



Accueil » Publications » Revue

► Revue du Barreau
► Édition courante
► Archives

Revue du Barreau du Québec

Revue du Barreau : Tome 64 Printemps 2004

La génétique et le cadre juridique applicable au secteur de la santé : examens génétiques, recherche en génétique et soins innovateurs

*Emmanuelle Lévesque, Bartha M. Knoppers et
Denise Avard*

La responsabilité civile des résidents en médecine et de leurs commettants

Alain Bestawros

Chroniques

Droit commercial. La Cour d'appel du Québec confirme la nature oblique des recours prévus aux articles 229 et 230 de la Loi sur les valeurs

mobilières du Québec : Michaud c. Le Groupe Vidéotron Ltée  127K
Sophie Melchers et Guillaume Beaupré

Droit de l'arbitrage. Pour l'abandon par les tribunaux québécois de la notion de clause compromissoire parfaite et des formalités s'y

rapportant  130K
Frédéric Bachand

Droit de l'arbitrage. « Provisional Remedies » in domestic arbitrations :

Time perhaps for a fresh look in Quebec ?  96K
Babak Barin

Droit des contrats. Les renouvellements unilatéral et automatique,

fondés sur une clause du contrat  88K
Didier Lluelles

Droit du travail. L'arrêt Morin et le monopole de représentation des

syndicats : assises d'une fragmentation  206K
Denis Nadeau

Rédaction législative. Six petits pièges pour un légiste efficace  68K

Louis Borgeat

[Plan du site](#) | [Liens utiles](#) | [Bottin](#) | [Contactez-nous](#)

Mise à jour : NaN undefined NaN

La génétique et le cadre juridique applicable au secteur de la santé : examens génétiques, recherche en génétique et soins innovateurs

Emmanuelle LÉVESQUE,
Bartha M. KNOPPERS et Denise AVARD

RÉSUMÉ

Les applications de la génétique dans le secteur de la santé sont de plus en plus nombreuses. Par exemple, des tests génétiques permettent de savoir qu'une personne est plus à risque de développer certains cancers. De plus en plus, les professionnels de la santé, les hôpitaux, les cliniques et les laboratoires biomédicaux peuvent envisager d'utiliser les applications médicales de la génétique. En même temps, de nombreux chercheurs travaillent à mieux connaître cette science et à découvrir de nouvelles applications pour la médecine.

Comment le cadre juridique québécois encadre-t-il les nouvelles réalités engendrées par la génétique dans le secteur de la santé ? Quels sont, dans ce contexte, les droits et les obligations des professionnels de la santé et des établissements où ils exercent ?

Les auteures analysent le cadre législatif actuel dans l'optique de la prestation des soins de santé. Elles se demandent si le droit québécois encadrant le secteur de la santé peut répondre aux particularités de la génétique. Elles se penchent d'abord sur le droit de prescrire des analyses génétiques et de les interpréter, et ensuite sur les obligations des laboratoires qui effectuent ces analyses. Finalement, elles traitent des obligations des chercheurs en génétique et de ceux qui prodiguent des soins innovateurs inspirés des récentes découvertes en génétique.

La génétique et le cadre juridique applicable au secteur de la santé : examens génétiques, recherche en génétique et soins innovateurs¹

Emmanuelle LÉVESQUE*,
Bartha M. KNOPPERS** et Denise AVARD***

INTRODUCTION	61
PARTIE 1 – LA PRESCRIPTION ET L'ANALYSE D'EXAMENS GÉNÉTIQUES	62
1.1 Examens génétiques à des fins de traitement ou de diagnostic	62
A. Examens diagnostiques	63
B. Examens pharmacologiques	67
C. Laboratoires effectuant les analyses génétiques	70
i) Laboratoires hors des établissements de santé	70

* Avocate et agente de recherche, Centre de recherche en droit public de l'Université de Montréal.
** Titulaire de la Chaire de recherche du Canada en droit et médecine et professeure titulaire à l'Université de Montréal.
*** Directrice de la recherche du projet Génétique et Société et chercheure au Centre de recherche en droit public de l'Université de Montréal.
1. Cet article a été rendu possible grâce au financement des Instituts de recherche en santé du Canada (projet Ecogène), de Génome Québec et de Génome Canada. Les auteurs remercient M^e Yann Joly, M^e Mireille Lacroix et M^{me} Clémentine Sallée pour leurs précieux commentaires.

ii) Laboratoires des établissements de santé . . .	73
1.2 Examens génétiques à d'autres fins	74
 PARTIE 2 – LA RECHERCHE ET LES SOINS INNOVATEURS	 76
2.1 Recherche	77
A. Consentement à la recherche	77
i) Risques d'utilisation dans l'emploi et l'assurance	81
ii) Risques psychologiques et familiaux	83
B. Accès et utilisation des informations génétiques	85
i) Principe général de confidentialité	85
ii) Exception à des fins de recherche	90
C. Expérimentation	93
i) Analyse risques/bénéfices	94
ii) Spécificités du consentement	99
2.2 Soins innovateurs	100
 CONCLUSION.	 102

INTRODUCTION

Aujourd'hui, la technologie génétique permet au médecin d'annoncer à un patient en bonne santé qu'il développera dans quelques années une maladie génétique, comme la maladie de Huntington². Il est aussi possible pour le médecin de prescrire des tests génétiques à ses patients afin de déterminer s'ils sont plus susceptibles que les autres d'être atteints de maladies où l'hérédité est un facteur aggravant, comme le cancer du sein³. Des chercheurs mènent présentement des projets afin de traiter les individus par la modification des gènes délétères qui sont la cause de leur maladie ; ce qu'on appelle la thérapie génique⁴. Tout un champ de la recherche en génétique tente de tisser des liens entre les comportements humains (par ex. l'intelligence, l'orientation sexuelle, la criminalité), l'environnement et le patrimoine génétique⁵. Les possibilités que laissent entrevoir les connaissances sur le rôle des gènes sont immenses.

Les professionnels de la santé, les établissements de santé, les laboratoires d'analyse biomédicale et les chercheurs sont fortement impliqués dans cette effervescence. Les percées technologiques de la génétique introduisent dans leur pratique de nouvelles réalités, autant dans le domaine clinique (comme les tests génétiques prédictifs) qu'en ce qui concerne la recherche (par ex. la thérapie génique). Face à cela, nous avons voulu regarder comment le cadre juridique québécois actuel est prêt à répondre à ces nouvelles réalités⁶. Que deviennent les obligations des personnes impliquées dans des activités de santé (médecins,

2. M. HUG et M.R. HAYDEN, « Huntington Disease » dans *GeneReviews*, Université de Washington, Seattle, 1998, [En ligne] www.genetests.org.

3. P.C. WINTER, G.I. HICKEY et H.L. FLETCHER, *L'essentiel en génétique*, Berti, Paris, 2000, p. 350-355.

4. P.C. WINTER, G.I. HICKEY et H.L. FLETCHER, *op. cit.*, note 3, p. 360-364.

5. Nuffield Council on Bioethics, *Genetics and Human Behavior : The Ethical Context*, Londres, 2002.

6. Puisque l'objectif du présent article est de cerner le droit québécois dans le domaine de la santé, notre analyse ne traite pas du cadre juridique fédéral (comme les dispositions pénales ou relatives à l'approbation de nouveaux médicaments), ni des situations où la technologie génétique est utilisée à des fins policières ou juridiques. Par ailleurs, afin d'aborder le plus directement possible les questions touchant la génétique, nous avons dû parfois nous en tenir aux acceptions courantes de concepts juridiques controversés ou ambigus (par ex. pour les « soins innovateurs » et l'« expérimentation »).

infirmiers, chercheurs, etc.) et celles des milieux dans lesquels ces activités ont lieu (hôpitaux, cliniques, laboratoires, etc.) ? Nous tenterons de voir si les règles actuelles sont adaptées aux exigences et aux particularités de la génétique.

Nous nous attarderons à deux aspects de la pratique des acteurs du milieu de la santé et des établissements où ils exercent. D'abord, nous traiterons du cadre juridique régissant la prescription et l'analyse des examens génétiques (*Partie 1 – La prescription et l'analyse d'examens génétiques*). Nous regarderons quelles sont les personnes habilitées à prescrire de tels examens et quelles sont les obligations des laboratoires qui les effectuent. Dans la deuxième partie, nous traiterons des droits et des obligations de ceux qui effectuent de la recherche en génétique ou qui prodiguent des soins innovateurs inspirés des découvertes en génétique (*Partie 2 – La recherche et les soins innovateurs*). Nous aborderons alors principalement la divulgation des risques dans le contexte de la génétique et les mécanismes par lesquels les chercheurs peuvent avoir accès aux informations génétiques afin d'effectuer leurs travaux.

PARTIE 1 – LA PRESCRIPTION ET L'ANALYSE D'EXAMENS GÉNÉTIQUES

Le personnel soignant fait parfois appel aux examens génétiques qui peuvent leur fournir une pléiade d'informations utiles. Mais qui peut demander qu'un tel test soit effectué et ensuite qui peut l'analyser ? Le cadre juridique opère certaines distinctions qui font varier la réponse en fonction de l'objet de l'examen génétique. Nous divisons ici en deux groupes les raisons qui peuvent motiver un examen génétique : celles cherchant à traiter ou à poser un diagnostic (*1.1 Examens génétiques à des fins de traitement ou de diagnostic*) et les autres (*1.2 Autres examens génétiques*).

1.1 Examens génétiques à des fins de traitement ou de diagnostic⁷

Nous regroupons ici les examens génétiques qui visent à obtenir des informations relatives à un des aspects de la santé,

7. Bien que plusieurs professionnels de la santé puissent prescrire des examens médicaux et les analyser, nous limitons notre étude à certains professionnels ayant de vastes pouvoirs ou étant plus susceptibles de toucher à la génétique, soit les médecins, les infirmiers, les pharmaciens, les dentistes et les sages-femmes.

soit le traitement ou le diagnostic. Que ce soit à l'intérieur de mesures préventives, curatives ou autres, la santé physique ou mentale de la personne est concernée. Par opposition, les examens génétiques établissant la filiation n'en font pas partie.

Le droit de prescrire et d'analyser des examens génétiques qui serviront à traiter ou à diagnostiquer dépend de la finalité pour laquelle ils ont lieu : les règles changent selon que l'examen cherche à poser un diagnostic ou à ajuster des produits pharmaceutiques. Pour plus de clarté, nous traitons donc distinctement des examens diagnostiques et pharmacologiques. Ensuite, nous regardons quelles sont les conditions d'exercice des laboratoires qui effectuent toutes ces analyses.

A. Examens diagnostiques

Les examens diagnostiques sont ceux qui cherchent à fournir un diagnostic à un individu. Le diagnostic a été défini récemment comme « l'acte par lequel un médecin décèle la présence d'une maladie, d'une pathologie ou d'un trouble quelconque de la santé à partir de signes ou symptômes présentés par le patient »⁸. Son sens figuré référerait à « tout acte par lequel une personne tire des conclusions à partir de signes ou d'indices quelconques »⁹. Ainsi, il n'est pas nécessaire que la personne visée par le test démontre des symptômes pour que l'on parle de diagnostic. Toute conclusion au sujet d'une maladie ou d'un trouble à partir d'indices constitue un diagnostic. Les examens génétiques qui respectent ces critères sont de nature diagnostique. Il peut donc s'agir de prédire l'apparition d'une maladie (test génétique prédictif) autant que de confirmer celle que supposaient les symptômes (test génétique confirmatif).

Qui peut *prescrire* un examen génétique diagnostique ?

Lorsqu'il s'agit de prescrire l'analyse de l'ADN d'une personne dans le but de poser un diagnostic sur son état de santé, il faut généralement que cet ordre ait été donné par un médecin. En effet, la prescription d'examens diagnostiques est un des actes qu'il a exclusivement le droit d'exercer¹⁰. Depuis le 1^{er} janvier

8. *Association des chiropraticiens du Québec c. Office des professions du Québec*, [2003] AZ-50164451, par. 56 (C.S.), (inscription en appel n° 200-09-004413-032).

9. *Ibid.*

10. *Loi médicale*, L.R.Q., c. M-9, art. 31, al. 2, 2^o.

2003, la loi dispose expressément de la prescription des examens diagnostiques, comblant ainsi le vide du texte antérieur¹¹. Le dentiste pourrait parfois prescrire un examen génétique, mais dans un cadre très précis. L'exercice de l'art dentaire inclut tout acte qui a pour objet de diagnostiquer les déficiences des dents, de la bouche, des maxillaires ou des tissus avoisinants¹². Ainsi, seul un test génétique visant à poser un diagnostic sur ces éléments serait prescrit par la loi. En ce qui a trait au pharmacien, il ne lui est pas permis de poser un diagnostic médical, cela étant « dérogatoire à la dignité de la profession »¹³. On peut donc en déduire que la prescription d'analyse à des fins diagnostiques lui est défendue. Quant à l'infirmier, il ne jouit habituellement d'aucun privilège particulier en ce qui touche la prescription d'un test génétique. La loi exige précisément que lorsqu'il initie des mesures diagnostiques, celles-ci aient déjà fait l'objet d'une ordonnance¹⁴. Par exception, il peut « initier des mesures diagnostiques à des fins de dépistage dans le cadre d'une activité découlant de l'application de la *Loi sur la santé publique* »¹⁵. Dans ces cas, l'infirmier serait autorisé à prescrire des tests génétiques. En ce qui regarde la sage-femme, elle peut « prescrire [...] un examen ou une analyse mentionné dans la liste établie par règlement »¹⁶. Toutefois, l'élaboration des règlements qui doivent encadrer cette pratique est présentement en cours¹⁷. En attendant, il faut se reporter aux listes établies dans le cadre des projets pilotes¹⁸. Pour l'instant, cette liste prévoit entre autres le dépistage des maladies métaboliques chez le nouveau-né par le prélèvement du sang au talon¹⁹. Actuellement, ce dépistage porte

11. Modifications provenant de L.Q. 2002, c. 33, art. 17.

12. *Loi sur les dentistes*, L.R.Q., c. D-3, art. 26.

13. *Code de déontologie des pharmaciens*, R.R.Q., c. P-10, r. 5, art. 4.01.01s). Nous avons choisi de faire référence aux règlements d'après leur loi habilitante puisque cette façon est utilisée sur le site Internet de CanLII (www.canlii.org) et des Publications du Québec (www.publicationsduquebec.gouv.qc.ca).

14. *Loi sur les infirmières et infirmiers*, L.R.Q., c. I-8, art. 36, al. 2, 3^o. Toutefois, en vertu du paragraphe 36.1, 1^o de cette loi, des règlements peuvent habiliter certains infirmiers à prescrire des examens diagnostiques dans des circonstances particulières.

15. *Ibid.*, art. 36, al. 2, 4^o.

16. *Loi sur les sages-femmes*, L.R.Q., c. S-0.1, art. 8, al. 2.

17. Office des professions du Québec, *L'Ordre des sages-femmes du Québec : bientôt quatre ans*, Gouvernement du Québec, 2003, p. 5.

18. *Loi sur les sages-femmes*, précitée, note 16, art. 59.

19. *Examens diagnostiques et de laboratoire autorisés pour la pratique sage-femme (sic) dans le cadre de l'application de la loi 4*, obtenu auprès de l'Ordre des sages-femmes du Québec.

sur trois maladies génétiques²⁰. Mentionnons que la sage-femme n'est pas autorisée à prescrire des examens génétiques aux parents avant la conception de l'enfant pour les guider dans leurs choix reproductifs, comme pour connaître leur risque de concevoir un enfant atteint d'une maladie génétique présente dans la famille. Les examens qu'elle peut prescrire doivent l'être seulement aux fins des soins prodigués « pendant la grossesse, le travail et l'accouchement et [...] durant les six premières semaines de la période postnatale »²¹.

Une fois les analyses génétiques dûment prescrites et effectuées en laboratoire, une interprétation est requise afin d'établir si le patient est, ou sera, atteint de la maladie recherchée. Souvent, les données brutes obtenues par l'analyse de laboratoire ne fournissent pas un diagnostic au patient : elles rendent uniquement compte de la séquence de l'ADN ou encore de la présence de certaines substances dans l'organisme. Habituellement, il n'y a aucune certitude quant aux effets qu'ils auront sur une personne en particulier. Par exemple, une susceptibilité génétique fournit seulement une probabilité d'être atteint de la maladie, qui doit être jumelée avec l'indice de risque découlant des facteurs environnementaux, familiaux ou de l'interaction d'autres gènes. En effet, la plupart des maladies génétiques sont multifactorielles, c'est-à-dire que leur présence est influencée par le bagage génétique et par d'autres facteurs externes ; par exemple, la sévérité de l'hypertension est modifiée par la diète et l'exercice²². Une évaluation de l'individu est donc nécessaire afin d'établir le risque véritable que la maladie se déclare et ensuite la façon et le moment selon lesquels elle pourrait apparaître. Même lorsqu'il est certain que le matériel génétique s'exprimera, une analyse des symptômes est finalement requise pour établir s'ils sont l'expression de l'affection annoncée par le test génétique ou bien s'ils sont dus à toute autre cause.

Qui peut faire une telle *analyse* des données provenant du laboratoire ?

20. La tyrosinémie, la phénylcétonurie et l'hypothyroïdie congénitale (*Fiche sur le Programme provincial de dépistage sanguin au talon des nouveaux-nés*, Gouvernement du Québec, 2000, [En ligne] www.naissance.info.gouv.qc.ca/fr/sortie/fiche.asp?dossier=6745&sujet=21&miette=cat).

21. *Loi sur les sages-femmes*, précitée, note 16, art. 6 et 8, al. 2.

22. D.W. SCHWERTZ et K.M. McCORMICK, « The Molecular Basis of Genetics and Inheritance », (1999) 13(4) *J. Cardiovasc. Nurs.* 1.

À notre avis, l'acte permettant de confirmer qu'une personne est atteinte d'une maladie ou de caractériser sa situation de santé d'après un test génétique est de nature diagnostique. Qu'il s'agisse de prévention ou de traitement, cette « démarche complexe [...] vise toujours en fait à établir un diagnostic »²³. En conséquence, cet acte devrait être effectué par un médecin puisque le diagnostic des maladies est aussi un des actes réservés aux membres de cet ordre professionnel²⁴. Par ailleurs, rien n'oblige le médecin à posséder une formation spécifique en génétique pour faire la lecture du test génétique. Bien que la « génétique médicale » soit une spécialité reconnue par règlement²⁵, cela ne confère pas de privilèges diagnostiques à ceux qui sont détenteurs d'un certificat de spécialiste. Tout médecin est autorisé à tirer un diagnostic de nature génétique. Quant aux dentistes, comme il a été vu plus haut, ils ont expressément le pouvoir de poser un diagnostic, tant que cela se rapporte aux objets de leur compétence²⁶. Ils doivent donc se limiter aux diagnostics génétiques concernant l'art dentaire. Bien que les infirmiers soient habilités à « évaluer l'état de santé d'une personne »²⁷, cela ne leur confère pas le droit de poser un diagnostic²⁸. Ils ne peuvent que contribuer à l'établir²⁹. Finalement, la sage-femme peut « interpréter un examen ou une analyse » si ceux-ci font partie de la liste établie par règlement³⁰. Néanmoins,

23. Groupe de travail en éthique clinique, *Recommandations concernant l'encadrement professionnel en génétique*, Collège des médecins du Québec, 2002, p. 5. Voir aussi Bartha M. KNOPPERS et Claude LABERGE, « DNA Sampling and Informed Consent », (1989) 140(9) *C.M.A.J.* 1023.

24. *Loi médicale*, précitée, note 10, art. 31, al. 2, 1^o.

25. *Règlement sur les spécialités au sein de la profession médicale, sur les conditions et modalités additionnelles de délivrance des certificats de spécialiste du Collège des médecins du Québec et fixant des normes d'équivalence de certaines de ces conditions et modalités*, R.R.Q., c. M-9, r. 17.1, art. 2 et annexe 1.

26. *Loi sur les dentistes*, précitée, note 12, art. 26.

27. *Loi sur les infirmières et les infirmiers*, précitée, note 14, art. 36.

28. *Vézina c. Corporation professionnelle des médecins du Québec*, C.A.Q., n° 500-10-000335-958, 23 octobre 1998, p. 12 et *Dubord-Bois c. Corporation professionnelle des médecins du Québec*, J.E. 98-72 (C.S.) (désistement d'appel n° 500-10-001189-974). Ces décisions ont été rendues alors que l'article 36 autorisait l'infirmier à « identifier les besoins de santé des personnes », alors que maintenant il permet d'« évaluer l'état de santé d'une personne ». Toutefois, le même raisonnement devrait s'appliquer en l'absence d'indice sur la volonté d'élargir le champ de pratique.

29. *Vézina c. Corporation professionnelle des médecins du Québec*, précité, note 28, p. 12.

30. *Loi sur les sages-femmes*, précitée, note 16, art. 8, al. 2.

les échantillons de sang de talon sont envoyés à un laboratoire central qui effectue les analyses³¹.

B. Examens pharmacologiques

En deuxième lieu viennent les examens de nature pharmacogénétique. Il s'agit d'une science en pleine évolution où peu d'applications pratiques existent, et qui ne sont pas encore commercialisées³². Cette discipline concerne spécifiquement les avancées de la génétique. En effet, la pharmacogénétique cherche à optimiser l'efficacité et la sécurité des médicaments en fonction du bagage génétique d'un patient³³. Une substance peut être sans effet pour les porteurs d'une mutation génétique particulière ou devoir être prise en plus grande quantité par ceux possédant une séquence génétique donnée. Elle peut aussi être dangereuse pour d'autres. Devant cela, il devient utile d'opérer le meilleur arri-mage possible entre un patient et un médicament après avoir déterminé la maladie dont il est atteint. Il ne s'agit pas de poser un autre diagnostic lors d'un examen pharmacologique. Il est plutôt question de connaître la réaction de l'organisme à l'ingestion de la substance traitante. À notre avis, au moins deux professionnels sont habilités à le faire : le médecin et le pharmacien³⁴.

D'abord, le médecin est normalement le seul habilité à prescrire les médicaments³⁵. Pour s'acquitter de cette tâche correctement, il doit nécessairement avoir le droit de mener les investigations requises. D'ailleurs, il a l'obligation de s'acquitter de ses fonctions avec compétence³⁶, selon des principes scientifiques³⁷ et en vertu des normes médicales actuelles les plus élevées

31. *Examens diagnostiques et de laboratoire autorisés pour la pratique sage-femme (sic) dans le cadre de l'application de la loi 4, op. cit.*, note 19. Communication personnelle avec le Dr. Claude Laberge.

32. Nuffield Council on Bioethics, *Pharmacogenetics : Ethical Issues*, Londres, 2003, p. 13-17, 28, 59.

33. Groupe de travail de la Commission européenne, *Ethical, Legal and Social Aspects of Genetic Testing : Research, Development and Clinical Applications*, Bruxelles, 2004, p. 61.

34. Nous avons exclu de l'étude de ce point spécifique les cas d'autres professionnels qui peuvent, seulement dans des conditions très strictes, prescrire certains médicaments, comme le dentiste (*Loi sur les dentistes*, précitée, note 12, art. 27), l'optométriste (*Loi sur l'optométrie*, L.R.Q., c. O-7, art. 19.1 et 19.1.1), le podiatre (*Loi sur la podiatrie*, L.R.Q., c. P-12, art. 11) et la sage-femme (*Loi sur les sages-femmes*, précitée, note 16, art. 8).

35. *Loi médicale*, précitée, note 10, art. 31, al. 2, 5°.

36. *Code de déontologie des médecins*, L.R.Q., c. M-9, r. 4.1, art. 5.

37. *Ibid.*, art. 6.

possible³⁸. Il est donc logique d'inclure dans le droit de prescrire des médicaments la tâche de s'assurer qu'ils correspondent avec le profil du patient. Le médecin le fait déjà lorsqu'il établit une prescription en fonction de l'âge ou du poids de la personne. Rien ne s'oppose à ce qu'il fasse la même chose par rapport au code génétique de cette personne. Nous estimons donc que l'ordonnance d'examens génétiques en vue de prescrire des médicaments, et par la suite leur analyse, font partie de l'exercice de la médecine. Ils sont par principe des actes réservés au médecin.

Le pharmacien pourrait être appelé à jouer un rôle complémentaire à celui du médecin. La tâche du pharmacien consiste à « évaluer et à assurer l'usage approprié des médicaments afin notamment de détecter et de prévenir les problèmes pharmacothérapeutiques »³⁹. Il a donc le devoir de s'assurer d'un usage adéquat des médicaments et de prévenir les problèmes qui pourraient en découler. Les possibilités offertes par la pharmacogénétique cadrent aisément avec ces fonctions. En effet, le pharmacien est tenu d'exercer sa profession selon les « normes professionnelles actuelles et les données actuelles de la science »⁴⁰. Il doit aussi « chercher à avoir une connaissance complète des faits avant de compléter un acte pharmaceutique »⁴¹. Il est même censé refuser d'exécuter une ordonnance lorsque cela va à l'encontre de l'intérêt du patient⁴². La capacité de la pharmacogénétique de déceler les cas pour lesquels un médicament est inutile ou dangereux se révèle un complément appréciable pour en assurer un usage approprié. Depuis janvier 2003⁴³, la loi permet au pharmacien d'« ajuster, *selon une ordonnance*, la thérapie médicamenteuse en recourant, le cas échéant, aux analyses de laboratoire appropriées »⁴⁴. L'ordonnance dont il est question est l'autorisation de fournir un médicament par une personne légalement habilitée à en prescrire⁴⁵, comme un médecin⁴⁶. À notre avis, le pharmacien ne peut procéder à des ajustements que lorsque l'ordonnance le prévoit.

38. *Ibid.*, art. 44. Cela implique aussi d'avoir la formation nécessaire en pharmacogénétique avant d'agir.

39. *Loi sur la pharmacie*, L.R.Q., c. P-10, art. 17, al. 1.

40. *Code de déontologie des pharmaciens*, précité, note 13, art. 3.01.01.

41. *Ibid.*, art. 3.02.03.

42. *Ibid.*, art. 3.05.03.

43. Décret (2002) 52 *G.O.* II, 8645.

44. *Loi sur la pharmacie*, précitée, note 39, art. 17, al. 2, 5^o (soulignements ajoutés).

45. *Ibid.*, art. 1, i) et j).

46. *Loi médicale*, précitée, note 10, art. 31, al. 2, 5^o.

Le texte qui permet au pharmacien d'« ajuster » la thérapie médicamenteuse ne limite pas la nature et la portée des ajustements. Cela laisserait donc la possibilité au pharmacien d'opérer des modifications de divers genres. Toutefois, une disposition antérieure précise que le pharmacien doit exécuter une ordonnance « suivant sa teneur intégrale » mais qu'il peut y substituer un médicament ayant la même dénomination⁴⁷. Or, cet article vise à permettre *d'office* la substitution par des médicaments ayant une équivalence thérapeutique⁴⁸, comme les médicaments génériques⁴⁹. Il reste que le pharmacien peut opérer d'autres ajustements lorsque l'ordonnance l'y autorise. Ainsi, la quantité, la durée ou le moment de prise du médicament pourraient par exemple être des modifications qu'il est autorisé à faire par l'ordonnance. Rien n'empêche non plus qu'elles aient aussi lieu pour faire correspondre la prescription avec le code génétique d'une personne. Pour ajuster une ordonnance, le pharmacien peut recourir « aux analyses de laboratoire appropriées ». Or, encore une fois, le texte n'est pas restrictif quant aux types d'analyses qui peuvent avoir lieu. Tout au moins doivent-elles être « appropriées ». En l'absence de restrictions, cela vise donc aussi les analyses génétiques, si elles sont appropriées. Peut-il les prescrire et les analyser ? Selon la loi, le pharmacien est le seul qui peut ajuster la thérapie médicamenteuse en « recourant » à ces analyses. Il semble donc que le pharmacien pourrait prescrire et interpréter un examen génétique, pourvu que cela serve aux ajustements pharmaceutiques permis par la loi et qu'il a été formé pour le faire.

Ainsi, le pharmacien n'empiète pas dans la sphère de spécialité du médecin même s'il pose des actes similaires à ce dernier. Comme on vient de le voir, il ne s'agit pas formellement de prescrire un examen diagnostique et de poser un diagnostic, mais plutôt d'utiliser des analyses biologiques pour procéder à des ajustements pharmacologiques. Il est d'ailleurs possible que certains actes se chevauchent dans la pratique des professionnels et qu'ils puissent être posés par les membres de plusieurs ordres différents⁵⁰. Au Québec, plusieurs actes posés par les médecins le

47. *Loi sur la pharmacie*, précitée, note 39, art. 21.

48. Ordre des pharmaciens du Québec, *Guide sur la substitution en pharmacie*, n° 64, 1994.

49. Voir à cet effet le tableau proposé dans *L'exercice de la pharmacie au Québec : la nécessaire adaptation aux réalités du 21^e siècle*, mémoire présenté par l'Ordre des pharmaciens du Québec au groupe de travail ministériel sur les professions de la santé et des relations humaines, 2001, p. 19.

50. *Vézina c. Corporation professionnelle des médecins du Québec*, précité, note 28, p. 10.

sont aussi par des professionnels et des non-professionnels⁵¹. Lorsque les lois réservent des actes professionnels, c'est avec l'objectif de protéger le public⁵². Or, les compétences médicales du pharmacien et les règles qui entourent sa pratique peuvent protéger le public dans une certaine mesure. Le pharmacien est le spécialiste des ajustements pharmaceutiques. Comme pour tout service professionnel, au moment de recourir à la pharmacogénétique, il devra « tenir compte des limites de ses aptitudes, de ses connaissances »⁵³ et agir selon les « normes professionnelles actuelles et les données actuelles de la science »⁵⁴. Cela l'oblige à obtenir d'abord les connaissances qu'il ne possède peut-être pas sur cette discipline nouvelle qu'est la pharmacogénétique et à se limiter aux actes pour lesquels il détient les compétences nécessaires. À partir de cela, à notre avis, le public ne devrait pas être en danger lorsqu'un pharmacien s'appuie sur des données génétiques pour faire arrimer une ordonnance pharmaceutique avec une personne en particulier. Il paraît tout à fait raisonnable que le médecin utilise les données génétiques pour formuler son ordonnance et que le pharmacien s'en serve aussi pour ajuster celle-ci.

C. Laboratoires effectuant les analyses génétiques

Entre le moment où les examens génétiques sont prescrits et le moment où ils sont décortiqués par un professionnel de la santé, ils doivent nécessairement passer par un laboratoire biomédical. Le lieu dans lequel est implanté le laboratoire détermine ses conditions d'exercice. Comme nous le verrons, celles-ci varient selon que le laboratoire est établi ou non dans un établissement de santé.

i) Laboratoires hors des établissements de santé

Les laboratoires médicaux en dehors des établissements de santé, lorsqu'ils satisfont trois exigences, sont régis par la *Loi sur les laboratoires médicaux, la conservation des organes, des tis-*

51. Voir à cet effet le tableau proposé dans *L'exercice de la médecine et les rôles du médecin au sein du système professionnel, Énoncé de position du Collège des médecins du Québec*, Collège des médecins du Québec, 2001, p. 9.

52. *Code des professions*, L.R.Q., c. C-26, art. 26.

53. *Code de déontologie des pharmaciens*, précité, note 13, art. 3.01.02.

54. *Ibid.*, art. 3.01.01.

*sus, des gamètes et des embryons et la disposition des cadavres*⁵⁵. Les laboratoires effectuant des tests génétiques à des fins de traitement ou de diagnostic, mais en dehors des établissements de santé, remplissent ces trois conditions.

Premièrement, le laboratoire doit être aménagé en dehors d'une installation maintenue par un établissement de santé⁵⁶. On entend notamment par établissement de santé un centre hospitalier, un centre local de services communautaires ou un centre d'hébergement et de soins de longue durée⁵⁷. Il s'agit donc d'un laboratoire aménagé dans un autre type d'institution, comme dans un cabinet privé regroupant des médecins agissant à leur compte⁵⁸ ou dans une entreprise privée offrant des services d'analyse biomédicale. Deuxièmement, le laboratoire doit effectuer certains types précis d'examens, dont des « examens de biologie médicale »⁵⁹. Cette notion d'examens de biologie médicale est assez vaste pour comprendre les analyses génétiques. L'énumération non exhaustive de ce que comprend la biologie médicale inclut notamment la biochimie, l'hématologie, la bactériologie, l'immunologie, l'histopathologie et la virologie⁶⁰. Lorsque l'analyse génétique vise une fin se rapportant à un traitement ou un diagnostic, il s'agit certainement d'un examen de biologie médicale. Troisièmement, le laboratoire doit être compris dans une des catégories visées par règlement⁶¹. Parmi les catégories concernées par règlement, on compte les « examens et analyses de biologie médicale »⁶². Les trois conditions semblent donc remplies pour que les analyses génétiques effectuées par des laboratoires hors des établissements de santé soient soumises à la *Loi sur les laboratoires médicaux*⁶³.

55. L.R.Q., c. L-0.2 (ci-après « *Loi sur les laboratoires médicaux* »). Nous ne tenons pas compte des modifications proposées par le projet de loi 89, *Loi sur les activités cliniques et de recherche en matière de procréation assistée et modifiant d'autres dispositions législatives*, 1^{re} session, 37^e législature (16-12-2004).

56. *Ibid.*, art. 1, a.3) et b).

57. *Loi sur les services de santé et les services sociaux*, L.R.Q., c. S-4.2 (ci-après « L.S.S.S. »), art. 79 et 94.

58. *Loi sur les laboratoires médicaux*, précitée, note 55, art. 1 *in fine* ; L.S.S.S., précitée, note 57, art. 95.

59. *Loi sur les laboratoires médicaux*, précitée, note 55, art. 1b).

60. *Ibid.*

61. *Ibid.*

62. *Règlement d'application de la Loi sur la protection de la santé publique*, R.R.Q., c. L-0.2, r. 1, art. 91b).

63. Précitée, note 55.

En vertu de cette loi, les laboratoires visés, pour pouvoir mener des examens génétiques, doivent posséder un permis du ministre de la Santé et des Services sociaux⁶⁴. Ils ne peuvent effectuer que les analyses découlant d'une ordonnance légalement prescrite par un professionnel de la santé⁶⁵. Il s'agit, comme on l'a vu, des médecins, dentistes, pharmaciens et sages-femmes, chacun dans leur domaine de compétence. La cueillette et la conservation des données sont aussi réglementées. Pour chaque examen, le laboratoire doit inscrire dans un dossier le nom de la personne concernée, son âge, son sexe, et les rapports qui ont été fournis⁶⁶. Les rapports d'examen doivent être conservés au moins pour deux ans⁶⁷. Un mécanisme permettant de relier « sans possibilité d'erreur » une personne et les échantillons corporels qui lui ont été prélevés doit être mis sur pied⁶⁸. Ces laboratoires ne peuvent donc pas procéder à des analyses génétiques avec des échantillons rendus anonymes, c'est-à-dire lorsque le nom de la personne a été dissocié de ses prélèvements. Pourtant, ce genre de situation est fréquent lorsqu'il est question d'études portant sur la génétique des populations, même si ces études ne visent pas à identifier des individus mais à suivre la variation génomique.

Comme pour toute analyse médicale, les résultats de l'examen génétique peuvent être faussés par des erreurs de manipulation et des observations inadéquates en laboratoire. Certaines exigences minimales encadrent toutefois les opérations de ces laboratoires et assurent la qualité de leurs analyses. Leur équipement doit être entretenu pour en assurer le parfait fonctionnement⁶⁹. Une vérification des pièces susceptibles d'être étalonnées doit être faite assez souvent pour leur assurer un fonctionnement optimal⁷⁰. Un programme de contrôle de la qualité des analyses doit aussi être établi selon les normes généralement acceptées dans les laboratoires des centres hospitaliers⁷¹. En plus, la participation aux programmes de contrôle de la qualité mis en place par le Laboratoire de santé publique du Québec est obligatoire⁷². Compte tenu de tout cela, on peut donc s'attendre à

64. *Ibid.*, art. 90 ; *Loi sur les laboratoires médicaux*, précitée, note 55, art. 31.

65. *Règlement d'application de la Loi sur la protection de la santé publique*, précité, note 62, art. 136.

66. *Ibid.*, art. 115.

67. *Ibid.*, art. 138a).

68. *Ibid.*, art. 138c).

69. *Ibid.*, art. 116.

70. *Ibid.*, art. 118.

71. *Ibid.*, art. 126d) et 139.

72. *Ibid.*, art. 140.1.

ce que les analyses génétiques effectuées dans ces laboratoires soient d'une qualité acceptable. En cas d'erreur médicale, leur solvabilité est assurée par une assurance-responsabilité d'au moins 1 M \$ qu'ils doivent obligatoirement détenir⁷³.

ii) Laboratoires des établissements de santé

Les laboratoires qui sont situés dans des établissements de santé forment l'autre groupe des laboratoires. Curieusement, peu de règles régissent les activités de ces laboratoires. Il faut s'en remettre aux lois qui encadrent les établissements de santé.

Ainsi, tout département clinique dans un centre hospitalier doit être dirigé par un médecin qui surveille la façon dont s'exerce la médecine⁷⁴. Lorsqu'il s'agit spécifiquement d'un centre hospitalier de soins de courte durée, celui-ci doit normalement posséder un département clinique de laboratoires de biologie médicale⁷⁵. Ce département doit être sous la responsabilité d'un médecin titulaire d'un certificat de spécialiste⁷⁶. Le médecin ayant des obligations quant à la qualité scientifique de ses travaux et étant encadré par un ordre professionnel, cela devrait assurer un minimum de qualité aux analyses génétiques. En effet, le médecin doit exercer ses fonctions avec compétence⁷⁷, selon des principes scientifiques⁷⁸ et selon les normes médicales actuelles les plus élevées possible⁷⁹.

Par ailleurs, tous les établissements de santé doivent respecter un certain cadre normatif. D'abord, toute personne a le droit de recevoir des services de santé adéquats sur le plan scientifique, cela s'évaluant en tenant compte des ressources humaines, matérielles et financières de l'établissement⁸⁰. Les établissements de santé ont aussi l'obligation d'assurer la prestation de services de santé de qualité et sécuritaires⁸¹. La loi les force donc à fournir des

73. *Ibid.*, art. 104.

74. L.S.S.S.S., précitée, note 57, art. 188 et 191, 1^o. Théoriquement, il pourrait aussi s'agir d'un dentiste ou d'un pharmacien qui surveillerait, respectivement, l'exercice de l'art dentaire et celui de la pharmacie.

75. *Règlement sur l'organisation et l'administration des établissements*, R.R.Q., c. S-5, r. 3.01, art. 70.

76. *Ibid.*, art. 72.

77. *Code de déontologie des médecins*, précité, note 36, art. 5.

78. *Ibid.*, art. 6.

79. *Ibid.*, art. 44.

80. L.S.S.S.S., précitée, note 57, art. 5 et 13.

81. *Ibid.*, art. 100.

services s'appuyant sur la science et répondant à des standards de qualité. Les analyses génétiques qu'ils réalisent doivent aussi s'y conformer. Toutefois, aucun mécanisme de contrôle uniforme n'est en place.

1.2 Examens génétiques à d'autres fins

Un examen génétique peut aussi être mené avec des objectifs autres que prodiguer un traitement médical ou poser un diagnostic : il s'agira la plupart du temps d'examens menés dans le cadre de projets de recherche. Cette catégorie va comprendre entre autres tous les tests qui visent à prédire les comportements humains, sans que ces comportements soient un trouble de nature médicale. Entrent dans ce groupe toute une gamme de tests qui pourraient être issus d'études sur la génétique du comportement : par exemple pour identifier un gène lié à l'intelligence, connaître l'orientation sexuelle ou déterminer la propension à la criminalité⁸². Actuellement, il s'agit surtout de tests de paternité utilisés pour vérifier la filiation. Il peut aussi s'agir de projets de recherche utilisant les gènes comme simple marqueur. Par exemple, le suivi géographique d'une population d'après la dissémination de ses gènes. Ce pourrait être une étude sur la proportion de porteurs d'une mutation sur les gènes BRCA1 ou BRCA2 (que l'on sait associés aux cancers du sein) dans laquelle aucun pronostic sur le potentiel d'être atteint de la maladie n'est formulé. Même dans les cas où ces projets se penchent sur des maladies associées à un gène particulier, ils n'ont pas comme objet ou comme effet de donner un diagnostic ou de soigner un individu. De tels examens génétiques n'entrent pas dans le mandat régulier des établissements de santé, mais les professionnels de la santé sont fréquemment appelés à y participer dans d'autres contextes, notamment lors de projets de recherche.

Les lois des ordres professionnels sont silencieuses dans les situations qui ne ressortent pas du diagnostic ou de l'ajustement de médicament. Or, tout ce qui n'est pas clairement défendu dans ces lois « peut être fait impunément » par tous ceux qui ne font pas partie des ordres professionnels⁸³. En plus, il faut donner une

82. Voir par exemple Nuffield Council on Bioethics, *op. cit.*, note 5 ; R. PLOMIN et F. M. SPINATH, « Intelligence : Genetics, Genes, and Genomics », *J. Pers. Soc. Psychol.* 86(1) 112 (2004).

83. *Pauzé c. Gauvin*, [1954] R.C.S. 15, 18.

interprétation restrictive aux champs d'exercice exclusifs créés par les lois sur les professions⁸⁴. Ainsi, devant le silence de la loi, rien n'empêche quiconque de prescrire un examen génétique à des fins autres que pour poser un diagnostic ou prodiguer un traitement médical. Le même raisonnement doit s'appliquer quant à l'interprétation des résultats de l'analyse. Du moment qu'on ne tente pas d'établir une corrélation médicale entre une personne et son ADN, tout individu peut en tirer ses propres conclusions. Cependant, ces actes demeurent toujours passibles d'engager la responsabilité civile de leur auteur.

Toutefois, il semble y avoir un danger dans certaines circonstances que l'examen génétique fasse partie de ceux qui cherchent à traiter ou à poser un diagnostic, donc que sa prescription soit réservée à certains professionnels. Cela risque de se produire lorsque les informations remises au patient équivalent à un diagnostic déguisé. Lorsque les résultats d'une analyse génétique comprennent des informations assez complètes et précises pour inférer l'existence d'une maladie, il est possible que l'on soit face malgré tout à un véritable diagnostic. Par exemple, quelqu'un pourrait chercher à savoir dans quelles régions du Québec on retrouve le plus souvent une certaine mutation génétique. Si la mutation génétique entraîne une maladie qui se développe à coup sûr, informer une personne qu'elle possède cette mutation reviendrait à lui affirmer qu'elle sera atteinte de la maladie. Ce pourrait par exemple être le cas pour la maladie de Huntington où être porteur de la mutation entraîne inévitablement le développement de la maladie⁸⁵. À notre avis, il faudrait considérer dans ce type de cas qu'on fournit un diagnostic déguisé : même si le portrait de la maladie à venir est incomplet, il pourrait y avoir identification d'une maladie pour une personne par association. Il y a diagnostic lorsqu'on « décèle la présence d'une maladie, d'une pathologie ou d'un trouble quelconque de la santé à partir de signes ou symptômes présentés par le patient »⁸⁶. Or, le diagnostic, comme on vient de le voir, est réservé à certains professionnels de la santé.

84. *Vézina c. Corporation professionnelle des médecins du Québec*, précité, note 28, p. 10.

85. M. HUG et M.R. HAYDEN, *loc. cit.*, note 2.

86. *Association des chiropraticiens du Québec c. Office des professions du Québec*, [2003] AZ-50164451, par. 56 (C.S.) (inscription en appel n° 200-09-004413-032).

Les lois réservant le droit exclusif d'exercer une profession existent d'abord et avant tout pour la protection du public⁸⁷ : vu leur nature, certains actes ne peuvent être posés par des personnes ayant une formation et une qualification déficientes⁸⁸. En effet, « considérer les tests génétiques comme des activités médicales [...] assure au moins que ces tests seront faits, eux aussi, dans de bonnes conditions »⁸⁹. Dans cet esprit, il est normal de réserver aux personnes ayant la compétence requise le soin d'informer les individus sur leur état de santé. Il serait dangereux que n'importe qui le fasse, vu le nécessaire suivi médical qui doit être fait lorsque la santé d'une personne est compromise. Le médecin, le pharmacien, le dentiste et la sage-femme sont des professionnels qui ont les connaissances voulues pour assurer la protection du public en matière de santé. Ainsi, tout examen génétique se rapportant à leurs compétences devrait être traité par ces derniers.

En dehors de cette exception, les examens génétiques sans lien avec un traitement ou un diagnostic ne bénéficient pas d'un encadrement précis quant aux personnes autorisées à les prescrire et à les interpréter.

On peut conclure la première partie en soulignant que la génétique médicale est une science récente, en pleine mouvance, où l'acquisition de connaissances par le personnel soignant est nécessaire pour accomplir les actes que la loi les autorise à poser.

PARTIE 2 – LA RECHERCHE ET LES SOINS INNOVATEURS

La recherche et les soins innovateurs sont deux notions intimement liées aux possibilités offertes par la génétique. Les obligations des acteurs du milieu de la santé dans ce domaine varient en partie selon le type d'activité à laquelle ils se livrent. D'un côté, on retrouve tout le secteur de la recherche (2.1 *Recherche*) et, d'un autre côté, la prestation de certains soins non usuels, appelés soins innovateurs (2.2 *Soins innovateurs*). Au fil des paragraphes qui suivent, nous nous appliquons à les distinguer.

87. *Ordre des pharmaciens du Québec c. Corporation professionnelle des médecins vétérinaires du Québec*, C.A.Q., n° 500-09-001020-874, 15 février 1991, p. 2.

88. *Code des professions*, précité, note 52, art. 26 ; *Thomas c. Ordre des chiropraticiens du Québec*, REJB 2000-16636, par. 33 (C.A.).

89. Groupe de travail en éthique clinique, *op. cit.*, note 23, p. 8. Voir aussi B.M. KNOPPERS et C. LABERGE, *op. cit.*, note 23.

2.1 Recherche

La notion de « recherche » englobe ici tous les actes qui ont une portée expérimentale, autant ceux consistant à prodiguer des soins aux personnes (« expérimentation » sur des humains) que ceux sans prestation de soins (recherche à partir de dossiers ou d'objets). Tous les chercheurs en génétique doivent se soumettre aux obligations de base touchant le domaine de la recherche. S'ils prodiguent des soins en menant leur recherche, ils doivent en plus respecter des règles précises entourant la notion d'« expérimentation » au sens du Code civil.

L'« expérimentation » implique notamment « une intervention ou une observation faisant intervenir directement la personne du sujet »⁹⁰. Un questionnaire ou un prélèvement de cheveux sont des actes qui obligent à intervenir directement sur le sujet. Mais toutes les recherches ne sont pas de cette nature. Certains chercheurs se limitent à consulter des dossiers existants, à les analyser et à en regrouper les données. En matière de génétique, la consultation des dossiers médicaux qui répertorient les diagnostics génétiques et les symptômes est un terrain particulièrement propice aux chercheurs. Les recherches portant uniquement sur des dossiers, sans contact humain, ne sont pas visées par la notion d'« expérimentation »⁹¹.

Nous verrons quelles sont les obligations de tous les chercheurs en matière de consentement (*A. Consentement à la recherche*) et de manipulation des informations génétiques (*B. Accès et utilisation des informations génétiques*). Par la suite, nous verrons les obligations supplémentaires qui s'ajoutent lorsqu'il s'agit d'« expérimentation » (*C. Expérimentation*).

A. Consentement à la recherche

Seulement deux situations rendent véritablement obligatoire l'approbation d'un projet de recherche par un comité d'éthique avant de le proposer aux sujets⁹². D'abord, si le chercheur est un médecin et qu'il s'agit d'une « recherche sur des êtres

90. Robert P. KOURI et Suzanne PHILIPS-NOOTENS, « *L'expérimentation et les soins innovateurs : l'article 21 C.c.Q. et les affres de l'imprécision* », (1996-97) 27 *R.D.U.S.* 89, 105.

91. *Ibid.*, p. 105.

92. Nous traitons toujours exclusivement de la recherche qui n'est pas une expérimentation, laquelle est abordée plus loin.

humains », l'approbation d'un comité d'éthique est nécessaire⁹³. Ensuite, toute recherche se déroulant dans les établissements de santé est soumise au *Plan d'action ministériel en éthique de la recherche et en intégrité scientifique*⁹⁴. Ce plan, même s'il n'a pas force de loi, exige un examen par un comité d'éthique pour « la recherche portant sur les embryons humains et la recherche en médecine génétique »⁹⁵. Par ailleurs, plusieurs organismes rendent conditionnel à une évaluation par un comité d'éthique l'octroi de fonds pour certains projets. Si les recherches portent sur des tissus humains, des embryons ou des fœtus, les trois Conseils exigent l'approbation d'un comité d'éthique⁹⁶. Le Fonds de la recherche en santé du Québec ajoute à cette liste la recherche réalisée « à partir de renseignements personnels contenus dans des dossiers »⁹⁷. Des documents de portée internationale, comme la *Déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'homme*⁹⁸ (pour la recherche portant sur le génome), font ressortir l'importance de soumettre ces projets de recherche à des comités d'éthique.

Comme pour toute action qui engage une personne, le consentement à la recherche doit être libre et éclairé⁹⁹. Considérant que les recherches en génétique posent des questions complexes, l'obligation d'informer doit être modulée d'après « les conséquences potentiellement néfastes pour le patient et son entourage »¹⁰⁰.

93. *Code de déontologie des médecins*, précité, note 36, art. 31. Les recherches en génétique portant sur des dossiers (comme des statistiques de santé) pourraient ne pas être considérées comme étant menées « sur des êtres humains ».

94. *Ministère de la Santé et des Services sociaux*, Gouvernement du Québec, Ste-Foy, 1998, p. 7.

95. *Ibid.*, p. 11.

96. Conseil de recherches médicales du Canada, Conseil de recherches en sciences naturelles et en génie du Canada et Conseil de recherches en sciences humaines du Canada, *Énoncé de politique des trois Conseils : Éthique de la recherche avec des êtres humains*, Ottawa, 1998 (avec les mises à jour de 2000 et 2002), règle 1.1.

97. Fonds de la recherche en santé du Québec, *Guide d'éthique de la recherche et d'intégrité scientifique : Standards en éthique de la recherche et en intégrité scientifique du FRSQ*, 2^e éd., Gouvernement du Québec, 2003, p. 37.

98. Comité International de Bioéthique de l'UNESCO, Paris, 1997, art. 5 et 16. Voir aussi : *Déclaration internationale sur les données génétiques humaines*, Comité International de Bioéthique de l'UNESCO, Paris, 2003 et Réseau de médecine génétique appliquée, *Énoncé de principes : Recherche en génomique humaine*, Montréal, 2000.

99. Art. 1399 C.c.Q.

100. Robert P. KOURI et Suzanne PHILIPS-NOOTENS, *Le corps humain, l'inviolabilité de la personne et le consentement aux soins, Le regard du législateur et des tribunaux civils*, Éd. Revue de droit de l'Université de Sherbrooke, Sherbrooke, 1999, p. 37.

Si un médecin est impliqué dans une recherche, la loi le contraint à prendre plusieurs précautions. Il doit, « avant d'entreprendre [...] une recherche, obtenir du patient ou de son représentant légal, un consentement libre et éclairé »¹⁰¹. Il incombe au médecin de vérifier « qu'un consentement libre, éclairé, écrit et révocable en tout temps, soit obtenu de chaque sujet »¹⁰². La forme écrite est donc obligatoire ainsi que la possibilité de se retirer en tout temps d'un projet de recherche. Le droit de retrait se matérialise en matière de recherche génétique sur des échantillons corporels, en offrant la possibilité de retirer l'échantillon du protocole en cours. Toutefois, il y a des cas où ce droit sera compromis. Lorsque les échantillons ont été anonymisés, il devient impossible de retracer l'échantillon et donc de le détruire¹⁰³. Même si l'anonymisation permet de ne pas être personnellement lié aux résultats, elle enlève la possibilité d'être associé aux résultats. L'interprétation *a posteriori* de la recherche en génétique peut facilement déboucher sur une association entre des caractéristiques génétiques (maladies, comportements, etc.) et des caractéristiques sociales (couleur, race, ethnie, région de naissance, etc.). Comme il est souvent arrivé, certaines caractéristiques génétiques se concentrent chez des groupes ethniques (anémie falciforme chez les noirs originaires d'Afrique, Tay-Sachs chez les juifs Ashkénazes, etc.)¹⁰⁴. Les personnes appartenant à des groupes identifiables participent alors à leur stigmatisation sans pouvoir se retirer de la recherche.

Le médecin doit aussi « s'assurer que le patient ou son représentant légal a reçu les explications pertinentes à leur compréhension de la nature, du but et des conséquences possibles [...] de la recherche »¹⁰⁵. Lorsque la recherche est purement expérimentale, sans visée thérapeutique pour le sujet, le devoir d'obtenir un consentement libre et éclairé est plus étendu¹⁰⁶.

101. *Code de déontologie des médecins*, précité, note 36, art. 28.

102. *Ibid.*, art. 30, par. 2.

103. Geneviève CARDINAL, Mylène DESCHÊNES, Bartha Maria KNOPPERS et Kathleen CRANLEY GLASS, *Formulaire de consentement, Recherche en génétique et mise en banque d'ADN*, [En ligne] www.rmga.qc.ca/ethique/formula.pdf, clause 12 ; *Énoncé de principes : Recherche en génomique humaine*, précité, note 98, p. 8.

104. L. PELTONEN, « Ethnicity and Disease », dans *Nature-Encyclopedia of the Human Genome*, D.N. COOPER (éd.), Nature Publishing Group, London, 2003, p. 331, 332.

105. *Code de déontologie des médecins*, précité, note 36, art. 29.

106. *Weiss c. Solomon*, C.S., n° 500-05-016729-822, 23 février 1989, p. 28.

Bien qu'il s'agisse d'un consentement individuel, la génétique pose des enjeux pour des groupes. Comme on vient de le dire, une association peut être faite entre certaines caractéristiques génétiques (par ex. une maladie) et les caractéristiques sociales identifiant un groupe (par ex. la nationalité). On pense particulièrement aux recherches en génétique des populations, lesquelles s'intéressent au bagage génétique d'une communauté plutôt que d'un seul individu. Puisque ces risques peuvent avoir un impact sur le plan individuel, il serait impossible d'avoir un consentement éclairé, et donc valide, sans les révéler. Il faudrait par exemple aviser de la possibilité de discrimination par association avec le risque génétique de la population étudiée¹⁰⁷. Dans le meilleur des cas, les chercheurs obtiennent une forme d'appui de la communauté étudiée avant la mise en œuvre du projet. Toutefois, à notre avis, aucune loi ne force à obtenir l'aval du groupe ou de la population en tant que collectivité. Le droit québécois conçoit le consentement uniquement comme un acte individuel.

La gamme des risques ou inconvénients qui doivent être révélés n'est pas limitée dans la loi. Pour la recherche en génétique, les risques et inconvénients qui doivent être divulgués sont liés aux particularités qui distinguent cette science. L'information génétique peut être utilisée à plusieurs fins (diagnostic médical, identification judiciaire, recherche de paternité, etc.), elle peut renseigner sur l'état de santé futur (maladie génétique tardive ou susceptibilité génétique) et peut concerner les autres membres d'une même famille (maladies héréditaires, filiation biologique, etc.). Les conséquences de ces caractéristiques apparaissent comme l'élément central d'une décision éclairée. Il faut donc prêter une attention particulière aux risques qui en découlent.

Nous avons recensé ci-dessous certains des facteurs principaux qui pourraient influencer l'obligation de divulgation des risques. Le premier groupe de facteurs concerne les utilisations préjudiciables qui pourraient être faites des résultats de l'examen génétique dans l'emploi et l'assurance (*i) Risques d'utilisation dans l'emploi et l'assurance*). Le deuxième groupe de facteurs s'attache aux implications psychologiques et familiales associées aux résultats des tests génétiques (*ii) Risques psychologiques et*

107. Réseau de médecine génétique appliquée, *Énoncé de principes sur la conduite éthique de la recherche en génétique humaine concernant des populations*, Montréal, 2003, art. 6.

familiaux). Ces facteurs ne sont pas exhaustifs. Selon le type de recherche en cause et le protocole utilisé, quelques-uns de ces risques pourraient être applicables à un projet de recherche donné. Il faut, pour chaque cas, regarder les risques applicables et, bien sûr, envisager ceux qui n'ont pas été répertoriés ici.

i) Risques d'utilisation dans l'emploi et l'assurance

Le recours aux données génétiques dans l'emploi et l'assurance soulève une importante controverse. Au Québec, le Conseil de la santé et du bien-être¹⁰⁸, la Commission d'accès à l'information¹⁰⁹ et la Commission de l'éthique de la science et de la technologie¹¹⁰ se sont prononcés contre l'utilisation de l'information génétique par les employeurs et les assureurs. Toutefois, pour l'instant, le risque d'utilisation est bien réel.

Les domaines de l'assurance-vie et de l'assurance-invalidité sont particulièrement concernés par les découvertes de la génétique. La susceptibilité à développer une maladie génétique invalidante ou mortelle pourrait amener une hausse des primes ou dans certains cas un refus d'assurance. La politique actuelle de l'industrie canadienne est de ne pas forcer un adhérent à se soumettre à un test génétique, mais de s'enquérir des résultats lorsqu'un tel test a déjà été effectué¹¹¹. Or, l'accès à ces résultats est presque automatique. L'autorisation courante qu'obtient l'assureur du preneur pour consulter ses dossiers médicaux lui ouvre la porte sans restriction à leur contenu complet¹¹². L'assureur a donc ainsi accès à tous les résultats des tests génétiques qui sont consignés dans les dossiers médicaux. L'assureur est fondé d'utiliser « l'état de santé comme facteur de détermination de risque », car cela ne constitue pas un acte discriminatoire prohibé par la Charte québécoise¹¹³. Dans la mesure où l'information génétique informe sur l'« état de santé » de la

108. Conseil de la santé et du bien-être, *L'information génétique et l'accès à l'information des chercheurs : Il est urgent de protéger la population*, Gouvernement du Québec, Ste-Foy, 2003, p. 25.

109. Commission d'accès à l'information, *Une réforme de l'accès à l'information : le choix de la transparence*, Gouvernement du Québec, 2002, p. 130.

110. Commission de l'éthique de la science et de la technologie, *Les enjeux éthiques des banques d'information génétique : pour un encadrement démocratique responsable*, Québec, 2003, p. 52.

111. Association canadienne des compagnies d'assurances de personnes inc., *Prise de position de l'ACCAP sur les tests génétiques*, 2003, p. 1.

112. *Frenette c. Métropolitaine, Cie d'assurance-vie*, [1992] 1 R.C.S. 647, par. 38 et 50.

113. *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12, art. 20.1, al. 2.

personne, l'assureur pourrait l'utiliser. Il n'est toutefois pas évident de savoir quelles sont les composantes qui font partie de l'« état de santé ». Par exemple, il n'est pas clair de savoir si les informations génétiques sur la santé future d'une personne représentent vraiment son état de santé. Par ailleurs, une personne peut être contrainte de dévoiler elle-même sa condition génétique au moment de s'assurer pour éviter une fausse déclaration qui entraînerait la nullité de son assurance¹¹⁴. Toute personne se sachant atteinte d'une maladie génétique « très sérieuse », même si elle n'éprouve encore aucun problème de fonctionnement ou ne constate aucune anomalie chez elle, est tenue de le dévoiler à son assureur¹¹⁵. Ainsi, il sera parfois nécessaire d'informer les patients de ces réalités dans les cas où les tests génétiques prédictifs ou diagnostiques pourraient affecter leur capacité à s'assurer.

L'emploi est un autre domaine dans lequel une utilisation non souhaitée des résultats du test génétique pourrait être faite par des tiers. Pour les travailleurs, le risque de discrimination lié à un bagage génétique vu comme indésirable est inquiétant et certains cas ont été documentés à travers le monde¹¹⁶. Un employeur pourrait être beaucoup moins enclin à embaucher une personne plus à risque de développer un cancer du sein ou une maladie l'invalidant avant la retraite. Toutefois, dans la mesure où la confidentialité des données génétiques est correctement sauvegardée, l'employeur ne devrait pas pouvoir les utiliser puisqu'il ne les a pas en main.

Cependant, la situation peut être différente si les tests génétiques révèlent des incapacités (de la nature d'un handicap) à accomplir un travail. Un employeur ne peut requérir d'information visant à déterminer si une personne est handicapée¹¹⁷ ni opérer de discrimination à son égard pour ce motif¹¹⁸, sauf si cela est justifié par « les aptitudes ou qualités requises par un emploi »¹¹⁹. Encore une fois, vu la variété des informations

114. Art. 2485 et 2486 C.c.Q.

115. *Audet c. L'Industrielle-Alliance*, [1990] R.R.A. 500, 502 (C.S.).

116. Par exemple, voir Council for Responsible Genetics, *Genetic Discrimination : Position Paper*, Cambridge, 2001 et P.W. BRANDT-RAUF et S.I. BRANDT-RAUF, « Genetic Testing in the Workplace : Ethical, Legal, and Social Implications », (2004) 25 *Annu. Rev. Pub. Health* 139.

117. *Charte des droits et libertés de la personne*, précitée, note 113, art. 18.1.

118. *Ibid.*, art. 10 et 16.

119. *Ibid.*, art. 20.

génétiques (couleur des yeux, susceptibilité à une maladie, etc.), il est difficile de dire quelles sont les informations génétiques qui pourraient ou non faire partie du handicap. Quant à l'exception liée aux besoins de l'emploi, on parle habituellement d'aptitudes et de qualités requises par l'emploi lorsque la condition biomédicale d'une personne risque de mettre en jeu la sécurité d'individus ou empêche une exécution sûre des tâches¹²⁰. On se rapprocherait de cette exception si, par exemple, un test génétique révélait un risque très élevé de défaillance cardiaque pour un pilote d'avion ou un opérateur de pelle mécanique. Pour certains examens génétiques prédictifs, il pourrait donc être nécessaire de mettre en garde contre ce genre de conséquences lors de l'obtention du consentement.

Il est intéressant de mentionner qu'un médecin appelé à juger de l'aptitude d'une personne à exécuter son travail doit « s'en tenir à la recherche des informations qui sont pertinentes à cette fin »¹²¹. Il doit aussi, à la demande du patient, communiquer à l'employeur « les informations pertinentes du dossier médical »¹²². Dans cette optique, le médecin doit se limiter à ce qui est pertinent pour l'accomplissement du travail. À notre avis, il doit non seulement exclure les informations génétiques qui ne concernent pas la capacité d'effectuer les tâches, mais aussi celles qui sont trop peu probantes pour être révélatrices. Les tests génétiques qui révèlent des facteurs de risque minime ne devraient pas être assez significatifs pour devenir pertinents à l'exécution d'un emploi. Par exemple, pour effectuer des tâches de secrétariat, ne devrait pas être prise en compte une prédisposition génétique aggravant de façon peu significative (pas assez probant) le risque de cancer du sein (non pertinent à l'emploi) chez une personne.

ii) Risques psychologiques et familiaux

Le stress psychologique et la détresse émotionnelle découlant de la connaissance des résultats médicaux se présentent avec une acuité particulière vu la nature unique de l'information génétique. Les tests génétiques peuvent annoncer une maladie

120. *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. B.C.G.S.E.U.*, [1999] 3 R.C.S. 3 ; *Large c. Stratford (Ville)*, [1995] 3 R.C.S. 733 ; *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Saskatoon (Ville)*, [1989] 2 R.C.S. 1297.

121. *Code de déontologie des médecins*, précité, note 36, art. 68.

122. *Ibid.*, art. 98.

qui ne surviendra que beaucoup plus tard ou peut-être jamais, ou encore pour laquelle aucun traitement n'est encore offert. Dans la très grande majorité des cas, les tests génétiques établissent seulement une probabilité, un risque de développer une maladie¹²³. Certains tests peuvent annoncer un potentiel de risque de développer un cancer par exemple. Dans ces cas, aucune certitude n'est fournie quant à l'avènement de la maladie. En plus, plusieurs facteurs externes comme l'alimentation, la pollution et le stress peuvent venir modifier cette probabilité sans qu'il soit possible d'en établir la mesure. Pour la personne qui s'apprête à consentir à un tel examen génétique, le degré d'incertitude peut être insupportable. Étant donné qu'on ne s'attend habituellement pas à autant d'imprécision de la part de la médecine, il s'avère primordial de bien expliquer ces incertitudes.

Les recherches en génétique peuvent aussi engendrer des répercussions familiales importantes. Ils donneront souvent un indice aux personnes liées par le sang de leur propre condition biomédicale (maladie héréditaire présente dans la fratrie). Ceux-ci peuvent ne jamais avoir recherché cette information et avoir, malgré eux, à assumer immédiatement les contrecoups de sa connaissance. Il est aussi possible que les choix reproductifs d'une personne ou d'un couple doivent se faire avec une nouvelle donnée. La possibilité de transmettre à sa descendance une maladie héréditaire peut bouleverser les décisions que s'apprêtait à faire l'unité familiale. Les résultats génétiques peuvent aussi infirmer ou mettre en doute la filiation jusqu'alors établie entre les membres d'une famille. La non-paternité ou l'adoption peuvent être mises au jour dans une famille sans que cela ait été souhaité ou opportun.

Les implications psychologiques et familiales de telles révélations ne sont pas minimes¹²⁴. Il peut s'avérer extrêmement difficile de vivre avec ces réalités. Plusieurs autres risques pourraient en plus être envisagés. Il est donc fondamental que le consentement à la recherche en génétique soit précédé des informations nécessaires pour tracer une image complète et personnalisée des implications psychologiques et familiales applicables.

123. Cela vient du fait que la plupart des maladies génétiques sont causées par le bagage génétique et par d'autres facteurs externes (D.W. SCHWERTZ et K.M. McCORMICK, *loc. cit.*, note 22).

124. B.B. BIESECKER, « Genetic Counseling : Psychological Issues », dans *Nature-Encyclopedia of the Human Genome*, D.N. Cooper (éd.), Nature Publishing Group, London, 2003, p. 776.

B. Accès et utilisation des informations génétiques

Les chercheurs peuvent être intéressés à accéder aux informations génétiques consignées dans divers dossiers pour effectuer leurs recherches. La recherche en génétique se fait souvent à partir d'informations génétiques, comme les maladies héréditaires affectant la fratrie et les diagnostics posés par les professionnels de la santé. Or, ces informations de nature médicale sont habituellement protégées par de nombreuses dispositions établissant leur confidentialité. Les chercheurs doivent donc respecter certaines exigences pour avoir accès aux informations génétiques. Dans un premier temps, nous regardons comment le principe général de confidentialité protège les informations génétiques et empêche les chercheurs d'y avoir accès. Dans un deuxième temps, nous nous penchons sur les exceptions qui permettent aux chercheurs d'avoir accès à ces informations, à des fins de recherche, sans le consentement des intéressés.

i) *Principe général de confidentialité*

L'accès aux informations génétiques par les chercheurs est empêché par diverses dispositions traitant de la confidentialité. Ces dispositions s'appliquent en fonction du statut de la personne qui détient les informations (médecin, infirmière, etc.) et du lieu où les informations sont détenues (hôpital, clinique privée, etc.).

Les « établissements de santé », comme un centre hospitalier, un CLSC ou un centre d'hébergement et de soins de longue durée¹²⁵, sont susceptibles de détenir des données génétiques. Les établissements de santé ont certaines obligations à l'égard de la confidentialité des dossiers qu'ils tiennent sur leurs usagers en vertu de la *Loi sur les services de santé et les services sociaux*¹²⁶. Cette loi prescrit que le dossier de l'utilisateur d'un établissement de santé est confidentiel¹²⁷. Les informations génétiques qui se trouvent dans ces dossiers sont évidemment soumises aux mêmes règles que toutes les autres informations y contenues¹²⁸. Les tiers non impliqués dans les soins de l'utilisateur ne peuvent donc y avoir accès.

125. L.S.S.S.S., précitée, note 57, art. 79 et 94.

126. Précitée, note 57.

127. *Ibid.*, art. 19.

128. Diane L. DEMERS, « L'information génétique aux confins de la médecine et de la personne », dans *Vie privée sous surveillance : la protection des renseignements personnels en droit québécois et comparé*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1994, p. 14.

Les organismes publics peuvent aussi posséder des informations génétiques utiles aux chercheurs. Certains ministères (par. ex. ceux qui remboursent des examens médicaux ou des médicaments) et certaines universités (par. ex. dans leurs instituts de recherche) sont des organismes publics et sont en même temps susceptibles de détenir des informations génétiques¹²⁹. Tous les organismes publics sont soumis aux règles de la *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels*¹³⁰. Les établissements de santé sont aussi des organismes publics¹³¹. Cette loi s'applique uniquement à des « documents », c'est-à-dire à de l'information contenue sur un support matériel¹³². La règle générale suppose la confidentialité et l'interdiction de communiquer les renseignements qui sont « nominatifs »¹³³. Les renseignements nominatifs sont ceux qui renseignent sur l'identité, qui se rapportent à une personne et permettent de reconnaître sa nature¹³⁴. Le nom d'une personne est un renseignement nominatif lorsqu'il est joint à un autre renseignement, ou « lorsque sa seule mention révélerait un renseignement nominatif concernant cette personne »¹³⁵. Un rapport dans lequel un médecin fait part de son analyse de la condition de santé du patient contient des renseignements nominatifs¹³⁶. Les renseignements au sujet des traits psychologiques et de l'état de santé ont aussi été identifiés comme étant nominatifs¹³⁷. Par analogie, les données génétiques sont, elles aussi, des renseignements nominatifs¹³⁸.

129. *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels*, L.R.Q., c. A-2.1 (ci-après « *Loi sur l'accès (organismes publics)* », art. 3 et 6.

130. *Ibid.*, art. 1, 3 et 7.

131. *Ibid.*

132. *Ibid.*, art. 1 ; Catherine MANDEVILLE, « Comment savoir si... ? Ou les limites à l'accès aux renseignements de nature médicale », dans *Développements récents en responsabilité médicale et hospitalière*, Barreau du Québec, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1999, p. 62.

133. *Loi sur l'accès (organismes publics)*, précitée, note 129, art. 53 et 59.

134. *Ibid.*, art. 54 ; C. MANDEVILLE, *op. cit.*, note 132, p. 64.

135. *Loi sur l'accès (organismes publics)*, précitée, note 129, art. 56.

136. *Fortin c. C.U.Q.*, [1986] C.A.I. 125, 128 (C.A.I.).

137. C. MANDEVILLE, *op. cit.*, note 132, p. 64.

138. Jean Carol BOUCHER, « La thérapie génique et ses implications pour le droit », dans *Droits de la personne : « les bio-droits », Aspects nord-américains et européens*, Institut canadien d'études juridiques supérieures, Actes des Journées strasbourgeoises 1996, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997, p. 198 ; D.L. DEMERS, *op. cit.*, note 128, p. 13 ; Poupak BAHAMIN, « La génétique et la protection de la vie privée : confrontation de la législation québécoise au concept du droit à la vie privée », (1995) 55 *R. du B.* 203, 241.

Les entreprises du secteur de la santé qui ne sont pas des établissements de santé sont soumises à la *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*¹³⁹. Ces entreprises sont notamment un « cabinet privé de professionnel »¹⁴⁰ (par ex. une clinique regroupant des médecins opérant à leur compte), un laboratoire indépendant qui offre des services de dépistage et de conseil génétiques, une pharmacie ou un centre d'hébergement privé pour personnes âgées. Nous les appelons ici les détenteurs privés d'information génétique.

Pour qu'une information possédée par un détenteur privé soit protégée, elle doit être un « renseignement personnel », c'est-à-dire un « renseignement qui concerne une personne physique et permet de l'identifier »¹⁴¹. Les données génétiques identifiées ont certainement la capacité d'identifier une personne. Elles sont des renseignements personnels touchés par la loi¹⁴². La règle générale prescrit la confidentialité des renseignements personnels. Ainsi, il est interdit à tout détenteur privé de « communiquer à un tiers les renseignements personnels contenus dans un dossier qu'il détient sur autrui »¹⁴³, notamment les renseignements génétiques.

Le personnel soignant membre d'un ordre professionnel doit, en raison de son appartenance à une profession, se soumettre à des obligations vis-à-vis la confidentialité. Il doit assurer le respect du secret professionnel auquel chaque individu a droit¹⁴⁴. Il s'agit encore une fois d'un droit fondamental¹⁴⁵. Le professionnel doit « respecter le secret de tout renseignement de nature confidentielle qui vient à sa connaissance »¹⁴⁶. Cela inclut autant les révélations faites à un professionnel dans l'exercice de sa profession que les constatations que celui-ci peut tirer d'un examen physique ou de laboratoire¹⁴⁷. Les révélations du patient

139. L.R.Q., c. P-39.1, art. 1 et 3 ; *Loi sur l'accès (organismes publics)*, précitée, note 129, art. 3 et 7.

140. L.S.S.S.S., précitée, note 57, art. 95.

141. *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*, précitée, note 139, art. 2.

142. P. BAHAMIN, *loc. cit.*, note 138, p. 241 ; Jean Carol BOUCHER, *op. cit.*, note 138, p. 200.

143. *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*, précitée, note 139, art. 13.

144. *Charte des droits et libertés de la personne*, précitée, note 113, art. 9.

145. *Ibid.*

146. *Code des professions*, précité, note 52, art. 60.4.

147. Jean-Louis BAUDOUIN et Patrice DESLAURIERS, *La responsabilité civile*, 6^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 1032.

pourraient notamment porter sur la préexistence d'une maladie héréditaire chez plusieurs membres de sa famille. Quant aux constatations du professionnel, elles comprennent les éléments encore inconnus du patient qui vont mener au diagnostic, comme un « défaut génétique »¹⁴⁸.

Parmi les professionnels de la santé susceptibles de traiter des informations génétiques, le médecin¹⁴⁹, le dentiste¹⁵⁰, le pharmacien¹⁵¹ et l'infirmier¹⁵² sont soumis en plus à des dispositions spécifiques reprenant l'obligation générale de secret pour tout professionnel. Quant à la sage-femme, qui fait désormais partie d'un ordre professionnel¹⁵³, elle est encore régie par des dispositions transitoires¹⁵⁴. Celles-ci l'obligent à « tenir secret tout renseignement de nature confidentielle obtenu dans l'exercice de sa profession »¹⁵⁵.

En conséquence, lorsque les chercheurs veulent obtenir des informations génétiques pour mener leurs recherches, ils doivent normalement obtenir le consentement du sujet de recherche. Les informations génétiques font partie de ces informations personnelles dont l'accès nécessite une autorisation. Parfois, il arrive que la loi encadre précisément ce genre d'autorisation. Cela est notamment le cas pour les détenteurs privés d'informations et les établissements de santé. Dans ces cas, le consentement à la communication d'un renseignement doit être donné « à des fins spécifiques »¹⁵⁶ ou « pour une activité précise »¹⁵⁷ et il ne vaut que pour la durée nécessaire à leur accomplissement¹⁵⁸. Par exemple,

148. Pauline LESAGE-JARJOURA et Suzanne PHILIPS-NOOTENS, *Éléments de responsabilité civile médicale, le droit dans le quotidien de la médecine*, 2^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001, p. 336.

149. *Code de déontologie des médecins*, précité, note 36, art. 20.

150. *Code de déontologie des dentistes*, R.R.Q., c. D-3, r. 4, art. 3.06.01.

151. *Code de déontologie des pharmaciens*, précité, note 13, art. 3.06.02.

152. *Code de déontologie des infirmières et des infirmiers*, R.R.Q., c. I-8, r. 4.1, art. 31 ; *Règlement sur les effets, les cabinets de consultation et autres bureaux des membres de l'Ordre des infirmières et infirmiers du Québec*, R. R.Q., c. I-8, r. 7.01, art. 6.

153. *Loi sur les sages-femmes*, précitée, note 16, art. 1.

154. Puisque le Bureau de l'Ordre des sages-femmes n'a pas encore adopté un code de déontologie, la loi impose de façon transitoire le code de déontologie adopté dans le cadre des projets pilotes par le regroupement Les sages-femmes du Québec le 4 décembre 1997 (*Loi sur les sages-femmes*, précitée, note 16, art. 60).

155. *Code de déontologie des sages-femmes*, adopté par le regroupement Les sages-femmes du Québec, 1997, art. 27.

156. *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*, précitée, note 139, art. 14.

157. L.S.S.S.S., précitée, note 57, art. 19.1, al. 1.

158. *Ibid.*, art. 19.1, al. 2 ; *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*, précitée, note 139, art. 14.

le détenteur privé ne peut « utiliser à des fins non pertinentes à l'objet du dossier » les renseignements personnels qu'il détient sur autrui¹⁵⁹. C'est le cas aussi lorsqu'un usager d'un établissement de santé permet l'accès à son dossier « à des fins d'étude, d'enseignement ou de recherche »¹⁶⁰. L'autorisation d'accéder doit obligatoirement être consignée par écrit et limitée à une activité précise¹⁶¹.

Pour terminer, mentionnons qu'une autorisation d'utiliser des données génétiques uniquement pour la prestation de soins ne peut être détournée à des fins de recherche. Devant cette situation, il y aurait violation des droits (par ex. vie privée, confidentialité, intégrité, etc.) vu l'absence de consentement. D'ailleurs, aucune partie du corps, ni tissus ou substances prélevés afin de prodiguer des soins à une personne ne peuvent être utilisés à des fins de recherche, sauf avec un consentement en ce sens¹⁶². Lorsqu'il est question de prélèvements à fins médicales lors de la prestation de soins, le médecin n'a « pas le droit de recueillir le sang [...] pour d'autres fins »¹⁶³. Le médecin qui veut mener des recherches sur l'ADN d'après les échantillons corporels fournis par des patients lors de soins doit donc obtenir un nouveau consentement.

Il est difficile de savoir si ces dispositions peuvent empêcher que des applications soient développées à l'insu du patient ou du sujet de recherche à partir de leur matériel génétique. Il est parfois possible de faire breveter une invention qui utilise des parties du code génétique d'un individu et de la commercialiser. Mais cette exploitation commerciale de l'ADN sans autorisation est controversée. Certains croient qu'il ne peut y avoir de consentement éclairé lorsque ni la volonté de procéder à une utilisation commerciale ni les intérêts économiques n'ont été révélés¹⁶⁴, ou bien que le sujet devrait avoir un droit de regard sur les dérivés de son ADN et donc être appelé à consentir à leur commercialisation¹⁶⁵. Les lignes directrices sur le sujet recommandent aux chercheurs d'informer les participants de leurs intérêts économiques

159. *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*, précitée, note 139, art. 13.

160. L.S.S.S.S., précitée, note 57, art. 19.1, al. 1.

161. *Ibid.*

162. Art. 22 C.c.Q.

163. *R. c. Dymont*, [1988] 2 R.C.S. 417, 432.

164. R.P. KOURI et S. PHILIPS-NOOTENS, *op. cit.*, note 100, p. 55.

165. Edith DELEURY, *Le droit des personnes physiques*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002, p. 141.

dans le projet et de l'impossibilité de participer aux bénéfices en cas de commercialisation des produits¹⁶⁶ ou encore de les avertir que le matériel pourra faire l'objet de transactions commerciales¹⁶⁷. Toute la question de la commercialisation des dérivés génétiques du corps humain, pour l'instant, ne bénéficie pas de positions clairement tranchées par le droit.

ii) Exception à des fins de recherche

Malgré la règle générale de la nécessité de consentement pour accéder à des informations génétiques confidentielles, certains assouplissements existent en faveur des chercheurs pour leur permettre d'accéder aux données existantes qui ne sont pas publiques afin de mener leurs activités. À certaines conditions limitées, des renseignements personnels peuvent être transmis aux chercheurs sans le consentement des intéressés.

Les chercheurs peuvent ainsi obtenir, « à des fins d'étude, de recherche ou de statistique », des renseignements personnels de la part de détenteurs privés d'information génétique (clinique médicale, pharmacie, laboratoire biomédical privé, etc.) qui acceptent de les divulguer¹⁶⁸. Les chercheurs peuvent aussi obtenir des renseignements nominatifs aux fins d'études, de recherche et de statistique de la part d'organismes publics qui acceptent de les communiquer¹⁶⁹. Toutefois, il paraît douteux que ces dispositions s'appliquent lorsque les renseignements sont détenus par des personnes tenues au secret professionnel. Normalement, les deux lois permettant cet accès privilégié aux chercheurs ne sont pas censées avoir pour effet de restreindre la protection offerte aux renseignements par d'autres lois¹⁷⁰. Si une autre loi accorde une meilleure protection, « c'est le régime le plus sévère qui continue à s'appliquer »¹⁷¹. Puisqu'une obligation

166. *Énoncé de principes : Recherche en génomique humaine*, précité, note 98, p. 14.

167. *Énoncé de politique des trois Conseils : Éthique de la recherche avec des êtres humains*, précité, note 96, règle 8.7.

168. *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*, précitée, note 139, art. 18, 8^o et 21.

169. *Loi sur l'accès (organismes publics)*, précitée, note 129, art. 59, 5^o et 125.

170. *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*, précitée, note 139, art. 94, al. 2 ; *Loi sur l'accès (organismes publics)*, précitée, note 129, art. 171.

171. Yvon DUPLESSIS et Jean C. HÉTU, *L'accès à l'information et la protection des renseignements personnels : loi indexée, commentée et annotée*, édition à feuilles mobiles, Brossard, Publications CCH, p. 171-2 (commentaires formulés à l'égard de la loi s'appliquant au secteur privé).

législative de confidentialité incombe à tout professionnel¹⁷², les données génétiques détenues par ces personnes devraient être à l'abri d'une demande de divulgation. À cela s'ajoute la protection quasi constitutionnelle du droit au secret professionnel¹⁷³. Toutefois, une exception à cette protection permet la divulgation de ce qui est protégé par le secret professionnel lorsque qu'il y a autorisation « par une disposition expresse de la loi »¹⁷⁴. Cette exception permettrait-elle au mécanisme de divulgation d'information à des fins de recherche d'être pleinement applicable ? Aucune autorité ne semble s'être penchée sur toutes ces questions et une étude dépassant notre mandat serait nécessaire pour analyser l'interaction de toutes ces lois ainsi que l'impact de la Charte canadienne.

Les chercheurs peuvent obtenir par ces deux mécanismes d'accès, auprès des détenteurs privés et des organismes publics, des renseignements permettant d'identifier une personne¹⁷⁵, comme le nom d'un individu associé à la maladie génétique dont il est atteint. Les détenteurs privés ou les organismes publics sont toujours libres d'accepter ou de refuser de procéder à une telle communication des renseignements¹⁷⁶. S'ils acceptent, il appartient aux chercheurs d'obtenir auprès de la Commission d'accès à l'information (ci-après « C.A.I. ») l'autorisation de *recevoir* ces renseignements¹⁷⁷. Trois conditions encadrent cette permission : (1^o) l'usage projeté ne doit pas être frivole, (2^o) les fins recherchées ne doivent pas pouvoir être atteintes sans identifier les personnes et (3^o) les renseignements doivent être utilisés d'une manière qui en assure le caractère confidentiel¹⁷⁸. La politique de la C.A.I. requiert du chercheur la preuve qu'il lui est impossible d'obtenir le consentement des personnes à l'étude¹⁷⁹. Elle donne en exemple

172. *Code des professions*, précité, note 52, art. 60.4.

173. *Charte des droits et libertés de la personne*, précitée, note 113, art. 9, al. 1.

174. *Ibid.*, art. 9, al. 2.

175. *Loi sur l'accès (organismes publics)*, précitée, note 129, art. 54 ; *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*, précitée, note 139, art. 2.

176. Commission d'accès à l'information, *Guide explicatif du formulaire de demande d'autorisation de recevoir des renseignements nominatifs à des fins de recherche, d'étude ou de statistique*, 1992. Cette interprétation a été donnée vis-à-vis l'article 125 de la *Loi sur l'accès (organismes publics)*, mais nous l'appliquons aussi à l'article 21 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé* puisque le texte est similaire.

177. *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*, précitée, note 139, art. 21 ; *Loi sur l'accès (organismes publics)*, précitée, note 129, art. 125.

178. *Ibid.*

179. Commission d'accès à l'information, *op. cit.*, note 176.

une situation où la population étudiée n'est pas encore connue. Cette situation risque de viser les recherches en génétique lorsque l'on tente d'obtenir les dossiers de toutes les personnes atteintes d'une certaine maladie, dont on ne connaît pas l'identité, afin de trouver des similarités génétiques entre elles.

Ces mécanismes d'accès aux informations personnelles par les chercheurs sont largement utilisés. Entre 1997 et 2002, près de 900 demandes ont été traitées par la C.A.I. et dans 56 % des cas la santé était le domaine de recherche¹⁸⁰. Les organismes publics les plus souvent visés sont la Régie de l'assurance maladie (42 %) et le ministère de la Santé et des Services sociaux (31 %)¹⁸¹, deux entités qui colligent des informations pouvant renseigner sur les caractéristiques génétiques (diagnostics, tests subis, médicaments remboursés, etc.). Il n'est pas rare que l'échantillon demandé vise plus de 100 000 personnes et la C.A.I. indique que les représentations des chercheurs tendent à lui démontrer que la recherche en génétique doit se faire sur des populations de grande taille¹⁸².

Les chercheurs peuvent aussi obtenir des informations sur la santé à partir des établissements de santé. Même s'ils sont des organismes publics, l'accès à leurs dossiers d'utilisateur ne nécessite pas le concours de la C.A.I.¹⁸³. En effet, le directeur des services professionnels de chaque établissement est habilité à communiquer le dossier d'utilisateur « à des fins d'étude, d'enseignement ou de recherche sans le consentement de ce dernier »¹⁸⁴. Cette communication doit être faite uniquement à un « professionnel »¹⁸⁵, ce qui a été interprété comme signifiant un « professionnel de la santé ou des sciences sociales »¹⁸⁶. Le directeur des services professionnels doit s'assurer que trois conditions, qui sont identiques à celles

180. Commission d'accès à l'information, *op. cit.*, note 109, p. 103-104.

181. *Ibid.*, p. 107.

182. *Ibid.*, p. 106.

183. L.S.S.S.S., précitée, note 57, art. 28 ; *Loi sur l'accès (organismes publics)*, précitée, note 129, art. 168.

184. L.S.S.S.S., précitée, note 57, art. 19.2, al. 1. Ce pouvoir extraordinaire du directeur des services professionnels inquiète. Récemment, le Conseil de la santé et du bien-être et la C.A.I. se sont déclarés en faveur de son abolition. Ils proposent de concentrer toutes les demandes vers un seul organe décideur, la C.A.I. (Conseil de la santé et du bien-être, *op. cit.*, note 108, p. 28 ; Conseil de la santé et du bien-être, *La santé et le bien-être à l'ère de l'information génétique : enjeux individuels et sociaux à gérer*, Ste-Foy, Gouvernement du Québec, 2001, p. 75 ; Commission d'accès à l'information, *op. cit.*, note 109, p. 111).

185. L.S.S.S.S., précitée, note 57, art. 19.2, al. 1.

186. *X. c. Centre hospitalier universitaire de Québec*, [2001] C.A.I. 86, p. 89 (C.A.I.).

que regarde la C.A.I. (non-frivolité, nécessité, confidentialité), sont remplies. S'ajoute à cela le devoir du directeur de « refuser d'accorder son autorisation s'il est d'avis que le projet du professionnel ne respecte pas les normes d'éthique ou d'intégrité scientifique généralement reconnues »¹⁸⁷. Pour les mêmes raisons que celles vues précédemment, nous nous interrogeons sur la validité de la transmission d'informations lorsque celles-ci sont détenues par des personnes tenues au secret professionnel.

C. Expérimentation

Lorsque la recherche oblige les chercheurs à entrer en contact plus étroitement avec les sujets et à leur prodiguer des soins, il faut parler d'« expérimentation » au sens du Code civil. L'expérimentation est située dans le chapitre « De l'intégrité de la personne », dans la section « Des soins ». L'expérimentation fait partie des actes médicaux regroupés sous le terme « soins »¹⁸⁸. Cette notion de « soins » regroupe autant des examens, des prélèvements, des traitements ou toute autre intervention¹⁸⁹. Puisqu'il s'agit d'un concept large, tous les prélèvements et les analyses de nature génétique entrent sous le couvert de la notion de « soins »¹⁹⁰. Ainsi, un prélèvement de salive pour dépistage génétique ou l'analyse en laboratoire des protéines produites dans le sang par l'effet des gènes constituent tous deux des soins.

Dans une expérimentation, les soins doivent « s'inscrire dans un projet de recherche »¹⁹¹. L'expérimentation fait appel à la méthode scientifique : c'est-à-dire que l'esprit suit une démarche pour vérifier une hypothèse¹⁹². Il convient de la définir par l'objectif que recherchent les initiateurs : si l'objectif consiste en l'acquisition de connaissances nouvelles (plutôt que la seule guérison du patient), on parle d'expérimentation¹⁹³. Par exemple, une recherche sur l'identification des gènes de susceptibilité des maladies psychiatriques, comprenant un questionnaire et une prise de sang, a été qualifiée d'expérimentation¹⁹⁴.

187. L.S.S.S.S., précitée, note 57, art. 19.2, al. 2.

188. *Parent et complexe hospitalier de La Sagamie c. Maziade*, C.A.Q., n° 200-09-001445-979, 26 mai 1998, p. 36.

189. C.c.Q., art. 11 ; L.S.S.S.S., précitée, note 57, art. 9.

190. P. BAHAMIN, *loc. cit.*, note 138, p. 227 ; Alexandra OBADIA, « L'incidence des tests d'ADN sur le droit québécois de la filiation », (2000) 45 *R.D. McGill* 483, 512.

191. É. DELEURY, *op. cit.*, note 165, p. 145.

192. *Ibid.*

193. R.P. KOURI et S. PHILIPS-NOOTENS, *loc. cit.*, note 90, p. 107.

194. *Parent et complexe hospitalier de La Sagamie c. Maziade*, précité, note 188, p. 36.

L'expérimentation peut être ou non à portée thérapeutique pour les sujets de recherche. On parle d'expérimentation thérapeutique lorsqu'elle cherche à traiter les personnes (par ex. tenter d'ajuster la médication de personnes diabétiques d'après leur code génétique). On utilise l'expression « expérimentation non thérapeutique » lorsque aucun bienfait direct n'est attendu pour les sujets (par ex. chercher les effets secondaires produits par un médicament, selon leur génotype, sur des personnes en santé).

Une expérimentation pourrait aussi impliquer une thérapie génique. La thérapie génique conduit à modifier délibérément le matériel génétique d'une personne afin de prévenir ou de guérir les maladies¹⁹⁵. Au stade où en sont les connaissances, la thérapie génique n'est pas encore assez éprouvée pour faire partie de la pratique courante : « ces modifications restent de l'ordre de l'expérimentation. Il ne s'agit pas de *traitement* proprement dit »¹⁹⁶.

Les règles de consentement et de confidentialité déjà vues qui s'imposent à toute recherche s'appliquent minimalement au type particulier de recherche qu'est l'expérimentation. Cependant, des obligations spécifiques s'ajoutent ou sont modulées à la hausse face à une expérimentation. D'abord, l'analyse des risques et des bénéfices précédant l'expérimentation fait partie des règles qui s'ajoutent (*i) Analyse risques/bénéfices*). Deuxièmement, le consentement implique une norme spécifique quant à la divulgation des risques (*ii) Spécificités du consentement*). Ces deux points retiennent notre attention dans les paragraphes qui suivent.

i) Analyse risques/bénéfices

Avant même d'entreprendre le projet d'expérimentation, le chercheur doit en soupeser les risques et les bénéfices. L'expérimentation peut avoir lieu « pourvu que le risque couru ne soit pas hors de proportion avec le bienfait qu'on peut raisonnablement en espérer »¹⁹⁷. L'évaluation risques/bénéfices doit être faite par le chercheur avant même de solliciter le consentement des

195. Geneviève CARDINAL, *Les dimensions normatives de la thérapie génique*, Montréal, Éd. Thémis, 2003, p. 2.

196. *Énoncé de politique des trois Conseils : Éthique de la recherche avec des êtres humains*, précité, note 96, règle 8.5. En 2004, on dénombre plus de 900 essais cliniques de thérapie génique en cours dans le monde, dont 12 au Canada (« Gene Therapy Clinical Trials Worldwide », *Journal of Gene Medicine*, [En ligne] www.wiley.co.uk/genmed/clinical (page consultée le 6 février 2004)).

197. Art. 20 C.c.Q.

sujets¹⁹⁸. Cette exigence peut notamment être remplie par l'approbation du protocole de recherche par un comité d'éthique¹⁹⁹.

L'obtention d'une approbation par un comité d'éthique n'est une exigence juridique que dans deux situations précises : lorsqu'un médecin est impliqué, ou lorsque des mineurs ou des majeurs inaptes sont sujets de recherche. Comme on l'a vu, si le chercheur est un médecin, il doit, « avant d'entreprendre sa recherche sur des êtres humains, obtenir l'approbation du projet par un comité d'éthique »²⁰⁰. Quant aux projets d'expérimentation touchant les enfants et les majeurs inaptes, ils doivent toujours être approuvés et suivis par un comité d'éthique institué ou désigné par le gouvernement²⁰¹. Hors de ces deux situations, il arrive qu'obtenir l'aval d'un comité d'éthique s'impose par d'autres mécanismes. Ainsi, le gouvernement oblige une évaluation éthique pour toute « recherche en médecine génétique » lorsqu'elle a lieu dans les établissements de santé²⁰². Aussi, comme nous l'avons vu plus haut, plusieurs organismes subventionnaires rendent obligatoire l'évaluation éthique de l'expérimentation. C'est le cas du Fonds de la recherche en santé du Québec pour toute recherche « menée avec des sujets humains vivants »²⁰³. Les trois Conseils imposent aussi cette exigence²⁰⁴. Des documents à portée internationale mentionnent aussi l'importance de la révision éthique de l'expérimentation qui a recours aux technologies génétiques²⁰⁵.

Le fait que le sujet de recherche retire un bénéfice pour sa santé module le degré de risque acceptable à la hausse. En expérimentation thérapeutique, parce qu'intervient un intérêt personnel direct pour le patient (guérison ou amélioration de la santé), le

198. *Parent et complexe hospitalier de La Sagamie c. Maziade*, précité, note 188, p. 35.

199. *Ibid.*, p. 37-38.

200. *Code de déontologie des médecins*, précité, note 36, art. 31. Le code de déontologie de l'Association médicale canadienne, qui n'est pas une norme contraignante pour les médecins, est au même effet (Association médicale canadienne, *Code de déontologie*, 1996, art. 25).

201. Art. 21, al. 2 C.c.Q.

202. *Plan d'action ministériel en éthique de la recherche et en intégrité scientifique*, précité, note 94, p. 11.

203. *Guide d'éthique de la recherche et d'intégrité scientifique : Standards en éthique de la recherche et en intégrité scientifique du FRSQ*, précité, note 97, p. 37.

204. *Énoncé de politique des trois Conseils : Éthique de la recherche avec des êtres humains*, précité, note 96, règle 1.1, a).

205. Société Internationale de Bioéthique, *Déclaration bioéthique de Gijon 2000*, Gijon, 2000, art. 11 ; *Déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'homme*, précitée, note 98, art. 5 et 16.

niveau de risque acceptable est plus élevé²⁰⁶. À ce moment, le risque que court une personne malade, qui de toute façon devrait subir des traitements thérapeutiques invasifs, a des chances d'être minimal²⁰⁷. Il s'agit notamment des cas où une thérapie génique est tentée. Le raisonnement opère à l'inverse pour l'expérimentation non thérapeutique. Il faut garder à l'esprit que l'expérimentation non thérapeutique est « un geste essentiellement altruiste », où tous les risques sont supportés par le sujet qui ne jouit d'aucun bénéfice direct²⁰⁸. Cela viserait des recherches sur le patrimoine génétique d'individus en bonne santé qui ne leur apportent pas de bénéfice individuel.

Il n'y a pas de raison de limiter les catégories de risque qu'il faut prendre en considération dans l'analyse risques/bénéfices²⁰⁹. Parmi les risques envisagés, il faut inclure ceux se rapportant à la sécurité physique et mentale du sujet²¹⁰. Pour la recherche en génétique, cela comprend « les dommages moraux, physiques, psychologiques et sociaux »²¹¹. Vu la nature prospective et familiale des informations génétiques, les risques de nature sociale et économique doivent faire l'objet d'une attention particulière. Les risques liés à l'évidence génétique d'une non-paternité et les conséquences de la découverte d'une anomalie génétique sur l'assurance et l'emploi font partie du lot²¹². Considérant l'éventail des risques à évaluer, certaines recherches en génétique, même si elles ne posent pas les risques graves de la recherche médicale conventionnelle (par ex. arrêt cardio-respiratoire, hémorragie, réaction allergique), pourraient quand même être trop risquées pour être entreprises. Par exemple, une expérimentation cherchant simplement à identifier les personnes possédant le

206. R.P. KOURI et S. PHILIPS-NOOTENS, *loc. cit.*, note 90, p. 119.

207. *Énoncé de politique des trois Conseils : Éthique de la recherche avec des êtres humains*, précité, note 96, partie C1 ; *Guide d'éthique de la recherche et d'intégrité scientifique : Standards en éthique de la recherche et en intégrité scientifique du FRSQ*, précité, note 97, p. 24.

208. Mathieu GAGNÉ, « L'expérimentation humaine : l'intégration des règles bioéthiques en droit québécois », (2001) 42 *C. de D.* 1125, 1156.

209. Robert P. KOURI et Suzanne PHILIPS-NOOTENS, « La protection de la personne dans la recherche médicale : l'approche du droit civil au Québec », dans *Droit contemporain : rapports canadiens au Congrès international de droit comparé, Bristol, 1998*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1999, p. 175.

210. R.P. KOURI et S. PHILIPS-NOOTENS, *loc. cit.*, note 90, p. 117.

211. *Énoncé de politique des trois Conseils : Éthique de la recherche avec des êtres humains*, précité, note 96, règle 8.3.

212. M. GAGNÉ, *loc. cit.*, note 208, p. 1155 ; R.P. KOURI et S. PHILIPS-NOOTENS, *loc. cit.*, note 90, p. 117.

génotype associé à une maladie fatale et non traitable qui se développera dans plusieurs années, et à les en informer, pourrait amener de trop lourds risques psychologiques et sociaux pour les minimes avantages qu'elle procurerait. Les personnes atteintes pourraient vivre une anxiété induite devant l'absence de soins préventifs²¹³ et subir les contrecoups sociaux de leur situation, comme l'incapacité de souscrire une assurance-vie pour mettre leur famille à l'abri.

Dans le cas des enfants et des personnes inaptes, le risque est modulé avec une exigence supplémentaire : l'expérimentation ne doit pas leur faire courir de risque sérieux pour leur santé²¹⁴. Le risque est sérieux « s'il représente un danger nettement plus élevé que ceux courus dans les aspects de la vie quotidienne reliés à la recherche »²¹⁵. L'état physique n'est pas la seule composante de la santé visée ; il faut aussi regarder les impacts psychologiques, affectifs et sociaux²¹⁶. Toutefois, les risques autres que ceux touchant la santé, même graves, ne sont pas compris dans la loi. Ainsi, les risques liés à la connaissance de résultats génétiques (discrimination dans l'emploi, difficulté de s'assurer, filiation erronée, etc.), même quand ils sont sérieux, n'empêcheront pas, en vertu de la loi, la tenue de l'expérimentation. Pourtant, ils peuvent engendrer des conséquences sérieuses et graves dans la vie individuelle et familiale des sujets mineurs et inaptes. Sans compter qu'on enlève aux enfants la possibilité de choisir, à l'âge adulte, s'ils veulent ou non connaître leur bagage génétique. Toutefois, on peut s'attendre à ce que les comités d'éthique compétents à évaluer l'expérimentation sur les mineurs et les inaptes s'intéressent à ces questions. En effet, l'obligation de ces comités d'éthique est formulée d'une façon non restrictive : « déterminer s'il y a équilibre entre les risques et les avantages pour la personne »²¹⁷.

213. *Énoncé de politique des trois Conseils : Éthique de la recherche avec des êtres humains*, précité, note 96, règle 8.3.

214. Art. 21, al. 1 C.c.Q.

215. *Guide d'éthique de la recherche et d'intégrité scientifique : Standards en éthique de la recherche et en intégrité scientifique du FRSQ*, précité, note 97, p. 23.

216. P. LESAGE-JARJOURA et S. PHILIPS-NOOTENS, *op. cit.*, note 148, p. 202 (les auteurs réfèrent notamment à Jean-Louis BAUDOUIN, « L'expérimentation chez les humains : un conflit de valeurs », (1981) 26 *R.D. McGill* 809, 831).

217. *Conditions d'exercice des comités d'éthique de la recherche désignés ou institués par le ministre de la Santé et des Services sociaux en vertu de l'article 21 du Code civil*, (1998) 35 *G.O.* I, 1039, 1039-1040.

Avant de terminer, il est important de mentionner quelques-uns des enjeux controversés au regard de l'analyse risques/bénéfices dans certaines expérimentations avec la science génétique.

D'abord, certaines préoccupations se posent en regard du clonage reproductif d'un être humain. Des documents internationaux condamnent ce genre de pratique, comme la *Déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'homme*²¹⁸. Au Canada, en raison de l'adoption récente d'une loi fédérale, la question n'est plus véritablement éthique mais juridique. Ainsi, il est dorénavant interdit de « créer un clone humain par quelque technique que ce soit »²¹⁹.

En ce qui concerne la thérapie génique, des distinctions sont à faire selon qu'on risque ou non d'affecter la descendance du sujet de recherche (modifier les cellules germinales ou somatiques). Au Canada, il est maintenant défendu de « modifier le génome d'une cellule d'un être humain ou d'un embryon *in vitro* de manière à rendre la modification transmissible aux descendants »²²⁰. Il semble d'ailleurs y avoir un consensus international sur le caractère inacceptable des modifications qui pourraient se transmettre aux générations futures²²¹. L'ignorance du risque réel associé à ce type d'expérimentation explique cette position : « du fait des nombreuses difficultés techniques et des incertitudes quant à leurs effets néfastes éventuels pour les générations futures, les interventions sur les cellules germinales ont été fortement déconseillées ou ont fait l'objet d'une interdiction légale »²²². Quant aux modifications géniques qui n'affectent que le sujet de recherche lui-même (modifier les cellules somatiques), elles seraient envisageables d'un point de vue éthique seulement lors-

218. Précitée, note 98, art. 11.

219. *Loi sur la procréation assistée*, L.C. 2004, c. 2, art. 5(1)a).

220. *Ibid.*, art. 5(1)f).

221. G. CARDINAL, *op. cit.*, note 195, p. 3. Voir par exemple : Conseil de l'Europe, *Convention pour la protection des droits de l'homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine : Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine*, Oviedo, 1997 ; Fédération internationale des gynécologues et obstétriciens - Comité pour l'étude des aspects éthiques de la reproduction humaine et de la santé des femmes, *Directives éthiques relatives à la modification des gènes chez les êtres humains*, Ljubljana, 1996 ; Groupe de conseillers pour l'éthique de la biotechnologie, *Avis n° 4, Les aspects éthiques de la thérapie génique*, Bruxelles, 1994 ; *Énoncé de politique des trois Conseils : Éthique de la recherche avec des êtres humains*, précité, note 96.

222. Comité international de bioéthique de l'UNESCO, *Rapport du CIB sur le diagnostic génétique pré-implantatoire et les interventions sur la lignée germinale*, Paris, 2003, p. 15.

que entreprises à des fins thérapeutiques²²³. Cette spécification cherche à combattre l'expérimentation qui aurait comme seul but d'améliorer l'être humain « afin de produire des individus ou des groupes entiers dotés de caractéristiques particulières et de qualités souhaitées »²²⁴.

ii) Spécificités du consentement

Étant donné que l'expérimentation est une activité de recherche, les normes discutées au sujet du consentement à la recherche constituent le corpus légal minimal applicable. Puisque l'expérimentation fait aussi partie des soins, les règles d'obtention du consentement précédant la prestation de soins s'appliquent aussi minimalement.

Comme personne ne peut recevoir des soins sans son consentement libre et éclairé²²⁵, il faut obtenir le consentement préalable du sujet avant toute expérimentation. Si celui-ci est mineur ou inapte à consentir, une personne autorisée par la loi consentira à sa place²²⁶. Le consentement à l'expérimentation doit être donné par écrit, mais « il peut toujours être révoqué, même verbalement »²²⁷. La teneur des informations qui doivent être données afin d'assurer un consentement éclairé en matière d'expérimentation est plus exigeante que lors de la prestation de soins généraux²²⁸. Cette situation s'explique parce que les risques sont plus grands ou qu'ils sont subis pour procurer un bénéfice à d'autres personnes. L'obligation de divulgation est encore plus exigeante lors d'une expérimentation non thérapeutique. Le sujet « a droit à des explications complètes et loyales » des procédures envisagées, des douleurs et des risques immédiats et à long terme²²⁹. Ainsi, dans une recherche sans visée thérapeutique pour le sujet, « le médecin doit révéler tous les risques connus même rares, ou

223. G. CARDINAL, *op. cit.*, note 195, p. 3. Voir par exemple : *Convention pour la protection des droits de l'homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine : Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine*, précitée, note 221.

224. Conseil de l'Europe, *Rapport explicatif à la Convention pour la protection des droits de l'homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine : Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine*, 1996, art. 13, par. 89.

225. Art. 11 C.c.Q.

226. *Ibid.*, art. 21.

227. *Ibid.*, art. 24.

228. J.C. BOUCHER, *loc. cit.*, note 138, p. 188.

229. R.P. KOURI et S. PHILIPS-NOOTENS, *op. cit.*, note 100, p. 336.

éloignés et à plus forte raison si ceux-ci sont d'une conséquence grave »²³⁰. Si le chercheur est un médecin, il doit être certain qu'il y a eu divulgation « des avantages, risques ou inconvénients pour le sujet, [et] des avantages que lui procureraient des soins usuels s'il y a lieu »²³¹. Doivent donc être révélés les « risques particuliers ou inhabituels de l'acte proposé, même si ces derniers ne sont que possibles, lorsque leur réalisation peut entraîner des conséquences graves »²³². Les risques non probables, mais dont la réalisation est possible, sont hautement à considérer²³³.

Compte tenu de tous ces facteurs, on voit combien d'éléments devront être révélés avant de consentir à une expérimentation faisant appel à la génétique. On peut penser aux risques dont il a été question pour le consentement à la recherche en général, comme les risques d'utilisation dans l'emploi et l'assurance et les risques psychologiques et familiaux. Ainsi, même s'il est peu probable que certains de ces risques se réalisent à la suite de l'expérimentation, les sujets de recherche devront tout de même en être informés. Par exemple, on doit penser à la stigmatisation dans les services sociaux, l'accès difficile à des services médicaux restreints et la nécessité de se soumettre à des examens complémentaires²³⁴. Peu de choses pourront valablement être passées sous silence. S'ajoutent à cela, pour la thérapie génique, les risques de nature biomédicale (risques sur la santé liés à l'échec du traitement).

2.2 Soins innovateurs

Lorsque des soins non usuels sont prodigués à des personnes, mais que cela ne s'inscrit pas dans un projet de recherche, il est question de soins innovateurs. L'objectif primordial des soins innovateurs est l'intérêt du patient, plutôt que le savoir²³⁵. Ils consistent en une initiative spontanée d'offrir un traitement inédit, non validé, non éprouvé et non approuvé par les pairs²³⁶. Il

230. *Weiss c. Solomon*, précité, note 106, p. 34.

231. *Code de déontologie des médecins*, précité, note 36, art. 30, 1^o.

232. R.P. KOURI et S. PHILIPS-NOOTENS, *loc. cit.*, note 90, p. 121.

233. Le cadre éthique développé par le Fonds de la recherche en santé du Québec propose de dénoncer « tous les inconvénients ou risques prévisibles, qu'ils soient physiques, psychologiques, économiques, familiaux ou sociaux » (*Guide d'éthique de la recherche et d'intégrité scientifique : Standards en éthique de la recherche et en intégrité scientifique du FRSQ*, précité, note 97, p. 31).

234. Réseau de médecine génétique appliquée, précité, note 103, p. 6.

235. R.P. KOURI et S. PHILIPS-NOOTENS, *loc. cit.*, note 90, p. 107.

236. É. DELEURY, *op. cit.*, note 165, p. 145-147.

s'agit d'une « intervention qui n'a pas encore été suffisamment éprouvée sur le plan scientifique pour répondre aux normes de la pratique médicale courante »²³⁷. Un médecin risquant un traitement nouveau, dont on ne connaît pas encore l'efficacité et les dangers, à un patient pour qui les traitements conventionnels n'offrent plus rien, prodiguerait des soins innovateurs. Il pourrait notamment s'agir d'un médecin qui tente un traitement par la thérapie génique pour un patient sur lequel tous les autres traitements ont échoué, sans que cette intervention s'inscrive dans un protocole de recherche. Comme on l'a vu, la thérapie génique n'est pas encore un traitement standard et éprouvé.

Il y a peu de règles qui encadrent de façon particulière les soins innovateurs. S'agissant de « soins », les obligations relatives à leur prestation sont à tout le moins applicables avec quelques modifications. Il faut s'inspirer des règles usuelles de soins, mais les amplifier pour tenir compte de leur aspect innovateur²³⁸. Par contre, on échappe aux dispositions encadrant l'expérimentation²³⁹. Devant une technique médicale encore à ses débuts et pour laquelle certains aspects sont encore mal connus, « l'obligation de prudence, de divulgation et d'information [est] alors plus grande, surtout, encore une fois, lorsqu'il s'agit d'une intervention purement élective »²⁴⁰.

Étant donné que les risques sont plus importants que lors de la prestation de soins habituels et éprouvés, l'obligation de révéler les risques s'en trouve augmentée. Ainsi, avec la thérapie génique, il est enjoint au médecin de faire preuve de plus de prudence lorsqu'il informe le patient. Il doit, « à l'égard d'un patient qui veut recourir à des traitements insuffisamment éprouvés, l'informer du manque de preuves scientifiques relativement à de tels traitements, des risques ou inconvénients qui pourraient en découler, ainsi que des avantages que lui procureraient des soins usuels, le cas échéant »²⁴¹. On voit donc que la barre est très haute en matière de soins innovateurs liés à la génétique.

237. R.P. KOURI et S. PHILIPS-NOOTENS, *op. cit.*, note 209, p. 174.

238. *Ibid.*, note 100, p. 303.

239. *Plan d'action ministériel en éthique de la recherche et en intégrité scientifique*, précité, note 94, p. 25 ; *Guide d'éthique de la recherche et d'intégrité scientifique : Standards en éthique de la recherche et en intégrité scientifique du FRSQ*, précité, note 97, p. 29.

240. *Brunet-Anglehart c. Donohue*, C.S., n° 500-05-016626-903, 27 juillet 1995, p. 14 (règlement hors cour en appel n° 500-09-001358-951).

241. *Code de déontologie des médecins*, précité, note 36, art. 49.

Rien ne semble rendre obligatoire l'évaluation du plan des soins innovateurs par un comité d'éthique. Toutefois, il est difficile de savoir clairement s'il revient obligatoirement au comité d'éthique de décider s'il s'agit de soins innovateurs ou d'expérimentation lorsque des mineurs ou des majeurs inaptes sont concernés. La formule ambiguë du Code civil sur cette matière ouvre la porte à toutes les interprétations²⁴².

CONCLUSION

Tout au long de cette analyse, nous avons tenté de trouver le cadre juridique qui pourrait être applicable au secteur de la santé lorsqu'il a affaire à la génétique. Notre point de départ a toujours été les normes générales actuelles, auxquelles nous avons tenté de donner une lecture qui les rendrait les plus universelles possible, englobant ainsi ce qui touche à la génétique. Il faut toutefois préciser que cette analyse n'est pas exhaustive et que d'autres questions juridiques sont soulevées par la génétique. On peut penser à tout ce qui touche la commercialisation de dérivés du corps humain, l'utilisation des parties du corps d'une personne décédée ou la protection juridique des embryons.

À plusieurs points de vue, la science génétique n'est pas tellement différente d'autres sciences déjà utilisées par la médecine. Elle présente quelques particularités, notamment en ce qu'elle peut avoir un caractère prédictif ou familial. La chose qui nous apparaît la plus importante dans l'interprétation du cadre normatif est la nécessité de faire cette analyse en comprenant bien les possibilités réelles de la technologie génétique. Il faut surtout se garder de décider sur la base d'attributs sensationnels qui ne représentent pas le réel potentiel (ou risque) des applications de la génétique. De cette façon, nous croyons que les nouvelles réalités apportées par la génétique sauront être régies le mieux possible par le droit actuel.

242. Art. 21, al. 4 C.c.Q. La disposition se lit ainsi : « Ne constituent pas des expérimentations les soins qui, selon le comité d'éthique, sont des soins innovateurs requis par l'état de santé de la personne qui y est soumise. »

La responsabilité civile des résidents en médecine et de leurs commettants

Alain BESTAWROS

RÉSUMÉ

Le résident en médecine jouit d'un statut particulier dans le système de santé québécois. Bien qu'il ne soit pas médecin au sens de la loi, il est en droit de poser des actes hospitaliers et médicaux supervisés. En vertu des règles de responsabilité extracontractuelle, il répond de sa propre faute. Mais il n'est pas seul : selon les circonstances, l'hôpital employeur ou le médecin-patron devra répondre de la faute de son résident.

En ce qui concerne l'établissement hospitalier, sa relation avec le patient a fait l'objet d'une vive controverse doctrinale et jurisprudentielle. La thèse actuellement retenue est celle du régime extracontractuel de responsabilité. La responsabilité de l'hôpital ne saurait donc être retenue que si le résident agissait à titre de préposé au moment de la commission de la faute.

Quant au médecin-patron, sa relation avec le patient obéit généralement aux règles de responsabilité contractuelle. Il répond donc de la faute de son résident sans la preuve d'un lien de préposition. De plus, le médecin-patron peut être tenu responsable de sa propre faute, notamment de la faute commise lors de la délégation inappropriée d'un acte médical au résident. Enfin, le consentement invalide du patient à la participation du résident à l'acte médical peut être générateur de responsabilité pour le médecin-patron.

Le cadre juridique entourant la responsabilité du résident en médecine doit tenir compte de deux valeurs fondamentales : soit celle du respect des droits du patient à un service de qualité et celle de la formation du résident. Il importe de préciser que peu importe le régime de responsabilité applicable, l'indemnisation de la victime reste quasi garantie puisque le résident, le médecin-patron et l'hôpital doivent détenir une police d'assurance responsabilité.

La responsabilité civile des résidents en médecine et de leurs commettants

Alain BESTAWROS*

INTRODUCTION	5
PARTIE I – NOTIONS PRÉLIMINAIRES	7
A) Le résident en médecine	7
i. Cadre législatif entourant sa formation	7
ii. La nature de ses actes.	9
B) Le régime de responsabilité civile applicable.	12
i. La relation patient-médecin : l'existence, la nature et le contenu du contrat médical	13
ii. La relation patient-hôpital : le régime contractuel et légal	19
iii. Le lien de préposition : l'hôpital, le médecin et le résident	27
PARTIE II – RESPONSABILITÉ POUR UNE FAUTE COMMISE PAR LE RÉSIDENT	32
A) Responsabilité personnelle du résident fautif	32
i. Critères d'évaluation de la faute du résident	32

* M.D., C.M., LL.B. L'auteur tient à remercier M^e Patrice Deslauriers pour ses précieuses suggestions.

ii.	Le recours récursoire contre le résident fautif . . .	36
iii.	La faute déontologique du résident	37
B)	La responsabilité de l'établissement hospitalier pour la faute du résident	37
C)	La responsabilité du médecin-patron	40
i.	Pour la faute du résident	40
ii.	Pour sa propre faute	42
a)	Les critères de délégation	43
b)	Le consentement du patient à la participation du résident	47
c)	Le devoir d'enseignement	53
CONCLUSION		54
ANNEXE	Schéma des relations juridiques entre les divers intervenants (selon la plus récente jurisprudence québécoise).	56

*Que les médecins se rassurent, l'exercice
de leur art n'est pas mis en péril ; la gloire
et la réputation de ceux qui l'exercent avec
tant d'avantage pour l'humanité ne seront
pas compromises par la faute d'un homme
qui aura failli sous le titre de docteur...¹*

INTRODUCTION

En droit québécois, la responsabilité médicale et hospitalière a connu des débuts particulièrement lents². En effet, dans les années antérieures à 1970, on recense peu de décisions traitant de la responsabilité des médecins ou des hôpitaux. Depuis ce temps, cependant, le domaine de la responsabilité médicale ainsi que le nombre de recours en cette matière ont connu une importante croissance³. Plusieurs facteurs peuvent expliquer une telle évolution. Notons d'abord les avancements technologiques qui ont permis une certaine standardisation des méthodes de diagnostic et de traitement. L'aspect subjectif – l'art – derrière la médecine a cédé la place à une médecine objective, scientifique, pouvant servir de standard, particulièrement utile en cas de litige ! Les percées scientifiques véhiculées par les médias ont également créé des attentes chez les patients, ceux-ci de plus en plus informés et exigeants. La nature de la relation médecin-patient a changé : le paternalisme qui la caractérisait jadis a cédé le pas à une plus grande autonomie du patient, et désormais à un partenariat médecin-patient⁴.

1. Procureur général Dupin, cité dans P.A. CRÉPEAU, *La responsabilité civile du médecin et de l'établissement hospitalier*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1956, p. 1.
2. *Ibid.*, p. 29 et s.
3. Pour les statistiques sur le nombre de recours intentés et amenés à jugements, voir M. BOULANGER, « La victime de soins médicaux et hospitaliers déficients : perspectives en matière de recours et de compensation des dommages », dans *Développements récents en droit civil*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1994, p. 97 ; voir aussi G. MULLINS, « Le risque d'être poursuivi », inédit, utilisé dans le cours « Aspects normatifs de l'éthique et du droit – ASA 6111 » dispensé au programme de maîtrise en administration de la santé, au département d'administration de la santé (DASUM) de la faculté de médecine de l'Université de Montréal.
4. K. BOTTLES, « The doctor/patient relationship for the 21st century. Clash of "cultural creatives" and "traditionalists" helps focus the future of patient care », dans *Physician Executive*, septembre-octobre 2001 ; 27(5):10-4.

La complexité sans cesse croissante des sciences médicales a requis la spécialisation, voire la surspécialisation, des médecins. La prise en charge moderne du patient fait appel à une véritable équipe multidisciplinaire, à laquelle chacun contribue selon sa formation. Chaque spécialité est devenue, en elle-même, un vaste domaine de connaissance requérant des années de formation. Ayant terminé leurs études en médecine, les diplômés, désormais résidents, doivent compléter plusieurs années de formation avant de recevoir leur permis de pratique. Durant ces années, ils sont appelés à intervenir activement auprès des patients. Leur formation implique une participation plus ou moins importante aux actes médicaux ainsi qu'aux soins hospitaliers prodigués aux patients. Selon l'importance des actes qu'ils accomplissent ainsi que leur niveau de formation, le degré de supervision des résidents par leurs médecins-patrons varie grandement.

À la lumière de cette évolution, il importe de définir qui répondra du comportement fautif d'un résident. Outre le résident lui-même, est-ce l'établissement hospitalier à son titre d'employeur ? Ou est-ce le médecin-patron chargé de la supervision du résident ? Pourrait-on, dans certains cas, tenir les deux, ou aucun d'eux, responsables ?

D'abord, nous étudierons certaines notions préliminaires, essentielles à notre discussion ultérieure. Il s'agira de définir le statut légal du résident ainsi que la nature des actes qu'il est en droit de poser. Nous traiterons également des régimes de responsabilité civile applicables entre les divers intervenants – établissement hospitalier, médecin, résident, et patient – puisque, selon le régime, la responsabilité de l'un ou de l'autre pourrait être retenue. Dans un deuxième temps, nous examinerons la question de la responsabilité civile pour un acte fautif commis par un résident. Nous verrons les conditions nécessaires pour engager la responsabilité personnelle du résident, celle de l'établissement hospitalier et celle du médecin-patron. Ce faisant, nous étudierons la question de la délégation des actes médicaux aux résidents et celle du consentement du patient à la participation des résidents à leurs soins.

PARTIE I – NOTIONS PRÉLIMINAIRES

A) Le résident en médecine

Avant de s'attarder au statut légal et à la nature des actes posés par le résident en médecine, il est utile de présenter brièvement le cheminement académique normalement suivi par un candidat à l'exercice de la profession médicale. Comme nous le verrons, chaque étape de sa formation est encadrée par divers lois et règlements qui déterminent son statut légal et les actes qu'il est en droit de poser.

i. *Cadre législatif entourant sa formation*

Un individu désirant exercer la médecine doit commencer par entreprendre des études médicales⁵. Ces études comportent un volet académique ainsi qu'un volet pratique. Au cours de ce dernier volet, il sera appelé en sa qualité d'étudiant en médecine – ou *externe* – à agir auprès de patients. À cette fin, il doit être immatriculé auprès du Collège des médecins du Québec⁶. Le certificat d'immatriculation autorise l'étudiant à poser, sous surveillance, les actes médicaux nécessaires à sa formation. Ce certificat est également un préalable à l'obtention éventuelle du permis d'exercice. Une fois son doctorat en médecine terminé, il obtient son diplôme et se voit attribuer le titre de médecin (M.D., pour « *medicinae doctor* »). Ce titre est décerné par l'université à laquelle il a terminé ces études, et ne lui confère, en soi, aucun droit d'exercice de la médecine. Il importe de préciser que le résident est un médecin de par son diplôme mais non au sens de la loi⁷.

S'il est désireux d'exercer la profession, il devra se soumettre à un premier examen administré par le Conseil médical du

5. Au Québec, quatre universités offrent le programme de doctorat en médecine, d'une durée de quatre ou cinq ans selon l'université choisie : l'Université de Montréal, l'Université McGill, l'Université de Sherbrooke, et l'Université Laval. Partout ailleurs en Amérique du Nord, le candidat aux études médicales doit avoir complété un baccalauréat au préalable.

6. *Loi médicale*, L.R.Q., c. M-9, art. 28 à 30. Les conditions et les formalités de délivrance du certificat d'immatriculation à un étudiant en médecine sont déterminées par le Bureau de l'Ordre des médecins.

7. Il faut distinguer le titre de médecin tel qu'octroyé par le diplôme universitaire et tel que défini par la loi. Selon l'article 1c) de la *Loi médicale*, le terme « médecin » n'inclut pas les résidents puisqu'il se limite à « quiconque est inscrit au tableau des membres en règle de l'Ordre. N'ayant pas encore obtenu leur permis d'exercice, les résidents ne sont pas inscrits audit tableau.

Canada (Examen d'aptitude – Partie I)⁸. Il devra également se faire admettre par l'une des facultés de médecine dans un programme de résidence en médecine générale ou en spécialité. Le nombre d'années en résidence varie de 2 ans (pour un généraliste) à 5 ou 6 ans (pour un spécialiste). Pour poursuivre ses études postdoctorales (résidence), le candidat doit détenir une carte de stage délivrée par le Collège des médecins⁹. Cette carte lui confère le droit de poser les actes professionnels sous l'autorité de personnes compétentes et correspondant à son niveau de formation. Le résident n'est autorisé à travailler qu'aux seuls endroits inscrits sur sa carte de stage. La carte de stage ne donne pas le droit au résident d'exiger des honoraires, ni de signer certains documents médicaux, tels que les certificats de décès et les formulaires d'assurance.

Il est à noter qu'avant 1987, le *Règlement sur l'organisation et l'administration des établissements*¹⁰ distinguait deux catégories d'étudiants en médecine¹¹. Une ancienne terminologie, désormais désuète, voulait que les résidents durant leur première année de résidence soient appelés des « internes ». Ces derniers n'étaient pas des médecins au sens de la loi et ne détenaient pas de permis d'exercice. Les résidents par contre étaient considérés comme des médecins qui poursuivaient des études de spécialisation. Sans pour autant avoir leur certificat de spécialiste, ils jouissaient de l'autonomie d'action d'un médecin généraliste.

En 1987, une nouvelle réglementation a été adoptée¹². Désormais, tous les étudiants qui poursuivent une formation postdoctorale sont des « résidents ». Selon la réglementation présentement en vigueur, un « résident » est défini comme suit :

-
8. Il est à noter que certaines universités, mais pas toutes, exigent que l'étudiant réussisse l'examen administré par le Conseil médical du Canada pour l'octroi du titre de M.D.
 9. *Règlement sur les spécialités au sein de la profession médicale, sur les conditions et modalités additionnelles de délivrance des certificats de spécialiste du Collège des médecins du Québec et fixant des normes d'équivalence de certaines de ces conditions et modalités*, R.R.Q., c. M-9, r. 17.1, art. 8 à 12.
 10. D. 1320-84, (1984) 116 G.O. II, 2745, art. 93 et 94.
 11. Voir également à ce sujet : Julie VEILLEUX, « Qui, du patron ou de l'hôpital, répond de la faute du résident ? », dans *Développements récents en responsabilité médicale et hospitalière*, 1999, p. 125 ; voir aussi Jean-Pierre MÉNARD et Denise MARTIN, *La responsabilité médicale pour la faute d'autrui*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1992, p. 76.
 12. *Règlement sur les conditions et modalités de délivrance des permis de l'Ordre professionnel des médecins du Québec*, R.R.Q., c. M-9, r. 7.1. (D. 880-87, (1987) 119 G.O. II, 3511).

La personne qui est titulaire d'un diplôme donnant ouverture au permis et aux certificats de spécialiste ou à qui le Bureau du Collège, en application du paragraphe g) du premier alinéa de l'article 86 du Code des professions, a reconnu une équivalence des diplômes, et qui, étant inscrite dans un programme universitaire de formation postdoctorale en spécialité, effectue des stages de formation dans le cadre de ce programme.¹³

Après la résidence, il est de plus en plus commun pour les résidents de se diriger vers une surspécialité. Cela peut prendre de 1 à 3 ans, pendant lesquels il est considéré comme un moniteur clinique (ou *fellow*). Les moniteurs cliniques doivent également détenir une carte de stage. Une fois la résidence (ou le *fellowship*) complétée, il faudra passer des examens en vue d'obtenir une certification de généraliste ou de spécialiste¹⁴. Selon la province où l'on désire pratiquer, il peut être nécessaire de se conformer à d'autres exigences et examens pour obtenir son permis d'exercice¹⁵. S'il s'agit d'un médecin spécialiste, un certificat de spécialiste lui sera également décerné.

ii. La nature de ses actes

Au cours de sa formation, le résident est appelé à accomplir des actes médicaux ainsi que des actes hospitaliers auprès des patients. La distinction entre ces deux catégories d'actes n'est pas toujours simple. Cependant, il est utile de s'y attarder puisqu'elle aura une certaine importance lorsqu'il s'agira d'établir qui, du médecin ou de l'établissement hospitalier, répondra de la faute du résident.

L'article 31 de la *Loi médicale*¹⁶ définit l'exercice de la médecine. Tout acte accompli dans le cours de l'exercice de la médecine constitue un acte médical. Le même article prévoit les activités (ou actes) qui sont réservées exclusivement aux médecins. Bien que

13. *Règlement sur les spécialités au sein de la profession médicale, sur les conditions et modalités additionnelles de délivrance des certificats de spécialiste du Collège des médecins du Québec et fixant des normes d'équivalence de certaines de ces conditions et modalités*, précité, note 9, art. 5.

14. *Ibid.*, voir aussi *Loi médicale*, précitée, note 6, art. 37.

15. Au Québec, les conditions établies pour la délivrance du permis d'exercice sont prévues à l'article 33 de la *Loi médicale*, précitée, note 6 ; voir aussi *Règlement sur les conditions et modalités additionnelles de délivrance des permis du Collège des médecins du Québec et fixant des normes d'équivalence de certaines de ces conditions et modalités*, R.R.Q., c. M-9, r. 6.1.

16. *Loi médicale*, précitée, note 6.

les résidents ne soient pas des médecins au sens de la loi, ils sont autorisés, en vertu de l'article 43, paragraphe a) de la même loi, à accomplir certains actes médicaux. Il n'existe pas de liste exhaustive, ni même partielle, des actes en question. Le législateur s'est contenté d'énoncer le principe général :

[13] Le résident peut poser, parmi les actes professionnels que peuvent poser les médecins, ceux qui correspondent à son niveau de formation et qui sont requis aux fins de compléter sa formation postdoctorale en spécialité, aux conditions suivantes :

1^o il les pose dans les milieux où il effectue ses stages en conformité avec ce qui est mentionné sur sa carte de stages ;

2^o il les pose sous l'autorité des personnes compétentes et dans le respect des règles applicables aux médecins, notamment celles relatives à la déontologie, à la délivrance d'une ordonnance ainsi qu'à la tenue des dossiers et des cabinets de consultation.¹⁷

Les actes médicaux sont ceux accomplis au cours de l'exercice de la médecine. Constitueront donc des actes médicaux les gestes posés par un résident lors du diagnostic, du traitement et du suivi des patients¹⁸. La faute du résident lors de la commission de tels actes entraînera en général la responsabilité du médecin-patron pourvu qu'il en ait été le commettant momentané. Cela fera l'objet d'une discussion plus approfondie dans la deuxième partie de ce texte.

Qu'en est-il des actes ou des soins hospitaliers ? On s'entend généralement pour inclure dans les soins hospitaliers la surveillance des patients, leur hébergement¹⁹, l'exécution des ordonnances médicales, ainsi que tous les actes non médicaux accomplis par divers professionnels de la santé, tels que les infirmiers, les physiothérapeutes, les psychologues, les travailleurs sociaux, les techniciens, etc. La loi n'offre cependant pas de définition claire d'un acte hospitalier, de sorte que la distinction entre soins

17. *Règlement sur les spécialités au sein de la profession médicale, sur les conditions et modalités additionnelles de délivrance des certificats de spécialiste du Collège des médecins du Québec et fixant des normes d'équivalence de certaines de ces conditions et modalités*, précité, note 9, art. 13.

18. Voir : *Loi médicale*, précitée, note 6, art. 31 pour une définition de l'exercice de la médecine.

19. L'hébergement comprend la fourniture de locaux, d'alimentation et d'équipements appropriés.

hospitaliers et soins médicaux est parfois ardue à faire. Les tribunaux se sont à quelques reprises heurtés à cette difficulté dont la solution a quelquefois nécessité une certaine subtilité. À titre d'exemple, les tribunaux ont considéré le suivi postopératoire ordinaire d'un patient comme relevant des soins hospitaliers²⁰, alors que le suivi postopératoire compliqué relève plutôt des soins médicaux²¹. Néanmoins, dans cette affaire le juge Allard a expliqué :

Lorsque ce sont les internes sous l'autorité du médecin traitant qui dispensent les soins, ils dispensent des soins médicaux ; s'ils dispensent des soins comme employés de l'hôpital, ils dispensent des soins hospitaliers.²²

Dans la plupart des milieux hospitaliers et au sein des différentes spécialités, il est commun de retrouver des normes usuelles, voire coutumières, qui établissent les tâches et les responsabilités des résidents selon leur année de formation. Ainsi, sur un étage de médecine interne par exemple, un résident en première année, un R1, sera appelé à prendre soin d'un nombre limité de patients. Il devra les admettre, prescrire les tests diagnostiques pertinents, veiller à la mise à jour de leur dossier médical et prendre des décisions thérapeutiques mineures. Un R2 ou R3, par contre, se verra imposer la responsabilité d'un nombre plus important de patients. Il devra s'occuper des aspects plus généraux de leurs soins et prendre des décisions thérapeutiques plus importantes. Il exercera également une certaine surveillance sur les résidents plus juniors.

Il est à noter que tout résident, étant détenteur d'un numéro d'immatriculation émis par le Collège, est en droit de prescrire des médicaments. Il s'agit d'un acte médical qu'il n'est en droit d'accomplir que sous supervision et en faveur des patients des établissements où il effectue ses stages. Les ordonnances signées par un résident sont reconnues et honorées autant par les pharmacies à l'intérieur de l'établissement que celles situées à l'extérieur.

20. *Tabah c. Liberman*, [1986] R.J.Q. 1333 (C.S.), [1990] R.J.Q. 1230 (C.A.). Les faits de cette affaire seront résumés à la partie IIB) *Responsabilité de l'établissement hospitalier pour la faute du résident*.

21. *Labrecque c. Hôpital du St-Sacrement*, [1995] R.R.A. 510 (C.S.), [1997]. Confirmée dans R.J.Q. 69 (C.A.). Les faits de cette affaire seront résumés à la partie IIB) *Responsabilité de l'établissement hospitalier pour la faute du résident*.

22. *Ibid.*, p. 512.

Bien qu'en pratique, le suivi quotidien des patients soit souvent laissé à la charge des résidents, la responsabilité ultime du patient revient toujours au médecin-patron. En effet, comme nous le verrons dans la prochaine partie, c'est avec lui que le patient a choisi de contracter.

B) Le régime de responsabilité civile applicable

Bien que les régimes de responsabilité ne soient pas l'intérêt principal de ce texte, il importe d'en dresser les grandes lignes. La distinction entre les deux régimes de responsabilité, contractuelle et extracontractuelle, revêt une importance majeure en responsabilité médicale et ceci, particulièrement depuis l'adoption de l'article 1458 du *Code civil du Québec*²³ qui interdit désormais l'option entre les régimes. Étant substantiellement différentes, les règles applicables à chaque régime ont un impact direct sur la responsabilité des divers intervenants du système de santé²⁴. Ces différences peuvent être classifiées sur deux plans.

D'abord, au plan conceptuel, rappelons que le débiteur d'une obligation contractuelle ne jouit pas des diverses présomptions, telles que la présomption de responsabilité du fait d'autrui²⁵, offertes en vertu du régime extracontractuel. Ces présomptions, notamment celle de la responsabilité du commettant pour la faute de son préposé²⁶, peuvent s'avérer fort utiles pour le patient victime d'une faute médicale pourvu qu'un lien de préposition soit démontré. En revanche, le débiteur d'une obligation contractuelle est responsable de toute faute commise par un tiers qu'il introduit dans l'exécution du contrat. Le lien de préposition est sans importance puisque *qui facit per alium facit per se*.

Également sur le plan conceptuel, la qualification du lien de causalité entre la faute et le préjudice diffère quelque peu entre les deux régimes²⁷. En vertu du régime extracontractuel, le préjudice doit être la conséquence immédiate et directe de la faute. En vertu du régime contractuel, en plus d'être la conséquence immédiate et

23. L.Q., c. 64. Ci-après indiqué C.c.Q.

24. François TÔTH, « Contrat hospitalier moderne et ressources limitées : conséquences sur la responsabilité civile », (1990) 20 *R.D.U.S.* 318. Noter que ce texte a été rédigé avant l'introduction du C.c.Q. qui a apporté quelques modifications, notamment, le rejet de l'option de régime codifié à l'article 1458.

25. *Code civil du Québec*, précité, note 23, art. 1457(3) et 1459 à 1464.

26. *Ibid.*, art. 1463.

27. *Ibid.*, art. 1607 et 1613.

directe de la faute, le préjudice doit avoir été prévu ou avoir été prévisible au moment de la formation du contrat (sauf pour le préjudice découlant d'une faute lourde). Finalement, la solidarité entre les débiteurs est présumée lorsqu'il s'agit d'une obligation extracontractuelle, alors qu'elle n'existe en contexte contractuel que si elle a été prévue au contrat²⁸. L'exemple d'une intervention chirurgicale impliquant plusieurs médecins illustre bien l'importance de cette distinction. Dans un cadre contractuel, le patient ayant subi un préjudice à la suite de cette intervention, ne jouira de la présomption de solidarité entre les médecins fautifs qu'à condition que le contrat médical le prévoie. Malgré ces différences, rappelons que les deux régimes reposent sur les mêmes principes généraux de responsabilité civile, soit la faute, les dommages, et le lien de causalité. Le but premier de la responsabilité civile demeure le même : l'indemnisation de la victime pour le préjudice subi.

À un niveau plus pratique, il existe également certaines différences entre les deux régimes de responsabilité. Notons seulement le besoin de mettre en demeure le débiteur d'une obligation contractuelle²⁹. En vertu du régime extracontractuel, une mise en demeure n'est pas requise.

Les distinctions entre les deux régimes de responsabilité sont suffisamment significatives pour mériter une étude approfondie des relations juridiques qui existent entre les divers intervenants : établissement hospitalier, médecin, résident et patient. Ceci fera donc l'objet de la prochaine section (voir le Schéma des relations juridiques entre les divers intervenants en annexe).

i. La relation patient-médecin : l'existence, la nature et le contenu du contrat médical

L'existence du contrat médical

La relation entre le patient et son médecin a traditionnellement été qualifiée de contractuelle. En effet, elle répond en général aux critères principaux nécessaires à la formation d'un

28. *Ibid.*, art. 1525 et 1526. À noter que l'article 1525 prévoit une présomption de solidarité « entre les débiteurs d'une obligation contractée pour le service ou l'exploitation d'une entreprise ».

29. *Ibid.*, art. 1594.

contrat : à savoir, la rencontre de volontés de parties capables de contracter et l'engagement de chacune d'elles à exécuter une prestation³⁰. En vertu de la loi, chaque partie est libre de consentir à la formation du contrat³¹, et comme nous le verrons plus bas, les cocontractants ont des obligations mutuelles. En principe, donc, un contrat médical naît lorsqu'un patient consulte son médecin. C'est d'ailleurs ce que le juge Bissonnette a conclu dès 1957 :

Dès que le patient pénètre dans le cabinet de consultation du médecin, prend naissance entre celui-ci et le malade, par lui-même ou pour lui-même, un contrat de soins professionnels.³²

Compte tenu des progrès scientifiques récents, cependant, la prise en charge d'un patient implique souvent bien plus qu'une simple consultation en cabinet. Ainsi, les soins requis par des patients hospitalisés feront appel à l'intervention de plusieurs médecins et membres du personnel hospitalier. Dans de telles circonstances, les conditions fixées pour la formation d'un contrat valable ne sont pas toujours réunies. À titre d'exemple, dans le cas du patient qui subit une intervention chirurgicale, un contrat ne saurait se former valablement entre lui et tous et chacun des médecins impliqués. Bien que la jurisprudence reconnaisse l'existence d'un contrat de soins médicaux entre un patient et son chirurgien³³, elle sera plus réticente à le faire entre le patient et l'anesthésiste³⁴. Les auteures Pauline Lesage-Jarjoura et Suzanne Philips-Nootens décrivent le problème ainsi :

Un contrat peut-il se former avec l'anesthésiste ? En cas de « demande spéciale » et d'entente préalable, ou de visite préopératoire de celui qui endormira effectivement le patient, le problème ne se pose pas. Mais lorsque la première rencontre a lieu la veille, ou

30. *Code civil du Québec*, précité, note 23, art. 1378, 1385 et 1458.

31. *Loi sur les services de santé et les services sociaux*, L.R.Q., c. S-4.2. L'article 6 de cette loi laisse au patient le choix de son médecin. En vertu du même article, le médecin a aussi le droit de refuser de prendre soin d'un patient, sous réserve de l'article 23 du *Code de déontologie des médecins*, c. M-9, r. 4.1, qui interdit des motifs discriminatoires. À cet effet, voir aussi *Hamel c. Malaxos*, [1994] R.J.Q. 173 (C.Q.).

32. *X c. Mellen*, [1957] B.R. 389, 408.

33. Voir notamment *Thomassin c. Hôpital de Chicoutimi*, [1990] R.J.Q. 2275 où un patient forme un contrat médical avec son chirurgien pour une cholécystectomie.

34. Voir notamment *Martel c. Hôtel-Dieu de St-Vallier*, [1969] R.C.S. 745. Le juge Pigeon écrit : « Le demandeur n'a rien eu à voir dans le choix de son anesthésiste. Celui-ci a été désigné par le chef du service d'anesthésie de l'hôpital... » (p. 752)

peu avant l'intervention, avec le spécialiste désigné par le département, en vertu des règles internes à celui-ci, le simple acquiescement du patient suffit-il à faire naître un contrat ?³⁵

Dans de telles circonstances, le consentement du patient ne serait pas tout à fait libre et menacerait ainsi la validité du contrat médical. Il en est de même pour le radiologue et le pathologiste qui n'ont souvent jamais fait connaissance avec le patient. Selon une décision récente de la Cour supérieure, la responsabilité du pathologiste a été retenue pour un préjudice subi par une patiente. Le juge Morin a conclu que sa responsabilité découlait du régime extracontractuel puisque « le [médecin défendeur] n'a jamais conclu de contrat avec les [demandeurs], qu'il ne connaissait pas et à qui il n'a jamais parlé »³⁶.

Il est aisé de s'imaginer d'autres situations factuelles où un contrat valable ne saurait se former entre le patient et son médecin. C'est, en outre, le cas lorsqu'un patient ne possède pas la capacité juridique pour contracter. Ainsi, le patient inconscient qui est amené à l'urgence ou dont l'état de conscience est altéré ne peut conclure de contrat avec son médecin. Lorsque le patient est un mineur de moins de 14 ans, la loi prévoit que le consentement aux soins doit être donné par le titulaire de l'autorité parentale ou le tuteur³⁷, puisque le mineur n'est pas apte à contracter. Un contrat peut néanmoins naître par le mécanisme juridique de la stipulation pour autrui³⁸.

Dans tous les cas où un contrat médical ne saurait être valablement formé, c'est le régime légal ou extracontractuel qui régira les parties. Ainsi, en vertu de la loi, un médecin est tenu de porter secours à toute personne dont l'état de santé le requiert³⁹. Le médecin de garde est également tenu de prendre soin du patient qu'il reçoit⁴⁰. En l'absence d'un contrat médical, le médecin fautif

35. Pauline LESAGE-JARJOURA et Suzanne PHILIPS-NOOTENS, *Éléments de responsabilité civile médicale. Le droit dans le quotidien de la médecine*, 2^e éd. Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001, p. 14 ; voir aussi Suzanne NOOTENS, « La responsabilité civile du médecin anesthésiste », (1988) 19 *R.D.U.S.* 55.

36. *Goupil c. Centre hospitalier universitaire de Québec et Éric Gagné*, [2001] R.J.Q. 1814, 1821 (C.S.). Cette affaire a été portée en appel, mais a été réglée hors cour avec l'audience de l'appel.

37. *Code civil du Québec*, précité, note 23, art. 14.

38. *Ibid.*, art. 1444.

39. *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12, art. 2 ; *Loi sur la protection de la santé publique*, L.R.Q., c. P-35, art. 43 ; *Code de déontologie des médecins*, précité, note 31, art. 38.

40. *Loi sur les services de santé et les services sociaux*, précitée, note 31, art. 188 à 190.

engage sa responsabilité extracontractuelle. Il en est de même vis-à-vis le tiers (l'époux de la victime par exemple) qui subit indirectement un préjudice.

Lorsque plus d'un médecin est impliqué dans les soins d'un patient, il est possible qu'il y ait plus d'un contrat médical. C'est le cas, en outre, lorsque le médecin traitant réfère son patient à un autre médecin. En l'espèce, deux contrats distincts seront formés, et le contenu obligationnel de chacun des contrats se limitera au seul champ de compétence du praticien. Il s'agira donc de deux obligations distinctes, comme l'indiquent les auteurs Jean-Pierre Ménard et Denise Martin :

[...] il est difficile de soutenir que le recours au spécialiste constitue l'introduction, dans le contrat de soins, d'un intervenant qui vient exécuter une partie de l'obligation du médecin traitant. Le médecin ainsi appelé exécute une obligation distincte de celle propre au médecin traitant.⁴¹

Bien que le patient puisse contracter avec plusieurs médecins, il ne peut pas former de contrat valable avec un résident. N'étant pas médecin au sens de la loi⁴², et n'étant pas détenteur d'un permis d'exercice, le résident ne peut en aucun cas s'engager contractuellement avec un patient. À ce propos, les auteurs Bernardot et Kouri s'expriment ainsi :

[...] il ne saurait être question pour (le patient) de conclure un contrat directement avec un étudiant en médecine, un interne ou un résident. Ceux-ci, s'ils participent, dans le cadre de l'enseignement qu'ils reçoivent, à l'administration des soins médicaux, ne peuvent, en raison de leur qualité, devenir débiteur contractuel de tels soins. Ils ne sont que des auxiliaires médicaux.⁴³

C'est donc dire qu'un résident qui commet une faute en prodiguant des soins à un patient ne peut engager que sa responsabilité extracontractuelle. Il pourra, de surcroît, engager la responsabilité du centre hospitalier ou celle du médecin-patron. La responsabilité de ces derniers pour la faute du résident pourra être engagée selon l'un ou l'autre des régimes de responsabilité. Comme nous le verrons plus bas, le médecin ou l'hôpital qui s'est

41. J.-P. MÉNARD et D. MARTIN, *op. cit.*, note 11, p. 51.

42. Voir *supra*, note 6.

43. A. BERNARDOT et R. KOURI, *La responsabilité civile médicale*, Sherbrooke, Les Éditions Revue de droit, Université de Sherbrooke, 1980, p. 314.

engagé contractuellement avec un patient devra répondre de toute faute commise lors de l'exécution de sa prestation. En vertu du régime extracontractuel, cependant, la responsabilité du médecin ou de l'hôpital pour la faute d'un tiers (un résident par exemple) ne saurait être engagée que s'il existe un lien de préposition entre les deux.

Enfin, il importe de mentionner brièvement une difficulté qui peut apparaître lorsqu'un patient visite son médecin traitant avant d'être admis à l'hôpital. On assiste alors à la formation de deux contrats, l'un médical et l'autre hospitalier, qui se superposent. En l'espèce, il peut s'avérer difficile de déterminer le contenu obligationnel de chacun des contrats, d'où le danger, pour la victime, d'intenter son recours contre le mauvais débiteur. Selon M^{me} Chantal Giroux, dans de tels cas « le contrat médical serait absorbé par le contrat hospitalier... [puisque] la variation de l'étendue de la responsabilité hospitalière, en fonction de la présence ou de l'absence d'un contrat médical, ne se justifie pas »⁴⁴. Comme nous le verrons plus bas, une telle approche mérite d'être révisée dans le contexte jurisprudentiel actuel où le contrat hospitalier est remis en question.

La nature du contrat médical

Le contrat médical naît entre un patient malade et un médecin qualifié pour dispenser les soins de santé nécessaires à son état. La prestation de l'obligation médicale nécessite souvent l'abandon par le patient d'une partie plus ou moins importante de son intégrité physique. Le rapport patient-médecin doit donc être basé sur une connaissance intime et une grande confiance. Cet objectif est notamment édicté aux médecins dans leur *Code de déontologie* :

[18] Le médecin doit chercher à établir et à maintenir avec son patient une relation de confiance mutuelle et s'abstenir d'exercer sa profession d'une façon impersonnelle.⁴⁵

Le patient choisit en effet d'être traité par *son* médecin et non par *un* médecin. Il en résulte donc un contrat particulier, souvent

44. Chantal GIROUX, *Fondements de la responsabilité hospitalière pour le fait des médecins et des résidents*, Mémoire de maîtrise, Montréal, Faculté des études supérieures, Université de Montréal, 1992, p. 51. Voir aussi à ce sujet : François TOTH, *loc. cit.*, note 24, p. 327-29.

45. *Code de déontologie des médecins*, précité, note 31, art. 18.

qualifié de *intuitu personæ*⁴⁶. Compte tenu de la nature d'un tel contrat, le consentement d'un patient à un acte médical se fait en principe à l'égard d'un médecin en particulier. Le professeur Paul-André Crépeau écrit :

L'élément essentiel de confiance dans le contrat médical que l'on appelle en droit un contrat *intuitu personæ*, exige d'abord que le médecin choisi par le malade, précisément en raison de ses qualités professionnelles : compétence, expérience, remplisse lui-même ses obligations.⁴⁷

Comme nous le verrons plus tard, la nature particulière du contrat médical revêt une grande importance. C'est une notion dont il sera longuement question lorsque nous traiterons du consentement du patient à la prestation de soins médicaux par les résidents.

Le contenu du contrat médical

Le contrat médical est générateur d'obligations pour chacune des parties. On reconnaît au médecin l'obligation d'établir un diagnostic, d'en informer le patient, et de prodiguer un traitement conforme aux règles de l'art après avoir obtenu le consentement libre et éclairé du patient. Il doit également apporter un suivi consciencieux et respecter le secret professionnel⁴⁸.

Le patient, pour sa part, a l'obligation de divulguer toute information pertinente à son état de santé et de collaborer pleinement avec son médecin. Dans les cas où les services rendus par le médecin ne sont pas couverts par le régime d'assurance maladie, le patient doit lui payer ses honoraires. Le fait que ce soit une tierce partie, l'État, qui rémunère le médecin n'a aucun impact sur la formation du contrat⁴⁹.

46. Voir *Marcoux c. Bouchard*, [2001] 2 R.C.S., où la Cour suprême traite de la nature du contrat médical.

47. Paul-André CRÉPEAU, *La responsabilité civile médicale et hospitalière, évolution récente du droit québécois*, Montréal, Les Éditions Intermonde, 1968, p. 21.

48. Pour une discussion détaillée des obligations du médecin, voir Jean-Louis BAUDOUIN et Patrice DESLAURIERS, *La responsabilité civile*, 6^e éd. Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 993-1051 ainsi que Pauline LESAGE-JARJOURA et Suzanne PHILIPS-NOOTENS, *op. cit.*, note 35.

49. BAUDOUIN et DESLAURIERS, *ibid.*, p. 996.

En principe, les obligations contenues dans le contrat médical sont des obligations de moyens⁵⁰. Le médecin est donc tenu de prendre tous les moyens raisonnables pour remplir ses obligations. Sa responsabilité n'est engagée que si sa conduite est considérée comme fautive par rapport à celle d'un médecin diligent et prudent placé dans les mêmes circonstances. Il en sera de même pour le résident : sa responsabilité personnelle ne saurait être engagée que si sa conduite déroge de celle qu'un résident de même formation et placé dans les mêmes circonstances aurait eue.

ii. La relation patient-hôpital : le régime contractuel et le régime légal

L'existence du contrat hospitalier fait l'objet d'une controverse tant doctrinale que jurisprudentielle depuis plusieurs décennies en droit québécois. Deux questions se posent : d'abord, est-ce que la relation patient-hôpital est régie par un contrat ? Ensuite, si c'est le cas, quel est le contenu obligationnel de ce contrat ? Même si ces questions ont fait couler beaucoup d'encre, nous nous contenterons d'en dresser les grandes lignes. Comme nous le verrons, la qualification de la nature de la relation patient-hôpital a un impact sur la responsabilité hospitalière pour la faute du résident.

Essentiellement, deux points de vue s'affrontent. Les uns soutiennent que la relation entre le patient et l'établissement hospitalier est fondée sur l'existence d'un contrat hospitalier, alors que d'autres supportent l'hypothèse d'une relation extra-contractuelle.

50. C'est un principe reconnu et réitéré à maintes reprises par la doctrine et la jurisprudence. Voir notamment : Pierre-André CRÉPEAU, *L'intensité de l'obligation juridique, ou des obligations de diligence, de résultat et de garantie*, Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1989, p. 51 ; P. DESCHAMPS, « L'obligation de moyens en matière de responsabilité médicale », dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, *La responsabilité des assurances*, vol. 15, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1990, p. 53 ; *Cloutier c. Centre hospitalier de l'Université Laval*, [1990] R.J.Q. 717 (C.A.) ; *Hôpital de Chicoutimi c. Battikha*, [1997] R.J.Q. 2121 (C.A.) ; *Roberge c. Bolduc*, [1991] 1 R.C.S. 374 ; le C.c.Q. impose également aux professionnels une obligation de résultat (article 2138), et le *Code de déontologie des médecins* leur interdit de garantir « l'efficacité d'un examen, d'une investigation ou d'un traitement ou la guérison de la maladie », précité, note 31, art. 83.

Le régime contractuel

Selon cette thèse, il existerait un contrat hospitalier entre le patient et l'hôpital dans lequel il est traité et/ou admis⁵¹. En vertu des principes de la responsabilité contractuelle du fait d'autrui, l'hôpital devra répondre de la faute de tout « tiers qu'il a introduit lui-même, dans l'exécution du contrat sans commettre par là-même une faute »⁵². Ainsi, l'hôpital répondra de la faute de son personnel, incluant les médecins. Jean-Louis Baudouin et Patrice Deslauriers s'expriment ainsi :

Admettre le caractère contractuel de la relation, est, en fait, permettre au patient de poursuivre l'hôpital pour toutes les fautes commises par l'ensemble des prestataires des services offerts, qu'ils soient professionnels (médecins, dentistes, infirmières, pharmaciens, personnel de sécurité, etc.) ou non (service d'hôtellerie, de repas, etc.). Nier cette qualification est, au contraire, refuser au patient la possibilité de rechercher l'hôpital pour la faute d'autrui, lorsqu'il s'agit de professionnels qui ont une autonomie d'action, laquelle est, en théorie classique et sauf exception, incompatible avec l'existence même d'un lien de préposition.⁵³

Pour la victime, les privilèges du régime contractuel sont nombreux. D'abord, elle n'est pas tenue de démontrer l'existence d'un lien de préposition entre l'auteur de la faute et l'hôpital. Cet avantage est considérable puisque la jurisprudence dominante refuse de reconnaître un lien de préposition entre les médecins et l'hôpital. Deuxièmement, l'hôpital étant responsable de toute inexécution du contrat hospitalier, il n'est plus nécessaire de faire la distinction, parfois ardue, entre les soins hospitaliers et les soins médicaux. Enfin, dans les cas où il est difficile d'identifier l'auteur de la faute, la victime se trouve avantagée par le régime contractuel, puisque l'hôpital assume la responsabilité du contenu contractuel en entier. M^e Tôth écrit :

51. Entre autres : *Richard c. Hôtel-Dieu de Québec*, [1975] C.S. 223 ; *Hôpital Notre-Dame de l'Espérance c. Laurent et Théoret*, [1978] 1 R.C.S. 605 ; *Bernard c. Cloutier*, [1982] C.A. 289 ; *Gravel c. Hôtel-Dieu d'Amos*, [1984] C.S. 792 ; *Houde c. Côté*, [1987] R.J.Q. 723 (C.A.) (en particulier les notes du juge Monet) ; *Lapointe c. Hôpital Le Gardeur*, [1989] R.J.Q. 2619 (C.A.) ; voir aussi Paul-André CRÉPEAU, « La responsabilité civile de l'établissement hospitalier en droit civil canadien », (1981) 26 *McGill L.J.* 673.

52. Janine AMBIALET, *Responsabilité du fait d'autrui en droit médical*, Paris, L.G.D.J., 1965, p. 22.

53. Jean-Louis BAUDOUIN et Patrice DESLAURIERS, *op. cit.*, note 48, p. 998.

S'il est évident que le dommage n'a pu être causé que par un tiers introduit par le centre hospitalier dans l'exécution de ses obligations, l'hôpital en répondra contractuellement. Ce sera ce dernier qui verra son recours récursoire mis en péril s'il ne peut identifier l'auteur du dommage.⁵⁴

Même si l'on admet l'existence d'un contrat hospitalier, l'étendue de son contenu obligationnel est un autre sujet de controverse. Cette dernière est, en plus, alimentée par l'évolution rapide des soins fournis par les hôpitaux. Deux interprétations s'opposent.

Selon une première interprétation, le contrat hôpital-patient se veut un contrat « global »⁵⁵ de soins où l'hôpital prend en charge le patient, la santé étant une « œuvre globale et indivise »⁵⁶. Le professeur Crépeau décrit ainsi le rôle de l'établissement hospitalier :

[...] Ainsi, selon cette conception, un établissement hospitalier devient-il un véritable entrepreneur qui, dans les cadres d'un contrat, s'engage à fournir au malade [...] des services hospitaliers comprenant non plus seulement des services d'hôtellerie, des soins infirmiers, mais également des services professionnels proprement dits : examens de laboratoire, examens radiologiques, soins médicaux, soins chirurgicaux, services d'anesthésie.⁵⁷

La jurisprudence a en effet déjà reconnu que le contrat hospitalier comprenait notamment les soins médicaux d'anesthésie⁵⁸ et d'urgence. Dans l'affaire *Lapointe c. Hôpital Le Gardeur*⁵⁹, la Cour d'appel a conclu à l'existence d'un contrat hospitalier global qui comprend tous les soins prodigués au patient. Dans cette affaire qui a lieu en 1975, Nancy Lapointe, 4 ans, se blesse au bras en jouant. Elle est aussitôt transportée à l'hôpital Le Gardeur où elle est examinée par le Dr Chevrette qui est de garde à l'urgence. Le Dr Chevrette diagnostique une

54. F. TÔTH, « La responsabilité civile hospitalière pour la faute médicale. Quand l'établissement hospitalier répond-il de la faute médicale ? », dans *Développements récents en droit de la santé*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1991, p. 33.

55. Chantal GIROUX, *op. cit.*, note 44, p. 52.

56. François TÔTH, *loc. cit.*, note 24, p. 326.

57. Paul-André CRÉPEAU, « La responsabilité civile du médecin », (1977) 8 *R.D.U.S.* 25.

58. *Houde c. Côté*, [1987] R.J.Q. 723 (C.A.) ; *Bernard c. Cloutier*, [1982] C.A. 289.

59. Précitée, note 51. Cette affaire a été portée devant la Cour suprême : [1992] 1 R.C.S. 351. Cependant, la Cour suprême a conclu à l'absence de faute du médecin et ne s'est donc pas préoccupée de la question concernant la nature de la responsabilité hospitalière.

lacération de l'artère humérale. Il arrête l'hémorragie et effectue une dissection veineuse afin de lui administrer du soluté. Selon les faits retenus par la Cour, il ne questionne pas les parents de Nancy sur la quantité de sang perdu et n'ordonne pas de transfusion sanguine. Incapable de réparer l'artère, le Dr Chevrette ordonne le transport de la patiente à un hôpital pédiatrique, l'hôpital Sainte-Justine. Peu de temps après son arrivée à Sainte-Justine, Nancy subit un arrêt cardio-respiratoire secondaire à un choc hypovolémique (dû à une perte excessive de volume sanguin). Elle est réanimée avec succès, mais souffrira de séquelles neurologiques irréversibles. En 1976, les parents de Nancy intentent un recours contre l'hôpital Le Gardeur et le Dr Chevrette. La Cour supérieure rejette l'action car elle ne trouve aucune faute dans la conduite du Dr Chevrette.

En Cour d'appel, un jugement divisé a accueilli l'action contre l'hôpital et le médecin solidairement pour 1 300 000 \$. Les juges majoritaires ont retenu la responsabilité contractuelle de l'hôpital pour la faute du Dr Chevrette :

À l'urgence, l'obligation de l'institution à l'égard de Nancy Lapointe ne s'arrêtait pas à la mise à la disposition d'un médecin autorisé à exercer. Elle comportait implicitement la fourniture de services de soins compétents dans tous les domaines. Tenu de fournir des services d'urgence compétents en vertu des obligations implicites au contrat hospitalier intervenu, l'hôpital répondait des fautes commises par le Dr Chevrette dans l'exécution des actes médicaux posés à l'urgence. Il n'était pas nécessaire d'établir l'existence d'une relation de préposition au sens de l'article 1054c) C.c. Le service fourni était celui auquel s'était engagé l'hôpital. Celui-ci doit alors répondre de la totalité des dommages causés par les fautes du Dr Chevrette.⁶⁰

C'est donc dire que lorsqu'un patient se présente à la salle d'urgence, il se crée un contrat de soins entre lui et le centre hospitalier. Ce contrat engage l'établissement à fournir tous les soins requis par l'état de santé du patient, qu'il s'agisse de soins hospitaliers ou médicaux. L'hôpital devient alors responsable de tout le personnel impliqué dans la fourniture de ces soins (médecins et résidents compris).

Une deuxième interprétation du contrat hospitalier, celle-ci plus restrictive, a également été proposée. Selon cette thèse, le

60. *Lapointe c. Hôpital Le Gardeur*, précité, note 51, p. 2640.

contrat ne comprend que les services hospitaliers et les soins courants, notamment ceux d'hôtellerie. En ce qui concerne les soins médicaux, l'hôpital n'est responsable que pour l'organisation, la structuration et l'allocation des ressources. Il n'est pas responsable des soins médicaux eux-mêmes, sauf en vertu du régime extracontractuel et donc dans la mesure où ils sont fournis par ses préposés. C'est d'ailleurs le point de vue retenu par le juge Jacques, dissident, dans l'affaire *Lapointe c. Hôpital Le Gardeur* :

L'obligation de l'Hôpital de fournir des services de santé est donc limitée à la structure qu'elle a donnée à son service d'urgence. Cette limite est valable. Les appelants n'ont pas démontré qu'elle était fautive en ce qu'elle rendait la fourniture de services de soins d'urgence inadéquate. L'hôpital ne peut donc être tenu responsable et l'appel doit être rejeté quant à lui.⁶¹

Le juge Jacques souligne que l'étendue du droit qu'octroie l'article 4 de la *Loi sur les services de santé et les services sociaux*⁶² à toute personne – à savoir le droit de recevoir des services de santé et des services sociaux – est limitée par l'organisation et les ressources de l'hôpital. L'obligation ne s'étend pas à la dispensation de services médicaux⁶³.

L'étendue obligationnelle du contrat hospitalier a fait donc l'objet d'une controverse. Cette dernière a cependant beaucoup perdu de son intérêt en raison de la récente remise en question du contrat hospitalier même.

Le régime légal

Bien que favorable à la victime, la thèse du contrat hospitalier pose certaines difficultés conceptuelles et juridiques. Elle a d'ailleurs été remise en question par la doctrine⁶⁴ et la jurisprudence récentes⁶⁵. Plusieurs arguments ont été avancés.

61. *Ibid.*, p. 2628.

62. L.Q. 1971, c. 48.

63. Voir également la position des auteurs LAJOIE, MOLINARI et BAUDOUIN, *infra*, note 73.

64. A. LAJOIE, P.A. MOLINARI et J.-L. BAUDOUIN, « Le droit aux services de santé : légal ou contractuel », (1983) 43 *R. du B.* 675.

65. *Hôpital de l'Enfant-Jésus c. Camden-Bourgault*, [2001] R.J.Q. 832 (C.A.) ; *Goupil c. Centre hospitalier universitaire de Québec et Éric Gagné*, précité, note 50 ; *Cloutier c. Centre hospitalier de l'Université Laval*, précité, note 50.

D'abord, rappelons que les règles principales encadrant la formation des contrats exigent l'expression claire de la volonté de chacune de parties de contracter. Or, dans le contexte législatif actuel, l'établissement hospitalier *doit* « recevoir toute personne qui requiert ses services et évaluer ses besoins »⁶⁶. Le droit aux services de santé découle donc de la loi et ne fait intervenir aucun contrat⁶⁷. Aussi, force est de constater que dans certaines situations, il devient difficile d'appliquer la théorie contractuelle. C'est le cas, par exemple, lorsqu'un patient inconscient est amené à la salle d'urgence. Dans une telle situation, alors qu'aucune des parties n'a la liberté de consentir, un contrat hospitalier ne saurait être valablement formé.

Deuxièmement, plusieurs modifications législatives relativement récentes laissent croire au désir du législateur d'abolir la notion du contrat hospitalier. Soulignons entre autres la modification de l'article 2 de la *Loi sur l'assurance hospitalisation*⁶⁸ qui ne contient plus désormais la notion de contrat⁶⁹. L'article 11 de cette même loi serait également incompatible avec l'existence d'un contrat hospitalier selon l'interprétation que lui donne le juge Rochon dans l'affaire *Camden-Bourgault*⁷⁰.

Enfin, la loi prévoit que l'exercice de la médecine est réservé aux médecins. L'hôpital ne saurait donc être créancier de soins médicaux puisque la loi ne lui permet pas de les fournir. Le juge Rochon écrit à ce sujet :

-
66. *Loi sur les services de santé et les services sociaux*, précitée, note 31, art. 101 ; voir aussi l'article 7.
67. A. LAJOIE, P.A. MOLINARI et J.-L. BAUDOUIN, *op. cit.*, note 64, p. 677. À noter cependant que la professeure Philips-Nootens est d'avis que la relation hôpital-patient demeure contractuelle en vertu d'un « contrat forcé » ; voir Suzanne NOOTENS, « La remise en cause du contrat hospitalier », (1984) 44 *R. du B.* 625. Voir aussi les commentaires du juge LeBel dans l'affaire *Lapointe c. Hôpital Le Gardeur*, précitée, note 51, p. 2640.
68. L.R.Q., c. A-28. L'article 2 a été remplacé par l'article 92 de la *Loi modifiant diverses dispositions législatives concernant l'application de la Loi sur les services de santé et les services sociaux et modifiant diverses dispositions législatives*. L.Q. 1992, c. 21.
69. Cet article constituait, en effet, le fondement de la théorie selon laquelle le contrat qui se forme entre le gouvernement et un établissement hospitalier remplit toutes les conditions de la stipulation pour autrui (art. 1444-1445 C.c.Q.). Le gouvernement est le stipulant, l'établissement est le promettant, et les bénéficiaires, à défaut d'être déterminés, sont les « résidents du Québec, personnes déterminables [qui deviennent] titulaires d'un droit de créance vis-à-vis le promettant » (Chantal GIROUX, *op. cit.*, note 44, p. 25). Pour une analyse du mécanisme de la stipulation pour autrui, voir Adrian POPOVICI, *La couleur du mandat*, Montréal, Éditions Thémis, 1995.
70. *Hôpital de l'Enfant-Jésus c. Camden-Bourgault*, précité, note 65, p. 841.

J'écarte définitivement la thèse du régime contractuel. De son application résulterait un bien étrange contrat, conclu par une partie, l'hôpital, qui n'est pas libre de consentir. Il porterait sur une matière réservée exclusivement, sous peine de nullité, à la profession médicale. Pour l'hôpital, ce contrat serait au surplus sans considération aucune.⁷¹

Pour ces motifs, la thèse extracontractuelle a été avancée et retenue d'ailleurs par la jurisprudence la plus récente de la Cour d'appel⁷². Selon cette thèse, c'est la loi et non un contrat qui régit la relation patient-hôpital, et ce, pour « l'ensemble des services hospitaliers médicalement nécessaires et prescrits et les services médicaux de laboratoire et de clinique externe, exigibles du moins des établissements, de même que les services d'urgence et ceux qui sont fournis par les médecins de garde [...] »⁷³.

En vertu du régime légal, la responsabilité de l'hôpital ne peut être engagée que dans deux circonstances : d'abord, pour sa propre faute (art. 1457 C.c.Q.) ; ou encore, pour les fautes commises par ses préposés dans l'exercice de leurs fonctions (art. 1463 C.c.Q.).

Le centre hospitalier doit prendre toutes les mesures nécessaires pour assurer les soins aux patients, ceux-ci incluant l'administration et la gestion des ressources⁷⁴ et l'organisation institutionnelle. Pour retenir la responsabilité de l'hôpital en vertu de l'article 1457 C.c.Q., il faudrait démontrer que ce dernier n'a pas donné à son personnel les moyens requis pour effectuer correctement leur travail ou que son système administratif est déficient. Ainsi, la responsabilité de l'hôpital pourra être retenue s'il impose à son personnel une charge de travail trop importante et qu'il en résulte un préjudice au patient⁷⁵. Un établissement

71. *Ibid.*, p. 842.

72. *Ibid.*, p. 841. Cette position a été réitérée notamment par la Cour supérieure dans l'affaire *Goupil c. Centre hospitalier universitaire de Québec et Éric Gagné*, précité, note 36.

73. A. LAJOIE, P.A. MOLINARI et J.-L. BAUDOUIN, *loc. cit.*, note 64, p. 720. Cependant, les auteurs n'excluent pas l'existence d'un champ contractuel résiduaire qui inclut « les services hospitaliers qui ne sont pas prescrits et médicalement nécessaires » (p. 679 et 704).

74. Une problématique importante apparaît lorsque l'hôpital, en raison de ressources limitées ou de contraintes budgétaires, cause préjudice à un patient. À cet effet, François TÔTH, *loc. cit.*, note 24.

75. *Côté c. Hôpital l'Hôtel-Dieu de Québec*, [1982] C.S. 906. Cette décision a été révisée par la Cour d'appel : [1987] R.J.Q. 723 (C.A.). Quant à la responsabilité du médecin qui accepte une trop grande charge de travail, le juge Chouinard

hospitalier peut également être fautif d'avoir toléré qu'un professionnel manifestement incompétent travaille à l'intérieur de ses murs. Cependant, la Cour supérieure est d'avis que l'hôpital n'a pas à édicter des règles plus contraignantes que celles établies par l'Ordre des médecins⁷⁶, ni à garantir la qualité des actes médicaux qui y sont pratiqués :

[...] le centre hospitalier doit prendre certaines mesures pour maintenir la qualité des actes médicaux. Ces mesures sont protéiformes : analyse de cas, recommandations diverses, participation à des comités scientifiques et médicaux [...] Le législateur confie à chaque centre hospitalier la mission de maintenir et d'améliorer les soins de santé et la qualité des soins médicaux. Il s'agit essentiellement d'un mandat de surveillance et de formation permanente. Cela n'établit pas en soi une responsabilité sans faute de l'hôpital.⁷⁷

Quant à la responsabilité de l'hôpital pour la faute de ses préposés, il faut démontrer le lien de préposition entre l'auteur de la faute et l'hôpital. Par opposition au régime contractuel, le régime extracontractuel impose donc un fardeau supplémentaire à la victime. Dans le cas où un médecin serait l'auteur de la faute, ce fardeau est particulièrement lourd puisque la tendance majoritaire de la jurisprudence nie l'existence d'un lien de préposition entre le médecin et l'hôpital. En revanche, les résidents et le personnel hospitalier sont généralement considérés comme des préposés de l'hôpital sous réserve de circonstances particulières. Ceci fera l'objet de la prochaine section.

Généralement, l'établissement hospitalier n'est tenu qu'à une obligation de moyens. Dans certains cas, cependant, où « la technique l'emporte sur l'art, la mécanique sur la thérapeutique »⁷⁸, l'obligation de l'hôpital en sera une de résultat⁷⁹. C'est

conclut que cela ne constitue pas en soi une faute. Cependant, un médecin surchargé risque de se trouver dans une situation telle qu'il causera un préjudice et devra en répondre.

76. *Goupil c. Centre hospitalier universitaire de Québec et Éric Gagné*, précité, note 36, p. 1837.

77. *Hôpital de l'Enfant-Jésus c. Camden-Bourgault*, précité, note 65, p. 842 et 843.

78. Paul-André CRÉPEAU, *op. cit.*, note 50, p. 54.

79. À titre d'exemple, Chantal Giroux nomme : « la distribution d'un régime alimentaire ou d'un produit pharmaceutique, analyses courantes de laboratoire » (GIROUX, *op. cit.*, note 44, p. 19). L'obligation de surveillance et de sécurité est une obligation de résultat. Dans *Rizk c. Hôpital du Sacré-Cœur*, [1999] R.R.A. 197, l'hôpital sera responsable des dommages subis par une patiente qui tombe inconsciente au cours d'une prise de sang ; voir aussi *Richard c. Hôtel-Dieu de Québec*, précité, note 51.

notamment le cas pour l'obligation de surveillance et de sécurité qui incombe à l'hôpital, malgré le fait que la jurisprudence ne soit pas unanime sur la question⁸⁰.

En conclusion, il semble que les règles classiques du droit civil ne puissent pas clairement classer les différentes situations factuelles entourant la relation patient-hôpital en un régime de responsabilité unique. Le cas du patient inconscient amené à l'urgence diffère certes du patient admis volontairement à l'hôpital de son choix après consultation avec son médecin. Me Tôth pose la question : « N'est-il pas curieux que les recours changent, que la responsabilité soit plus ou moins lourde, que les obligations soient plus ou moins étendues selon que le patient est conscient ou non, selon que le patient consent ou non... ? »⁸¹.

Malgré la controverse doctrinale et l'hésitation jurisprudentielle, les tribunaux québécois semblent cependant favoriser le régime légal de responsabilité hospitalière. L'opinion de la Cour suprême sur le sujet serait certainement bienvenue.

iii. Le lien de préposition : l'hôpital, le médecin et le résident

Le régime de responsabilité extracontractuelle prévoit certaines présomptions censées avantager la victime ; entre autres, la présomption de responsabilité du commettant pour la faute de son préposé (art. 1463 C.c.Q.)⁸². Pour engager la responsabilité du commettant, trois conditions doivent être réunies : d'abord le préposé doit avoir commis une faute ; ensuite, le préjudice doit être causé dans le cadre de l'exécution de ses fonctions ; et enfin, un lien de préposition doit exister entre le préposé et son commettant. Dans le cadre de la responsabilité hospitalière et médicale, c'est cette dernière condition qui devient problématique.

80. *Laviolette c. Centre hospitalier Hôtel-Dieu de St-Jérôme*, [2003] R.R.A. 872 (C.S.). Dans cette affaire, l'obligation de sécurité de l'hôpital a été considérée comme une obligation de moyens.

81. François TÔTH, *loc. cit.*, note 24, p. 327.

82. Il est bon de noter que la présomption de responsabilité du commettant pour la faute de son préposé énoncée à l'article 1463 est une présomption irréfutable. La responsabilité du commettant est retenue à moins qu'il ne démontre une force majeure ou la faute de la victime ou d'un tiers. Ne s'agissant pas d'une présomption de faute, le commettant ne peut pas s'exonérer en plaçant qu'il a bien choisi son préposé ou qu'il a exercé sur lui une surveillance adéquate.

Le médecin

Pour déterminer s'il existe un lien de préposition entre le médecin et l'hôpital, la Cour d'appel a souligné l'importance de procéder à une « analyse concrète de l'organisation hospitalière et de l'encadrement de la pratique médicale »⁸³ selon les circonstances propres à chaque cas. En général, la doctrine et la jurisprudence majoritaires refusent de reconnaître un lien de préposition entre le médecin et l'établissement hospitalier⁸⁴. Le législateur ne semble pas y être favorable non plus⁸⁵. Dans la mesure où le médecin n'est pas un salarié et qu'aucun contrat ne le lie à l'hôpital, un tel lien ne saurait exister en vertu des principes fondamentaux de l'autonomie du professionnel, « professionnalisme et préposition restant, en droit classique, antinomiques »⁸⁶. Dans de rares cas, les tribunaux ont reconnu que certains médecins, notamment les anesthésistes, pouvaient être des préposés d'un établissement hospitalier⁸⁷.

L'absence d'un lien de préposition entre médecin et centre hospitalier n'est pas sans conséquence. En l'absence d'un contrat hospitalier, la victime d'un médecin fautif n'aurait de recours que contre le médecin lui-même. Pour faciliter et garantir le recours du patient, il serait commode d'ajouter un deuxième débiteur, soit le centre hospitalier. Outre les auteurs en faveur d'un contrat hospitalier global, plusieurs prônent la reconnaissance d'un lien de préposition entre le médecin et l'établissement hospitalier.

Une première solution serait l'adoption d'un texte législatif faisant des médecins des préposés de l'établissement hospitalier.

83. *Hôpital de Chicoutimi c. Battikha*, précité, note 50, p. 2126.

84. *Mellen c. Nelligan*, [1956] R.L. 129 ; *Laurent c. Hôpital Notre-Dame de l'Espérance et Théoret*, précité, note 51 ; *Hôpital de l'Enfant-Jésus c. Camden-Bourgault*, précité, note 65. *Lamarre c. Hôpital du Sacré-Cœur et al.*, J.E. 96-1033 (C.S.) ; voir aussi Pierre-André CRÉPEAU, *op. cit.*, note 51 ; R. KOURI et A. BERNARDOT, *op. cit.*, note 43.

85. Le législateur s'est abstenu d'inclure la disposition suivante qui avait été proposée au moment de l'élaboration de la première version de la *Loi sur les services de santé et des services sociaux*, précitée, note 31 : « Tout professionnel qui pose un acte dans une institution est réputé être le préposé de cette institution en tout ce qui regarde sa responsabilité professionnelle », A. LAJOIE, P.A. MOLINARI et J.-L. BAUDOUIN, *loc. cit.*, note 64, p. 731.

86. A. LAJOIE, P.A. MOLINARI et J.-L. BAUDOUIN, *loc. cit.*, note 64, p. 723.

87. *Martel c. Hôtel-Dieu Saint-Vallier*, précité, note 34 ; *Hôpital Notre-Dame c. Villemure*, [1970] C.A. 538, [1973] R.C.S. 716 ; *Bois c. Hôtel-Dieu de Québec*, [1980] C.S. 596, J.E. 85-976 (C.A.) ; *Bernard c. Cloutier*, précité, note 51 ; voir aussi Suzanne NOOTENS, *op. cit.*, note 35, p. 317.

Une telle approche réussirait certainement à convaincre auteurs et tribunaux ! Une deuxième solution, celle-ci moins radicale, a aussi été proposée. Certains auteurs⁸⁸ ont préconisé l'élargissement et l'actualisation du lien de préposition. En effet, dans un contexte où la prestation de soins de santé requiert la participation de plusieurs professionnels, le « contrôle effectif de l'employeur n'est véritablement plus que symbolique [...] l'employeur est incapable de donner des ordres sur la façon de faire le travail, tout simplement parce que sa compétence s'arrête là où celle du professionnel commence »⁸⁹. En l'absence d'un contrôle et d'une surveillance directe, il demeure néanmoins une « préposition de structure »⁹⁰ qui permettrait de retenir la responsabilité des hôpitaux pour la faute des professionnels, incluant les médecins, qui y œuvrent. Bien qu'ils reconnaissent l'autonomie du professionnel, les auteurs Baudouin et Deslauriers sont d'avis qu'un lien de préposition puisse exister tout de même entre l'hôpital et le médecin :

À notre avis, l'existence d'une subordination administrative et d'un pouvoir de surveillance et de contrôle général de l'hôpital devrait suffire, tout en respectant l'indépendance d'action du professionnel touchant l'exécution spécifique de son art. La théorie classique mérite d'être abandonnée au profit d'une responsabilité institutionnelle globale.⁹¹

Dans l'affaire *Camden-Bourgault*, le juge Rochon exprime une opinion contraire :

Le corpus législatif assure au médecin [...] une autonomie d'exécution pour des motifs évidents et sains. La faute commise à l'occasion de la prestation médicale ne peut, même structurellement, avoir été exécutée sous le contrôle, la direction et la surveillance de l'hôpital.⁹²

88. A. LAJOIE, P.A. MOLINARI et J.-L. BAUDOUIN, *loc. cit.*, note 64, p. 731 ; J.-L. BAUDOUIN, « Vers l'amélioration d'un système basé sur la faute », (1987) 28 *C. de D.* 117. Dans cet article, l'auteur propose un « lien de préposition professionnel ». Danielle CHALIFOUX, « Vers une nouvelle relation commettant-préposé », (1984) 44 *R. du B.* 815 ; Chantal GIROUX, *op. cit.*, note 44 ; François TOTH, *loc. cit.*, note 24.

89. François TOTH, *loc. cit.*, note 24, p. 334. Selon cet auteur, la proposition de l'élargissement du lien de préposition trouve également un certain fondement dans les divers lois et règlements qui encadrent la pratique médicale. À cet égard, il note plusieurs mécanismes de contrôle et de surveillance, dont notamment la nomination du médecin et l'octroi de ses privilèges et le contrôle exercé par le Conseil des médecins, dentistes et pharmaciens.

90. A. LAJOIE, P.A. MOLINARI et J.-L. BAUDOUIN, *loc. cit.*, note 64, p. 730.

91. Jean-Louis BAUDOUIN et Patrice DESLAURIERS, *op. cit.*, note 48, p. 1043.

92. *Hôpital de l'Enfant-Jésus c. Camden-Bourgault*, précité, note 65, p. 844.

Enfin, Me Ménard propose une nouvelle approche destinée à rendre l'hôpital responsable de tout son personnel⁹³. Bien qu'il reconnaisse que la relation hôpital-patient soit de nature légale, il considère que la nouvelle *Loi sur les services de santé et les services sociaux*⁹⁴ établit une responsabilité personnelle de l'hôpital à l'égard des soins médicaux. À ce titre, l'établissement répondrait automatiquement de la faute de son personnel sans le recours à un contrat hospitalier ni à la preuve d'un lien de préposition.

Devant ces solutions proposées pour rendre l'hôpital responsable des fautes commises par les médecins, nous croyons opportun de rappeler le but premier de la responsabilité civile : l'indemnisation de la victime. Dans un contexte législatif où « tout médecin ou tout dentiste exerçant dans un centre doit détenir, pour lui et sa succession, une police valide d'assurance de responsabilité professionnelle »⁹⁵ la victime jouit, heureusement, d'une grande protection. L'ajout d'un débiteur supplémentaire ne change, en pratique, que très peu.

Le résident

Les résidents sont considérés comme étant des employés de l'hôpital liés par un contrat de louage de service⁹⁶. La loi ne les exclut pas du personnel de l'établissement comme elle le fait pour les médecins, les dentistes et les sages-femmes⁹⁷. Généralement, la jurisprudence les reconnaît comme étant des préposés de l'hôpital⁹⁸. Leur faute, tout comme celle des infirmières⁹⁹ et des

93. Jean-Pierre MÉNARD, « La responsabilité hospitalière pour la faute médicale après la décision de la Cour d'appel dans l'affaire *Camden-Bourgault* : plus de questions que de réponses », dans *Le devoir de sécurité et la responsabilité des établissements de santé*, Service de la formation permanente, Barreau du Québec, 2002, vol. 179, Éditions Yvon Blais, p. 139.

94. Précitée, note 31. Cette loi est entrée en vigueur en 1992.

95. *Loi sur les services de santé et les services sociaux*, précitée, note 31, art. 258.

96. Pauline LESAGE-JARJOURA et Suzanne PHILIPS-NOOTENS, *op. cit.*, note 35, p. 101.

97. *Loi sur les services de santé et les services sociaux*, précitée, note 31, art. 236.

98. Entre autres *Mellen c. Nelligan*, précité, note 84 ; *Bois c. Hôtel-Dieu de Québec et Plamondon*, [1980] C.S. 596, J.E. 85-976 (C.A.) ; *Tabah c. Liberman*, précité, note 20.

99. Par exemple, *Maltais c. Hôpital Reine-Elizabeth de Montréal*, J.E. 81-347 (C.S.) ; *Mainville c. Cité de la santé de Laval*, [1988] R.J.Q. 2082 (C.S.) ; *Thomassin c. Hôpital de Chicoutimi*, précité, note 33. Dans cette affaire, une compresse est oubliée dans l'abdomen d'un patient. Il s'agissait alors de déterminer qui était le commettant des infirmières assignées au décompte des compresses : le chirurgien ou l'hôpital. Le tribunal a retenu la responsabilité de l'hôpital.

techniciens¹⁰⁰, engage, en principe, la responsabilité de l'établissement hospitalier. Cependant, le lien de préposition est qualifié de migrateur en ce sens qu'un préposé peut, suivant les circonstances, changer temporairement de commettant. S'il est établi que le pouvoir de contrôle, de direction, et de surveillance¹⁰¹ auprès du résident est passé de l'hôpital au profit du médecin-patron, ce dernier devra répondre de son résident puisqu'il en sera devenu le commettant momentané¹⁰². Ce principe a d'ailleurs été énoncé dès 1956 :

The interns, on the other hand, are, by their functions and under the terms of their contractual relations with the hospital, primarily the agents of the hospital ; they remain the preposes of the hospital in connection with all the cares, treatments and services they render to patients of the hospital within the scope of the services which the hospital has undertaken and is entitled to give to the patient, as distinguished from the cares which pertain exclusively to the sole professional jurisdiction and discretion of the surgeon [...]¹⁰³

Devant l'imprévisibilité dont la jurisprudence a déjà fait preuve¹⁰⁴, la victime d'une faute commise par un résident aura intérêt à poursuivre l'établissement hospitalier ainsi que le médecin-patron¹⁰⁵. Seuls les faits pourront déterminer qui des deux agissait à titre de commettant au moment de la faute.

100. *Pépin c. Hôpital du Haut-Richelieu*, [1983] C.A. 292. Dans cette affaire, l'hôpital répond de la faute d'une technicienne en radiologie.
101. Pour une discussion détaillée des critères de détermination du lien de préposition voir, entre autres, Jean-Louis BAUDOUIN et Patrice DESLAURIERS, *op. cit.*, note 48, p. 540.
102. Cette notion de commettant momentané a été initialement élaborée pour les infirmières, mais peut être étendue aux résidents, puisqu'ils sont, eux aussi, des auxiliaires. Voir : *Hôpital général de la région de l'Amiante c. Perron*, [1979] C.A. 567 ; *Murray-Vaillancourt c. Clairoux*, [1989] R.R.A. 762 (C.S.) ; *Labrecque c. Hôpital du St-Sacrement*, précité, note 21 ; *Goupil c. Centre hospitalier universitaire de Québec et Éric Gagné*, précité, note 36.
103. *Mellen c. Nelligan*, précité, note 84, p. 162.
104. Un exemple mentionné plus haut a trait aux soins postopératoires : dans l'affaire *Tabah c. Liberman*, précitée, note 20, le tribunal a conclu qu'un résident qui commet une faute dans le suivi postopératoire ordinaire engage la responsabilité de l'hôpital alors qu'une faute commise dans le suivi postopératoire compliqué engage celle du médecin-patron (*Labrecque c. Hôpital du St-Sacrement*, précité, note 21).
105. Le demandeur qui intente un recours contre le médecin-patron et l'hôpital pour la faute d'un résident risque d'être condamné aux dépens de l'une des parties s'il est jugé qu'elle n'est pas responsable. C'est en quelque sorte le prix de l'incertitude jurisprudentielle actuelle qui laisse la place à très peu de prévisibilité.

PARTIE II – RESPONSABILITÉ POUR UNE FAUTE COMMISE PAR LE RÉSIDENT

Nous arrivons maintenant à l'analyse de la responsabilité civile pour une faute commise par un résident en médecine. Outre le résident lui-même, qui de l'hôpital ou du médecin-patron sera tenu d'en répondre ? Nous examinerons ces questions à la lumière des principes que nous avons dégagés dans la première partie de ce texte. Pour être conséquent avec la plus récente jurisprudence en la matière, nous mettrons l'accent sur les principes et applications du régime de responsabilité extracontractuelle.

A) Responsabilité personnelle du résident fautif

i. Critères d'évaluation de la faute du résident

N'étant pas autorisé à contracter avec des patients, le résident coupable ne peut engager que sa responsabilité extracontractuelle. Son obligation en est une de moyens, tout comme celle du médecin-patron. Les critères de détermination de la faute sont toujours les mêmes : est-ce que la conduite du résident est conforme à celle d'un résident raisonnable et diligent, au même niveau de formation et placé dans les mêmes circonstances¹⁰⁶ ? La faute devrait être évaluée *in abstracto* :

L'appréciation *in concreto* est inacceptable car elle aurait pour effet d'entraîner une immunité de principe de l'étudiant et par voie de conséquence, celle du médecin pour les soins médicaux qu'il s'est engagé à prodiguer. Ce qui importe n'est pas tant le personnel qui donne les soins que l'activité proprement dite de cette personne.¹⁰⁷

Dans l'affaire *Boulay c. Charbonneau*¹⁰⁸, la D^{re} Michaud, alors résidente, a pratiqué une onysectomie simple pour enlever un ongle incarné dont souffrait la demanderesse, M^{me} Charbonneau. Le chirurgien de garde à l'urgence était alors le D^r Boulay, mais il n'était pas présent lors de la procédure. L'intervention se déroule bien. Cependant, la D^{re} Michaud oublie d'enlever le garrot dont elle s'est servie pour diminuer le flot sanguin à l'orteil durant la procédure. L'oubli du garrot provoque la gangrène de l'orteil et éventuellement, M^{me} Charbonneau se fait amputer une partie de l'orteil droit. En première instance, on retient la responsabilité

106. J.-P. MÉNARD et D. MARTIN, *op. cit.*, note 11, p. 90.

107. A. BERNARDOT et R. KOURI, *op. cit.*, note 43, p. 342.

108. [1985] C.S. 822, [1988] R.R.A. 457 (C.A.).

du chirurgien, le Dr Boulay, pour sa faute personnelle (manquement à son devoir de surveillance) ainsi que pour la faute de sa préposée, la D^{re} Michaud. Cette décision est cassée par la Cour d'appel. Selon cette dernière, la D^{re} Michaud, étant omnipraticienne, jouissait d'une certaine autonomie professionnelle et doit par conséquent répondre de ses propres actes médicaux. La Cour conclut donc que cet acte (oubli du garrot) ne relevait pas de la compétence du spécialiste (Dr Boulay, chirurgien) :

[...] she then forgot to remove the elastic, and while this constituted a fault, it cannot be said that this was due to her want of skill. In other words, I make a distinction between the skill required for the surgery and her forgetfulness in the removal of the tourniquet.¹⁰⁹

On retient donc seulement la responsabilité de la résidente. Il importe de noter cependant que les faits dans cette affaire remontent à 1980, alors qu'en vertu de l'ancienne réglementation¹¹⁰, le résident jouissait d'une autonomie professionnelle en tant que médecin généraliste. Aujourd'hui, par suite de la réforme réglementaire de 1987¹¹¹, le résident reste en tout temps sous l'autorité d'un médecin-patron. À notre avis, sa faute, même mineure ou triviale, engage nécessairement la responsabilité de l'hôpital ou celle du médecin-patron¹¹².

C'est d'ailleurs un des motifs énoncés dans l'affaire *Goupil c. Centre hospitalier universitaire de Québec*¹¹³. Cette affaire se déroule en 1994. La D^{re} Thériault, alors résidente en pathologie, commet une faute alors qu'elle examine des lames de biopsie sous la supervision du médecin pathologiste, le Dr Gagné. En effet, à la suite de l'examen de deux lames portant des renseignements cliniques similaires, « la résidente lève, devant elle, les deux feuilles de réquisition, soit celle de M^{me} Goupil et celle d'une autre

109. *Boulay c. Charbonneau*, précité, note 108, p. 462.

110. *Règlement sur l'organisation et l'administration des établissements*, précité, note 10.

111. *Règlement sur les conditions et modalités de délivrance des permis de l'Ordre professionnel des médecins du Québec*, précité, note 12.

112. C'est également le point de vue soutenu par Jacques NOLS, « Responsabilité des médecins-patrons, des centres universitaires et des résidents en médecine », dans *Le devoir de sécurité et la responsabilité des établissements de santé*, Service de la formation permanente, vol. 179, Barreau du Québec, Éditions Yvon Blais, 2002, p. 36. Il écrit : « [...] dans le cadre législatif actuel, il est raisonnable de croire que la responsabilité de l'établissement, à titre de commettant de la résidente, serait retenue pour un tel oubli. »

113. Précitée, note 35.

patiente, M^{me} C... en reposant les feuilles de réquisition l'ordre des feuilles de ces deux patientes a été inversé »¹¹⁴. Le rapport de M^{me} Goupil indiquera alors un cancer du col utérin alors que c'est M^{me} C qui en souffrait. Les deux rapports erronés sont signés par le Dr Gagné. M^{me} Goupil subit une chirurgie invasive en vue de réséquer la tumeur. La chirurgienne, ne trouvant pas de cancer, consulte le pathologiste de garde. Celui-ci contactera le Dr Gagné et les deux conviendront, après révision des lames, que M^{me} Goupil ne souffrait pas de cancer. Cependant, l'opération laissera quand même d'importantes séquelles. M^{me} Goupil et son conjoint intentent un recours en dommages-intérêts contre le Centre hospitalier universitaire de Québec et le Dr Gagné. On ne poursuit cependant pas la résidente fautive¹¹⁵. Il y a un règlement hors cour, mais les défendeurs s'adressent au tribunal pour déterminer lequel des deux devrait assumer la responsabilité.

L'honorable juge Morin de la Cour supérieure va conclure à l'unique responsabilité du médecin-patron. Le Dr Gagné a tenté de soulever l'argument énoncé par le juge dans l'affaire *Boulay c. Charbonneau*¹¹⁶, à savoir que les gestes fautifs commis par la résidente (prise de notes et dictée des rapports) ne seraient pas des actes médicaux à cause de leur caractère trivial. À cette prétention, la Cour répond :

Ce caractère (trivial) n'enlève rien au fait que ces gestes sont effectués dans le cadre du processus diagnostique et que seul un médecin ou un résident dûment qualifiés peuvent les poser.¹¹⁷

En plus d'engager sa responsabilité personnelle, le résident fautif engage donc celle d'un de ses deux commettants. Il est intéressant de noter cependant que dans la jurisprudence québécoise, le résident fautif est rarement, sinon jamais, poursuivi. On se

114. Mémoire de l'intimé dans *Gagné c. CHUQ* (C.A. 200-09-003726-012), p. 4. L'affaire a été réglée hors cour avant de se rendre à l'audience.

115. Les raisons pour cela ne sont pas claires à la lecture des mémoires et du jugement. D'ailleurs, la cour souligne que « compte tenu de l'article 29 de l'entente collective intervenue le 30 juin 1992 entre la Fédération des médecins résidents du Québec et le ministre de la Santé et des Services sociaux (note 123), le présent jugement aurait pu être différent si Catherine Thériault avait été assignée comme partie et non comme simple témoin » (*Goupil c. Centre hospitalier universitaire de Québec et Éric Gagné*, précité, note 36, p. 1838).

116. Précité, note 108.

117. *Goupil c. Centre hospitalier universitaire de Québec et Éric Gagné*, [2001] R.J.Q. 1814, 1821 (C.S.), précité, note 36, p. 1822.

contente généralement d'intenter la poursuite contre l'établissement hospitalier et le médecin, puisque l'un d'entre eux devra répondre de sa faute.

Il est intéressant ici de faire le parallèle avec la décision de la Cour supérieure *Mainville c. Cité de la Santé de Laval*¹¹⁸, où la responsabilité d'une étudiante en sciences infirmières est en question. Dans cette affaire, M. Mainville a subi diverses lésions alors que l'étudiante lui retirait une sonde urinaire sans s'assurer que le ballonnet qui la retient en place est entièrement dégonflé. Après que le patient eut exprimé sa douleur à deux reprises, l'étudiante a fait appel à l'infirmière qui la supervisait. Cette dernière a retiré la sonde après avoir vidé le ballonnet. Monsieur Mainville a subi cependant de nombreuses complications : douleur et adhérences nécessitant une intervention chirurgicale. Il entreprend alors un recours contre l'étudiante, l'infirmière qui la supervisait ainsi que l'hôpital. Le juge Trudel, qualifiant de contractuelle la relation patient-hôpital, conclut à la responsabilité de l'hôpital¹¹⁹. Quant à la responsabilité de l'étudiante infirmière, la Cour s'exprime ainsi :

La faute reprochée à [l'étudiante...], l'enlèvement traumatique de la sonde, se confond entièrement avec les faits reprochés à la Cité de la Santé. Elle s'identifie essentiellement à cette inexécution contractuelle et ne saurait en être distinguée, de sorte que l'option de régime n'est pas ouverte. À la lumière de cet enseignement, la responsabilité délictuelle de [l'étudiante] ne saurait être engagée et l'action doit être rejetée quant à elle.¹²⁰

Cette conclusion nous paraît difficile à justifier. Ayant commis une faute à l'égard du demandeur, l'étudiante infirmière devait engager par là sa responsabilité extracontractuelle. Cette dernière ne devrait pas être confondue avec la responsabilité contractuelle de l'hôpital. Les deux sont cumulatives, de sorte que l'étudiante et l'hôpital engagent leur responsabilité solidairement¹²¹.

118. Précitée, note 99. À noter que les faits de cette affaire remontent à 1986, soit avant l'adoption du C.c.Q.

119. *Ibid.*, p. 2097.

120. *Ibid.*, p. 2103.

121. De plus, nous croyons qu'il aurait fallu examiner de plus près la relation entre l'étudiante fautive et l'infirmière qui la supervisait. En effet, s'il s'avérait que ce lien en était un de préposition, la responsabilité de l'infirmière aurait pu être retenue à titre de commettant momentané.

Il serait possible, du moins théoriquement, d'imaginer des circonstances dans lesquelles un résident cause un préjudice sans nécessairement commettre de faute. C'est le cas lorsque la preuve démontre que le résident raisonnable et diligent aurait commis une semblable *erreur* dans les mêmes circonstances¹²². Il est possible que la commission d'une telle *erreur* par un médecin-patron soit une *faute*. Cependant, en l'absence de faute du préposé même, la responsabilité du commettant ne saurait être engagée en vertu de l'article 1463 C.c.Q. Dans un tel scénario, comment sauvegarder les droits de la victime ? Il est possible en vertu du régime extracontractuel de retenir la responsabilité du commettant pour une faute commise dans la délégation des actes au résident. Ainsi, comme nous le verrons plus bas, un commettant engage sa responsabilité personnelle lorsqu'il délègue des actes de manière inappropriée ou exerce une surveillance inadéquate. Enfin, il serait possible, encore théoriquement, d'invoquer la faute du résident qui accepte d'accomplir des actes pour lesquels il n'est pas compétent.

ii. Le recours récursoire contre le résident fautif

Notons que peu importe le régime de responsabilité applicable, l'établissement hospitalier ou le médecin-patron qui se voit imposer la réparation des dommages subis par un patient à la suite de la faute du résident, a un recours contre ce dernier. D'une part, s'il s'agit d'un contrat hospitalier ou médical, le débiteur de l'obligation de soins a un recours récursoire contre le tiers (résident) fautif. D'autre part, selon la thèse extracontractuelle, le commettant conserve un recours contre son préposé fautif en vertu de l'article 1463 C.c.Q.

Il importe de signaler que, dans le cas d'une poursuite civile contre un résident, « l'établissement s'engage à assumer les faits et causes du résident et s'engage à payer, aux lieu et place du résident, tout dommage-intérêt, en capital, en intérêts et frais auxquels le résident serait condamné »¹²³. L'hôpital renonce également à tout recours récursoire contre le résident.

122. Il est possible de commettre une erreur sans commettre de faute. C'est notamment le cas lorsqu'un médecin commet une erreur de jugement qui entraîne un préjudice. Voir notamment : *Lapointe c. Hôpital Le Gardeur*, précité, note 51, où la cour a conclu que la conduite du Dr Chevrette relevait plutôt d'une erreur de jugement que d'une faute. Sa responsabilité n'est donc pas retenue.

123. Entente intervenue le 9 juin 1999 entre le ministre de la Santé et des Services sociaux et la Fédération des médecins résidents du Québec, art. 29. Disponible sur le site : <http://www.fmrq.qc.ca>.

Enfin, dans un contexte où le résident en médecine poursuit une formation sous la supervision de médecins-patrons dans une institution universitaire, « on peut s'interroger d'un point de vue à la fois social et juridique sur l'à-propos d'un recours où un professeur poursuivrait son étudiant pour une faute commise par ce dernier alors qu'il est en pleine période de formation, sous son autorité et son contrôle »¹²⁴. Cet aspect peut d'ailleurs expliquer, en partie, la rareté de tels recours en jurisprudence québécoise.

iii. La faute déontologique du résident

En vertu de l'article 87 du *Code des professions*¹²⁵, le Collège des médecins du Québec « doit adopter, par règlement, un code de déontologie imposant au professionnel des devoirs d'ordre général et particulier envers le public, ses clients et sa profession ». Il s'agit du *Code de déontologie des médecins*¹²⁶. Au sens de la loi, c'est un règlement dont les tribunaux ont connaissance d'office.

Malgré qu'ils ne soient pas des médecins au sens de la loi, les résidents sont tout de même membres du Collège des médecins et sont donc soumis au *Code de déontologie*. Aucune jurisprudence québécoise ne fait état de l'application de ce code aux résidents. Il n'en demeure pas moins qu'un résident reconnu fautif selon les dispositions du *Code de déontologie* peut être soumis à diverses mesures disciplinaires. Par opposition au droit civil, la déontologie sanctionne la conduite fautive du professionnel sans nécessairement qu'un préjudice soit survenu. Se pose alors la question : quel est l'impact sur la responsabilité civile d'un médecin ou d'un résident d'une violation à un devoir édicté par le *Code de déontologie* ? Cette question, qui se pose d'ailleurs pour tous les professionnels, dépasse l'intérêt de ce texte. Il suffit de mentionner qu'une controverse règne toujours parmi les auteurs et les tribunaux¹²⁷.

B) La responsabilité de l'établissement hospitalier pour la faute du résident¹²⁸

Nous avons choisi de traiter uniquement de la responsabilité extracontractuelle de l'établissement hospitalier. Ceci pour deux

124. Jacques NOLS, *loc. cit.*, note 112, p. 31.

125. L.R.Q., c. C-26, c. 78

126. Précité, note 31, ci-après *Code de déontologie*.

127. Pour une discussion détaillée, voir Jean-Louis BAUDOUIN et Patrice DESLAURIERS, *op. cit.*, note 48, p. 969-991.

128. Il est bien sûr possible de retenir la responsabilité de l'établissement hospitalier pour sa propre faute. Voir les notes 79 et 80. Une analyse plus détaillée de la question sort cependant du cadre de ce texte.

raisons : d'abord, les règles applicables en vertu du régime contractuel sont relativement simples puisque l'hôpital répondra de la faute de tous les membres de son personnel (médecins et résidents inclus) impliqués dans la prestation de soins contenue dans le contrat hospitalier global. Une discussion plus approfondie de ce régime ne s'impose donc pas. Deuxièmement, la jurisprudence la plus récente¹²⁹ émanant notamment du plus haut tribunal de la province, a retenu la thèse du régime extracontractuel de responsabilité entre le patient et l'hôpital. Cette thèse mérite donc notre attention.

La responsabilité de l'hôpital ne saurait être retenue en vertu du régime extracontractuel que si le résident agissait à titre de préposé au moment de la commission de la faute. La Cour d'appel a eu à appliquer ce principe dans l'arrêt *Tabah c. Liberman*¹³⁰. Dans cette affaire, un résident commet une faute lors du suivi postopératoire d'un patient ayant subi une thyroïdectomie. Le résident est avisé par l'infirmière de l'évolution inquiétante du patient (sang provenant de la plaie) mais il omet d'intervenir ou d'informer ses supérieurs. L'accumulation de sang va compresser les voies respiratoires, et le patient décédera quelques jours plus tard. En l'espèce, la Cour conclut que le résident agissait sous le contrôle et la supervision de l'hôpital, et non du chirurgien¹³¹ :

[...] rien ne permet de conclure que (le chirurgien) a commis une faute dans la formation qu'il lui a fournie et il n'existe entre eux aucun lien de maître à commettant (art. 1054 C.C.). Les activités normales du chirurgien dans un hôpital organisé se terminent lorsque l'hôpital prend en charge le malade pour les soins postopératoires. Ayant assumé les soins postopératoires, l'hôpital devrait répondre de la faute du personnel hospitalier.¹³²

La Cour considère donc les soins postopératoires comme étant des soins hospitaliers dont l'hôpital doit assumer l'exécution et la responsabilité¹³³. Cette conclusion est nuancée par la suite

129. *Hôpital de l'Enfant-Jésus c. Camden-Bourgault*, précité, note 65 ; *Goupil c. Centre hospitalier universitaire de Québec et Éric Gagné*, précité, note 36 ; *Cloutier c. Centre hospitalier de l'Université Laval*, précité, note 50.

130. Précité, note 20.

131. La Cour d'appel a également retenu la faute de l'infirmière qui, en appliquant un pansement supplémentaire sur la plaie, a retardé l'apparition des signes extérieurs de l'hémorragie.

132. *Tabah c. Liberman*, précité, note 20, p. 1231.

133. Principe également énoncé par la Cour d'appel dans *Perron c. Hôpital Général de la Région de l'Amiante*, précité, note 102. Dans cette affaire, un enfant subit des dommages graves par suite de l'absence de surveillance de la part des infirmières en

dans l'arrêt *Labrecque c. Hôpital du Saint-Sacrement*¹³⁴. Dans cette affaire, un résident en chirurgie orthopédique a pratiqué sous la supervision du médecin-patron une ostéotomie tibiale de valgisation sur M. Labrecque. Durant l'intervention, un spasme artériel est constaté et le chirurgien demande en consultation un chirurgien vasculaire. Ce dernier demande à ses résidents d'observer étroitement le patient, mais il ne se rend pas lui-même à son chevet. Trois jours plus tard, l'état du patient se détériore et une intervention urgente s'impose. Celle-ci est réussie, mais laissera des séquelles permanentes. Monsieur Labrecque intente alors un recours contre l'hôpital et les deux médecins-patrons¹³⁵. Un règlement à l'amiable est conclu avec les médecins. L'hôpital demeure seul défendeur et prétend qu'il y a épuisement du recours. La Cour supérieure ne retient pas la responsabilité de l'hôpital au motif que les résidents agissaient alors sous la supervision et le contrôle des médecins-patrons. Cette décision sera confirmée en appel. Ces derniers étaient leurs commettants momentanés, et doivent donc en répondre. La Cour distingue alors le suivi postopératoire ordinaire du suivi postopératoire étroit. Bien que le premier fasse partie des soins hospitaliers¹³⁶, le deuxième constitue un acte médical. Le juge Chamberland écrit :

Bien que ce dernier (suivi postopératoire) relève normalement des activités de l'Hôpital, le suivi dont a fait l'objet l'appelant n'était pas un suivi postopératoire normal [...] le patient a été sous les soins du médecin traitant et des résidents qui travaillent sous son autorité et sa surveillance. Les résidents dispensaient donc des soins médicaux, et c'est le contrat du patient avec son ou ses médecins qui trouvait ici application.¹³⁷

L'hôpital répond donc de la faute des résidents si, au moment de la commission de la faute, ils étaient sous sa surveillance ou son contrôle. Ainsi, l'hôpital est responsable de la faute d'une résidente qui donne congé à un patient alors qu'il a une particule de métal dans l'œil¹³⁸. L'hôpital répond aussi de la faute d'un rési-

charge de la salle de réveil. La Cour conclut que les soins postopératoires relèvent des soins hospitaliers et que seul l'hôpital doit en répondre.

134. Précité, note 21.

135. L'action sera modifiée ultérieurement par l'ajout d'une allégation contre le résident qui a pratiqué la première intervention. Le demandeur n'aurait pas été informé de la participation du résident à l'intervention.

136. *Tabah c. Liberman*, précité, note 20, p. 1231.

137. *Labrecque c. Hôpital du Saint-Sacrement*, précité, note 21.

138. *Bois c. Hôtel-Dieu de Québec*, précité, note 87. Dans cette affaire, l'interne se contente d'appliquer un pansement sur l'œil du patient sans en aviser ses supérieurs. L'œil s'infectera et le patient en perdra l'usage.

dent en médecine dentaire qui laisse un chicot de dent à la suite d'une extraction difficile¹³⁹.

En résumé, la responsabilité de l'hôpital sera retenue lorsque la preuve révèle que le résident fautif était sous sa surveillance et son contrôle au moment de la faute. Généralement, c'est le cas lorsque le résident prodigue des soins hospitaliers au patient. En revanche, et comme nous le verrons en détail dans la prochaine partie, la responsabilité du médecin-patron sera retenue lorsqu'il agit comme commettant momentanément du résident. Ce sera le cas, ordinairement, lorsque le résident accomplit des actes médicaux.

Finalement, rappelons que l'entente présentement en cours entre le ministre de la Santé et des Services sociaux et la Fédération des résidents prévoit que l'hôpital répondra de toute faute commise par un résident¹⁴⁰. Encore faut-il que le résident soit poursuivi. Il est donc impératif d'inclure le résident fautif dans une éventuelle poursuite, au risque même de perdre un recours¹⁴¹.

C) La responsabilité du médecin-patron

La responsabilité du médecin-patron peut être engagée de deux façons. Premièrement, il peut être tenu responsable de la faute commise par un résident soit dans le cadre d'un contrat médical ou bien en vertu de la présomption de responsabilité du commettant selon le régime extracontractuel. Dans les deux cas, c'est une responsabilité sans faute. En deuxième lieu, le médecin-patron peut être tenu responsable pour sa propre faute, notamment la faute commise lors de la délégation de l'acte médical au résident. Le consentement invalide du patient à la participation du résident à l'acte médical peut également être générateur de responsabilité.

i. Pour la faute du résident

Dans un contexte contractuel, le médecin-patron est responsable de la faute de son résident sans preuve d'un lien de préposi-

139. *Desormeaux c. Centre hospitalier St. Mary's*, [1992] R.R.A. 516 (C.S.).

140. Précité, note 115, art. 29. Une telle disposition n'a pas de valeur à l'égard d'un tiers désireux de poursuivre le résident. Cependant, elle permet au demandeur de cumuler les débiteurs : l'hôpital en plus du résident. En pratique, cela a peu d'importance, puisque les deux sont normalement assurés.

141. Voir *supra*, note 115.

tion. Dans l'affaire *Murray-Vaillancourt c. Clairoux*¹⁴², M^{me} Murray-Vaillancourt consulte un oto-rhino-laryngologiste pour une masse cervicale. Elle consent à une intervention chirurgicale dans le but d'extraire ladite masse. L'intervention comprenait une panendoscopie (laryngoscopie, œsophagoscopie et bronchoscopie) qui a été effectuée par une résidente, la D^{re} Girard, sous la supervision du médecin-patron, le D^r Clairoux. Au cours de l'œsophagoscopie, l'œsophage est perforé et une seconde intervention chirurgicale s'impose. Madame Murray-Vaillancourt intente alors un recours contre le D^r Clairoux et la D^{re} Girard. Parmi ses prétentions, la demanderesse fait valoir que le médecin défendeur devrait répondre de la faute de sa résidente. Bien que la Cour reconnaisse que le « médecin traitant a une obligation contractuelle envers sa patiente »¹⁴³, elle juge en l'espèce qu'aucune faute n'a été commise puisque le risque de perforation est inhérent à toute œsophagoscopie. La demanderesse alléguera de plus que le médecin traitant n'avait pas le droit de déléguer l'acte médical que constitue la panendoscopie à la résidente. En réponse, le juge Reeves énoncera les conditions nécessaires à la délégation d'actes médicaux. Cela fera l'objet de la prochaine section.

En matière extracontractuelle, les tribunaux ont également reconnu la responsabilité du médecin-patron par suite de la faute du résident qui agissait sous son contrôle et sa surveillance. C'est notamment le cas dans l'affaire *Goupil c. Centre hospitalier universitaire de Québec et Éric Gagné*¹⁴⁴ où un médecin pathologiste répond de la faute d'une résidente qui a inversé les feuilles de réquisition pour des examens de biopsie. En l'espèce, « le D^r Gagné, n'ayant pas fourni une preuve démontrant que la présomption ne s'applique pas [...] sa responsabilité se trouve engagée à titre de commettant de Catherine Thériault pour les actes fautifs posés par cette dernière »¹⁴⁵.

Dans l'affaire *Richard c. Hôtel-Dieu de Québec et Houde*¹⁴⁶, la Cour retient la responsabilité de l'anesthésiste pour les brûlures subies par une patiente à la suite de la surchauffe d'un matelas. Le résident agissait alors comme préposé de l'anesthésiste.

142. Précitée, note 102.

143. *Murray-Vaillancourt c. Clairoux*, précité, note 102, p. 763 et 772.

144. Précitée, note 36. Les faits de cette affaire sont résumés à la page 33.

145. *Ibid.*, p. 1831.

146. Précitée, note 51. Il est à noter que dans cette affaire la cour a aussi retenu la responsabilité de l'hôpital pour manquement à son obligation de sécurité. Cette obligation en est une de résultat.

Enfin, dans l'affaire *Currie c. Blundell*¹⁴⁷, un médecin a été reconnu responsable de la faute de son résident. Dans cette affaire, la demanderesse, M^{me} Currie, est une femme âgée de 25 ans chez qui on diagnostique la présence d'un canal artériel dans le cœur. Il s'agit d'un canal patent présent et requis chez le fœtus, mais qui se transforme progressivement en une structure ligamenteuse non patente dans les premières semaines suivant la naissance. La présence de ce canal n'occasionnait pour la demanderesse aucun inconfort ni incapacité. Cependant, craignant des complications possibles à long terme, son cardiologue (Dr Godin) et son chirurgien cardiaque (Dr Blundell) lui ont conseillé d'être opérée. L'opération n'avait cependant aucun caractère d'urgence. Durant l'opération, le Dr Blundell délègue au Dr Long, alors résident, une partie délicate de l'opération, soit la suture de l'aorte. Alors que le Dr Long s'exécutait, la paroi de l'aorte s'est déchirée et une quantité significative de sang est perdue. Le Dr Blundell réussit enfin à contrôler la perte de sang, mais il s'avérera plus tard, que la diminution temporaire du flot sanguin à la moelle épinière laissera la patiente paralysée de ses membres inférieurs. Après une réadaptation intensive, son incapacité se quantifie à 30 %.

En l'espèce, la responsabilité du Dr Blundell est double. D'abord, à titre de commettant, il est responsable de la faute de son préposé, le Dr Long. De plus, sa responsabilité est également engagée en raison de sa propre faute : la délégation inappropriée d'une partie délicate de l'opération. Les critères de délégation feront l'objet de la prochaine section.

ii. Pour sa propre faute

En plus d'être engagée par l'acte fautif de son résident, la responsabilité du médecin-patron peut aussi être retenue à la suite de sa propre faute. C'est notamment le cas dans l'affaire *Goupil c. Centre hospitalier universitaire de Québec et Éric Gagné*¹⁴⁸ où le juge Morin conclut à la commission de trois fautes engageant la responsabilité personnelle du médecin défendeur. D'abord, il n'a pas revu lui-même les lames lors de la révision du rapport de pathologie préparé par la résidente. Le tribunal invoque entre autres les articles 2.03.18 et 2.04.03 du *Code de*

147. *Currie c. Blundell*, [1992] R.J.Q. 764 (C.S.).

148. Précité, note 36. Les faits de cette affaire sont résumés à la page 33.

*déontologie des médecins*¹⁴⁹ en vigueur à l'époque : « un médecin consulté en vue d'un diagnostic ne peut se décharger sur une autre personne de sa responsabilité quant à la valeur de ce diagnostic »¹⁵⁰. Deuxièmement, la Cour a jugé que le Dr Gagné a commis une faute d'inattention lors de la révision du rapport de pathologie. Le défendeur a prétendu que la similitude des renseignements cliniques relatifs aux lames de biopsie portait à confusion, mais le tribunal n'a pas retenu cet argument. Bien au contraire, « la présence de deux dossiers concernant des cas de néoplasie du col utérin traitée par radiothérapie devait conduire à une plus grande prudence en vue d'éviter une confusion entre les deux dossiers »¹⁵¹. En troisième lieu, la Cour a considéré que le défendeur a commis une faute en sa qualité d'enseignant. Celle-ci fera l'objet d'une discussion subséquente.

Il est important de rappeler que la responsabilité attribuable aux trois fautes décrites s'ajoute à celle découlant de la présomption de responsabilité du commettant à l'égard de sa résidente dont nous avons déjà fait mention.

Le médecin-patron engage également sa responsabilité lorsqu'il délègue ou surveille de façon inappropriée, lorsqu'il n'obtient pas le consentement éclairé du patient quant à la participation du résident, et enfin, lorsqu'il manque à son devoir d'enseignement.

a) Les critères de délégation

À une époque où la complexité des soins médicaux prodigués ne cesse d'augmenter, il est inconcevable de demander à un seul médecin traitant de s'occuper de chacun des aspects de la prise en charge du patient ; d'où l'importance grandissante des équipes multidisciplinaires où chaque professionnel contribue par son expertise et expérience particulière à un domaine spécifique. Cette équipe multidisciplinaire inclut les infirmières, les inhalothérapeutes, les psychologues, mais aussi, les résidents. Bien qu'ils n'aient pas complété leur formation, les résidents ont souvent suffisamment de connaissances et d'expérience pour prodiguer certains aspects des soins des patients et ainsi être des membres actifs de l'équipe multidisciplinaire. Le juge Reeves écrit :

149. R.R.Q. 1981, c. M-9, r. 4.

150. *Goupil c. Centre hospitalier universitaire de Québec et Éric Gagné*, précité, note 36, p. 1823.

151. *Ibid.*, p. 1826.

Rien n'oblige le médecin traitant à effectuer personnellement tous les actes matériels requis dans le cadre du traitement. Le professionnel de la santé est en droit de s'entourer d'assistants, à qui il pourra déléguer l'accomplissement de certains actes matériels nécessaires au succès du traitement.¹⁵²

Les résidents jouent un rôle essentiel dans le fonctionnement du système de santé actuel. De plus, faut-il rappeler que leur présence auprès des patients s'inscrit à l'intérieur d'un but d'abord et avant tout éducatif. Ainsi, pour assurer leur formation pratique, les résidents peuvent et doivent participer activement à la prise en charge du patient :

Dans un système de santé où la formation de nouveaux médecins s'impose pour maintenir la qualité des soins prodigués, il est souhaitable et même nécessaire que des étudiants, internes et résidents, soient appelés à assister ainsi les médecins traitants.¹⁵³

Cependant, comme les tribunaux sont souvent appelés à le faire, il s'agit de concilier deux valeurs sociales : celle de la santé et du bien-être des patients et celle de la formation des résidents. Pour y arriver, il faut établir certains critères que les médecins doivent respecter pour déléguer des actes médicaux à leurs auxiliaires, notamment les résidents. Le juge Reeves, dans l'affaire *Murray-Vaillancourt*, en énonce trois¹⁵⁴.

- i) *la délégation doit se limiter à de simples actes matériels, assurant que l'intervention du médecin demeure prépondérante.*

En d'autres termes, la délégation doit se limiter aux gestes accessoires à l'intervention principale. En pratique, cependant, il peut s'avérer difficile de distinguer les actes principaux des actes secondaires. À titre d'exemple, dans l'affaire *Murray-Vaillancourt*, la Cour a statué que l'œsophagoscopie était un acte secondaire, puisque l'acte principal demeurerait l'excision de la masse cervicale. En comparaison, dans l'affaire *Currie c. Blundell*, la Cour statue en faveur de la demanderesse. Le Dr Blundell est tenu responsable car il a délégué une partie délicate de l'opéra-

152. *Murray-Vaillancourt c. Clairoux*, précité, note 102, p. 771.

153. *Ibid.*, p. 771

154. *Ibid.*, p. 771. Il est à noter que ces critères sont destinés à encadrer la délégation faite sans le consentement du patient : ils ne s'appliquent pas nécessairement si le patient consent à la participation du résident à l'intervention. Voir *infra*, partie b) intitulée : *Le consentement du patient à la participation du résident*.

tion à son résident qui, même si tous reconnaissent son talent, est néanmoins moins expérimenté et qualifié. En l'espèce, la suture de l'aorte était un acte principal qui ne devait pas être délégué¹⁵⁵.

Soulignons que ce principe n'a pas pour effet d'interdire aux résidents d'accomplir des actes principaux lors d'interventions. Il serait en effet déraisonnable, voire dangereux, de permettre aux résidents d'exécuter ces actes seulement après l'octroi de leur permis d'exercice. Le médecin-patron désireux de déléguer une partie importante d'un traitement à son résident n'a qu'à obtenir, au préalable, le consentement libre et éclairé de son patient.

ii) la délégation ne peut être faite qu'à des assistants suffisamment qualifiés pour les exécuter.

L'évaluation de la compétence des assistants doit tenir compte de leur niveau de formation, de leur expérience, et de leur capacité personnelle. L'approche doit être individualisée.

Dans l'affaire *Desmormeaux c. Centre hospitalier de St. Mary*¹⁵⁶, le demandeur est envoyé par son dentiste habituel au centre universitaire St. Mary pour l'extraction d'une dent de sagesse particulièrement complexe. C'est le résident, le Dr Gellert, qui procède à l'extraction et éprouve en cours de route beaucoup de difficultés. Le Dr Schwartz, son superviseur, n'intervient pas. M. Desmormeaux se plaindra par la suite de douleurs et se fera enlever, par un autre dentiste, un chicot de dent restant. La Cour conclut qu'il y a preuve prépondérante que le chicot de dent extrait plus tard était le restant de l'extraction difficile faite initialement par le Dr Gellert. Quant à la délégation par le Dr Schwartz à son résident, le Dr Gellert, la Cour s'exprime ainsi :

S'agissant d'une extraction compliquée, puisque son propre dentiste l'a référé à un centre dentaire, devant la complexité de l'opération, il était anormal que ce soit un résident qui soit chargé de cette opération [...] À notre point de vue [...] il nous apparaît qu'il y eu faute de la part du Dr Schwartz, de laisser aller le Dr Gellert dans un domaine qui semblait être au-dessus de ses capacités.¹⁵⁷

155. Le Dr Blundell admet que le Dr Long a été incapable d'arrêter l'hémorragie probablement en raison de son inexpérience. Le Dr Blundell aurait donc manqué quelque peu de jugement en confiant au Dr Long une partie aussi délicate de l'opération.

156. Précitée, note 139.

157. *Ibid.*, p. 520. La cour en arrivera à une conclusion similaire dans l'affaire *Rouillier c. Chesnay*, [1993] R.R.A. 528 (C.S.) où une intervention délicate est déléguée à un dentiste en formation.

En revanche, un médecin ne sera pas tenu responsable d'avoir travaillé avec un employé jugé compétent mais indiscipliné¹⁵⁸. Sur le plan de la déontologie, cependant, un médecin pourrait être jugé fautif s'il accepte de travailler avec un assistant dont l'incompétence et/ou l'indiscipline met en danger le bien-être du patient¹⁵⁹. Une telle faute pourrait vraisemblablement être invoquée dans le cadre d'un recours civil.

Puisqu'un médecin-patron peut engager sa propre responsabilité en déléguant un acte médical à un résident insuffisamment qualifié, serait-il envisageable de retenir la responsabilité d'un résident pour avoir accepté une tâche qu'il n'est pas en mesure de remplir ? Théoriquement du moins, un tel recours sera envisageable en vertu du devoir légal de ne pas nuire à autrui (art. 1457 C.c.Q.). Cependant, rappelons que le juge Chouinard, dans l'affaire *Côté c. Hôpital l'Hôtel-Dieu de Québec*¹⁶⁰, a conclu que le médecin qui accepte une trop grande charge de travail ne commet pas par là une faute civile. À notre avis, même si une faute civile n'est pas commise, le médecin ou résident qui accepte une charge de travail ou une tâche dont il se sait incapable violerait, à tout le moins, les articles 42 et 43 du *Code de déontologie des médecins* :

42. Le médecin doit, dans l'exercice de sa profession, tenir compte de ses capacités, de ses limites ainsi que des moyens dont il dispose. Il doit, si l'intérêt du patient l'exige, consulter un confrère, un autre professionnel ou toute personne compétente ou le diriger vers l'une de ces personnes.

43. Le médecin doit s'abstenir d'exercer sa profession dans des circonstances ou états susceptibles de compromettre la qualité de son exercice ou de ses actes ou la dignité de sa profession.¹⁶¹

158. *Laforce-Gélinas c. Dumont*, [2000] R.R.A. 803 (C.S.); [2003] J.Q. n° 4945 (C.A.).

159. L'article 53 du *Code de déontologie des médecins* (note 31) dispose : « le médecin doit, lorsqu'il pose un acte qui requiert une assistance, s'assurer que le personnel qui l'assiste est qualifié ». L'article 119 va plus loin : « le médecin doit signaler au Collège tout médecin, étudiant, résident ou moniteur en médecine ou toute personne autorisée à exercer la médecine qu'il croit inapte à l'exercice, incompétent, malhonnête ou ayant posé des actes en contravention des dispositions du Code des professions, de la Loi médicale ou des règlements adoptés en vertu de ceux-ci ».

160. Précitée, note 70.

161. Précité, note 31.

iii) *le délégué ou assistant doit demeurer sous la surveillance et le contrôle du médecin traitant durant l'exécution des tâches délégués.*

Le juge Reeves, le même qui a énoncé ce critère, lui donne une interprétation large. Ainsi, « une surveillance adéquate n'exige pas une présence physique constante du médecin traitant »¹⁶².

Nous jugeons à propos ici de faire un parallèle avec la délégation d'actes médicaux à des personnes autres que des médecins. Malgré l'exclusivité que consacre l'article 31 de la *Loi médicale*¹⁶³ de l'exercice de la médecine aux médecins, l'article 43 de cette même loi permet à d'autres professionnels d'exécuter, dans certaines conditions, certains actes médicaux. Notamment, le *Règlement sur les actes visés à l'article 31 de la Loi médicale qui peuvent être posés par des classes de personnes autres que des médecins*¹⁶⁴, établit trois catégories d'actes médicaux nécessitant chacune un degré de supervision différent. Certains actes requièrent une « surveillance immédiate », d'autres une « surveillance sur place », ou enfin une « surveillance à distance »¹⁶⁵. Un médecin qui délègue un acte sans exercer la supervision requise par la nature de l'acte verrait sa responsabilité engagée. Cet encadrement réglementaire facilite la détermination de la faute.

À défaut d'obéir à un texte réglementaire, la délégation aux résidents suit plutôt des normes usuelles développées dans les milieux universitaires. Le degré de supervision exercé par le médecin-patron dépendra de la complexité de la tâche, mais aussi de la compétence et expérience du résident. Enfin, il est important de noter qu'en pratique, la supervision des résidents revient souvent à d'autres résidents, plus expérimentés. Dans un tel contexte, nous sommes d'avis que la responsabilité reviendra ultimement au médecin-patron.

b) Le consentement du patient à la participation du résident

L'obligation d'obtenir le consentement éclairé du patient découle du principe fondamental de l'inviolabilité de la personne humaine énoncé par les articles 10 et 11 du *Code civil du Québec*.

162. *Murray-Vaillancourt c. Clairoux*, précité, note 102, p. 771.

163. Précitée, note 6.

164. M-9, r. 1.1.

165. *Ibid.*, art. 1 pour les définitions.

Ce principe est également repris par la *Charte des droits et libertés de la personne*¹⁶⁶ et par le *Code de déontologie des médecins*¹⁶⁷. Toute personne a le droit au respect de son intégrité : y porter atteinte requiert donc l'obtention d'un consentement libre et éclairé¹⁶⁸. Certaines exceptions méritent cependant d'être mentionnées ; notamment, le cas de l'urgence¹⁶⁹ et celui de la stipulation pour autrui eu égard à un mineur.

Ainsi le médecin traitant a l'obligation de fournir au patient compétent les renseignements relatifs au diagnostic, à la nature et à l'objectif de l'intervention proposée ainsi que des choix thérapeutiques et des risques associés¹⁷⁰. Compte tenu du principe du caractère *intuitu personæ* du contrat médical dont nous avons traité plus haut, la question suivante se pose : le médecin traitant est-il tenu de révéler l'identité des personnes, en l'occurrence des résidents, à qui il a choisi de déléguer une partie plus ou moins importante du traitement (une intervention chirurgicale par exemple) ?

Étant donné que la délégation d'actes médicaux est nécessaire au sain fonctionnement présent et futur du système de santé, il s'agit ici « de concilier le principe de l'inviolabilité [de la personne] et la nécessité d'assurer une formation de qualité »¹⁷¹. Deux points de vue méritent d'être considérés.

D'une part, nier au patient le droit de connaître l'identité et les qualifications des personnes autres que son médecin traitant qui participent à son traitement (souvent à son insu, dans une salle d'opération par exemple où le patient est sous anesthésie) constituerait une violation de la règle du consentement éclairé. Ceci est d'autant plus vrai dans le cadre d'un contrat médical *intuitu personæ* où le rapport entre le patient et son médecin en est un de confiance. Invoquant le principe de l'inviolabilité de la personne humaine, les auteurs Bernardot et Kouri écrivent :

166. L.R.Q., c. C-12, art. 1.

167. Précité, note 31, art. 28 et 29.

168. R.P. KOURI et S. PHILIPS-NOOTENS, *Le corps humain, l'inviolabilité de la personne et le consentement aux soins*, Sherbrooke, Les Éditions Revue de droit, Université de Sherbrooke, 1999, p. 71 et s. et 213 et s.

169. Article 13 C.c.Q.

170. Pour une discussion détaillée de l'obligation de renseigner, voir Pauline LESAGE-JARJOURA et Suzanne PHILIPS-NOOTENS, *op. cit.*, note 35, p. 136 et s.

171. R.P. KOURI et S. PHILIPS-NOOTENS, *op. cit.*, note 168, p. 284.

Les étudiants en médecine, les résidents et internes doivent acquérir les habiletés et l'expérience nécessaires pour l'exercice de leur métier. Il leur fait donc exercer la médecine sous la surveillance de médecins expérimentés. Il est raisonnable d'aviser les patients de ce fait afin de leur permettre d'accepter ou de refuser de se faire soigner par des personnes autres que leur médecin traitant.¹⁷²

C'est également à cette conclusion qu'en est venue la Cour supérieure dans l'affaire *Lamarre c. Hôpital du Sacré-Cœur*¹⁷³. Dans cette affaire, la demanderesse subit en 1983 un examen coronarographique à l'Hôpital du Sacré-Cœur. L'examen nécessite une ponction à l'artère fémorale droite. Il a été effectué par le Dr Laramée, alors résident en cardiologie, sous la supervision du Dr Tremblay, cardiologue. Des complications sont survenues : un thrombus s'est formé au site de ponction fémorale et M^{me} Lamarre a dû subir une thrombectomie d'urgence. Des troubles circulatoires se développèrent à la jambe droite, et la demanderesse a éventuellement dû se faire amputer la jambe sous le genou. Elle tient, entre autres, les Drs Laramée et Tremblay responsables de ses dommages. Elle invoque notamment l'absence de consentement quant à la réalisation de l'examen par le Dr Laramée. La Cour supérieure a conclu qu'il y a eu erreur dans le consentement de M^{me} Lamarre. Le juge Richer explique :

Un choix libre et éclairé implique nécessairement et obligatoirement le choix du médecin traitant [...] La qualité et l'expertise du professionnel qui sera appelé à poser des gestes médicaux, spécialisés et comportant des risques importants sont pourtant des éléments majeurs à la formation libre et éclairé d'un consentement. Le médecin a le fardeau non seulement de divulguer son statut précis à la patiente, mais de s'assurer qu'elle le comprend. Il doit aussi en faire la preuve, et ne pas se limiter à dire qu'il avait l'habitude de le faire.¹⁷⁴

Selon la Cour, le consentement de la demanderesse est donc vicié puisqu'elle n'a pas été informée du statut de résident du Dr Laramée. Le défaut d'obtenir le consentement éclairé du patient constitue une faute civile. Cependant, une telle faute n'entraîne pas automatiquement ou nécessairement la responsabilité du médecin traitant. En effet, dans cette affaire, la Cour s'est posé la question suivante : Quels sont les effets juridiques

172. A. BERNARDOT et R. KOURI, *op. cit.*, note 43, p. 169.

173. Précitée, note 84.

174. *Ibid.*, p. 505.

d'une telle déficience de consentement ? Pour répondre à cette question, les auteurs Baudouin et Deslauriers ont identifié deux autres questions qu'il importe d'exposer :

La première est de savoir si le médecin peut quand même se dégager de sa responsabilité en démontrant qu'il n'a commis aucune faute dans l'administration du traitement et donc que le préjudice subi par le patient résulte tout simplement de la réalisation des risques liés à l'intervention. La seconde est de savoir si le professionnel, une fois le défaut d'obtenir le consentement prouvé, est automatiquement responsable ou si pour ce faire, il doit être démontré que, convenablement informé, son patient n'aurait pas accepté l'intervention.¹⁷⁵

En l'absence d'une faute du résident, la responsabilité du médecin ne saurait être engagée que si la preuve révèle que le patient aurait refusé l'intervention s'il avait été informé de la participation du résident. En l'espèce, la Cour conclut à l'absence de faute puisque la thrombose est un risque inhérent à la coronographie. Les dommages n'auraient donc pas été évités ou minimisés si le Dr Tremblay lui-même avait procédé à l'examen. L'action est donc rejetée.

L'appréciation de ce lien de causalité doit se faire en vertu d'un critère de subjectivité rationnelle¹⁷⁶. D'abord, comme nous le rappelle le professeur Kouri, il n'existe pas de patient typique et une analyse *in abstracto* serait inappropriée¹⁷⁷. Cependant, bien que le point de départ soit le patient en question, la crédibilité de ce dernier doit être évaluée en fonction d'un critère objectif. Dans l'affaire *Parenteau c. Drolet*, le juge Baudouin en arrive à un critère mixte. Il s'agit de la subjectivité rationnelle :

[...] il faut appliquer un test subjectif qui consiste à évaluer si la patiente, dans les circonstances particulières, aurait accepté l'intervention quand même si elle avait été convenablement informée [...] le témoignage doit cependant, pour des raisons évidentes, être évalué avec prudence, et d'autres facteurs doivent être considérés. C'est pour cette raison que souvent les tribunaux se posent aussi la question de savoir ce qu'une personne normalement prudente et diligente aurait décidé en l'espèce, test dit « objectif »

175. Précité, note 53, p. 1023.

176. *Parenteau c. Drolet*, [1994] R.J.Q. 689 (C.A.).

177. Robert P. KOURI, « L'influence de la Cour suprême sur l'obligation de renseigner en droit médical québécois », (1984) 44 *R. du B.* 851, 860 ; voir aussi *Bouchard c. Villeneuve*, [1996] R.J.Q. 1921, 1925 (C.S.).

mais qui, à mon avis, s'attache essentiellement à la crédibilité de ce témoignage. Ce test objectif ne se substitue donc pas au test subjectif. Il ne fait que le compléter.¹⁷⁸

Le devoir de renseignement peut être tempéré par des limitations d'ordre pratique. Il est difficile de demander au médecin traitant de dévoiler l'identité de chacune des personnes appelées à participer aux soins du patient. Dans l'affaire *Murray-Vaillancourt*, le juge Reeves écrit : « Il serait irréaliste et impensable d'étendre cette obligation [obligation d'informer] à la divulgation de l'identité de toute personne susceptible de participer au traitement »¹⁷⁹.

Dans l'arrêt *Marcoux c. Bouchard*¹⁸⁰, la Cour suprême s'est penchée sur la question. Les faits remontent à 1982, soit avant la modification législative de 1988 concernant la qualité des résidents. À l'époque, le résident pouvait donc prendre en charge des patients. Le Dr Bouchard, alors résident en neurochirurgie, suivait M^{me} Marcoux pour une névralgie faciale dont elle souffrait depuis plusieurs années et pour laquelle elle avait déjà subi une intervention en 1977. En 1982, devant l'aggravation de ses douleurs, le Dr Bouchard propose une seconde intervention. Le formulaire de consentement était signé par le Dr Bouchard, alors le chirurgien principal. La preuve indique toutefois que c'est le Dr Leblanc, spécialiste du domaine, qui a effectué une partie principale de la chirurgie, soit la section des filaments nerveux. L'intervention a échoué et elle a laissé d'importantes séquelles dont des douleurs à la joue, des troubles d'équilibre et des tremblements à la main droite.

Dans son action en dommages-intérêts, M^{me} Marcoux soutient entre autres qu'elle n'a appris la participation du Dr Leblanc qu'après l'intervention. Il y aurait donc eu erreur quant à son consentement. La Cour supérieure retient plutôt la version du Dr Bouchard selon laquelle la demanderesse a été informée, ne serait-ce qu'implicitement, de la présence du Dr Leblanc. Il n'y aurait donc pas eu de faute de renseignement. La Cour d'appel et la Cour suprême confirmeront cette décision. Sur la notion de consentement, cependant, le juge LeBel écrira :

178. *Parenteau c. Drolet*, précité, note 176, p. 707.

179. Précité, note 102, p. 772.

180. [1995] R.R.A. 1149 (C.S.), [1999] R.R.A. 447 (C.A.), [2001] 2 R.C.S. 726.

L'intervention chirurgicale repose aussi sur le principe que la relation avec un médecin ou un chirurgien demeure profondément personnelle. Le vocabulaire traditionnel du droit exprime cette réalité en affirmant que le contrat de soins médicaux doit être conclu *intuitu personæ*, en considération d'une personne spécifique. Souvent un patient veut voir tel médecin, se confier à tel chirurgien, bien identifié. Dans le cadre d'une intervention chirurgicale, il a le droit de connaître l'identité des acteurs principaux de l'intervention. Cette obligation ne s'étendrait pas toutefois auxiliaires coutumiers en chirurgie, tels que les anesthésistes, les infirmières ou les médecins en cours de formation, comme les résidents ou internes.¹⁸¹

En effet, de par son initiative de se faire traiter dans un établissement universitaire, le patient consent à se faire traiter par une équipe multidisciplinaire qui inclut des résidents¹⁸². Dans l'affaire *Labrecque*, d'ailleurs, la Cour a indiqué que le statut d'établissement universitaire d'un hôpital est un « fait public » dont tous et chacun sont présumés être informés :

[...] c'est à tort que l'appelant prétend que son consentement a été vicié puisqu'il n'aurait pas été informé du statut universitaire de l'hôpital. Il ne s'agissait pas là d'un manquement à une obligation constituant une faute, car le statut d'hôpital universitaire est un fait public et l'appelant était à même de constater que son médecin traitant travaillait avec des résidents.¹⁸³

En termes plus pratiques, c'est le prix à payer pour être traité par un médecin spécialiste suffisamment qualifié et expérimenté pour enseigner dans un centre universitaire. Autrement dit, pour profiter du professeur, il faut subir ses étudiants !

En résumé, le médecin traitant est tenu d'informer le patient de la qualité et de l'expertise des professionnels qui l'assisteront puisque ces éléments sont essentiels à un consentement valide. Cependant, le médecin n'a pas à divulguer au patient *l'identité* de ces professionnels. Le médecin est de plus en droit de déléguer certains actes médicaux en respectant les critères établis dans l'arrêt *Murray-Vaillancourt*. Le résident qui accomplit une partie principale d'une intervention devrait obtenir le consentement du patient au préalable. Cependant, l'omission d'obtenir un consentement valide n'entraîne pas automatique-

181. *Marcoux c. Bouchard*, précité, note 180, p. 729.

182. *Murray-Vaillancourt c. Clairoux*, précité, note 102, p. 772.

183. *Labrecque c. Hôpital du St-Sacrement*, précité, note 21, p. 515.

ment la responsabilité du médecin traitant. Il incombe au demandeur de démontrer qu'ayant été informé convenablement, il aurait refusé l'intervention.

c) Le devoir d'enseignement

Dans l'affaire *Goupil c. Centre hospitalier universitaire de Québec et Éric Gagné*¹⁸⁴, dont nous avons déjà traité, la Cour avait retenu la responsabilité du Dr Gagné, pathologiste, pour avoir commis trois fautes. L'une d'elles avait trait à sa qualité d'enseignant. La Cour a considéré que le Dr Gagné était fautif quant à l'enseignement donné à sa résidente « dans la mesure où cet enseignement ne contient pas d'instructions de revoir les lames au moment de la dictée des rapports d'examen »¹⁸⁵.

Le juge Morin établit deux fondements juridiques à cette faute : d'abord l'obligation générale édictée à l'article 1457 C.c.Q. et ensuite, les articles 2.02.01, 2.02.08 et 2.03.18 du *Code de déontologie des médecins*¹⁸⁶ en vigueur à l'époque. Le *Code de déontologie* actuel contient les articles 14 et 15¹⁸⁷ :

14. Le médecin doit favoriser les mesures d'éducation et d'information dans le domaine où il exerce.

15. Le médecin doit, dans la mesure de ses possibilités, aider au développement de la profession par le partage de ses connaissances et de son expérience, notamment avec ses confrères, les résidents et les étudiants en médecine, ainsi que par sa participation aux activités, cours et stages de formation continue et d'évaluation.

En défense, le Dr Gagné a fait valoir que son enseignement ne différerait pas de celui donné par d'autres pathologistes. Deux experts pathologistes ont d'ailleurs témoigné à cet effet. Le juge Morin ne retient pas cet argument. Il cite d'ailleurs les propos de la juge L'Heureux-Dubé dans l'affaire *Roberge c. Bolduc* :

Le fait qu'un professionnel ait suivi la pratique de ses pairs peut constituer une forte preuve d'une conduite raisonnable et diligente, mais ce n'est pas déterminant. Si cette pratique n'est pas conforme

184. Précitée, note 36.

185. Précité, note 36, p. 1823.

186. Précité, note 149.

187. Précité, note 31.

aux normes générales de responsabilité, savoir qu'on doit agir de façon raisonnable, le professionnel qui y adhère peut alors, suivant les faits de l'espèce, engager sa responsabilité.¹⁸⁸

Donc, la simple preuve que le médecin a respecté les standards généralement suivis par ses collègues ne l'exonère pas. Sa responsabilité sera engagée si le tribunal en vient à la conclusion que ce standard est lui-même déraisonnable.

CONCLUSION

Bien que le résident ne détienne pas de permis d'exercice de la médecine, son statut lui permet de poser les actes médicaux et hospitaliers essentiels à sa formation. Le cadre réglementaire existant ainsi que les règles de pratique usuelles déterminent les actes qu'il est en droit de poser. Étant donné son statut juridique, il ne peut conclure de contrat avec le patient. Sa relation avec ce dernier obéit donc aux règles de responsabilité extracontractuelle.

La relation médecin-patient est généralement contractuelle. Le contrat médical qui naît entre un patient et son médecin est qualifié d'*intuitu personæ* et son contenu a été développé par la jurisprudence. Dans certaines circonstances, notamment en cas d'urgence, un contrat médical ne pourrait être valablement formé. C'est le régime légal qui régira alors les parties. Quant à la relation patient-hôpital, malgré une controverse doctrinale, la plus récente jurisprudence québécoise la qualifie d'extracontractuelle. Dans ce cadre, la responsabilité de l'hôpital ne peut être engagée que si un lien de préposition véritable existe entre l'hôpital et son personnel. Bien que ce lien soit généralement reconnu pour le résident, la jurisprudence majoritaire considère que l'autonomie professionnelle du médecin exclut un tel lien de subordination.

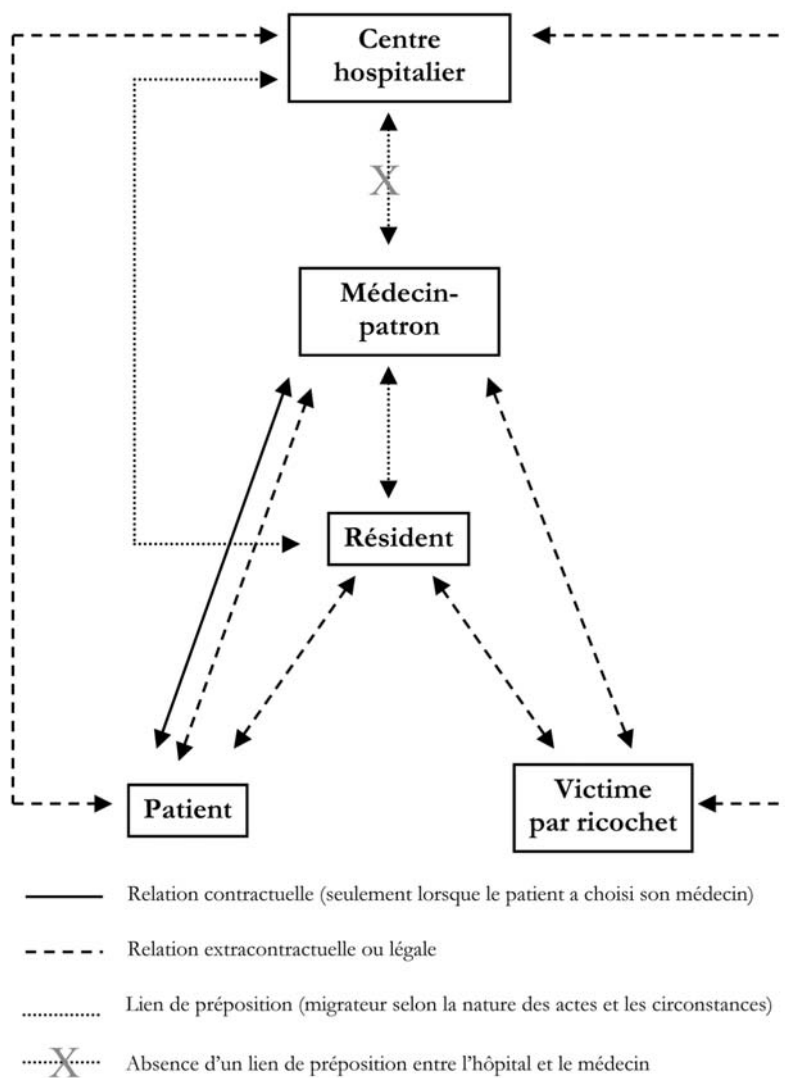
Les enjeux juridiques entourant la responsabilité du résident et de ses commettants sont essentiellement rattachés à la conciliation de deux valeurs : respect des droits et bien-être du patient versus la formation du résident. Le résident fautif engage sa propre responsabilité. Même si cette faute n'est pas génératrice de dommages, le résident peut engager sa responsabilité déontologique et être alors exposé à des mesures disciplinaires. La faute

188. Précité, note 50.

du résident entraîne également la responsabilité sans faute du médecin-patron ou de l'établissement hospitalier en vertu de la présomption de responsabilité du commettant. Selon les circonstances et la nature des actes posés, le lien de préposition peut migrer entre l'hôpital et le médecin-patron. La responsabilité de ce dernier peut également être retenue pour sa propre faute, notamment s'il délègue un acte médical sans respecter les critères établis par la jurisprudence. Sa responsabilité peut aussi être retenue s'il n'obtient pas un consentement valide du patient quant à la participation du résident aux actes médicaux ou encore, s'il manque à son devoir d'enseignement.

Plusieurs auteurs prônent aujourd'hui un système de responsabilité sans faute pour les erreurs médicales et hospitalières. Un tel régime d'indemnisation existe déjà pour les victimes d'immunisation. Devant la croissance du nombre de recours, mais surtout des erreurs médicales dues en partie aux ressources insuffisantes, il serait envisageable d'adopter un système d'indemnisation des victimes d'erreurs et de fautes médicales et hospitalières, notamment pour les infections nosocomiales. Un débat en ce sens serait certainement bénéfique et devrait précéder une quelconque initiative législative.

ANNEXE
Schéma des relations juridiques
entre les divers intervenants
(selon la plus récente jurisprudence québécoise)



CHRONIQUES

DROIT COMMERCIAL

Sophie MELCHERS et Guillaume BEAUPRÉ¹

**La Cour d'appel du Québec confirme la nature oblique
des recours prévus aux articles 229 et 230 de la
Loi sur les valeurs mobilières du Québec :
*Michaud c. Le Groupe Vidéotron Ltée***

Les actionnaires d'un émetteur ont-ils un droit propre, indépendant de celui de l'émetteur, d'intenter un recours contre une personne ayant utilisé des informations privilégiées contrairement à la *Loi sur les valeurs mobilières* du Québec² en vue de récupérer le bénéfice lui résultant de l'opération interdite ?

Confrontée à cette question, la Cour d'appel du Québec a rendu un important jugement en la matière dans l'affaire *Michaud c. Le Groupe Vidéotron Ltée*³, où elle a été appelée, pour la première fois, à interpréter et qualifier la nature des recours et sanctions civiles prévus aux articles 226 à 233 L.V.M.Q. Au cœur du litige, la question de savoir si les articles 229 et 230 de cette loi peuvent constituer la base d'un recours personnel d'un actionnaire en recouvrement de bénéfices ou si, tel que

semble l'indiquer la loi, seule une action oblique peut être intentée par l'actionnaire au bénéfice exclusif de l'émetteur dont les titres sont en cause.

Avant d'analyser et de commenter les conclusions de la Cour d'appel sur cette question, nous ferons un bref rappel des faits à l'origine de ce litige, du droit applicable en la matière, ainsi que des principaux points d'argumentation invoqués par les parties impliquées.

A) Les faits en cause

Cette décision s'inscrit dans le cadre de procédures judiciaires intentées par *Le Groupe Vidéotron Ltée* (« *Vidéotron* ») et *Quebecor Média Inc.* (« *Quebecor Média* ») à l'encontre de *Claude Chagnon* (« *C. Chagnon* »), par lesquelles elles réclament de ce dernier plus

1. Respectivement avocate et étudiant en droit.

2. L.R.Q., c. V-1.1 [L.V.M.Q.].

3. REJB 2003-50147, 17 novembre 2003, C.A.M., n° 500-09-013647-037, j. Mailhot, Chamberland, Lemelin.

de 23 millions de dollars à la suite d'une transaction d'initié à laquelle il aurait été partie. Au moment de devenir président et chef de la direction de *Vidéotron*, il aurait en effet accepté de se faire octroyer plus d'un million d'options d'achat d'actions de la société au prix d'exercice unitaire de 26 \$, alors qu'il aurait été, selon les demandereses, en possession d'informations privilégiées concernant une offre publique d'achat par Rogers Communication Inc. Or, selon *Vidéotron* et *Quebecor Média*, le prix d'exercice de l'option aurait plutôt été de 42 \$ si ces informations avaient été connues du public à l'époque.

Bien que, dans les faits, l'offre de Rogers n'ait pas été acceptée par les actionnaires de *Vidéotron*, ces derniers préférant l'offre de *Quebecor Média* au prix de 45 \$ l'action, *Vidéotron* et *Quebecor Média* soutiennent que les options en question n'auraient jamais dû être consenties à *C. Chagnon* et qu'un montant de plus de 23 millions de dollars (correspondant à la différence entre le prix d'acquisition des actions et le prix d'exercice des options) lui avait été versé sans justification. Leur recours à l'encontre de *C. Chagnon*, intenté le 18 septembre 2002, était fondé d'une part sur une contravention aux dispositions de la L.V.M.Q. relatives aux délits d'initiés⁴ et, d'autre part, sur un manquement de la part de *C. Chagnon* aux règles de conduite découlant notamment des devoirs

fiduciaires, d'honnêteté et de loyauté applicables aux administrateurs et mandataires, ainsi que sur son défaut de s'être comporté comme l'aurait fait un administrateur prudent et diligent placé dans les mêmes circonstances.

Le 10 octobre 2002, une demande d'intervention est déposée par Yves Michaud (« *Michaud* ») « au nom et pour le compte des actionnaires de *Vidéotron* ayant détenu des titres entre le 10 janvier et le 24 octobre 2000 ». D'une part, *Michaud* y allègue qu'il existe un risque que l'action intentée par *Vidéotron* et *Quebecor Média* soit rejetée pour cause de prescription, justifiant ainsi son intervention au nom des actionnaires qui ont été, selon lui, « tenus dans l'ignorance du [d]élit d'[i]nitié tant par [...] *Chagnon* que par *Vidéotron* et *Quebecor Média* » et, d'autre part, il affirme que ce sont ces actionnaires – dont il fait partie – qui ont été les véritables victimes du délit d'initié reproché à *C. Chagnon*, demandant par conséquent que le bénéfice réalisé par ce dernier leur soit directement remis, plutôt qu'à *Vidéotron* et *Quebecor Média*.

Avant d'aborder les fondements juridiques sur lesquels se fondait *Michaud* pour soutenir de telles allégations, nous traiterons d'abord brièvement du droit applicable en matière de délit d'initié au Québec sous la L.V.M.Q.

4. Principalement les articles 187 à 190 et 226 à 228 L.V.M.Q. Ces articles seront discutés plus en détail ci-dessous.

**B) Le droit applicable :
les recours et sanctions
civiles pour délits d'initiés
sous la L.V.M.Q.**

La Cour suprême du Canada a défini la « transaction d'initié » comme étant « l'achat ou la vente des valeurs d'une société par une personne qui, en raison du poste qu'elle occupe dans la société, a accès à des renseignements confidentiels que ne connaissent pas les autres actionnaires ou le grand public »⁵. Au Québec, les articles 187 à 190 L.V.M.Q. interdisent formellement les transactions d'initié, sous peine d'encourir l'application des sanctions et recours civils prévus aux articles 226 et suivants de cette même loi. Celle-ci envisage d'ailleurs une série de situations sur la base desquelles un recours pour délit d'initié pourrait être intenté.

Ainsi, l'article 187 L.V.M.Q. dispose notamment qu'un initié⁶ en possession d'une information privilégiée⁷ reliée aux titres de l'émetteur⁸ ne peut réaliser aucune opération sur ces titres, sauf lorsqu'il est fondé à croire que l'information en question est connue du public ou de l'autre partie⁹. L'article 188 L.V.M.Q. interdit également à la personne en possession d'une information privilégiée de communiquer cette information, sauf si, encore ici, elle est fondée à croire que l'information est publique ou connue de l'autre partie, ou si elle doit communiquer l'information dans le cours des affaires et que rien ne la fonde à croire qu'elle sera exploitée ou communiquée en infraction de la loi. Sont notamment soumis à ces interdictions les dirigeants visés aux articles 94 et 95 L.V.M.Q.¹⁰, les sociétés

5. *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161, 164 (J. Dickson).

6. L'article 89 L.V.M.Q. définit l'initié comme étant : « 1^o l'émetteur lui-même, ses filiales, ses propres dirigeants et ceux de ses filiales ; 2^o toute personne dont l'emprise sur les titres de l'émetteur assujetti porte sur 10 % au moins d'une catégorie d'actions comportant le droit de vote ou le droit de participer, sans limite, au bénéfice et au partage en cas de liquidation, à l'exclusion des titres pris ferme et en voie de placement ; 3^o les dirigeants d'une personne visée au paragraphe 2^o ».

7. L'article 5 L.V.M.Q. définit l'information privilégiée comme étant « toute information encore inconnue du public et susceptible d'affecter la décision d'un investisseur raisonnable ».

8. L'article 68 L.V.M.Q. définit l'émetteur assujetti comme étant « celui qui, ayant fait appel publiquement à l'épargne, est tenu aux obligations d'information continue définies au chapitre II du présent titre ».

9. L'article 187 L.V.M.Q. prévoit également que de telles opérations seront possibles dans le cadre d'un plan automatique de réinvestissement de dividendes, de souscription d'actions ou autre plan automatique établi par l'émetteur.

10. L'article 94 L.V.M.Q. prévoit ce qui suit : « Lorsqu'un émetteur, assujetti ou non, devient initié à l'égard d'un autre émetteur, déjà assujetti, les dirigeants du premier sont réputés être initiés à l'égard du second depuis six mois ou, si leur nomination est plus récente, depuis leur entrée en fonctions. Si le premier est assujetti, les dirigeants du second sont également réputés initiés à son égard, dans les mêmes conditions » alors que l'article 95 L.V.M.Q. prévoit : « La fusion d'émetteurs ou l'acquisition par un émetteur de la totalité ou d'une partie substantielle de l'actif d'un autre émetteur ou de sa filiale donne lieu, à l'égard des dirigeants, aux présomptions prévues à l'article 94. Cet article s'applique uniquement lorsqu'un émetteur assujetti au moins était partie à la fusion ou au regroupement. »

appartenant au même groupe que l'émetteur assujetti, les personnes chargées de gérer une société d'investissement à capital variable ou un fonds commun de placement, ainsi que toute personne disposant d'une information privilégiée se rapportant à l'émetteur, que cette information ait été obtenue à l'occasion des rapports que la personne entretient avec ce dernier ou du travail qu'elle accomplit pour lui, ou de par ses liens avec l'un de ses initiés.

À ces délits d'initié que l'on pourrait qualifier de « délits directs », s'ajoutent des « délits indirects » également proscrits par la loi. Ainsi, l'article 189.1 L.V.M.Q. interdit à tout initié d'exploiter indirectement une information privilégiée, que ce soit en effectuant des opérations sur les titres d'un autre émetteur ou sur des options ou des contrats à terme portant sur un indice boursier dont le cours serait susceptible d'influencer les fluctuations des titres de l'émetteur. Enfin, l'article 190 L.V.M.Q. interdit à une société d'investissement ou un titulaire d'un portefeuille d'exploiter toute information privilégiée.

Dans le cas où une contravention à l'un de ces articles serait constatée, la loi prévoit ensuite, à ses articles 226, 227 et 228, les sanctions civiles auxquelles s'exposent les personnes ayant commis l'infraction. Ces sanctions sont de deux ordres. D'abord, l'article 226 prescrit qu'une telle personne sera tenue du préjudice

subi par l'autre partie à l'opération, et l'article 227 précise que la personne qui communique une information privilégiée (en contravention des articles 188 ou 189 L.V.M.Q.) sera responsable du préjudice causé à un tiers du fait d'une opération réalisée avec celui qui aura exploité l'information communiquée. Il s'agit donc ici de dommages dans leur sens le plus classique, c'est-à-dire à titre de réparation du préjudice causé à l'émetteur par l'action fautive de l'initié. Cependant, outre la réparation du préjudice subi, l'article 228 permet à un émetteur dont les titres sont en cause¹¹ d'intenter parallèlement une action en recouvrement du bénéfice réalisé par la personne ayant effectué une opération alors qu'elle était en possession d'informations privilégiées ou ayant illégalement exploité une information privilégiée aux termes de la loi. C'est en vertu de ces dispositions que *Vidéotron*, en tant qu'émetteur des actions en cause, a entamé des poursuites judiciaires contre *C. Chagnon*.

La L.V.M.Q. ne limite cependant pas au seul émetteur des titres en cause le droit de réclamer au tribunal les sanctions civiles qui y sont prévues. En effet, par le recours prévu aux articles 229 à 231, un simple actionnaire ou détenteur de titres de l'émetteur peut, dans certaines circonstances et, comme nous le verrons, pour des fins bien précises, intervenir au litige intenté par l'émetteur sur autorisation du tribunal. C'est effectivement ce que prévoit

11. Ou une société d'investissement ou un titulaire de portefeuille.

l'article 230 L.V.M.Q., lequel prescrit que le « porteur [de titres] qui remplit les conditions prévues à l'article 229 peut également intervenir à l'action déjà introduite en vertu de l'article 228 ou 229 ». Autrement dit, sous réserve des conditions posées à l'article 229 L.V.M.Q., l'article 230 permet à un actionnaire d'intervenir à une action en recouvrement déjà introduite par l'émetteur en vertu de l'article 228.

Maintenant, quelles sont ces conditions ? En fait, l'article 229 énonce que l'action en recouvrement du bénéfice pourra être exercée par un actionnaire de l'émetteur si : (1) celui-ci signifie une requête à l'émetteur à cet effet ; (2) s'il obtient l'autorisation du tribunal ; (3) s'il exerce le recours au nom et pour le compte des titulaires de l'action ; et (4) s'il possédait des titres de l'émetteur à la date de l'opération interdite ou au moment de sa requête. Outre ces conditions posées à l'article 229, la loi semble également poser des exigences supplémentaires à l'article 231, lequel prévoit que l'autorisation du tribunal telle que requise à l'article 229 ne pourra être obtenue que s'il est démontré que les dirigeants de l'émetteur¹² ne se sont pas prévalus du recours en recouvrement du bénéfice ou qu'ils n'ont pas agi avec diligence au cours de l'instance. L'article 232 dispose en outre que le tribunal peut rendre toute ordonnance jugée nécessaire afin d'assurer l'exercice efficace du droit accordé au détenteur de titre d'intenter l'action ou d'y intervenir.

Cet agencement législatif constitue de toute évidence le seul recours civil qu'un actionnaire d'un émetteur peut fonder sur la L.V.M.Q. En effet, alors que le recours en réparation du *préjudice* prévu à l'article 226 n'est ouvert qu'aux personnes ayant subi un préjudice en tant *qu'autre partie à l'opération* (autrement dit l'émetteur des titres), il ne reste donc que la possibilité d'intervenir au recouvrement du *bénéfice* par le truchement des articles 229 à 231 de la loi.

Puisque *Michaud*, en tant qu'actionnaire de l'émetteur *Vidéotron*, n'était pas partie à l'opération que constituait l'acceptation par *C. Chagnon* de l'octroi d'options d'achat d'actions, le seul recours civil qui lui était ouvert sous la loi était un recours en intervention fondé sur les articles 229 et 230 L.V.M.Q. Comme nous le verrons ci-dessous, le succès de sa requête en intervention allait dépendre de la qualification que la Cour d'appel ferait quant à la nature de ces dispositions et du recours de *Michaud* en l'espèce.

C) Les fondements juridiques invoqués par *Michaud* au soutien de son intervention

Dès le départ, on remarque que le fait pour *Michaud* de fonder son intervention sur les articles 229 et 230 L.V.M.Q. n'était pas sans soulever certains problèmes, susceptibles de nuire au succès de sa requête. Premièrement, de l'aveu même de *Michaud*, son

12. Ou de la société d'investissement à capital variable ou du fonds commun de placement.

intervention ne se faisait pas ici « au nom et pour le compte » de l'émetteur, soit *Vidéotron* [et indirectement *Quebecor Média*], mais plutôt au bénéfice des anciens actionnaires de ce dernier. Or, cela semble aller à l'encontre de l'exigence de l'article 229 L.V.M.Q. selon laquelle le recours doit être exercé au nom et pour le compte *des titulaires de l'action*, révélant à première vue un caractère oblique et non personnel au recours. Deuxièmement, l'article 231 indique clairement que l'autorisation du tribunal ne pourra être accordée que s'il est démontré que les dirigeants de l'émetteur ne se sont pas prévalus du recours en recouvrement du bénéfice ou qu'ils n'ont pas agi avec diligence au cours de l'instance, ce qui, à première vue, ne semblait pas être le cas en l'occurrence. *Vidéotron* avait effectivement déjà intenté un recours contre *C. Chagnon* et rien n'indiquait à première vue un manque de diligence à cet égard. Afin de réussir dans sa requête, *Michaud* se devait donc de présenter des arguments qui sauraient combler ces importantes lacunes, dans un contexte où, rappelons-le, la jurisprudence n'avait jamais encore interprété la teneur des dispositions en cause.

En réponse au premier obstacle anticipé, à savoir l'exigence selon laquelle le recours ne peut être exercé qu'au nom et pour le compte des titulaires de l'action, *Michaud* a soutenu que le législateur, en édictant l'article 229 L.V.M.Q., avait créé un droit substantiel collectif, autonome et distinct des autres dispositions et sanctions de la loi reliées à l'usage

d'informations privilégiées, permettant aux actionnaires d'intenter un recours *personnel* pour leur propre bénéfice, et non une action oblique au seul bénéfice de l'émetteur. Il était donc fondé, en vertu de cette interprétation, d'intervenir au litige en son nom personnel et pour le bénéfice direct des actionnaires.

Un certain nombre d'arguments venaient supporter cette prétention. Le plus important d'entre eux reposait sur le libellé de la version anglaise de l'article 229 L.V.M.Q., dans lequel on peut lire que l'action peut être exercée « in the name and for the account of the *holders of the shares* », traduction de l'expression « au nom et pour le compte des *titulaires de l'action* » dans la version française. Ainsi, selon lui, le fait de soutenir que cette disposition ne permettrait qu'une action oblique plutôt que personnelle aurait pour conséquence d'ignorer complètement le libellé de la version anglaise, qui réfère clairement au bénéfice des *détenteurs d'actions* de l'émetteur, et donc à un recours de nature personnelle. Or, ajoute-t-il, on ne peut en dire autant du terme « action » utilisé dans le texte français, lequel est ambivalent du fait qu'il peut recevoir plusieurs sens. En effet, le terme « titulaire de l'action » pourrait autant référer à *l'action en recouvrement* tel que prévu à l'article 228 L.V.M., et dont l'émetteur est le seul titulaire, qu'au *détenteur d'actions de l'émetteur*, comme semble le soutenir la version anglaise de l'article. On devine donc que cette qualification devient cruciale pour déterminer la nature du recours, puisque

la première interprétation soutient sans contredit la thèse de l'action oblique, alors que la deuxième supporte clairement la thèse du recours personnel.

Il faut comprendre ici l'importance de la distinction entre une action dérivée (ou oblique) et une action personnelle. Si, dans le cadre de la première, l'actionnaire intente ou intervient à l'action pour et au nom de l'émetteur, il ne le fait, dans le cadre de la deuxième, qu'en son nom personnel et dans le but de réclamer des dommages qu'il a subis personnellement. L'auteur Jeffrey G. MacIntosh, dans son article intitulé « The Oppression Remedy: Personal or Derivative »¹³, décrit d'ailleurs très justement la distinction entre ces deux types de recours :

A derivative action is commonly said to arise where it is the corporation that is injured by the alleged wrongdoing. The « corporation » will be injured when all shareholders are affected equally, with none experiencing any special harm. By contrast, in a personal (or « direct ») action, the harm has a differential impact on shareholders, whether the difference arises amongst members of different classes of shareholders, or as between members of a single class. It has also been said that in a derivative action, the injury to shareholders is only indirect ; that is, it arises only because the corporation is injured, and not otherwise.

Dans l'affaire *Goldex Mines Ltd. c. Revill et al.*¹⁴, la Cour d'appel de l'Ontario s'est également penchée sur la distinction entre une action dérivée et une action personnelle. S'appuyant sur un article du professeur Stanley Beck intitulé « The Shareholder's Derivative Action »¹⁵, elle affirme :

Where a legal wrong is done to shareholders by directors or other shareholders, the injured shareholders suffer a personal wrong, and may seek redress for it in a personal action. That personal action may be by one shareholder alone, or (as will usually be the case) by a class action in which he sues on behalf of himself and all other shareholders in the same interest (usually, all other shareholders save the wrongdoers). Such a class action is nevertheless a personal action. A derivative action, on the other hand, is one in which the wrong is done to the company. It is always a class action, brought in representative form, thereby binding all the shareholders.

The distinction, therefore, as Professor Beck points out, is not between a class action and a derivative action, but between a personal action (whether or not a class action) and a derivative action.

En ne permettant à l'actionnaire que d'intervenir au nom du titulaire de l'action en recouvrement, comme le laisse entendre la version française de la disposition, nous ne pouvons être qu'en présence d'une action oblique,

13. (1991) 70 R. du B. can. 29, 30-31.

14. (1974), 7 O.R. (2d) 216 (C.A.).

15. (1974) 52 R. du B. can. 185-86.

puisque le recours est alors exercé par l'actionnaire au nom du titulaire de l'action en redressement prévu à l'article 228 L.V.M.Q., c'est-à-dire l'émetteur des actions en cause. Au contraire, en adoptant l'interprétation que semble suggérer la version anglaise, le recours serait alors exercé au nom et pour le compte du titulaire d'actions de l'émetteur, c'est-à-dire au nom personnel de l'actionnaire. Or, selon *Michaud*, puisque l'article 229 L.V.M.Q. ne peut raisonnablement avoir qu'une seule interprétation possible, conforme aux deux versions de la disposition, le tribunal devrait reconnaître la clarté du texte anglais et le concilier avec le texte français en faveur de la thèse de l'action personnelle.

Un autre argument au soutien de cette prétention reposait sur l'observation selon laquelle le recours peut être exercé « par celui qui *possédait à la date de l'opération interdite* » des titres émis par l'émetteur¹⁶. Ainsi, selon *Michaud*, la L.V.M.Q. accorderait à un *ancien* actionnaire l'intérêt requis pour intenter le recours prévu à l'article 229 L.V.M.Q., même s'il ne possède plus aucune action de l'émetteur. Or, soutient-il, si ce recours n'est qu'une action oblique au seul bénéfice de l'émetteur, pourquoi le législateur aurait-il accordé à l'*ancien* actionnaire un intérêt à poursuivre ou à intervenir au litige alors qu'il n'a plus aucun intérêt dans le résultat de la poursuite (ce qui ne serait pas le cas si le recours était personnel, puisque l'ancien actionnaire

recupérerait à son propre bénéfice le produit de la transaction d'initié) ? Enfin, pourquoi le législateur aurait-il également accordé un droit d'intervention aux actionnaires au nom de l'émetteur dans les situations où celui-ci a déjà introduit une action en recouvrement du bénéfice ? L'intervention de l'actionnaire serait donc, en ce sens, inutile à la protection des intérêts de l'émetteur, puisque l'action serait déjà intentée. Bref, pour toutes ces raisons, *Michaud* conclut que l'article 229 ne peut qu'introduire un recours personnel au bénéfice des actionnaires, et que conclure autrement reviendrait à ignorer, voire nier le texte des articles 229 et 230 L.V.M.Q.

Quant au deuxième obstacle anticipé, à savoir l'exigence de démontrer que les dirigeants de l'émetteur ne se sont pas prévalus du recours ou qu'ils n'ont pas agi avec diligence au cours de l'instance, l'appelant *Michaud* soutenait tout simplement que l'article 230 ne laissait aucune discrétion au tribunal, celui-ci devant recevoir l'intervention dès qu'il était prouvé qu'une action avait déjà été introduite en vertu de l'article 228 ou 229 L.V.M.Q., et que l'intervenant possédait des titres de l'émetteur à la date de l'opération interdite ou au moment de sa déclaration d'intervention (les deux conditions étant remplies en l'occurrence). Autrement dit, il n'y avait pas lieu de lui imposer un fardeau plus lourd en lui demandant de respecter les exigences supplémentaires de l'article 231 L.V.M.Q., lesquelles

16. Tel que l'on peut le lire à l'article 229 L.V.M.Q.

ne s'appliquent, selon lui, que dans les cas où l'actionnaire prend lui-même l'initiative des procédures judiciaires en vertu de l'article 229 L.V.M.Q. en raison du refus ou de la négligence de l'émetteur d'agir. Bref, la condition énoncée à l'article 231 serait inconciliable avec la nature même de l'intervention demandée, puisque dans le cas présent, l'action avait déjà été intentée par *Vidéotron* et *Quebecor Média*.

Ces prétentions furent vivement contestées par *Vidéotron* et *Quebecor Média*, qui soutenaient que l'article 229 L.V.M.Q. ne créait pas un droit personnel et collectif au profit des actionnaires d'un émetteur, non assujetti par surcroît aux conditions d'ouverture d'un recours collectif prévues au *Code de procédure civile*. Les actionnaires d'un émetteur ne peuvent donc, selon elles, récupérer pour leur propre compte le bénéfice tiré par une personne ayant exploité une information privilégiée en infraction de la loi. En d'autres mots, ce n'est que si l'émetteur fait défaut d'intenter l'action en recouvrement ou s'il ne fait pas preuve de diligence au cours de l'instance qu'un actionnaire peut alors intervenir, non pas en son nom propre, mais au nom et pour le compte de l'émetteur, ce qui correspond à une action oblique. Ainsi, les conditions d'exercice et la portée de l'intervention permise par l'article 230 L.V.M.Q. ne devraient s'analy-

ser qu'en conjonction avec les autres articles du chapitre, particulièrement les articles 228 et 229, et non isolément. Or, le recours de *Michaud* étant de nature personnelle et non oblique, il ne pouvait légalement s'appuyer sur la L.V.M.Q. De plus, même si son recours était qualifié d'action dérivée, le tribunal ne pouvait lui accorder son autorisation que si celui-ci pouvait démontrer que les conditions de l'article 231 L.V.M.Q. étaient remplies, ce qui, selon elles, n'était pas le cas en l'occurrence. La Cour d'appel avait donc à trancher entre ces deux positions diamétralement opposées.

D) L'action en recouvrement en vertu des articles 229 et 230 L.V.M.Q. : l'analyse de la Cour d'appel du Québec

Mentionnons d'abord que la Cour supérieure, dans un jugement relativement court¹⁷, avait initialement rejeté en grande partie la requête de *Michaud*, considérant que sa demande d'intervention n'était purement et simplement qu'« une demande de recours collectif déguisé »¹⁸ qui ne remplissait pas les exigences d'un recours collectif telles qu'établies par le *Code de procédure civile*¹⁹, ce qui, par conséquent, ne lui permettait pas de prendre une action au nom des autres actionnaires en vertu de l'article 230 L.V.M.Q.²⁰. Le juge Baker a noté

17. 27 juin 2003, C.S.M., n° 500-05-074208-024, j. Baker.

18. Par. 17.

19. Voir art. 1002 et s. C.p.c.

20. Par. 24.

en outre que la possibilité de prescription des droits des demanderessees n'était pas une raison suffisante pour permettre l'intervention de *Michaud*, celle-ci devant « être acceptée ou refusée selon ses propres mérites »²¹, rejetant par le même fait sa prétention selon laquelle le juge ne jouit d'aucune discrétion dans le cadre d'une telle demande d'intervention²². Bien que le tribunal ait débouté la demande d'intervention de *Michaud* quant au volet fondé sur le recours collectif, il a néanmoins accepté de lui reconnaître le droit d'intervenir pour les dommages qu'il avait personnellement subis, au montant de 3650 \$. Le jugement ne se prononce cependant pas sur la nature du recours prévu aux articles 229 et 230 L.V.M.Q., laissant ainsi la porte grande ouverte à la Cour d'appel pour interpréter ces dispositions.

La Cour d'appel a rejeté l'appel de *Michaud* pour donner entièrement raison aux intimées *Vidéotron* et *Quebecor Média*. La décision, rendue sous la plume du juge Chamberland, confirme ainsi de manière non équivoque la nature oblique et non personnelle du recours offert aux actionnaires en vertu des articles 229 et 230 L.V.M.Q., reprenant d'ailleurs la grande majorité des arguments qui avaient été avancés par les intimées au soutien de cette position, et dont nous ferons ici la revue.

Notons tout d'abord que la Cour d'appel a dû recourir à divers types d'arguments pour en arriver à cette conclusion, en raison notamment de l'absence de décisions antérieures s'étant penchées sur ces dispositions de la L.V.M.Q. La Cour d'appel se trouvait donc pour la première fois confrontée à cette question, à laquelle même la doctrine n'avait pas accordé d'attention particulière. En fait, les seuls auteurs ayant effleuré le sujet sont Maurice Martel et Paul Martel qui, dans leur ouvrage *Les aspects juridiques de la compagnie au Québec*, décrivent ce recours « comme un genre d'action dérivée » qui permet à un « actionnaire d'un émetteur assujéti d'exercer au nom de ce dernier l'action en recouvrement du bénéfice qui lui est ouverte, si les dirigeants de cet émetteur n'ont pas intenté l'action ou n'ont pas agi avec diligence au cours de l'instance »²³, propos entièrement approuvés par la Cour d'appel. Celle-ci a néanmoins dû pousser plus loin son analyse de la disposition afin notamment de répondre aux prétentions et interprétations avancées par *Michaud*, de même que pour soutenir sa conclusion que, contrairement à ce que ce dernier avançait, la L.V.M.Q. ne permet aux actionnaires que d'exercer une action dérivée, et non personnelle.

21. Par. 18.

22. Par. 22.

23. Maurice MARTEL et Paul MARTEL, *Les aspects juridiques de la compagnie au Québec*, éd. spéciale, Montréal, Wilson & Lafleur, 2002, p. 35-25 et 35-26.

1) *Interprétation grammaticale de l'article 229 L.V.M.Q.*

Premièrement, la Cour d'appel note qu'il existe effectivement une différence importante entre les textes français et anglais de l'article 229 L.V.M.Q., prêtant ainsi à confusion quant au sens à donner à la disposition. Sur ce point, la Cour reconnaît donc l'observation de *Michaud* et fait remarquer que puisque « les versions française et anglaise des textes [de loi] ont la même valeur juridique », tel que le prévoit l'article 7(3) de la *Charte de la langue française*²⁴, il faut alors se tourner vers les principes généraux d'interprétation des lois bilingues. À cet effet, le professeur Pierre-André Côté, dans son traité sur l'interprétation des lois, affirme :

Le principe de la cohérence interne de la loi commande d'interpréter ses diverses parties de manière à faire disparaître les contradictions. Ce principe s'applique tout particulièrement lorsque les deux versions d'un texte législatif paraissent être antinomiques ; d'après une jurisprudence ancienne et constante, puisque les deux versions ont le caractère officiel, il faut tenter de les concilier [...].

En pratique, concilier les deux versions signifie rechercher le sens qui est commun aux deux versions. Trois types de situations peuvent se présenter. Il peut arriver que les deux versions

soient absolument et irréductiblement inconciliables [...]. Dans un second type de situation, une version est ambiguë, c'est-à-dire susceptible de plus d'un sens, et l'autre claire, c'est-à-dire non équivoque [...]. Dans un troisième type de situation, l'une des deux versions a un sens plus large que l'autre, elle renvoie à un concept d'une plus grande extension.²⁵

La Cour d'appel a jugé ici que l'article 229 L.V.M.Q. tombait dans la première de ces situations, c'est-à-dire que les deux versions sont « absolument et irréductiblement » inconciliables, l'une traduisant nécessairement la règle que le législateur veut mettre de l'avant, l'autre pas²⁶. Dans un tel cas, il faut donc recourir aux règles normales d'interprétation pour retenir la version représentant la réelle intention du législateur. Or, sur cette question, la Cour d'appel ne retient pas l'interprétation qu'en fait l'appelant *Michaud*. Procédant d'abord par une analyse grammaticale de la disposition, elle note en effet d'entrée de jeu que l'article 229 L.V.M.Q. réfère à l'« action en recouvrement » sous l'article 228 tant dans son titre que dans son texte, ce qui, selon elle, impliquerait logiquement que « les titulaires de l'action » sont les personnes énumérées à l'article 228 L.V.M.Q. et en faveur desquelles l'action en recouvrement existe.

Sur le plan de la cohérence, la Cour fait ensuite remarquer que la L.V.M.Q. exige, à l'article 229, que la requête en autorisation

24. L.R.Q., c. C-11.

25. Pierre-André CÔTÉ, *Interprétation des lois*, 3^e éd., Montréal, Thémis, 1999, p. 412-414.

26. Par. 33.

judiciaire soit signifiée à l'émetteur, et qu'en vertu de l'article 231, l'autorisation ne devrait pas être accordée à moins d'établir que les dirigeants de l'émetteur ont omis d'intenter l'action ou qu'ils n'ont pas agi avec diligence dans la conduite des procédures. Le juge Chamberland affirme alors :

On peut s'interroger sur l'à-propos de ces deux exigences si l'action dont il s'agit est une action personnelle plutôt qu'une action oblique. En effet, pourquoi exiger la signification de la requête à l'émetteur s'il ne s'agit que de renouveler, au nom et pour le compte des actionnaires, le bénéfice réalisé par la personne qui a contrevenu aux règles qui interdisent l'usage d'informations privilégiées ? Pourquoi faire la preuve que les dirigeants de l'émetteur n'ont pas intenté l'action en recouvrement ou, s'ils l'ont intentée, qu'ils n'ont pas agi avec diligence s'il s'agit d'un recours propre aux porteurs de titres ? Par contre, ces exigences prennent tout leur sens si l'action que les porteurs de titres souhaitent exercer, ou poursuivre, au nom et pour le compte de l'émetteur dont les titres sont en cause est une action oblique.²⁷

Force est de constater également que l'interprétation proposée par *Michaud* est incompatible avec la terminologie employée par le législateur dans les autres dispositions de la loi. Ainsi, aux articles 229, 230, 232 et 233, le législateur a employé le mot « porteur » (« holder » en anglais) pour référer

à la personne pouvant introduire une action en recouvrement si elle était en possession d'actions de l'émetteur au moment où l'opération prohibée a eu lieu. En outre, à aucun endroit dans ces articles le législateur n'utilise l'expression « titulaires de l'action » pour référer au détenteur d'actions de l'émetteur, employant à chaque fois les expressions « porteur » ou « porteur de titres ». On retrouve le même raisonnement et les mêmes conclusions dans la version anglaise de la loi : nulle part ailleurs dans la loi l'expression « holders of shares » n'est utilisée et, de plus, à l'exception des articles 5, 52(3), 225.1 et 331(24) de cette même loi, le législateur a toujours utilisé l'expression « holders of securities » pour désigner une personne détentrice de titres ou d'actions²⁸.

Que dire également de l'observation selon laquelle la définition de « valeur mobilière » à l'article 1 de la loi ne se limite pas aux actions, mais s'étend également aux obligations, parts sociales, droits et bons de souscription ? Comme l'affirme justement le juge Chamberland, « est-ce à dire que l'action en recouvrement de l'article 229 L.V.M. ne serait offerte qu'aux actionnaires et pas aux détenteurs d'autres types de valeurs mobilières ? »²⁹. Cela aurait effectivement comme conséquence d'introduire une distinction artificielle et sans fondement entre les détenteurs d'actions et les détenteurs d'autres

27. Par. 35.

28. Voir art. 15, 52, 54, 68.1, 69, 77, 78, 82, 82.1, 83, 87, 119, 121 à 123, 127, 128, 130, 134, 136, 139, 144, 145, 147.3, 197, 225, 229, 257, 259.1, 261.1 et 276 L.V.M.Q.

29. Par. 36.

valeurs mobilières de l'émetteur. Enfin, la Cour remarque avec raison que le mot « action » dans l'expression « titulaire de l'action » est utilisé au singulier, alors que la version anglaise utilise le terme « shares », au pluriel. Or, un examen des autres dispositions de la loi indique que le mot « action » (au singulier) n'a été utilisé qu'à trois autres reprises³⁰, et qu'à chaque occasion ce terme est utilisé pour décrire une action en justice et non des « actions » détenues par un détenteur.

La Cour conclut donc que, de par l'analyse grammaticale de l'article 229 L.V.M.Q., la divergence entre les deux versions de la loi pourrait résulter d'une simple erreur de traduction et que les éléments d'interprétation semblent favoriser le recours en action oblique au détriment de l'action personnelle, comme l'avançaient les intimées dans leur argumentation.

2) *Interprétation historique et téléologique de l'article 229 L.V.M.Q.*

Ces constatations fondées sur une interprétation grammaticale semblent être confirmées par une interprétation à la fois téléo-

logique et historique de la loi. En effet, sans doute est-il intéressant de noter qu'au moment de procéder à une vaste réforme de la L.V.M.Q. en 1982, ayant entre autres mené à l'adoption des dispositions sous examen, le législateur québécois avait clairement admis que la version anglaise de la loi, n'étant qu'une traduction, pouvait contenir un certain nombre de termes impropres ou d'expressions mal traduites³¹. Il ne serait donc pas si inusité, contrairement à ce que semblait soutenir *Michaud*, que cette divergence flagrante entre les versions française et anglaise de l'article 229 L.V.M.Q. découle tout simplement d'une erreur de traduction. D'ailleurs, comme le reconnaît le professeur Côté :

Ainsi, même si la loi est censée être bien rédigée, il peut arriver que le contexte montre qu'elle est entachée de vices d'expression, de maladresses de rédaction, d'erreurs matérielles flagrantes. Il n'est pas rare de voir un tribunal justifier la préférence qu'il accorde à l'une des versions en montrant que l'autre est rédigée d'une manière incorrecte, qu'elle ne respecte pas certaines règles fondamentales de rédaction législative ou qu'elle fait voir des erreurs matérielles évidentes. Aux yeux du droit, les deux

30. Art. 220(1), 225, 269.1 L.V.M.Q.

31. Voir le *Journal des débats de l'Assemblée nationale du Québec*, 3^e session, n° 215, 7 décembre 1982, p. B-10729, où le ministre Parizeau affirmait : Deuxièmement, Monsieur le Président, j'aimerais qu'on distribue aux membres de cette commission une série de modifications qui ont été apportées à la *traduction anglaise du projet de loi*. Je sais que certains des membres de cette commission avaient déjà fait état que dans le texte anglais il y avait un certain nombre de termes qui étaient impropres ou d'expressions qui avaient été mal traduites. La Commission des valeurs mobilières avait déjà d'ailleurs averti le gouvernement à cet égard. J'aimerais qu'on fasse circuler simplement les modifications à la traduction. Ce ne sont pas des amendements à proprement parler, mais simplement des améliorations au texte anglais [Nos italiques].

versions ont beau être également authentiques, chacun sait que, dans les faits, l'une des versions n'est le plus souvent que la traduction de l'autre. C'est là un fait dont le tribunal ne doit pas tenir compte, en principe, mais que faire lorsque le texte dans une langue paraît n'être que le pâle reflet de l'autre version ? En droit, les deux textes sont égaux ; en fait, l'un peut sembler « plus égal » que l'autre.³²

Un autre élément historique vient ajouter du poids en faveur de l'action oblique. En effet, les débats parlementaires ayant mené à la réforme de la L.V.M.Q. dénotent à plusieurs reprises la volonté du législateur de doter le Québec d'une loi sur les valeurs mobilières qui saurait être conforme aux lois des autres provinces canadiennes en pareilles matières, particulièrement à la législation ontarienne. Par exemple, Jacques Parizeau, qui était à l'époque ministre des Finances, avait affirmé, lors de la seconde lecture en Chambre :

À bien des égards, le projet de loi est une forme de modernisation qui tient compte de ce qui s'est passé, bien sûr, comme changements dans la législation dans d'autres provinces ou aux États-Unis, mais avouons-le franchement – je pense qu'il n'y a rien à cacher à cet égard – qui a été très fortement inspiré par l'évolution assez rapide de la législation en Ontario depuis quelques années. [...] Dans ce sens, nous ne faisons pas exception à la règle ; il y a

passablement de choses dans notre projet de loi qui sont très fortement inspirées par l'Ontario [Nos italiques].³³

De même, lors de débats entourant l'adoption d'autres modifications à cette même loi en 1984, le député Scowen affirmait :

Je dois lui dire d'abord que, comme lui [le ministre des Finances Yves Duhaime], on a constaté que *c'est une loi pour modifier la loi, pour la rendre plus conforme aux lois des autres provinces du Canada*. Il ne faut jamais oublier que cette juridiction dans les valeurs mobilières c'est une juridiction provinciale, *surtout pour qu'elle concorde avec celle de l'Ontario qui est notre plus grande concurrente*.

[...]

Quant à moi, je suis prêt à collaborer avec le ministre jusqu'au bout parce qu'il m'a dit en privé, et aujourd'hui en public, *son désir de rendre la Loi sur les valeurs mobilières la plus concurrentielle, la plus conforme possible avec celle de l'Ontario*. Je conviens avec lui que c'est essentiel. *C'est un endroit, je pense, où la spécificité du Québec n'a aucune place* [Nos italiques].³⁴

Dans les faits, on remarque effectivement que le recours prévu à l'article 229 L.V.M.Q. est très similaire, sinon identique, à celui prévu aux articles 246 (intitulé « Derivative action ») et 247 de la *Business Corporations Act*³⁵ de

32. CÔTÉ, *Interprétation des lois*, supra, note 25, p. 552-55.

33. *Journal des débats de l'Assemblée nationale du Québec*, 3^e session, vol. 26, n° 84, 16 novembre 1982, p. 5817-18.

34. *Journal des débats de l'Assemblée nationale du Québec*, 5^e session, vol. 28, 12 décembre 1984, p. 1681.

35. R.S.O. 1990, c. B.15.

l'Ontario, lesquels permettent à un « complainant [to] apply to the court for leave to bring an action in the name and on behalf of a corporation or any of its subsidiaries, or intervene in an action to which any such body corporate is a party, for the purpose of prosecuting, defending or discontinuing the action on behalf of the body corporate » dans la mesure où la Cour est convaincue que « the directors of the corporation or its subsidiary will not bring, diligently prosecute or defend or discontinue the action »³⁶. Ainsi, selon la Cour d'appel, « la législation ontarienne ne laisse aucun doute quant au fait qu'il s'agit d'une action oblique, et non d'une action personnelle, permettant aux porteurs de titres d'exercer « in the name and on behalf of the reporting issuer » le recours en recouvrement du bénéfice résultant de la transaction litigieuse »³⁷. Cela laisse donc supposer que la L.V.M.Q., dans un esprit de conformité avec la loi ontarienne, aura également adopté le même type de recours oblique à ses articles 229, 230 et 231.

La Cour d'appel répond ensuite à l'argument de *Michaud* selon lequel le fait d'accorder à un ancien actionnaire l'intérêt requis pour intenter le recours prévu à l'article 229 L.V.M.Q., même s'il ne possède plus aucune action de l'émetteur, confirmerait le

caractère personnel et non oblique du recours. Qualifiant l'argument de « séduisant », le juge Chamberland s'en tient néanmoins à la thèse de l'action oblique, précisant que les lois sur les valeurs mobilières des autres provinces canadiennes affirment, elles aussi, que leur recours en action oblique est ouvert à tout actionnaire, ancien ou actuel de l'entreprise. Par exemple, l'article 135(1) du *Securities Act* de l'Ontario³⁸ permet à une personne « who was at the time of [an illegal] transaction or is at the time of the application a security holder of the reporting issuer » d'intenter une action dérivée « in the name of and on behalf of the reporting issuer ». Donc, bien que l'on puisse s'interroger sur les raisons qui ont poussé le législateur à accorder un tel droit à un ancien actionnaire alors qu'il n'a en fait aucun intérêt pécuniaire à intenter le recours, il demeure néanmoins que cette mesure n'est en rien unique au Québec et que le même dispositif se retrouve parmi les recours en action oblique des autres provinces canadiennes.

Enfin, mentionnons que la Cour d'appel établit une comparaison intéressante entre le recours en action oblique prévu à l'article 229 L.V.M.Q. et les articles 1627 à 1630 du *Code civil du Québec* traitant de l'action oblique en

36. À preuve de l'harmonisation des différentes législations canadiennes en la matière, la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* (art. 239 et 240), de même que les lois sur les valeurs mobilières des autres provinces canadiennes, à l'exception du Nouveau-Brunswick et de l'Île-du-Prince-Édouard, permettent également à un actionnaire, ancien ou présent d'un émetteur, d'intenter une action dérivée ou d'y intervenir dans les mêmes circonstances.

37. Par. 40.

38. R.S.O. 1990, c. S.5.

général. Alors que *Michaud* soutenait que le recours de l'article 229 L.V.M.Q. ne pouvait être une action oblique, étant donné qu'un tel recours était déjà prévu aux articles du Code civil précités, la Cour d'appel a rejeté l'argument en affirmant au contraire que les conditions d'exercice de l'action oblique prévues au Code civil étaient bien plus exigeantes que celles de l'article 229 L.V.M.Q., et qu'il fallait par conséquent distinguer les deux recours. On remarque effectivement que les conditions requises pour exercer un recours en action oblique sous le Code civil sont beaucoup plus onéreuses que sous la L.V.M.Q., exigeant notamment que le plaignant soit un créancier de la partie au nom de laquelle il intente le recours, qu'il démontre que le débiteur a omis d'exercer ses droits et qu'il est devenu insolvable, et que la créance est certaine, liquide et exigible³⁹, conditions qui n'étaient d'ailleurs pas remplies par *Michaud* en l'espèce.

Au moyen des méthodes d'interprétation grammaticale, historique et téléologique, la Cour d'appel en conclut donc que l'article 229 L.V.M.Q. doit être interprété comme permettant un recours en action oblique dont peuvent se prévaloir les actionnaires au nom et pour le compte uniquement de l'émetteur, de la société d'investissement ou du titulaire du portefeuille, et non un recours personnel pouvant être intenté au nom de l'actionnaire.

3) *La qualification de l'intervention de Michaud*

Ayant conclu que le recours à l'article 229 L.V.M.Q. permet à un actionnaire d'exercer une action oblique et non personnelle, la Cour d'appel se devait ensuite de qualifier la demande d'intervention de *Michaud*, c'est-à-dire de déterminer si le recours entrepris par ce dernier, dit en vertu de l'article 230 L.V.M.Q., était de la nature d'une action dérivée en recouvrement en vertu de l'article 229. Si le recours entrepris par *Michaud* était de nature personnelle, il ne pouvait alors être fondé sur la L.V.M.Q.

En l'espèce, plusieurs éléments permettaient de soutenir que l'action de *Michaud* n'était pas oblique, mais bien personnelle. Premièrement, son intervention comprenait une demande à l'effet que les sommes auxquelles *C. Chagnon* pourrait être condamné en raison de son délit d'initié soient payées à tous les anciens actionnaires de *Vidéotron* (à l'exception de *C. Chagnon* et d'autres initiés) plutôt qu'à *Vidéotron* elle-même. Comme l'affirme la Cour d'appel, « [i]l s'agit donc, essentiellement, d'une action personnelle en dommages que *Michaud* souhaite entreprendre en son nom personnel et au nom des autres anciens actionnaires de *Vidéotron*. Le juge de première instance parle, avec raison, d'un recours collectif déguisé »⁴⁰. Par ailleurs, les manquements allégués par *Michaud* comme fondements de son recours

39. Jean-Louis BAUDOUIN et Pierre-Gabriel JOBIN, *Les obligations*, 5^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, n^{os} 684-698.

40. Par. 51.

étaient également indicatifs d'une action personnelle plutôt que dérivée. En effet, *Michaud* alléguait que *Vidéotron* n'avait pas droit au bénéfice réalisé par *C. Chagnon* puisqu'elle avait fait défaut d'informer ses actionnaires et le public investisseur de l'information privilégiée dont il avait connaissance, en contravention de ses obligations en matière de divulgation d'information continue⁴¹. Or, tel que l'affirme le juge Chamberland, « il est difficile de concevoir qu'une action intentée pour et au compte de *Vidéotron* soit fondée sur un manquement de *Vidéotron* à l'une de ses obligations en faveur de ses investisseurs »⁴².

Enfin, en supposant même que le recours de *Michaud* soit une action oblique, la Cour rappelle qu'il lui aurait fallu en outre démontrer que les conditions prévues à l'article 231 L.V.M.Q. étaient remplies, rejetant ainsi son argument que ces conditions ne s'appliquaient pas en l'occurrence. Or, puisqu'il n'était même pas allégué que *Vidéotron* avait omis d'intenter l'action en recouvrement ou que, l'ayant intentée, elle n'avait pas agi avec diligence au cours de l'instance, il était clair que les critères de l'article 231 L.V.M.Q. n'étaient pas remplis en l'espèce.

Bien que l'intervention de *Michaud* ne pouvait se fonder ici sur les articles 229 et 230 L.V.M.Q., la Cour d'appel reconnaît toutefois que la situation

aurait pu être différente si *Michaud* avait voulu intervenir dans l'action en recouvrement intentée par *Vidéotron* dans le but d'assister celle-ci ou d'appuyer sa position, auquel cas il aurait simplement suffi de vérifier si sa présence constituait un apport pertinent au recours déjà existant, ou s'il était dans l'intérêt de la justice de permettre une telle intervention. Sur ce point, le juge Chamberland affirme :

En effet, – et sur ce point je ne partage pas le point de vue des demandresses – il me semble que l'article 230 L.V.M. permet l'intervention d'un porteur même quand il ne s'agit pas d'intenter l'action en recouvrement que les dirigeants de l'émetteur n'ont pas intentée ou de continuer celle qu'ils n'ont pas menée avec diligence après l'avoir intentée. L'article 230 L.V.M. est rédigé dans des termes assez larges pour permettre, à mon avis, une intervention de type conservatoire ; il ouvre la porte à une intervention dans l'action « déjà introduite » en vertu de l'article 228 ou 229 [...]. L'article 230 L.V.M. permet donc au porteur de titres de monter dans le train en marche. Dans un tel cas, l'article 231 L.V.M. ne s'applique pas. Il suffit à l'intervenant d'établir qu'il remplit les conditions posées par l'article 229 L.V.M. et que sa présence ajouterait au débat entrepris, par exemple en y apportant un éclairage additionnel.⁴³

Autrement dit, la Cour d'appel établit ici une distinction entre l'intervenant qui exercera le

41. Art. 73 et 74 L.V.M.Q.

42. Par. 53.

43. Par. 56.

recours en action oblique prévu aux articles 229 et 230 L.V.M.Q. en vertu de l'un des critères énoncés à l'article 231 L.V.M.Q. (c'est-à-dire si l'émetteur a omis d'intenter l'action ou a manqué de diligence dans le déroulement des procédures), et l'intervenant qui voudra simplement recourir à la même action oblique dans le but de soutenir le recours déjà intenté par l'émetteur des titres sous l'article 228 L.V.M.Q., auquel cas les critères de l'article 231 ne sauraient s'appliquer à sa demande d'intervention.

E) Conclusion

La décision *Michaud c. Le Groupe Vidéotron Ltée* constitue sans contredit une décision charnière en matière de délit d'initié au Québec. En plus de jeter une première lumière jurisprudentielle sur les articles 226 à 231 L.V.M.Q., elle a mis fin aux prétentions de certains que le dispositif prévu aux articles 229 et 230 de la loi pouvait être utilisé par des actionnaires à titre de recours

personnel en recouvrement des bénéfices issus de la transaction d'initié. En outre, la Cour d'appel est venue confirmer la nature oblique de ce recours et préciser ses modalités d'exercice, réaffirmant par le même fait la conformité de la L.V.M.Q. avec des lois en pareilles matières dans les autres provinces canadiennes.

Toutefois, au-delà de ses applications directes au domaine des valeurs mobilières, cette décision a également une importance particulière en matière de recours collectifs, fermant la porte à ce qui était décrit comme étant un « recours collectif déguisé », et réaffirmant à cet égard la primauté des articles 1002 et suivants du *Code de procédure civile* quant aux conditions permettant à une partie d'intenter un tel recours. Reste donc à voir dans quelle mesure cette décision saura faire sa place en droit québécois des valeurs mobilières et comment elle saura influencer sur les recours futurs en matière de délits d'initiés.

DROIT DE L'ARBITRAGE

Frédéric BACHAND*

Pour l'abandon par les tribunaux québécois de la notion de clause compromissoire parfaite et des formalités s'y rapportant

INTRODUCTION

1. – Depuis l'arrêt *Zodiak* – rendu il y a déjà plus de vingt ans –, il est acquis que l'efficacité en droit québécois d'une clause compromissoire dépend notamment de la mention explicite et de l'intention des parties de *s'engager* à recourir à un arbitrage *final*, autrement dit de s'obliger à recourir à un processus juridictionnel qui ne constitue pas une simple

étape préalable à l'exercice par le demandeur de son droit d'agir en justice¹. La Cour d'appel vient de le rappeler dans un arrêt dans lequel elle releva, de manière incidente mais néanmoins très révélatrice, qu'une clause compromissoire prévoyant en des termes exprès l'obligation des parties de recourir à un arbitrage à l'exclusion de tout recours aux tribunaux judiciaires contenait « les deux éléments indispensables à sa validité »².

* Professeur à la Faculté de droit de l'Université McGill.

1. *Zodiak International Productions Inc. c. The Polish People's Republic*, [1983] 1 R.C.S. 529 ; voir surtout p. 543 : « Le Code de procédure civile ne renferme aucune disposition quant à la forme de la clause compromissoire. Il suffit qu'elle réunisse les éléments essentiels, à savoir que les parties se soient obligées à passer compromis et que la sentence soit finale et lie les parties ». Voir aussi Sabine THUILLEAUX, *L'arbitrage commercial au Québec – Droit interne – droit international privé*, pr. Armand de MESTRAL, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1991, p. 31.
2. 2961-8667 *Québec Inc. c. Fafard*, REJB 2004-60643 (C.A.) [italiques ajoutées]. Les extraits pertinents de la clause en question sont les suivants : « Les parties s'engagent à ce que le sort de tout désaccord ou différend relatif [aux] ou découlant de l'interprétation ou l'application des présentes conventions soit réglé exclusivement par arbitrage, conformément aux dispositions du Code de procédure civile du Québec et en tenant compte de ce qui suit : [...] toute sentence sera finale et sans appel et liera les parties qui devront s'y conformer ». Les propos de la Cour d'appel méritent d'être quelque peu nuancés. Ils laissent entendre qu'une clause d'arbitrage qui ne comporte pas ces deux mentions est « invalide », et donc d'aucune efficacité au plan juridique. Or cette conclusion n'est pas convaincante, puisqu'on voit mal pourquoi une clause par laquelle les parties s'engagent par exemple à recourir à un arbitrage préalable ne serait d'aucune efficacité en droit et n'empêcherait pas la partie demanderesse de recourir aux tribunaux judiciaires avant qu'elle n'ait été mise en œuvre. La clause d'arbitrage qui n'est pas « parfaite » au sens de l'arrêt *Zodiak* ne constitue peut-être pas une convention d'arbitrage au sens des dispositions pertinentes du Code civil du Québec et du Code de procédure civile ; cela n'implique cependant pas qu'elle soit nécessairement privée de tout effet juridique. Voir aussi *Grand Toys International Inc. c. Zuckerman*, REJB 2004-71695 (C.A.).

Il s'agissait, selon l'expression maintenant consacrée – et propre au droit québécois de l'arbitrage conventionnel –, d'une *clause compromissoire parfaite*³.

2. – La clause compromissoire fait donc figure d'exception dans le droit québécois des contrats, dont on sait bien qu'il est de tradition consensualiste⁴. La volonté des parties de s'assujettir à la compétence exclusive d'un tribunal arbitral appelé à trancher d'éventuels litiges de manière finale n'a pas, à elle seule, les conséquences juridiques normalement associées à la convention d'arbitrage⁵. Celle-ci n'existera, au plan juridique, que si l'accord des parties est constaté par écrit⁶ et que l'on trouve dans la clause compromissoire ces deux

mentions la rendant parfaite ; le fait que la recherche de l'intention réelle des parties conduirait l'interprète à conclure que les parties les ayant omises envisageaient néanmoins un arbitrage à la fois obligatoire et final n'y changera rien⁷.

3. – Les formalités associées à la notion de clause compromissoire parfaite ont-elles encore leur raison d'être ? Il semble qu'à la lumière des développements importants qu'a connus le droit québécois de l'arbitrage conventionnel au cours des dernières années, ce ne soit plus le cas, de sorte que les tribunaux québécois devraient les abandonner (I). Une évolution en ce sens ne serait pas sans importance au plan pratique,

3. L'expression est parfois erronément utilisée pour désigner une clause prévoyant l'assujettissement des parties à la compétence exclusive non pas d'un tribunal arbitral, mais plutôt des tribunaux judiciaires d'un ressort donné – ce qu'il convient plutôt de désigner de clause d'élection de for ou clause attributive de compétence ; voir, par exemple *JS Holding SA c. JS Finance Canada Inc.*, [1999] J.Q. (Quicklaw) n° 1549 (C.A.).
4. Jean-Louis BAUDOUIN et Pierre-Gabriel JOBIN, *Les obligations*, 5^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, n° 100 et s., p. 100 et s.
5. Soit l'obligation de ne pas saisir un tribunal judiciaire d'un litige visé par la convention (effet négatif de la convention d'arbitrage) et l'assujettissement à la compétence exclusive d'un tribunal privé (effet positif de la convention d'arbitrage). Sur ce point, voir Frédéric BACHAND, *L'intervention du juge canadien avant et durant un arbitrage commercial international*, Thèse, Université Panthéon-Assas (Paris II)/Université de Montréal, 2004 (à paraître : Paris, L.G.D.J., 2005, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005), n° 265, p. 212-213, et n° 334, p. 267.
6. L'article 2640 C.c.Q. est inspiré de l'article II de la *Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères*, L.R.C. (1985), c. 16 (2^e suppl.) et de l'article 7(2) de la *Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international*, en vertu desquels l'écrit est une condition de validité de la convention d'arbitrage (voir, en ce sens : Jean-François POUDRET et Sébastien BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage commercial international*, Zurich, Schulthess, 2002, n° 183, p. 151-152) ; *contra* : J.-L. BAUDOUIN et P.-G. JOBIN, *op. cit.*, note 4, n° 374 (n. 6), p. 314, qui estiment que l'écrit n'est pas, proprement dit, une condition de validité de la convention d'arbitrage.
7. Cela dit, certains juges, peu convaincus que ces formalités soient désirables, ont parfois souhaité leur abandon ; voir par exemple les propos du juge Pierre J. Dalphond, alors qu'il était à la Cour supérieure, dans *Robitaille c. Centre Rail-Control Inc.*, REJB 2001-24788 (C.S.), n° 44, citant avec approbation ceux de John E.C. BRIERLEY, « De la convention d'arbitrage », dans BARREAU DU QUÉBEC et CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, *La réforme du Code civil*, t. II, Québec, Presses de l'Université Laval, 1993, p. 1067, n° 14, p. 1079-1080.

puisque l'on rencontre parfois des clauses compromissaires qui, sans être parfaites au sens de l'arrêt *Zodiak*, mériteraient néanmoins – dans la plupart des cas – d'être considérées non seulement comme étant valides, mais aussi comme constituant des conventions d'arbitrage pleinement efficaces au plan juridique (II).

I. Justification de l'abandon par les tribunaux québécois des formalités associées à la notion de clause compromissoire parfaite

4. – Ces formalités ont été dédagées par la jurisprudence à une époque, aujourd'hui très clairement révolue (B), où l'arbitrage était perçu avec méfiance par les juges québécois (A). Mais les tribunaux québécois ne sont-ils pas néanmoins tenus de continuer d'appliquer l'arrêt *Zodiak* tant que la Cour suprême ne les aura pas autorisés à ne plus le suivre ? Voilà posée la question de l'exclusivité du pouvoir de la Cour suprême de réexaminer le bien-fondé d'un de ses arrêts portant sur une question de droit privé québécois, à laquelle il convient de répondre par la négative (C).

A. Un formalisme justifié par une méfiance envers l'arbitrage conventionnel

5. – L'arrêt *Zodiak* a été rendu – on le sait bien – alors que

l'arbitrage conventionnel n'était pas perçu favorablement par les tribunaux, qui considéraient sans doute qu'il était susceptible de donner lieu à une justice de second ordre et, surtout, qu'il constituait une anomalie, puisqu'il privait le justiciable de son droit fondamental de recourir aux tribunaux faisant partie de l'appareil judiciaire étatique. Moins de vingt ans avant qu'il n'ait été rendu, la Cour suprême avait adopté une position des plus restrictives en jugeant la clause compromissoire illicite, car contraire à l'ordre public⁸ ; les limites à l'arbitrabilité des litiges étaient interprétées largement, ce qui avait pour effet d'entraîner – dans la majorité des cas – l'inarbitrabilité des litiges touchant de près ou de loin à l'ordre public⁹ ; les tribunaux interprétaient strictement le champ d'application des clauses compromissaires dont ils reconnaissaient par ailleurs la validité après la réforme du *Code de procédure civile* de 1966¹⁰. Dans ce contexte, il n'était pas surprenant que la Cour suprême déroge au principe du consensualisme en assujettissant l'efficacité de la clause compromissoire à certaines formalités.

6. – La jurisprudence relative à la notion de clause compromissoire parfaite perdure, et ce, bien que les dispositions relatives à l'arbitrage adoptées à l'occasion de la réforme de 1986¹¹ ne men-

8. *National Gypsum Co. c. Northern Sales Ltd.*, [1964] R.C.S. 144.

9. Voir, par exemple *Procon (Great Britain) Ltd. c. Golden Eagle Co.*, [1976] C.A. 565.

10. Voir, par exemple *Black et McDonald c. Standard Chemical*, [1974] R.P. 374 (C.S.) ; *Couplan Inc. c. C.E.V.M.I. – Chimie*, [1979] C.A. 234.

11. Au sujet de laquelle, voir notamment Alain PRUJINER, « Les nouvelles règles de l'arbitrage au Québec », [1987] *Rev. arb.* 425 ; John E.C. BRIERLEY, « Une nouvelle loi pour le Québec en matière d'arbitrage », (1987) 47 *R. du B.* 259.

tionnent pas expressément que la clause compromissoire soit assujettie à d'autres formalités que l'écrit. Il faut cependant souligner que certains auteurs ne semblent pas être de cet avis. Par exemple, la professeure K. Delaney-Beausoleil a récemment écrit que « [b]ien que les parties soient libres quant à la rédaction de la convention d'arbitrage, le législateur *visé expressément, aux dispositions des deux codes qui réfèrent à l'arbitrage conventionnel, ce que jadis la doctrine appelait la clause compromissoire parfaite* »¹², ce qui peut donner à penser qu'elle considère que le Législateur a codifié l'arrêt *Zodiak* s'agissant des formalités associées à la notion de clause compromissoire parfaite; les tribunaux ne pourraient donc pas les abandonner, même s'ils les jugeaient désuètes.

Cependant, le fait que l'article 2638 du C.c.Q. précise que la convention d'arbitrage est « le contrat par lequel les parties s'engagent à soumettre un différend né ou actuel à la décision d'un ou plusieurs arbitres, à l'exclusion des tribunaux »¹³ n'implique pas nécessairement qu'une mention expresse du caractère obligatoire et final de l'arbitrage soit nécessaire afin qu'une clause mérite d'être qualifiée de convention d'arbitrage. Il faut soigneusement

distinguer les éléments caractéristiques d'un contrat nommé des formalités s'y rapportant, lorsqu'il en existe. Le Législateur ayant consacré un article spécifique aux formalités applicables à la convention d'arbitrage – l'article 2640 – sans préciser que l'écrit la constatant doit comporter une telle mention, il est préférable de conclure, à l'instar – semble-t-il – du professeur J.E.C. Brierley, que la loi est tout simplement muette sur ce point¹⁴.

7. – Les formalités associées à la notion de clause compromissoire parfaite continuent donc d'avoir un fondement jurisprudentiel. Or, près de vingt ans après la réforme, il semble que la jurisprudence pertinente n'ait plus sa raison d'être.

B. L'époque de la méfiance envers l'arbitrage conventionnel est clairement révolue

8. – On pouvait déjà douter, en 1986, de sa compatibilité avec l'esprit de la réforme. Le Législateur avait clairement souhaité que les règles québécoises de l'arbitrage soient le « reflet fidèle »¹⁵ de celles découlant d'un modèle législatif transnational, élaboré par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, qui est dans l'ensemble

12. Kathleen DELANEY-BEAUSOLEIL, « Des arbitrages – La procédure d'arbitrage conventionnel », dans Denis FERLAND et Benoît EMERY, dir., *Précis de procédure civile du Québec*, 4^e éd., t. 2, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 783, 790 [italiques ajoutés].

13. Italiques ajoutés.

14. J.E.C. BRIERLEY, *loc. cit.*, note 7, n° 14, 1080, laissant entendre que la loi n'empêche pas le juge de conclure à l'efficacité d'une clause compromissoire ne mentionnant pas expressément le caractère final de l'arbitrage envisagé.

15. Québec, Assemblée nationale, *Journal des débats* (30 octobre 1986), p. 3674.

très favorable à l'arbitrage¹⁶. On aurait pu dès lors croire qu'il n'était plus très logique de continuer d'assujettir l'efficacité de la clause compromissoire à ces formalités, car l'Assemblée nationale semblait bien vouloir sonner le glas de l'époque de la méfiance envers la justice privée.

9. – Mais c'est surtout la consécration très nette de la pleine légitimité de l'arbitrage dans la jurisprudence récente qui justifie désormais l'abandon de la notion de clause compromissoire parfaite et des formalités s'y rapportant. Ses manifestations sont nombreu-

ses et très importantes. Par exemple, la Cour d'appel a cessé d'interpréter strictement la portée des clauses compromissoires¹⁷, élevé le droit de tout justiciable de recourir à l'arbitrage au rang de droit fondamental¹⁸, reconnu l'incidence de l'effet négatif du principe de la compétence-compétence au stade d'une demande de renvoi à l'arbitrage¹⁹, consacré l'autonomie de l'instance arbitrale durant son déroulement²⁰, affirmé le caractère restreint du rôle du juge saisi d'une demande d'annulation d'une sentence arbitrale²¹, reconnu l'arbitrabilité d'un recours en cas d'abus fondé sur

16. Sur ce modèle législatif, voir notamment Gerold HERRMANN, « The UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration – Its Salient Features and Prospects », dans Nabil ANTAKI et Alain PRUJINER, dir., *Arbitrage commercial international (Colloque, Université Laval, Québec 1985)*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1986, p. 351 ; Philippe FOUCHARD, « La Loi-type de la C.N.U.D.C.I. sur l'arbitrage commercial international », [1987] *J.D.I.* 861 ; Howard M. HOLTZMANN et Joseph E. NEUHAUSS, *A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration – Legislative History and Commentary*, Deventer, Kluwer, 1989 ; Klaus P. BERGER, *International Economic Arbitration*, Deventer, Kluwer, 1991.
17. Voir, sur ce point Frédéric BACHAND, « Une clause compromissoire ne visant expressément que les différends relatifs à l'interprétation du contrat est-elle applicable à ceux portant sur son exécution ? », (2001) 35 *R.J.T.* 789.
18. *Laurentienne-vie, Cie d'assurance Inc. c. Empire, Cie d'assurance-vie*, [2000] R.J.Q. 1708 (C.A.), n° 80, p. 1720.
19. *Kingsway Financial Services Inc. c. 118997 Canada Inc.*, REJB 1999-15989 (C.A.) ; sur l'effet négatif du principe de la compétence-compétence, voir notamment Emmanuel GAILLARD, « L'effet négatif de la compétence-compétence », dans Jacques HALDY, Jean-Marc RAPP et Phidias FERRARI, dir., *Études de procédure et d'arbitrage en l'honneur de Jean-François Poudret*, Lausanne, Faculté de droit de l'Université de Lausanne, 1999, p. 387 ; F. BACHAND, *op. cit.*, note 5, n° 281 et s., p. 223 et s.
20. *Compagnie nationale Air France c. Mbaye*, [2003] R.J.Q. 1040 (C.A.) ; *Microtec Sécuri-T Inc c. Centre d'arbitrage commercial national et international du Québec*, REJB 2003-43412 (C.A.). Sur l'arrêt *Air France* – et le fait que la Cour d'appel est peut-être allée trop loin –, voir Alain PRUJINER, « Le refus des juges québécois d'intervenir dans un arbitrage international avant la sentence finale », [2003] *Rev. arb.* 1365. Voir aussi, s'agissant du non-assujettissement d'un tribunal arbitral conventionnel au pouvoir de surveillance et de contrôle de la Cour supérieure *Desputeaux c. Éditions Chouette (1987) Inc.*, [2003] 1 R.C.S. 178, nos 68-69, p. 218-219 ; Frédéric BACHAND, « Assujettissement d'un tribunal arbitral conventionnel au pouvoir de surveillance et de contrôle de la Cour supérieure et contrôle judiciaire d'ordonnances de procédure rendues par les arbitres », (2001) 35 *R.J.T.* 465.
21. *The Gazette c. Blondin*, [2003] R.J.Q. 2090 (C.A.).

l'article 241 de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*²² et confirmé que le délai dans lequel doit être présentée une demande d'annulation d'une sentence arbitrale est de rigueur²³.

La Cour suprême, quant à elle, aurait difficilement pu se montrer plus favorable à l'arbitrage conventionnel dans son arrêt *Desputeaux*²⁴, dans lequel elle privilégia une conception très stricte des limites – fondées sur l'ordre public – à l'arbitrabilité des litiges et à l'efficacité des sentences, tout en rappelant l'importance du principe de la liberté des parties d'organiser la procédure arbitrale comme bon leur semble – en excluant même, si c'est ce qu'elles souhaitent, toute preuve testimoniale – et en précisant que la

mission d'un tribunal arbitral doit être interprétée de manière large et libérale²⁵.

10. – Le fondement des formalités associées à la notion de clause compromissoire parfaite ayant clairement disparu, il est temps de les abandonner et de donner préséance aux principes généraux du droit québécois des obligations. L'intention réelle des parties devrait désormais être l'ultime objet de la démarche de l'interprète, qui ne devrait plus se limiter aux mots qui figurent ou qui ne figurent pas dans la clause compromissoire litigieuse ; il devrait déterminer l'intention réelle des parties, comme il le fait normalement – et notamment lorsqu'il interprète une clause d'élection de for²⁶ –, en recourant aux principes

22. L.R.C. (1985), c. C-44 ; *Acier Leroux Inc. c. Tremblay*, REJB 2004-55099 (C.A.).
23. *Compagnie d'assurance Standard Life c. Fagan*, REJB 2004-61610 (C.A., demande d'autorisation d'appel à la Cour suprême du Canada accordée) ; voir aussi, sur ce point *Learned Entreprises International Inc. c. Lyons*, REJB 1999-13883 (C.S.).
24. *Desputeaux c. Éditions Chouette (1987) Inc.*, précité, note 20.
25. Sur cet arrêt, voir Frédéric BACHAND, « Arbitrabilité d'un différend touchant au droit d'auteur et conformité d'une sentence à l'ordre public », [2003] *Rev. arb.* 473 ; Sylvette GUILLEMARD, « L'affaire Chouette : l'arbitre et l'interprétation d'un contrat en matière de droit d'auteur selon la Cour suprême du Canada », (2003) 44 *C. de D.* 99 ; Richard BOIVIN et Nicola MARIANI, « International Arbitration in Canada – Highest Court Rules in Favour of Broad Interpretation of Arbitrability », (2003) 20 *J. Int. Arb.* 507 ; Marcel DUBÉ, « Justice privée et ordre public : les leçons de la Cour suprême en matière d'arbitrage contractuel », [2004] 2 *R.P.R.D.* 1.
26. En effet, les juges québécois accordent moins d'importance aux mots qui figurent dans des clauses d'élection de for lorsqu'ils sont appelés à vérifier si les parties ont voulu renoncer à leur droit d'agir en justice au Québec au profit d'un tribunal judiciaire étranger. Voir, par exemple, les propos du juge D. Guthrie dans *273649 Canada Inc. c. Rogers Cantel Inc.*, [1998] A.Q. (Quicklaw) No. 1376, n° 17, au sujet d'une clause qui ne mentionnait pas expressément que les tribunaux ontariens étaient désignés de manière exclusive : « Il est vrai que des mots comme 'exclusive jurisdiction' ne se trouvent pas dans la clause 15.08. Cela, cependant, ne saurait constituer un motif valable de priver la clause 15.08 de tout effet. Il y a bien longtemps qu'en règle générale, il n'y a plus d'expressions sacramentelles dans le droit civil. La règle invariable, à tout le moins dans les contrats consensuels comme la convention, c'est qu'il suffit que l'intention des parties soit suffisamment exprimée. » Voir aussi la décision récente du juge J. Bishop dans *MFI Export Finance Inc. c. Rother International Inc. S.A. de C.V. Inc.*, REJB 2004-60300,

généraux et règles relatifs à l'interprétation de tout contrat²⁷. Le libellé de la clause en litige demeurerait évidemment hautement pertinent, puisqu'il constituerait toujours un indicateur très important de l'intention qu'ont eue les parties ; il ne devrait cependant plus être déterminant.

C. *Il n'appartient pas uniquement à la Cour suprême de réexaminer le bien-fondé de l'arrêt Zodiac*

11. – On pourrait être quelque peu réticent à l'idée que les tribunaux québécois puissent abandonner la notion de clause compromissoire parfaite et les formalités s'y rapportant en raison de l'autorité

qu'il faudrait reconnaître à un courant jurisprudentiel constant depuis plus de vingt ans et émanant d'un arrêt de la Cour suprême du Canada : tout au plus reviendrait-il à cette dernière – soutiendrait-on –, et à elle seule, de déterminer si cet aspect de l'arrêt *Zodiac* mérite d'être reconsidéré, voire renversé. On pourrait citer au soutien de cet argument un arrêt relativement récent de la Cour d'appel laissant entendre que la règle du *stare decisis* est pleinement applicable même lorsque le litige relève du droit privé²⁸, ce qui impliquerait que les tribunaux québécois – y compris la Cour d'appel – n'auraient jamais le pouvoir de s'écarter d'un arrêt de la Cour suprême interprétant une règle de droit privé québécois²⁹.

où il recherche l'intention réelle des parties au lieu de considérer comme étant déterminante l'absence de mention expresse, dans la clause d'élection de for invoquée, du caractère exclusif de la désignation des tribunaux judiciaires ontariens.

27. Voir les articles 1425 et s. du C.c.Q. ; voir aussi François GENDRON, *L'interprétation des contrats*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2002.
28. *Québec (Commission de la construction) c. Dumas*, [2000] J.Q. (Quicklaw) No. 5661 (C.A.). À propos d'un de ses arrêts rendus en 1988, la Cour, saisie d'un problème de droit judiciaire privé, s'est exprimée ainsi : « Nous nous croyons liés par l'arrêt de notre Cour dans l'affaire *Commission des droits de la personne du Québec c. Clément Dulude*, [1988] A.Q. No. 1690, où le problème était vraiment de même nature que celui qui nous est soumis ; Nous ne voyons pas comment nous pourrions en venir à une conclusion différente vu la règle du *stare decisis* ; Cependant nous ne sommes pas sans réaliser les problèmes que ceci peut entraîner et il est possible que sans cet arrêt *Dulude*, nous en serions venus à une décision différente. » Traditionnellement, il semble que même en matière de droit public, la Cour d'appel ne se considérait pas formellement liée par ses propres arrêts, voir Alison HARVISON YOUNG, « Stare Decisis – Quebec Court of Appeal – Authority v. Persuasiveness : *Lefebvre v. Commission des affaires sociales* », (1993) 72 *R. du B. can.* 91, 101-102 ; en faveur de l'idée selon laquelle la Cour d'appel devrait désormais être liée – du moins en principe – par ses propres arrêts, voir Albert MAYRAND, « L'autorité du précédent au Québec », dans Jean-Louis BAUDOUIN, Jean-Maurice BRISSON, François CHEVRETTE, Pierre-André CÔTÉ, Nicholas KASIRER et Guy LEFEBVRE, *Mélanges Jean Beetz*, Montréal, Éditions Thémis, 1995, p. 259, 274-275.
29. Voir, par analogie, *Geestemünder Bank AG c. Barzelex Inc.*, [1995] R.J.Q. 88 (C.A.), p. 96 : « En effet, malgré les critiques adressées à l'arrêt *R.E. Jones Ltd.*, il semble que la règle du *stare decisis* doit avoir prééminence puisqu'il ne s'agit pas d'une question de droit civil mais bien d'une question d'interprétation du droit

12. – La question de l'applicabilité au Québec de la règle du *stare decisis* a toujours été épineuse, surtout en matière de droit privé. Certains auteurs, dont les professeurs J.E.C. Brierley et R.A. Macdonald, ont écrit que la jurisprudence l'avait consacrée : « [a]lthough occasionally contested on theoretical grounds, the Quebec Court of Appeal and the Supreme Court of Canada today, like the Privy Council previously, have generally accepted that a rule of *stare decisis* applies even to codal interpretations »³⁰. D'autres, comme les professeurs A. Nadeau et L. Ducharme, ont au contraire laissé entendre que l'attitude des tribunaux québé-

cois révélait plutôt leur adhésion à une conception plus souple de l'autorité du précédent : « [l]es tribunaux de première instance, désireux d'assurer la sécurité des transactions, ne dérogent aux données des juridictions d'appel qu'à titre exceptionnel et uniquement lorsqu'un revirement jurisprudentiel s'avère souhaitable »³¹. La jurisprudence récente de la Cour d'appel n'est d'ailleurs pas très cohérente, puisqu'elle a affirmé – dans un arrêt rendu moins de deux ans après l'arrêt évoqué au paragraphe précédent – que « la règle du *stare decisis* n'existant pas en droit civil, [les juges de la Cour sont] libre[s] de ne pas suivre une

fédéral. Conséquemment, il n'appartient qu'à la Cour suprême du Canada de renverser cette jurisprudence. » [Italiques ajoutés.] Voir aussi *Lefebvre c. Québec (Commission des affaires sociales)*, [1991] R.J.Q. 1864 (C.A.), un arrêt rendu dans une affaire de droit public : « [c]ertes, quand un arrêt énonce clairement une solution de droit positif, il doit être respecté tant et aussi longtemps que la Cour suprême elle-même ne l'aura pas qualifié, nuancé, voire même renversé » [italiques ajoutés] (p. 1877, propos du juge Jean-Louis Baudouin) ; sur cet arrêt, voir A.H. YOUNG, *loc. cit.*, note 28.

30. John E.C. BRIERLEY et Roderick A. MACDONALD, dir., *Quebec Civil Law – An Introduction to Quebec Private Law*, Toronto, Emond Montgomery, 1993, n° 101, p. 124 ; les auteurs ajoutent que « both the Supreme Court and, where no Supreme Court decision is on point, the Court of Appeal have come to the view that they may reverse their previous decisions, such that the impact of the rule of precedent is, in fact, now restricted to the relationship between the appellate courts and courts of first instance », laissant du coup entendre que la Cour d'appel ne pourrait s'écarter d'un arrêt de la Cour suprême du Canada qu'elle estime mal fondé.
31. André NADEAU et Léo DUCHARME, *Traité de droit civil du Québec*, t. 9 (« La preuve en matières civiles et commerciales »), Montréal, Wilson & Lafleur, 1965, n° 572, p. 472. Voir aussi A. MAYRAND, « L'autorité du précédent judiciaire en droit québécois », (1959-60) 10 *Thémis* 69 ; A. MAYRAND, *loc. cit.*, note 28, p. 269-270, relevant qu'historiquement la Cour d'appel refusait de se reconnaître liée par les arrêts de la Cour suprême et citant notamment les propos du juge Bernard Bissonnette, qui affirmait – en 1961 – que « selon une règle bien établie, notre Cour n'est pas liée par les arrêts de la Cour suprême » (*Sauvé c. Guildhall Insurance*, [1961] B.R. 733, 740) ; Nicole BERNIER, « L'autorité du précédent judiciaire au Québec », (1971) 6 *R.J.T.* 535 ; H. Patrick GLENN, « Sur l'impossibilité d'un principe de *stare decisis* », [1994] *R.R.J.* 1073, 1081 (« les juges du Québec, à quelques exceptions près, n'ont jamais adopté la notion de *stare decisis* »).

longue tradition sans fondement rationnel »³².

13. – À bien y penser, c'est cette dernière approche qui est la plus convaincante. D'abord, c'est évidemment celle qui est la plus compatible avec la tradition civiliste, dont une des caractéristiques fondamentales est le rejet de l'idée – qui est au cœur de la tradition de common law – selon laquelle la certitude et la prévisibilité du droit et l'égalité sont importantes à un point tel qu'il faut parfois nier au juge toute faculté de s'écarter d'une décision antérieure qui consacre une solution dont l'application au litige dont il est saisi lui paraît injuste. Il y a donc divergence de conception – elle est plus souple dans la tradition civiliste – des rapports qu'entretiennent la justice et ces valeurs de certitude et de prévisibilité du droit et d'égalité. L'argument a récemment acquis encore plus de poids, la Cour suprême ayant très clairement affirmé que malgré le fait que les sources d'inspiration des codes québécois soient mixtes – en ce qu'ils s'inspirent aussi, parfois, de règles et institutions propres à la tradition de common law –, ils doivent être interprétés selon la méthode civiliste³³ ; autrement dit, bien qu'il soit résolument mixte s'agissant de ses sources d'inspiration, le droit privé québé-

cois relève nettement de la tradition civiliste s'agissant de ses sources formelles. Du coup, la Cour suprême semble bien avoir récusé l'idée selon laquelle les tribunaux québécois ne pourraient jamais s'écarter d'un de ses arrêts.

Et il est heureux qu'il en soit ainsi. On accepte aujourd'hui, même dans les ressorts de common law, que ces valeurs de certitude et de prévisibilité du droit et d'égalité ne sont pas absolues, car on reconnaît clairement à l'instance judiciaire suprême le pouvoir de s'écarter de ses propres arrêts³⁴ ; on admet donc ouvertement que le respect du précédent peut conduire à un résultat injuste. Dans un tel contexte, on voit mal comment on pourrait nier aux autres tribunaux le pouvoir de s'écarter d'un arrêt rendu par l'instance judiciaire suprême sans parallèlement *garantir* au justiciable qui en conteste le bien-fondé l'accès à cette même instance suprême ; autrement, le système admettrait la possibilité d'une injustice sans garantir au justiciable l'accès à un mécanisme permettant d'y remédier, ce qui paraît difficilement défendable. Or, au Canada, le justiciable qui prétend qu'un arrêt pertinent de la Cour suprême est mal fondé n'est – depuis le milieu des années 70 – plus assuré d'y avoir accès, car il doit préalablement avoir obtenu la

32. *Soudures d'Auteuil Inc. c. Chubb du Canada, Cie d'assurances*, [2002] J.Q. (Quicklaw) No. 585 (C.A.), n° 42. Voir aussi les propos du juge André Brossard dans *Glykis c. Hydro-Québec*, [2003] R.J.Q. 36 (C.A.), n° 40, p. 43 (« [b]ien que la règle du *stare decisis* n'existe pas formellement en droit civil [...] »).

33. *Lac d'amiante du Québec Ltée c. 2858-0702 Québec Inc.*, [2001] 2 R.C.S. 743.

34. Voir notamment Michael D.A. FREEMAN, *Lloyd's Introduction to Jurisprudence*, 7^e éd., London, Sweet & Maxwell, 2001, p. 1380 et s. ; A. MAYRAND, *loc. cit.*, note 28, p. 265-266.

permission de la Cour, dont la décision non motivée dépendra de l'importance de la question soulevée pour la société et non pas seulement de sa première impression du bien-fondé de l'arrêt attaqué. En lui refusant l'autorisation de se pourvoir, la Cour aura peut-être jugé l'argument de l'appelant non fondé, mais ce ne sera pas nécessairement le cas, et c'est ce qui importe. Tant et aussi longtemps que le système admettra que le justiciable qui a raison de contester le bien-fondé d'un arrêt de la Cour suprême puisse ne pas y avoir accès, il faudra reconnaître aux autres tribunaux le pouvoir de s'écarter – exceptionnellement, cela va de soi – d'un arrêt de la Cour qu'ils considèrent ne pas être ou ne plus être bien fondé³⁵.

II. Pertinence de l'abandon par les tribunaux québécois des formalités associées à la notion de clause compromissoire parfaite

14. – Abandonner les formalités associées à la notion de clause compromissoire parfaite importerait au plan pratique, pour deux raisons. D'abord, il existe bel et bien des clauses dont on ne saurait dire qu'elles comportent les deux mentions nécessaires afin de les

rendre parfaites au sens de l'arrêt *Zodiak* ; la jurisprudence fournit plusieurs exemples pertinents (A). Ensuite, on peut s'attendre, dans la plupart des cas, à ce que la recherche de l'intention réelle des parties liées par de telles clauses conduise l'interprète à conclure à l'existence d'une convention d'arbitrage qui est pleinement efficace au plan juridique (B). On tentera de le démontrer à l'aide de deux exemples (C).

A. Des clauses compromissoires « imparfaites » existent bel et bien

15. – On rencontre parfois des clauses « imparfaites » dans des contrats ne présentant aucun élément d'extranéité, les parties ne soignant pas toujours la rédaction des clauses compromissoires qu'elles y insèrent. Par exemple, la Cour d'appel était saisie, dans une affaire *CCIC Consultech*, d'une demande de renvoi à l'arbitrage invoquant une clause compromissoire qui ne mentionnait pas expressément le caractère obligatoire de l'arbitrage envisagé et qui fut jugée inefficace ; elle prévoyait que : « [i]n the event that the Vendors, acting together, and the Purchaser disagree as to [...], either may submit the disagreement to binding arbitration [...] »³⁶.

35. C'est peut-être ce qui a incité la Cour d'appel d'Angleterre à se reconnaître, à la fin des années 80, le pouvoir de s'écarter d'un arrêt de la Chambre des lords qu'elle considère ne plus être fondé (*Pittalis c. Grant*, [1989] Q.B. 605) ; sur cette théorie, dite de l'arrêt désuet (*obsolete decision*), voir Rupert CROSS et James W. HARRIS, *Precedent in English Law*, 4^e éd., Oxford, Clarendon Press, 1991, p. 162-163.

36. *CCIC Consultech International c. Silverman*, [1991] R.D.J. 500 (C.A.). Pour un autre exemple, voir, par exemple *Groupe AML Inc. c. Beaudoin*, J.E. 89-361 (C.S.).

Dans une autre affaire, la Cour du Québec était saisie d'une demande de renvoi à l'arbitrage fondée sur une clause compromissoire – qui fut elle aussi jugée inefficace – qui était ambiguë quant au caractère obligatoire et final de l'arbitrage envisagé ; elle était formulée comme suit : « [...] chacune des parties pourra soumettre le cas en litige à un arbitrage commercial et les deux parties s'engagent à respecter les règles de l'arbitrage contenues aux articles 940 et suivants du *Code de procédure civile du Québec*. Tout litige découlant du présent contrat sera sujet aux règles de l'arbitrage commercial contenues au *Code de procédure civile du Québec* »³⁷.

16. – On trouve aussi des clauses ne satisfaisant pas aux exigences posées par l'arrêt *Zodiak* dans des contrats internationaux, ce qui n'étonne d'ailleurs pas étant donné que des formalités comme celles associées à la notion de clause compromissoire parfaite ne se rencontrent pratiquement plus en droit comparé. On en

trouve un bon exemple dans l'affaire *Importations Cimel*, où la Cour d'appel jugea inefficace – car ambiguë – une clause rédigée de la manière suivante : « [i]l est convenu entre les parties que seuls les tribunaux français du ressort du Siège Social ou de la Chambre de Commerce Internationale de Paris seront compétents »³⁸. Voici un autre exemple intéressant, tiré d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario, d'une clause contenue dans un contrat international et qui ne mentionnait expressément ni le caractère final de l'arbitrage envisagé, ni son caractère obligatoire : « [t]he parties may refer any dispute under this Agreement to arbitration, in accordance with the Arbitration Act of Ontario »³⁹. On peut enfin citer en exemple la clause en litige dans l'affaire *Industrial Development and Renovation Organization of Iran*⁴⁰, qui ne mentionnait pas de manière expresse le caractère final de l'arbitrage envisagé : « [a]ll disputes arising in connection with the contract shall be submitted to arbitration under Iranian Arbi-

37. *Siège Ducharme International Inc. c. Goélette Marie-Clarisse Inc.*, [1996] A.Q. (Quicklaw) No. 1676 (C.Q.).

38. *Importations Cimel Ltée c. Pier Augé Produits de beauté*, [1987] R.J.Q. 2345 (C.A.).

39. *Canadian National Railway Co. c. Lovat Tunnel Equipment Inc.*, (1999) 174 D.L.R. (4th) 385 (C.A.) ; voir aussi *Grammercy Limited c. Dynamic Tire Corp.*, Cour supérieure de justice de l'Ontario, 14 janvier 2004, n° 01-CV-217021 CM3. Certaines clauses-types proposées par des institutions spécialisées ne mentionnent pas expressément le caractère final de la sentence à intervenir. Par exemple, celle proposée par les Arbitres maritimes associés du Canada (www.amac.ca) prévoit que « Tout litige émanant de ou relié à la présente convention devra être soumis à l'arbitrage à _____, conformément aux règles de procédures arbitrales maritimes de l'AMAC » ; néanmoins, une telle clause devrait être considérée comme respectant les formalités liées à la notion de clause compromissoire parfaite, puisque le règlement d'arbitrage auquel elle renvoie prévoit expressément le caractère final de toute sentence rendue par le tribunal arbitral.

40. *Industrial Development & Renovation Organization of Iran c. Bertrand*, [1984] R.D.J. 15 (C.A.). La clause fut jugée inefficace par la Cour d'appel, car imparfaite.

tration Law, with one or more arbitrators appointed in accordance with the said law ».

17. – Des clauses « imparfaites » existent donc, et lorsqu'on y réfléchit bien, on réalise que la recherche de l'intention réelle des parties liées par de telles clauses conduira la plupart du temps l'interprète à conclure qu'elles envisageaient bel et bien un arbitrage à la fois obligatoire et final.

B. Les parties envisagent dans la plupart des cas un arbitrage obligatoire et final

18. – C'est très clairement le cas lorsque le contrat dans lequel est insérée la clause compromissoire comporte un élément d'extranéité. En effet, si les opérateurs du commerce international incluent de manière quasi systématique une telle clause dans leurs contrats, c'est surtout parce qu'il s'agit du meilleur moyen de limiter les incertitudes pouvant résulter du fait que les tribunaux de plus d'un État pourront autrement être compétents à l'égard des

litiges les opposant⁴¹. Dans la très grande majorité des cas, les parties prennent soin d'inclure une clause compromissoire dans leur contrat parce qu'elles sont conscientes de l'importance de limiter les incertitudes liées au *forum shopping* auquel pourrait autrement se livrer la partie demanderesse ; un processus qui n'est pas à la fois obligatoire et final ne permet évidemment pas de limiter efficacement ces incertitudes. Voilà pourquoi l'insertion de clauses d'arbitrage préalable dans des contrats commerciaux internationaux est découragée par la plupart des commentateurs autorisés⁴². Voilà aussi pourquoi il est extrêmement douteux que, dans l'affaire *Industrial Development and Renovation Organization of Iran*⁴³ – qui impliquait, d'une part, une entité étatique iranienne et, de l'autre, des opérateurs commerciaux canadiens –, les parties, en insérant une clause ne mentionnant pas expressément le caractère final de l'arbitrage envisagé, aient réellement eu l'intention de recourir à un arbitrage préalable et de rester du coup dans l'incertitude s'agissant des tribunaux judiciai-

41. Voir, sur ce point F. BACHAND, *loc. cit.*, note 17, p. 796-797.

42. Voir, par exemple W. Lawrence CRAIG, William W. PARK and Jan PAULSSON, *International Chamber of Commerce Arbitration*, 3rd ed., Dobbs Ferry, Oceana Publications, 2000, n° 9.02, p. 128-129.

43. *Industrial Development & Renovation Organization of Iran c. Bertrand*, précité, note 40. On peut aussi citer sur ce point la récente décision de la Cour supérieure dans l'affaire *Giro Limited c. Frenette*, C.S. Montréal, 10 septembre 2004, n° 500-17-021740-041. La Cour jugea inefficace, car n'excluant pas expressément le recours aux tribunaux judiciaires, une clause contenue dans un contrat commercial international et rédigée de la manière suivante : « In the event of any dispute of any nature which arises in connection with this Agreement or the transactions contemplated pursuant to this Agreement, which the parties cannot resolve themselves, then such dispute will be submitted to the American Arbitration Association (the « AAA ») in New York, New York, and the resolution of such dispute shall proceed and be conducted in accordance with the then existing rules of the AAA. »

res compétents pour connaître d'une action subséquente.

En l'absence d'indication contraire, l'interprète tenant dûment compte de la spécificité de l'arbitrage commercial international conclura pratiquement toujours que les parties envisageaient réellement un arbitrage à la fois obligatoire et final.

19. – C'est aussi vrai dans un contexte strictement interne. D'abord, les parties qui ne se sont pas exprimées clairement auront néanmoins voulu, dans la majorité des cas, d'un arbitrage final, puisque la notion d'arbitrage évoque – de manière inhérente – un processus au terme duquel le litige est *tranché* par un ou plusieurs juges privés⁴⁴. L'arbitrage préalable, au terme duquel la partie demanderesse peut saisir

un tribunal judiciaire du fond du litige, est un mode de règlement de différends qui se rapproche davantage de la médiation ou de la conciliation que de l'arbitrage proprement dit⁴⁵. Le professeur J.E.C. Brierley avait donc bien raison d'affirmer que la seule présence du mot « arbitrage » constituera, normalement, un indicateur déterminant de l'intention des parties de recourir à un processus juridictionnel privé qui est final⁴⁶. Une analyse adoptant une perspective plus pragmatique renforce cette conclusion : dans la plupart des cas, il sera bien difficile de croire que les parties aient réellement voulu d'un processus d'arbitrage préalable alors que la médiation, un autre processus « préalable » mais beaucoup plus efficace en raison de sa plus grande souplesse et son moindre coût, était à leur disposition⁴⁷.

44. Sur la notion d'arbitrage, voir, de manière générale Charles JARROSSON, *La notion d'arbitrage*, pr. Bruno OPPETIT, Paris, L.G.D.J., 1987.

45. Voir notamment, en ce sens Hugues SCALBERT et Laurent MARVILLE, « Les clauses compromissaires pathologiques », [1988] *Rev. arb.* 117, 133, à propos d'une clause rédigée comme suit : « Les différends seront soumis à l'examen préalable d'un arbitre qui aura des pouvoirs d'arbitrage amiable et statuera en premier ressort. Les associés s'obligent à déférer le litige d'abord devant l'arbitre. [...] En cas d'échec de l'arbitrage organisé par l'article 28, le Tribunal de grande instance du lieu du siège, serait seul habilité pour connaître de tout litige. »

46. John E.C. BRIERLEY, « La convention d'arbitrage en droit québécois interne », [1987] *C.P. du N.* 507, n° 91, 533 ; J.E.C. BRIERLEY, *loc. cit.*, note 7, n° 14, 1080. Voir aussi, en ce sens Nabil ANTAKI, « L'arbitrage commercial : concept et définitions », [1987] *C.P. du N.* 485, n° 26, 487 ; Pierre MAYER, « Seeking the Middle Ground of Court Control : A Reply to I.N. Duncan Wallace », (1991) 7 *Arb. Int.* 311, 313-314 : « Whether a contract be domestic or international, the fact that it contains an arbitration clause means that the parties wanted any possible dispute between them to escape the national courts which would ordinarily have jurisdiction, and rather be referred to private judges chosen by them (or by an institution to which they have entrusted that choice), who will conduct proceedings in a different, less formalistic fashion. One cannot reasonably imagine that the parties intended to limit the effects of this choice to an initial examination of the dispute, allowing the disappointed party to return to the national courts for a second examination of issues of law and contract interpretation. »

47. Autrement dit, les parties voulant recourir à un processus de résolution de différends préalable auront davantage intérêt à choisir la médiation au lieu d'un processus plus rigide, dans lequel le ou les tiers n'interviennent pas activement pour tenter de les concilier. Il existerait néanmoins des cas – somme toute assez

Ensuite – s’agissant maintenant du caractère obligatoire de l’arbitrage envisagé –, on peut aussi présumer qu’en l’absence d’indication contraire, les parties qui ne se sont pas exprimées clairement voulaient réellement s’obliger à recourir à l’arbitrage. Pourquoi auraient-elles pris la peine d’inclure dans leur contrat une clause référant à l’arbitrage si leur intention réelle était que cette clause ne produise aucun effet juridique ? Pourquoi auraient-elles inclus une clause ne faisant que déclarer qu’elles pourront s’engager plus tard à recourir à l’arbitrage ? Puisque, comme le prévoit l’article 1426 du C.c.Q., « une clause s’entend dans le sens qui lui confère quelque effet plutôt que dans celui qui n’en produit aucun », la recherche de l’intention réelle des parties conduira normalement l’interprète à conclure que les parties envisageaient bel et bien de s’obliger à recourir à l’arbitrage.

C. Deux exemples

20. – On peut illustrer les propos qui précèdent en analysant la clause fictive suivante, qui n’est clairement pas « parfaite » au sens de l’arrêt *Zodiak* : « dans l’éventualité où les parties étaient incapables de régler à l’amiable un différend se rapportant au présent contrat, ce différend pourra être soumis à un tribunal arbitral composé d’un arbitre nommé conjointement

par les parties ». Les parties parlent bien d’*arbitrage* : il est donc logique de présumer qu’elles envisageaient que la sentence à intervenir allait être finale et obligatoire, sinon elles auraient probablement préféré recourir à la médiation et rédigé la clause en conséquence. Peut-être que d’autres éléments du contexte dans lequel s’inscrit la clause révéleront qu’elles voulaient bel et bien d’un arbitrage préalable, car un tel processus se rencontre effectivement – quoiqu’assez rarement – en pratique ; mais dans la majorité des cas, de tels éléments contextuels n’existeront pas.

Ont-elles cependant voulu d’un arbitrage *obligatoire* ? On pourrait en douter, en soutenant que la clause est facultative : elle n’évoquerait que la possibilité – qui ne se concrétiserait qu’avec l’accord subséquent des parties – qu’un litige se rapportant au contrat soit tranché par un tribunal arbitral. Mais ce n’est pas l’interprétation la plus convaincante, car on attribuerait aux parties l’intention d’inclure dans le contrat une clause ne produisant aucun effet juridique. L’explication suivante semble beaucoup plus convaincante : les parties ont utilisé le verbe « pouvoir » non pas parce qu’elles envisageaient la *possibilité* qu’elles conviennent *subséquemment* de recourir à l’arbitrage, mais simplement

rare – où les parties pourraient réellement avoir intérêt à recourir à l’arbitrage préalable : Nabil ANTAKI, *Le règlement amiable des litiges*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, nos 200-201, p. 114-115. Pour un exemple d’un cas où les parties avaient clairement voulu d’un arbitrage préalable, voir *Cohen c. Great Life Insurance Co.*, [1993] R.D.J. 555 (C.A.).

parce que le demandeur est toujours libre d'abandonner sa réclamation et de n'instituer aucune procédure à caractère juridictionnel ; l'arbitrage qu'elles envisageaient est donc bel et bien obligatoire, car dès lors que le demandeur se prévaut de son droit de faire trancher le litige de manière finale et obligatoire au terme d'une telle procédure, la clause l'empêche de recourir aux tribunaux judiciaires tout en l'obligeant à recourir à l'arbitrage. On pourrait privilégier une autre interprétation, qu'a notamment retenue un tribunal américain dans une situation semblable⁴⁸, permettant aussi à la clause de produire certains effets juridiques : elle conférerait une option à la partie demanderesse, qui pourrait soit recourir à l'arbitrage, soit poursuivre la partie défenderesse devant les tribunaux judiciaires, cette dernière étant liée par le choix de la partie adverse. Mais cette interprétation n'est pas la meilleure – surtout si la clause est insérée dans un contrat commercial –, puisqu'elle est susceptible de donner lieu à une situation de *forum shopping* et à des incertitudes que les parties n'auront probablement pas réellement souhaitées.

21. – Imaginons maintenant une clause rédigée ainsi : « [i] est convenu que seuls un tribunal

arbitral composé d'un arbitre nommé conjointement par les parties ou les tribunaux judiciaires français seront compétents pour connaître de tout litige se rapportant au présent contrat ». Cette clause est *a priori* assez déroutante, car elle semble contradictoire. En l'absence d'éléments contextuels pertinents, quel sens devrait-on lui donner ? Le caractère final de l'arbitrage envisagé ne soulève pas de difficulté : si les parties avaient voulu d'un arbitrage préalable, elles auraient vraisemblablement utilisé la conjonction « et » au lieu du « ou ».

Mais on pourrait être tenté de conclure que les parties ne se sont pas *obligées* à recourir à l'arbitrage, car la clause confère aussi compétence aux tribunaux judiciaires français : la clause étant contradictoire, l'intention réelle des parties serait impossible à déterminer, de sorte qu'il faudrait conclure qu'elle ne produit aucun effet juridique⁴⁹. Or, cette interprétation n'est pas la meilleure, car il est possible d'interpréter cette clause de manière à assurer qu'elle produise des effets juridiques. Les parties auraient tout simplement cherché à donner au demandeur le choix de faire trancher le litige de manière finale et obligatoire soit par un tribunal arbitral, soit par

48. *Cravat Coal Export Company Inc. c. Taiwan Power Company*, U.S.D.C. Eastern District of Kentucky, Civil Action No. 90-11, 5 mars 1990, affaire citée dans Benjamin G. DAVIS, « Pathological Clauses : Frédéric Eisemann's Still Vital Criteria », (1991) 7 *Arb. Int.* 365, 366-367.

49. Un raisonnement analogue a été adopté par la Cour d'appel à l'égard d'une clause semblable dans l'affaire *Importations Cimel Ltée c. Pier Augé Produits de beauté*, précitée, note 38.

un juge français⁵⁰. La clause serait bel et bien obligatoire, car elle assujettirait de manière irrévocable le défendeur à la compétence exclusive d'un tribunal arbitral dès lors que le demandeur choisirait de recourir à l'arbitrage.

CONCLUSION

22. – La notion de clause compromissoire parfaite et les formalités s'y rapportant sont les derniers vestiges de l'époque de la méfiance envers l'arbitrage conventionnel. La consécration très nette de la pleine légitimité de l'arbitrage conventionnel devrait logiquement conduire les tribunaux à les abandonner une fois pour toutes, complétant du coup la « métamorphose »⁵¹ du droit québécois de l'arbitrage conventionnel amorcée en 1986.

23. – Ces formalités sont contraires au caractère fondamentalement consensualiste du droit québécois des contrats, et elles n'ont plus leur raison d'être. La question de savoir si les parties ont voulu d'un arbitrage *obligatoire* et *final* ne doit plus être analysée en accordant un poids déterminant aux mots qui se trouvent dans la clause compromissoire, mais bien – conformément au principe général – en recherchant l'intention réelle des parties. Et on peut s'attendre à ce que dans la plupart des cas où les parties ne se sont pas exprimées clairement, la référence à la notion d'arbitrage suffira, en l'absence d'éléments contextuels pertinents, à convaincre l'interprète qu'elles voulaient bel et bien s'obliger à recourir à un arbitrage permettant de trancher de manière finale les litiges les opposant.

50. Et il est possible d'imaginer des cas où c'est ce que voudraient réellement les parties. Un exportateur français particulièrement fort au plan économique pourrait par exemple convaincre ses distributeurs étrangers d'accepter une telle option entre le recours à l'arbitrage et le recours aux tribunaux judiciaires français.

51. *Condominiums Mont St-Sauveur Inc. c. Constructions Serge Sauvé Ltée*, [1990] R.J.Q. 2783 (C.A.), p. 2785 : « [l]e 11 novembre 1986 est entrée en vigueur une loi [...] métamorphosant notre droit en matière d'arbitrage ».

DROIT DE L'ARBITRAGE

Babak BARIN*

“Provisional Remedies” in domestic arbitrations: Time perhaps for a fresh look in Quebec?

Introduction

In 1958, a diplomatic conference convened by the United Nations in New York prepared for universal adoption a Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, more commonly referred to as the 1958 New York Convention (“New York Convention”). This multilateral agreement, which essentially facilitates the enforceability of arbitral awards from one state in another, is a testimony of the international commercial world’s waiver of judicial jurisdiction in favour of private dispute resolution.¹ The provisions of the New York Convention can be found in various arbitration statutes in Canada.

Twenty-eight years later, shortly after the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) adopted its Model Law on International Commercial Arbitration² (“Model Law”) in June 1985, Canada became the first country in the world to enact legislation based on such law. Nine out of the ten Canadian provinces and the Federal Government³ enacted legislation based on it, and the Province of Quebec revised its *Code of Civil Procedure*⁴ (“C.C.P.”) to resemble it.

While in the nine common law provinces, domestic and international commercial arbitration are dealt with in two different statutes,⁵ in Quebec, both types of

* Admitted to practice law in Quebec, Ontario and England & Wales. The author wishes to thank Ms. Eva Gazurek, law student at McGill University – Faculty of Law, for her assistance with the updating research involved in preparing this article.

1. William PARK, “A User’s Guide to The New York Arbitration Convention”, in B. BARIN, ed., *Carswell’s Handbook of International Dispute Resolution Rules* (Toronto: Carswell, 1999) at 526.

2. *Model Law on International Commercial Arbitration*, UNCITRAL, UN Doc. A/40/17 Annex 1 (1985), 24 ILM 1302.

3. Canada’s *Commercial Arbitration Act*, R.S.C. 1985, c. 16 applies to both domestic and international commercial arbitration matters where at least one of the parties to the arbitration is Her Majesty in right of Canada, a departmental corporation or a Crown corporation or in relation to maritime or admiralty matters.

4. *Code of Civil Procedure*, R.S.Q. chapter C-25.

5. See for example, the British Columbia *International Commercial Arbitration Act*, R.S.B.C. 1996, c. 233, and the British Columbia *Commercial Arbitration Act*,

arbitration are provided for in the C.C.P.⁶ To make it abundantly clear that the Province of Quebec was only choosing to be inspired by the Model Law, in Article 940.6 C.C.P., the Quebec legislature declared:

940.6 Where matters of *extra-provincial* or international trade are at issue in an arbitration, *the interpretation of this Title, where applicable, shall take into consideration:*

(1) the *Model Law on International Commercial Arbitration* as adopted by the United Nations Commission on International Trade Law on 21 June 1985;

(2) the Report of the United Nations Commission on International Law on the work of its eighteenth session held in Vienna from the third to twenty-first day of June 1985;

(3) the Analytical Commentary on the draft text of a model law on international commercial arbitration contained in the report of the Secretary-General to the eighteenth session of the United Nations Commission on International Trade Law. [Emphasis is mine]

In practice, the difference in the two approaches translates into something like this. If a dispute, between a company that has its place of business in Ontario and another that has its place of business in Quebec, is submitted to arbitration in Quebec pursuant to Quebec law, then for the purposes of the C.C.P. that dispute will qualify as extra-provincial, and any judicial authority (be it an arbitrator or a judge) who is asked to decide it *must* “take into consideration” the Model Law.⁷ On the other hand, if that same dispute is submitted to arbitration in Ontario pursuant to Ontario law, then by virtue of Article 2(1) of the *Ontario Arbitration Act*⁸ (“O.A.A.”), Section (1)7 of the *enacting portion of the Ontario International Commercial Arbitration Act*⁹ (“O.I.C.A.A.”) and Article 1(3) of the Model Law, the Model Law will have no application to that dispute, and the arbitration will be considered a domestic one.

In addition to the different treatment of extra-provincial disputes, Book VII, Title I of the C.C.P. in Quebec distinguishes itself from the rest of its counterparts, with respect to, among other matters, the power of the arbitral tribunal to order interim relief

R.S.B.C. 1996, c. 55, or the Alberta *International Commercial Arbitration Act*, R.S.A. 2000, I-5 and the Alberta *Arbitration Act*, R.S.A. 2000, A-43.

6. Note that the substantive provisions of arbitration law in Quebec are dealt with in the Civil Code (“C.c.Q.”).

7. To date, there are no decisions in Quebec, which have considered what the expression “shall take into consideration” really means and what weight ought to be given to the provisions of the Model Law in matters involving extra-provincial or international trade. This is an interesting and important issue which at an appropriate time, will have to be decided by the Quebec courts.

8. *Arbitration Act*, S.O. 1991, c. 17.

9. *International Commercial Arbitration Act*, R.S.O. 1990, c. I.9.

or interim measures, the power to order “Provisional Remedies” as it is referred to under Book V – Special Proceedings of the C.C.P., and with respect to possible recourses available against arbitral awards.

For example, while Article 947 C.C.P. states that “the only possible recourse against an arbitration award is an application for its annulment”, Section 45 of the O.A.A. permits parties to an arbitration conducted pursuant to this Act to appeal an award with leave, on questions of law, if the arbitration agreement is silent on such an issue. The O.A.A. also permits parties to an arbitration agreement in Ontario to appeal an award to the court on a question of fact or on a question of mixed fact and law, if the arbitration agreement so provides.

Moreover, whereas Section 31 of the O.A.A. explicitly permits an arbitrator to order specific performance, injunctions and other types of equitable remedies in commercial arbitration proceedings taking place in Ontario, Book VII, Title I of the C.C.P. remains silent on these issues.¹⁰ It is therefore clear from the above that the commercial arbitration regime in Quebec is different from the rest of the country.

Article 940.4 C.C.P.

Article 940.4 C.C.P. states:

10. Note, however, the possibility for an arbitrator to grant “such interim measure of protection as the arbitral tribunal may consider necessary in respect of the subject-matter of the dispute” under Article 940.6 C.C.P. and Article 17 of the Model Law, discussed in greater detail on page 140 of this paper.
11. The term “provisional measures” may be a mistranslation of what ought to have been referred to as “provisional remedies”.
12. Detailed study of draft Bill 91, conducted on Tuesday, 16 September 1986, CI-549 at CI-572.

Book VII – Arbitrations

Title I – Arbitration Proceedings

940.4 A judge or the court may grant *provisional measures*¹¹ before or during arbitration proceedings on the motion of one of the parties. [Emphasis is mine]

The translation of the record of the Quebec parliamentary debate¹² on the adoption of Article 940.4 C.C.P. indicates:

[The] purpose of this section is *not* to uphold or annul the power of arbitrators to grant a provisional remedy but to confirm that the courts have jurisdiction in this regard, which is necessary given that the courts are technically in principle excluded from arbitration. *This section therefore does not preclude arbitrators from granting such remedies when the parties have so determined.* The parties may therefore determine in their agreement that arbitrators may make such a ruling. If no such determination was made by the parties, they may amend their agreement in order to add a provision in this regard, failing which, they can only refer the matter to the court. The issue is, when the parties have not determined a provision and do not agree on such a provision, whether the Code should in a suppletive manner allow arbitrators to grant a provisional remedy. I don't think so... [Emphasis added][Our translation]

While it is easy for anyone who practices in the field of arbitration to agree with the passage underlined above, it is difficult for that same person to agree with the statement that if parties to an arbitration agreement (requiring the arbitration to take place in Quebec pursuant to the provisions of Book VII, Title I of the C.C.P.) have not specifically mandated the arbitrators to grant “Provisional Remedies” or other types of interim measures¹³, they may not do so. I say this for two reasons. First, if the Quebec legislature wanted to exclude such a power in Quebec, it would have done so explicitly like the Italian legislature did in that country’s Code of

Civil Procedure which states the following:

The arbitrator may not grant attachment or other interim measures of protection.¹⁴

Second, Article 17 of the Model Law¹⁵ specifically allows an arbitral tribunal to grant interim measures of protection relating to the subject-matter of the dispute¹⁶ before it, where matters of extra-provincial or international trade are at issue. If the C.C.P. provides for such a possibility in extra-provincial and international matters, why should it be different for domestic arbitration? Especially, since as mentioned before, in 1986, when the Quebec legislature

13. I do not propose to examine in this paper the scope and nature of interim measures that arbitrators can grant in arbitrations taking place in this province. Moreover, in this paper, wherever referred to, the expression “interim measures” is intended to cover “interim relief, interim measures of protection and provisional measures”.
14. See also the Greek Code of Civil Procedure which states: “The arbitrator may not order, amend or revoke interim measures of protection.”
15. Article 17 of the Model Law stipulates:
 17. Power of arbitral tribunal to order interim measures
Unless otherwise agreed by the parties, the arbitral tribunal may, at the request of a party, order any party to take such interim measure of protection as the arbitral tribunal may consider necessary in respect of the subject-matter of the dispute. The arbitral tribunal may require any party to provide appropriate security in connection with such measure.
16. Note the additional insight offered by the Analytical Commentary on the draft text of the Model Law:
 1. ...the arbitral tribunal has the implied power, unless excluded by agreement of the parties, to order any party to take such interim measure of protection as the arbitral tribunal considers necessary in respect of the subject-matter of the dispute. The general purpose of such order would be to prevent or minimize any disadvantage which may be due to the duration of the arbitral proceedings until the final settlement of the dispute and the implementation of its result.
 2. Practical examples of interim measures designed to prevent or mitigate loss include the preservation, custody or sale of goods which are the subject-matter of the dispute. However, article [17] is not limited to sales transactions and would, for example, cover measures designed provisionally to determine and “stabilize” the relationship of the parties in a long-term project. Examples of such “*modus vivendi*” orders include the use or maintenance of machines or works or the continuation of a certain phase of a construction, if necessary to prevent irreparable harm. Finally, an order may serve the purpose of securing evidence which would otherwise be unavailable at a later stage of the proceedings...

extensively revised the provisions relating to arbitration in the C.C.P.,¹⁷ it did so in order to bring this law into harmony with the Model Law. Of course, any provisional measure so ordered may not be subject to execution without the intervention of the court,¹⁸ but if the parties decide to voluntarily abide by the arbitral tribunal's order, then the execution of whatever was ordered will no longer be an issue in any event.

Authors Redfern and Hunter have made the following observations regarding the availability of interim measures of protection under Article 17 of the Model Law:

During the course of an arbitration, it may be necessary for the arbitral tribunal or a national court to issue orders intended to preserve evidence, to protect assets, or in some other way maintain the status quo pending the outcome of the arbitration proceedings themselves. Such orders take different forms and go under different names. In the Model Law [...] they are known as "interim measures of protection" [...] whilst in the Swiss law governing international arbi-

tration they are referred to as "provisional or protective measures". Whatever their designation, however, they are intended in principle to operate as holding orders, pending the outcome of the arbitral proceedings... There are similar provisions under other rules of arbitration [...] In these circumstances it may be asked why, if the arbitral tribunal itself has the power to issue interim measures, should the help or intervention of a national court be necessary? There are three salient points to be made in response to this question. First, the arbitral tribunal *may not* have the necessary powers [...] Secondly, the arbitral tribunal cannot issue interim measures until itself has been established. The point may seem obvious as to be hardly worth mentioning [...] The third factor, which is necessary in understanding why assistance of a national court may be necessary, is that the powers of an arbitral tribunal are generally limited to the parties involved in the arbitration itself [...]¹⁹

In passing, it is interesting to note that an examination of Articles 1442-1507 in Book IV of the French *Nouveau Code de*

4. ...article [17] neither grants the arbitral tribunal the power to enforce its orders nor provides for judicial enforcement of such orders of the arbitral tribunal; an earlier draft provision envisaging court assistance in this respect was not retained by the Working Group...

5. Yet, even without such possibility of enforcement, the power of the arbitral tribunal under article [17] is of practical value. It seems probable that a party will comply with the order and take the measure considered necessary by the arbitrators who, after all, will be the ones to decide the case... Finally, if a party does not take the interim measure of protection as ordered by the arbitral tribunal, such failure may be taken into account in the final decision, in particular in any assessment of damages.

17. See the decision of the Supreme Court of Canada in *Sport Maska Inc. v. Zittler*, [1988] 1 S.C.R. 564.

18. I do not propose to examine the complicated issue of enforceability of interim awards in this paper.

19. A. REDFERN and M. HUNTER, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 3rd ed. (London: Sweet & Maxwell, 1999) at 345-7.

procédure civile (“NCPC”), which deal with both domestic and international arbitration, indicate that none of these provisions deal with the power of arbitrators to grant interim measures. In interpreting these Articles, however, French courts have decided that an arbitral tribunal may grant interim relief in the form of an “interim” award or “*sentence arbitrale*”.²⁰

Case law in Quebec

While Article 940.4 C.C.P. has been the subject of a number of

court decisions²¹ in Quebec (“940.4 C.C.P. Decisions”), none refer to or appear to have examined the record of the Quebec parliamentary debate relating to this Article²² and certainly not the specific passage cited above. One reason for this maybe that none of the Article 940.4 C.C.P. Decisions, except *Placements Raoul Grenier Inc. v. Coopérative forestière Laterrière*²³ rendered by Godbout J. in May of 2002 (“*Raoul Grenier*”), appear to have involved an arbitration agreement explicitly permitting the arbitral tribunal to grant provisional measures.

20. Donald Francis DONOVAN, “The Scope and Enforceability of Provisional Measures in International Commercial Arbitration: The Work of UNCITRAL and the proposals for moving forward”, in Albert Van Den Berg, ed., *International Commercial Arbitration: Important Contemporary Questions*, (London: Aspen Pub, 2003) 82.
21. The following is a list all of the cases that have either considered, referred to or examined Article 940.4. We have decided to comment only on those which we have considered to be important. *1369445 Canada Inc. v. Les Aliments Vogel Ltée*, (1986) C.S. No. 500-05-010390-860 [Vogel]; *Groupe A.M.L. Inc. v. Beaudoin*, (1989) J.E. 89-361; *A. Branchi S.R.L. v. Bilumen Lighting Ltd.*, [1990] R.J.Q. 1681; *J.E. Dallaire Automobiles Inc. v. Automobiles Nissan du Canada Ltée*, (1990) J.E. 91-881; *Silverberg v. Hooper*, (1990) J.E. 90-437; *Bélanger v. 2846-7405 Québec inc.*, (1991) J.E. 91-1064; *CJMF-FM ltée c. Paré*, (1991) D.T.E. 92T-6; *Agence de voyages Robillard inc. c. Consultour/Club voyages inc.*, (1993) J.E. 93-899; *Société de construction des musées du Canada inc. c. Acoustique Piché inc.*, (1995) J.E. 95-965; *Pétrolière impériale c. Lessard*, (1996) J.E. 96-439; *Gaudreault v. Verreault*, (1996) J.E. 96-1990; *Dominion Bridge Corporation c. Knai*, [1997] R.J.Q. 1637; *Berthout v. IC2C Communications Inc.*, (1998) J.E. 98-978 [Berthout]; *Gratton-Paquette v. Paquette*, (1999) J.E. 99-1092; *Opron Inc. v. Aero System Engineering Inc.*, (1999) J.E. 99-623; *Learned Enterprises International Canada inc. c. Lyons*, (1999) J.E. 99-1680; *Brique Antique (Foam) inc. c. Gestion Norayakan inc.*, (2000) J.E. 2000-1412; *Cantin v. Yves Rocher Inc.*, (2000) R.E.J.B. 2000-16773; *Pêcheries Ericka Inc. v. Recherches et travaux maritimes R.T.M. Inc.*, (2000) B.E. 2000BE-480; *Lavergne v. Bouchard*, (2001) J.E. 2001-44; *Archambault c. Fédération des producteurs de pommes du Québec*, (2001) B.E. 2001BE-742, AZ-00021712; *Placements Raoul Grenier Inc. v. Coopérative forestière Laterrière*, (2002) J.E. 2002-1183 [Raoul Grenier]; *Coopérative forestière Laterrière v. Placements Raoul Grenier Inc.*, AZ-02019674 (C.A.) Québec, 200-09-004100-027; *Compagnie nationale Air France c. Mbaye*, [2003] R.J.Q. 1040; *Tremblay c. Acier Leroux inc.*, (2003) J.E. 2003-1980 [Acier Leroux]; *Comfone AG c. Téléglobe G.B.R.M. Ltd.*, (2004) J.E. 2004-391.
22. Note that according to author P.A. CÔTÉ in *Interpretation of Statutes*, 3rd ed. (Montreal: Themis, 1999), during the last twenty years, the law relating to the use and legal value of records of parliamentary debates has significantly evolved – essentially, it has shifted from one of exclusion with no value, to one of being generally acceptable and useful by the courts and certainly the Supreme Court of Canada.
23. *Raoul Grenier*, *supra*, note 21.

Regrettably, even though this decision was appealed, the issue of an arbitrator's ability to grant a provisional remedy, was not. What is even more unfortunate about *Raoul Grenier* is that, despite the specific agreement of the parties that the arbitrators could decide upon "all accessory and interlocutory matters relating to their competence or powers", despite the arbitrators' decision that they did have the power to grant the "interim relief" requested by one of the parties, and finally, despite the parties' appearance at least to accept the same, Goudbout J. nevertheless decided that the arbitrators did not have the power to grant provisional measures, and in particular, to grant an injunction in Quebec.

This is what the three arbitrators had to say about their power to grant the provisional measures requested by the parties in *Raoul Grenier*:

Following analysis of the relevant provisions of the Code of Civil Procedure, Civil Code of Quebec, powers granted by the "Agreement" and applicable jurisprudence, the arbitral tribunal initially holds that a perfect arbitration clause similar to the one appearing in the "Agreement" granted broad powers and ample latitude to the arbitral tribunal to reach the full achievement of the assigned mandate.

Arbitration of disputes being final and binding, the arbitral tribunal therefore usually has all powers necessary to effectively settle the dispute referred to it. Pursuant to a broad and liberal interpretation now well recognized by our courts,

the arbitration tribunal not only states the law and interprets the public and private provisions governing the parties but also makes any necessary order during the proceedings and makes any order on proper merits to procure the curative effect aimed at by the parties.

Such curative effect may be reached by a specific remedy, such as a payment, through compensation in the form of damages, and also by correction and relief, such as an order to rehire with regard to labour relations. *In this context, it would seem that an arbitration tribunal does not exceed its jurisdiction and does not encroach the exclusive jurisdiction of the Superior Court under Article 751 of the Code of Civil Procedure, if it orders on the merits that a party follows the interpretation given or performs the specific obligations for which it is responsible in the manner determined by the decision.*

Following this approach, the Superior Court retains its jurisdiction to issue an injunction before or during the arbitration procedure, that is when the arbitral tribunal is not as yet constituted or in function, when it refuses or omits to exercise its jurisdiction, when it is necessary to order provisional measures, when it is necessary to guarantee the execution of the decision rendered or when there is a statutory breach or an illegality and breach of public order. [Underlining is that of the original decision]

The shortcoming with *Raoul Grenier* and the other Quebec decisions which have concluded that an arbitrator does not have the necessary powers to grant

provisional measures, and in particular, injunctions or injunctive type relief, is that none of them really explain why. Note that to date, Article 940.4 C.C.P. has not benefited from an in-depth legal analysis by the Quebec Superior Court, and it has never been considered by the Quebec Court of Appeal.

For example, in the 1986 decision of *136945 Canada Inc. v. Les Aliments Vogel Ltée* (“*Vogel*”),²⁴ Mailhot J.²⁵ remarked:

Now, with respect to LES ALIMENTS VOGEL LTÉE, the contract contains an arbitration clause which must be followed, that is to say that the parties must turn to an arbitration tribunal and follow the procedure provided for in article 940 and following of the *Code of Civil Procedure*. However, during this period, events may occur, situations may render necessary injunction type orders, that is to say mandatory orders which are not within the jurisdiction of the arbitration tribunal. The arbitration tribunal is a consensual tribunal which of course does not have injunctive powers. The jurisprudence teaches us that administrative tribunals or tribunals other than regular law courts which exercise judicial or quasi-judicial functions may hold certain accessory powers to order; I refer amongst other things and in particular to the Régie du logement (Rental Board)

where said powers have been recognised, but said power may not fall entirely within the jurisdiction; if the power to order is accessory and exceptional, there is no difficulty, as appears from the *Tomko* case. However, a consensual tribunal never has the authority to render injunctive type orders at trial. Therefore, the remedial authorities of the arbitrator are rather limited and will depend on the questions submitted, on the basis of the compromise reached pursuant to article 940 of the *Code of Civil Procedure*. [Our translation]

The shortcoming with *Vogel* is that while the court categorically denies any possibility for a consensual arbitral tribunal to grant injunctive type relief, it does not give any convincing reasons why. All the court offers as an explanation is that a consensual tribunal is not an administrative tribunal which, according to the Supreme Court of Canada in *Tomko v. Labour Relations Board (N.S.)* (“*Tomko*”),²⁶ has certain accessory and exceptional powers to grant injunctive type relief.

Moreover, the court’s rather general comments regarding the impossibility for an arbitrator to grant injunctive type relief under Book VII, Title I of the C.C.P., fall in the face of the Quebec legislature’s clear statement in Article 944.1 C.C.P. that, “arbitrators

24. *Vogel*, *supra*, note 21. This decision was cited with approval in *Gaudreault v. Verreault*, *supra*, note 21, without any further input or comment by Boisvert J.

25. Madame Justice Mailhot was at the time, a judge of the Quebec Superior Court. She is now a Judge of the Quebec Court of Appeal.

26. *Tomko v. Labour Relations Board (N.S.)*, [1977] S.C.R. 112. See also the discussion relating to this decision at the end of this paper on pages 147 and 148.

have all of the necessary powers for the exercise of their jurisdiction".²⁷ On the other hand, Mailhot J.'s final comments to the effect that the limits of an arbitrator's power are generally prescribed by the terms of the agreement reached between the parties pursuant to Article 940 C.C.P.,²⁸ are correct in law and supportive of, at least in part, the assertion that if parties to an arbitration agreement or clause permit an arbitrator to grant interim measures or interim relief, then he or she can do so. Indeed, by virtue of Article 940 C.C.P., the (what I would consider to be) *Magna Carta* of arbitration proceedings in Quebec, Article 940.4 C.C.P. is not peremptory. In other words, pursuant to Article 940 C.C.P., parties to an arbitration agreement may explicitly enable an arbitrator to grant "Provisional Remedies" as referred to under Book V – Special Proceedings of the C.C.P. or to grant interim measures during arbitration proceedings in this province. Note in this regard, the helpful comments of the Supreme Court of Canada in *Éditions Chouette (1987) Inc. v. Desputeaux*²⁹ ("Édi-

tions Chouette") where in a unanimous decision, Lebel J. remarks:

The arbitrator's mandate must not be interpreted restrictively by limiting it to what is expressly set out in the arbitration agreement. The mandate also includes everything that is closely connected with that agreement, or, in other words, questions that have "a connection with the question to be disposed of by the arbitrators with the dispute submitted to them" [...] Since the 1986 arbitration reforms, the scope of arbitration agreements has been interpreted liberally [...]

Another important decision in Quebec that requires comment is the 1998 decision of Crête J. in *Berthout v. 1C2C Communications Inc.*³⁰ ("Berthout"). In that decision, based on Article 940.4 C.C.P. and Article 242(4) of the *Canada Business Corporations Act* ("CBCA"), Louis Berthout asked the Quebec Superior Court to order the other party to pay the sum of \$40,000 as interim costs. After coming to the conclusion that Article 242(4) of the CBCA did not apply to the facts of the case before him, Crête J. made the following remarks:

27. Note the similarity between the language used in Article 46 and Article 944.1 C.C.P., which stipulates:

944.1 Subject to this Title, the arbitrators shall proceed to the arbitration according to the procedure they determine. *They have all the necessary powers for the exercise of their jurisdiction*, including the power to appoint an expert. [Underlining is mine]

28. Article 940 C.C.P. explicitly establishes procedural autonomy by recognising the parties' freedom to lay down the rules of procedure for the arbitration. Articles 2643 and 3133 C.C.Q. enunciate the same principle. Article 940 C.C.P. reads as follows:

940. The provisions of this Title apply to an arbitration where the parties have not made stipulations to the contrary. However, articles 940.2, 941.3, 942.7, 943.2, 945.8 and 946 to 947.4, as well as article 940.5 where the object of the service is a judicial proceeding, are peremptory.

29. *Desputeaux v. Éditions Chouette (1987) inc.*, [2003] 1 S.C.R. 178.

30. *Berthout*, *supra*, note 21.

[Concerning] article 940.4 of the *Code of Civil Procedure*, [as] seen above this article is part of Book VII of the Code which deals with arbitration. The provisions of said Book VII were for the most part introduced in our law in 1986 in order to establish here in Quebec a system of conventional arbitration and to therefore enable parties to submit their disputes to a mechanism different from the one specific to the traditional law courts. The courts are called upon to intervene in the arbitration process only in limited and well defined cases: finding the arbitration agreement null (art. 940.1), provisional measures before or during arbitration proceedings (art. 940.4), necessary measures for the appointment of an arbitrator in case of difficulty (art. 941.2), recusation or revocation of the appointment of an arbitrator in case of difficulty (art. 942.5), decision on the competence of arbitrators (art. 943.1), special order to appear as witness (art. 944.6), homologation and annulment of the arbitration award (art. 946, 947 and following) [...]

Notwithstanding the principle endorsed by Section 41 of the *Interpretation Act*, whereby laws should be interpreted in a broad and liberal fashion to ensure the attainment of their object and the carrying out of their provisions according to their true intent, meaning and spirit, the Court

deems it cannot grant the provisions for costs requested by applicant, said measure not being included in the expression “provisional measures” provided for in article 940.4 of the *Code of Civil Procedure*.

The expression “provisional measures” is well known in our judicial law and manifestly refers to the provisional remedies of Title 1 of Book V of the Code, that is to say to seizures before judgment, judicial sequestrations and injunctions. The legislator is presumed coherent: the provisions of an act are interpreted as a whole. Nothing indicates that the “provisional measures” that a judge may grant pursuant to article 940.4 may cover something else than what is mentioned under this expression in the same Code of procedure. We also find the expression with the same meaning at article 100 of the *Code of Civil Procedure*. [Our translation]

What is interesting about *Berthout* is the Superior Court’s decision that by virtue of Articles 940.3 and 46 C.C.P.,³¹ the court’s ability to intervene in arbitration proceedings to grant provisional measures was limited to the three situations set out under Book V – Special Proceedings of the C.C.P. In *Berthout*, according to Crête J., it was up to the arbitrators to decide whether or not a provision for the payment of interim costs

31. Article 46 C.C.P. states:

46. The courts and judges have all the powers necessary for the exercise of their jurisdiction.

They may, at any time and in all matters, whether in first instance or in appeal, issue orders to safeguard the rights of the parties, for such time and on such conditions as they may determine. As well, they may, in the matters brought before them, even on their own initiative, issue injunctions or reprimands, suppress writings or declare them libellous, and make such orders as are appropriate to deal with cases for which no specific remedy is provided by law.

ought to have been made by one of the parties. Had the Quebec legislature wanted the courts to have the power to grant "Provisional Remedies" other than those set out under Book V of the C.C.P., such as the payment of interim costs during arbitration proceedings, it would have no doubt explicitly said so.

Article 751 C.C.P. and injunctive relief

There seems to be concern under Quebec law that an arbitrator can not grant an injunction or an injunctive type relief, principally because neither Article 751 C.C.P. nor Article 96 of the *British North America Act 1867* ("BNA Act") implicitly permit him or her to do so. Apparently, such relief is exclusively reserved for the Quebec Superior Court.³² In my view, neither of these provisions, alone or by combination, support such a conclusion. I say this for three reasons.

First, if an arbitrator in Quebec cannot grant injunctive relief because it is in the exclusive jurisdiction of the Quebec Superior Court, then nor can an arbitrator sitting in Ontario mandated pursuant to Section 31 of the

O.A.A.³³ Second, while the observations of Laskin J. in the Supreme Court of Canada's decision in *Tomko*³⁴ are specifically directed to administrative tribunals set up under provincial legislation, these same reasons ought to apply by analogy to private consensual tribunals created and mandated by the will of the parties. In *Tomko*, Laskin J. remarked:

Section 96 of the *British North America Act*, in terms of an appointing power ("The Governor General shall appoint the Judges of the Superior, District and County Courts in each Province, except those of the Courts of Probate in Nova Scotia and New Brunswick"), is now regarded as a limitation not only on provincial power to provide for the appointment of Judges of the status of those mentioned in s. 96 but also on their power to invest agencies of their creation and members thereof appointed under their authority with jurisdiction of powers that (to use the formula adopted by the Privy Council and by this Court in a succession of cases) are broadly conformable or analogous to jurisdiction or powers exercised and exercisable by Courts which are within s. 96. In my opinion, the judgement of the Privy Council in *Labour Rela-*

32. See, for example, the decisions in *Vogel*, *Gaudreault* and *Raoul Grenier*, *supra*, note 21.

33. Section 31 of the *Ontario Arbitration Act*, 1991 reads as follows:

Application of law and equity

31. An arbitral tribunal shall decide a dispute in accordance with law, including equity, and may order specific performance, injunctions and other equitable remedies.

The domestic statutes of several other common law provinces include similar provisions.

34. *Tomko*, *supra*, note 26. See also other Supreme Court of Canada decisions in *Sobeys Stores Ltd. v. Yeomans*, [1989] 1 R.C.S. 238 and *MacMillan Bloedel Limited v. Simpson*, [1995] 4 R.C.S. 725.

tions Board of Saskatchewan v. John East Iron Works Ltd., and of this Court in *Tremblay v. Commission des relations de travail du Québec*, have properly emphasized what other cases have reflected in their consideration of the force of s. 96 (as for example, *Dupont v. Inglis, Attorney General for Ontario and Display Services Co. Ltd. v. Victoria Medical Building* and *Brooks v. Pavlick*), namely, that it is not the detached jurisdiction or power alone that is to be considered but rather its setting in the institutional arrangements in which it appears and is exercisable under the provincial legislation. I think that this is particularly true where remedial authority, such as that involved in the present case, is concerned.

Although no constitutional objection is taken here to the constitution of the Labour Relations Board or of its Construction Industry Panel, nor to the powers granted in respect of certification and the monitoring of unfair practices, it is contended by the Attorney General of Canada that the power to issue cease and desist orders and allied mandatory orders is equivalent to a power to grant an injunction which has been traditionally a power of a Superior Court. Without insisting that the allegedly judicial character of this power was determinative of the constitutional issue, the appellant and the Attorney General of Canada relied on statutory history to support their submission that the addition to the arsenal of Board powers of the power to issue cease and desist orders indicated that it was not essential to the maintenance of the integrity of the

collective bargaining system envisaged by the *Trade Union Act* but rather provided a remedy open concurrently with or alternatively to the injunction that Superior Court Judges could issue in like circumstances under the *Nova Scotia Judicature Act*, 1972 (N.S.), c. 2, s. 39 and 40. Indeed, it was submitted that the power under s. 49 of the *Trade Union Act* was even broader than the power given by the *Judicature Act* to issue injunctions in labour relations matters.

The legislative history relied on related to the fact that when the Board was given power in 1968 to issue cease and desist orders provision was made for filing them in the office of the prothonotary of the Supreme Court whereupon they became enforceable in the same manner as orders of that Court. In 1972, this method of enforcement was dropped and s. 82 was enacted to provide for prosecution and imposition of a heavy penalty for failure to obey a cease and desist order made under s. 49. What is clear under the previous state of the law as under the present state is that the Board (or, as here, the Construction Industry Panel) does not have power itself to punish for a breach of a cease and desist order in contradistinction to the power of a Superior Court to entertain contempt proceedings upon a breach of an injunction issued by the Court.³⁵

I take this to mean that an arbitrator in either Quebec or Ontario can grant an injunction or an injunctive type relief, if the relief requested relates to the subject-matter of the dispute and

35. *Tomko, ibid.* at 120-1.

is incidental or accessory to the exercise of his or her jurisdiction. As aptly described by the Supreme Court of Canada, “[a]rbitral jurisdiction is now part of the justice system of Quebec (and other provinces I would argue), and subject to the arrangements made by Quebec (or any other province) pursuant to its constitutional powers”.³⁶

Finally, Article 751 C.C.P., which stipulates:

751. An injunction is an order of the Superior Court or of a judge thereof, enjoining a person, his senior officers, agents or employees, not to do or to cease doing, or, in cases which admit of it, to perform a particular act or operation, under pain of all legal penalties.

is a general provision which simply defines what an injunction is in Quebec.³⁷ It can therefore, hardly be qualified, on the basis of Article 751 C.C.P. at least, as a matter that falls under the exclusive jurisdiction of the Quebec Superior Court referred to in Article 940.2 C.C.P.

Conclusion

As recent arbitration case law in this country has demonstrated, there is no doubt that the law relating to arbitration in Canada, and in particular in the Province of Quebec, is undergoing great change. Given this, the availability of “Provisional Remedies” in domestic arbitration is certainly one area regarding which the Quebec courts will have to reconsider their past views. One needs only to look at the most recent decisions emanating from Quebec to conclude, that granting “Provisional Remedies” or interim measures is not one that is necessary to have adjudicated by a court, “in order to preserve certain values that are fundamental in a legal system”.³⁸ In the meantime, and until Quebec’s highest court is given an appropriate opportunity to make its views known on these issues, if parties to an arbitration agreement wish to be able to seek “Provisional Remedies” or interim measures from their arbitrator or arbitrators, they are best advised to explicitly entrust such individual(s) with such powers.

36. *Éditions Chouette*, *supra*, note 29 at 19.

37. *Bradley Investments Inc. v. Boutin*, [1976] R.J.Q. 822 (C.A.).

38. See *Acier Leroux*, *supra*, note 21 and *Éditions Chouette*, *supra*, note 29.

DROIT DES CONTRATS

Didier LLUELLES*

Les renouvellements unilatéral et automatique, fondés sur une clause du contrat**

INTRODUCTION

Paradoxalement, le respect du contrat dans le temps joue autant à l'arrivée du terme que pendant sa durée. De même qu'une partie ne peut, en principe, imposer à son cocontractant une sortie avant terme, de même elle ne saurait exiger de lui un maintien du lien contractuel après l'arrivée du terme. Mais ce principe est, lui aussi, relatif. Il peut être tempéré – voire écarté – par les parties elles-mêmes ou par le législateur.

À l'arrivée du terme convenu, le contrat prend fin automatiquement¹. Il n'est donc pas besoin d'envoyer un avis en ce sens, la fin du contrat opérant de plein droit². Dès l'arrivée de l'échéance, chaque partie doit cesser de se prévaloir des droits prévus par le contrat et procéder, le cas échéant, aux restitutions nécessaires (remise des clefs, du matériel, etc.). En cas de défaut, le cocontractant peut, dès le lendemain, entreprendre les recours appropriés (expulsion, saisies, etc.)³. Consacrée expressément au chapitre des baux de droit commun

* Professeur titulaire à la Faculté de droit de l'Université de Montréal.

** Le présent article est une version, légèrement remaniée, d'un chapitre du volume 2 du *Droit québécois des obligations*, destiné aux Éditions Thémis, et présentement en cours de rédaction, avec notre collègue, le professeur Benoît Moore. La recherche est à jour au 12 décembre 2003. L'auteur tient à remercier le professeur Gérald Goldstein, pour ses précieux commentaires. Les opinions exprimées ici n'engagent toutefois que leur auteur.

1. Léon HENRI et Jean MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, t. 2, vol. 1 « Obligations : théorie générale », par François CHABAS, Paris, Montchrestien, 1998, n° 1084, p. 1136 ; Marie-France BICH, « Le contrat de travail : *Code civil du Québec*, Livre cinquième, titre deuxième, chapitre septième (art. 2085-2097 C.c.Q.) », dans *La réforme du Code civil*, Québec, P.U.L., 1993, p. 743, 780 (n° 107).
2. Cf. Robert P. GODIN, « Le bail commercial. Articles 1851 à 1891. *Code civil du Québec* », dans *La réforme du Code civil*, Québec, P.U.L., 1993, p. 705, 723 (n° 101) ; Robert P. GAGNON, *Le droit du travail du Québec*, 5^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, n° 152, n° 168, p. 108, 123 ; Carole McMURRAY, « Le louage : les règles générales applicables à tous les baux », dans *Collection de droit 2003-2004*, École du Barreau du Québec, vol. 5, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 219, 230 ; cf. *Slush Puppie Canada Inc. c. Alimentation Couche-tard Inc.*, J.E. 2004-908, par. 51-56 (C.S.).
3. Pierre-Gabriel JOBIN, *Le louage*, 2^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1996, n° 85, p. 223.

(art. 1877)⁴, la fin de plein droit, dès l'arrivée du terme, est un principe général, valable pour toutes les conventions⁵, sous réserve d'exceptions du législateur⁶. Sauf stipulation au contrat⁷, l'avis de renouvellement émanant d'un contractant ne saurait lier le cocontractant⁸. Cet avis ne constituerait qu'une offre de reconduction, sujette à l'acceptation de son destinataire⁹.

Une opération est donc indispensable pour assurer le renouvellement d'un contrat dont la durée est expirée. Certes, il peut s'agir d'une entente postérieure à la formation du contrat, entente qui peut être expresse ou implicite.

Mais, et c'est l'objet de cet article, il peut s'agir aussi d'un mécanisme de renouvellement unilatéral (I) ou d'un mécanisme de reconduction automatique (II), tous deux autorisés à l'avance par la convention¹⁰.

I. La faculté de renouvellement unilatéral

La faculté de renouvellement unilatéral peut être concédée par le contrat¹¹, soit à l'une des parties, soit à chacune d'elles. Malgré son apparente unilatéralité, ce renouvellement est en fait d'origine contractuelle. D'aucuns analysent ce mécanisme comme reposant, d'une part, sur une offre de renouveler

4. Cette règle ne concerne pas les baux résidentiels ; Pierre-Gabriel JOBIN, *Le louage*, 2^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1996, n° 198, p. 495.
5. Cf. Jean-Guy BERGERON, *Les contrats d'assurance : lignes et entre-lignes*, t. 2, Sherbrooke, Éd. Sem Inc., 1992, p. 429 ; Didier LLUELLES, *Précis des assurances terrestres*, 3^e éd., Montréal, Éd. Thémis, 1999, p. 125 ; Robert P. GAGNON, *Le droit du travail du Québec*, 5^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, n° 168, p. 123.
6. Parmi ces exceptions, citons le cas du bail résidentiel (art. 1941 C.c.Q.) et celui de l'assurance automobile (art. 90 L.a.a.).
7. Cf. Pierre-Gabriel JOBIN, *Le louage*, 2^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1996, n° 85, p. 223.
8. Il en va de même pour tout comportement unilatéral impliquant une volonté de voir le contrat continuer : cf. *Gestion Infopharm Inc. c. B.C.E. Emergis Inc.*, J.E. 2002-1002, par. 40 (C.S.).
9. Sur le principe de la nécessité d'une entente de renouvellement, voir Pierre-Gabriel JOBIN, *Le louage*, 2^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1996, n° 221, p. 546 et 547 ; *Boréal Assurances Inc. c. Groupe d'assurances Liberty Mutuel*, [2000] R.R.A. 897, 903 (C.S.) : nécessité d'un accord de renouvellement d'une police d'assurance (à ne pas confondre avec un document matériel intitulé « renouvellement » émanant d'un seul contractant, non demandé ni agréé par l'autre).
10. Bien que le législateur puisse, à l'occasion, pourvoir à la reconduction automatique d'un contrat, en dehors même de toute prévision des contractants. Ces reconductions automatiques sont inspirées par des nécessités d'ordre social. Sont ainsi reconduits de plein droit : le bail résidentiel (art. 1941, al. 1^{er}) [Cette solution est le corollaire obligé du droit du locataire au maintien dans les lieux (art. 1936), lui-même inspiré par des préoccupations sociales évidentes.], le contrat d'assurance automobile [*Loi sur l'assurance automobile*, L.R.Q., c. A-25, art. 90 ; Police FPQ n° 1 (2001), *Dispositions générales*, art. 20] et le contrat collectif d'assurance-médicaments, à l'égard des garanties du régime général [*Loi sur l'assurance-médicaments*, L.R.Q., c. A-29.01, art. 45].
11. Sur cette faculté, voir Pierre-Gabriel JOBIN, *Le louage*, 2^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1996, n° 197, p. 489-491.

qui serait, dès le début de la relation contractuelle, adressée par un contractant à l'autre et, d'autre part, sur l'acceptation de cette offre le moment venu : nous aurions, en amont, la clause de renouvellement, appelée souvent « option de renouvellement »¹², et en aval, le cas échéant, l'exercice de l'option. Cette analyse fait de l'exercice de l'option une véritable

convention de renouvellement programmée dans le contrat de base¹³. Cela entraîne comme conséquence que ce renouvellement constitue un nouveau contrat¹⁴, exactement comme si les parties avaient, à l'expiration de leur contrat, convenu, ensemble et en même temps, de pourvoir à son renouvellement¹⁵.

12. On pourrait parler d'« *Opting in* », par opposition à la technique du renouvellement automatique sauf avis contraire, impliquant un « *Opting out* » (*infra*, II). Sur les différences opposant ces deux types de renouvellement, voir Denys-Claude LAMONTAGNE et Bernard LAROCHELLE, « Le louage », dans *Droit spécialisé des contrats*, vol. 1, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, n° 632, p. 385 et 386.
13. *Immobilière Natgen c. 2897041 Canada Inc.*, [1998] R.D.I. 545, 550 (C.A.) : « l'option de renouvellement [...] est une offre, un engagement juridique unilatéral émanant [du bailleur] ».
14. *Immobilière Natgen c. 2897041 Canada Inc.*, [1998] R.D.I. 545, 550 (C.A.) : « lorsque [le locataire] se prévaut de l'offre [créée par l'option], il y a accord de volontés donnant naissance à un nouveau contrat : un nouveau bail » ; Pierre-Gabriel JOBIN, *Le louage*, 2^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1996, n° 197, p. 491.
15. La seule réserve, cependant, que l'on doive exprimer à ce sujet repose sur le fait qu'en général, la faculté de renouvellement s'exerce, conformément à la clause d'option, *avant* le terme. Or, quand les contractants décident d'étendre la durée du contrat avant son expiration, il s'agit plus d'une prorogation que d'un renouvellement à proprement parler (*cf.* Jacques GHESTIN, Christophe JAMIN et Marc BILLIAU, *Traité de droit civil. Les effets du contrat*, 3^e éd., Paris, L.G.D.J., 2001, nos 241 et 242, p. 293-297) ; voir aussi Alain BÉNABENT, *Droit civil : les obligations*, 7^e éd., Paris, Montchrestien, 1999, n° 311, p. 210 ; Philippe DELEBECQUE et Frédéric-Jérôme PANSIER, *Droit des obligations : Contrat et quasi-contrat*, Paris, Litec, Coll. « Objectif Droit », 2000, n° 273, p. 147 ; Léon HENRI et Jean MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, t. 2, vol. 1, « Obligations : théorie générale », par François Chabas, Paris, Montchrestien, 1998, n° 1084, p. 1136. Le contrat ainsi prolongé n'est donc pas un nouveau contrat (*cf.* Léon, Henri et Jean MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, t. 2, vol. 1 « Obligations : théorie générale », par François Chabas, Paris, Montchrestien, 1998, n° 1084, p. 1136 et 1137). Il ne pourrait s'agir d'un nouveau contrat que si des modifications substantielles avaient été apportées lors de l'accord de prorogation (Jacques GHESTIN, Christophe JAMIN et Marc BILLIAU, *Traité de droit civil. Les effets du contrat*, 3^e éd., Paris, L.G.D.J., 2001, n° 241, p. 294) ; voir, en matière d'assurance : *Lalonde c. Sun Life, compagnie d'assurance-vie*, [1992] 3 R.C.S. 261, 283-285 (J. Gonthier) ; *Compagnie d'assurance-vie l'Anglaise américaine c. Chayer*, [1986] R.J.Q. 962, 966 (C.S.) ; Didier LLUELLES, *Précis des assurances terrestres*, 3^e éd., Montréal, Éd. Thémis, 1999, p. 125 et 126 ; *cf.* Jean-Guy BERGERON, *Les contrats d'assurance : lignes et entre-lignes*, t. 1, Sherbrooke, Éd. Sem Inc., 1989, p. 285 et 286). Cette solution s'étend-elle à l'exercice de l'option ? À notre avis, la réponse dépend du type de prérogative que concède la clause en question. Si la clause prévoit qu'en tout temps, l'un des contractants pourra, à sa seule discrétion, envoyer un avis à l'effet de prolonger la durée du contrat, nul doute que l'exercice de cette faculté ne constitue qu'une prorogation préarrangée, et qu'il ne pourrait y avoir nouveau contrat. Si, par contre, la clause ne permet le renouvellement au choix d'un contractant qu'à l'intérieur d'une période bien définie précédant le terme du contrat, alors rien n'empêche de conclure qu'il y aura, en cas d'exercice de cette faculté, renou-

Les parties peuvent déterminer le cadre normatif de l'exercice de l'option, comme le délai à l'intérieur duquel le bénéficiaire de l'option devra se manifester pour faire part de son désir. Les délais ainsi stipulés sont de rigueur¹⁶ : un retard dans l'envoi de l'avis de renouvellement ferait échec à ce dernier¹⁷. À défaut de précision d'un délai, on devra présumer que le bénéficiaire peut y procéder en tout temps avant l'arrivée du terme¹⁸. De même, le contrat peut exiger des conditions de fond pour l'exercice de l'option, comme le paiement des loyers dus ou l'existence de telle ou telle raison pouvant justifier une reconduction. Le manquement à pareille exigence pourra mettre en péril

l'efficacité de l'exercice de l'option¹⁹. Faute de stipulation contraire, la faculté de renouvellement n'est soumise à aucune condition de fond. Quant à la forme de l'exercice de l'option, elle est libre²⁰, sous réserve des dispositions du contrat, lesquelles doivent être scrupuleusement observées. Par conséquent, faute de précision contractuelle²¹, le bénéficiaire peut procéder par avis, écrit ou verbal, que le médium soit la poste ordinaire²² ou le courrier électronique, l'exercice de l'option pouvant même se faire de manière implicite, comme par l'envoi d'un chèque pour la période postérieure au terme du contrat²³.

vement dès l'expiration du contrat, et qu'il s'agira bel et bien d'un nouveau contrat. (Évidemment, si l'exercice de l'option se fait, conformément au contrat de base, à l'intérieur d'une période postérieure à l'arrivée du terme, la question ne se pose pas, mais cette hypothèse est rare en pratique.)

16. Cf. 9118-5504 *Québec Inc. c. Daoud*, REJB 2003-48539 (C.S.).
17. *Tétrault c. Lambropoulos*, [1975] C.S. 356, 358 et 359.
18. Cf. *Lévesque c. Tourbières Premier Ltée*, J.E. 97-264 (C.S.), p. 8 du texte intégral ; *Couture Carlyle Inc. c. O'Reilly*, J.E. 2001-1504, par. 27 (C.S.) (en appel). Cette possibilité d'agir « en tout temps » ne devrait, cependant, pas mener à un abus dans l'exercice de ce droit : si le contractant envoie l'avis quelques minutes seulement avant l'arrivée du terme, on peut envisager que des dommages pourraient être dus au cocontractant ainsi surpris, surtout si, par son comportement antérieur, le bénéficiaire pouvait laisser croire qu'il ne se prévaudrait pas de ce droit.
19. Cf., par analogie, *Association des diplômés de l'École des hautes études commerciales c. Aeterna-Vie, compagnie d'assurances*, [1995] R.R.A. 111, 114 et 124 (C.S.).
20. Cf. *Lévesque c. Tourbières Premier Ltée*, J.E. 97-264 (C.S.), p. 8 du texte intégral.
21. Citons l'exigence d'un avis écrit adressé au siège social du cocontractant par courrier recommandé : *Mutuelle des fonctionnaires du Québec c. Immeubles G.C. Gagnon Inc.*, J.E. 97-1269 (C.A.), p. 12 du texte intégral.
22. *Couture Carlyle Inc. c. O'Reilly*, J.E. 2001-1504, par. 27 (C.S.) (en appel) : « [...] Il est vrai que le bail ne contenait pas de clause spécifique quant au délai ou à la forme de l'avis requis pour l'exercice de cette option par la locataire. Cependant, il est clair des termes des lettres [du locataire] [...] qu'il entendait bien se prévaloir de l'option de renouvellement [...] ».
23. *Lévesque c. Tourbières Premier Ltée*, J.E. 97-264 (C.S.), p. 8 du texte intégral : « En faisant parvenir au [propriétaire], à l'expiration du [terme] de trente ans, un chèque de 200 \$ pour le loyer du 28 août 1992 au 28 août 1993, [la locataire] n'a pas été silencieuse ou muette : elle a manifesté son intention de continuer l'occupation des lieux et l'exploitation de la tourbière. [La locataire] a ainsi valablement exercé l'option de renouvellement prévue clairement au contrat. »

L'exercice de l'option représente un droit menant directement au renouvellement, et non une simple offre en sa direction. À moins d'une clause en sens contraire, le cocontractant du bénéficiaire ne peut donc bloquer l'aboutissement de cet exercice²⁴. Cependant, pour qu'elle soit efficace, il importe que l'option ne soit pas assujettie par le contrat à des négociations sur un ou plusieurs des éléments essentiels, comme le quantum d'un loyer ou d'une redevance. Si tel était le cas, il ne pourrait s'agir d'un véritable droit au renouvellement²⁵, mais tout au plus d'un droit de préférence pour la conclusion d'un autre contrat²⁶. Il importe aussi que l'exercice de l'option porte sur l'objet même du contrat de base²⁷. À moins qu'elle n'ait été accordée que de manière *intuitu personæ*, l'option de renouvellement profite

à l'ayant cause du bénéficiaire, notamment au cessionnaire du contrat qui la contient²⁸.

Le renouvellement dû à l'exercice de l'option se fait aux mêmes conditions que celles du contrat de base, y compris le loyer ou la redevance²⁹. Le quantum pourrait cependant varier, sans que cela affecte le droit au renouvellement, pour autant que la variation soit l'application pure et simple d'une clause de revalorisation prévue au contrat de base³⁰. Quant à la durée du renouvellement dû à l'exercice de l'option, elle est généralement prévue par les contractants : il peut s'agir soit d'une durée identique³¹, soit d'une durée inférieure³², soit d'une durée supérieure. En cas d'omission du quantum, on devrait présumer qu'il s'agit d'une durée identique, sauf indices d'une volonté con-

24. *Lévesque c. Tourbières Premier Ltée*, J.E. 97-264 (C.S.), p. 8 du texte intégral.
25. *Mutuelle des fonctionnaires du Québec c. Immeubles G.C. Gagnon Inc.*, J.E. 97-1269 (C.A.), p. 12 du texte intégral ; *Pétroles Farand Inc. c. Ultramar Canada Inc.*, J.E. 96-454 (C.S.).
26. *Mutuelle des fonctionnaires du Québec c. Immeubles G.C. Gagnon Inc.*, J.E. 97-1269 (C.A.), p. 12 du texte intégral ; Denys-Claude LAMONTAGNE et Bernard LAROCHELLE, « Le louage », dans *Droit spécialisé des contrats*, vol. 1, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, n° 632, p. 386 et 387 ; Bernard LAROCHELLE, « Le louage immobilier non résidentiel 10 ans après », (2003) 105 *R. du N.* 533, 555 ; sur la clause *mixte* prévoyant une option de renouvellement emboîtée dans un droit de préférence, voir 9021-6714 *Québec Inc. c. 9069-5834 Québec Inc.*, REJB 2003-45364 (C.Q.).
27. Voir, à propos d'un bail portant sur un commerce et un petit entrepôt accessoire, une affaire où le locataire a fait jouer l'option pour le commerce mais non pour l'entrepôt. La Cour, considérant que l'entrepôt représentait moins de 80 % de la superficie totale, accepte l'exercice de l'option, laissant entendre que l'avis serait invalide en cas contraire : *Entreprises Gilles Leblanc Ltée c. Lachance*, [1997] R.L. 191, 198 (C.S.).
28. *Lévesque c. Tourbières Premier Ltée*, J.E. 97-264 (C.S.), p. 7 du texte intégral.
29. Mais si ces éléments ont été modifiés après la conclusion du contrat de base, le renouvellement doit en tenir compte : cf. *Pierret Industries Canada Inc. c. Gilbert*, J.E. 2003-1071 (C.A.).
30. *Mutuelle des fonctionnaires du Québec c. Immeubles G.C. Gagnon Inc.*, J.E. 97-1269 (C.A.), p. 12 du texte intégral.
31. Cf. *Lévesque c. Tourbières Premier Ltée*, J.E. 97-264 (C.S.), p. 9 du texte intégral.
32. Cf. *Couture Carlyle Inc. c. O'Reilly*, J.E. 2001-1504, par. 21 (C.S.) (en appel).

traire des parties³³. Par ailleurs, comme le renouvellement se fait aux mêmes conditions, la clause d'option initialement prévue devrait jouer à la fin de chaque période de renouvellement, à moins que les parties n'aient écarté ou restreint son itérativité³⁴.

II. La reconduction automatique d'origine conventionnelle

Alors que l'option de renouvellement suppose un acte positif de la part de son bénéficiaire, la clause de renouvellement automatique prévoit qu'à son terme, le contrat sera automatiquement reconduit : le bénéficiaire du droit – en fait chaque contractant – n'a aucun geste à poser pour profiter de ce renouvellement³⁵. S'il devait, éventuellement, poser un geste, ce serait pour s'opposer au renouvellement, au cas où le

contrat permettrait cette opposition³⁶. Si le contrat ne prévoit pas cette faculté de blocage³⁷, on devrait présumer que la reconduction ne peut être contrecarrée³⁸. Un usage à cet effet pourrait, cependant, pallier la lacune contractuelle. La clause de renouvellement de plein droit ne doit donc pas être confondue avec la tacite reconduction, malgré la terminologie employée par les contractants³⁹. Non seulement, la possibilité de contrecarrer la reconduction automatique doit-elle être prévue au contrat, contrairement à la tacite reconduction réglementée, mais surtout, il n'est pas nécessaire que les parties, après l'arrivée du terme, se mettent à agir, pendant un certain délai, comme si le contrat existait toujours. Il n'est nul besoin d'attendre l'expiration d'un quelconque délai pour conclure que le contrat est renouvelé : il l'est *dès* l'arrivée du terme⁴⁰.

33. Il nous semble difficile, cependant, de présumer que le contrat puisse se renouveler pour une période indéterminée. La faculté de résiliation, qu'implique un tel contrat, serait contradictoire avec l'idée de sécurité qu'est censée procurer la clause d'option.
34. Pierre-Gabriel JOBIN, *Le louage*, 2^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1996, n° 197, p. 491.
35. *Dupont c. Gestion immobilière Paquet (Bernière)*, REJB 2003-43662 (C.S.).
36. Denys-Claude LAMONTAGNE et Bernard LAROCHELLE, « Le louage », dans *Droit spécialisé des contrats*, vol. 1, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, n° 632, p. 385.
37. Il importe de ne pas confondre cette faculté de blocage de la reconduction automatique avec l'obligation faite à un contractant, qui envisage de ne pas demander un renouvellement du contrat à son terme, d'en avertir le cocontractant : malgré le non-envoi d'un avis de non-renouvellement, le contrat ne pourra se renouveler automatiquement si, par ailleurs, il prévoyait que le renouvellement se ferait d'un commun accord : cf. *Slush Puppie Canada Inc. c. Alimentation Couche-tard Inc.*, J.E. 2004-908, par. 51-56 (C.S.) ; la clause litigieuse disposait : « Cette convention sera renouvelable sur entente entre les parties [...]. Advenant son intention de ne pas renouveler la présente convention, Couche-Tard s'engage à en aviser le Propriétaire, au moyen d'un avis écrit et ce, au plus tard le 30 septembre 1999. »
38. Cf. *Dupont c. Gestion immobilière Paquet (Bernière)*, REJB 2003-43662 (C.S.).
39. Cf. *Association des diplômés de l'École des hautes études commerciales c. Aeterna-Vie, compagnie d'assurances*, [1995] R.R.A. 111, 120 (C.S.).
40. Cf. Philippe DELEBECQUE et Frédéric-Jérôme PANSIER, *Droit des obligations : Contrat et quasi-contrat*, Paris, Litec, Coll. « Objectif Droit », 2000, n° 273, p. 147.

La reconduction automatique est faite aux mêmes conditions, même si le contrat ne le précise pas. Il peut autoriser des modifications secondaires ou, si elles interviennent automatiquement, des modifications importantes, comme une hausse d'un loyer ou d'une redevance sur la base d'une clause d'indexation⁴¹. S'agit-il, cependant, d'un nouveau contrat ? La réponse est loin d'être aisée. Il semblerait qu'il s'agisse du même contrat, étant donné l'absence de césure dans le temps et l'absence de toute formalité effectuée pour sa réalisation, à la différence de l'option ou de la tacite reconduction⁴². Mais cette qualification ne devrait pas porter atteinte aux droits des tiers⁴³. La reconduction automatique se fait pour la durée

prévue par les parties. En l'absence de semblable précision, on devrait présumer que la reconduction se fait pour une durée identique, étant entendu que les juges peuvent, en cas d'ambiguïté, trancher pour une autre durée sur la base de la probable intention des parties⁴⁴. Comme l'option de renouvellement, la reconduction automatique d'origine conventionnelle devrait être itérative, sous réserve des dispositions du contrat⁴⁵.

Le délai pour faire opposition à la reconduction automatique est de rigueur⁴⁶. Cette possibilité peut être expressément accordée soit à chaque contractant⁴⁷, soit à l'un d'eux seulement⁴⁸. La clause ne permettant l'avis d'opposition qu'à

41. Pierre-Gabriel JOBIN, *Le louage*, 2^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1996, n° 197, p. 490.
42. C'est en tout cas la solution qui semble prévaloir en matière de reconduction automatique d'origine légale ; cf. *Location Crédit Ford Canada Ltée c. Fédération, Compagnie d'assurances du Canada*, [2003] R.R.A. 397, par. 4 et 5 (C.A.).
43. Cf. Pierre-Gabriel JOBIN, *Le louage*, 2^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1996, n° 197, p. 491.
44. Mais on ne devrait pas décider, *a priori*, que le renouvellement se fera pour une période indéterminée, car un tel « renouvellement » serait bien fragile, compte tenu de la faculté de résiliation inhérente aux contrats sans durée fixe. La recherche de la commune intention des parties est donc essentielle. Cf. *Association des diplômés de l'École des hautes études commerciales c. Aeterna-Vie, compagnie d'assurances*, [1995] R.R.A. 111, 120 (C.S.).
45. Cf. Trib. com. Nanterre, 5 mars 1985, *Gaz. Pal.* 1985.2.618, note M. Friocourt.
46. *Boutique Jacob Inc. c. Place Bonaventure Inc.*, J.E. 95-1040 (C.S.), p. 8 du texte intégral ; *Poulin c. Promutuel Charlevoix-Montmorency, société mutuelle d'assurances générales*, J.E. 2001-891 (C.S.), p. 8 du texte intégral ; voir aussi, par analogie, *Arctco Sales Inc. c. Pérusse*, J.E. 97-59 (C.A.) (j. Mailhot), p. 6 du texte intégral ; Robert P. GODIN, « Le bail commercial. Articles 1851 à 1891. *Code civil du Québec* », dans *La réforme du Code civil*, Québec, P.U.L., 1993, p. 705, 723 (n° 105) ; Robert P. GAGNON, *Le droit du travail du Québec*, 5^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, n° 168, p. 123.
47. Cf. *N.C. Hutton Ltd. c. Canadian Pacific Forest Products Ltd.*, J.E. 2000-161 (C.A.) (j. Baudouin), p. 8 du texte intégral ; *Poulin c. Promutuel Charlevoix-Montmorency, société mutuelle d'assurances générales*, J.E. 2001-891 (C.S.), p. 8 du texte intégral.
48. Si le droit de faire opposition est prévu sans plus de précision (p. ex. : « le contrat se renouvellera, sans formalités, à son terme, sauf avis contraire d'au moins un mois »), on devrait présumer qu'il est accordé à chaque contractant. En cas de rédaction ambiguë, il pourra y avoir place à l'interprétation (art. 1425-1432).

un contractant peut cependant choquer l'ordre public. Il pourrait en être ainsi dans le cas d'un contrat de travail si le droit de mettre le renouvellement automatique en échec n'était concédé qu'à l'employeur. Dans les contrats où l'ordre public n'exerce aucune pression significative, comme le bail commercial ou les contrats de distribution ou de franchise, la clause n'accordant cette faculté qu'à un seul contractant devrait être légale. Une réserve, toutefois, peut tempérer l'efficacité de cette clause : la possibilité qu'un juge la trouve abusive, selon les circonstances, si l'un de ces contrats est d'adhésion (art. 1437 et 1379). En dehors de ces hypothèses, la clause ne permettant la sortie qu'à un

contractant doit être respectée⁴⁹.

Aucune contrainte ne pèse sur le quantum du délai, lequel varie d'une clause à l'autre⁵⁰. Pourrait cependant être abusive la clause du contrat soumettant la mise en échec de cette reconduction à un avis à donner trop longtemps à l'avance. Il faut, en effet, « éviter qu'un préavis trop long, d'un an par exemple, fasse pratiquement obstacle à la dénonciation du contrat parce que le [cocontractant] ne se souviendra généralement pas de ce qu'il doit manifester sa volonté si longtemps à l'avance »⁵¹. La forme de l'avis d'opposition est en principe libre. Même si sa stipulation doit être respectée⁵², il importe néanmoins de donner effet

49. Nous ne pouvons donc souscrire à une décision qui, sous couvert de l'interprétation, a estimé que la faculté de mettre en échec la reconduction, clairement accordée au seul locataire, devait aussi être à la disposition du bailleur : *Dupont c. Gestion immobilière Paquet (Bernière)*, REJB 2003-43662 (C.S.). Pour le juge, respecter le libellé de la clause reviendrait à transformer un bail commercial à durée fixe en un bail à durée indéterminée, conclusion que nous ne pouvons, en tout respect, accepter. Outre que le recours à l'interprétation suppose la présence d'une ambiguïté, n'oublions pas que le bail commercial peut être de très longue durée, sous réserve qu'il ne dépasse pas cent ans. Évidemment, si le bail n'a pu être négocié par le bailleur et si aucun mécanisme de revalorisation du loyer n'a été prévu, la porte est ouverte à l'application de l'article 1437.
50. Cf. *De Chantal c. Société immobilière du Québec*, J.E. 96-1730 (C.S.), p. 5 du texte intégral (6 mois avant le terme) ; *Poulin c. Promutuel Charlevoix-Montmorency, société mutuelle d'assurances générales*, J.E. 2001-891 (C.S.), p. 8 du texte intégral (12 mois). En l'absence de précision d'un délai, le droit de s'opposer, s'il est stipulé, pourrait s'exercer en tout temps avant le terme.
51. Jacques GHESTIN, *Les obligations – Le contrat*, Paris, L.G.D.J., 1980, n° 621, p. 515 et 516. Cette possibilité de condamner une telle clause, permettant au juge de réduire le délai, suppose bien évidemment la preuve des éléments menant à la qualification de contrat d'adhésion : cf. *Boutique Jacob Inc. c. Place Bonaventure Inc.*, J.E. 95-1040 (C.S.) : la clause prévoyant le renouvellement automatique du bail commercial, en l'absence d'avis contraire du locataire donné au moins 6 mois à l'avance, est jugée valide car l'article 1437 était inapplicable, le contrat étant de gré à gré. La Cour sous-entend donc qu'autrement, elle eût pu réduire ce délai. Pour un commentaire de cette décision, voir Paul MAYER, « Les baux commerciaux : les contrats d'adhésion et l'obligation de bonne foi », dans *Louage commercial : un monde en évolution*, Scarborough, Carswell, 2000, p. 53, 67-69 ; voir aussi, implicitement, *N.C. Hutton Ltd. c. Canadian Pacific Forest Products Ltd.*, J.E. 2000-161 (C.A.) (J. Baudouin), p. 8 du texte intégral.
52. Cf. *Boutique Jacob Inc. c. Place Bonaventure Inc.*, J.E. 95-1040 (C.S.), p. 8 du texte intégral.

à la volonté du contractant de ne pas profiter du renouvellement, même si elle n'emprunte pas le canal d'expression prévu par le contrat⁵³. Enfin, sauf stipulations précises au contrat, la faculté de s'opposer au renouvellement est discrétionnaire⁵⁴, sous réserve des exigences de la bonne foi⁵⁵.

Le renouvellement automatique est parfois assujéti à des conditions, comme le maintien de la situation antérieure⁵⁶, ou le respect des obligations contractuelles⁵⁷. La défaillance d'une de ces conditions pourra donc faire obstacle à la reconduction, en l'absence même d'avis d'opposition. Toutefois, il ne pourra jamais y avoir de reconduction automatique si la clause assujéti le

renouvellement à la négociation d'un élément essentiel, tel une redevance ou un loyer, peu importe la tenue ou non de semblables négociations⁵⁸. En effet, ce type de clause n'exprime que l'intention d'un contractant de négocier un nouveau bail⁵⁹.

CONCLUSION

Qu'elles soient automatiques ou qu'elles se fondent sur une décision unilatérale, ces techniques de renouvellement d'un contrat expiré témoignent de la force de l'autonomie de la volonté. En dehors de toute réglementation législative, elles tirent leur légitimité – et leur efficacité – de la volonté initiale des contractants. Leur mise en œuvre harmonieuse

53. *De Chantal c. Société immobilière du Québec*, J.E. 96-1730 (C.S.), p. 5 du texte intégral : la locataire envoie un avis où elle offre de renouveler le bail, mais selon des termes et conditions qu'elle veut voir modifier, sujet à discussion avec le bailleur ; pour la Cour, cet avis « constitue à tout le moins une nouvelle offre avec termes et conditions à négocier et convenir. Il est donc implicite que la [locataire] n'entend pas renouveler ce bail, tel qu'il existe, pour un an ou pour un autre terme, et au même loyer ».
54. Sur l'absence d'obligation de motiver le non-renouvellement, voir Christophe JAMIN, *L'abus de droit de résilier un contrat ne résulte pas exclusivement d'une intention de nuire*, J.C.P., éd. G, I, 1997.433 : « Ainsi, la Cour de cassation ne pourrait-elle être incitée à modifier sa jurisprudence au terme de laquelle l'exactitude du motif invoqué pour justifier le non-renouvellement d'un contrat de concession commerciale importe peu, dans la mesure où le concédant n'est pas tenu d'énoncer un quelconque motif » (n° 10).
55. Cf., par analogie, Philippe SIMLER, « L'article 1134 du Code civil et la résiliation unilatérale anticipée des contrats à durée indéterminée », J.C.P. 1971.1.2413.
56. *Association des diplômés de l'École des hautes études commerciales c. Aeterna-Vie, compagnie d'assurances*, [1995] R.R.A. 111, 120 (C.S.).
57. *Immobilier Soltron Inc. / Soltron Realty Inc. c. 162980 Canada Inc.*, REJB 2003-41327 (C.S.). Un locataire avait, sciemment et sur une longue échelle, violé l'engagement contractuel de maintenir ouvert son commerce en tout temps ; il avait fermé systématiquement ce dernier durant les Fêtes, en dépit des protestations du bailleur du centre commercial. Étant donné la stipulation assujettissant le renouvellement du bail de dix ans (pour une période additionnelle de cinq ans) au respect des engagements, la clause de renouvellement automatique est déclarée improductive d'effet.
58. *Pétoles Farand Inc. c. Ultramar Canada Inc.*, J.E. 96-454 (C.S.), p. 5 du texte intégral.
59. *Vanier c. Entreprises Shannard*, [1975] C.S. 113.

suppose toutefois un minimum d'encadrement normatif, pour le moment laissé à l'entière discrétion des parties. On peut se demander si le législateur n'aurait pas dû profiter de l'adoption du nouveau

Code pour doter de balises minimales ces deux modes de renouvellement des contrats, afin d'éviter de fâcheux contentieux.

DROIT DU TRAVAIL

Denis NADEAU*

L'arrêt *Morin* et le monopole de représentation des syndicats : assises d'une fragmentation

1. La spectaculaire percée du principe de l'exclusivité de la compétence arbitrale en matière d'interprétation et d'application de conventions collectives, amorcée il y a près de vingt ans et confirmée à plusieurs reprises par la Cour suprême du Canada¹, a été récemment freinée dans l'affaire *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Procureur général du Québec*², ci-après désigné comme l'arrêt *Morin*³.

2. Paradoxalement, le coup de barre donné par la Cour suprême⁴ ne diminue en rien la compétence de l'arbitre de grief du Québec de disposer, en exclusivité, de tout litige résultant de la « mise en

œuvre » de la convention collective. Cette compétence a été rappelée et confirmée par l'ensemble des juges de la Cour suprême⁵. L'arrêt *Morin* ouvre cependant la porte à la concurrence juridictionnelle à l'égard de dossiers soulevant spécifiquement une allégation de discrimination dans la « formation » de la convention collective et sa validité⁶. Dans de tels cas, la Cour suprême a reconnu que des salariés syndiqués pouvaient s'adresser directement à la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse⁷ et, par son biais, saisir le Tribunal des droits de la personne du Québec⁸ de leurs plaintes sans avoir à faire quelque démarche auprès de leur

* Professeur, Faculté de droit civil, Université d'Ottawa.

1. L'arrêt clé énonçant ce principe est *St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. c. Syndicat canadien des travailleurs du papier, section locale 219*, [1986] 1 R.C.S. 704. L'arrêt *Weber c. Ontario Hydro*, [1995] 2 R.C.S. 929 a étayé ce principe d'exclusivité. Voir également *Nouveau-Brunswick c. O'Leary*, [1995] 2 R.C.S. 967 ; *Regina Police Assn. Inc. c. Regina (Ville) Board of Police Commissioners*, [2000] 1 R.C.S. 360 ; *Allen c. Alberta*, [2003] 1 R.C.S. 128.

2. [2004] 2 R.C.S. 185.

3. La Cour suprême désigne elle-même son arrêt par le nom d'un des plaignants visés par le recours, soit Normand Morin, voir *Procureur général du Québec c. Tribunal des droits de la personne du Québec*, [2004] 2 R.C.S. 223 (ci-après désigné comme l'arrêt *Charette*), par. 1. Pour un bref commentaire de cet arrêt en lien avec le sujet de notre étude, voir *infra*, par. 141.

4. Le jugement de la Cour a été rendu sur division. La juge en chef McLachlin signe l'opinion majoritaire (appuyée des juges Iacobucci, Major, Binnie et Fish) alors que le juge Bastarache, secondé de la juge Arbour, sont dissidents.

5. Pour la majorité, voir par. 16. Pour la dissidence, voir par. 43, 46, 49-50.

6. Voir l'arrêt *Morin*, *supra*, note 2, par. 25.

7. Ci-après appelée la « Commission ».

8. Ci-après appelé le « Tribunal ».

syndicat pour leur demander de déposer un ou des griefs en application de la convention collective. Le Tribunal tout autant que l'arbitre de grief seront donc compétents pour disposer de ce type de demande⁹.

3. L'introduction de cette brèche à la politique judiciaire énonçant le principe d'exclusivité arbitrale mérite en soi un examen attentif de l'opinion de la majorité de la Cour suprême¹⁰. Tel que nous le verrons, la majorité n'a pas hésité à placer une partie significative de son analyse de la question en marge des principes que la Cour avait elle-même dégagés au sujet de la compétence des arbitres depuis deux décennies. Au-delà de la critique que nous ferons de cette approche, l'arrêt *Morin* soulève également des questions fondamentales qui – sans avoir été discutées par la majorité – possèdent tout le potentiel pour remettre en cause, à court ou moyen terme, certaines bases du régime des rapports collectifs du travail au Québec et au Canada. Nous examinerons donc ces impacts en seconde partie.

D) L'exclusivité arbitrale contournée

4. Rappelons d'abord les principaux faits de l'arrêt *Morin*. À l'été 1997, la Centrale des syndicats du Québec, la Fédération des syndicats de l'enseignement et le Comité patronal de négociation pour les commissions scolaires francophones ont conclu un accord qui modifiait l'entente intervenue entre ces instances et qui constituait, pour la période 1995-1998, la convention collective applicable dans les différentes commissions scolaires concernées¹¹. Essentiellement, cet accord prévoyait la non-reconnaissance, aux fins du cheminement d'un enseignant dans l'échelle de traitement, de l'expérience acquise au cours de l'année 1996-1997. Quatre plaintes, couvrant initialement soixante-six salariés, ont été déposées à la Commission. Après enquête, celle-ci concluait, le 12 novembre 1999, que l'employeur et les syndicats avaient agi de manière discriminatoire en négociant le gel d'échelon salarial¹². La Commission intente devant le Tribunal un recours demandant à

9. *Morin*, *supra*, note 2, par. 27. Voir aussi les remarques du juge Binnie (appuyé du juge Fish) dans l'arrêt *Charette*, rendu le même jour à propos de cette conclusion qu'il dégage de l'arrêt *Morin*, *supra*, note 3, par. 43. Les juges Binnie et Fish font partie, tant dans l'arrêt *Morin* que dans la décision *Charette*, des juges de la majorité.

10. Signalons que les juges LeBel et Deschamps n'ont pas siégé dans les dossiers *Morin* et *Charette*.

11. Sur l'évolution de ce dossier, lire C. BRUNELLE, *L'émergence des associations parallèles dans les rapports collectifs de travail, Relations industrielles/Industrial Relations*, 2002, vol. 57, p. 282, 286-288. À propos du mécanisme régissant la complexe organisation de la négociation des conventions collectives dans le secteur de l'éducation au Québec, lire notre texte : D. NADEAU, *La Cour d'appel et la concurrence juridictionnelle en droits de la personne : pluralité d'opinions sur un thème connu*, diffusé à compter du 16 septembre 2003 à cchenligneplus@cch.ca (par. 34-57).

12. Voir C. BRUNELLE, *supra*, note 11, p. 287, note 4.

ce dernier de déclarer que la clause de l'entente est discriminatoire et nulle puisque contraire à la *Charte des droits et libertés de la personne*¹³. De plus, la Commission demande au Tribunal d'ordonner aux parties défenderesses – soit les fédérations syndicales, le comité patronal et le procureur général du Québec – de considérer l'expérience acquise par les enseignants au cours de l'année scolaire 1996-1997 et de condamner ces mêmes parties à rembourser aux victimes les pertes salariales subies depuis le 1^{er} juillet 1997¹⁴.

5. Les défenderesses ont soutenu, devant le Tribunal, que celui-ci n'avait pas compétence pour statuer sur ce recours puisque la réclamation de la Commission découlait de l'application et de l'interprétation de la convention collective. Seul l'arbitre de grief était, selon elles, investi de ce pouvoir. Le Tribunal a rejeté cette requête en irrecevabilité¹⁵ et, dans un jugement divisé, la Cour d'appel du Québec concluait que l'arbitre de grief possédait une juridiction exclusive pour trancher ce recours¹⁶.

6. La majorité de la Cour suprême a infirmé cette dernière conclusion. Si la juge en chef reconnaît que l'arbitre de grief possède une compétence exclusive « sur toute question liée à la mise en œuvre de la convention collective »¹⁷, elle a estimé que vu « le contexte factuel » de cette affaire, « le litige porte essentiellement sur la manière dont la convention collective devait répartir des ressources moindres entre les membres du syndicat »¹⁸.

7. Pour la majorité, la « question en litige » consiste à vérifier s'il était :

[...] discriminatoire de négocier et d'adopter une clause préjudiciable uniquement aux enseignants plus jeunes et moins expérimentés ?¹⁹

et, dans cette foulée :

La seule question qui se pose est de savoir si le processus ayant mené à l'adoption de la clause tenue pour discriminatoire et l'insertion de celle-ci dans la convention collective contrevennent à la *Charte québécoise*, rendant de ce fait la clause inapplicable.²⁰

13. L.R.Q., c. C-12. Ci-après désignée comme la *Charte*. La Commission invoque, dans sa demande, que la disposition contestée affecte « de façon disproportionnée les plus jeunes enseignants et enseignantes, le tout en contravention des articles 10, 13 et 16 de la *Charte des droits* », voir *Procureure générale du Québec c. Commission des droits de la personne et de la jeunesse*, [2002] R.J.D.T. 55, par. 6 (C.A.).

14. *Ibid.*

15. *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse – et – La Procureure générale du Québec et al.*, [2000] R.J.Q. 3097 (T.D.P.Q.) (ci-après désigné C.E.Q.).

16. *Supra*, note 13.

17. *Morin, supra*, note 2, par. 16.

18. *Ibid.*, par. 23.

19. *Ibid.*

20. *Ibid.*, par. 24.

8. Après avoir ainsi cerné ce qui, selon la juge McLachlin, était la nature de la question en jeu dans l'affaire *Morin*, cette dernière conclut que :

[...] si on le considère dans son essence et d'un point de vue non formaliste, le litige ne porte pas tant sur l'interprétation ou l'application de la convention collective – le fondement de la compétence de l'arbitre suivant l'alinéa 1f) du *Code du travail* – que sur une allégation de discrimination dans la formation de la convention collective et sur la validité de celle-ci. Or, le législateur a créé la Commission et le Tribunal pour qu'ils se prononcent précisément sur de telles questions.²¹

**A) « L'essence du litige »
réinventée...**

9. Reprenons maintenant en détail cette analyse effectuée par

la majorité de la Cour suprême en signalant ses nombreuses particularités et « innovations ». Afin d'avoir une vision complète de l'opinion de la juge en chef, signalons d'abord que cette dernière indique, d'entrée de jeu, qu'il « n'existe pas *in abstracto* de présomption légale d'exclusivité » en faveur de l'arbitre de grief au Québec²².

10. Nous sommes d'accord en principe avec cet énoncé. Depuis l'arrêt *St. Anne Nackawic*²³, la Cour suprême n'a en effet jamais indiqué que la compétence de l'arbitre de grief jouissait d'une exclusivité absolue²⁴. Dans l'arrêt *Weber*, la majorité précise à ce sujet :

Ce modèle ne ferme pas la porte à toutes les actions en justice mettant en cause l'employeur et l'employé. *Seuls les litiges qui*

21. *Ibid.*, par. 25. [Nos italiques].

22. *Ibid.*, par. 14. Soulignons que sans en faire un motif de sa décision, la juge en chef compare le texte de l'article 45(1) de la *Loi sur les relations de travail* de l'Ontario (L.R.O. 1990, c. L.2) à celui de l'article 100 du *Code du travail du Québec* (L.R.Q., c. C-27, ci-après C.t.) et mentionne qu'« [O]n peut certes prétendre que cette disposition (art. 45(1) de la loi ontarienne) est rédigée de manière plus catégorique que celle qui, en l'espèce [soit l'article 100 du *Code du travail*] attribue compétence à l'arbitre [...] » (par. 21). Nous sommes en désaccord avec cette lecture de la majorité. Alors que l'article 45(1) de la loi ontarienne prévoit la présence obligatoire d'une clause d'arbitrage à toutes les conventions collectives, le premier alinéa de l'article 100 C.t. énonce, sans aucune restriction, que « *Tout grief doit être soumis à l'arbitrage [...]* » [nos italiques] et le troisième alinéa du même article stipule le caractère prépondérant de cette disposition à l'égard de toute incompatibilité « sur les dispositions de toute convention collective ». Sans entrer dans un débat de comparaison exégétique, il nous paraît difficile de laisser entendre que l'intention du législateur québécois d'assujettir « tout grief » à l'arbitrage de grief serait « moins catégorique » qu'en Ontario. Pour notre part, vu la formulation impérative qui a été retenue [Tout grief doit...] et la clause de prépondérance en cas d'incompatibilité, nous estimons que l'article 100 C.t. est au moins aussi catégorique, sinon plus, que le libellé ontarien.

23. *Supra*, note 1.

24. *St. Anne Nackawic*, *supra*, note 1, p. 721-727 ; *Canadien Pacifique c. Fraternité des préposés à l'entretien des voies*, [1996] 2 R.C.S. 495, 499-500. Voir à ce sujet notre texte : D. NADEAU, « Le Tribunal des droits de la personne du Québec et le principe de l'exclusivité de l'arbitrage de grief ou l'histoire d'une usurpation progressive de compétence », (2000) 60 R. du B. 387, 452.

*résultent expressément ou implicitement de la convention collective échappent aux tribunaux [...]. En outre, les tribunaux possèdent une compétence résiduelle fondée sur leurs pouvoirs particuliers, ainsi que l'a confirmé le juge Estey dans *St. Anne Nackawic*.²⁵*

11. L'approche développée dans l'arrêt *O'Leary*²⁶ était similaire sur ce point :

Dans l'arrêt connexe *Weber* [...], j'analyse le droit pertinent. J'y conclus que les tribunaux ne sont pas compétents pour connaître d'un litige qui découle de la convention collective, sous réserve du pouvoir discrétionnaire résiduel qu'ont les tribunaux de compétence inhérente d'accorder une réparation que la procédure d'arbitrage d'origine législative ne prévoit pas. *Pour déterminer si une affaire découle ou non de la convention collective, il faut prendre en considération l'essence du litige et des dispositions de la convention collective.*²⁷

12. Deux extraits, deux constantes : si la compétence arbitrale

n'est pas absolue – d'où le fait qu'on ne puisse prétendre à l'existence au Québec ni ailleurs au Canada d'une « présomption légale d'exclusivité » en faveur des arbitres de griefs²⁸ – cette compétence sera néanmoins exclusive à l'égard de litiges « qui résultent expressément ou implicitement de la convention collective »²⁹. Le test, défini par la Cour suprême, consiste donc à déterminer si un litige « découle ou non de la convention collective » et pour y arriver « il faut prendre en considération l'essence du litige et des dispositions de la convention collective »³⁰. C'est ce que la Cour suprême avait énoncé comme principe en 1986 dans l'arrêt *St. Anne Nackawic*³¹.

13. Certaines personnes pourront s'interroger sur la pertinence de reprendre ici ces extraits bien connus des arrêts *Weber* et *O'Leary* qui, depuis 1995, ont été appliqués à plusieurs reprises par la Cour suprême et de nombreux tribunaux supérieurs³². Ce memento

25. *Supra*, note 1, p. 957. [Nos italiques].

26. *Supra*, note 1.

27. *Ibid.*, p. 969-970. [Nos italiques].

28. *Morin*, *supra*, note 2, par. 14.

29. *Weber*, *supra*, note 1, p. 957. [Nos italiques]. Le principe a été encore rappelé récemment dans l'arrêt *Vaughan c. Canada*, 2005 CSC 11, par. 13 (18 mars 2005.)

30. *O'Leary*, *supra*, note 1, p. 970. [Nos italiques]. La Cour ajouta à ce sujet : « [...] on dira d'un litige qu'il résulte de la convention collective s'il relève de celle-ci [if it falls under the agreement] soit expressément, soit implicitement. » (p. 970, les crochets reprennent la version anglaise du verbe « s'il relève »).

31. Selon le juge Estey : « D'après la jurisprudence citée, on pourrait donc dire que le droit a évolué de telle manière qu'il est juste de conclure que les griefs et les procédures d'arbitrage prévus par la Loi et consacrés par une prescription législative dans les termes d'une convention collective constituent le recours exclusif dont disposent les parties à une convention collective. » (*supra*, note 1, p. 721, nos italiques).

32. Voir, pour la Cour suprême, les arrêts cités à la note 1. Pour les tribunaux inférieurs, la liste de décisions ayant appliqué les enseignements des arrêts *St. Anne Nackawic* et *Weber* serait très longue à faire. Qu'il suffise d'en mentionner seulement quelques-unes provenant du Québec : *Latulippe c. Commission scolaire de la Jeune-Lorette*, [2001] R.J.D.T. 26 (C.A.) ; *Mayville c. Union canadienne*

nous paraît pourtant aussi simple qu'indispensable : dans *Morin*, alors que la question au cœur du litige soulevait l'étendue de la compétence arbitrale et faisait donc inexorablement appel aux principes des arrêts-clés précités, la majorité de la Cour suprême n'y a fait aucune référence.

14. Il est vrai que la juge en chef n'a pas passé sous silence l'arrêt *Weber* mais, contrairement à l'approche retenue par la Cour dans les décisions qui ont suivi ce jugement³³, la majorité n'a pas fait appel à la grille d'analyse mise de l'avant dans *Weber*³⁴. Sans expliquer le pourquoi de ce changement de cap, la juge McLachlin a plutôt formulé ainsi les étapes à suivre pour déterminer si la compétence d'un arbitre de grief est exclusive :

15. Il faut plutôt se demander dans chaque cas si la loi pertinente, appliquée au litige considéré dans son contexte factuel, établit que la compétence de l'arbitre en droit du travail est exclusive.

Cette question suppose deux étapes connexes. La première consiste à examiner les dispositions en cause et ce qu'elles prévoient au chapitre de la compétence de l'arbitre. La seconde – qui s'impose logiquement puisqu'il

faut déterminer si le litige relève du mandat conféré par la loi – consiste à se pencher sur la nature du litige et à se demander s'il appert de la loi qu'il est du ressort exclusif de l'arbitre. La seconde étape favorise une plus grande adéquation entre le tribunal et le litige et contribue à ce que « les questions de compétence [soient...] tranchées d'une manière [...] conforme au régime législatif régissant les parties », comme le veut le raisonnement tenu dans *Weber* [...] ; voir *Regina Police Assn. Inc.* [...].³⁵

16. Nous n'avons pas de difficulté avec la première étape qui consiste en un examen des dispositions législatives pertinentes³⁶. Relativement à l'application de la seconde étape, « soit l'examen du litige afin de déterminer s'il ressortit exclusivement à l'arbitre »³⁷, la majorité indique qu'il faut :

[...] prendre en considération tout le contexte factuel de l'affaire. La qualification juridique du litige – la constatation qu'il a trait à la responsabilité délictuelle, aux droits de la personne ou à un contrat de travail – n'est pas déterminante. Il faut se demander si le législateur a voulu que le litige, considéré dans son essence et non de façon formaliste, soit du ressort exclusif de l'arbitre ; voir *Weber*, précité.³⁸

des travailleurs en communication (unité 4), [2001] J.Q. n° 366 (QL) (C.A.) ; *Hydro-Québec c. Tremblay*, J.E. 2001-200 (C.A.) ; *Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier, section locale 2995 c. Spreitzer*, [2002] R.J.Q. 111 (C.A.).

33. Nous nous référons ici aux arrêts *Regina Police Assn. Inc.*, *Allen* (*supra*, note 1) et *Goudie c. Ottawa (Ville)*, [2003] 1 R.C.S. 141.

34. Voir à ce sujet les extraits précités des arrêts *Weber* et *O'Leary*, *supra*, par. 10 et 11 et par. 50-58 et 67 de *Weber*, *supra*, note 2.

35. *Morin*, *supra*, note 2, par. 14 et 15. Les crochets sont au texte.

36. *Morin*, *supra*, note 2, par. 15-17. Nous rappelons toutefois notre réserve à propos de la lecture faite par la juge en chef de l'article 100 C.t. : voir *supra*, note 22.

37. *Ibid.*, par. 20.

38. *Ibid.*

17. *A priori*, cet extrait semble appliquer les divers éléments invoqués par la Cour suprême au fil de ses arrêts précédents afin de déterminer si un litige tombe sous la compétence exclusive d'un arbitre de grief : références à la « nature du litige », à « l'essence » de celui-ci, à l'importance de son « contexte factuel » plutôt qu'à une approche « formaliste »³⁹. Il y a toutefois, de la part de la majorité, une omission de taille car si cette analyse présente un tableau général du litige, elle fait défaut de se référer au test de base formulé par la Cour suprême en la matière, le « facteur-liant » de tous les éléments énoncés par la juge en chef, soit celui consistant à déterminer si un litige « résulte expressément ou implicitement de la convention collective »⁴⁰.

18. Pourtant, dans tous les arrêts précédents touchant la compétence arbitrale, la démarche de la Cour suprême avait toujours suivi un même modèle qui consistait à vérifier l'existence d'une relation – expresse ou implicite – entre un litige et le contenu de la convention collective concernée. Dans *Weber*, par exemple, la Cour⁴¹ considéra que « [...] le libellé général de l'article

2.2 de la convention conjugué à l'article 13.0 couvre le comportement que l'on reproche à Hydro »⁴². Dans *O'Leary*, le fait que la convention collective ne mentionnait pas expressément la négligence dont un employé pouvait faire preuve dans le cadre de son travail n'a pas empêché la Cour de décider que le litige relevait de la convention collective puisque « [C]ette négligence relève néanmoins *implicitement* de la convention collective »⁴³. La Cour inféra cette conclusion à la lecture de deux dispositions de la convention collective qui, sans le dire, conférait néanmoins implicitement le droit pour un employeur d'intenter une action contre un salarié en cas de manquement à son obligation de garantir la sécurité et la fiabilité des biens de l'employeur⁴⁴. Cette même approche consistant à rechercher un lien entre le litige et la convention collective a été également adoptée dans les arrêts *Regina Police Assn. Inc.*⁴⁵, *Allen*⁴⁶ et *Goudie*⁴⁷.

19. En dépit de cette constance, la majorité n'a pas emprunté cette voie dans *Morin*. À nul endroit, en effet, ne retrouve-t-on par exemple une quelconque mention indiquant que la discrimination

39. Tous ces éléments découlent des arrêts *St. Anne Nackawic*, *Weber* et *O'Leary*, *supra*, note 2.

40. Voir les extraits pertinents, *supra*, par. 10-11 et note 30.

41. Il est à noter que sur cette question, le jugement est unanime : voir l'opinion dissidente du juge Iacobucci qui limitait son désaccord avec la majorité sur le point de la qualification des arbitres en tant que « tribunaux compétents » : *supra*, note 1, p. 935.

42. *Weber*, *supra*, note 1, p. 964.

43. *O'Leary*, *supra*, note 1, p. 970. Le souligné est au texte.

44. *Ibid.*

45. *Supra*, note 1, p. 375-376.

46. *Supra*, note 1, p. 139.

47. *Supra*, note 33, p. 151-152.

reprochée à l'endroit de l'article 6-04.1D) de l'accord contesté⁴⁸ était spécifiquement interdite par une clause expresse de la convention collective⁴⁹.

20. Il en est tout autant à l'égard de la nature des plaintes des salariés impliqués : si la majorité écrit que la Commission demande au Tribunal, en leur nom, « de rendre un jugement déclarant que les clauses de la convention collective contrevenaient aux dispositions de la *Charte québécoise* relatives à l'égalité »⁵⁰, elle ne précise pas – et ceci ne peut toutefois être négligé – que ce volet « déclaratoire » du recours de la Commission est complété par des conclusions en remboursement de pertes salariales et en demande de corrections relatives au calcul de l'expérience acquise par les enseignants au cours de la période où la clause contestée a été en vigueur⁵¹.

21. En fait, la majorité a désincarné le litige de sa source juridique : alors que les plaignants invoquent devant le Tribunal l'illégalité d'une clause de la convention collective et exigent des ordonnances réparatrices liées on ne peut plus directement à l'application de celle-ci (remboursement salarial, corrections de l'expérience acquise) – ce qui, à notre avis, correspond exactement

à ce qu'est un litige « relevant, résultant ou découlant de la convention collective » – la majorité a fait abstraction de ce lien étroit et objectif entre le litige et la convention collective – approche pourtant retenue depuis *St. Anne Nackawic* – afin de mettre plutôt l'accent sur ce qu'elle désigne comme le « contexte factuel » du litige⁵².

22. Au sujet de cet éclairage « factuel », la juge en chef écrit que :

[...] le litige porte essentiellement sur la manière dont la convention collective devait répartir des ressources moindres entre les membres du syndicat.⁵³

23. Dans cette foulée, la majorité, on l'a vu, estime que « la question en litige » est d'examiner s'il était « discriminatoire de négocier et d'adopter une clause préjudiciable uniquement aux enseignants plus jeunes et moins expérimentés »⁵⁴. Pour la majorité, c'est donc « le processus de négociation et l'insertion de la clause dans la convention collective » qui sont essentiellement en cause dans le litige à l'étude⁵⁵.

24. Le « contexte factuel » se révèle donc une façon, pour la majorité, de faire du « processus de négociation » de la clause conventionnelle contestée un élément central de la détermination

48. Pour les faits, revoir *supra*, par. 4.

49. Il s'agit de l'article 14-3.02 de la convention collective : voir *Morin, supra*, note 2, par. 66. [Nos italiques].

50. *Morin, supra*, note 2, par. 12. [Nos italiques].

51. *C.E.Q., supra*, note 15, par. 6.

52. *Morin, supra*, note 2, par. 23-24.

53. *Ibid.*, par. 23. [Nos italiques].

54. *Ibid.* [Nos italiques].

55. *Ibid.* [Nos italiques]. Voir aussi par. 24 et 25.

de l'essence du litige. Certes, et ce contrairement à la décision du Tribunal⁵⁶ et à l'opinion dissidente de la Cour d'appel⁵⁷ où ce seul élément de « négociation » avait été retenu comme critère, la juge McLachlin a jumelé à ce concept celui « d'insertion de la clause dans la convention collective » mais a néanmoins décidé que l'essence du litige portait « *sur la manière* dont la convention collective » avait été négociée⁵⁸.

25. Sans reprendre ici notre critique antérieure à propos de cette approche⁵⁹, qu'il suffise de rappeler que l'accent mis par la majorité sur le fait qu'il y ait eu une négociation ou un « processus de négociation »⁶⁰ n'ajoute rien à l'analyse qui est effectuée et mène à une impasse sur le plan juridique. En effet, aucune disposition de la Charte n'interdit à des parties de « négocier » des dispositions discriminatoires. Ce qui est formellement prohibé par l'article 13 de la Charte – disposition d'ailleurs invoquée par la Commission au soutien de sa demande devant le Tribunal⁶¹ – c'est la « *stipulation d'une clause* comportant discrimination dans un acte juridique »⁶². Notons d'ailleurs que la demande de la Commission n'attaque pas le « processus de

négociation » mais allègue que la clause contestée – soit le résultat tangible de la négociation antérieure – est « discriminatoire dans la mesure où elle préjudicie, de façon disproportionnée, les plus jeunes enseignants et enseignantes, le tout en contravention des articles 10, 13 et 16 » de la Charte⁶³.

26. Qu'il y ait eu une « négociation » entre des parties ne peut être nié. Ce n'est pas ce « processus » qui fait l'objet du recours à l'étude... mais uniquement le fait que celui-ci ait conduit à l'adoption d'une clause qui a été intégrée à la convention collective et que des plaignants estiment discriminatoire. Or, tout en reconnaissant l'existence de cette séquence « négociation / insertion à la convention collective », la majorité a comparé ces deux éléments et a déterminé que, pour les fins de l'identification de l'essence du litige, c'est le premier – soit celui de la négociation – qui avait priorité sur le second, soit « l'insertion » ou l'adoption de la clause contestée à la convention collective.

27. Selon la juge en chef :

*Il [le litige] ne découle pas tant de la mise en œuvre de la convention collective que de la négociation ayant précédé sa signature.*⁶⁴

56. *Supra*, note 15.

57. *Supra*, note 13 (le juge Robert, qui n'était pas alors juge en chef, a signé cette dissidence).

58. *Morin, supra*, note 2, par. 23-25. [Nos italiques].

59. Voir notre texte, *supra*, note 11, par. 29-33.

60. *Morin, supra*, note 2, par. 23-25.

61. *C.E.Q., supra*, note 15, par. 6.

62. Art. 13 de la Charte : Nul ne peut, dans un acte juridique, stipuler une clause comportant discrimination. Une telle clause est réputée sans effet.

63. *C.E.Q., supra*, note 15, par. 6.

64. *Morin, supra*, note 2, par. 24. [Nos italiques]. Au même effet, lire également le paragraphe 25.

28. Nous avons de sérieuses réserves à l'égard de cette approche qui dissocie totalement de sa base juridique le litige soumis originellement par la Commission. Comment établir juridiquement en effet que, pour les fins de la détermination de l'essence d'un litige, le « processus de négociation » d'une disposition est plus important que l'insertion de celle-ci à la convention collective alors que le litige lui-même ne porte – selon les termes mêmes des conclusions de la demande de la Commission⁶⁵ – que sur l'*aboutissement* de cette négociation, soit l'article 6-1.04D) de la convention collective ? Quels sont les éléments qu'on considérera pour conclure qu'un litige « porte » plus sur l'aspect « négociation » que sur celui de « l'insertion » à la convention collective sinon cette « appréciation judiciaire » de la « nature essentielle » faite, à notre avis, au détriment de l'intention du légis-

lateur⁶⁶ ? À ces questions, la majorité ne donne aucune indication de sa méthodologie comparative : seul le résultat est annoncé.

29. Toujours à propos de ce « processus de négociation », la majorité précisa que sa position sur ce point ne constituait pas un précédent :

Notre Cour a reconnu qu'un litige découlant d'une entente préalable ou de la formation de la convention collective comme telle peut soulever des questions échappant à la compétence de l'arbitre [...].⁶⁷

30. Au soutien de cette assertion à double volet (entente préalable et formation), la majorité se référa à trois décisions et à un extrait de l'arrêt *Weber*⁶⁸. Force est de constater, à la lecture de ces différents jugements, que la juge en chef omet de faire une distinction capitale : les décisions *Wainright* c. *Vancouver Shipyards Co.*⁶⁹,

65. *C.E.Q.*, *supra*, note 15, par. 6.

66. Dans *Charette*, *supra*, note 3, par. 35, le juge Binnie, auquel souscrit le juge Fish, critique en ces termes la position adoptée par la juge en chef à l'égard de l'analyse de l'essence du litige que cette dernière effectue dans le litige alors à l'étude. L'opinion de la juge en chef dans l'arrêt *Charette* se trouve aux paragraphes 5-18.

67. *Morin*, *supra*, note 2, par. 24. [Nos italiques].

68. Pour l'arrêt *Weber*, la majorité se réfère au paragraphe 52 de la décision. Il est à noter que ce paragraphe reprend, entre autres, les jugements *Wainright* c. *Vancouver Shipyards Co.*, (1987) 38 D.L.R. (4th) 760 (C.A. C.-B.) et *Johnston* c. *Dresser Industries Canada Ltd.*, (1990) 75 O.R. (2d) 609 (C.A.) qui sont cités par la juge en chef dans *Morin* (par. 24). Il nous paraît difficile de voir dans ce renvoi circulaire une référence nouvelle. Soulignons de plus que ces deux mêmes arrêts avaient été cités dans l'arrêt *Goudie*, *supra*, note 33, p. 151 où la Cour précisait bien que ces jugements ont décidé « que les tribunaux ont compétence en matière de contrats antérieurs à la convention collective » (par. 24).

69. *Supra*, note 68. Dans cette affaire, l'employeur avait conclu, avec des candidats à l'embauche, des contrats afin de les inciter à travailler pour l'entreprise. Ces contrats garantissaient à ces derniers un minimum de trois années de travail. Une fois embauchés, ces salariés, couverts par une convention collective, ont été mis à pied après 18 mois de travail ; d'où leur recours en dommages devant les tribunaux supérieurs. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a estimé qu'elle était compétente pour entendre ce litige puisqu'il impliquait des contrats de préemploi (*pre-employment contracts*) qui ne découlaient pas de la convention collective mais plutôt de contrats « governed by common law principles » (p. 763).

*Johnston c. Dresser Industries Canada Ltd.*⁷⁰ et *Goudie*⁷¹ concernaient toutes des situations de contrats ou d'ententes conclus avec des individus *avant* qu'ils ne deviennent régis par une convention collective. Dans ces trois jugements, les tribunaux ont estimé que ces « pré-contrats », sur lesquels les recours étaient fondés, étaient indépendants de la convention collective régissant les salariés concernés⁷². Il est à noter qu'aucune de ces décisions n'a établi, comme la majorité le précise pourtant dans *Morin*, « qu'un litige découlant [...] de la formation de la convention collective comme telle peut soulever des questions échappant à la compétence de l'arbitre »⁷³.

31. Or, il est bien clair, à la lecture des faits de l'affaire *Morin*, que ceux-ci ne sont aucunement liés à une quelconque « entente préalable » ou distincte de la convention collective. Le recours de la Commission, nous le réitérons, vise à faire annuler une disposition spécifique de la convention collective. Une négociation s'est évidemment déroulée entre les parties visées par la demande des salariés mais celle-ci s'est « cristallisée »

par une entente qui a été intégrée à la convention collective.

32. Une nouvelle constatation s'impose donc selon nous : pour en venir à la conclusion que « le contexte factuel permet de conclure que le litige ne ressortit pas exclusivement à l'arbitre [...] »⁷⁴, la majorité s'est appuyée sur des décisions qui sont d'une tout autre nature que l'affaire à l'étude. En fait, à l'égard de l'aspect de la « formation de la convention collective » – qui est celui qui a été retenu par la majorité pour reconnaître une compétence concurrente au Tribunal – la majorité, sans toutefois le dire, a créé le droit puisque aucune décision antérieure n'avait auparavant fondé la compétence des tribunaux judiciaires sur ce volet. L'accent prioritaire accordé au « processus de négociation/formation de la convention collective » constitue d'ailleurs un revirement puisque la Cour avait déjà indiqué quelques années auparavant – et ce, dans le cadre de dossiers relatifs à l'obligation d'accommodement – que le réexamen des négociations ayant conduit à l'adoption d'une clause de la convention collective était « improductif »⁷⁵, rejetant du même coup l'étude de

70. *Supra*, note 68. Les faits de l'arrêt *Johnston* sont similaires à ceux de *Wainright* et la Cour d'appel de l'Ontario a suivi la position adoptée dans ce dernier arrêt (voir p. 613-614).

71. *Supra*, note 33. Voir D. NADEAU, *supra*, note 9.

72. Pour une critique de cette qualification qui est liée à la théorie des « pre-employment contracts » de common law, lire A.K. LOKAN, M. YACHNIN, *From Weber to Parry Sound : The Expanded Scope of Arbitration*, (2004) 11 *C.L.E.L.J.* 1, 8-9.

73. *Morin*, *supra*, note 2, par. 24. [Nos italiques].

74. *Ibid.*

75. *Large c. Stratford (Ville)*, [1995] 3 R.C.S. 733, 746 (par. 23). Voir également au même effet : *Central Okanagan School District No. 23 c. Renaud*, [1992] 2 R.C.S. 970 où le juge Sopinka indique qu'il « [...] n'estime pas convaincant l'argument selon lequel il faut réexaminer les négociations pour déterminer la partie qui a insisté sur une disposition qui a fini par entraîner un résultat discriminatoire » (p. 990, nos italiques).

« processus de négociation » proposée par la juge L'Heureux-Dubé dans sa dissidence⁷⁶. Il suffit de lire les observations du juge Sopinka dans l'arrêt *Large* à propos des difficultés de preuve inhérentes à l'étude d'un processus de négociation⁷⁷ pour comprendre que la Cour suprême ait préféré ne pas retenir cette approche. Or, voici maintenant que non seulement le processus de négociation est considéré comme important mais il le devient à un tel point qu'il constitue « l'essence » d'un litige, le fondement de la compétence d'un tribunal et a préséance sur le résultat même de la négociation...

33. Il nous paraît donc difficile de nous rallier à la démarche adoptée par la majorité. Si cette dernière estimait – et c'était son droit – qu'il fallait nuancer le principe de base développé depuis *St. Anne Nackawic* pour y introduire une nouvelle exception⁷⁸, nous croyons qu'il aurait été préférable qu'elle le précise clairement plutôt que d'indiquer, en se référant à des décisions n'ayant trait qu'à l'aspect d'« ententes préalables »⁷⁹, que la question spécifique de la « formation » de la convention collective avait déjà été « reconnue » par la Cour comme un cas d'ouverture à la concurrence juridictionnelle. À notre avis, si tel avait été le cas, la

76. Selon cette dernière, « [L]orsque des politiques sont adoptées *dans le cadre du processus de négociation* collective en réponse à des revendications des employés, il semble injuste d'exiger que l'employeur établisse sa « conviction sincère » que la disposition était nécessaire. Dans de telles circonstances, il arrive fréquemment que l'employeur n'ait pas la « conviction nécessaire » que la politique est nécessaire, si ce n'est une conviction qu'elle est nécessaire pour satisfaire le syndicat », *ibid.*, p. 757 (par. 46) [Nos italiques]. Il est intéressant de souligner que la juge McLachlin – elle n'était pas alors juge en chef – a souscrit à l'opinion de la juge L'Heureux-Dubé.

77. *Supra*, note 75, p. 746-747 (par. 23-24). Ces difficultés ne signifient pas cependant selon nous que la preuve des négociations ne soit pas pertinente au Québec dans l'analyse des dispositions d'une convention collective. Nous rappelons en effet que l'article 1426 C.c.Q. reconnaît qu'il est possible de tenir compte « [...] dans l'interprétation du contrat, de sa nature, *des circonstances dans lesquelles il a été conclu*, de l'interprétation que les parties lui ont déjà donnée ou qu'il peut avoir reçue, ainsi que des usages » (nos italiques). En somme, les « circonstances dans lesquelles » un contrat a été conclu – ce qui peut fort bien viser les négociations – peuvent être utilisées pour l'interprétation du contrat. Ceci rejoint notre proposition de base : dans *Morin*, l'essence du litige ne consistait pas à examiner les négociations mais plutôt à se prononcer sur le résultat de celles-ci, soit l'article 6-1.04D) de la convention collective. Dans l'arrêt *Central Okanagan School District No. 23*, *supra*, note 75, le juge Sopinka indique qu'il « faut présumer que toutes les dispositions sont formulées conjointement par les parties qui assument une responsabilité égale quant à leur effet sur les employés ». Cette position fait bien ressortir à notre avis l'insistance qu'il faille accorder, dans des affaires soulevant des questions de droits de la personne, sur le résultat des négociations et non pas sur le processus même de celles-ci. Sur cette question de responsabilité partagée, lire C. BRUNELLE, *Droits d'ancienneté et droits à l'égalité : l'impossible accommodement*, dans *Développements récents en droit du travail*, vol. 205, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2004, p. 31-49.

78. Nous avons déjà souligné que la Cour suprême avait bien indiqué que la compétence de l'arbitre de grief n'était pas absolue : *supra*, note 24.

79. *Supra*, notes 68-70.

décision de la majorité aurait alors le mérite de révéler sa véritable nature de précédent plutôt que de donner l'impression qu'elle se situe dans la foulée de décisions antérieures...

34. La majorité de la Cour innove donc : la « formation » d'une convention collective, la « validité » de celle-ci se distingueraient suffisamment à son avis de l'interprétation, de l'application ou de ce que la juge en chef appelle de la « mise en œuvre de la convention collective » et ce, pour enlever à la compétence de l'arbitre de grief son statut d'exclusivité.

35. Examinons attentivement ce nouvel aspect de la décision. Première remarque : lorsqu'il s'agit de déterminer l'étendue de la compétence de l'arbitre, la juge en chef indique que celui-ci « a compétence sur toute question liée à la mise en œuvre de la convention collective »⁸⁰. À ce sujet, elle précise d'ailleurs que « [D]ans Weber, le litige résultait clairement de la mise en œuvre [*arose out of the operation*] de la convention collective »⁸¹.

36. Or, en précisant que la compétence de l'arbitre vaut à l'égard de « toute question liée à la mise en œuvre de la convention collective », il est important de noter que la majorité se démarque,

quant à la définition de la compétence arbitrale, de toutes ses décisions antérieures à ce sujet⁸². En effet, depuis *St. Anne Nackawic*, la compétence de l'arbitre a toujours été présentée comme celle visant les litiges qui résultent ou découlent de la convention collective, de son application ou de son interprétation. En se référant à la « mise en œuvre » de la convention collective, la majorité fait à nouveau preuve d'un esprit novateur.

37. Cette nouvelle « précision » formulée par la majorité quant à la compétence à l'égard de la « mise en œuvre » arrive d'ailleurs à point nommé car elle permet de mettre en opposition ce concept « d'opération » de la convention collective⁸³ à celui, tout aussi inédit de la « formation » de celle-ci⁸⁴. Selon nous, cette dichotomie ne résiste cependant pas à l'analyse. Rien au *Code du travail* – source première de la compétence de l'arbitre de grief – ne permet en effet de dégager que la compétence de l'arbitre à l'égard de « [*T*]out grief... »⁸⁵ puisse être scindée de la manière retenue par la majorité. Le législateur québécois a confié expressément à l'arbitre le mandat de disposer de « toute mésentente relative à l'interprétation ou à l'application de la convention collective »⁸⁶ et n'a pas limité cette

80. Morin, *supra*, note 2, par. 16. [Nos italiques].

81. *Ibid.*, par. 22. Les crochets réfèrent à la version anglaise de l'arrêt.

82. Nous pensons ici à tous les arrêts ayant été rendus à la suite de *St. Anne Nackawic*, *supra*, note 1 et 33.

83. Nous nous référons ici au terme anglais utilisé par la Cour pour viser l'expression « mise en œuvre », Morin, *supra*, note 2, par. 22, 24.

84. *Ibid.*, par. 24-25.

85. Art. 100 C.t. [Nos italiques].

86. Art. 1f) C.t. [Nos italiques].

compétence aux seuls volets de « mise en œuvre » de la convention collective. Voici donc ce qui devrait guider les tribunaux dans l'évaluation du champ de la compétence arbitrale.

38. Dans les faits, et nous insistons à nouveau sur ceux-ci, une convention collective lie les parties. Une de ses clauses, négociée en 1997, ne reconnaît pas, aux fins du cheminement de certains enseignants dans l'échelle de traitement, l'expérience acquise au cours de l'année scolaire 1996-1997⁸⁷. Une fois cette disposition mise en vigueur, les employeurs du réseau de l'éducation⁸⁸ l'ont appliquée. Des salariés, visés par cette disposition, soutiennent que celle-ci est discriminatoire et demandent son annulation, l'obtention des pertes salariales subies et la reconnaissance de l'expérience acquise pendant l'année 1996-1997.

39. Que ce « cadre factuel » du litige à l'étude ne permette pas

de dégager un cas patent « d'application ou d'interprétation » de la convention collective nous laisse profondément perplexe et ce, d'autant plus, nous l'avons vu, que la convention collective interdit expressément le type de discrimination reproché⁸⁹.

40. Certes, la contestation des salariés remet en cause la validité même d'une clause de la convention collective⁹⁰. Cependant, comme la Cour suprême l'a reconnu dans l'arrêt *Parry Sound (District), Conseil d'administration des services sociaux c. S.E.E.F.P.O., section locale 324*⁹¹, un arbitre de grief a le pouvoir d'interpréter et d'appliquer les droits et obligations substantiels prévus par les lois sur les droits de la personne⁹² qui sont considérés comme étant « contenus implicitement dans chaque convention collective à l'égard de laquelle l'arbitre a compétence »⁹³. Selon la Cour, l'arbitre peut exercer ce pouvoir dans les cas où une incompatibilité directe

87. Pour les faits, voir *supra*, par. 4.

88. Sur l'articulation prévalant entre la négociation des conventions collectives dans le secteur de l'éducation au Québec et leur application, voir notre texte, *supra*, note 11, par. 41-44.

89. Voir *supra*, note 49.

90. Il s'agit de l'article 6-04.1D) de la convention collective : voir *C.E.Q., supra*, note 15, par. 6. Même si la majorité signale à quelques occasions que le recours concerne la validité de cette seule disposition (*Morin, supra*, note 2, par. 23-25), nous notons qu'à l'occasion des deux extraits où la juge en chef traite du volet de la « formation » de la convention collective, cette précision n'apparaît plus. La majorité parle alors, d'une façon générale, d'une « allégation de discrimination dans la formation de la convention collective et sur la validité de celle-ci » (par. 25, nos italiques ; voir aussi, au même effet le par. 24). Cette formulation nous paraît inexacte puisque le recours n'attaque pas la validité de la convention collective dans son ensemble mais uniquement l'article précis traitant du gel d'échelon de traitement. Rappelons que l'article 64 C.t. indique qu'une « convention collective n'est pas invalidée par la nullité d'une ou plusieurs de ses clauses ». La formulation générale de la majorité sur ce point est donc à la fois ambiguë et ne tient pas compte du droit applicable.

91. [2003] 2 R.C.S. 157 (ci-après *Parry Sound*).

92. *Ibid.*, par. 40 et 43.

93. *Ibid.*, par. 28.

existe entre la loi et la convention collective⁹⁴ et même lorsqu'une telle situation n'existe pas⁹⁵. Investi du large pouvoir d'interpréter et d'appliquer la loi prévue, au Québec, à l'article 100.12a) C.t.⁹⁶, l'arbitre peut donc déclarer sans effet « une clause comportant discrimination »⁹⁷ et exercer les différents pouvoirs prévus à l'article 49 de la *Charte*⁹⁸.

41. À la lumière de ces différents éléments tirés à la fois de la loi et de la jurisprudence même de la Cour suprême, le concept de la compétence concurrente liée à la « formation » de la convention collective nous paraît, somme toute, difficilement conciliable avec les enseignements précédents de la Cour. La fragmentation introduite par la majorité entre l'application/l'interprétation d'une convention collective et ce qu'elle désigne comme la « formation » de celle-ci nous semble, dans le présent dossier, de nature artificielle. L'affaire *Morin* ne soulève

pas, par exemple, l'hypothèse d'une convention collective qui n'aurait pas été conclue par les parties habilitées par la loi ou le cas de non-respect des prescriptions impératives relatives à l'adoption de cette convention⁹⁹. Dans de telles situations, nous serions prêt à considérer que la qualification de litiges liés à la « formation » de la convention collective puisse être appropriée en droit.

42. Mais, en l'espèce, le recours de la Commission ne remet pas en question ces dimensions particulières. Le concept de la « formation » de la convention collective retenu par la majorité, constitue, nous l'avons vu, ce qu'elle désigne comme « le processus de négociation »¹⁰⁰ ; un processus qui, on ne peut le nier, a bel et bien existé mais qui n'a donné lieu à aucune autre entente¹⁰¹ que la clause 6-04.1D) qui est intégrée à la convention collective.

94. Ce qui, rappelons-le, est allégué en l'espèce par la Commission : voir *C.E.Q.*, *supra*, note 15, par. 6.
95. Selon le juge Iacobucci : « Il en découle manifestement que l'existence d'une incompatibilité entre la convention collective et une loi sur l'emploi *n'est pas une condition préalable à l'exercice du pouvoir* permettant [à l'arbitre] de mettre la loi en application », *Parry Sound*, *supra*, note 91, par. 44. Nos italiques et crochets.
96. « Dans l'exercice de ses fonctions, l'arbitre peut : a) interpréter et appliquer une loi ou un règlement dans la mesure où il est nécessaire de le faire pour décider d'un grief ».
97. Pour le texte de l'article 13 de la *Charte*, voir *supra*, note 62.
98. À ce sujet, voir notre texte, *supra*, par. 24, p. 434-436.
99. Sur toute la question de l'organisation des négociations dans le secteur de l'éducation au Québec et sur les nombreuses particularités et conditions de la *Loi sur le régime de négociation des conventions collectives dans les secteurs public et parapublic* (L.R.Q., c. R-8.2), voir notre texte, *supra*, note 11, par. 40-44. Voir aussi F. MORIN et J.-Y. BRIÈRE, *Le droit de l'emploi au Québec*, 2^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2003, p. 1161-1172.
100. *Morin*, *supra*, note 2, par. 23-25.
101. Nous voulons bien marquer ici la différence de l'affaire *Morin* avec les décisions, entérinées par la majorité, où des « ententes préalables », des « pré-contrats », avaient été conclus en marge de la convention collective, voir *supra*, notes 68-71.

43. La majorité semble d'ailleurs reconnaître ce point puisque, comme nous l'indiquions précédemment, le concept de « formation » est toujours cumulé à celui « d'insertion de la clause dans la convention collective »¹⁰². Néanmoins, contre toute attente, le « processus de négociation » et son corollaire de « formation » de la convention collective se voient attribuer une préséance, eu égard à l'essence du litige, sur le volet de l'insertion de la clause à la convention collective.

44. En fait – et nous le regrettons – la majorité ne précise pas ce qui différencie un litige où un tribunal aura à examiner la « validité » d'une disposition « négociée » et intégrée à une convention collective, d'un litige où un arbitre de grief est appelé à examiner la légalité de la même clause¹⁰³. Dans les deux hypothèses, il est vrai que le texte litigieux a été négocié, a été « formé » mais, une fois conclu et inséré à la convention collective, l'adjudicateur – quel qu'il soit – est confronté au même litige, aux mêmes faits, aux mêmes règles de droit

applicables et doit effectuer la même analyse consistant à décider si une disposition de la convention collective est ou non discriminatoire. La parfaite symétrie entre les deux approches fait ressortir, selon nous, le caractère artificiel de la distinction qu'a introduite la majorité afin de reconnaître une compétence concurrente au Tribunal en matière d'interprétation de conventions collectives.

45. L'analyse juridique proposée par la majorité au soutien de sa conclusion quant à l'existence d'une compétence concurrente déçoit donc à plusieurs égards¹⁰⁴. À force d'insister sur le « contexte factuel de l'affaire », la majorité a non seulement fait fi de ses propres critères antérieurs en matière de définition de compétence arbitrale mais a occulté l'incontournable lien existant entre le recours lui-même et la convention collective. Serait-il possible que la véritable base de la décision de la majorité puisse s'expliquer autrement que par les motifs juridiques vus précédemment et présentés, selon le texte même de l'opinion de la

102. *Morin, supra*, note 2, par. 23-24.

103. Nous rappelons que la majorité a reconnu que l'arbitre de grief avait cette compétence dans l'affaire à l'étude, *ibid.*, par. 27.

104. On ne peut s'empêcher de noter que la Cour suprême a écarté, il y a quelques années, les subtiles distinctions que certains établissaient entre « l'application » de la convention collective et sa « violation » (*General Motors Ltd. c. Brunet*, [1977] 2 R.C.S. 537, 551. Voir aussi *Shell Canada c. Travailleurs unis du pétrole*, [1980] 2 R.C.S. 181 et *St. Anne c. Nackawic, supra*, note 1, p. 720). La Cour a également émis des réserves à l'égard de « plaideurs innovateurs » tentant « de se soustraire à l'interdiction législative touchant les actions en justice parallèles en invoquant des causes d'action nouvelles et ingénieuses [...] » (*Weber, supra*, note 1, p. 955-956, nos italiques). Or, à notre avis, la majorité, dans *Morin*, a fait abstraction de ses précédents en basant sa décision sur la distinction, fort peu convaincante, « négociation/application » de la convention collective. Il nous paraît clair que la majorité, quoi qu'elle ait indiqué, a ainsi adopté une approche de « qualification juridique » plutôt que celle privilégiant « tout le contexte factuel de l'affaire » (*Morin*, par. 20).

majorité¹⁰⁵, comme le fondement de sa conclusion ?

46. Cette interrogation vient du fait qu'après avoir énoncé que « le législateur a créé la Commission et le Tribunal pour qu'ils se prononcent » sur des questions comme des allégations de discrimination dans la formation de la convention collective et sa validité¹⁰⁶, la majorité examina, dans le cadre de quatre brefs paragraphes, certains arguments soulevés lors des débats¹⁰⁷. Or, si ceux-ci ne semblent, à première lecture, que de nature incidente, la lecture attentive de l'arrêt *Charette* rendu le même jour¹⁰⁸, permet de découvrir que ces « facteurs juridiques »¹⁰⁹ ont eu un poids certain dans la décision *Morin*.

B) Des « facteurs juridiques » révélateurs...

47. À l'égard du premier argument soutenant que les salariés

auraient dû d'abord demander à leurs syndicats respectifs de déposer des griefs pour contester la validité de l'article litigieux de la convention collective, la juge en chef rejeta cette proposition en écrivant d'abord :

Premièrement, il est difficile de voir dans la plainte une question pouvant faire l'objet d'un grief régi par la convention collective, puisque les plaignants prétendent non pas que la convention a été violée, mais bien qu'elle est discriminatoire.¹¹⁰

48. Lorsqu'on se rappelle avec quelle insistance la juge en chef a d'abord indiqué que l'examen d'une question de compétence ne devait pas être fait « de façon formaliste »¹¹¹, cette position adoptée par la majorité paraît véritablement antinomique puisqu'elle repose exclusivement sur ce que « les plaignants *prétendent* » – et donc sur le libellé exclusif de leur plainte.

105. À la lecture de l'opinion de la majorité, il est clair que la décision quant à la compétence de la Commission et du Tribunal se trouve entre les paragraphes 6 et 26 de celle-ci. Les paragraphes 27 à 30 sont présentés comme une étude de certains arguments soulevés par les intimés.

106. *Morin*, *supra*, note 2, par. 25. Sans que la majorité l'indique à ce paragraphe, il faut penser que la source de cette compétence se trouverait à l'article 111 de la Charte qui « investit », selon la majorité, « le Tribunal d'une compétence étendue au chapitre des droits de la personne au Québec » (*Ibid.*, par. 18). Il est toutefois regrettable que la majorité n'ait pas situé cette compétence du Tribunal dans sa perspective historique, voir nos propos à cet effet, *supra*, note 24, par. 30-36.

107. *Morin*, *supra*, note 2, par. 27 à 30.

108. *Supra*, note 3.

109. Cette expression a été utilisée par le juge Binnie dans l'arrêt *Charette*. Contrairement à l'arrêt *Morin*, le juge Binnie (ainsi que le juge Fish qui souscrit à son opinion) exprime son désaccord à l'égard de l'analyse formulée par la juge en chef dans l'affaire *Charette* (par. 35-45). C'est dans cette perspective que le juge Binnie indiquera que « [L]es facteurs juridiques militant en faveur de la compétence du Tribunal [...] dans *Morin*, énoncés par la Juge en chef au paragraphe 27 de ses motifs dans cette affaire, ne s'appliquent pas en l'espèce. » (par. 42). À cet égard, le poids accordé à « l'adéquation » entre le tribunal et un litige (*Morin*, par. 30) mérite, à notre avis, une attention toute particulière (voir *infra*, par. 54-61).

110. *Morin*, *supra*, note 2, par. 27. Le souligné est au texte.

111. *Ibid.*, par. 20 et 25.

49. Jusqu'à l'arrêt *Morin*, nous croyions – et ce, eu égard à la jurisprudence constante de la Cour suprême des dernières années¹¹², que les faits devaient avoir préséance sur la qualification juridique d'une demande. Voilà que non seulement cette règle semble ignorée par la majorité mais ici c'est la « qualification juridique » même de la demande qui se trouve banalisée par le seul texte de la plainte. Rarement a-t-on vu une pareille approche qui, au détriment des faits et de la nature d'un litige, se limite, pour déterminer une question de compétence, à la seule terminologie d'une demande¹¹³...

50. Dans la foulée de l'analyse de ce premier argument des intimés soutenant que les salariés auraient dû d'abord suivre la voie syndicale, la majorité fait état que :

[...] les syndicats étant affiliés à l'un des groupes de négociation qui avaient conclu l'entente dont on allègue le caractère discriminatoire, *leur intérêt paraissait opposé* à celui des plaignants. *Si les syndicats avaient décidé de ne pas déposer de grief*, les enseignants n'auraient eu aucun autre

recours (sauf, peut-être, intenter une poursuite contre leur syndicat pour manquement au devoir de juste représentation).¹¹⁴

51. Dans l'étude du premier « facteur », la majorité, on l'a vu, a fait reposer sa conclusion sur un examen de nature « visuelle »¹¹⁵. Cette fois-ci, nous retenons qu'elle adopte une analyse de type « impressionniste ». En effet, sans que le dossier à l'étude révèle une quelconque preuve que des syndicats d'enseignants auraient refusé de déposer des griefs contestant la validité de l'article 6-04.1D) de la convention collective, la majorité en fait l'hypothèse étant donné que, selon elle, « leur intérêt *paraissait* opposé à celui des plaignants »¹¹⁶.

52. Dans le monde on ne peut plus subjectif de ce qui « paraît » et des « si... », le couperet tombe rapidement et, à notre avis, trop facilement. Quel raccourci en effet que de faire fi de l'ensemble des principes de base du monopole de représentation syndical – pourtant rappelés avec force par la Cour suprême dans l'arrêt *Noël c. Société d'énergie de la Baie*

112. Voir *supra*, note 1.

113. Notons d'ailleurs que la majorité de la Cour écrit que « [...] les plaignants prétendent non pas que la convention a été violée, mais bien qu'elle est discriminatoire » (*Morin, supra*, note 2, par. 27). Nous n'avons pas le texte des plaintes des salariés mais nous rappelons que la demande introductive d'instance de la Commission présentée au Tribunal n'allègue pas que la convention collective est discriminatoire mais que seul l'article 6-04.1D) le serait : *C.E.Q., supra*, note 15, par. 6.

114. *Morin, supra*, note 2, par. 28. [Nos italiques].

115. *Supra*, par. 47 : « [...] il est difficile de voir dans la plainte... ».

116. *Ibid.*, par. 28. [Nos italiques]. Dans *Charette*, la juge en chef, alors dissidente, écrit que « La question est de savoir laquelle de ces perceptions correspond à l'essence du litige. » (nos italiques). Nous sommes étonné que la majorité décide de questions en utilisant des termes aussi subjectifs que ce qui « paraît » et les « perceptions » des positions des parties au litige.

*James*¹¹⁷ pour plutôt se référer, vu le silence de la preuve, à de simples conjectures¹¹⁸. Nous ne croyons pas que ce soit en se référant à un *obiter* formulé par la juge Abella dans l'arrêt *Ford Motor Co. of Canada Ltd. c. Ontario (Human Rights Commission)*¹¹⁹ – décision dont les faits diffèrent considérablement de ceux de l'affaire *Morin*¹²⁰ – que ce second facteur juridique gagne en force persuasive...

53. La portée de l'arbitrage à l'égard des parties au litige porté

par la Commission devant le Tribunal a été examinée en troisième lieu par la majorité. Sans surprise, la juge en chef considéra que les parties visées par la demande¹²¹ qui ont, dit-elle, « [...] de fait convenu de la clause »¹²² ne sont pas celles qui pourraient être l'objet de griefs. Nous avons longuement critiqué ce même argument dans nos textes précédents¹²³ et n'entendons donc pas y revenir sinon pour souligner que la majorité régla succinctement cette question sans tenir compte

117. [2001] 2 R.C.S. 207 (ci-après *Noël*).

118. La majorité considère que puisque les syndicats représentant les salariés plaignants étaient affiliés aux parties syndicales qui ont négocié la clause en litige, « leur intérêt paraissait opposé et que des griefs ne seraient pas déposés » (par. 28). Outre que la majorité ne tient pas compte des distinctions qui existent entre les parties négociantes et les syndicats locaux qui représentent les enseignants (sur ce point, voir notre texte, *supra*, note 11, par. 42-45), il faut souligner qu'il n'est pas impossible qu'un syndicat qui a négocié et conclu une convention collective avec un employeur puisse alléguer subséquemment, dans un grief, la nullité d'une clause de celle-ci. Pour un exemple récent où un syndicat, en dépit de termes exprès d'une convention collective, a contesté la légalité d'une disposition de celle-ci, voir *Parry Sound*, *supra*, note 88. Dans cette affaire, l'article 8.06a) de la convention collective négociée par les parties (par. 2) prévoyait expressément que l'employeur ne pouvait congédier un employé à l'essai pour tout motif qu'il jugeait acceptable et qu'une telle mesure ne pouvait faire l'objet d'un grief (par. 3). Nonobstant cette clause très explicite, le syndicat a déposé un grief contestant le congédiement d'une salariée à l'essai en soutenant que la décision patronale était discriminatoire. En somme, pour réussir son grief, la clause de la convention collective devait être écartée. Voir également la récente décision *Commission des droits de la personne et de la jeunesse et Université de Montréal et al.*, n° 500-53-000205-045, 2 septembre 2004 (TDPQ) (AZ-50268382) où, après avoir conclu avec l'employeur en juin 1995 une entente relative au rangement des fonctions concernant les relativités salariales et intégré celle-ci à la convention collective, un syndicat a déposé subséquemment un grief pour contester ces dispositions en alléguant que celles-ci ne respectent pas l'équité en matière de rémunération. Le syndicat a également déposé une plainte auprès de la Commission, d'où le litige relatif à la compétence du Tribunal. Pour un autre exemple, voir *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse et Hôpital général Juif Sir Mortimer B. Davis*, n° 500-53-000182-020, 12 février 2005 (TDPQ), (AZ-50288989). Voir *infra*, par. 138.

119. (2001) 209 D.L.R. (4th) 465 (C.A. Ont.), autor. de pourvoi refusée, [2002] 3 R.C.S. x. La juge Abella siégeait alors à la Cour d'appel de l'Ontario.

120. Pour bien comprendre les particularités de cette décision de la Cour d'appel ontarienne, lire nos propos, *supra*, note 11, notes 162, 164-165.

121. Soit le Comité patronal de négociation pour les commissions scolaires francophones, la Centrale de l'enseignement du Québec, la Fédération des syndicats de l'enseignement et la Procureure générale du Québec : voir *C.E.Q.*, *supra*, note 15.

122. *Morin*, *supra*, note 2, par. 29. Les soulignés sont au texte.

123. *Supra*, notes 11 et 24.

des principes du régime des relations de travail dans le secteur québécois de l'éducation. À notre avis, il n'était pas suffisant de se limiter à signaler qu'il existe une distinction entre, d'une part, les syndicats locaux et les commissions scolaires qui n'ont pas participé à la négociation de la convention collective¹²⁴ et, d'autre part, les regroupements syndicaux et patronaux qui ont effectué cette négociation à l'échelle nationale. Ce point ne peut être contesté. Toutefois, si cet aspect était si important, nous croyons qu'il aurait été essentiel d'aller alors au bout du raisonnement et de s'interroger sur la nature biphase de ce système de « négociation/application » de convention collective et d'en tirer alors les conséquences juridiques quant à l'efficacité même d'une décision du Tribunal qui accueillerait au fond la demande de la Commission. Or, un tel examen aurait rapidement révélé que la réclamation des enseignants, tant à l'égard du remboursement des « pertes salariales » que de la « reconnaissance de l'expérience acquise »¹²⁵ n'a absolument rien à voir avec la négociation mais relève intrinsèquement de l'application et de l'interprétation des conventions collectives administrées par des employeurs – les commissions scolaires – qui ne sont pas parties au recours de la

Commission¹²⁶. La majorité de la Cour a préféré la voie du silence sur cet aspect délicat...

54. Nous arrivons maintenant au dernier paragraphe de la décision de la majorité. Il n'est pas impossible de croire que celui-ci révèle, peut-être plus que toute la motivation vue antérieurement, les facteurs clés qui se trouvent à la base de la position de la juge en chef. Selon cette dernière :

[...] comme la plainte remettant en cause la validité d'une clause de la convention collective touchait des centaines d'enseignants, le Tribunal des droits de la personne présentait une « plus grande adéquation » avec le litige qu'un arbitre nommé pour entendre un grief individuel dans le cadre établi par le *Code du travail*. Dans ces circonstances, on ne peut blâmer les plaignants d'avoir présenté leur plainte à la Commission des droits de la personne au lieu de s'adresser au syndicat dans l'espoir qu'il dépose un grief devant un arbitre en droit du travail (mais sans en être assurés).¹²⁷

55. Passons rapidement sur la question de « l'espoir » et de la non-assurance que des griefs soient déposés qui ne révèlent, comme nous l'avons souligné précédemment¹²⁸, que des appréhensions dépourvues de fondement factuel et qui écartent – nous y reviendrons en seconde partie¹²⁹,

124. *Ibid.*, par. 29.

125. *C.E.Q.*, *supra*, note 15, par. 6.

126. Sur toute cette question, voir notre étude, *supra*, note 11, par. 42 à 48 et une illustration concrète des inévitables limites du pouvoir d'ordonnance du Tribunal à l'égard de parties nationales aux paragraphes 49 à 57.

127. *Morin*, *supra*, note 2, par. 30.

128. *Supra*, par. 50-51.

129. *Infra*, par. 72 et s.

les assises du système canadien de représentation syndicale. Concentrons-nous plutôt sur les deux autres aspects de cet extrait soit « l'adéquation » entre le tribunal et un litige et le nombre de plaignants. Pour la majorité, ces deux éléments paraissent, dans une large mesure, interreliés.

56. Voyons d'abord ce que la majorité écrit à propos de ce concept « d'adéquation ». Lors de l'exposé des règles juridiques applicables, nous avons vu que la juge en chef énonce les deux étapes devant être suivies¹³⁰. À propos de la seconde étape, elle ajoute ce qui suit :

La seconde étape favorise une plus grande adéquation entre le tribunal et le litige et contribue à ce que « les questions de compétence [soient...] tranchées d'une manière [...] conforme au régime législatif régissant les parties » comme le veut le raisonnement tenu dans Weber, précité ; voir Regina Police Assn. Inc. [...], par. 39.¹³¹

57. Dans *Charette*, la juge en chef précise au même sujet que :

[...] cette démarche [celle des deux étapes] contribue à faire en sorte,

premièrement, que les questions de compétence soient tranchées d'une manière conforme au régime législatif régissant les parties *et*, deuxièmement, *que le tribunal présentant la plus grande adéquation avec le litige ait compétence.*¹³²

58. La majorité situe bien, dans ces extraits, le cadre théorique d'analyse : les dispositions législatives en cause et la nature d'un litige sont des *critères* permettant de déterminer la compétence d'un tribunal à l'égard d'un litige alors que le concept de « conformité au régime législatif » et celui « d'adéquation » – invoqué ici pour la première fois par la Cour – constituent des *objectifs* découlant de l'application des critères. D'ailleurs, la lecture intégrale du paragraphe de l'arrêt *Regina Police Assn.* auquel la majorité se réfère fait bien ressortir cette séquence¹³³ : dans cette décision, comme d'ailleurs dans toutes celles qui l'ont précédée et suivie¹³⁴, « la question clé dans chaque cas » a été « de savoir si l'essence du litige, dans son contexte factuel » était « expressément ou implicitement visée par un régime législatif »¹³⁵. La « conformité » prévalant entre le

130. *Supra*, par. 14 et 15.

131. *Morin, supra*, note 2, par. 15. Les crochets sont au texte.

132. *Charette, supra*, note 3, par. 7. [Nos italiques].

133. *Regina Police Assn. Inc., supra*, note 1, par. 39 : « En résumé, le raisonnement qui sous-tend l'arrêt *Weber*, précité, est que les questions de compétence doivent être tranchées d'une manière qui soit conforme au régime législatif régissant les parties. Cette logique s'applique, qu'il s'agisse de choisir entre un tribunal et une instance décisionnelle créés par la loi ou entre deux organismes créés par la loi. La question clé dans chaque cas est de savoir si l'essence du litige, dans son contexte factuel, est expressément ou implicitement visée par un régime législatif. Pour statuer sur cette question, il convient de donner à la loi une interprétation libérale de façon à ce que l'attribution de compétence à une instance que n'avait pas envisagée le législateur ne porte pas atteinte au régime ». [Nos italiques].

134. Pour les références de ces arrêts, voir *supra*, notes 1, 24 et 33.

135. *Regina Police Assn. Inc., supra*, note 1, par. 39. [Nos italiques].

régime législatif à l'étude et le tribunal saisi était alors présentée comme une conséquence découlant de ce lien entre la loi et l'essence d'un litige.

59. Or, dans *Morin*, la majorité a inversé cette combinaison « critères-objectif (ou résultat) ». Plutôt que d'accorder priorité au fait que le litige découlait expressément de la convention collective, la majorité semble avoir d'abord été guidée par cette recherche de « la plus grande adéquation » entre le litige tel que soumis par la Commission et le Tribunal¹³⁶. Dans cette veine, le fait que le recours touchait « des centaines d'enseignants »¹³⁷ paraît avoir eu un impact quant à cette recherche de « l'adéquation » par la majorité. Voici donc qu'une pure question d'arithmétique constituerait maintenant un élément devant être considéré pour disposer d'une question de compétence juridictionnelle...

60. En privilégiant une vision formaliste d'un recours institué par la Commission¹³⁸, en présupposant un refus d'agir des syndicats, en soulignant les limites juridictionnelles d'un arbitre à l'égard des parties nationales visées par le recours sans toutefois noter celles encore plus importantes découlant du recours à l'étude et en tenant compte finalement du nombre de plaignants visé par celui-ci, il était inévitable que la majorité arrive à sa conclusion quant à la « plus grande adéquation » entre le litige et le Tribunal. Mais l'ensemble de cette démonstration pêche à la base puisqu'elle tranche une question de compétence en fonction de l'atteinte d'un objectif d'adéquation entre le recours déposé par la Commission et le Tribunal plutôt qu'en tenant compte de la nature intrinsèque du litige. En fait, le moyen procédural pour obtenir réparation à l'égard d'une discrimination reprochée, soit une demande de la Commission, l'a

136. Notons que cette lecture de l'opinion de la majorité correspond également à celle du juge Bastarache qui, dans sa dissidence, est d'avis que « [L]a juge en chef rejette en l'espèce le modèle de la compétence exclusive et le critère de l'essence du litige au profit de « la plus grande adéquation » » : *Morin, supra*, note 2, par. 45. Le juge Bastarache estime, avec raison, que cette approche a été rejetée par la Cour suprême dans *Weber*.

137. Initialement, quatre plaintes couvrant 66 enseignants ont été déposées à la Commission. Au moment de la présentation par la Commission d'une requête pour obtenir une ordonnance de procédure et de pratique, la Commission indiquait avoir obtenu 13 400 consentements écrits d'enseignants se disant victimes de la disposition contestée : *supra*, note 15, par. 3. Dans *Charette*, la juge en chef a également retenu, comme élément important de son analyse, le fait que la plainte visait non seulement la plaignante mais également « les autres femmes enceintes dans la même situation [...] » (*supra*, note 3, par. 15). Elle fera également référence à « l'aspect collectif de la plainte » (par. 16). Voir aussi au même effet le paragraphe 18.

138. Voir *supra*, par. 47-49. À notre avis, il n'est guère étonnant qu'un recours intenté par la Commission devant le Tribunal soit conforme aux prescriptions du régime législatif régissant ces deux organismes, soit la Charte. En fait, c'est le contraire qui surprendrait... Cette conformité toute naturelle entre le recours de la Commission porté devant le Tribunal ne devrait pas signifier pour autant à notre avis que la « nature du litige » soit affectée par une telle approche on ne peut plus formaliste.

emporté sur le fond même du recours qui est inexorablement lié à l'application et à l'interprétation de la convention collective. Il ne faudra donc pas se surprendre que cette vision élastique de « l'adéquation » soit invoquée à nouveau par la Commission dans le cadre d'autres recours de même nature portés devant le Tribunal¹³⁹.

61. La certitude du modèle d'analyse objective des arrêts *St. Anne Nackawic et Weber* – en tout

point compatible avec l'intention claire du législateur à l'égard de voir « tout grief » tranché par un arbitre de grief – a donc été écartée dans *Morin*¹⁴⁰. Quoi qu'elle en dise, il est manifeste que la majorité a donné préséance, sous le couvert d'une méthode « d'appréciation judiciaire » de la « nature essentielle » du litige¹⁴¹ et d'une recherche de « la plus grande adéquation », à la « qualification juridique » du recours de la Commission plutôt qu'à son essence même¹⁴².

139. Pour une illustration de cette situation prévisible, voir la récente décision du Tribunal dans l'affaire *Commission des droits de la personne et de la jeunesse et Université de Montréal et al.*, *supra*, note 118. Dans cette affaire, le Tribunal statue qu'il possède compétence pour décider d'une demande de la Commission qui allègue que le plan d'évaluation des emplois, négocié avec le syndicat et intégré à la convention collective est discriminatoire. Selon le Tribunal, le régime législatif et l'essence du litige « visent la négociation et la validité d'une convention collective » (par. 84).

140. Ce point a été souligné par le juge Bastarache dans sa dissidence : *supra*, note 2, par. 45.

141. L'expression est du juge Binnie dans *Charette*, *supra*, note 3, par. 35.

142. Notons que la juge en chef a adopté selon nous une approche similaire dans l'arrêt *Charette* (*supra*, note 3). Dans cette affaire, Caroline Charette, admissible au programme gouvernemental APPORT, a été avisée, au moment où elle quittait son travail pour un congé de maternité, qu'elle ne recevrait pas les prestations d'aide sociale dudit programme puisqu'elle ne touchait plus de revenu d'emploi. M^{me} Charette porta plainte auprès de la Commission en alléguant qu'elle avait fait l'objet de discrimination fondée sur le sexe et la grossesse. Cette plainte a été soumise au Tribunal. Or, l'article 21 de la *Loi sur la Commission des affaires sociales*, L.R.Q., c. C-34 prévoyait à son article 21 une compétence exclusive à tout autre tribunal pour disposer de tout appel interjeté en vertu de la loi régissant, entre autres, le programme APPORT. Devant la Cour suprême, le litige consistait donc à déterminer si le Tribunal pouvait, compte tenu de cet article 21 attribuant une compétence exclusive à la Commission, trancher ce litige. En dépit de l'exclusivité prévue à la Loi, la juge en chef indiqua qu'il fallait déterminer « quel est l'objet de cette exclusivité ? » et ce, par le biais d'une approche non formaliste (par. 11). À ce titre, la juge en chef (les juges Iacobucci et Major ont souscrit à son opinion) indiquera que « [L]a question est de savoir laquelle de ces perceptions correspond à l'essence du litige » (par. 16). La juge McLachlin opposait alors les propositions du procureur général qui soutenait que le litige portait simplement sur une demande de prestations alors que la Commission invoquait qu'il s'agissait d'une « plainte de discrimination ». En soulevant la portée du recours de la plaignante, le caractère collectif de la plainte (elle visait son cas et celui « des autres femmes enceintes ») et la nature du recours (atteinte aux droits à l'égalité), la juge en chef conclut que « le litige porte en fait sur la validité du régime législatif, et non sur son application » (par. 17). À notre avis, la démarche de la juge en chef – qui, dans *Charette*, n'a pas été retenue par la majorité des juges – est identique à celle adoptée dans *Morin* : tout en invoquant l'importance d'une analyse « non formaliste » et devant être

62. Par ces chemins tortueux, la majorité a, il est vrai, préservé la compétence de la Commission et du Tribunal. Toutefois, en modifiant – et ce, sans le mentionner – divers paramètres de sa politique judiciaire antérieure relative à la compétence des litiges découlant de l'application de la convention collective, la majorité a mis la table à une résurgence de débats où, plutôt que de se concentrer sur les questions de discrimination soulevées, des tribunaux administratifs et judiciaires seront amenés à trancher de fins débats sur la « nature essentielle » de recours et « l'adéquation » de ceux-ci avec un tribunal ou un autre¹⁴³. Nous reviendrons en seconde partie sur cette conséquence de l'arrêt *Morin* qui, si elle est importante, ne représente pas pour autant un gage de progrès à notre avis. De plus, nous dégagerons certains autres impacts majeurs que nous anticipons au lendemain de cette décision pour l'ensemble du régime collectif de relations de travail au Canada.

II) Impacts et silences de l'arrêt *Morin*

63. L'arrêt *Morin* reconnaît le droit pour la Commission de déférer au Tribunal les plaintes de salariés syndiqués qui attaquent la formation et la validité de certaines dispositions d'une convention collective. En dépit de notre critique, nous prenons évidemment acte de cette décision majeure. À plus d'un titre, l'arrêt *Morin* possède tout le potentiel pour bouleverser radicalement l'organisation des rapports collectifs du travail telle qu'elle a été dessinée au cours des soixante dernières années au Canada.

64. Deux angles retiennent principalement notre attention. D'une part, le retour à l'application du modèle de la concurrence juridictionnelle dans le champ des conventions collectives – il est vrai, de portée limitée mais néanmoins bien réel¹⁴⁴ – ne se fera pas, à notre avis, sans provoquer diverses difficultés.

basée sur le « contexte factuel », la position adoptée s'avère diamétralement à l'opposé et repose fondamentalement sur une qualification juridique de la demande, soit que ces recours constituaient des « plaintes en matière de droits de la personne ». Si, dans *Charette*, les juges Binnie et Fish ont exprimé leur désaccord à l'égard de « l'appréciation judiciaire » de la nature essentielle du litige » (par. 35) adoptée par la juge en chef et ont fait ainsi basculer la majorité du banc en faveur d'une compétence exclusive de la Commission des affaires sociales, il est regrettable que ces deux juges n'aient pas constaté que « l'intention manifeste du législateur » qui guide leur analyse dans *Charette* (par. 35) avait également toute sa place en matière d'interprétation et d'application de convention collective où la loi impose également une exclusivité juridictionnelle...

143. Pour un exemple récent de ce type de débat, voir *Commission des droits de la personne et de la jeunesse et Université de Montréal et al.*, *supra*, note 118.

144. L'opinion de la majorité établit clairement que la compétence du Tribunal est liée à « une allégation de discrimination dans la formation de la convention collective et sur la validité de celle-ci » : *Morin*, *supra*, note 2, par. 25.

65. Ces dernières apparaissent cependant plutôt secondaires si on les compare aux profonds changements que l'arrêt *Morin* implique à l'égard de l'esprit et de la mise en œuvre des principes fondamentaux de la représentation collective des salariés au Canada.

A) Le retour de la concurrence juridictionnelle

66. Nous avons déjà exposé les nombreux désavantages, tant juridiques que purement pratiques, de la concurrence juridictionnelle dans le secteur de l'application des conventions collectives¹⁴⁵. À cette époque, la subtile distinction retenue dans *Morin* entre la « formation » de la convention collective et sa « mise en œuvre » nous était toutefois encore étrangère.

67. Il est évident – et nous l'avons souligné en première partie¹⁴⁶ – que l'introduction de cette division juridique entre le processus de négociation d'une convention collective (sa « formation ») et l'insertion du résultat de celle-ci dans le *corpus* même de la convention, ne pourra qu'engendrer – en raison de la frontière extrêmement floue entre ces deux notions et de l'impossibilité de

savoir en quoi et comment la première (la négociation) l'emporte sur la seconde (l'insertion) – des débats autour de ces qualifications mal définies et ce, afin de déterminer si un tribunal autre que l'arbitre de grief aura compétence pour régler d'un litige.

68. Car, et cet aspect est important à mettre en lumière, si l'arrêt *Morin* reconnaît que le Tribunal peut trancher les plaintes déposées par des salariés auprès de la Commission, l'ensemble des juges de la Cour suprême rappelle que la compétence du Tribunal n'est pas exclusive¹⁴⁷. Ceci implique donc que dorénavant, rien n'empêchera un ou plusieurs salariés de s'adresser directement à la Cour supérieure afin de contester, sur la base d'allégations de discrimination, « la formation de la convention collective et [sur] la validité de celle-ci »¹⁴⁸.

69. Cet éventuel retour des tribunaux supérieurs dans le champ des conventions collectives n'est guère rassurant. Non pas, comprenons-nous bien, parce que nous pensons que les juges de la Cour supérieure ne maîtriseraient pas les concepts de discrimination et de droits de la personne¹⁴⁹, mais en

145. *Supra*, note 2, par. 58-60 et note 24, p. 450-452.

146. Voir *supra*, par. 32-44.

147. *Morin*, *supra*, note 2. Pour la majorité, par. 19 et pour les juges dissidents, par. 73-77.

148. *Ibid.*, par. 25.

149. Les auteurs MORIN et BRIÈRE, *supra*, note 99 sont plus réservés sur cette question. Dans leur discussion de la relation entre droits individuels et droits collectifs (par. IV-32, p. 837-838), les auteurs soulignent que les interventions judiciaires faites sous le prisme de la *Charte* « sont généralement favorables à l'approche individualiste, ce qui pourrait, à moyen terme, affaiblir l'action de défense du groupe qui est pourtant la mission propre du syndicat ». Les auteurs estiment donc que « les tribunaux ne sont pas, dans ce domaine délicat, l'organe toujours approprié [...] ». Nous reviendrons plus loin sur la question de l'importance grandissante des droits de la personne en matière de relations collectives de travail : *infra*, par. 88-96.

raison d'un constat objectif qui ne peut que s'imposer : la pluralité de tribunaux où une plainte de discrimination pourra être portée est une source certaine – et quasi inépuisable – de débats préliminaires et de conflits de compétence. Que l'on pense, à titre d'exemple, au cas de salariés qui déposent d'abord une plainte, comme celle en l'espèce, auprès de la Commission alors qu'un autre groupe d'employés syndiqués – également visés par la même convention collective – opte plutôt pour un recours devant la Cour supérieure. Dans la mesure où l'article 77 de la *Charte* oblige la Commission à « refuser ou cesser d'agir » lorsque « la victime ou le plaignant a exercé personnellement l'un des recours prévus aux articles 49 et 80 »¹⁵⁰, on peut estimer que la Commission ne serait pas tenue d'abandonner son recours puisque les deux démarches n'impliqueraient pas les mêmes individus. Dans la même perspective, on peut imaginer qu'un arbitre de grief pourrait être également saisi d'un grief de même nature de la part du

syndicat concerné¹⁵¹.

70. À défaut de retrouver une identité de parties entre ces trois recours portés devant trois tribunaux distincts¹⁵², il ne faut pas être devin pour anticiper les nombreuses difficultés juridiques inhérentes à cet éclatement juridictionnel... ainsi que les inévitables délais et coûts qui en résulteront pour tous les intervenants¹⁵³. Nous persistons à ne pas dégager d'avantages nets et probants pour l'avancement des droits de la personne en milieu de travail syndiqué de cette superposition de tribunaux, de cette multiplication possible de recours ayant trait aux mêmes faits et découlant de la même convention collective, bref de ce modèle de véritable « concurrence » juridictionnelle entérinée dans *Morin*.

71. Que l'accès aux tribunaux supérieurs demeure ouvert comme la Cour suprême l'avait expressément reconnu dans *St. Anne Nackawic*, pour « éviter [...] la privation réelle du recours ultime »¹⁵⁴

150. *Supra*, note 13. [Nos italiques].

151. Nous rappelons que tous les juges de la Cour suprême ont reconnu que l'arbitre pourrait être compétent à l'égard d'un grief de même nature que les plaintes examinées dans *Morin* : *supra*, note 2, par. 27 (juge en chef) ; par. 32-78 (j. Bastarache) et *Charette*, *supra*, note 3, par. 43 (j. Binnie).

152. Sur ces notions, lire, dans un contexte de *common law* : *Toronto (Ville) c. S.C.F.P.*, [2003] 3 R.C.S. 77, 94-100 ; *Ontario c. S.E.E.F.P.O.*, [2003] 3 R.C.S. 149, 154-156. Pour l'application de la théorie de la chose jugée en droit civil, lire entre autres : *Rocois Construction Inc. c. Québec Ready Mix Inc.*, [1990] 2 R.C.S. 440 ; *Roberge c. Bolduc*, [1991] 1 R.C.S. 374 ainsi que les conditions énoncées à l'article 2848 C.c.Q.

153. Pour des illustrations des inévitables imbroglios découlant de la multiplicité de recours reliés à la même question, voir, entre autres, l'arrêt *Ford Motor Co.*, *supra*, note 119 et notre exposé de celui-ci, *supra*, note 11, 162, 164-165. Voir également, eu égard à des débats qui ont déjà été soulevés devant le Tribunal : *C.D.P.Q. c. Ville d'Aylmer*, [1993] R.J.Q. 333 ; *Poliquin c. Collège de Victoriaville*, [1993] R.J.Q. 350 ; *Voltaire c. Commission scolaire Chomedey de Laval*, [1993] R.J.Q. 340.

154. *Supra*, note 1, p. 723.

demeure toujours l'approche qui assurerait, à notre avis, à la fois stabilité sur le plan juridique et efficacité sur le plan pratique. Dommage que l'arrêt *Morin* ait sacrifié ces acquis à l'autel de la recherche d'une « adéquation » qui, à plus ou moins court terme, révélera ses limites¹⁵⁵ et surtout son effet forcément perturbateur à l'égard des principes de base de la représentation collective dans les rapports du travail.

B) L'émergence d'une dualité de représentation

72. En juin 2001, la Cour suprême rappelait avec éclat les grandes lignes de fond du régime des relations collectives du travail au Canada dans l'arrêt *Noël c. Société d'énergie de la Baie James*¹⁵⁶. Dans le cadre d'un arbitrage délicat entre les notions d'intérêt pour agir en droit administratif et celles de la représentation syndicale exclusive en droit du travail québécois¹⁵⁷, la Cour suprême, dans un jugement unanime et fort bien motivé, a estimé que « le principe de stabilité

des relations de travail et de paix industrielle qui sous-tend l'organisation du régime de représentation et de négociation collective du *Code du travail* s'harmonisait difficilement avec le système procédural proposé »¹⁵⁸ par le salarié qui entendait contester, indépendamment de son syndicat, la sentence arbitrale confirmant la validité de son congédiement.

73. Pour arriver à cette conclusion, la Cour a mis en exergue les principes du monopole de représentation syndicale et ses effets les plus directs dans l'entreprise visée par l'accréditation : droit de représentation exclusive de l'ensemble des salariés couverts par celle-ci et, en corollaire, obligation pour l'employeur de reconnaître et de négocier avec le seul syndicat accrédité. L'employeur est donc privé du droit de négocier directement avec ses employés des « conditions de travail différentes »¹⁵⁹ de la convention collective. Comme l'indique très bien le juge LeBel, « [E]n raison de sa fonction de représentation exclusive, la

155. Nous avons déjà souligné comment de possibles ordonnances de réparation du Tribunal à l'encontre des « parties nationales » visées dans *Morin* poseraient d'importants problèmes d'exécution dans la mesure où ces parties n'existent, en vertu des lois pertinentes, que pour les fins de la négociation des conventions collectives et non pas pour leur application : voir *supra*, par. 53 et note 123 pour les références à nos textes antérieurs.

156. *Supra*, note 117. Il est à noter que la juge en chef McLachlin et le juge Iacobucci n'ont pas siégé dans cette affaire dont le jugement unanime a été prononcé par le juge LeBel (qui, pour sa part, n'était pas de la formation qui a décidé des arrêts *Morin* et *Charette*).

157. Un salarié syndiqué (Noël) a d'abord été congédié. Son syndicat a contesté par grief cette mesure et un arbitre a rejeté ce recours. Après avoir pris connaissance de cette sentence, le syndicat a décidé de ne pas l'attaquer en révision judiciaire, et ce, malgré les demandes du salarié. Face à cette position, ce dernier décida d'agir lui-même et déposa successivement une requête en révision judiciaire (art. 846 C.p.c.) et une action directe en nullité (art. 33 C.p.c.).

158. *Noël*, *supra*, note 117, par. 64.

159. *Ibid.*, par. 42.

présence du syndicat forme écran entre l'employeur et les salariés »¹⁶⁰.

74. Cet « écran » n'est pas que pure forme. Le cadre collectif découlant de l'accréditation d'un syndicat « se substitue au mécanisme contractuel traditionnel, fondé sur des rapports individuels entre l'employeur et ses salariés »¹⁶¹. Dorénavant, avec l'arrivée d'une convention collective, « [L]e droit commun applicable aux contrats individuels de travail ne vaut plus [...] »¹⁶².

75. Or, dans *Noël*, la Cour insiste sur une discussion importante de ce régime de représentation syndicale, soit le fait que celui-ci « offre la perspective d'une paix temporaire » dans l'entreprise visée¹⁶³. Celle-ci profite tant à l'employeur qu'au syndicat. À ce titre, le juge LeBel rappelle que :

[...] pendant la durée d'une convention collective approuvée par l'unité de négociation,

l'employeur acquiert le droit à la stabilité et au respect des conditions de travail dans l'entreprise et à l'exécution continue et correcte des prestations de travail. *Quelles que soient leurs réticences, les membres d'un groupe de salariés dissident ou minoritaire se trouveront liés par la convention collective et devront s'y conformer.*¹⁶⁴

76. Certes, et la Cour en fait longuement état, la représentation syndicale n'est pas à l'abri de toute contestation mais doit se conformer à une obligation de représentation qui a été façonnée par les tribunaux supérieurs et confirmée subséquemment par les législateurs¹⁶⁵. Un salarié peut démontrer, par exemple, que son syndicat a fait preuve, tant à l'étape de la négociation¹⁶⁶ d'une convention collective, de son application ou du traitement au grief d'un salarié, de discrimination, de mauvaise foi, de comportement arbitraire ou de négligence grave¹⁶⁷.

160. *Ibid.* [Nos italiques].

161. *Ibid.*, par. 43.

162. *Ibid.* La Cour se réfère à ses autres arrêts où cette importante règle de suprématie des conventions collectives à l'égard du contrat de travail a été énoncée : *McGavin Toasmaster Ltd. c. Ainscough*, [1976] 1 R.C.S. 718, 725 ; *Hémond c. Coopérative fédérée du Québec*, [1989] 2 R.C.S. 962, 975. Voir aussi au même effet : *Syndicat catholique des employés de magasins de Québec Inc. c. Compagnie Paquet Ltée*, [1959] R.C.S. 206, 212.

163. *Ibid.*, par. 44. [Nos italiques].

164. *Ibid.* [Nos italiques].

165. Sur l'évolution de cette obligation de représentation pour les syndicats, lire *Centre hospitalier Régina Ltée c. Tribunal du travail*, [1990] 1 R.C.S. 1330 et *Guilde de la marine marchande du Canada c. Gagnon*, [1984] 1 R.C.S. 509.

166. *Noël*, *supra*, note 117, par. 57.

167. *Ibid.*, p. 230-233. La Cour mentionne expressément que le mandat de représentation « s'étend à l'ensemble des actes qui affectent le cadre juridique de la relation entre le salarié et l'employeur dans l'entreprise » et que l'obligation de représentation s'applique même dans le cas à l'étape de l'évaluation de la légalité d'une sentence arbitrale, p. 234. [Nos italiques]. À propos du volet « discrimination » de l'obligation de représentation d'un syndicat, il est intéressant de lire la récente décision du Conseil canadien des relations industrielles

77. Si le syndicat exécute correctement son obligation de négociation et d'application des conventions collectives¹⁶⁸, la Cour suprême, en invoquant le principe de la « stabilité effective des conditions de travail »¹⁶⁹, refusera à un salarié de contester individuellement une sentence arbitrale et ce, même si celle-ci concerne son propre congédiement. Pour la Cour, permettre un tel droit de contestation :

[...] serait une violation de l'exclusivité de la fonction de représentation du syndicat, de l'intention législative de finalité de la procédure arbitrale, et mettrait en péril l'efficacité et la rapidité de cette dernière.¹⁷⁰

78. En reconnaissant que le monopole de représentation syndicale est antinomique, en

principe, avec la représentation parallèle ou individuelle des salariés visés par l'accréditation et en rappelant le caractère prépondérant de la convention collective à l'égard du contrat de travail, la Cour suprême consacrait donc l'essence même du régime des relations collectives de travail ayant cours partout au Canada depuis une soixantaine d'années¹⁷¹.

79. En acceptant qu'un groupe de salariés syndiqués puisse contester directement la validité de certaines dispositions de la convention collective les régissant, l'arrêt *Morin* démembre une des assises de ce système législatif et permet l'émergence d'une dualité de représentation au sein des salariés d'une entreprise syndiquée. Dorénavant, il faudra composer au

Bingley and Teamsters Local Union 91, décision n° 291, 14 septembre 2004. Une salariée, victime d'un handicap, poursuit son syndicat en vertu de l'article 97(1) du *Code canadien du travail*, L.R.C. (1985), c. L-2, parce que celui-ci a refusé de soumettre son grief à l'arbitrage. Le Conseil canadien établit que « The duty of fair representation forbids any discrimination towards a union member, whereas the duty to accommodate is to avoid discrimination. Thus, the union's participation in a discriminatory act also entails a breach of its duty of fair representation » (par. 61). Selon le Conseil, dans ce type de dossier où sont invoqués des droits de la personne, « the union must not only handle the grievance in an « ordinary » manner, but has to put some extra effort into the case » (par. 75) et énonce une série de critères pour évaluer plus étroitement le travail du syndicat en de telles matières (par. 86). À notre avis, ces exigences accrues lorsqu'un syndicat représente un salarié qui croit être victime de discrimination devraient s'appliquer non seulement dans les dossiers de handicap et d'accommodement mais également dans tous ceux où les droits de la personne sont en litige. Pour une étude approfondie de toute cette problématique, lire également C. BRUNELLE, *Discrimination et obligation d'accommodement en milieu syndiqué*, Éditions Yvon Blais, Montréal, 2001, p. 59-219.

168. *Ibid.*, p. 233-234 (par. 57).

169. *Ibid.*, par. 63.

170. *Ibid.*, par. 62.

171. Pour un exposé de l'historique des lois régissant les rapports collectifs du travail au Canada, lire, entre autres, G.W. ADAMS, *Canadian Labour Law*, 2nd ed., Canada Law Book, feuilles mobiles, p. I-1 à I-14 ; R.P. GAGNON, L. LEBEL et P. VERGE, *Droit du travail*, 2^e éd., P.U.L., 1991 ; R.P. GAGNON, *Le droit du travail du Québec*, 5^e éd., Éditions Yvon Blais, Montréal, 2003 ; R. CARROTHERS, E.E. PALMER et W.B. RAYNER, *Collective Bargaining Law In Canada*, 2nd ed., 1986, Butterworths, Toronto, Part I.

Canada avec une représentation syndicale valant, d'une part, pour l'ensemble des conditions de travail et, d'autre part, une représentation qu'on pourrait désigner de « droits de la personne ».

80. Contrairement à la représentation syndicale, cette seconde forme de représentation n'est pas unidimensionnelle puisque, comme nous l'avons déjà noté¹⁷², la contestation d'un ou de plusieurs salariés pourrait se faire *via* le canal de la plainte auprès de la Commission ou par le biais plus classique du recours direct devant les tribunaux supérieurs. La représentation « droits de la personne » sera ainsi plurielle et, malgré les apparences de « groupe » qui découlent des faits spécifiques de l'arrêt *Morin*, cette représentation n'aura rien de collectif mais s'avérera essentiellement de nature individuelle.

81. L'individu et la collectivité ! Voilà posé le conflit de logiques qui est sous-jacent à la constitutionnalisation des droits de la personne. Alors que ceux-ci consacrent le caractère fondamental des droits détenus par « toute personne... »¹⁷³, la logique du modèle de représentation syndicale part

du postulat – également constitutionnalisé – de la liberté d'association¹⁷⁴ qui suppose intrinsèquement une « dimension collective » importante¹⁷⁵.

82. Ces deux logiques se confrontent dans *Morin*. À l'étape de la décision de la Cour suprême, elles concernent, on l'a vu, le droit pour des salariés de contester la légalité d'une disposition d'une convention collective. Demain, vu la conclusion de la Cour sur ce premier point¹⁷⁶, l'arrêt *Morin* poussera nécessairement le débat encore plus loin en examinant la teneur même des dispositions de conventions collectives conclues par des parties.

83. Pour l'instant, en accordant à des salariés minoritaires ou dissidents un « droit de contestation »¹⁷⁷, il est clair que l'arrêt *Morin* ébranle un des principes de base du monopole de représentation sans toutefois effectuer d'analyse à ce sujet. En fait, sans même y faire allusion. L'approche a été beaucoup plus radicale : parce que la juge en chef a cru déceler des « intérêts opposés » entre les syndicats et les salariés plaignants¹⁷⁸, elle a conclu que ceci était suffisant pour autoriser le recours direct de ces derniers au Tribunal.

172. *Supra*, par. 68-69.

173. *Charte, supra*, note 13, art. 10.

174. *Ibid.*, art. 3 et *Charte canadienne des droits et libertés*, L.R.C. (1985), App. II, n° 44, art. 2d).

175. *Dunmore c. Ontario*, [2001] 3 R.C.S. 1016, 1041. Sur l'ensemble des composantes de la liberté d'association, il faut lire à ce sujet tout le développement du juge Bastarache, p. 1037-1043. Lire aussi *R. c. Advance Cutting & Coring Ltd.*, [2001] 3 R.C.S. 209, 307-310 (J. LeBel).

176. Nous rappelons que l'arrêt *Morin* n'a pas disposé du fond du recours porté par la Commission devant le Tribunal mais n'a tranché que la question préliminaire de compétence soulevée par les parties défenderesses devant le Tribunal.

177. *Noël, supra*, note 117, par. 63.

178. *Supra*, note 2, par. 28.

84. Où sont donc passées les préoccupations de la Cour suprême à propos de « l'exclusivité du mandat de représentation syndical »¹⁷⁹, de la « stabilité des relations de travail » et de la « paix industrielle »¹⁸⁰ développées avec tant de conviction dans l'arrêt *Noël* ? Ces principes ne constituaient-ils que des considérations propres à la « logique » collective des rapports de travail ? Deviennent-elles toutefois sans objet lorsqu'on aborde une problématique de droits de la personne qui se pose pourtant en milieu syndiqué et à l'égard de la convention collective ? Il aurait été intéressant que l'arrêt *Morin* nous dise pourquoi les principes du monopole de représentation syndicale ont pu avoir préséance dans *Noël*¹⁸¹ sur l'importante notion de droit administratif « d'intérêt pour agir » alors que ceux-ci, pourtant toujours aussi applicables, semblent dénués de toute pertinence et d'incidence lorsqu'il s'agit d'examiner des plaintes soulevant le caractère discriminatoire d'une disposition d'une convention collective.

85. En omettant d'effectuer cette discussion de fond, en ouvrant la porte à un « droit de contestation » individuel sans formuler une quelconque balise,

l'arrêt *Morin* fait plus qu'ouvrir une brèche à l'égard du monopole de représentation des syndicats mais remet en question l'essence collective de toute négociation et conclusion de convention collective.

86. Par ailleurs et indépendamment des conclusions qu'adoptera éventuellement le Tribunal quant au mérite du dossier dans *Morin*, la reconnaissance que des salariés syndiqués peuvent dorénavant attaquer directement la validité de certaines dispositions d'une convention collective amènera rapidement les syndicats et les employeurs à devoir s'interroger sérieusement à propos de leurs pratiques habituelles.

87. Les ententes conclues entre les parties, les compromis souvent difficiles que celles-ci ont exigés de la part d'un syndicat et d'un employeur ne constitueront plus un obstacle à un recours d'un ou de plusieurs salariés alléguant que certaines dispositions de la convention collective les discriminent. Le fait qu'une convention collective soit entérinée par une majorité de membres d'un syndicat¹⁸², voire par l'ensemble de ceux-ci¹⁸³ ne pourra empêcher éventuellement un salarié, qu'il soit membre ou non du syndicat¹⁸⁴,

179. *Noël*, *supra*, note 117, par. 64.

180. *Ibid.*, par. 64.

181. *Ibid.*, p. 236-240.

182. L'article 20.3 C.t. prévoit que « La signature d'une convention collective ne peut avoir lieu qu'après avoir été autorisée au scrutin secret par un vote majoritaire des membres de l'association accréditée qui sont compris dans l'unité de négociation et qui exercent leur droit de vote ».

183. L'unanimité lors de scrutin sur un projet de convention collective est chose rare.

184. En cas d'absence de clause de sécurité syndicale, un salarié couvert par une accréditation n'est pas tenu d'adhérer au syndicat représentant la majorité des salariés. Dans un tel cas, ce salarié ne peut, conformément à l'article 20.3 C.t.

de contester une ou des dispositions de la convention conclue.

88. L'arrêt *Morin* pose donc dès maintenant et plus que jamais¹⁸⁵ ces questions fondamentales d'arrimage entre, d'une part, le fruit de la négociation d'une convention collective qui représente en général une synthèse des préoccupations et objectifs de la majorité des salariés d'une entreprise et de l'employeur¹⁸⁶ et, d'autre part, les droits fondamentaux de l'ensemble des salariés concernés. La théorie classique du système général de relations

industrielles relative aux « concessions » établies lors des négociations « pour ne pas nuire à d'autres salariés ou pour maintenir de bonnes relations avec l'employeur en vue de négociations futures »¹⁸⁷ ou celle voulant que « [L]es intérêts de l'ensemble de l'unité pourront justifier des comportements du syndicat par ailleurs désavantageux pour certains salariés en particulier »¹⁸⁸ semblent désormais dans la cible d'une remise en question. Certes, nous ne pensons pas que ces principes, qui sont à la base de « la nature collective des relations de travail »¹⁸⁹, seront tous écartés

précité, voter lors du scrutin relatif au projet de convention collective. Par ailleurs, même à l'égard d'un salarié qui aurait voté en faveur d'une convention collective, nous voyons difficilement comment celle-ci pourrait être considérée comme une renonciation volontaire à l'exercice de leurs droits fondamentaux. Sur la question de la renonciation à un droit fondamental, voir, par analogie, *Syndicat Northcrest c. Amselem*, [2004] 2 R.C.S. 551, par. 100. Selon la majorité de la Cour suprême, cette possibilité de renonciation, si elle existe, « doit non seulement être volontaire, mais doit aussi être formulée en termes clairs, précis et explicites » (par. 100).

185. Nous avons déjà soulevé cette problématique à l'occasion d'un colloque en 1994 : voir *Relation d'emploi et droits de la personne : évolution et tensions !*, sous la direction de D. NADEAU et B. PELLETIER, 1994, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 1-5.

186. Il n'est pas nécessaire d'insister, selon nous, sur le fait que la négociation d'une convention collective tient compte d'un faisceau d'éléments liés à l'entreprise ou l'institution, à la philosophie du syndicat, etc. Voir G. HÉBERT, *Traité de négociation collective*, Gaëtan Morin éditeur, Boucherville, 1992. L'auteur fait bien ressortir que la négociation de la convention collective a comme objectif premier de régler les questions économiques et ce, tant pour les salariés que pour l'employeur (p. 12). La répartition des fruits de l'entreprise et les progrès économiques de celle-ci sont toujours au cœur des enjeux des négociations d'une convention collective. L'auteur signale bien que, dans le cadre d'une négociation, le syndicat doit composer entre plusieurs intérêts divergents dont précisément celui de défendre « ceux des jeunes ou des vieux, des ouvriers qualifiés ou semi-qualifiés plus nombreux, ou ceux des minorités et des groupes défavorisés ? Défendre les uns c'est toujours un peu laisser tomber les autres. Les choix sont déchirants. L'objectif principal à poursuivre ne sera peut-être jamais clair » (p. 14).

187. Noël, *supra*, note 117, par. 55. Le juge LeBel se réfère alors à l'arrêt *Gilde de la marine marchande*, *supra*, note 165 et *Rayonier Canada (B.C.) Ltd. and International Woodworkers of America, Local 1-217*, [1975] 2 Can. L.R.B.R. 196.

188. *Ibid.* Lire également sur cette même problématique de la conciliation des intérêts des différents groupes de salariés au sein d'une unité d'accréditation l'arrêt *Tremblay c. Syndicat des employées et employés professionnels-les et de bureau*, section locale 57, [2002] 2 R.C.S. 627, par. 21.

189. *Ibid.*

lorsque les tribunaux seront appelés à examiner la légalité d'une disposition d'une convention collective eu égard à des recours fondés sur la *Charte* mais il nous paraît que quel que soit l'arbitrage qui sera fait entre la convention collective et les droits de la personne, le poids significatif accordé depuis une décennie aux droits individuels risque fort d'ébranler les bases d'un régime qui, jusqu'à maintenant, a eu tendance à tenir compte principalement des intérêts de la majorité.

89. Une nouvelle réalité se profile donc dans un horizon qui n'est ni lointain ni seulement théorique. Les questions « d'universalité » des droits prévus à une convention collective¹⁹⁰, celles relatives à l'ancienneté¹⁹¹, aux mouvements de main-d'œuvre, à la rémunération, aux horaires de travail, etc. soulèvent toutes, et souvent à plusieurs niveaux, des problématiques où les droits de la majorité de syndiqués

et ceux de salariés minoritaires peuvent être en conflit plus ou moins directement. À la suite de l'arrêt *Morin*, on peut croire que de telles situations, dans la mesure évidemment où elles donnent ouverture à une dimension de droits de la personne, pourront être un terrain fertile de contestations judiciaires.

90. En fait, cette idée de prééminence des droits de la personne dans les rapports collectifs du travail s'inscrit dans la foulée de l'arrêt *Parry Sound* rendu à l'automne 2003¹⁹². En énonçant que les droits et obligations substantiels prévus par les lois sur les droits de la personne sont contenus implicitement dans chaque convention collective¹⁹³, la Cour suprême écartait alors un autre principe de base du système de relations collectives de travail, soit celui de l'autonomie contractuelle des parties¹⁹⁴. Comme le souligne le juge Iacobucci, « certains droits et obligations exis-

190. Nous pensons ici à l'arrêt *Parry Sound* où le droit de contester par grief un congédiement survenu pendant la période de probation n'était pas ouvert : *supra*, notes 91 et 118.

191. Lire avec intérêt sur cette question le texte du professeur C. BRUNELLE, *supra*, note 77. Pour l'évolution de cette délicate problématique ailleurs au Canada, lire C. ROOTHMAN, S. MCGEE et B. COLE, « More Reconcilable Differences : Developing a Consistent Approach to Seniority and Human Rights Interests in Accommodation Cases », (2004) 11 *C.L.E.L.J.* 69.

192. *Supra*, note 91.

193. *Ibid.*, par. 28-29. Pour un commentaire intéressant de cet arrêt, lire F. MORIN, « Pertinence, cohérence et conséquences de l'arrêt *Parry Sound* », dans *Développements récents en droit du travail*, vol. 205, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2004, p. 31-49.

194. Certes, nous reconnaissons que ce principe n'en est pas à sa première dérogation compte tenu du grand nombre de lois sociales qui prévoient des droits « d'ordre public » (voir, par exemple, la *Loi sur les normes du travail*, L.R.Q., c. N-1.1, art. 93 ; la *Loi sur la santé et la sécurité du travail*, L.R.Q., c. S-2.1, art. 4). Toutefois, ce principe d'autonomie contractuelle est encore invoqué comme une des bases de notre système de relations collectives du travail : voir G. HÉBERT, *supra*, note 184, p. 8. Voir aussi P. VERGE et G. VALLÉE, *Un droit du travail ? Essai sur la spécificité du droit du travail*, Éditions Yvon Blais, 1997, p. 27.

tent indépendamment des intentions subjectives des parties »¹⁹⁵.

91. Le centre de gravité de la création de la norme régissant les relations de travail s'élargit donc considérablement et, faut-il le constater, se déplace graduellement vers la source législative. L'arrêt *Morin*, on le voit, est compatible avec cette philosophie d'amincissement progressif de la marge de manœuvre des parties à une convention collective : non seulement les droits de la personne font partie intégrante de toute convention collective mais, s'ils donnent lieu à des recours, leur exercice est désormais affranchi des règles de base du système de rapports collectifs du travail.

92. La hiérarchie des normes s'impose donc et imprègne à l'égard de toutes les étapes des relations collectives de travail les principes de la *Charte*. Voilà à notre avis le principal message qu'il faille retenir des arrêts *Morin* et *Parry Sound*... et qu'il presse d'intégrer sans tarder dans le champ du travail syndiqué.

93. La métamorphose qu'implique cette évolution ne se fera toutefois pas sans heurts. Passer d'un système où la règle cardinale de la « majorité » marque d'une façon indélébile la reconnaissance étatique d'une association de salariés¹⁹⁶, la signature d'une convention collective¹⁹⁷ et la conduite des affaires syndicales¹⁹⁸ à un régime où les préoccupations et les droits des salariés minoritaires devront non seulement être écoutés mais, afin d'éviter une multiplication de contestations judiciaires, obligatoirement intégrés à la dynamique des négociations et de la gestion de la convention collective suppose encore, pour de nombreuses organisations syndicales¹⁹⁹ et même pour plusieurs employeurs, de vastes remises en cause. Certes, « l'émergence des associations parallèles »²⁰⁰ ou identitaires en marge du mouvement syndical n'est pas un phénomène nouveau²⁰¹ mais, jusqu'à l'arrêt *Morin*, ce phénomène d'expression de la dissidence de certains groupes de salariés ne représentait pas une véritable menace²⁰² dans la

195. *Parry Sound*, *supra*, note 91, par. 36.

196. Art. 21 C.t.

197. Art. 20.3 C.t.

198. P. VERGE et G. MURRAY, *Le droit et les syndicats*, 1991, P.U.L., Québec, p. 81-99 ; F. MORIN et J.-Y. BRIÈRE, *supra*, note 99, IV-30 à IV-39.

199. À ce sujet, il est intéressant de lire l'étude de J. LAPOINTE, C. ROSS et G. LEGAULT, « L'éthique en négociation collective, La perception de conseillers et de conseillers syndicaux québécois », (2003) 58 *Relations industrielles / Industrial Relations* 177. Dans le cadre d'une recherche sur la déontologie implicite dans les négociations de convention collective, les auteurs soulignent qu'une des règles d'éthique qui semble recueillir l'adhésion du plus grand nombre de sujets est : « [...] (3) représenter l'ensemble des mandants (50 % des sujets) » (p. 194 et 192-193).

200. C. BRUNELLE, *supra*, note 11.

201. *Ibid.*

202. Tout au plus, les salariés dissidents pouvaient être à l'origine d'un mouvement de changement d'allégeance syndicale ou, si leur nombre était suffisant, provoquer la révocation de l'accréditation d'un syndicat. Sur l'ensemble de ces mécanismes, lire R.P. GAGNON, *supra*, note 171, p. 289-343.

mesure où les syndicats conserveraient le contrôle absolu de la négociation de la convention collective et de son application.

94. La donne vient toutefois de changer ! En fragmentant les relations de travail en deux sphères – soit les conditions de travail « classiques » où le monopole syndical de représentation demeure intact – et le domaine des « droits de la personne » où des salariés peuvent, en alléguant une atteinte à leur droit à l'égalité, contester directement la légalité d'une convention collective, l'arrêt *Morin* – s'il ne se prononce pas sur le fond du recours de la Commission – donne à toute la communauté juridique intéressée par les relations de travail un signal limpide : les droits individuels de tous les salariés – et non pas seulement ceux de la majorité – devront impérativement, sous peine d'une fragilisation des conventions collectives et d'une instabilité dans les relations de travail, être au centre de l'élaboration des normes contractuelles régissant les rapports de travail.

95. Il existe sûrement plusieurs moyens afin que cette sensibilité aux droits fondamentaux se développe et se transpose dans des actions concrètes au niveau de la négociation et de l'administration de la convention collective²⁰³. La convention collective devra donc trouver une voie vers une « individualisation » grandissante des conditions de travail qui y sont prévues. Le cadre devra, par essence, demeurer collectif mais les parties devront y intégrer – en misant davantage, vu la nature des droits impliqués, sur la négociation raisonnée « d'intérêts communs » que sur la traditionnelle « perspective conflictuelle »²⁰⁴ – des dimensions adaptées aux droits de la personne. La conciliation des deux philosophies en présence fait donc appel au développement d'un nouveau modèle de relations collectives de travail où les clivages « majorité/minorité » devront être aplanis.

96. S'il nous paraît encore trop tôt pour supputer l'impact réel qu'aura l'arrêt *Morin* – en synergie avec *Parry Sound* – sur l'ensemble

203. À ce sujet, le professeur C. BRUNELLE, *supra*, note 167, suggère, par exemple, la création d'un comité d'égalité conjoint qui, à l'image des comités paritaires de santé et sécurité découlant de la *Loi sur la santé et la sécurité du travail* (L.R.Q., c. S-2.1), placerait le droit à l'égalité dans l'entreprise au centre de leurs discussions et décisions (p. 361-370). Parce qu'elle impliquerait une présence « institutionnalisée » de la notion d'égalité, cette idée très intéressante mérite d'être examinée de très près. Les auteurs G. MURRAY et P. VERGE, *La représentation syndicale, Visage juridique actuel et futur*, P.U.L. 1999, Québec, insistent, pour leur part, sur l'importance pour les syndicats de « s'assurer d'un lien significatif de proximité entre le membre et l'institution syndicale, particulièrement face à l'influence grandissante, dans la société, d'autres groupements qui font appel tantôt au caractère identitaire des salariés » (p. 111). On peut penser, par ailleurs, que les syndicats devront investir dans l'embauche de conseillers syndicaux formés à « l'école de l'égalité » et multiplier, pour tous les salariés, les sessions de formation relatives à ce thème. Des obligations similaires s'imposeront également pour l'autre partie à la négociation qu'est l'employeur.

204. G. MURRAY et P. VERGE, *supra*, note 203, p. 56-57.

du régime de relations collectives de travail au Canada, il est certain qu'une page d'histoire vient d'être tournée et que les lendemains de cette décision placent le monde du travail syndiqué face à des défis pratiques et idéologiques colos-

saux. Le délicat équilibre entre la relation d'emploi et les droits de la personne qui nous préoccupait il y a dix ans²⁰⁵ demeure toujours d'actualité et plus que jamais source de questionnements fondamentaux.

205. Voir *supra*, note 185.

RÉDACTION LÉGISLATIVE

Louis BORGEAT*

Six petits pièges pour un légiste efficace**

Le présent texte présente, *a contrario* en quelque sorte, quelques-unes des qualités que devrait posséder le rédacteur législatif dans l'exercice de ses fonctions, et cela, dans la perspective des responsabilités qui sont celles du pouvoir exécutif au sein de l'État. Pour ce faire, l'auteur, qui n'est pas un expert en législation, se situe dans la perspective de la gestion, qui reflète davantage la réalité de son expérience récente. Pendant près de cinq ans sous-ministre associé aux Affaires juridiques et législatives au ministère de la Justice du Québec, il était, à ce titre, responsable des équipes de juristes qui conseillent les ministères du gouvernement. Dans cette fonction, une partie de ses responsabilités avait trait à la législation et il avait en particulier le mandat d'assister, comme représentant du ministère de la Justice, aux séances du Comité de législation du Conseil exécutif. Depuis l'été 2003, à titre maintenant de secrétaire général associé à la législation au sein du

ministère du Conseil exécutif, l'auteur a comme mandat de coordonner les travaux du Secrétariat à la législation qui a la responsabilité, pour le Comité de législation, de réviser les projets de loi soumis au Conseil des ministres. C'est essentiellement sur la base de ces expériences qu'il livre ici ses réflexions personnelles.

La préoccupation première d'un gestionnaire en est surtout une de résultat. À l'égard de la législation, les résultats attendus s'articulent autour de deux axes principaux, celui de la qualité, qui a trait au contenu des textes, et celui de l'efficacité, qui a trait au processus de réalisation des travaux. En effet, si la loi est d'abord conçue dans un univers juridique et linguistique, elle se développe aussi dans un environnement administratif et politique qui impose des contraintes considérables au travail et au processus de rédaction. Ce deuxième axe, celui de l'efficacité, est ici privilégié pour

* L'auteur est secrétaire général associé à la législation au ministère du Conseil exécutif du gouvernement du Québec ; il remercie ses collègues du Secrétariat à la législation pour leurs commentaires.

** Ce texte s'inspire largement d'une conférence donnée le 9 septembre 2004, à Ottawa, à l'occasion du Colloque national de l'Institut canadien d'administration de la justice ayant pour thème : « Les nouvelles perspectives en rédaction législative » lors d'un atelier intitulé « Perspectives des instances judiciaires, législative et exécutive ». L'auteur y présentait la perspective de l'Exécutif. Les propos tenus ici n'engagent évidemment que leur auteur.

présenter les attitudes attendues du légiste en regard de cette préoccupation de résultats. Notons que ces attentes sont exprimées de façon inversée, en parlant des « pièges » qui guettent le légiste ; cette approche permet une présentation imagée, qui est peut-être plus parlante que la traditionnelle expression d'attentes de nature positive.

1. Attention au perfectionnisme

Parce qu'il constitue aussi un danger ! Le perfectionnisme, selon le degré où on le pousse, peut être une qualité ou un défaut. Une telle affirmation est certes paradoxale, puisque la première chose qu'on attend d'un légiste, c'est une recherche incessante de qualité. On exige de lui en effet qu'il fasse preuve de rigueur, de profondeur et de méticulosité dans chacune des étapes qu'implique la rédaction d'un projet de loi, à savoir la recherche, l'analyse des données et la rédaction proprement dite.

Mais attention, un excès à cet égard risque de paralyser le processus de rédaction. Un perfectionnisme exagéré ou incontrôlé peut constituer un motif en apparence légitime pour refuser de passer à l'étape suivante du travail de rédaction : « la recherche n'étant pas complétée à ma totale satisfaction, je ne peux passer à la phase d'analyse » ; ou encore, « l'analyse n'étant pas terminée dans tous ses aspects, je ne peux commencer à rédiger sérieusement ».

Il faut être conscient que chaque étape de ce travail peut donner lieu à une énergie intel-

lectuelle infinie. La phase de la recherche, en particulier, ouvre la porte à une multitude de vérifications en raison de l'ampleur du corpus législatif et de l'immensité du droit comparé qui s'offrent à l'examen. Et bien, malgré cela, il faut savoir s'arrêter lorsque l'on a acquis la conviction intellectuelle d'avoir saisi l'essentiel de la problématique et des diverses solutions possibles. On doit alors tirer la ligne, prendre son crayon (... ou saisir son clavier) et passer à l'étape suivante du travail.

Cette attitude pragmatique, qui vise à obtenir le résultat escompté en temps opportun, suppose que l'on fasse confiance au processus législatif et à ses acteurs. Ce dernier est le fruit d'une interaction continue entre tous les intervenants et il est par définition évolutif, c'est-à-dire composé de multiples étapes de travail. Il faut savoir reconnaître cette réalité et avoir l'humilité d'accepter qu'il est impossible à quiconque, au stade d'une première rédaction législative, d'appréhender l'ensemble des problèmes qui sont susceptibles de survenir. La première rédaction ne constitue que la phase de départ vers une multiplicité d'étapes subséquentes où d'autres acteurs apporteront aussi leur contribution.

Et les occasions d'une telle bonification ne manquent pas ; elles sont nombreuses, aussi bien au sein du ministère parrain du projet de loi qu'au Conseil exécutif ou à l'Assemblée nationale. Le processus législatif se réalise tout naturellement par révisions

successives des textes et le fait que, dans l'univers parlementaire anglo-saxon, on ait traditionnellement parlé de trois « lectures » pour l'adoption formelle des projets de loi, illustre bien le caractère progressif de la démarche du juriste et du législateur dans la recherche d'un résultat optimal, mais toujours perfectible.

Ainsi, si le perfectionnisme se doit de constituer une tendance naturelle de tout bon légiste, il s'agit d'une attitude qu'il faut garder sous contrôle et même quelquefois malmener un peu !

2. Attention aux fleurs du tapis

Parce qu'un autre défi du légiste efficace est de distinguer l'essentiel de l'accessoire et de hiérarchiser les problèmes auxquels il est confronté. Cela signifie qu'il faut distinguer les problèmes de fond et les problèmes de forme et, dans tous les cas, séparer les grandes questions des petites questions. Et pourquoi est-il important de bien faire ces distinctions ? Parce qu'il y a un temps et un lieu pour régler chacun de ces problèmes et que toute confusion à cet égard rend le processus décisionnel disfonctionnel et irritant pour les acteurs.

Pour ce qui est du moment où les questions doivent être abordées, il va de soi que, dans un premier temps, ce sont les grandes questions, qu'elles soient de fond et de forme, qui doivent connaître leur solution. C'est le moment des grands arbitrages et de la structuration générale de l'intervention

législative. Les petites questions viendront par la suite, lorsque l'édifice sera construit. Pour le romancier, il est difficile de régler les problèmes de ponctuation en même temps qu'il construit son scénario. Tout comme pour l'entrepreneur en construction, il est impossible de tirer les joints quand les structures sont encore en voie d'échafaudage...

Même distinction pour les forums où les questions doivent être abordées, il y a des lieux décisionnels pour les grandes questions et d'autres pour les petites. Les ministres seront heureux d'aborder avec le légiste les questions d'orientation, mais seront souvent contrariés si on s'adresse à eux pour régler des questions plus fines pour lesquelles leurs compétences ne sont pas requises. Chaque interlocuteur a son niveau de préoccupation qu'il faut savoir reconnaître et respecter.

3. Attention d'être un éteignoir

Être un éteignoir, c'est ne pas avoir de solutions aux problèmes que l'on soulève soi-même ! Le légiste doit se garder d'avoir une telle attitude parce que, à titre d'expert en matière législative, il est le mieux placé à la fois pour identifier les obstacles que soulève la rédaction et pour imaginer les solutions que ces derniers requièrent.

Il est contrariant pour les décideurs, que ce soit au niveau administratif ou politique, d'être conseillés par un juriste qui jette les problèmes sur la table sans

contribuer à les solutionner. Ces décideurs ne sont pas des experts et, à juste titre, ils se fient à leurs conseillers pour les aider, les orienter et faire avancer leur projet. La fonction conseil implique donc l'identification des problèmes et la recherche de solutions.

Dans cette optique, il est souvent sage de considérer qu'un problème n'est pas un obstacle en soi, mais le début d'une solution à inventer. Cette attitude fait bien sûr appel à la créativité, à l'imagination et à l'innovation. Il s'agit là de l'un des aspects fondamentaux de la tâche de conseiller auprès du gouvernement et de l'une des perspectives les plus stimulantes de ces fonctions. Sur le plan de la satisfaction intellectuelle, l'expérience enseigne qu'il y a souvent plus de défi, donc de plaisir, à créer des avenues de solution qu'à identifier des problèmes.

4. Attention au conservatisme

Parce que le légiste doit être ouvert au changement, au neuf et à l'inédit. La loi est, par définition, un instrument de changement. Les gouvernements sont élus pour faire évoluer le cadre normatif dans lequel s'inscrit la vie en société et la loi, rappelons-le, est très souvent l'expression de leur volonté à cet égard. Louis-Philippe Pigeon disait avec raison : « Le droit est l'expression de la politique en ce qu'elle a de plus stable »¹ ; ce constat sur la relation

intime qui existe entre les politiques et la norme juridique est, à mon sens, particulièrement vrai à l'égard de la loi. Il est donc essentiel pour le légiste, comme acteur dans le processus législatif, d'être capable de vivre avec la réalité du changement, et cela, tant à l'égard du contenu des politiques véhiculées par les lois, qu'à l'égard de leur forme.

Cette attitude d'ouverture à l'inédit n'est pas naturelle chez tous les juristes, pour plusieurs raisons. *Premièrement*, il y a le poids moral ou intellectuel des milliers de pages des lois déjà existantes, qui pèse lourdement sur la plume du rédacteur. Cet immense corpus législatif le guette et lui rappelle constamment de respecter les moules déjà prescrits, les formes déjà autorisées et les orientations déjà présentes dans les milliers de pages des centaines de lois existantes². Pourquoi changer les choses qu'on a toujours faites de la même façon ? *Deuxièmement*, il y a aussi le poids légitime du précédent qui, en droit, guide si souvent les comportements. Une disposition qui a fait ses preuves par le passé est susceptible de bien servir aussi à l'avenir. *Troisièmement*, s'ajoute à cela le réflexe naturel de prudence qui anime la fonction publique, une organisation constamment sujette à l'interrogation et à la critique publique. Personne en législation ne souhaite un jour être ainsi interpellé : « Qui a pu écrire une chose pareille ? », question pro-

1. *Rédaction et interprétation des lois*, Québec, 1965, p. 1.

2. Au Québec, par exemple, il s'agit de 14 500 pages de textes dans quelque 480 lois diverses.

venant d'un ministre ou d'un sous-ministre dans l'application d'une loi ou d'un juge ayant à interpréter celle-ci.

Malgré toutes les forces qui militent pour un conservatisme de bon aloi, dans bien des situations, il est essentiel d'aller de l'avant ou de faire un pas de côté, bref de sortir des sentiers battus, en nuanciant ou en relativisant des acquis. L'évolution est une condition d'adaptation de tout ce qui vit. La législation, pour demeurer vivante, n'échappe pas à la nécessité d'évoluer et de s'adapter à un environnement en mutation constante.

5. Attention au « juridico-centrisme »

Parce que qu'une loi n'est pas seulement un texte de loi. Elle participe en effet à une réalité beaucoup plus complexe qui prend racine dans plusieurs univers, politique, technique et administratif pour ne nommer que ceux-là. Une loi, c'est d'abord une volonté de changement des élus touchant un domaine de l'activité humaine que l'on encadre par des normes nouvelles. Mais c'est aussi, sur le plan gouvernemental, une politique publique en évolution qu'il faut intégrer à d'autres politiques dans une optique de cohésion et d'harmonie. Ensuite, sur le plan administratif, c'est également un ensemble de règles concrètes et opérationnelles qui devront être appliquées par une entité administrative.

Ces diverses perspectives justifient la participation au dossier

législatif d'un ensemble d'acteurs ; le légiste ne peut être l'unique expert dans un tel dossier et la dimension juridique n'est pas la seule qu'il lui faut prendre en considération. Cette réalité lui impose une grande capacité d'écoute des autres intervenants et de respect de leur point de vue. Il lui faut donc travailler en équipe et avec souplesse pour obtenir la qualité recherchée.

6. Attention à la tentation de remplacer le ministre

Parce que les élus sont les décideurs ultimes en législation. En continuité du point précédent, il ne faut jamais perdre de vue que, si plusieurs sont appelés à intervenir dans un dossier législatif, la plupart le font à titre de conseiller. Au sein de l'Exécutif de l'État, un seul acteur est le véritable décideur : il s'agit du ministre et, ultimement, du gouvernement auquel il est redevable. Il s'agit ici d'une distinction fondamentale quant au rôle institutionnel des acteurs. La fonction publique a pour mandat de conseiller les élus en amont de leurs décisions et d'appliquer celles-ci par la suite. Les représentants élus de la population ont, pour leur part, la responsabilité du choix des orientations qui gouverneront la société.

Dans un tel contexte, le rôle conseil des experts de la fonction publique s'exerce dans une relative subordination par rapport au ministre. Cela entraîne un certain nombre d'exigences, dont une attitude d'humilité. Il s'agit d'une qualité qui, par expérience, ne s'acquiert que difficilement ... et

avec les années. Bref, il faut savoir tenir sa place et respecter à la fois le mandat général et les orientations particulières de ceux qui ont obtenu la confiance de la population pour gouverner dans un cadre démocratique.

Par ailleurs, une autre exigence importante liée au rôle de conseiller impartial du pouvoir politique est le courage : il importe de dire ce qui doit être dit, que cela plaise ou non à celui qui doit l'entendre. Les anglophones ont à cette fin une expression bien parlante : « *Speak the Truth* », que l'on peut traduire en français par « Donner l'heure juste ». Par contre, cette responsabilité de dire ce qui doit être dit, ne va pas jusqu'à l'obligation de convaincre son interlocuteur : l'obligation à cet égard en est une de moyen, non de résultat.

À ce sujet, il faut admettre qu'il peut être quelquefois difficile pour un juriste de s'adresser directement aux décideurs politiques pour faire valoir des arguments qui vont à l'encontre de leurs intentions. On doit alors se rappeler que ce n'est pas nécessairement la responsabilité personnelle du professionnel de le faire, mais que c'est une responsabilité qui incombe à l'institution qu'est la fonction

publique. Aussi, cette responsabilité peut-elle être occasionnellement prise en charge par le supérieur immédiat, le supérieur hiérarchique ou le sous-ministre, lesquels sont souvent dans une meilleure situation pour exprimer au politique le point de vue de l'administratif, surtout lorsqu'il est défavorable.

Conclusion

Ce texte se situe délibérément dans l'univers des attitudes et des comportements. Ce choix résulte de la conviction qu'au niveau des compétences, les problèmes sont finalement peu fréquents. En effet, en matière législative, la compétence doit être omniprésente, sinon le juriste est rapidement mis sur la voie d'évitement. Les quelques difficultés rencontrées dans le feu de l'action sont davantage dans les attitudes et les comportements, comme le laissent bien voir celles exposées ici. Il ne faut pas pour autant conclure que ces « six petits pièges » donnent lieu à de fréquents impairs au quotidien dans l'appareil gouvernemental. Au contraire, ceux-ci sont l'exception et ce n'est que dans un esprit préventif et pédagogique qu'ils sont exposés ici à la communauté juridique.

RESPONSABILITÉ CIVILE

P. Claude LAPORTE*

Quand une maxime** en perd... son latin

Introduction

Le ski alpin est-il un sport de salon devenu ? C'est la question qu'on peut légitimement se poser dans la foulée de deux récentes décisions de la Cour supérieure du Québec.

En l'espace d'un mois deux jugements vinrent coup sur coup traiter des obligations qui incombent aux propriétaires de stations de ski en matière de surveillance et de sécurité. Bien que les contextes soient entièrement différents on verra que ces deux décisions comportent néanmoins un certain nombre de dénominateurs communs qui rendent pertinente la question posée en entrée en matière.

L'affaire *Dibbs c. Proslide Technology Inc.*

La première décision qui mérite notre attention est celle prononcée par l'honorable Pierre Isabelle de la Cour supérieure de Hull le 19 décembre 2002¹. Ce dernier était saisi d'une action en dommages intentée par les parents d'Alain Dibbs qui s'était blessé le 8 janvier 2000 lors d'une

descente de réchauffement préalable à une leçon de ski que devait donner une monitrice de l'école de ski du Mont-Cascades.

La preuve a démontré qu'Alain Dibbs était un skieur chevronné pour son âge. Classé « intermédiaire », il connaissait bien les pentes du centre de ski de la défenderesse pour y avoir skié à plusieurs occasions au préalable. Il y avait d'ailleurs skié peu de temps avant son accident.

Les parents d'Alain l'inscrivirent à l'école de ski de la défenderesse. Le 8 janvier était la première journée de cours et il fut confié à la monitrice Karine Fournel. Alain faisait partie d'un groupe de quatre skieurs, tous de calibre intermédiaire. Fournel enseignait le ski depuis 1994 et possédait une certification de niveau II de l'Association canadienne des moniteurs de ski.

Au sommet, Fournel décrivit aux élèves les conditions de neige sur la piste Promenade où allait se dérouler le cours : neige damée sur fond dur. Conformément à une pratique courante dans l'enseignement du ski alpin au Canada,

* Les opinions émises dans le présent texte n'engagent que leur auteur.

** *Volenti non fit injuria*.

1. [2003] R.R.A. 234.

Fournel proposa aux quatre élèves une descente de réchauffement – une « descente libre » – ce qui fut accepté d'emblée. Le directeur général de l'Alliance des moniteurs de ski du Canada, M. Normand Lapierre, a témoigné au procès à titre d'expert pour le compte de la défenderesse et confirma le bien-fondé de cette pratique.

Avant de s'exécuter, les élèves firent des exercices d'étirement à la demande de Fournel qui leur fixa un lieu de rassemblement au bas de la piste. Puis les quatre partirent ensemble dévaler la piste sous le regard de Fournel qui comptait les observer pour évaluer leur habileté respective. Fournel s'exécuta elle aussi, mais dut ralentir sa cadence compte tenu qu'un des élèves était plus lent.

Durant cette descente, et à l'insu de tous, Alain quitta la piste et se retrouva au fond d'une dénivellation dans un petit boisé situé en bordure. En ce faisant, il subit une fracture du crâne et du tibia. Aucune preuve n'a été apportée lors de l'audition sur ce qui aurait pu avoir causé ou même contribué à causer la perte de contrôle d'Alain : ce dernier n'avait en effet aucun souvenir des circonstances entourant son accident et personne n'en fut témoin. Alain n'est malheureusement retrouvé que plusieurs heures après sa chute et dans un état de semi-conscience. Il est alors transporté par ambulance à l'hôpital. La preuve démontra

heureusement que ce délai n'entraîna en soi aucun dommage.

Après avoir brossé un portrait complet des faits, l'honorable Isabelle s'applique ensuite à définir les critères juridiques applicables.

D'entrée de jeu il rappelle que l'obligation de vigilance et de surveillance de l'exploitant d'un centre sportif est une obligation de moyens et non de résultat.

Il s'appuie à cet égard sur deux décisions qui ont en quelque sorte fait époque dans deux décennies différentes, soit les arrêts *Paradis c. Procureur général du Québec*² et *Bouchard c. Drouin*³, tous des arrêts portant sur la responsabilité en ski alpin.

Poursuivant son analyse, l'honorable Isabelle s'éloigne quelque peu de la jurisprudence en matière de ski alpin en citant cette fois un extrait d'un l'arrêt de la Cour d'appel du Québec en matière de dépôt, l'affaire *Ouellette Motor Sales Ltd. c. Standard Tobacco Co.*⁴.

Puis, pour mieux préciser son rôle dans la détermination de la faute, il cite un autre arrêt de la Cour d'appel du Québec qui traitait plus particulièrement d'un accident survenu à l'occasion de l'utilisation d'un tremplin de piscine, l'arrêt *Clément c. Sassine*⁵.

Le savant juge énonce par la suite en trois courts paragraphes⁶

2. *Paradis c. Procureur général du Québec*, J.E. 85-173.

3. C.A. Québec 9778, le 29 août 1974.

4. [1960] B.R. 367.

5. [1998] R.R.A. 314.

6. Par. 68, 69 et 70.

les prémisses qui, comme on le verra plus loin, serviront d'assises à son jugement :

Bien entendu, lorsqu'un enfant est confié à un exploitant de centre de ski ou à ses préposés, ceux-ci agissent *in loco parentis*. Ils doivent donc faire preuve de diligence raisonnable pour éviter à l'enfant, selon son âge et son degré d'habileté, une situation dangereuse excédant les risques habituels et inhérents à la pratique du ski.

Par devoir de surveillance adéquate, il faut notamment déduire qu'il s'agit là d'une norme d'attention suffisante pour que les étudiants se rendent compte de leurs obligations d'observer la réglementation établie par le propriétaire.

Le pouvoir de surveillance d'un skieur âgé de huit ans comprend également l'obligation de pouvoir intervenir en temps opportun pour lui empêcher des blessures sérieuses.

Abordant ensuite la responsabilité du Mont-Cascades l'honorable Isabelle se prononce d'abord sur la faute de Fournel de ne pas avoir agi promptement pour retrouver Alain. Cette faute avait été admise à l'audition.

Puis le tribunal pose la question de savoir si Fournel « a commis une faute en permettant à Alain de descendre sans surveillance et sans directive particulière la piste en question »⁷.

L'honorable Isabelle explique ensuite que la norme applicable pour l'analyse de la conduite d'une monitrice de ski ou d'un exploitant d'un centre sportif est celle du « bon père de famille » ajoutant après, comme pour mettre en opposition, que « par contre, l'obligation générale de surveillance, de vigilance et de sécurité n'est qu'une obligation de moyen »⁸.

Il rappelle ensuite qu'Alain est âgé de 8 ans au moment de l'accident et qu'il n'est donc pas en mesure d'évaluer adéquatement les risques de la pratique du ski, considérant, entre autres, son peu d'expérience dans la pratique du ski⁹ ajoutant du même souffle que « Alain est un jeune garçon intelligent et sait qu'il est possible pour un skieur de tomber et de subir des blessures »¹⁰. Il continue ainsi : « Alain connaît très peu la piste Promenade et ne peut la descendre en toute sécurité sans qu'on lui donne des directives concernant l'endroit sur la piste où il peut descendre sans risque d'accident »¹¹. Poursuivant, l'honorable Isabelle ajoute que la piste, en bordure d'un boisé, est un « endroit dangereux puisque la perte d'équilibre peut entraîner des blessures sérieuses »¹².

Il continue en suggérant que la décision prise par Alain de descendre la piste à cet endroit aurait pu être évitée si Fournel avait informé ses élèves de ne pas skier en bordure des pentes.

7. Par. 102.

8. Par. 103.

9. Par. 105.

10. *Ibid.*

11. Par. 106.

12. *Ibid.*

Et, enfin, ce qui s'avère à toutes fins utiles être la *ratio decidendi* de son jugement :

En permettant à ses élèves de descendre sans surveillance, une monitrice de ski sait qu'elle ne peut intervenir en temps opportun pour éviter une chute et possiblement des blessures sérieuses. Dans la présente affaire, Karine Fournel est trop loin de ses élèves pour pouvoir intervenir à temps et leur permettre de descendre la piste en toute sécurité. Elle ne peut pas intervenir en avisant Alain du danger de skier en bordure de la piste, car celui-ci n'est plus dans son champ de vision et est hors de la portée de sa voix. Karine Fournel n'a donc plus de contrôle sur Alain lorsqu'il effectue sa première descente de l'année.¹³

Énoncé complété par le suivant :

La descente de réchauffement des élèves de Karine Fournel ne lui permet pas d'intervenir auprès d'eux en temps opportun. Elle a donc manqué à son devoir de surveillance et de sécurité adéquate auprès d'Alain et n'a pu lui permettre d'éviter la chute dont il a été victime, alors qu'elle aurait pu le faire.¹⁴

La défenderesse fut tenue entièrement responsable de l'accident de Dibbs.

Sur le plan factuel, on s'interrogera en premier lieu sur les rai-

sons ayant pu motiver l'honorable Isabelle à conclure que l'accident de Dibbs a été causé par une perte de contrôle en bordure de piste : en effet, la preuve est restée totalement muette sur ce point et aucune présomption n'existe en ce sens. On s'interrogera ensuite sur l'importance, selon nous démesurée, que l'honorable Isabelle accorde au fait qu'Alain avait 8 ans – de fait, il allait avoir 9 ans quelques semaines plus tard – au moment de son accident puisqu'il était un skieur de niveau intermédiaire. Enfin il faut s'interroger sur la raison d'être de sa désapprobation de la méthode d'enseignement utilisée par Fournel en l'absence totale de preuve d'expert contraire.

Sur le plan juridique, il faut d'abord constater que l'honorable Isabelle semble avoir confondu deux notions pourtant distinctes : celle de la responsabilité de l'éducateur pour les dommages causés par un élève sous sa surveillance et celle de la responsabilité d'un éducateur pour les dommages causés à un élève sous sa surveillance. Dans le premier cas c'est l'article 1459 C.c.Q.¹⁵ qui s'applique. Rappelons que cet article crée une présomption de responsabilité. Dans le second cas il n'existe aucune présomption : il faut démontrer que l'éducateur a commis une faute qui est elle-même la cause du dommage subi par l'élève. Les auteurs

13. Par. 110.

14. Par. 111.

15. Art. 1459 C.c.Q. (premier par.) : « Le titulaire de l'autorité parentale est tenu de réparer le préjudice causé à autrui par le fait ou la faute du mineur à l'égard de qui il exerce cette autorité, à moins de prouver qu'il n'a lui-même commis aucune faute dans la garde, la surveillance ou l'éducation du mineur. »

Baudouin et Deslauriers diront d'ailleurs, à ce propos¹⁶ :

Il faut cependant se garder de confondre deux situations : celle où l'enfant lui-même se blesse en raison de la faute de ces personnes, qui ne tombe pas sous le coup de l'article 1459 C.c., mais pourrait faire appel à une responsabilité d'ordre contractuel et celle où, en raison de cette faute, l'enfant blesse un tiers.

Quand le juge Isabelle utilise les mots « surveillance et contrôle » et quand il évoque que la monitrice agissait « in loco parentis », il se réfère indubitablement à des notions qui s'appliquent uniquement au cas spécifique visé par l'article 1459 C.c.Q. Il s'agit, selon nous, d'une méprise importante qui semble être constamment en toile de fond.

Mais il y a plus : cette décision entraîne inévitablement un questionnement dont certaines composantes s'articulent comme suit : si un skieur classé « intermédiaire » n'est pas en mesure d'évaluer adéquatement les risques normaux associés à la pratique du ski alpin, est-ce à dire que seul un expert l'est ? Y a-t-il un seul endroit sur une piste de ski où un skieur peut descendre sans risque d'accident, comme le suggère le juge Isabelle¹⁷ ? Peut-on qualifier d'intrinsèquement dangereuse la

bordure d'une piste¹⁸ ? Si le critère pertinent est que la perte d'équilibre peut entraîner des blessures, comme le suggère le savant juge¹⁹, est-ce à dire que tous les endroits d'une piste sont dangereux ? Appartient-il à un moniteur de ski qui enseigne à des élèves intermédiaires de les informer de ce danger particulier ? Contre quels autres dangers doit-il mettre en garde ces mêmes élèves ? Ne peut-il pas présumer que les règles de base du ski alpin sont connues des élèves intermédiaires ? Qu'y a-t-il de plus fondamental et connu en ski que le risque de chuter ? Appartient-il à un moniteur de ski de prodiguer des directives de sécurité de cet acabit à des élèves intermédiaires qui, au surplus, ne font qu'une descente de réchauffement²⁰ ? Quelles seraient ces directives de sécurité ?

Mais encore : comment, en pratique, un moniteur de ski peut-il intervenir en temps opportun pour éviter à un étudiant de chuter²¹ ? Comment peut-il intervenir pour permettre aux étudiants de descendre en toute sécurité²² ? Est-il même réaliste de suggérer qu'un skieur puisse descendre en toute sécurité ? De même, est-il réaliste de suggérer qu'un moniteur de ski peut intervenir efficacement avec sa voix²³, lorsqu'il a charge de quatre élèves sur un terrain dont la surface équi-

16. Jean-Louis BAUDOUIN, *La responsabilité civile*, 6^e éd., Éditions Yvon Blais, p. 521.

17. Par. 110.

18. Par. 106 et 110.

19. Par. 106.

20. Par. 108.

21. Par. 111.

22. Par. 110.

23. *Ibid.*

vaut à des dizaines de terrains de football ? Ou qu'un moniteur a un quelconque contrôle²⁴ sur ses élèves ? Qu'est-ce que le juge entend par un « devoir de sécurité adéquate » en ski alpin²⁵ ? Un moniteur raisonnable ne peut-il pas s'attendre à ce que ses étudiants intermédiaires, ou leurs parents, l'informent de leurs limitations propres ? La situation qui se présentait le jour de l'accident de Dibbs excédait-elle les risques habituels et inhérents à la pratique du ski évoquée par l'honorable Isabelle²⁶ ? Si oui, quelle était cette situation dangereuse ? Quelle est, par ailleurs, la pertinence en l'espèce de rappeler cet enseignement de la Cour supérieure voulant que par un « devoir adéquat de surveillance il faut notamment déduire qu'il s'agit là d'une norme d'attention suffisante pour que les étudiants se rendent compte de leurs obligations d'observer la réglementation établie par le propriétaire »²⁷ ?

Les obligations dévolues aux propriétaires de stations de ski alpin sont bien particulières et ne sont analogues à celles d'aucun autre exploitant de centre sportif (patinoire, piscine, gymnase, tennis etc.) et ce, pour deux raisons principales. D'abord à cause de la nature même de l'activité que constitue le ski alpin, un sport qui est presque entièrement laissé à l'initiative du skieur et qui ne

connaît pas ou peu de règles et de lois, sinon que celle de la gravité. Et deuxièmement, à cause de la surface immense de l'aire de jeu où se pratique ce sport. Ce n'est pas sans raison d'ailleurs que l'approche traditionnelle des tribunaux a toujours été de considérer que la sécurité dans une station de ski était une obligation « accessoire » à ses obligations principales (qui sont, rappelons-le, celle d'offrir un espace de glisse dépourvu de pièges et l'usage de remonte-pentes) et, surtout, qu'il s'agissait d'une « obligation générale de vigilance »²⁸, ou un « devoir général de prudence »²⁹.

L'honorable Isabelle va cependant beaucoup plus loin quand il suggère que le « pouvoir de surveillance d'un skieur âgé de huit ans comprend également l'obligation de pouvoir intervenir en temps opportun pour lui empêcher des blessures sérieuses »³⁰.

Avec respect, cette obligation, telle que décrite par le magistrat, s'apparente beaucoup plus à une obligation de résultat qu'à une obligation de moyens et ce, même si le juge Isabelle a pris la peine de rappeler à plusieurs reprises que l'obligation d'un centre de ski en est une de moyens. C'est le critère qu'il énonce, pas celui qu'il applique. On pourrait même croire que l'honorable Isabelle assimile les obligations d'un centre de ski à

24. *Ibid.*

25. Par. 111.

26. Par. 104.

27. Par. 69.

28. [1991] R.R.A. 482, 487.

29. Voir note 2.

30. Par. 70.

celles d'une garderie. L'obligation de « pouvoir intervenir », telle que formulée par le savant juge, est, avec respect, irréaliste et, surtout, irréalisable. En effet, pour remplir cette obligation de pouvoir intervenir en temps opportun il faudrait que chaque moniteur n'ait pas plus d'un élève à la fois et qu'il le suive de très près, de manière à être en mesure de tenter d'intervenir pour empêcher une chute... Faudrait-il alors que chaque élève soit relié au moniteur avec des sangles ? Et encore, dans de telles circonstances, il n'est même pas certain qu'un moniteur puisse réussir à remplir l'obligation que lui impose maintenant l'honorable Isabelle.

Cette décision contraste grandement avec ce qu'a décidé la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Ankenman*³¹ où, précisément, c'était la responsabilité d'un moniteur de ski qui était en cause. Dans cette affaire le plus haut tribunal du pays a entériné la décision du tribunal de première instance selon lequel la faute du moniteur – si faute il y avait, ce qui n'a pas été reconnu – aurait été d'exposer l'élève à un danger déraisonnable.

Il semble également que l'honorable Isabelle ait oublié un précepte qui se place en quelque sorte en avant-plan, celui selon lequel la pratique du ski alpin, comme celle d'autres sports, comporte des dangers et des risques inhérents qui sont connus d'avance et qu'acceptent ceux qui y

participent librement. C'est la maxime bien connue *volenti non fit injuria*.

Comment discerner dans l'affaire *Dibbs* quelque élément démontrant que Dibbs a été exposé à un danger déraisonnable ? En fait, qu'y avait-il ce jour là que Dibbs – skieur intermédiaire – n'avait pas déjà rencontré ?

La survenance d'un accident relié directement et exclusivement à un risque intimement lié au sport n'entraîne aucune responsabilité de la part de l'exploitant d'un centre sportif quand ce risque est connu du participant. Car, en vérité, en participant à certaines activités l'adepte accepte les conséquences de ses actes, de ses choix et des risques associés à cette activité. C'est d'ailleurs ce que rappellera la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Crocker*³² où l'honorable Bertha Wilson, en analysant les questions que posait ce pourvoi, rappela d'entrée de jeu que le risque fait partie intégrante de certains sports. Elle continua comme suit :

En général, lorsqu'une personne se blesse accidentellement dans la pratique d'un sport, le droit n'impute la responsabilité à personne d'autre. La personne blessée doit compter sur une assurance privée et sur le régime public d'assurance maladie.³³

Il appert que dans l'affaire *Dibbs* l'honorable Isabelle aurait fait de la causalité l'élément

31. *Jaegli Entreprises c. Ankenman*, 124 D.L.R. (3d) 415 (Cour suprême du Canada).

32. *Crocker c. Sundance Northwest Resorts Ltd.*, [1988] 1 R.C.S. 1186.

33. *Ibid.*, p. 1192.

déterminant avant même la faute, pourtant hiérarchiquement plus importante si l'on s'en tient à l'adage « pas de responsabilité sans faute ».

L'affaire *Bélanger c. Station Mont Ste-Anne*

L'affaire *Bélanger*³⁴ fut entendue par l'honorable Louise Moreau J.C.S. qui était saisie d'une action en dommages intentée par Michael Bélanger. Ce dernier s'était blessé alors qu'il skiait au mont Ste-Anne dans la région de Québec en janvier 1996.

Les faits essentiels se résument comme suit : le demandeur, âgé de 22 ans, était un skieur expérimenté qui connaissait bien le mont Ste-Anne pour y avoir skié en moyenne quelque 25 fois par année. En fait, il y avait skié une douzaine de fois durant l'hiver 95-96.

La journée de l'accident était une journée ensoleillée et les pistes que Bélanger allait emprunter lui étaient connues car il les avait utilisées quelque trois jours plus tôt.

Bélanger, qui était accompagné d'un ami, était toujours le premier sur les pentes, généralement des pistes classées « plus difficile ». La première descente effectuée en après-midi s'est faite sur la « La Grande Allée », qui est décrite dans ce jugement comme « intermédiaire³⁵. Cette

piste bifurque à un moment donné pour rejoindre « L'Express ». Pour y accéder, les skieurs devaient passer par « La Vieille Expresse » pour ce faire.

Le demandeur effectua une descente dans « La Grande Allée » qui était recouverte de neige granuleuse sur fond dur. Voici comment l'honorable juge Moreau décrit la suite des événements :

[...] en s'engageant dans la bifurcation, le demandeur a été surpris par le changement d'état de la piste « La Vieille Express » car elle était maintenant remplie de bosses, dont la première était trop près pour qu'il puisse s'arrêter.³⁶

Il fut encore plus surpris quand, du haut de la première bosse, il s'est aperçu qu'il y avait plusieurs bosses d'affilée. Il n'a jamais pu reprendre le contrôle, qu'il a perdu à la première bosse, et il a sauté la deuxième tant bien que mal pour ensuite être percuté dans les airs et passé par-dessus de la troisième pour finalement s'effondrer au bas de la quatrième.³⁷

Bélanger a soutenu lors de l'audition que la défenderesse avait commis une faute en omettant de placer des affiches indiquant la présence des bosses. Il a prétendu que l'endroit était un piège et que la piste aurait dû être fermée.

La défenderesse fit entendre le responsable de la patrouille qui a expliqué que les bosses avaient été

34. [2003] R.R.A. 187.

35. Il s'agit probablement d'une piste classée « difficile » compte tenu qu'il n'existe pas de catégorie « intermédiaire » au Québec.

36. Par. 13.

37. Par. 14.

fabriquées la veille de l'accident dans un but éducatif pour l'école de ski. Il a rappelé qu'en 1996 l'utilisation de semblables bosses était nouvelle et que, pour en avertir les usagers, il avait fait placer une pancarte en forme de losange à fond jaune où était écrit en noir « Conditions variables – Variable Conditions ». Il a de plus souligné avoir laissé de chaque côté de ces bosses un passage plat pour donner le choix aux skieurs de ne pas utiliser ces bosses.

Après avoir rappelé que la défenderesse explique l'accident du demandeur, en partie par le fait qu'il circulait à une trop grande vitesse, l'honorable Moreau suggère que « la principale question est de savoir si la défenderesse a rempli ses obligations à l'égard du demandeur »³⁸.

Le magistrat pose un premier jalon en indiquant que « la jurisprudence reconnaît que cette obligation en est une de moyens, c'est-à-dire que le Centre de ski a une obligation de vigilance et de surveillance face à sa clientèle »³⁹ ; elle en pose un second en indiquant que « pour que le demandeur ait gain de cause, il doit prouver que le dommage qu'il a subi est la conséquence d'un risque non prévu ou d'une aggravation de celui-ci »⁴⁰.

L'honorable Moreau cite ensuite un passage, maintenant classique, du jugement du juge

René Letarte de la Cour supérieure dans l'affaire *Paradis*⁴¹ où ce dernier avait résumé en six points les paramètres juridiques à appliquer dans le cas d'une poursuite suivant un accident de ski :

- 1) L'exploitant d'un centre de ski est investi envers ses clients d'une obligation de moyens ;
- 2) Cette obligation lui impose le devoir, suivant le critère du bon père de famille, de mettre à la disposition des usagers des pistes exemptes de trappes ou de pièges, compte tenu de la prévisibilité normale ;
- 3) Son devoir général de prudence ne lui impose pas l'obligation de mettre tous ses clients à l'abri de toutes possibilités d'accidents, il n'est pas l'assureur de ses clients et aucune présomption légale de faute n'existe contre lui ;
- 4) Le skieur a l'obligation identique d'agir en « bon père de famille » ;
- 5) Le ski comporte certains dangers inhérents que l'adepte est censé accepter au départ ;
- 6) L'étendue de l'acceptation du risque par un skieur est intimement liée à son degré d'expérience et de compétence, à l'ensemble de toutes les circonstances et aux avertissements spécifiques qui peuvent lui être donnés par quelque moyen que ce soit, affiches, etc.

38. Par. 42.

39. Par. 43.

40. Par. 44.

41. Voir note 2. *Paradis* était devenu paraplégique à la suite d'une embardée causée par une roche qui s'était découverte en milieu de piste.

Bien qu'ayant cité textuellement ce passage, il est regrettable que l'honorable Moreau ait omis de mentionner ce qui avait précisément amené le juge Letarte à faire état de ces six paramètres. Ce dernier avait en effet, et d'entrée de jeu, posé la question suivante (en parlant des circonstances ayant mené à l'accident de Paradis) : « S'agit-il d'un piège ou d'une trappe raisonnablement prévisible par l'exploitant et dont il aurait dû prémunir son client ou, compte tenu de toutes les circonstances, d'un danger lié à l'exercice d'un sport que l'adepte reconnaît et accepte dès le moment de sa participation [...] ».⁴² Ce passage est important puisqu'il donne le ton à toute l'analyse faite par le juge Letarte.

L'honorable Moreau identifie et qualifie ensuite les obligations d'un centre de ski envers sa clientèle : il s'agirait, selon elle, « d'obligations de vigilance et de surveillance »⁴³.

Il est soutenu que cette description se veut clairement à contre-courant du droit positif québécois. En effet, les obligations de vigilance et de surveillance des centres de ski, tout comme celles de sécurité et de prudence, sont des obligations accessoires. Ce ne sont en effet pas les principales obligations assumées par un centre de ski qui sont, rappelons-le, celles de fournir un moyen d'accéder aux pistes et un domaine

skiable exempt de pièges. Ces obligations sont de plus, et nécessairement, générales.

À l'instar de l'obligation de sécurité, les obligations de vigilance et de surveillance, sans autre qualification, engendrent à toutes fins utiles des obligations de résultat. Les frères Mazeaud ont bien expliqué la distinction entre une obligation de sécurité et une obligation générale de sécurité :

Le débiteur de sécurité peut d'abord s'être engagé à faire seulement ce que commandent la prudence et la vigilance pour éviter les accidents. Il s'agit alors de l'obligation générale de prudence et de diligence. Dans ce cas, les règles qui gouvernent la charge de la preuve conduisent à décider que la victime, pour démontrer l'inexécution, doit établir l'imprudence ou la négligence.

Mais l'obligation contractuelle de sécurité est souvent très différente : il s'agit d'une obligation déterminée. Le débiteur s'engage à ce qu'aucun accident n'arrive. Il ne peut alors se libérer qu'en prouvant la cause étrangère.⁴⁴

Il en est de même, selon nous, des obligations de vigilance et de surveillance.

Mais il y a plus. Quand l'honorable Moreau conclut que pour que le demandeur ait gain de cause il « doit prouver que le dommage qu'il a subi est la consé-

42. Voir note 2, p. 19.

43. Par. 43 et 63.

44. MAZEAUD, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile et délictuelle*, 4^e éd., Paris, Librairie du recueil Sirey, 1947, T. 1, p. 165, 166 et 178.

quence d'un risque non prévu ou d'une aggravation de celui-ci, » elle oublie de préciser que le risque « non prévu » dont il s'agit, tout comme son aggravation, doivent être cachés.

En effet, le critère ne peut être celui du risque prévu ou non prévu puisque le ski alpin est un sport comportant des risques connus et qu'acceptent d'avance les participants, qu'ils les aient prévus ou non. L'exposé de l'honorable juge Letarte dans *Paradis* (et omis par l'honorable Moreau) fait le point sur cette question.

Ce que suggère aussi l'approche adoptée par l'honorable Moreau est qu'il appartient aux centres de ski de faire l'éducation des adeptes, y compris de leur expliquer les risques associés à la pratique du ski alpin. Non seulement n'est-il pas du ressort des centres de ski de ce faire mais encore faut-il y voir, par voie de conséquence, une déresponsabilisation du skieur car l'honorable Moreau réduit considérablement la responsabilité que doit assumer un participant lors de la pratique d'un sport de glisse.

En effet, le skieur doit lui aussi agir en « bon père de famille », c'est-à-dire tout faire pour assurer sa propre sécurité, ce qui implique de suivre à la lettre le *Code de conduite en montagne* dont l'article premier est certainement le plus névralgique : « skier en contrôle ».

Quel skieur ne sait pas qu'une piste de ski peut changer considérablement de jour en jour, voire d'heure en heure, de telle sorte qu'il doit toujours exercer une vigilance constante et ne rien prendre pour acquis : ce qui était poudreux peut devenir granuleux ou encore glacé et vice versa. Même les profils des pentes changent. Y a-t-il par ailleurs obstacles plus naturels que des bosses sur les pistes ? Ce n'est pas sans raison que le credo de tout glisseur est : « Conserver la maîtrise de sa vitesse et de sa direction pour être en mesure d'arrêter et d'éviter toute personne ou obstacle »⁴⁵.

Il reste néanmoins qu'une station de ski n'a pas à être plus prudente que les skieurs qui la fréquentent.

Dans un récent jugement, l'honorable Yves Tardif de la Cour supérieure rappelait comme suit à quoi était confronté un skieur alpin à chaque fois qu'il s'adonnait à son sport⁴⁶ :

[2] Tout skieur – et, en réalité, probablement tout adulte – sait que la pratique du ski comporte certains risques. En pratiquant ce sport, le skieur accepte les risques inhérents et prévisibles. En ski, le danger est omniprésent : une mince couche de neige recouvre sournoisement une plaque de glace, un attroupement de skieurs se forme inopinément et complique – ou barre – le passage, la neige, poudreuse en haut de la montagne, a fait place à une neige mouillée ou à de la glace, le brouillard enveloppe soudaine-

45. Voir *Code de conduite en montagne* (L.R.Q., c. S-3.1, r. 3.2), art. 1.

46. *Nicole Lambert c. Coopérative de solidarité récréotouristique du Mont Adstock*, jugement du 14 janvier 2005, 450-17-000525-015, par. 2 (Cour supérieure).

ment une partie de la montagne, une petite bosse provoque le déséquilibre du skieur, les muscles ne répondent pas à la commande du cerveau, le cerveau ne sait pas si, durant la seconde suivante, il faudra attaquer la bosse de plein front *ou* la contourner par la gauche *ou* par la droite, etc.

Comment ne pas voir dans cette description fort imagée l'essence même de cette activité sportive ?

Conclusion

Ces deux décisions pourraient modifier sensiblement la donne en matière de responsabilité des stations de ski au Québec. La jurisprudence nous semblait pourtant bien arrêtée et satisfaisante. Avec ces deux jugements on est maintenant en droit de se demander non seulement où débute cette responsabilité mais, également, où elle s'arrête. Il faut souhaiter que ces jugements soient considérés comme des cas isolés et n'amorcent pas un changement de direction majeur.

Car, en réalité, ce sont les assises mêmes de la responsabilité en droit des sports qui sont remises

en cause dans ces deux décisions, à moins évidemment, comme le soulignait le professeur Klar il y a maintenant quinze ans⁴⁷, que le principe de l'indemnisation des victimes d'accident par le biais de l'étalement des pertes soit devenu un objectif social que les tribunaux auraient résolument décidé de mettre en application.

Les pertes de contrôle, les chutes en ski et les états changeants des conditions de neige et des profils des pentes sont au ski alpin ce que les mises en échec et les rondelles égarées sont au hockey et les coups de pied au soccer : indissociables. Car, à vrai dire, qu'est-ce que le ski alpin sinon que l'art d'éviter des obstacles sur les pistes ?

Les jugements *Dibbs* et *Bélanger* viennent en quelque sorte chambouler ces vérités en assimilant à toutes fins utiles les obligations d'une station de ski à celles des salons de quilles ou de billard où, théoriquement, aucun accident n'est censé se produire. En sommes-nous rendus là ?

Faudra-t-il dorénavant écrire *Volenti non fit injuria r.i.p.* ?

47. Lewis KLAR, *La Revue du Barreau canadien*, vol. 66, p. 159.