plus préjudiciable qu'elle n'est concluante, bien que le principe ait ses limites<sup>43</sup>. Par exemple, le ministère public ne pourra produire une preuve d'expert pour démontrer la prédisposition de l'accusé à commettre le crime si cette preuve ne vise pas aussi à prouver autre chose, telle une preuve d'identification. En d'autres termes, une telle preuve est inadmissible si elle ne doit être utilisée que comme simple preuve de prédisposition. Quant à l'accusé, s'il veut produire une preuve de sa prédisposition à ne pas commettre le crime, cette preuve se limitera à la preuve de sa réputation au sein de la collectivité et ne relèvera pas en général du domaine de l'expertise<sup>44</sup>.

L'idée que les juges aient à servir de filtres en matière de recevabilité d'une preuve scientifique nouvelle a pour fondement la crainte que les jurés ne se laissent indûment influencer par le jargon scientifique ou par un curriculum vitæ impressionnant. D'aucuns pourraient penser que ce genre de raisonnement est paternaliste et peu respectueux de l'institution du jury, qui a fait ses preuves et jouit auprès du public d'une saine réputation. Le plus grand mérite du procès devant jury est peut-être qu'il permet à la collectivité de transmettre ses valeurs au système judiciaire, et en ce sens, de faire évoluer le droit pour qu'il s'accorde mieux avec une vision contemporaine de la société. Songeons par exemple aux trois acquittements du Dr. Morgentaler par un jury au Québec.

Mais revenons à notre propos. L'idée de soustraire la fiabilité d'une preuve scientifique, si nouvelle soit-elle, à l'appréciation du jury semble aller à l'encontre de la vision traditionnelle du rôle du jury. Dans l'affaire *Corbett*, monsieur le juge Dickson énonçait ainsi cette vision, dont la sagesse ne semble pas démentie aujourd'hui:

In my view, the best way to balance and alleviate these risks is to give the jury all the information, but at the same time give a clear direction as to the limited use they are to make of such information. Rules which put blinders over the eyes of the trier of fact should be avoided except as a last resort. It is preferable to trust the good sense of the jury and to give the jury all relevant information, so long as it is accompanied by a clear instruction in law from the trial judge regarding the extent of its probative value.<sup>45</sup>

43. *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670

44. *Mohan*, *supra*, note 21.

45. *Corbett*, *supra*, note 42, 691.

Devant juge seule, l'idée d'exclure une preuve experte parce qu'elle serait trop préjudiciable par rapport à son degré de fiabilité paraît inopportune, puisque la personne qui décide de l'admissibilité entendra forcément bonne partie de cette preuve et peut difficilement éviter d'en être au courant. Que l'autre partie se voit, ou s'imagine, contrainte d'y répondre, est un inconvénient, certes, mais un inconvénient susceptible de faciliter la recherche de la vérité, toutes proportions gardées. Il faut en définitive se fier au bon jugement des juges et compter sur leur capacité de nuancer leur appréciation de cette preuve et de faire les distinctions qui s'imposent.

Reste l'argument selon lequel il est souhaitable d'éviter de perdre le temps de la cour à entendre une preuve experte peu concluante. Cela pourrait être un argument valide, mais pas s'il faut prendre autant de temps à entendre un débat d'experts sur le degré d'acceptation de la technique en cause dans le milieu scientifique concerné.

Voyons en effet comment les choses se passent dans les juridictions qui ont adopté pour leurs juges un rôle de véritables filtres de la fiabilité scientifique des opinions d'experts:

The judge must be given the right to exclude, pretrial, so-called junk science. In *Daubert*, the Court took a step down a path that is changing the trial practice. *There are now pre-trial Daubert hearings. A ruling excluding an expert or narrowing the expert's trial testimony may decide who wins.* *Daubert*, with its bias for the scientific method, revives an interest in deduction and induction. What is meant by legal reasoning and how does it differ from scientific reasoning? The path that commenced with *Daubert* will take us to some strange ports of call.<sup>46</sup> (italiques ajoutés)

Comme on le constate à la lecture de cet extrait, les règles fédérales américaines prévoient maintenant toute une procédure pour décider à l'avance de l'admissibilité d'une preuve experte. Ces développements provoquent un réaménagement des rapports de force entre les parties, ainsi qu'une nouvelle réflexion sur les distinctions philosophiques entre la science et le droit. La science peut se permettre d'être constamment en quête de la vérité scientifiquement certaine. Les juges n'ont pas ce luxe. Elles et ils ont l'obligation de rendre une décision exécutoire, selon la simple pré-

46. Jacob A. STEIN (*Senior Editor*), «Looking Backward and Looking Forward», *Litigation*, (ABA) Winter 2001, Volume 27, Number 2, 20, 22.

pondérance de la preuve. Les débats scientifiques peuvent n'avoir jamais de fin. Les procès doivent aboutir.

On pourrait y voir une simple coïncidence, mais aux États-Unis, les perdants poursuivent de plus en plus leur propre expert en responsabilité professionnelle, alléguant qu'ils ont été induits en erreur<sup>47</sup>. Se peut-il que les experts occupent trop de place dans le système judiciaire américain? Il y a beaucoup à admirer chez nos voisins, mais il n'est pas impossible qu'un milieu aussi fortement judiciarisé ne constitue pas un modèle idéal pour la société que nous sommes.

Que l'on imagine un instant les péripéties légales qui pourraient surgir ici à cause de débats préliminaires d'une telle envergure. Après tout, éliminer la preuve experte sans l'entendre n'est pas simple affaire, sans compter qu'il n'est pas impensable que tout ce gardiennage ait l'effet pervers d'affaiblir la cohérence du système judiciaire: il pourrait s'avérer plus difficile, pour les juges du fond, d'écarter une preuve scientifique dont la méthodologie aurait d'ores et déjà été déclarée fiable par des collègues.

Est-il opportun d'importer dans notre droit un test de *Frye*, quelle que soit sa formulation, rigide ou flexible, à une époque où l'on se plaint de plus en plus de la complexité grandissante des règles de droit, des coûts et des délais de la justice?

Toutefois, l'argument le plus important qui milite contre la politique de décider du mérite d'une preuve scientifique avant de la juger admissible, c'est le danger de déléguer l'appréciation de la preuve et de son admissibilité à des gens qui ne sont pas neutres.

En effet, les scientifiques ne sont pas neutres. Les scientifiques publient, prennent position et ont intérêt à défendre ces positions, que ce soit pour préserver leur crédibilité, ou pour être constants avec leurs positions passées, ou encore par simple rivalité dans un monde compétitif. Le monde scientifique est un monde divisé, pleins d'écoles de pensées et de factions. Comme l'observait le juge Lederman lors d'un colloque sur la génétique, l'éthique et la loi en juin 2001, «the scientific world is adversarial at its core». Plus cyniquement, Limpert nous met en garde contre une possible désinformation:

---

47. Mark HANSEN, *Experts Are Liable, Too*, ABA Journal/November 2000, 17.

[...] the Frye test assumes that scientific opinion is accurate. This assumption may be wrong if the relevant scientific community has incentives to accept an incorrect or untrue principle. "Bootstrap validation" may occur when a small number of people accept each other's untrue claims in order to protect their professional reputations and careers.<sup>48</sup>

En d'autres termes, la communauté scientifique chargée de valider ou non la nouvelle théorie scientifique pourrait être encline à la valider, ou à l'invalider, malgré les erreurs scientifiques, ou le non-respect de l'éthique expérimentale, pour le simple motif, par exemple, que des individus se préoccuperaient plus de l'impact de leur position sur leur réputation que de la recherche de la vérité. Rien de cela n'est impensable.

De plus, quand les scientifiques servent d'experts dans un procès, ils et elles subissent l'effet polarisant du système contradictoire, ne serait-ce qu'en raison du fait qu'une des parties défraie fatalement leurs honoraires.

L'expérience canadienne incline à croire que le système traditionnel d'admissibilité de la preuve experte a bien servi la communauté juridique jusqu'à présent. Il n'a pas empêché des experts en science sociale, par exemple, d'introduire le syndrome de la femme battue dans l'affaire *Lavallée*, en approfondissant les concepts sur la légitime défense et la crainte raisonnable pour la sécurité de sa personne. Jusqu'alors, la loi analysait la crainte raisonnable en fonction de «l'homme raisonnable». La défense légitime, c'était la force opposée **pendant** une attaque, pas dans un moment d'accalmie. Il a fallu une preuve experte pour exposer les mythes et stéréotypes de cette approche, développée pour des accusés traditionnellement mâles. Cette preuve a été jugée acceptable parce qu'elle était utile, et non pas parce que le monde scientifique l'endossait uniformément. Comme s'en exprimait madame la juge Wilson:

[the] fairness and the integrity of the trial process demand that the jury have the opportunity to hear [that opinion].<sup>49</sup>

Enfin, la fiabilité est un élément variable, qui dépend beaucoup de l'interprète. La fiabilité d'une méthode est une notion beaucoup moins objective qu'on ne pourrait le croire au premier

48. *Supra*, note 18, 72.

49. *R. c. Lavallée*, [1990] 1 R.C.S. 852, 891.

abord. Les sciences appliquées ne sont ni exactes, ni infaillibles. Trouver une méthode fiable, c'est, finalement, porter un jugement de valeur sur cette méthode<sup>50</sup>. En ce sens, l'appréciation de la fiabilité est une constatation de faits qui ne se distingue pas fondamentalement d'autres constatations de faits, et que l'on pourrait sans doute, en toute sérénité, laisser aux décideurs des faits, juges ou jurés.

Laissons le mot de la fin au juge Timothy W. White:

There is no doubt that the task of judging can be difficult and complicated and often, trying. The foundation of good judgment will continue to rest on common sense, scepticism, humanism and historical knowledge.<sup>51</sup>

## TABLE DE LA LÉGISLATION

### Textes fédéraux

*Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), c. C-5.

### Textes provinciaux

*Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64, art. 2843 et 2845.

### Textes américains

Federal Rules of Evidence (U.S.), Rules 702, 704.

## TABLE DE LA JURISPRUDENCE

### Jurisprudence canadienne

*R c. Graat* (1982), 144 D.L.R. (3d) 267 (C.S.C.).

*R c. Abbey*, [1982] 2 R.C.S. 24.

*R c. Béland*, [1987] 2 R.C.S. 398.

*R c. Marquard*, [1993] 4 R.C.S. 223.

*R c. Taillefer*, (1995) 40 C.R. (4th) 287 (C.A.Q.).

---

50. LIMPET, *supra*, note 18, 75-76.

51. T.W. WHITE, «Opinion evidence: guidelines for admissibility and proper usage in Canadian courts», (1999) 22 *Prov. Judges J.* no. 4, 57, 67.

*R c. Medvedew*, (1978) 43 C.C.C. (2d) 434, 91 D.L.R. (3d) 21, 6 C.R. (3d) 185, [1978], 6 W.W.R. 208, 2 W.C.B. 554.

*R c. Bourguignon*, [1991] O.J. No. 2670 (Q.L.).

*R c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9.

*R c. Leclerc*, C.Q. Montréal, n° 500-01-006580-002, 15 février 2001, j. Sansfaçon, REJB 2001-22599.

*R c. Parrott*, 26 janvier 2001, REJB 2001-22166 (C.S.C.).

*R c. J.-L.J.*, 2000 CSC 51, 9 novembre 2001, REJB 2000-20861.

*R c. D.(D.)*, 5 octobre 2000, REJB 2000-20289 (C.S.C.).

*R c. Oickle*, 29 septembre 2000, REJB 2000-20234 (C.S.C.).

*R c. Gauthier*, C.Q., n° 200-01-043025-992, 12 mai 2000, j. Dionne, REJB 2000-21358.

*Québec (Procureur général) c. Entreprises W.F.H. Ltée*, C.S., n° 455-36-000034-991, 13 avril 2000, j. Bellavance, REJB 2000-18225.

*Dans la situation de: B.(L.)*, 1<sup>er</sup> février 2000, REJB 2000-16406 (C.Q.).

*Blackburn c. La Reine*, C.A., n° 500-10-000695-963, 9 décembre 1999, j. LeBel, Nuss et Thibault, REJB 1999-15476.

*UL Canada inc. c. Québec (Procureur général)*, C.S., n° 500-05-039161-987, 26 mai 1999, j. Guthrie, REJB 1999-12934.

*H. (J.) c. La Reine*, C.A., n° 200-10-000443-973, 12 février 1999, j. LeBel, Chamberland et Pidgeon, REJB 1999-10885.

*Dans la situation de l'enfant H. (F.)*, C.Q., n° 405-41-000230-982, 18 décembre 1998, j. Dubois, REJB 1998-10633.

*J. (J.) c. La Reine*, C.A., n° 500-10-000766-962, 12 août 1998, j. Beauregard, Fish et Robert, REJB 1998-07662.

*Hotel Central (Victoriaville) inc. c. Compagnie d'assurance Reliance*, C.A., n° 200-09-001735-973, 2 juin 1998, j. Brossard, Dussault et Philippon, REJB 1998-06721.

*Thivierge, ès qualités «Avocat» c. Centre communautaire juridique de Montréal*, C.Q., n° 540-02-007069-983, 28 mai 1998, REJB 1998-09031.

*Dans la situation de B. (P.)*, 24 février 1998, REJB 1998-08030 (C.Q.).

*Porto Seguro companhia de Seguros Gerais c. Belcan S.A.*, 18 décembre 1997, REJB 1997-04086 (C.S.C.).

*Canada (Procureur général) c. York International Ltd.*, C.S., n° 500-05-000860-872, 21 novembre 1997, j. Hébert, REJB 1997-03640.

*Pelletier c. La Reine*, C.S., n° 705-01-005488-954, 18 novembre 1997, j. Côté, REJB 1997-04980.

*Hôtel Central (Victoriaville) inc. c. Compagnie d'assurance Reliance*, 3 novembre 1997, REJB 1997-03879 (C.S.).

*Brochu c. Montréal (Ville de)*, C.S., n° 500-05-003722-830, 25 juillet 1997, j. Guthrie, REJB 1997-01663.

### **Jurisprudence américaine**

*Frye v. United States*, 293 F. 1013 (D.C. Cir. 1923).

*Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals Inc.*, 113B S. Ct. 2786 (1993), 509 U.S. 579 (1993).

*General Elec. Co. v. Joiner*, 118 S. Ct 512 (1997).

*Kumho Tire Co. Ltd. v. Carmichael*, no. 97-1709, 1999 WL 152455 (March 23, 1999).

### **BIBLIOGRAPHIE**

#### **Monographie**

ROYER, J.-C., *La preuve civile*, 2<sup>e</sup> éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1995, 1290 pages.

SOPINKA, J. et S.N. LEDERMAN, *The Law of Evidence in Canada*, Toronto, Butterworths, 1992.

#### **Recueil d'études**

BLACK, B. et M.S. KLEIN, «Scientific evidence review. Monograph #3 & 4», dans American Bar Association, *Standing Committee on Scientific Evidence*, Chicago, Editors Bert Black and Mark S. Klein, 1993.

BRUCE, C., «What is expert evidence? U.S. cases may help», (Jan. 2000) 19 *Lawyers Weekly*, no. 34, 9-10.

DUNCAN, K.L., «Lies, Damned Lies and Statistics? Psychological Syndrome Evidence in the Courtroom After *Daubert*», (1996) 71 *Ind. L.J.* 753-771.

- DUVAL-HESLER, N., «Le rôle des témoins-experts dans les causes de nature environnementale», dans Institut canadien de la justice/Canadian Institute for the Administration of Justice, *La recevabilité et l'appréciation de la preuve dans un monde complexe = Filtering and Analyzing Evidence in an Age of Diversity*, Montréal, Éditions Thémis, 1995, p. 211-222.
- GIANELLI, P.C., «The Admissibility of Novel Scientific Evidence: *Frye v. United States* a Half-Century Later», (1980) 2 *Colum. L. Rev.* 1197.
- GOLD, A.D., «When experts speak, should judges listen: some basic science lessons», (Winter 1999) 22 *Prov. Judges J.*, no. 4, 7-39.
- GONTHIER, C.D., «Chroniques. Le témoignage d'experts: à la frontière de la science et du droit», (1993) 53 *R. du B.* 187-196.
- GRAHAM, M.H., «The Expert Witness Predicament: Determining "Reliable" Under the Gatekeeping Test of *Daubert*, *Kumho*, and Proposed Amended Rule 702 of the Federal Rules of Evidence», 54 *Univ. Miami L.R.* 316-357.
- LANDRY, J.-P., «De la preuve par expert: la jurisprudence», (1980) 40 *R. du B.* 652 à 666.
- LAPERRIÈRE, R., «Comptes rendus. Pierre Patenaude. *La preuve, les techniques modernes et le respect des valeurs fondamentales: enquête, surveillance et conservation de données*. Sherbrooke, Éd. Revue de droit, Université de Sherbrooke, 1990, 296 p.», (1991) 70 *R. du B. can.* 204-208.
- LIMPERT, P.B., «Beyond the Rule in *Mohan*: A New Model for Assessing the Reliability of Scientific Evidence», (1996) 54 *U.T. Fac. L. Rev.* 65-106.
- MURPHY, T.J., «Computer recreations and the expert evidence admissibility analysis: a reconsideration of current conceptions of reliability and prejudice, and their impact on the role of the trier of fact», (Oct. 2000) 23 *Advocates's Q.* 392-443.
- OSBORNE, J.W., «Judicial/Technical Assessment of Novel Scientific Evidence», (1990) *U. of Ill. L. Rev.* 497-546.
- PACIOCCO, D.M., «L'évaluation du témoignage d'opinion pour en établir l'admissibilité: les leçons récentes du droit de la preuve», dans *Association des avocats de la défense de Montréal. Septième journée d'étude*. Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1995, p. 3-42.

- PATENAUDE, P., «De la recevabilité des preuves fondées sur des techniques non consacrées par la communauté scientifique», (1983) 43 *R. du B.* 51 à 60.
- VÉZINA, J., «La preuve technique et scientifique en droit pénal environnemental», dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développements récents en droit de l'environnement* (2000), vol. 139, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, p. 273-344.
- WALSH, T., «Preuve d'expert: développements récents en droit criminel», dans *Congrès annuel du Barreau du Québec* (1995), Montréal, Service de la formation permanente, Barreau du Québec, 1995, p. 353-491.
- WHITE, T.W., «Opinion evidence: guidelines for admissibility and proper usage in Canadian courts», (Winter 1999) 22 *Prov. Judges J.* no. 4, 57-68.

# La responsabilité en matière maritime

André BRAËN

## Résumé

Une abondante mise à jour de la législation fédérale à caractère maritime a été récemment entreprise par le Parlement canadien. La *Loi sur la responsabilité en matière maritime* en constitue un élément important et elle réunit en son corps tous les régimes de responsabilité applicables en matière maritime. Ce code de la responsabilité maritime tient compte à la fois des lacunes identifiées par les tribunaux en ce qui concerne le contenu du droit maritime canadien et aussi des engagements internationaux auxquels le Canada a souscrit. L'auteur procède à l'analyse critique des règles mises de l'avant par ce nouveau régime à l'égard des accidents mortels, du partage de la responsabilité, de la limitation de la responsabilité du propriétaire de navire, de la responsabilité du transporteur de passagers et de marchandises et finalement, de celle découlant de la pollution par les hydrocarbures.



# La responsabilité en matière maritime

André BRAËN\*

|                                                                                    |     |
|------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| INTRODUCTION . . . . .                                                             | 391 |
| I - PRÉJUDICE CORPOREL ET PARTAGE DE LA<br>RESPONSABILITÉ . . . . .                | 392 |
| a) Le droit maritime canadien . . . . .                                            | 392 |
| b) Le préjudice corporel . . . . .                                                 | 397 |
| c) Le partage de la responsabilité . . . . .                                       | 400 |
| II - LA LIMITATION DE RESPONSABILITÉ . . . . .                                     | 405 |
| III - LA RESPONSABILITÉ DU TRANSPORTEUR<br>MARITIME DE PASSAGERS . . . . .         | 412 |
| IV - LA RESPONSABILITÉ DU TRANSPORTEUR<br>SOUS CONNAISSEMENT MARITIME . . . . .    | 417 |
| V - LA RESPONSABILITÉ DÉCOULANT DE LA<br>POLLUTION PAR LES HYDROCARBURES . . . . . | 422 |
| CONCLUSION. . . . .                                                                | 429 |

---

\* Avocat et professeur titulaire à la Faculté de droit de l'Université d'Ottawa.



## INTRODUCTION

1. Un élément important de la politique maritime canadienne mise de l'avant en 1995 par les autorités fédérales<sup>1</sup> visait la modernisation du cadre législatif applicable dans ce domaine et, plus particulièrement, de la *Loi sur la marine marchande du Canada*<sup>2</sup>. Une abondante mise à jour de la législation fédérale à caractère maritime s'ensuivit<sup>3</sup>. Celle-ci témoigne d'une activité et d'une fébrilité plutôt inhabituelles de la part du Parlement en cette matière. Depuis longtemps, une réforme était réclamée afin de rendre le transport maritime plus efficace et abordable. L'adoption récente de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime*<sup>4</sup> (ci-après la «*L.R.M.*») résulte de ce processus. La *L.R.M.* réunit en une seule loi tous les régimes de responsabilité en matière maritime. La rédaction de ce code de la responsabilité maritime a tenu compte des lacunes mises à jour par les tribunaux en ce qui concerne le contenu du droit maritime canadien et aussi de plusieurs textes internationaux auxquels le Canada a donné son aval. Ainsi, les parties 1 et 2 de la *L.R.M.* établissent les règles relatives aux accidents mortels et au partage de la responsabilité. Quant aux autres, la partie 3 traite de la limitation de la responsabilité du propriétaire de navire, la partie 4 énonce le nouveau régime de responsabilité applicable au transporteur maritime de

1. La politique maritime constitue elle-même un élément de la stratégie d'ensemble élaborée par le gouvernement canadien pour tous les modes de transport. Outre la modernisation de la législation maritime fédérale, la nouvelle politique insistait, entre autres, sur la restructuration du régime portuaire canadien et la commercialisation des opérations du réseau des Grands Lacs et de la voie maritime du Saint-Laurent. Voir : *La politique maritime nationale*, notes d'une allocution du ministre des Transports Douglas Young à la Chambre des Communes, Ottawa, le 14 décembre 1995. Pour l'énoncé législatif de cette politique, voir : *Loi sur les transports du Canada*, L.C., 1996, c. 10, art. 5.

2. L.R.C. (1985), c. S-9. Cette législation, l'une des plus vieilles du Canada et à caractère largement technique et administratif, s'inspirait du *British Merchant Shipping Act*, (1894) 57 & 58 Vict., c. 60. La *Loi de 2001 sur la marine marchande du Canada*, L.C. 2001, c. 26, est appelée à la remplacer.

3. Dont la *Loi maritime*, L.C. 1998, c. 10, la *Loi modifiant la Loi sur la marine marchande du Canada (responsabilité en matière maritime)*, L.C. 1998, c. 6, la *Loi modifiant la Loi sur la marine marchande du Canada et d'autres lois en conséquence*, L.C. 1998, c. 16, la *Loi de 2001 sur la marine marchande du Canada*, *supra*, note précédente, la *Loi sur la responsabilité en matière maritime*, L.C. 2001, c. 6, la *Loi sur le Tribunal d'appel du transport du Canada*, L.C. 2001, c. 29, art. 46 à 51. Voir aussi la *Loi sur le pilotage*, L.R.C. (1985), c. P-14 tel que modifié par L.C. 1998, c. 10, et L.C. 2001, c. 26.

4. *Supra*, note précédente.

passagers, la partie 5 fait de même avec le transporteur de marchandises et finalement<sup>5</sup>, la partie 6 traite de la responsabilité découlant de la pollution par les hydrocarbures. L'analyse qui suit présente les caractéristiques principales applicables successivement à chacun de ces aspects.

## **I - PRÉJUDICE CORPOREL ET PARTAGE DE LA RESPONSABILITÉ**

2. La partie 1 de la *L.R.M.* traite des poursuites et réclamations découlant de blessures corporelles ou d'accidents mortels et qui relèvent du droit maritime canadien ou encore, de toute autre règle de droit en matière de navigation et de marine marchande (art. 5). Elle identifie les ayants droits qui, dans de tels cas, peuvent intenter une poursuite judiciaire contre l'auteur du préjudice ainsi que les types de dommages donnant lieu à réparation. Quant à la partie 2, elle concerne tout litige qui, aussi, relève du droit maritime canadien ou de toute autre règle de droit en matière de navigation et de marine marchande (art. 16) et elle introduit la règle du partage de la responsabilité en matière maritime. Pour apprécier la portée et le rôle que jouent les parties 1 et 2 de la *L.R.M.*, il importe dans un premier temps d'insister brièvement sur la nature et le contenu du droit maritime canadien tel que défini par la *Loi sur la Cour fédérale*<sup>6</sup>.

### **a) Le droit maritime canadien<sup>7</sup>**

3. Pour déterminer si le droit maritime canadien doit s'appliquer à un litige, il faut, suivant en cela l'approche qui est implacablement appliquée par la Cour suprême du Canada<sup>8</sup>, faire appel à

5. La partie 7 de la *L.R.M.* valide certains textes réglementaires et la partie 8 contient les dispositions transitoires.

6. L.R.C. (1985), c. F-7, art. 2. Le «droit maritime canadien» est défini «comme étant le «Droit – compte tenu des modifications y apportées par la présente loi ou par toute autre loi fédérale – dont l'application relevait de la Cour de l'Échiquier du Canada, en sa qualité de juridiction de l'Amirauté, aux termes de la *Loi sur l'Amirauté*, chapitre A-1 des statuts révisés du Canada de 1970, ou de toute autre loi, ou qui en aurait relevé si ce tribunal avait eu, en cette qualité, compétence illimitée en matière maritime et d'amirauté» (nos italiques).

7. L'expression a été définie, comme le laisse voir le texte de la note précédente, en référence à la compétence en amirauté attribuée à la Cour fédérale du Canada. Pour une analyse de cette expression, voir: A. BRAËN, *De l'effet relatif du contrat maritime ou de la relative uniformité du droit maritime canadien*, (2001) 31 R.G.D. 473.

8. Voir en particulier: *ITO International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Ltd. Inc.*, [1986] 1 R.C.S. 752; *QNS Paper Co. c. Chartwell Shipping Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 683; *Whitbread c. Walley*, [1990] 3 R.C.S. 1273; *Monk c. Island*

un processus préalable de qualification du litige. Ainsi, le droit maritime canadien trouve application si le litige soulève une question maritime. Dans un tel cas, la solution dérive nécessairement et obligatoirement du droit maritime canadien lequel relève de la compétence législative exclusive du Parlement en matière de navigation et de marine marchande<sup>9</sup>. Même si le caractère maritime d'un litige peut paraître évident et pour savoir si une question examinée relève bien du droit maritime canadien, il faut que cette question soit entièrement liée aux affaires maritimes au point de constituer légitimement du droit maritime canadien<sup>10</sup>.

4. Quant au contenu du droit maritime canadien, celui-ci s'entend des lois et règlements fédéraux en matière maritime. En cas de silence du législateur, ce pourra être à la limite un chef de réclamation énuméré à l'article 22(2) de la *Loi sur la Cour fédérale*<sup>11</sup>. Ultimement, c'est l'ensemble des règles de droit maritime empruntées à l'Angleterre et qui englobe à la fois les règles et principes d'amirauté<sup>12</sup> et ceux de common law appliqués par les tribunaux anglais aux affaires maritimes et tels que ces règles et principes sont reçus dans la jurisprudence canadienne. Le droit maritime canadien est un droit fédéral uniforme et applicable tel quel partout au Canada. C'est parce que la Cour fédérale a

---

*Fertilizers Ltd.*, [1991] 1 R.C.S. 779; *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. c. Saint John Shipbuilding Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 1210 et *Succession Orden c. Grail*, [1998] 3 R.C.S. 437.

9. *Loi constitutionnelle de 1867*, art. 91(10).

10. *ITO International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronic Ltd. Inc.*, *supra*, note 8, p. 774-776 (j. McIntyre).

11. *Supra*, note 6. L'article 22(2) énumère de façon exhaustive les chefs de réclamation que la Cour fédérale peut entendre. La Cour est ainsi compétente pour entendre les litiges ayant trait au droit de propriété, au titre ou à la possession d'un navire, aux privilèges et hypothèques maritimes, à la responsabilité découlant de pertes de vie ou de blessures survenues dans l'utilisation d'un navire, à la responsabilité découlant d'un abordage, au connaissance et au contrat d'affrètement, au remorquage et au pilotage, au sauvetage, à l'approvisionnement d'un navire, à la construction et réparation navales, aux gages de l'équipage et aux débours du capitaine, aux contributions à l'avarie commune et à l'assurance maritime et aux réclamations de droits de dock et de canal. Ces chefs de compétence «s'alimentent», selon la Cour suprême, à même le droit maritime canadien.

12. Dans l'arrêt *Monk*, *supra*, note 8, le j. Iacobucci affirme que les termes «maritime» et «amirauté» doivent être interprétés dans le contexte moderne du commerce et des expéditions par eau et qu'ils ne sont pas statiques ou figés (à la p. 800). La juge L'Heureux-Dubé, dissidente, déclare qu'en déterminant si une affaire donnée soulève une question maritime, la Cour doit éviter d'empiéter sur ce qui constitue «de par son caractère véritable» une matière relevant de la compétence exclusive d'une province et qu'il est important de démontrer que la question examinée est entièrement liée aux affaires maritimes au point de constituer légitimement du droit maritime canadien (aux p. 801 et s.).

été constituée pour une meilleure administration des «lois du Canada»<sup>13</sup> que le droit maritime canadien ne comporte, si ce n'est à titre exceptionnel, aucune règle de droit provincial. C'est parce que la compétence en amirauté de la Cour fédérale s'exerce de façon concurrente avec les tribunaux de droit commun établis par les provinces que ces derniers doivent aussi appliquer le droit maritime canadien tel que défini lorsqu'ils sont saisis d'un litige maritime<sup>14</sup>.

5. Le Parlement a défini le contenu du droit maritime canadien au moyen d'un renvoi à la compétence en amirauté qu'il a lui-même attribuée à la Cour fédérale et qu'il prétend «illimitée»<sup>15</sup>. Défini de la sorte, le contenu du droit maritime canadien ne peut que devenir lui-même illimité. Et parce que ce droit relève au plan constitutionnel de la compétence législative du Parlement en matière de navigation et marine marchande, le contenu de la compétence législative fédérale a, à son tour, connu une croissance illimitée dans le domaine maritime<sup>16</sup>. C'est ainsi que des questions purement de propriété et droits civils, donc relevant normalement de la compétence provinciale, ont été jugées, à cause de leur connexité maritime, comme relevant plutôt de la compétence législative exclusive du Parlement, à savoir: la responsabilité de l'entrepositaire<sup>17</sup>, celle du mandataire d'un affréteur<sup>18</sup>, celle touchant tous les aspects civils de la navigation de plaisance<sup>19</sup> ou encore, l'indemnisation du préjudice économique et le partage de la responsabilité<sup>20</sup>.

13. Selon l'article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867* qui confère au Parlement un pouvoir exceptionnel d'établir des tribunaux.

14. *P.G. Ontario c. Pembina Exploration*, [1989] 1 R.C.S. 206.

15. Voir la définition du «droit maritime canadien», *supra*, note 6.

16. La Cour suprême a candidement précisé qu'en déterminant si une affaire possède une connexité maritime, un tribunal doit éviter d'empiéter sur ce qui constitue, de par son caractère véritable, une matière relevant de la compétence législative exclusive d'une province (voir l'arrêt *ITO*, *supra*, note 8). Mais faisant fi de son propre avertissement, la même cour ajoute que les termes «amirauté» et «maritime» nécessitent une interprétation libérale tenant compte du contexte moderne du commerce et des expéditions par eau (voir *supra*, note 12). C'est ainsi que le contenu de la compétence législative fédérale a connu, en matière maritime, une croissance exponentielle. Pour une critique de cette approche judiciaire, unique en droit constitutionnel canadien, voir A. BRAËN, *op. cit.*, *supra*, note 7, p. 493-500.

17. *ITO International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Ltd. Inc.*, *supra*, note 8.

18. *QNS Paper c. Chartwell Shipping Ltd.*, *supra*, note 8.

19. *Whitbread c. Walley*, *supra*, note 8 et *Succession Orden c. Grail*, *supra*, note 8.

20. *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. c. Saint John Shipbuilding Ltd.*, *supra*, note 8.

6. Pour la Cour suprême<sup>21</sup>, c'est un test en 4 volets qui permet de déterminer si, *exceptionnellement*, une règle de droit provincial peut tout de même trouver application dans un litige à connexité maritime.

- 1<sup>o</sup> D'abord, il faut déterminer si la question soulevée est une question maritime, donc régie par le droit maritime canadien.
- 2<sup>o</sup> Si oui, il faut déterminer si la règle de droit provincial, dont on veut se prévaloir, possède un pendant en droit maritime canadien. Ce peut être une règle législative fédérale ou à défaut, une règle de droit maritime britannique ou encore, une règle de common law appliquée par les tribunaux anglais aux affaires maritimes. Si un tel pendant existe, il faut l'appliquer.
- 3<sup>o</sup> En cas contraire, il faut alors vérifier si la cour ne doit pas d'elle-même réformer une règle non législative (le plus souvent de common law). L'intervention de la cour est ici requise pour assurer l'évolution du droit et, compte tenu des principes de réforme judiciaire, pour refléter les changements économiques, moraux et sociaux du Canada<sup>22</sup>.
- 4<sup>o</sup> Si la réforme du droit par le tribunal ne paraît pas possible, alors et c'est vraiment en dernier ressort, on peut considérer l'application de la règle de droit provincial invoquée. À cet égard, des sujets qui relèvent normalement de la compétence législative du Parlement peuvent se voir appliquer une loi provinciale de portée générale sauf si cela affecte un aspect essentiel de la juridiction fédérale<sup>23</sup>.

21. *Succession Orden c. Grail*, *supra*, note 8.

22. Les tribunaux n'interviendront pas pour modifier une règle de common law jugée désuète s'il n'est pas possible d'évaluer les conséquences du changement. L'initiative appartient alors au législateur. Voir *Watkins c. Olafson*, [1989] 2 R.C.S. 750 et *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654.

23. Dans *Succession Orden c. Grail*, *supra*, note 8, la cour précise à la p. 499: «Mais nous ne voulons pas donner à entendre qu'aucune loi provinciale ne pourra jamais s'appliquer dans un contexte maritime, faisant intervenir ou non les règles relatives à la négligence du droit maritime. Les lois provinciales réglant la procédure suivie par les tribunaux, par exemple, s'appliqueraient en règle générale dans une action pour négligence en matière maritime portée devant la Cour supérieure provinciale. Nous ne faisons pas de commentaires non plus, par exemple, sur l'applicabilité des lois fiscales provinciales dans des contextes maritimes.» Il faut noter ici que l'exemple des règles de procédure ne laisse aucun choix à la cour dans la mesure où affirmer le contraire eut été nier la juridiction que le Parlement canadien a lui-même attribuée aux tribunaux provinciaux en matière maritime. En effet, la compétence en amirauté de la Cour fédérale s'exerce de façon concurrente avec les tribunaux provinciaux. Voir la *Loi sur la Cour fédérale*, *supra*, note 6, art. 22(1).

7. En bref, il est donc pratiquement impossible d'appliquer une règle de droit provincial à un litige maritime. Or, du moment où (1) le recours au droit privé provincial devenait proscrit<sup>24</sup>, où (2) le renvoi à des règles de common law appliquées par les tribunaux anglais aux affaires maritimes paraissait inapproprié compte tenu du caractère vieillot, incomplet ou dépassé desdites règles et où (3) le Parlement canadien se voyait reconnaître au plan constitutionnel une compétence maritime illimitée, il lui revenait en définitive d'élaborer un droit privé fédéral pour le domaine maritime.

8. Mais l'œuvre de codification à laquelle est ainsi convié le Parlement, et dont les parties 1 et 2 de la *L.R.M.* constituent un exemple, est destinée à rester inachevée et incomplète. POURQUOI? Parce que le droit maritime, même canadien, ne peut à lui seul prétendre constituer un corps de règles exclusif et parfaitement étanche et se suffire à lui-même. De tout temps, les règles du droit maritime ont été en interrelation constante avec celles du droit commun. La réalité commerciale et maritime ne permet pas de coiffer le droit maritime d'un caractère autonome et le recours au droit commun, ne serait-ce qu'à titre supplétif, reste souvent inévitable. Le droit maritime canadien peut bien déterminer le régime de responsabilité applicable au contrat de transport maritime sous connaissement (voir la partie 5 de la *L.R.M.*); mais il reste silencieux quant aux conditions de fond relatives à la formation du contrat (règles relatives au consentement des parties, à la capacité...). Le même raisonnement vaut pour la partie 4 de la *L.R.M.* traitant du régime de responsabilité applicable au transporteur maritime de passagers. De même, on peut bien renvoyer à la faute ou à la négligence des acteurs maritimes, mais comment en déterminer les éléments qui les composent? Comment déterminer le lien qui rattache la faute ou l'acte négligent au préjudice subi et aux dommages réclamés? Le recours au droit commun reste essentiel à ce niveau. Mais *quid* si l'approche judiciaire mise de l'avant par la Cour suprême interdit justement de recourir à ce droit commun sous prétexte qu'il est d'origine provinciale? On voit ici l'étendue de la tâche qui attend le Parlement en matière de codification du droit maritime.

---

24. Dans les juridictions canadiennes de common law, c'est le droit statutaire provincial qui est écarté et non pas les règles de common law en tant que telles. Dans la juridiction québécoise, c'est l'ensemble du droit provincial, droit statutaire et droit civil, qui est écarté pour la solution d'un litige maritime. Il s'agit là d'un véritable cas d'«assimilation juridique» décidé par la Cour suprême du Canada et maintenu comme tel par le Parlement canadien.

## b) Le préjudice corporel

9. C'est l'arrêt *Succession Orden c. Grail*<sup>25</sup> qui a mis en lumière les lacunes de la partie XIV de la *Loi sur la marine marchande du Canada*<sup>26</sup> portant sur les accidents mortels. En cas non seulement de décès survenus lors de l'utilisation d'un navire mais aussi dans le cas de blessures corporelles, l'on se demandait quelles étaient les personnes à charge de la victime qui pouvaient réclamer des dommages de l'auteur du délit et également, quels étaient les chefs de dommages qui pourraient ainsi être réclamés. L'arrêt mettait en cause plusieurs accidents d'embarcations à moteur survenus dans les eaux intérieures de l'Ontario et lesquels avaient occasionné des décès et des blessures corporelles graves à des plaisanciers. Des poursuites fondées sur la négligence des utilisateurs et propriétaires des embarcations avaient été intentées par les proches des victimes. S'agissant d'un litige à caractère maritime et relevant donc du droit maritime canadien pour sa solution, la Cour suprême du Canada a refusé d'appliquer le droit ontarien afin de déterminer tant les ayants droits que les catégories de dommages admissibles. La cour a plutôt revêtu son manteau de réformateur du droit maritime canadien pour en changer les règles de sorte à permettre aux personnes à charge d'une victime soit d'accident mortel, soit de blessures corporelles, de réclamer à l'auteur du délit des dommages pour pertes de conseils, de soins et de compagnie. De même, la cour a reconnu à l'exécuteur testamentaire le droit d'exercer tout recours qu'aurait pu exercer le défunt. Par ailleurs, même si les «personnes à charge» d'une victime telles que définies dans la loi<sup>27</sup> ne pouvaient intenter un recours qu'en cas d'accidents mortels, la cour a jugé bon d'accorder aux mêmes personnes le droit d'intenter des poursuites dans le cas de blessures corporelles subies par la victime. Mais parce que c'était la loi qui définissait ainsi qui sont ces «personnes à charge» pouvant intenter des recours, la cour fut d'avis qu'il ne lui revenait pas de modifier cette expression de sorte à y inclure les frères et sœurs d'une victime d'accident<sup>28</sup>. La réforme du droit à cet égard relevait plutôt, selon la cour, de l'initiative du législateur. Enfin et compte tenu de l'ambiguïté créée par la présence de deux délais de

25. *Supra*, note 8.

26. *Supra*, note 2. Cette partie a été abrogée par l'article 125 de la *L.R.M.*

27. *Ibid.*, art. 645. L'expression «personnes à charge» y est définie comme désignant l'épouse, le mari, les parents et les enfants du défunt.

28. *Ibid.* Les frères et sœurs n'étaient donc pas inclus dans la liste des ayants droits définis par l'expression «personne à charge».

prescription énoncés dans la loi<sup>29</sup>, la cour a jugé que le délai de prescription applicable aux demandes de réparation résultant d'accidents mortels ou de blessures corporelles est de deux ans.

10. La partie 1 de la *L.R.M.* modernise et clarifie les règles applicables aux demandes de redressement qui peuvent être intentées par les personnes à charge d'une victime de préjudice corporel survenu dans un contexte maritime et qui sont régies par le droit maritime canadien<sup>30</sup>. Suite à la faute ou à la négligence d'autrui ayant causé un décès ou des blessures corporelles, les personnes à charge de la victime sont habilitées à intenter contre l'auteur du délit une demande de redressement et à réclamer des dommages pour la perte de conseils, de soins et de compagnie (art. 6(1), (2) et (3))<sup>31</sup>. La règle du partage de la responsabilité est appliquée lorsque la faute contributive de la victime est établie (art. 6(5)). Les personnes à charge qui peuvent ainsi intenter le recours sont définies de sorte à y inclure non seulement les ascendants et descendants jusqu'aux 2<sup>e</sup> degré ainsi que l'époux ou l'épouse de la vic-

29. L'article 649 de la *Loi sur la marine marchande du Canada*, *supra*, note 2, fixait à un an le délai de prescription applicable aux accidents mortels. L'article 572 de la même loi fixait quant à lui à deux ans le délai de prescription applicable aux demandes nées d'avaries matérielles ou de préjudice corporel survenu dans le cas d'un abordage. Enfin, précisons que l'article 39(1) de la *Loi sur la Cour fédérale*, *supra*, note 6, énonce que les règles de droit en matière de prescription qui, dans une province, régissent les rapports entre particuliers, s'appliquent aussi à toute instance devant la Cour fédérale dont le fait générateur est survenu dans cette province. Sans surprise, une jurisprudence hésitante, tant de la Cour fédérale que des tribunaux de droit commun, apparut. Voir: *Nicholson c. Canada*, [2000] 3 C.F. 225; «*C.F. Todd*» (*Le*) c. «*Tannu Warrior*» (*Le*), [1983] 2 C.F. 696; *Trax Cargo Inc. c. «C.P. Ambassador» (Le)*, [1986] 3 C.F. 377; *Deschambault c. de Bellefeuille*, [2001] A.J.D.Q. n° 3553; *Lemieux c. Théoret*, [1999] R.J.Q. 1706. Les articles 572 et 649 ont été abrogés par les articles 119 et 125 de la *L.R.M.*

30. Traditionnellement, les réclamations résultent du décès ou de lésions corporelles qui sont survenues lors de l'utilisation d'un navire, que ce soit à la suite d'un vice de construction dans le bâtiment ou dans son équipement, ou de la faute ou négligence du propriétaire, de l'affrèteur, du capitaine ou d'un membre de l'équipage ou de quiconque engageant leur responsabilité dans les manœuvres du navire, dans le transport et le transbordement des personnes ou des marchandises. Compte tenu de la définition du droit maritime canadien et de l'extension de son contenu suite à l'interprétation judiciaire (*supra*, note 6 et par. 5), les règles énoncées dans les parties 1 et 2 de la *L.R.M.* débordent du cadre traditionnel de l'utilisation d'un navire (marchand ou de plaisance) et peuvent s'appliquer à toute demande née d'un contexte maritime. Voir A. BRAËN, *op. cit.*, *supra*, note 7, p. 493-500.

31. En vertu de l'article 6(3)b) de la *L.R.M.*, les dommages recouvrables peuvent aussi inclure les sommes pour lesquelles une autorité publique a été subrogée relativement aux paiements effectués à la victime ou à ses personnes à charge. Voir *infra*, par. 11.

time comme cela était prévu antérieurement<sup>32</sup>, mais aussi le conjoint de fait de la victime depuis au moins un an ainsi que, et pour donner suite à l'arrêt *Succession Orden c. Grail*, les frères et sœurs de la victime, le beau-fils ou la belle-fille et un fils ou fille adopté (art. 4(a), (b) et (c)). Le tribunal saisi<sup>33</sup> peut répartir dans la proportion qu'il fixe les indemnités à verser entre plusieurs personnes à charge (art. 7). Lorsque le recours est fondé sur le décès de la victime, c'est l'exécuteur testamentaire ou l'administrateur du défunt qui doit initier les procédures judiciaires; en cas d'inaction de sa part pendant six mois, une personne à charge peut intenter le recours (art. 10). Dans tous les cas, la personne qui intente le recours doit prendre les mesures raisonnables pour identifier toute autre personne à charge et les inclure dans ses procédures (art. 11). Si plusieurs actions sont intentées, la réunion de celles-ci peut être ordonnée par le tribunal (art. 12). Si le recours est fondé sur le décès de la victime, il doit être intenté dans un délai de 2 ans à partir du décès; dans les autres cas, le délai de prescription court à partir du fait générateur ayant causé le préjudice (art. 14)<sup>34</sup>.

11. La partie 1 de la *L.R.M.* crée un recours en faveur des personnes à charge d'une victime de préjudice corporel survenu dans un contexte maritime. Généralement, la victime elle-même de préjudice corporel résultant de la faute ou de la négligence d'autrui peut intenter un recours en dommages contre l'auteur du délit. Mais la loi peut encadrer l'exercice de ce recours, si ce n'est pas supprimer le droit d'action de la victime lorsque celle-ci est liée par contrat au propriétaire d'un navire. C'est le cas du passager auquel s'appliquera le régime énoncé à la partie 4 de la *L.R.M.* et applicable au transporteur maritime de passagers<sup>35</sup>; c'est aussi le cas du membre d'équipage qui, dans ce domaine, ne jouit d'aucun droit d'action mais voit plutôt ses recours ainsi que ceux des personnes à sa charge régis par la *Loi sur l'indemnisation des marins marchands*<sup>36</sup>. Nul doute que la partie 1 de la *L.R.M.* clarifie les règles applicables aux accidents se produisant dans l'exercice de

32. *Supra*, note 27.

33. On sait que les tribunaux de droit commun et la Cour fédérale exercent en matière maritime une compétence concurrente. Voir *supra*, par. 4.

34. L'article 14 met fin à l'ambiguïté qui existait dans ce domaine. Voir *supra*, note 29. Il faut toutefois noter que cet article s'applique au recours d'une personne à charge et non de la victime du préjudice corporel elle-même. Dans ce dernier cas, l'article 23 de la *L.R.M.* établit également une prescription de deux ans.

35. Voir *infra*, par. 27 et s.

36. L.R.C. (1985), c. M-6.

la navigation de plaisance et impliquant des embarcations motorisées ou non<sup>37</sup>. Dans ce domaine, tout utilisateur d'embarcation de plaisance est assujéti à une obligation de sécurité<sup>38</sup>. Si le recours prévu à la partie 1 de la *L.R.M.* est intenté devant la Cour fédérale, sa juridiction pourra s'exercer *in personam*<sup>39</sup> ou *in rem*<sup>40</sup>. Dans le dernier cas, la créance du demandeur sera alors accompagnée d'un privilège légal<sup>41</sup>.

### c) Le partage de la responsabilité

12. En droit maritime canadien et au plan de la responsabilité délictuelle, le seul régime législatif sur le partage de la responsabilité qui était applicable avant l'adoption de la *L.R.M.* était celui énoncé aux articles 565-567 de la *Loi sur la marine marchande du Canada*<sup>42</sup>. En cas d'abordage, la responsabilité était ainsi partagée proportionnellement au degré de faute des navires impliqués ou, s'il était impossible de le déterminer, la responsabilité

37. Voir la définition du mot «navire» à l'article 2 de la *Loi sur la Cour fédérale*, *supra*, note 6. Il désigne un «bâtiment ou embarcation conçus, utilisés ou utilisables, exclusivement ou non pour la navigation, indépendamment de leur mode de propulsion ou de l'absence de propulsion. Y sont assimilés les navires en construction à partir du moment où ils peuvent flotter, les navires échoués ou coulés ainsi que les épaves et toute partie d'un navire qui s'est brisé». Voir aussi la définition du mot «bâtiment» qui est au même effet à l'article 2 de la *Loi sur la marine marchande du Canada 2001*, *supra*, note 2. Une «planche à voile» est même considérée comme un navire. Voir: *P.G. Québec c. Vincent*, [1984] C.S. 1037. Dans *Cyber Sea Technologies Inc. c. Underwater Harvester*, 2002 F.C.T. 794, l'on a jugé qu'un engin submersible destiné à couper des végétaux dans l'eau est un navire.

38. *Loi sur la marine marchande du Canada 2001*, *supra*, note 2, art. 201.

39. *Loi sur la Cour fédérale*, *supra*, note 6, art. 43(1).

40. *Ibid.*, art. 43(2). Voir aussi l'article 22(1) et 22(2)d) et g). Dans *Paré c. Rail & Water Terminal (Qué.) Inc.*, [1978] 1 C.F. 23, les parents d'une victime ont été autorisés à intenter une demande en vertu de l'article 22(2)d) qui attribue à la Cour fédérale une compétence à l'égard d'une réclamation pour décès, dommages corporels ou matériels causés par un navire, notamment par collision. Voir aussi: *Halco Inc. c. Abercorn Aero Ltd.*, (1984) 30 A.C.W.S. (2d) 2.

41. La Cour fédérale peut entendre une action *in rem*, c'est-à-dire devant laquelle les procédures judiciaires sont intentées directement à l'encontre d'un bien maritime (la «res»), notamment un navire. Le droit d'intenter de telles procédures en se fondant sur l'article 22(2)d) accorde au demandeur un droit qui grève le bien dès le moment de sa saisie. À partir de ce moment, le demandeur devient en ce qui concerne sa réclamation un créancier privilégié. Selon l'article 43(3) de la *Loi sur la Cour fédérale*, de telles procédures ne sont possibles que si, au moment où l'action est intentée, le propriétaire du bien est le même qu'au moment où la cause d'action a pris naissance.

42. *Supra*, note 2. Ce régime donne suite à la *Loi sur les conventions maritimes de 1914*, S.C. 1914, c. 13 qui, elle-même, mettait en application la *Convention internationale pour l'unification de certaines règles en matière d'abordage*, Bruxelles, le 23 septembre 1910.

était alors partagée de façon égale. Mais le régime législatif ne s'appliquait que dans le seul cas où les dommages à un ou plusieurs navires, à la cargaison, au fret ou aux biens à bord avaient été causés «par la faute de deux ou plusieurs bâtiments»<sup>43</sup>. Dans tous les autres cas et en général, en ce qui concerne toutes les créances résultant d'actes négligents commis en cours de navigation ou dans le cadre plus large du commerce maritime, l'on pouvait s'interroger sur les règles applicables.

13. Si en droit civil la faute commise entraîne tout naturellement un partage de la responsabilité<sup>44</sup>, il n'en va pas de même en common law où la négligence contributive a traditionnellement constitué un moyen de défense pouvant être invoqué par l'auteur d'un délit poursuivi par un demandeur responsable en partie du dommage subi. Ce moyen de défense permet donc de faire rejeter l'action<sup>45</sup>. Les injustices évidentes entraînées par l'application de cette règle ancienne combinées avec l'application d'une règle tout aussi ancienne qui interdit aux co-auteurs d'un délit de recouvrer des dommages l'un de l'autre<sup>46</sup> ont été tempérées par les tribunaux au moyen, entre autres, de la théorie de la dernière chance manifeste («last clear opportunity»)<sup>47</sup>. Mais c'est principalement l'intervention du législateur qui, dans les juridictions de common law, a permis l'implantation d'un régime délictuel fondé sur le partage de la responsabilité<sup>48</sup>.

14. Un individu doit se comporter en mer de sorte à ne pas constituer un risque pour les autres utilisateurs de la mer et à cet égard, sa conduite est appréciée par les tribunaux en fonction du critère du «marin ordinaire»<sup>49</sup>. Après un abordage et à moins que l'acci-

43. *Ibid.*, art. 565(1). Les articles 566 et 567 concernent la responsabilité encourue par deux ou plusieurs bâtiments pour le préjudice corporel subi par une victime n'ayant commis aucune faute. L'article 566 a été jugé inapplicable pour permettre la division des dommages entre une victime fautive et des bâtiments également fautifs. Voir: *Stein c. Le «Kathy K»*, [1976] 2 R.C.S. 802.

44. Voir par exemple l'article 1478 C.c.Q.

45. *Butterfield c. Forrester*, (1809) 103 E.R. 926 (B.R.).

46. *Merryweather c. Nixan*, (1799) 101 E.R. 1337 (B.R.).

47. *Davies c. Mann*, (1842) 152 Exc.; *Radley c. London & North Western Railway Co.*, (1876) 1 App. Cas. 754 (C.L.). Ainsi un demandeur peut, malgré sa propre négligence, recouvrer des dommages du défendeur s'il démontre que celui-ci a bénéficié en dernier recours de l'opportunité d'éviter l'accident mais qu'il a failli de le faire.

48. À titre d'exemple, voir la législation adoptée par l'Ontario: *The Negligence Act*, R.S.O. 1990, c. N-1.

49. En droit maritime, la faute ou la négligence implique le défaut d'exercer ce degré de soin et d'habileté dans l'administration et la conduite du navire qu'on

dent n'ait été causé par la faute unique d'un navire ou encore, que le défendeur n'invoque la défense de l'accident inévitable<sup>50</sup>, ce dernier pouvait soulever la règle de la négligence contributive afin de faire rejeter l'action intentée contre lui. Si la négligence du demandeur était également prouvée, celui-ci ne pouvait alors qu'espérer que le tribunal retienne la règle de la dernière chance manifeste afin d'accueillir son action<sup>51</sup>. On sait qu'en droit maritime canadien et hormis l'exception du régime législatif décrit ci-haut, le Parlement canadien n'avait pas légiféré dans ce domaine<sup>52</sup>. La jurisprudence quant à elle avait suivi une démarche hésitante. Dans certains cas, les tribunaux appliquaient strictement la common law et refusaient aux co-auteurs d'un délit le droit de se prévaloir d'une loi provinciale sur la négligence contributive pour leur permettre de diviser le paiement des dommages<sup>53</sup>. Dans d'autres cas, la solution inverse était appliquée<sup>54</sup>. Dans l'arrêt *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. c. Saint-John*

---

retrouve généralement chez un marin compétent. Le droit n'exige pas du marin l'exercice d'une diligence et habileté extraordinaires mais plutôt qu'il fasse preuve d'une présence d'esprit et d'une habileté ordinaires. Outre cette absence d'attention et de vigilance requise pour assurer la sécurité des autres utilisateurs de la mer, la faute peut consister en la violation d'une règle de navigation. Voir: *The «Llanover»*, (1945) 78 Ll.L.R. 461 (C.L.) et *Ultramar Canada Inc. c. Ship «Czantoria»*, (1994) 84 F.T.R. 241.

50. La défense de l'accident inévitable implique que la cause de l'accident renvoie à un événement extérieur, au-delà du contrôle du navire et inévitable malgré la prudence ou l'habileté ordinaire du marin. Un abordage résultera d'un accident inévitable si l'on n'a pas pu le prévenir par l'exercice de la diligence ou prudence normales en matière maritime. Voir: *A/S Ornen c. Le Duteous*, [1987] 1 C.F. 270 et *Canadian National Railway Co. c. Norsk Pacific Steamship Co.*, (1990) 104 N.R. 321.
51. L'application de la règle n'a pas été sans soulever des injustices et elle a été abondamment critiquée. Voir: C. HILL, *Maritime Law*, 5<sup>e</sup> éd., London, LLP., 1998, p. 281-286. Voir aussi: W. TETLEY, *International Maritime and Admiralty Law*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002, p. 200. Malgré sa faute, un demandeur pouvait également invoquer la défense dite de «l'agonie du moment». Il lui fallait alors démontrer qu'il n'avait pu en aucun moment agir de manière délibérée et réfléchie de sorte à éviter le péril qui le confrontait. Voir: C. HILL, *op. cit.*, p. 289, *The Homer*, [1973] 1 Lloyd's Rep. 501 (C.A.) et *The Regina D.*, [1992] 1 Lloyd's Rep. 543 (C.A.)
52. Cela se comprend aisément dans la mesure où il s'agit là fondamentalement d'une question de droit privé relevant normalement de la compétence législative d'une province en matière de propriété et droits civils (*Loi constitutionnelle de 1867*, art. 92(13)).
53. *Sparrows Point c. Greater Vancouver Water District*, [1951] R.C.S. 396; *Gartland Steamship Co. c. R.*, [1960] R.C.S. 315; *Algoma Central and Hudson Bay Ry c. Manitoba Pool Elevators Ltd.*, (1964) R.C.E. 505; *Fraser River Harbour Commission c. Le navire Hiro Maru* [1974] 1 C.F. 490; *Peters c. Boat Charters Ltd.*, (1992) 73 B.C.L.R. 389.
54. *Stein c. Le «Kathy K»*, *supra*, note 43.

*Shipbuilding Ltd.*<sup>55</sup>, la Cour suprême mettait fin à cette valse-hésitation. Elle reconnaissait que les principes de common law restent applicables en droit maritime canadien et qu'on ne peut pas recourir à une législation provinciale sur la négligence contributive pour solutionner un litige maritime. Par ailleurs, dans la mesure où la règle de la négligence contributive comme fin de non-recevoir est incompatible avec une conception moderne de l'équité et de la justice, la cour a revêtu son manteau de législateur pour la modifier et pour permettre le partage de la responsabilité et la division des dommages en matière de délits maritimes. Le tribunal confirmait sa position dans l'arrêt *Succession Orden c. Grail*<sup>56</sup> et l'appliquait dans le domaine de la navigation de plaisance.

15. La partie 2 de la *L.R.M.* codifie cette position et rend applicable la règle du partage de la responsabilité à toute demande ou réclamation présentée sous le régime du droit maritime canadien ou de toute autre règle liée à la navigation ou marine marchande (art. 16). Nos remarques antérieures sur l'expansion du contenu du droit maritime canadien valent ici également et le champ d'application éventuel de la partie 2 vaudra pour toute question qualifiée de maritime<sup>57</sup>. Si des pertes sont imputables à deux ou plusieurs individus ou navires, la responsabilité de chacun est proportionnelle au degré de sa faute ou négligence. Si cette détermination reste impossible, alors tous sont également responsables (art. 17(1)). Dans un tel cas, la responsabilité des individus ou navires en faute est solidaire, à charge de compensation entre eux en proportion du degré de leur faute ou négligence (art. 17(2)). En conséquence, si l'un des co-défendeurs se trouve hors de la juridiction canadienne ou encore en état d'insolvabilité, ce sera le ou les autres co-défendeurs qui supporteront sa part des dommages. Cette règle de la solidarité souffre toutefois l'exception énoncée à l'article 17(3) et qui est traditionnelle en droit maritime canadien<sup>58</sup>. Elle prévoit que si, par la faute ou négligence de deux ou plusieurs navires, une perte est causée à un ou plusieurs de ces navires, à leur cargaison ou aux autres biens à bord, ou encore en cas de perte de revenus de leur part, la responsabilité de chacun à

55. *Supra*, note 8. Pour un commentaire de cet arrêt, voir: A. BRAËN, «L'uniformisation du droit maritime canadien – les cas de l'indemnisation d'une perte économique et de la négligence contributive – l'arrêt *Husky Oil Operators Ltd. c. Saint-John Shipbuilding Ltd.*», (1998) 77 *R. du B. can.* 509.

56. *Supra*, note 8.

57. Voir *supra*, note 30.

58. Voir *supra*, note 42.

l'égard de la perte n'est pas solidaire. Cette exception ne vaut pas lorsque c'est la responsabilité des personnes (par opposition à celle des navires) qui est soulevée ou encore, à l'égard du préjudice corporel; dans ces deux cas, la règle de la solidarité s'applique.

16. Une demande d'indemnité ou de contribution découlant de la règle du partage de la responsabilité s'exerce soit (a) en joignant l'autre personne ou navire responsable à toutes les procédures déjà pendantes devant un tribunal (judiciaire, administratif ou même arbitral), soit (b) en intentant des procédures contre toute personne ou navire ou soit (c) en intentant des procédures lorsque cette autre personne ou navire a déjà conclu un règlement avec la personne ayant subi une perte (art. 18). Dans ce dernier cas, le tribunal saisi pourra refuser d'octroyer des dommages ou d'en ajuster le montant s'il n'est pas convaincu du caractère raisonnable de la transaction ou du règlement (art. 19). Le recours qui découle du droit à une indemnité ou contribution ainsi rattaché à une réclamation doit s'exercer à l'intérieur d'un délai d'un an à partir de la date du jugement ou de la transaction (art. 20(1))<sup>59</sup>. L'art. 21 de la *L.R.M.* abolit la règle de la dernière chance manifeste qui n'a évidemment plus sa place dans un régime fondé sur le partage de la responsabilité. Les obligations contractuelles des parties ne sont pas affectées par le régime mis en place par la partie 2 qui prévoit spécifiquement que les recours nés de ce régime restent assujettis à tout contrat existant entre la personne (ou navire) reconnue responsable ou qui a conclu une transaction et celle à qui la contribution ou l'indemnité est réclamée (art. 22). Finalement, l'action découlant d'un abordage et contre un navire ou ses propriétaires et relative soit (a) aux pertes causées à l'autre navire, à sa cargaison ou à d'autres biens à bord, ou à toute autre perte de revenus ou soit (b) aux dommages-intérêts pour préjudice corporel se prescrit par deux ans à compter de la date de la perte ou du préjudice corporel (art. 23). Le tribunal peut proroger ce délai (art. 22(2)) et le mot «propriétaire» s'entend aussi de toute personne responsable de la navigation et de la gestion du navire<sup>60</sup> ou de toute autre personne responsable de la faute ou de la négligence du navire<sup>61</sup>.

59. L'article 20(2) précise toutefois qu'un tel recours ne peut être rejeté pour inobservation d'un délai de prescription ou de forclusion ou d'une exigence de notification applicable à la réclamation à l'égard de laquelle la contribution ou l'indemnité est réclamée.

60. Comme l'affrèteur dans le cas de l'affrètement coque-nue ou du «time charter».

61. Comme un constructeur ou réparateur naval ou encore une entreprise d'entretien maritime.

## II - LA LIMITATION DE RESPONSABILITÉ

17. En droit maritime, le propriétaire d'un navire bénéficie traditionnellement du privilège de limiter le montant de sa responsabilité lorsque les dommages sont causés à la suite d'une faute ou négligence dans la conduite du navire. Cette règle ancienne et commune aux nations maritimes vise évidemment à promouvoir le développement du transport maritime. Longtemps, on a considéré qu'un armateur n'avait pas à dédommager intégralement ceux qui avaient subi des pertes à la suite d'un abordage. La responsabilité du navire était limitée en fonction du tonnage du navire. La Cour suprême de la Colombie-Britannique avait expliqué ainsi l'origine du principe:

Before the first Limitation Act was passed in England in 1734, it was possible for a shipowner to sustain previous losses because of the acts of the master in some remote part of the world where the shipowner was unable to exert any actual control and as a matter of policy to encourage and maintain shipping it was deemed advisable to limit the liability of the owner to the value of the ship and her freight where there was theft of cargo by the master and crew. By successive statutes the right to limitation was extended to other cases until it has reached its present form.<sup>62</sup>

18. L'on peut évidemment s'interroger sur la pertinence de conserver un tel privilège, qui n'est d'ailleurs pas exclusif au propriétaire de navire<sup>63</sup>, surtout dans un contexte de très grand libéralisme économique où la compétition reste exacerbée, mais il reste que son utilité est cruciale pour l'industrie de l'assurance maritime<sup>64</sup>. Le droit du propriétaire de navire de limiter sa res-

62. *Vancouver c. Rhodes*, [1955] 1 D.L.R. 139, à la p. 140 (J. Clyde).

63. D'autres acteurs maritimes comme les propriétaires de canaux ou de docks et le transporteur de marchandises et de passagers jouissent aussi du bénéfice d'invoquer en leur faveur le principe de la limitation de responsabilité. Voir *infra*. Les pilotes jouissent au plan professionnel, de ce bénéfice et la loi fixe à un plafond de 1 000 \$ le montant maximal de leur responsabilité; voir la *Loi sur le pilotage*, *supra*, note 3, art. 40. Les auxiliaires du transporteur maritime comme le manutentionnaire jouissent de ce privilège en vertu de la «clause Himalaya» qui leur permet d'invoquer certaines conditions du contrat de transport intervenu entre le transporteur et l'expéditeur. Sur la validité de cette clause, voir *ITO-International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Ltd. Inc.*, *supra*, note 8.

64. La détermination d'un montant maximal de responsabilité permet en effet à l'assureur maritime d'évaluer avec plus de certitude l'étendue du risque à assurer.

ponsabilité a été l'objet de plusieurs textes internationaux<sup>65</sup>. Jusqu'en 1998, les articles 574 et 584 de la *Loi sur la marine marchande du Canada* mettaient en œuvre la *Convention de Bruxelles de 1957* sur le sujet<sup>66</sup>. Le montant maximal de la responsabilité de l'armateur variait en fonction de la nature des dommages, corporels ou matériels, et en fonction de la jauge du navire. Mais le principe de la limitation de responsabilité ne pouvait pas être invoqué par le propriétaire si les dommages avaient été causés par sa faute ou complicité réelle. Pendant longtemps, il revenait aux créanciers de démontrer l'existence d'une faute ou complicité réelle de la part du propriétaire de navire afin de l'empêcher d'invoquer le principe de la limitation de responsabilité. Ce fardeau imposé aux créanciers conduisit à des injustices<sup>67</sup> et sans surprise, la jurisprudence en est venue à accorder au propriétaire avec beaucoup plus de circonspection le droit d'invoquer ce privilège en renversant le fardeau de preuve. Les tribunaux canadiens ont en effet considéré que le propriétaire ne s'acquittait pas du fardeau de preuve qui était le sien en démontrant que ses actes ne constituaient pas l'unique cause, ni la cause prochaine ou la cause principale de l'accident; il devait démontrer que l'événement s'était produit sans qu'il n'y eut faute ou complicité de sa part<sup>68</sup>. Cela était d'autant plus compréhensible que le montant maximal de responsabilité peut paraître fort modeste compte tenu de l'ampleur des dommages qui résultent de certains accidents maritimes, qu'un propriétaire exerce aujourd'hui un contrôle continu sur la conduite de son navire et aussi que les assureurs maritimes assument beaucoup plus de risques que par le passé.

19. Une nouvelle *Convention sur la limitation de responsabilité en matière de créances maritimes* a été adoptée à Londres en 1976. Sous l'égide de l'OMI<sup>69</sup>, elle a été modifiée par un Protocole intervenu en 1996. La *Loi sur la marine marchande du Canada* était amendée en 1998<sup>70</sup> afin de mettre en œuvre les dispositions de la

65. *Convention internationale sur l'unification de certaines règles concernant la limitation de la responsabilité des propriétaires de navires de mer*, Bruxelles, 1924; *Convention internationale sur la limitation de la responsabilité des propriétaires de navires de mer*, Bruxelles, 1957.

66. *Ibid.*

67. Voir: *The Princess Victoria*, (1953) 2 Ll.L.R. 619. Voir aussi: R.M. FERNANDES, «The Limitation of Liability of a Shipowner in Anglo-Canadian Law», (1985) 2 *J. of M.L. and C.* 219.

68. Voir: *Stein c. Le «Kathy k»*, *supra*, note 43; *Vaccher c. Kaufman*, [1981] 1 R.C.S. 301; *Rhône (Le) c. Peter AB Widener (Le)*, [1993] 1 R.C.S. 497.

69. Organisation maritime internationale.

70. L.C. 1998, c. 6.

convention et du protocole. La partie 3 de la *L.R.M.* reprend, sans les modifier, les règles qui composent le régime mis en place par le Parlement canadien en 1998. L'article 26 prévoit en effet que les articles 1 à 15 de la convention apparaissant en annexe ont force de loi au Canada. En cas d'incompatibilité entre les dispositions de la convention et celles de la *L.R.M.*, ce sont ces dernières qui prévaudront (art. 25(2)). L'inclusion de ce régime dans la *L.R.M.*, plutôt que dans la *Loi sur la marine marchande*, semble relever davantage d'un souci de cohérence de la part du législateur, c'est-à-dire rassembler dans une seule loi tous les régimes de responsabilité maritime, que d'un réel changement du droit à proprement parler.

20. Le nouveau régime mis en place a pour effet de renverser le fardeau de preuve qui incombait pratiquement au propriétaire de navire. Dorénavant, c'est à la partie qui conteste le droit du propriétaire de limiter sa responsabilité que de faire la preuve d'une conduite qui l'empêche de ce faire. Ce sera le cas si le dommage résulte du fait ou de l'omission personnels du propriétaire de navire, commis avec l'intention de provoquer un tel dommage ou commis témérement et avec conscience qu'un tel dommage en résulterait probablement (art. 4 de la conv.). Non seulement l'acte ou l'omission doit être personnel, ce qui, dans le cas où la propriété du navire appartient à une compagnie, peut être une démonstration fort problématique, mais de plus, il doit être fait intentionnellement ou encore, résulter d'un dol. Considérant ce lourd fardeau, les situations où le propriétaire de navire ne pourra pas se prévaloir du droit de limiter sa responsabilité seront rares. Il faut noter que le fait pour un propriétaire d'invoquer la limitation de responsabilité n'emporte pas la reconnaissance de cette responsabilité (art. 1(7) de la conv.).

21. C'est le propriétaire d'un navire de mer qui peut invoquer la limitation de responsabilité. En outre, l'affréteur, l'armateur et l'armateur-gérant<sup>71</sup> et l'assistant<sup>72</sup> peuvent aussi invoquer ce

71. Un propriétaire de navire peut évidemment l'exploiter lui-même. Il peut aussi en confier la gestion à une autre personne, elle-même propriétaire ou non. On parle alors de l'armateur, de l'armateur-gérant ou propriétaire-gérant qui sont désignés dans la version anglaise de la convention comme étant le «ship's manager» ou «ship's husband» ou encore «operator».

72. L'assistant ou le sauveteur est celui qui s'est livré à un acte d'assistance ou de sauvetage. On entend ici un acte de secours qu'un navire porte à un autre navire en danger et qui intervient en temps utile. En ce faisant, le sauveteur peut engager sa responsabilité en cas de négligence de sa part. Voir: *Tojo Maru (The)*, (1972) A.C. 242 (C.L.) et A. BRAËN, *Le droit maritime au Québec*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1992, p. 233-241.

droit à la limitation comme peuvent également y prétendre leurs employés et mandataires<sup>73</sup> ainsi que leurs assureurs (art. 1(1) à (6) de la conv.). La *L.R.M.* octroie aussi ce droit à la personne ayant un intérêt dans un navire ou dans sa possession, à compter de son lancement et qu'il importe qu'il s'agisse ou non d'un navire de mer (art. 25 (1b))<sup>74</sup>. Le droit à la limitation est donc étendu au cas de la navigation de plaisance qui se déroule dans les eaux intérieures canadiennes.

22. La convention énumère la liste des créances qui, et sans tenir compte de leur fondement contractuel ou extracontractuel, sont soumises à la limitation de responsabilité. Elle englobe les créances pour préjudice corporel (mort ou lésions corporelles), celles pour dommages matériels et toutes pertes afférentes et celles pour retard dans le transport de biens ou de passagers (art. 2 de la conv.). Par contre, certaines créances sont expressément exclues de la limitation dont celles relatives à l'indemnité pour actes de secours, à la contribution aux avaries communes, aux dommages dus à la pollution par les hydrocarbures<sup>75</sup>, aux dommages nucléaires ou encore, aux créances des préposés du propriétaire de navire à l'égard desquelles la loi dispose que ce dernier ne peut limiter sa responsabilité<sup>76</sup> (art. 3 de la conv.).

23. Le droit à la limitation de responsabilité peut être invoqué soit comme moyen de défense à une action dirigée contre le propriétaire, ou encore au moyen d'une action ou d'une demande reconventionnelle de la part du propriétaire et visant la constitution d'un fonds de limitation (art. 32 de la *L.R.M.* et art. 10-11 de la conv.)<sup>77</sup>. Au Canada, c'est la Cour fédérale qui est le seul tribunal compétent pour entendre toutes questions relatives à la constitution et à la répartition du fonds de limitation entre les créanciers ayant établi leurs créances. C'est elle qui énonce les règles de pro-

73. Il s'agit des personnes dont les faits, négligences ou fautes entraînent la responsabilité du propriétaire de navire. Le capitaine et les membres de l'équipage, on s'en doute, voudront se prévaloir de ce principe selon les circonstances.

74. Selon l'article 25(1b) de la *L.R.M.*, l'expression «propriétaire de navire» doit s'interpréter sans égard du terme «de mer» («seagoing»). Sont par ailleurs exclus du champ d'application de ces dispositions l'aéroglisser ainsi que les plates-formes flottantes utilisées pour l'exploration ou l'exploitation des ressources marines (art. 15 de la conv.).

75. Ceux-ci font l'objet de la partie 6 de la *L.R.M.* Voir *infra*, par. 34 et s.

76. Sur cette question, voir: C. HILL, *op. cit.*, *supra*, note 51, p. 399-400.

77. Invoquer la limitation comme moyen de défense dans le cadre d'une action ne vaut qu'à l'égard de cette action. C'est là un désavantage important si l'on considère que la constitution d'un fonds quant à elle vaudra à l'encontre de toutes les créances réelles ou appréhendées nées de l'événement.

cédure, empêche la poursuite d'autres procédures et y joint des parties (art. 32-33 de la *L.R.M.*). Le fonds est constitué par le dépôt par le propriétaire qui invoque la limitation du montant total de responsabilité prévue par la loi, ou encore d'une garantie jugée acceptable par la cour (art. 33(4) de la *L.R.M.* et art. 11 de la conv.). S'y ajoutent les intérêts courant depuis la date de l'événement qui a donné naissance aux créances jusqu'au moment de la constitution du fonds (art. 33(5) de la *L.R.M.*). Une fois le fonds constitué, aucun actif du propriétaire ne peut faire l'objet de procédures judiciaires et à cet égard, la cour pourra ordonner, s'il y a lieu, la mainlevée de toute saisie (art. 33-34 de la *L.R.M.* et art. 13 de la conv.). Un privilège sur un navire ne peut modifier la proportion selon laquelle le fonds est réparti par la cour (art. 33(3) de la *L.R.M.*).

24. Tant la *L.R.M.* que la *Convention de Londres* fixent les limites générales de responsabilité à l'égard d'un même événement lesquelles varient en fonction de la jauge du navire, de la nature des créances ou encore, s'il s'agit de la créance d'un passager. Il faut retenir que les limites sont progressives et déterminées en fonction de la jauge brute du navire<sup>78</sup>. Elles sont exprimées en dollars canadiens ou en DTS<sup>79</sup>. Deux fonds distincts doivent, s'il y a lieu, être constitués<sup>80</sup>: l'un concerne les créances pour préjudice corporel et le second vaudra à l'égard de toutes les autres créances. Si le fonds établi pour les créances relatives au préjudice corporel est insuffisant pour satisfaire toutes les créances, alors le reliquat s'ajoute et prend rang au *pro rata* avec toutes les autres créances, par exemple celles pour dommages matériels, pour lesquelles l'autre fonds a été constitué (art. 6(2) de la conv.). Quant à la créance du passager, il doit s'agir d'une créance pour préjudice corporel (les autres étant exclues) et la limite varie selon que le navire possède ou non un certificat et selon l'existence ou l'absence d'un contrat de transport de passager (art. 29 de la *L.R.M.* et art. 7

78. Celle-ci est calculée conformément aux règles prévues dans la *Convention de Londres de 1969 sur le jaugeage des navires* et ses modifications. Voir le *Règlement concernant le jaugeage des navires*, DORS/94-653, 12 octobre 1994. Le calcul se complique dans le cas d'un abordage impliquant un navire remorqueur et un navire remorqué qui appartiennent au même propriétaire ainsi qu'un troisième navire qui n'a commis aucune faute. Le montant de la limitation de responsabilité est alors calculé en fonction de la masse totale en faute, c'est-à-dire du remorqueur et du remorqué pris ensemble. Voir: *Rhône (Le) c. Peter A.B. Widener (Le)*, *supra*, note 68 et G. VAILLANCOURT, «Le droit d'un propriétaire de remorqueur à limiter sa responsabilité au Canada», (1986) 38 *D.M.F.* 315.

79. Droit de tirage spécial émis par le Fonds monétaire international (FMI). Le 6 mai 2003, un DTS valait 1,9619 dollar canadien.

80. Il est à noter que la limitation de responsabilité peut toujours être invoquée même si, par ailleurs, aucun fonds n'a été constitué (art. 10 de la conv.).

de la conv.). Le tableau suivant indique les montants de responsabilité maximale imputables au propriétaire de navire et concernant les créances résultant d'un même événement:

| <i>Jauge du navire</i>  | <i>Créances pour préjudice corporel (à l'exception de celles du passager)</i> | <i>Autres créances (à l'exception de celles du passager)</i>                |
|-------------------------|-------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------|
| - 300 tonneaux et moins | 1 million de dollars                                                          | 500 000 \$                                                                  |
| - de 301 à 2000 t.      | 2 millions de DTS                                                             | 1 million de DTS                                                            |
| - de 2001 à 30 000 t.   | 2 millions de DTS <i>plus</i> 800 DTS pour chaque tonneau à partir de 2001    | 1 million de DTS <i>plus</i> 400 DTS pour chaque tonneau à partir de 2001   |
| - de 30 001 à 70 000 t. | 2 millions de DTS <i>plus</i> 600 DTS pour chaque tonneau à partir de 30 001  | 1 million de DTS <i>plus</i> 300 DTS pour chaque tonneau à partir de 30 001 |
| -70 001 t. et plus      | 2 millions de DTS <i>plus</i> 400 DTS pour chaque tonneau à partir de 70 001  | 1 million de DTS <i>plus</i> 200 DTS pour chaque tonneau à partir de 70 001 |

25. Quant aux créances des passagers pour préjudice corporel, la partie 3 de la *L.R.M.* distingue selon que le navire est requis ou non de détenir un certificat<sup>81</sup> et selon que le passager est lié ou non par un contrat de transport de passager<sup>82</sup>. Les dispositions de la partie 3 doivent se lire avec celles énoncées dans la partie 4 de la *L.R.M.* et qui mettent en œuvre la *Convention d'Athènes sur le transport par mer de passagers*<sup>83</sup>. Cette convention établit les limites de responsabilité dont bénéficie le transporteur maritime pour les pertes causées aux passagers, à leurs bagages et véhicules. La partie 3 de la *L.R.M.* se superpose à ce régime et fixe, quant à elle,

81. Dépendamment de la législation nationale applicable à un navire, ce dernier peut être tenu de détenir ou non un certificat indiquant le nombre maximum de passagers qu'il est autorisé à transporter. Voir les articles 578 à 583 de la *Loi sur la marine marchande du Canada*, *supra*, note 2, qui sont abrogés par l'article 122 de la *L.R.M.* Voir aussi la partie IV de la *Loi de 2001 sur la marine marchande*, *supra*, note 2.

82. Sans être liées par un contrat de transport de passager, des personnes peuvent, par exemple et avec le consentement du transporteur, accompagner des animaux ou des véhicules qui eux sont transportés à bord en vertu d'un contrat de transport.

83. Comparer par exemple l'article 7 de la *Convention de Londres* avec l'article 7 de la *Convention d'Athènes*.

la limite globale du propriétaire de navire et qui est applicable à l'ensemble des créances de passagers pour préjudice corporel et résultant d'un même événement. Elle prévoit ainsi dans le cas d'un passager lié par un contrat de transport de passager que la limite de responsabilité du propriétaire de navire s'obtient en multipliant 175 000 DTS par le nombre de passagers que le navire est autorisé à transporter en vertu de son certificat. Si le navire ne détient pas de certificat ou encore, si le passager n'est pas lié par un contrat de transport de passager, la limite de responsabilité correspond alors au montant le plus élevé entre d'une part, 2 millions de DTS et d'autre part, 175 000 DTS multipliés par le nombre de passagers à bord du navire (art. 29 de la *L.R.M.*). Ces limites applicables au cas du passager ne le sont pas dans le cas du capitaine, des membres de l'équipage ou de tout autre employé; elles sont aussi inapplicables à la navigation de plaisance<sup>84</sup>. De même, la partie 3 se superpose à la partie 5 de la *L.R.M.* qui traite de la responsabilité du transporteur maritime de marchandises en fixant également la limite globale du propriétaire de navire applicable aux créances pour dommages matériels.

26. La *L.R.M.* étend le principe de la limitation de responsabilité en faveur du propriétaire d'un dock<sup>85</sup>, d'un canal ou d'un port ou encore, de toutes personnes engageant leur responsabilité (art. 30). Les créances doivent se rapporter aux pertes causées à un navire, à la cargaison ou autres biens à bord. La limite de responsabilité correspond au montant le plus élevé entre 2 millions de DTS ou 1 000 \$ multipliés par le nombre de tonneaux de jauge brute du plus grand navire à s'être trouvé, au moment de la perte ou au cours des 5 années précédentes, dans la zone où se trouve le dock, le canal ou le port (art. 30). Là aussi, la faute intentionnelle ou le dol du propriétaire pourra empêcher ce dernier d'invoquer en sa faveur le principe de la limitation<sup>86</sup>. Notons enfin que le gouvernement peut, par règlement, modifier toutes les limites fixées dans la partie 3 de la *L.R.M.* (art. 31).

84. Art. 29(3) de la *L.R.M.* Cet article excepte le cas de la personne transportée à bord d'un navire autre qu'un navire utilisé à des fins commerciales ou publiques. C'est plutôt la limite prévue à l'article 28 qui trouve application en la matière.

85. Le mot «dock» est défini de sorte à y inclure, entre autres, les cales sèches et les bassins de radoub et de carénage. Le constructeur ou le réparateur naval peuvent donc se prévaloir du principe de la limitation de responsabilité comme le peuvent également les gestionnaires d'un canal, par exemple l'Administration de la voie maritime du Saint-Laurent, qui sont assimilés à un propriétaire. Voir l'article 30(5) de la *L.R.M.*

86. Voir *supra*, par. 20.

### III - LA RESPONSABILITÉ DU TRANSPORTEUR MARITIME DE PASSAGERS

27. Avec ses zones côtières et ses innombrables cours d'eau intérieurs, le Canada compte de nombreuses dessertes maritimes (ferry-boats ou «traversiers»). Même si les activités reliées au transport maritime de passagers sont plus modestes que celles liées au transport de biens, elles restent néanmoins significatives. Par ailleurs, l'industrie de la croisière maritime connaît depuis plusieurs années un essor remarquable. Les deux types d'activités revêtent de façon évidente un caractère maritime qui les fait relever, en termes de responsabilité légale, du droit maritime canadien<sup>87</sup>. La partie 4 de la *L.R.M.* vient, à cet égard, combler un vide important en droit maritime canadien en mettant en œuvre la *Convention d'Athènes de 1974 relative au transport par mer de passagers et de leurs bagages*<sup>88</sup>.

28. En common law, le contrat de transport maritime de passagers a simplement été assujéti aux règles ordinaires applicables aux contrats. S'appuyant sur le principe de la liberté contractuelle, les tribunaux ont reconnu la validité des clauses d'exonération et de limitation de responsabilité que les transporteurs de passagers ont très tôt insérées dans leurs contrats. Au plan de la responsabilité, les litiges ont surtout porté sur la question de la suffisance de l'avis relatif à ces clauses<sup>89</sup> ou encore, sur les moyens qui permettent au passager de les écarter, que ce soit la doctrine de l'iniquité ou celles de la rupture fondamentale du contrat ou de la rupture d'une clause fondamentale du contrat<sup>90</sup>. Puis, le droit statutaire est venu encadrer la liberté de contracter dans ce domaine<sup>91</sup>. Le nouveau Code civil du Québec assimile quant à lui l'obligation du transporteur de personnes à une obligation de résultat et limite à certains cas spécifiés (force majeure, état de santé ou faute du passager...) les cas d'exonération de responsabi-

87. Voir *supra*, par. 3 à 8. Voir aussi la *Loi sur la Cour fédérale*, *supra*, note 6, art. 22(2)d) et g).

88. Le 13 décembre 1974. Voir les articles 35-40 de la *L.R.M.* et l'annexe 2.

89. Par exemple, voir l'arrêt *ITO International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Ltd. Inc.*, *supra*, note 8, aux p. 794-800. Voir aussi *Canada Steamship Lines c. The King*, [1952] A.C. 192 (C.P.).

90. C. HILL, *op. cit.*, *supra*, note 51, aux p. 501-505 et W. TETLEY, *op. cit.*, *supra*, note 51, p. 522.

91. Par exemple, le Parlement britannique adoptait *The Unfair Contract Terms Act*, (1977) U.K. c. 50.

lité<sup>92</sup>. Dans le secteur de la croisière maritime, les transporteurs proposent à leur clientèle – celle-ci n’ayant pas véritablement le choix puisqu’il s’agit de véritables contrats d’adhésion, des clauses standards stipulant, entre autres, le choix du *forum* en cas de conflit entre les parties ou, plus rarement, le droit applicable<sup>93</sup>. La *Loi sur la marine marchande du Canada* rend le droit du pavillon applicable sauf en cas de dispositions contractuelles au contrat<sup>94</sup>. Elle permettait l’inclusion dans un contrat de transport maritime de clauses de limitation de responsabilité et elle limitait à 200 \$ la responsabilité du transporteur pour toute perte ou avarie causée aux bagages personnels des passagers<sup>95</sup>.

29. La *L.R.M.* implante en droit maritime canadien le régime de responsabilité applicable au transporteur maritime de passagers qui est prévu dans la *Convention d’Athènes de 1974 relative au transport par mer de passagers et de leurs bagages* (13 déc. 1974) telle que modifiée par le Protocole de Londres du 29 mars 1990 (art. 37(1)). Le champ d’application de la convention vise le transport international<sup>96</sup> qui a fait l’objet d’un contrat de transport entre le transporteur ou le transporteur substitué<sup>97</sup> et un passager; en l’absence d’un tel contrat, la convention s’applique aussi à la personne qui, avec le consentement du transporteur, accompagne un véhicule ou un animal qui, lui, est transporté en vertu d’un contrat de transport (art. 1(4) de la conv.). Enfin, la convention est applicable à tout bâtiment de mer à l’exception d’un aéroglisseur (art. 1(3) de la conv.). Bref, tout transport international

92. Voir les articles 2036-2039 C.c.Q. Le code rend les règles applicables à tous les modes de transport. Au plan constitutionnel, il serait surprenant que l’on juge lesdites règles applicables au transport maritime.

93. Voir: A.W. MOREIRA, *Love Boat Meets Law and Order: Admissibility Issues in the Cruise Industry*, conférence présentée à l’Association canadienne de droit maritime et disponible sur le site web: [www.cmla.org/papers](http://www.cmla.org/papers), 19 novembre 2002.

94. *Supra*, note 2, art. 275.

95. *Ibid.*, art. 565 et 587. L’article 565 a été abrogé par l’article 118 de la *L.R.M.* et l’article 587 l’a été par L.C. 1998, c. 6, art. 3.

96. Il y a transport international lorsque le lieu de départ et celui de destination sont situés en vertu du contrat dans deux États différents ou dans un seul État lorsque, dans ce dernier cas, il y a un port d’escale dans un autre État (art. 1(9) de la conv.). Un tel transport est alors assujéti à la convention si (1) le navire est immatriculé ou bat le pavillon d’un État partie à la convention, ou (2) le contrat de transport a été conclu dans un État partie à la convention, ou (3) le lieu de départ ou de destination est situé dans un État partie à la convention (art. 2(1) de la conv.).

97. Le «transporteur substitué» s’entend d’une personne autre que le transporteur et qui assure effectivement le transport, en totalité ou en partie (art. 1(1)b) de la conv.).

de passagers à partir ou à destination du Canada ou sur un navire immatriculé au Canada ou battant pavillon canadien est assujéti aux règles de la convention d'Athènes<sup>98</sup>. La *L.R.M.* étend aussi le champ d'application de cette dernière à tout transport de passagers effectué dans les eaux intérieures canadiennes<sup>99</sup> par un navire mais à l'exception d'un aéroglisseur<sup>100</sup>. Ainsi, le régime prévu dans la convention s'appliquera à tout transport interne de personnes, qu'il y ait ou non un contrat de transport; en seront toutefois exclus le capitaine, les membres de l'équipage et tout autre employé<sup>101</sup> de même que les personnes transportées à bord d'un navire de plaisance<sup>102</sup>.

30. Selon la convention, le transporteur est responsable du préjudice corporel (mort ou lésion corporelle) subi par le passager ainsi que des dommages matériels, y inclus ceux découlant d'un retard<sup>103</sup>, causés aux bagages lorsque (1) le fait générateur s'est produit au cours d'un transport et (2) qu'il est imputable à la faute ou à la négligence du transporteur ou de ses préposés et mandataires dans l'exercice de leurs fonctions (art. 3(1) de la conv.). La responsabilité couvre la période de transport à proprement parler, c'est-à-dire celle où le passager et les bagages de cabine (i.e. ceux sous sa garde et contrôle<sup>104</sup>) se trouvent à bord du navire ou en cours d'embarquement ou de débarquement ou encore, lorsqu'ils sont transportés par eau du quai au navire. L'attente dans une gare maritime ou sur un quai n'est pas couverte sauf pour les bagages de cabine qui auraient déjà été pris en charge par le transporteur. Pour les autres bagages, y inclus les véhicules<sup>105</sup>, la

98. Le Canada est considéré comme partie à la convention (art. 38 de la *L.R.M.*).

99. L'article 37(2) de la *L.R.M.* prévoit que la convention s'applique au transport par eau «d'un lieu du Canada à tout lieu au Canada, directement ou en passant par un lieu situé à l'extérieur du Canada».

100. Art. 36(1) de la *L.R.M.* L'article 36(2) modifie la mention de «transport par mer» utilisée dans la convention par «transport par eau».

101. Art. 37(2)b(i) de la *L.R.M.* Le mot «employé» s'entend de toute personne employée ou occupée à bord en quelque qualité que ce soit pour les affaires du navire.

102. Art. 37(2)b(ii) de la *L.R.M.* La convention ne s'applique pas à l'égard d'une personne transportée à bord d'un navire «autre qu'un navire utilisé à des fins commerciales ou publiques».

103. C'est-à-dire lorsque, et sauf en cas de conflit de travail, les bagages n'ont pas été rendus au passager en délai raisonnable à compter de l'arrivée du navire (art. 1(7) de la conv.).

104. Art. 1(6) de la conv.

105. Il doit s'agir de biens ou de véhicules qui ne sont pas transportés en vertu d'un contrat d'affrètement, d'un connaissance ou de tout autre contrat de transport de marchandises. En quelque sorte, ce sont des biens ou véhicules qui

période de transport court du moment de leur prise en charge par le transporteur jusqu'au moment de leur remise (art. 1(8) de la conv.). Le transporteur reste libre de stipuler des conditions de responsabilité différentes pour les phases qui précèdent ou suivent la période de transport telle que définie ci-haut (art. 18 de la conv.).

31. Dans les cas de préjudice corporel ou de dommages aux bagages de cabine, il incombe au demandeur de prouver que le fait générateur est imputable à la faute ou négligence du transporteur; il doit aussi prouver l'étendue du préjudice (art. 3(2) de la conv.). Mais le fardeau de preuve est renversé lorsque les pertes sont survenues à l'occasion d'un naufrage, d'un abordage, d'un échouement, d'un incendie ou explosion ou encore, d'un défaut du navire auquel cas la convention crée une présomption de responsabilité à l'encontre du transporteur, sauf preuve au contraire. Dans le cas de dommages aux bagages autres que les bagages de cabine, une présomption de responsabilité est établie dans tous les cas sauf preuve au contraire à l'encontre du transporteur. Enfin et concernant tous les autres cas, c'est au demandeur qu'il incombe de prouver la responsabilité du transporteur (art. 3(3) de la conv.). Si le transporteur a fait appel à un transporteur substitué, il reste néanmoins responsable des actes et omissions de ce dernier et la convention le tient responsable pour l'ensemble du transport. Si la responsabilité du transporteur et celle du transporteur substitué est alléguée, elle est alors solidaire; mais le transporteur substitué pourra se prévaloir des dispositions de la convention à son avantage (art. 4 de la conv.). Une notification écrite de la part du passager est requise, sauf s'il y a déjà eu constat ou inspection contradictoire, dans le cas de dommages apparents aux bagages. S'agissant de bagages de cabine, la notification doit être adressée au transporteur avant ou en cours de débarquement des passagers; s'agissant des autres bagages, la notification doit avoir lieu avant ou au moment de leur livraison. Si les dommages ne sont pas apparents, la notification doit se faire dans les 15 jours du débarquement ou du moment où la livraison aurait dû avoir lieu. En l'absence de telle notification, la convention crée une présomption à l'effet que les bagages ont été reçus en bon état (art. 15 de la conv.).

---

«accompagner» le passager. Quant aux animaux vivants, ceux-ci sont exclus du champ d'application de la convention. Le transporteur pourra donc s'exonérer de toute responsabilité à leur égard. Voir l'article 1(5) de la conv.

32. Sauf si le transporteur a convenu de les garder<sup>106</sup>, il n'est pas responsable des pertes et dommages survenus aux biens de valeur (espèces, titres négociables, or, bijoux, objet d'art, etc.) du passager (art. 5 de la conv.). De même, il n'est pas responsable du préjudice corporel ou des dommages aux bagages causés par la faute du passager. Dans ce dernier cas, le tribunal peut toutefois, s'il y a lieu, procéder au partage de la responsabilité (art. 6 de la conv.). Ce sont là les deux cas d'exclusion de responsabilité expressément prévus en faveur du transporteur. Par ailleurs, la convention fixe, de la manière suivante, le montant maximal de responsabilité imputable à ce dernier:

- A - En cas de préjudice corporel, la responsabilité du transporteur est limitée à 175 000 DTS<sup>107</sup> par passager et par transport (art. 7 de la conv.).
- B - En cas de dommages aux bagages de cabine, la responsabilité du transporteur est limitée à 1 800 DTS par passager et par transport. (art. 8(1) de la conv.).
- C - En cas de dommages aux véhicules<sup>108</sup>, la responsabilité du transporteur est de 10 000 DTS. (art. 8(2) de la conv.).
- D - Concernant tous les autres bagages, la responsabilité du transporteur est de 2 700 DTS. (art. 8(3) de la conv.).

Une franchise d'au plus 300 DTS en ce qui concerne les véhicules et de 135 DTS à l'égard des autres bagages peut être convenue par les parties (art. 8(4) de la conv.). En vertu du protocole, les États parties à la convention peuvent convenir d'un changement à ces limites et par décret, le gouverneur en conseil peut donner suite à ces modifications (art. 40 de la *L.R.M.*). Celui-ci peut également par règlement prévoir l'obligation pour le transporteur de contracter une assurance pour couvrir sa responsabilité.

33. Les auxiliaires du transporteur jouent un rôle important et c'est pourquoi il est prévu que les préposés et aussi les mandataires ainsi que le transporteur substitué peuvent invoquer le bénéfice de la limitation de responsabilité (art. 11 de la conv.). Mais il y

106. Dans un tel cas, sa responsabilité est limitée au montant fixé à l'article 8 de la conv. et tel qu'il apparaît ci-haut.

107. Voir *supra*, note 79 (175000 DTS = ± 350000 \$ CAD).

108. Y compris les bagages qui sont transportés dans ou sur un véhicule.

a déchéance de ce droit à l'encontre du bénéficiaire s'il est prouvé que les dommages résultent d'un acte ou omission commis avec l'intention de provoquer ces dommages, ou soit témérement en sachant que des dommages en résulteraient probablement (art. 13 de la conv.). Si les parties sont libres de convenir de clauses plus avantageuses, les dispositions de la convention sont d'ordre public. Le transporteur ne peut donc pas, à l'inverse, proposer aux passagers des clauses qui atténuent sa responsabilité ou encore, fixer des limites inférieures à celles prévues dans la convention. De telles clauses sont réputées nulles et sans effet (art. 18 de la conv.)<sup>109</sup>. Par ailleurs, les limites prévues à la convention s'appliquent qu'importe le fondement, délictuel ou contractuel, d'un recours entrepris contre le transporteur (art. 12 et 14 de la conv.). Le demandeur peut intenter son recours devant (1) le tribunal du lieu de résidence habituel ou du principal établissement du défendeur, (2) le lieu de départ ou de destination, (3) le lieu du domicile ou de la résidence principale du demandeur à la condition que le défendeur y ait une place d'affaire. Dans tous les cas, il doit s'agir d'un lieu situé dans un État partie à la convention (art. 17 de la conv.). Finalement, l'action en réparation d'un préjudice corporel ou de dommages survenus aux bagages se prescrit par deux ans<sup>110</sup>.

#### **IV - LA RESPONSABILITÉ DU TRANSPORTEUR SOUS CONNAISSEMENT MARITIME**

34. Les deux modes usuels de transport maritime de marchandises sont l'affrètement et le transport sous connaissement. L'affrètement s'entend du contrat par lequel le propriétaire d'un navire (le fréteur) s'engage, moyennant le paiement d'une rémunération (le fret) à mettre à la disposition d'un utilisateur (l'affréteur) une partie ou le plus souvent, l'ensemble du navire pour une période de temps ou un voyage déterminé et dans le but de transporter

109. De même, une clause qui aurait pour effet de renverser le fardeau de preuve imposé au transporteur ou encore, de restreindre le choix du demandeur quant à la juridiction à saisir sera considérée nulle selon l'article 18 de la conv.

110. Dans le cas de lésions corporelles, la prescription court de la date du débarquement. Dans le cas de mort survenue en cours de transport, le délai de prescription court de la date où aurait dû avoir lieu le débarquement. Si des lésions corporelles sont survenues en cours de transport et que le décès s'ensuit après le débarquement, le délai est de trois ans maximum à compter de la date de débarquement. Enfin, s'il s'agit de dommages aux bagages, le délai court à partir de la date du débarquement ou de celle où aurait dû avoir lieu le débarquement (voir l'article 16 de la conv.).

une cargaison<sup>111</sup>. Le contrat est généralement constaté dans une charte-partie. Alors que l'affrètement concerne généralement des cargaisons homogènes, le transport sous connaissance implique quant à lui des lots variés de marchandises. Le connaissance constate le contrat intervenu entre le transporteur maritime<sup>112</sup> et un expéditeur concernant l'acheminement de marchandises d'un port de départ jusqu'à un port de destination. Les règles qui gouvernent le transport sous connaissance ont donc un objet et un contenu tout à fait différents de ceux de l'affrètement et elles ont été l'objet d'un processus, plus ou moins réussi, d'uniformisation au niveau international<sup>113</sup>.

35. Dès l'apparition des lignes régulières de navigation au XIX<sup>e</sup> siècle et l'émergence du connaissance comme titre de transport, les transporteurs maritimes ont cherché à limiter singulièrement leur responsabilité pour les dommages causés à la cargaison. En Angleterre, cette pratique a été avalisée par les tribunaux qui se sont fondés sur le principe de la liberté contractuelle. Aux États-Unis, les tribunaux ont, au contraire, jugé cette pratique illégale. L'adoption du «Harter Act» en 1893 par le Congrès américain, a interdit aux armateurs, impliqués dans un transport sous connaissance de marchandises au départ ou à destination des États-Unis, de s'exonérer complètement de toute responsabilité à l'égard des dommages causés à la cargaison. En contrepartie, les armateurs étaient libérés de toute responsabilité s'ils démontraient avoir exercé une diligence raisonnable pour mettre leur navire en bon état de navigabilité et que les dommages avaient été causés par des risques de la navigation. Plusieurs pays emboîtèrent le pas dans cette direction et un projet de réforme des règles applicables au connaissance maritime fit l'objet d'une conférence internationale tenue à La Haye en 1921. En 1924, la *Convention internationale pour l'unification de certaines règles en matière de connaissance*<sup>114</sup> était signée. Les règles qui en résultent

111. Il existe 3 types principaux d'affrètement: l'affrètement coque-nue, le time charter et l'affrètement au voyage. Voir: A. BRAËN, *op. cit.*, *supra*, note 72, p. 244-255.

112. Qui peut être l'affréteur. L'identité du transporteur maritime peut poser des difficultés. Sur cette question, voir: C. PEJOVIC, «The Identity of Carrier Problem Under Time Charters: Diversity Despite Unification of Law», (2000) 31 *J. of Mar. L. & C.* 1389.

113. Voir, sur ce sujet, W. TETLEY, «Uniformity of International Private Maritime Law – The Pros, Cons and Alternatives to International Conventions – How to Adopt an International Convention», (2000) 24 *Tul. Mar. L.J.* 775. Voir aussi: P. GRIGGS, «Uniformity of Maritime Law – An International Perspective», (1999) 73 *Tul. L.R.* 1551.

114. Bruxelles, le 25 août 1924.

tent sont connues sous le nom de règles de La Haye. Celles-ci ont été amendées par le *Protocole portant modification de la convention internationale pour l'unification de certaines règles en matière de connaissance*<sup>115</sup>. Les amendements sont connus sous le nom de règles de Visby. Perçues comme favorisant indûment les armateurs et les nations maritimes traditionnelles, ces règles ont complètement été révisées et le travail sous les auspices de la CNUDCI a donné lieu à la *Convention des Nations Unies sur le transport de marchandises par mer de 1978*<sup>116</sup>. Ces dernières règles sont connues sous le nom de règles de Hambourg.

36. Les règles de La Haye ont depuis longtemps trouvé application en droit canadien<sup>117</sup>. En 1993, la législation était amendée par le Parlement de sorte à y inclure les modifications prévues aux règles de Visby<sup>118</sup>. De plus, le législateur prévoyait un mécanisme d'examen par le ministre de Transports Canada des règles de La Haye-Visby ainsi que leur possible remplacement au 1<sup>er</sup> janvier 2000 par celles de Hambourg<sup>119</sup>. L'incertitude créée par la menace des États-Unis d'adopter unilatéralement leur propre régime de responsabilité applicable au transport maritime<sup>120</sup>, la diversité des régimes applicables dans ce domaine au plan international<sup>121</sup> et l'opposition de l'industrie ont fait reculer cette échéance. La partie 5 de la *L.R.M.* reprend donc essentiellement les dispositions de la législation antérieure en rendant applicables au transport maritime sous connaissance les règles de La Haye-Visby (art. 43 et annexe 3). Quant à leur remplacement éventuel par les règles de Hambourg, le nouveau calendrier de la procédure d'examen et de rapport au Parlement est fixé au 1<sup>er</sup> janvier 2005 (art. 44 et annexe 4). À l'exception de cette nouvelle échéance, la partie 5

115. Bruxelles, le 23 février 1968.

116. Hambourg, le 31 mars 1978. Beaucoup de pays en voie de développement ne possèdent pas de flotte nationale et dépendent donc des armateurs étrangers en ce qui concerne leur commerce extérieur.

117. Voir la *Loi sur le transport de marchandises par eau*, L.R.C. (1985), c. C-27.

118. L.C. 1993, c. 21.

119. *Ibid.*, art. 4.

120. Le projet de loi US COSGA 99 («*Carriage of Goods by Sea Act of 1999*») rédigé par l'Association américaine de droit maritime ne semble plus faire l'objet de pression pour qu'il soit adopté.

121. Certains États, comme les États-Unis, adhèrent aux règles de La Haye. D'autres, comme le Canada, adhèrent aux règles de La Haye telles que modifiées par les règles de Visby. D'autres, en particulier les pays en voie de développement, ont adhéré à la Convention de Hambourg. Simultanément, 3 régimes distincts portant sur le transport maritime sous connaissance coexistent mettant ainsi en évidence l'absence criante d'uniformisation du droit dans ce domaine. À ce sujet, voir: W. TETLEY, *op. cit.*, *supra*, note 113.

de la *L.R.M.* ne fait donc que confirmer le droit applicable et c'est davantage le souci du législateur de rassembler à l'intérieur de la même loi tous les régimes de responsabilité applicables en matière maritime qui explique son inclusion dans la *L.R.M.*

37. Les règles de La Haye-Visby énoncent les conditions qui constituent le cadre minimal de responsabilité applicable au transport maritime sous connaissance. Si les parties restent libres d'y ajouter, elles ne peuvent en atténuer la teneur (art. III(8) des RLHV). Nous ne voulons pas dans le cadre de la présente étude procéder à l'analyse de ce régime – d'autres l'ayant déjà très bien fait<sup>122</sup>, si ce n'est pour en rappeler quelques caractéristiques fondamentales. Ainsi, il faut retenir que l'incorporation desdites règles dans un contrat de transport maritime est une question d'ordre public et que les parties ne sauraient les écarter sauf dans la mesure prévue par la loi et les règles elles-mêmes. Les règles de La Haye-Visby s'appliquent (a) à tout contrat de transport international<sup>123</sup> conclu dans un État, dont le Canada<sup>124</sup>, qui a adhéré ou donne autrement suite aux règles de La Haye, modifiées ou non par celles de Visby et constaté pour un connaissance et (b) à tout contrat de transport d'un lieu du Canada à un autre lieu du Canada, directement ou en passant par l'extérieur, et constaté par un connaissance (art. 43 de la *L.R.M.* et art. X des RLHV). Seuls les cas exceptés par la loi<sup>125</sup> ou par les règles elles-mêmes<sup>126</sup>

122. L'ouvrage de référence reste, à notre avis, celui de: W. TETLEY, *Marine Cargo Claims*, 3<sup>e</sup> éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1988. Voir aussi: T. SCRUTTON, *Scrutton on Charter Parties and Bills of Lading*, 20<sup>e</sup> éd., (S.C. Boyd, A.S. Burrows & D. Foxton, ed.), Londres, Sweet & Maxwell, 1996.

123. Il doit s'agir d'un transport entre ports relevant de 2 États différents lorsque (a) le connaissance est émis dans un État contractant ou (b), le port d'embarquement est situé dans un État contractant ou c), le connaissance prévoit l'application des règles. Voir l'article X des RLHV.

124. Art. 43(3) de la *L.R.M.* Le Canada est un État contractant aux fins de l'application des règles de La Haye-Visby.

125. Un cas de cabotage, c'est-à-dire un contrat de transport interne, peut échapper aux règles de La Haye-Visby si aucun connaissance n'a été émis et si le document qui constate le transport mentionne que les règles ne s'appliquent pas. Voir l'article 45(2) de la *L.R.M.*

126. Le transport d'animaux vivants et le transport de marchandises en pontée et déclaré comme tel sur le connaissance peuvent faire l'objet de conditions autres que celles énoncées dans les règles. (art. I(c) des R.L.H.V.). De même, les parties peuvent convenir de conditions différentes dans le cas d'une cargaison autre qu'une cargaison commerciale ordinaire faite au cours d'opérations commerciales ordinaires et si la condition du bien à transporter, les circonstances, les termes et conditions du transport sont de nature à justifier une convention spéciale. Par exemple, il peut s'agir de transport de marchandises périssables ou dangereuses ou encore d'un transport dans des conditions dangereuses

peuvent échapper à ce régime. Celui-ci impose au transporteur l'obligation fondamentale, qui lui est personnelle<sup>127</sup> d'exercer diligence raisonnable pour mettre son navire en bon état de navigabilité (art. III(1) des R.L.H.V.) et de procéder avec soin au chargement, à la manutention, à l'arrimage, à la garde et au déchargement des marchandises (art. III(2) des R.L.H.V.)<sup>128</sup>. En retour, les règles énumèrent 17 cas d'exonération de responsabilité en faveur du transporteur lorsque des dommages (y inclus le retard) sont causés à la marchandise, dont ceux résultant d'une faute dans la navigation ou l'administration du navire, d'un incendie, d'un péril de mer, de l'insuffisance d'emballage... (art. IV(2) des RLHV). Dans tous les cas, la responsabilité du transporteur maritime est limitée à l'égard des pertes occasionnées à la marchandise<sup>129</sup>. Ce régime vaut pour la phase maritime à proprement parler du transport<sup>130</sup> et les auxiliaires peuvent s'en prévaloir<sup>131</sup>.

38. Il est fréquent que le connaissement maritime contienne une clause compromissaire désignant le forum à saisir si l'une des parties au contrat souhaite intenter des procédures arbitrales ou même des procédures judiciaires. Les tribunaux donnent effet à

---

comme la navigation dans les glaces. Dans de tels cas, le transporteur stipulera généralement que le transport se fait aux risques de l'expéditeur. Voir l'article VI des RLHV.

127. Il ne peut s'en décharger en invoquant la responsabilité d'autrui. Voir: *Riverton Meat Co. c. Lancashire Shipping Co.*, [1961] A.C. 807; *Kruger Inc. c. Baltic Shipping Co.*, [1988] 1 C.F. 262; *Canastrand Industrie Ltd. c. Lara S (Le)*, [1993] 2 C.F. 553.
128. Il faut lire cette disposition avec l'article 586 de la *Loi sur la marine marchande du Canada*, *supra*, note 2, tel que modifié par l'article 124 de la *L.R.M.*, qui prévoit que sous réserve des règles de La Haye-Visby, les transporteurs par eau sont responsables des marchandises reçues à bord et de celles qui leur sont livrées pour être transportées et ils sont tenus d'exercer le soin et la diligence voulus pour que ces marchandises soient gardées en lieu sûr et ponctuellement transportées.
129. La responsabilité maximale du transporteur est le montant le plus élevé entre 666.67 DTS par colis ou unité ou 2 DTS par kg de marchandises. Pour une définition du terme «colis» ou «unité», voir: *International Factory Sale c. The «Alexander Serafimovich»*, [1976] 1 C.F. 35; *Carling O'Keefe Breweries c. CN Marine Inc.*, [1987] 2 C.F. 107; *Redpath Industries Ltd. c. Cisco (Le)*, [1994] 2 C.F. 279.
130. Il s'agit du temps écoulé depuis le chargement de la marchandise à bord du navire jusqu'à son déchargement. Le régime prévu aux règles de La Haye-Visby peut être écarté pour les périodes où le transporteur détient la marchandise à titre de dépositaire en attendant son embarquement à bord ou, une fois déchargée, avant sa livraison au destinataire. Voir l'article I(c) des RLHV.
131. Un connaissement maritime contient généralement une clause dénommée «clause Himalaya» qui a pour objet de faire profiter les auxiliaires du transporteur des clauses d'exonération et de limitation de responsabilité applicables au transporteur. Voir *supra*, note 63.

ces clauses attributives de compétence sauf si la partie qui désire être ainsi libérée de ses engagements contractuels ne démontre des motifs impérieux pour ce faire<sup>132</sup>. Les règles de La Haye-Visby sont silencieuses à cet égard; les règles de Hambourg en traitent<sup>133</sup>. Même si le Canada n'a pas jusqu'ici adhéré à la *Convention de Hambourg*, curieusement cela ne l'a pas empêché d'en adopter les dispositions relatives aux clauses d'arbitrage. Ainsi, l'art. 46 de la *L.R.M.* énonce que, même si contrat de transport désigne le forum d'un État particulier à saisir pour régler un litige, un réclamant peut, malgré la présence de cette clause, instituer au Canada des procédures judiciaires ou même arbitrales si elles sont prévues, si (a) le port de chargement ou de déchargement est situé au Canada ou si (b), l'autre partie a sa résidence dans une place d'affaire au Canada ou si (c), le contrat a été conclu au Canada, à moins évidemment que les parties ne choisissent d'un commun accord un autre lieu. L'article 46 traduit donc de la part des autorités canadiennes une approche «nationaliste» relative au règlement des différends commerciaux<sup>134</sup>. Cette approche va à l'encontre d'engagements précédents plus respectueux de la volonté des parties<sup>135</sup> et crée une certaine incertitude au plan commercial en reconnaissant le droit à un réclamant de procéder à son choix devant plusieurs forums. Les tribunaux n'auront pas vraiment le choix de les appliquer.<sup>136</sup>

## V - LA RESPONSABILITÉ DÉCOULANT DE LA POLLUTION PAR LES HYDROCARBURES

39. En droit civil, la victime de dommages dus à la pollution maritime peut, sur la base du régime ordinaire de la responsabilité civile, intenter un recours à l'encontre de la partie fautive. En common law, le délit d'atteinte directe au bien-fonds, ceux de nuisance privée ou publique ou plus simplement, celui de la négligence peuvent servir de fondement à un recours en indemnisation par la victime; mais des écueils importants comme celui de l'in-

132. Voir à ce sujet *The «Eleftheria»*, (1969) 1 Ll. R. 237.

133. Art. 22 de l'annexe 4 de la *L.R.M.*

134. Voir: W. TETLEY, *op. cit.*, *supra*, note 51, p. 110-111.

135. Par exemple, l'article 8 de l'annexe de la *Loi sur l'arbitrage commercial*, L.R.C. (1985), 2<sup>e</sup> supp., c. 17, prévoit ce qui suit:  
«8. (1) Le tribunal saisi d'un différend sur une question faisant l'objet d'une convention d'arbitrage renverra les parties à l'arbitrage si l'une d'entre elles le demande.....à moins qu'il ne constate que la convention est caduque, inopérante ou non susceptible d'être exécutée.»

136. Voir l'arrêt *I.S.M.A.S. c. Castor (Le)*, [2002] 3 C.F. 447.

demnisation des pertes économiques<sup>137</sup> peuvent néanmoins se poser<sup>138</sup>. Par ailleurs, ce n'est qu'à partir des années 50 que la pollution maritime deviendra un enjeu significatif dans les forums internationaux<sup>139</sup>. Le naufrage du Torrey Canyon en 1967 et surtout, la médiatisation des incidents donnant lieu à la pollution maritime, en particulier les marées noires causées par les déversements d'hydrocarbures, ont frappé l'imaginaire par leur côté spectaculaire. La communauté internationale a alors pris conscience des risques causés par ce phénomène, de l'ampleur des dommages à l'environnement et des sommes gigantesques pour y remédier. La prévention et la lutte à la pollution de la mer deviendront l'objet de plusieurs instruments internationaux<sup>140</sup> auxquels les armateurs eux-mêmes voudront ajouter<sup>141</sup>.

40. Au plan de la responsabilité civile, la *Convention internationale sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures* était signée en 1969<sup>142</sup>. Le régime de

137. Voir sur ce sujet: A. BRAËN, «L'indemnisation de la perte économique en droit maritime canadien», (1997) XV *Annuaire de droit océanique et maritime* 45.

138. En général, voir C. HILL, *op. cit.*, *supra*, note 51, p. 417-421.

139. La conférence de Genève de 1954 sur le droit de la mer donnera lieu, entre autres, à la *Convention internationale pour la prévention de la pollution de la mer par les hydrocarbures*, Londres, le 12 mai 1954 et qui entrera en vigueur en 1958.

140. Dont en particulier la *Convention sur la prévention de la pollution résultant de l'immersion de déchets en mer*, Londres, le 13 novembre 1972; la *Convention internationale sur l'intervention en haute-mer en cas d'accident entraînant ou pouvant entraîner une pollution par les hydrocarbures*, Bruxelles, le 29 novembre 1969; la *Convention internationale pour la prévention de la pollution par les navires*, Londres, le 3 novembre 1973 (surtout connue sous le sigle de «MARPOL»). Voir aussi la *Convention internationale de 1990 sur la préparation, la lutte et la coopération en matière de pollution par les hydrocarbures*, Londres, le 30 novembre 1990 (connue sous le sigle de «OPRC») et en général les dispositions que l'on retrouve dans la *Convention des Nations-Unies sur le droit de la mer*, Montego Bay, le 10 décembre 1982.

141. L'absence d'instruments internationaux en matière de responsabilité civile à l'époque du naufrage du Torrey Canyon (en 1967) a conduit les propriétaires de pétroliers à établir sur une base de participation volontaire un accord pour procéder au remboursement des dépenses engagées par les États affectés par une pollution par les hydrocarbures. Cet accord (connu sous le sigle de «TOVALOP» (*Tanker Owners Voluntary Agreement concerning Liability for Oil Pollution*)) est entré en vigueur en 1968. Une entente semblable fut conclue en 1971 pour garantir une compensation additionnelle aux gouvernements et aux tiers affectés (connue sous le sigle de «CRISTAL» (*Contract Regarding an Interim Supplement to Tanker Liability for Oil Pollution*)). Ces deux ententes ont été révisées à quelques reprises et ont joué un rôle important dans la mise en place d'un mécanisme d'indemnisation pour les victimes de pollution maritime par les hydrocarbures pour finalement tomber en désuétude. Voir C. HILL, *op. cit.*, *supra*, note 51, p. 431.

142. Bruxelles, le 29 novembre 1969.

responsabilité qui était alors mis en place était complété par la *Convention internationale portant création d'un fonds international d'indemnisation pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures* intervenue en 1971<sup>143</sup>. Des modifications substantielles étaient apportées à ces deux conventions au moyen de protocoles conclus en 1976 et en 1992<sup>144</sup>. Bien avant l'entrée en vigueur des deux conventions, le Parlement canadien avait légiféré pour permettre aux autorités publiques de prendre les mesures requises afin de prévenir la pollution maritime et aussi, pour mettre en place un régime national d'indemnisation pour les victimes de pollution maritime<sup>145</sup>. C'est ainsi que les autorités étaient investies du pouvoir de réglementer les catégories de polluants, leur manutention et leur transport par eau; en cas de déversements, la responsabilité devait en être imputée au propriétaire du navire et une caisse d'indemnisation était mise sur pied. Ce régime a été modifié à plusieurs reprises, en particulier lorsque le Canada a décidé de mettre en œuvre les deux conventions<sup>146</sup>. Il le fut une dernière fois en 1998 alors que c'était les protocoles de 1976 et 1992 qui étaient mis en œuvre<sup>147</sup>. Ces mesures législatives traitant de la responsabilité civile qu'on retrouvait dans la *Loi sur la marine marchande du Canada* ou dans la *Loi de 2001 sur la marine marchande du Canada* ont été replacées dans la partie 6 de la *L.R.M.*<sup>148</sup>. Ce déplacement obéit, encore une fois, à la logique d'une codification qui veut rassembler à l'intérieur de la même loi tous les régimes de responsabilité maritime.

143. Bruxelles, le 18 décembre 1971. Ce fonds est connu sous le sigle de «FIPOL».

144. Protocoles de Londres du 19 novembre 1976 et du 27 novembre 1992.

145. C'est l'échouement du pétrolier Arrow au large des côtes de la Nouvelle-Écosse en 1970 qui déclencha le processus. Voir en particulier la partie XX ajoutée par la *Loi modifiant la Loi sur la marine marchande du Canada*, S.R.C., 1970, 2<sup>e</sup> supp., c. 27; la *Loi sur la prévention de la pollution des eaux arctiques*, S.R.C., 1970, 1<sup>er</sup> supp., c. 2; la *Loi sur l'immersion de déchets en mer*, L.C. 1974-75-76, c. 55.

146. Voir l'article 82 de la *Loi modifiant la Loi sur la marine marchande du Canada* (adoptée en 1987), L.R.C. (1985), 3<sup>e</sup> supp., c. 6 qui met en œuvre les conventions de 1969 et 1971. Voir aussi l'article 3 de la *Loi modifiant la Loi sur la marine marchande du Canada*, L.C. 1993, c. 36 qui met en œuvre la *Convention internationale de 1990 sur la préparation, la lutte et la coopération en matière de pollution par les hydrocarbures*, *supra*, note 140.

147. Voir l'article 5 de la *Loi modifiant la Loi sur la marine marchande du Canada (responsabilité en matière maritime)*, *supra*, note 3.

148. Voir l'article 125 de la *L.R.M.* qui abroge la partie XIV de la *Loi sur la marine marchande du Canada*. Les dispositions traitant de la prévention et de la lutte à la pollution maritime se retrouvent aux parties 8 et 9 de la *Loi de 2001 sur la marine marchande du Canada* lesquelles partagent entre le ministère de Pêches et Océans Canada et celui de Transports Canada les responsabilités dans ce domaine.

41. Le régime maintenu par la partie 6 de la *L.R.M.* s'applique à tout navire, quel qu'il soit<sup>149</sup>, qui se trouve dans les eaux sous juridiction canadienne, y inclus celles de la zone économique; il vaut également à l'endroit d'un navire de mer transportant des hydrocarbures ou en ayant transporté (sauf s'il y a preuve de l'absence de résidus)<sup>150</sup> dans les eaux sous juridiction canadienne ou dans celles sous la juridiction d'un État à la Convention, y inclus, si cet État ne possède pas de zone économique, dans une zone de 200 milles marins de ses côtes (art. 48). Dans le cas de plate-forme de forage, les navires de forage n'entrent pas dans le champ d'application de la loi, de même que les unités de stockage ou de production sauf si elles s'adonnent à un transport d'hydrocarbures (art. 49). Les polluants visés par la loi s'entendent non seulement des hydrocarbures persistants (couverts par la convention et le FIPOL) mais aussi de tous les types d'hydrocarbures et autres substances déterminées par règlement<sup>151</sup>. On estime en effet que 88 % des événements qui ont donné lieu à des déversements d'hydrocarbures au Canada n'impliquaient pas de navires-citernes<sup>152</sup>.

42. La section 1 de la partie 6 de la *L.R.M.* traite du régime de responsabilité à proprement parler. Une responsabilité stricte est imputée au propriétaire du navire<sup>153</sup> (1) pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures, (2) pour les frais raisonnables de nettoyage et de sauvegarde engagés par les autorités publiques ou même le propriétaire et aussi (3) pour les frais raisonnables de remise en état de l'environnement (art. 51(1) et (2)). Si l'événement qui a donné lieu à la pollution résulte d'un acte de guerre ou d'un cas de force majeure, ou s'il est imputable à l'acte ou l'omission d'un tiers qui avait l'intention de provoquer des dommages ou encore, s'il est imputable à la négligence d'une autorité publique dans l'entretien des aides à la navigation, le propriétaire est exonéré de toute responsabilité (art. 51(3)). Le droit d'action se prescrit par 3 ans de la survenance des dommages ou de 6 ans de l'événement qui les a causés (art. 51(6)). Le recours en indemnisa-

149. Voir la définition de «navire» à l'article 47 de la *L.R.M.*

150. Voir la définition de «navire assujéti à la Convention» à l'article 47 de la *L.R.M.* Ce sont généralement des navires citernes ou pétroliers.

151. Voir la définition de «polluant» à l'article 47 de la *L.R.M.* ainsi que le *Règlement sur la responsabilité en matière maritime*, DORS 2002-307, le 28 août 2002.

152. Caisse d'indemnisation des dommages dus à la pollution par les hydrocarbures causée par les navires, *rapport annuel de l'administrateur*, Ottawa, 2001-2002, p. vi.

153. Voir la définition de «propriétaire» à l'article 47 de la *L.R.M.*

tion doit être intenté devant la Cour fédérale qui, dans ce domaine, possède une compétence exclusive (art. 52). Ce peut être au moyen d'une action réelle intentée contre le navire lui-même (art. 52(2))<sup>154</sup>, auquel cas la créance donnera lieu à un privilège légal, ou au moyen d'une action personnelle contre son propriétaire, ou les deux à la fois. L'administrateur de la Caisse d'indemnisation<sup>155</sup> doit être mis en cause dans ces procédures (art. 75). Le propriétaire du navire bénéficie en revanche du droit de limiter sa responsabilité à un montant de 3 millions de DTS<sup>156</sup> si la jauge de son navire est inférieure à 5000 tonnes; dans les autres cas, la limite est fixée à 3 millions de DTS plus 420 DTS pour chaque tonneau additionnel jusqu'à un maximum de 59,7 millions de DTS (art. 54(1)). Le propriétaire est déchu de ce droit si les dommages sont imputables à son fait personnel commis avec l'intention de les provoquer ou avec insouciance et tout en sachant qu'ils se produiraient probablement (art. 54(2)). Dans le cas d'une poursuite intentée à l'étranger, la *L.R.M.* met en place une procédure d'enregistrement d'un jugement étranger devant la Cour fédérale afin de permettre son exécution au Canada (art. 63 à 71)<sup>157</sup>.

43. Une poursuite ne peut être intentée au Canada à l'encontre d'un navire assujéti à la convention et de son propriétaire à moins que des dommages ou des frais n'aient été occasionnés sur le territoire canadien ou dans les eaux sous juridiction canadienne (art. 56). Dans un tel cas et pour pouvoir invoquer le principe de la limitation de responsabilité, le propriétaire doit constituer un fonds équivalent à la limite de sa responsabilité auprès de la Cour fédérale (art. 58). Dès ce moment, la duplication des actions en justice devient interdite (art. 59). Par ailleurs, la *L.R.M.* dégage expressément de toute responsabilité, les préposés et mandataires du propriétaire, les membres de l'équipage, les pilotes, l'affréteur, l'armateur ou l'armateur-gérant, le sauveteur et toute personne qui prend des mesures pour prévenir la pollution par les hydrocarbures ainsi que leurs préposés et mandataires (art. 57(2)). Si plusieurs propriétaires de navire assujétis à la convention sont impliqués dans un incident et si les dommages ne peuvent être

154. Les navires d'États ou gouvernementaux ne peuvent faire l'objet de procédures réelles. Voir l'article 52(3) de la *L.R.M.*

155. Voir *infra*, par. 44-45.

156. Voir *supra*, note 79 (± 6 millions de dollars canadiens).

157. Le débiteur d'un jugement étranger ainsi enregistré pourra toutefois en demander la radiation pour l'un des motifs énoncés à l'article 70(2) de la *L.R.M.*

raisonnablement attribués à l'un d'entre eux spécifiquement, leur responsabilité est alors solidaire (art. 57(3)).

44. La section 2 de la partie 6 de la *L.R.M.* traite, quant à elle, de l'indemnisation en matière de pollution. L'article 72 attribue spécifiquement au FIPOL la personnalité juridique. Ce fonds international créé par la convention de 1971<sup>158</sup> met lui-même en place un régime international d'indemnisation qui mutualise les risques de pollution en haute mer par les hydrocarbures persistants et provenant de navires-citernes. Il verse une couverture additionnelle d'indemnisation aux victimes qui, dans les États contractants, n'ont pu obtenir une indemnité complète. C'est pourquoi l'article 73 prévoit que si une action est intentée au Canada à l'encontre du propriétaire d'un navire assujéti à la convention<sup>159</sup>, le FIPOL doit être mis en cause; celui-ci sera alors tenu de verser une indemnité au créancier qui n'aura pas réussi à obtenir du propriétaire une pleine indemnité (art. 75). À titre d'État participant, le Canada verse sur une base annuelle une contribution au FIPOL par l'entremise de sa Caisse d'indemnisation des dommages dus à la pollution par les hydrocarbures causée par les navires (art. 76)<sup>160</sup>.

45. Cette dernière est en réalité un compte spécial du Canada constitué des sommes provenant de l'ancien fonds<sup>161</sup>, des contributions des armateurs<sup>162</sup> et des intérêts et qui est administré par un administrateur nommé par le gouverneur en conseil (art. 77 et 79). La caisse est appelée à verser une indemnité lorsque:

- (a) le créancier est dans l'impossibilité d'obtenir de la part du propriétaire du navire une indemnité;

158. Voir *supra*, notes 143 et 144. Le fonds original est né de la convention de 1971 et a été modifié par les protocoles de 1976 et 1992. Pour une description de ce régime international, voir le rapport 2001-2002 de la Caisse d'indemnisation des dommages dus à la pollution par les hydrocarbures causée par les navires, *supra* note 152, p. 71.

159. Voir *supra*, par. 41.

160. Pour le détail des sommes versées par le Canada, voir le rapport de la Caisse, *supra*, note 152, p. 69.

161. La caisse actuelle a succédé en 1989 à la Caisse de réclamation de la pollution maritime créée en 1971. Voir la *Loi modifiant la Loi sur la marine marchande du Canada*, S.R.C., 1970, 2<sup>e</sup> supp., c. 27.

162. En vertu des articles 93 et 95 de la *L.R.M.*, le ministre de Transports Canada peut lever une contribution pour chaque tonne métrique de cargaison en vrac d'hydrocarbures importée au Canada ou transportée d'un endroit à un autre au Canada. Depuis 1976, aucune contribution de la sorte n'aurait été levée. Voir le rapport de la Caisse, *supra*, note 152, p. 2.

- (b) le propriétaire du navire n'est pas responsable;
- (c) dans le cas d'un navire assujetti à la convention, la créance excède la limite de responsabilité de ce dernier et l'excédent ne peut être récupéré du FIPOl et dans les cas des autres navires, la créance excède la limite de responsabilité du propriétaire;
- (d) le propriétaire du navire est incapable de remplir ses obligations financières;
- (e) les causes de la pollution sont inconnues; ou
- (f) à la suite d'une transaction à laquelle est intervenue la caisse<sup>163</sup> (art. 84).

La couverture assumée par la caisse est donc beaucoup plus étendue que celle du FIPOl puisqu'elle englobe les déversements de tous types d'hydrocarbures<sup>164</sup> provenant de toutes catégories de navires en autant que les dommages soient survenus dans les eaux sous juridiction canadienne.

46. Plutôt que d'intenter un recours directement à l'encontre du propriétaire du navire responsable, la victime d'une pollution par les hydrocarbures peut, à son choix, déposer une demande d'indemnisation auprès de l'administrateur de la caisse (art. 85(1)). En effet, en plus des cas d'intervention déjà cités, la caisse a pour mission d'évaluer de telles demandes et après enquête et si la demande est fondée, de procurer une indemnité à la victime. La demande doit être présentée dans les deux ans de la date des dommages ou dans les cinq ans de l'événement qui a donné lieu à la pollution (art. 85(2)). L'administrateur fait une offre d'indemnité au demandeur lequel a 60 jours pour l'accepter ou la rejeter. L'administrateur doit être avisé de ce choix sinon la loi présume que le demandeur a rejeté l'offre. (art. 87(1)). Si la demande a été rejetée, le demandeur peut, dans un délai de 60 jours de l'avis du rejet, en appeler devant la Cour fédérale; s'il décide de rejeter l'offre de l'administrateur, le demandeur peut, dans un délai de 60 jours de la réception de l'offre, en appeler devant ce tribunal (art. 87(2)). En cas d'acceptation de son offre, l'administrateur

163. Voir *infra*, par. 46.

164. Le cas du combustible des navires est inclus. À cet égard, l'OMI a déposé le 23 mars 2001 le texte d'une nouvelle *Convention internationale sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par du combustible de soutes*.

devient subrogé dans les droits du demandeur (art. 87(3)). Une personne qui tire un revenu de la pêche<sup>165</sup> peut réclamer à la Caisse une indemnité pour pertes de revenus à la suite d'un déversement d'hydrocarbures (art. 88-89). Puisqu'il est mis en cause dans toutes procédures engagées devant la Cour fédérale par la victime d'une pollution par les hydrocarbures<sup>166</sup>, l'administrateur est habilité à conclure une transaction ou règlement. Il peut aussi engager des actions récursoires contre les tiers afin de recouvrer les montants prélevés sur la caisse ou pour indemniser une victime ou encore, il peut obtenir toute garantie du tribunal (art. 90). À l'égard d'un même événement, le montant total d'indemnisation qui peut être payé par la caisse est de 100 millions de dollars si l'événement a eu lieu avant le 31 mars 1990; en ce qui concerne les événements survenus après cette date, la limite est le montant rajusté depuis selon l'indice du prix à la consommation (art. 91)<sup>167</sup>.

## CONCLUSION

47. La *L.R.M.* constitue donc une législation incontournable pour toute question qui, au Québec comme ailleurs au Canada, se soulève dans un contexte maritime. Puisqu'elle rend applicables en droit canadien les dispositions de plusieurs conventions internationales, il importe que les tribunaux d'ici n'adoptent pas à son égard une approche trop nationaliste et puissent s'inspirer des décisions de juridictions étrangères. En cas contraire, l'objectif d'uniformisation du droit poursuivi par ces textes internationaux serait tronqué. La *L.R.M.* constitue aussi une mise à jour du droit applicable dans le domaine très vaste de la responsabilité maritime. Cette mise à jour était devenue nécessaire compte tenu des lacunes et du caractère vieillot sinon dépassé de certaines règles de droit maritime canadien telles qu'identifiées par la Cour suprême<sup>168</sup>. Finalement, la *L.R.M.* constitue une œuvre de codification puisqu'elle a pour objet de rassembler au sein de la même loi tous les régimes de responsabilité maritime. Considérant l'éparpillement qui caractérisait la législation maritime fédérale, une modernisation était devenue nécessaire. Pour les autorités

165. Ce peut être évidemment un pêcheur, mais aussi le travailleur dans une usine de transformation des produits de la pêche, un pourvoyeur de pêche sportive... Voir l'article 88(2) de la *L.R.M.*

166. Voir *supra*, par. 42.

167. Au 1<sup>er</sup> avril 2002, la responsabilité maximale de la caisse s'élevait à 136 281 117,60 \$ CAD pour toutes les demandes résultant d'un seul événement. Voir le rapport 2001-2002 de la Caisse, *supra*, note 152, à la p. viii.

168. Voir *supra*, par. 7.

canadiennes, ce serait plutôt appliquer par là une approche dite du «guichet unique» qui permettra, entre autres, de réunir sous l'égide de la même loi tous les règlements à être adoptés dans ce domaine<sup>169</sup>.

48. Mais l'œuvre de codification est destinée à demeurer précaire. En renvoyant nommément au droit maritime canadien, le Parlement a du même coup isolé la *L.R.M.* en la privant, à titre supplétif, de tout contact avec le droit privé des provinces<sup>170</sup>. Dans les juridictions de common law, c'est le droit statutaire provincial qui se trouve à être ainsi écarté pour la solution de tout litige à connexité maritime. Parce que le droit maritime canadien est aussi composé des règles de common law applicables en matière maritime, il n'y a donc pas à ce niveau de césure entre la *L.R.M.* et le droit privé d'origine jurisprudentielle; au contraire, il y a interaction. Mais au Québec, compte tenu de sa tradition civiliste en droit privé, la coupure devient dramatique puisque le recours, même à titre supplétif, au droit civil reste en principe interdit en matière maritime. Si l'application de la *L.R.M.* le commande, il faudra alors renvoyer à un droit qui, quoiqu'on en pense, constitue au Québec et en matière privée un droit étranger, c'est-à-dire à la common law<sup>171</sup>. C'est là le résultat non pas d'un processus d'uniformisation mais plutôt d'assimilation juridique. Pourtant, le Parlement adoptait récemment une loi pour harmoniser le droit fédéral avec le droit civil du Québec<sup>172</sup>; il faut toutefois noter qu'il a omis toute référence au droit maritime canadien de sorte que le secteur maritime reste, au plan juridique, «exclu» de ce processus pourtant louable d'harmonisation. Curieux, n'est-ce pas?

---

169. Voir le résumé de l'étude d'impact qui accompagne le *Règlement sur la responsabilité en matière maritime*, *supra*, note 151.

170. Voir *supra*, par. 6.

171. En matière maritime, le droit civil joue désormais au Québec le même rôle que n'importe quel autre droit étranger. Voir: A. BRAËN, *op. cit.*, *supra*, note 7, p. 510-511.

172. *Loi d'harmonisation no. 1 du droit fédéral avec le droit civil*, L.C. 2001, c. 4.

# CHRONIQUES

## DROIT CRIMINEL

Francis BRABANT\*

### Les perquisitions informatiques

Il fut un temps qui n'est pas si lointain où l'ordinateur était considéré comme une boîte magique où se trouvaient, on ne sait trop comment, des choses que l'on pouvait visualiser sur un écran. On peut imaginer les questionnements concernant l'outil juridique approprié pour y rechercher des données et les saisir. Et que dire des courriels et autres formes de communication électronique par ordinateur !

Des modifications apportées au *Code criminel* et d'autres lois sont venues trancher certains dilemmes, et la jurisprudence se précise. Un certain travail législatif reste tout de même à faire en matière de communications.

#### Type d'autorisation judiciaire

En ce qui concerne les données se trouvant sur un disque dur ou disquette, la question s'est vite

posée à savoir si ces données constituaient des choses tangibles ou non, puisque le mandat de perquisition traditionnel (art. 487 C.cr.) ne vise que des choses tangibles<sup>1</sup>. Certains, tels Fontana, sont d'avis qu'une donnée est dans un état intangible avant qu'on ne l'imprime<sup>2</sup>.

Le juge Smith, dans *R. v. Weir*<sup>3</sup>, conclut dans le sens de la matérialité, malgré l'opinion de Fontana, et décide que de toute façon le Parlement, en ajoutant le paragraphe (2.1) à l'article 487 C.cr. qui prévoit l'usage d'un système informatique afin d'en reproduire les données et en saisir l'imprimé, posait un test de saisie axé sur le caractère intelligible plutôt que tangible<sup>4</sup>. Son jugement fut maintenu par la Cour d'appel de l'Alberta (2001)<sup>5</sup>, qui régla la question d'une façon un peu différente: le mandat permettait la

\* Conseiller, Sûreté du Québec, Bureau du Directeur général adjoint aux enquêtes criminelles. Les opinions exprimées dans cet article n'engagent que l'auteur.

1. *Re Banque Royale du Canada v. The Queen* (1985), 18 C.C.C. (3d) 98 (C.A. Qué.).

2. FONTANA, *The Law of Search and Seizure in Canada*, 5<sup>e</sup> éd., Butterworths, Markham, 2002, p. 764-765.

3. [1998] A.J. No. 155 (Q.B. Alb.).

4. *Ibid.*, aux par. 84 à 86. Voir aussi: E. EWASCHUK, *Criminal Pleadings and Practice in Canada* (mai 2002), Aurora, Canada Law Book, 3:1020; S. SHERRIF, *Condamner les coupables*, inédit, 7<sup>e</sup> éd., Procureur général de l'Ontario, 1999, à la p. 98.

5. (2001), 156 C.C.C. (3d) 188 (C.A. Alb.), à la p. 196.

saisie d'un ordinateur (tangibile) duquel des données pouvaient être extraites, comme dans le cas d'un échantillon sanguin saisi par la police.

Quelques années plus tôt, la Haute Cour d'Angleterre avait décidé que des données informatiques constituent un «document» et qu'un mandat prévoyant simplement la saisie de documents permettait que l'on saisisse un ordinateur pour les données qu'il contient<sup>6</sup>.

Le juge Pierre Béliveau et M<sup>e</sup> Martin Vaclair, dans leur ouvrage *Traité général de preuve et de procédure pénale*<sup>7</sup>, sont d'avis qu'une «chose» peut être une donnée informatique et qu'un mandat suivant l'article 487 est approprié.

Ces dernières opinions sont appuyées par les modifications apportées à la *Loi sur la preuve* en 2000 concernant un «document électronique», dont l'article 31.8 donne la définition suivante: «Ensemble de données enregistrées ou mises en mémoire sur quelque support que ce soit par un système informatique ou un dispositif semblable et qui peuvent être lues ou perçues par une personne ou par un tel système ou dispositif. Sont également visés tout affichage et toute sortie imprimée ou autre de ces données»<sup>8</sup>.

Bref, il est acquis qu'une perquisition de données contenues

dans un ordinateur ou autre support informatique doit être faite suivant l'article 487 C.cr. Il en découle également qu'une perquisition informatique, pas plus que toute autre, ne doit être scindée en deux étapes (recherche/saisie) qui nécessiteraient un mandat général pour la recherche. Le cas serait différent si l'on ne voulait qu'examiner le contenu d'un ordinateur de façon clandestine, il serait alors nécessaire d'obtenir un mandat général suivant l'article 487.01 C.cr. voire même une autorisation judiciaire suivant la Partie VI du *Code* s'il s'agissait d'intercepter des communications privées par exemple.

La question de l'application de la Partie VI à certains types de surveillance de communications par Internet est controversée. Elle repose sur les notions d'«interception» et de «communication privée». Les communications que l'on peut avoir dans un forum de discussion, bavardoir («chatroom») ou site Internet *ouverts à tout venant* ne sont manifestement pas privées<sup>9</sup>. Qu'en est-il toutefois du courriel «classique» (excluons le cas de la messagerie instantanée – ICQ/MSN)?

Dans *Weir*, le juge Smith conclut qu'un courriel bénéficie d'une attente raisonnable en matière de vie privée et qu'un mandat pour le saisir est nécessaire, mais que cette attente est moindre que dans le cas du courrier postal de pre-

6. *Bottleshop v. H.M. Commissioner of Customs and Excise*, [1997] E.W.J. No. 1899, au par. 19.

7. 9<sup>e</sup> éd., Montréal, Éditions Thémis, 2002, p. 288, note 1420.

8. Voir aussi le nouvel article 841 C.cr. (loi C-15A).

9. *R. c. Morin*, [1996] R.J.Q. 1758 (C.Q.). Pour un exemple d'absence d'expectative à la vie privée dans des images pornographiques obtenues par Internet en milieu de travail, voir: *R. c. Tremblay*, [2003] J.Q. No. 5009 (C.A. Qué.); req. autor. C.S.C. rejetée le 28 août 2003, [2003] C.S.C.R. No. 233.

mière classe, car les courriels peuvent être fréquemment consultés par le fournisseur de services Internet à des fins de réparation<sup>10</sup>. Selon nous, la Partie VI s'applique tout au moins à la transmission et l'acquisition simultanées d'une communication de type courriel ou clavardage dans un bavardoir privé.

Le problème devient plus intéressant lorsqu'il s'agit de saisir des courriels *non lus chez le fournisseur de services Internet*. En présumant leur caractère privé, la question est de savoir si, ce faisant, l'on «intercepte». Aucune décision portant directement sur cette question n'existe au Canada. Aux États-Unis, deux tendances jurisprudentielles s'opposent<sup>11</sup>.

Les uns interprètent le terme «intercepter» de façon stricte, en fonction du caractère *contemporain* de l'acquisition à la transmission de la communication, plutôt qu'en différé, alors que les seconds semblent considérer qu'une communication est en cours tant et aussi longtemps que son destina-

taire ne l'a pas reçue, ce qui inclut un message en attente d'être lu dans l'ordinateur du fournisseur Internet.

Hubbard, Brauti et Fenton sont tenants de l'interprétation restreinte de la notion d'interception ou de communication, ce qui écarte l'application de la Partie VI en de telles circonstances<sup>12</sup>. Il en va de même, à certaines nuances près tenant à la législation américaine, pour le ministère de la Justice des États-Unis, dans son manuel de perquisitions informatiques (2002)<sup>13</sup>. Cette position est probablement la plus exacte.

La question est bien résumée dans le document de consultation de Justice Canada concernant «l'accès légal» (25 août 2002)<sup>14</sup>. Ce document s'inscrit dans la suite de la signature par le Canada de la *Convention sur la cybercriminalité* du Conseil de l'Europe le 23 novembre 2001. L'un des sujets à l'étude concerne l'opportunité de modifier le *Code criminel* afin de clarifier le droit relatif à la saisie ou l'interception des courriels. Le document dit ceci à cet égard:

10. *Ibid.*, note 2. On a reproché à cet aspect de la décision une approche liée de trop près à la jurisprudence américaine qui décide du caractère privé d'une communication en procédant à une analyse fondée sur le risque que la communication soit divulguée, ce qui a été rejeté par la Cour suprême du Canada dans *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30, en raison du fait que l'État en fait un enregistrement permanent: GEDDIE, *E-mail, The Police and The Canadian Charter of Rights and Freedoms: Retooling Our Understanding of Reasonable Expectation of Privacy in the Cyberage* (1999) <<http://www.bileta.ac.uk/99papers/geddie1.html>>. Le juge Brassard, de la Cour du Québec, dans *R. c. Gauthier*, REJB 1999-14108, conclut à une attente raisonnable en matière de vie privée dans les courriels contenus dans l'ordinateur du suspect (au par. 29). Voir aussi *R. v. Aucoin*, [2002] N.J. No. 55 (C.S. Terre-Neuve) (au par. 57).
11. On trouve une discussion complète à ce sujet par HUBBARD, BRAUTI et FENTON dans *Wiretapping and other Electronic Surveillance* (mai 2003), Aurora, Canada Law Book, 15.4.1.
12. *Ibid.*, note 11, 15.4.2 (mai 2003).
13. <<http://www.cybercrime.gov/s&smanual2002.htm>> (à la section IV D «intercept»).
14. <[www.canada.justice.gc.ca/fr/cons/la\\_al](http://www.canada.justice.gc.ca/fr/cons/la_al)>.

Ces décisions, de même que la définition de l'expression «communication privée», créent une certaine confusion en ce qui a trait à la saisie ou à l'interception du courrier électronique. Le problème est attribuable au fonctionnement de cette technologie de «stockage et transmission» de la communication. En fait, il est possible de prendre connaissance d'un courrier électronique en divers lieux ou à diverses étapes du processus de communication ou de transmission par diverses techniques. Les étapes suivantes du processus de communication ou de transmission pourraient probablement être qualifiées «d'interceptions»:

- pendant la saisie au clavier par l'expéditeur du message;
- pendant la transmission du message entre l'ordinateur de l'expéditeur et son FSI;
- pendant la transmission du message entre le FSI de l'expéditeur et celui du destinataire;
- pendant la transmission du message entre le FSI du destinataire et l'ordinateur du destinataire;
- pendant la réception du message de l'expéditeur par le destinataire.

La façon dont le courrier électronique est transmis, la relation entre la transmission et la réception du message, et l'action réciproque entre l'expéditeur et le destinataire sembleraient correspondre à la définition actuelle du terme «intercepter» dans le Code criminel.

*Deux étapes posent davantage de problèmes:*

- pendant le stockage du courrier

*électronique chez le FSI de l'expéditeur;*

- pendant le stockage du courrier électronique chez le FSI du destinataire.

Dans ces circonstances, l'acquisition du courrier électronique peut, à l'occasion, se faire en même temps que la transmission du courrier, mais elle peut également être reportée à plus tard.

En outre, le courrier peut être stocké pendant de longues périodes de temps (des semaines ou des mois) avant d'être ouvert par le destinataire.

*La transmission et l'acquisition simultanées du contenu d'un courrier électronique pourraient constituer une forme «d'interception» en vertu de la Partie VI du Code criminel.*

*Toutefois, l'acquisition de ces contenus une fois stockés pourrait aussi constituer une «saisie» en vertu de la Partie XV du Code criminel ou des articles 15 et 16 de la Loi sur la concurrence.*

Un dernier cas de figure pose également problème: la saisie d'un courriel ouvert chez le FSI du destinataire. Cette situation ressemble au cas d'une personne qui, après avoir lu une lettre, la dépose dans un classeur plutôt que de la jeter aux poubelles. L'obtention du courriel à cette étape ressemble davantage à une saisie qu'à une interception.

Le principal problème au Canada est celui que pose l'examen du contenu d'un courrier électronique en transit chez un tiers ou en attente de livraison, ce qui pourrait constituer l'«interception» d'une «communication privée» au sens du Code criminel, quel que soit le moment de

l'examen. D'autres toutefois prétendent que l'acquisition d'un courriel dans ces circonstances constitue une «perquisition ou une saisie». La question se pose à savoir si le Code criminel et d'autres lois, telles que la Loi sur la concurrence, devaient être modifiées pour indiquer de façon plus claire le type d'ordonnance à obtenir avant de pouvoir accéder à un courriel.  
(nos italiques)

Et si la Partie VI ne s'applique pas aux courriels non lus que l'on saisis chez le fournisseur Internet, doit-on utiliser un mandat général? Un courriel, indépendamment de la question de savoir s'il est plus ou moins privé que du courrier, est néanmoins un document électronique. Il peut donc être saisi en vertu d'un mandat suivant l'article 487 C.cr.<sup>15</sup>. Toutefois, la situation peut être différente si l'on souhaite procéder de façon subreptice; un mandat général serait alors indiqué. La nature du mandat approprié n'est pas toujours évidente, et ce, malgré l'arrêt de la Cour d'appel du Québec dans *Zamenzadeh*<sup>16</sup> concernant la disponibilité d'un mandat général, lorsqu'un mandat suivant 487 est indiqué.

Si l'on ne suit pas le raisonnement de Hubbard, peut-on avancer tout de même qu'aucun autre mandat n'est nécessaire à l'agent double pour lire et conserver un courriel *une fois reçu*? Certainement, lorsque la situation présente tou-

tes les analogies avec une lettre que ce dernier enverrait à cet agent double. Dans le cas d'échanges successifs que l'on pourrait assimiler à une «conversation», la question se pose à savoir si l'article 184.2 C.cr. ne devrait pas recevoir application.

Qu'en est-il de l'agent d'infiltration qui clavarde en privé avec un suspect? Doit-on, en raison de *Duarte*<sup>17</sup>, obtenir une autorisation suivant l'article 184.2 C.cr.? Trois situations peuvent se présenter, en rapport avec l'application de la Partie VI au clavardage:

- Si l'on surveille ou enregistre les communications de participants d'un bavardoir privé de façon clandestine (sans s'afficher), il faut obtenir une autorisation suivant l'article 186 C.cr.;
- Si l'on participe à une telle communication et qu'on l'enregistre, il faut procéder suivant l'article 184.2 C.cr.;
- Si l'on participe à la communication et qu'on ne l'enregistre pas<sup>18</sup>, la Partie VI ne s'applique pas, car alors, *on n'«intercepte» pas; on communique*, fût-ce dans le cadre d'un stratagème<sup>19</sup>.

La question ne s'arrête pas là cependant. Si la Partie VI ne s'applique pas à la situation d'un

15. *Ibid.*, note 11, 15.4.2.

16. [2000] J.Q. No. 1755 (C.A. Qué.).

17. *Ibid.*, note 10.

18. En matière de clavardage, les échanges sont effacés au fur et à mesure du défilement de la page, à moins que l'interlocuteur ne les sauvegarde.

19. E. EWASCHUK, *ibid.*, note 4 (août 2001), 4:1020; D.A. BELLEMARE, *L'Écoute électronique au Canada*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1981, aux p. 238 à 241.

agent d'infiltration qui clavarde dans un bavardoir privé *sans enregistrer* ses communications, ne pourrait-on pas dire qu'il se trouve en un lieu privé et qu'un mandat général est nécessaire, en raison des arrêts *Kokesch*<sup>20</sup> et *Evans*<sup>21</sup>? Plusieurs situations d'enquête peuvent se présenter:

- on choisit un salon public au nom évocateur et double-cliquons sur le nom de l'un des participants, *l'invitant* ainsi dans *notre* salon privé que l'on a créé;
- *on est invité* par une autre personne dans un salon privé;
- le salon ne comporte pas de clavardage, mais fournit une *liste de banques personnelles* associées au thème du salon, que leurs détenteurs ouvrent au public afin qu'on y choisisse une photo que nous pouvons télécharger en échange d'une autre qui doit être fournie immédiatement ou après avoir obtenu un certain nombre de photos<sup>22</sup>.

Il convient d'abord de souligner que pour la grande majorité des systèmes (IRC notamment, qui est le plus important au monde) la notion de «salon» n'est qu'une visualisation d'un procédé qui n'a rien à voir avec un endroit où les

communications seraient stockées<sup>23</sup>. Pour simplifier, un salon n'est qu'une fonction de confidentialité<sup>24</sup> et non un endroit. Le serveur de clavardage a en mémoire une liste des gens admis dans le salon privé et n'envoie qu'à eux les messages des participants. La page que l'on voit sur notre écran reproduit des données qui sont dans notre ordinateur et non dans un endroit tiers. D'autres systèmes disposent d'une petite mémoire, de façon à conserver quelques lignes de la conversation antérieure pour fournir le contexte, et les transmettront à l'entrée.

Le test est toutefois fonction des attentes raisonnables en matière de vie privée, ce qui oblige à traiter tout de même de la situation telle que les systèmes la présentent aux clients. Il faut aussi rappeler que toute infiltration où l'on fournit l'occasion de commettre un crime doit reposer tout au moins et non davantage sur une enquête véritable et des soupçons raisonnables quant à la personne ou au lieu: *R. c. Mack*<sup>25</sup>; *R. c. Barnes*<sup>26</sup>.

La question de la nécessité d'un mandat est fonction: 1<sup>o</sup> du type de système, 2<sup>o</sup> du type de situation de clavardage et 3<sup>o</sup> de la lecture que l'on fait des arrêts *Duarte*, *Wong*<sup>27</sup> et *Evans*<sup>28</sup>.

20. [1990] 3 R.C.S. 3.

21. [1996] 1 R.C.S. 8.

22. Il existe aussi des sites de recherche de pornographie sur un modèle d'échange «peer to peer».

23. Différant ainsi d'un courriel ou un message dans un groupe de discussion.

24. Cette fonction ressemble bien davantage à celles d'un téléphone («mains libres», «conférence», «confidentiel»).

25. [1988] 2 R.C.S. 903.

26. [1991] 1 R.C.S. 449.

27. [1990] R.C.S. 36.

28. *Evans* (*ibid.*, note 21) vient pour sa part établir les limites pour un agent de l'État à l'invitation implicite qui existe en société à se rendre à la porte de la résidence d'une personne pour communiquer avec elle.

Dans une situation courante d'infiltration, le fait, pour un agent source ou agent double, d'inviter un suspect à s'entretenir avec lui dans une pièce, à l'écart, et d'y tenir une conversation qu'il n'enregistre pas nécessite-t-il un mandat? Manifestement, non. Le fait que l'on utilise un moyen de télécommunication pour ce faire ne change rien juridiquement au cas posé, et la réponse devrait donc être la même.

La Cour suprême du Canada dans *Duarte* rejette l'analyse fondée sur le risque qu'une personne répète nos propos, en raison du fait que l'État en fait un enregistrement permanent<sup>29</sup>. De fait, lorsque la Cour distingue ainsi la position américaine, elle ne suggère nulle part que le simple fait de parler à un suspect dans un lieu ou suivant un moyen (téléphone, par exemple) propices à assurer la confidentialité constitue une atteinte à sa vie privée.

La Cour suprême du Canada dans *Duarte* et *Wong* a décidé que le risque qu'une autre personne répète nos propos ou nous reconnaisse, même dans un contexte de confidentialité (notamment un endroit privé), est un risque acceptable en société. Ce qui ne l'est pas, c'est que l'État en fasse un enregistrement électronique permanent:

Les personnes qui participent à de telles réunions ne peuvent manifestement pas s'attendre à ce que leur présence passe inaperçue auprès des autres participants. Par contre, il n'entre certes pas

dans l'attente raisonnable des hôtes et de leurs invités que le prix de leur présence doit être leur consentement tacite à l'enregistrement électronique permanent, par des agents de l'État et à leur seule discrétion, des activités en cours. *Il nous faut être prêts à accepter le premier risque*, mais, dans une société libre et ouverte, nous n'avons pas à tolérer le spectre du deuxième risque.<sup>30</sup> (nos italiques)

Quant à l'observation visuelle d'une personne dans un lieu qu'elle peut considérer comme étant privé, il s'agit d'une atteinte à l'article 8 de la *Charte* en certaines circonstances lorsqu'elle est faite sans que cette personne sache qu'elle est observée<sup>31</sup>.

Dans la *première situation* de clavardage, c'est l'agent qui invite le suspect dans son salon, et il n'enregistre pas: ni *Evans*, ni *Duarte* ne requièrent l'obtention d'un mandat.

Dans la *seconde situation*, l'«endroit» créé par le suspect n'a d'autre nature et fonction que d'y contenir des communications. Suivant notre développement précédent, cette personne doit assumer le risque jugé raisonnable par la Cour suprême que ses propos soient répétés par son interlocuteur. Quant au lieu lui-même, rappelons que l'article 8 de la *Charte* ne protège pas des lieux, mais la vie privée des personnes. Or, ce lieu nouvellement créé est virtuel; il ne contient rien d'autre que la communication, ce qui ne laisse

29. Le juge LaForest résume clairement cette ratio de l'arrêt *Duarte* dans *Wong*.

30. *Wong*, *ibid.*, note 27, p. 48.

31. *R. c. Moran* (1987), 36 C.C.C. (3d) 225, 247 (C.A. Ont.).

que l'application des principes de *Duarte et Wong*, car seul l'aspect informationnel de la vie privée est en cause<sup>32</sup>.

La *troisième situation* est un «libre service»; un policier n'a pas besoin de mandat pour entrer dans la section ouverte au public d'un commerce et y saisir les objets qui sont bien en vue<sup>33</sup>. Nous invitons le lecteur à consulter le tableau récapitulatif que nous annexons à ce texte.

Finalement, la loi C-36 (*Loi antiterroriste*) et la loi C-15A introduisent dans le *Code* de nouvelles dispositions concernant la saisie, le blocage d'accès, l'effaçage et la destruction de propagande haineuse (art. 320.1 C.cr.) et de pornographie juvénile (art. 164.1 C.cr.) sur Internet, de même que l'assistance à l'enquête des policiers.

### **Les exigences de l'article 487 C.cr.**

Cet article prévoit notamment qu'on puisse saisir: 1<sup>o</sup> une chose à l'égard de laquelle une infraction a été commise, 2<sup>o</sup> une chose dont on a des motifs raisonnables de croire qu'elle fournira la preuve d'une infraction ou permettra de localiser un suspect, 3<sup>o</sup> un bien infractionnel<sup>34</sup>.

Ainsi, lors d'une perquisition informatique, on peut vouloir saisir du matériel informatique qui *a fait l'objet d'un crime* ou *été utilisé*

*pour la commission d'un crime*, ou encore les *données qu'il contient*. L'article établit d'abord que le juge doit être convaincu que les choses recherchées *se trouvent* en un *lieu* visé par la demande, puis que ces choses ont un *lien* avec l'*infraction* alléguée, suivant l'une des 3 catégories plus haut mentionnées.

### **La présence dans le lieu visé**

Le problème se pose particulièrement dans le cas où ce sont des données qui sont recherchées, car l'ordinateur du suspect peut n'être qu'un poste d'accès à une *banque qui se trouve ailleurs* (le plus fréquemment, réseaux Intranet). Dans ce cas, il importe de se procurer un mandat visant le lieu où les données se trouvent<sup>35</sup>. Si ce lieu ne peut être établi avec précision (mais qu'il se trouve au Canada) un mandat général serait l'outil approprié<sup>36</sup>, bien que l'on puisse soutenir que l'al. 487(2.1)a) y pourvoit lorsqu'il prévoit que l'on peut vérifier les données auxquelles l'ordinateur «donne accès».

Si l'on recherche un ordinateur, il faudra établir des motifs raisonnables de croire en sa présence dans les lieux visés. Ce sera l'enquête qui appuiera ce fait. Dans certaines circonstances, telles un bureau commercial, le juge pourra prendre connaissance judiciaire du fait qu'un ordinateur est un outil de bureau standard. Si ce sont des *données* que l'on recher-

32. *Morin, ibid.*, note 9, p. 1762.

33. *R. v. Spindloe* (2001), 154 C.C.C. (3d) 8 (C.A. Sask.), aux p. 35-36.

34. Voir la nouvelle définition de «bien infractionnel» apportée par la loi C-24 (L.C. 2001, c. 32).

35. FONTANA, *supra*, note 2, p. 762; U.S. Dept. of Justice, *supra*, note 13, section II B 4.

36. SHERRIF, *ibid.*, note 4.

che à tel endroit, on s'attachera aux motifs raisonnables de les trouver sur les lieux; l'aspect du support électronique et papier sur lequel elles pourraient se trouver ne sera qu'un accessoire de description.

L'élément de la *contemporanéité* est important. L'expérience policière permettra de développer une expertise qui servira d'appui à des affirmations en ce sens dans l'affidavit, suivant les habitudes de tel type de criminel<sup>37</sup>. L'évolution de l'expérience judiciaire permettra aussi aux juges de prendre connaissance judiciaire de ces réalités. Ainsi, certaines cours américaines ont pris connaissance d'office du fait que les collectionneurs de pornographie juvénile se défont rarement de ce genre de matériel<sup>38</sup>.

#### ***Le lien entre l'objet recherché et l'infraction sous enquête***

Il s'agit d'un élément essentiel qui s'attache à la juridiction même du juge de paix<sup>39</sup>. Il faut donc décrire ce lien. Il est recommandé d'expliquer clairement les aspects techniques tenant à l'informatique de façon à faciliter la compréhension par le juge, et inclure un

lexique<sup>40</sup>. Cela est particulièrement vrai lorsque l'ordinateur a servi au crime: la description du *modus operandi* devrait être claire et détaillée<sup>41</sup>.

Si le dénonciateur a une expérience particulière en matière informatique, il devrait l'indiquer. Il peut aussi utiliser les services d'un expert afin de l'assister dans la rédaction de ces aspects<sup>42</sup>. Le lien avec l'infraction peut aussi être inféré de la dénonciation, à défaut par l'affiant d'en faire un allégué spécifique<sup>43</sup>.

#### ***La spécificité de la description des choses à saisir***

La règle qui exige la description la plus précise possible sur le mandat des choses recherchées vient de ce que l'on veut éviter que la perquisition ne «se transforme en une procédure d'enquête policière purement discrétionnaire dont les limites sont fixées par le policier lui-même et non par l'autorisation»<sup>44</sup>.

Fontana est d'avis que la capacité des ordinateurs actuels d'emmagasiner de vastes quantités d'informations rend plus pro-

37. *United States v. Lamb*, 945 F. Supp. 441, 459 (N.D.N.Y. 1996); *R. v. Hendricks*, [1999] B.C.J. No. 1246 (C.S. C.-B.) – mentionnant l'assistance d'experts psychiatres et criminologues.

38. *U.S. v. Lacy*, 119 F.3d 742, 745-746 (USCA, 1997) délai de 10 mois; *U.S. v. Sassani*, U.S. App. LEXIS 3731 No. 97-4011 (USCA, 1998) citant de nombreuses causes -délais de 5, 6 et 7 mois entre l'information et la demande de mandat.

39. FONTANA, *ibid.*, note 2, p. 764. *Simonyi-Gindele v. Sliter* (1991), 5 W.A.C. 73 (C.A. C.-B.)

40. F. CLARK et F. DILIBERTO, *Investigating Computer Crime*, CRC Press, Boca Raton, 1996, p. 152.

41. FONTANA, *ibid.*, note 2, p. 754-755.

42. *Ibid.*

43. *Re Church of Scientology and The Queen* (No. 6) (1987), 31 C.C.C. (3d) 449 (C.A. Ont.), aux p. 514-515.

44. *Lefebvre c. Morin*, J.E. 85-366 (C.A.Q., n° 200-10-000174-83), le 4 février 1985, cité dans *R. c. Bâtiments Fafard Inc.*, [1991] A.Q. No. 1656 (C.A. Qué.).

bable que la majorité de celle-ci sera innocente plutôt que la preuve d'un crime. Selon lui, cela commande une exigence accrue quant à la spécificité de la description des choses à saisir<sup>45</sup>.

Une perquisition informatique implique habituellement, et le mandat devrait les spécifier, des items de l'une des catégories suivantes:

- matériel informatique («hardware»), incluant les ordinateurs;
- périphériques;
- logiciels;
- documentation les concernant;
- données électroniques<sup>46</sup>.

Lorsque la perquisition vise l'ordinateur et ses périphériques à titre d'instrument, de produit ou de preuve de la commission du crime, l'objet de la perquisition devrait être cet ordinateur et non ce qu'il contient<sup>47</sup>. On devrait alors indiquer ses composantes et périphériques: processeur central, terminaux, imprimantes, claviers, souris, écrans, lecteurs de disques et disquettes, unités de stockage, modems, logiciels, ainsi que les manuels d'opéra-

tion et imprimés<sup>48</sup>. Si l'on recherche l'ordinateur pour les données qu'il contient, le mandat devra mettre l'accent sur les dossiers pertinents plutôt que leur support<sup>49</sup>. On note, dans le manuel de perquisitions informatiques du U.S. Department of Justice (2002), que les tribunaux se montrent tolérants à l'égard de mandats décrivant simplement le contenant et qui ont servi à saisir des données<sup>50</sup>.

Dans le cas de la perquisition pour des données, on ne peut tout simplement demander la saisie de tous les dossiers à moins d'établir que l'activité de l'entreprise au complet est illégale<sup>51</sup>.

Il existe toutefois une exception au principe de la spécificité, lorsqu'il est impossible de définir avec précision les documents recherchés en raison de l'étendue et de la complexité des affaires commerciales, de la technologie ou de l'organisation<sup>52</sup>. Dans ces circonstances, il n'est pas abusif de décrire les choses recherchées par catégories, et que le policier exerce une certaine discrétion<sup>53</sup>, de sorte qu'il se doit de les examiner de façon détaillée afin d'en déterminer la pertinence<sup>54</sup>.

45. *Ibid.*, note 2, p. 754, 762 à 764.

46. A.M. GATHAN, *Electronic Evidence*, Toronto, Carswell, 1999, à la p. 21.

47. U.S. Justice Dept., *ibid.*, note 13, II C Step 1 b.

48. FONTANA, *ibid.*, note 2, p. 763. GATHAN, *ibid.*, note 46, aux p. 19, 21.

49. *Ibid.*, note 39.

50. *Ibid.*, note 13, section II C Step 1.

51. FONTANA, *ibid.*, note 2, p. 764. U.S. Justice Dept., *ibid.*, note 50; *U.S. v. Ford*, 184 F.3d 566, 576 (USCA, 1999).

52. *Baron c. Canada*, [1993] 1 R.C.S. 416; *Re Church of Scientology*, *ibid.*, note 43; *R. c. Gorenko*, [1997] A.Q. No. 3206 (C.S. Qué.) (conf. par [1999] J.Q. No. 6268 (Q.L.) (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. accordée, suivie d'un désistement: [2000] 2 R.C.S. ix).

53. *Ibid.*, note 51; *Fafard*, *ibid.*, note 44. Voir aussi: *Milot c. Canada (Ministre du Revenu National)*, [1997] A.Q. No. 2202 (C.S. Qué.); *Procureur général du Québec c. Mathieu*, [1986] R.J.Q. 790, 800 (C.A. Qué.).

54. *Baron*, *ibid.*, note 52; U.S. Justice Dept., *ibid.*, note 13, II C Step 3.

Le corollaire de cette règle est que l'on devrait mentionner dans la dénonciation, le pourquoi de l'étendue des catégories de choses que l'on veut saisir<sup>55</sup>, à moins que cela ne s'infère naturellement.

Les descriptions génériques doivent être qualifiées par une mention qu'elles se rapportent à tel type de crime, transaction ou caractéristique, personnes et lorsque cela est possible, la période visée<sup>56</sup>. Dans le cas de recherche de données électroniques, il est raisonnable de soutenir que la complexité de la technologie ou des opérations fait en sorte qu'il est impossible de déterminer avec précision le support de celles-ci, de sorte qu'il est habituellement justifié de procéder par catégories.

Les exemples approuvés de libellés d'objets recherchés en matière de perquisitions informatiques sont rares en jurisprudence canadienne.

Dans *R. v. Valley Equipment Ltd.*<sup>57</sup>, on a jugé que «any and all computer hardware and electronic data storage media, including diskettes, hard drives and tape media having to do with the purchase or sale of a truck to Wayne Paul» était suffisante pour justifier la saisie du disque dur de l'ordinateur ainsi que des dossiers électroniques.

Dans *U.S. v. Hall* (1998), la Cour d'appel fédérale a maintenu la description suivante: «[h]ardware, computer disks, disk drives, internal modems, tape drives, disk application programs, data disks, system disk operating systems . . . which may be, or are used to visually depict child pornography, child erotica, information pertaining to the sexual interest in child pornography, sexual activity with children or the distribution, possession or receipt of child pornography, child erotica or information pertaining to an interest in child pornography or child erotica . . . [c]omputerized or other materials and photographs depicting sexual conduct, whether between adults or between adults and minors»<sup>58</sup>.

D'autres détails concernant la transaction faisant objet de l'enquête, les dates s'il y a lieu etc. peuvent être ajoutés suivant les circonstances. Si l'on souhaite saisir l'ordinateur et ses périphériques, autant pour leur rôle que les données qu'ils contiennent, on précisera «ainsi que les données qu'ils contiennent»; cela permettra l'application des par. 487(2.1) et (2.2) C.cr.

Si le crime sous enquête implique des communications informatiques, on prévoira aussi la

55. *U.S. v. Lacy*, 119 F.3d 742 (U.S.C.A., 1997).

56. *Gorenko, ibid.*, note 52, par. 179; *R. v. Shalala (No. 10)*, [1997] N.B.J. No. 567 (Q.B. N.B.), par. 31; *R. v. Macmillan Bloedel Ltd.*, [1998] B.C.J. 908 (C.S. C.B.), par. 9-11; *R. v. Wong*, [1997] O.J. No. 1379 (C.S. Ont.), par. 33; *R. v. Alexander*, [1995] O.J. No. 2241 (C.S. Ont.), par. 35 à 40; *R. v. Mombourquette*, [2001] O.J. No. 3264 (C.S. Ont.), par. 32-33. FONTANA, *ibid.*, note 2, p. 763-764.

Exemples américains en matière informatique: *U.S. v. Kow*, 58 F.3d 423 (U.S.C.A., 1995); *Lacy, ibid.*, note 38; *U.S. v. Hall*, 142 F.3d 988 (USCA, 1998); *U.S. v. Campos*, [2000] CA10-QL 991 (USCA, 2000).

57. [1997] N.B.J. No. 472 (Q.B. N.-B.).

58. *Ibid.*, note 55, aux par. 32-33.

saisie de documents concernant des comptes Internet, noms de serveur, mots de passe et personnes avec qui le suspect serait en contact, en rapport toujours avec la commission de l'infraction.

### L'exécution du mandat

Les paragraphes 487(2.1) et (2.2) C.cr. facilitent le travail du policier afin d'utiliser le système, vérifier et reproduire des données, ainsi que saisir tout imprimé de données.

On peut aussi consulter les articles 31.1 à 32 de la *Loi sur la preuve* (projet de Loi C-54, adopté en 2000) en rapport avec les documents électroniques et les sorties d'imprimés, car ils sont applicables pour faciliter la mise en preuve du produit de toute saisie de documents électroniques<sup>59</sup>. On prévoit

une présomption de fiabilité et permet aussi la preuve par affidavit sur cette dernière question<sup>60</sup>.

Si l'on entend utiliser les imprimés ou données écrites<sup>61</sup> à la cour pour prouver leur existence ou leur possession par l'accusé, il s'agit alors de preuves matérielles et leur admissibilité n'est pas régie par les articles 29 et 30 de la *Loi sur la preuve*<sup>62</sup>. Les choses ne sont pas toujours simples toutefois. L'ampleur des données, leur situation, la configuration du système, la complexité des transactions, le danger de destruction accidentelle ou volontaire etc. peuvent rendre inapproprié, voire risqué, un examen sur place. Les tribunaux ont reconnu cette réalité<sup>63</sup>.

Des considérations de sécurité de la preuve peuvent également justifier que l'on fasse exception

59. Rappelons aussi l'article 36 de la *Loi*, à l'effet que la Partie I ajoute aux pouvoirs de prouver des documents, plutôt que de restreindre une autre règle qui le permettrait: *R. c. Tatomir* (1989), 51 C.C.C. (3d) 321 (C.A. Alb.).

60. Les tribunaux américains ont aussi clairement établi qu'il n'est pas nécessaire de faire témoigner un expert ou une personne qui a une connaissance personnelle de l'ordinateur en question (que ce soit celui d'une compagnie tierce ou du suspect) afin d'établir que l'imprimé est conforme aux données contenues dans cet ordinateur; le policier qui a participé à l'impression peut en témoigner, de même que le gardien des dossiers: *U.S. v. Whitaker*, 127 F.3d 595 (U.S.C.A., 1997); *People v. Lugashi*, 205 Cal. App. 3d 632 (Cal. App., 1988); *U.S. v. Miller*, 771 F.2d 1219 (U.S.C.A., 1985).

61. Dans le cas d'images, le cas n'est pas différent de celui d'un vidéo que l'on saisit.

62. GATHAN, *ibid.*, note 46, à la p. 139; U.S. Justice Dept., *ibid.*, note 13, V C.

63. FONTANA, *ibid.*, note 2, p. 767. La Cour d'appel de l'Alberta dans *Weir, supra*, note 4, n'a aucune hésitation: «The appellant argues that subsequent amendments to the Criminal Code in 1997 allowing for on-site data collection preclude off-site data collection. This is untenable. The police had a warrant to seize the computer from the appellant's home. That is exactly what they did. As long as the CPU was seized properly, the information contained in it could be extracted at a later date.»

Voir aussi *Guest v. Leist*, [2001] CA6-QL 207 (USCA), au par. 36: «In the instant cases, when the seizures occurred, defendants were unable to separate relevant files from unrelated files, so they took the computers to be able to sort out the documents off-site. Because of the technical difficulties of conducting a computer search in a suspect's home, the seizure of the computers, including their content, was reasonable in these cases to allow police to locate the offending files.» Voir également: U.S. Justice Dept., note 13, II C Step 3.

à la règle de *l'annonce préalable* («knock and entry») lors de certaines perquisitions informatiques<sup>64</sup>. Il faut toutefois disposer de motifs raisonnables de croire que l'annonce préalable entraînerait la destruction de la preuve<sup>65</sup>.

Qu'en est-il de l'application du principe de la saisie sans mandat des choses «*bien en vue*» («*plain view*»)? Il convient de considérer pour cette fin, malgré certaines distinctions, l'ordinateur comme un classeur avec des dossiers fermés qui portent un nom et qui contiennent des documents<sup>66</sup>. L'article 489 C.cr. régit cette situation. Une situation de choses bien en vue survient si le policier, légalement sur les lieux, pouvait effectuer le type de fouille requis par la recherche des choses décrites au mandat. Ainsi, si l'on obtient un mandat pour saisir un téléviseur volé, il n'est généralement ni permis, ni raisonnable de fouiller les tiroirs d'une commode<sup>67</sup>.

Si l'on transpose cet aspect du principe aux fouilles de matériel informatique, il faut conclure que s'il est improbable de trouver l'information recherchée sur tel support ou tel fichier, on ne pourra prétendre que les informations découvertes sur ces supports ou dans ces fichiers étaient à la vue et pouvaient être saisies sans autre mandat. Ce genre de situation survient souvent dans le cas où le policier découvre une chose à la vue

montrant la commission d'un autre crime, et mène alors sa perquisition en fonction de cet autre crime, c'est-à-dire, fouille à des endroits où il n'aurait pas raisonnablement fouillé dans le cadre du mandat<sup>68</sup>.

Dans *R. c. Gauthier*<sup>69</sup>, le juge Brassard, J.C.Q., a déclaré abusive la saisie par un policier de dossiers contenant de la pornographie juvénile alors qu'il faisait une seconde vérification de l'ordinateur déjà saisi en vertu d'un mandat suivant la *Loi sur les droits d'auteur*, à la demande d'un procureur. Le juge conclut que le policier n'avait pas à consulter et ouvrir des images et des courriels, alors que le mandat initial, eût-il encore été en vigueur, le limitait à la recherche de preuve de contrefaçon. C'est au moment de la lecture d'un courriel que le policier a trouvé une note relative à de la pornographie juvénile requise par un ami de l'accusé. Il s'est mis alors à la recherche de ce matériel et a ouvert des fichiers contenant des images. Puis, il a remis le tout à un autre corps de police.

Le juge Brassard s'inspire d'une décision américaine, *United States v. Carey*, [1999] CA10-QL 500 (USCA), dans laquelle un policier qui effectuait la fouille d'un ordinateur en vertu d'un mandat pour des stupéfiants, avait ouvert un fichier d'image (.JPG) et découvert de la pornographie juvénile,

64. FONTANA, *ibid.*, note 2, p. 765-766; U.S. Justice Dept., *ibid.*, note 13, II B 5.

65. *R. c. Genest*, [1989] 1 R.C.S. 59.

66. FONTANA, *ibid.*, note 2, p. 753.

67. *R. v. Knee*, [2001] A.J. No. 131 (C. Prov. Alb.).

68. Voir *R. c. Gauthier*, suivant *U.S. v. Carey*, [1999] Ca10-QL 500.

69. REJB 1999-14108 (C. Qué., le 8/7/99).

puis, sachant maintenant suivant la cour que de tels dossiers contenaient probablement ce type de matériel, avait orienté son enquête en ce sens et continué à les ouvrir sans mandat. La Cour d'appel fédérale a déclaré la fouille inconstitutionnelle, car il ne s'agissait plus de «plain view», dans la mesure où il était improbable, après la première découverte, de trouver dans les dossiers. JPG de la preuve relative aux stupéfiants et que le policier avait étendu son enquête initiale, sans autre mandat.

Ces principes trouvent écho ailleurs en jurisprudence et doctrine américaine où il est clairement établi que si des policiers veulent refaire la fouille de l'ordinateur saisi en fonction d'un crime non prévu au mandat, ils doivent s'en procurer un nouveau<sup>70</sup>. Cela est sans doute dû au fait que les cours américaines subordonnent l'application du «plain view» au fait que la découverte doit être inadvertente et les biens, immédiatement apparents, un vocabulaire dont les tribunaux canadiens se sont distancés<sup>71</sup>, mais que la décision de la Cour suprême du Canada dans *R. c. Law* Canada a récemment réintroduit, bien que ce ne fût pas nécessaire pour résoudre la question en litige.

Toutefois, si les agents, dans le cadre légitime de la recherche qu'ils font afin de trouver les objets mentionnés, repèrent des dossiers

montrant un crime différent, ils n'ont pas à interrompre la perquisition et obtenir un autre mandat afin de saisir ces éléments de preuve ou d'autres de même nature que la suite de l'exécution raisonnable du mandat révélerait. Deux arrêts récents de la Cour d'appel fédérale des États-Unis ont distingué ou précisé la portée de l'arrêt *Carey*.

Ainsi, dans *U.S. v. Wolfe*<sup>72</sup>, une affaire très semblable à celle de l'arrêt *Gauthier*, cette cour a spécifié que *Carey* n'interdit pas, dans une affaire de contrefaçon, d'ouvrir quelque fichier .GIF ou .JPG et saisir de la pornographie juvénile qui aurait été inévitablement découverte dans l'exécution du mandat relatif à la contrefaçon:

“The Affidavit also requested permission to search the hard drive of Wolfe's personal computer, as well as the seized floppy and compact disks, for evidence of counterfeiting activity. Specifically, the agents sought computer files that would include templates from which counterfeit United States currency could be produced. Because the government has not argued that the child pornography found on Wolfe's computer would inevitably have been discovered during the agents' search of the computer for evidence of counterfeiting activity, we do not address that question.

We note, however, that while this court in *United States v. Carey*, 172 F.3d 1268 (10th Cir. 1999), held that a warrantless search of closed computer files could not be

70. U.S. Justice Dept., *ibid.*, note 13, II D 1. En particulier depuis l'arrêt de la Cour suprême du Canada dans *R. c. Law*, [2002] 1 R.C.S. 227.

71. *R. c. 2952-1336 Québec Inc.*, [2000] J.Q. No. 1625 (C.A. Qué.); *Kami-Mart Marketing Inc. c. Québec* (1997), 118 C.C.C. (3d) 180 (C.A. Qué.).

72. [2000] CA10-QL 1622 (U.S.C.A.).

justified under the plain view doctrine, *Carey* does not foreclose an argument that agents searching pursuant to a warrant for counterfeit currency templates, some of which could conceivably have computer graphics-type file extensions such as .GIF or .JPG, would inevitably have uncovered computer graphics files of the type at issue in this case during the course of the search.”

(au par. 27)  
(nos italiques)

Mêmes considérants dans l'arrêt *U.S. v. Campos*<sup>73</sup>:

“We disagree with Mr. Campos that our decision in *United States v. Carey*, 172 F.3d 1268, 1271 (10th Cir. 1999), provides grounds for overturning the search of his computer files. In that case, we did conclude that a police officer violated the Fourth Amendment in conducting a computer search. However, the officer had obtained a warrant to search for computer records pertaining to the distribution of illegal drugs.

*When the officer inadvertently discovered a pornographic file, he began looking for similar files, thereby expanding the scope of the search without obtaining a second warrant. We characterized this conduct as “an unconstitutional general search.”* See *ibid.* at 1276. Unlike the officer in *Carey*, the officers here did not expand the scope of their search in a manner not authorized by the warrant.”  
(au par. 21)  
(nos italiques)

Cette question est directement reliée à l'étendue de la perquisition permise par le mandat. Or, on a

reconnu que des dossiers contenant la preuve d'un crime peuvent être volontairement mal identifiés, cachés et codés, de sorte qu'un policier n'est pas obligé de se fier à leur titre:

Of course, in many cases a narrow approach will be technically impossible. The targeted files may be mislabeled, hidden, oddly configured, written using code words to escape detection, encrypted, or otherwise impossible to find using a simple technique such as a “key word” search. [...] *United States v. Gray*, 78 F. Supp.2d 524, 530 (E.D. Va. 1999) (noting that *agents executing a search for computer files “are not required to accept as accurate any file name or suffix and [to] limit [their] search accordingly,” because criminals may “intentionally mislabel files, or attempt to bury incriminating files within innocuously named directories.”*); *Hunter*, 13 F. Supp.2d at 584; *United States v. Sissler*, 1991 WL 239000, at \*4 (W.D. Mich. 1991) (“[T]he police were not obligated to give deference to the descriptive labels placed on the discs by [the defendant]. Otherwise, records of illicit activity could be shielded from seizure by simply placing an innocuous label on the computer disk containing them.”).<sup>74</sup>  
(nos italiques)

On ne pourrait clore cette section concernant l'exécution d'une perquisition informatique sans dire un mot de la chaîne de possession ou l'authenticité des exhibits.

Comme on le sait, un fichier informatique est facilement modifiable. Suffit-il d'une simple allégation en ce sens pour exiger une

73. *Ibid.*, note 56.

74. U.S. Justice Dept., *ibid.*, note 13, II C Step 3.

preuve étanche d'impossibilité d'altération? Ce n'est pas le sens de la jurisprudence et de la doctrine américaine qui ne diffère pas de la nôtre sur cet aspect:

The courts have responded with considerable skepticism to such unsupported claims that computer records have been altered. *Absent specific evidence that tampering occurred, the mere possibility of tampering does not affect the authenticity of a computer record.* See *Whitaker*, 127 F.3d at 602 (declining to disturb trial judge's ruling that computer records were admissible because allegation of tampering was "almost wild-eyed speculation . . . [without] evidence to support such a scenario<sup>1</sup>"); *United States v. Bonallo*, 858 F.2d 1427, 1436 (9th Cir. 1988) ("The fact that it is possible to alter data contained in a computer is plainly insufficient to establish untrustworthiness."); *United States v. Glasser*, 773 F.2d 1553 (11th Cir. 1985) ("The existence of an air-tight security system [to prevent tampering] is not, however, a prerequisite to the admissibility of computer printouts. If such a prerequisite did exist, it would become virtually impossible to admit computer-generated records; the party opposing admission would have to show only that a better security system was feasible."). This is consistent with the rule used to establish the authenticity of other evidence such as narcotics.

See *United States v. Allen*, 106 F.3d 695, 700 (6th Cir. 1997) ("Merely raising the possibility of tampering is insufficient to render evidence inadmissible."). Absent specific evidence of tampering, allegations that computer records have been altered go to their weight, not their admissibility. See *Bonallo*, 858 F.2d at 1436<sup>75</sup>. (nos italiques)

### Conclusion

Le domaine des perquisitions informatiques est relativement récent et se diversifie en fonction de l'évolution rapide des nouveaux moyens et possibilités de communication électronique et de traitement de l'information. Bien que des éclaircissements législatifs soient souhaitables en matière de communication par courriel<sup>76</sup>, les principes traditionnels régissant les perquisitions, saisies et surveillance sont habituellement suffisamment souples pour s'appliquer à ces développements. Il importe toutefois de bien déterminer les aspects technologiques d'une situation ou d'une intervention avant d'en faire l'analyse sur le plan juridique. La jurisprudence canadienne spécifique aux perquisitions informatiques est encore embryonnaire, et il est à prévoir qu'elle s'inspirera des précédents d'autres pays de droit commun, dans la mesure où leurs principes directeurs sont similaires.

75. U.S. Justice Dept., *ibid.*, note 13, V B 1.

76. Voir aussi le projet de loi C-46 déposé en première lecture le 12 juin 2003 et les ordonnances de communication (nouveaux articles 487.011 et s. C.cr.).

**ANNEXE: Tableau des types d'autorisations judiciaires**

| Type d'enquête                                                                                                           | Mandat<br>487 C.cr. | Autorisation<br>d'écoute | Mandat<br>général | Aucun                                            |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------|--------------------------|-------------------|--------------------------------------------------|
| Saisie de <b>données, fichiers</b> ou autres <b>documents électroniques</b> dans un ordinateur                           | X                   |                          |                   |                                                  |
| Saisie de <b>courriels non lus</b> chez le fournisseur Internet ou de <b>courriels lus</b> dans un ordinateur            | X                   |                          |                   |                                                  |
| <b>Interception</b> d'une <b>communication privée non-participative (clavardage</b> dans un salon <b>privé/courriel)</b> |                     | 186 C.cr.                |                   |                                                  |
| <b>Enregistrement</b> d'une <b>communication privée participative (clavardage</b> dans un salon <b>privé/courriel)</b>   |                     | 184.2 C.cr.              |                   | Certains courriels<br>(Tous: Hubbard,<br>15.5.2) |
| Surveillance ou enregistrement de clavardage dans un <b>salon public, groupe de discussion</b> ou <b>site Internet</b>   |                     |                          |                   | X                                                |
| <b>Communication sans enregistrement</b> par clavardage dans un salon privé / ou téléphonie Internet                     |                     |                          |                   | X                                                |
| Situations de <b>perquisition</b> (1 et 2) <b>secrète pour fins d'examen</b>                                             |                     |                          | X                 |                                                  |

## DROIT DE LA FAMILLE

Renée JOYAL\*

### Le point de vue de l'enfant et les litiges de garde. Pratiques et perceptions d'avocats

Le présent texte fait état des résultats d'une recherche<sup>1</sup> menée auprès d'avocats<sup>2</sup> québécois exerçant régulièrement en droit de l'enfance et de la famille, afin de connaître leurs perceptions et leurs pratiques quant à l'usage de l'expertise, du témoignage de l'enfant et de la représentation de celui-ci par un avocat dans des litiges de garde. D'autres aspects de la représentation d'enfants dans ce type de litiges ont également été abordés avec nos répondants.

Avant de présenter les résultats de cette étude, il importe de retracer l'évolution de la représentation des enfants en droit québécois. C'est d'abord dans le domaine de la délinquance juvénile et de la

protection de la jeunesse que ce genre de pratique s'est développé, principalement sous l'impulsion de la Commission des services juridiques et des avocats spécialisés dans le domaine de la jeunesse au sein de cet organisme<sup>3</sup>. À l'époque, la représentation des enfants n'était pas interdite, mais aucun texte législatif n'en faisait expressément mention. Il a fallu attendre la *Loi sur la protection de la jeunesse* (1977) et la *Loi sur les jeunes contrevenants* (1982) pour que cette représentation soit non seulement prévue de manière spécifique, mais encouragée et facilitée dans certains cas<sup>4</sup>.

En ce qui a trait à la représentation des enfants en matière de

\* Avocate, professeure à la Faculté de science politique et de droit de l'UQAM.

1. Cette recherche intitulée «La protection des droits et de l'intérêt de l'enfant dont la garde est contestée: examen des dispositifs concernés» est subventionnée par le Conseil de recherches en sciences humaines du Canada. Chercheurs: Renée Joyal (Faculté de science politique et de droit, UQAM, directrice), Anne Quéniart (Sociologie, UQAM) et Hubert Van Gijsegheem (École de psychoéducation, U. de Mtl); assistantes de recherche: M<sup>e</sup> Myriam Des Marchais, M<sup>e</sup> Suzanne Jobin, Madame Luce Leclerc. L'auteure adresse des remerciements particuliers à Anne Quéniart, qui a effectué la compilation des réponses des avocats de Québec.
2. Nous remercions chaleureusement les quinze avocates et avocats qui ont consenti à nous accorder une entrevue et qui ont accepté de consacrer à cette recherche quelques heures de leur agenda déjà bien rempli.
3. C'est en 1972 qu'est adoptée la *Loi de l'aide juridique* (L.Q. 1972, c. 14) et c'est à partir de là que des avocats commencent à représenter des enfants sur une base régulière dans l'ensemble du territoire québécois.
4. Le droit de toute personne d'être représentée par un avocat figure toutefois déjà dans la *Charte des droits et libertés de la personne* (L.Q. 1975, c. 6) du Québec. Le *Code civil du Québec* (art. 34) et le *Code de procédure civile* (art. 394.1 et s.) comportent également des dispositions qui favorisent, dans certains cas, la représentation de l'enfant par un avocat.

garde, elle n'est certainement pas aussi fréquente qu'en matière de protection de la jeunesse ou de jeunes contrevenants. Cependant, c'est une pratique qui n'a cessé de se développer depuis une vingtaine d'années<sup>5</sup>. On peut aussi voir celle-ci comme un dispositif qui se situe dans le cadre normatif tracé par l'article 12 de la *Convention relative aux droits de l'enfant* des Nations Unies (1989)<sup>6</sup>, lequel reconnaît le droit pour tout enfant capable de discernement d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant; «à cette fin, peut-on y lire, on donnera notamment à l'enfant la possibilité d'être entendu dans toute procédure judiciaire ou administrative l'intéressant, soit directement, soit par l'intermédiaire d'un représentant ou d'un organisme approprié...».

Après avoir brièvement exposé la méthodologie utilisée pour cette partie de notre recherche, nous présenterons les pratiques et les modalités d'exécution des mandats en matière de représentation d'enfants, puis nous ferons état des perceptions et des opinions des avocats rencontrés notamment quant à l'expertise, au témoignage des enfants, à la représentation de ceux-ci par un avocat et à l'intervention judiciaire en matière de garde contestée.

## 1. Méthodologie

Il convient d'abord de préciser que ce volet de notre recherche s'inscrit dans un programme plus vaste qui nous a amenés à étudier plus de 800 dossiers judiciaires de divorce et de séparation consécutive à une union de fait dans les districts judiciaires de Montréal et de Saint-Jérôme. Nous avons aussi adressé un questionnaire semi-ouvert aux juges de la Cour supérieure du Québec et nous avons rencontré en entrevue des juges<sup>7</sup>, des experts, des médiateurs et des avocats. Même si le présent texte porte principalement sur les pratiques et les perceptions des avocats, nous y ferons à l'occasion référence à d'autres volets de notre recherche, notamment pour comparer les perceptions respectives des divers groupes rencontrés et pour confronter les données recueillies dans le cadre de ce volet à celles qui se dégagent de l'étude des dossiers judiciaires.

Nous avons mené des entrevues auprès de quinze avocats agissant sur une base régulière comme procureurs à l'enfant dans des litiges de garde. Notre échantillon regroupait dix avocats de la région de Montréal et cinq de la région de Québec. Parmi ceux de Montréal, on comptait neuf femmes et seulement un homme, et parmi ceux de Québec, quatre fem-

5. Voir Barreau du Québec, *Mémoire sur la représentation des enfants par avocat*, Montréal, 1995, p. 16 et s.

6. (1992) *Recueil des traités du Canada*, n° 3.

7. Le volet consacré plus spécialement au point de vue des juges a fait l'objet d'un article publié dans la *Revue du Barreau*: Renée JOYAL et Anne QUÉNIART, «La parole de l'enfant et les litiges de garde: points de vue de juges sur divers aspects de la question», (2001) 61 *Revue du Barreau* 281.

mes et, encore là, un seul homme<sup>8</sup>. Douze des avocats interviewés exerçaient en cabinet privé, tandis que trois étaient à l'emploi de la Commission des services juridiques à Montréal ou dans les environs. Les entrevues ont eu lieu au cours des années 1999 et 2000.

Afin de mieux connaître les avocats interviewés, nous leur avons d'abord demandé de nous donner certaines informations relatives au cadre dans lequel ils exercent à titre de procureur à l'enfant. Par la suite, nos questions ont porté sur les modalités d'exécution de leur mandat à ce titre.

## **2. Cadre d'exercice et modalités d'exécution du mandat**

Plusieurs thèmes ont été abordés sous cette rubrique, dont la formation et l'expérience des avocats dans le domaine, l'étendue de leur pratique, leurs façons d'envisager et d'exécuter leurs mandats, leurs attitudes vis-à-vis les enfants représentés et leur rôle auprès de la Cour.

### **2.1 Cadre d'exercice**

#### **2.1.1 Étendue de la pratique dans le domaine**

Parmi les avocats interviewés, sept disent ouvrir plus de dix dossiers de représentation d'enfant par année, alors que pour les huit autres, ce type de pratique semble plus exceptionnel et se limite à quelques dossiers annuellement.

Leurs années d'expérience à titre de procureur à l'enfant varient également beaucoup: sept d'entre eux acceptent ce genre de mandat depuis plus de dix ans, alors que pour cinq autres, cette pratique remonte à au moins cinq ans mais à moins de dix ans; pour les trois autres, cette donnée n'a pu être précisée, ces avocats occupant régulièrement dans des litiges de garde, mais plus rarement à titre de procureur à l'enfant.

#### **2.1.2 Provenance des mandats**

Lorsque ces avocats représentent un enfant dans un litige de garde, d'où provient leur mandat, de la Cour, des parties ou de l'enfant? Il semble rare que les mandats émanent directement de l'enfant: un seul avocat relate que 35 à 40 % de ses mandats proviennent de l'enfant lui-même, tous les autres affirmant que cela ne se produit que dans un pourcentage infime de cas, voire jamais. La majorité des mandats semblent émaner des parties (père et mère), soit de l'une d'entre elles, soit des deux conjointement: douze avocats indiquent très clairement que leurs mandats proviennent à 75 % ou plus des parties. Quant aux mandats émanant de la Cour, ils sont par conséquent assez rares: un seul avocat dit recevoir ses mandats à 70 % de la Cour, dix indiquent que cela se produit dans 10 à 25 % des cas, alors que deux affirment ne jamais avoir reçu semblable mandat de la Cour. En ce qui a trait à la provenance des

8. Cette proportion reflète assez bien la réalité, puisque, de l'avis de maints observateurs, on retrouve beaucoup plus de femmes que d'hommes dans ce champ de pratique.

mandats, on n'observe aucune différence significative entre les avocats exerçant en cabinet privé et ceux qui sont à l'emploi de la Commission des services juridiques.

### 2.1.3 Honoraires

Par qui les honoraires des avocats agissant à titre de procureur à l'enfant sont-ils défrayés, par les parties ou par la Commission des services juridiques? Parmi les avocats interviewés, trois sont à l'emploi de la Commission. Quant aux autres, six indiquent que leurs honoraires proviennent en majeure partie de la Commission, un indique qu'ils sont défrayés pour moitié par la Commission et pour moitié par les parties, et quatre affirment que leurs honoraires sont assumés dans 100 % des cas par les parties. Cette donnée est manquante dans un cas.

Lorsque les honoraires sont assumés par les parties (père et mère), nous avons voulu savoir si les procureurs à l'enfant modifient ou non leur base de tarification. Quatre avocats disent exiger leur taux horaire habituel, quatre affirment exiger un taux horaire moindre que le taux habituel dans la majorité de ces cas, trois «fonctionnent» habituellement ou à l'occasion sur une base forfaitaire et un répondant ajuste ses exigences aux revenus des parents. Sept avocats se plaignent de la faiblesse des montants alloués par la Commission des services juridiques pour ce genre de mandat. Deux avocats mentionnent que les honoraires

versés par les parties ne sont pas toujours satisfaisants, l'un indiquant qu'il est difficile de recouvrer les sommes dues lorsqu'un parent considère que le procureur n'a pas suffisamment bien représenté son point de vue.

### 2.1.4 Formation particulière

Les avocats disposent-ils d'une formation particulière en matière de représentation d'enfants? La plupart des avocats répondent à cette question par la négative. Quelques avocats ont cependant suivi des sessions de formation spéciales, reliées de près ou de loin à l'exécution de ce genre de mandat: l'un d'entre eux est titulaire d'un certificat en psychologie, quatre ont suivi des sessions de formation offertes par le Barreau ou des organismes s'occupant de médiation familiale. La grande majorité des avocats souhaitent que des sessions de formation pertinentes soient offertes, par exemple en psychologie, travail social, médiation, négociation, éducation, développement de l'enfant, sociologie. Un avocat souhaite une formation obligatoire portant sur la représentation des enfants assortie d'une expérience préalable avec supervision (coaching). Un autre souhaite que ce type de formation fasse partie du programme d'études des Facultés de droit ou de l'École du Barreau. Deux avocats précisent que des sessions de formation peuvent être utiles mais qu'elles ne sont sans doute pas nécessaires, l'expérience étant à leur avis très importante dans ce domaine.

## **2.2 Modalités d'exécution du mandat**

### **2.2.1 Temps consacré à chaque dossier**

La majorité des avocats interviewés affirment que le temps consacré à chaque dossier est extrêmement variable, quatre indiquant que cela peut aller de deux à vingt heures, deux autres précisant que cela varie entre deux et six heures si l'on exclut le temps de présence du procureur à l'enfant à la Cour. Plusieurs affirment que la représentation d'un enfant exige en moyenne plus de temps que celle d'un adulte.

Si la rémunération attachée à ce type de dossier était plus satisfaisante, serait-il possible d'y consacrer plus de temps? La majorité des avocats qui ont répondu à cette question affirment qu'ils ne tiennent aucun compte de cela, étant donné leur engagement personnel vis-à-vis ce type de pratique. Un avocat précise qu'il tente de limiter les coûts lorsque les honoraires sont payés par les parties, quatre autres affirment limiter le nombre de mandats qu'ils acceptent dans ce domaine, à la fois parce qu'il s'agit de dossiers épuisants et que ces dossiers ne suffisent pas à assurer des revenus globaux satisfaisants.

### **2.2.2 Nature du mandat**

Quel type de représentation les avocats offrent-ils selon que l'enfant est apte ou inapte à leur donner un mandat? Dans les cas où l'enfant est apte à mandater son avocat, il convient, selon six de nos

répondants, de suivre ses instructions, tout en essayant de lui faire comprendre les conséquences de ses choix et les divers aspects de son intérêt. Pour cinq autres avocats, les choses se passent sensiblement comme avec les adultes, à cette différence près que l'avocat demandera parfois plus d'explications à l'enfant sur les désirs qu'il exprime, effectuera certaines vérifications auprès, par exemple, des enseignants, expliquera davantage son rôle à l'enfant. En somme, parmi les onze avocats qui ont répondu explicitement à cette question, une légère majorité d'entre eux mettent clairement l'accent sur leur rôle de conseiller, alors que d'autres exécutent leur mandat comme s'il s'agissait d'un mandat concernant un adulte, sous réserve de certaines précautions particulières.

Lorsque l'enfant est inapte à donner des instructions à son avocat, tous disent faire valoir son intérêt à partir de la preuve présentée; plusieurs indiquent qu'ils demandent au besoin une expertise; quelques-uns disent véhiculer les désirs de l'enfant auprès de la Cour, avec «bémols» s'ils le jugent nécessaire dans l'intérêt de l'enfant.

Les avocats sont-ils amenés à faire des représentations au tribunal? La plupart répondent par l'affirmative à cette question. Bien que la recherche d'un consentement soit explicitement privilégiée par la majorité des répondants, cet objectif, disent-ils, ne peut pas toujours être atteint: ils doivent alors faire valoir l'intérêt et les droits de l'enfant devant la Cour. Quatre

avocats, tous de Montréal, indiquent qu'ils font rarement des représentations au tribunal, leurs mandats débouchant la plupart du temps sur un consentement.

Quant à la nature de la preuve à présenter, les avocats expriment divers points de vue. Certains reprennent l'idée de faire valoir l'intérêt de l'enfant et de l'amener à distinguer au besoin entre ses désirs et son intérêt. Plusieurs considèrent qu'il n'appartient pas au procureur à l'enfant d'exprimer son point de vue personnel, qu'il ne doit pas être «un témoin de plus». Dans cette optique, une preuve précise doit être présentée, qui peut avoir pour objet, par exemple, les désirs de l'enfant ou les aspects problématiques de sa situation. Les modes de preuve peuvent être de divers ordres: rapport d'expertise, témoignage de l'enfant, ou, le cas échéant, témoignage des enseignants, du nouveau conjoint, du médecin ou du psychiatre... L'avocat doit s'assurer du respect des droits de l'enfant et des règles de droit applicables, y compris celles relatives au secret professionnel. Quelques-uns insistent sur l'opportunité d'éviter le témoignage de l'enfant, sauf en cas de nécessité.

### *2.2.3 Personnes rencontrées dans le cadre du mandat*

Les avocats rencontrent-ils les parents de l'enfant qu'ils représentent? Ici, les réponses des avocats exerçant à Montréal se distinguent nettement de celles de leurs «homologues» de Québec. Quatre de ceux-ci disent ne jamais rencontrer les parents, un seul répondant par l'affirmative à la question. Parmi

les avocats de Montréal, cette pratique est plus fréquente, quatre disant rencontrer systématiquement les parents, un affirmant le faire à l'occasion et les cinq autres habituellement pas. Parmi ceux qui ne rencontrent pas ou pratiquement pas les parents, quelques-uns expliquent qu'ils ne voient pas la nécessité de ces rencontres ou insistent sur le fait que les parents sont représentés par leurs propres procureurs. À ceux qui disent rencontrer les parents systématiquement ou à l'occasion, nous avons demandé si les deux parents sont vus ensemble ou séparément. Dans la plupart des cas, les parents sont rencontrés séparément, parfois en présence de leurs procureurs. Un seul avocat dit rencontrer les parents ensemble sauf si la situation est très litigieuse.

Les avocats rencontrent-ils d'autres personnes que l'enfant et ses parents? Oui, disent nos répondants, mais ces rencontres ne sont pas systématiques. Lorsque cela semble nécessaire ou approprié, les avocats demandent à rencontrer, par ordre de fréquence décroissante: les enseignants et les directions d'école, des personnes significatives pour l'enfant (proches parents, gardiens...), le médecin ou le psychiatre, l'expert, le psychologue ou le travailleur social, des personnes du voisinage de l'enfant. Si la chose s'avère nécessaire ou utile, ces personnes pourront être assignées comme témoins.

Les avocats tiennent-ils plus d'une rencontre avec l'enfant qu'ils représentent? En général, oui, répondent-ils. Plus précisément,

dix répondants affirment rencontrer plusieurs fois l'enfant dans tous les cas (parfois deux fois, la plupart du temps trois, et, dans certains cas très complexes, jusqu'à sept ou huit fois). Cinq répondants disent rencontrer plusieurs fois l'enfant dans presque tous leurs dossiers.

Lorsque plusieurs enfants (fratrie) sont en cause, les rencontrent-ils ensemble ou séparément? À une exception près (un avocat rencontre l'enfant séparément seulement sur demande ou lorsque les enfants en cause ont des demandes différentes), tous nos répondants affirment rencontrer chaque enfant séparément. Dans certains cas, ces rencontres sont précédées ou suivies d'une rencontre de groupe.

À quel endroit les rencontres avec l'enfant ou les enfants ont-elles lieu? La très grande majorité (un seul répondant rencontre d'abord l'enfant chez chacun de ses parents) des premières rencontres ont lieu au bureau de l'avocat: certains répondants, notamment à Québec, y voient un signal à donner à l'enfant quant au sérieux de leur mandat. Pour ce qui est des rencontres subséquentes, on peut observer une plus grande diversité de réponses: si la plupart des avocats continuent à voir les enfants à leur bureau, quatre disent préférer des endroits plus neutres, tels que casse-croûte, restaurants, parcs.

La plupart du temps, les enfants ont déjà une idée (juste ou erronée) du rôle du procureur à l'enfant lors de leur première rencontre avec celui-ci. Pour éviter

tout malentendu, les avocats rencontrés se font toujours un devoir d'expliquer clairement à l'enfant la nature et les limites de leur mandat dès le début de cette première rencontre. Les éclaircissements et les rectifications nécessaires sont alors apportés, le cas échéant.

Quelle(s) ligne(s) de conduite les avocats se donnent-ils lorsque, à leur avis, il existe un écart entre les désirs de l'enfant et son intérêt? Nous avons déjà fait allusion à cette délicate question plus haut. Nous tenterons de la cerner davantage dans la prochaine section de ce texte, qui est consacrée aux diverses perceptions et opinions de nos répondants.

### **3. Perceptions et opinions**

Sous cette rubrique, nos questions ont principalement porté sur le point de vue des avocats quant aux diverses modalités de prise en compte du point de vue de l'enfant et quant à certains aspects de l'intervention judiciaire en matière de garde contestée. Mais revenons d'abord à leurs propos concernant l'exécution de leur mandat lorsque leur perception de l'intérêt de l'enfant s'écarte des désirs exprimés par celui-ci.

#### **3.1 Intérêt vs désirs de l'enfant**

Confrontés à un dilemme de cette nature, les procureurs à l'enfant adoptent diverses lignes de conduite, qui varient d'ailleurs de l'un à l'autre; il peut aussi arriver que le même procureur ait des réactions différentes selon les circonstances de chaque cas. Il y a

donc parfois plus d'une réponse par répondant. Nous avons quand même esquissé certains regroupements. Ainsi, cinq répondants affirment qu'ils s'efforcent alors de faire réfléchir l'enfant, de lui faire prendre conscience des effets de ses choix, de faire évoluer son point de vue, après quoi ils tentent de véhiculer celui-ci auprès de la Cour. Quatre considèrent que le recours à l'expertise est particulièrement indiqué dans ces circonstances, leur propre opinion se trouvant alors confrontée à celle d'une personne indépendante, comme le dit explicitement l'un d'entre eux. Deux demandent plutôt à l'enfant de s'expliquer devant le tribunal, ce qui a souvent pour effet de clarifier la situation, tant pour le juge que pour l'enfant. Trois affirment qu'ils font valoir l'intérêt de l'enfant auprès du tribunal, après avoir expliqué leur position à l'enfant, alors que trois disent véhiculer le point de vue de l'enfant auprès de la Cour, deux d'entre eux précisant cependant faire aussi connaître leur propre position au tribunal dans ces circonstances. Deux avocats indiquent avoir cessé d'occuper ou avoir failli le faire devant un tel dilemme.

### **3.2 Les règles procédurales**

La grande majorité des avocats rencontrés considèrent que le «modèle procédural» qui a cours en matière de garde d'enfant est

approprié dans son ensemble, alors que deux trouvent ce modèle trop lourd ou trop rigide. Quelques-uns formulent des critiques sur des points particuliers: un suggère qu'il y ait moins de formalités pour la nomination d'un procureur à l'enfant et un autre est d'avis que l'enfant devrait toujours être représenté dans un litige de garde.

### **3.3 La prise en compte du point de vue de l'enfant par le tribunal**

Les juges tiennent-ils suffisamment compte du point de vue de l'enfant, lorsque celui-ci est porté à leur connaissance? Neuf répondent à cette question par l'affirmative. Deux avocats considèrent que les juges accordent parfois trop d'importance à l'opinion des adolescents. Deux autres estiment que les juges disposent souvent de trop peu de temps pour se faire une opinion éclairée à ce sujet. Deux avocats sont d'avis que la prise en compte du point de vue de l'enfant est variable selon les juges et deux autres indiquent que l'opinion de l'enfant n'est, selon eux, qu'un élément de la décision<sup>9</sup>.

### **3.4 L'expertise**

Dans quelles circonstances est-il opportun de demander une expertise en matière de garde d'enfant? Si deux avocats sont d'avis qu'il est presque toujours

9. Une analyse récente de 50 décisions judiciaires portant sur la garde d'enfant et recensées au cours des années 1997, 1998 et 1999 est révélatrice à cet égard: dans vingt-trois des vingt-cinq cas où le jugement fait explicitement référence au point de vue de l'enfant, le tribunal donne suite à celui-ci: Renée JOYAL, Évelyne LAPIERRE-ADAMCYK, Céline LEBOURDAIS et Nicole MARCIL-GRATTON, *Le rôle des tribunaux dans la prise en compte des enfants après le divorce ou la séparation des parents*, à paraître...

opportun de demander une expertise, tous les autres estiment que cela n'est opportun que dans certaines circonstances particulières, comme, par exemple: alcoolisme, toxicomanie ou problèmes psychologiques importants chez les parents ou l'un d'eux, anxiété, déficience ou confusion chez l'enfant, aliénation parentale, violence, abus, déménagement «longue distance» de l'un des parents, enfant en bas âge ou inapte à donner des instructions à son avocat. Quelques-uns mentionnent également qu'il est opportun de demander une expertise pour déterminer les capacités parentales des parents ou dans les situations extrêmement litigieuses<sup>10</sup>.

Nous avons demandé à nos répondants s'il leur semble préférable que l'expert soit mandaté par le procureur à l'enfant seulement, ou par celui-ci conjointement avec les parties. Alors que trois optent pour un mandat conjoint, les autres préfèrent nettement mandater eux-mêmes l'expert, plusieurs précisant cependant faire de leur mieux pour obtenir le consentement des parents, dont la collaboration est éminemment souhaitable à cet égard.

Est-il arrivé à nos répondants de demander une contre-expertise ou une autre expertise quand il y en a déjà une au dossier? Dix répondent qu'il leur arrive parfois de le faire, surtout quand l'expertise déjà effectuée leur semble insatisfaisante ou incomplète. Quelques-uns ne répondent pas à cette question ou indiquent qu'ils n'ont jamais eu à faire une telle demande.

Serait-il opportun de limiter le nombre d'expertises pouvant être faites dans un même dossier? La plupart favorisent une telle limitation<sup>11</sup>. Deux avocats se prononcent en faveur d'une seule expertise. Cinq souhaitent qu'il n'y ait qu'une expertise par partie, deux assortissant ce souhait de la possibilité qu'une troisième expertise soit faite avec l'autorisation de la Cour. Deux optent pour une expertise conjointe, et, si la chose est impossible, pour une expertise par partie. Quatre craignent les conséquences de l'imposition de limites à cet égard et se prononcent donc contre une telle limitation.

Quelle opinion les avocats ont-ils de la qualité des expertises? Les réponses à cette question sont

10. Ce point de vue rejoint sensiblement celui exprimé par les juges: Renée JOYAL et Anne QUÉNIART, *loc. cit.*, p. 287; par ailleurs, il convient de noter que l'expertise est fréquemment utilisée en matière de garde contestée. Lors de notre étude de 806 dossiers judiciaires de garde ouverts entre 1995 et 1998 à Montréal et à Saint-Jérôme, nous avons constaté la présence d'au moins une expertise dans près de la moitié des cas très litigieux: Renée JOYAL, «La prise en compte du point de vue de l'enfant dont la garde est contestée. Examen de certains dispositifs à la lumière de la *Convention relative aux droits de l'enfant*», communication présentée dans le cadre du congrès mondial de la Société internationale de droit de la famille, Oslo, août 2002, à paraître...

11. Voir, à ce sujet: Barreau du Québec, *Mémoire complémentaire sur le droit de la famille concernant le psychologue expert unique*, 1994, ainsi que les textes cités dans Renée JOYAL, «L'enfant dont la garde est contestée: sa place dans le processus de décision», (1996) 37 *Cahiers de Droit* 51.

très diverses. Alors que les cinq avocats de la région de Québec semblent satisfaits ou très satisfaits de la qualité des expertises qui leur sont fournies, ceux de la région de Montréal sont nettement plus partagés. Un seul semble plutôt satisfait à cet égard. Quatre affirment que leur taux de satisfaction est très variable en fonction des experts considérés. Plusieurs se plaignent que les expertises sont trop vite faites, uniformes ou escamotées, ou encore que certains experts ont des idées toutes faites, qu'ils sont trop occupés ou «déconnectés de la vraie vie». Quelques-uns se plaignent de la longueur excessive des délais de réalisation des expertises. Plusieurs déplorent également la mauvaise «performance» de certains experts comme témoins: ils ne se souviennent plus, sont incohérents, trop catégoriques...

Quels sont les critères retenus par les procureurs à l'enfant quand il s'agit de choisir un expert? Pour la très grande majorité des répondants, le critère qui revient le plus souvent est celui de la rigueur, de l'objectivité et de l'intégrité de l'expert. Quelques-uns mentionnent la réputation de l'expert ou ses années d'expérience. D'autres précisent qu'ils ont leur liste et qu'ils font appel aux experts dont ils connaissent les qualités. Les procureurs à l'enfant choisissent-ils un expert en fonction des conclusions souhaitées? La très grande majorité s'en défendent bien. Quelques-uns admettent le

faire lorsqu'ils représentent un parent: si ce parent, par exemple, demande la garde partagée, ils opteront pour un expert favorable à cette formule de garde.

Arrive-t-il aux procureurs à l'enfant de ne pas produire le rapport d'expertise qu'ils ont demandé? Non, répondent-ils presque à l'unanimité, le rapport est toujours produit. Plusieurs répondants précisent toutefois qu'ils pourraient, exceptionnellement, ne pas produire ce rapport, si celui-ci leur semblait bâclé, par exemple. Deux avocats affirment qu'il leur est arrivé de ne pas produire le rapport d'expertise. Plusieurs répondants disent que la chose se produit plus fréquemment lorsqu'ils représentent les parents.

### 3.5 Le témoignage de l'enfant

Est-il opportun de faire témoigner l'enfant en matière de garde contestée? La très grande majorité des avocats de Montréal ont des réticences à cet égard<sup>12</sup>, huit d'entre eux y voyant un risque de préjudice pour l'enfant et un facteur de stress intense; les avocats de Québec modulent plutôt leurs réponses en fonction de l'âge et de la maturité de l'enfant. Parmi les répondants de Montréal, deux disent refuser de faire témoigner un enfant de moins de cinq ans, alors que quatre se disent extrêmement réticents à faire témoigner des enfants de moins de 11 ou 12 ans. Un autre indique que l'âge doit être pris en considération, mais

12. Cette réticence est d'ailleurs partagée par les juges et les experts. Voir, à ce sujet, Renée JOYAL et Anne QUÉNIART, *loc. cit.*, p. 287-288; Renée JOYAL, «La prise en compte du point de vue de l'enfant...», précité.

que c'est surtout la fragilité ou la solidité de l'enfant qui le guide en cette matière. Par ailleurs, la majorité des avocats insistent sur le droit absolu de l'enfant de témoigner et précisent qu'ils acceptent de faire témoigner un enfant qui le demande, deux ajoutant toutefois que, dans certains cas «à risques», ils essaient de dissuader celui-ci de témoigner et tentent de le convaincre qu'ils pourront véhiculer son point de vue au tribunal. Tous les répondants de Québec fondent leur réponse sur l'âge de l'enfant, mais ils ne font pas tous jouer ce facteur de la même manière. Ainsi, l'un d'entre eux estime qu'il est plus traumatisant de témoigner pour de grands adolescents que pour des enfants plus jeunes, alors que, pour un autre, dans le cas d'enfants jeunes, il vaut mieux privilégier une expertise. Les trois autres considèrent que l'enfant peut être appelé à témoigner en fonction de son âge et de sa maturité, l'un précisant qu'il convient de donner suite au désir de l'enfant de témoigner, un autre ajoutant qu'il est important de faire témoigner un enfant à partir d'un certain âge.

Même si de nombreuses réticences apparaissent, y a-t-il, à part les cas où l'enfant lui-même le demande, des circonstances où il peut être opportun de faire témoigner un enfant? Oui, précisent certains avocats, par exemple, lorsqu'il y a aliénation parentale, ou lorsque l'enfant est en mesure de fournir au tribunal une information à laquelle celui-ci aurait diffi-

cilement accès autrement, ou encore lorsque le juge lui-même le demande<sup>13</sup>.

Lorsque l'enfant témoigne, tous nos répondants sans exception disent préparer celui-ci à son témoignage. Cinq avocats précisent qu'ils visitent la salle d'audience avec l'enfant au préalable. Deux disent aller chercher l'enfant eux-mêmes pour le conduire au Palais de Justice le jour de son témoignage. En général, les avocats disent donner des explications à l'enfant concernant les procédures, le rôle du juge, le déroulement de l'audition, les questions qui lui seront vraisemblablement posées, les options qui se présentent, le cas échéant.

À ce sujet, nous avons voulu connaître les opinions et les préférences de nos répondants concernant le témoignage de l'enfant en Chambre ou en salle d'audience. Parmi les répondants de Montréal, cinq se disent d'emblée favorables au témoignage de l'enfant en Chambre, pourvu toutefois que les parents soient exclus, que les procureurs soient présents et qu'il y ait enregistrement du témoignage de l'enfant; l'un d'eux précise par ailleurs que le témoignage en salle d'audience lui semble plus approprié dans le cas de grands adolescents. Trois avocats se disent défavorables au témoignage de l'enfant en Chambre, mais ils assortissent leur préférence pour le témoignage de l'enfant en salle d'audience de certaines conditions: que le juge ne

13. On note ici également une convergence certaine des réponses données tant par les experts que par les juges et les avocats: Renée JOYAL, «La prise en compte du point de vue de l'enfant...», précité.

porte pas la toge et ne prenne pas place sur le banc, que le témoignage de l'enfant soit enregistré et que les avocats soumettent leurs questions au juge qui, lui, les adressera à l'enfant. Deux avocats expriment une opinion mitigée à ce sujet: le témoignage en Chambre est moins intimidant pour les enfants, disent-ils, mais cette modalité peut compromettre les droits d'appel des parties (notamment si le témoignage de l'enfant n'est pas enregistré); ces avocats se montrent favorables au témoignage de l'enfant en salle d'audience à la condition que les parents soient exclus; un autre avocat considère toutefois que, même si les parents sont exclus, il est difficile pour l'enfant de témoigner dans ce contexte, car le langage du juge demeure difficile à comprendre. Cette question n'a pas été aussi approfondie avec les répondants de Québec: cependant, les trois d'entre eux qui se sont exprimés à ce sujet semblent favoriser le témoignage de l'enfant en Chambre.

Ces réponses laissent voir deux préoccupations principales chez nos répondants: d'abord il est souhaité que l'enfant qui veut ou qui doit témoigner puisse le faire dans les meilleures conditions possible. Dans le cas d'un enfant jeune ou particulièrement vulnérable, on semble privilégier le témoignage en Chambre. Toutefois, on s'inquiète alors des droits des parties, seconde préoccupation exprimée par les répondants. On souhaite par conséquent que le témoignage des enfants soit enregistré, ou que les procureurs des parties puissent y assister.

Arrive-t-il fréquemment que des enfants veuillent témoigner ou «parler au juge»? Selon neuf de nos répondants, cela se produit souvent ou assez souvent. Deux seulement considèrent que cela n'arrive pratiquement jamais. Deux estiment que la chose est d'autant plus fréquente que l'enfant avance en âge, un est d'avis que cela est variable et un précise qu'il est préférable de l'éviter.

Quels sont les avantages et les inconvénients du témoignage de l'enfant? Cinq avocats y voient un avantage sur le plan de la preuve, qui est alors plus directe; trois considèrent que, dans certains cas, le fait pour l'enfant d'avoir exprimé directement son point de vue peut être valorisant. Par ailleurs, sept répondants estiment que le témoignage de l'enfant peut avoir un impact négatif sur celui-ci: stress, anxiété, culpabilité, regrets, par exemple. Un répondant n'y voit pas d'inconvénient si l'enfant est prêt à témoigner et deux autres considèrent respectivement que le témoignage de l'enfant est peu utile s'il est mal fait ou si l'enfant est représenté par un avocat.

### **3.6 La représentation de l'enfant par un avocat**

Nous avons d'abord demandé à nos répondants dans quelles circonstances ils estiment que la représentation d'un enfant par un avocat est nécessaire ou souhaitable en matière de garde contestée. De l'avis général, une telle représentation ne devrait pas être un automatisme, bien qu'un certain nombre d'avocats semblent

souhaiter que cette représentation ait lieu assez fréquemment: ainsi trois d'entre eux jugent la représentation de l'enfant nécessaire dans toutes les situations litigieuses de garde ou de droits d'accès et deux autres veulent qu'on y ait recours aussi souvent que possible afin notamment d'éviter une audition et d'assurer la présence d'une personne (le procureur à l'enfant) qui soit à distance du conflit qui oppose les parents. Les autres répondants limitent cette utilité ou cette nécessité à certaines situations précises: aliénation parentale, abus physiques ou sexuels, enlèvement d'enfant, par exemple. Quelques-uns considèrent que c'est une bonne façon d'être à l'écoute des besoins de l'enfant, que c'est particulièrement opportun dans le cas d'enfants confrontés à un conflit de loyauté, d'enfants suffisamment matures pour s'exprimer, ou pour dégager un point de vue indépendant au regard du litige<sup>14</sup>.

Dans quelle proportion de leurs mandats nos répondants considèrent-ils que leur présence a été essentielle? Dans la totalité ou la très grande majorité des cas, selon onze avocats, souvent selon les autres. Quelques-uns précisent que leur apport principal consiste à obtenir un consentement et à éviter une audition, lorsque cela est possible ou, si l'audition est nécessaire, à apporter un éclairage important au tribunal.

Les procureurs à l'enfant subissent-ils des pressions ou des tentatives de manipulation par les parties au litige? Onze avocats répondent à cette question par l'affirmative. Cela se produit toujours ou souvent, précisent-ils; quelques avocats ajoutent que ces pressions viennent parfois des procureurs des parents. En cas de pressions de la part des parents, plusieurs répondants disent résister à ces pressions, référer le père ou la mère à son propre procureur ou même avertir les procureurs des parties si les pressions exercées par celles-ci sont trop intenses ou persistantes. Seuls trois procureurs disent ne jamais subir de telles pressions ou tentatives de manipulation.

Sentent-ils parfois que le père ou la mère de l'enfant essaie de les utiliser pour gagner du temps ou influencer la décision dans un sens qui lui soit favorable? Encore là, onze avocats disent avoir ressenti cette forme subtile de manipulation, deux seulement affirmant que cela ne leur est jamais arrivé. Si cela se produit, les avocats tentent de faire comprendre au parent qu'ils sont là non pas pour le représenter (elle ou lui), mais pour représenter l'enfant, plusieurs adoptant diverses stratégies de mise à distance par rapport aux parents.

### 3.7 Autres observations

À la fin de nos rencontres, nous avons laissé à chacun de nos

14. Aussi bien les juges et les experts que les avocats eux-mêmes voient d'un bon œil la représentation de l'enfant par un avocat dans des situations particulièrement délicates ou litigieuses de garde. Voir, à ce sujet, Renée JOYAL et Anne QUÉNIART, *loc. cit.*, p. 290; Renée JOYAL, «La prise en compte du point de vue de l'enfant...», précité.

répondants la liberté de formuler d'autres observations ou réflexions personnelles en rapport avec l'objet de l'entrevue. Plusieurs remarques ont porté sur le rôle et la pratique de procureur à l'enfant, sur la nécessité que ce domaine de spécialisation soit mieux reconnu et balisé et que les avocats adoptant ce champ de pratique puissent avoir accès à une formation particulière. De l'avis de nombre de répondants, il faudrait revoir les normes d'accessibilité à l'aide juridique pour les enfants impliqués dans un litige de garde, de même que le mode de rémunération des avocats acceptant des mandats dans ce contexte.

#### 4. Conclusion

À l'issue de ce tour d'horizon des perceptions et des pratiques des avocats occupant d'une façon régulière à titre de procureurs à l'enfant, il se dégage d'abord une communauté de vues certaine entre eux et les autres groupes de personnes rencontrés dans le cadre de notre recherche. Tant les avocats que les juges et les experts expriment des réticences en ce qui a trait au témoignage de l'enfant, surtout si celui-ci est très jeune. Selon la très grande majorité d'entre eux, ce dispositif ne devrait être utilisé qu'en cas de nécessité sur le plan de la preuve, ou encore si l'enfant lui-même demande à être entendu par le tribunal, auquel cas il est impératif de respecter ce droit. D'autre part, l'enfant qui témoigne devrait pouvoir le faire

dans les meilleures conditions possible, compte tenu du respect des droits des parents.

Quant à l'expertise, qui est assez largement utilisée dans les situations très litigieuses, elle est perçue comme un moyen efficace d'éclairer le tribunal, quoique des réserves soient exprimées par les juges et les avocats sur la qualité du travail de certains experts. Si la très grande majorité des personnes rencontrées, y compris les avocats, sont d'accord pour limiter le nombre d'expertises susceptibles d'être effectuées dans le cadre d'un même litige, on sent une très nette réticence de leur part à limiter cette possibilité à une seule, à moins que les parties n'y consentent et que le tribunal n'ait la possibilité d'autoriser ou d'ordonner une autre expertise si la première n'est pas satisfaisante.

Enfin, la représentation de l'enfant par un avocat, qui apparaît comme un champ de pratique relativement nouveau en matière de garde contestée, est, nous semble-t-il, appelée à se développer. Bien vue dans certaines situations par les juges et les experts, ce dispositif peut amener les parties à un consentement, éviter à l'enfant de témoigner, ou encore, mieux préparer celui-ci à son témoignage, le cas échéant. Il s'agit d'une pratique exigeante, délicate et plus souvent qu'autrement mal rémunérée<sup>15</sup>. Nous ne pouvons que souscrire aux remarques de nos répondants quant à l'insuffisance

15. Il est à noter qu'on y retrouve une majorité de femmes, comme c'est le cas dans certains secteurs de l'enseignement et de la santé, où le niveau de rémunération est inversement proportionnel à l'investissement humain.

des honoraires consentis par la Commission des services juridiques pour ce type de mandats.

Les opinions émises par les juges, les avocats et les experts relativement aux trois dispositifs étudiés présentent de nombreuses convergences. La très grande majorité des personnes interviewées dans chacun de ces groupes est d'avis de réserver ces dispositifs aux situations particulièrement complexes ou litigieuses. Si le recours à l'expertise est relativement fréquent, le témoignage de l'enfant et la représentation de celui-ci par un avocat apparaissent beaucoup plus rarement dans les dossiers étudiés. Le témoignage de l'enfant est deux fois moins fréquent que l'expertise, ce qui se comprend fort bien, vu les réticences de tous les acteurs concernés à cet égard. Quant à la représentation de l'enfant par un avocat, elle apparaît encore moins souvent que le témoignage de l'enfant dans les dossiers étudiés; il se peut parfois

qu'une telle représentation ne laisse pas de trace au dossier, surtout si l'intervention du procureur à l'enfant a permis aux parties d'en arriver à un consentement. Nous formulons en tout cas l'hypothèse que la représentation de l'enfant par un avocat en matière de garde est plus fréquente que ne le laissent voir les données recueillies.

Il nous semble essentiel que ce champ de pratique soit mieux reconnu et balisé, comme plusieurs de nos répondants l'ont souhaité, notamment que le Barreau et les Facultés de droit se concertent pour développer des activités de formation dans ce domaine complexe. Par ailleurs, le Code de déontologie des avocats, ainsi que ceux des psychologues et des travailleurs sociaux (qui agissent le plus souvent comme experts), devraient, à notre avis, énoncer des normes particulières applicables à l'expertise auprès d'enfants et d'adolescents et à la représentation de ceux-ci.

# **LISTE DES MÉMOIRES DE MAÎTRISE ET THÈSES DE DOCTORAT ACCEPTÉES EN 2002**

## **UNIVERSITÉ D'OTTAWA**

### **Thèses et mémoires approuvés en 2002**

#### **Thèses de Maîtrise en droit**

GIRARD, Isabelle, The Mexican Writ of Amparo and Extraordinary Judicial Remedies in Canada and United States: A Trinational Comparative Analysis.

YOON, Joon Hyuk, A Critical Overview of International Law With Regard to The Problem of Terrorism in The Aftermath of The September 11, 2001 Terrorist Attacks.

#### **Mémoires de Maîtrise en droit**

AMOOTI-WINYI, Asaba, From Legislation to Implementation: The Challenges of the Enforcement of Human Rights Uganda.

BAFFOE, Kwesi, Aboriginal Title: The Black Hole and the Supreme Court.

BOLGER, David, Protecting Canadian Copyright in a Digital World.

CARON, Colette, L'unification du droit européen des contrats: l'Europe en réflexion.

CORMIER, Lyne, Le droit de participation de l'enfant en matière de garde et de droit de visite.

HASLIP, Susan, A Critical Consideration of Contemporary Provisions Providing for the Use of Military Force Against Aboriginal Peoples in Canada.

HISCOX, Diane, International Trade Rules and Canadian Cultural Goods and Services.

JIN, Meng, Towards a More Comprehensive Legal Framework for Foreign Investment in China Under the WTO.

KEANEY, Marilyn, Why Animals Should not be Made to Suffer.

- LEFRANÇOIS, Sophie, Le Droit au retour des réfugiés palestiniens en Israël.
- LEGGETT, Christopher, An Analysis of the Relationship between WTO Trade Disciplines and Trade-Related Measures Used to Promote Sustainable Fisheries Management.
- LOCKWOOD, Andrea, People v. Bugs and Weeds: The Regulation of Pesticides in Canada.
- MACHNICKA, Agnieszka, Preliminary Agreements: Contracts to Negotiate and Letters of Intent in a Comparative Perspective.
- MORRIS, David, Tracing Baker: Baker v. Minister of Citizenship and Immigration and its Effect on Canadian Immigration Proceedings.
- NIRMAN, Daljit, The Role of International Court of Justice in Settlement of Disputes Involving the Use of Force.
- OKOKO, Eriye, The Role of Law Reform in the Promotion of Sustainable Development in the Niger Delta Region of Nigeria.
- OSAKWE, George, Examining the Conscience of an Awakening Continent: An Assessment of the Theory and Reality of Human Rights Protection in Africa.
- PENEKELAPATI, Devikarani, Global Free Trade and the Environment.
- PRUD'HOMME, Isabel, Les tests de dépistage d'alcool et de drogues en milieu de travail: fait-on fausse route?
- SANDFORD, Iain, Making the Most of Second Best: Using Dispute Settlement to Ensure That Regionalism Complements the Multilateral Trading System.
- SIVARULRSA, Sanjeev, Aboriginal Self-Government as a Legal Right: Exploring its Meaning in Canadian Law.
- THOMSON, Prudence, Exporting Risk: GMOs, Risk Assessment and the SPS Agreement.
- TSAI, Daniel, International Taxation of Electronic Commerce: The Taxable Nexus for the Internet Favors Economic Presence Rather than a Physical Basis for Taxation.

**Mémoires de Maîtrise en droit avec concentration  
en droit et technologie**

- BORNFREUND, Marcus, Legal File-Sharing.

- BOUZOUITA, Anick, Tangible Intangibles: The Valuation of Knowledge Assets and Intellectual Property for Economic Growth.
- COLANGELO, Alejandro, Satellite Wars: Culture vs. Expression.
- HAGEN, Gregory, Sovereign Domains and Property Claims.
- MAURUSHAT, Alana, Patrolling the Freedom Expressway: Ethnocentric and Technocentric Free Expression Beliefs and the Internet.
- MAZZINI, Ines, Jurisdiction and Cybercrime: Proposed Solutions.
- VON ARX, Kim, ICANN – Now and Then: ICANN's Reform and Its Problems.

## UNIVERSITÉ LAVAL

### Maîtrises en droit avec mémoire

- BÉLANGER, Véronique, LL.M., Les cadres normatifs internationaux relatifs à l'exploitation et à la protection des mammifères marins.
- GOSSELIN-DESPRÉS, Line, LL.M., La preuve d'un abus sexuel en l'absence du témoignage de l'enfant: analyse juridique et empirique des obstacles.
- LIMOU, Sébastien, LL.M., La libéralisation de l'investissement international: le projet d'Accord multilatéral sur l'investissement (AMI).
- MENDOZA CARDENAS, Hector Augusto, LL.M., La théorie de l'imprévision en droit civil et international comparé.
- MONTILLA, Luis Miguel, LL.M., L'indemnisation des victimes de pollution à la suite des catastrophes maritimes.
- MORIN, Christine, LL.M., Les droits patrimoniaux du conjoint survivant au Québec et la masse successorale.
- ROBITAILLE, David, LL.M., L'interaction entre l'article 10 de la Charte québécoise et les autres droits et libertés de la personne: l'influence de la convention européenne et de la Charte canadienne.

### **Programme de doctorat en droit**

- BÉLANGER, André, LL.D., Essai d'une théorie juridique de la compensation en droit civil québécois.
- MAYER, Laurence, LL.D., Le statut juridique des biens et services culturels dans les accords commerciaux internationaux.
- MONGBE, Sylviane Estelle, LL.D., La participation des individus et des ONG à la création, à l'application et au contrôle de la mise en œuvre du droit international: les cas de la protection des droits de l'homme et de l'environnement.
- M'RINI, Mohamed Lotfi, LL.D., Les pays en développement et le système commercial multilatéral. Bilan d'un processus d'intégration semi-séculaire.
- OUELLET, Richard, LL.D., Le rôle de la science dans l'Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires de l'OMC.
- OULAI, Ami Cheri Arthure, LL.D., Contribution à la recherche d'une harmonisation dans le traitement juridique des risques reliés aux transferts électroniques de fonds à caractère commercial.

### **Programme de maîtrise en droit avec essai**

- APOLLON, Garrick, LL.M., La protection légale de l'information confidentielle pour une entreprise.
- CANTIN, Richard, LL.M., La représentation en matière de vente internationale de marchandises: étude comparative des régimes juridiques de la Convention de Genève de 1983 et du Code civil du Québec.
- GIGUÈRE, Isabelle, LL.M., La convention d'actionnaires entre une PME et une société de capital de risque peut-elle être qualifiée de contrat d'adhésion?
- HAMDAOUI, El Mostapha, LL.M., L'introduction de l'euro et son impact sur les contrats internationaux – la position du droit français.
- HANOUTI, Youcef, LL.M., Étude d'un projet de coopération dans le secteur de la certification des technologies en infrastructures.
- KRONING, Anne Julia, LL.M., La protection des langues autochtones dans le droit international.

- LOMPRÉ, Aurélie, LL.M., L'arbitrage commercial international en ligne: évolution technologique d'une institution ancestrale.
- MANAI, Hachmi, LL.M., Les groupes de contrats.
- PATRY, Frédéric, LL.M., ZLEA: quelles conclusions tirer de l'expérience mexicaine sous le chapitre 19 de l'ALENA?
- RHAIEM, Touhami, LL.M., Capital versé vs capital déclaré: divergence et conciliation.
- VILLA, Martin, LL.M., Réflexions sur les assurances multiples de biens.
- ZEHIRI, Mohammed, LL.M., La phase précontractuelle dans les contrats internationaux: les obligations de négocier de bonne foi et de confidentialité.

## **UNIVERSITÉ DE MONTRÉAL**

### **Grades de deuxième et troisième cycles en droit octroyés pour 2002-2003**

#### **Doctorat (LL.D.).**

- GOLA, Romain, La régulation de l'internet: noms de domaine et droit des marques.

#### **Maîtrise (LL.M.)**

- AUCLAIR, Nicolas, La démocratie et la loi sur la clarté: réflexions sur la règle de la majorité dans le cadre d'un référendum.
- BÉCHARD, Alexandre, La convergence en droit international de la concurrence, initiatives mises de l'avant et perspective canadienne.
- BEN MOHA, Mathilde, The carriers responsibilities and immunities under the Hague and Hamburg rules.
- CAIDI, Stéphane, La preuve et la conservation de l'écrit dans la société de l'information.
- DUASO SALES, Rosario, La protection des données personnelles contenues dans les documents publics accessibles sur internet: le cas des données juridiques.
- FORTIN, Sabrina, Liberté de la recherche et modification du génome humain: Le cas du transfert d'ooplasme.

- GAGNON, Charles, Les technologies numériques: catalyseur de rajeunissement de la théorie du droit d'auteur.
- GIROUX, Valéry, Les crimes de cruauté contre les animaux: examen des propositions du législateur.
- GRATTON, Éloïse, Wireless privacy and personalized location-based services: the challenge of translating the legal framework into business practices.
- HOUDE, Lucie, Internet et le paradigme juridictionnel.
- LATORTUE, Youri, Le contrat international de construction.
- LEMYRE, Pierre-Paul, Les logiciels libres sous l'angle de la responsabilité civile.
- MARCEAU, Martin, Processus et véhicules d'acquisition d'entreprise en matière internationale.
- MESTIRI, Najla, Notion d'internationalité et fraude à la loi en matière de contrat.
- MOKANOV, Ivan Alexandrov, La teneur du standard de fiabilité des moyens électroniques de signature.
- NASSIOS, Dimitrios, La chaîne de responsabilité de la sécurité maritime.
- NKOUNKOU, Euloge Anicet, Les projets build, operate and transfer: une démarche contractuelle efficace dans les investissements internationaux.
- PETROV NIKOLAEV, Martin, Le tribunal pénal international pour l'ex Yougoslavie (TPIY) et les exigences systémiques d'équité: confrontation d'une juridiction internationale aux standards du procès équitable établis par la Convention Européenne des droits de l'homme (CEDH).
- PHILIE, Marc-André, La fiducie une alternative valable aux modes de construction d'entreprise.
- RINGUETTE, Josée, Hardship: l'adaptation du contrat par l'arbitre du commerce international.
- SENECAL, Nathalie, L'intérêt d'assurance comme élément constitutif de la déclaration initiale de risque en assurance de dommages.
- ST-SAUVEUR, Benoît, L'éducation à la citoyenneté comme forme de socialisation juridique.

- SURPRENANT, Hugues, L'éducation à la citoyenneté comme forme de socialisation juridique.
- TALBOT, Anne, Le devoir de voter des investisseurs institutionnels au Québec.
- TISSERAND, Sébastien, De la légitimité du recours à l'action déclaratoire dans les litiges du commerce international.
- TSALAMANDRIS, Helen, Le régime de responsabilité du transporteur ferroviaire de marchandises selon le droit canadien.
- TSOULI, Basma, La règle de conflit applicable au contrat international de travail en droit international privé québécois.
- VALLÉE, Maude, Les contrats internationaux de construction à l'épreuve du développement durable en Afrique.
- VANIER, Dominique, Une perspective canadienne, américaine et chinoise des contrats de joint/venture et design/build.
- VERMEYS, Nicolas, La responsabilité civile des intermédiaires ayant participé à la transmission de virus informatiques internet.

## UNIVERSITÉ MCGILL

### Institut de droit comparé

- ABBAY, Futsum, LL.M., The Eritrean land tenure system from historical and legal perspective.
- ALVAREZ, Alberto, LL.M., Wittgenstein and the panel's and appellate body's activism in United States – Antidumping Act of 1916: bases for rethinking the conventional wisdom of competition issues under the WTO.
- AMIN FILHO, Carlos Alberto, LL.M., Planning law and developing needs: an artificial paradox – a study on traditional and participatory planning in the South.
- ARAYA, Yosief Alazar, LL.M., Responsibility of the United Nations for breach of rules of self-determination: a study of Eritrea and the United Nations.
- ASHRAF, Zeeshan, LL.M., The position of the business judgment rule in different corporate cultures and structures: a study and analysis.

- BARSALOU, Geneviève, LL.M., Les véritables enjeux de l'appropriation artistique au regard du droit d'auteur.
- BOCK, Heike, LL.M., A comparison of the subject-matter jurisdiction of the international criminal tribunals.
- BRAUN, Felix Andreas, LL.M., Cultural diversity in international standards for criminal sentences.
- CHARPENTIER, Elise M., D.C.L., L'équilibre des prestations contractuelles: une condition de reconnaissance de la force obligatoire du contrat?
- DELBECQ, Clothilde, LL.M., La brevetabilité des méthodes commerciales aux Etats-Unis et en Europe: enjeux et perspectives.
- DELISLE, Marie-Louise, LL.M., L'impasse de la position canadienne face à la qualification juridique de l'œuvre multimedia.
- DRUMMOND, Susan G., D.C.L., Legal itineraries through Spanish Gitano family law: a comparative law ethnography.
- FRANÇAIS, Jean-Arpad, LL.M., Les droits sur les objets de communication et environnements électroniques.
- GLENN, Linda, LL.M., Biotechnology at the margins of personhood: An evolving legal paradigm.
- GREGIRCHAK, Yaroslav, LL.M., International securitization: implications for law reform in Ukraine.
- HALLER, Julie, LL.M., The legality of the parallel import of trade-marked goods: a comparative analysis.
- HATJIKIRIAKOS, Kyriakoula, LL.M., Financing the intangible: software as collateral in the North-American context.
- HOEHLER, Ulrich Walter, LL.M., The future of the judicial system in the European Union.
- HOGG, Nicole Wendy, LL.M., «I never poured blood»; Women accused of genocide in Rwanda.
- JENKINS, Christopher, LL.M., From unwritten to written: transformation in the british common-law constitution.
- KEON, Ryan Lawrence, LL.M., The Ottawa Senators' lobby for comprehensive tax relief: a somewhat (but only somewhat) principled appeal to the notion of tax fairness.
- KOVACS, Zoltan Balazs, LL.M., International labour standards, codes of conduct, and multinational enterprises.

- LAROSE, François, LL.M., Le compositeur de la musique du film: coauteur de l'œuvre cinématographique.
- LEBEL-GRENIER, Sébastien, D.C.L., Pour un pluralisme juridique radical.
- LIU, Tianfu, LL.M., Direct action in marine reinsurance.
- MENDOZA GARCIA, Marylena, LL.M., The ISM code: A reexamination of certain maritime law principles.
- MIRICA, Andrea, LL.M., The European Union's approach towards e-commerce.
- NOLLET, Luce, LL.M., Les marches de l'innovation biotechnologique: apport de l'analyse économique au droit de la concurrence communautaire.
- OSEI-TUTU, Julia, LL.M., Trips and domestic control: implications for developing countries.
- PERRAULT, Gabrielle, LL.M., L'évolution du contrôle judiciaire de la compétence d'attribution des tribunaux administratifs.
- RIVAPALACIO, Mariana, LL.M., Analysis of the legal framework on the use of foreign satellites: North America.
- RUNDLE, Kristen Ann, LL.M., «Nothing in this act shall preclude any better ideas»: exploring the relationship between legislation and governance.
- SABERI, Hengameh, LL.M., Legality and legitimacy of the use of force to ensure respect for international humanitarian law.
- SALLEE, Clementine Sarah, LL.M., Reflection on the legal status of sterilization in contemporary Canada.
- SHOURIE, Arunachal, LL.M., Whether APAs are a long term solution to transfer pricing dispute?
- STROJIN, Anja, LL.M., The duty of utmost good faith and warranties in marine insurance: a comparative analysis.
- TANAKA, Yumiko, LL.M., The world Trade Organization and dispute over extraterritorial application: the effectiveness and function of the World Trade Organization Dispute Settlement Body in international law.
- TENAILLEAU, Marie, LL.M., Etude des procédures de mise en œuvre des droits fondamentaux au travail: perspectives d'évolution de rôle de l'OIT dans le contexte de la mondialisation.

- TOHME, Roni, LL.M., The abolition of the death penalty: A process in motion.
- TRAN, Thuy-Nam-Tran, LL.M., L'acte authentique notarié électronique.
- URIBE, Luna Julieta, LL.M., Choice of forum for NAFTA governments between NAFTA Chapter 20 and the WTO dispute settlement mechanisms.
- WATERS, Christopher Peter, D.C.L., Counsel in the Caucasus: the fall and rise of Georgia's legal profession.
- WU, Tung-Chieh Jansen, LL.M., Intergenerational and intragenerational equity and transboundary movements of radioactive wastes.
- ZHANG, Ruowei, LL.M., Good faith in Canadian contract law.
- ZUNIGA RODRIGUEZ, Ricardo F., LL.M., Legal-regulatory framework of internet telephony in Latin America.

### **Institut de droit aérien et spatial**

- ADDY, Naa Adoley, LL.M., Aviation: The new order (deregulation, the environment, health, safety and security).
- AMANA, Idorenyin Edet, LL.M., The Montreal Convention of 1999: problems & prospects.
- ANCEL, Marie Eve Zoé, LL.M., Les aspects juridiques du transport des œuvres d'art.
- DIETRICH, George Barnhart, LL.M., Extending the principles of the common heritage of mankind to outer space.
- GIESECKE, Christian, LL.M., Unruly passengers and passengers' rights (a legal perspective on handling unruly behavior taking into account the rights of passengers).
- HORNIK, Jiri, LL.M., Navigation in airspace – a legal trichotomy.
- LELIEUR, Isabelle, LL.M., Law and policy of substantial ownership and effective control of airlines: Prospects for change.
- MOORE, Joe Wesley, LL.M., Information warfare, cyberterrorism and community values.
- WILSON, Joseph, D.C.L., Globalization and limits of national merger control laws: gaps in global governance and the need for an international merger control regime.

## UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

### Maîtrise en droit et politiques de la santé

ALCINDOR, Marie-Ange, LL.M., La problématique des lésions professionnelles chez les techniciens de laboratoire.

BOILEAU, Christine, LL.M., Aspects juridiques de la liste d'attente en chirurgie cardiaque.

BOLDUC, Johanne, LL.M., L'élargissement des pouvoirs de cueillette de renseignements personnels des directions québécoises de santé publique aux fins d'exécution de leur mandat de vigilance: le difficile équilibre du principe de précaution et du droit à la vie privée.

COURCHESNE, Louis-Bernard, LL.M., La mise en marché des services dentaires: Étude éthique, déontologique et légale de l'acquisition et du maintien des connaissances du dentiste.

DUBÉ-BARIL, Cyndie, LL.M., L'obtention du consentement substitué aux soins en matière du contrôle de comportement en dentisterie pédiatrique.

GORMAN, Kathleen, LL.M., A Discussion Paper on First Nations Control of Health Services.

HARDY, Louise, LL.M., Monitoring foetal et responsabilité de l'infirmière.

JONCAS, Lucie, LL.M., La personne atteinte de troubles mentaux et le droit criminel: à la croisée des chemins.

LAFONTAINE, Jean-Frédéric, LL.M., La recherche médicale chez les personnes en situation d'urgence: vers une désindividualisation du droit à l'autonomie. Analyse comparative des systèmes de gouvernance américain et canadien.

LAUZON, Judith, LL.M., L'application judiciaire de la Loi sur la protection des personnes dont l'état mental présente un danger pour elles-mêmes ou pour autrui: pour un plus grand respect des droits fondamentaux.

LEGAULT, Marie, LL.M., Les aspects juridiques de l'électroconvulsivothérapie.

MICHEL, Micheline, LL.M., Le devoir d'information du médecin: évolution récente. Une étude comparative en droit québécois et en droit français.

ROY, Joanne, LL.M., Le programme de santé spécifique à un établissement, 20 ans après sa mise en application.

TANNENBAUM, Joani, LL.M., The buck stops where? The Role and Responsibilities of the Quebec Government for the Delivery of Health care Services.

TREMBLAY, Valérie, LL.M., La pratique exclusive pour les audiologistes: un juste retour des choses.

## UNIVERSITÉ DU QUÉBEC À MONTRÉAL

### Maîtrise en droit

ANTOINE, Paul, Liberté d'expression et culture en Haïti.

DUCHEINE, Suzie, La protection de l'enfant contre l'exploitation économique en droit international.

HOYOS, Carlos, Le droit à l'alimentation adéquate. Étude comparative Canada-Mexique.

KHELIFI, Imed, La mise en œuvre du droit du peuple sahraoui à l'autodétermination: faiblesses et obstacles.

LAFRANCE, Louis, Remise en question de l'universalité de l'article trois commun aux Conventions de Genève de 1949 dans le cadre des conflits déstructurés et de la crise de la modernité.

LAURENDEAU, Corine, Les obligations internationales des états à l'égard des enfants séparés en situation de migration forcée.

MASCARO, Lucien, Vers un droit à l'asile?: Aspects normatifs de la protection des étrangers à l'entrée et à la sortie du pays hôte.

MESTIRI, Najla, L'impact des règles du droit uniforme sur le contrat de vente internationale: principes d'unidroit/Convention de Vienne de 1980.

MORIN, Alexandre, La portée des normes internationales concernant le trafic illicite des matières nucléaires.

NAKACHE, Delphine, La détention des demandeurs d'asile: Analyse d'un processus juridique contradictoire.

OUERGHI, Hichem, La pénalisation des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité.

- PRUD'HOMME, Nancie, La participation du Comité international de la Croix-Rouge dans les procédures pénales internationales: pouvoir de contrainte et recevabilité de la preuve.
- ROCH, François, La nature et la portée du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes. Essai synthèse autour d'une approche historique.

## NOS DISPARUS EN 2002

| Nom          | Prénom         | Admission | Section                   |
|--------------|----------------|-----------|---------------------------|
| des Rivières | Guy            | 1933      | Québec                    |
| Archambault  | Maurice        | 1938      | Bedford                   |
| Archambault  | Jean           | 1972      | Montréal                  |
| Bélanger     | Gilles J.      | 1969      | Montréal                  |
| Bard         | Samuel-Schwarz | 1936      | Québec                    |
| Bastien      | Alexandre      | 1938      | Québec                    |
| Bergeron     | Jean-Paul      | 1942      | Montréal                  |
| Bernatchez   | Jules          | 1957      | Québec                    |
| Bilodeau     | Bernard        | 1956      | Montréal                  |
| Bobrove      | Jack B.        | 1954      | Montréal                  |
| Bock         | Yvon           | 1937      | Montréal                  |
| Brisson      | Eric           | 1969      | Saguenay –<br>Lac St-Jean |
| Carter       | Owen           | 1946      | Québec                    |
| Caumartin    | Jean           | 1956      | Montréal                  |
| Dansereau    | Gilles         | 1962      | Montréal                  |
| David        | Luc            | 1987      | Montréal                  |
| Derome       | Yves           | 1995      | Québec                    |
| Dorion       | Guy            | 1943      | Québec                    |
| Dupéré       | Jean           | 1970      | Arthabaska                |
| Dussault     | Denis          | 1979      | Longueuil                 |
| Frappier     | Danielle       | 1984      | Laval                     |
| Gabias       | Yves           | 1944      | Mauricie                  |
| Garonce      | Phillip S.     | 1936      | Montréal                  |
| Gauthier     | Gaston G.      | 1949      | Richelieu                 |
| Gosselin     | Nicole         | 1980      | Montréal                  |
| Goyer        | Jacques-V.     | 1966      | Montréal                  |
| Graham       | Peter E.       | 1957      | Montréal                  |
| Guévremont   | Gilles         | 1969      | Montréal                  |
| Hamel        | Pierre-André   | 1989      | Mauricie                  |
| Helfield     | Eric           | 1956      | Montréal                  |
| Heroux       | Roch           | 1957      | Montréal                  |

| <b>Nom</b> | <b>Prénom</b>  | <b>Admission</b> | <b>Section</b>            |
|------------|----------------|------------------|---------------------------|
| Joyal      | Louis-Marcel   | 1948             | Hull                      |
| Katz       | Kenneth M.     | 1969             | Hull                      |
| Kennedy    | James T.       | 1956             | Montréal                  |
| Labrecque  | Georges        | 1971             | Montréal                  |
| Lande      | Harold B.      | 1933             | Montréal                  |
| Langelier  | Jean B.        | 1957             | Montréal                  |
| Lapointe   | Marc           | 1947             | Richelieu                 |
| Laurin     | Georges E.     | 1963             | Montréal                  |
| Lightstone | Jack           | 1949             | Montréal                  |
| Malo       | Daniel         | 1978             | Saguenay –<br>Lac St-Jean |
| Paquette   | Richard        | 1975             | Laval                     |
| Paré       | Antoine        | 1939             | Montréal                  |
| Pateras    | Bruno J.       | 1958             | Montréal                  |
| Prémont    | Jacques        | 1950             | Québec                    |
| Prévost    | Jacques        | 1969             | Hull                      |
| Revay      | Natalia M.     | 1991             | Montréal                  |
| Ryan       | Gérald         | 1950             | Montréal                  |
| Schlader   | Wolfgang Franz | 1987             | Québec                    |
| Tees       | Douglas H.     | 1969             | Montréal                  |
| Thouin     | Lucien         | 1945             | Montréal                  |
| Villeneuve | Fernande       | 1978             | Montréal                  |

## INDEX DES AUTEURS

Note: Sous chaque entrée de l'index des auteurs vous trouverez les informations nécessaires pour repérer les articles ou les chroniques de la Revue du Barreau, soit le titre suivi, en caractères gras, des pages

BEAULIEU, Christian D.R. et Andres C. GARIN / The impact of international humanitarian law on armed stand-offs opposing aboriginal peoples to Canadian authorities: an overview of the Oka-Kanesatake crisis, **159-204**.

BÉLANGER, Philippe / La portée des modifications apportées aux articles 2667 et 2762 du Code civil du Québec: quels sont les frais qui ne peuvent plus être garantis par hypothèque?, **255-269**.

BRABANT, Francis / Les perquisitions informatiques, **431-446**.

BRAËN, André / La responsabilité en matière maritime, **387-429**.

BROSSEAU, Carole / Main-d'œuvre vieillissante: une stratégie d'accommodement est-elle nécessaire?, **239-253**.

CLAXTON, John B. / Langage du droit de la fiducie, **273-317**.

DUVAL HESLER, Nicole / L'admissibilité des nouvelles théories scientifiques: les juges, filtres du savoir?, **359-385**.

JOYAL, Renée / Le point de vue de l'enfant et les litiges de garde: pratiques et perceptions des avocats, **449-464**.

LAFLAMME, Anne-Marie / L'obligation d'accommodement confère-t-elle aux personnes handicapées un droit à l'emploi?, **125-157**.

LEMONDE, Lucie et Julie DESROSIERS / Le droit à un recours effectif lors de la violation des droits fondamentaux des mineurs privés de liberté, **205-238**.

PAYETTE, Louis / La location à long terme de matériels d'équipement et de véhicules routiers, **1-52**.

POPOVICI, Adrian / Le sort des honoraires extrajudiciaires,  
**53-124.**

ROBITAILLE, David / Vous êtes victime de discrimination et  
vous souhaitez en faire la preuve? Bonne chance!, **319-357.**

## INDEX ANALYTIQUE

Note: Sous chaque entrée de l'index analytique vous trouverez les informations nécessaires pour repérer les articles ou les chroniques de la Revue du Barreau, soit le titre suivi, en caractères gras, des pages.

### ACCIDENT DE NAVIGATION

La responsabilité en matière maritime, **387-429**

### AUTOCHTONE

The impact of international humanitarian law on armed stand-offs opposing aboriginal peoples to Canadian authorities: an overview of the Oka-Kanesatake crisis, **159-204**

### COMPÉTENCE FÉDÉRALE

La responsabilité en matière maritime, **387-429**

### COMPÉTENCE PROVINCIALE

La responsabilité en matière maritime, **387-429**

### COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE

Le droit à un recours effectif lors de la violation des droits fondamentaux des mineurs privés de liberté, **205-238**

### CONDAMNATION AUX DÉPENS

Le sort des honoraires extrajudiciaires, **53-124**

### CONTRAT DE LOCATION À LONG TERME

La location à long terme de matériels d'équipement et de véhicules routiers, **1-52**

### COURRIER ÉLECTRONIQUE

Les perquisitions informatiques, **431-446**

### CRÉANCIER HYPOTHÉCAIRE

La portée des modifications apportées aux articles 2667 et 2762 du Code civil du Québec: quels sont les frais qui ne peuvent plus être garantis par hypothèque?, **255-269**

### CRISE AMÉRINDIENNE

The impact of international humanitarian law on armed stand-offs opposing aboriginal peoples to Canadian

authorities: an overview of the Oka-Kanesatake crisis, **159-204**

## **DÉMOGRAPHIE**

Main-d'œuvre vieillissante: une stratégie d'accommodement est-elle nécessaire?, **239-253**

## **DIRECTEUR DE LA PROTECTION DE LA JEUNESSE**

Le droit à un recours effectif lors de la violation des droits fondamentaux des mineurs privés de liberté, **205-238**

## **DISCRIMINATION**

Main-d'œuvre vieillissante: une stratégie d'accommodement est-elle nécessaire?, **239-253**

Vous êtes victime de discrimination et vous souhaitez en faire la preuve? Bonne chance!, **319-357**

## **DOMMAGE – RÉPARATION**

Le droit à un recours effectif lors de la violation des droits fondamentaux des mineurs privés de liberté, **205-238**

## **DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE**

The impact of international humanitarian law on armed stand-offs opposing aborigi-

nal peoples to Canadian authorities: an overview of the Oka-Kanesatake crisis, **159-204**

## **DROITS ET LIBERTÉS**

The impact of international humanitarian law on armed stand-offs opposing aboriginal peoples to Canadian authorities: an overview of the Oka-Kanesatake crisis, **159-204**

Vous êtes victime de discrimination et vous souhaitez en faire la preuve? Bonne chance! **319-357**

## **EMPLOI**

Main-d'œuvre vieillissante: une stratégie d'accommodement est-elle nécessaire?, **239-253**

L'obligation d'accommodement confère-t-elle aux personnes handicapées un droit à l'emploi?, **125-157**

## **ENFANT**

Le droit à un recours effectif lors de la violation des droits fondamentaux des mineurs privés de liberté, **205-238**

## **EXPERTISE**

L'admissibilité des nouvelles théories scientifiques: les juges, filtres du savoir? **359-385**

Le point de vue de l'enfant et les litiges de garde: pratiques et perceptions des avocats, **449-464**

#### **FIDUCIE**

Langage du droit de la fiducie, **273-317**

#### **FRAIS JUDICIAIRES**

Le sort des honoraires extra-judiciaires, **53-124**

#### **GARDE DE L'ENFANT**

Le point de vue de l'enfant et les litiges de garde: pratiques et perceptions des avocats, **449-464**

#### **HONORAIRES JUDICIAIRES ET EXTRAJUDICIAIRES**

Le sort des honoraires extra-judiciaires, **53-124**

#### **HYPOTHÈQUE**

La portée des modifications apportées aux articles 2667 et 2762 du Code civil du Québec: quels sont les frais qui ne peuvent plus être garantis par hypothèque?, **255-269**

#### **INFORMATIQUE**

Les perquisitions informatiques, **431-446**

#### **INTERPRÉTATION DES LOIS**

Langage du droit de la fiducie, **273-317**

#### **JEUNE CONTREVENANT – PLACEMENT SOUS GARDE**

Le droit à un recours effectif lors de la violation des droits fondamentaux des mineurs privés de liberté, **205-238**

#### **OBLIGATION D'ACCOMMODEMENT**

Main-d'œuvre vieillissante: une stratégie d'accommodement est-elle nécessaire?, **239-253**

L'obligation d'accommodement confère-t-elle aux personnes handicapées un droit à l'emploi?, **125-157**

#### **PERQUISITION**

Les perquisitions informatiques, **431-446**

#### **PERSONNE ÂGÉE**

Main-d'œuvre vieillissante: une stratégie d'accommodement est-elle nécessaire?, **239-253**

#### **PERSONNE HANDICAPÉE**

L'obligation d'accommodement confère-t-elle aux personnes handicapées un droit à l'emploi?, **125-157**

#### **PREUVE**

L'admissibilité des nouvelles théories scientifiques: les juges, filtres du savoir?, **359-385**

Vous êtes victime de discrimination et vous souhaitez en faire la preuve? Bonne chance!, **319-357**

#### **PREUVE PÉNALE**

Les perquisitions informatiques, **431-446**

#### **PROTECTION DE LA JEUNESSE**

Le droit à un recours effectif lors de la violation des droits fondamentaux des mineurs privés de liberté, **205-238**

#### **REGISTRE DES DROITS PERSONNELS ET RÉELS MOBILIERS**

La location à long terme de matériels d'équipement et de véhicules routiers, **1-52**

#### **REPRÉSENTATION PAR AVOCAT – ENFANT**

Le point de vue de l'enfant et les litiges de garde: pratiques et perceptions des avocats, **449-464**

#### **RESPONSABILITÉ**

La responsabilité en matière maritime, **387-429**

#### **SÛRETÉS**

La location à long terme de matériels d'équipement et de véhicules routiers, **1-52**

La portée des modifications apportées aux articles 2667 et 2762 du Code civil du Québec: quels sont les frais qui ne peuvent plus être garantis par hypothèque?, **255-269**

#### **TÉMOIGNAGE – ENFANT**

Le point de vue de l'enfant et les litiges de garde: pratiques et perceptions des avocats, **449-464**

#### **TRANSPORT MARITIME**

La responsabilité en matière maritime, **387-429**

#### **TRIBUNAL DES DROITS DE LA PERSONNE**

Le droit à un recours effectif lors de la violation des droits fondamentaux des mineurs privés de liberté, **205-238**

## TABLE DE LA JURISPRUDENCE COMMENTÉE

Note: Sous chaque entrée de la table de jurisprudence commentée, vous trouverez, en caractères gras, les pages pour repérer les articles ou les chroniques de la Revue du Barreau.

*BCGSEU, Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c.*, [1999] 3 R.C.S. 3, **125-157**

*Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), Law c.*, [1999] 1 R.C.S. 497, **319-357**

*Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3, **125-157**

*Giffen (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 91, **1-52**

*Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497, **319-357**

*Massouris (Faillite de)*, [2002] R.J.Q. 901 (C.A.), **1-52**

## TABLE DE LA LÉGISLATION COMMENTÉE

Note: Sous chaque entrée de la table de la législation commentée, vous trouverez, en caractères gras, les pages pour repérer les articles ou les chroniques de la Revue du Barreau.

### CONSTITUTION

*Charte canadienne des droits et libertés dans Loi de 1982 sur le Canada*, (L.R.C. (1985), app. II, n° 44, annexe B, partie I), art. 15(1), **319-357**

### LÉGISLATION FÉDÉRALE

*Code criminel*, (L.R.C. (1985), c. C-46), art. 487 et 487(2.1), **431-446**

*Responsabilité en matière maritime (Loi sur la)*, (L.C. 2002, c. 6), **387-429**

### LÉGISLATION PROVINCIALE

*Code civil du Québec*, (L.Q. 1991, c. 64), art. 1260 à 1265 et 1278, **273-317**

*Code civil du Québec*, (L.Q. 1991, c. 64), art. 1852, **1-52**

*Code civil du Québec*, (L.Q. 1991, c. 64), art. 2667 et 2762, **255-269**

*Code civil et d'autres dispositions législatives (Loi modifiant le)*, (L.Q. 2002, c. 19), **255-269**

*Protection de la jeunesse (Loi sur la)*, (L.R.Q., c. P-34.1), **205-238**