



Revue du Barreau du Québec

Revue du Barreau: volume 61 numéro 2

Les devoirs de loyauté des administrateurs de sociétés par actions fédérales – impact du Code civil du Québec

Paul Martel


L'avocat: un conscrit de l'État?

Jean-Claude Hébert

Le test de la personne raisonnable en responsabilité civile

Han-Ru Zhou

Chroniques

Droit administratif. *Ocean Port c. B.C. (Liquor Control)*: le rôle des juges dans la protection de l'indépendance quasi judiciaire  90K

Suzanne Comtois

Droit administratif. L'expectative légitime après l'arrêt *Mont-Sinai*  95K

Claudine Roy

Responsabilité médicale. Une lecture française d'un arrêt québécois  95K

Gérard Mémeteau

Liste des mémoires de maîtrise et thèses de doctorat acceptés en 2001

 72K

Nos disparus en 2001  19K

Index des auteurs  19K

Index analytique  26K

Jurisprudence commentée  17K

Table de la législation commentée  17K

Les devoirs de loyauté des administrateurs de sociétés par actions fédérales – impact du *Code civil du Québec*

Paul MARTEL

Résumé

Le *Code civil du Québec* codifie depuis 1994 les devoirs des administrateurs des personnes morales. Jusqu'alors, la nature et la portée exactes de ces devoirs étaient incertaines au Québec. Parmi ces devoirs codifiés se situent ceux d'agir «avec honnêteté et loyauté dans l'intérêt de la personne morale» énoncés à l'article 322. Ces devoirs font double emploi avec les devoirs dits «fiduciaires» imposés par l'article 122(1)(a) de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* aux administrateurs et dirigeants des sociétés par actions fédérales. Par ailleurs, les articles 324, 325 et 326 C.c.Q. reprennent, en termes similaires, ceux de l'article 120 de la loi fédérale. La présente analyse tente de démontrer que, parce que les devoirs d'honnêteté et de loyauté énoncés par le C.c.Q. proviennent des devoirs «fiduciaires» de la common law, ou à tout le moins ont une origine commune, et parce qu'ils sont décrits en s'inspirant de ceux-ci, l'impact du C.c.Q. sur les devoirs «fiduciaires» des administrateurs des sociétés fédérales tels qu'établis par la common law anglo-canadienne devrait demeurer très minime.

Au fil de cette étude, l'auteur donne une description sommaire des devoirs fiduciaires en common law, et un rappel historique de l'accueil qu'ont reçu ces devoirs dans la jurisprudence et la doctrine québécoise, avant et depuis l'adoption du *Code civil du Québec*; il passe en revue les divers aspects de ces devoirs à la lumière du droit civil, sous les rubriques suivantes: les conflits d'intérêts, les profits personnels, les contrats avec la société et la survie des devoirs; il étudie enfin le cas des dirigeants, de la défense de bonne foi, de l'indemnisation et du «recours pour oppression».

Les devoirs de loyauté des administrateurs de sociétés par actions fédérales – impact du *Code civil du Québec*

Paul MARTEL*

Introduction	327
I. Les devoirs fiduciaires – description sommaire	328
II. Évolution des «devoirs fiduciaires» au Québec	333
1. Avant le Code civil du Québec	334
a) Avant 1985.	334
b) De 1985 à 1989	336
c) De 1989 à 1994	337
2. Code civil du Québec	341
III. Les conflits d'intérêts	344
1. «Au mieux des intérêts de la société»	345
2. Détournement de pouvoir	351
3. Divulgence de conflit d'intérêts potentiel	354

* Professeur, Faculté de science politique et droit, UQAM.
Ce texte est une version remaniée d'une étude réalisée pour le compte de la Section du Code civil du ministère de la Justice du Canada, dans le contexte du Programme d'harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil provincial.

4. Profits personnels	355
a) Principes de common law	355
b) Le Code civil du Québec	357
5. Contrats avec la société	364
a) La common law	364
b) L'article 120 de la <i>Loi canadienne sur les sociétés par actions</i>	365
c) Le Code civil du Québec	370
6. Survie des devoirs	374
7. Les dirigeants	375
8. Défense de bonne foi.	378
9. Indemnisation	379
10. Recours pour oppression et devoirs «fiduciaires».	379
11. Devoirs de loyauté et devoirs «fiduciaires».	380
12. Code civil et common law	385
Conclusion	394

INTRODUCTION

L'article 122(1)(a) de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* (la «Loi» ou «L.c.s.a.») se lit:

Les administrateurs et les dirigeants doivent, dans l'exercice de leurs fonctions, agir [...] avec intégrité et de bonne foi au mieux des intérêts de la société.

Cette disposition datant de 1975¹ a comme origine l'article 9.19(1) du Projet de loi présenté en 1971 par le groupe de travail présidé par M^e Robert W.V. Dickerson² (le «Rapport Dickerson»). Cet article 9.19 représentait «une formulation législative générale des principes sous-jacents à la relation fiduciaire qui existe entre les corporations et leurs administrateurs»³. Ainsi que l'a expliqué l'un des auteurs de ce Rapport peu après sa publication, l'article 9.19 avait pour but de refléter et de clarifier l'état de la common law en matière de devoirs fiduciaires des administrateurs⁴.

Il faut donc considérer l'article 122(1)(a) comme la pointe d'un énorme iceberg, soit le corps jurisprudentiel de common law sur les devoirs fiduciaires des administrateurs et dirigeants.

Quelle est la portée des «devoirs fiduciaires» formulés par l'article 122(1)(a) dans la province de Québec, où ces devoirs vien-

1. *Loi sur les corporations commerciales canadiennes*, S.C. 1974-75-76, c. 33, art. 117.
2. Robert W.V. DICKERSON, Leon GETZ et John L. HOWARD, *Propositions pour un nouveau droit des corporations commerciales canadiennes*, vol. 1, Ottawa, Information Canada, n^{os} 236 et 237, p. 90 et 91 (ci-après cité: «Rapport Dickerson»).
3. «Quant à l'obligation générale de loyauté et de bonne foi, le présent article constitue une simple tentative de distiller les résultats de la masse de jurisprudence portant sur les principes fiduciaires en relation avec le poste d'administrateur. Ces principes ont été reconnus par les tribunaux canadiens depuis fort longtemps: voir par exemple *Sun Trust Co. c. Bégin*, [1937] R.C.S. 305; *Peso Silver Mines Ltd. c. Cropper*, (1966) 58 D.L.R. (2d) 1. L'article 9.19 ne prétend pas répondre à l'avance aux problèmes complexes résultant de l'évaluation des faits de chaque cas particulier. Son but est simplement, et peut-être sans raison, de donner un soutien législatif à des principes qui, s'ils se comprennent bien, sont néanmoins difficiles à appliquer. *Ibid.*, p. 90 et 91.
4. John L. HOWARD, «The proposals for a new business corporations act for Canada: concepts and policies» dans *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada 1972 – Corporate and Securities Law*, Toronto, Richard de Boo, 1972, p. 17, 44 et s.

nent d'être codifiés aux articles 321 et suivants du *Code civil du Québec* (le «Code civil» ou «C.c.Q.»)? L'iceberg peut-il naviguer dans les eaux québécoises, ou doit-il fondre à leur contact?

Pour répondre à ces questions, je commencerai par donner une description sommaire des devoirs fiduciaires en common law. Je verrai en second lieu, dans un bref rappel historique, quel accueil ces devoirs fiduciaires ont reçu de la part des tribunaux et des auteurs québécois, avant et depuis l'adoption du Code civil. Je passerai ensuite en revue les divers aspects de ces devoirs à la lumière du droit civil, sous les rubriques suivantes: les conflits d'intérêts, les profits personnels, les contrats avec la société et la survie des devoirs. J'étudierai enfin le cas des dirigeants, de la défense de bonne foi, de l'indemnisation et du «recours pour oppression».

Au terme de ce processus, je proposerai une récapitulation et des conclusions.

I. LES DEVOIRS FIDUCIAIRES – DESCRIPTION SOMMAIRE

La notion de devoirs ou d'obligations «fiduciaires» est une création de l'*equity* anglaise remontant à plus de deux siècles. Les catégories de rapports entre personnes donnant ouverture à ces devoirs ne sont pas fermées⁵:

L'obligation de fiduciaire découle de la nature du rapport et non pas de la catégorie spécifique dont relève l'acteur. Comme en matière de négligence il faut se garder de conclure que les catégories de fiduciaires sont exhaustives.⁶

Ces devoirs ont été jugés s'appliquer non seulement aux fiduciaires («*trustees*») proprement dits, mais aussi aux associés, aux mandataires et aux administrateurs de personnes morales, de même, entre autres, qu'à des «hauts fonctionnaires», des «employés-clés», des intermédiaires financiers, un individu candidat à un emploi, un créancier hypothécaire exerçant son pouvoir de vente et un avocat ayant une liaison clandestine avec la femme

5. *Guérin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335, 384; *Frame c. Smith*, [1987] 2 R.C.S. 99, 134; *Lac Minerals Ltd. c. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 574, 597.

6. *Guérin c. La Reine*, précité, note 5, p. 341.

de son client⁷, des banquiers et des comptables conseillers fiscaux, en faisant un concept flou et fluide qui a déjà été qualifié d'«*equity's blunt tool*»⁸ et d'«obligation légale à la recherche d'un principe»⁹.

Les caractéristiques essentielles d'une «relation fiduciaire» ont été énoncées en ces termes par la juge Wilson dans l'arrêt *Frame c. Smith*¹⁰:

- (1) le fiduciaire peut exercer un certain pouvoir discrétionnaire;
- (2) le fiduciaire peut unilatéralement exercer ce pouvoir discrétionnaire de manière à avoir un effet sur les intérêts juridiques ou pratiques du bénéficiaire;
- (3) le bénéficiaire est particulièrement vulnérable ou à la merci du fiduciaire qui détient le pouvoir discrétionnaire.

Bien que la juge Wilson ait été dissidente dans cet arrêt, son énoncé a été approuvé tant par la majorité que la minorité des juges de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Lac Minerals* et ses arrêts subséquents¹¹.

Les devoirs «fiduciaires» peuvent se résumer ainsi: lorsqu'une personne (le fiduciaire) occupe un poste ou un rôle où elle bénéficie de la confiance et de la foi d'une autre personne (le bénéficiaire), elle doit agir avec une extrême bonne foi (*uberrimae fides*) envers ce bénéficiaire, et ne pas abuser de cette confiance ou exercer ses pouvoirs au détriment du bénéficiaire.

Parmi les catégories de rapports de personnes, celle de compagnie-administrateur a depuis très longtemps¹² été reconnue comme donnant ouverture aux devoirs «fiduciaires», tant en droit

7. Voir Peter D. MADDAUGH, «Definition of Fiduciary Duty», dans *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada - 1990*, Toronto, De Boo, 1991, p. 15.

8. Juge Sopinka, dans *Lac Minerals*, précité, note 5, p. 596, référant à un article du professeur WEINRIB, «The Fiduciary Obligation», (1975) 25 *U. of T.L.J.I.* 4.

9. *Hodgkinson c. Simms*, [1994] 3 R.C.S. 377, par 29. M^e MADDAUGH, *supra*, note 7, fait remarquer avec humour: «The term «fiduciary» is not one used by ordinary people. It is only used by lawyers. This in itself should arouse our suspicions» (p. 16).

10. Précité, note 5, p. 136.

11. *Lac Minerals Ltd.*, *supra*, note 5, p. 599 et 646; *Canada Entreprises Ltd. c. Boughton & Co.*, [1991] 3 R.C.S. 534, 543; *M.(K.) c. M.(H.)*, [1992] 3 R.C.S. 6, 63 et s.; *Hodgkinson c. Simms*, précité, note 9, par. 30 et 119.

12. Au moins depuis 1742, dans l'arrêt *Charitable Corporation c. Sutton*, (1742) 26 E.R. 642.

anglais¹³ qu'en droit canadien¹⁴. En 1974, dans l'arrêt-clé *Canadian Aero Service Ltd. c. O'Malley*¹⁵, la Cour suprême du Canada a étendu cette catégorie pour inclure, en plus de l'administrateur de compagnie, son «fonctionnaire supérieur», c'est-à-dire quelqu'un dont le poste «comporte des initiatives et des responsabilités très éloignées du rôle d'obéissance des préposés».

Le juge La Forest, dans l'arrêt *Lac Minerals*, a dit de l'obligation fiduciaire «qu'il s'agit de l'obligation de loyauté, qui comprendra le plus souvent l'obligation d'éviter les conflits de devoirs ou d'intérêts et celle de ne pas faire de profits aux dépens du bénéficiaire»¹⁶. Ces prohibitions de conflit d'intérêts et de profits personnels feront l'objet des deux principales divisions du présent texte.

Pour bien comprendre l'interaction entre les devoirs fiduciaires et le droit civil du Québec, il convient d'exposer sommairement au départ les principales caractéristiques de ces devoirs, au moyen des propositions suivantes:

- i) La personne en position «fiduciaire» (en l'occurrence, l'administrateur ou le dirigeant) doit *agir de bonne foi au mieux des intérêts du bénéficiaire* (la compagnie) pour tout ce qui est relié à son rôle¹⁷.
- ii) Cela signifie que le fiduciaire a l'obligation de faire en sorte que ses intérêts n'entrent pas en conflit avec ceux du bénéficiaire¹⁸.
- iii) En particulier, le fiduciaire ne peut *contracter ou s'engager avec le bénéficiaire*, ni détenir un intérêt personnel direct ou indirect dans ces contrats ou engagements, sous peine de nullité de ces contrats ou

13. Voir aussi, notamment, *Aberdeen Railway Company c. Blaikie Brothers*, [1854] 1 Macq. 461, 471; *Regal (Hastings), Ltd. c. Gulliver*, [1942] 1 All E.R. 378, 389 (Lord Russell of Killowen) et 395 (Lord Porter).

14. Pour ne citer que les décisions de la Cour suprême, mentionnons: *Sun Trust Co. c. Bégin*, *supra*, note 3; *Zwicker c. Stanbury*, [1953] 2 R.C.S. 438; *Peso Silver Mines Ltd. c. Cropper*, [1966] R.C.S. 673; *Canadian Aero Service Ltd. c. O'Malley*, [1974] R.C.S. 592; *Frame c. Smith*, précité, note 5, p. 134 et 136; *Lac Minerals Ltd. c. International Corona Resources Ltd.*, précité, note 5, p. 597; *McClurg c. The Queen*, [1990] 3 R.C.S. 1020, 1040.

15. Précité, note 14.

16. *Lac Minerals Ltd.*, précité, note 5.

17. *Re Smith and Fawcett, Ltd.*, [1942] Ch. 304 et s.; *Sun Trust Co. c. Bégin*, [1937] R.C.S. 305, 307.

18. «The fiduciary must not only avoid a direct conflict of interest but must also avoid the appearance of a possible or potential conflict»: *Moffat c. Westein*, (1996) O.R. (3d) 371, 390.

engagements, à moins que le bénéficiaire n'y consente expressément, en pleine connaissance de tous les faits et sans influence indue¹⁹.

- iv) Cela signifie aussi que le fiduciaire ne peut réaliser aucun *gain personnel*, direct ou indirect, du fait de sa position. Tout profit ou gain personnel qu'il réalise appartient au bénéficiaire et doit lui être remis, sauf si le bénéficiaire l'autorise à le conserver, en pleine connaissance de tous les faits et sans influence indue²⁰.
- v) Pour se prévaloir de ce consentement ou de cette autorisation du bénéficiaire, le fiduciaire doit lui *divulguer pleinement* l'existence et la nature de tous ses conflits d'intérêts²¹.
- vi) Le bénéficiaire dispose du mécanisme exceptionnel²² de la «fiducie par interprétation» («*constructive trust*») pour récupérer ses biens ou obtenir la remise du profit réalisé par le fiduciaire: il est réputé propriétaire de ces biens et profits, et son titre est opposable aux créanciers ordinaires du fiduciaire; de plus, les personnes qui collaborent sciemment avec le fiduciaire qui viole ses devoirs sont réputées assumer les mêmes devoirs et la même responsabilité que lui²³.

-
- 19. *Greenstreet c. Paris Hydraulic Co.*, (1874) 21 Gr. 229 (Ont. Ch.); *Toronto c. Bowes*, (1894) 4 Gr. 489, (1856) 6 Gr. 1, (1858) 11 Moo. P.C. 463; *Aberdeen Railway Company c. Blaikie Brothers* (1854), [1843-60] All E.R. Rep. 249 (H.L.); *Imperial Mercantile Credit Association c. Coleman*, [1871] L.R. 6 Ch. App. 558; *Parker c. McKenna*, [1874] L.R. 10 Ch. App. 96; *Jacobus Marler Estates, Lim. c. Marler*, (1916) 85 L.J.P.C. 167; *Cape Breton Cold Storage Co. c. Rowlings*, [1929] R.C.S. 505; *Regal (Hastings) Ltd. c. Gulliver*, précité, note 13; *Zwicker c. Stanbury*, précité, note 14.
 - 20. *Phippes c. Boardman*, [1967] 2 A.C. 46, 123; *Regal (Hastings) Ltd. c. Gulliver*, précité, note 13; *Jacobus Marler Estates, Lim. c. Marler*, précité, note 19; *Bray c. Ford*, [1896] A.C. 44 (H.L.). Plus récemment, *Charles Baker Ltd. c. Baker*, [1954] O.R. 418 (C.A.); *Re Gordon Import Autos Ltd.*, (1993) 12 B.L.R. (2d) 266 (B.C. S.C.); *Giannotti c. Wellington Enterprises Ltd.*, [1997] O.J. No. 574 (Gen. Div.); *Ramrakha c. Zinner*, (1994) 24 Alta. L.R. (3d) 240 (C.A.).
 - 21. *Gluckstein c. Barnes*, [1990] A.C. 240 (H.L.); *Gray c. New Augarita Porcupine Mines Ltd.*, [1952] 3 D.L.R. 1; *Tiessen c. Henderson*, [1899] 1 Ch. 861; *Wedge c. McNeill*, (1981) 126 D.L.R. (3d) 596, (1983) 142 D.L.R. (3d) 133 (P.E.I. S.C.); *Victorov c. Davison*, (1988) 20 C.P.R. (3d) 481 (Ont. H.C.); *Molchan c. Omega Oil & Gas Ltd.*, (1985) 40 Alta. L.R. (2d) 251 (C.A.), 259; *Mackenzie c. Craig*, [1998] 2 W.W.R. 106 (Alta. Q.B.).
 - 22. Quoique non restreint à la violation de devoirs fiduciaires: voir *Becker c. Pettkus*, [1980] 2 R.C.S. 834; *Lac Minerals Ltd.*, précité, note 5; *Soulos c. Korkontzilas*, [1997] 2 R.C.S. 217.
 - 23. *Alberts c. Mountjoy*, (1977) 79 D.L.R. (3d) 108; *Canada Safeway Ltd. c. Thompson*, [1951] 3 D.L.R. 295 (B.C. S.C.); *D'Amore c. McDonald*, [1973] O.R.

- vii) En matière d'obligation fiduciaire, on assiste à un exceptionnel *renversement du fardeau de la preuve*: le fiduciaire est sujet à une présomption automatique d'influence indue et c'est à lui qu'il incombe de la repousser.
- viii) *La bonne ou la mauvaise foi* du fiduciaire n'entre nullement en ligne de compte lorsqu'il s'agit de déterminer s'il a violé son obligation fiduciaire: il n'est pas nécessaire de prouver mauvaise foi de sa part; quant à lui, alléguer qu'il était de bonne foi lorsqu'il n'a pas agi au mieux des intérêts du bénéficiaire ne constitue pas une défense valable²⁴.
- ix) Ne peuvent non plus être allégués comme moyens de défense d'un fiduciaire qui a réalisé un profit personnel le fait que le bénéficiaire n'a pas subi de dommage ou même qu'il a tiré profit de l'acte du fiduciaire, ou le fait que le bénéficiaire aurait été incapable de conclure l'acte ou de réaliser le profit par lui-même²⁵.
- x) L'obligation fiduciaire *survit à la terminaison du lien* entre le fiduciaire et le bénéficiaire pendant un délai raisonnable. Le fiduciaire ne peut échapper à son obligation en mettant fin à ce lien; le fait que ce soit le bénéficiaire qui mette fin à ce lien ne libère pas davantage le fiduciaire.
- xi) Une des manifestations de l'obligation fiduciaire consiste dans l'interdiction pour l'administrateur ou fonctionnaire supérieur de s'emparer, pour son compte ou celui d'une autre personne, d'une «occasion d'affaires» (*«corporate opportunity»*) de la compagnie dont il a eu connaissance ou qu'il a pu obtenir grâce à sa position

845 (S.C.); *Dominion High-Rise Ltd. c. Night Hawk Cleaning & Supply Co. Ltd.*, (1982) 37 O.R. (2d) 148; *Gemologists International Inc. c. Gem Scan International Inc.*, (1986) 9 C.P.R. (3d) 255; *57134 Manitoba Ltd. c. Palmer*, (1985) 30 B.L.R. 121; *Profast (London) Ltd. c. Wright*, (1986) 14 C.P.R. (3d) 118; *Kremlin Canada Inc. c. Turner*, L.W. 838-003; *57134 Manitoba Ltd. c. Palmer*, (1985) 30 B.L.R. 121; *Investors Syndicate Ltd. c. Real Securities of Canada Ltd.*, (1985) 6 C.P.R. (3d) 431; *MacMillan Bloedel Ltd. c. Binstead*, (1983) 22 B.L.R. 255; *Cranewood Financial Corp. c. Norisawa*, 2001 CarswellBC 1790 (S.C.).

24. *Re, National Funds Assurance Co.*, (1878) 10 Ch.D. 118 (Eng. M.R.).

25. *Keech c. Sandford*, (1726) 25 E.R. 223; *Abbey Glen Property Corp. c. Stumborg*, (1979) 4 B.L.R. 113 (Alta. S.C.); *Berkey Photo (Canada) Ltd. c. Ohlig*, (1983) 43 O.R. (2d) 518 (H.C.J.), 530; *Weber Feeds Ltd. c. Weber*, (1978) 3 B.L.R. 107 (Ont. S.C.), (1980) 8 B.L.R. 71 (Ont. C.A.); *Gencor ACP Ltd. c. Dalby*, [2000] 2 B.C.L.C. 734 (Ch.D.). Même la faillite n'est pas un moyen de défense: *Roper c. Murdoch*, (1987) 14 B.C.L.R. (2d) 385.

dans la compagnie, sauf si la compagnie a expressément renoncé à cette occasion²⁶.

- xii) Cette interdiction relative au détournement des occasions d'affaires a été étendue par la jurisprudence à la *sollicitation de la clientèle ou du personnel* de la compagnie; les personnes visées par cette interdiction sont non seulement les administrateurs et les membres de la haute direction de la compagnie, mais aussi (fiducie par interprétation) les simples employés qui s'associent à eux²⁷.

II. ÉVOLUTION DES «DEVOIRS FIDUCIAIRES» AU QUÉBEC²⁸

Le Québec, point de convergence entre la common law et le droit civil en matière corporative, a pendant longtemps réservé un

26. *Canadian Aero Service Ltd. c. O'Malley*, [1974] R.C.S. 592; *Industrial Development Consultants Limited c. Cooley*, [1972] 2 All E.R. 162; *Queensland Mines Ltd. c. Hudson*, [1978] 3 A.C.L.R. 176, 18 A.L.R. 1 (P.C.); *Abbey Glen Property Corp. c. Stumborg*, [1979] 4 B.L.R. 113 (Alta. S.C.); *Weber Feeds Ltd. c. Weber*, [1978] 3 B.L.R. 107 (Ont. S.C.), (1980) 8 B.L.R. 71 (Ont. C.A.); *Moore International (Canada) Inc. c. Carter*, (1982) 40 B.C.L.R. 323 (S.C.), (1984) 56 B.C.L.R. 207 (C.A.); *Hanson c. Clifford*, (1995) 59 C.P.R. (3d) 465 (B.C. S.C.); *Three Point Oils Ltd. c. Glencrest Energy Ltd.*, (1994) 23 Alta. L.R. (3d) 226 (Q.B.); *Fraser River Helicopters Inc. c. Pemberton Helicopter Services Ltd.*, [1994] B.C.J. No. 1229 (S.C.); *Slate Ventures Inc. c. Hurley*, (1996) 27 B.L.R. (2d) 41 (Nfld. S.C.), (1997) 37 B.L.R. (2d) 138 (Nfld. C.A.); *Global Fibres Inc. c. Alexander*, (1997) B.C.J. No. 31 (S.C.); *Mackenzie c. Craig*, (1998) 2 W.W.R. 106 (Alta. Q.B.); *Coulter c. E.L. Huckerby & Associates Inc.*, (1998) 41 B.L.R. (2d) 264 (Ont. Gen. Div.); *Gencor ACP Ltd. c. Dalby*, (2000) 2 B.C.L.C. 734 (Ch. D.); *Felker c. Cunningham*, (2000) 191 D.L.R. (4th) 734 (Ont. C.A.); *C.I. Covington Fund Inc. c. White*, 2000 Carswell Ont. 4680 (S.C.); *Cranewood Financial Corp. c. Norisawa*, 2001 CarswellBC 1790 (S.C.).
27. *Alberts Ltd. c. Mountjoy*, (1977) 2 B.L.R. 178 (Ont. S.C.); *W.J. Christie & Co. c. Greer*, (1981) 121 D.L.R. (3d) 472, (1981) 14 B.L.R. 146 (Man. C.A.); *White Oaks Welding Supplies c. Tapp*, (1983) 42 O.R. (2d) 445 (S.C.); *Wallace Welding Supplies Ltd. c. Wallace*, (1986) 9 C.P.R. (3d) 514 (Ont. S.C.); *Waffle's Electric Limited c. Davis*, (1988) 70 C.B.R. n.s. 316 (Ont. S.C.); *Tree Savers International Ltd. c. Savoy*, (1992) 40 C.P.R. (3d) 173 (Alta. C.A.); *Anderson, Smyth & Kelly Customs Brokers Ltd. c. World Wide Custom Brokers Ltd.*, [1996] 7 W.W.R. 736 (Alta. C.A.); *Clarke c. Rossburger*, (1999) 50 B.L.R. (2d) 73 (Alta. Q.B.), conf. 2001 CarswellAlta 1317 (C.A.) (pas de violation sans sollicitation); et autres arrêts cités à Maurice & Paul MARTEL, *La compagnie au Québec*, vol. 1, *Les Aspects juridiques*, Éditions Wilson & Lafleur Martel Ltée, p. 25-35, note 147.
28. Voir Paul MARTEL, «La loyauté et la bonne foi des dirigeants des compagnies au Québec: l'éthique et l'équité gagnent du terrain», dans *La morale et le droit des affaires*, Éditions Thémis, 1994, p. 97; Yves LAUZON, «La perception judiciaire des devoirs des administrateurs de personnes morales: quel progrès?», dans *Développements récents en droit commercial 1998*, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 151.

sort équivoque aux «devoirs fiduciaires». L'adoption du Code civil a radicalement changé la situation en cette matière. Nous examinerons d'abord la période précédant l'adoption du Code civil, puis nous verrons ce qui est advenu à l'occasion de celle-ci et par la suite.

1. Avant le Code civil du Québec

Le *Code civil du Bas-Canada* («C.c.B.-C.») ne permettait pas d'appliquer aux administrateurs de compagnies des «devoirs fiduciaires», parce qu'il ne reconnaissait que deux types de fiducie: celles créées par donation ou par testament. De plus, il était muet quant à la nature exacte des devoirs des fiduciaires dans ces deux cas. Il ne fournissait par ailleurs aucune indication sur les devoirs des administrateurs et dirigeants à son titre sur les corporations.

La seule piste valable qu'offrait le Code civil en cette matière était son titre sur le mandat. En procédant par analogie, il était possible de considérer les administrateurs comme des mandataires de la corporation et de leur appliquer les devoirs imposés à ceux-ci. Or, ces devoirs avaient bien peu en commun avec les devoirs fiduciaires de common law: ils se résumaient à celui d'agir avec «l'habileté convenable et tous les soins d'un bon père de famille» (art. 1710) et de rendre compte, à la fin du mandat, de tout ce qui avait été reçu sous l'autorité du mandat (art. 1713).

a) Avant 1985

Deux courants s'opposaient jusqu'en 1985.

Le premier courant, celui de l'influence de la common law, tendait à appliquer sans hésiter les *fiduciary duties* du droit anglo-canadien aux administrateurs des compagnies québécoises: ceux-ci étaient qualifiés de «fiduciaires ou quasi fiduciaires», et on leur imposait l'obligation d'agir dans l'intérêt de la compagnie et de lui rendre compte de leurs profits²⁹. Ce courant était d'autant plus puissant qu'il était alimenté par la Cour suprême elle-même, d'abord en 1927, dans l'arrêt *Smith c. Comtois*³⁰, en 1937 dans

29. Voir notamment: *Tanguay c. Royal Papers Mills Co.*, (1907) 31 C.S. 397; *Hart c. Felsen*, (1924) 30 R.L.n.s. 109 (C.S.); *Barry c. Larocque*, (1934) 72 C.S. 70; *Abana Mines Ltd. c. Wall*, (1935) 58 B.R. 352 et, plus récemment, *Brimarrière Inc. c. Laplante*, J.E. 84-78 (C.S.).

30. [1927] R.C.S. 590, 594 et s.

l'arrêt *Sun Trust Co. c. Bégin*³¹, puis en 1960 dans l'arrêt *Bergeron c. Ringuet*³².

Le second courant, qu'on peut qualifier de «civiliste», tendait à refuser d'importer la common law et de s'en tenir à l'application des seules dispositions du C.c.B.-C., en l'occurrence celles relatives aux devoirs des mandataires: tantôt l'article 1710 (devoir d'agir avec «tous les soins d'un bon père de famille»), tantôt l'article 1713 (devoir de rendre compte de ce qui est reçu sous l'autorité du mandat). Ce courant ne peut revendiquer le support de la Cour suprême³³, mais il remonte à au moins 1890³⁴ et est véhiculé par un nombre substantiel de décisions judiciaires³⁵. Ce courant a pris plus d'ampleur à compter des années 70 et on peut dire que, dans les années 80 (au moment où le Québec s'affichait de plus en plus comme une «société distincte»), c'est cette influence qui dominait. À témoin, les jugements plus récents *Cie des Attractions de Montréal Ltée c. Godbout* de 1977³⁶, *Agfor Inc. c. Laliberté* de 1985³⁷ et *Depanago Inc. c. Houde* de 1986³⁸, où les tribunaux québécois ont expressément écarté les devoirs «fiduciaires» de common law, parce qu'étrangers à notre droit.

En 1979³⁹, la *Loi sur les compagnies* du Québec a été amendée en y ajoutant la nouvelle Partie IA, calquée sur la L.c.s.a. Son article 123.83 énonce sans équivoque que «les administrateurs [...] sont considérés comme des mandataires de la compagnie». Ceci concrétisait le triomphe du courant civiliste, pour les compagnies provinciales Partie IA, mais ne tranchait rien en ce qui concerne les autres compagnies, dont les sociétés par actions fédérales.

31. [1937] R.C.S. 305, 307 et s.

32. [1960] R.C.S. 672 (j. Fauteux et Taschereau).

33. Sauf peut-être l'obiter du juge Abbott, dans *Ghimpelman c. Bercovici*, [1957] R.C.S. 128, 140. Voir toutefois la p. 137, où le juge Rand déclare: «We are [...] dealing with corporate conceptions as they are embodied in modern legislation, and no special principle or feature of the civil law is involved.»

34. *McDonald c. Rankin*, (1890) 7 M.L.R. 44 (C.S.).

35. Citons notamment: *McDonald c. Bulmer*, (1897) 12 C.S. 424; *Thérien c. Brodie*, (1893) 4 C.S. 23; *Upton c. Hutchison*, (1899) 8 B.R. 505; *Miller c. Diamond Light & Heating Co. of Canada*, (1913) 22 B.R. 411; *Giguère c. Colas*, (1915) 48 C.S. 198.

36. [1977] C.S. 365.

37. J.E. 86-242 (C.S.).

38. J.E. 86-317 (C.S.).

39. L.Q. 1979, c. 31.

b) De 1985 à 1989

Les années 1985 et 1986 marquent la rencontre officielle de l'influence de la common law et du courant civiliste, puisque c'est là qu'on trouve les premières décisions judiciaires consacrant l'union des notions de *fiduciary duties* et de mandat.

Ce nouveau principe a été appliqué pour la première fois dans l'affaire *In re Entreprises Rock Ltée*⁴⁰ portant sur le détournement d'une occasion d'affaires par l'administrateur d'une compagnie Partie IA.

Le juge Dugas, dans son jugement, déclara que, si Entreprises Rock avait été créée dans une province où les règles de common law gouvernent la conduite des administrateurs de compagnies, il aurait suffi de référer à l'arrêt *Canadian Aero* pour censurer la conduite de Sauvé et de sa compagnie. Comme Rock était une compagnie provinciale, il fallait plutôt traiter ses administrateurs comme des mandataires au sens du Code civil. Toutefois, dit-il, les devoirs «fiduciaires» formulés dans *Canadian Aero* avaient leur place dans notre droit civil, comme corollaire aux devoirs de «bon père de famille» du mandataire:

Un bon père de famille n'aurait pas permis que C.J.C. s'empare des terrains et s'approprie le profit sur la revente des terrains qui appartenaient à Rock. Un bon père de famille ne s'approprie pas à son bénéfice ou ne détourne pas en faveur d'une compagnie qu'il contrôle les fruits des biens qu'il administre pour autrui. Un bon père de famille règle sa conduite suivant la règle formulée dans *O'Malley*.

Ce n'est pas introduire la common law dans notre système de droit civil que d'exiger de l'administrateur des biens d'autrui une éthique aussi stricte que celle que la common law impose aux administrateurs des biens de compagnies. Le *Code civil* a reconnu formellement d'ailleurs que l'administrateur ne peut s'approprier les biens qu'il administre pour autrui à l'article 1484. La règle formulée dans *O'Malley* a sa place dans notre droit civil, parce qu'elle incorpore au droit des sociétés une règle morale nécessaire pour la protection de l'actif des sociétés contre la cupidité des administrateurs et officiers.

[...] Je crois que l'énoncé tiré de l'arrêt *O'Malley*, même s'il est inspiré par la common law, est un principe de conduite qui fait aussi partie du droit civil. L'article 1484 en témoigne.⁴¹

40. [1986] R.J.Q. 2671 (C.S.).

41. *Ibid.*, p. 2673.

On retrouve la même approche de la part de la Cour supérieure dans l'affaire *N.F.B.C. National Finance Brokerage Center Inc. c. Investors Syndicate Limited* rendue l'année précédente⁴² et confirmée en 1986 par la Cour d'appel⁴³ en matière de sollicitation de clientèle:

Dans l'arrêt *Canadian Aero Service Ltd. c. O'Malley*, [1974] R.C.S. 592, la Cour suprême du Canada a solidement établi le principe voulant que le préposé ou le mandataire en position-clé soit obligé à un devoir de loyauté auquel on a donné le nom de «devoir fiduciaire» [...] Il ne m'a pas été démontré que cette règle d'éthique était incompatible avec nos dispositions sur le louage de services ou le mandat [...]. En fait, notre Code civil oblige le mandataire aux soins d'un bon père de famille (1710 C.c.Q.). Cette obligation ne compte-t-elle pas implicitement un devoir de loyauté, et ce devoir n'est-il pas proportionnel au degré de confiance qui s'infère de la nature et de l'importance du mandat (1704 C.c.Q.)? Ne survit-elle pas au mandat (1709 C.c.Q.)?⁴⁴

Ces décisions, plus trois autres rendues par la Cour d'appel dans les années suivantes⁴⁵, ont établi que les devoirs «fiduciaires» de common law, incluant le devoir de rendre compte du profit personnel, pouvaient être appliqués au Québec à des personnes en position de mandataires.

c) De 1989 à 1994

L'arrêt de la Cour suprême du Canada *Banque de Montréal c. Kuet Leong Ng*⁴⁶ a brouillé les cartes, en établissant que l'obligation de rendre compte des profits réalisés en violation d'un devoir de bonne foi n'est pas rattachée au mandat seulement, mais à toute personne en position de confiance et de contrôle sur les affaires d'une autre personne, incluant, le cas échéant, les employés.

Dans ces circonstances, il faut appliquer le principe énoncé à l'art. 1713 C.c.B.C., selon lequel le mandataire est tenu de rendre compte

42. C.S.M., n° 500-05-013843-84, 21 mars 1985.

43. [1986] R.J.Q. 164 (C.A.).

44. Jugement, p. 11.

45. *Resfab Manufacturier de Ressort Inc. c. Archambault*, [1986] R.D.J. 32 (C.A.); *Picard & Johnson c. Higgins WillisFaber Ltée*, [1988] R.J.Q. 235 (C.A.); *Banque de Montréal c. Kuet Leong Ng*, [1987] R.L. 160 (C.A.). Voir les multiples décisions de la Cour supérieure en matière de sollicitation de clientèle et d'usurpation d'occasion d'affaires citées à Maurice et Paul MARTEL, *La compagnie au Québec*, vol. 1, *Les aspects juridiques*, Éditions Wilson & Lafleur Martel Ltée, p. 25-37, note 152.

46. [1989] 2 R.C.S. 429.

de sa gestion et de remettre et payer au mandant tout ce qu'il a reçu sans l'autorité de son mandat, même si ce qu'il a reçu n'était pas dû au mandant. Cette obligation, bien qu'elle soit expressément imposée par l'art. 1713 qui traite du mandat et qu'elle soit manifestement applicable à ce contrat, se rattache plutôt à la fonction et aux rapports sous-jacents entre les parties au contrat. En réalité, elle met à exécution un principe beaucoup plus général du droit civil qui vise à garantir l'honnêteté et la bonne foi dans l'exécution des contrats. [...] Cependant, la jurisprudence québécoise porte depuis longtemps que la violation de l'obligation de loyauté à laquelle sont tenus les cadres supérieurs engendre leur responsabilité de rendre les profits réalisés à la suite de cette violation. Dès 1890, et donc bien avant que cette Cour énonce dans l'arrêt *Canadian Aero Service Ltd. c. O'Malley*, [...] les obligations de fiduciaire qui incombent en common law aux dirigeants et aux cadres, les tribunaux du Québec ont considéré que les cadres supérieurs étaient des mandataires de la compagnie qui les emploie et qu'ils étaient par conséquent liés par les dispositions des art. 1701 à 1731 C.c.B.C. [...] Le droit du Québec établit toujours un parallèle entre les obligations qu'assume le mandataire envers son mandant et celles qu'assume le cadre supérieur envers sa compagnie. [...]

L'obligation des mandataires et, par analogie, celle des cadres supérieurs, de remettre tout ce qu'ils ont obtenu grâce à leur position, même s'ils l'ont mal acquis, repose, tout au moins en partie, sur le simple principe moral selon lequel «l'auteur d'une mauvaise action n'en retire pas des profits qui l'encouragent à mal faire». [...] Mais le principe voulant que l'on ne doive pas tirer profit de sa mauvaise foi ou de ses mauvaises actions ne s'applique pas exclusivement au mandat. Ce principe se trouve ailleurs dans le Code civil: après tout, il constitue un précepte moral fondamental. [...]

Le fait que le Code civil ne prévoit pas expressément que l'employé qui tire profit de la violation de son obligation de faire preuve de bonne foi envers son employeur doit remettre à ce dernier les profits qu'il a réalisés ne signifie pas nécessairement que ce principe ne fait pas partie du droit québécois. Il n'existe non plus aucune disposition qui oblige les administrateurs et les cadres supérieurs d'une compagnie à rendre les profits qu'ils ont réalisés en abusant de leurs fonctions, mais cela n'a pas empêché les tribunaux d'obtenir ce résultat en reconnaissant la similitude des rapports existant entre un administrateur ou un cadre supérieur et une société, d'une part, et entre le mandant et son mandataire, d'autre part, bien que les administrateurs et les cadres supérieurs ne soient pas de véritables mandataires de la société [...].

Les obligations des administrateurs et des cadres supérieurs leur sont imposées non parce qu'ils sont de véritables mandataires de leur société ou des actionnaires, mais en raison de la nature du contrôle qu'ils exercent sur les affaires de la société. Ce contrôle res-

semble à bien des égards au contrôle que peut exercer le mandataire sur les affaires de son mandant, et ainsi donc les responsabilités et les obligations imposées aux cadres supérieurs correspondent à celles que le Code civil prescrit dans le cas des mandataires. [...]

Si la bonne foi est le fondement de tout contrat de travail, elle exige qu'à la confiance et à l'autorité accordées à l'employé corresponde une part égale de responsabilités et d'obligations. Un employé qui, à l'instar de l'intimé, jouit d'un contrôle sur de larges sommes d'argent de l'employeur doit être tenu responsable de l'usage qu'il en fait, et il lui faut remettre à l'employeur les profits réalisés grâce à l'exercice abusif de ses fonctions. S'il n'était tenu de rendre compte, l'engagement de l'intimé à exécuter de bonne foi les obligations afférentes à son contrat de travail serait dévalorisé, tout comme d'ailleurs l'obligation du mandataire de faire preuve de la compétence et de la diligence propres à un administrateur prudent s'il n'avait à rendre compte de sa gestion, ou que l'obligation de l'administrateur d'une société d'agir dans l'intérêt de celle-ci s'il n'était pas tenu de rendre les profits réalisés en violation de cette obligation.

Le principe sous-jacent aux art. 411 et 1713 du Code civil, qui ne sont que l'expression de l'adage «bien mal acquis ne profite pas», est applicable et doit être mis à exécution.⁴⁷

L'un des aspects fondamentaux de l'obligation fiduciaire, soit la remise du profit personnel, n'est pas rattaché uniquement au mandat, mais transpire de tout le Code civil, a dit la Cour. Son fondement n'est donc pas la nature du poste occupé ou de la relation juridique impliquée, mais bien un principe moral fondamental: «bien mal acquis ne profite pas», ou «nul ne doit tirer profit de ses mauvaises actions». Les obligations de loyauté sont imposées à une personne non pas parce qu'elle est un administrateur, un dirigeant, un mandataire ou un employé, mais bien parce qu'elle occupe un poste de confiance et d'autorité.

On retrouve ici, exprimée en référant au Code civil, la même affirmation que celle faite dans l'arrêt *Guérin c. R.*, citée plus avant, au sujet des devoirs fiduciaires de common law: le devoir de loyauté découle de la nature du rapport plutôt que de la catégorie spécifique dont relève l'acteur. La Cour suprême du Canada venait d'affranchir le droit civil québécois des savantes distinctions juridiques dans lesquelles les devoirs fiduciaires étaient embourbés. Elle avait aussi, ce qui est plus pertinent pour les fins

47. Jugement, p. 436 et s.

du présent texte, expressément confirmé la jurisprudence québécoise qui avait appliqué aux administrateurs et dirigeants de compagnies le même devoir de rendre les profits réalisés en violation de leur obligation de loyauté que celui imposé par la common law.

La décision dans *Kuet Leong* s'inscrit dans le même courant d'équité que, entre autres, celles de *Banque Nationale du Canada c. Houle*⁴⁸ et *Banque de Montréal c. Bail Ltée*⁴⁹, où les règles du jeu en matière d'abus de droit et d'obligation d'information ont été modifiées sur la base de principes fondamentaux implicites de loyauté et de bonne foi.

La Cour d'appel du Québec, enhardie par ces décisions, a entrepris dans l'arrêt *Excelsior, compagnie d'assurance-vie c. Mutuelle du Canada compagnie d'assurance-vie*⁵⁰ de replacer les devoirs fiduciaires dans un contexte québécois, en insistant sur la nécessité d'utiliser le vocabulaire et les principes appropriés.

On assiste [...] dans la jurisprudence, à la montée de l'obligation de loyauté ou de fiduciaire. [...]

Il apparaît plus exact juridiquement de parler d'une obligation de loyauté que d'une obligation de fiduciaire, au sens strict du terme, cette expression renvoyant à une notion juridique qui n'est pas intégrée dans toutes ses modalités et conséquences dans le droit civil québécois. [...]

À cet égard, la jurisprudence québécoise a estimé que les principes posés par la Cour suprême du Canada dans *Canadian Aero Service Ltd. c. O'Malley* trouvaient leur équivalence en droit québécois. Notre cour les a acceptés clairement comme valables dans les arrêts précités, l'opinion du juge Gonthier dans *Banque de Montréal c. Kuet Leong Ng* rappelant cependant la nécessité d'utiliser le vocabulaire et les concepts appropriés dans le contexte du droit civil québécois. Il serait cependant étonnant que le système de droit civil québécois ne reconnaisse pas l'existence d'une obligation d'exécution loyale des contrats de travail ou de mandats et ne concède pas que celle-ci puisse produire certains effets après leur rupture. [...]

On peut estimer que la Cour suprême du Canada et notre Cour ont confirmé l'existence de cette obligation de loyauté en droit civil. Elle a reçu des applications assez nombreuses en droit québécois. Le problème du fondement juridique de l'obligation de loyauté

48. [1990] 3 R.C.S. 122.

49. [1992] 2 R.C.S. 554.

50. [1992] R.J.Q. 2666 (C.A.).

demeure discuté. Certains commentaires estiment qu'elle découle des principes généraux de la responsabilité délictuelle. D'autres y voient un phénomène de responsabilité contractuelle. Dans un cas comme celui qui nous occupe, l'on se trouverait devant un phénomène de survie d'une obligation découlant de la relation de mandat et nécessaire à la bonne exécution de celui-ci. Elle conserverait donc, ultimement, un fondement contractuel. [...]

L'existence et l'étendue du devoir de loyauté, ainsi que sa survie, dépendent du contenu réel de la fonction exercée.⁵¹

Il était donc établi, à la veille de l'adoption du Code civil, que les administrateurs et dirigeants de compagnies, de même, dans certaines circonstances, que leurs employés, étaient assujettis à une obligation de loyauté similaire aux «devoirs fiduciaires» de common law tels qu'exprimés dans l'arrêt *Canadian Aero*, sans qu'il soit nécessaire d'ancrer ces devoirs dans une relation de mandant-mandataire⁵².

2. Code civil du Québec

En 1994, l'adoption du nouveau Code civil a modifié totalement le portrait en ce qui concerne les «devoirs fiduciaires».

Tout d'abord, la notion de bonne foi y est expressément énoncée comme principe fondamental sous-jacent, aux articles 6, 7 et 1375. Ensuite, comme manifestation de cette bonne foi devant gouverner la conduite des parties, le Code civil édicte à maints endroits des devoirs dits de «loyauté» et d'«honnêteté» dont la nature et l'étendue fluctuent selon le lieu juridique impliqué.

51. Jugement, p. 2681 et s. (juge LeBel).

52. Voir notamment *Unisac inc. c. Verret*, J.E. 92-1820 (C.S.); *Lebel c. Prosig Informatique inc.*, J.E. 95-140 (C.A.); *Voyages Robillard inc. c. Consultour/Club Voyages inc.*, [1994] R.D.J. 178 (C.A.); *Sonoplastics inc. c. Chagnon*, J.E. 95-1673 (C.S.), J.E. 96-540 (C.A.); *Voyages Routair inc. c. Hanna*, J.E. 94-102 (C.S.); *Bâtiments J.D.L. inc. c. Lamoureux*, J.E. 95-2171 (C.S.); *Groupe d'assurance Locas inc. c. Locas*, [1999] A.Q. n° 3908 (C.S.); *Constructions Denys Garant inc. c. Friolet*, [2001] J.Q. n° 909 (C.S.); *Frank White Enterprises Inc. c. 130541 Canada Inc.*, J.E. 95T-683 (C.A.); *Groupe financier Assbec Ltée c. Dion*, J.E. 95-181 (C.A.); *Bergeron c. Roy*, J.E. 95-1405 (C.S.); *Soquelec Télécommunications Ltée c. Microsoft Électroniques inc.*, J.E. 2002-992 (C.S.), etc. La Cour d'appel du Québec a récemment confirmé l'application, avant 1994, du devoir de loyauté aux employés dans l'arrêt *Etiquette Nationale Inc. c. Sarrazin*, J.E. 2002-508 (C.A.), précisant que «ce devoir peut s'appliquer à un simple employé si certaines circonstances sont réunies démontrant qu'il y avait une forte relation de confiance avec son employeur et les clients de ce dernier» (par. 33). Elle a jugé dans cette affaire que ces circonstances n'étaient pas présentes.

- *L'administrateur du bien d'autrui* (ce qui inclut notamment le liquidateur de succession, le tuteur, le curateur, le fiduciaire, le séquestre et le gérant de copropriété) est sujet à des devoirs d'honnêteté et de loyauté⁵³, il doit agir dans le meilleur intérêt du bénéficiaire⁵⁴, éviter les conflits d'intérêts⁵⁵, les dénoncer s'ils existent ou sont susceptibles d'exister⁵⁶, ne pas être partie à un contrat qui touche les biens administrés ou acquérir des droits sur eux⁵⁷, ne pas confondre les biens administrés avec les siens⁵⁸, et ne pas utiliser à son profit les biens administrés ou l'information obtenue en raison de son administration, sauf consentement du bénéficiaire⁵⁹, il doit rendre compte au bénéficiaire de tous ses profits et avantages personnels, et indemniser le bénéficiaire s'il utilise un bien sans y être autorisé⁶⁰. On reconnaît ici presque tous les aspects des *fiduciary duties* de common law;
- *Le mandataire* est lui aussi sujet à des devoirs d'honnêteté et de loyauté⁶¹, mais moins poussés; il doit agir dans le meilleur intérêt du mandant et éviter les conflits d'intérêts⁶², il ne peut utiliser à son profit, sauf consentement du mandant, les biens qu'il est chargé de recevoir ou l'information qu'il obtient⁶³, il ne peut se porter partie à un acte qu'il a accepté de conclure pour son mandant, à moins que le mandant ne l'autorise ou ne connaisse sa qualité de cocontractant⁶⁴, il doit rendre compte, à la fin du mandat, de «tout ce qu'il a reçu dans l'exécution de ses fonctions»⁶⁵;
- *L'associé* n'est *a priori* pas tenu à des devoirs d'honnêteté ou de loyauté, à moins qu'il n'agisse comme son mandataire ou administrateur du bien d'autrui. Il ne peut cependant faire concurrence à la société ou participer à une activité qui la prive des biens qu'il est tenu d'y apporter⁶⁶. Toutefois, dans une société en commandite, le commandité est tenu envers les comman-

53. C.c.Q., art. 1309.

54. *Ibid.*

55. *Ibid.*, art. 1310.

56. *Ibid.*, art. 1311.

57. *Ibid.*, art. 1312.

58. *Ibid.*, art. 1313.

59. *Ibid.*, art. 1314.

60. *Ibid.*, art. 1366.

61. *Ibid.*, art. 2138.

62. *Ibid.*

63. *Ibid.*, art. 2146.

64. *Ibid.*, art. 2147.

65. *Ibid.*, art. 2184.

66. *Ibid.*, art. 2204.

taires des devoirs d'honnêteté et de loyauté d'un administrateur du bien d'autrui⁶⁷;

- *L'entrepreneur et le prestataire de service* sont tenus d'agir «au mieux des intérêts de leur client»⁶⁸, mais le Code civil est silencieux quant à leur devoir de loyauté ou d'honnêteté. Un devoir d'information leur est néanmoins imposé quant à la nature de la tâche, les biens et le temps nécessaires⁶⁹, ainsi qu'un devoir de justification d'augmentation de prix⁷⁰;
- *Le salarié* est soumis à un devoir de loyauté (et non pas, remarquons-le, d'honnêteté!) et à un devoir de ne pas utiliser l'information confidentielle obtenue, ces devoirs survivant «pendant un délai raisonnable après cessation du contrat»⁷¹;
- *L'administrateur d'une association* est assujéti aux devoirs du mandataire⁷², susmentionné;
- *L'administrateur d'une personne morale* est dans la même situation⁷³, mais en plus il est assujéti à des devoirs d'honnêteté et de loyauté particuliers, dont il sera question ci-après.

On constate que le Code civil réintroduit dans notre droit ce dont la Cour suprême, dans l'arrêt *Kuet Leong*, venait à peine de l'affranchir en matière de devoirs de loyauté et de bonne foi, soit la compartimentation de ces devoirs en fonction du lien juridique impliqué. Dorénavant, il faudra déterminer si la personne est «salariée», «mandataire» ou «administrateur» par exemple, pour connaître l'étendue exacte de ses devoirs, car, comme on vient de le voir, ils varient en fonction de chacune de ces situations⁷⁴.

En ce qui concerne les administrateurs de compagnies, ils sont dorénavant et indubitablement assujéttis à une double série

67. *Ibid.*, art. 2238. Voir *Corporation financière Lend inc. c. Productions la Fête inc.*, J.E. 2002-1190 (C.S.).

68. *Ibid.*, art. 2100.

69. *Ibid.*, art. 2102.

70. *Ibid.*, art. 2107.

71. *Ibid.*, art. 2088.

72. *Ibid.*, art. 2270.

73. *Ibid.*, art. 321.

74. Le tribunal ne s'est toutefois pas soucié de ces distinctions dans l'arrêt *L.N.S. Systems Inc. c. Allard*, J.E. 2001-1277 (C.S.), puisqu'il a condamné un salarié, en vertu de la violation de son devoir de loyauté énoncé à l'article 2088 et en se fondant sur l'arrêt *Kuet Leong*, à remettre à son employeur le profit réalisé d'une activité concurrentielle, ce qui en vertu du *Code civil du Québec* ne peut être imposé qu'à un mandataire ou un administrateur.

de devoirs d'honnêteté et de loyauté, soit ceux d'un «mandataire» et ceux d'un «administrateur de personne morale».

III. LES CONFLITS D'INTÉRÊTS

L'article 122(1)(a) de la L.c.s.a. requiert de l'administrateur et du dirigeant qu'ils agissent «avec intégrité et de bonne foi au mieux des intérêts de la société».

L'article 322 du C.c.Q. exige, par comparaison, que l'administrateur agisse «avec honnêteté et loyauté dans l'intérêt de la personne morale».

Les mots «intégrité» et «honnêteté» sont synonymes. Quant au mot «loyauté», il semble de prime abord plus exigeant que l'expression «bonne foi», mais comme celle-ci est liée aux mots «au mieux des intérêts de la société» et que l'on sait qu'il réfère aux «devoirs fiduciaires» de la common law, le résultat est le même. Il est en effet impossible de ne pas être loyal envers la société si on est tenu d'agir de bonne foi dans son intérêt.

La formulation «au mieux des intérêts de la société» semble un peu plus exigeante que «dans l'intérêt de la personne morale». La nuance s'amplifie lorsqu'on considère que la version anglaise de l'article 122(1)(a) comprend les mots «*with a view to the best interests...*» qui, comme nous allons le voir, donnent une connotation plus subjective au devoir de loyauté, et qui n'ont pas été traduits⁷⁵.

De toute manière, même s'il y avait une nuance significative entre les articles 122(1)(a) de la L.c.s.a. et 322 du C.c.Q., cela ne porterait aucunement à conséquence, car le second est inapplicable aux sociétés par actions fédérales en vertu de l'article 300 du C.c.Q.

L'article 324 du C.c.Q., applicable quant à lui aux sociétés fédérales, précise que «l'administrateur doit éviter de se placer dans une situation de conflit entre son intérêt personnel et ses obligations d'administrateur». Il codifie le premier principe fondamental (le second est l'interdiction de réaliser un profit) des devoirs fiduciaires, soit la prohibition des conflits d'intérêts.

75. Carol HANSELL, dans *Directors and Officers in Canada: Law and Practice*, Carswell, p. 9-15, souligne que l'addition des mot «*with a view*», dans la L.c.s.a., par rapport à la loi ontarienne de 1970, ne porte pas à conséquence.

Ce principe n'est pas nouveau en droit des compagnies québécoises⁷⁶. Nos tribunaux l'appliquent sans hésiter aux administrateurs des sociétés fédérales⁷⁷.

1. «Au mieux des intérêts de la société»

La personne soumise à un devoir «fiduciaire» doit toujours agir de bonne foi au mieux des intérêts du bénéficiaire pour tout ce qui est relié à son rôle⁷⁸. Pour l'administrateur ou le dirigeant, le bénéficiaire de son devoir «fiduciaire» est la société elle-même.

L'administrateur doit donc agir avec pour seul objectif le bien de la société, personne distincte, sans tenir compte des intérêts d'aucune autre personne, groupe ou entité⁷⁹.

L'administrateur ne doit défendre ni l'intérêt du groupe d'actionnaires qui l'a spécialement désigné, ni celui de la majorité des actionnaires à qui il doit son élection⁸⁰. Les administrateurs ne sont en effet pas mandataires des actionnaires: au Québec, l'article 321 du C.c.Q., applicable aux sociétés par actions fédérales, dit expressément qu'ils sont considérés comme mandataires de la personne morale. Cela signifie que les administrateurs n'ont aucune instruction à recevoir des actionnaires. L'administrateur peut néanmoins suivre les instructions de l'actionnaire qui l'a nommé, du moment qu'en ce faisant il agit dans l'intérêt de la société⁸¹.

76. «Un membre du conseil d'administration ne devra pas agir comme tel s'il y a conflit entre l'intérêt général de la société et son intérêt personnel»: *Lagacé c. Lagacé*, [1966] C.S. 489, 493.

77. «Il (l'administrateur) doit, bien entendu, éviter les conflits d'intérêts, lorsque ses intérêts personnels risquent de s'opposer à ceux de la compagnie»: *Placements Lecomont ltée c. Goulet*, J.E. 96-1833 (C.A.), p. 27 (juge Chamberland). Ce qui est plus prohibé, c'est le conflit d'intérêts. Jamais un administrateur ne doit se placer en conflit d'intérêts. L'intérêt de la compagnie est le seul qu'il doit protéger. Tant la loi fédérale précitée que l'article 324 C.c.Q. énoncent cette règle: *3396541 Canada Inc. c. Placements Mirok inc.*, REJB 2000-17313 (C.S.), par. 70.

78. Voir *supra*, note 17.

79. Voir Marcel LIZÉE, «Le principe du meilleur intérêt de la société commerciale en droit anglais et comparé», (1989) 45 *McGill J.* 653.

80. *Spicer c. Volkswagen Canada Ltd.*, [1978] N.S.R. (2d) 496, 521; *8200099 Ontario Inc. c. Harold E. Ballard Ltd.*, (1992) 3 B.L.R. (2d) 113, 171 et s.; *Balestreri c. Robert*, J.E. 92-533 (C.A.); *Deluce Holdings Inc. c. Air Canada*, (1993) 8 B.L.R. (2d) 294. Par analogie, *Bennett's c. Board of Fire Commissioner of New South Wales*, (1967) 87 W.N. 307 (N.S.W.).

81. *820099 Ontario Inc. c. Harold E. Ballard Ltd.*, (1991) 3 B.L.R. (2d) 113 (Ont. C.J.), p. 171; *Deluce Holdings Inc. c. Air Canada*, (1992) 98 D.L.R. (4th) 509, 524; *PAW Corp. c. Gemini Group Automatic Distribution Systems Inc.*, (1993) 8 B.L.R. (2d) 221 (Ont. C.J.), conf. par (1994) 15 O.R. (3d) 790 (C.A.).

Dans l'arrêt *Allen c. Gold Reefs of West Africa Ltd.*⁸², on a établi le devoir pour les administrateurs d'agir de bonne foi dans l'intérêt de «*the company as a whole*». Cette dernière expression a subséquemment été interprétée comme visant non pas une entité commerciale distincte des actionnaires mais plutôt les actionnaires comme corps global⁸³. Ainsi que l'a affirmé un tribunal ontarien⁸⁴, l'existence de la société en tant qu'entité distincte n'interdit pas aux administrateurs de prendre des mesures pour favoriser les intérêts personnels des actionnaires, pris dans leur ensemble.

Il n'y a pas de règle interdisant à une personne d'occuper un poste d'administrateur dans deux sociétés distinctes, même concurrentes⁸⁵. Mais cet administrateur doit éviter d'utiliser sa position dans une compagnie pour avantager indûment l'autre, car, dans un tel cas, il manquerait à ses devoirs de loyauté envers la compagnie lésée et ses agissements pourraient donner ouverture à des recours de la part des actionnaires de celle-ci⁸⁶.

Les administrateurs n'ont *a priori* pas de devoirs «fiduciaires» envers les actionnaires⁸⁷.

-
82. [1900] 1 Ch. 656, 671. Voir aussi *Clarkson c. Davies*, [1923] 1 D.L.R. (n.s.) 113 (P.C.), où il a été déclaré (p. 120) que la relation fiduciaire existe entre les administrateurs et la compagnie, et non entre eux et les actionnaires.
83. *Greenhalgh c. Ardenne Cinemas Ltd.*, [1951] Ch. 286, [1950] 2 All E.R. 1120.
84. *Palmer c. Carling O'Keefe Breweries of Canada Ltd.*, (1989) 41 B.L.R. 128 (Ont. S.C.), p. 138: «*company as a whole*» means [...] all of the shareholders, taking no one sectional interest to prevail over the others.»
85. *Bell c. Lever Brothers Ltd.*, [1932] A.C. 161; *Atkins & Durbrow Ltd. c. Bell*, (1957) 10 D.L.R. (2d) 484; *Gray c. Yellowknife Gold Mines Ltd. (Nos 1 and 2)*, [1947] O.R. 928 et 994 (C.A.); *Galea c. Khosravi*, 2000 CarswellOnt 2396 (S.C.).
86. Voir par exemple *Scottish Co-operative Wholesale Society c. Meyer*, [1959] A.C. 324, 368; *Re Stewarts (Brixton) Ltd.*, [1985] B.C.L.C. 4 (Ch. D.); *Redekop c. Robco Construction Ltd.*, (1978) 89 D.L.R. (3d) 507; *Westfair Foods Ltd. c. Watt*, (1991) 45 B.C.L.R. (2d) 296, (1991) 48 B.L.R. 17 (Alta Q.B.); *Fraser River Helicopters Inc. c. Pemberton Helicopter Services Ltd.*, [1994] B.C.J. No. 1229 (S.C.); *Global Fibres Inc. c. Alexander*, [1997] B.C.J. No. 31 (S.C.); *Re Brenfield Squash Racquets Club Ltd.*, [1996] 2 B.C.L.R. 184 (Ch. D.); *Peoples Department Stores Inc. (Syndic de) c. Wise*, J.E. 99-318 (C.S.); *Re Sports Villas Resort Inc.*, (1998) 84 A.C.W.S. (3d) 77 (Nfld. S.C.); *3396541 Canada Inc. c. Placements Mirok inc.*, J.E. 2000-437 (C.S.).
87. Voir *Percival c. Wright*, (1902) 2 Ch. 421; *Allen c. Hyatt*, (1914) 17 D.L.R. 7 (P.C.); *Western Ontario Natural Gas Company Limited c. Aikens*, [1946] O.R. 661; *Dusik c. Newton*, (1985) 62 B.C.L.R. 1 (C.A.); *Bell c. Source Data Control Ltd.*, (1988) 66 O.R. (2d) 78 (C.A.); *Trimac Limited c. C.I.L. Inc.*, (1989) 69 Alta L.R. (2d) 113 (Q.B.); *Brant Investments Ltd. c. Keep Rite Inc.*, (1991) 3 O.R. (3d) 289 (C.A.), 301; *Budd c. Gentra Inc.*, [1996] O.J. No. 3515 (Gen. Div.), [1998] O.J. No. 3109 (C.A.); *Re Chez Nico (Restaurants) Ltd.*, (1992) B.C.L.C. 192 (Ch. D.); *Algonquin Mercantile Corp. c. Cockwell*, [1997] O.J. No. 4616 (Gen. Div.); *Stren c. Imasco Inc.*, 1999 CarswellOnt 3546 (C.S.), par. 100 et s.; *Hovsepian c.*

Toutefois, en common law, un administrateur peut être tenu responsable de manquements à un devoir «fiduciaire» envers un actionnaire s'il crée avec lui une relation respectant les critères mentionnés au début du présent texte, en l'incitant à acheter ou vendre des actions, ou en l'induisant en erreur⁸⁸.

En droit québécois, l'administrateur n'a pas à ce titre de devoir de loyauté envers un actionnaire, mais il peut en encourir un s'il agit comme son mandataire⁸⁹; il est par ailleurs passible d'être tenu responsable de toute faute extracontractuelle à son endroit, ce qui inclut l'abus de droit, la fraude⁹⁰ ou une violation du devoir de renseignement inclus dans le devoir général de bonne foi⁹¹. On arrive donc aux mêmes résultats qu'en common law.

Dans le contexte particulier d'une offre publique d'achat, lorsqu'il est devenu évident qu'un changement de contrôle est imminent et que la compagnie est «*in play*» ou «*up for sale*», la jurisprudence américaine, imitée en cela par celle du Canada, a établi que les devoirs des administrateurs ne s'adressent plus à la société, mais bien à l'ensemble de ses actionnaires: ces devoirs consistent à maximiser la valeur des actions en favorisant l'obtention de la meilleure transaction possible⁹².

-
- Westfair Foods Ltd.*, 2001 CarswellAlta 1113 (Q.B.); *Malcolm c. Transtech Holding Ltd.*, (2001) 12 B.L.R. (3d) 66 (B.C.C.A.).
88. *Gadsden c. Benetto*, (1913) 9 D.L.R. 719 (Man. C.A.); *Western Finance Co. Ltd. c. Tasker Enterprises Ltd.*, (1980) 106 D.L.R. (3d) 81 (Man. C.A.); *Dusik c. Newton*, (1985) 62 B.C.L.R. 1 (C.A.); *Coleman c. Myers*, [1977] 2 N.Z.L.R. 225; *Vladi Private Islands Ltd. c. Haase*, (1990) 96 N.S.R. (2d) 323 (N.S.S.C.); *Re Chez Nico (Restaurants) Ltd.*, [1992] B.C.L.C. 192, 208; *Tongue c. Vencap Equities Alberta Ltd.*, [1994] 5 W.W.R. 674, (1994) 14 B.L.R. (2d) 50 (Alta Q.B.); *Maxwell c. MLG Ventures Ltd.*, (1995) 40 C.P.C. (3d) 304 (Ont. Gen. Div.); *MacRae c. Brodeur*, (1999) 45 B.L.R. (2d) 126 (Alta Q.B.) (exonération); *Platt c. Platt*, [1999] 2 B.C.L.C. 745 (Ch. D.); *Brunninghausen c. Glavanics*, (1996) 19 A.C.S.R. 204, (1999) 32 A.C.S.R. 194; *Peskin c. Anderson*, [2000] 2 B.C.L.C. 1 (Ch. D.) par analogie; *Private Equity Management Company c. Vianet Technologies Inc.*, (2000) 48 O.R. (3d) 294 (S.C.); *Knight c. Huntingdon*, (1999) 4 B.L.R. (3d) 95 (Sask. Q.B.) (devoir existant, mais non violé). Voir aussi *Colborne Capital Corp. c. 542775 Alberta Ltd.*, (1999) 45 B.L.R. (2d) 21 (Alta C.A.).
89. C.c.Q., art. 2138.
90. Un bon exemple est l'arrêt *Baxter c. Biotech Electronics Ltd.*, [1998] R.J.Q. 430 (C.A.).
91. C.c.Q., art. 6, 7 et 1375; *Banque Nationale du Canada c. Houle*, [1990] 3 R.C.S. 122; *Banque de Montréal c. Bail Ltée*, [1992] 2 R.C.S. 554.
92. *Re Olympia & York Enterprises Ltd. c. Hiram Walker Resources Ltd.*, (1986) 59 O.R. (2d) 254; *Rogers Communications Inc. c. MacLean Hunter Ltd.*, [1994] O.J. No. 408 (Gen. Div.); *Benson c. Third Canadian General Investment Trust Ltd.*, (1993) 13 B.L.R. (2d) 265 (Ont. C.J.); *Armstrong World Industries Inc. c. Arcan*, (1998) 36 B.L.R. (2d) 171 (Ont. Gen. Div.); *CW Shareholdings Inc. c. WIC*

Les devoirs «fiduciaires» des administrateurs s'adressent à la compagnie et non à ses créanciers⁹³. Ceux-ci n'ont pas de recours direct contre les administrateurs en cas de violation de ces devoirs⁹⁴. Tout au plus peuvent-ils, dans certaines circonstances, exercer un recours «dérivé» au nom de la compagnie. Mais si la compagnie fait faillite, le syndic qui prend le contrôle de ses opérations peut, en son nom, poursuivre les administrateurs fautifs, tant sur la base des devoirs «fiduciaires» que de l'article 100 de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* (transactions révisables intervenues entre le failli et des personnes liées dans les 12 mois précédant la faillite)⁹⁵. Les droits canadien et québécois se distinguent

-
- Western International Communications Ltd.*, (1998) 160 D.L.R. (4th) 131 (Ont. Gen. Div.); *Pente Investment Management Ltd. c. Schneider Corp.*, (1998) 40 B.L.R. (2d) 244 (Ont. Gen. Div.), conf. (1998) 42 O.R. (3d) 177 (C.A.) sous le nom de *Maple Leaf Foods Inc. c. Schneider Corp.*; *Gazit (1997) Inc. c. Centrefund Realty Corp.*, (2000) 8 B.L.R. (3d) 81 (Ont. S.C.); *Re Sepp's Gourmet Foods Ltd.*, 2002 Carswell BC 22 (S.C.).
93. *Clarkson c. Davies*, [1923] A.C. 100, [1922] 3 W.W.R. 913 (P.C.); *Poole, Jackson & White's Case*, (1978) 9 Ch. D. 322 (C.A.); *Re Wincham Shipbuilding Boiler and Salt Co.*, (1878) 9 Ch. D. 322 (C.A.), 328; *Wilson c. Bury*, (1880) 5 Q.B.D. 518 (C.A.); *Ferguson c. Wilson*, [1866] L.R. 2 Ch. App. 77; *A.G. Canada c. Standard Trust*, [1911] A.C. 498; *Bath c. Standard Land Co. Ltd.*, [1911] 1 Ch. 618 (C.A.); *Royal Bank of Canada c. First Pioneer Investments Ltd.*, (1980) 27 O.R. (2d) 352; *Multinational Gas and Petrochemical Co. c. Multinational Gas and Petrochemical Services Ltd.*, [1983] 2 All E.R. 563; *Kuwait Asia Bank c. National Mutual Life Nominees Ltd.*, [1990] 3 All E.R. 404 (P.C.), 420. Voir toutefois *Re Trizec Corp.*, (1995) 20 B.L.R. (2d) 202 (Alta Q.B.), 214 et *Re London, New York & Paris Association of Fashions Ltd.*, (1982) 40 C.B.R. n.s. 127 (Nfld. T.D.), 131, où le tribunal semble reconnaître un certain devoir envers les créanciers en cas d'insolvabilité.
94. *Bank of Toronto c. Cobourg Ry*, (1885) 10 O.R. 376 (C.A.); *Western Finance Company Ltd. c. Tasker Enterprises Ltd.*, [1981] 1 W.W.R. 323, 106 D.L.R. (3d) 81 (Man. C.A.). Voir toutefois la jurisprudence récente permettant à un créancier impayé d'obtenir, par le «recours pour oppression», une indemnisation de la part des administrateurs, lorsqu'ils ont consciemment permis que des paiements à des personnes liées (eux-mêmes, généralement) rendent la société incapable de payer sa dette: *Prime Computer of Canada Ltd. c. Jeffrey*, (1992) 6 O.R. (3d) 733; *Fogal Legwear of Switzerland, Inc. c. Garoneli*, [1995] O.J. No. 3022 (Gen. Div.); *Heap Noseworthy Ltd. c. Didham*, (1997) 29 B.L.R. (2d) 279 (Nfld. S.C.); *Sidaplex-Plastic Suppliers Inc. c. Elta Group*, (1996) 131 D.L.R. (4th) 399, conf. (1998) 162 D.L.R. (4th) 367 (Ont. C.A.) et, surtout, *SCI Systems, Inc. c. Gornitzki, Thompson & Little Co.*, (1997) 147 D.L.R. (4th) 300 (Ont. Gen. Div.) et *Gignac, Sutts and Woodhall Construction Co. c. Harris*, (1998) 36 B.L.R. (2d) 210 (Ont. Gen. Div.).
95. *Weber Feeds Ltd. c. Weber*, (1978) 3 B.L.R. 107, (1980) 8 B.L.R. 71, (1979) 30 C.B.R. n.s. 97 (Ont. C.A.); *Clarkson Company Limited c. White*, (1980) 32 C.B.R. n.s. 25 (N.S. S.C.); *Peoples Department Stores Inc. (Syndic de)*, J.E. 99-318 (C.S.), étudié *infra*.

de ceux des pays du Commonwealth⁹⁶ et des États-Unis⁹⁷, qui imposent aux administrateurs de compagnies insolubles des devoirs «fiduciaires» envers les créanciers⁹⁸.

Il existe, en droit anglo-canadien, une école doctrinale prônant la prise en compte, par les compagnies et leurs dirigeants, de l'intérêt non seulement de la compagnie elle-même, mais aussi d'autres intervenants («*stakeholders*») dont le sort est étroitement lié au sien, tels les employés, les créanciers, les clients, les fournisseurs et la collectivité en général⁹⁹. C'est là le reflet d'un débat en droit américain, qui a mené à l'adoption dans certains États d'une «*constituency legislation*» reconnaissant expressément les intérêts d'autres «*stakeholders*» que les actionnaires. Cette conception, bien que séduisante à maints égards, n'est pour l'instant nullement reflétée dans la loi et la jurisprudence québécoises et canadiennes¹⁰⁰ lorsque celles-ci établissent les devoirs et la responsabilité des administrateurs.

-
96. *Walker c. Wimbourne*, (1976) 50 A.J.L.R. 446, 137 C.L.R. 1; *Multinational Gas c. Multinational Services*, [1983] Ch. 258 (C.A.); *Nicholson c. Permakraft (N.Z.) Ltd.*, [1985] N.Z.L.R. 242; *Hilton International Ltd. c. Hilton*, [1989] 1 N.Z.L.R. 442 (H.C.); *Kinsella c. Russell Kinsella Pty*, [1986] 4 A.C.L.C. 215, 4 N.S.W.L.R. 722; *Lonhro Ltd. c. Shell Petroleum*, [1980] 1 W.L.R. 627; *Re Horsley and Weight Ltd.*, [1982] Ch. 442, 3 All E.R. 1045 (C.A.); *Winkworth c. Edward Baron Developments Co. Ltd.*, [1986] 1 W.L.R. 1512 (H.L.); *West Mercia Safetywear Ltd. c. Dodd*, [1988] B.C.L.C. 250; *Brady c. Brady*, [1988] B.C.L.C. 20, 40; *Facia Footwear Ltd. c. Hinchliffe*, [1998] 1 B.C.L.C. 218. Mais voir *Yukong Line of Korea c. Rendsburg Investments Corp. of Liberia*, [1998] 4 All E.R. 82, *contra*.
97. *Simons c. Cogan*, 542 A. 2d 785 Del. Ch. (1987); *Credit Lyonnais Bank Nederland N.V. c. Pathe Communications Corp.*, 1991 Del. Ch. LEXIS 215 C.A. No. 12150; *Geyer c. Ingersoll Publications Co.*, 621 A. 2d 784 (De. Ch. 1995). Voir Royce de R. BARONDES, «Fiduciary Duties of Officers and Directors of Distressed Corporations», (1998) 7 *Geo. Mason L. Rev.* 45.
98. Voir David THOMSON, «Directors, Creditors and Insolvency: A Fiduciary Duty or a Duty Not to Oppress?», (2000) 58 *U.T.F. Law Rev.* 31, qui prône le rejet d'un tel devoir fiduciaire.
99. Voir notamment le symposium sur le «Corporate Stakeholder Debate», (1993) 43 *U.T.L.J.* 297 et Janis SARRA, «Corporate Governance Reform: Recognition of Workers' Equitable Investments in the Firm», (1999) 32 *Can. Bus. L.J.* 384.
100. Sauf peut-être pour un passage favorable à la prise en compte des intérêts des employés dans *Teck Corporation c. Millar*, (1972) 33 D.L.R. (3d) 288 (B.C. S.C.), 313 et celui relatif aux intérêts du public dans le cas très particulier de compagnies détentrices de privilèges de la Couronne dans *Saratoga Utilities c. Long*, [1998] B.C.J. No. 772 (S.C.). Le Rapport Dickerson recommandait de ne pas légiférer sur cette question et de laisser aux tribunaux le soin de définir la notion des meilleurs intérêts de la sécurité: *Propositions pour un nouveau droit des corporations commerciales canadiennes*, vol. 1, par. 241.

L'arrêt récent *Peoples Department Stores Inc. (Syndic de)*¹⁰¹, où les frères Wise ont été condamnés à verser 6 000 000 \$ au syndic à la faillite de Peoples sur la base combinée des articles 100(2) de la *Loi sur la faillite* et 122 de la L.c.s.a., marque un tournant à cet égard, parce que le tribunal y approuve expressément la notion des créanciers comme «*stakeholders*» de la compagnie, telle que développée par la jurisprudence de l'Angleterre, de l'Australie et de la Nouvelle-Zélande¹⁰². Cette position, qui est en fait de la nature d'un *obiter*, a déjà été jugée contestable et indésirable. Comme l'a bien expliqué un juge ontarien,

Where corporate assets are converted for improper purposes, the corporation has a cause of action against the wrongdoer for the value of those assets. The amount recovered would then be applied to secured and unsecured creditors in accordance with the various priorities to which each was entitled. [...]

To permit an unsecured creditor to sue a director personally for breach of fiduciary duty in these circumstances enables that creditor to leap the queue and ignore the competing claims which would otherwise attach to a recovery that in reality belongs to the corporation. It would be undesirable for a plaintiff to recover dramatically different amounts, depending on whether he started a derivative action on behalf of the corporation or sued a director for breach of trust.^{102a}

Si les administrateurs n'ont pas de devoirs envers les «*stakeholders*» qui puissent, en cas de violation, entraîner leur responsabilité, rien ne les empêche néanmoins de tenir compte des intérêts des «*stakeholders*» lorsqu'ils prennent leurs décisions, du moment que ces intérêts sont compatibles avec ceux de la société. L'étude que nous allons maintenant faire de la doctrine du «*proper purpose*» et de son rejet en faveur du «*fiduciary duty approach*»

101. J.E. 99-318 (C.S.), commenté par Stéphane ROUSSEAU, à (2000) 102 *R. du N.* 7 et David THOMSON, à (2000) 58 *U.T.F. Law Rev.* 31. Christopher C. NICHOLLS, dans «Liability of Corporate Officers and Directors to Third Parties», (2001) 35 *Can. Bus. L.J.* 1, 30, se demande si cet arrêt «heralds a new direction in Canadian directors' liability law or [...] will come to be seen as an aberration».

102. Voir les arrêts cités *supra*, note 22. «We agree with the thrust of those judgments and find that Canadian Corporate Law should evolve in that direction», dit la Cour (par. 200). L'arrêt *Peoples*, dont l'appel a été entendu en mai 2002, a été accueilli favorablement dans l'arrêt ontarien *Canbrook Distribution Corp. c. Borins*, (1999) 45 O.R. (3d) 505 (S.C.), où il est dit: «Canadian law appears to be moving in the direction of recognizing such fiduciary duty, particularly in situations where the corporation was insolvent when it entered into the challenged transactions or the challenged transaction rendered the corporation insolvent.»

102a. *Comeault c. Bird*, [2002] O.J. No. 483 (S.C.), par. 14 et 20 (juge Pardu).

indique que les administrateurs jouissent d'une telle latitude et qu'il n'est pas nécessaire d'amender la loi pour la leur conférer.

2. Détournement de pouvoir

Le devoir des administrateurs d'agir «de bonne foi au mieux des intérêts de la société» leur commande de résister à la tentation de se servir des pouvoirs considérables qui leur sont accordés par la Loi pour se procurer des avantages personnels ou pour en procurer à d'autres personnes qu'à la société.

La jurisprudence et la doctrine ont élaboré autour de l'exercice des pouvoirs des administrateurs, plus particulièrement celui d'émettre des actions, la doctrine du «*proper purpose*»¹⁰³, en vertu de laquelle un acte accompli par les administrateurs en deçà de leurs pouvoirs peut être annulé, si le but ou l'intention derrière cet acte «légal» n'est pas de servir les meilleurs intérêts de la société.

Cette doctrine a connu diverses expressions dont certaines sont contradictoires, ce qui a mené un juge à déclarer que ce domaine du droit est un fouillis de conflits et d'incohérences¹⁰⁴.

Une première série d'autorités indique que les administrateurs doivent agir exclusivement dans l'intérêt de la société, et que toute décision dont le but principal est d'affecter le contrôle de la société poursuit un «*improper purpose*» et doit être annulée, même si les administrateurs croyaient de bonne foi que cette décision était dans l'intérêt de la société. Toute considération non incompatible avec leur propre intérêt («*collateral purpose*») teinte la décision et la rend attaquant. Ce courant est exemplifié par les arrêts *Hogg c. Cramphorn Ltd.*¹⁰⁵, *Exco Corporation c. Nova Scotia Savings & Loan Co.*¹⁰⁶ et *Howard Smith Ltd. c. Ampol Petroleum Ltd.*¹⁰⁷.

103. Voir Carol HANSELL, *op. cit. supra*, note 75, p. 9-27 et s.; Bruce WELLING, *Corporate Law in Canada – The Governing Principles*, 2^e éd. Butterworths, 1991, p. 336 et s.; H.R. NATHAN et M.E. VOORE, *Corporate Meetings*, Carswell, 1992, p. 6-6; Kevin Patrick McGUINNESS, *The Law and Practice of Canadian Business Corporations*, Butterworths, 1999, p. 691 et s.

104. «A morass of conflicts and inconsistencies»: *Exco Corporation c. Nova Scotia Savings & Loan Co.*, (1987) 35 B.L.R. 199 (N.S. S.C.) 255 (juge Richard).

105. [1967] Ch. 254, cité récemment avec approbation en Angleterre dans l'arrêt *Regentcrest plc c. Cohen*, [2001] 2 B.C.L.C. 80 (Ch. D.).

106. (1987) 35 B.L.R. 199 (N.S. S.C.).

107. [1974] A.C. 821.

Le Rapport Dickerson a proposé d'utiliser les mots «*with a view to the best interests of the corporation*» dans son projet de loi, dans le but exprès d'éliminer cette doctrine du «*proper purpose*»¹⁰⁸.

La seconde série d'autorités veut plutôt que les administrateurs puissent exercer leurs pouvoirs dans tout but qu'ils considèrent approprié, du moment que ce but vise principalement à servir les intérêts de la société. Carol Hansell¹⁰⁹ nomme cette tendance le «*fiduciary duty approach*». Elle est conforme à ce que recherchait le Rapport Dickerson. Le point de départ de cette tendance est l'arrêt *Teck Corporation Ltd. c. Millar*¹¹⁰, dans lequel une émission d'actions pour favoriser un tiers contractant au détriment d'un autre à la réputation plus douteuse fut jugée non motivée par un «*improper purpose*». Un but n'est «*improper*», dit la Cour, que s'il ne vise pas à servir les intérêts de la société. Cette approche plus large de la doctrine du «*proper purpose*» a été adoptée dans plusieurs décisions subséquentes¹¹¹, incluant deux décisions québécoises¹¹².

Au lieu de se demander si un acte est, objectivement, «dans l'intérêt de la société» et dans l'intérêt d'aucune autre personne (doctrine de «*proper purpose*»), il faut se demander si, subjectivement, dans l'esprit des administrateurs, cet acte est avant tout dans l'intérêt de la société («*fiduciary duty approach*»); peu importe, dans ce dernier cas, si l'acte joue aussi dans l'intérêt de quelqu'un d'autre.

108. Rapport Dickerson, par. 238 et s.

109. *Loc. cit.*, *supra*, note 75.

110. [1973] 2 W.W.R. 385, 33 D.L.R. (3d) 288 (B.C. S.C.).

111. Voir notamment *Re Royal Trustco Ltd. (No. 3)*, (1981) 14 B.L.R. 307 (Ont. H.C.); *Northern & Central Gas Corporation Ltd. c. Hillcrest Collieries Ltd.*, [1976] 1 W.W.R. 481 (Alta. S.C.); *Stevens c. Home Oil Co. Ltd.*, (1980) 28 A.R. 331 (Q.B.); *Olson c. Phoenix Industrial Supply Ltd.*, (1984) 26 B.L.R. 183 (Man. C.A.); *Re Goldstream Resources Ltd.*, (1986) 2 B.C.L.R. (2d) 244 (S.C.); *Re Olympia & York Enterprises Ltd. c. Hiram Walker Resources Ltd.*, (1986) 59 O.R. (2d) 254; *820099 Ontario Inc. c. Harold G. Ballard Ltd.*, (1991) 3 B.L.R. (2d) 113 (Ont. Gen. Div.); *Starcom International Optics Corporation c. Macdonald*, [1994] B.C.J. No. 548 (B.C. S.C.); *Mutual Life Insurance of New York c. Rank Organization Ltd.*, [1985] B.C.L.C. 11; *Re ASI Holdings Inc.*, (1997) 28 B.L.R. (2d) 74 (Nfld. S.C.), 80; *Oppenheimer & Co. c. United Grain Growers Ltd.*, [1998] 2 W.W.R. 9 (Man. Q.B.); *Rooney c. Cree Lake Resources Corp.*, [1998] O.J. No. 3077 (Gen. Div.).

112. *Forget c. Société financière Desjardins-Laurentienne inc.*, J.E. 99-422 (C.S.) et *Turgeon c. Carbonneau*, J.E. 2002-198 (C.S.), étudiée *infra*, p. 36.

L'utilisation correcte des pouvoirs des administrateurs interdit donc à ceux-ci d'émettre des actions à eux-mêmes ou à leurs amis à rabais ou à des termes plus favorables que ceux accordés aux autres actionnaires, ou dans le but de conserver ou de s'emparer du contrôle des votes ou de l'accorder à des personnes choisies. Ils ne peuvent pas non plus refuser des transferts d'actions pour servir des intérêts particuliers, les leurs par exemple: ce refus doit pouvoir se justifier par l'intérêt de la société¹¹³.

Le fait d'exercer un pouvoir dans l'intérêt de la société ne garantit pas qu'il ne sera pas attaqué. Cet exercice peut donner ouverture au recours sous l'article 241 («recours pour oppression») s'il lèse un «plaignant» ou est injuste à son égard¹¹⁴.

Un facteur additionnel est susceptible de jouer un rôle dans l'accueil que feront les tribunaux à des contestations de gestes des administrateurs au motif qu'ils visent un but partial incompatible avec leurs devoirs «fiduciaires»: l'émergence, en droit canadien, d'une tendance à appliquer le «*business judgment rule*» du droit américain. En vertu de cette règle, les administrateurs sont présumés avoir agi de bonne foi et avec la conviction que le geste est fait dans le meilleur intérêt de la société, et les tribunaux refusent d'intervenir à moins que le plaignant n'apporte une preuve suffisante pour repousser la présomption.

(The business judgment rule) is a presumption that in making a business decision the directors of a corporation acted on an informed basis, in good faith and in the honest belief that the action taken was in the best interests of the company. Absent an abuse of discretion, that judgment will be respected by the courts. The burden is on the party challenging the decision to establish facts rebutting the presumption.¹¹⁵

-
113. *In re Smith & Fawcett Ltd.*, [1942] 1 Ch. 304 (C.A.); *Teck Corporation Ltd. c. Millar*, (1973) 33 D.L.R. (3d) 288 (B.C.S.C.) et la jurisprudence citée à Maurice et Paul MARTEL, *op. cit. supra*, note 45, p. 16-5, note 14. Au Québec, voir *Brosseau (Syndic de)*, J.E. 90-618 (C.A.) et les arrêts récents *Nardone c. Raichle Sport Holding, AG*, J.E. 2001-2203 (C.Q.) et *Bloom c. Grynwald*, J.E. 2002-1102 (C.S.).
114. *Brant Investments Ltd. c. Keeprite Inc.*, (1991) 3 O.R. (3d) 289 (C.A.), 301 et s.; *820099 Ontario Inc. c. Harold G. Ballard Ltd.*, (1991) 3 B.L.R. (2d) 123 (Ont. Gen. Div.), 178 et 181; *Maple Leaf Foods Inc. c. Schneider Corp.*, (1998) 42 O.R. (3d) 177 (C.A.), 190 et s.
115. *Aronson c. Lewis*, (1984) 473 A. 2d 805 (Del. S.C.), 812.

La jurisprudence récente dénote que les tribunaux canadiens et québécois font un bon accueil à cette approche américaine¹¹⁶, qui laisse peu de place à la doctrine du «*proper purpose*».

Au Québec, l'article 322 du C.c.Q. impose, comme nous l'avons vu, aux administrateurs l'obligation d'agir «dans l'intérêt de la personne morale». Sa formulation est à première vue plus compatible avec la doctrine du «*proper purpose*» que du *fiduciary duty approach*, mais il est peu probable que les tribunaux québécois favoriseront une doctrine délaissée par la common law canadienne¹¹⁷. De toute manière, ils ne pourront pas le faire relativement aux administrateurs des sociétés fédérales, pour lesquels le paragraphe 122(1)(a) a préséance.

3. Divulgence de conflit d'intérêts potentiel

La règle de common law est à l'effet que le fiduciaire qui désire conserver un gain personnel du fait de sa position ou déterminer un intérêt dans un contrat avec le bénéficiaire doit divulguer pleinement au bénéficiaire l'existence et la nature de son gain ou de son intérêt, pour que le bénéficiaire les autorise, à défaut de quoi il doit remettre son gain au bénéficiaire ou voir celui-ci annuler le contrat.

La L.c.s.a. ne traite de la divulgation d'intérêt de l'administrateur ou dirigeant qu'à son article 120, qui traite des contrats avec la société. Elle n'exige pas expressément de divulgation d'intérêt dans d'autres circonstances et ne requiert pas la divulgation de conflits d'intérêts potentiels.

Au Québec, l'article 325 exige, comme l'article 120 de la loi fédérale, que l'administrateur intéressé dans un contrat dévoile son intérêt. Nous traitons plus loin de ces deux dispositions. Mais l'article 324 va plus loin, en requérant que l'administrateur

116. *Re 347883 Alberta Ltd. and Producers Pipeline Inc.*, [1991] 4 W.W.R. 577 (Sask. C.A.), 594; *Schafer c. International Capital Corp.*, [1997] 5 W.W.R. 98 (Sask. Q.B.), 105; *Main c. Delcan Group Inc.*, [1999] O.J. No. 1961 (S.C.); *CW Shareholdings Inc. c. WIC Western International Communications Ltd.*, (1998) 160 D.L.R. (4th) 131 (Ont. Gen. Div.); *Maple Leaf Foods Inc. c. Schneider Corp.*, (1998) 42 O.R. (3d) 177 (C.A.); *Gazit (1997) Inc. c. Centrefund Realty Corp.*, (2000) 8 B.L.R. (3d) 81 (Ont. S.C.); *UPM-Kymmene Corporation c. UPM-Kymmene Miramichi Inc.*, Ont. S.C. N° 99-CL-3536, le 20 juin 2002. Au Québec, *Forget c. Société financière Desjardins-Laurentienne inc.*, J.E. 99-422 (C.S.).

117. Voir, témoin, les arrêts cités à la note 112 *supra*.

118. Par exemple, des actions, un contrat de services.

dénonce à la personne morale «tout intérêt¹¹⁸ qu'il a dans une entreprise ou une association susceptible de le placer en situation de conflit d'intérêts, ainsi que les droits¹¹⁹ qu'il peut faire valoir contre elle, en indiquant, le cas échéant, leur nature et leur valeur»¹²⁰. Il ajoute que cette dénonciation d'intérêt est consignée au procès-verbal des délibérations du conseil d'administration.

Dans la mesure où l'article 324 peut s'appliquer aux sociétés par actions fédérales pour compléter les dispositions de leur loi constitutive, ce qui semble possible vu leur silence en cette matière, on peut considérer qu'il ajoute aux devoirs de leurs administrateurs (et non de leurs dirigeants).

Le défaut par l'administrateur de dévoiler ses conflits d'intérêts potentiels au conseil d'administration, conformément à l'article 324, peut entraîner la sanction prévue à l'article 329, vraisemblablement applicable aux administrateurs des sociétés fédérales, soit l'interdiction prononcée par le tribunal d'agir comme administrateur pendant une période maximale de cinq ans. Toutefois, cette sanction pour «manquer à ses obligations d'administrateur» n'est applicable que si ce manquement se produit «de façon répétée». Le Code civil ne prévoit pas d'autre sanction¹²¹.

4. Profits personnels

a) Principes de common law

Selon la common law, le fiduciaire ne doit réaliser aucun gain personnel, direct ou indirect, du fait de sa position. Tout profit ou gain personnel qu'il réalise appartient au bénéficiaire et doit lui être remis, sauf si le bénéficiaire l'autorise à le conserver, en pleine connaissance de tous les faits et sans influence indue¹²².

119. Par exemple, une créance, une option.

120. Voir par analogie *Griffin c. Rexfor*, J.E. 93-1794 (C.S.); *Bélanger c. Brosseau*, [1997] R.J.Q. 450 (C.S.) (intérêt non nécessairement pécuniaire).

121. Le ministre de la Justice, dans des *Commentaires sur le Code civil du Québec* (tome 1, Les Publications du Québec, p. 219), déclare que l'article 326 «établit les sanctions possibles du défaut de respecter les obligations prévues aux articles 323 à 325». Le texte même de l'article 326, qui vise la dénonciation d'«une acquisition ou d'un contrat», interdit une interprétation aussi large: il ne peut s'appliquer qu'à une violation de l'article 325. Dans l'arrêt *Gauvin c. Centre de vacances familiales de Frampton inc.*, J.E. 98-2318 (C.S.), le tribunal a déclaré avec raison: «[...] l'article 324 C.c.Q. ne donne pas ouverture à invoquer une faute fondée sur un quelconque conflit d'intérêts» (p. 6).

122. Voir la note 20, *supra*.

La remise du profit n'est pas de nature compensatoire et n'est aucunement liée aux dommages subis par le fiduciaire. Elle requiert que le fiduciaire remette au bénéficiaire tout le gain (une fois déduites ses dépenses raisonnables)¹²³ qu'il est réputé avoir réalisé pour son compte.

Le bénéficiaire dispose du mécanisme de la «fiducie par interprétation» («*constructive trust*») pour récupérer ses biens ou obtenir la remise du profit réalisé par le fiduciaire: il est réputé propriétaire de ces biens et profits, et son titre est opposable aux créanciers ordinaires du fiduciaire. De plus, les personnes qui collaborent sciemment avec le fiduciaire qui viole ses devoirs sont réputés assumer les mêmes devoirs et la même responsabilité que le fiduciaire.

Ces principes s'appliquent même s'il est démontré que le bénéficiaire n'aurait pas pu réaliser lui-même le gain, ou qu'il n'a subi aucune perte¹²⁴.

En droit corporatif, l'arrêt *Regal (Hastings) Ltd. c. Gulliver*¹²⁵ a établi qu'une société peut obtenir une remise de profits de ses administrateurs si elle démontre que ce profit résulte d'une transaction rendue possible grâce à la position favorisée des administrateurs et à leur accès à certains renseignements¹²⁶. Ne doivent pas entrer en ligne de compte des questions comme: y a-t-il eu fraude ou mauvaise foi? La société a-t-elle subi un dommage? La remise du profit apporte-t-elle un enrichissement sans cause («*windfall*») aux actionnaires¹²⁷?

The rule of equity which insists on those, *who by use of a fiduciary position* make a profit, being liable to account for that profit, in no

-
123. En droit corporatif, voir par exemple *China Software Corporation c. Leimbigler*, (1989) 27 C.P.R. (3d) 215 (B.C.S.C.); *Slate Ventures Inc. c. Hurley*, (1996) 27 B.L.R. (2d) 41 (Nfld. S.C.), (1997) 37 B.L.R. (2d) 138 (Nfld. C.A.).
124. *Keech c. Sanford*, (1726) 25 E.R. 223; *Canadian Aero Service Ltd. c. O'Malley*, [1974] R.C.S. 592; *Weber Feeds Ltd. c. Weber*, [1978] 3 B.L.R. 107 (Ont. S.C.), (1980) 8 B.L.R. 71 (Ont. C.A.); *Roper c. Murdoch*, (1987) 14 B.C.L.R. (2d) 385 (C.S.) (faillite de la société).
125. [1992] All E.R. 378 (H.L.).
126. Dans les arrêts *Burland c. Earle*, [1902] A.C. 83 et *Peso Silver Mines Ltd. c. Cropper*, [1966] R.C.S. 673, par exemple, le lien entre le profit et la position favorisée de l'administrateur n'a pas été établi et la remise du profit a été refusée.
127. Les arrêts *Abbey Glen Property Corporation c. Stumborg*, [1979] 4 B.L.R. 113 (Alta S.C.) et *Balaban c. Bryndon Ventures Inc.*, [1994] 1 W.W.R. 398 (Alta Q.B.) fournissent des exemples de «*windfall*». L'arrêt *Hoffman Products Ltd. c. Karr*, (1989) 70 O.R. (2d) 789 (H.C.), conf. 71 O.R. (2d) 734 n., en fournit toutefois un où le «*windfall*» n'a pas été accordé.

way depends on fraud, or absence of bona fides; or upon such questions or considerations as whether the profit would or should otherwise have gone to the plaintiff, or whether the profiteer was under a duty to obtain the source of profit for the plaintiff, or whether he took a risk or acted as he did for the benefit of the plaintiff, or whether the plaintiff has in fact been damaged or benefited by his action. The liability arises from the mere fact of a profit having, in the stated circumstances, been made. The profiteer, however honest and well-intentioned, cannot escape the risk of being called upon to account. (Emphasis added).

L'arrêt *Canadian Aero Service Ltd. c. O'Malley*¹²⁸ a précisé que la remise de profit vise le détournement, même indirect, d'une «occasion d'affaires» («*corporate opportunity*») poursuivie par la société¹²⁹, par un administrateur ou un fonctionnaire supérieur en ayant eu connaissance grâce à sa position et ce, nonobstant sa démission préalable¹³⁰.

L'arrêt *Alberts Ltd. c. Mountjoy*¹³¹ a étendu l'interdiction relative au détournement des occasions d'affaires à la sollicitation de la clientèle et du personnel de la société en deçà d'un délai raisonnable après le départ de l'administrateur ou du membre de la haute direction¹³².

b) Le Code civil du Québec

Le Code civil a codifié la règle de common law relative aux profits personnels des administrateurs aux articles suivants:

- l'article 2146, qui interdit au mandataire d'utiliser à son profit l'information qu'il obtient ou le bien qu'il est chargé de recevoir ou d'administrer dans l'exécution de son mandat, «à moins que le mandant n'y ait consenti»; cet article énonce la sanction attachée à cette interdiction, soit le recours en dommages et la reddition du profit correspondant;

128. [1974] R.C.S. 592.

129. La règle ne s'applique pas à une occasion d'affaires à laquelle la société a renoncé: *Peso Silver Mines*, *supra*, note 49; *Martin c. Columbia Metals Corporation Ltd.*, (1980) 12 B.L.R. 72 (Ont. H.C.); *Three Point Oils Ltd. c. Glencrest Energy Ltd.*, (1994) 23 Alta L.R. (3d) 226; *Hoffman Products Ltd. c. Karr*, (1989) 70 O.R. (2d) 789 (H.C.), *conf.* 71 O.R. (2d) 734 n.

130. Voir les arrêts cités à la note 26, *supra*.

131. [1977] 2 B.L.R. 178 (Ont. S.C.).

132. Voir les arrêts cités à la note 27, *supra*, et à Maurice et Paul MARTEL, *La compagnie au Québec – Volume 1, Les aspects juridiques*, Éditions Wilson & Lafleur Martel Ltée, p. 23-35, note 147.

- l'article 323, qui interdit à l'administrateur d'une personne morale d'utiliser, à son profit ou celui d'un tiers, les biens de la personne morale ou l'information qu'il obtient en raison de ses fonctions, «à moins qu'il ne soit autorisé à le faire par les membres de la personne morale»;
- l'article 2184, qui oblige le mandataire, à la fin du mandat, à rendre compte et à remettre au mandant «tout ce qu'il a reçu dans l'exécution de ses fonctions, même si ce qu'il a reçu n'était pas dû au mandant». Cet article existait déjà dans le C.c.B.-C.; sans être particulier aux devoirs d'honnêteté et de loyauté de common law, il s'inscrit dans la même veine qu'eux;
- l'article 326, qui traite de la remise du profit réalisé d'un contrat conclu avec la compagnie et dont il sera question dans la section «contrats avec la compagnie»;
- l'article 316, qui permet à tout intéressé, en cas de fraude à l'égard de la compagnie, de faire tenir les administrateurs, qui ont tiré un profit personnel de l'acte reproché, responsables du préjudice subi par la compagnie.

i) Utilisation des biens ou d'informations

L'article 323 interdit à l'administrateur de confondre les biens de la personne morale avec les siens. Il ne peut utiliser à son profit ou à celui d'un tiers les biens de la personne morale ou l'information qu'il obtient en raison de ses fonctions. S'il le fait, il peut être tenu en vertu de l'article 2146 de payer à la personne morale des dommages-intérêts, ou encore de l'indemniser en lui payant «une somme équivalant à l'enrichissement qu'il obtient» s'il s'agit d'une information, ou à «un loyer approprié ou l'intérêt sur les sommes utilisées» s'il s'agit d'un bien¹³³.

Les mots «biens» et «informations» sont suffisamment larges pour couvrir les «occasions d'affaires» de la personne morale, telles que visées par l'arrêt *Canadian Aero* et leur extension aux clients et employés faite par l'arrêt *Alberts Ltd. c. Mountjoy*. Les articles 323 et 2146 ne révolutionnent pas à cet égard le droit québécois, qui sanctionnait déjà, comme on l'a vu plus avant dans l'historique des «devoirs de loyauté» du Québec avant 1994, les

133. Les sommes détournées peuvent par ailleurs être ajoutées au revenu de l'administrateur aux fins de cotisation fiscale: *Cléroux c. Québec (Sous-ministre du Revenu)*, REJB 2001-25613 (C.Q.).

détournements d'occasions d'affaires ou de clientèle¹³⁴. L'arrêt *In re Entreprises Rock Ltée*, s'il avait été rendu à la lumière du nouveau Code civil, fournirait un cas classique d'application des articles 323 et 2146.

Tout comme sous la common law¹³⁵, le détournement de fonds est visé, et l'administrateur est tenu de remettre ces fonds plus intérêts. Sont également visés le fait d'occuper sans payer de loyer adéquat les locaux appartenant à la société¹³⁶ et celui d'utiliser pour ses fins personnelles de l'équipement acheté par la société¹³⁷.

Un certain problème d'application du recours de l'article 2146 surviendra lorsque l'administrateur n'utilisera pas le bien (ou l'information) à son profit, mais à celui d'un tiers: l'article 2146 ne vise pas cette situation, et le mode d'établissement de l'indemnisation qu'il prévoit, soit l'enrichissement obtenu par le mandataire, risque de ne pas être pertinent en cas d'enrichissement indirect. L'article 323, qui envisage cette situation, ne prévoit pas de solution.

En common law, le mécanisme de la fiducie par interprétation solutionne *a priori* ce genre de problème, en imposant au tiers les mêmes devoirs qu'au fiduciaire. En droit québécois, la respon-

134. Voir également *Lebel c. Prosig Informatique Inc.*, J.E. 95-140 (C.A.); *Bâtiments J.D.L. c. Lamoureux*, [1995] R.R.A. 1067 (C.S.) (recours refusé); *Sextant Communications Inc. c. Couture*, J.E. 95-1439 (C.S.). Les arrêts *Boston Shoe Co. Ltd. c. Frank*, (1925) 48 C.S. 66; *Compagnie des attractions de Montréal Ltée c. Van Godbout*, [1977] C.S. 365 et *Central Dynamics Ltd. c. Tremblay*, J.E. 92-1337 (C.S.) ont abordé la notion de renonciation à une occasion d'affaires.

135. Voir *Rogers Hardware c. Rogers*, (1913) 10 D.L.R. 541; *Bottoms c. Brent Petroleum Industries Ltd.*, [1984] B.C.J. No. 1151 (S.C.) (intérêt sur sommes détournées); *Calmont Leasing Ltd. c. Kredl*, [1995] 8 W.W.R. 179 (Alta. C.A.) (remise de fonds détournés plus intérêts composés); *Beechwood Cemetary Co. c. Graham*, [1996] 2 C.C.L.S. 197 (Ont. Gen. Div.).

136. Voir par analogie *Miller c. The Diamond Light & Heating Co. of Canada Ltd.*, (1913) 22 B.R. 411. Dans *3396541 Canada Inc. c. Placements Mirok inc.*, J.E. 2000-437 (C.S.), la Cour a annulé un bail conclu au nom de la société par l'administrateur avec sa propre compagnie parce qu'il favorisait le locataire d'une manière exorbitante.

137. Dans l'arrêt *RDS Diagnostics Ltd. c. Stronell*, [1999] O.J. No. 2619 (S.C.), les administrateurs avaient formé une compagnie pour concevoir une technologie liée à celle de la société et avaient consacré plus de la moitié de leur temps ainsi que le personnel et l'équipement de la société au bénéfice de cette autre compagnie. Ils ont été condamnés, solidairement avec cette compagnie, à verser 845 000 \$ à la société en remboursement de salaires et de loyer. Aucun profit n'ayant été réalisé par la compagnie, il n'y a pas eu de condamnation à en rendre compte à la société.

sabilité du tiers peut être retenue grâce à la responsabilité extra-contractuelle du tiers qui se rend complice de la violation d'obligations contractuelles¹³⁸, mais cette responsabilité est de nature compensatoire et ne peut excéder le préjudice causé à la compagnie¹³⁹.

Outre les remèdes prévus à l'article 2146, la société peut aussi, dans certaines circonstances, avoir recours à l'injonction¹⁴⁰.

Dans l'arrêt *Brospec inc. c. Brown*¹⁴¹, un administrateur avait à l'insu de l'autre transféré une division de la compagnie à sa propre compagnie; le tribunal a ordonné la rétrocession de la division à la compagnie par voie d'injonction, sur la base de la violation des devoirs de loyauté de l'administrateur et de la complicité à cette violation; il a précisé que ce remède valait pour l'avenir et que pour le passé la reddition de compte et les dommages-intérêts étaient les recours appropriés.

Le droit civil ne diffère pas à cet égard de la common law, qui reconnaît elle aussi le droit à l'injonction pour mettre fin à une violation de devoirs fiduciaires.

ii) Rémunération

Les administrateurs de la société ont le pouvoir de se payer une rémunération à même les biens de la société¹⁴². Ils sont en flagrante position de conflit d'intérêts en cette matière.

Autant le C.c.Q. que la L.c.s.a. reconnaissent que le fait pour l'administrateur de fixer sa propre rémunération constitue une exception au devoir de l'administrateur de ne pas contracter avec sa propre compagnie, dont nous traiterons plus loin. Ils n'obligent pas l'administrateur à dénoncer son intérêt ou à s'abstenir de voter dans ce cas¹⁴³.

138. C.c.Q., art. 1457 et *Trudel c. Clairol Inc. of Canada*, [1975] 2 R.C.S. 236. Voir plus récemment *Marque d'Or Inc. c. Clayman*, [1988] R.J.Q. 706 (C.S.) et *Brospec inc. c. Brown*, J.E. 2000-859 (C.S.).

139. *Dostie c. Sabourin*, [2000] R.J.Q. 1026 (C.A.); *L.N.S. Systems Inc. c. Allard*, J.E. 2001-1277 (C.S.).

140. Voir par exemple *Marque d'Or Inc. c. Clayman*, précité, note 138.

141. J.E. 2000-859 (C.S.).

142. L.c.s.a., art. 125. Ce pouvoir peut être restreint par les statuts, les règlements ou une convention unanime des actionnaires.

143. C.c.Q., art. 325, dernière phrase; L.c.s.a., art. 120(5)(a). À remarquer: cette exception ne vise que la rémunération de l'administrateur lui-même, et non celle de personnes liées à lui. Toutefois, l'administrateur ne détient pas d'inté-

Cela ne signifie pas pour autant que les administrateurs aient reçu carte blanche pour dépouiller la société; ils demeurent liés par leurs devoirs d'agir dans l'intérêt de la compagnie et de ne pas abuser de leur pouvoirs. Par conséquent, la rémunération (salaires, bonis, frais de gestion, etc.) qu'ils fixent pour eux-mêmes et leurs proches doit être raisonnable, compte tenu de la situation financière de la société et de la nature, de la quantité et de la qualité des services rendus; une rémunération excessive sera jugée frauduleuse et justifiera l'intervention du tribunal, à la demande d'un actionnaire¹⁴⁴.

Cette règle s'applique aux «parachutes dorés» que les administrateurs de nombreuses sociétés ayant fait appel au public accordent à leurs principaux dirigeants¹⁴⁵.

Dans l'arrêt récent *Blain c. Cayouette*¹⁴⁶, un tribunal québécois a traité de «golden parachute» l'indemnité de départ équivalant à trois ans de salaire que le président-directeur général et actionnaire principal de deux compagnies provinciales privées s'était accordée dans son contrat d'emploi et il a refusé de la lui accorder lorsqu'il a poursuivi le liquidateur des compagnies pour la réclamer.

Le tribunal a fait référence à la jurisprudence de common law et du Québec en cette matière.

Dans l'arrêt encore plus récent *Turgeon c. Carbonneau*¹⁴⁷, le tribunal a refusé d'annuler la résolution des administrateurs accordant une allocation de retraite à deux d'entre eux à l'occasion de la liquidation de la compagnie, jugeant que les administrateurs avaient agi dans «*a proper purpose*» (récompenser des dirigeants-clés pour les services rendus), sans mauvaise foi ou abus de droit.

rêt» dans ces personnes au sens du paragraphe 120(1), de sorte que c'est l'interdiction elle-même qui ne s'applique pas.

144. Au Québec, voir *Mark c. Dresser*, (1919) 25 R.L.n.s. 297; *Giguère c. Colas*, (1915) 48 C.S. 198; *Barry c. Larocque*, (1934) 72 C.S. 70; *9000-7188 Québec inc. c. Tremblay*, J.E. 99-2148 (C.Q.). En common law, voir *Nolan c. Parsons*, [1942] O.R. 358; *National Building Maintenance Ltd. c. Dove*, [1972] W.W.R. 410.

145. *347883 Alberta Ltd. c. Producers Pipeline Ltd.*, [1991] 4 W.W.R. 577, 3 B.L.R. (2d) 237 (Sask. C.A.); *Hamelin c. Seven Mile High Group Inc.*, (1994) 89 B.C.L.R. (2d) 298 (B.C. C.A.); *Cannaday c. Sun Peaks Resorts Corp.*, (1995) 25 B.L.R. (2d) 75 (B.C. S.C.), conf. [1998] B.C.J. No. 85 (B.C. C.A.); *Rooney c. Cree Lake Resources Corp.*, [1998] O.J. No. 3077 (Gen. Div.).

146. [2001] J.Q. n° 4194 (C.S.).

147. J.E. 2002-198 (C.S.).

«Cet acte est légitime et ce, même si l'effet incident est d'avantager des administrateurs», dit la Cour¹⁴⁸.

Quant aux prêts ou à l'aide financière que les administrateurs veulent se consentir ou consentir à des personnes liées, ceux-ci ne sont plus, depuis la réforme, soumis à des restrictions statutaires: l'article 44 de la L.c.s.a. a en effet été abrogé. Le législateur a décidé de s'en remettre à cet égard aux devoirs généraux des administrateurs en vertu de l'article 122(1). Les devoirs «fiduciaires» de l'administrateur lui commanderont de résister à la tentation de se faire accorder une aide financière non compatible avec l'intérêt de la société.

Le droit civil n'a en cette matière aucune incidence particulière.

iii) Profits secrets

La common law requiert du fiduciaire qu'il remette au bénéficiaire tout gain réalisé du fait de sa position, sauf si le bénéficiaire l'autorise à le conserver, en pleine connaissance de tous les faits et sans influence indue.

En droit corporatif, la jurisprudence relative aux «profits secrets», c'est-à-dire réalisés sans le consentement des actionnaires, reflète ce principe¹⁴⁹.

En droit québécois, le principe est sensiblement le même: il vise notamment les pots-de-vin et les commissions secrètes¹⁵⁰.

L'article 2184 du C.c.Q., qui reprend l'article 1713 du C.c.B.-C., oblige le mandataire à remettre au mandant tout ce qu'il a reçu dans l'exécution de ses fonctions, même si ce qu'il a

148. Jugement, par. 71. «En adoptant cette résolution, le conseil d'administration de la compagnie a agi à l'intérieur de ses prérogatives et n'a fait que reconnaître la participation des défendeurs [...] à la croissance de l'entreprise au cours des vingt-quatre dernières années» (par. 78).

149. *Regal (Hastings) Ltd. c. Gulliver*, [1942] All E.R. 378, 393. Voir notamment *Grant c. Gold Exploration & Development Syndicate Ltd.*, [1900] 1 Q.B. 233; *Gadsden c. Bennetto*, (1913) 9 D.L.R. 719; *Eden c. Ridsdales Ry Lamp & Lighting Co. Ltd.*, [1889] Q.B. 368; *Pure Canadian Silver Black Fox Co. c. Morrison*, (1915) 24 D.L.R. 915; *Sigurdson c. Langridge*, (1977) 26 C.B.R. n.s. 44 (Alta. S.C.).

150. *Thompson c. Sénécal*, (1894) 3 B.R. 455; *La Compagnie de pulpe de Metabetchouan c. Paquet*, (1906) 29 C.S. 211. Voir aussi, par analogie, *Québec (P.G.) c. Brunet*, [1993] R.J.Q. 2862 (C.S.), [1994] R.J.Q. 337 (C.A.) (points bonis).

reçu n'était pas dû à celui-ci, plus intérêts. Cette reddition de compte ne survient cependant qu'à la fin du mandat, ce qui signifie en pratique qu'une demande de reddition de compte forcée doit être accompagnée de la destitution de l'administrateur ou du dirigeant.

En ceci, le C.c.Q. est plus restrictif que la common law qui permet la demande de remise de profit en tout temps.

iv) Ratification

Nous avons vu que le fiduciaire peut être autorisé à conserver ses gains personnels par le bénéficiaire.

En droit corporatif, la jurisprudence a établi que cette autorisation doit émaner des actionnaires¹⁵¹. Elle doit être donnée en pleine connaissance de tous les faits et sans influence induite¹⁵². Le fait pour les administrateurs intéressés de participer au vote en faveur de leur propre violation de devoirs fiduciaires peut toutefois enlever son effet curatif à la ratification¹⁵³. Nous verrons plus loin que la ratification d'un contrat où un administrateur est intéressé doit, en vertu du nouveau paragraphe 120(7.1) de la loi fédérale, s'effectuer par résolution spéciale, c'est-à-dire aux deux tiers des voix des actionnaires présents.

L'article 323 du C.c.Q. interdit à l'administrateur de réaliser un profit en utilisant les biens ou l'information de la personne morale «à moins qu'il ne soit autorisé à ce faire par les membres de la personne morale». L'article 2146 requiert le consentement du mandant pour permettre au mandataire de réaliser un profit en utilisant l'information ou les biens du mandant. L'article 323 rejoint donc la common law, sans préciser toutefois que le consentement des actionnaires doit être donné en pleine connaissance de

-
151. *Regal (Hastings) Ltd. c. Gulliver*, précité, note 69, p. 389; *Canada Safeway Ltd. c. Thompson*, (1951) 3 D.L.R. 295, 321 (B.C. S.C.); *Earle c. Burland*, (1900) 27 O.A.R. 540, 561; *North-West Transportation Co. c. Beatty*, (1887) 12 A.C. 589. Certains de ces arrêts exigent le vote unanime des actionnaires.
152. Voir notamment *Jacobus Marler Estates, Lim c. Marler*, précité, note 87; *Pacific Coast Coal Mines Ltd. c. Arbuthnot*, (1917) 36 D.L.R. 564 (P.C.); *Canadian Aero Service Ltd. c. O'Malley*, précité, note 83, p. 607; *Wedge c. McNeill*, (1981) 126 D.L.R. (3d) 596 (P.E.I. S.C.); *Safarik c. Ocean Fisheries Ltd.*, (1994) 10 B.L.R. (2d) 246 (B.C. S.C.), p. 300; *Re Gordon Import Autos Ltd.*, (1993) 12 B.L.R. (2d) 266 (B.C. S.C.); *Mackenzie c. Craig*, [1998] 2 W.W.R. 106 (Alta. Q.B.), 120.
153. *Cook c. Deeks*, [1916] A.C. 554; *Garvie c. Axmith*, (1961) 31 D.L.R. (2d) 65 (Ont. H.C.) (actionnaires intéressés exclus du vote).

tous les faits (ce qui implique une divulgation complète aux actionnaires, non prévue au Code civil) et sans influence indue, sans préciser la majorité des voix requise et sans exclure du vote l'administrateur intéressé. On peut s'attendre à ce que les tribunaux soient appelés à apporter ces précisions. La common law devrait être pour eux une bonne source d'inspiration.

5. Contrats avec la société

a) *La common law*

En common law, la règle est que tout contrat entre le «fiduciaire» et le bénéficiaire est interdit sous peine de nullité, à moins de consentement éclairé du bénéficiaire.

[...] it is a rule of universal application that no one having such duties (of a fiduciary character) to discharge shall be allowed to enter into engagements in which he has or can have a personal interest conflicting or which possibly may conflict with the interests of those whom he is bound to protect. So strictly is this principle adhered to that no question is allowed to be raised as to the fairness or unfairness of a contract so entered into.¹⁵⁴

En droit corporatif, cette règle peut se formuler ainsi: toute convention, équitable ou non, profitable pour la société ou non, intervenue entre la société et un de ses administrateurs, est annulable à la demande de la société, et l'administrateur doit rendre compte des profits qu'il en a retirés¹⁵⁵. Cette règle s'applique aussi lorsqu'une convention intervient entre la société et une autre personne morale dont un des administrateurs est actionnaire, administrateur ou créancier¹⁵⁶.

154. *Aberdeen Railway c. Blaikie Brothers* (1844), [1893-60] All E.R. Rep. 249 (H.L.), p. 252. Voir aussi *Greenstreet c. Paris Hydraulic Co.*, (1874) 21 Gr. 229 (Ont. Ch.).

155. *North-West Transportation Co. c. Beatty*, (1887) 12 A.C. 589; *Bray c. Ford*, [1896] A.C. 44, 50; *Denman c. Clover Bar Coal Co. Ltd.*, (1912) 7 D.L.R. 96 (Alta. S.C.). *Transvaal Lands Co. c. New Belgium Land & Dev. Co.*, [1914] 2 Ch. 488.

156. *Todd c. Robinson*, (1884) 14 Q.B.D. 739; *Garvie c. Axmith*, [1962] O.R. 65, 70; *Patton c. Yukon Consolidated Gold. Corp.*, [1934] O.W.N. 321 (C.A.); *Gray c. Yellowknife Gold Mines Ltd.*, [1948] 1 D.L.R. 74 (Ont. C.A.); *Re Little Billy's Restaurant (1977) Ltd.*, (1983) 21 B.L.R. 246; *Bishopsgate Investment Management Ltd. c. Maxwell (No. 2)*, [1994] 1 All E.R. 261 (C.A.); *Knight c. Frost*, 1999) 1 B.C.L.C. 364 (Ch. D.).

De plus, la règle est à l'effet qu'un administrateur intéressé dans un contrat ne peut pas être compté aux fins du calcul du quorum à la réunion du conseil où ce contrat est examiné¹⁵⁷.

Toutefois, la common law n'imposait pas de limites légales aux conventions des parties dans les *articles of association* des sociétés. On a vu apparaître, au début du siècle dernier, des clauses reconnues valides dites de «*safe harbour*» insérées dans les actes constitutifs des sociétés qui écartaient l'obligation pour les administrateurs de divulguer leur intérêt, leur permettaient de voter relativement aux contrats dans lesquels ils avaient des intérêts et les dégageaient complètement de l'obligation de rendre compte des profits réalisés en raison de ces contrats¹⁵⁸. La prolifération de ces clauses a mené à l'adoption, en 1929, de ce qui est devenu l'article 1999 du *United Kingdom Companies Act, 1948*, lequel a servi de modèle à l'article 98 de l'ancienne *Loi sur les corporations canadiennes* et, en 1975, à ce qui est devenu l'article 120 de la L.c.s.a.

b) L'article 120 de la Loi canadienne sur les sociétés par actions

Tel qu'amendé en 2001, l'article 120 de la L.c.s.a. établit des balises à l'intérieur desquelles l'administrateur ou le dirigeant doivent demeurer s'ils veulent valablement contrevenir à la règle de common law prohibant l'intérêt dans un contrat avec la société et conserver les profits personnels qu'ils en retirent. Ces balises sont d'ordre public: la société ne peut pas y déroger par ses statuts, ses règlements ou un contrat¹⁵⁹.

i) Divulgence d'intérêt et défense de voter

L'administrateur doit dévoiler son intérêt au conseil d'administration lorsqu'il discute du projet de contrat pour la pre-

157. *Garvie c. Axmith*, [1962] O.R. 65, 31 D.L.R. (2d) (H.C.); *D'Amore c. McDonald*, [1973] 1 O.R. 845, 859; *Re Geymouth Point Elizabeth Railway & Coal Co. Ltd.*, [1904] 1 Ch. 32 (Ch. Div.); *Victors c. Lingard*, [1927] 1 Ch. 323 (Ch. D.).

158. *Imperial Mercantile Credit Association c. Coleman*, (1873) L.R. 6 H.L. 189; *Costa Rica Railway Co. c. Forwood*, [1900] 1 Ch. 756 (H.C.), conf. [1901] 1 Ch. 746 (C.A.); *Gray c. New Augarita Porcupine Mines Ltd.*, [1952] 3 D.L.R. 1 (Ont. P.C.); *Boulting c. Assn. of Cinematograph, Television & Allied Technicians*, [1963] All E.R. 716 (C.A.), 729. Voir le paragraphe 226 du Rapport Dickerson.

159. L.c.s.a., art. 122(3).

mière fois. S'il devient intéressé par la suite seulement, il doit le dire à la première réunion suivant la naissance de cet intérêt¹⁶⁰.

L'intérêt consiste soit à être partie au contrat, soit à être administrateur, dirigeant de la partie au contrat, ou soit à posséder un «intérêt important» dans cette partie.

La loi exige que l'administrateur intéressé dévoile «la nature et l'étendue de son intérêt»¹⁶¹; toutefois, une «révélation permanente», c'est-à-dire la déclaration qu'il est administrateur ou actionnaire dans une compagnie avec laquelle la société doit transiger, est permise¹⁶². La divulgation requise vise l'information relative au contrat et ne va pas jusqu'aux moindres détails; il n'est pas requis de remettre aux administrateurs «chaque morceau de papier». Ainsi que l'a récemment précisé un tribunal, «il s'agit d'une question de substance, et non de forme»¹⁶³.

Le devoir de divulgation de l'administrateur se limite à la nature et à l'étendue de son intérêt: il n'est pas tenu d'exposer aux autres administrateurs les risques inhérents à la transaction, ou de se faire l'avocat du diable et leur suggérer des transactions alternatives¹⁶⁴.

La divulgation exigée de l'administrateur doit se faire au conseil d'administration et non à certains administrateurs, dirigeants ou au vérificateur¹⁶⁵. Rien n'exige qu'elle soit faite aux actionnaires¹⁶⁶. Toutefois, le paragraphe 120(6.1), ajouté en 2001,

160. Si l'intérêt naît après la conclusion du contrat, aucune obligation de divulgation d'intérêt ou de reddition de profit ne survient: *Placements Lecomont ltée c. Goulet*, J.E. 96-1833 (C.A.). Comparer à *Baker c. Palm Bay Island Resort Pty Ltd.* (No. 2), [1970] Qd. R. 210.

161. L.c.s.a., art. 120(1). «The amount of detail required must depend in each case upon the nature of the contract [...] proposed and the context in which it arises. It can rarely be enough for a director to say «I must remind you that I am interested» and leave it at that [...]. His declaration must make his colleagues «fully informed of the real state of things» [...]. If it is material to their judgment that they should know not merely that he has an interest, but what it is and how far it goes, then he must see to it that they are informed»: *Gray c. New Augarita Porcupine Mines Ltd.*, [1952] 3 D.L.R. 1 (P.C.), 14. «A man declares his interest not when he states that he has an interest, but when he states what his interest is»: *Liquidators of the Imperial Mercantile Credit Association c. Coleman*, [1873] L.R. 6 H.L. 189, 205.

162. *Ibid.*, art. 120(6).

163. *Jackson c. Trimac Industries Ltd.*, [1994] 8 W.W.R. 237 (Alta. C.A.), p. 243 (traduction).

164. *Ibid.*, par. 61 à 64.

165. *Beechwood Cemetery Co. c. Graham*, [1996] O.J. No. 2364 (Gen. Div.).

166. *Centofanti c. Eekmitor Pty Ltd.*, (1995) 13 A.C.L.C. 315 (S.C.S.A.).

permet aux actionnaires, par exception au principe général qu'ils n'ont pas accès aux procès-verbaux des réunions du conseil d'administration¹⁶⁷, de consulter toute partie de ces procès-verbaux dans laquelle la divulgation d'intérêt d'un administrateur ou dirigeant a été inscrite. C'est une exception au principe que ces procès-verbaux ne sont pas accessibles aux actionnaires. Remarquons que la loi n'autorise pas les actionnaires à prendre connaissance d'un procès-verbal où la divulgation n'est pas contenue.

Soulignons que l'article 120 ne vise que les contrats «importants» avec la société, et qu'il ne requiert la divulgation que des intérêts «importants» dans des personnes parties à de tels contrats. Cette notion de contrat ou d'intérêt «important» (en anglais, «*material*»), de droit nouveau¹⁶⁸, n'est clarifiée ni par la loi ni par la jurisprudence¹⁶⁹. En matière de loyauté et d'honnêteté, on ne peut se contenter de demi-mesures: tout comme on ne peut être «un petit peu enceinte», il n'est pas acceptable d'être partiellement déloyal. C'est pourquoi tout contrat autre que dérisoire devrait être considéré comme important, et qu'il devrait aller de même pour tout intérêt qui puisse exercer une influence, si minime soit-elle, sur la décision de l'administrateur, s'il était appelé à en prendre une¹⁷⁰.

167. L.c.s.a., art. 20(2) et (4) et 21(1).

168. Le droit antérieur (common law et art. 98 de la *Loi sur les corporations canadiennes*) exigeait la divulgation de tout intérêt dans tout contrat, important ou non. La notion de contrat important ne figurait pas dans le Rapport Dickerson ou dans les législations anglaises et américaines prises comme modèles par celui-ci. Quant à celle d'intérêt important, elle provient d'une application suspecte de l'arrêt *Gray c. New Augarita Porcupine Mines Ltd.*, [1952] 3 D.L.R. 1 (P.C.), où la notion de «*material*» vise les éléments de la divulgation d'intérêts, et non l'intérêt lui-même. Dans l'arrêt *Transvaal Land Co. c. New Belgium (Transvaal) Land and Development Co.*, [1914] 2 Ch. 488, la détention de 0,5 % d'actions dans la compagnie cocontractante a suffi pour fonder un recours en annulation de la transaction. Voir aussi *Motivex Ltd. c. Bulfield*, [1998] B.C.L.C. 99, [1986] B.C.C. 403.

169. Voir toutefois *Dimo Holdings Ltd. c. H. Jager Developments Inc.*, (1999) 43 B.L.R. (2d) 123 (Alta. Q.B.), 126.

170. Cette notion subjective de l'importance de l'intérêt est celle utilisée dans le *Model Business Corporation Act* américain (art. 8.60) ainsi, notamment, que dans l'arrêt *Cinerama Inc. c. Technicolor Inc.*, 663 A. 2d 1156 (Del. 1995), où la Cour suprême du Delaware a déclaré (p. 1167): «Under such a test of materiality [it] would be required to determine not how or whether a reasonable person in the same or similar circumstances [...] would be affected by a financial interest of the same sort as present in the case, but whether this director in fact was or would likely be affected». Voir sur ce sujet de «*materiality*» les commentaires de Kevin Patrick McGUINNESS dans *The Law and Practice of Canadian Business Corporations*, Butterworths, 1999, p. 755.

L'administrateur intéressé ne doit pas participer au vote sur la résolution approuvant le projet de contrat¹⁷¹. Cette interdiction de voter est cependant sujette à certaines exceptions:

- s'il s'agit d'un contrat portant principalement sur sa rémunération par la société ou une personne morale de son groupe¹⁷²;
- s'il s'agit d'un contrat portant sur une indemnité ou une assurance-responsabilité en vertu de l'article 124¹⁷³;
- s'il s'agit d'un contrat conclu avec une personne morale du même groupe¹⁷⁴.

ii) *Sanction du défaut*

Si l'administrateur intéressé ne se plie pas à son obligation de divulgation¹⁷⁵ ou d'abstention de vote, la société ou tout action-

-
171. L.c.s.a., art. 120(5). *Waden c. Kendrick*, (1905) 37 C.S. 32, 53; *Wedge c. McNeill*, (1982) 142 D.L.R. (3d) 133 (P.E.I. S.C.); *Imperial Trust Co. c. Cambra Foods Ltd.*, (1987) 50 Alta. L.R. (2d) 375 (Q.B.). L'interdiction de voter n'entraîne pas celle d'assister à la réunion: *Grimwade c. The B.P.S. Syndicate Ltd.*, (1915) 31 T.L.R. 531 (Ch. D.).
172. *Ibid.*, art. 120(5)(a). Cette exception vise aussi la rémunération payable à une compagnie détenue par l'administrateur: *Rooney c. Cree Lake Resources Corp.*, [1998] O.J. No. 3077 (Gen. Div.).
173. *Ibid.*, art. 120(5)(b).
174. *Ibid.*, art. 120(5)(c). Voir *Lindzon c. International Sterling Holdings Inc.*, (1990) 45 B.L.R. 57 (B.C. S.C.), p. 76 et s. Cette dispense est justifiable lorsque l'intérêt de l'administrateur se limite à agir comme administrateur ou dirigeant de la personne morale en question; elle ne l'est pas s'il détient un «intérêt important», à titre notamment d'actionnaire ou de créancier, dans cette personne morale.
175. Et, semble-t-il, à la lecture de certains arrêts, si les administrateurs ne sont pas déjà au courant de l'intérêt de l'administrateur: Dans l'arrêt *Millgate Financial Corp. c. BF Realty Holdings Ltd.*, (1995) 19 B.L.R. (2d) 271 (Ont. C.J.), 283, la Cour a exprimé un doute quant à la recevabilité d'une absence d'avis formel sous l'article 120 comme base d'un recours pour oppression (et non en nullité du contrat, sous 120(7) et (8)), si en fait le conseil est au courant des intérêts de chaque administrateur. Voir aussi, par analogie, *Brian Mountford & Associates Ltd. c. Lucero Resource Corp.*, [1991] B.C.J. No. 194 (S.C.) et *Gwembe Valley Development Co. Ltd. c. Koshy*, [1998] 2 B.C.L.C. 613 (Ch. D.), où apparaît cette même notion de connaissance de fait des administrateurs. «Disclosure imports the concept of informing someone of something of which he would not otherwise be aware», peut-on lire dans l'arrêt anglais *Motivex Ltd. c. Bulfield*, [1988] B.C.L.C. 99. Voir aussi, sur la nécessité ou la non-nécessité d'une divulgation formelle en cas de connaissance du conflit par les autres administrateurs, *Ward c. Guinness plc*, [1988] P.C.C. 270 (C.A.); *Lee Panavision Ltd. c. Lee Lighting Ltd.*, [1992] B.C.L.C. 22, 33; *Runciman c. Walter Runciman plc*, [1992] B.C.L.C. 1084, 1093; *Re Dominion International Group plc (No. 2)*, [1996] 1 B.C.L.C. 572; *Buset Estate c. Buset Apartments Ltd.*, (2001) 16 B.L.R. (3d) 168 (Ont. S.C.). La jurisprudence établit que, si la divulgation n'est pas faite, le tribunal ne peut s'interroger sur la possibilité que la société aurait agi de la même manière que si

naire peut demander à la Cour d'annuler le contrat, «selon les modalités qu'il estime indiquées», et enjoindre à l'administrateur de rendre compte à la société du bénéfice qu'il en a tiré¹⁷⁶. D'autre part, si le contrat conclu avec la société n'est pas «équitable» pour celle-ci, il est vraisemblablement sujet à annulation à la demande de la société ou de tout «plaignant» en son nom par action oblique sous l'article 239 ou par «recours pour oppression» sous l'article 241^{175a}, même si l'administrateur s'est conformé à ses obligations de divulgation et d'abstention de vote. Les paragraphes (7) et (7.1), que nous allons voir ci-après, ne rendent en effet inattaquable le contrat approuvé par les administrateurs ou ratifié par les actionnaires que s'il est «équitable» pour la société.

iii) Exception

Par exception à la règle de common law que l'administrateur ne doit pas avoir d'intérêt dans un contrat avec la société et qu'il ne doit pas compter pour les fins du quorum, le paragraphe 120(7) énonce que le contrat n'est pas annulable et l'administrateur n'est pas redevable de ses profits sur celui-ci même s'il a assisté à la réunion et a permis d'en atteindre le quorum, à condition qu'il ait divulgué son intérêt, que le conseil ait approuvé le contrat et que le contrat, au moment de son approbation, était équitable pour la

elle l'avait été: *London Loans & Savings Co. of Canada c. Brickenden*, [1934] 3 D.L.R. 465 (P.C.), 469; *Creighton c. Roman*, [1960] R.C.S. 858, 809. Cependant, dans l'arrêt plus récent *Baranowski c. Binks Manufacturing Co.*, (2000) 49 C.C.E.L. (2d) 170 (Ont. S.C.), le tribunal a été très sensible au fait que les administrateurs auraient approuvé le contrat même si la divulgation avait été faite, car ils constituaient une «*rubber-stamp brigade*» des décisions du président.

175a. Au sujet du caractère «équitable» du contrat, voir l'arrêt *Cannaday c. Sun Peaks Resort Corp.*, (1995) 25 B.L.R. (2d) 75 (B.C.S.C.), où la Cour s'est inspirée du «*fairness test*» du droit américain et déclaré (p. 80): «the transaction must have the earmarks of an arm's length transaction [...]. Under all the circumstances the transaction would have recommended itself to an independent board of directors that was acting in good faith and had the best interests of the corporation in mind». En appel ([1998] B.C.J. No. 85 (B.C. C.A.)), la Cour a précisé que l'analyse du caractère équitable du contrat doit se faire en prenant en considération les faits et les circonstances entourant l'approbation du contrat; elle a ajouté que même si le contrat n'est pas équitable, il n'est pas nul de ce fait: tout au plus est-il annulable, au choix de la société (par. 32 et s.). Cet arrêt a été cité et suivi dans l'arrêt ontarien *Rooney c. Cree Lake Resources Corp.*, [1998] O.J. No. 3077 (Gen. Div.). Dans l'arrêt *UPM-Kymmene Corporation c. UPM-Kymmene Miramichi Inc.*, Ont. S.C. No 99-CL-3536, le 20 juin 2002, le contrat de rémunération d'un dirigeant a été annulé à la demande d'un actionnaire parce qu'il n'était pas équitable, sous l'autorité des articles 120 et 241.

176. *Ibid.*, art. 120(8). Le contrat n'est pas nul (L.c.s.a., art. 16(3)), mais annulable: voir *Cannaday c. Sun Peaks Resort Corp.*, [1998] B.C.J. No. 85 (C.A.) et la jurisprudence citée et commentée par Carol HANSELL, *op. cit.*, note 75, p. 10-10 et s.

société¹⁷⁷. La règle de common law est donc maintenue si l'administrateur ne fait pas la divulgation requise ou si le contrat n'est pas équitable pour la société.

iv) Ratification par les actionnaires

Ajouté en 2001 et calqué sur la loi ontarienne, le paragraphe 120(7.1) prévoit que, si les actionnaires approuvent ou confirment le contrat par résolution spéciale, après que l'intérêt de l'administrateur ou du dirigeant leur ait été communiqué «de façon suffisamment claire pour en indiquer la nature et l'étendue¹⁷⁸ et que, si le contrat est équitable pour la société au moment de cette résolution, le contrat n'est pas annulable ni l'administrateur redevable de son profit à la société, du moment qu'il agit avec intégrité et de bonne foi et ce, même s'il ne s'est pas conformé à ses obligations de divulgation aux administrateurs. Un défaut délibéré de divulgation aux administrateurs semble *a priori* difficilement compatible avec le fait d'agir avec intégrité et de bonne foi. De plus, contrairement à la disposition ontarienne qui lui a servi de modèle, le paragraphe (7.1) ne semble pas s'appliquer au cas où l'administrateur a violé son devoir de ne pas participer au vote sur le contrat.

c) Le Code civil du Québec

En droit québécois, il n'existait, jusqu'en 1994, aucune règle précise condamnant, approuvant ou fixant des conditions aux contrats entre un administrateur et la compagnie.

À part les articles 1484 et 1706 du C.c.B.-C., qui interdisaient à l'administrateur de se porter acquéreur, directement ou par personne interposée, des biens qu'il est chargé de vendre¹⁷⁹, aucune disposition statutaire pertinente n'existait. En l'absence de fraude, nos tribunaux ont reconnu la validité de contrats administrateur-compagnie¹⁸⁰.

177. Voir *Rhyolite Resources Inc. c. Can Quest Resource Corp.*, (1991) 50 B.L.R. 275 (B.C.S.C.) et *PII Photovision International Inc. c. Thayer*, (1997) 30 B.L.R. (2d) 286 (B.C.S.C.) et *Gazit (1997) Inc. c. Centrefund Realty Corp.*, (2000) 8 B.L.R. (3d) 81 (Ont. S.C.).

178. Voir *Kay c. Croydon Tramways Co.*, [1898] 1 Ch. 358 (C.A.); *Thiessen c. Henderson*, [1899] 1 Ch. 861 (Ch. Div.), où la divulgation fut jugée insuffisante.

179. Voir *Good Loan Finance Limited c. James*, [1971] C.A. 276; *Jolicœur c. Centrale d'Immeubles Ste-Foy Inc.*, [1966] R.C.S. 755.

180. *Chassé & Fils Ltée c. Plante*, [1952] B.R. 233; *Pratte c. La Manufacture de Laine d'Yamachiche*, [1876] 2 Q.L.R. 65 (C.S.) (hypothèque).

Rien dans les lois provinciales ne permettait d'appliquer aux administrateurs de compagnies provinciales la règle de l'interdiction de voter sur des contrats dans lesquels ils étaient intéressés; le fait que diverses lois non applicables aux compagnies soumettaient les administrateurs de personnes morales à des devoirs de divulgation d'intérêt et d'abstention de voter¹⁸¹ militait en faveur de l'inexistence de ces devoirs pour les administrateurs de compagnies.

Malgré cela, on trouve quelques décisions judiciaires québécoises qui ont qualifié de frauduleuse ou à tout le moins génératrice de recours la conduite de l'administrateur ne dévoilant pas son intérêt dans un contrat¹⁸²; deux d'entre elles insistent même sur le devoir de l'administrateur intéressé de s'abstenir de voter¹⁸³.

Les articles 325 et 326 du Code civil changent radicalement la situation. Ces dispositions sont, de l'aveu même du législateur, directement inspirées de l'article 120 de la L.c.s.a.¹⁸⁴.

L'article 325 permet à l'administrateur d'acquérir «directement ou indirectement» des droits dans les biens de la compagnie ou de contracter avec elle (pas d'«indirectement» ici), à condition de signaler ce fait au conseil d'administration et aussi, «sauf nécessité», à condition de s'abstenir de délibérer et de voter sur la question. Cette règle ne s'applique cependant pas à la rémunération ou aux conditions de travail de l'administrateur.

La divulgation porte sur «la nature et la valeur des droits» acquis et doit être faite «aussitôt» que l'acquisition ou le contrat surviennent; elle doit être consignée au procès-verbal des délibérations du conseil d'administration. Elle s'ajoute à la divulgation plus générale relative à l'intérêt dans une autre entreprise qu'exige l'article 324 du C.c.Q.

181. *Loi sur les élections et les référendums dans les municipalités*, L.R.Q., c. E-2.2, art. 357 et 361; *Loi sur les intermédiaires de marché*, L.R.Q., c. I-15.1, art. 75; *Loi sur les sociétés d'entraide économique*, L.R.Q., c. S-25.1, art. 77; *Loi sur les caisses d'épargne et de crédit*, L.R.Q., c. C-4.1, art. 52.1 et 205 et s.; *Loi sur les coopératives*, L.R.Q., c. C-67.2, art. 106, etc.

182. *Pratte c. La Manufacture de Laine de Yamachiche*, [1876] 2 Q.L.R. 65 (C.S.); *Miller c. The Diamond Light & Heating Co. of Canada*, (1913) 22 B.R. 411; *Ahana Mines c. Wall*, (1935) 58 B.R. 352.

183. *Barry c. Larocque*, (1934) 72 C.S. 70; *Lagacé c. Lagacé*, [1966] C.S. 489, 493. Voir aussi *Cloutier c. Dion*, [1954] B.R. 595.

184. *Commentaires du ministère de la Justice*, tome 1, Les Publications du Québec, 1993, p. 218 et s.

Lié à l'article 325, l'article 326 du C.c.Q. prévoit un recours pour la personne morale ou un de ses membres en cas de défaut par l'administrateur de dénoncer «correctement et sans délai» une acquisition ou un contrat. Dans ce cas, le tribunal peut, «entre autres mesures», annuler l'acte ou ordonner à l'administrateur de rendre compte et de remettre à la personne morale le profit réalisé ou l'avantage reçu. L'action est sujette à une prescription d'un an à compter de la connaissance de l'acquisition du contrat.

Dans l'arrêt *Immeubles Dési Ltée c. Plaza d'Alma* (1991) *Ltée*¹⁸⁵, il n'y avait pas eu consignation au procès-verbal de l'intérêt de deux des administrateurs dans un contrat. La Cour a jugé que la situation de conflit d'intérêts était, dans les faits, bien connue des administrateurs lorsqu'ils ont autorisé le contrat, et que la majorité des administrateurs qui avaient approuvé ce contrat n'avaient pas d'intérêt dans celui-ci. Elle a donc refusé d'annuler le contrat pour cause de conflit d'intérêts.

Dans l'arrêt 9000-7188 *Québec inc. c. Tremblay*¹⁸⁶, un administrateur n'avait pas dévoilé aux autres qu'il se faisait verser un montant supérieur à celui qu'ils recevaient pour la location de ses locaux à la compagnie. Le tribunal a ordonné qu'il remette à la compagnie la somme excédentaire, en vertu de l'article 326 du C.c.Q.

Dans l'arrêt 2550-4366 *Québec inc. c. GESRD inc.*¹⁸⁷, un administrateur avait vendu des terrains de la compagnie à une autre compagnie lui appartenant sans en aviser les autres actionnaires. Le tribunal a annulé cette vente en vertu de l'article 326 du C.c.Q.

Aucune sanction n'est donc rattachée à l'obligation de s'abstenir de voter: ce n'est que le défaut de dénonciation qui donne ouverture aux recours de l'article 326. En fait, tel que rédigé, l'article 326 mène apparemment au résultat suivant: dès que l'administrateur dévoile son intérêt dans le contrat ou l'acquisition aux autres administrateurs, ce contrat ou cette acquisition devient inattaquable, et l'administrateur peut conserver son profit ou avantage personnel et ce, même s'il a participé aux délibéra-

185. J.E. 95-1445 (C.S.) (en appel). Rapprocher de la jurisprudence de common law citée à la note 171, *supra*.

186. REJB 1999-15314 (C.Q.).

187. J.E. 2001-1248 (C.S.).

tions ou au vote et même si le contrat est préjudiciable pour la personne morale.

Si l'on compare le régime établi par le Code civil pour les contrats administrateur-compagnie avec celui de common law codifié aux articles 120 et 122(1)(a) de la L.c.s.a., on constate que le premier souffre apparemment de certaines lacunes:

- il n'est pas clair, dans le Code civil, si l'administrateur peut être en tout temps tenu de rendre son profit même s'il a dénoncé son intérêt et que le contrat n'est pas annulé; nous croyons néanmoins que la règle générale relative à la remise du profit personnel, exprimée aux articles 323, 2146 et 2184, demeure entière même si l'article 326 ne peut s'appliquer; l'article 2184, relatif à la remise des profits par le mandataire, ne joue cependant qu'à la fin du mandat et il pourrait être écarté sous prétexte que le profit réalisé grâce au contrat n'a pas été reçu «dans l'exécution de ses fonctions», mais bien en raison de sa position de cocontractant;
- un administrateur ne devrait jamais pouvoir conserver un profit personnel sans l'autorisation des actionnaires (principe établi à l'article 323); cette autorisation n'est pas requise aux articles 324 et 326, dont les termes semblent au contraire exclure sa nécessité, voire sa pertinence;
- un contrat devrait toujours être annulable s'il est préjudiciable pour la compagnie, peu importe la divulgation ou l'abstention de voter. La Loi est à cet effet, mais pas l'article 326.

Les deux premières lacunes pourront probablement être dissipées par une interprétation judiciaire éclairée, mais la troisième nécessitera, croyons-nous, un amendement au texte statutaire. Il serait opportun que l'article 326 soit reformulé en suivant de plus près les paragraphes 120(7) et (7.1) de la loi fédérale, c'est-à-dire en tenant compte du caractère équitable du contrat pour la compagnie et de la ratification possible par les actionnaires.

Dans l'état actuel des choses, l'article 326 fait double emploi avec l'article 2146 en ce qui concerne le recours en remise de profit, mais il diffère de lui à au moins deux égards: il autorise expressément un actionnaire à intenter le recours, ce que ne fait pas l'article 2146, et il établit une prescription d'un an, alors que celle applicable à l'article 2146 est de trois ans¹⁸⁸.

188. C.c.Q., art. 2925.

En ce qui concerne les administrateurs et dirigeants des sociétés fédérales, ces différences entre les articles 325 et 326 du C.c.Q. et l'article 120 de la L.c.s.a. ne portent pas à conséquence, puisque les deux premiers ne leur sont pas applicables. Il n'y a en effet pas lieu, au sens de l'article 300 du C.c.Q., de «compléter» par eux les dispositions de l'article 120, qui établissent un régime complet (encore plus complet que le leur) en matière d'intérêt dans un contrat.

Toutefois, on peut se demander si la courte prescription prévue à l'article 326 doit primer sur la prescription générale de trois ans de l'article 2925 applicable à l'article 120(8). Cela semble fort possible, compte tenu du fait que les articles 326 et 120(8) établissent le même recours.

D'autre part, les administrateurs des sociétés fédérales qui contreviennent aux dispositions de l'article 120 de façon répétée sont susceptibles de se faire interdire d'agir comme administrateurs de personnes morales par un tribunal, conformément aux articles 329 et 330 du C.c.Q.: ils enfreignent en effet, au sens de ces dispositions, «les lois relatives aux personnes morales»¹⁸⁹.

6. Survie des devoirs

En common law, la règle est que les devoirs «fiduciaires» survivent à la terminaison du lien entre le fiduciaire et le bénéficiaire pendant un «délai raisonnable» d'au plus deux ans.

L'arrêt *Canadian Aero* donne un cas frappant de survie des devoirs «fiduciaires».

Rien n'empêche les administrateurs, par contrat avec la compagnie ou par convention entre actionnaires, de s'imposer eux-mêmes des devoirs de confidentialité et de non-sollicitation des clients et du personnel de la compagnie, et de préciser la durée

189. Les arrêts *Nault c. Entreprises Forestières N.T. inc.*, J.E. 99-1057 (C.S.) et *Leclerc c. Ringuette*, 2002BE-203 (C.S.) ont établi que les devoirs généraux énoncés aux articles 321 et 322 C.c.Q. font partie des «obligations d'administrateur» au sens de l'article 329. L'arrêt *2550-4366 Québec inc. c. GESRD inc.*, J.E. 2001-1248 (C.S.) a précisé que l'interdiction constitue «une mesure exceptionnelle que le tribunal doit prendre avec discernement et prudence dans des situations graves et précises» (par. 135), référant à l'arrêt *Lacombe c. Joseph*, J.E. 98-161 (C.S.); il a refusé de prononcer l'interdiction en l'absence de manquements répétés de la part des administrateurs.

de ces devoirs après leur départ de la compagnie. Cette durée peut alors excéder deux ans.

En l'absence de telles clauses contractuelles, les devoirs d'honnêteté et de loyauté imposés aux administrateurs par le C.c.Q. survivent-ils à leur démission ou leur destitution? Rien dans le Code civil ne l'affirme.

D'une part, l'article 1375, qui prévoit que «la bonne foi doit gouverner la conduite des parties tant au moment de la naissance de l'obligation qu'à celui de son exécution ou de son extinction», donne ouverture à la survie des devoirs. De l'autre, le fait que le devoir de loyauté du salarié, énoncé à l'article 2088, soit expressément précisé comme survivant «pendant un délai raisonnable après cessation du contrat», et qu'aucune disposition de ce genre ne caractérise les devoirs des administrateurs et des mandataires, pourrait être interprété comme un obstacle à la survie de l'obligation de loyauté, comme en common law.

J'estime, quant à moi, qu'il serait absurde de permettre aux administrateurs de se soustraire à leurs obligations en démissionnant, ce que la common law, arrêt *Canadian Aero* en tête, interdit clairement. La Cour suprême, dans l'affaire *Kuet Leong*, et la Cour d'appel, dans l'affaire *Excelsior*, toutes deux citées plus avant, ont expressément reconnu la survie de l'obligation de loyauté après la rupture des contrats de travail ou du mandat; les termes utilisés dans le nouveau Code civil ne devraient pas les faire changer d'idée¹⁹⁰. La règle de common law devrait être reconnue comme implicite dans les nouvelles dispositions du Code civil.

7. Les dirigeants

Nous avons vu que la L.c.s.a. impose aux dirigeants les mêmes devoirs de loyauté qu'aux administrateurs: les articles 120 et 122(1) s'appliquent en effet tant aux premiers qu'aux seconds. En ce sens, la Loi va plus loin que l'arrêt *Canadian Aero*, qui avait déclaré les devoirs «fiduciaires» relatifs à l'usurpation d'une occasion d'affaires applicables aux «fonctionnaires» supérieurs d'une

190. Voir *Sextant Communications Inc. c. Couture*, J.E. 95-1439 (C.S.), pour une confirmation de ceci. Dans *Publications Vivre dans les Laurentides c. Lalonde*, J.E. 97-2154 (C.S.), la Cour a sans hésiter appliqué la notion du «délai raisonnable» (en l'occurrence 8 mois) aux devoirs de loyauté des articles 322 et 324; toutefois, l'article 2088 était lui aussi applicable.

société. La notion de «dirigeant», telle que définie à l'article 2(1) de la Loi, englobe tous les dirigeants, «supérieurs» ou non.

Par ailleurs, la common law a étendu aux «employés-clés» («*key employees*») en position de contrôle et de confiance les mêmes devoirs fiduciaires, de manière à leur interdire, même après la fin de leur emploi, de solliciter les clients et le personnel de leur ex-employeur.

Au Québec, nous avons vu qu'avant 1994 les tribunaux ont appliqué les devoirs «fiduciaires» de common law aux dirigeants et employés de compagnies, d'abord comme implicitement compris dans leurs devoirs de mandataires en vertu de l'article 1710 du C.c.B.-C., puis, après l'arrêt *Kuet Leong*, comme découlant implicitement de la confiance que leur faisait l'employeur ou le mandant en leur donnant des responsabilités. Depuis 1994, le C.c.Q. impose expressément des devoirs de loyauté (qu'il n'est plus nécessaire d'identifier aux devoirs «fiduciaires» de common law) aux dirigeants et aux employés, dont l'intensité et les modalités varient en fonction de la nature de leur lien juridique avec la compagnie: s'ils sont chargés de représenter la compagnie dans l'accomplissement d'un acte juridique avec un tiers, ils sont soumis aux devoirs de loyauté du mandataire¹⁹¹; s'ils sont chargés d'administrer des biens de la compagnie, ils sont soumis aux devoirs d'un administrateur du bien d'autrui¹⁹²; s'ils se contentent d'effectuer, moyennant rémunération, un travail sous la direction ou le contrôle de la compagnie, ils sont soumis aux devoirs de loyauté du salarié¹⁹³, sans distinction entre les «employés-clés» et les autres.

Les «dirigeants» des sociétés fédérales, selon leurs fonctions, peuvent être visés par les uns ou les autres de ces devoirs, sans que cela réduise ou hausse leurs devoirs de divulgation d'intérêt en vertu de l'article 120 (qui excèdent ceux des mandataires et salariés et rejoignent ceux des administrateurs du bien d'autrui), ou de loyauté en vertu de l'article 122(1).

En fait, le devoir de loyauté du dirigeant d'une société fédérale est plus élevé que celui d'un mandataire ou d'un administrateur du bien d'autrui, en ce qu'en l'absence de dénonciation d'intérêt il ne peut être autorisé à conserver son profit sur un con-

191. C.c.Q., art. 2130, 2138, 2143, 2146, 2147 et 2184.

192. *Ibid.*, art. 1299, 1309 à 1314, 1317 et 1366.

193. *Ibid.*, art. 2085 et 2088.

trat avec la société que par une résolution spéciale des actionnaires¹⁹⁴, alors que les deux autres peuvent se contenter d'une résolution des administrateurs de la personne morale mandante¹⁹⁵ ou bénéficiaire¹⁹⁶.

Par ailleurs, le devoir de loyauté de l'employé, par opposition au «devoir fiduciaire» de l'employé-clé en common law, n'est pas balisé par le C.c.Q. L'article 2088 se contente d'énoncer que le salarié «doit agir avec loyauté et ne pas faire usage de l'information à caractère confidentiel qu'il obtient dans l'exécution ou à l'occasion de son travail» et que ces devoirs «survivent pendant un délai raisonnable après cessation du contrat». Très fréquemment invoqué et sanctionné par les tribunaux depuis 1994¹⁹⁷, le devoir de loyauté de l'employé est interprété à la lumière de la jurisprudence de common law et de l'arrêt *Kuet Leong*, c'est-à-dire en lui donnant une intensité et une durée croissant avec l'importance des fonctions occupées; il donne ouverture, en cas de violation, aux recours ordinaires en vertu de l'article 1590 du C.c.Q., soit le recours en dommages et l'injonction mais non, comme ceux du mandataire de l'administrateur du bien d'autrui ou de l'adminis-

194. L.c.s.a., art. 120(7.1).

195. C.c.Q., art. 2146.

196. *Ibid.*, art. 1312, 1314 et 1366.

197. *Compagnie d'assurance Standard Life c. Rouleau*, [1995] R.J.Q. 1407; *L'Improthèque c. St. Gelais*, [1995] R.J.Q. 2469 (C.S.); *Oxygène Boucherville inc. c. Pépin*, [1996] R.R.A. 907 (C.Q.); *Panocontrôle inc. c. Hébert*, J.E. 96-1790 (C.S.); *Services d'entretien Serca c. Choquette*, J.E. 96-1239 (C.S.); *A.D. Bernier inc. c. Véronneau*, J.E. 97-83 (C.S.); *Ecolab ltée c. Robert*, J.E. 97-373 (C.S.); *Laboratoires Constant inc. c. Beauchamp*, J.E. 97-2170 (C.A.); *Publications Vivre dans les Laurentides inc. c. Lalonde*, J.E. 97-2154 (C.S.); *Aide à l'autonomie physique et professionnelle inc. c. Gagné*, J.E. 98-1980 (C.S.); *Aloette Cosmétiques de Québec inc. c. Corbeil*, J.E. 98-426 (C.S.); *Insta-Plan inc. c. Hébert*, J.E. 98-2412 (C.S.); *Jean-Jacques Verreault et Associés inc. c. Larrivée*, J.E. 98-1979 (C.S.); *Tévica inc. c. Joubert*, REJB 1998-09228 (C.S.); *Wittenborg A/S c. Unibrew inc.*, REJB 1998-09994 (C.S.); *Beaulieu, Gagné, Chiasson inc. c. Gauvreau*, J.E. 99-1530 (C.S.); *Entreprise J'Ose ltée c. Turcotte*, REJB 1999-15319; *Groupe conseil G.C.T.S. inc. c. Mission Environnement inc.*, J.E. 99-1429 (C.S.); *Laboratoire Rive-Sud inc. c. Rodriguez*, J.E. 99-407 (C.S.); *R.P.I. Informatique inc. c. Haddad*, J.E. 99-1569 (C.S.); *Spécialités industrielles Sherbrooke inc. c. Aubé*, REJB 1999-15320 (C.S.); *Transpotech Consultant inc. c. Rossignol*, J.E. 99-359 (C.S.); *D'Astous c. Sesno*, REJB 2000-22668 (C.Q. – Ch. civ.); *Laliberté & Associés inc. c. Soeurs de Ste-Jeanne-d'Arc*, J.E. 2000-81 (C.S.); *Métrivis ltée c. Capano*, J.E. 2000-2093 (C.S.); *Thermo AES Canada Inc. c. Dubois*, REJB 2000-17668 (C.S.); *2552-5577 Québec inc. c. Stevens*, J.E. 2001-983; *Réfrigération Protec inc. c. Lewis*, REJB 2001-22788 (C.S.); *L.N.S. Systems inc. c. Allard*, [2001] R.R.A. 813 (C.S.); *Équipement L.C.G. inc. c. Hébert*, J.E. 2001-2193 (C.S.); *Armanious c. Datex Bar Code Systems Inc.*, J.E. 2001-2159 (C.A.); *Rose c. Denis*, J.E. 2002-439 (C.Q.).

trateur de personne morale¹⁹⁸, à la remise du profit inspirée des devoirs «fiduciaires» de common law. Cela n'a toutefois pas empêché un tribunal québécois d'ordonner la remise du profit réalisé par un employé à la suite d'un détournement de clients, dans l'arrêt *L.N.S. Systems Inc. c. Allard*¹⁹⁹, en invoquant la jurisprudence pré-1994 dont les arrêts *Canadian Aero* et *Kuet Leong*. Il faut dire que l'employé en question, un directeur du marketing international, agissait comme mandataire de la compagnie auprès des tiers avec lesquels il transigeait, car il était autorisé à négocier des contrats. C'est donc en sa qualité de mandataire plutôt que de salarié qu'il pouvait être tenu de remettre ses profits.

8. Défense de bonne foi

La common law enseigne que la bonne ou la mauvaise foi du fiduciaire n'entrent pas en ligne de compte lorsqu'il s'agit de déterminer s'il a violé son obligation fiduciaire: il n'est pas nécessaire de prouver sa mauvaise foi et, quant à lui, il ne peut alléguer qu'il était de bonne foi pour justifier le fait qu'il n'a pas agi au mieux des intérêts du bénéficiaire.

L'article 123(5) de la L.c.s.a. apporte apparemment une réserve à cette règle, en édictant que

L'administrateur s'est acquitté de ses devoirs imposés en vertu du paragraphe 122(1) s'il s'appuie de bonne foi sur:

- a) les états financiers de la société qui, d'après l'un de ses dirigeants ou d'après le rapport écrit du vérificateur, reflètent équitablement sa situation;
- b) les rapports des personnes dont la profession permet d'accorder foi à leurs déclarations.

Cette disposition qui, remarquons-le, ne s'applique qu'aux administrateurs et non aux dirigeants, permet à l'administrateur d'alléguer, en défense à une accusation qu'il a violé ses devoirs envers la société, de plaider qu'il s'est fié de bonne foi à des états financiers ou le rapport d'un expert. Il est facile de voir comment cette défense peut s'appliquer aux devoirs de prudence en vertu de l'article 122(1)(b), mais moins en ce qui a trait aux devoirs de loyauté. Les états financiers et les renseignements qu'ils contien-

198. C.c.Q., art. 2146 et 2184 (mandataire), 1386 (administrateur du bien d'autrui) et 326, 2146 et 2184 (administrateur de personne morale).

199. [2001] R.R.A. 813 (C.S.).

ment ne peuvent pas justifier un détournement d'une occasion d'affaires ou un profit tiré d'un conflit d'intérêts. Le rapport d'un expert non plus, sauf peut-être à la limite l'opinion d'un avocat ou d'un notaire affirmant la légalité de ce détournement ou profit.

C'est pourquoi on peut douter de l'efficacité et même de la pertinence de la défense de l'article 123(5) relativement aux devoirs de loyauté de l'article 122(1)(a).

Le Code civil ne renferme pas de disposition similaire, ou à l'effet contraire. Il ne modifie en rien le régime de protection (*a priori* passablement illusoire) qu'offre l'article 123(5) aux administrateurs des sociétés par actions fédérales auxquels on reproche un manquement à leurs devoirs de loyauté.

9. Indemnisation

L'article 124(3)(a) de la L.c.s.a. interdit à la société d'indemniser un administrateur ou un dirigeant de ses frais et dépenses entraînés par la tenue d'une enquête ou des poursuites dans lesquelles il est impliqué à ce titre, s'il n'a pas «agi avec intégrité et de bonne foi au mieux des intérêts de la société», donc s'il a manqué à ses devoirs de loyauté en vertu de l'article 122(1)(a). Il s'agit là d'une sanction additionnelle à ces devoirs.

Même la ratification prévue au paragraphe 120(7.1) d'un contrat dans lequel l'administrateur ou dirigeant est intéressé par résolution spéciale des actionnaires peut ne pas mitiger cette sanction, car elle n'a d'effet curatif qu'à l'égard de l'administrateur ou dirigeant «qui agit avec intégrité et de bonne foi», et seulement lorsque le contrat est équitable pour la société.

Le Code civil ne modifie pas cette règle, car son article 2154 énonce que «le mandant est tenu d'indemniser le mandataire qui n'a commis aucune faute, du préjudice que ce dernier a subi en raison de l'exécution du mandat». Or, le fait pour l'administrateur ou le dirigeant de manquer à son devoir de loyauté en vertu des articles 322 ou 2138 constitue à n'en pas douter une «faute» au sens de l'article 2154.

10. Recours pour oppression et devoirs «fiduciaires»

La violation des devoirs «fiduciaires» des administrateurs des sociétés fédérales peut donner ouverture, outre au recours en

annulation de contrat et en remise de profit de l'article 120(8), au «recours pour oppression» de l'article 241 de la L.c.s.a.

Where a breach of fiduciary duty has occurred, the test for oppression has also been met,

a dit le tribunal dans l'arrêt *Classic Organ Co. c. Artisan Organ Ltd.*²⁰⁰. Il est arrivé fréquemment que le recours soit accordé à l'endroit d'administrateurs qui agissaient dans l'intérêt des actionnaires qu'ils étaient ou représentaient, au détriment de celui de la société et du plaignant²⁰¹. À l'inverse, comme je l'ai dit plus avant²⁰², le fait que les administrateurs remplissent leurs devoirs «fiduciaires» envers la société ne garantit pas que leurs actes ne seront pas attaqués par le biais du «recours pour oppression». Si ces actes sont injustes envers un «plaignant», celui-ci bénéficiera du recours pour redresser cette injustice.

Le Code civil n'a aucune incidence en cette matière.

11. Devoirs de loyauté et devoirs «fiduciaires»

Pour mieux apprécier la correspondance entre les devoirs de loyauté du Code civil et les devoirs «fiduciaires» de common law, il convient maintenant de les mettre en parallèle, à la lumière de l'étude faite ci-devant, et en prenant pour point de départ l'exposé fait à la section 1 des grands principes des devoirs «fiduciaires».

- 1) *La personne en position «fiduciaire» (en l'occurrence, l'administrateur ou le dirigeant) doit «agir de bonne foi au mieux des intérêts du bénéficiaire» (la société) pour tout ce qui est relié à son rôle.*

200. [1997] O.J. No. 2161 (Gen. Div.), par. 29.

201. Voir *Deluce Holdings Inc. c. Air Canada*, (1993) 8 B.L.R. (2d) 294 (Ont. C.J.); *820099 Ontario Inc. c. Harold E. Ballard Ltd.*, (1992) 3 B.L.R. (2d) 113, 171 et s.; *Scottish Co-operative Wholesale Society Ltd. c. Meyer*, [1959] A.C. 324, 367; *Starcom International Optics Corporation c. Macdonald*, [1994] B.C.J. No. 548 (S.C.); *SCI Systems Inc. c. Gornitzki Thompson & Little Co.*, (1997) 147 D.L.R. (4th) 300 (Ont. Gen. Div.); *McFadden c. 481782 Ontario Ltd.*, (1984) 47 O.R. (2d) 134 (H.C.); *PCM Construction Control Consultants Ltd. c. Heeger*, (1989) W.W.R. 598 (Alta. Q.B.); *Calmont Leasing Ltd. c. Kredl*, [1993] 7 W.W.R. 428 (Alta. Q.B.), conf. (1995) 8 W.W.R. 179 (Alta. C.A.); *Re Petersen and Kanata Investment Ltd.*, [1975] 60 D.L.R. (3d) 527 (B.C.S.C.); *Redekop c. Robco Construction Ltd.*, (1978) 7 B.C.L.R. 268, (1978) 5 B.L.R. 58, (1978) 89 D.L.R. (3d) 507 (S.C.); *First Edmonton Place Limited c. 315888 Alberta Ltd.*, (1988) 60 Alta. L.R. (2d) 122, 147; *400280 Alberta Ltd. c. Franko's Heating & Air Conditioning (1992) Ltd.*, [1995] 4 W.W.R. 558 (Alta. Q.B.), p. 23-67; *Neri c. Finch Hardware (1976) Ltd.*, (1995) 20 B.L.R. (2d) 216 (Ont. Ct.) (occasion d'affaires usurpée).

202. *Supra*, p. 27.

Ce principe de base, exprimé à l'article 122(1)(a) de la L.c.s.a., a son pendant aux articles 322 et 2138 du Code civil, qui s'appliquent respectivement aux administrateurs et aux dirigeants de la société, dans la mesure où ces derniers jouent un rôle de mandataires.

La différence de terminologie («avec intégrité et de bonne foi» à l'article 122(1)(a), et «avec honnêteté et loyauté» aux articles 322 et 2138) ne porte pas à conséquence, car ces dispositions visent la même réalité et poursuivent le même but. Il serait préférable, toutefois, que la version française de l'article 122(1)(a) soit harmonisée avec le Code civil pour mieux souligner cette convergence.

- 2) *Cela signifie que le fiduciaire a l'obligation de faire en sorte que ses intérêts n'entrent pas en conflit avec ceux du bénéficiaire.*

Ce principe de base est lui aussi expressément énoncé aux articles 324 et 2138 du C.c.Q.

- 3) *En particulier, le fiduciaire ne peut contracter ou s'engager avec le bénéficiaire, ni détenir un intérêt personnel direct ou indirect dans ces contrats et engagements, sous peine de nullité de ces contrats ou engagements, à moins que le bénéficiaire n'y consente expressément, en pleine connaissance de tous les faits et sans influence indue.*

Les articles 325 et 326 du C.c.Q. comportent certaines lacunes par rapport à l'article 120 de la L.c.s.a., dont ils sont le reflet, mais cela n'a aucune importance puisqu'ils ne s'appliquent pas aux administrateurs ou aux dirigeants des sociétés fédérales. Même remarque pour l'article 2147 par rapport aux dirigeants.

- 4) *Cela signifie aussi que le fiduciaire ne peut réaliser aucun gain personnel, direct ou indirect, du fait de sa position. Tout profit ou gain personnel qu'il réalise appartient au bénéficiaire et doit lui être remis, sauf si le bénéficiaire l'autorise à le conserver, en pleine connaissance de tous les faits et sans influence indue.*

Le principe général de la reddition de compte et de la remise des gains personnels est exprimé à l'article 2184 du C.c.Q., qui s'applique à tous les mandataires de la compagnie, administrateurs ou non, mais à la fin du mandat seulement.

Celui de l'interdiction de réaliser un profit direct ou indirect sans le consentement de la compagnie, est énoncé aux articles 323 (pour l'administrateur) et 2146 C.c.Q. (pour le mandataire, incluant l'administrateur). Ces deux dispositions traitent de profit réalisé grâce à l'utilisation des biens de la compagnie ou de l'information obtenue en raison des fonctions occupées, ce qui est plus restrictif que la règle de common law. Alors qu'en common law il suffit de prouver l'existence d'un profit, sous le Code civil il faut en plus démontrer qu'il a été réalisé grâce à des biens de la compagnie ou de l'information obtenue en raison des fonctions. Le consentement requis est celui des actionnaires dans le cas d'un administrateur, et de la compagnie, donc du conseil d'administration, dans le cas d'un autre dirigeant.

Ici encore, la règle de common law a été intégrée au Code civil quoique, avec quelques ajustements.

- 5) *Pour se prévaloir de ce consentement ou de cette autorisation du bénéficiaire, le fiduciaire doit lui divulguer pleinement l'existence et la nature de tous ses conflits d'intérêts.*

En ce qui concerne les administrateurs, l'article 324 du C.c.Q. leur impose un devoir de divulgation de leurs intérêts «susceptibles de les placer en position de conflit d'intérêts», mais n'assortit ce devoir d'aucune sanction. L'article 325 exige par ailleurs de leur part une dénonciation de leur contrat avec la compagnie ou de leur acquisition directe ou indirecte de ses biens, sous peine de nullité de l'acte et de reddition de compte et de remise immédiate du profit.

Quant aux autres dirigeants de la compagnie, mandataires ou non, ils ne sont soumis à aucun devoir de dénonciation d'intérêt. Le mandataire désirant se soustraire aux recours prévus à l'article 2146 du C.c.Q. aura néanmoins intérêt à procéder volontairement à cette divulgation, pour se prévaloir du consentement du mandant dont il y est question.

Le Code civil codifie donc la règle de common law en y apportant ses propres nuances.

En ce qui a trait aux contrats avec la société, ces nuances sont sans importance car c'est l'article 120 de la L.c.s.a., et non le Code civil, qui s'applique tant aux administrateurs qu'aux dirigeants.

Pour ce qui concerne les autres conflits d'intérêts, l'article 324 impose aux administrateurs un devoir de divulgation d'intérêt

qui excède si possible celle prévue au paragraphe 120(6) de la loi fédérale. Il est difficile de prévoir des suites néfastes à cette divergence, puisqu'en l'absence de contrat conférant un profit personnel à l'administrateur (tel que prévu aux articles 325, 326 et 2146, la société n'aura aucun recours utile à intenter contre lui pour défaut de divulgation d'intérêt potentiel.

- 6) *Le bénéficiaire dispose du mécanisme exceptionnel de la «fiducie par interprétation» («constructive trust») pour récupérer ses biens ou obtenir la remise du profit réalisé par le fiduciaire: il est réputé propriétaire de ces biens et profits, et son titre est opposable aux créanciers ordinaires du fiduciaire; de plus, les personnes qui collaborent sciemment avec le fiduciaire qui viole ses devoirs sont réputées assumer les mêmes devoirs et la même responsabilité que lui.*

Le Code civil diverge de la common law en ce qu'il ne connaît pas la «fiducie par interprétation». Il permet néanmoins d'arriver à un résultat similaire, pour ce qui est des tiers qui participent à la violation d'une obligation de loyauté, par le biais de la responsabilité extracontractuelle sous l'article 1457 du tiers qui collabore à la violation d'une obligation contractuelle, ainsi que de l'article 317 dans le cas d'une personne morale *alter ego* du contrevenant. Toutefois, la responsabilité du tiers ne s'étend qu'à l'indemnisation pour le préjudice causé à la société et ne le rend pas redevable envers elle des profits qu'il a réalisés.

- 7) *En matière d'obligation fiduciaire, on assiste à un exceptionnel renversement du fardeau de la preuve: le fiduciaire est sujet à une présomption automatique d'influence indue et c'est à lui qu'il incombe de la repousser.*

On ne trouve pas de trace de cette règle dans le nouveau Code civil. L'article 2805, qui prévoit que «la bonne foi se présume toujours, à moins que la loi n'exige expressément de la prouver», semble bien énoncer la règle contraire, puisque l'obligation de loyauté est une manifestation du devoir général de bonne foi.

- 8) *La bonne ou la mauvaise foi du fiduciaire n'entrent nullement en ligne de compte lorsqu'il s'agit de déterminer s'il a violé son obligation «fiduciaire»: il n'est pas nécessaire de prouver mauvaise foi de sa part; quant à lui, alléguer qu'il était de bonne foi lorsqu'il n'a pas agi au mieux des intérêts du bénéficiaire ne constitue pas une défense valable.*

Avant 1994, lorsque les devoirs «fiduciaires» étaient traités comme accessoires aux devoirs de diligence et de soin du mandataire, il fallait faire la preuve de la malhonnêteté, la mauvaise foi ou la faute lourde de l'administrateur pour qu'il soit tenu responsable. Les devoirs de loyauté sont dorénavant distincts des devoirs de prudence et diligence de l'article 322 et sont affranchis de cette limite. La formulation de ces devoirs reflète la règle de common law. Il est impossible d'alléguer la bonne foi comme défense à une violation d'un devoir de loyauté, qui fait lui-même partie du devoir général de bonne foi.

- 9) *Ne peuvent non plus être allégués comme moyens de défense d'un fiduciaire qui a réalisé un profit personnel, le fait que le bénéficiaire n'a pas subi de dommage ou même qu'il a tiré profit de l'acte du fiduciaire ou le fait que le bénéficiaire aurait été incapable de conclure l'acte ou de réaliser le profit par lui-même.*

Les termes utilisés à l'article 2146 du C.c.Q. démontrent que le recours de la société-mandant n'est pas fondé uniquement sur le préjudice qu'elle a subi, mais aussi (et indépendamment) sur l'enrichissement réalisé par le mandataire. De même, l'article 326 fonde ses recours sur un défaut de divulgation d'intérêt, indépendamment de tout dommage causé à la société. Le Code civil donne implicitement ouverture à cette règle de common law.

- 10) *L'obligation «fiduciaire» survit à la terminaison du lien entre le fiduciaire et le bénéficiaire, pendant un délai raisonnable. Le fiduciaire ne peut échapper à son obligation en mettant fin à ce lien; le fait que ce soit le bénéficiaire qui mette fin à ce lien ne libère pas davantage le fiduciaire.*

Cette règle n'est pas reflétée expressément dans le Code civil. D'une part, l'article 1375 du C.c.Q., qui prévoit que «la bonne foi doit gouverner la conduite des parties tant au moment de la naissance de l'obligation qu'à celui de son exécution ou de son extinction», donne ouverture à la survie des devoirs. De l'autre, le fait que le devoir de loyauté du salarié, énoncé à l'article 2088, soit expressément précisé comme survivant «pendant un délai raisonnable après cessation du contrat», et qu'aucune disposition de ce genre ne caractérise les devoirs des administrateurs et des mandataires, pourrait être interprété comme un obstacle à la règle de common law. Il est improbable que les tribunaux québécois nient la survie des devoirs de loyauté, alors qu'avant l'adoption du Code civil ils la reconnaissaient sans hésiter.

- 11) *Une des manifestations de l'obligation «fiduciaire» consiste dans l'interdiction pour l'administrateur ou fonctionnaire supérieur de s'emparer, pour son compte ou celui d'une autre personne, d'une «occasion d'affaires» («corporate opportunity») de la société dont il a eu connaissance ou qu'il a pu obtenir grâce à sa position dans la société, sauf si la société a expressément renoncé à cette occasion.*

Cette règle est expressément codifiée aux articles 323 (pour l'administrateur) et 2146 du C.c.Q. (pour le mandataire), quoique dans le second on ait négligé de référer au profit indirect.

- 12) *Cette interdiction relative au détournement des occasions d'affaires a été étendue par la jurisprudence à la sollicitation de la clientèle ou du personnel de la société; les personnes visées par cette interdiction sont non seulement les administrateurs et les membres de la haute direction de la société, mais aussi les simples employés qui s'associent à eux.*

Les termes des articles 323 et 2146 du C.c.Q. sont assez généraux pour englober la première partie de cette règle. Le mot «biens» peut en effet inclure l'achalandage de la société, et sa liste de clients, de prix, de fournisseurs, etc. Le mot «information» inclut celle relative aux clients et au personnel. Les tribunaux ont à maintes reprises jugé que le simple salarié est lui aussi visé par cette interdiction par son devoir de loyauté en vertu de l'article 2088.

Quant à l'extension des devoirs de loyauté aux simples employés qui s'associent aux administrateurs et dirigeants, voir ce qui est dit au paragraphe (6) au sujet de la non-reconnaissance au Québec de la «fiducie par interprétation» et de l'application des principes de responsabilité extracontractuelle.

Le Code civil ne déroge pas à la common law en cette matière, sauf pour ce qui est de l'exécution des recours.

12. Code civil et common law

La doctrine québécoise aspirait, avant 1994, à donner à l'obligation de loyauté un fondement civiliste plutôt que de s'en remettre aux «devoirs fiduciaires» de common law²⁰³. Nous avons

203. James SMITH, «Liability of corporate executives for illegal profits in the company law of the Province of Québec», (1973) 33 *R. du B.* 253; «Le statut juridique de l'administrateur et de l'officier au Québec», (1973) 75 *R. du N.* 530; «Transactions involving conflicts of interest in the company law of the Province of Québec», (1973) 75 *R. du N.* 293; «Duties and powers of promoters in the

vu que, jusqu'en 1989, ce fondement, plutôt boiteux, était les articles 1710 et 1713 du C.c.B.-C. établissant les devoirs du mandataire. En 1989, la Cour suprême du Canada, dans l'arrêt *Kuet Leong*, a libéré l'obligation de loyauté de ce carcan du mandat, en déclarant qu'une obligation générale de bonne foi et loyauté faisait partie intégrante du droit civil québécois, indépendamment du lien mandant-mandataire. On pouvait dorénavant parler d'un devoir de loyauté particulier au droit civil, qui se distinguait, tout en leur ressemblant, des devoirs «fiduciaires» de common law.

En 1994, le C.c.Q. a officiellement consacré l'existence du devoir de loyauté et codifié ses caractéristiques et sa portée. Aux articles 1309 et suivants, il impose à l'administrateur du bien d'autrui, qui correspond davantage au «trustee» de common law que le fiduciaire ou le mandataire du C.c.B.-C., ce devoir de loyauté.

Le ministre de la Justice a expliqué que «le devoir de loyauté, sans être imposé expressément par les textes, se déduisait néanmoins de l'obligation faite aux administrateurs de ne pas se placer dans une situation de conflit d'intérêts et d'agir en bon père de famille»²⁰⁴. Les manifestations de ce devoir énoncé en termes généraux à l'article 1309 consistent à éviter les conflits d'intérêts (art. 1310), dénoncer ses intérêts au bénéficiaire (art. 1311), ne pas acquérir les biens administrés sans l'autorisation du bénéficiaire (art. 1312), ne pas confondre les biens administrés avec les siens (art. 1313) et ne pas utiliser à son profit le bien administré ou l'information obtenue sans l'autorisation du bénéficiaire (art. 1314) et remettre ses profits au bénéficiaire (art. 1366).

On reconnaît là les mêmes principes que ceux des devoirs fiduciaires de common law. L'influence de la common law, bien que non avouée, est évidente.

company law of the Province of Québec», (1973-74) 76 *R. du N.* 207 et 269; «The duties of care and skill of corporate executives in the company law of the Province of Québec», (1974) 34 *R. du B.* 464; *Corporate executives in Québec*, Centre d'édition juridique (CEJ), 1978; Louise-Hélène RICHARD, «L'obligation de loyauté des administrateurs de compagnies québécoises: une approche extra-contractuelle», (1990) 50 *R. du B.* 925; «Le devoir d'indemnisation de la compagnie québécoise: réflexions sur la responsabilité personnelle du mandataire», (1988) 48 *R. du B.* 785; Robert CHARLTON, «The unwritten obligations of a «Key Employee to a Former Employer»», dans *Relations avec les employés possédant des informations confidentielles*, Toronto, Canadian Institute, 1987, B1.

204. *Commentaires du ministre de la Justice*, tome 1, Les Publications du Québec, 1993, p. 786.

Les devoirs de loyauté de l'administrateur de personne morale, aux articles 322 et suivants, constituent une reprise et une adaptation des devoirs de loyauté de l'administrateur du bien d'autrui²⁰⁵. Ces devoirs sont complétés par les devoirs de loyauté du mandataire²⁰⁶ décrits aux articles 2138 et suivants, car l'article 321 énonce que l'administrateur «est considéré comme mandataire de la personne morale». Les devoirs du mandataire correspondent eux aussi, pour l'essentiel, à ceux de l'administrateur du bien d'autrui.

Les devoirs de loyauté ont donc maintenant une assise précise dans le C.c.Q. Reste-t-il une place pour les devoirs «fiduciaires» de common law dans le droit québécois?

Un auteur semble allergique à cette idée.

À notre avis, et avec beaucoup d'égards, l'obligation de loyauté et de fidélité des administrateurs de personnes morales va s'élaborer et prendre son ampleur naturelle en fonction des hauts principes de moralité et d'éthique rétablis dans notre droit par la Cour suprême et la Cour d'appel, dans le respect des principes fondamentaux du droit civil et voilà pourquoi nous ne pouvons partager le pessimisme ni les interrogations de certains commentateurs qui en sont encore à l'application de l'obligation fiduciaire aux administrateurs.²⁰⁷

Un autre, sans exclure complètement les sources de common law, suggère de se tourner plutôt vers le droit communautaire européen.

La notion de pouvoir de nature privée ne résulte pas d'un emprunt au droit anglais. La théorie du pouvoir en droit civil ne peut pas être liée au développement historique de la relation fiduciaire du droit anglais qui caractérise le rapport entre la *corporation* et ses dirigeants. Néanmoins, tant la théorie du pouvoir civil que la relation fiduciaire du droit anglais découlent d'une relation de confiance. Elles sont caractérisées par la confiance que le bénéficiaire place en

205. *Ibid.*, p. 216.

206. Et non ceux de l'administrateur du bien d'autrui, en raison de l'exclusion établie à l'article 1299. «Certes, l'administrateur d'une personne morale ne peut, en raison des biens étroits qui l'unissent à la personne morale, être traité comme un administrateur du bien d'autrui...»: *Commentaires du ministre de la Justice*, Tome 1, Les Publications du Québec, 1993, p. 202. Voir toutefois Caroline PRATTE, «Essai sur le rapport entre la société par actions et ses dirigeants dans le cadre du C.c.Q.», (1994) 38 *R.D. McGill* 1, qui souhaiterait appliquer aux administrateurs de personnes morales les obligations de l'administrateur du bien d'autrui.

207. Yves LAUZON, *loc. cit. supra*, note 28, p. 217.

la personne de l'administrateur du bien d'autrui ou du fiduciaire de droit anglais et par la prédominance que ceux-ci manifestent sur le bénéficiaire.

Certains pourraient craindre la redéfinition du cadre conceptuel de la société par actions au sein du droit civil ainsi que le renvoi aux sources civilistes européennes au détriment des sources issues du droit anglais telles qu'étudiées dans les juridictions nord-américaines.

Cependant, les réticences que l'on peut faire valoir à l'encontre de l'orientation prise par le C.c.Q. paraissent dépassées [...].

Cependant, malgré cette nouvelle orientation, on ressent toujours au Québec un besoin de vouloir garder le droit de la société par actions dans son état actuel. La conception étroite de la personnalité morale par le recours à la fiction et le renvoi au mandat pour qualifier l'administrateur de la personne morale en sont deux exemples frappants. Il en va de même du recours au contrat pour qualifier le rapport entre la personne morale et ses membres; cette approche conservatrice rappelle la notion de volonté contractuelle qui a été écartée en droit civil français par le recours à la notion d'organe, elle-même codifiée dans le C.c.Q.

La réforme du C.c.Q. semble précéder volontairement celle tant attendue de la L.c.Q. Ayant remplacé l'étude du droit de la société par actions au sein du droit civil, il pourra s'avérer fort utile pour l'avenir de se tourner vers le droit communautaire européen et le droit national de ses États membres plutôt que de s'inspirer uniquement des juridictions nord-américaines modelées sur le droit anglais.²⁰⁸

J'ai, quant à moi, déjà exprimé ma nette sympathie à l'endroit du maintien d'une ouverture à la jurisprudence de common law en matière de devoirs de loyauté²⁰⁹.

Il est certain que, depuis l'adoption du C.c.Q., les tribunaux québécois ne peuvent plus justifier l'importation dans le droit québécois des devoirs «fiduciaires» de common law sous prétexte du silence de la Loi.

208. Caroline PRATTE, *loc. cit. supra*, note 206, p. 56 et s.

209. Voir Paul MARTEL, «Les personnes morales», dans *La réforme du Code civil*, Les Presses de l'Université Laval, 1993, vol. 1, p. 216 et s.; «La loyauté et la bonne foi des dirigeants des compagnies au Québec: l'éthique et l'équité gagnent du terrain», dans *La morale et le droit des affaires*, Éditions Thémis, 1994, p. 97, 137; Maurice et Paul MARTEL, *La compagnie au Québec*, vol. 1, *Les aspects juridiques*, Éditions Wilson & Lafleur Martel Ltée, p. 23-94.

Le préambule du C.c.Q. énonce que

Le Code est constitué d'un ensemble de règles qui, en toutes matières auxquelles se rapportent la lettre, l'esprit ou l'objet de ses dispositions établit, en termes exprès ou de façon implicite, le droit commun. En ces matières, il constitue le fondement des autres lois qui peuvent elles-mêmes ajouter au Code ou y déroger.

Les devoirs de loyauté sont énoncés en termes exprès par la lettre du Code civil. Le droit commun en cette matière est donc clairement établi par le Code civil, et non par la common law.

La volonté du législateur québécois de faire du Code civil le droit supplétif en matière de droit des personnes morales apparaît clairement à l'article 300 du C.c.Q., qui se lit:

Les personnes morales [...] de droit privé sont d'abord régies par les lois applicables à leur espèce.

Les unes et les autres sont aussi régies par le présent Code lorsqu'il y a lieu de compléter les dispositions de ces lois, notamment quant à leur statut de personne morale, leurs biens ou leurs rapports avec d'autres personnes.

Dans le cas des compagnies régies par la *Loi sur les compagnies*, il faut donc s'en remettre d'abord à cette loi et aux autres lois applicables à ces compagnies, telles la *Loi sur la publicité légale des entreprises individuelles, des sociétés et des personnes morales*, la *Loi sur la liquidation des compagnies* et la *Loi sur les valeurs mobilières*. Si ces lois ne permettent pas de solutionner la question posée, il faut ensuite chercher la réponse dans le C.c.Q., pour compléter ces lois.

Pour ce qui a trait aux «devoirs fiduciaires» des administrateurs et dirigeants des compagnies provinciales, la *Loi sur les compagnies* et les autres lois applicables sont totalement muettes, sauf pour l'article 123.83 de la première de ces lois qui énonce que les administrateurs et dirigeants sont des mandataires de la compagnie. Pour les administrateurs, il faut compléter les lois susmentionnées par les articles 321 à 326 et 2130 et suivants du Code civil; pour les dirigeants, ce sont les articles 2130 et suivants qui sont applicables.

Or, les articles 321 à 326, de droit nouveau, codifient sommairement la plupart des aspects des devoirs fiduciaires de common law. On constate que l'article 322 reprend presque mot à mot

l'article 122(1)(a) de la L.c.s.a. qui, comme on l'a dit, réfère à la jurisprudence de common law, et que les articles 324 à 326 sont inspirés de l'article 120 de cette loi, tandis que l'article 323 codifie directement des principes de common law en matière de devoirs fiduciaires.

Est-il permis, pour mieux appliquer les articles 322 et 323, de puiser dans la jurisprudence de common law qu'ils codifient indirectement et directement? Est-il permis, pour mieux appliquer les articles 324 à 326, de s'inspirer de la jurisprudence de common law relative à l'article 120 de la loi fédérale?

Il serait contre-productif de priver nos tribunaux d'une source aussi riche et précieuse et de les forcer à réinventer une roue que leurs confrères de common law ont mis plus d'un siècle à concevoir et raffiner. Les devoirs «fiduciaires» de common law et les devoirs de loyauté du Code civil ont non seulement le même fondement de principe, les seconds sont fraîchement et franchement inspirés des premiers, en ce qui concerne les administrateurs de personnes morales, de même d'ailleurs que les administrateurs de bien d'autrui.

En common law, les devoirs fiduciaires prennent une ampleur croissante et sont jugés viser toutes sortes de relations juridiques. Au Québec, le législateur a choisi, malgré la porte qu'avait ouverte l'arrêt *Kuet Leong*, de restreindre les devoirs de loyauté à un nombre déterminé de relations juridiques et, en conséquence, c'est avec raison que la Cour d'appel du Québec a refusé, dans l'arrêt *Provigo Distribution Inc. c. Supermarché A.R.G. Inc.*²¹⁰, d'étendre ces devoirs à un franchiseur à l'endroit de ses franchisés, préférant s'en remettre au devoir général de bonne foi dans l'exécution des contrats.

L'éventuelle responsabilité de l'appelante ne saurait, en second lieu, être fondée sur une prétendue obligation fiduciaire («*fiduciary relationship*») de la common law. Pour intéressante que puisse être cette théorie de la common law analysée par la Cour suprême [...], elle n'a, comme dans bien d'autres domaines [...], aucune pertinence en droit civil. Il faut donc savoir gré à la juge de la Cour supérieure de l'avoir résolument écartée au profit de l'obligation de bonne foi et de loyauté du droit civil dans l'exécution des engagements.²¹¹

210. [1998] R.J.Q. 47 (C.A.).

211. Jugement, p. 58.

Cependant, lorsque le législateur a délibérément entrepris de codifier les devoirs fiduciaires (ou, pour les puristes, de codifier des devoirs de loyauté calqués sur les devoirs fiduciaires) à l'égard de certains acteurs, tels les administrateurs de personnes morales, une telle réticence ne se justifie pas. Il ne s'agit pas ici de rendre applicables aux administrateurs des devoirs étrangers au Code civil, mais bien de leur appliquer des devoirs que le Code civil leur impose expressément. Dans de telles circonstances, la jurisprudence de common law devrait pouvoir être consultée, non pas pour contredire le Code civil, mais pour le compléter s'il est silencieux et si la jurisprudence québécoise ne comble pas ce silence.

Dans l'arrêt *Baxter Biotech Electronics Ltd.*²¹², une affaire impliquant des administrateurs ayant lésé des actionnaires d'une compagnie, la Cour d'appel n'a pas hésité à consulter la jurisprudence de common law:

Common law authorities must, of course, be examined with care on a question of Quebec civil law, and thus can only be relied upon where the principles of law are the same [...].

Given the dearth of Quebec jurisprudence on the proper application of the principle in cases of misrepresentation or concealment in securities transactions, I believe common law cases can usefully be consulted on the question.²¹³

Elle a, par ailleurs, fait référence à l'arrêt de common law *Hodgkinson c. Simms*²¹⁴, dans l'arrêt *Entreprises J.J.P. inc. c. Guertin*²¹⁵, pour conclure à l'absence d'«obligation de fiduciaire» d'un dirigeant de compagnie.

Deux jugements de la Cour supérieure en matière de fiducie²¹⁶ ont appliqué la jurisprudence de common law à l'obligation du fiduciaire, parce que la fiducie du Code civil était d'inspiration de common law et en raison des arrêts *Kuet Leong* et *Excelsior*.

212. [1998] R.J.Q. 430 (C.A.). Dans l'arrêt *Fenêtres St-Jean inc. c. Banque Nationale du Canada*, [1990] R.J.Q. 632 (C.A.), le juge Baudouin avait reconnu «une incontestable autorité morale» à un précédent de common law traçant des règles analogues, mais pas nécessairement identiques, à celles applicables au Québec.

213. Jugement, p. 444.

214. [1994] 3 R.C.S. 377.

215. [1998] A.Q. n° 561 (C.A.).

216. *Katz c. Naimer*, J.E. 98-1792 (C.S.) et *Bastien c. Bastien*, J.E. 99-1544 (C.S.).

Un très récent jugement de la Cour supérieure traitant des pouvoirs généraux d'intervention judiciaire en droit des compagnies fait appel à la théorie de l'attente légitime des actionnaires de common law, «indépendamment de la présence ou de l'absence d'un texte semblable à ceux que l'on retrouve aux articles 234 (lire 241) et suivants de la L.c.s.a.»²¹⁷.

Il y a au moins deux avantages pratiques à résister à la tentation de l'isolationnisme juridique en matière de devoirs de loyauté des administrateurs. Tout d'abord, la jurisprudence en cette matière (comme d'ailleurs, généralement, en droit des compagnies) est et continuera vraisemblablement d'être beaucoup plus abondante dans les provinces de common law qu'au Québec et constitue une précieuse mine d'information dont il serait dommage pour nos tribunaux d'avoir à se priver. En second lieu, il est commercialement sain et préférable que les administrateurs des compagnies soient soumis à un régime de devoirs le plus homogène possible tant à l'intérieur de la province (les sociétés par actions fédérales coexistent avec les compagnies provinciales) qu'à l'intérieur du Canada. Pour ne donner qu'un exemple, dans le domaine très important des fusions et acquisitions, les administrateurs des compagnies provinciales et des sociétés fédérales ayant fait appel au public qui font l'objet d'offres publiques d'achat modèlent leur conduite sur celle des administrateurs des sociétés des autres provinces et s'efforcent de maximiser la valeur des actions des actionnaires, tel que commandé par la jurisprudence de common law, fortement influencée par celle des États-Unis. Ils seraient décontenancés et désorientés si les tribunaux québécois s'interdisaient de s'inspirer de cette jurisprudence pour leur imposer des devoirs différents, fondés sur une interprétation stricte de l'article 322 C.c.Q.

Pour ce qui a trait aux administrateurs des sociétés par actions fédérales, l'exposé qui précède est tout à fait pertinent. Le régime qui leur est applicable, en vertu de l'article 300 du C.c.Q., est d'abord celui établi par la L.c.s.a., puis, s'il y a lieu de le compléter, celui du Code civil²¹⁸. Or, les articles 120 et 122 de cette loi sou-

217. *Laurent c. Buanderie Villeray Ltée*, J.E. 2002-3 (C.S.), par. 21 (juge Denis Lévesque).

218. Au sujet du rôle supplétif du Code civil, voir également *Nadeau c. Nadeau*, [1988] R.J.Q. 2058 (C.A.); *Westburne c. American Home Assurance Co.*, 2000 CarswellQue 190 (C.S.); *Grace c. Martineau, Provencher & Associés ltée*, [2001] R.J.Q. 2414 à 2448 (C.A.), par. 262 (juge Philippon, dissident); Caroline PRATTE, *loc. cit.*, *supra*, note 206.

mettent expressément les administrateurs et les dirigeants à des devoirs de loyauté. L'article 120, complet et détaillé, ne peut être «complété» par les articles 325 et 326, plus sommaires et de toute manière calqués sur lui. L'article 122(1), par contre, se borne à établir l'existence d'un devoir général de loyauté pour les administrateurs et dirigeants, sans nullement le décrire ou le définir. On sait que le but du législateur fédéral était d'ouvrir la porte en cette matière aux devoirs «fiduciaires» de common law. Avant l'adoption du C.c.Q., il n'était pas possible de trouver en droit québécois de régime susceptible de concurrencer ou de supplanter celui des devoirs «fiduciaires». Non seulement ce dernier régime faisait-il autorité en droit des compagnies québécoises, mais en plus personne ne pouvait être sûr qu'il ne constituait pas lui-même le régime supplétif pour les sociétés fédérales. Depuis 1994, le C.c.Q. établit un régime de devoirs de loyauté pour les administrateurs et mandataires des personnes morales, et il fait expressément de ce régime le droit supplétif pour toutes les personnes morales. Cela signifie donc que le régime des devoirs de loyauté tel qu'établi par le Code civil doit s'appliquer aux administrateurs et dirigeants des sociétés par actions fédérales, et non celui des devoirs «fiduciaires» de common law.

Les nouveaux articles 8.1 et 8.2 de la *Loi d'interprétation fédérale*²¹⁹, tels qu'adoptés en 2001²²⁰, confirment ceci. Ils se lisent:

8.1 Le droit civil et la common law font pareillement autorité et sont tous deux sources de droit en matière de propriété et de droits civils au Canada et, s'il est nécessaire de recourir à des règles, principes ou notions appartenant au domaine de la propriété et des droits civils en vue d'assurer l'application d'un texte dans une province, il faut, sauf règle de droit s'y opposant, avoir recours aux règles, principes et notions en vigueur dans cette province au moment de l'application du texte.

8.2 Sauf règle de droit s'y opposant, est entendu dans un sens compatible avec le système juridique de la province d'application le texte qui emploie à la fois des termes propres au droit civil de la province de Québec et des termes propres à la common law des autres provinces, ou qui emploie des termes qui ont un sens différent dans l'un et l'autre de ces systèmes.

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

220. L.C. 2001, c. 4, art. 8.

Toutefois, étant donné que les devoirs de loyauté du Code civil reproduisent quasi intégralement les devoirs «fiduciaires» de common law, leur application aux administrateurs et dirigeants des sociétés fédérales au Québec ne les soumet pas à un régime différenciant sensiblement de celui en vigueur dans les autres provinces. Si, à l'avenir, les tribunaux québécois continuent de s'inspirer, ce qu'ils peuvent choisir de faire comme nous venons de le voir, de la jurisprudence de common law, aucun écart ne se creusera entre les deux régimes.

CONCLUSION

Les devoirs de loyauté imposés par le Code civil aux administrateurs et mandataires des personnes morales sont, à quelques menues différences près, identiques aux devoirs «fiduciaires» de common law des administrateurs et dirigeants auxquels font référence les articles 120 et 122 de la L.c.s.a. Rien d'étonnant à cela, puisque le législateur provincial s'est largement inspiré de ces devoirs «fiduciaires» pour codifier les devoirs de loyauté dans le Code civil.

Dans la mesure où les tribunaux québécois, pour interpréter et appliquer les devoirs de loyauté, continueront comme par le passé à s'inspirer de la jurisprudence de common law, ce qui paraît légitime, les régimes de droit civil et de common law en cette matière demeureront harmonisés, pour le plus grand bien du monde des affaires.

L'avocat: un conscrit de l'État?

Jean-C. HÉBERT

Résumé

L'entrée en vigueur de la *Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes* comporte des obligations d'informer un organisme gouvernemental (le Centre d'analyse des opérations et déclarations financières du Canada), désigné sous l'acronyme de *FINTRAC*. Plusieurs organismes et professions désignés dans la Loi et la réglementation sont, à certaines conditions, impérativement tenus de satisfaire à des obligations de renseignement. Ayant vainement tenté de convaincre le gouvernement fédéral de l'exempter de la déclaration de soupçon, la profession juridique a entrepris dans plusieurs provinces des contestations juridiques. Devant l'importance du débat, des jugements préliminaires ont suspendu l'application de la mesure litigieuse jusqu'au jugement de fond. En Colombie-Britannique, le débat au mérite devait s'instruire en juin 2002. Le Barreau du Québec a également entrepris une procédure de contestation.

Ayant décrit, à grands traits, le système canadien, l'auteur procède à une approche comparative afin de mesurer la portée des dispositions contestées. Située dans un contexte de droit réglementaire, la discussion porte sur les principaux arguments mis de l'avant par la profession juridique au soutien des recours entrepris. Tels sont notamment le droit à la confidentialité et l'indépendance du barreau. Au terme de cet examen, l'auteur estime que le principe d'une déclaration de soupçon pourrait être considéré valide. Il en va différemment de certaines conditions d'exécution prévues par la Loi, lesquelles risquent d'être jugées déficientes.

L'avocat: un conscrit de l'État?

Jean-C. HÉBERT*

Introduction	399
Le système canadien.	400
La déclaration d'opérations douteuses	405
Le droit comparé.	411
– L'union européenne	412
– La loi française.	414
– La loi britannique	416
– La loi australienne.	420
– La loi américaine	421
Le contentieux	422
– Le droit à la confidentialité	423
– Le contexte réglementaire.	433
Conclusions	439
– Une note liminaire.	439
– Les motifs de contestation.	440
• Le droit à la confidentialité	441
• L'indépendance du barreau	446

* Avocat, LL.M. jchebert@hbd.qc.ca.

Introduction

Tirant profit des effets pluriels de la mondialisation, la délinquance financière internationale possède une case d'avance sur les justices nationales. Soucieux de réduire l'écart, le gouvernement canadien jugea opportun de faire adopter des mesures de contrôle ayant vocation de traquer les opérateurs du blanchiment d'argent. En scrutant la *Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes*¹, d'entrée de jeu, le lecteur prend note des objectifs gouvernementaux: faciliter la détection, les enquêtes et les poursuites relatives au recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes afin de décourager cette forme délétère de criminalité². Certes, la confrérie des avocats souscrit d'emblée aux objectifs du législateur. Cependant, elle récuse résolument l'obligation de dénoncer les opérations financières douteuses dont ils ont connaissance. Certains y voient une violation du secret professionnel, d'autres prétendent même que cette conscription de l'avocat par l'État viole l'indépendance de la profession, auquel cas une assise fondamentale de notre société démocratique serait fracturée. Bref, si plusieurs avocats disent, le verbe haut, soutenir le combat contre l'argent sale, ils préfèrent laisser à d'autres le soin d'y participer. Qu'en est-il au juste de ce régime juridique?

1. 48-49 Élisabeth II, c. 17. Autrefois connue sous le titre abrégé de *Loi sur le recyclage des produits de la criminalité*, cette loi fut modifiée le 24-12-01 par l'entrée en vigueur de la *Loi antiterroriste*. Certaines dispositions modificatrices seront promulguées au cours de l'année 2002.
2. L'art. 3 décrit son objet en indiquant qu'il s'agit de «mettre en œuvre des mesures visant à détecter et décourager le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes et à faciliter les enquêtes et les poursuites relatives aux infractions de recyclage des produits de la criminalité et aux infractions de financement des activités terroristes» [alinéa a)]. L'objet consiste également à «combattre le crime organisé en fournissant aux responsables de l'application de la loi les renseignements leur permettant de priver les criminels du produit de leurs activités illicites, tout en assurant la mise en place des garanties nécessaires à la protection de la vie privée des personnes à l'égard des renseignements personnels les concernant;» [alinéa b)]. Enfin, le dernier volet de l'objet de la loi est «d'aider le Canada à remplir ses engagements internationaux dans la lutte contre le crime transnational, particulièrement le recyclage des produits de la criminalité, et la lutte contre les activités terroristes» [alinéa c)].

Le système canadien

Le *Centre d'analyse des opérations et déclarations financières du Canada (FINTRAC)* recueille³, analyse⁴, conserve⁵ et communique aux autorités compétentes les renseignements utiles à la détection et prévention du recyclage des produits de la criminalité ou du financement d'activités terroristes. Il ne s'agit pas d'un organisme chargé de l'application de la loi en général. La confidentialité des informations réceptionnées par le *Centre* se trouve assurée par un interdit général de communication⁶, une mesure de non-contraignabilité de son personnel⁷ et l'impossibilité qu'un mandat de perquisition soit délivré à son encontre⁸. Cependant, lorsque son personnel a des motifs raisonnables de soupçonner que des renseignements désignés⁹ seraient utiles aux fins d'enquête et de poursuite d'une infraction de recyclage des produits de la criminalité ou d'une infraction de financement des activités terroristes, il les communique aux forces policières

3. L'al. 54a) indique que le *Centre d'analyse* recueille les rapports ou déclarations prévus par la loi, les renseignements provenant d'organismes étrangers ainsi que tout renseignement se rapportant à des soupçons d'activités de recyclage des produits de la criminalité ou de financement des activités terroristes transmis volontairement.
4. L'al. 54c) précise que le *Centre d'analyse* analyse et apprécie les rapports, déclarations et autres renseignements recueillis.
5. En vertu de l'al. 54c), le *Centre d'analyse* peut conserver les rapports, déclarations et renseignements pertinents pendant une période de cinq ans à compter de la date de leur réception ou collecte. Ce délai peut être de huit ans lorsque des renseignements désignés sont communiqués à des organismes gouvernementaux chargés de l'application de certaines lois fédérales.
6. Par. 55(1) et (2) de la loi. Cet interdit de communication n'est toutefois pas absolu puisque certaines personnes, à certaines conditions, peuvent avoir accès aux renseignements.
7. Le par. 59(2) dispose que, sauf dans le cadre de poursuites intentées pour infraction de recyclage des produits de la criminalité, infraction de financement des activités terroristes ou infraction à la *Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement terroriste* à l'égard desquelles une dénonciation ou une mise en accusation a été déposée, toute personne ayant obtenu un renseignement ou document dans l'exercice des attributions liées aux activités du *Centre d'analyse* ne peut être contrainte de comparaître en justice ou à produire un tel document.
8. Le par. 59(2) de la loi affirme péremptoirement que, malgré toute autre loi, le *Centre d'analyse* ne peut faire l'objet d'aucun mandat de perquisition.
9. Le par. 55(7) définit le concept de *renseignements désignés* de façon à pouvoir identifier tous les intervenants dans une opération financière ou d'import-export d'espèces ou d'effets. Sont compris les noms et adresses du client, ceux de l'importateur ou exportateur (y compris son mandataire), l'identité et le site du bureau où l'opération est effectuée, la valeur et nature des espèces ou effets, le numéro de transaction ou de compte ainsi que tout renseignement identificateur analogue désigné par règlement.

compétentes¹⁰. S'il estime en outre que les renseignements pertinents se rapportent à une infraction – consommée ou non – d'évasion fiscale, le *Centre* les communique à l'Agence des douanes et du revenu du Canada¹¹.

En plus de recueillir des renseignements, le *Centre* peut mettre en œuvre des mesures d'application de la loi. Le cas échéant, tout renseignement pertinent peut être relayé aux organismes compétents chargés de l'application de la loi¹². Plus précisément, un fonctionnaire autorisé par le directeur du *Centre* peut examiner les documents et activités des personnes ou entités visées par la *Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes*. À cette fin, ayant des motifs raisonnables de croire que des documents utiles se trouvent dans un local autre qu'une maison d'habitation, le mandataire du *Centre* peut y effectuer une perquisition sans mandat. Ce faisant, il est autorisé à consulter les systèmes informatiques, vérifier des données et utiliser sur place tout appareil de reproduction permettant de copier des documents¹³. L'exploitant du local visité, ou toute personne s'y trouvant, est tenu de prêter au visiteur toute l'assistance possible dans l'exercice de ses fonctions et lui donner les renseignements pertinents¹⁴.

À défaut de procéder sur une base consensuelle à la visite d'une maison d'habitation, le mandataire du *Centre* est tenu de se munir d'un mandat de perquisition¹⁵. Un juge de paix peut délivrer ce mandat sur présentation *ex parte* d'une dénonciation assermentée. Pour ce faire, il doit être convaincu que se trouvent réunies les conditions suivantes: il existe des motifs raisonnables de croire que des documents pertinents se trouvent dans une maison d'habitation; la visite des lieux est nécessaire pour assurer le

10. Al. 55(3)a) de la loi. Les par. 55(4) et (5) reconnaissent au *Centre d'analyse* la compétence de communiquer, à certaines conditions, les renseignements désignés à un organisme d'un État étranger ou d'une organisation internationale ayant des attributions similaires aux siennes.

11. Al. 55(3)b). Les al. 55(3)c) et d) prévoient respectivement que le *Centre d'analyse* communique au Service du renseignement de sécurité et au ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration les renseignements pertinents, s'il estime que ceux-ci relèvent du mandat de ces organismes gouvernementaux.

12. L'art. 65 dispose que le *Centre d'analyse* peut communiquer aux organismes compétents chargés de l'application de la loi tout renseignement dont il prend connaissance en vertu des articles 62 ou 63 et soupçonne, pour des motifs raisonnables, qu'il établit une contravention à la partie 1.

13. Par. 62(1).

14. Par. 62(2).

15. Par. 63(1).

respect de la loi; une visite consensuelle fut proposée mais déclinée ou il existe des motifs raisonnables de croire que tel sera le cas¹⁶. Le pouvoir de perquisition se trouve circonscrit aux parties d'une pièce de la résidence où, de l'avis du mandataire du *Centre* – fondé sur des motifs raisonnables –, la personne (ou l'entité) visitée exploite son entreprise ou exerce sa profession ou son activité¹⁷.

Soucieux de protéger – autant que faire se peut – le secret professionnel du conseiller juridique, le législateur a modulé les mesures d'application de la *Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes* en greffant aux pouvoirs de visite et perquisition le mécanisme de sauvegarde des informations privilégiées existant dans d'autres lois fédérales¹⁸. Ainsi, est-il interdit au mandataire du *Centre* d'examiner ou reproduire un document trouvé en la possession d'un conseiller juridique et à l'égard duquel celui-ci fait valoir le secret professionnel le liant à un client actuel ou antérieur, nommément désigné¹⁹. Ce dernier peut également s'opposer à ce qu'un document soit examiné ou reproduit au motif qu'il pourrait être visé par le secret professionnel du conseiller juridique²⁰. Cette interdiction existe tant et aussi longtemps que le conseiller juridique ou son client n'a pas eu une occasion raisonnable de faire valoir le secret professionnel²¹. Le conseiller juridique faisant valoir le secret professionnel doit mettre les documents litigieux sous scellés et les conserver²².

Le législateur a prévu un expédient permettant au mandataire du *Centre d'analyse* de s'ingérer dans l'aire de confidentialité d'un conseiller juridique. En effet, dès lors que ce dernier fait

16. Par. 63(2).

17. Par. 63(3).

18. Voir par exemple l'art. 232 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et l'art. 488.1 C.cr. Cette dernière disposition prévoit la procédure à suivre lorsqu'un fonctionnaire, agissant sous le régime d'une loi fédérale, est sur le point d'examiner, de copier ou de saisir un document en la possession d'un avocat ou notaire qui prétend qu'un de ses clients, nommément désigné, jouit du privilège des communications entre client et avocat. Le par. 488.1(11) C.cr. prévoit l'exception suivante: «Le présent article ne s'applique pas lorsque peut être invoqué le privilège des communications entre client et avocat en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu* ou le secret professionnel du conseiller juridique en vertu de la *Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes*.»

19. Par. 64(2).

20. Par. 64(9.1).

21. Par. 64(9) et (9.1).

22. Par. 64(3).

valoir son secret professionnel à propos d'un document, il doit communiquer au visiteur la dernière adresse connue de son client actuel ou antérieur. L'objet de cette obligation vise à permettre à l'agent gouvernemental de retracer le bénéficiaire du secret professionnel afin, si possible, d'obtenir sa renonciation avant qu'un juge ne soit saisi de la question²³. Cette mesure contraignante n'est pas sans rappeler la politique américaine des organismes d'application de la loi consistant à offrir à des sociétés commerciales délinquantes un adoucissement de la peine en retour d'une divulgation des renseignements privilégiés²⁴. Lors d'une audition à huis clos, requise par le client ou son conseiller juridique, un juge d'une cour supérieure ou de la Cour fédérale peut ensuite, à certaines conditions, déterminer le caractère privilégié ou non des documents mis sous scellés²⁵.

Dans le cadre d'une enquête sur une infraction de recyclage des produits de la criminalité, le procureur général peut demander au tribunal compétent une ordonnance judiciaire de communication²⁶. Il s'agit d'une procédure *ex parte* et la requête doit être

23. Le par. 64(10) impose cette obligation de divulgation au conseiller juridique dans les termes suivants: «Le conseiller juridique qui fait valoir au nom d'un client actuel ou antérieur, nommé désigné, le secret professionnel du conseiller juridique en ce qui concerne un document doit en même temps communiquer la dernière adresse connue de ce client à la personne autorisée, afin que celle-ci puisse, d'une part, chercher à informer le client du secret professionnel qui est invoqué en son nom et, d'autre part, lui donner l'occasion, si la chose est matériellement possible dans le délai mentionné au présent article, de renoncer à faire valoir le secret professionnel avant que la question ne soit soumise à la décision d'un juge.»

24. D.M. ZORNOW et K.D. KRAKAUR, «On the brink of a brave new world: the death of privilege in corporate criminal investigations», (2000) 37 *Am. Crim. L.R.* 147, p. 160-161: «With the Sentencing Guidelines came a new regime under which the government began an experiment in social engineering by enlisting companies in the fight against white collar crime. Prosecutors have now made it a matter of policy to leverage the important carrot of «cooperation» to extract waivers of privilege. This phenomenon seriously undermines the quality of legal representation available to companies faced with allegations of wrongdoing. It also significantly affects the atmosphere in a corporation, driving a wedge between senior management and the employees. In our view, the time has come to reconsider the merits of a policy that encourages the exploitation of privilege in the interest of investigative expediency and to restore the proper balance that once existed between the government's need to discover the facts and the corporation's need to obtain confidential legal advice.»

25. Par. 64(4) à (8).

26. Par. 60(2). Le par. 60(17) définit le terme de juge de la façon suivante: juge d'une cour provinciale et juge au sens du par. 462.3(1) C.cr. Or, cette disposition renvoie à la notion de juge prévue à l'art. 552 C.cr., soit un juge de la Cour du Québec (pour notre province) et un juge d'une cour supérieure de juridiction criminelle.

soutenue d'un affidavit comportant des renseignements justificatifs²⁷. Sous réserve de conditions jugées conformes à l'intérêt public, le juge émetteur peut ordonner au directeur du *Centre* ou son mandataire désigné de permettre à un policier nommé dans l'ordonnance d'avoir accès aux renseignements ou documents demandés pour fin d'examen. Le cas échéant, le policier désigné peut être autorisé à prendre possession des documents recherchés. L'exercice de la discrétion judiciaire repose principalement sur l'existence d'une croyance par le juge – fondée sur des motifs raisonnables – que, compte tenu des avantages pouvant vraisemblablement résulter de l'enquête policière, l'intérêt public sera bien servi par une ordonnance d'accès²⁸.

Aux conditions prévues par la loi, le directeur du *Centre* ou son mandataire peut s'opposer au processus de communication. L'arbitrage incombe au juge en chef de la Cour fédérale ou son suppléant²⁹. Cette décision peut faire l'objet de révision à la Cour fédérale d'appel³⁰. L'opposition doit être maintenue dans l'un ou l'autre des cas suivants: soit qu'un accord de réciprocité³¹ liant le Canada en matière de partage de renseignements relatifs aux infractions de recyclage des produits de la criminalité prohibe au directeur du *Centre* de les communiquer; soit que les renseignements ou documents recherchés sont protégés par la loi ou légalement placés sous scellés; soit que, pour une raison quelconque, le processus de divulgation est contraire à l'intérêt public³². Si nécessaire, afin d'agir avec clairvoyance, le juge-

27. Par. 60(3).

28. Le par. 60(4) de la loi dispose que, sous réserve des conditions qu'il estime indiquées dans l'intérêt public, le juge saisi d'une demande de communication peut ordonner au directeur – ou à la personne que celui-ci a désignée expressément par écrit – de permettre à un policier nommé dans l'ordonnance d'avoir accès aux renseignements ou documents demandés et de les examiner ou, si le juge l'estime nécessaire dans les circonstances, de permettre au policier de les emporter, s'il est convaincu de l'existence des faits énoncés dans l'affidavit et de motifs raisonnables de croire qu'il est dans l'intérêt public d'en permettre l'accès, compte tenu des avantages pouvant vraisemblablement en résulter pour l'enquête en question.

29. Par. 60(9).

30. Par. 60(12).

31. L'art. 56 de la loi prévoit que le ministre responsable peut conclure avec le gouvernement d'un État étranger, un organisme de celui-ci ou une organisation internationale un accord de réciprocité en matière d'échange de renseignements. Il suffit pour l'une ou l'autre des entités concernées de faire valoir des motifs raisonnables de soupçonner que les renseignements seraient utiles aux fins d'enquête ou de poursuite d'une infraction de recyclage des produits de la criminalité ou d'une infraction essentiellement similaire.

32. Par. 60(8).

arbitre peut examiner les documents ou renseignements litigieux³³.

La déclaration d'opérations douteuses

Outre l'obligation faite à certaines personnes et entités³⁴ de tenir et conserver les documents prévus par réglementation³⁵, une nouvelle exigence est créée de toutes pièces: dénoncer à l'autorité désignée les opérations financières douteuses³⁶. Et le fait de contrevenir sciemment à cette exigence constitue une infraction³⁷. Cette obligation s'ajoute à celle consistant à déclarer au *Centre d'analyse* les opérations financières visées par règlement, effectuées en cours d'activités³⁸. Les conseillers juridiques sont assu-

33. Par. 60(10).

34. En vertu de l'art. 5, cette première partie de la loi s'applique aux institutions bancaires et financières, aux personnes se livrant aux opérations de change, à celles œuvrant dans le commerce des valeurs mobilières, aux casinos ainsi qu'aux personnes se livrant à une entreprise ou à l'exercice d'une profession visées par règlement. Les employés des personnes ou entités qui précèdent sont aussi assujettis à la loi.

35. L'art. 6 dispose qu'il incombe à toute personne ou entité de tenir les documents prévus par les règlements et de les conserver selon les modalités prévues.

36. L'art. 7 de la Loi dispose qu'il incombe à toute personne ou entité de déclarer au *Centre d'analyse (FINTRAC)*, selon les modalités réglementaires, les opérations financières effectuées dans le cours de ses activités et à l'égard desquelles il y a des motifs raisonnables de soupçonner qu'elles sont liées à la perpétration d'une infraction de recyclage des produits de la criminalité ou d'une infraction de financement des activités terroristes. Le par. 11(2) du *Règlement de 2000 sur le recyclage des produits de la criminalité* prévoit que la déclaration doit être envoyée au *Centre* dans les trente jours de la prise de connaissance d'un fait pertinent donnant naissance à un motif raisonnable de soupçonner qu'une opération est liée à une infraction de recyclage des produits de la criminalité. En vertu du par. 83.1(1) C.cr., toute personne au Canada et tout Canadien à l'étranger est tenu de communiquer sans délai au directeur du Service canadien du renseignement de sécurité et au commissaire de la G.R.C. l'existence de biens en sa possession ou à sa disposition et qui, à sa connaissance, appartiennent à un groupe terroriste, ou qui sont à sa disposition ou non; l'obligation de renseignement porte également sur toute opération, réelle ou projetée, mettant en cause les biens décrits précédemment. L'art. 7.1 de la Loi prévoit que les personnes visées par l'art. 83.1 C.cr. doivent également faire une déclaration au *Centre d'analyse* selon les modalités réglementaires.

37. Le par. 75(1) de la Loi dispose que quiconque contrevient sciemment aux art. 7 et 7.1 commet une infraction hybride. Sur déclaration sommaire de culpabilité, le contrevenant est passible d'une amende maximale de 500 000 \$ et d'un emprisonnement maximal de six mois, ou de l'une de ces peines; en cas de récidive, l'amende maximale peut être d'un million et un an de prison, ou de l'une de ces peines. Sur mise en accusation, l'inculpé encourt une amende maximale de deux millions et un emprisonnement à hauteur de cinq ans, ou l'une de ces peines. L'art. 9.1 de la Loi oblige les personnes ou entités tenues de faire une déclaration au *Centre d'analyse* à suivre les modalités réglementaires.

38. Le par. 9(1) de la loi dispose qu'il incombe à toute personne ou entité de déclarer au *Centre*, selon les modalités réglementaires, les opérations financières visées

jettis à ce devoir de renseignement lorsqu'ils exercent pour le compte d'un tiers les activités suivantes: réception ou paiement de fonds autres que ceux qui sont perçus ou payés à titre d'honoraires professionnels, de cautionnement, de débours ou de dépenses; participation à des transactions de biens immobiliers ou d'actifs commerciaux; virement de fonds ou de valeurs mobilières³⁹. Par conséquent, la réception d'un montant en espèces d'au moins 10 000 \$ au cours d'une seule opération⁴⁰ doit être dénoncée et documentée⁴¹.

Si les avocats doivent dire ce qu'ils savent, ont-ils l'obligation de savoir? À première vue, il semble que le législateur privilégie un critère objectif pour déterminer l'existence de motifs raisonnables de soupçonner qu'une opération financière soit liée à la perpétration d'une infraction de recyclage des produits de la criminalité. En effet, l'emploi des mots «il y a» – plutôt que «il a» – en amont «des motifs raisonnables» soutient cette interprétation⁴². Rappelons pour mémoire qu'en vertu de la *Charte canadienne*, l'existence de motifs raisonnables peut signifier différentes choses selon divers contextes⁴³. De surcroît, l'obligation de dénoncer

par règlement qui sont effectuées dans le cours de ses activités. Cependant, le second paragraphe prévoit une exemption pour ceux qui rencontrent les exigences réglementaires. Pour ce faire, selon le par. 3, il suffit de dresser et maintenir une liste des clients à propos desquels une obligation de divulgation s'impose. La déclaration des opérations douteuses est obligatoire depuis le 8-11-01.

39. Art. 31 du *Règlement de 2000 sur le recyclage des produits de la criminalité*.
40. Selon l'art. 3 du règlement – sous réserve que la personne en cause sache que des opérations sont effectuées par ou au bénéfice d'une seule personne ou entité – sont considérées comme une seule opération de 10 000 \$ ou plus deux ou plusieurs opérations de moins de 10 000 \$ chacune effectuées en espèces ou par télévirement au cours d'une période continue de vingt-quatre heures et totalisant 10 000 \$ ou plus.
41. Les art. 32 et 33 du règlement prévoient que le conseiller juridique doit déclarer cette opération au *Centre d'analyse* selon les modalités réglementaires, tenir et conserver un relevé d'opération importante en espèces. L'art. 52 l'oblige à vérifier l'identité de chaque individu avec qui il effectue une opération importante. Le par. 51(1) prévoit qu'il peut être passé outre à l'obligation de fournir les renseignements prévus par la réglementation si, malgré des mesures raisonnables, la personne en cause est dans l'impossibilité de les obtenir. Selon le par. 51(2), il en va de même si les renseignements requis par la réglementation peuvent être facilement obtenus d'autres documents tenus et conservés par la personne en cause.
42. Dans l'arrêt *R. c. Storrey*, [1990] 1 R.C.S. 241, p. 250, le juge Cory rappelait pour la Cour suprême qu'une croyance fondée sur des motifs raisonnables s'apprécie habituellement selon un critère mixte, c'est-à-dire à la fois subjectif et objectif.
43. Dans l'arrêt *R. c. Jacques*, [1996] 3 R.C.S. 312, au par. 20, le juge Gonthier réitérait pour l'opinion majoritaire que le standard de la raisonnable – y compris l'attente raisonnable à la protection de la vie privée – varie d'un contexte à l'autre, selon le choc des considérations au cœur du litige.

prend racine sur l'existence d'un simple soupçon et non pas sur le fondement habituel d'une croyance.

D'usage exceptionnel⁴⁴, ce concept minimaliste n'est pas méconnu en droit pénal canadien⁴⁵. En effet, désireux d'endiguer le fléau de la contrebande, le législateur autorise, en certaines circonstances, des agents étatiques à effectuer des fouilles sans mandat lorsqu'ils soupçonnent, pour des motifs raisonnables, une possibilité de contravention à la *Loi sur les douanes*⁴⁶. Le recyclage des produits de la criminalité connaît une dimension transfrontalière. Par conséquent, il ne faut point s'étonner de voir le législateur – en mode simultané – élargir les pouvoirs d'intervention des agents gouvernementaux et imposer aux différents intervenants du milieu financier des obligations, jusqu'alors inédites⁴⁷. Le devoir de dénoncer à l'autorité désignée des opérations financières suspectes comporte un germe d'incertitude, annonciateur de contestation pour cause d'imprécision. Rappelons qu'il existe deux fondements à la théorie de l'imprécision, soit: un avertissement raisonnable aux citoyens (la conscience de restrictions légales entourant une conduite) et la limitation du pouvoir discrétionnaire dans l'application de la loi (l'évitement de l'arbitraire)⁴⁸.

44. Dans l'arrêt *R. c. Debot*, [1989] 2 R.C.S. 1140, p. 1166, la juge Wilson, au nom de la majorité, rappelait que la croyance raisonnable ou la probabilité raisonnable est la norme de preuve applicable pour déterminer l'existence de motifs raisonnables justifiant une fouille, sans quoi celle-ci est abusive.

45. En vertu du par. 254(2) C.cr., lorsqu'un agent de la paix a des raisons de soupçonner la présence d'alcool dans l'organisme d'un conducteur de véhicule moteur, il peut lui ordonner de fournir immédiatement un échantillon d'haleine pour fin d'analyse dans un appareil de détection.

46. Dans l'arrêt *R. c. Jacques*, [1996] 3 R.C.S. 312, au par. 14, le juge Gonthier fit l'observation suivante pour l'opinion majoritaire de la Cour suprême: «[...] En conséquence, il ressort, à la lecture de l'al. 99(1)f), [*Loi sur les douanes*], qu'un policier est autorisé à intercepter et à fouiller un véhicule s'il soupçonne, pour des motifs raisonnables, qu'il se peut que ce véhicule soit utilisé pour introduire en fraude des marchandises contrairement à la *Loi sur les douanes* ou à son règlement d'application. Le législateur a utilisé des termes qui n'exigent pas que l'agent croie, pour des motifs raisonnables, qu'il existe une possibilité de contrebande ni qu'il soupçonne, pour des motifs raisonnables, qu'on se livre effectivement à la contrebande. Il suffit que l'agent soupçonne, pour des motifs raisonnables, qu'il existe une possibilité de contrebande ou même une possibilité de tentative de contrebande.»

47. Soucieux d'efficacité quant à son système de collaboration obligée, le gouvernement impose un devoir de discrétion à l'informateur, sous peine de délit d'entrave à la justice. L'art. 8 dispose que: «Nul ne peut révéler qu'il a fait une déclaration en application de l'article 7 ou en dévoiler le contenu dans l'intention de nuire à une enquête criminelle en cours ou à venir.»

48. *R. c. Morales*, [1992] 3 R.C.S. 711, p. 728-729 (J. Lamer, opinion majoritaire). Dans l'arrêt *Suresh c. Canada (Ministre de la citoyenneté et de l'immigration)*, 2002 C.S.C.1, rendu *per curiam*, on peut lire ceci au par. 81: «Une loi imprécise

Dans une perspective de pure logique, le couplage de motifs raisonnables avec un soupçon peut sembler incongru. Dès lors qu'une perception repose sur des motifs raisonnables, comment peut-on rationnellement lier cette déduction à de simples soupçons⁴⁹?

La Loi étant silencieuse sur le concept de transaction douteuse⁵⁰, il est probable que le gouvernement suggère des indicateurs de suspicion par voie réglementaire⁵¹ ou autrement. Pour sa

peut être jugée inconstitutionnelle pour l'un ou l'autre des deux motifs suivants: (1) elle ne prévient pas raisonnablement les personnes auxquelles elle pourrait s'appliquer des conséquences de leur conduite; (2) elle ne limite pas convenablement le pouvoir discrétionnaire en matière d'application de la loi: voir *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606. Dans le même arrêt, à la p. 643, notre Cour a indiqué qu'«une loi sera jugée d'une imprécision inconstitutionnelle si elle manque de précision au point de ne pas constituer un guide suffisant pour un débat judiciaire».

49. A. SAUNDERS et R. YOUNG, «The rule of law, due process and pre-trial criminal justice», (1994) 47 *Current Legal Problems* 125, p. 132: «[...] «Reasonable suspicion» plays little part in police officers' thought processes or decision making. This is not just because it is so hard to define. It is, more fundamentally, because it does not chime with the experience of police officers. Experience is valued whereas 'books' or theory are not. The reality of the streets, not legal text, is what police officers respond to. [...]» Ce commentaire concerne la prise de décision d'un policier. Il peut également s'appliquer au cas d'une personne tenue d'agir sur la foi de soupçons arrimés à des motifs raisonnables.
50. Dans le document de consultation publié en 1998 par le Solliciteur général (*Régime proposé de rapports obligatoires sur les transactions suspectes*), la définition suivante de «transaction suspecte» était proposée: a) une transaction financière qui correspond à n'importe lequel des «indicateurs primaires» figurant dans le règlement d'application de la *Loi sur le recyclage des produits de la criminalité*; b) toute transaction financière dans le cadre de laquelle on a tenté ou l'on semble avoir tenté de dissimuler, de camoufler ou de représenter faussement la nature, l'objet, l'origine, le lieu, la propriété, l'utilisation ou le mouvement de capitaux ou d'éléments d'actif; et (i) qui correspond à l'un ou l'autre des «indicateurs secondaires» figurant dans le règlement d'application de la *Loi sur le recyclage des produits de la criminalité*; (ii) qu'on soupçonne, pour des motifs raisonnables, d'être liée à la perpétration d'une «infraction de criminalité organisée», d'une «infraction désignée en matière de drogue» ou d'une «infraction d'une organisation criminelle», aux termes de l'article 462.3 du *Code criminel*. Les indicateurs primaires décrivent les caractéristiques factuelles d'une transaction financière révélant des activités illicites, tandis que les indicateurs secondaires décrivent des indices de comportement inhabituel d'un client.
51. La Cour d'appel du Québec, dans l'affaire *Association des chiropraticiens du Québec Inc. c. CSST*, [1999] R.J.Q. 2187, aux p. 2195-2196, rappelait l'état du droit en matière d'imprécision réglementaire: «La jurisprudence en matière d'imprécision d'un règlement exige que le degré d'ambiguïté soit tel qu'il soit impossible au citoyen de comprendre: *Ville de Montréal c. Arcade Amusements Inc.*, [1985] 1 R.C.S. 668. En somme, la question de savoir si le législateur a énoncé une norme intelligible sur laquelle le pouvoir judiciaire peut se fonder pour exécuter ses fonctions: *Irwin Toy Ltd. c. P.G. Québec*, [1989] 1 R.C.S. 927. Ainsi, une difficulté d'interprétation n'entraîne pas nécessairement l'absence d'une norme intelligible: *Osborne c. Conseil du Trésor du Canada*, [1991] 2 R.C.S. 69. En conclusion, on ne doit pas exiger d'une loi qu'elle atteigne un degré

part, le *Centre d'analyse* a déjà fait connaître une ligne directrice⁵² comportant l'énumération d'indices susceptibles de faciliter l'identification d'opérations douteuses. D'entrée de jeu, le *Centre* rappelle que c'est le comportement d'une personne (et non celle-ci) qui suscite le doute. Par conséquent, l'existence de motifs raisonnables de soupçonner un lien entre une opération financière et le recyclage des produits de la criminalité suppose un examen global des circonstances pertinentes et la prise en compte de nombreux facteurs⁵³. Parmi ceux-ci se trouve, à titre d'exemples, une longue liste d'indicateurs généraux liés au comportement d'un client⁵⁴. D'autres facteurs ont trait à des indicateurs spécifiques d'opérations suspectes⁵⁵. Relativement aux conseillers juridiques, il est suggéré de prendre en considération des indicateurs particuliers à l'exercice de leur profession⁵⁶. D'autres professions ou fonctions font également l'objet de signalement d'indices spécifiques: les comptables⁵⁷, les courtiers ou agents immobiliers⁵⁸, les courtiers en valeurs mobilières⁵⁹ ou en assurance-vie⁶⁰, les prêteurs d'argent⁶¹ et les banquiers⁶².

Élargir la responsabilité pénale – par un concept minimaliste de suspicion – pose un problème de compatibilité avec les principes de justice fondamentale⁶³. Le délit d'omission de déclara-

de précision qui ne convient pas à son objet: *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606.» (J. Thibault)

52. Le 17-02-01, la ligne directrice intitulée *Déclaration d'opérations douteuses* fut publiée. Celle-ci peut être retracée sur le site internet de FINTRAC.

53. Par. 4 de la ligne directrice 2.

54. Par. 4.1.

55. Par. 5.

56. Par. 5.7. Exemples: le client semble avoir un train de vie excédant ses revenus; il effectue des opérations commerciales normales, mais celles-ci sont étrangères à la nature de son emploi, sa profession ou son entreprise; il est peu enclin à discuter de ses affaires financières; il exige l'anonymat; il semble peu préoccupé par les frais juridiques liés à une opération avortée; il demande au conseiller juridique de coordonner des opérations internationales; il fait des demandes inhabituelles de placement de fonds dans un compte fiduciaire aux fins de sauvegarde; il refuse de discuter de l'objectif commercial d'une opération; il veut se renseigner et utiliser le mécanisme du compte fiduciaire; il est disposé à payer des frais substantiels pour faciliter une opération impliquant d'importantes sommes d'argent.

57. Par. 5.8.

58. Par. 5.9.

59. Par. 5.5.

60. Par. 5.4.

61. Par. 5.6.

62. Par. 5.1.

63. Dans une lettre (26-11-98) adressée à la représentante du Solliciteur général, l'Association du Barreau canadien (Section nationale de droit pénal) fit l'observation suivante, aux p. 1-2: [TRADUCTION] «Imposer des sanctions

rer au *Centre d'analyse* une opération douteuse suppose que le contrevenant agisse sciemment⁶⁴. Il est acquis, en matière d'interprétation législative, que le terme *sciemment* inséré dans un texte d'incrimination s'applique à tous les éléments de l'*actus reus*⁶⁵. La culpabilité de l'accusé exige donc la preuve de sa connaissance coupable quant à l'existence d'indicateurs justifiant une personne raisonnable de soupçonner qu'une opération financière est liée à une infraction de recyclage des produits de la criminalité.

Autre source d'incertitude: la portée du secret professionnel de l'avocat⁶⁶. Le législateur affirme, par disposition expresse⁶⁷, que les obligations de tenue et conservation de documents, puis de dénonciation des opérations financières suspectes et de discrétion face au client ne portent pas atteinte au secret professionnel de l'avocat. À première vue, deux interprétations sont possibles. Première hypothèse: le législateur voudrait immuniser le conseiller juridique contre d'éventuelles poursuites pour avoir divulgué à l'autorité gouvernementale des renseignements couverts par son secret professionnel. Ainsi, l'objet de cette disposition d'immunité serait de faciliter le respect par les conseillers juridiques de leur obligation de dénonciation⁶⁸. Autre hypothèse, plus réaliste: l'obligation de dénoncer une transaction suspecte devra respecter le droit fondamental du client à la confidentialité garantie par le secret professionnel. Pareille interprétation s'harmonise mieux

pénales à des activités entourant des transactions qualifiées de «suspectes» ne constitue pas, selon nous, un seuil acceptable de responsabilité criminelle. Le caractère «suspect» n'a jamais été reconnu comme un critère suffisamment élevé pour pouvoir déclencher une responsabilité criminelle au Canada.»

64. La culpabilité prévue à l'art. 75 de la *Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes* suppose qu'une personne ou entité «contrevient sciemment à l'article 7», lequel prévoit l'obligation pour les personnes visées de déclarer au *Centre d'analyse* «les opérations financières effectuées dans le cours de [leurs] activités et à l'égard desquelles il y a des motifs raisonnables de soupçonner qu'elles sont liées à la perpétration d'une infraction de recyclage des produits de la criminalité».
65. *R. c. Jorgensen*, [1995] 4 R.C.S. 55, par. 64 (J. Sopinka pour la Cour)
66. La désignation de «conseiller juridique» comprend un avocat ou un notaire pour le Québec et, dans les autres provinces, un *barrister* ou un *solicitor*.
67. L'art. 11 se lit ainsi: «La présente partie n'a pas pour effet de porter atteinte au secret professionnel du conseiller juridique». La version anglaise se lit ainsi: «Nothing in this Part requires a legal counsel to disclose any communication that is subject to solicitor-client privilege».
68. À titre d'analogie, retenons que l'art. 462.47 C.cr. confère l'immunité de poursuite à un informateur de renseignements fiscaux «pour le motif qu'[il] aurait révélé à un agent de la paix ou au procureur général des faits sur lesquels [il] se fonde pour avoir des motifs raisonnables de croire que des biens sont des produits de la criminalité ou pour croire qu'une autre personne a commis une infraction une infraction désignée ou s'apprête à le faire».

avec l'importance de la profession juridique dans l'administration de la justice. Agissant comme conseiller juridique et représentant de clients devant les tribunaux, l'avocat exerce de vastes pouvoirs – non consentis aux membres d'autres professions libérales – essentiels au maintien de l'ordre dans notre société et à l'application régulière de la loi, au bénéfice de toute la collectivité⁶⁹.

Le droit comparé

L'affichage, à angle vif, de l'intérêt public risque de peser lourd dans un forum judiciaire, du moins quant au poids de certains facteurs contextuels. Nous savons d'ores et déjà que les obligations internationales du Canada devraient renseigner l'interprète judiciaire, non seulement sur le contenu et la portée des principes de justice fondamentale⁷⁰, mais aussi sur le sens et l'étendue d'objectifs urgents et réels susceptibles de justifier la restriction de droits fondamentaux⁷¹. L'examen sommaire du

-
69. *Law Society of B.C. c. Mangat*, 2001 CSC 67, par. 43 à 46. Prenant appui sur la jurisprudence de la Cour suprême, le juge Gonthier (rédacteur du jugement unanime) rappelle que le droit à la confidentialité des communications du client avec son avocat est essentiel à l'administration de la justice. Il en va de même, selon lui, de la protection du secret professionnel de l'avocat, laquelle s'avère essentielle au maintien de la confiance du public dans l'administration de la justice.
70. Invoquant sa jurisprudence, la Cour suprême fit le rappel suivant dans l'affaire *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 1, par. 46: «L'examen des principes de justice fondamentale s'appuie non seulement sur la jurisprudence et l'expérience canadiennes, mais également sur le droit international, y compris le *jus cogens*. Sont prises en compte, dans cet examen, les obligations internationales contractées par le Canada ainsi que les valeurs exprimées dans «[l]es diverses sources du droit international des droits de la personne — les déclarations, les pactes, les conventions, les décisions judiciaires et quasi judiciaires des tribunaux internationaux, et les règles coutumières»: *Burns*, [2001] 1 R.C.S. 283, par. 79 à 81; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313, 348 (le juge en chef Dickson, dissident); voir également *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité, p. 512; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, 1056-1057; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, 750, et *Baker*, [1999] 2 R.C.S. 817.
71. *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, p. 1056-1057 (J. Dickson pour l'opinion majoritaire): «Étant donné la double fonction de l'article premier que l'on a identifiée dans l'arrêt *Oakes*, les obligations internationales du Canada en matière de droits de la personne devraient renseigner non seulement sur l'interprétation du contenu des droits garantis par la *Charte*, mais aussi sur l'interprétation de ce qui peut constituer des objectifs urgents et réels au sens de l'article premier qui peuvent justifier la restriction de ces droits. De plus, aux fins de cette étape de l'examen de la proportionnalité, le fait qu'une valeur ait le statut d'un droit de la personne internationale, soit selon le droit international coutumier, soit en vertu d'un traité auquel le Canada est un État partie, devrait en général dénoter un degré élevé d'importance attaché à

droit communautaire européen et de certaines législations nationales peut utilement alimenter la réflexion.

– *L'union européenne*

Depuis 1991, une directive parlementaire aux États membres de l'Union européenne prévoyait l'obligation pour certaines professions du milieu financier d'effectuer une déclaration de soupçon quant à la provenance de capitaux liés au trafic de drogue⁷². Désireuse d'actualiser cette directive et d'en étendre la couverture, la Commission européenne déposa un avis à cet effet⁷³. Furent notamment proposées les modifications suivantes: d'une part, l'élargissement de l'interdiction du blanchiment de capitaux en vue de couvrir non seulement le trafic de drogues, mais également la criminalité organisée; d'autre part, l'extension des obligations de la directive à certaines activités et professions non financières. Cette dernière proposition résulte de l'efficacité des mesures antiblanchiment dans le secteur bancaire: les blanchisseurs utilisent d'autres vecteurs pour dissimuler l'origine criminelle de leurs capitaux⁷⁴.

À propos des professions juridiques, en raison d'un risque marqué de blanchiment d'argent⁷⁵, la Commission européenne estima nécessaire de réguler certaines activités précises, relevant de la sphère financière ou du droit des sociétés⁷⁶. Dorénavant, la

cet objectif. Cela est en accord avec l'importance que la Cour attribue à la protection des employés en tant que groupe vulnérable dans la société.»

72. Il s'agit de la directive 91/308/CEE du Conseil relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux.

73. Cet avis porte la date du 13-06-01.

74. Dans l'exposé des motifs de l'avis, la Commission réfère notamment à un rapport de l'*Office des Nations unies pour le contrôle des drogues et la prévention du crime*, établissant qu'«il est souvent fait appel à des professionnels du droit et de la comptabilité pour dissimuler l'origine des fonds criminels. Dans de nombreux cas également, le secteur de l'immobilier est utilisé à des fins de blanchiment des capitaux.»

75. Lors d'une réunion multilatérale organisée par le Conseil de l'Europe en novembre 99, les participants firent le constat suivant: «Les barreaux et leurs membres ont besoin de reconnaître que, lorsqu'ils en ont l'occasion, les criminels s'efforcent d'utiliser les services fournis par les avocats dans le cadre de transactions financières. On ne peut en aucun cas fermer les yeux sur les activités des avocats qui, en toute connaissance de cause, se rendent complices ou font partie d'organisations criminelles ou, sous couvert de secret professionnel, cachent les activités de telles organisations.»

76. Au par. 23 des motifs justificatifs, la Commission fit l'observation suivante: «considérant que les notaires et les professions juridiques indépendantes doivent être soumis aux dispositions de la directive lorsqu'ils réalisent un certain nombre, limité, de transactions de nature financière ou pour le compte de

déclaration de soupçon concernera les notaires et avocats représentant ou assistant des clients dans le cadre des activités suivantes: transactions immobilières ou d'entreprises commerciales; manipulation d'argent, de titres ou autres actifs d'un client; ouverture ou gestion de comptes bancaires, d'épargnes ou de titres; constitution, gestion ou direction de sociétés, de fiducies ou de structures similaires; exécution d'autres opérations financières⁷⁷. Le secret professionnel fit l'objet d'une mesure formelle de protection dans les cas liés à la représentation ou la défense d'un client dans une procédure judiciaire⁷⁸. Quant au devoir de confidentialité inhérent à l'exercice d'une profession juridique, la Commission proposa le compromis suivant⁷⁹: les États membres pourront déléguer aux barreaux ou corps professionnels le mandat de recevoir les déclarations de soupçon, auquel cas celles-ci pourraient, à certaines conditions, être relayées aux autorités gouvernementales compétentes⁸⁰.

À l'automne 2001⁸¹, le Conseil des ministres des Quinze et les députés européens ont adopté la directive modifiée⁸². Une levée

sociétés, pour lesquelles le risque que les services de ces professions juridiques soient utilisés à des fins de blanchiment du produit du trafic de drogues ou de la criminalité organisée est particulièrement élevé».

77. Par. 2bis (5) de la directive.

78. Le par. 24 des motifs justificatifs de la directive se lit comme suit: «considérant toutefois que dans le cas où un avocat indépendant ou un cabinet juridique représente un client dans une procédure judiciaire formelle, il ne serait pas approprié que la directive leur impose l'obligation de communiquer d'éventuels soupçons en matière de blanchiment de capitaux».

79. Au par. 25 des motifs justificatifs, la Commission européenne observa «que, dans le cas des avocats indépendants et en vue de tenir dûment compte de l'obligation de discrétion professionnelle qui lie l'avocat à son client, les États membres doivent avoir la possibilité de désigner comme autorités responsables le barreau ou tout autre ordre professionnel des avocats; qu'il revient aux États membres de déterminer les règles régissant le traitement de ces déclarations et leur éventuelle transmission ultérieure aux autorités policières ou judiciaires et en général les formes appropriées de coopération entre les barreaux ou organes professionnels et les autorités responsables de la lutte antiblanchiment».

80. Le par. 6(3) de la directive dispose notamment ceci: «Dans le cas des professions juridiques indépendantes [...], les États membres peuvent désigner l'ordre des avocats ou un organe d'autoréglementation approprié de la profession concernée comme l'autorité [désignée] et dans ce cas sont tenus de prévoir les formes appropriées de coopération entre ces derniers et les autres autorités responsables de la lutte contre le blanchiment de capitaux.»

81. Le 19-10-01.

82. L'extrait pertinent de l'art. 6 de la directive dispose notamment que «[l]es États membres ne sont pas tenus d'appliquer les obligations prévues au paragraphe 1 aux membres de ces professions juridiques pour ce qui concerne les informations reçues d'un de leurs clients lors de l'évaluation de sa situation juridique ou dans l'exercice de leur mission de défense ou de représentation de ce client dans une procédure judiciaire, y compris dans le cadre de conseils relatifs à la

partielle du secret professionnel des avocats et notaires peut intervenir en trois circonstances: en cas de participation du conseiller juridique à des opérations de blanchiment; lors d'une consultation juridique fournie aux fins de blanchiment; lorsque le notaire ou l'avocat sait que son client souhaite obtenir des conseils juridiques aux fins de blanchiment. Ces exceptions ont semblé compatibles avec un État de droit⁸³. Avant que ne soit arrêtée cette prise de décision, le Conseil des barreaux de l'Union européenne – représentant plus de 500 000 membres – avait adopté⁸⁴ une déclaration de principe sur le secret professionnel des avocats. Ce cri du cœur faisait écho au malaise ressenti par la profession juridique. Rappelant son soutien à la prévention d'actes criminels liés au blanchiment d'argent⁸⁵, le *CCBE* devait néanmoins prôner la plénitude du secret professionnel de l'avocat en raison de son importance capitale pour une société démocratique⁸⁶.

– *La loi française*

Face à l'imminence d'une intervention législative inspirée par le droit communautaire, les avocats français montèrent aux barricades⁸⁷. Leurs représentants⁸⁸ récusèrent l'idée d'assumer

manière d'engager ou d'éviter une procédure, que ces informations soient reçues ou obtenues en amont, pendant ou en aval de cette procédure. [...]»

83. Le Comité des ministres aux États membres adopta, le 25-10-00, une recommandation sur la liberté d'exercice de la profession d'avocat. Le par. 6 dispose que «[t]outes les mesures nécessaires devraient être prises pour veiller au respect du secret professionnel des relations entre avocats et clients. Des exceptions à ce principe devraient être permises seulement si elles sont compatibles avec l'État de droit.»
84. Le 22-01-01.
85. Au par. 3 de la déclaration de principe, le *CCBE* indique ne pas vouloir défendre «les agissements illégaux ou criminels des avocats eux-mêmes».
86. Au par. 4 de la déclaration de principe, le *CCBE* justifie son point de vue comme suit: «C'est un droit fondamental du citoyen que d'être protégé contre toute divulgation de ce qu'il a confié à son avocat. Si le secret professionnel est renié, cela signifie que le citoyen est privé d'accès au conseil juridique et à la justice. Ce principe ne devrait être soumis à aucune exception.»
87. Dans sa contribution au collectif **Justice pour tous**, intitulée *Les barreaux face aux politiques publiques*, Éditions de la découverte, Paris 2001, p. 237-238, M^e Francis Teitgen, bâtonnier de l'Ordre des avocats à la cour d'appel de Paris, rappelle qu'en France «les avocats sont marqués par leur tradition séculaire de la défense. C'est chez eux plus qu'une culture, c'est une nature.» Rappelant la «réelle différence de culture entre les avocats de tradition romano-germanique et de *common law*», M^e Teitgen ajoute ceci: «On a vu les divergences s'étaler par exemple lors de l'élaboration, courant 2001, de la directive européenne sur le blanchiment d'argent, qui a montré que le concept de secret professionnel, s'il est connu de tous, n'a pas partout le même contenu.»
88. Dans un communiqué, émis conjointement le 26-03-01, par l'Ordre des avocats à la cour de Paris, le Conseil national des barreaux et la Conférence des bâton-

une obligation de délation, forçant ainsi la levée du secret professionnel sur la foi d'une simple suspicion. Leur réticence massive s'est cristallisée par l'argumentaire suivant: (1) droit fondamental des citoyens, le secret professionnel ne peut être détaché de l'exercice de la profession; (2) celle-ci comprend nécessairement la défense et le conseil qui sont, par nature, indissociables; (3) l'imposition aux avocats d'une déclaration de soupçon les oblige à violer leur secret professionnel, sans limitation de cette levée aux seules activités relevant de la criminalité organisée; (4) rappelant d'une part sa volonté constante de contribuer à la prévention et la détection de la criminalité organisée et d'autre part ses structures déontologiques et financières (quitte à les compléter), la profession d'avocat refusera d'appliquer toute mesure destinée à la transformer en auxiliaire de police.

Le droit pénal français comporte une obligation de délation. En effet, commet une entrave à la saisine de la justice quiconque, ayant connaissance d'un crime dont il est possible de prévenir ou limiter les effets ou d'empêcher la récidive, omet d'informer les autorités compétentes⁸⁹. À l'exception des crimes commis sur les mineurs de quinze ans, les proches de l'auteur du crime sont exceptés de l'obligation de dénonciation⁹⁰. Lié impérativement par son secret professionnel, l'avocat méconnaît ce devoir de délation. Qui plus est, le fait de révéler une information à caractère secret constitue une violation du *Code pénal*⁹¹. Le législateur français a clairement indiqué que la couverture du secret professionnel de l'avocat s'applique tant dans un contexte extrajudiciaire que judiciaire. En matière de confidentialité, à l'instar de l'activité procédurale liée au cadre judiciaire, l'activité de conseil juridique

niers, les avocats firent valoir leur opposition à cette nouvelle construction juridique.

89. L'art. 434-1 du *Code pénal* dispose notamment ce qui suit: «Le fait, pour quiconque ayant connaissance d'un crime dont il est encore possible de prévenir ou de limiter les effets ou dont les auteurs sont susceptibles de commettre de nouveaux crimes qui pourraient être empêchés, de ne pas en informer les autorités judiciaires ou administratives est puni de trois ans d'emprisonnement et de 300 000 F d'amende.»
90. La mesure d'exception de l'art. 434-1 se lit ainsi: «Sont exceptés des dispositions qui précèdent, sauf en ce qui concerne les crimes commis sur les mineurs de quinze ans: (1) Les parents en ligne directe et leurs conjoints, ainsi que les frères et sœurs et leurs conjoints, de l'auteur ou du complice du crime; (2) Le conjoint de l'auteur ou du complice du crime, ou de la personne qui vit notoirement en situation maritale avec lui.»
91. L'art. 226-13 du *Code pénal* dispose que: «La révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire, est punie d'un an d'emprisonnement et de 100 000 F d'amende.»

fait l'objet de protection. Au point de vue matériel, la couverture ratisse plutôt large: outre les consultations, correspondances entre l'avocat et son client, celles intervenant entre l'avocat et ses confrères, toutes les pièces de son dossier sont secrètes⁹².

Dans le cadre d'une loi relative aux nouvelles régulations économiques, adoptée au printemps 2001⁹³, l'État français adopta des mesures en vue d'améliorer la lutte contre le blanchiment d'argent provenant d'activités criminelles organisées. La liste des organismes et personnes tenues d'effectuer une déclaration de soupçon fut allongée, sans que la profession juridique y apparaisse. À n'en point douter, le législateur français fut sensible au plaidoyer *pro domo* des avocats, dont le point d'ancrage repose sur une conception sacralisée de la profession juridique. Dans la mesure où les avocats et notaires œuvrent dans le domaine immobilier⁹⁴, une disposition du *Code monétaire et financier* peut toutefois les obliger à recueillir et conserver certains renseignements au bénéfice de l'État⁹⁵.

– *La loi britannique*

Bien avant l'actualisation du droit communautaire sur le sujet, sauf les cas couverts par le secret professionnel⁹⁶, le droit

92. La *Loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971* réforma certaines professions judiciaires et juridiques. L'art. 1^{er} dispose notamment ceci: «Une nouvelle profession dont les membres portent le titre d'avocat est substituée aux professions d'avocat et de conseil juridique.» L'art. 66-5 se lisait comme suit: «En toute matière les consultations adressées par un avocat à son client ou destinées à celui-ci et les correspondances échangées entre le client et son avocat sont couvertes par le secret professionnel.» La *Loi n° 97-308 du 7 avril 1997* modifia cette disposition, laquelle se lit désormais comme suit: «En toutes matières, que ce soit dans le domaine du conseil ou dans celui de la défense, les consultations adressées par un avocat à son client ou destinées à celui-ci, les correspondances échangées entre le client et son avocat, entre l'avocat et ses confrères, les notes d'entretien et, plus généralement, toutes les pièces du dossier sont couvertes par le secret professionnel.»

93. *Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques.*

94. La *Loi n° 90-614 du 12 juillet 1990 relative à la participation des organismes financiers à la lutte contre le blanchiment des capitaux provenant du trafic des stupéfiants* allongea la liste des personnes physiques et morales tenues à l'obligation de déclaration. Les professionnels de l'immobilier, en particulier les notaires, furent visés.

95. L'art. 562-2 du *Code monétaire et financier* oblige certains organismes ou personnes à consigner et relayer à l'État certains renseignements. L'art. 562-1, par. 7, prévoit que cette obligation vise les personnes qui réalisent, contrôlent ou conseillent des opérations portant sur l'acquisition, la vente, la cession ou la location de biens immobiliers.

96. Le par. 52(2) du *Drug Trafficking Act 1994* dispose que ce n'est pas une infraction «for a professional adviser to fail to disclose any information or other matter which has come to him in privileged circumstances».

britannique obligea les avocats à dénoncer aux forces policières les personnes soupçonnées de blanchiment d'argent sale en relation avec le trafic de drogue⁹⁷. Quant à la portée du secret professionnel, bien que l'une et l'autre soient privilégiées, le législateur britannique a distingué la sphère d'activité liée au conseil juridique de celle concernant la préparation d'une procédure judiciaire⁹⁸. Enfin, toute forme de complicité de la part d'un avocat envers un client poursuivant un dessein criminel fait échec à l'applicabilité du secret professionnel⁹⁹. Au Royaume-Uni, la Chambre des lords¹⁰⁰ estime que le secret professionnel de l'avocat est plus qu'une règle de preuve ordinaire: c'est un rouage essentiel au fonctionnement de l'administration de la justice. Cette valeur ne pouvant faire l'objet de comparaison avec d'autres valeurs sociétales, le privilège de l'avocat revêt pratiquement un caractère abolu, selon la plus haute cour britannique.

-
97. Le par. 52(1) de la même loi, dispose ce qui suit: «A person is guilty of an offence if (a) he knows or suspects that another person is engaged in drug money laundering, (b) the information or the matter, on which that suspicion is based came to his attention in the course of his trade, profession, business or employment and (c) he does not disclose the information or other matter to a constable as soon as is reasonably practicable after it comes to his attention.»
98. Le par. 52(8) de la même loi dispose ce qui suit: «For the purposes of this section, any information or other matter comes to a professional legal adviser in privileged circumstances if it is communicated, or given, to him— (a) by, or by a representative of, a client of his in connection with the giving by the adviser of legal advice to the client; (b) by, or by a representative of, a person seeking legal advice from the adviser; or (c) by any person – (i) in contemplation of, or in connection with, legal proceedings; and (ii) for the purpose of those proceedings.»
99. Le par. 52(9) de la même loi dispose ceci: «No information or other matter shall be treated as coming to a professional legal adviser in privileged circumstances if it is communicated or given with a view to furthering any criminal purpose.»
100. *R. c. Derby Magistrates' Court, Ex parte B.*, [1996] 1 Cr. App. R. 385. Prenant appui sur la jurisprudence, lord Taylor exprima comme suit, aux p. 401-402, l'opinion majoritaire de la Chambre des Lords: «The principle which runs through all these cases, and the many other cases which were cited, is that a man must be able to consult his lawyer in confidence, since otherwise he might hold back half the truth. The client must be sure that what he tells his lawyer in confidence will never be revealed without his consent. Legal professional privilege is thus much more than an ordinary rule of evidence, limited in its application to the facts of a particular case. It is a fundamental condition on which the administration of justice as a whole rests. [...] But it is not for the sake of the appellant alone that the privilege must be upheld. It is in the wider interests of all those hereafter who might otherwise be deterred from telling the whole truth to their solicitors. For this reason I am of the opinion that no exception should be allowed to the absolute nature of legal professional privilege, once established. [...]»

Au moment d'écrire ces lignes, le Parlement britannique examine un projet de loi (*Proceeds of Crime Bill*)¹⁰¹ dont certaines dispositions préoccupent vivement les avocats. Une obligation de délation est prévue pour quiconque sait ou suspecte qu'une personne visée par un champ d'activité réglementé se trouve engagée dans un processus de blanchiment d'argent¹⁰². Cependant, s'il exerce son rôle de conseiller juridique (*professional adviser*) lorsque des informations alimentent sa suspicion, le secret professionnel extrait l'avocat du champ de la responsabilité pénale¹⁰³. Il en va de même à propos d'une information relative au terrorisme¹⁰⁴. Les comptables firent valoir qu'une protection similaire devrait s'appliquer à eux en raison du foisonnement des grands cabinets de services multidisciplinaires¹⁰⁵. De plus, selon la profession comptable, une franche discussion entre un client et un conseiller professionnel sur la légalité d'une transaction commer-

-
101. En début novembre 2001, le projet de loi avait franchi l'étape de la seconde lecture.
102. L'art. 314 dispose notamment ce qui suit: «(1) A person commits an offence if each of the following three conditions is satisfied. (2) The first condition is that he – (a) knows or suspects, or (b) has reasonable grounds for knowing or suspecting, that another person is engaged in money laundering. (3) The second condition is that the information or other matter – (a) on which his knowledge or suspicion is based, or (b) which gives reasonable grounds for such knowledge or suspicion, came to him in the course of a business in the regulated sector. (4) The third condition is that he does not disclose the information or other matter to a constable or a nominated officer as soon as is practicable after it comes to him.»
103. L'al. 314(5)(b) dispose ceci: «(5) But a person does not commit an offence under this section if – (a) [...]; (b) he is a professional adviser and the information and the other matter came to him in privileged circumstances.»
104. L'art. 115 du *Anti-terrorism, Crime and Security Bill*, comporte un amendement à la loi *The Terrorism Act 2000* (c. 11) ayant pour effet de prévoir une nouvelle obligation de délation, sous peine d'incrimination. La nouvelle mesure dispose notamment ce qui suit: «38A – Information about acts of terrorism. (1) This section applies where a person has information which he knows or believes might be of material assistance – (a) in preventing the commission by another person of an act of terrorism, or (b) in securing the apprehension, prosecution or conviction of another person, in the United Kingdom, for an offence involving the commission, preparation or investigation of an act of terrorism. (2) The person commits an offence if he does not disclose the information as soon as reasonably practicable in accordance with subsection (3). [...] (4) It is a defence for a person charged with an offence under subsection (2) to prove that he had a reasonable excuse for not making the disclosure.»
105. *Memorandum of Comment issued in May 2001 by the Institute of Accountants of England and Wales, in response to the Home Office consultation: «Proceeds of Crime Bill: Publication of Draft Clauses»*, par. 8.15: «Clause 314(5) allows for legal privilege. This should also apply to accountants and other specialists giving advice in privileged circumstances. This is particularly important with the advent of multi-disciplinary partnerships. In any case, the right of a defendant to a fair trial can also be undermined by denial of a right to confidentiality to professional advisers other than lawyers.»

ciale ou d'une opération financière favorise la prévention du crime¹⁰⁶.

L'erreur du conseiller juridique quant à l'applicabilité du secret professionnel sera-t-elle cause d'exonération? Devra-t-il dénoncer un client sur la foi de renseignements acquis hors l'exercice de sa profession? Comment devra-t-il concilier l'obligation de délation si un client réfute le fondement de sa suspicion? Quelle norme doit régir cette délicate prise de décision? Voilà autant de questions alimentant l'inquiétude du corps professionnel des avocats britanniques¹⁰⁷. C'est surtout la dilution de la norme de responsabilité pénale qui effraie les avocats¹⁰⁸. Pour un motif de dissuasion, le gouvernement britannique juge nécessaire de sanctionner l'omission de satisfaire à l'obligation de délation par un standard de simple négligence pénale¹⁰⁹.

106. *Id.*, par. 1.6: «[...] Also advice on the legality of actions should be exempt from leading to a duty of report. Much misbehaviour on the part of the clients of accountants is avoided through open discussion with a professional adviser. Clients may be less likely to seek such advice if no assurance can be given that misbehaviour, leading perhaps to minor proceeds, will not be subject to a requirement to report the acquisition, use or conversion of such proceeds.»

107. Lors de la consultation faite par le Home Office, un comité de droit criminel de la Law Society fit valoir ses inquiétudes, à la p. 8: «[...] If a legal adviser believes that information is privileged but he is mistaken, will his honest mistake amount to a reasonable excuse for failure to report? Will a legal adviser be expected to report his client on the basis of information he sees in the press or is given by the police? Is the fact that a client is charged sufficient even if the client's instructions are that he is not guilty? If so, this would make the position of the defence solicitor impossible. Solicitors are often approached by the police with information and asked to release information on the policeman's views. As long as the solicitor is satisfied that he is not being used to further a criminal purpose he should not disclose privileged information. But does he now have «reasonable grounds» to suspect his client so that he should report him anyway? Are legal advisors expected now to review all their old files?»

108. C. MAXWELL (*UK Law Society Seeks Clarification on Money Laundering Rules*, Tax-News.com, 2-11-01), résume l'inquiétude de la profession juridique: «Under the Proceeds of Crime Bill, which has just received its second reading in the House of Commons, solicitors and other legal practitioners could face jail sentences of up to five years if they are «negligent», and fail to spot an illegal transaction undertaken by a client. At present, lawyers only face a custodial sentence if they strongly suspect that a client is laundering money from drug-related or terrorist sources, but fail to act. The Law Society says that when the bill reaches the committee stage, it will be seeking further clarification and definition of what constitutes «negligence» and «reasonable suspicion», as it is concerned that making the failure to report all irregularities, however trivial, will lead to increased, burdensome, and ultimately useless reporting.»

109. La note explicative 8.6 du projet de loi comporte le commentaire suivant: «The Government has also looked carefully at the mental element which should be required for the «failure to report offence» and has concluded that the introduction of a negligence test is now necessary as a deterrent against those in the

– *Loi australienne*

Fin des années 80, l'Australie adopta une loi régulant les opérations substantielles d'argent comptant¹¹⁰. L'objet poursuivi étant d'abord de faciliter la mise en œuvre des lois fiscales du pays, il n'en reste pas moins que le législateur désirait également que les subordonnés de l'État puissent utiliser cet outil de renseignement dans l'application des autres lois¹¹¹. Un organisme central de renseignement, le *Australian Transaction Reports and Analysis Centre (Austrac)*, reçoit, analyse et communique à certaines autorités les informations colligées liées au blanchiment d'argent¹¹². Certains opérateurs d'argent liquide (*cash dealers*)¹¹³ sont tenus impérativement de renseigner Austrac. Une liste désigne les institutions financières et autres entités ou personnes dont les activités courantes s'accompagnent d'un échange considérable de billets de banque. À cela s'ajoute une obligation de délation face à une suspicion raisonnable voulant qu'une transaction substantielle d'argent liquide puisse révéler une tentative d'évasion fiscale, concerner une enquête ou poursuite pénale ou encore faciliter la lutte aux produits de la criminalité¹¹⁴. Quiconque con-

financial sector and other relevant sectors who fail to act competently and responsibly where information before them ought to make them suspect to money laundering in keeping with any relevant guidance. The new offence will therefore apply not just in cases where the prosecution can prove beyond reasonable doubt that a person knew or suspected that another person was engaged in money laundering but also where the respondent can be shown to have had reasonable grounds for knowing or suspecting that another person was engaged in money laundering.»

110. *Financial Transaction Reports Act 1988*. L'art. 3 définit comme suit le concept de *significant cash transaction*: «a cash transaction involving the transfer of currency of not less than \$10,000 in value.» L'année précédente, une loi axée sur la répression du blanchiment d'argent fut adoptée: *Proceeds of Crime Act 1987*. Le législateur australien se propose de réformer ce texte de loi par le *Proceeds of Crime Bill 2001*.
111. Art. 4 du *FTRA 1988*.
112. Dans son site Internet (www.austrac.gov.au), Austrac définit comme suit son mandat: «AUSTRAC's mission is to make a valued contribution towards a financial environment hostile to money laundering, major crime and tax evasion. We do that in a number of ways. We work to ensure that financial service providers and other specified groups (our cash dealers) identify their customers and so reduce the occurrence of false name bank and other accounts. Through our compilation and analysis functions, we monitor and identify money laundering related to serious crime and major tax evasion. We provide this financial intelligence to the Australian Taxation Office (ATO) and Commonwealth, State and Territory law enforcement, security and revenue agencies.»
113. Sous la rubrique de *cash dealer*, l'art. 3 comporte une liste des personnes physiques ou morales visées par la loi.
114. Le par. 16(1) du *FTRA 1988* dispose ceci: «Where: (a) a cash dealer is a party to a transaction; and (b) the cash dealer has reasonable grounds to suspect that

trevient à cette prescription commet une infraction punissable d'une peine maximale d'incarcération de deux ans¹¹⁵.

Les avocats (*solicitors*)¹¹⁶ échappent à l'énumération. Toutefois, dès lors qu'ils sont mêlés à une transaction substantielle d'argent comptant, ils doivent produire un rapport circonstancié à Austrac¹¹⁷. À défaut d'obtempérer à cette obligation de renseignement, ils contreviennent à la loi et encourent une peine privative de liberté¹¹⁸. Un mandataire d'Austrac peut inspecter les archives matérielles et informatiques d'un avocat afin de s'assurer du respect de la Loi¹¹⁹. À cette fin, il peut copier, en tout ou partiellement, les données conservées par le *solicitor*¹²⁰. Un avis de visite doit être donné à l'avocat concerné, auquel cas ce dernier doit s'y conformer pourvu que l'inspection se déroule pendant les heures habituelles d'affaires¹²¹.

– *Loi américaine*

Pionnier en la matière, le législateur américain – étatique et fédéral – a doté les autorités gouvernementales d'un arsenal juridique sophistiqué ayant vocation de bloquer, saisir et confisquer les produits de la criminalité nationale et transnationale. Cependant, à ce jour, le droit américain méconnaît l'obligation (pour quiconque) de communiquer à l'État une déclaration de soupçon

information that the cash dealer has concerning the transaction: (i) may be relevant to investigation of an evasion, or attempted evasion, of a taxation law; (ii) may be relevant to investigation of, or prosecution of a person for, an offence against a law of the Commonwealth or of a Territory; or (iii) may be of assistance in the enforcement of the *Proceeds of Crimes Act 1987* or the regulations made under that Act; the cash dealer, whether or not required to report the transaction under Division 1 or 3, shall, as soon as practicable after forming that suspicion: (c) prepare a report of the transaction; and (d) communicate the information contained in the report to the Director.»

115. Par. 16(5B) du *FTRA 1988*.

116. À l'art. 3, on retrouve la définition suivante d'un *solicitor*: «a person who practises as a solicitor, whether by himself or herself, as a member of a solicitor corporation or as a member of a partnership of solicitors, and whether or not the person also practises as a barrister.»

117. Le par. 15A(1) du *FTRA 1988* dispose ceci: «If a significant cash transaction is entered into by or on behalf a solicitor, a solicitor corporation, or a partnership of solicitors, in the course of practising as a solicitor or solicitors, the solicitor, corporation or partnership must, before the end of the reporting period: (a) prepare a report of the transaction; and (b) communicate the information in the report to the Director.»

118. Les par. 28(3) et (4) du *FTRA 1988* incriminent l'omission de respecter le Loi et rendent les coupables passibles d'un emprisonnement n'excédant pas deux ans.

119. Par. 27D(2) du *FTRA 1988*.

120. Par. 27D(3) du *FTRA 1988*.

121. Par. 27D(3) du *FTRA 1988*.

quant à la légalité d'un bien ou des activités d'autrui¹²². Certes, le secret professionnel de l'avocat fait traditionnellement l'objet d'égards aux États-Unis. Toutefois, dans la foulée de l'attaque terroriste du 11 septembre 2001, une mesure réglementaire exceptionnelle fut adoptée. Sur la foi d'une suspicion raisonnable entretenue par le procureur général à l'effet qu'un détenu puisse, lors de communications avec un avocat, favoriser ou faciliter la perpétration d'actes de terrorisme, le ministère de la Justice peut procéder à l'écoute clandestine des entretiens privés d'un avocat et son client¹²³. Vu le préjugé favorable des tribunaux américains en faveur du secret professionnel de l'avocat¹²⁴, il reste à voir si l'initiative du procureur général des États-Unis sera considérée comme une dérogation conforme à la Constitution.

Le contentieux

Un large segment de la profession juridique canadienne considère que l'imposition aux avocats et notaires d'une déclaration de soupçon viole la Constitution. En attente de jugement, à la

-
122. Dans l'affaire *Law Society of B.C. c. A.G. Canada; Federation of Law Societies c. A.G. Canada*, 2001 BCSC 1593, par. 95, la juge Allan de la Cour suprême de la Colombie-Britannique fit l'observation suivante: «Both the petitioners and the respondent submitted opinions of experts in U.S. law. There is no counterpart in U.S. law to the Canadian requirement that lawyers report transactions that they have a reasonable basis to believe are «suspicious» and provide the reasons for their conclusion. It is unclear whether such legislation would be constitutional in that country. [...]»
123. 66 Fed. Reg.55062 (31-10-01). Dans un communiqué du 20-12-01, émanant de l'organisme *American Civil Liberties Union*, on peut lire le passage suivant: «In separate comments also filed today, the National Association of Criminal Defense Lawyers emphasized that the new regulations would discourage the detainees from having full and open conversations with their own defense attorneys about the facts of their case – information which is a prerequisite for good legal advice.»
124. Dans l'affaire *Upjohn Co. c. United States*, 449 U.S. 383, 389, 101 S.Ct. 677, 682 (1981), la Cour suprême a commenté la portée et l'importance du secret professionnel de l'avocat: «[...] Its purpose is to encourage full and frank communication between attorneys and their clients and thereby promote broader public interests in the observance of law and administration of justice. The privilege recognizes that sound legal advice or advocacy serves public ends and that such advice or advocacy depends upon the lawyer's being fully informed by the client. [...]». L'idée de promouvoir une franche communication entre un client et son avocat amena la Cour suprême à statuer que le secret professionnel de l'avocat continue d'exister même après le décès du client. Dans l'affaire *Swidler & Berlin c. United States*, 524 U.S. 399, 410, 118 S.Ct. 2081, 2088 (1998), on lit ceci: «Knowing that communications will remain confidential even after death encourages the client to communicate fully and frankly with counsel. While the fear of disclosure, and the consequent withholding of information from counsel, may be reduced if disclosure is limited to posthumous disclosure in a criminal context, it seems unreasonable to assume that it vanishes altogether.»

suite de contestations judiciaires entamées par des organismes liés à la profession juridique, les avocats d'Ontario¹²⁵, de Colombie-Britannique¹²⁶ et d'Alberta¹²⁷ sont provisoirement exemptés de l'obligation de dénoncer les opérations douteuses de leurs clients. En raison de son importance, une certitude semble d'ores et déjà acquise: cet épineux dossier cheminera inexorablement jusqu'au plumitif de la plus haute cour du pays. D'ici là, le contentieux opposant les professionnels du droit au gouvernement fédéral mérite une discussion dans une perspective élargie.

– *Le droit à la confidentialité*

Contrairement au droit américain¹²⁸, il est clairement établi au Canada que le secret professionnel de l'avocat constitue une

125. Dans l'affaire *Federation of Law Societies of Canada c. A.G. Canada*, no. 01-CV-222041 (9-01-02), le juge Cullity de la Cour supérieure de justice de l'Ontario fit droit à une demande d'exemption temporaire, notamment pour le motif suivant: «[51] The position of the Federation is that the legislation constitutes an exceptional and direct attack on the solicitor-client relationship that its effects outweigh the undoubted injury to the public interest that would result from the grant of the temporary exemption requested. In agreeing with this position, I am influenced by my judgment of the fundamental importance to a federal democratic society of the issues at stake – affecting as they may do the administration of justice and the rule of law – the emphasis that has been given in previous cases, in this jurisdiction and elsewhere, to the value of the incidents of the professional relationship that will be overridden by the legislation, the severity of the harm that will have been inflicted if the legislation is ultimately held to be unconstitutional and, in particular, its immediate effect in imposing obligations to which penal sanctions are attached. [...]»
126. Dans l'affaire *Law Society of B.C. c. A.G. Canada; Federation of Law Societies c. A.G. Canada*, 2001 BCSC 1593, par. 3, la juge Allan de la Cour suprême de la Colombie-Britannique résumait comme suit le recours dont elle fut saisie: «[...] The petitioners say this legislation threatens the independence of the bar and solicitor-client confidentiality, and creates a conflict between lawyers' duties to their clients and their obligation to report confidential information to the government.» Puis, au par. 108, elle fit droit au recours en indiquant que «The proclamation of s. 5 of the Regulations authorizes an unprecedented intrusion into the traditional solicitor-client relationship. The constitutional issues raised deserve careful consideration by the Court. The petitioners seek a temporary exemption from the legislation until the merits of their constitutional challenge can be determined. I conclude that the petitioners have satisfied the tripartite test for the exemption they seek. [...]» Le 22-02-02, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a rejeté le pourvoi du procureur général du Canada formé à l'encontre du jugement interlocutoire.
127. En Alberta, le juge Watson de la Cour du Banc de la Reine a, le 12-12-01, refusé la demande d'exemption formulée par la Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada. Cependant, il a autorisé les avocats albertains à faire parvenir, sous pli scellé, au Barreau de l'Alberta la déclaration de soupçon. Le 21-12-01, la partie requérante a déposé un avis d'appel à l'encontre de ce jugement interlocutoire.
128. K.M. ZEIDNER, «Inadvertent disclosure and the attorney-client privilege: looking to the work-product doctrine for guidance», (2001) 22 *Cardozo L.R.* 1315:

règle de fond, en plus de donner ouverture à l'application d'une règle de preuve dans un contexte judiciaire. Le droit à la confidentialité s'attache à la personne dans ses rapports avec autrui, y compris avec l'État¹²⁹. Au gré du temps, certaines règles de procédure ont donné naissance à des droits. Tel est le cas du secret professionnel de l'avocat, qu'il y ait litige ou non¹³⁰. S'agissant d'un droit fondamental¹³¹, la confidentialité des communications entre un client et son avocat peut être revendiquée en toutes circonstances¹³². Le juge Proulx, de la Cour d'appel du Québec¹³³, a souligné la confusion terminologique existant entre les concepts de secret professionnel et de privilège. Il ne peut y avoir de privilège sans

«The attorney-client privilege is a rule of evidence that «protects confidential communications concerning legal advice between an attorney and client that do not further a fraud or crime and that are kept confidential by the client» [...]» À la p. 1321, l'auteur ajoute ceci: «[...] The privilege is governed by substantive, rather than procedural, law; accordingly, in federal cases based on diversity jurisdiction, privilege is determined in accordance with state law. The privilege is not guaranteed by the Constitution; rather, it derives from statute or common law.» Dans l'affaire *Clutchette c. Rushen*, 770 F.2d 1469, p. 1471, la Cour d'appel du 9^e Circuit fit l'observation suivante: «Standing alone, the attorney-client privilege is merely a rule of evidence; it has not yet been held a constitutional right.»

129. Dans l'arrêt *Descôteaux c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860, p. 872, le juge Lamer, rédacteur du jugement de la Cour, affirme que ce droit fait partie de la *common law*.
130. Auteur du jugement de la Cour dans l'affaire *Wildman c. R.*, [1984] 2 R.C.S. 311, p. 331-332, le juge Lamer souligna l'autonomie et la pérennité du droit (de *common law*) à la confidentialité lors d'une relation avocat-client: «[...] Dans *Le droit transitoire*, 2^e éd., Paris, Dalloz et Sirey, 1960, à la p. 237, P. Roubier rationalise l'exclusion de ces règles parce que, dit-il, «ces règles étant indépendantes de l'existence d'un litige, ne sont pas modifiées par la survenance d'un procès». Il en est de même du secret professionnel entre avocat et client découlant du droit d'une personne aux rapports confidentiels avec son avocat, qu'il y ait ou non litige (voir *Descôteaux c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860). [...]»
131. Dans l'arrêt *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821, p. 839, le juge Dickson décrivait pour la Cour suprême le droit à la confidentialité dans le cadre d'une relation avocat-client: «[...] le droit de communiquer en confiance avec son conseiller juridique est un droit civil fondamental, fondé sur la relation exceptionnelle de l'avocat avec son client.»
132. *Descôteaux c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860, p. 875: «1. La confidentialité des communications entre client et avocat peut être soulevée en toutes circonstances où ces communications seraient susceptibles d'être dévoilées sans le consentement du client;»
133. *R. c. Robillard*, (2000) 39 C.R. (5th) 189. Le juge Proulx (avec l'aval de la juge Deschamps) souligne que, dans certaines dispositions du *Code criminel* et quelques jugements de la Cour suprême, les mots «secret professionnel» sont utilisés pour traduire le concept de «solicitor-client privilege». Par contre, précise-t-il, la législation québécoise fait l'adéquation entre le secret professionnel et la communication confidentielle. Prenant appui sur l'arrêt *Solosky*, [1980] 1 R.C.S. 821, le juge Proulx souligne, au par. 46, que «le privilège devient pertinent dans le cadre d'une procédure judiciaire lorsque la divulgation d'une preuve et non plus son obtention est en litige».

confidentialité. Cependant, la confidentialité ne fait pas toujours objet de privilège¹³⁴. En effet, le droit d'un client à la confidentialité de ses communications avec un avocat a donné naissance à une règle de preuve – qualifiée de privilège – protégeant la divulgation de certains renseignements dans le cadre de procédures judiciaires. Par contre la notion de secret professionnel fait référence à une règle de droit substantif protégeant le droit fondamental à la confidentialité d'une relation entre un client et son conseiller juridique.

Absorbée par le secret professionnel de l'avocat, la confidentialité d'une communication cloîtrée peut néanmoins – mais à certaines conditions – être comprimée par la volonté législative. Rien ne s'oppose à ce que l'on impute au Parlement – lorsque les termes employés le laissent croire – l'intention de restreindre un droit fondamental¹³⁵. En pareil cas, un droit reconnu par la common law ne peut être modifié que par une disposition législative expresse ou par implication nécessaire¹³⁶. Les tribunaux peuvent également modifier une règle de common law. Cette démarche doit s'avérer nécessaire pour rendre justice et respecter l'équité, en harmonisant le droit avec les changements sociaux, moraux et économiques. Encore faut-il que la modification n'entraîne pas de conséquences complexes et imprévisibles¹³⁷. Relevant de l'exper-

134. *Leblanc c. Maranda* 2001 QCCA 393, par. 51 à 53. Le juge Proulx, rédacteur du jugement, reprend l'exposé qu'il fit sur le sujet dans l'arrêt *R. c. Robillard*, (2000) 39 C.R. (5th) 189.

135. *Slight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, p. 1079 (J. Lamer pour la Cour sur ce sujet): «[...] La *Charte* ne garantit pas d'une façon absolue les droits de ne pas voir ces droits ou ces libertés restreints autrement que par une règle de droit dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. Rien ne s'oppose donc à ce que l'on impute au Parlement, lorsque les termes qu'il emploie le laissent croire, l'intention de restreindre un droit ou une liberté énoncés dans la *Charte* ou de permettre qu'un droit ou une liberté protégés soient restreints.»

136. Dans l'arrêt *Bhatnager c. Canada (M.E.I.)*, [1990] 2 R.C.S. 217, rédigé par le juge Sopinka, la Cour suprême approuva, à la p. 228, l'observation suivante du juge Hogg dans l'affaire *Re Gordon MacKay & Co. and Dominion Rubber Co.*, [1946] 3 D.L.R. 422 (C.A. Ont.), à la p. 425: «[TRADUCTION] Les droits que la common law reconnaît aux citoyens ne doivent pas être retirés ou modifiés sauf dans la mesure qui peut être nécessaire pour donner suite à l'intention du législateur lorsqu'elle est exprimée clairement ou lorsque ces résultats doivent nécessairement en découler; et, s'il y a atteinte aux droits des personnes, cette intention doit être rendue manifeste par le texte de la loi, sinon par une disposition expresse, du moins de façon tacite mais claire et hors de tout doute raisonnable.»

137. *Porto Seguro c. Balcan S.A.*, [1997] 3 R.C.S. 1278, par. 26 (J. McLachlin pour la Cour).

tise des tribunaux, les règles de procédure peuvent faire l'objet de réforme plus aisément que les règles de fond. Saisie d'un cas particulier, une cour de justice n'est pas le forum approprié pour évaluer les lacunes du droit substantif et les problèmes liés à sa modification. La réforme du droit obéit à une dynamique élargie d'analyse et de consultation. De plus, les juges ne peuvent évaluer pleinement les questions de principe sous-jacentes et les coûts rattachés aux choix de politique judiciaire arrêtés par le législateur¹³⁸.

Le respect des tribunaux envers les choix gouvernementaux ne dispense pas le législateur de l'obligation de démontrer que les restrictions aux droits garantis sont raisonnables et justifiables. Le secret professionnel de l'avocat étant garant du droit fondamental à la confidentialité, le principe de la retenue judiciaire n'est pas sans limite¹³⁹. Si l'État ne peut enfreindre en toute impunité les droits constitutionnels d'une personne, il ne saurait piétiner un droit fondamental qui, dans un contexte de droit pénal, prend racine sur la Constitution¹⁴⁰. L'exigence de retenue judiciaire ne dispense jamais le gouvernement de son obligation de justifier un empiètement sur un droit fondamental. La déférence porte plutôt sur la nature des preuves et moyens mis de l'avant par l'État¹⁴¹.

138. *Friedman Equity c. Final Note*, [2000] 1 R.C.S. 842, par. 42-43 (J. Bastarache pour la Cour).

139. *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493, par. 126 (J. Cory, opinion majoritaire): «Quoi qu'il en soit, même si notre Cour a reconnu que le législateur doit jouir d'une certaine latitude lorsqu'il fait des choix entre des intérêts sociaux divergents (voir les arrêts *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927 et *Egan*, précité, le juge Sopinka), le principe de la retenue judiciaire n'est pas sans limite. Dans l'arrêt *Eldridge*, [1997] 3 R.C.S. 624, le juge La Forest a repris les motifs qu'il avait prononcés dans l'arrêt *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22, à la p. 44, et dans lesquels il affirmait que «la retenue dont il sera fait preuve à l'égard du gouvernement qui légifère en ces matières ne lui permet pas d'enfreindre en toute impunité les droits dont bénéficie un individu en vertu de la *Charte*». [...]

140. Dans l'arrêt *Smith c. Jones*, [1999] 1 R.C.S. 455, par. 7, le juge Major, pour l'opinion minoritaire (dissident sur autre chose), fit la constatation suivante: «Dans le contexte criminel, les principes qui sous-tendent les règles relatives au privilège du secret professionnel de l'avocat sont protégés en raison de l'inscription dans la Constitution du droit à une défense pleine et entière, du droit à l'assistance d'un avocat, du droit de l'accusé de ne pas s'incriminer et de la présomption d'innocence qui sont prévus à l'art. 7 et aux al. 10b), 11c) et 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*; *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151; *R. c. Jones*, [1994] 2 R.C.S. 229, aux p. 246 à 225.»

141. *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3, par. 78 à 80 (J. Iacobucci, opinion majoritaire). Au par. 79, le juge Iacobucci précise sa pensée: «En vertu de l'article premier, le législateur a le fardeau de prouver que l'atteinte à un droit est justifiée. Pour tenter de

Gardant en mémoire les observations qui précèdent, il coule de source que l'interprète judiciaire doit aborder avec circonspection toute mesure limitative du secret professionnel. Une atteinte au droit fondamental à la confidentialité doit être pleinement nécessaire à la réalisation des objectifs de la loi habilitante¹⁴². Par conséquent, la légitimité du pouvoir d'ingérence de l'autorité publique dans une sphère protégée de la vie privée¹⁴³ s'apprécie en relation avec le fondement même du secret professionnel de l'avocat. Ce n'est pas l'importance de la profession juridique mais plutôt les intérêts supérieurs de la justice qui justifient l'existence et la portée de cette mesure d'exception. En effet, la défense efficace des droits d'un justiciable rend impérative l'intervention des professionnels de la science juridique¹⁴⁴. Avant tout, ce sont des besoins fonctionnels qui sous-tendent le fondement du secret pro-

se décharger de ce fardeau, le législateur devra fournir au tribunal des éléments de preuve et des arguments qui étayent l'affirmation générale voulant que l'atteinte soit justifiée. Parfois, le législateur devra démontrer pourquoi il a fait certains choix de principe et pourquoi il a estimé que ces choix étaient raisonnables compte tenu des circonstances. Il peut s'agir de choix de principe que le législateur est mieux en mesure de faire que le tribunal [...] Les tribunaux doivent prendre garde de ne pas dépasser les limites de leur compétence institutionnelle en examinant de telles décisions. La question de la retenue, en conséquence, est étroitement liée à la nature de la demande ou des preuves en cause et non à l'application générale du critère relatif à l'article premier; elle ne peut être abordée qu'en rapport avec ces demandes ou preuves particulières et non dès le début de l'analyse.»

142. *Descôteaux c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860, p. 875: «[...] la loi habilitante du paragraphe trois [doit] être interprété[e] restrictivement.» Le par. 3 se lit ainsi: «3. Lorsque la loi confère à quelqu'un le pouvoir de faire quelque chose qui, eu égard aux circonstances propres à l'espèce, pourrait avoir pour effet de porter atteinte à cette confidentialité, la décision de le faire et le choix des modalités d'exercice de ce pouvoir doivent être déterminés en regard d'un souci de n'y porter atteinte que dans la mesure absolument nécessaire à la réalisation des fins recherchées par la loi habilitante;»
143. Dans l'affaire *R. c. Gruenke*, [1991] 3 R.C.S. 263, p. 303, la juge L'Heureux-Dubé, dans une opinion minoritaire concordante, prônait la reconnaissance d'un privilège en matière religieuse du fait qu'il «favorise les valeurs spéciales caractéristiques de la protection de la vie privée et fait en sorte que le raisonnement fondé sur la protection de la vie privée constitue une justification possible de la reconnaissance du privilège». Subséquemment, dans l'affaire *A.(L.L.) c. B.(A.)*, [1995] 4 R.C.S. 536, p. 560, la même juge (opinion minoritaire concordante), s'étant référée à l'arrêt *Gruenke* et l'ouvrage américain de doctrine *McCormick on Evidence* (4^e éd. 1992), vol. 1 aux §§ 72 et 77, observa que «la reconnaissance du principe des communications privilégiées a trouvé une justification additionnelle, fondée sur la protection de la vie privée [...]. Cette vision non utilitaire se fonde sur des prémisses plus abstraites, tel le caractère vital du privilège pour la protection de valeurs individuelles fondamentales. [...]»
144. *Geffen c. Succession Goodman*, [1991] 2 R.C.S. 353, p. 382 (*J. Wilson*, opinion paritaire concordante).

fessionnel de la profession juridique¹⁴⁵: la relation confidentielle d'un justiciable avec son avocat est essentielle au bon fonctionnement du système de justice¹⁴⁶. Qualifié de générique, ce privilège est inextricablement lié au système judiciaire¹⁴⁷, dont il gêne par ailleurs l'efficacité¹⁴⁸. Outre cette fin utilitaire, le secret professionnel contribue également à promouvoir l'autonomie de la personne¹⁴⁹.

Pour tout dire, malgré son importance, le secret professionnel de l'avocat n'a rien d'absolu, d'où les exceptions développées par le droit prétorien dans les cas suivants: l'innocence d'un accusé requiert la levée du secret; une communication secrète porte sur un dessein criminel; la menace à la sécurité publique exige la mise à l'écart de certains renseignements confidentiels¹⁵⁰.

-
145. Rédacteur du jugement de la Cour suprême dans l'affaire *R. c. Campbell*, [1999] 1 R.C.S. 565, le juge Binnie rappela cette réalité au par. 49: «Le secret professionnel de l'avocat est fondé sur les besoins fonctionnels de l'administration de la justice. Vu sa complexité, le système juridique nécessite une expertise professionnelle. L'accès à la justice est mis en péril lorsqu'il est impossible d'obtenir des conseils juridiques. [...]»
146. *R. c. Gruenke*, [1991] 3 R.C.S. 263, 289 (J. Lamer, opinion majoritaire).
147. *D.(G.) c. La Reine*, REJB 1998-7420. Au par. 36, le juge Chamberland fit la remarque suivante pour la Cour d'appel du Québec: «Les privilèges génériques sont peu nombreux. Pour qu'il y ait privilège générique, il faut des raisons de principe prépondérantes ou contraignantes, semblables à celles qui sous-tendent le privilège en matière de communications avocat-client, et les relations dans le cadre desquelles se tiennent les communications doivent être inextricablement liées au système de justice (*R. c. Gruenke*, [1991] 3 R.C.S. 263, le juge Lamer, page 286; dans le même sens, *A.(L.L.) c. B.(A.)*, [1995] 4 R.C.S. 536, la juge L'Heureux-Dubé, pages 562-563, et *M.(A.) c. Ryan*, [1997] 1 R.C.S. 157, la juge McLachlin, aux pages 171-172). Le secret professionnel de l'avocat (*R. c. Wijesinha*, [1995] 3 R.C.S. 422), celui relatif aux indicateurs de police *A.(L.L.) c. B.(A.)*, [1995] 4 R.C.S. 536, page 561) et le privilège de non-incrimination (*R. c. S.(R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. en font partie.»
148. Responsable d'une opinion minoritaire concordante, la juge L'Heureux-Dubé fit l'observation suivante dans l'affaire *A.(L.L.) c. B.(A.)*, [1995] 4 R.C.S. 536, p. 575: «[...] Généralement, un privilège générique gêne à plusieurs égards l'administration de la justice et, pour cette raison, il ne connaît pas la faveur au Canada et ailleurs dans les procès criminels. Un privilège générique constitue une entrave complète aux renseignements contenus dans ce type de dossiers, peu importe leur pertinence, et le fardeau de preuve pour en contester l'application est onéreux. [...]»
149. *General Accident Assurance Company c. Chrusz*, 1999 ONCA C29463. Le juge Doherty opina pour la Cour d'appel de l'Ontario que le fondement du secret professionnel «goes beyond the promotion of absolute candor in discussion between a client and her lawyer. The privilege is an expression of our commitment to both personal autonomy and access to justice. Personal autonomy depends in part on an individual's ability to control the dissemination of personal information and to maintain confidences. Access to justice depends in part on the ability to obtain effective legal advice. [...]»
150. *Jones c. Smith*, [1999] 1 R.C.S. 455, par. 51 à 57 (J. Cory, opinion majoritaire).

Cependant, parce qu'il faut assurer la confiance du public dans l'administration de la justice, ces dérogations sont rares et bien circonscrites. En somme, le devoir de discrétion d'un conseiller juridique doit être aussi absolu que possible¹⁵¹. Cela dit, l'étendue de la protection accordée aux communications secrètes et – son corollaire – l'obligation de discrétion de l'avocat varient selon le contexte¹⁵². Ainsi, le secret professionnel ne protège pas la confidentialité de l'ensemble des services rendus par un avocat. Échappent donc à l'obligation de silence les conseils portant sur de pures questions d'affaires. La protection s'appliquera ou non selon la nature de la relation avocat-client, l'objet de l'avis et les circonstances dans lesquelles il est requis et fourni¹⁵³.

La sphère d'action d'un conseiller juridique déborde le champ d'exclusivité professionnelle. Par conséquent, le secret professionnel de l'avocat ou du notaire ne peut être délimité par les frontières du monopole d'exercice¹⁵⁴. La relation dominante avec un

151. *R. c. McLure*, [2001] 1 R.C.S. 445, par. 34-35. Après avoir fait état des exceptions au secret professionnel de l'avocat, le juge Major apporta la réserve suivante au par. 35: «Toutefois, le secret professionnel de l'avocat doit être aussi absolu que possible pour assurer la confiance du public et demeurer pertinent. Par conséquent, il ne cède le pas que dans certaines circonstances bien définies et ne nécessite pas une évaluation des intérêts dans chaque cas.»
152. *Frenette c. Métropolitaine (La)*, [1992] 1 R.C.S. 647, p. 674-675 (J. L'Heureux-Dubé pour la Cour): «Toutefois, à l'exception de ces cas où l'accès est clairement permis, l'étendue de la protection accordée aux renseignements confidentiels et son corollaire, l'obligation imposée à ceux qui détiennent ces renseignements, varient selon le contexte dans lequel on invoque le droit à la confidentialité pour empêcher la divulgation de renseignements. [...]»
153. *R. c. Campbell*, [1999] 1 R.C.S. 565. Au par. 50, le juge Binnie fit la mise au point suivante pour la Cour: «[...] Dans la pratique privée, certains avocats sont autant ou davantage appréciés pour leur sens inné des affaires que pour leur perspicacité juridique. Le secret professionnel de l'avocat ne s'applique pas aux conseils sur de pures questions d'affaires mêmes s'ils sont donnés par un avocat. Comme le dit lord Hanworth, M.R., dans *Minter c. Priest*, [1929] 1 K.B. 655 (C.A.), p. 668 et 669: [traduction] *[I]l ne suffit pas que le témoin dise: «Je suis allé voir un avocat.» [...] Il est permis de poser des questions pour découvrir et déterminer pour quelle raison et dans quelles circonstances le client présumé est allé voir l'avocat.* Le secret professionnel de l'avocat s'appliquera ou non à ces situations selon la nature de la relation, l'objet de l'avis et les circonstances dans lesquelles il est demandé et fourni. [...]»
154. Alors qu'il siégeait à la Cour d'appel du Québec, le juge LeBel fit l'observation suivante pour le tribunal, dans l'affaire *Québec (Sous-ministre du Revenu) c. Legault*, [1989] R.J.Q. 229, p. 231: «Cependant, la sphère d'action de l'avocat couverte par le secret professionnel n'est pas toujours facile à déterminer. [...] L'on ne saurait affirmer que la sphère d'application du secret professionnel de l'avocat s'arrête aux frontières du monopole d'exercice professionnel. [...] Elles [i.e. les limites du secret professionnel] coïncideront plutôt avec celles des services que l'on attend normalement ou couramment dans le cadre de la relation avec un avocat. Elles ne dépendent pas toujours de l'exclusivité du service, au sens des lois professionnelles.»

professionnel du droit doit être axée sur un conseil de nature juridique. Dans le contexte d'une consultation, le service professionnel fourni doit se conjuguer à l'activité de conseil et, selon l'usage, en être une composante incidente¹⁵⁵. Mondialisation oblige, l'avènement des grands cabinets multidisciplinaires chamboule la sphère d'application du secret professionnel. Dans la mesure où des services professionnels sont rendus en collégialité par des conseillers juridiques, des comptables¹⁵⁶ et autres spécialistes, les risques de rupture du secret professionnel s'amplifient¹⁵⁷. Différentes valeurs s'emmêlent: d'une part, la prééminence du secret professionnel pour l'administration de la justice et, d'autre part, la liberté d'association¹⁵⁸.

Au Canada, c'est dans le contexte du débat judiciaire – par opposition à la consultation juridique – que le secret professionnel de l'avocat s'est cristallisé. Le besoin des justiciables d'obtenir des conseils juridiques comporte forcément l'exigence de confidentialité¹⁵⁹. C'est le moment de rappeler que seules les communica-

-
155. *Ibid.*: «Pour déterminer si le secret professionnel s'applique, il faut rechercher si la relation principale demeure un rapport de conseiller juridique avec un client et si le service fourni s'y rattache coutumièrement de façon incidente et nécessaire dans le contexte de l'affaire. [...]»
156. Le manuel de l'*Institut canadien des comptables agréés* oblige, en certaines circonstances, un vérificateur à divulguer certains renseignements concernant de fausses déclarations ou des actes illicites.
157. Favorable à l'avènement des cabinets multidisciplinaires, un comité consultatif de l'Association du Barreau canadien, dans son rapport intitulé *Vers un juste milieu*, 1999, p. 23, admettait l'existence de certains risques: «[...] En principe, il n'y a pas de raison que le secret professionnel soit menacé dans un cabinet de CMD. Toutefois, les risques peuvent être plus grands. Le niveau de risques peut varier en fonction de divers facteurs, tels le type et la structure du cabinet de CMD et les différents objets pour lesquels on voudrait les consulter.»
158. *Id.*, p. 24: «Deux conceptions contradictoires de l'intérêt public sont apparues. Il y a, d'une part, une notion d'intérêt public centré sur le rôle des avocats dans l'administration de la justice. Le secret professionnel, la confidentialité, l'exclusion des conflits d'intérêts et les autres valeurs de base sont considérés essentiels à ce rôle. Il y a, d'autre part, une notion d'intérêt public fondé sur des valeurs comme la liberté de choix, la liberté d'association, la concurrence et l'efficacité.» Dans une résolution du 12-11-99, le Conseil des barreaux de l'Union européenne se prononce contre la pratique intégrée au motif que «[l]es devoirs consistant à rester indépendant, à éviter les conflits d'intérêts et à respecter le secret professionnel sont particulièrement menacés lorsque les avocats exercent leur profession au sein d'une entité qui, en fait ou en droit, permet à des non-avocats d'exercer un contrôle significatif de cette organisation.»
159. Dans l'arrêt *R. c. Campbell*, [1999] 1 R.C.S. 565, au par. 49, le juge Binnie fait le rappel suivant pour la Cour suprême: «Le secret professionnel de l'avocat est fondé sur les besoins fonctionnels de l'administration de la justice. Vu sa complexité, le système juridique nécessite une expertise professionnelle. L'accès à la justice est mis en péril lorsqu'il est impossible d'obtenir des conseils juridiques. [...] Comme le juge en chef Lamer l'a dit dans l'arrêt *R. c. Gruenke*, [1991] 3

tions¹⁶⁰ faites dans le but légitime d'obtenir une aide ou des conseils professionnels licites sont privilégiées¹⁶¹. Les consultations intervenues de bonne foi entre un avocat et un client incertain des conséquences juridiques d'un geste quelconque sont protégées, même si plus tard l'acte est considéré illicite. La partie qui réclame la levée du secret professionnel en invoquant l'exception de crime ou de fraude projetés doit démontrer que, lors de la consultation, le client savait ou aurait dû savoir que l'acte projeté était illégal. Il faut apporter un élément quelconque tendant à établir que l'avis juridique a facilité le crime ou que l'avocat est devenu dupe ou conspirateur¹⁶².

C'est un standard de vraisemblance qui régit la levée du secret professionnel. Il s'agit généralement d'une preuve circonstancielle rendant probable le fait qu'une communication privilégiée sert à des fins illégales¹⁶³. Cette norme, issue de la common law, représente un équilibre entre des intérêts sociaux et juridiques contradictoires. D'une part, elle empêche le détournement du secret professionnel de sa finalité; d'autre part, elle évite que son contenu ne soit révélé sans une vérification attentive d'une preuve circonstancielle de l'intention capable d'établir de façon prépondérante son utilisation à des fins illicites¹⁶⁴. L'exception au privilège fondée sur une communication criminelle s'applique sans égard au fait que le conseiller juridique soit dupe ou complice. Par conséquent, à l'étape d'une perquisition, ce sont les allégations du dénonciateur qui justifient un juge de paix de permettre

R.C.S. 263, 289: La protection à première vue des communications entre l'avocat et son client est fondée sur le fait que les rapports et les communications entre l'avocat et son client sont essentiels au bon fonctionnement du système juridique. Pareilles communications sont inextricablement liées au système même qui veut que la communication soit divulguée.». Voir également *R. c. McLure*, [2001] R.C.S. 445, par. 2 et 33.

160. Dans l'affaire *Leblanc c. Maranda*, 2001 QCCA 393 (autorisation d'appel à la C.S.C. accordée, n° 28964), la Cour d'appel du Québec distingue le fait de la communication. Au par. 57, le juge Proulx précise que le privilège protège le contenu de la communication et non la connaissance acquise de façon indépendante des faits qui ont pu être communiqués. Plus loin, au par. 61, il reconnaît la difficulté de qualifier un fait dont la connaissance est acquise en raison d'une communication privilégiée, auquel cas le fait pourrait ne pas être divulgué.

161. *R. c. McLure*, [2001] R.C.S. 445, par. 36-37 (J. Major pour la Cour).

162. *R. c. Campbell*, [1999] 1 R.C.S. 565, par. 55 à 62 (J. Binnie pour la Cour).

163. *Amadzadegan-Shamirzadi c. Polak*, [1991] R.J.Q. 1839, p. 1850 (J. LeBel pour la C.A. Qué.)

164. *R. c. Garneau*, REJB 2001-23798 (C.A. Qué.), par. 20.

la saisie de renseignements confidentiels au motif que l'exception de conduite criminelle du client s'applique¹⁶⁵.

Il est acquis que les pouvoirs étendus de perquisition prévus au *Code criminel* (art. 487 C.cr.) n'autorisent pas les recherches à l'aveuglette dans le cadre d'une enquête et ne diminuent pas le droit légitime à la vie privée des personnes physiques ou morales. Le pouvoir judiciaire doit continuer d'appliquer les normes et garanties protégeant la vie privée en restreignant les pouvoirs de perquisition dans des limites raisonnables¹⁶⁶. Le plus haut tribunal du pays se trouve actuellement saisi d'un important débat sur la constitutionnalité des dispositions prévues au *Code criminel* en vue de régir la marche à suivre pour protéger le secret professionnel du conseiller juridique lors de perquisitions¹⁶⁷. Un jugement partagé, rendu par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique¹⁶⁸, comporte une déclaration d'inconstitutionnalité du pouvoir de perquisition dans un cabinet juridique¹⁶⁹. Comme réparation, les juges majoritaires ont conclu à la nécessité de lire l'art. 487 C.cr.

-
165. *Leblanc c. Maranda*, 2001 QCCA 393, par. 101 à 107 (autorisation d'appel à la C.S.C. accordée, n° 28964). En l'espèce, la Cour d'appel du Québec statua qu'une probabilité de paiement d'honoraires à même des produits de la criminalité – attestée par l'ensemble des faits allégués dans la dénonciation – rendait possible la saisie d'informations confidentielles. Au par. 106, le juge Proulx fit le raisonnement suivant: «Sur la base de ces allégations, le client aurait payé les honoraires de son avocat à même les produits de la criminalité, et ce à l'insu de l'avocat, mais en utilisant ce dernier à des fins illégales. Il s'agit d'un cas flagrant d'exception de crime qui fait obstacle au privilège et qui dégage tout avocat de l'obligation de respecter le secret professionnel s'il est contraint de divulguer le montant payé. Comme je l'ai écrit précédemment, le privilège ne peut servir d'écran ou de refuge au client dans l'exécution d'une fin illégale. Il répugne que le privilège, fondé sur la nécessité de protéger certaines communications pour le meilleur fonctionnement de l'administration de la justice, puisse jouer à l'avantage de celui qui utilise le fruit du crime pour faire face à la justice.»
166. *Canadianoxy Chemicals Ltd c. Canada (P.G.)*, [1999] 1 R.C.S. 743, par. 28-29 (J. Major pour la Cour). La Cour suprême note que cette exigence est particulièrement vraie dans le cas des dossiers d'employés pouvant contenir une foule de renseignements personnels sans rapport avec l'enquête entreprise.
167. Art. 488.1 C.cr. La Cour suprême a autorisé le pourvoi à l'encontre d'un jugement rendu par la Cour d'appel d'Alberta dans l'affaire *R. c. Lavallee, Rachel & Heinz*, (2000) 143 C.C.C. (3d) 187; l'arrêt *R. c. Fink*, (2000) 149 C.C.C. (3d) 321, rendu par la Cour d'appel d'Ontario, sera également soumis à l'attention de la plus haute cour du pays.
168. *Festing c. Canada (Attorney General)*, (2002) 159 C.C.C. (3d) 97. Le jugement fut rendu le 5-11-01.
169. *Id.*, par. 80: «In summary, I conclude that s. 487 of the Code breaches s. 8 of the Charter to the extent that it authorizes the search of law offices and the seizure of documents therein in the absence of adequate safeguards for solicitor-client privilege. [...]» (J. Prowse pour l'opinion majoritaire)

de façon à exclure un cabinet juridique des endroits où une perquisition peut intervenir¹⁷⁰.

– *Le contexte réglementaire*

La protection de la vie privée est conditionnelle à l'existence, selon les circonstances, d'une expectative raisonnable de confidentialité¹⁷¹. Or, ce type d'attente varie selon le contexte, y compris la nature des activités mettant le citoyen en contact avec l'État. En vue de pondérer les droits individuels et l'exigence d'une application efficace de la loi, le pouvoir judiciaire doit alors prendre en considération certains facteurs contextuels. Parmi ceux-ci se trouvent: la nature des renseignements financiers en cause; le type de relation liant le bénéficiaire d'une obligation de confidentialité et le dépositaire des renseignements financiers; le lieu et les conditions entourant l'obtention des informations financières¹⁷².

La nature des infractions susceptibles d'être commises par les personnes assujetties aux obligations de la loi est également un facteur déterminant quant au degré de protection constitutionnelle. En matière de vie privée, l'attente des citoyens est diluée lorsqu'ils traitent des dossiers dans le cours normal des affaires. L'intrusion de l'État dans un domaine d'activité réglementé n'est pas contrôlée de façon aussi stricte qu'en matière criminelle¹⁷³. Des mesures typiques de droit criminel, telles les infractions et peines, ne transforment pas pour autant une loi réglementaire en loi criminelle¹⁷⁴. Les violations et sanctions prévues dans la *Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement terroriste* sont certes compatibles avec un régime de droit pénal

170. *Id.*, par. 84: «In the result, I conclude that the most appropriate remedy in this case is to read into s. 487 the words «other than a law office» in the opening words of the section. [...]»

171. Cosignataire de l'opinion majoritaire de la Cour suprême, le juge Cory résumait l'état du droit sur la question dans l'arrêt *R. c. M.(M.R.)*, [1998] 3 R.C.S. 393, par. 31: «[...] Le besoin de respect de la vie privée «peut varier selon la nature de ce qu'on veut protéger, les circonstances de l'ingérence de l'État et l'endroit où celle-ci se produit, et selon les buts de l'ingérence» (*R. c. Colarusso*, [1994] 1 R.C.S. 20, à la p. 53). L'existence d'une attente raisonnable en matière de vie privée doit être déterminée eu égard à l'ensemble des circonstances (*Colarusso; Edwards*, au par. 31; *R. c. Wong*, [1990] 3 R.C.S. 36, à la p. 62). [...]»

172. *Schreiber c. Canada (P.G.)*, [1998] 1 R.C.S. 841, par. 18 à 21 (J. Lamer, opinion minoritaire concordante).

173. *R. c. Fitzpatrick*, [1995] 4 R.C.S. 154, au par. 49 (J. La Forest pour la Cour).

174. *R. c. Hydro-Québec*, [1997] 3 R.C.S. 213, p. 248-249 (J. Lamer, opinion minoritaire; dissident sur le dispositif de l'appel).

réglementaire¹⁷⁵. Cependant, les objectifs avoués du législateur, notamment la volonté d'accroître l'efficacité policière contre le blanchiment d'argent, laissent croire que d'importants segments de cette loi relèvent aussi du droit criminel. En règle générale, l'autorité publique peut déceler et prévenir la criminalité en empiétant sur le droit d'un particulier au respect de sa vie privée. Pour ce faire, la grisaille des soupçons doit faire place à une norme visible de probabilité, fondée sur la crédibilité des informations¹⁷⁶.

La surveillance d'un régime réglementaire diffère d'une enquête criminelle liée à la violation d'une loi réglementaire. Par exemple, l'économie générale de la *Loi de l'impôt sur le revenu* oblige à conclure qu'il s'agit essentiellement d'une loi réglementaire – assortie accessoirement de sanctions pénales en vue, le cas échéant, d'en assurer le respect¹⁷⁷. Il n'empêche que certaines infractions prévues par cette loi fiscale¹⁷⁸ sont d'authentiques infractions criminelles¹⁷⁹. Cela dit, il n'y a pas d'antinomie entre

-
175. Dans le dossier *R. c. Canada Monetary Exchange Inc.*, 1999 CarswellBC 460, aux par. 31-32, le juge Cowan de la Cour suprême de la Colombie-Britannique fit l'affirmation suivante à propos d'infractions contenues dans la *Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes*: «[31] Similarly, the offences created by the PCMLA for failure to keep records in accordance with the regulations are regulatory offences rather than «true crimes». Failure to fill out the appropriate forms is not «morally or socially reprehensible» in and of itself. It is instead conduct we wish to discourage only because the keeping of such records plays a positive role in the difficult task of detecting money laundering. [32] Regulatory offences should not necessarily be subject to the same constitutional principles that would apply to criminal or quasi-criminal offences (see *Wholesale Travel* (1991), 84 D.L.R. (4th) 161, per Cory at p. 220).»
176. *Hunter c. Southam*, [1984] 2 R.C.S. 145, p. 167-168 (J. Dickson pour la Cour): «[...] Le droit de l'État de déceler et de prévenir le crime commence à l'emporter sur le droit du particulier de ne pas être importuné lorsque les soupçons font place à la probabilité fondée sur la crédibilité. L'histoire confirme la justesse de cette exigence comme point à partir duquel les attentes en matière de la vie privée doivent céder le pas à la nécessité d'appliquer la loi. [...]»
177. *R. c. McKinlay Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 627; *R. c. Ling*, (2001) 149 C.C.C. (3d) 127 (C.A.C.-B.), par. 56 à 59; permission d'appel à la C.S.C. accordée (n° 28315). Dans l'arrêt *McKinlay Ltd.*, le par. 231(3) *LIR* (permettant au ministre du Revenu d'obtenir des renseignements par demande péremptoire) fut contesté, par suite de son utilisation dans le cadre d'une vérification administrative uniquement. La *ratio decidendi* de l'arrêt est à l'effet suivant: pour assurer le respect de la loi, le ministre du Revenu national doit disposer de larges pouvoirs de vérification des déclarations fiscales et d'examen de tous les documents pertinents. Puisque ces pouvoirs ne sont pas liés à une procédure criminelle ou quasi-criminelle, il est sans importance que le ministre ait ou non des motifs raisonnables de croire qu'un contribuable a violé la loi.
178. Art. 239 *LIR*.
179. *Knox Constructing Ltd. c. Canada*, [1990] 2 R.C.S. 338, p. 349-350. Le juge Cory affirmait (p. 349) pour l'opinion majoritaire que le fait que les infractions

une vérification administrative et une enquête criminelle. Ces deux modes d'action peuvent légalement se recouper: ainsi, le par. 489(2) C.cr. dispose qu'un fonctionnaire public chargé de faire observer une loi fédérale – se trouvant légalement en un endroit pour l'accomplissement de ses fonctions – peut, sans mandat, saisir toute chose qu'il croit, pour des motifs raisonnables, avoir servi à violer une loi fédérale ou pouvant servir de preuve à cet effet.

Les exigences de la justice fondamentale englobent l'équité en matière de procédure. Le contexte particulier doit être pris en considération et les facteurs les plus importants sont la nature des droits en cause et la gravité des conséquences pour le justiciable concerné¹⁸⁰. L'art. 7 de la *Charte canadienne* s'applique à toutes les étapes du processus d'une enquête criminelle, en plus de régir le processus judiciaire après l'inculpation¹⁸¹. Relativement au principe de non-incrimination protégé par l'art. 7 de la *Charte canadienne*, l'accusé ne peut revendiquer une protection absolue contre toute utilisation des renseignements dont la divulgation a été forcée en vertu d'une loi. Les protections résiduelles découlant du principe précité varient selon le contexte.

Postulant que le secret professionnel de l'avocat et le droit à la confidentialité sont des principes de justice fondamentale, leur application dans un contexte litigieux dépend d'un processus de pondération. Par conséquent, selon les facteurs mis en balance, le résultat peut varier d'une affaire à l'autre. Lorsque les considérations les plus importantes sont d'ordre général, il est probable – sans être certain – que le résultat de la pondération sera le même dans la plupart des cas¹⁸². S'agissant de déclarations, les facteurs suivants sont pertinents: l'existence d'une contrainte par l'État;

prévues à l'art. 239 *LIR* «puissent faire l'objet de poursuites en vertu d'un acte d'accusation et que des amendes très importantes et des peines d'emprisonnement pouvant aller jusqu'à cinq ans puissent être infligées contribue à renforcer davantage la conclusion que ces infractions sont de nature criminelle.» Plus loin, à la même page, il ajouta ceci: «Il convient de considérer les infractions prévues à l'art. 239 comme relevant du droit criminel.» D'accord avec l'opinion majoritaire, le juge La Forest fit l'observation suivante: «En choisissant une sanction criminelle et en appliquant toutes les dispositions du *Code criminel* [...] le Parlement, me semble-t-il, s'est montré disposé à adopter les procédures ordinaires du droit criminel pour les appliquer, sous réserve de tout changement énoncé dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*.»

180. *Office des services à l'enfant c. K.L.W.*, [2000] 2 R.C.S. 519, par. 10. (J. L'Heureux-Dubé opinion majoritaire)

181. *R. c. Kalanj*, [1989] 1 R.C.S. 1594, p. 1608. (J. McIntyre, opinion majoritaire).

182. *Suresch c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 1, par. 45 (la Cour).

l'existence d'une relation de nature inquisitoriale ou contradictoire; la possibilité d'abus de pouvoir par l'État en raison de la contrainte légale¹⁸³.

L'examen des différentes composantes d'une loi réglementaire – comportant une dimension quasi criminelle – doit tenir compte des valeurs en jeu dans un contexte particulier plutôt que des étiquettes qui caractérisent un régime législatif¹⁸⁴. La méthode contextuelle – permettant d'atténuer la portée des garanties constitutionnelles – ne s'applique pas lorsque l'action de l'État menace le justiciable d'une peine d'emprisonnement¹⁸⁵. Ainsi, la teneur de l'art. 8 de la *Charte canadienne* ne devrait pas être déterminée selon la classification qui distingue une infraction réglementaire d'une infraction criminelle¹⁸⁶. C'est le fait que l'État recoure à l'emprisonnement pour faire respecter une loi qui est décisif dans une analyse concernant la *Charte canadienne*. En effet, une personne emprisonnée n'est pas privée de moins de liberté lorsque punie pour une infraction réglementaire, plutôt que pour une infraction criminelle¹⁸⁷. Dans le vaste domaine réglementaire, le caractère public et pénal des poursuites intentées à l'égard d'infractions indique que ces procédures ont un caractère davantage pénal que civil. Par conséquent, même un tribunal d'infractions provinciales est une cour de juridiction quasi criminelle. En effet, une cour des poursuites sommaires décide de

183. *R. c. Fitzpatrick*, [1995] 4 R.C.S. 154, par. 36. Le juge La Forest parle de relation «de nature contradictoire, ou tout au moins de nature inquisitoriale» entre un citoyen et l'État.

184. *Baron c. Canada*, [1993] 1 R.C.S. 416, p. 444. (J. Sopinka pour la Cour).

185. *Michaud c. Québec (P.G.)*, [1996] 3 R.C.S.3, p. 49. Prenant appui sur la jurisprudence de la Cour suprême, le juge Lamer formula la proposition suivante pour l'opinion majoritaire: «Suivant cette méthode contextuelle, nous avons noté que la teneur des garanties juridiques offertes par la *Charte* sera souvent interprétée de façon plus souple lorsque l'action pertinente de l'État ne menace pas d'entraîner une peine d'emprisonnement.»

186. *Id.*, p. 46: «Mais comme je l'ai réitéré dans mes motifs concordants de l'arrêt *114371 Canada Inc. c. Québec (Procureur général)*, [1994] 2 R.C.S. 339, aux p. 347 et 349, la teneur de l'art. 8 ne devrait pas être déterminée selon une classification rigide et formelle des infractions à la réglementation et des infractions criminelles.»

187. *R. c. Richard*, [1996] 3 R.C.S. 525, par. 30. Porte-parole de la Cour suprême, le juge La Forest tira la conclusion suivante: «[...] L'arrêt *Wholesale Travel* démontre bien que si la portée et l'étendue des droits peuvent fluctuer en raison du contexte réglementaire ou criminel, il n'en sera pas ainsi dans tous les cas. La possibilité que l'infraction en cause dans cette décision entraîne l'emprisonnement commandait qu'on évite de faire une distinction fondée sur la nature réglementaire de l'infraction.»

la culpabilité ou de l'innocence d'un justiciable et prononce des sanctions d'ordre pénal¹⁸⁸.

Lorsque des subordonnés de l'État utilisent une preuve à des fins valables (ne relevant pas du droit criminel) en conformité d'une loi réglementaire, la saisie pratiquée ne saurait être abusive. Cependant, si la branche de l'État chargée de l'application du droit criminel s'approprie sans autorisation légale cette preuve ou l'information qui en dérive pour l'utiliser contre la personne qui la détenait au moment de la saisie, celle-ci devient abusive. Bref, le bras répressif de l'État ne peut contourner les garanties juridiques en utilisant le produit d'une saisie administrative¹⁸⁹. Lorsqu'un mandataire de l'État obtient légalement un renseignement personnel, on ne saurait faire abstraction de l'objet limité pour lequel il l'a obtenu. Cette restriction vise essentiellement à empêcher la saisie d'un bien par l'utilisation d'un pouvoir régi par des conditions moins strictes¹⁹⁰. Quoi qu'il en soit, face à une menace d'emprisonnement, la proximité ou l'éloignement des agents de l'État ou le recoupement de leurs fonctions n'a pas d'importance. En règle générale, l'usage illégal et abusif des pouvoirs administratifs de vérification ou saisie à des fins obliques (i.e. pour étayer une preuve criminelle) reste prohibé.

L'expérience révèle que, à l'occasion, les fonctionnaires gouvernementaux violent les droits constitutionnels de certains justiciables en recourant de façon oblique à des pouvoirs administratifs de vérification pour mener une enquête de nature criminelle. Le procureur général du Canada est passé aux aveux dans l'arrêt *R. c. Budd*¹⁹¹. À l'occasion d'une enquête criminelle interna-

188. *R. c. 974649 Ontario Inc.*, 2001 CSC 81, par. 78 (J. McLachlin pour la Cour).

189. *R. c. Colarusso*, [1994] 1 R.C.S. 20, p. 63-64. (J. La Forest, opinion majoritaire): «Par conséquent, aussi longtemps que la preuve (ou l'information qui en dérive) demeure en la possession de l'État (c.-à-d. du coroner ou de la branche chargée de l'application du droit criminel), la situation est la suivante: (1) pendant que le coroner se sert de la preuve à des fins valables ne relevant pas du droit criminel en conformité avec la *Loi sur les coroners*, la saisie n'est pas abusive et ne va pas à l'encontre de l'art. 8 de la *Charte*; (2) lorsque la branche de l'État chargée de l'application du droit criminel s'approprie cette preuve ou l'information qui en dérive pour l'utiliser contre la personne qui la détenait au moment de la saisie, celle-ci devient abusive et constitue une violation de l'art. 8 de la *Charte*. En d'autres termes, la branche de l'État chargée de l'application du droit criminel ne saurait invoquer la saisie par le coroner pour contourner les garanties énoncées dans l'arrêt *Hunter*, précité, car toute saisie effectuée par le coroner en vertu du par. 16(2) n'est valable qu'à des fins non pénales.»

190. *R. c. Law*, 2002 CSC 10, par. 22-23 (J. Bastarache pour la Cour).

191. (2001) C.C.C. (3d) 108 (C.A. Ont.), par. 3 et 4.

tionale sur une opération de blanchiment d'argent, il admit la violation délibérée de la Constitution canadienne par l'utilisation d'un procédé libre-échangiste d'informations fiscales impliquant trois pays. S'agissant d'appliquer la *Loi de l'impôt sur le revenu*, dès que les fonctionnaires de Revenu-Canada satisfont les conditions d'obtention d'un mandat de perquisition, ils devraient être empêchés de recourir à leurs pouvoirs administratifs¹⁹² pour mener une enquête criminelle¹⁹³. Tout fonctionnaire pénétrant en un endroit quelconque, parce qu'il a des motifs raisonnables de croire à une violation de la loi, effectue une perquisition. Son intention fondamentale consiste alors à vérifier le bien-fondé de ses motifs raisonnables et de colliger ou saisir des éléments de preuve. Cette mission diffère de l'inspection administrative servant à vérifier le respect d'une loi. La découverte d'une infraction n'étant pas l'objectif poursuivi, l'intrusion du fonctionnaire est alors justifiée par le bien public¹⁹⁴.

En règle générale, la protection constitutionnelle contre les fouilles, saisies et perquisitions abusives s'applique lorsqu'un agent de l'État possède des motifs raisonnables de croire à la perpétration d'une infraction au moment d'utiliser des pouvoirs intrusifs d'enquête¹⁹⁵. Toutefois, la *Loi sur le recyclage des pro-*

192. Ces pouvoirs sont prévus aux art. 231.1 et 231.2 *LIR*.

193. Dans un article intitulé «Administrative Revenue Searches: Can They Be Utilized in Aid of Criminal Investigations and Prosecutions?», (1999) 42 *Crim. L.Q.* 412, p. 429, deux avocats de Justice-Canada reconnaissent le bien-fondé de cette proposition: «[...] The crucial distinction between an administrative search and a criminal search, even under the same statute and by the same investigators, therefore, focuses not only on the intent of the investigators but also on the existence of reasonable grounds. [...]». Dans l'affaire *R. c. Norway Insulation Inc.*, (1995) DTC 5328, le juge LaForme de la Cour de justice de l'Ontario, division générale, a décrit la finalité du pouvoir administratif de vérification fiscale: «[...] Section 231.1(1) is designed as a regular audit tool to ensure compliance with the Act. It is not designed to gather evidence for the purpose of a criminal prosecution. It should not be used to boot-strap the ministry investigators into a position where they can obtain a warrant which would otherwise be unattainable.» La Cour d'appel de l'Alberta, dans l'arrêt *R. c. Jarvis*, (2001) 149 C.C.C. (3d) 498, par. 43-44, a reconnu l'utilité de la proposition formulée par le juge LaForme. Au moment d'écrire ces lignes, la Cour suprême a accordé l'autorisation d'appel le 17-05-01 (n° 28378).

194. *Comité paritaire c. Potash*, [1994] 2 R.C.S. 406, p. 416-417 (J. La Forest, opinion majoritaire).

195. *R. c. Inco Ltd.*, (2001) 155 C.C.C. (3d) 383. Au par. 33, le juge McMurtry affirma pour la Cour d'appel de l'Ontario que: «The implication of the *Comité paritaire* ([1994] 2 R.C.S. 406) decision is that where an inspector under a regulatory regime possesses reasonable and probable grounds to believe that an offence has been committed, the *Hunter v. Southam* ([1984] 2 R.C.S. 145) requirements will need to be met. [...]»

duits de la criminalité et le financement terroriste doit être perçue différemment puisque l'un de ses fondements est de permettre à l'État la collecte d'indices relatifs au recyclage des produits de la criminalité et de les relayer aux forces policières. Autrement dit, l'économie générale de cette Loi consiste précisément à faire la jonction entre les moyens liés à son application et la tenue d'éventuelles enquêtes criminelles. L'interprétation contextuelle de l'art. 8 de la *Charte canadienne* permettra sans doute aux tribunaux d'aborder de façon pragmatique le contrôle des interventions étatiques en vertu de cette nouvelle législation.

Les flux et reflux financiers ignorent l'intangibilité des frontières; des organisations criminelles en tirent grand profit. En contre-poids, la coopération internationale contre le blanchiment de capitaux amène plusieurs pays à s'échanger personnel et ressources. Le recours aux dispositions pertinentes de la *Charte canadienne* à l'égard d'irrégularités gouvernementales commises en territoire étranger reste une pièce maîtresse dans l'arsenal juridique des personnes ciblées par les forces de l'ordre. En droit international, la compétence pour appliquer la *Charte canadienne* à des actes faits hors frontière par des policiers ou agents canadiens repose sur le principe de la nationalité plutôt que sur celui de la territorialité. La *Charte* a donc une portée extraterritoriale lorsque l'acte reproché est commis par un agent gouvernemental canadien et que son application n'entre pas en conflit avec la compétence territoriale de l'État étranger¹⁹⁶.

Conclusions

– Une note liminaire

Personne – et surtout pas l'auteur de ces lignes – ne peut prédire l'issue finale du débat judiciaire engagé sur la légalité de l'obligation du conseiller juridique de dénoncer les opérations douteuses d'un client en matière de recyclage des produits de la criminalité. L'objet de la présente réflexion consiste simplement à

196. *R. c. Cook*, [1998] 2 R.C.S. 597, par. 41 à 48 (JJ. Cory et Iacobucci, opinion majoritaire). Au par. 48, on peut lire le passage suivant: «[...] la *Charte* s'applique à l'étranger dans les cas où l'acte reproché est visé par le par. 32(1) de la *Charte* en raison de la nationalité des autorités policières de l'État qui participent aux actes du gouvernement, et où l'application des normes imposées par la *Charte* n'entre pas en conflit avec la compétence territoriale concurrente de l'État étranger.»

rassembler les différentes pièces du dossier afin d'en mieux saisir l'importance pour notre profession.

– *Les motifs de contestation*

Pour l'essentiel, la contestation judiciaire à l'encontre des dispositions litigieuses de la *Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement terroriste* prend appui sur une allégation d'atteinte à certains principes de justice fondamentale, notamment l'indépendance du barreau, l'exigence de confidentialité de la relation avocat-client et le devoir de loyauté¹⁹⁷ d'un avocat envers son client¹⁹⁸. Selon le porte-parole du Barreau de la Colombie-Britannique, le véritable enjeu porte sur la conscription des avocats dans un système de surveillance étatique des transactions financières¹⁹⁹. Pour sa part, le président de l'Association du Barreau canadien estime que le droit au secret professionnel est mis en péril²⁰⁰. Nul doute que certains griefs feront l'objet d'un examen judiciaire attentif.

197. Lors d'une assemblée extraordinaire tenue le 23-05-01, la Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada adoptait une résolution demandant au gouvernement fédéral de surseoir à l'entrée en vigueur des dispositions litigieuses. Il fut alors considéré que «l'exigence de divulgation de renseignements prévue par la Loi portera considérablement et déraisonnablement atteinte à la confidentialité de la relation entre conseiller juridique et client et à l'indépendance du conseiller juridique, mettra les intérêts du conseiller juridique dans une situation de manquement aux devoirs légaux, professionnels et déontologiques reconnus à l'égard du client».

198. Dans l'affaire *Law Society of B.C. c. A.G. Canada*, 2001 BCSC 1593, par. 77, la juge Allan de la Cour suprême de la Colombie-Britannique écrivait ceci: «The solicitor-client relationship is a unique one, not comparable to the other professions and entities covered by the Act and Regulations. The principles of fundamental justice that are said to be threatened by this legislation include the independence of the bar, solicitor-client confidentiality, and the duty of loyalty owed by lawyers to their clients.»

199. Dans un communiqué émis le 7-11-01 par l'Association du Barreau canadien, on peut lire le passage suivant: «Le vice-président du Barreau de la Colombie-Britannique Richard Gibbs, de Prince George, affirme qu'il existe déjà suffisamment de lois pour contrer le blanchiment de l'argent: «Le véritable enjeu, c'est l'abrogation du caractère confidentiel des transactions financières. Cette loi crée une surveillance étatique des transactions financières privées, et pour y arriver, recrute des avocates et des avocats à titre d'agents secrets de l'État, pour qu'ils trahissent les confidences de leurs clients, et leur devoir de loyauté envers leurs clients.»»

200. *Ibid.*: «Nous sommes en faveur de mesures énergiques pour combattre le blanchiment de l'argent et l'appui financier aux organisations criminelles, mais cette loi va trop loin. Le droit au secret professionnel entre l'avocat et son client est en péril.» (M^e Éric Rice)

- Le droit à la confidentialité

Rappelons pour mémoire qu'une disposition formelle de la *Loi sur les produits de la criminalité* affirme expressément que les mesures de divulgation obligatoire n'ont pas pour effet de porter atteinte au secret professionnel du conseiller juridique²⁰¹. Pour bien saisir la portée de cette disposition, il importe de distinguer les deux volets du secret professionnel. En raison d'une règle de preuve, un privilège garantit le caractère quasi absolu²⁰² des échanges confidentiels intervenus entre un avocat et son client dans un contexte procédural. C'est donc la fonction judiciaire du procureur qui assure l'inviolabilité du secret professionnel²⁰³. Cependant, lorsque l'avocat et le notaire exercent une fonction juridique (ex.: conseiller un client²⁰⁴), c'est la règle de fond qui est en cause. Certes, la confidentialité des échanges entre un client et son conseiller juridique peut être soulevée en toutes circonstances où ces communications seraient susceptibles d'être dévoilées sans le consentement du client. Cependant, ce droit fondamental peut être limité par une loi d'intérêt public pourvu que la restriction soit nécessaire, minimale et de nature à équilibrer les droits individuels et les besoins de la société²⁰⁵. En cette matière, il est pos-

201. Art. 11.

202. Nous avons signalé précédemment quelques exceptions justifiant la levée du privilège.

203. Dans l'affaire *Succession MacDonald c. Martin*, [1990] 3 R.C.S. 1235, p. 1244, abordant le thème de la confiance du public dans l'intégrité de la profession d'avocat, le juge Sopinka fit le commentaire suivant pour l'opinion majoritaire: «[...] La profession d'avocat s'est distinguée des autres professions par l'inviolabilité du secret professionnel. La loi aussi, peut-être indûment, a protégé le secret professionnel des avocats mais non celui des autres professionnels. Cette tradition revêt une importance particulière dans tous les cas où un client se confie à son avocat en vue d'un procès au civil ou au pénal. Les clients agissant ainsi en toute légitime confiance que les faits qu'ils confient ne pourront pas servir contre eux et au bénéfice de l'adversaire. La perte de cette confiance porterait gravement atteinte à l'intégrité de la profession et déconsidérerait l'administration de la justice.»

204. L'affaire *Fortin c. Chrétien*, [2001] 2 R.C.S. 500, a permis au juge Gonthier, porte-parole de la Cour, de distinguer les deux aspects de la profession juridique: «51. Dans l'imaginaire collectif, l'avocat incarne donc d'abord et avant tout ce plaideur qui défend les droits de son client dans le cadre d'un procès. Il symbolise la défense de la liberté et est le détenteur des secrets du droit et de la procédure qui lui permettent d'obtenir gain de cause. Cette fonction dite judiciaire représente certes une partie du travail de certains avocats, mais elle est loin d'être la seule ou la plus importante. En fait, le judiciaire n'est, en quelque sorte, qu'un «accident juridique». Cet aspect de la fonction d'avocat, public et plus flamboyant, a simplement occulté sa fonction juridique première: J.-C. Wogg, *Pratique professionnelle de l'avocat* (3^e éd. 1988), p. 8.»

205. Dans l'arrêt *Smith c. Jones*, [1999] 1 R.C.S. 455, après avoir rappelé l'importance fondamentale du secret professionnel pour notre système judiciaire, au

sible que les tribunaux s'inspirent de la norme jurisprudentielle régissant l'article premier de la *Charte canadienne* permettant au législateur de justifier une atteinte ou restriction aux droits et libertés garantis par la Constitution²⁰⁶.

La norme retenue par le législateur pour imposer à la profession juridique, sous peine de sanction, une obligation de divulgation de renseignements confidentiels pose problème. Des soupçons, bien que raisonnables, se révèlent parfois dénués de tout fondement²⁰⁷. Un excès de zèle de la part d'un avocat ou d'un notaire frileux peut engendrer des dommages irréparables au client dénoncé²⁰⁸. Or, toute personne a droit au respect de sa réputation. Bien que la *Charte canadienne* n'en fasse pas expressément mention, la réputation de l'individu reflète néanmoins sa

par. 49, le juge Cory, pour l'opinion majoritaire, a repris intégralement la description de la règle de fond faite par le juge Lamer dans l'arrêt *Descôteaux c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860, à la p. 875. Or, le juge Lamer avait reconnu la possibilité pour le législateur de restreindre, à certaines conditions, la portée du secret professionnel.

206. À cette fin, les tribunaux doivent tenir compte à la fois de la nature du droit violé et des valeurs spécifiques que l'autorité publique invoque pour justifier la violation. Cela exige que le contexte soit examiné de près. Il faut situer les valeurs opposées dans leur contexte factuel et social au moment de procéder à une analyse fondée sur l'article premier de la *Charte canadienne*: *Ross c. Conseil scolaire du district n°15*, [1996] 1 R.C.S. 825, par. 78 (J. La Forest pour la Cour).
207. Dans l'affaire *Malone c. Royaume-Uni*, RE00000118 (2-08-84), la Cour européenne des droits de l'homme statua qu'il y avait eu atteinte au droit à la vie privée de l'appelant du fait que le processus d'écoute clandestine en vigueur au Royaume-Uni n'était pas assorti de garanties suffisantes. Admettant l'augmentation de la délinquance, en particulier de la criminalité organisée, la Cour a reconnu, au par. 81, que «les écoutes téléphoniques [sont] indispensables pour rechercher et combattre le crime. Cependant, l'exercice de pareils pouvoirs engendre, en raison de son caractère secret intrinsèque, le risque d'abus aisés à commettre dans des cas individuels et de nature à entraîner des conséquences préjudiciables pour la société démocratique tout entière. Partant, l'ingérence qui en résulte ne saurait passer pour «nécessaire», «dans une société démocratique», que si le système de surveillance adopté s'entoure de garanties suffisantes contre les excès.»
208. *Id.*, par. 34. Au passage, la Cour fit écho à l'extrait suivant d'un jugement antérieur rendu au Royaume-Uni dans la même affaire: «La protection du public contre le crime peut commander dans certains cas le recours de la police aux écoutes téléphoniques, mais si vrai que ce soit la liberté et la justice me paraissent militer, dans un système juridique civilisé, pour l'octroi aux usagers de garanties efficaces et indépendantes contre des outrances éventuelles. Le fait de soupçonner un usager d'une infraction accroît cette exigence plutôt qu'il ne la diminue car des soupçons, bien que raisonnables, se révèlent parfois dénués de tout fondement. Des garanties efficaces et indépendantes n'empêcheraient pas seulement certains excès de zèle: par leur simple existence, elles rassureraient aussi dans une certaine mesure les personnes éprouvant de la rancune contre la police ou se croyant persécutées.»

dignité inhérente, concept qui sous-tend plusieurs droits constitutionnels²⁰⁹. La protection de la bonne réputation d'un individu est donc d'importance fondamentale dans notre société démocratique²¹⁰. Il s'agit d'une valeur sociétale inestimable²¹¹.

Une société démocratique a intérêt à s'assurer que ses membres puissent jouir d'une bonne réputation (et à cuirasser celle-ci) aussi longtemps qu'ils en sont dignes²¹². La protection de la bonne renommée du citoyen est un objectif urgent et réel dans notre pays²¹³. Dans la *Loi sur les produits de la criminalité*, le bris de confidentialité devrait obéir au standard régulant la levée du secret professionnel dans un contexte judiciaire. Cette norme exigerait alors le constat d'un faisceau de faits ou circonstances susceptibles d'alimenter – de façon prépondérante – la croyance d'un professionnel du droit voulant que son client participe au recyclage des produits de la criminalité. Cette règle de common law représente un juste équilibre entre des intérêts sociaux et juridiques contradictoires. Si elle empêche de détourner le secret professionnel de sa finalité, elle évite aussi le dévoilement de son

209. Rendant jugement pour la Cour suprême, dans l'affaire *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130, par. 120, le juge Cory écrivait ceci: «Bien qu'elle ne soit pas expressément mentionnée dans la *Charte*, la bonne réputation de l'individu représente et reflète sa dignité inhérente, concept qui sous-tend tous les droits garantis par la *Charte*. La protection de la bonne réputation d'un individu est donc d'importance fondamentale dans notre société démocratique.»

210. Dans le dossier *R. c. Lucas*, [1998] 1 R.C.S. 439, par. 51, le juge Cory aborde la volonté législative de protéger la réputation des gens en sanctionnant les propos diffamatoires: «Finalement, il est significatif que de nombreuses autres sociétés libres et démocratiques aient des lois criminelles relatives à la diffamation, notamment l'Australie, la Belgique, le Danemark, la France, les Pays-Bas, la Norvège, la Suède et la Suisse: *Carter-Ruck on Libelle* (5^e éd. 1992), ch. 27 et 29 à 33. Il est clair que la protection de la réputation est largement reconnue comme une entreprise législative importante.»

211. *Id.*, par. 94: «[...] Ceux-ci [i.e. les articles sur le libelle diffamatoire] sont conçus pour protéger la réputation des gens. Il s'agit de la qualité que la plupart des gens recherchent, valorisent et présentent le plus. Une bonne réputation dans la société a une valeur inestimable.»

212. *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130, par. 108: «Les démocraties ont toujours reconnu et révérent l'importance fondamentale de la personne. Cette importance doit, à son tour, reposer sur la bonne réputation. Cette bonne réputation, qui rehausse le sens de valeur et de dignité d'une personne, peut également être très rapidement et complètement détruite par de fausses allégations. Et une réputation ternie par le libelle peut rarement regagner son lustre passé. Une société démocratique a donc intérêt à s'assurer que ses membres puissent jouir d'une bonne réputation et la protéger aussi longtemps qu'ils en sont dignes.»

213. *R. c. Lucas*, [1998] 1 R.C.S. 439, par. 48 (J. Cory, opinion majoritaire)

contenu sans raison valable²¹⁴. Bref, contrairement au standard du soupçon, celui de la vraisemblance s'éloigne de l'humeur capricieuse. Faute de critères – exprès ou tacites – l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire peut basculer dans l'arbitraire²¹⁵. C'est l'existence d'un choix résolutif, et non pas l'application d'une norme souple, qui caractérise une démarche discrétionnaire²¹⁶. Autrement dit, l'arbitraire réfère au pouvoir exercé à sa guise, selon son bon vouloir; même si elle écarte l'obligation stricte d'agir, la discrétion reste toujours assujettie à certaines règles²¹⁷.

Une autre faille majeure caractérise le processus actuel de dénonciation obligatoire d'un client par la profession juridique: l'absence de contrôle par un tiers indépendant. Dans un contexte judiciaire, après un débat contradictoire, un juge détermine l'applicabilité ou la levée du secret professionnel. S'agissant de la déclaration de soupçons, la *Loi sur les produits de la criminalité* impose au professionnel un bris de confidentialité, sans même qu'un arbitre indépendant et impartial puisse objectivement apprécier la raisonnable de ses soupçons. Dans un contexte d'écoute clandestine d'un cabinet d'avocats et d'atteinte grave au respect de la vie privée, une procédure d'ingérence étatique, sans contrôle par un magistrat indépendant, fit l'objet de réprobation par la Cour européenne des droits de l'homme. Il s'agit de l'affaire *Kopp c. Suisse*²¹⁸.

L'art. 8 de la *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* dispose notamment que toute personne a droit au respect de sa vie privée et qu'il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que si la loi le prévoit et que la mesure est nécessaire, dans une société démocratique, à la prévention des infractions pénales. La loi suisse protège le secret professionnel de l'avocat, sauf lorsque celui-ci fait l'objet d'enquête. Dans l'affaire *Kopp*, les autorités

214. *R. c. Garneau*, REJB 2001-23798 (C.A. Qué.), par. 20.

215. *R. c. Hufsky*, [1988] 1 R.C.S. 621 (J. Le Dain pour la Cour, p. 632 et 633).

216. *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613, p. 654 (J. Le Dain, opinion minoritaire): «[...] Le pouvoir discrétionnaire se caractérise par l'existence d'un choix quant au parti à prendre et non pas simplement par le fait d'avoir à appliquer une norme souple. [...]»

217. *Port Louis c. Lafontaine (Village)*, [1991] 1 R.C.S. 326, p. 370 (J. Gonthier pour la Cour): «Je précise qu'il ne faut pas confondre discrétion et arbitraire. Alors que l'arbitraire désigne le pouvoir exercé à sa guise, selon son bon vouloir, la discrétion elle, est assujettie à certaines règles, même si elle écarte l'obligation stricte d'agir. [...]»

218. N° 13/1997/797/1000 (25-03-98).

suisses avaient écouté toutes les conversations téléphoniques d'un cabinet d'avocat afin de pouvoir déterminer celles qui étaient protégées par le secret professionnel. La Cour a sanctionné l'abus de droit commis par le gouvernement suisse pour violation du droit au respect de la vie privée. Le droit helvétique n'indiquait pas avec suffisamment de clarté les modalités d'exercice du pouvoir d'appréciation étatique²¹⁹. Le silence de la loi quant à la façon de déterminer la couverture du secret professionnel, puis la pratique confiant à un fonctionnaire la tâche de faire le tri, sans contrôle par un magistrat indépendant, furent des éléments déterminants du jugement²²⁰.

Une conversation entre un client et son conseiller juridique est présumée irrecevable comme moyen de preuve jusqu'à ce qu'un tribunal dise le contraire. Le droit à la confidentialité constitue le fondement juridique de cette proposition, tandis que le privilège de l'avocat permet d'en assurer le respect dans un contexte procédural. Telle est la conclusion formulée par la Cour d'appel du Québec dans l'arrêt *R. c. Robillard*²²¹. En cas de litige, un tiers indépendant doit pouvoir statuer sur l'applicabilité du secret professionnel. En l'espèce, le tribunal d'appel récusa la thèse voulant que la police puisse envahir le domaine de la confidentialité afin de pouvoir déterminer les frontières du secret professionnel²²². En

219. *Id.*, par. 75: «En résumé, le droit suisse, écrit et non écrit, n'indique pas avec assez de clarté l'étendue et les modalités d'exercice du pouvoir d'appréciation des autorités dans le domaine considéré. M. Kopp, en sa qualité d'avocat, n'a donc pas joué du degré minimal de protection voulu par la prééminence du droit dans une société démocratique. Il y a donc eu violation de l'article 8.»

220. *Id.*, par. 73 et 74: «73. Cependant, la Cour décèle une contradiction entre un texte législatif clair, protecteur du secret professionnel de l'avocat lorsque celui-ci est surveillé en tant que tiers, et la pratique suivie en l'espèce. Même si la jurisprudence consacre le principe, d'ailleurs généralement admis, que le secret professionnel de l'avocat ne couvre que la relation avocat-clients, la loi n'explique pas comment, à quelles conditions et par qui doit s'opérer le tri entre ce qui relève spécifiquement du mandat d'avocat et ce qui a trait à une activité qui n'est pas celle de conseil. 74. Surtout en pratique, il est pour le moins étonnant de confier cette tâche à un fonctionnaire du service juridique des PTT, appartenant à l'administration, sans contrôle par un magistrat indépendant. Cela d'autant plus que l'on se situe dans le domaine délicat de la confidentialité des relations entre un avocat et ses clients, lesquelles touchent directement les droits de la défense.»

221. REJB 2000-21247 (27-11-2000).

222. *Id.*, par. 10: «J'ai cependant un peu de difficulté à accepter la proposition de l'avocat de l'appelante (i.e. la poursuite) suivant laquelle, avant de savoir si une conversation est recevable comme moyen de preuve, la police doit d'abord l'écouter. La proposition reconnaît le droit d'un accusé de s'opposer à la recevabilité comme moyen de preuve d'une communication confidentielle, mais elle fait fi du droit à la confidentialité qu'a toute personne qui consulte un conseiller

matière de perquisition, le législateur a confié à un juge la responsabilité de circonscrire l'aire de protection du secret professionnel²²³.

Le domaine réglementé par la *Loi sur les produits de la criminalité* étant inextricablement noué au droit criminel, l'applicabilité du secret professionnel ne peut dépendre uniquement de la perception subjective (parfois frileuse) d'un professionnel soucieux de ménager sa responsabilité pénale. Un tel conflit d'intérêts risque de saper la confiance du public. Le respect d'un droit fondamental ne peut être assujéti à une procédure échappant à toute surveillance ou contrôle²²⁴. Voilà pourquoi la Commission européenne suggéra aux États membres de l'Union européenne de déléguer aux barreaux la responsabilité d'arbitrer les cas de divulgation de renseignements confidentiels à l'autorité publique.

- L'indépendance du barreau

D'aucuns estiment que les dispositions litigieuses de la *Loi sur les produits de la criminalité* portent atteinte à l'indépendance du barreau. Officiers de justice²²⁵, les avocats seraient – par inclusion – bénéficiaires du principe constitutionnel de l'indépendance judiciaire²²⁶. Rien n'est moins sûr. C'est l'aspect institution-

juridique. Je trouve sensée la proposition de l'avocat de l'intimé, [...] suivant laquelle une conversation entre un client et son conseiller juridique est présumée irrecevable comme moyen de preuve jusqu'à ce qu'un tribunal indépendant dise le contraire. [...]» (J. Beaugard avec l'aval de la J. Deschamps).

223. Par. 488.1(4) C.cr.

224. Précité note 221, par. 47: «Le respect d'un droit ne peut être assujéti à une procédure qu'il n'est pas possible de surveiller ou de maîtriser: «la protection des droits fondamentaux ne devrait pas être fondée sur la confiance à l'égard du comportement exemplaire permanent du ministère public, chose qu'il n'est pas possible de surveiller ni de maîtriser» (*R. c. Bain*, [1992] 1 R.C.S. 91, 103-104). Il me répugne que l'on puisse ici avoir érigé un système autorisant les policiers «d'écouter la conversation jusqu'au bout» afin de déterminer si ces communications sont privilégiées.» (J. Proulx avec l'aval de la juge Deschamps)

225. Dans l'affaire *Law Society of B.C. c. Mangat*, 2001 CSC 67, par. 45, le juge Gonthier rappelait pour la Cour l'incidence du statut d'officier de justice: «Récemment, j'ai affirmé au par. 49, de l'arrêt *Fortin c. Chrétien*, 2001 CSC 45, que l'avocat joue un rôle essentiel dans la société et qu'il est un officier de justice. En conséquence, il est tenu de soutenir les différentes qualités de l'administration de la justice telles l'impartialité et l'indépendance des tribunaux ainsi que l'honnêteté et la loyauté professionnelles.»

226. *Law Society of B.C. c. A.G. Canada; Federation of Law Societies c. A.G. Canada*, 2001 BCSC 1593, par. 65: «It may also be argued that the interdependent relationship between an independent bar and an independent judiciary requires that the former as well as the latter should be considered unwritten constitutional norms.»

nel de la magistrature que vise le concept d'indépendance, lequel reflète un engagement profond envers la séparation des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire de l'État. Conçue historiquement comme une muraille contre l'abus du pouvoir exécutif, l'indépendance judiciaire sert également à contrer toute ingérence possible, y compris celle du pouvoir législatif au moyen de lois²²⁷. Les conditions essentielles d'indépendance institutionnelle doivent tenir compte du contexte opérationnel²²⁸. Notre Constitution s'accommode d'une séparation relative des pouvoirs judiciaire et législatif²²⁹. Le Parlement et les législatures provinciales peuvent confier aux tribunaux des fonctions juridiques excédant leur compétence usuelle, et conférer certaines fonctions judiciaires à des organismes autres que des cours de justice²³⁰. S'agissant de tribunaux administratifs, même ceux qui déterminent les droits des parties, le degré d'indépendance connaît forcément des modulations²³¹.

En définitive, le critère relatif à l'indépendance institutionnelle varie selon la fonction du tribunal ou de l'organisme et les intérêts en jeu²³². Afin d'assurer la protection du public, il incombe au législateur d'encadrer l'exercice de la profession juridique²³³. Les lois d'organisation des ordres professionnels sont d'ordre public politique et moral ou de direction, au même titre que les lois administratives et fiscales et les lois pénales. Leur trait commun:

227. *Renvoi relatif aux juges de la cour provinciale*, [1997] 3 R.C.S. 3, par. 124-125 (J. Lamer, opinion majoritaire).

228. Dans l'affaire *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*, 2002 CSC 13, par. 37 (J. Gonthier pour la Cour sur ce point): «37. La notion d'indépendance se rapporte donc essentiellement à la nature de la relation entre un tribunal et toute autre entité. Cette relation doit être caractérisée par une forme de séparation intellectuelle qui permet au juge de rendre des décisions que seules les exigences du droit et de la justice inspirent. [...]»

229. *MacMillan Bloedel Ltd c. Simpson*, [1995] 4 R.C.S. 725, par. 52 (J. McLachlin, opinion minoritaire; dissidente sur autre chose).

230. *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 15, (la Cour).

231. *C.P. Ltée c. Bande indienne de Matsqui*, [1995] 1 R.C.S. 3, par. 80 (JJ. Lamer et Cory opinion majoritaire): «[...] De plus, les principes en matière d'indépendance judiciaire énoncés dans l'arrêt *Valente* s'appliquent dans le cas d'un tribunal administratif lorsque celui-ci agit à titre d'organisme juridictionnel qui tranche les différends et détermine des droits des parties. Je reconnais toutefois que l'application stricte de ces principes ne se justifie pas toujours. [...]»

232. *Id.*, par. 83-84.

233. *Fortin c. Chrétien*, [2001] 2 R.C.S. 500, par. 17: «L'importance des actes posés par les avocats, la vulnérabilité des justiciables qui leur confient leurs droits et la nécessité de préserver la relation de confiance qui existe entre eux justifie cet encadrement particulier de la profession juridique. [...]»

la protection des institutions régulant la société²³⁴. Dans une société libre et démocratique, l'indépendance institutionnelle du barreau prend la forme de l'autonomie administrative²³⁵. En somme, c'est toujours l'intérêt public qui accompagne cette délégation de pouvoirs²³⁶. D'où la nécessité d'avoir des avocats indépendants et accessibles au grand public. Ces caractéristiques justifient l'autonomie administrative du barreau²³⁷.

Les observations précédentes permettent d'affirmer que les dispositions litigieuses de la *Loi sur les produits de la criminalité* n'affectent aucunement l'indépendance institutionnelle du barreau. Dans l'exercice de leur fonction judiciaire – par opposition à la fonction de conseil –, les avocats jouissent toujours du même niveau d'indépendance; leur ordre professionnel bénéficie encore

234. *Id.*, par. 21.

235. Dans l'arrêt *Pearlman c. Manitoba Law Society*, [1991] 2 R.C.S. 869, p. 887, le juge Iacobucci affirmait, pour la Cour, que le législateur doit respecter l'autonomie d'un organisme professionnel à qui il délègue ses pouvoirs sur des questions d'ordre public. Il cita avec approbation le passage suivant d'un document d'étude: «[...] Le gouvernement ne doit pas prescrire les structures, le fonctionnement et les politiques des organismes professionnels. L'initiative doit leur être laissée à cet égard en raison de leur connaissance particulière du domaine et des conditions d'exercice de la profession. [...]»

236. *Ibid.* Le juge Iacobucci opina que c'est dans l'intérêt public que l'autonomie administrative fut accordée aux diverses professions, notamment à la profession juridique. Pour appuyer son propos, il cita cet autre extrait d'un document d'étude mettant en relief le besoin d'indépendance des avocats exerçant leur fonction judiciaire – par opposition à la fonction juridique: «On a insisté à juste titre sur la grande importance qu'a revêtue pour les sociétés libres, au cours de l'histoire, l'existence d'une magistrature indépendante, échappant à toute ingérence ou influence politique dans ses décisions, et d'un barreau indépendant, dont les membres sont libres de représenter les citoyens, sans craindre de représailles ni s'attendre à des faveurs, afin d'assurer la protection des droits individuels et des libertés civiles contre les attaques de toute origine, notamment celles de l'État.»

237. Dans l'affaire *P.G. Canada c. Law Society of B.C.*, [1982] 2 R.C.S. 307, 336, le juge Estey, exprimant l'opinion de la Cour, justifia comme suit l'exigence d'autonomie administrative du barreau: «[...] L'une des marques d'une société libre est l'indépendance du barreau face à un État de plus en plus envahissant. En conséquence, la réglementation des membres du barreau par l'État, doit, dans la mesure où cela est humainement possible, être exempte de toute ingérence politique dans la fourniture de services aux citoyens, surtout dans les domaines du droit public et du droit pénal. Du point de vue de l'intérêt public dans une société libre, il est des plus importants que les membres du barreau soient indépendants, impartiaux et accessibles et que le grand public ait, par leur intermédiaire, accès aux conseils et aux services juridiques en général. La situation unique de l'avocat au sein de la collectivité a très bien pu amener la province à choisir l'autonomie administrative comme mode de contrôle administratif de la fourniture de services juridiques dans la collectivité.»

du même degré d'autonomie administrative. En somme, même dans une perspective individuelle, l'indépendance de l'avocat n'est aucunement menacée: il peut continûment, et avec zèle, faire valoir les intérêts de son mandant et combattre la thèse opposée. En contexte procédural, tenu d'informer son client de tous les faits pertinents au litige, l'avocat peut toujours l'assurer d'une totale loyauté, dans un environnement d'absolue confidentialité²³⁸.

238. Dans l'affaire *Henry c. La Reine*, [1990] R.J.Q. 2455, 2461, le juge Gendreau fit l'observation suivante pour la Cour d'appel du Québec: «L'indépendance de l'avocat fut maintes fois affirmée par les tribunaux et inscrite à tous les codes de déontologie. Elle est un principe au cœur même de notre système judiciaire contradictoire sans lequel il ne saurait offrir les garanties d'indépendance et de justice, et remplir ainsi son irremplaçable rôle de maintien des libertés démocratiques et individuelles. La règle de droit et l'égalité de tous devant la loi ne sera plus assurée si l'avocat ne peut faire valoir les intérêts de son mandant et combattre la thèse opposée sans, en même temps, tenir compte de ses propres intérêts ou ceux d'un tiers. [...] Aussi, si l'avocat est tenu à une obligation de complète loyauté et de totale confidentialité, il a aussi celle de l'obligation (sic) d'informer complètement son client de tous les faits pertinents. [...]».

Le test de la personne raisonnable en responsabilité civile

Han-Ru ZHOU

Résumé

Dans le système de droit civil, toute recherche en responsabilité d'un individu engage une première étape essentielle consistant à comparer sa conduite à celle qu'aurait adoptée un modèle abstrait de référence, la personne raisonnable. Il s'ensuit que seule la preuve prépondérante que le comportement de l'auteur du dommage n'était pas conforme à celui de ce type fictif, donnera ouverture à la compensation prévue par le régime de responsabilité civile. À partir des fondements du standard de la personne raisonnable, le présent article examinera ses caractéristiques principales ainsi que le degré d'influence exercé par le contexte extérieur dans le but de mieux comprendre – et peut-être prévoir – l'application jurisprudentielle.

Le test de la personne raisonnable en responsabilité civile

Han-Ru ZHOU*

Introduction	455
PREMIÈRE PARTIE- ÉLABORATION DU STANDARD D'APPRÉCIATION	460
Titre I- Base d'appréciation retenue	460
Section 1- Conceptions proposées	460
A) Appréciation <i>in concreto</i>	460
B) Appréciation <i>in abstracto</i>	461
C) Éléments d'influence de la common law	467
Section 2- Approche retenue	469
A) Justification de l'acceptation de l'approche <i>in abstracto</i>	470
B) Adoption d'une approche <i>in abstracto</i> «modifiée»	473
Titre II- Élaboration des caractéristiques personnelles de la personne raisonnable	477
Section 1- Traitement des infériorités du sujet de droit	479
A) Infériorités physiques	479
B) Infériorités psychologiques	480

* L'auteur tient à remercier la professeure Louise Rolland, vice-doyenne à la Faculté de droit de l'Université de Montréal.

Section 2- Traitement des supériorités du sujet de droit	483
A) Le modèle du bon professionnel	484
B) Autres supériorités particulières	488
DEUXIÈME PARTIE- APPLICATION DU CRITÈRE DE LA PERSONNE RAISONNABLE SELON LE CONTEXTE	491
Titre I- Contexte factuel.	491
Section 1- Circonstances de lieu	492
Section 2- Circonstances de temps.	493
Section 3- Analyse de la partie qui allègue l'existence de la faute.	495
A) Accroissement de l'intensité de l'obligation de prudence et diligence	496
B) Diminution de l'intensité de l'obligation de prudence et diligence	497
C) Transposition de l'analyse des caractéristiques personnelles	499
Titre II- Contexte juridique	501
Section 1- Degré de pertinence quant à la distinction du régime général de responsabilité	501
Section 2- Qualité des parties	504
Section 3- Variations du standard de la personne raisonnable en fonction de la législation.	508
Titre III- Rôle des tribunaux	512
Conclusion	517

Introduction

Les auteurs Marty et Raynaud ont déjà écrit que «[l]e droit des obligations [...] constitue un reflet de l'évolution générale des idées et des civilisations»¹. Cette évolution s'étant opérée sur une aussi longue période de temps, il est admis que certains courants de pensée ont transmis des valeurs qui ont exercé une influence plus marquée sur notre système de droit. Parmi celles-ci, nous retrouvons la liberté telle que perçue à partir du Siècle des Lumières: liberté d'expression, liberté contractuelle, liberté sociale. Cependant, dans une société, l'exercice par chaque individu de ses libertés conduit inévitablement à des «conflits de libertés»². L'idéal moral de coexistence pacifique commande alors au pouvoir législatif de préciser les limites de cet exercice. Ainsi, par la réglementation du comportement social de chaque membre de la société, le législateur a posé comme devoir fondamental celui de ne pas nuire à autrui. Or, une fois la règle établie, le défi suivant consistait à formuler un mode d'évaluation de ce devoir qui puisse par ailleurs répondre au besoin social de justice, de sécurité et de prévisibilité. Il fallait dès lors chercher un modèle défini de référence qui permettrait de tracer de façon appropriée cette «limite» dans l'exercice des droits par chacun.

Le débat quant à la détermination d'un mode de raisonnement reposant sur la considération d'un type humain général ou sur celle de l'individu en particulier remonte au droit romain. Sous l'empereur Justinien, le besoin de redéfinir le contenu des obligations de diligence en matière contractuelle a mené à l'adoption parallèle de deux notions opposées: un critère principal abstrait, le *bonus pater familias*, ainsi qu'un critère concret, soit par référence au débiteur lui-même, dans le domaine particulier de l'administration des affaires d'autrui³. Cette distinction, trouvée dans le Digeste, a été reprise en France par les juristes de l'ancien droit qui ont cru y découvrir une véritable théorie de la

1. Gabriel MARTY et Pierre RAYNAUD, *Les obligations*, t. 1, «Les sources», 2^e éd., Paris, Éditions Sirey, 1988, p. 8.
2. Paul-André CRÉPEAU, «La fonction du droit des obligations», (1998) 43 *R.D. McGill* 730, 734.
3. Noël DEJEAN DE LA BATIE, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit français*, Bibliothèque de droit privé, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1965, p. 4.

faute contractuelle et c'est de cette manière que l'auteur Pothier, dans l'exposition de sa théorie des trois fautes⁴, est parvenu à définir le degré de la faute légère en fonction du soin ordinaire que déploient les «diligents pères de familles» dans la conduite de leurs affaires. La combinaison de l'appréciation romaine du *bonus pater familias* avec la théorie des trois fautes a donc donné naissance au critère de la *culpa levis in abstracto* – ou faute légère abstraite – normalement applicable aux contrats conclus dans l'intérêt des deux parties⁵ et encore appliqué de nos jours⁶.

Avec le temps, ce type abstrait de référence a pris plusieurs noms: du bon père de famille en passant par «l'homme raisonnablement avisé et soucieux des intérêts d'autrui» et «la personne prudente et diligente», jusqu'à la désignation moderne de «personne raisonnable». Cette constante tendance à se référer à un prototype unique au moyen d'une pléiade de termes différents n'est pas étrangère à l'extrême difficulté d'en cerner la signification de même que la portée exacte; car qui est au juste cette personne raisonnable? La personne raisonnable en elle-même n'est qu'un concept, une notion qui pourrait se définir dans l'abstrait. Cependant, au fil de la présente étude, nous constaterons que l'objet ultime de sa création, à savoir son application sur le comportement des individus, se reflétera dans la recherche de sa définition, d'où la nécessité à notre avis de constamment s'interroger sur le bien-fondé et l'applicabilité de notre modèle de référence.

4. D'une manière générale, la théorie des trois fautes attribue supplétivement à une obligation contractuelle une intensité qui varie selon que le contrat a été passé dans l'intérêt du débiteur, du créancier ou des deux. Ainsi, lorsque le contrat est passé dans le seul intérêt du créancier, le débiteur fait défaut à son obligation de diligence s'il a commis une faute lourde (*culpa lata*), c'est-à-dire un manquement au devoir «[d']apporter à l'affaire d'autrui le soin que les personnes les moins soigneuses et les plus stupides ne manquent pas d'apporter à leurs propres affaires». Inversement, dans le contrat passé dans le seul intérêt du débiteur, ce dernier promet une très grande diligence et une faute très légère entraînera sa responsabilité. La *culpa levissima* consiste «à ne pas apporter le soin que les personnes les plus attentives apportent à leurs affaires». Enfin, le manquement à un contrat bilatéral exigera une faute légère (*culpa levis*), soit un défaut «au soin ordinaire que des personnes prudentes apportent à leurs affaires». Voir Henri et Léon MAZEAUD et François CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. II, 1^{er} vol., «Obligations: théorie générale», 7^e éd., Paris, Éditions Montchrestien, 1985, p. 450 et Henri et Léon MAZEAUD, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. 1, 6^e éd., Paris, Éditions Montchrestien, 1965, p. 49.

5. N. DEJEAN DE LA BATIE, *op. cit.*, note 3, p. 4.

6. «Cette légitime préoccupation de ne pas freiner l'activité d'œuvres si méritoires ne nous justifie cependant pas de soustraire l'intimé à la règle générale, selon laquelle une faute même légère est génératrice de responsabilité.» *Vallières c. Institut Doréa Inc.*, [1979] C.A. 263, 266 (j. Mayrand).

Au Québec, malgré une application généralisée du test de la personne raisonnable, l'étude de ce sujet demeure peu documentée. Quelques auteurs de doctrine se sont penchés sur la méthode de détermination de la faute civile ainsi que sur son application. Sans surprise, ils ont reconnu que le principe général énoncé aux articles 1457 C.c.Q. en matière extracontractuelle et 1458 C.c.Q. en matière contractuelle, établit l'existence d'une telle faute chaque fois qu'un individu s'écarte du comportement qu'aurait tenu dans les circonstances le type abstrait et objectif de la personne raisonnable normalement prudente et diligente⁷. Le professeur Crépeau a confirmé l'analyse généralement uniformisée du droit sur cette question en écrivant que le critère du bon père de famille est «aujourd'hui, le critère généralement utilisé, sauf dérogation conventionnelle ou légale»⁸.

C'est donc dire qu'une deuxième approche, se fondant sur la dimension concrète de l'individu dans l'évaluation de sa conduite, a été en principe rejetée en droit québécois. Elle était inadmissible puisque incompatible avec les considérations pratiques et sociales reliées au comportement des individus, notamment la preuve et l'équité. Toutefois, les auteurs reconnaissent que l'adoption d'une approche ne signifie pas que les tribunaux doivent complètement ignorer tout élément qui lui est étranger. La position présentée par la doctrine québécoise s'accorde avec l'état de la jurisprudence en ce que, d'une manière générale, le standard du bon père de famille puise de temps à autre des éléments personnels à l'individu dont la conduite est évaluée, pour tenir compte des caractéristiques de chaque cas d'espèce.

Cependant, si la tendance jurisprudentielle peut être considérée comme étant relativement constante, l'incroyable variété des cas d'espèce soumis à nos tribunaux a obligé ces derniers à trancher une multitude de situations à l'aide d'un test extrêmement difficile à cerner clairement. Une véritable compréhension de l'application du standard de la personne raisonnable exige donc une analyse des concepts sous-jacents sur lesquels l'interprétation et l'application jurisprudentielle devraient se fonder. À ce

7. Jean-Louis BAUDOIN et Patrice DESLAURIERS, *La responsabilité civile*, 5^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 112; Maurice TANCELIN, *Des obligations: contrat et responsabilité*, 4^e éd., Montréal, Éditions Wilson & Lafleur Ltée, 1988, p. 256.

8. Paul-André CRÉPEAU, *L'intensité de l'obligation juridique*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1989, p. 8.

niveau, les ouvrages en droit civil québécois ne font généralement qu'énoncer les grandes lignes de ce standard. C'est pourquoi les tribunaux, reconnaissant la profondeur du travail de recherche déjà effectué en droit civil français, motivent régulièrement leurs décisions en citant avec approbation la doctrine française⁹. La même pratique se retrouve par ailleurs chez les auteurs québécois¹⁰.

Aussi, en constatant simplement les autorités en droit civil français et en incorporant leurs conclusions au droit civil du Québec, tous auraient peut-être conclu que le sens commun de chaque personne allait constituer une caractérisation suffisante de la personne raisonnable. Cette étude se consacrera aux principales implications relatives au concept de la personne raisonnable et souhaite apporter un éclairage utile sur la portée et l'étendue d'un concept qui, selon nous, transcende les domaines et les systèmes de droit.

L'entreprise est considérable, et nous reconnaissons d'ores et déjà qu'une analyse complète de la question en contexte canadien, comme il s'en est fait pour la France, ne peut constituer l'ambition du présent essai. Nous chercherons moins à dresser un inventaire exhaustif de toutes les circonstances d'application du critère de la personne raisonnable, travail pratiquement irréalisable, qu'à tenter d'élaborer une méthode générale d'application de ce critère. C'est pourquoi nous avons décidé d'effectuer notre analyse à l'intérieur de certains paramètres précis. D'abord, l'objet de notre étude sera limité au contexte de la responsabilité civile. Cette première limite pourrait s'envisager à la lumière des origines du concept de la personne raisonnable en droit romain et de son évolution particulièrement fertile dans ce domaine du droit civil. Ensuite, la recherche des précédents s'est confinée aux deux tribu-

9. *Remer Bros. Investment Corporation c. Robin*, [1966] R.C.S. 506, 512; *Ouellet c. Cloutier*, [1947] R.C.S. 521, 526, 529; *Chartier c. Québec (P.G.)*, [1979] 2 R.C.S. 474, 512; *Houle c. Banque Canadienne Nationale*, [1990] 3 R.C.S. 122, 151; *Savroche Enterprises Inc. c. Metrans Warehousing Co. Ltd.*, (1993) 49 Q.A.C. 47, 52.

10. Baudouin et Deslauriers ont rejeté le critère du modèle concret en s'appuyant sur l'ouvrage de Noël Dejean de la Batie: voir Jean-Louis BAUDOUIN et Patrice DESLAURIERS, *op. cit.*, note 5, p. 112; ce même auteur a aussi été considéré comme référence par Nicholas KASIRER, «The *infans* as *bon père de famille*: «Objectively Wrongful Conduct» in the Civil Law Tradition», 40 *Am. J. Comp. L.* 343, 371: «[O]n this point the work of N. Dejean de la Batie has been most influential both in France and on this paper».

naux d'appel ayant juridiction au Québec, par un examen de la jurisprudence de la Cour suprême du Canada à partir de 1940 et de la Cour d'appel du Québec depuis 1975¹¹. Appuyé des textes de doctrine pertinents, nous sommes d'avis qu'avec cet échantillon de jurisprudence, nous parviendrons à dégager les tendances générales du droit sur la question.

La présente étude sera divisée en deux parties dont l'ordre est inspiré d'une organisation «spatiale» du sujet, c'est-à-dire en débutant par une analyse des particularités personnelles du justiciable pour ensuite s'en éloigner graduellement. La première partie aura pour but de développer une compréhension des caractéristiques attribuées à la personne raisonnable; la deuxième partie examinera comment les tribunaux appliquent le critère de la personne raisonnable aux fins de détermination de la faute civile.

11. Cette dernière limite est, entre autres, indicative du travail jurisprudentiel relatif à notre sujet produit par chaque cour. Ainsi, l'écart de temps entre ces deux périodes de couverture témoigne de la quantité de jugements rendus par chaque instance sur le sujet.

PREMIÈRE PARTIE
ÉLABORATION DU STANDARD D'APPRÉCIATION

TITRE I- BASE D'APPRÉCIATION RETENUE

Section 1- Conceptions proposées

L'examen des caractéristiques du modèle de la personne raisonnable et son application jurisprudentielle commandent d'exposer préalablement les bases mêmes de son essor depuis l'entrée en vigueur du Code Napoléon. C'est ce que nous nous efforcerons d'accomplir dans cette première partie en introduisant les deux méthodes d'approche à l'origine de l'édification d'un modèle humain de référence en droit, l'une clairement dominante et l'autre accessoire pour certains mais à proscrire pour d'autres. Par la suite, nous tenterons d'identifier la méthode sur laquelle se base le modèle de la personne raisonnable.

Dans notre analyse de la personne raisonnable, la nécessité d'aborder l'appréciation *in concreto* est double. Premièrement, une délimitation précise de cette approche constitue une définition négative de l'autre approche, celle retenue par le droit dans l'élaboration de la personne raisonnable; au risque d'énoncer une évidence, l'appréciation *in abstracto* est ce que l'appréciation *in concreto* n'est pas. Deuxièmement, nous verrons que, dans le portrait que le droit a tracé de la personne raisonnable, il s'opère en pratique un certain cumul inégal mais bien réel des deux appréciations.

A) *Appréciation in concreto*

L'appréciation *in concreto* se conçoit sous la forme d'une comparaison entre deux comportements. Les auteurs Henri et Léon Mazeaud et André Tunc la décrivent comme un processus servant à déterminer l'existence d'une erreur de conduite chez un individu par l'examen de sa conscience afin de découvrir si celle-ci lui reproche son imprudence ou sa négligence ou si, en tenant compte de la personnalité de cet individu, un reproche peut lui être

adressé¹. Cette définition a vraisemblablement été inspirée par l'auteur Dejean de la Batie qui, dans son ouvrage sur les modes d'appréciation en droit², identifie deux variantes de l'approche *in concreto*. D'abord, une première forme d'appréciation *in concreto* traditionnelle consiste à comparer la conduite de l'individu avec celle qu'il a tenue dans des circonstances analogues mais où, ayant constaté son propre intérêt engagé, il était moins suspect d'incurie³. Comme exemple d'application, l'auteur cite alors l'ancien article 1137 du Code civil français traitant de l'obligation du dépositaire, qui édicte que celui-ci «doit apporter, dans la garde de la chose déposée, les mêmes soins qu'il apporte dans la garde des choses qui lui appartiennent»⁴. Dans la seconde variante de cette appréciation *in concreto*, le juge utiliserait comme modèle de référence la personne même de l'individu examiné, scrutant ainsi directement les états de conscience subjectifs de ce dernier et même parfois son intériorité psychologique⁵. Quelle que soit la démarche retenue, l'idée principale de l'approche *in concreto* est de sonder l'état d'âme du présumé auteur du dommage et de ne point le condamner si ce dernier démontre que sa conscience était en paix ou qu'il était dans sa nature d'avoir agi ainsi.

B) Appréciation in abstracto

Avec l'entrée en vigueur du Code Napoléon, la question s'était posée à savoir dans quelle mesure la *culpa levis in abstracto*

1. Henri et Léon MAZEAUD et André TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. 1, 6^e éd., Paris, Éditions Montchrestien, 1965, p. 489.
2. Noël DEJEAN DE LA BATIE, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit français*, Bibliothèque de droit privé, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1965, p. 169.
3. *Ibid.*, p. 6.
4. Cette version de l'obligation du dépositaire avait été proposée avant le dépôt définitif du texte du *Code civil du Bas-Canada*, mais les codificateurs avaient finalement décidé de suivre une règle de diligence *in abstracto* en rédigeant l'article 1802 C.c.B.-C. de la manière que nous le connaissons aujourd'hui. Voir Paul-André CRÉPEAU, *L'intensité de l'obligation juridique*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1989, p. 7. Malgré tout, l'influence de l'état du droit préconfédéral sur la nature de l'obligation du dépositaire se fait encore sentir dans une certaine jurisprudence contemporaine. C'est vraisemblablement ce que le lecteur constatera à la lecture de l'arrêt *Savroche Enterprises c. Metrans Warehousing*, (1992) Q.A.C. 47, 52: «[a]gir en bon père de famille signifie que celui qui en a l'obligation doit se comporter dans la garde des choses appartenant à autrui avec le même soin que celui qu'il prendrait de sa propre chose. En particulier le bon père de famille prendrait toutes les précautions nécessaires pour éviter qu'elles ne soient l'objet d'un vol.»
5. N. DEJEAN DE LA BATIE, *op. cit.*, note 2, p. 6.

de l'ancien droit a été retenue par les rédacteurs dans la détermination de la faute contractuelle et ensuite extracontractuelle. D'emblée, mentionnons que les rédacteurs du Code civil français ont fini par écarter la théorie des trois fautes exposée par Pothier, mais conformément à la tradition de l'ancien droit, ils ont reconnu qu'en règle générale la responsabilité civile n'est pas engagée sans une faute⁶.

Une première observation du Code civil français est que l'expression «bon père de famille» est utilisée à plusieurs reprises par le législateur français dans ses différents livres, notamment en matière de louage (art. 1728, 1766 et 1806 C.c.fr.), d'emprunt (art. 1880 C.c.fr.), de gestion des affaires d'autrui (art. 1374 C.c.fr.), d'usufruit (art. 601 C.c.fr.) et d'obligation de conservation de la chose d'autrui (art. 1137 C.c.fr.). Remarquons que le parallèle est presque parfait dans le *Code civil du Bas-Canada*. En effet, le professeur Crépeau note que les dispositions supplétives relativement à tous les contrats nommés prévoient une obligation d'agir en «bon père de famille»⁷. À titre d'exemples, ainsi en est-il pour le locataire (art. 1617 C.c.B.-C.), le mandataire (art. 1710 C.c.B.-C.), l'emprunteur (art. 1766 C.c.B.-C.) et le dépositaire (art. 1802 C.c.B.-C.). L'entrée en vigueur du *Code civil du Québec* a changé la formulation de l'obligation générale de se comporter en bon père de famille. Le législateur, ayant probablement voulu moderniser cette expression, l'a remplacée par le devoir d'«agir avec prudence et diligence». S'il fallait une preuve additionnelle pour nous convaincre que ce changement n'a aucunement touché le fond, nous renvoyons simplement le lecteur aux *Commentaires du ministre de la Justice*⁸ sur les articles correspondants du *Code civil du Québec*. Ainsi, dans les obligations des contrats nommés ci-dessus, le ministre rappelle à chaque fois que la nouvelle disposition n'a fait que reprendre la règle de conduite établie par le droit antérieur. Plus particulièrement, sur l'obligation du mandataire, il écrit que cette disposition «reprend dans une formulation nouvelle, mais dont le contenu demeure conforme au droit antérieur, la norme de conduite objective et abstraite de la personne normalement avisée, placée en semblables circonstances»⁹. Enfin,

6. Henri et Louis MAZEAUD et François CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. II, 1^{er} vol., «Obligations: théorie générale», 7^e éd., Paris, Éditions Montchrestien, 1985, p. 451.

7. P.-A. CRÉPEAU, *op. cit.*, note 4, p. 10.

8. MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Commentaires du ministre de la Justice*, Québec, Publications du Québec, 1993, 2253 p.

9. *Ibid.*, p. 785.

selon le ministre, le nouvel article 2127 C.c.Q. traitant de l'obligation de l'emprunteur n'a fait que répéter la règle antérieure de l'article 1766 C.c.B-C., «en remplaçant toutefois le concept du *bon père de famille* par celui de la personne qui agit avec *prudence et diligence*, comme ailleurs dans le Code civil du Québec»¹⁰. [italiques dans le texte]

En France, l'article 1147 C.c.fr., qui met en œuvre le régime de responsabilité contractuelle¹¹, ne semble malheureusement pas indiquer à première vue l'approche du législateur sur la théorie du *bonus pater familias* développée par l'ancien droit. Ce manque de clarté nous oblige donc à nous tourner vers l'analyse des auteurs contemporains sur les régimes de responsabilité édictés par le Code civil français.

Selon la doctrine, la solution résiderait dans l'explication de l'opposition apparente entre les articles 1137 et 1147 C.c.fr. L'article 1137 al. 1 C.c.fr. prévoit que «[l']obligation de veiller à la conservation de la chose [...] soumet celui qui en est chargé à y apporter tous les soins d'un bon père de famille». Parallèlement, en vertu de l'article 1147 C.c.fr., «[l]e débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts [...] à raison de l'inexécution de l'obligation [...] toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée». Ainsi, nous nous retrouvons d'une part avec une disposition générale qui indique que l'inexécution contractuelle (sauf pour le cas d'une inexécution provenant d'une cause étrangère) engage la responsabilité du débiteur, mais d'autre part un article apparemment d'application particulière n'exige de ce dernier qu'une conduite conforme à celle du bon père de famille.

Dans la sixième édition de leur traité de responsabilité civile, les auteurs Henri et Léon Mazeaud et André Tunc se sont dissociés du courant doctrinal selon lequel ces deux dispositions font référence à deux types d'obligations différentes. En effet, une majorité d'auteurs voyait l'article 1137 C.c.fr. comme une précision supplétive du contenu du contrat¹². Cette précision ne touchait pas les conditions de l'inexécution de l'obligation de conservation de la chose d'autrui, conditions explicitement énon-

10. *Ibid.*, p. 1458.

11. H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *op. cit.*, note 1.

12. *Ibid.*, p. 735: les tenants de cette position étaient notamment Planiol, Ripert, Marty et Raynaud.

cées à l'article 1147 C.c.fr.¹³. Mazeaud et Tunc, pour leur part, affirment que la détermination du contenu de l'obligation à l'article 1137 C.c.fr. entraîne nécessairement une détermination quant à la responsabilité civile car le débiteur qui ne s'est point comporté en bon père de famille doit être tenu responsable de l'inexécution de l'obligation que la loi lui a imposée, à savoir le manquement du débiteur à la diligence à laquelle il s'était obligé. Cette constatation amène les trois auteurs à affirmer que les articles 1137 et 1147 C.c.fr. sont conciliables et relatifs aux mêmes obligations. Il s'ensuit que l'inexécution envisagée à l'article 1147 consiste en l'inexécution qu'aurait évitée le bon père de famille et non pas exclusivement le fait de ne pas avoir atteint le résultat souhaité par les parties.

Par ce complexe raisonnement, Mazeaud et Tunc arrivent à la conclusion que le législateur a voulu que, dans le Code civil français, l'exécution de l'obligation contractuelle se fonde sur la conduite du bon père de famille. Sans passer par ce dédale, cette position a été aussi soutenue par l'auteur Dejean de la Batie lorsqu'il a écrit que le principe de l'appréciation *in abstracto*, mis en œuvre par le recours au type général du bon père de famille, «est impliqué dans les termes de l'article 1137 C.c.fr., disposition à laquelle la jurisprudence reconnaît une portée générale quant à la diligence due en matière contractuelle»¹⁴.

Aujourd'hui, la doctrine s'accorde sur l'idée que l'appréciation *in abstracto* constitue la règle de principe en droit contractuel¹⁵. La justification de l'adoption d'une approche *in abstracto* se retrouve dans la volonté implicitement manifestée par les parties qui, lorsqu'elles entrent en relation contractuelle, envisagent naturellement une exécution normale des engagements pris par chacune¹⁶. Ce devoir général se retrouve pareillement en France et au Québec. En France, c'est l'article 1137 C.c.fr. traitant de l'obligation de conservation de la chose d'autrui qui édicte un régime contractuel généralement supplétif¹⁷. Au Québec, un tel devoir est énoncé dans la règle générale de l'article 1458 C.c.Q. qui renvoie aux dispositions supplétives des contrats nommés¹⁸. Ainsi, chaque partie s'oblige à se conduire en bon père de famille, à

13. *Ibid.*

14. N. DEJEAN DE LA BATIE, *op. cit.*, note 2, p. 63.

15. *Ibid.*, p. 64.

16. *Ibid.*, p. 155.

17. H. et L. MAZEAUD et F. CHABAS, *op. cit.*, note 6, p. 450.

18. P.-A. CRÉPEAU, *op. cit.*, note 4, p. 10.

moins de dérogation conventionnelle ou légale. Cette obligation que nous venons de décrire est, en d'autres termes, désignée comme étant l'obligation générale de prudence et de diligence, c'est-à-dire celle dont le bon père de famille s'acquitte toujours sauf exceptions. Il va sans dire que ce régime laisse la possibilité aux parties de s'y soustraire. Le moyen le plus simple consiste en la stipulation d'une obligation de résultat. Selon Crépeau, dans un tel cas, l'intensité du devoir sera plus forte que celle d'une obligation de diligence, car il ne suffira plus au débiteur d'avoir agi en bon père de famille; seule une cause étrangère pourra alors l'exonérer¹⁹.

Une fois le mode de comparaison fixé en droit contractuel, la doctrine de l'ancien droit puisa dans les mêmes considérations morales et philosophiques pour transposer intégralement les conceptions adoptées au domaine extracontractuel²⁰. Cependant, avec la distinction apportée entre les délits d'intention et les délits non intentionnels ou quasi-délits est revenue la question d'appréciation de la faute. Si le résultat final, l'appréciation *in abstracto*, n'est pas contesté, il en est différemment des raisons ayant amené son adoption et qui, dans la foulée, rejettent l'appréciation *in concreto*²¹. Néanmoins, le standard en matière extracontractuelle a été clairement arrêté par le texte des articles 1382 et 1383 C.c.fr. qui établissent une obligation de prudence et de diligence²². D'abord, l'article 1382 C.c.fr. donne ouverture à une réclamation en dommages-intérêts lorsqu'une faute est prouvée, puis l'article 1383 C.c.fr. déclare la responsabilité de celui qui, par son fait, sa négligence ou son imprudence, cause le dommage. De façon similaire, le législateur québécois, à l'article 1457 C.c.Q., est resté fidèle à la règle donnant ouverture à un recours en réparation si une faute a été établie.

Il y a sans doute lieu de souligner ici, d'une part, une tendance marquée en faveur d'une unité conceptuelle de la responsabilité civile, ce qui, selon Mazeaud et Tunc, constitue plutôt une nécessité fondée sur une même approche de la faute, quel que soit le régime applicable, et, d'autre part, une continuité avec les principes issus de l'ancien droit²³. La même idée est aussi suggérée par

19. *Ibid.*, p. 12.

20. H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *op. cit.*, note 1, p. 50.

21. *Infra*, p. 470.

22. H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *op. cit.*, note 1, p. 486.

23. H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *op. cit.*, note 1, p. 66.

Baudouin et Deslauriers qui définissent la faute simplement comme le manquement au «devoir général imposé à chaque individu dans la société de ne pas porter préjudice à autrui d'une façon illégitime»²⁴. C'est ce qui fait qu'en matière extracontractuelle comme en matière contractuelle l'individu est soumis au même devoir général qui ne s'apprécie que d'une manière, soit – conformément à la tradition – en fonction du seul et unique type abstrait qu'est la personne raisonnable²⁵.

Ayant décrit ce en quoi consistait une approche *in concreto*, celui qui veut comparer le comportement d'un individu au prototype abstrait qu'est la personne raisonnable sait alors qu'il se doit d'ignorer les circonstances dites «internes»²⁶, soit celles qui tiennent à la personne même de l'individu, sous peine de transformer le modèle abstrait en un type ayant les traits de celui-là même qui doit être comparé. Bref, une personne sera donc fautive aussitôt qu'un écart sera constaté entre sa conduite et celle de cette personne raisonnable²⁷. Mais les commentateurs se gardent bien de vouloir faire du bon père de famille un pur «robot, dépourvu de sens moral»²⁸, en s'empressant toujours d'ajouter que la comparaison n'a de sens qu'en ayant égard aux circonstances particulières de chaque cause.

Ainsi, le recours au *bonus pater familias* oblige le juge à comparer la conduite du sujet de droit à celle d'une personne raisonnablement prudente et diligente placée dans les mêmes circonstances. Dans les systèmes juridiques occidentaux, le critère d'appréciation *in abstracto* est devenu aujourd'hui universellement reconnu en tant que règle de droit²⁹, expressément par le Code civil français et *a contrario* aux articles 1457 et 1458 C.c.Q.³⁰. Cette constatation peut sembler naturelle pour les pays qui ont

24. Jean-Louis BAUDOUIN et Patrice DESLAURIERS, *La responsabilité civile*, 5^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 112; Maurice TANCELIN, *Des obligations: contrat et responsabilité*, 4^e éd., Montréal, Éditions Wilson & Lafleur Ltée, 1988, p. 24.

25. N. DEJEAN DE LA BATIE, *op. cit.*, note 2, p. 73. Cette unité sera examinée plus en détail lorsque nous discuterons de l'influence du contexte juridique sur l'application du standard de la personne raisonnable: voir *infra*, p. 501.

26. *Infra*, p. 477.

27. Philippe CONTE, «Responsabilité du fait personnel», dans P. RAYNAUD (dir.), *Encyclopédie juridique*, t. IX, «Répertoire de droit civil», Paris, Éditions Dalloz, p. 3.

28. H. et L. MAZEAUD et F. CHABAS, *op. cit.*, note 6, p. 446.

29. H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *op. cit.*, note 1, p. 507.

30. M. TANCELIN, *op. cit.*, note 24, p. 255; P.-A. CRÉPEAU, *op. cit.*, note 4, p. 7.

subséquentement adopté la structure et les principes du Code Napoléon mais elle paraît *a priori* moins évidente dans le système de common law. Dans la prochaine section, le bref exposé du traitement de la personne raisonnable par la common law visera essentiellement à illustrer le degré de similitude entre les principes développés par ce système et ceux du droit civil.

C) *Éléments d'influence de la common law (ou l'origine du facteur de prévisibilité en droit civil)*

Sur sa perception des fondements du régime de responsabilité civile, l'auteur Dejean de la Batie a affirmé que «le débiteur est en droit de négliger certaines précautions dont l'utilité est moindre que la gêne qu'elles causeraient»³¹. Cette dernière proposition rejoint la pensée des juristes de common law dans leur analyse de la négligence de l'individu. Bien que l'étude de ce système de droit dépasse le cadre du présent essai, nous sentons néanmoins l'obligation de présenter un facteur particulier issu du régime des *Torts* qui a éventuellement reçu une application générale par nos tribunaux, à savoir la probabilité de matérialisation d'un risque – et par conséquent sa prévisibilité – dans la détermination de la négligence.

Dans l'affaire *Bolton c. Stone*³², la Chambre des Lords a rejeté une action en dommages d'un individu blessé par une balle de cricket ayant franchi les limites du terrain, au motif notamment que les défendeurs n'étaient pas tenus de prévenir les dommages dont les risques étaient tellement minimes qu'une personne raisonnable se serait abstenue de les prévenir. Cet arrêt s'explique à la lumière du droit anglais sur la *Negligence* qui a pour but de prévenir les actes qui produisent un risque déraisonnable de dommages, le risque étant évalué en considérant les intérêts en cause, soit d'un côté le danger créé par la conduite, et de l'autre l'utilité de cette conduite³³. Ces notions de risque et de danger seraient logiquement le corollaire de la formule anglaise de la «prévision raisonnable», relevée par Carbonnier, selon laquelle «il ne faut imputer à l'auteur d'une négligence ou imprudence que le

31. N. DEJEAN DE LA BATIE, *op. cit.*, note 2, p. 169.

32. [1951] A.C. 805.

33. Allen M. LINDEN, *Canadian Tort Law*, 6^e éd., Toronto, Butterworths, 1997, p. 118; J.G. FLEMING, *The Law of Torts*, 9^e éd., Sydney, The Law Book Company Limited, 1998, p. 129.

dommage qu'un homme raisonnable aurait envisagé comme conséquence naturelle ou probable de la faute»³⁴.

En matière de responsabilité civile, la Cour suprême s'est appuyée sur la common law à plus d'une reprise dans ses discussions sur le standard approprié à appliquer à la personne poursuivie en dommages-intérêts. Dans l'affaire *Ouellet c. Cloutier*³⁵, la Cour eut à trancher un litige opposant un enfant de dix ans blessé, dans le cadre de travaux agricoles, par la courroie d'un tracteur appartenant à l'intimé et se trouvant sur sa propriété. Le juge Kellock, signant une opinion concurrente rejetant le pourvoi, affirma: «*there is no difference between the civil law and the common law as to the principles applicable to such a case as the present*»³⁶. Même la Cour d'appel a puisé à l'occasion dans les principes anglais pour motiver ses décisions. Ainsi, devant les faits de l'affaire bien connue *Oeuvre des terrains de jeux de Québec c. Cannon*³⁷, le juge Létourneau, s'exprimant pour une majorité de la Cour, a affirmé qu'en l'espèce la jurisprudence anglaise pertinente reposait sur le même principe que celui établi par l'article 1053 du C.c.B.-C.³⁸. C'est dans cette même optique que le juge Mayrand, dans un autre arrêt unanime, a exprimé en ces termes le devoir d'un bon père de famille à l'endroit d'un enfant aux prises avec des difficultés intellectuelles: «[j]e ne vois pas pourquoi, en droit civil comme en *common law*, un bon père de famille ne serait pas tenu à une prudence accrue, lorsqu'un enfant handicapé est exposé à céder à l'attrait d'un outil dangereux»³⁹.

Les arrêts que nous venons de citer énoncent tous le principe directement hérité de la common law mentionné plus tôt, que la personne raisonnable se prémunit d'un danger «à condition que celui-ci soit assez *probable*, qu'il entre ainsi dans la catégorie des éventualités normalement prévisibles»⁴⁰ [italiques dans le texte]. Bien que les exemples d'arrêts récents faisant ouvertement référence aux principes de common law apparaissent moins souvent, il demeure que cette formule de la «prévision raisonnable» serait

34. J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 4, «Les Obligations», 22^e éd., Paris, Presses universitaires de France, 2000, p. 396.

35. [1947] R.C.S. 521

36. *Ibid.*, p. 528.

37. (1940) 69 B.R. 112.

38. *Oeuvre des terrains de jeux de Québec c. Cannon*, précité, note 37, 119.

39. *Vallières c. Institut Doréa Inc.*, [1979] C.A. 263, 266.

40. *Ouellet c. Cloutier*, précité, note 35, p. 526; cf. *Vallières c. Institut Doréa Inc.*, précité, note 39, p. 265.

restée en droit québécois. En effet, la jurisprudence est maintenant établie sur l'exigence selon laquelle la personne raisonnable a le devoir d'agir de façon à prévenir les accidents raisonnablement prévisibles ou les situations qui entraînent un risque raisonnable de danger⁴¹. Dans *Pelletier c. Lessard*⁴², un arrêt qui soulève d'autres questions qui seront étudiées ultérieurement⁴³, le juge Nichols a décrit avec justesse le devoir de chaque personne de se prémunir contre les éventualités normalement prévisibles: «[d]ans le cours normal des choses, il semble qu'on ait plutôt tendance à se prémunir davantage contre ce qui est susceptible de se produire le plus souvent»⁴⁴. Ce principe a aussi été confirmé par Tancelin, qui a écrit que «[l]es règles de conduite dont la violation constitue une faute sont des règles de comportement courant qui imposent d'éviter les dangers prévisibles, c'est-à-dire de prendre les mesures de sécurité nécessaires pour éviter les accidents»⁴⁵.

Dans ce survol des origines de la personne raisonnable, nous avons pu constater que la réalité est plus complexe que ne le suggère le discours des tribunaux. Tout d'abord, quelle que soit l'approche adoptée, les principes directeurs sont généralement entourés d'incertitudes et quelquefois de controverses. Ce flottement se manifesterait aussi dans l'attitude des juges face à l'application du critère théorique. Mais maintenant que les concepts ont été présentés, nous estimons qu'il est temps de préciser l'orientation adoptée en droit civil.

Section 2- Approche retenue

De ce qui précède, la définition des approches *in concreto* et *in abstracto* a sans doute déjà laissé présager quelle orientation le système juridique aura prise sur la question de l'appréciation de la responsabilité civile. Cependant, malgré les apparences, il est possible d'imaginer que le choix ne s'est pas limité à deux possibilités principales, mais plutôt à une solution située quelque part entre les deux pôles que sont les standards *in concreto* et *in abstracto*. Dans cette section, nous énoncerons dans un premier

41. *Kollias c. Manolakas*, [1990] R.R.A. 588, 591 (C.A.); *L'Écuyer c. Quail*, [1991] R.R.A. 482, 487 (C.A.); *Union Commerciale, compagnie d'assurances c. Giguère*, [1996] R.R.A. 286, 290 (C.A.); *Clément c. Sassine*, [1998] R.R.A. 314, 319 (C.A.); *Sullivan c. Camp Carowanis Inc.*, [1998] R.R.A. 380, 384 (C.A.).

42. [1986] R.R.A. 190 (C.A.).

43. *Infra*, p. 475, 509.

44. *Pelletier c. Lessard*, précité, note 42, p. 193.

45. M. TANCELIN, *op. cit.*, note 24, p. 253.

temps les principales raisons pour lesquelles une telle orientation a été décidée; puis, dans un deuxième temps, nous tenterons d'identifier de manière plus précise l'approche retenue en droit civil.

A) *Justification de l'acceptation de l'approche in abstracto (et du rejet de l'approche in concreto)*

En évaluant l'approche *in concreto*, Dejean de la Batie suggère qu'elle recevrait application dans deux situations. Premièrement, certains régimes juridiques, tels les vices du consentement ou les dommages, se réfèrent à des données humaines comme les intérêts ou les besoins des bénéficiaires d'une protection accordée par la loi; par conséquent, étant destinés à protéger ces individus, ces régimes devraient être influencés par les dispositions subjectives particulières de ces derniers. La raison est que ces règles protectrices ont été instituées pour ceux-là mêmes qu'elles protègent et tendent donc à s'adapter à eux pour remplir leurs objectifs⁴⁶. Au contraire, lorsque la loi se tourne vers les notions à caractère normatif comme le contenu des devoirs et obligations, une appréciation *in abstracto* s'imposerait car ces notions n'ont pas été créées en faveur des débiteurs et sont donc indépendantes de la réalité humaine⁴⁷.

Deuxièmement, tout comme les protections juridiques ne sont pas inconditionnelles, les devoirs et obligations ne devraient pas être imposés sans complètement exclure les intérêts de ceux qui doivent les assumer. Ces tempéraments se comprendraient d'autant plus qu'il paraît inconsistant que les individus se fassent imposer des standards opposés selon qu'ils soient débiteurs ou bénéficiaires d'une protection juridique. Autant les obligations ne peuvent être imposées sans tenir compte de certaines caractéristiques des débiteurs, autant un bénéfice ne peut être absolu⁴⁸; un même principe directeur doit être en mesure de servir l'ensemble des régimes.

Selon Mazeaud et Tunc, depuis l'ancien droit et même le droit romain, la position unanime, ralliée par tous les auteurs et les juges, consiste au rejet de l'appréciation *in concreto*⁴⁹. Les nom-

46. N. DEJEAN DE LA BATIE, *op. cit.*, note 2, p. 9.

47. *Ibid.*, p. 7.

48. *Ibid.*, p. 8.

49. H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *op. cit.*, note 1, p. 494; P. CONTE, *loc. cit.*, note 27, p. 7.

breuses raisons au soutien d'une appréciation *in abstracto* ont été maintes fois développées et revisitées par tous les auteurs d'ouvrages de droit civil, mais pour les fins de la présente section, nous relèverons ce qui, à notre avis, constitue les trois considérations les plus importantes: celles de preuve, d'utilité sociale et du libre arbitre.

En matière de preuve, exiger de la partie demanderesse de démontrer l'état d'âme répréhensible relèverait de l'impossible ou à tout le moins entraînerait des coûts exorbitants dus à la complexité de la tâche. Comme l'observent les auteurs Henri, Léon et Jean Mazeaud et François Chabas, le défendeur qui alléguera que sa conscience était hors de tout reproche devra le prouver et cette preuve ne pourrait se faire que par l'établissement de présomptions de faits⁵⁰, considérant que toute autre forme de preuve paraît peu probante. Inévitablement, le recours aux présomptions ne réussirait que par comparaison à un type de référence. En effet, un tel recours solliciterait le jugement humain et tout jugement porté sur la valeur d'une action humaine procède d'une comparaison avec un type idéal de conduite, ce qui nous ramène à une appréciation *in abstracto*⁵¹. Ce raisonnement a été expressément rejeté par Dejean de la Batie qui croit au contraire qu'il est relativement aisé de se référer à un «type psychologique moyennement abstrait, qui fournirait une approximation beaucoup plus proche de la réalité que ne peut le faire la considération d'un type humain invariable»⁵². Cependant, il est à noter que Dejean de la Batie ne fait qu'écarter l'argument de preuve; le résultat ultime, c'est-à-dire la règle d'appréciation *in abstracto*, se justifierait selon lui par référence à la jurisprudence⁵³.

L'argument d'équité sociale exprime l'idée que les individus, indépendamment de leurs différences, doivent être soumis aux mêmes normes. S'il en était autrement, nous pourrions éventuellement devoir faire face à une situation où un même acte constituerait une faute pour une personne spécialement douée, capable d'empêcher le dommage, sans l'être pour le maladroit habituel, impuissant à dominer la situation⁵⁴. L'autre conséquence corres-

50. H. et L. MAZEAUD et F. CHABAS, *op. cit.*, note 6, p. 446.

51. H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *op. cit.*, note 1, p. 492.

52. N. DEJEAN DE LA BATIE, *op. cit.*, note 2, p. 139.

53. *Ibid.*, p. 141.

54. Boris STARCK, Henri ROLAND et Laurent BOYER, *Obligations*, t. 1, «Responsabilité délictuelle», 5^e éd., Toulouse, Litec, 1996, p. 146; H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *op. cit.*, note 1, p. 493.

pondante est le double danger de l'adoption d'une approche *in concreto* qui dissuaderait les personnes douées de maintenir leur haut degré de diligence et les personnes moins douées de chercher à élever leur diligence à un niveau socialement acceptable⁵⁵.

Les auteurs Starck, Roland et Boyer identifient dans le postulat philosophique du libre arbitre la justification véritable du mode d'appréciation *in abstracto*. Ainsi, partant de cette prémisse que tout être humain a la possibilité de choisir entre le bien et le mal et de se conformer à ce choix, le droit est alors justifié de reprocher à un individu de ne pas avoir agi comme la personne normale, car dans tous les cas il avait le pouvoir d'agir ainsi⁵⁶. Sur le libre arbitre, Mazeaud et Tunc, sans aller jusqu'à entériner la proposition de Starck, y voient néanmoins un éclairage utile à la question, mais qui doit être compris à la lumière des enseignements de Kant et Rousseau sur le fondement de la responsabilité civile délictuelle ou quasi délictuelle. D'après ces philosophes, par l'élaboration de règles de conduite, le droit a pour mission d'assurer l'harmonie entre tous les individus qui ont adhéré au contrat social. Ainsi, à l'intérieur d'une société, l'individu est libre d'agir et aussi longtemps qu'il se conduit comme un bon citoyen, il n'est pas obligé par la loi de réparer les dommages résultant de ses actes, puisqu'il n'a pas commis de faute. Cependant, celui-ci est fautif lorsqu'il ne se conduit pas d'une manière sociale, c'est-à-dire comme l'aurait fait le bon père de famille⁵⁷. La justification de la détermination abstraite des obligations par l'idée du libre arbitre a été rejetée par Dejean de la Batie qui trouve que la seule capacité de se conformer à une norme n'explique en aucune manière la raison d'être de cette norme⁵⁸. Son analyse de la jurisprudence lui fait plutôt proposer deux distinctions qui, selon lui, expliqueraient pourquoi l'appréciation *in abstracto* s'impose et dans quelles situations elle devrait s'appliquer. Il établit d'une part une différence entre les inaptitudes communes à l'ensemble d'un groupe social et celles particulières à certains individus de ce groupe, et avance que seules les premières sont susceptibles d'être prises en considération si d'autre part elles n'altèrent pas les qualités morales et intellectuelles de l'individu⁵⁹.

55. H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *op. cit.*, note 1, p. 493.

56. B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *op. cit.*, note 54, p. 147.

57. H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *op. cit.*, note 1, p. 488.

58. N. DEJEAN DE LA BATIE, *op. cit.*, note 2, p. 141.

59. *Ibid.*

B) Adoption d'une approche *in abstracto* «modifiée»⁶⁰

La doctrine récente considère que certains aspects d'une approche subjective sont intégrés dans l'application du critère de la personne raisonnable pour atténuer une approche trop abstraite. L'appréciation *in concreto* viendrait alors se cumuler à l'appréciation *in abstracto* pour ne pas permettre aux individus plus doués de faire preuve de négligence intellectuelle. C'est l'opinion de Mazeaud et Tunc qui, s'appuyant notamment sur la common law, affirment de là qu'appréciation *in concreto* et *in abstracto* se compléteraient pour élever la «diligence-type» imposée à tous et ainsi empêcher les individus particulièrement doués et compétents de faire preuve d'une attitude psychologiquement négligente⁶¹. À cet extrait, Dejean de la Batie, retenant le danger potentiel que cette approche n'entraîne des débats sans fin sur les qualités subjectives de l'auteur du dommage, préfère plutôt opter pour une application restrictive de cette approche, limitée aux caractéristiques liées à la profession de l'individu⁶². Bien que la doctrine diverge sur cette question, une lecture attentive des opposants à cette position nous fait réaliser que ces derniers sont alors obligés d'une façon ou d'une autre de relier des considérations subjectives essentielles à l'approche *in abstracto* ou de créer plusieurs degrés d'abstraction selon les circonstances⁶³. Sans aller jusqu'à affirmer que la véritable réponse se trouve à mi-chemin entre les deux approches, nous reconnaissons du moins qu'une approche *in concreto* sera d'une assistance indéniable pour évaluer l'effet des caractéristiques personnelles de l'individu.

En droit québécois, l'application du critère de la personne raisonnable suit en principe l'appréciation *in abstracto*, mais certaines caractéristiques personnelles sont aussi considérées. Comme Baudouin et Deslauriers⁶⁴, le professeur Kasirer semble aussi admettre une «synthèse des critères» dans l'évaluation de la conduite de l'individu: «[t]he very formulation of the reasonable

60. Cette terminologie est appuyée par une expression similaire utilisée par le professeur Kasirer qui fait, quant à lui, référence à un «*modified objective test*»: voir Nicholas KASIRER, «The infans as *bon père de famille*: «Objectively Wrongful Conduct» in the Civil Law Tradition», 40 *Am. J. Comp. L.* 343, 373.

61. H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *op. cit.*, note 1, p. 495.

62. N. DEJEAN DE LA BATIE, *op. cit.*, note 2, p. 43.

63. B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *op. cit.*, note 54, p. 146; P. CONTE, *loc. cit.*, note 27, p. 8: «On a pourtant montré, de façon définitive, que [l'appréciation *in abstracto*] conduit à faire «abstraction» non pas de toutes les données concrètes, mais uniquement de celles qui ont un caractère trop personnel.»

64. *Supra*, p. 457.

person test allows for some of the peculiarities of the individual: that the *type abstrait* is immersed «in the circumstances» of the defendant is, of course, necessary to make a comparison possible»⁶⁵. De même, Crépeau, s'il n'est pas allé aussi loin que les autres auteurs, a aussi tenu à préciser que la personne raisonnable «doit être tirée de la catégorie des personnes à laquelle le débiteur appartient»⁶⁶. En ce qui a trait aux tribunaux, ceux-ci ont eu, à maintes reprises, l'opportunité de réitérer l'approche à suivre en la matière.

En Cour suprême, au moins un arrêt retient la formulation traditionnelle adoptée par la doctrine en droit civil. Dans un appel sur le quantum des dommages par suite de l'inexécution d'une obligation de transfert du titre d'un terrain découlant d'un contrat de vente, le juge Fauteux, au nom de la Cour, a écrit que «la prévisibilité du dommage [...] doit s'apprécier *in abstracto*»⁶⁷. Cet exemple constitue plus une exception quant à la méthode d'analyse de la Cour suprême du Canada sur les questions de responsabilité civile. En effet, normalement, la Cour ne s'embarrasse pas d'énonciations conceptuelles à la base de l'établissement de la personne raisonnable, se contentant la plupart du temps d'énoncer sommairement le principe général de responsabilité civile dont la référence est la conduite de la personne raisonnable dans les circonstances de temps et de lieu⁶⁸.

La Cour d'appel du Québec, dans l'affaire *Commission des accidents du travail c. Girard*⁶⁹, ayant eu à déterminer si l'intimé devait être tenu responsable du décès de ses deux passagers intoxiqués au monoxyde de carbone, a décidé d'utiliser la même terminologie traditionnelle de la responsabilité civile: la conduite du défendeur doit être évaluée en utilisant le critère objectif du bon père de famille, en semblables circonstances⁷⁰. Cette référence à un «critère objectif» a été confirmée par le juge LeBel (maintenant juge à la Cour suprême du Canada) qui, au nom de la majorité dans l'arrêt *L'Écuyer c. Quail*⁷¹, a cité Baudouin pour

65. N. KASIRER, *loc. cit.*, note 60, p. 370.

66. P.-A. CRÉPEAU, *op. cit.*, note 4, p. 8.

67. *Remer Bros. Investment Corporation c. Robin*, [1966] R.C.S. 506, 512.

68. *Lessard c. Paquin*, [1975] 1 R.C.S. 665, 672; *Guardian Insurance Company of Canada c. Sharp*, [1940] R.C.S. 164, 169; *Garberi c. Montréal (Cité de)*, [1961] R.C.S. 408, 410.

69. (1988) 18 Q.A.C. 110.

70. *Ibid.*, p. 115.

71. Précité, note 41, p. 482.

affirmer que «[la] norme de comportement repose sur un standard objectif de conduite, celui de l'homme raisonnable. La faute s'apprécie *in abstracto*»⁷². Bien que ces deux jugements s'appliquaient à l'égard de personnes ordinaires, la règle de l'approche *in abstracto* a aussi été entérinée en matière de responsabilité professionnelle. Ainsi, la Cour d'appel a tenu à préciser dans l'affaire *Tremblay c. Claveau*⁷³ que la responsabilité des médecins s'appréciait *in abstracto*⁷⁴. Dans la foulée, elle a souligné que cette approche était conforme à la doctrine et la jurisprudence.

De ce courant jurisprudentiel établi ressortent deux arrêts qui ont accordé à la théorie *in concreto* une considération distincte. D'abord, dans l'affaire *Commission scolaire régionale de l'Estrie c. Lamoureux*⁷⁵, la Cour d'appel a énoncé la règle s'appliquant à la détermination d'une faute dans un comportement en soi neutre: «la norme d'appréciation est, on le sait, celle de ce brave homme tout à la fois *abstrait et concret*: le «bon père de famille»⁷⁶ [italiques ajoutés]. Cette dernière phrase, écrite sans explications additionnelles, ouvre la voie à deux interprétations différentes. Si la Cour, par cette expression, a voulu signaler que ce «brave homme» qu'est le bon père de famille peut se voir attribuer certaines dimensions personnelles à chaque individu, nous n'y voyons aucune objection. Toutefois, si l'intention du juge était de placer l'aspect concret du bon père de famille au même rang que l'aspect abstrait, nous croyons alors, en toute déférence, qu'il se serait substantiellement éloigné de la doctrine et de la jurisprudence dominantes selon lesquelles l'élaboration du standard de la personne raisonnable constitue l'application de l'approche *in abstracto*. Quant à l'approche *in concreto*, notre lecture des autorités révèle qu'elle ne devrait pas être perçue comme ayant un effet au-delà de celui d'un tempérament ponctuel à la règle de principe de l'approche *in abstracto*.

Nous soulignons aussi un deuxième arrêt de la Cour d'appel, dont cette fois l'*obiter* laisse perplexe. Les faits de l'affaire *Pelletier c. Lessard*⁷⁷ sont les suivants: à la demande des locataires, le propriétaire fait poser sur des fenêtres du rez-de-chaussée des bar-

72. *Ibid.*, p. 488.

73. [1990] R.R.A. 268 (C.A.).

74. *Ibid.*, p. 271

75. [1988] R.R.A. 262 (C.A.).

76. *Ibid.*, p. 264.

77. Précitée, note 41, p. 190.

reaux métalliques afin d'enrayer les risques de vol; subséquemment, un incendie se déclare dans l'immeuble et un des locataires, ne trouvant aucune issue, subit de graves brûlures; il décide alors de poursuivre son propriétaire en responsabilité civile. Bien que son dispositif ne suscite aucune controverse, le passage suivant du juge Nichols nous paraît pour le moins équivoque:

Par le dossier qui nous a été soumis en appel nous ne savons pas quand ces treillis métalliques ont été installés ni par qui ils l'ont été. Nous ne savons pas non plus si c'était une pratique courante ou exceptionnelle dans le secteur où était situé l'immeuble incendié. Nous ne savons pas non plus si toutes les fenêtres du rez-de-chaussée de l'immeuble en étaient pourvues ou seulement celles où les locataires en avaient fait la demande.

*Il me semble à prime abord que réponses à ces questions nous auraient été grandement utiles pour apprécier in concreto la conduite du propriétaire de l'immeuble.*⁷⁸ [italiques ajoutés]

Le juge continue en faisant valoir que sans les réponses à ces questions, il ne peut dire que le propriétaire n'a pas agi en le bon père de famille.

Le deuxième paragraphe de cet extrait soulève de sérieuses interrogations. En effet, la Cour laisse entendre que les approches *in abstracto* et *in concreto* pourraient être appliquées **alternativement** afin d'évaluer le comportement de l'individu. Conformément à ce raisonnement, l'application du bon père de famille faite par la Cour d'appel résulte de l'impossibilité en l'espèce de suivre une approche *in concreto*. Si tel est effectivement le cas, nous ne pouvons nous empêcher de constater alors que la Cour aurait été prête à disposer de l'appel à l'encontre de la position dominante du droit civil sur la question. Il est nécessaire ici de faire une distinction. Comme nous l'avons vu, l'adoption de l'approche *in abstracto* en responsabilité civile résulte notamment des difficultés inhérentes à un examen *in concreto*. C'est pourquoi jurisprudence et doctrine ont interprété le *Code civil du Québec* et le *Code civil du Bas-Canada* comme consacrant l'approche *in abstracto* et du même coup rejetant en principe l'approche *in concreto*⁷⁹. Ainsi, si l'approche *in abstracto* est commandée par la loi, il n'y a alors pas lieu d'appliquer l'approche *in concreto* (à moins d'exceptions auto-

78. *Pelletier c. Lessard*, précité, note 42, p. 192.

79. *Supra*, p. 456.

risées par le droit) même si parfois des faits pourraient permettre au juge d'effectuer un examen *in concreto*.

Nous concluons ce titre par trois remarques. Premièrement, à la lumière de notre étude de la doctrine et de la jurisprudence, il est établi que l'approche *in abstracto* est celle qui doit être à l'origine de l'élaboration de la personne raisonnable. Toutefois, une telle approche ne saurait complètement exclure des éléments concrets qui doivent aussi faire partie des caractéristiques de la personne raisonnable. Deuxièmement, devant une telle situation où nous sommes donc en présence d'une règle générale à suivre qui consiste en l'approche *in abstracto* mais qui, dans son application, tiendra compte d'éléments *in concreto*, nous sommes d'opinion que cette formulation de l'approche visée par la loi illustre une tendance à «subjectiviser» l'évaluation de la conduite des individus⁸⁰. Cette tendance constituerait alors une partielle explication des arrêts *Commission scolaire régionale de l'Estrie c. Lamoureux* et *Pelletier c. Lessard* qui semblent diverger du courant majoritaire. Troisièmement, la grande variété de vocabulaire utilisé par nos tribunaux pour analyser un même concept, de même que ces deux cas d'espèce illustrent adéquatement le commentaire de l'auteur Tancelin selon lequel «la synthèse de la jurisprudence en la matière [est] d'une extrême difficulté pour dégager une notion de faute autrement que de [...] dire qu'il ne faut pas la confondre avec l'erreur»⁸¹.

TITRE II- ÉLABORATION DES CARACTÉRISTIQUES DE LA PERSONNE RAISONNABLE

Lorsque vient le temps de considérer quelles sont exactement les circonstances à intégrer au modèle de comparaison de la personne raisonnable, tous s'accordent pour affirmer que celui-ci doit être placé dans les mêmes circonstances dites «externes» du défendeur, par opposition aux circonstances dites «internes». À cause des conséquences que nous tirerons de cette distinction, il nous est donc nécessaire de l'expliquer immédiatement.

Telle quelle, la définition de ces deux termes est relativement simple à comprendre: les circonstances internes sont celles qui sont personnelles à chaque individu, c'est-à-dire qui tiennent à

80. Voir N. KASIRER, *loc. cit.*, note 60, p. 371.

81. M. TANCELIN, *op. cit.*, note 24, p. 256.

son individualité propre, tandis que les circonstances externes sont toutes celles dans lesquelles la conduite reprochée s'est déroulée et qui ne sont pas personnelles à l'agent⁸². Parmi ces dernières, les plus généralement acceptées sont les circonstances de temps et de lieu. Il est logique aussi d'inclure dans ce groupe la force majeure et certaines autres causes étrangères exonératoires, tel le fait d'un tiers ou de la victime. *A priori*, l'inclusion des circonstances externes aux caractéristiques de la personne raisonnable ne prête pas à controverse⁸³; qui plus est, nous verrons même que ces circonstances influenceront substantiellement l'application du critère de la personne raisonnable. Par ailleurs, la situation est différente en ce qui a trait aux circonstances dites «internes». Un important courant doctrinal, mené notamment par le professeur Henri Mazeaud, a longtemps été opposé de manière catégorique à l'admission des circonstances internes dans l'appréciation *in abstracto*. L'admettre reviendrait, selon cette doctrine, à confondre appréciation *in concreto* et appréciation *in abstracto*, responsabilité pénale et responsabilité civile, punition et réparation⁸⁴. De son côté, Dejean de la Batie a soutenu la position que «le contenu des devoirs de prudence et de diligence s'apprécie par référence au comportement d'un homme raisonnable placé dans les mêmes circonstances, aussi bien internes qu'externes⁸⁵. L'auteur a tiré ce principe de son analyse de la jurisprudence sur la question des infériorités physiques qu'il distingue des infériorités psychologiques.

Cependant, nous croyons avoir perçu récemment un certain renversement doctrinal qui rejoint le point exposé par Dejean de la Batie. Ainsi, le professeur Philippe Conte, dans le «Répertoire de droit civil» de l'*Encyclopédie juridique*, a reconnu que la distinction entre circonstances internes et externes «ne rend pas compte du droit positif, les juges prenant en considération des circon-

82. P. CONTE, *loc. cit.*, note 27, p. 9; H. et L. MAZEAUD et F. CHABAS, *op. cit.*, note 6, p. 447; N. DEJEAN DE LA BATIE, *op. cit.*, note 2, p. 3; H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *op. cit.*, note 1, p. 503.

83. La faute est une erreur de conduite telle qu'elle n'aurait pas été commise par une personne avisée, placée dans les mêmes circonstances externes que le défendeur: H. et L. MAZEAUD et F. CHABAS, *op. cit.*, note 6, p. 454. Le principe est le suivant: le type de comparaison doit être placé dans les mêmes circonstances «externes» que le défendeur: H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *op. cit.*, note 1, p. 500.

84. H. et L. MAZEAUD et F. CHABAS, *op. cit.*, note 6, p. 447; H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *op. cit.*, note 1, p. 503.

85. N. DEJEAN DE LA BATIE, *op. cit.*, note 2, p. 40.

ces internes»⁸⁶. Cette observation l'amène à conclure que l'appréciation *in abstracto* n'exclut que les circonstances qui sont **très intimement reliées** à l'individu, sous peine encore de conduire à une appréciation *in concreto*.

La deuxième partie de la présente étude s'intéressera au pan plus controversé de ces circonstances dites «internes» qui seront prêtées à la personne raisonnable. Nous commencerons donc par distinguer le sort que les tribunaux réserveront vraisemblablement aux infériorités individuelles pour terminer avec les supériorités individuelles.

Section 1- Traitement des infériorités du sujet de droit

A) Infériorités physiques

Il va sans dire qu'un individu, selon son état corporel, peut souffrir de handicaps spécifiques. Le cas échéant, la question est alors de déterminer si la conduite de ce dernier doit être jugée en tenant compte de ces caractéristiques physiques. Si le principe général est que nul ne doit entreprendre une activité si son état est susceptible de créer un danger pour autrui⁸⁷, le sens commun ne pourrait aller jusqu'à lui interdire les actes ordinaires de la vie, notamment circuler à pied ou utiliser les moyens de transport en commun, sous peine de condamner des gens à une totale inactivité. Bien que Dejean de la Batie reconnaisse que ces individus physiquement inférieurs doivent prendre les précautions particulières nécessaires pour éviter que leurs infirmités ne deviennent cause de dommages, il affirme néanmoins que les tribunaux ont autorisé un «inflexionnement du standard de comportement en fonction de certaines infériorités physiques»⁸⁸. Cela l'amène à conclure que, malgré leur lien avec la personne, les infériorités physiques sont traitées comme des circonstances externes.

Nous avons préalablement noté que, pendant très longtemps, le courant doctrinal mené par Mazeaud refusait de considérer ces circonstances internes au motif que cela aurait pour effet d'admettre l'appréciation *in concreto* dans le profil du bon père de famille⁸⁹. La divergence quant à la classification des infériorités

86. P. CONTE, *loc. cit.*, note 27, p. 9.

87. N. DEJEAN DE LA BATIE, *op. cit.*, note 2, p. 38.

88. *Ibid.*, p. 36.

89. *Supra*, p. 478.

physiques découle donc directement du débat sur l'attribution de circonstances internes au modèle de la personne raisonnable: selon Mazeaud, si dans les caractéristiques du type de référence, il ne doit pas être tenu compte des circonstances internes du défendeur, ainsi devrait-il donc en être des infériorités physiques⁹⁰. Ce n'est que plus tard, par l'acceptation de la prise en compte de circonstances internes dans l'appréciation *in abstracto* que des auteurs ont tempéré quelque peu cette position pour finalement admettre le bien-fondé de la considération de certaines infériorités physiques. Conte observe par ailleurs que cette nouvelle conclusion entraînera pour les personnes physiquement handicapées une variation du seuil de l'illicite en fonction du type d'activité entreprise⁹¹. Ainsi, l'«inflexion du standard de comportement» exigé se manifestera lorsqu'un individu se comporte d'une manière qui serait anormale pour une autre personne aux facultés normales, mais qui ne peut lui être reprochée à cause d'un handicap: l'exemple le plus évident est la traversée d'une chaussée par un infirme. Inversement, pour certaines autres activités, la faute consistera à avoir entrepris une activité normale pour la personne ordinaire, mais déraisonnable pour celle dont les facultés sont diminuées⁹².

Aujourd'hui, force est de constater que le droit civil commande de comparer le comportement du sourd, du myope, du malade, à celui du bon père de famille affecté des mêmes insuffisances⁹³. L'appréciation *in abstracto* continue de subsister comme règle de principe – ce résultat procédant toujours d'une comparaison de l'individu avec des données autres que les siennes propres – mais il est désormais établi que les particularités de notre personne raisonnable peuvent varier de manière à tenir compte de caractéristiques personnelles. C'est ce qui a amené la professeure Geneviève Viney à y voir une «concession à l'appréciation *in concreto*»⁹⁴.

B) Infériorités psychologiques

Les infériorités psychologiques, telles que le manque d'intelligence, d'instruction ou d'expérience, sont des déficiences qui influent sur le jugement ou la raison de l'individu. Dès le début

90. *Infra*, B) Infériorités psychologiques.

91. P. CONTE, *loc. cit.*, note 27, p. 8.

92. *Ibid.*

93. *Ibid.*

94. *Ibid.*

du XX^e siècle, des auteurs avaient admis que ces déficiences devaient être évaluées par rapport au comportement d'un homme raisonnable placé dans les mêmes circonstances. Aujourd'hui, tant la jurisprudence que la doctrine dominante se sont prononcées en faveur de l'exclusion des dispositions psychologiques qui diminuent le sens social ou altèrent la sûreté du jugement chez un sujet particulier⁹⁵. À côté de ce principe, nous ne pouvons éviter de relever le caractère particulier de l'âge. La question inévitablement soulevée est donc la suivante: l'acte d'une personne doit-il être apprécié en tenant compte de son âge?

Dejean de la Batie a approché le problème en écartant la question de l'imputabilité⁹⁶. À l'aide d'un raisonnement *in concreto*, il observe que la conduite d'un enfant serait comparée en fonction d'un enfant normal du même âge. Cependant, son analyse de la jurisprudence lui fait observer que les actes des enfants peuvent être qualifiés par la jurisprudence d'«imprudence». Il en déduit ainsi que ce terme est nécessairement employé sur la base d'une appréciation «adulte» du standard de prudence et de diligence, car tel n'aurait pas été le cas si l'imprudence d'un enfant de quatre ans avait été comparée à la conduite d'un autre du même âge⁹⁷. La même analyse revient pour les personnes âgées et le fait que les tribunaux ont semblé les soumettre à un standard de prudence moins rigoureux n'a été retenu qu'en tant que caractéristique physique, ce qui préserve intacte l'idée selon laquelle l'appréciation *in abstracto* enjoint de comparer l'acte d'une personne sans tenir compte de ses capacités intellectuelles ou morales⁹⁸. À l'opinion de Dejean de la Batie se rallie Conte qui est d'avis que, sous réserve toujours de l'imputabilité, la détermination du caractère fautif du comportement d'un enfant doit se faire par comparaison avec celui d'un adulte avisé⁹⁹. Toutefois, ce dernier

95. N. DEJEAN DE LA BATIE, *op. cit.*, note 2, p. 20; P. CONTE, *loc. cit.*, note 27, p. 8; N. KASIRER, *loc. cit.*, note 60, p. 371.

96. «Tout être humain apte à comprendre la portée de ses actes et de ses paroles est imputable.» P. CONTE, *loc. cit.*, note 27, p. 6. L'imputabilité d'une personne soumet donc celle-ci au régime général de responsabilité. L'équivalent en droit civil québécois est la capacité de discernement explicitement prévue à l'article 1457 C.c.Q. Suivant cette disposition, «l'individu privé de raison, c'est-à-dire incapable de se rendre compte des conséquences des actes qu'il pose, ne peut [...] être tenu civilement responsable.» J.-L. BAUDOIN et P. DESLAURIERS, *op. cit.*, note 24, p. 112; cf. M. TANCELIN, *op. cit.*, note 24, p. 56.

97. N. DEJEAN DE LA BATIE, *op. cit.*, note 2, p. 27.

98. *Ibid.*, p. 29. Il est à noter que Kasirer paraît plutôt être d'avis que l'âge constituerait un facteur relié aux habiletés psychologiques: N. KASIRER, *loc. cit.*, note 60, p. 372.

99. P. CONTE, *loc. cit.*, note 27, p. 8.

note un certain nombre de décisions qui affirment que dans le monde des enfants, soit par exemple sur les terrains d'amusement, «le prototype de référence n'est plus l'adulte raisonnable, mais le jeune du même âge convenablement éduqué»¹⁰⁰. L'appréciation *in abstracto* continuerait donc d'être la règle, mais dans certaines circonstances particulières, l'âge y serait intégré.

Si, pour plusieurs, cette position paraît surprenante, sa justification à la lumière du traitement apporté aux infériorités physiques apporte sans contredit un précieux éclaircissement sur la nature même de la personne raisonnable. En effet, une véritable compréhension de l'analyse des infériorités physiques nous fait réaliser que ces dernières **ne sont prises en compte que dans la seule mesure où elles n'ont point affecté le jugement ou la capacité de raisonner de l'individu**. Indépendamment d'une recherche visant à produire une liste exhaustive de chaque type d'infériorité, il est évident que la myopie d'un individu est une anomalie qui n'affecte pas son raisonnement contrairement aux conséquences de l'analphabétisme d'un autre. Admettre que des faiblesses intellectuelles d'une personne puissent servir d'exception reviendrait alors à ôter toute signification au concept de la personne raisonnable.

Bien que nous convenions que le fondement à l'origine de ce traitement discutable du droit français en ce qui a trait à l'âge est juste, nous exprimons néanmoins nos réserves quant à savoir si le même résultat est accepté au Québec. Dans une analyse comparative de la question entre le droit français et le droit québécois, le professeur Kasirer écrit que la tradition de comparer la conduite d'un enfant avec celle d'un enfant raisonnable est beaucoup plus solidement établie au Québec¹⁰¹, ce que confirment Baudouin et Deslauriers qui observent, selon nous à bon droit, «[qu'il] serait injuste [...] de comparer le comportement d'un enfant à celui d'un adulte»¹⁰². Quant à Crépeau, après avoir cité Carbonnier qui identifie le bon père de famille comme l'adulte soigneux et diligent, il ajoute que l'on ne saurait juger de semblable manière la conduite d'un adulte et celle d'un adolescent¹⁰³. Par conséquent, en droit québécois, il serait hautement surprenant qu'un tribunal puisse condamner personnellement des enfants âgés de trois et cinq ans,

100. *Ibid.*

101. N. KASIRER, *loc. cit.*, note 60, p. 372.

102. J.-L. BAUDOUIN et P. DESLAURIERS, *op. cit.*, note 24, p. 113.

103. P.-A. CRÉPEAU, *op. cit.*, note 4, p. 8.

comme l'a déjà fait la Cour de cassation¹⁰⁴. Cela dit, notre remarque quant à la seule question de l'âge ne modifie d'aucune manière la proposition selon laquelle les infériorités psychologiques doivent être écartées dans l'élaboration de la personne raisonnable au Québec, d'ailleurs confirmée par la jurisprudence.

Dans l'affaire *Tremblay c. Deblois*¹⁰⁵, la Cour a eu à trancher un appel porté par un individu blessé par le coup de poing de l'intimé lors d'une altercation au cours d'une partie de hockey. Accueillant le pourvoi, la majorité fut d'avis que l'intimé ne pouvait invoquer l'intensité du moment et la réduction de sa faculté d'apprécier la situation pour s'exonérer de sa faute. Ainsi, dans un passage révélateur, le juge Beauregard a affirmé «[qu']en droit civil, le fait que, dans les circonstances de l'espèce, il [l'intimé] ait été plus craintif ou plus nerveux que l'aurait été le «bon père de famille» n'est pas un moyen de défense»¹⁰⁶. Cet arrêt est important à deux niveaux. Tout d'abord, il confirme la règle selon laquelle les faiblesses – et par extension, les infériorités – psychologiques ou intellectuelles de l'individu ne seront pas prises en compte dans l'évaluation de son comportement. Mais, plus essentielle encore est la décision du juge d'écarter l'argument de l'intimé selon lequel l'intensité du moment a causé la réduction de sa faculté d'apprécier la situation. Cette position confirme donc l'explication de certains auteurs français selon laquelle les infériorités personnelles ne peuvent être prises en compte dans la mesure où elles ont affecté le jugement ou la capacité de raisonner de l'individu¹⁰⁷.

La question est tout autre lorsque l'on en vient à considérer le sort réservé aux caractéristiques intellectuelles qui constituent non plus des faiblesses mais plutôt des habiletés. C'est ce que nous examinerons de même que les supériorités physiques dans le prochain titre.

Section 2- Traitement des supériorités du sujet de droit

Il est tentant de soutenir que le fait de considérer les aptitudes particulières d'un individu dans sa comparaison avec le bon père famille, va à l'encontre de la règle d'appréciation *in abstracto*

104. J. CARBONNIER, *op. cit.*, note 34, p. 407. Dans chacun de ces cas, la Cour est parvenue à ce verdict en se fondant sur la règle selon laquelle le discernement ne constituait pas un élément nécessaire de la responsabilité civile.

105. [1998] R.R.A. 48 (C.A.).

106. *Tremblay c. Deblois*, précité, note 105, p. 53.

107. *Supra*, p. 482.

dont l'un des fondements mentionnés plus tôt est que les membres d'une société doivent être jugés en vertu des mêmes normes¹⁰⁸. À cette remarque amplement justifiable, la doctrine réplique toutefois que toute personne raisonnable possédant des dispositions particulières va les utiliser pour le bien commun. Dejean de la Batie va par ailleurs jusqu'à suggérer que certaines aptitudes personnelles, les plus importantes étant les aptitudes professionnelles, sont envisageables non pas comme une qualité personnelle de l'agent, mais seulement comme une exigence liée à son activité¹⁰⁹. Il constate ainsi qu'en requérant du professionnel des capacités particulières en raison de ce qu'il fait et non de ce qu'il est, le droit viendrait «extérioriser» du même coup ces supériorités individuelles. Quoiqu'il en soit, que l'on adopte une perspective partiellement *in concreto* ou totalement *in abstracto*, le droit civil a traditionnellement affirmé que le juge doit comparer le comportement d'une personne bénéficiant de supériorités particulières avec celui d'un bon père de famille présentant ces mêmes supériorités¹¹⁰; ainsi en est-il des aptitudes résultant de l'exercice d'une profession.

A) Le modèle du bon professionnel

La conduite reliée à l'exercice de l'activité du professionnel, soit celui qui, dans ses rapports avec la société, exerce une activité habituelle, sera soumise à un standard distinct de celui du bon père de famille. Étant donné la considérable variété de professions exercées dans notre société ainsi que le genre et le degré d'habileté requise pour chacune, la question est de définir le standard à appliquer.

Selon Mazeaud et Tunc, le modèle général du bon père de famille énoncé pour le débiteur de l'article 1137 C.c.fr. ne peut convenir à la détermination du contenu de l'obligation professionnelle, car le Code civil français n'envisage que le comportement d'une personne ordinaire dans la conduite de ses affaires normales. Or, reconnaissant d'emblée que la société exige d'un professionnel une qualité de services supérieure à celle fournie par un particulier, ces auteurs sont d'avis que le critère du bon père de famille de l'article 1137 doit nécessairement couvrir «deux concepts assez profondément différents» et que par conséquent, ce

108. *Supra*, p. 471.

109. N. DEJEAN DE LA BATIE, *op. cit.*, note 2, p. 45.

110. P. CONTE, *loc. cit.*, note 27, p. 8.

critère doit être «fragmenté»¹¹¹. Starck admet lui aussi l'existence d'une pluralité de types de références. En effet, lorsqu'il aborde le domaine des connaissances professionnelles, il écrit que c'est la «coexistence» de types de référence qui fait en sorte que le droit sera plus exigeant envers l'auteur ayant une connaissance professionnelle que vis-à-vis celui qui en est dépourvu¹¹². Enfin, Dejean de la Batie s'exprime aussi dans le même sens en affirmant que la définition du mot «bon» dans la détermination de la physionomie du bon père de famille ne recevra pas une compréhension identique selon que l'on se réfère à un groupe humain ou à un autre¹¹³. Il conclut en écrivant que «pour se faire une idée un tant soit peu précise de l'homme avisé dans une conjoncture particulière, il est donc indispensable de tenir compte des capacités normales au sein d'un certain groupe humain, et par conséquent de déterminer l'extension de ce groupe»¹¹⁴.

Ce qui semble se profiler à travers ces nuances terminologiques est la constatation que la faute professionnelle échappe au droit commun dans la mesure où la diligence que l'on est en droit d'attendre d'une personne ne se mesure pas au standard du bon père de famille mais à celui plus précis et plus divers du «bon professionnel de sa catégorie»¹¹⁵.

La Cour suprême a eu à plusieurs reprises la tâche de déterminer la nature et l'étendue des devoirs du type abstrait du professionnel dans son domaine et de l'appliquer aux situations particulières. L'arrêt *Guardian Insurance Company c. Sharp*¹¹⁶ constitue une illustration classique de l'analyse traditionnelle effectuée par les tribunaux de droit civil. Dans cette affaire, la compagnie appelante, subrogée dans les droits de son assuré, avait décidé de poursuivre en responsabilité civile des comptables au motif que ces derniers auraient failli à leurs devoirs, n'ayant pas réussi, dans le cours de leurs vérifications, à découvrir la fraude d'un employé de l'assuré. Rejetant l'appel, les juges Taschereau et Rinfret, dans une opinion concurrente, ont limité leur discussion sur le critère approprié à appliquer en écrivant que ces comptables doivent «remplir leurs devoirs avec la prudence,

111. H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *op. cit.*, note 1, p. 813.

112. B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *op. cit.*, note 54, p. 146.

113. N. DEJEAN DE LA BATIE, *op. cit.*, note 2, p. 157.

114. *Ibid.*, p. 158.

115. André TUNC, «Responsabilité (en général)», dans P. RAYNAUD (dir.), *Encyclopédie juridique*, t. IX, «Répertoire de droit civil», Paris, Éditions Dalloz, 7.

116. [1940] R.C.S. 164.

l'attention et l'habileté qu'un autre comptable compétent montrerait dans des conditions identiques»¹¹⁷. Il est intéressant de noter que dans ces arrêts plus anciens, la Cour emploie encore le standard général du bon père de famille¹¹⁸, bien que la comparaison se fasse par rapport au professionnel de la catégorie du défendeur. Les arrêts plus récents ont cessé d'utiliser cette terminologie au profit d'une application directe du bon professionnel de la même catégorie, suggérant peut-être, une fois de plus, la conformité avec l'état du droit français en la matière¹¹⁹.

Dans l'affaire *Tremblay c. Claveau*¹²⁰, la Cour d'appel du Québec a confirmé qu'en droit médical, «[l]a responsabilité des médecins s'apprécie *in abstracto* en se demandant ce qu'aurait fait un médecin prudent et diligent dans les circonstances semblables»¹²¹. À l'appui de ses motifs, elle cite un autre arrêt de sa Cour qui a écrit que:

La violation [de l'obligation de prudence et diligence] doit être appréciée [...] d'après un critère objectif, abstrait, qui consiste pour le tribunal à se demander ce qu'aurait fait en pareil cas un autre médecin, un autre spécialiste, une autre infirmière, de science, de compétence et d'habileté ordinaires et raisonnables, placé dans des circonstances semblables à celles où se trouvait celui ou celle dont on veut juger la conduite.¹²² [italiques dans le texte]

Ce passage met en évidence le rapprochement inhérent entre l'exercice et la nature d'une profession avec les caractéristiques de ce modèle abstrait à qui le comportement de la personne sera comparé. Il appert donc que la jurisprudence a elle-même donné l'aval à cette «fragmentation» de la personne raisonnable. Reste à savoir si le droit québécois accepte lui aussi explicitement, comme le fait la doctrine française, la proposition selon laquelle l'individu exerçant une activité professionnelle est soumis à un standard qui n'est pas celui du bon père de famille établi en droit commun.

117. *Ibid.*, p. 169.

118. *Ibid.*

119. Toutefois, cette constatation est loin d'être absolue, certains juges ayant continué d'utiliser concurremment l'expression générale du «bon père de famille» dans l'évaluation de la conduite du professionnel. *Proulx c. Société de placements & Co. Ltd.*, [1976] C.A. 121, 122.

120. Précité, note 73.

121. *Tremblay c. Claveau*, précité, note 73, p. 271.

122. *Hopital général de la Région de l'amiante Inc. c. Perron*, [1979] C.A. 567, 574, cité dans *Tremblay c. Claveau*, précité, note 73, p. 272.

Une opinion semblable dans l'arrêt *Chartier c. Québec (P.G.)*¹²³ pourrait avoir considérablement rapproché le droit québécois de la position du droit civil français. Cet appel origine d'une erreur d'identification commise par des policiers qui a mené à l'arrestation et la détention pendant trente heures de l'appelant pour homicide involontaire, en vertu d'un mandat invalide délivré par un coroner. Le juge Pratte (dissident quant au quantum des dommages seulement), joint par les juges Beetz, Dickson et Martland, s'accordent avec la majorité pour affirmer que la police a commis plusieurs fautes dans le cours de son travail. Il insiste sur la comparaison du travail des policiers par rapport à celui qu'auraient effectué d'autres policiers avisés et soucieux des intérêts d'autrui, placés dans les mêmes circonstances¹²⁴. Toutefois, avant d'arriver à cette étape, le juge Pratte a cherché à identifier de la manière la plus précise possible les caractéristiques de son modèle de référence. Pour ce faire, il s'appuie abondamment sur les ouvrages de doctrine française¹²⁵, notamment sur Aubry et Rau qui soulignent la diversité du type de comparaison:

Ce serait une erreur, toutefois, de croire que le type de comparaison, auquel on se réfère pour juger la conduite des hommes, est unique et immuable. Il varie, en réalité, selon les situations. Nul ne conteste qu'un professionnel doit, dans l'exercice de sa profession, faire preuve de connaissances et d'une habileté que ne possède pas un bon père de famille quelconque.¹²⁶

Le juge déduit donc des enseignements de la doctrine que les policiers avaient le devoir d'agir en bons professionnels. À partir de cette prémisse et à la suite de l'examen des faits en l'espèce, il en vient au résultat que ceux-ci connaissaient ou devaient connaître l'illégalité du mandat du coroner. Dans la foulée, le juge écarte la défense de bonne foi en faisant valoir que leur faute consiste à ne pas avoir su ou à s'être trompés, contrairement à ce qu'aurait été la conduite d'«une personne avisée et soucieuse des intérêts d'autrui»¹²⁷.

123. [1979] 2 R.C.S. 474.

124. *Ibid.*, p. 512.

125. Le juge Pratte a cité avec approbation Mazeaud et Tunc, *Responsabilité civile délictuelle*, Aubry et Rau, *Droit civil français*, et Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, Planiol et Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, et Demogue, *Des obligations en général*.

126. *Chartier c. Québec (P.G.)* précité, note 123, p. 512.

127. *Ibid.*, p. 515.

Une telle règle implique par ailleurs que la détermination des connaissances et de l'habileté requises doit être basée sur les qualités existant au sein même du groupe particulier, soit celui des personnes exerçant la même profession que le défendeur. Cette catégorisation, expressément reconnue par la doctrine, entraîne deux conséquences principales. D'une part, le degré de compétence et de diligence exigible du professionnel croît avec le degré de sa spécialisation¹²⁸. Mazeaud et Tunc justifient cet accroissement de deux manières: d'abord, la personne diligente qui veut adopter une activité habituelle doit se préparer à bien l'exercer, mais ensuite et plus important encore, il découle de la pratique habituelle et consciencieuse d'une activité une compétence supérieure de la part de celui qui l'exerce. D'autre part, à cette première conséquence se superpose une deuxième qui énonce le principe que plus le professionnel est spécialisé, plus le champ de son obligation professionnelle rétrécit¹²⁹. À titre d'illustration, en matière de responsabilité médicale, nous comprenons qu'un patient devant être opéré est en droit de s'attendre à un degré de compétence supérieur d'un chirurgien, par opposition à un médecin généraliste; toutefois ce chirurgien n'est pas tenu d'avoir toutes les connaissances de médecine générale qu'un médecin généraliste doit avoir.

Cette analyse de la doctrine et de la jurisprudence nous amène à conclure que lorsqu'un individu se voit reprocher une faute dans le cadre de ses activités professionnelles, sa conduite sera examinée en référence au modèle abstrait du professionnel prudent et diligent de la catégorie de cet individu. Cependant, si nous avons maintenant fixé le standard à l'égard des professionnels, force est de constater que ce standard ne s'applique qu'à un groupe relativement restreint de personnes possédant des aptitudes professionnelles. Qu'en est-il maintenant des personnes ayant développé d'autres aptitudes particulières? Nous avons choisi de consacrer la section suivante à cette question importante et en vertu de sa définition juridique, nous constaterons qu'en réalité, tout individu dispose d'aptitudes de cette dernière catégorie.

B) Autres supériorités particulières

Le principe que nous venons d'exposer en matière de responsabilité professionnelle recevrait la même application avec les

128. H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *op. cit.*, note 1, p. 814.

129. *Ibid.*

adaptations nécessaires en ce qui a trait aux autres aptitudes et connaissances en marge du domaine professionnel; car «au-dessus du standard minimum imposé par l'appréciation *in abstracto*, l'instruction ou l'expérience personnelle de l'agent fournit la mesure de ses devoirs»¹³⁰. Par conséquent, le critère de la personne raisonnable exige du juge qu'il considère, le cas échéant, des circonstances telles que la pratique d'un sport et la connaissance antérieure des lieux.

Cette exigence est confirmée par une abondante jurisprudence. La Cour d'appel, dans l'affaire *Canuel c. Sauvageau*¹³¹, a jugé que la fracture du poignet de l'appelant survenue à la suite d'une mise en échec reçue lors d'une partie de ballon sur glace, ne résultait pas d'une faute. Les juges majoritaires sont parvenus à cette conclusion en appliquant le standard de la conduite du bon joueur ordinaire en pareilles circonstances. Cependant, sur la base des mêmes faits, le juge Proulx, dissident, a appliqué un standard identique (ou très similaire) à celui de la majorité, mais a néanmoins trouvé que l'intimé n'a pas agi comme le «sportif prudent, raisonnable et loyal dans les circonstances»¹³². Les tribunaux, lorsque tenus de statuer sur l'existence d'une faute, formulent en principe le critère général du bon père de famille en fonction de la nature des aptitudes requises à l'exercice de l'activité en cause lorsque les faits à l'origine de l'action en justice se sont produits. C'est ainsi que, selon les circonstances de l'espèce, référence sera faite au «propriétaire raisonnablement prudent et diligent»¹³³, à l'«administrateur d'un camp de vacances raisonnablement prudent»¹³⁴ et même au «gardien [d'enfants] prudent et diligent»¹³⁵.

Il est intéressant d'observer que tous ces exemples, malgré le fait que la Cour d'appel ait adopté une formulation qui «individualise» le standard, soulignent que ce dernier demeure toujours le critère général du bon père de famille. C'est notamment le cas dans les arrêts *Canuel c. Sauvageau*¹³⁶ («[i]l faut rechercher si le bon joueur ordinaire (*i.e.* le «bon père de famille») aurait pu agir de la même façon») et *Pelletier c. Lessard*¹³⁷ («un propriétaire, affublé

130. N. DEJEAN DE LA BATIE, *op. cit.*, note 2, p. 49.

131. [1991] R.R.A. 18 (C.A.).

132. *Ibid.*, p. 23, 24.

133. *Pelletier c. Lessard*, précité, note 42, p. 193.

134. *Sullivan c. Camp Carowanis Inc.*, précité, note 41.

135. *Oeuvre des terrains de jeux de Québec c. Cannon*, précité, note 37, p. 119.

136. Précité, note 131.

137. Précité, note 42.

de la vertu du bon père de famille, aurait nécessairement réagi différemment»). Cette tendance contraste avec l'extrait de doctrine française cité par les motifs concurrents du juge Pratte dans *Chartier c. Québec (P.G.)*¹³⁸:

En dehors des activités professionnelles, on doit aussi former un type de comparaison spécial dès que l'on est en présence d'une activité exigeant un apprentissage particulier. Pour juger de la conduite d'un automobiliste par exemple, on le comparera au modèle du bon conducteur. Pour juger l'auteur d'un accident de montagne, on se référera au type du bon alpiniste; etc. [...] Il s'agit là d'autant de types particuliers qui, supposant la possession de certaines connaissances ou d'une certaine habileté, ne se confondent pas avec le modèle général du bon père de famille ou de l'homme avisé quelconque.¹³⁹

Cette apparente divergence pourrait s'expliquer de deux manières. D'abord, selon le moment où l'interprète se placera dans l'analyse, sa perception des caractéristiques de la personne raisonnable sera susceptible de varier. À ce stade-ci, nous nous limiterons à observer que le plus avancé dans le temps cette analyse sera engagée, le plus spécifique risque d'être cette personne raisonnable. Ensuite, un recul nous amène aussi à réaliser qu'encore une fois, la distinction n'existe principalement qu'au niveau de la terminologie, et que dans ses effets, elle s'estompe. En effet, il y a moyen d'approcher cette individualisation de la règle de prudence et de diligence plutôt comme une application globale du concept de la personne raisonnable simplement en se rappelant que cette dernière va nécessairement tirer de l'expérience antérieurement acquise les enseignements salutaires qui s'imposent. Pour s'en convaincre, il est utile de rappeler les mots de Conte en la matière: «[l]'homme raisonnable met à profit [...] les aptitudes et les connaissances particulières qu'il possède»¹⁴⁰. Cette règle de bon sens constitue la base de l'élaboration du standard de la personne raisonnable lorsque l'individu qui y est soumis possède des aptitudes spécifiques. Par conséquent, c'est en puisant dans la source même du concept de la personne raisonnable que nous pouvons alors comprendre pourquoi l'importance de la variation dans la qualification du modèle de référence (i.e. bon professionnel de sa catégorie versus bon père de famille) s'atténue lorsqu'il s'agit d'examiner l'application du modèle

138. Précité, note 123.

139. *Chartier c. P.G. du Québec*, précité, note 123, p. 512.

140. P. CONTE, *loc. cit.*, note 27, p. 8; voir aussi N. DEJEAN DE LA BATIE, *op. cit.*, note 2, p. 43.

choisi. Dans tous les cas, la règle est que chaque personne avec ses aptitudes propres sera jugée par rapport à un modèle de personne raisonnable. Signalons finalement que l'individualisation des caractéristiques psychologiques demeure limitée à l'établissement que la personne examinée avait plus qu'une autre et non pas moins; autrement l'appréciation redeviendrait alors véritablement *in concreto*.

DEUXIÈME PARTIE

APPLICATION DU CRITÈRE DE LA PERSONNE RAISONNABLE SELON LE CONTEXTE

En s'arrêtant à l'examen des caractéristiques personnelles, le processus d'évaluation du comportement de l'individu ne serait qu'à moitié complété: l'on négligerait alors de tenir compte des circonstances dites externes. L'objet de cette seconde partie consistera donc à tenter de déterminer quelle influence ces circonstances externes exercent sur l'obligation du justiciable de se comporter en personne raisonnable. Nous reconnaissons sans difficulté que notre exposé ne pourra étudier de façon exhaustive toutes les circonstances devant être prises en considération aux fins de cette obligation, certaines pouvant à elles seules faire l'objet d'études distinctes. Cependant, l'examen de la jurisprudence et de la doctrine nous autorise à croire que la classification que nous présentons est en mesure de couvrir l'ensemble des circonstances externes et permettre d'inférer une approche générale du contexte dans lequel devra être placé le modèle abstrait qu'est la personne raisonnable. Dans cette optique, nous proposons d'abord d'analyser l'effet du contexte factuel (Titre I) et du contexte juridique (Titre II) pour terminer par quelques observations sur le rôle des tribunaux (Titre III).

TITRE I- CONTEXTE FACTUEL

Sous ce titre, nous examinerons le traitement par la jurisprudence des principales circonstances factuelles dans lesquelles une personne poursuivie en dommages est susceptible de se trouver. Précisons d'emblée que les circonstances de temps et de lieu présenteront peu de controverses quoique nous accorderons une attention particulière à certaines précisions sur l'étendue des notions de lieu et de temps qu'ont apportées les tribunaux. Puis, dans une troisième section, nous nous intéresserons au phénomène de l'entourage de la personne dont la conduite est comparée

au modèle de la personne raisonnable, afin de tenter de mesurer l'influence de cet entourage sur notre modèle.

Section 1- Circonstances de lieu

La doctrine française est d'avis que toutes les circonstances externes dont font partie les circonstances de lieu doivent être considérées dans l'application du critère de la personne raisonnable¹⁴¹. Pareillement, les auteurs québécois n'ont pas trouvé motif à s'écarter du droit civil français. Baudouin et Deslauriers affirment que «[l]a notion de «bon père de famille» [...] varie selon des impératifs de temps et de lieu»¹⁴². C'est donc sans grande surprise que les tribunaux ont appliqué ce critère dans leurs jugements.

Aussi, tant la Cour suprême¹⁴³ que la Cour d'appel soulignent la nature des lieux dans la détermination de la conduite de la personne. Dans l'affaire *L'Écuyer c. Quail*, la Cour d'appel eut à se prononcer sur le caractère fautif d'un skieur ayant exécuté une technique de descente en ligne droite, utilisée principalement en compétition. Le juge LeBel écrivit que cette activité n'était pas en elle-même toujours interdite car dans un endroit adéquatement aménagé à cette fin, les risques de sa pratique pouvaient sans doute être contrôlés de façon appropriée¹⁴⁴.

Dans une autre affaire, cette même Cour exonéra de toute faute un automobiliste ayant happé un enfant dans la rue. Un des motifs était que l'accident eut lieu dans une petite rue en pente éclairée par une seule lumière. De plus, une automobile stationnée sur un des côtés réduisait d'autant plus la marge de manœuvre du conducteur¹⁴⁵. Dans le cours de sa discussion, le juge Rinfret tenta de démontrer l'influence du lieu sur la nature du devoir de chacun: «[s]'agit-il d'un accident dans une rue particulièrement dangereuse ou dans le voisinage d'une école, le degré d'attention au volant est accru et l'on sera plus sévère à peser

141. *Supra*, p. 477.

142. J.-L. BAUDOUIN et P. DESLAURIERS, *op. cit.*, note 24, p. 113; cf. P.-A. CRÉPEAU, *op. cit.*, note 4, p. 8.

143. *Lessard c. Paquin*, précité, note 68, p. 672.

144. *L'Écuyer c. Quail*, précité, note 41. Dans l'affaire *Canuel c. Sauvageau*, précité, note 131, p. 22, la Cour prit soin de spécifier que «[c]e qui est inadmissible dans un salon ne l'est pas nécessairement sur la glace»!

145. *Paradis c. Roy*, [1961] B.R. 234, 235.

l'obligation de voir ou de prendre les précautions nécessaires à parer à toute éventualité»¹⁴⁶.

À la lumière de notre courte discussion sur le niveau de prévisibilité que devrait posséder la personne raisonnable, probablement dérivée de la common law¹⁴⁷, nous concédons que les derniers mots de cet extrait, à savoir «prendre les précautions nécessaires à parer à toute éventualité», n'ont peut-être pas été formulés avec la rigueur idéale. Nous préférons cependant nous concentrer sur l'idée principale qui, comme celle véhiculée dans cette section, est l'importance que peut revêtir la détermination du caractère exact des lieux sur l'appréciation de la conduite d'une personne. Ainsi, nous croyons que c'est à bon droit que le juge Rinfret a souligné que la nature des lieux pourra dans certains cas accroître le devoir de prudence et diligence de chaque personne. «Pour reprendre une expression dont on a usé et abusé: chaque cas est un cas d'espèce»¹⁴⁸.

Section 2- Circonstances de temps

D'une manière générale, le traitement réservé aux circonstances de temps est similaire à celui des circonstances de lieu, toutes deux étant plus souvent qu'autrement reliées dans la même expression utilisée¹⁴⁹. Ainsi, les tribunaux analyseront la conduite de la personne à qui l'on reproche une faute en se plaçant au moment précis où l'acte ou omission reproché s'est produit.

D'abord, la jurisprudence, comme la doctrine, considérera la période de la journée ainsi que la période de l'année où la faute aurait été commise. Le facteur qui a suscité au Québec le plus de litiges est sans doute notre climat particulier. Les affaires *Curé et marguillier de l'œuvre et Fabrique de la paroisse Bon-Pasteur c. Gauthier*¹⁵⁰ et *Therrien-Sévigny c. Arguin*¹⁵¹ reposent toutes deux sur des faits analogues. Dans chaque cas, une personne, ayant chuté à cause de la présence de plaques de glace sur le terrain du défendeur, poursuit le propriétaire en invoquant son entretien

146. *Ibid.*, p. 237.

147. *Supra*, p. 467.

148. *Canuel c. Sauvageau*, précité, note 131, p. 22.

149. «[L]a règle d'or [du régime délictuel de la province de Québec] reste la conduite de l'homme raisonnable dans les circonstances de temps et de lieu révélées par la preuve.» *Lessard c. Paquin*, précité, note 68, p. 672.

150. [1990] R.R.A. 33 (C.A.).

151. [1990] R.R.A. 764 (C.A.).

négligent. En accueillant les prétentions des propriétaires, la Cour d'appel laissa entendre que l'on ne pouvait demander à ceux-ci de prévoir le cours des éléments, surtout au printemps quand la température possède la caractéristique de présenter de soudaines variations¹⁵². Au surplus, ajouta la Cour, la victime devait savoir ou prévoir qu'au Québec, les températures changeantes du printemps provoquent de fréquents phénomènes de gel et de dégel pouvant entraîner la formation de plaques de glace¹⁵³. De tels litiges se sont même rendus jusqu'en Cour suprême où celle-ci a tranché de la même manière que la Cour d'appel¹⁵⁴. Enfin, dans une dernière affaire, la Cour d'appel a retenu à juste titre, dans ses motifs d'exonération de l'automobiliste, le fait que l'accident eut lieu un soir de février vers 18h20 alors qu'il faisait «grand noir»¹⁵⁵.

Avant de clore notre survol de l'effet bien évident de ces circonstances de temps, nous ne pouvons toutefois passer sous silence un aspect moins discuté par la jurisprudence, mais qui nous apparaît néanmoins fort intéressant. En responsabilité civile, nous avons relevé deux arrêts de la Cour suprême qui traitent de cet aspect, à savoir la relation entre l'époque où la personne raisonnable doit être placée et la conduite de celle-ci.

Dans l'affaire *London & Lancashire Guarantee & Accident Company of Canada c. Compagnie F.X. Drolet*¹⁵⁶, la Cour suprême eut à déterminer si la compagnie intimée devait être tenue responsable de la chute d'un ascenseur qu'elle avait construit. Comme argument principal, l'assureur invoqua l'utilisation par l'intimée de freins en fonte alors que des freins en acier auraient offert une meilleure sécurité. En réponse à cet argument, l'opinion majoritaire rendue par le juge Taschereau concéda d'abord que l'acier est un matériel plus résistant et préférable à la fonte, mais qu'à l'époque de l'installation de cet ascenseur, soit en 1925, les deux types de freins étaient couramment employés par les «hom-

152. *Curé et marguillier de l'œuvre et Fabrique de la paroisse du Bon-Pasteur c. Gauthier*, précité, note 150, p. 34; cf. *Therrien-Sévigny c. Arguin*, précité, note 151, p. 769.

153. *Therrien-Sévigny c. Arguin*, précité, note 151, p. 769; cf. *Curé et marguillier de l'œuvre et Fabrique de la paroisse du Bon-Pasteur c. Gauthier*, précité, note 150, p. 34.

154. *Garberi c. Montréal (Cité de)*, précité, note 68, p. 409.

155. *Paradis c. Roy*, précité, note 145, p. 235.

156. [1944] R.C.S. 82.

mes de l'art»¹⁵⁷. La Cour conclut donc que «l'intimée [avait] agi avec prudence, comme tout homme raisonnable aurait agi en employant *dans le temps*, un matériel habituellement employé dans des cas identiques»¹⁵⁸ [italiques ajoutés]. Près de 25 ans plus tard, cet arrêt fut repris par la même Cour dans l'affaire *Delisle c. Shawinigan Water & Power Company*¹⁵⁹ où l'appelant, rendu invalide par un choc électrique reçu en installant une antenne de télévision sur le toit de sa maison, a poursuivi la compagnie intimée au motif que les standards de sécurité de celle-ci, bien que conformes à ceux prescrits par la Régie de l'électricité, étaient moindres que ceux d'Hydro-Québec. En retenant la position de l'intimée, la Cour suprême décida de suivre le précédent établi dans l'arrêt *Compagnie F.X. Drolet* et affirma que «celui qui est accusé de négligence se dispense en démontrant qu'il a agi suivant ce qui est généralement considéré acceptable à l'époque où il faut se placer pour apprécier sa conduite»¹⁶⁰. Appliquant le principe aux faits, elle ajouta que rien n'avait démontré qu'au moment où l'intimée a réaménagé la ligne, les normes d'Hydro-Québec étaient généralement considérées comme les seules acceptables et celles de la Régie de l'électricité comme insuffisantes ou périmées¹⁶¹.

Section 3 – Analyse de la partie qui allègue l'existence d'une faute

Le lecteur avisé aura sans doute remarqué que, dans tous les arrêts cités jusqu'à maintenant, les tribunaux ont analysé le standard de la personne raisonnable sous l'angle du défendeur. Dans la présente section, nous tenons à souligner que, malgré les apparences, cet angle d'étude demeurera le même. Cependant, aux fins de l'application du standard, le centre d'intérêt se déplacera sur l'entourage du défendeur, généralement constitué de la ou des personnes ayant subi le dommage. Par conséquent, pour des fins pratiques, nous désignerons cette personne en termes de «victime». Les questions auxquelles nous chercherons à répondre sont les suivantes: est-ce que l'entourage modifie la conduite qui est

157. *London & Lancashire Guarantee & Accident Company of Canada c. Compagnie F.X. Drolet*, précité, note 156, p. 85.

158. *Ibid.*, p. 87.

159. [1968] R.C.S. 744.

160. *Ibid.*, p. 751.

161. *Ibid.*

attendue de la personne raisonnable? Et si oui, de quelle manière¹⁶²?

A) *Accroissement de l'intensité de l'obligation de prudence et de diligence*

Il est des cas où les tribunaux ont explicitement décidé qu'en raison de certaines circonstances, le défendeur est tenu à une prudence et diligence accrues. En matière de prévisibilité, Baudouin et Deslauriers reconnaissent que son fardeau sera plus élevé lorsque la victime potentielle est un enfant, une personne inexpérimentée ou dont les facultés de jugement sont diminuées¹⁶³.

Les faits dans l'affaire *Vallières c. Institut Doréa Inc.*¹⁶⁴ mettent en cause un adolescent de dix-sept ans placé dans une institution de réhabilitation pour jeunes avec difficultés d'apprentissage, qui se blesse gravement en utilisant une scie circulaire, malgré les interdictions répétées de ses superviseurs. Dans ses motifs, le juge Mayrand reprend les conclusions de faits du juge de première instance et rappelle que l'appelant souffrait de troubles affectifs, était psychologiquement plus jeune que son âge, était porté à agir sans réfléchir et était plus maladroit que la majorité des gens¹⁶⁵. Après avoir pris soin de souligner que «la conduite du préposé n'aurait pas été fautive s'il avait eu à surveiller un enfant doué et élevé dans un milieu familial normal»¹⁶⁶, la Cour d'appel énonce la règle de droit devant s'appliquer en l'espèce: un bon père de famille est tenu à une prudence accrue lorsqu'il se trouve en présence d'un enfant handicapé et exposé à céder à l'attrait d'un outil dangereux¹⁶⁷.

Sans qu'il en ait été fait mention, la *ratio* de cet arrêt a été directement suivie dans des arrêts subséquents. Dans l'affaire *Centre d'expédition et de plein air Laurentien c. Légaré*¹⁶⁸, l'intimée avait intenté une action suite à la noyade de son époux alors qu'il participait à une descente de *rafting* organisée par l'appe-

162. Il convient de mentionner à des fins comparatives qu'en common law, le juge des faits tiendrait davantage compte de facteurs dits subjectifs dans l'évaluation de la conduite du plaignant que dans celle du défendeur: J.G. FLEMING, *op. cit.*, note 33, p. 119.

163. J.-L. BAUDOUIN et P. DESLAURIERS, *op. cit.*, note 24, p. 114.

164. *Vallières c. Institut Doréa Inc.*, précité, note 39.

165. *Ibid.*, p. 264.

166. *Ibid.*, p. 265.

167. *Ibid.*, p. 266.

168. [1998] R.R.A. 40 (C.A.).

lante. En rejetant l'appel, la Cour a conclu que le guide de l'appelante ne s'était pas conduit en personne raisonnable parce qu'il avait autorisé la descente alors que le débit de la rivière était quatre fois plus élevé qu'en temps normal et que les participants n'avaient pas l'expérience de telles activités¹⁶⁹. Par conséquent, ces deux éléments auraient dû amener l'appelante, dès le départ, à redoubler de prudence et de vigilance.

B) Diminution de l'intensité de l'obligation de prudence et diligence

Les tribunaux ont retenu deux facteurs qui influenceront la conduite de la personne raisonnable: d'une part, la conduite de la victime, et d'autre part, les caractéristiques personnelles de cette dernière.

Baudouin et Deslauriers affirment que l'article 1470 C.c.Q. a codifié la jurisprudence sur la force majeure en la définissant comme tout événement non imputable au défendeur, pouvant inclure l'acte d'un tiers¹⁷⁰. Sans entrer dans des détails qui déborderaient le cadre du présent texte, il demeure quand même utile de remarquer qu'en abordant la situation sous l'angle du standard de la personne raisonnable, la force majeure constitue, de par sa définition même, un événement que le bon père de famille ne pouvait prévoir ni éviter. Similairement, il y aurait lieu de faire un parallèle avec les arrêts qui analysent l'effet de la conduite de la victime sur celle qu'aurait tenue la personne raisonnable.

D'abord, dans l'affaire *Paradis c. Roy* déjà étudiée, nous avons vu que la Cour d'appel a refusé de reconnaître une faute de l'automobiliste. En plus des motifs de circonstances de temps et de lieu qui ont rendu l'accident inévitable, la Cour a aussi considéré la conduite de l'enfant. Ainsi, au moment de l'accident, la victime avait elle-même décidé de s'amuser dans l'obscurité au milieu d'une rue et ce, sans compter qu'elle était vêtue pour l'occasion «de brun foncé»¹⁷¹. Ces facteurs avec d'autres ont ainsi rendu toute prévisibilité impossible. Pareillement, dans l'arrêt *Pelletier c. Lessard*¹⁷², la Cour d'appel a tenu compte de l'influence des demandes

169. *Ibid.*, p. 44.

170. J.-L. BAUDOUIN et P. DESLAURIERS, *op. cit.*, note 24, p. 372, 774.

171. *Paradis c. Roy*, précité, note 145, p. 237.

172. *Pelletier c. Lessard*, précité, note 42.

des locataires d'être protégés contre le vol sur la réaction qu'aurait eue en pareilles circonstances le propriétaire raisonnable.

La Cour suprême, dans l'affaire *Guardian Insurance Company of Canada c. Sharp*¹⁷³, s'est aussi penchée sur la conduite de la victime. À ce niveau, le juge Taschereau a considéré deux points. D'abord, il a remarqué que la tâche d'exécuter un travail spécial n'avait pas été confiée aux comptables défendeurs. Ensuite, le juge a présumé que les comptables étaient tenus d'accorder moins d'attention à certains détails lorsque les employés de la compagnie qui avait engagé les services des défendeurs, exerçaient déjà un contrôle serré de ses affaires. Du reste, c'était ce qu'un cadre de la compagnie avait répondu aux comptables lorsque ceux-ci avaient suggéré de communiquer avec les débiteurs de la compagnie afin de vérifier leurs dettes¹⁷⁴. Cette affaire peut aussi être analysée du point de vue des supériorités d'une personne morale. En effet, nous croyons qu'il est possible de prétendre que la structure même de cette personne morale lui conférait une supériorité suffisamment importante, c'est-à-dire un niveau supérieur de contrôle interne, pour dégager les défendeurs d'un devoir de déceler les fraudes. Si cet arrêt n'a pas explicitement abordé la question sous cet angle, d'autres précédents nous amènent à croire à la validité d'une telle analyse.

L'arrêt *Proulx c. Société de placements & Co. Ltée*¹⁷⁵ porte sur les importantes pertes subies par un client, à la suite de ventes à découvert effectuées par la maison de courtages. Au nom de la Cour, le juge Mayrand a rejeté l'appel du client, considérant notamment que celui-ci était un «homme d'affaires familial avec les opérations boursières» et savait que son courtier avait l'obligation de livrer les actions vendues à découvert dans le délai prévu par règlement. Mettant l'accent sur les caractéristiques du client, la Cour se permet d'ajouter en *obiter* que le courtier aurait failli à son devoir d'agir avec l'habileté convenable et tous les soins d'un bon père de famille si le client avait été un «homme inexpérimenté en matière d'opérations boursières»¹⁷⁶. L'appelant étant très au fait du commerce des valeurs mobilières, la Cour adopte la conclusion du juge de première instance selon laquelle le demandeur ne pouvait ignorer que les délais de livraison de la vente à

173. Précité, note 68.

174. *Ibid.*, p. 172.

175. Précité, note 119.

176. *Ibid.*, p. 122.

découvert étaient expirés. L'approche suivie dans l'affaire *Proulx* et déduite de l'affaire *Sharp* s'observe aussi dans un autre arrêt de la Cour suprême, *Swift c. MacDougall*¹⁷⁷, où le juge De Grandpré, rejetant le pourvoi de l'appelant, cite avec approbation un extrait des motifs de la Cour d'appel qui a mentionné que celui-ci avait une bonne connaissance préalable des lieux, de leur conformation et de leur éclairage.

Enfin, l'arrêt *Ouellet c. Cloutier*¹⁷⁸ constitue un précédent dont les faits peuvent mener à des conclusions opposées quant à la détermination du degré requis de prudence et de diligence. Dans cette affaire, le jeune Ouellet, âgé de dix ans, fut sérieusement blessé alors qu'il tentait par lui-même d'arrêter le batteur d'un tracteur, dans le cadre de travaux à la ferme. En principe, la doctrine en droit civil prévoit que «si l'âge n'intervient pas dans l'appréciation du comportement de l'enfant lui-même, il est une donnée à laquelle les tiers doivent adapter leur attitude»¹⁷⁹. Cependant, par quatre décisions concurrentes, la Cour suprême rejeta unanimement l'appel du père de l'enfant contre le propriétaire du moulin à battre. Le juge Taschereau retint les conclusions de fait du juge Pratte de la Cour du Banc du Roi qui releva que l'enfant avait l'habitude de participer aux travaux de la ferme et qu'il avait une connaissance des choses de la ferme, notamment du fonctionnement des machines agricoles¹⁸⁰. En se basant sur ces faits, le juge Taschereau statua que l'acte de l'enfant constituait une imprudence que le défendeur ne pouvait pas prévoir.

C) Transposition de l'analyse des caractéristiques personnelles

En revenant sur la jurisprudence analysée dans cette section, il y a lieu de tirer certaines observations. D'abord, la conduite de la victime peut mener à l'exonération de l'auteur du dommage, sans que la victime ait nécessairement commis une faute. C'est notamment le cas de l'enfant qui s'amuse dans le noir au milieu d'une rue publique, vêtu de vêtements sombres¹⁸¹ ou des locatai-

177. [1976] 1 R.C.S. 240.

178. *Ouellet c. Cloutier*, précité, note 35.

179. P. CONTE, *loc. cit.*, note 27, p. 8. «[O]n s'attendra, par exemple, à un standard plus élevé de prévisibilité lorsque la victime potentielle est un enfant». J.-L. BAUDOIN et P. DESLAURIERS, *op. cit.*, note 24, p. 114.

180. *Ouellet c. Cloutier*, précité, note 35, p. 525.

181. *Paradis c. Roy*, précité, note 145.

res qui exercent des pressions à l'endroit de leur propriétaire pour les protéger du vol¹⁸².

Quant aux autres arrêts qui traitent des caractéristiques de la victime, nous avons constaté que les tribunaux avaient réduit l'intensité du devoir de prudence et de diligence auquel était tenu le défendeur. Cette réduction s'est observée dans des cas où la victime était un homme d'affaires d'expérience¹⁸³ ou une personne ayant des connaissances particulières d'un lieu ou de la nature des travaux à effectuer¹⁸⁴. Or, ces caractéristiques se classent parfaitement sous le concept de supériorités individuelles que nous avons défini dans la Première partie. De plus, dans cette même partie, nous avons aussi souligné que les supériorités que possède un individu seront attribuées à la personne raisonnable en vertu de la règle de bon sens selon laquelle le bon père de famille met à profit les aptitudes particulières qu'il a acquises. Revenant à la situation de la victime, nous sommes donc tenté de croire que la jurisprudence a similairement entrepris de transposer à la victime l'analyse des caractéristiques personnelles du défendeur. Cette transposition nous paraît par ailleurs moralement bien fondée car si l'on convient que tout individu raisonnable possédant des dispositions particulières les utilisera pour le bien commun, nous ne voyons pas pourquoi cette règle ne s'appliquerait pas également à la victime.

Toutefois, plus intrigant est le cas des infériorités de la victime. Nous savons que le modèle de la personne raisonnable exclut les infériorités psychologiques de l'individu dont on évalue la conduite¹⁸⁵. Or nous réalisons que deux arrêts de la Cour d'appel ont identifié une faute chez des défendeurs qui n'avaient pas tenu compte de manière satisfaisante des personnes avec qui ils étaient en relation, à savoir d'une part un adolescent aux capacités intellectuelles diminuées¹⁸⁶, et d'autre part, un adulte sans expérience dans le domaine du *rafting*¹⁸⁷. S'agissant là de deux exemples d'infériorités psychologiques, voilà un obstacle majeur à une application intégrale du critère de la personne raisonnable à la victime dont le résultat contribuerait par la suite à déterminer

182. *Pelletier c. Lessard*, précité, note 42.

183. *Proulx c. Société de placements & Co.*, précité, note 119.

184. *Swift c. MacDougall*, précité, note 177; *Ouellet c. Cloutier*, précité, note 35.

185. *Supra*, p. 480.

186. *Vallières c. Institut Doréa Inc.*, précité, note 39.

187. *Centre d'expédition et de plein air Laurentien c. Légaré*, précité, note 168.

l'existence de la faute du défendeur. Quant à nous, nous préférons garder l'analyse sous l'angle de ce défendeur. Bien que les exemples jurisprudentiels traitant de cette question soient limités, nous percevons néanmoins une orientation différente qui est confirmée par les principes généraux découlant de l'élaboration du profil de la personne raisonnable. En effet, nous tirons de l'arrêt *Vallières c. Institut Doréa Inc.* que la Cour, en condamnant l'intimé, a laissé entendre que les superviseurs de ce dernier avaient la **connaissance préalable des infériorités intellectuelles de la victime**. Pareillement, dans l'affaire *Légaré*, le guide de l'appelante savait ou était censé savoir que les clients n'avaient généralement aucune expérience préalable de descentes de *rafting*¹⁸⁸. La personne raisonnable aurait certainement agi conformément à ce qu'elle connaissait de la victime, que ces connaissances aient trait à des caractéristiques physiques ou psychologiques.

TITRE II – CONTEXTE JURIDIQUE

Section 1 – Degré de pertinence quant à la distinction du régime général de responsabilité

La détermination de l'influence du contexte juridique sur notre modèle de personne raisonnable amène d'abord à considérer si la division des deux ordres de responsabilité est susceptible de modifier les caractéristiques ou l'application du modèle. En d'autres termes, la question est de savoir si le critère du bon père de famille dans un régime de responsabilité est le même que dans l'autre.

D'abord, connaissant maintenant l'évolution historique du standard de la personne raisonnable et son expansion du domaine contractuel au domaine extracontractuel, nous savons que l'intention première des auteurs de l'ancien droit était de développer une notion de faute délictuelle conforme à celle existant alors en droit contractuel¹⁸⁹. Mazeaud et Tunc ont écrit que l'unité conceptuelle des deux régimes de responsabilité découle d'une part de la nécessité d'apprécier la faute contractuelle de la même manière que la faute délictuelle et quasi délictuelle¹⁹⁰. D'autre part, ces auteurs

188. *Ibid.*, p. 44.

189. *Supra*, p. 465.

190. H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *op. cit.*, note 1, p. 66.

sont aussi d'avis qu'un examen des travaux préparatoires et des textes du Code civil français révèle qu'un triple principe gouvernait tous les régimes de responsabilité civile: nécessité d'une faute, faute quelconque suffisante et appréciation *in abstracto* de la faute¹⁹¹. Ainsi, le standard en responsabilité civile de la personne raisonnable s'élabore et s'applique de manière relativement constante et indépendamment du fait que l'on se trouve sous le régime de responsabilité contractuelle ou extracontractuelle.

En droit québécois, la situation est similaire. Baudouin et Deslauriers sont d'avis que «le législateur québécois, en traitant en strict parallèle la faute contractuelle et extracontractuelle aux articles 1457 et 1458 C.c.Q. souligne l'incontestable unité conceptuelle de cette notion»¹⁹². Il convient de mentionner que l'unité qui est reconnue demeure au niveau conceptuel (par opposition à une comparaison sur le plan technique des deux régimes), ce qui peut expliquer pourquoi l'application et la caractérisation du standard de la personne raisonnable ne changerait pas substantiellement d'un régime à l'autre. De même, Crépeau a exprimé ainsi le fondement de l'«unité théorique de la responsabilité civile»: «que sa source soit contractuelle ou extracontractuelle, la responsabilité civile découle de l'inexécution fautive et dommageable d'une obligation juridique»¹⁹³. Qu'il s'agisse d'une inexécution d'une obligation découlant d'un contrat ou d'une loi, sera donc fautif l'individu qui affiche un comportement social ne correspondant pas au modèle que la société attend de lui.

En matière d'obligation de moyens, le critère du bon père de famille a même défini l'étendue de cette obligation qui consiste précisément à agir comme une personne prudente et diligente. Il en serait aussi de même de toutes les obligations contractuelles supplétives insérées dans le *Code civil du Québec* relativement aux contrats nommés¹⁹⁴. À l'intérieur du champ des obligations contractuelles, c'est l'intensité attribuée à chacune d'entre elles qui déterminera l'applicabilité du critère de la personne raisonnable. En admettant donc que le critère du bon père de famille

191. *Ibid.*, p. 67.

192. J.-L. BAUDOUIN et P. DESLAURIERS, *op. cit.*, note 24, p. 24, 105, 691. Par ailleurs, plusieurs différences importantes sont soulevées dans de telles analyses comparatives, notamment aux niveaux des sources et de l'«aménagement pratique» des deux ordres de responsabilité.

193. Paul-André CRÉPEAU, «La fonction du droit des obligations», (1998) 43 *R.D. McGill* 730, 776.

194. P.-A. CRÉPEAU, *op. cit.*, note 4, p. 10.

constitue le mode d'évaluation de l'exécution des obligations de moyens, il nous paraît raisonnable d'affirmer qu'une importante partie de l'ensemble de nos rapports contractuels est assujettie à un standard identique à celui à la base du régime de responsabilité extracontractuelle. De là, il n'y a qu'un pas à franchir pour réunir l'obligation de moyens en droit contractuel avec, selon les termes de Baudouin et Deslauriers, «l'obligation générale de ne pas nuire à autrui, base de la responsabilité extracontractuelle»¹⁹⁵. Ce rapprochement est confirmé par Crépeau quand il écrit qu'«[i]l importe peu que l'obligation soit d'origine contractuelle ou légale, l'intensité de l'obligation est, en principe, identique»¹⁹⁶.

Bien entendu, le parallèle effectué n'est pas absolument symétrique, d'où la pertinence de garder à l'esprit cette distinction quant à la source de la responsabilité. Entre autres, le débiteur d'une obligation de résultat ou de garantie ne pourra s'exonérer de sa responsabilité en prouvant qu'il a agi conformément à un bon père de famille¹⁹⁷.

De plus, en examinant les situations impliquant des supériorités professionnelles et particulières, l'analyse de la jurisprudence sur ces deux caractéristiques a révélé que les fautes alléguées contre les personnes possédant de telles aptitudes se classifiaient plus souvent qu'autrement sous le régime de responsabilité contractuelle. Ainsi, la partie qui allègue qu'une personne a commis une faute professionnelle a généralement engagé avec cette dernière une relation contractuelle où, contre rémunération, le professionnel offre certains services relevant de son domaine de spécialité. Pareillement, dans le cas des supériorités particulières, les arrêts étudiés trouvaient généralement leur source en responsabilité contractuelle. Nous reconnaissons évidemment les limites d'un lien pouvant être fait entre la source de la responsabilité et la nature des caractéristiques du défendeur. En effet, il arrive aussi que la responsabilité extracontractuelle implique une analyse de l'effet des aptitudes que possédait la partie défenderesse sur la conduite qu'elle aurait dû adopter. Une solution de

195. J.-L. BAUDOUIN et P. DESLAURIERS, *op. cit.*, note 24, p. 108.

196. P.-A. CRÉPEAU, *op. cit.*, note 4, p. 11; P.-A. CRÉPEAU, *loc. cit.*, note 193, p. 777.

197. P.-A. CRÉPEAU, *op. cit.*, note 4, p. 12. Cependant, *quaere* quant à l'idée que le bon père de famille qui s'est engagé à une obligation de résultat prendra tous les moyens à sa disposition pour remplir son obligation et que seule une cause externe ne pouvant lui être imputée l'empêchera d'atteindre le résultat promis.

rechange à ce premier type de distinction consisterait plutôt à définir la qualité des parties, selon que la relation entre elles met en cause le débiteur, le créancier ou un tiers.

Section 2 – Qualité des parties

Les principes de droit contractuel nous amènent à nous interroger quant aux conséquences juridiques de la prédétermination des engagements convenus par les parties au contrat sur un possible standard général de conduite exigé à leur endroit. Lorsqu'il s'agit du débiteur, nous avons vu qu'à moins de stipulation contraire, l'article 1458 C.c.Q. édicte pour celui-ci une obligation générale consistant à apporter à l'exécution de l'ensemble de ses obligations le soin d'une personne normalement prudente et diligente¹⁹⁸. Dans une affaire de la Cour d'appel, celle-ci a déterminé que l'employeur débiteur d'une obligation d'informer dans le délai prévu les employés visés par une mise à pied, est tenu d'agir de bonne foi dans ses prévisions de mises à pied¹⁹⁹. La Cour s'est chargée par la suite de préciser que, face à semblable question, la conduite du débiteur soumis à une telle obligation doit être comparée à celle du «modèle abstrait du débiteur avisé et diligent, qui est une émanation de la notion classique du bon père de famille»²⁰⁰.

Pour ce qui est du créancier, plusieurs seraient tentés *a priori* de croire que, par définition, ce dernier n'est soumis à aucun devoir. Pourtant, les articles 6 et 7 C.c.Q. disposent déjà que nul ne peut exercer ses droits civils d'une manière contraire aux exigences de la bonne foi. L'existence de règles de conduite à l'égard du créancier avait aussi été reconnue par la doctrine française. Ainsi, c'est en ces termes que Mazeaud et Tunc voyaient l'obligation de collaboration de ce dernier: «le créancier ne peut toujours se borner à attendre l'exécution de l'obligation sans y collaborer, lui aussi, en bon père de famille»²⁰¹. L'arrêt souvent cité *Houle c. Banque Nationale du Canada*²⁰² consacre, à l'intérieur de la théorie de l'abus de droits contractuels, le manquement, par le titulaire d'un droit, à son devoir de l'exercer de manière raison-

198. J.-L. BAUDOUIN et P. DESLAURIERS, *op. cit.*, note 24, p. 693.

199. *Commission des normes du travail c. Hawker Siddeley Canada Inc.*, [1989] R.J.Q. 2123 (C.A.).

200. *Ibid.*, p. 2128.

201. H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *op. cit.*, note 1, p. 808.

202. [1990] 3 R.C.S. 122.

nable ou de façon compatible avec la conduite d'un individu prudent et diligent²⁰³. Pour la Cour, la juge L'Heureux-Dubé a précisé les conséquences de ce manquement en se référant à la doctrine française qui enseigne que: «celui qui, prétendant exercer les prérogatives que la loi lui confère, n'agit pas comme le ferait un individu normalement prudent et raisonnable, commet une faute que l'on qualifiera d'abus»²⁰⁴. Appliquant ce standard à la conduite de la banque dans le rappel de son prêt, la Cour conclut qu'ayant agi d'une façon soudaine, impulsive et dommageable, la banque a abusé de son droit contractuel de rappel et aurait donc été responsable des dommages subis par l'emprunteur.

L'affaire *Houle* constitue aussi l'autorité qui établit l'existence d'un devoir du cocontractant à l'égard des tiers. Dans cet arrêt, la Cour suprême devait par ailleurs déterminer si les actionnaires de la compagnie emprunteuse possédaient un recours contre la banque qui avait décidé de rappeler son prêt à l'endroit de la compagnie sans accorder de délai. Ce rappel du prêt a eu comme conséquence de modifier radicalement le cours des négociations que les actionnaires avaient entreprises dans le but de vendre leurs actions de la compagnie. Ayant constaté que les actionnaires, n'étant pas partie au contrat, ne pouvaient avoir de recours contractuel contre la banque, la juge L'Heureux-Dubé a ensuite discuté de la question visant à déterminer si la banque était quand même tenue à une obligation générale de prudence et de diligence à l'égard des tiers en vertu du régime de responsabilité délictuelle. Se tournant vers l'article 1053 C.c.B.-C., la juge énonce qu'en raison de la nature des relations entre les actionnaires et la banque, cette dernière avait une «obligation légale générale de ne pas, par son fait, causer préjudice aux parties à une vente dont elle sait qu'elle est imminente»²⁰⁵. Appliquant cette règle aux faits en l'espèce, elle conclut «[qu']au courant de l'imminence de la vente, la banque avait, comme toute personne, le devoir d'agir de façon prudente et diligente pour éviter de causer préjudice aux actionnaires»²⁰⁶.

Cet arrêt de la Cour suprême constitue à notre avis une interprétation fidèle des principes généraux du *Code civil du Bas-Canada*. En effet, il semble *a priori* logique d'imaginer que le fait

203. *Ibid.*, p. 150.

204. *Ibid.*, p. 151.

205. *Ibid.*, p. 184.

206. *Ibid.*

pour un individu d'être partie à un contrat et d'exercer les droits en découlant ne devrait pas le soustraire aux règles générales de la responsabilité extracontractuelle à l'égard de tous les autres. Cependant, nous observons que, dans ses motifs, la Cour s'est explicitement gardée de rendre l'existence de cette «obligation légale générale» indépendante des obligations contractuelles des parties, allant même jusqu'à préciser que «de façon générale, les obligations contractuelles ne donnent pas naissance à une obligation légale générale d'agir raisonnablement envers les tiers»²⁰⁷; il faudra, pour que soit engagée la responsabilité délictuelle de la banque, une obligation légale «transcendant les obligations d'ordre contractuel»²⁰⁸. Dans l'affaire *Houle*, l'élément additionnel ayant convaincu la Cour de soumettre la banque à cette obligation légale générale consistait en la connaissance de celle-ci des négociations des actionnaires en vue de vendre leurs actions de la compagnie. Nous nous trouvons donc devant une situation singulière avec d'une part, une obligation générale de prudence et de diligence qui devrait recevoir une application générale aux relations entre individus en vertu de l'article 1053 C.c.B.-C. et d'autre part, une application de cette obligation dans les rapports contractuels limitée seulement à des situations d'espèce. Moins de deux ans après avoir rendu l'arrêt *Houle*, la Cour suprême eut l'occasion de revisiter la formulation de son obligation du cocontractant à l'égard des tiers.

Les faits de l'arrêt *Banque de Montréal c. Bail Ltée*²⁰⁹ ont débuté par l'octroi par Hydro-Québec, à la suite d'un appel d'offres, d'un contrat de construction à l'intimée qui, à son tour, a sous-traité une partie des travaux. Dès le début des travaux, le sous-traitant s'est plaint des mauvaises conditions du sol, dont la cause sera éventuellement identifiée comme provenant de l'inexactitude des documents annexés à l'appel d'offres. La banque, devenue entre-temps cessionnaire des créances du sous-traitant, engage alors une action en responsabilité délictuelle contre Hydro-Québec.

Le juge Gonthier, au nom de la Cour, commence sa discussion en droit en précisant d'emblée qu'il a été décidé à bon droit dans l'affaire *Houle* que la simple violation d'une obligation contractuelle par une partie n'engagera pas en principe sa responsabilité

207. *Ibid.*

208. *Ibid.*, p. 182.

209. [1992] 2 R.C.S. 554.

délictuelle à l'égard des tiers²¹⁰. Cependant, il explique qu'une telle violation constitue à l'égard du tiers un fait juridique qui, pour donner ouverture à une action en responsabilité délictuelle, doit remplir les conditions de ce régime. Il place alors le manquement aux obligations contractuelles comme une «circonstance pertinente» à l'évaluation de la faute délictuelle. Ces repères préalables étant posés, le juge Gonthier dirige son analyse vers l'évaluation de la conduite du cocontractant à l'égard des tiers en fonction du devoir général imposé par l'article 1053 C.c.B.-C. Il affirme qu'en vertu de ce devoir, «il faut déterminer si la partie recherchée en responsabilité s'est comportée en personne raisonnable à l'égard des tiers, ou autrement dit quelle conduite un contractant raisonnable aurait adoptée face aux tiers»²¹¹. Puis, dans un paragraphe sans équivoque, la Cour énonce la règle de droit à laquelle les parties au contrat doivent se soumettre à l'égard des tiers:

Les parties au contrat sont donc délictuellement responsables des dommages qu'elles pourraient causer aux tiers dans le cadre de leur relation contractuelle, de par leur manquement à la norme de conduite raisonnable dans les circonstances de cette relation.²¹²

La Cour suprême va même jusqu'à préciser qu'en vertu du régime de responsabilité délictuelle, même en l'absence de faute contractuelle, un cocontractant aura commis une faute s'il a manqué à son devoir général d'agir raisonnablement. Il en découle aussi qu'inversement, une faute contractuelle ne donnera pas automatiquement ouverture à la responsabilité délictuelle en faveur des tiers, mais dans ce cas, la tâche de ces derniers sera quand même grandement facilitée. Se reportant alors au cas en l'espèce, la Cour juge qu'Hydro-Québec, étant tenue d'agir raisonnablement à l'égard du tiers sous-traitant, a failli aux normes de comportement d'une personne raisonnable en faisant défaut à son obligation de renseignement à l'égard de l'autre partie au contrat, cette obligation étant aussi à l'avantage du sous-traitant²¹³.

Au terme de cette section, il y a lieu de retenir deux idées. Premièrement, l'affaire *Houle* confirme le devoir de chaque partie d'agir en personne raisonnable dans l'exercice de ses droits et obligations. Plus particulièrement, dans le cadre de leur relation con-

210. *Banque de Montréal c. Bail Ltée*, précité, note 209, p. 581.

211. *Ibid.*, p. 582.

212. *Ibid.*, p. 583.

213. *Ibid.*, p. 595.

tractuelle, les parties sont aussi tenues d'agir comme des personnes raisonnables envers les tiers. Deuxièmement, la Cour suprême a pris soin de mentionner dans au moins deux arrêts que le manquement d'une partie à ce devoir envers l'autre partie n'engagera pas automatiquement sa responsabilité délictuelle envers les tiers. Pour réussir son recours en dommages, le tiers devra remplir les exigences habituelles du régime de responsabilité délictuelle. Si la faute contre le tiers est née dans le cadre de relations contractuelles, la Cour suprême a alors exigé une preuve supplémentaire établissant un défaut à l'obligation générale distincte de la partie d'agir raisonnablement envers les tiers.

Section 3 – Variations du standard de la personne raisonnable en fonction de la législation

Dans cette section, nous étudierons l'effet de la loi sur le standard de la personne raisonnable. À première vue, le caractère obligatoire de la loi nous suggérerait qu'elle constitue l'instrument en mesure de modifier la conduite exigée de la personne raisonnable. Pourtant, la jurisprudence nous enseignera qu'il y aura certaines nuances à faire. Nous illustrerons notre propos en discutant des normes élémentaires de prudence et des régimes de présomptions légales.

– Norme élémentaire de prudence

Le point de départ de l'analyse est l'arrêt *Morin c. Blais*²¹⁴ dans lequel la Cour suprême du Canada a posé le principe que la contravention à une règle de droit qui exprime une norme élémentaire de prudence constitue une faute civile. De plus, lorsque cette faute est suivie d'un dommage, une présomption simple de causalité entre la faute et le dommage sera établie. À ce principe, une minorité de la Cour est même d'opinion que «l'homme raisonnable de 1053 C.c. a l'obligation de vivre en deçà des plafonds prescrits par la loi lorsque les circonstances l'exigent»²¹⁵. Il est à remarquer que l'état actuel du droit en responsabilité professionnelle semble indiquer une interprétation plus restreinte des principes de l'arrêt *Morin c. Blais*. Ainsi, dans une revue de la jurisprudence récente dans ce domaine, l'auteure Jobin-Laberge a observé que le respect d'une telle norme ne pourrait dégager le professionnel de sa responsabilité que dans les cas où elle consisterait en une direc-

214. [1977] 1 R.C.S. 570.

215. *Morin c. Blais*, précité, note 214, p. 577.

tive spécifique, soit une disposition définissant strictement les modalités d'exécution d'une activité²¹⁶. Quant à la norme élémentaire de prudence qui accorde au professionnel une discrétion dans son exécution, ce dernier conservera le fardeau de prouver qu'il a exercé sa discrétion en prenant les précautions raisonnables, malgré le fait qu'il ait respecté ces normes²¹⁷. Enfin, l'auteure fait remarquer que dans les rares cas où les tribunaux utilisent des normes réglementaires pour décider de la responsabilité civile, ils reviennent presque toujours aux devoirs généraux de diligence raisonnable, car une analyse de *Morin c. Blais* doit toujours s'insérer à l'intérieur du régime général de responsabilité civile²¹⁸.

Par ailleurs, la détermination des différentes normes édictées par le législateur en tant que normes élémentaires de prudence exige un consensus sur la signification de ce terme, ce qui n'est pas toujours le cas. Si les dispositions sur la sécurité routière peuvent facilement être perçues comme des normes élémentaires de prudence, la Cour, dans l'affaire *Morin c. Blais*, ne fournit aucune indication de ce que pourraient constituer de telles normes dans d'autres situations. Sur cette question, l'arrêt *Pelletier c. Lessard*²¹⁹ ajoute cependant une intéressante précision. Dans cette affaire, la Cour d'appel effectue une distinction importante entre la prudence ordinaire et la prudence élémentaire. Le juge Nichols définit cette dernière comme une règle «que tout individu capable de discerner le bien du mal devrait observer [...] car elle ne s'adresse pas seulement à la moyenne des gens, mais à la masse des gens»²²⁰. Par opposition, la prudence ordinaire viserait l'individu moyen et non pas l'individu le plus avisé, ni le plus «creux».

À la lumière de notre analyse sur les fondements de l'attribution des caractéristiques de la personne raisonnable, nous ne pouvons nous empêcher de questionner la distinction effectuée par la Cour d'appel entre la masse des gens et la moyenne des

216. Odette JOBIN-LABERGE, «Normes, infraction et faute civile», dans Service de formation permanente du Barreau du Québec, *Développements récents en déontologie, droit professionnel et disciplinaire*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, p. 35; voir aussi *Ryan c. Ville de Victoria*, [1999] 1 R.C.S. 201.

217. O. JOBIN-LABERGE, *loc. cit.*, note 214, p. 55.

218. *Ibid.*, p. 34; cf. *Compagnie d'assurance Continental du Canada c. 136500 Canada Inc.*, [1998] R.R.A. 707 (C.A.).

219. *Pelletier c. Lessard*, précité, note 42.

220. *Ibid.*, p. 194.

gens. S'il n'y a pas lieu de s'objecter à la première partie de la définition de prudence élémentaire selon laquelle toute personne capable de discernement devrait observer une telle règle, l'introduction que fait la Cour d'une notion d'«individu moyen» sans autre explication nous laisse perplexe. En effet, qui est cet individu moyen? L'interprétation qui découle des motifs du juge Nichols est que la masse des gens est tenue à la prudence élémentaire mais non pas à la prudence ordinaire qui ne vise qu'un groupe plus restreint de la société, à savoir les individus qui répondent aux critères de l'«individu moyen». En vertu de l'affaire *Morin c. Blais*, la personne raisonnable respecte toutes les règles de prudence élémentaire, et c'est ce que le juge Nichols confirme lorsqu'il affirme que la prudence élémentaire s'adresse à la masse des gens, expression que nous comprenons comme référant à tous sans exception. En partant de la prémisse selon laquelle le standard de la personne raisonnable s'applique à chaque individu capable de discernement – et par conséquent à la «masse des gens» – nous nous retrouvons donc devant le résultat suivant: la personne raisonnable est tenue aux règles de prudence élémentaire, mais pas aux règles de prudence ordinaire.

Il aurait été souhaitable que, dans ses motifs, la Cour d'appel ait pris la peine de définir ce qu'elle entendait exactement par «prudence ordinaire» hormis qu'elle ne vise pas «l'individu le plus avisé ni le plus creux». Par ailleurs, cet arrêt nous amène aussi à nous questionner sur le bien-fondé d'une référence à une moyenne lorsque vient le temps de comparer la conduite d'une personne à celle d'un modèle de référence. Dejean de la Batie avait déjà justifié l'attitude des juges qu'ils avaient d'évaluer le comportement des justiciables en référant à leur propre raison sur la base que la raison était commune pour toute personne²²¹. En acceptant ce dernier principe, l'utilisation de termes relatifs à la «moyenne» est alors pour le moins équivoque.

– Effet de l'existence des régimes légaux de présomptions

En responsabilité civile, le législateur a aussi édicté deux régimes légaux de présomption. Considérant que l'obligation de se comporter en personne raisonnable s'applique de façon générale, la question est alors de savoir si un déplacement du fardeau de preuve altérera l'intensité de cette obligation. Par exemple,

221. N. DEJEAN DE LA BATIE, *op. cit.*, note 2, p. 159.

l'éducateur, dans ses rapports avec les mineurs sous son autorité, est évidemment tenu de respecter la règle générale de l'article 1457 C.c.Q. Cependant, en plus de cette règle, le *Code civil du Québec* a ajouté une présomption de faute lorsqu'un mineur sous son autorité a causé un dommage à un tiers (art. 1459 C.c.Q.). Dans l'arrêt *O'Brien c. Québec (P.G.)*²²², un instituteur employé par le gouvernement devait faire face à une telle présomption lorsque dans le cadre de travaux pratiques qu'il supervisait, un de ses élèves fut blessé par l'explosion d'un détonateur. Appliquant la présomption de faute édictée à l'époque par l'article 1054 C.c.B.-C., la Cour suprême posa le principe que l'instituteur «sera à l'abri de toute responsabilité civile, s'il démontre qu'il a fait ce qui était raisonnablement possible de faire, s'il a agi comme aurait agi un bon père de famille dans des conditions identiques, et s'il a pris les précautions ordinaires qu'un homme diligent devait prendre dans les mêmes circonstances»²²³. De ce dernier extrait, il y a donc tout lieu de croire que le standard de la personne raisonnable n'a point été modifié par l'introduction d'une présomption contre le défendeur. Dans l'affaire *O'Brien*, la Cour a même affirmé que la présomption n'est pas rigide au point de tenir l'homme prudent responsable des dommages au-delà de ceux résultant d'actes probables ou prévisibles.

Cette dernière idée a trouvé un écho direct dans la jurisprudence de la Cour d'appel²²⁴. Ainsi, dans un de ses arrêts, elle a statué que même si en vertu de ce même article 1054 al. 5 C.c.B.-C., le défendeur en l'espèce avait le fardeau de prouver qu'il n'a pu empêcher son enfant de lancer une paire de ciseaux en direction d'un autre enfant, ce fardeau doit être appliqué de façon «flexible» pour exonérer les parents qui ont agi en personnes diligentes²²⁵. Une fois ce principe posé, la Cour conclut comme dans l'affaire *O'Brien* que le défendeur ayant agi comme un «bon parent», la preuve ne permettait pas de le tenir responsable du dommage causé par son enfant.

Dans une autre affaire de la Cour d'appel, les motifs concurrents du juge Delisle laisseraient entendre que même une présomption simple de responsabilité ne viendrait pas modifier

222. *O'Brien c. Québec (P.G.)*, [1960] R.C.S. 184.

223. *Ibid.*, p. 187.

224. *Houde c. Rousseau*, C.A.Q., n° 09-000 780-764; *Petraglia c. Casale*, [1979] C.A. 276; *Union Commerciale, compagnie d'assurances c. Giguère*, précité, note 41.

225. *Petraglia c. Casale*, précité, note 224, p. 277.

l'intensité de l'obligation générale de prudence et diligence de l'individu. Ce dernier s'était exprimé en ces termes pour disposer d'une action intentée par les locataires d'un immeuble détruit lors d'un incendie:

Suivant l'avant-dernier alinéa de l'article 1054 C.C., il est possible à la personne qui a la garde d'une chose génératrice d'un dommage d'échapper à la *présomption de responsabilité* en établissant qu'elle «n'a pu empêcher le fait qui a causé le dommage». Il n'est pas nécessaire de prouver cas fortuit ou la faute d'un tiers; il suffit d'établir un comportement, à l'égard de la chose, de *personne raisonnable*.²²⁶ [italiques ajoutés]

En tenant pour acquis que les faits en l'espèce sont effectivement gouvernés par une présomption de responsabilité²²⁷, nous constatons alors que l'obligation imposée au défendeur ne différerait pas substantiellement de celle qui est imposée en présence d'une présomption de faute. Toutefois, nous sommes d'avis que lorsque le législateur introduit une présomption de responsabilité, il écarte partiellement la défense de comportement conforme à la personne raisonnable. En effet, le fait pour le défendeur de ne pas avoir commis de faute civile, ou en d'autres termes, d'avoir maintenu en tout temps une conduite prudente et diligente, ne lui permet pas de se décharger de sa responsabilité civile²²⁸. Cette mise à l'écart demeure néanmoins incomplète, en ce que le défendeur à qui l'on oppose une présomption de responsabilité peut tout de même être exonéré s'il parvient à démontrer l'une des circonstances externes suivantes, à savoir la force majeure ou la faute d'un tiers ou de la victime²²⁹.

TITRE III – RÔLE DES TRIBUNAUX

Généralement, une lecture de la jurisprudence sur la question révèle que malgré la référence continuelle et répandue du critère de la personne raisonnable, les juges ne prêteront pas en pratique une attention trop considérable aux débats doctrinaux; ils se contenteront de «s'interroge[r] tout simplement sur ce qu'aurait été [leur] propre conduite dans les mêmes circon-

226. *Union Commerciale, compagnie d'assurances c. Giguère*, précité, note 41, p. 294.

227. Pour la majorité, le juge LeBel avait indiqué que l'article mettant en œuvre la responsabilité du fait des choses, i.e. 1054 al. 1 C.c.B.-C., édictait une présomption simple de faute, ce à quoi J.-L. BAUDOIN et P. DESLAURIERS acquiescent, *op. cit.*, note 24, p. 468.

228. J.-L. BAUDOIN et P. DESLAURIERS, *op. cit.*, note 24, p. 517, 530.

229. *Ibid.*, p. 517, 531.

ces»²³⁰. De cette manière, Dejean de la Batie est d'avis qu'ils «ne s'abaisseront pas au niveau ordinaire de l'intelligence ou de la bêtise communes, mais qu'ils écouteront en eux-mêmes la voix de la raison, pensant qu'il est souhaitable que chacun, quelles que soient ses aptitudes intellectuelles, s'efforce d'en faire autant»²³¹. Le juge devient ainsi celui qui décidera souverainement de la manière dont se serait comportée une personne avisée placée dans les mêmes circonstances. L'exemple le plus explicite en droit québécois se trouve dans l'affaire *Oeuvre des terrains de jeux de Québec c. Cannon*²³², discutée précédemment. Vers la fin de cet arrêt, la Cour d'appel, ayant à se prononcer sur la conduite du préposé des défendeurs, s'exprime ainsi:

Je n'ai donc qu'à me demander ce qu'eût fait en l'occurrence n'importe quel bon père de famille à qui il eût été donné d'assister aux jeux ou aux ébats de ces enfants.

*Pour ma part, je crois que personnellement je me serais abstenu de les chasser de cet endroit, que je me serais au contraire réjoui de l'occasion qu'ils avaient de glisser à aussi bon compte, le plaisir de glisser étant ce que recherchent les enfants de cet âge et l'endroit paraissant bien à première vue des plus favorables à cet amusement.*²³³ [italiques ajoutés]

Vraisemblablement, le renvoi exprès aux membres de la Cour en tant que modèles de référence n'a pas été repris par la jurisprudence subséquente. Du moins, aux yeux du justiciable, voir le droit auquel il est soumis dépendre des **principes moraux** de chaque juge n'est peut-être pas une constatation des plus satisfaisantes. Ce souci a été partagé en common law où l'auteur Linden (aussi juge à la Cour fédérale d'appel) a écrit catégoriquement: «[t]hus, it is clearly incorrect for a judge or jury to use themselves as the basis for evaluation, instead of the non-existent reasonable person»²³⁴. Il est intéressant d'observer que bien que les juges québécois n'affirment plus explicitement que le modèle de la personne raisonnable emprunte l'essentiel de leurs propres caractéristiques à eux, nous n'avons pas relevé dans la jurisprudence de remarques suggérant que la Cour aurait peut-être erré dans l'affaire *Cannon*. Au contraire, à la suite de cet arrêt, les tribunaux de toutes les instances ont continué à le citer en tant

230. P. CONTE, *loc. cit.*, note 27, p. 3.

231. N. DEJEAN DE LA BATIE, *op. cit.*, note 2, p. 160.

232. Précitée, note 37.

233. *Oeuvre des terrains de jeux de Québec c. Cannon*, précité, note 37, p. 119.

234. A.M. LINDEN, *op. cit.*, note 33, p. 128.

qu'autorité dans le domaine²³⁵. Quant à la doctrine, elle continue de constater que les juges, à des degrés divers, représentent ces bons pères de famille²³⁶.

Du point de vue de certains commentateurs civilistes, cette observation repose sur deux fondements. Tout d'abord il existe une prémisse philosophique selon laquelle, si l'intelligence est inégalement distribuée dans la population humaine, la raison leur est cependant commune. Il s'ensuit que même un individu d'intelligence médiocre est en mesure de comprendre pourquoi une telle conduite est ou n'est pas raisonnable²³⁷, la conscience d'un individu étant nécessairement la même que son voisin. Lorsque Carbonnier commente la définition de la notion de faute, il remarque que «[l]a loi ne l'a pas définie, considérant sans doute, assez justement, que la notion en a été donnée à tous les hommes»²³⁸. C'est à la lumière de cette prémisse que Dejean de la Batie justifie alors l'approche des juges de s'insérer sous le modèle de la personne raisonnable afin d'évaluer la conduite d'un individu.

Ensuite, sur le plan juridique, un autre auteur soutient que le législateur, par l'usage du terme «raisonnable», a volontairement voulu édicter des normes vagues, laissant au juge le soin de les préciser, opérant ainsi un transfert vers le pouvoir judiciaire de son pouvoir créateur du droit²³⁹. À ce titre, l'auteur Georges Khairallah donne l'exemple de la création du concept de «délai raisonnable» qui résulterait de la renonciation du législateur à sa fonction et, par le fait même, constituerait une reconnaissance du pouvoir du juge dans l'élaboration de règles sur les délais. Conscient de l'avantage dont disposent les juges d'être les mieux placés pour adapter la règle aux circonstances infiniment variables et sans cesse nouvelles, le législateur leur aurait ainsi accordé une confiance qu'il s'est corrélativement retirée à lui-même²⁴⁰. En matière d'interprétation des lois, le professeur Pierre-André Côté qualifie ainsi l'importance que revêt le libellé d'un texte de loi dans son interprétation:

235. Voir notamment: *L'Écuyer c. Quail*, précité, note 41, p. 488; *O'Brien c. Québec (P.G.)*, précité, note 222, p. 187; *Ouellet c. Cloutier*, précité, note 35, p. 527.

236. P. CONTE, *loc. cit.*, note 27, p. 3.

237. *Ibid.*, p. 159.

238. J. CARBONNIER, *op. cit.*, note 34, p. 402.

239. Georges KHAIRALLAH, «Le «raisonnable» en droit privé français – développements récents», (1984) 83 *Rev. trim. dr. civ.* 439, 443.

240. G. KHAIRALLAH, *loc. cit.*, note 239, p. 444.

Au contraire, une rédaction en termes généraux peut rendre plus facile la connaissance de la finalité de la loi, de sa structure, de ses principes et elle fait appel pour son application, à une collaboration plus large du juge, cette collaboration accentuant l'importance de l'objet.²⁴¹

Cette soi-disant liberté des juges peut d'autre part s'insérer à l'intérieur d'une échelle de rationalité élaborée par l'auteur Enrique Haba qui place ainsi à une extrémité une définition stricte de ce concept tandis qu'à l'autre se retrouve son sens le plus large²⁴². Ainsi, Haba oppose, d'une part, une méthode de pensée orientée vers le raisonnable, c'est-à-dire fondée en partie sur la raison compte tenu de certaines circonstances, qui accorde au juge la souplesse nécessaire pour rendre son jugement et, d'autre part, une méthode exclusivement fondée sur la raison et menant toujours à des résultats contrôlables, réduisant ainsi au minimum la marge de manœuvre du juge²⁴³. C'est en donnant un sens très large à l'idée de rationalité qui englobera une autre forme de raisonnement, soit le raisonnable, que sera alors accordé un maximum de liberté au juge. Par ailleurs, Mazeaud et Tunc parviennent à la même conclusion dans leur analyse de la responsabilité civile. Ils s'appuient d'abord sur l'intention des rédacteurs du Code civil français qui était de «laisser au juge la plus grande liberté d'apprécier la question de savoir s'il y a faute»²⁴⁴, et à cette fin, il importait de rejeter toute thèse cherchant à fournir des précisions. Puis ces trois auteurs reviennent à l'article 1137 C.c.fr. qui, comme nous l'avons vu, énonce le standard du bon père de famille en responsabilité civile contractuelle (et extracontractuelle)²⁴⁵ et affirment que «[l]'esprit dans lequel l'article 1137 a été rédigé démontre que les mots «bon père de famille» ont été pris dans le sens le plus large, pour laisser aux juges toute leur liberté d'appréciation»²⁴⁶. Enfin, selon Tancelin, cette liberté judiciaire d'appréciation expliquerait en partie la formulation générale de l'article 1053 C.c.B.-C.

Dans l'article 1053 le Code civil a choisi conformément à sa méthode la solution consistant à donner au juge une directive géné-

241. Pierre-André CÔTÉ, *Interprétation des lois*, 3^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 1999, p. 492.

242. Enrique P. HABA, «Rationalité et méthode dans le droit», 23 *Arch. phil. dr.* 265, 290.

243. *Ibid.*, p. 267; G. KHAIRALLAH, *loc. cit.*, note 239, p. 457.

244. H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *op. cit.*, note 1, p. 62.

245. *Supra*, p. 464.

246. H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *op. cit.*, note 1, p. 62

rale. Il fait référence à un type de conduite qui laisse une très grande latitude au juge: c'est sans doute là le trait essentiel de la définition de la faute.

[...]

Inutile d'insister sur le fait que le juge «risque de s'interroger beaucoup sur lui-même» pour déterminer s'il y a ou non faute dans chaque cas d'espèce.²⁴⁷

Il est cependant des limites au pouvoir d'appréciation du juge que le droit a édictées dans le but d'assurer une certaine prévisibilité des décisions judiciaires. La première est que celui-ci doit toujours tenir compte de la mentalité moyenne de la société au nom de laquelle il rend son jugement²⁴⁸. Il ne saurait donc appliquer un critère insuffisamment objectif ou décider exclusivement en fonction de qu'il considère, lui, comme fautif. Ensuite, l'appréciation de la faute étant une question de droit, toute décision est soumise au contrôle de la cour suprême du pays²⁴⁹. Cette limite a aussi été clairement établie par la Cour d'appel du Québec. Ainsi, dans l'affaire *Vallières c. Institut Doréa Inc.*²⁵⁰, le juge Mayrand a indiqué à bon droit que «quand il faut décider si le comportement des parties rencontre les normes de celui qu'aurait eu un bon père de famille en pareilles circonstances, l'on sort du domaine des pures questions de fait et notre Cour a le devoir de former sa propre opinion»²⁵¹. Sous la plume du juge LeBel, cette même Cour a été encore plus directe en jugeant que l'examen visant à déterminer si le comportement d'une personne constitue une faute est une question qui appartient au droit, «la qualification relevant du juge et non des expertises des parties, si autorisées soient-elles»²⁵². Sur ce sujet, le juge LeBel s'était appuyé sur les motifs de la juge L'Heureux-Dubé dans l'arrêt *Roberge c. Bolduc*²⁵³ selon lesquels les tribunaux ont le pouvoir discrétionnaire d'apprécier la responsabilité. Enfin, la liberté dans le pouvoir d'adjudication du juge doit tenir compte des usages établis du milieu: c'est ce que Mazeaud et Tunc identifient comme une limite morale du juge²⁵⁴.

247. M. TANCELIN, *op. cit.*, note 24, p. 255.

248. B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *op. cit.*, note 54, p. 134.

249. H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *op. cit.*, note 1, p. 506. En France, la Cour de cassation est l'instance ultime qui se réserve le rôle de qualifier la faute et vérifie si tous les éléments de la faute sont réunis: P. CONTE, *loc. cit.*, note 27, p. 3.

250. *Vallières c. Institut Doréa Inc.*, précité, note 39.

251. *Ibid.*, p. 264.

252. *L'Écuyer c. Quail*, précité, note 41, p. 489.

253. [1991] 1 R.C.S. 374.

254. H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *op. cit.*, note 1, p. 507.

Conclusion

L'un des objectifs de cette étude était de démontrer le caractère fondamental, voire primordial du concept de la personne raisonnable en droit civil, malgré l'application généralement peu fouillée des autorités. Il est par contre plusieurs cas où une telle application sera amplement suffisante; pensons par exemple aux poursuites civiles dont la cause est la commission d'un acte criminel. Toutefois, il faut garder à l'esprit que, dans toute cause de responsabilité civile, le résultat d'un processus de comparaison avec la conduite de la personne raisonnable constituera l'élément déterminant qui soit donnera au demandeur ouverture au régime de responsabilité, soit permettra au défendeur de s'exonérer complètement de la faute alléguée contre lui.

À la suite de nos recherches, nous pouvons classer toutes les perceptions sur l'identité de la personne raisonnable qui existent actuellement en deux groupes distincts: celle qui change au gré du contexte et celle qui demeure constamment la même. Le premier modèle, auquel souscrivent la doctrine française majoritaire et certains arrêts canadiens, postule que le type abstrait du bon père de famille s'adaptera aux caractéristiques de chaque personne qui auront été reconnues par la jurisprudence et la doctrine, particulièrement les supériorités personnelles. C'est ainsi qu'en vertu de cette première perception, il y a autant de modèles de référence qu'il existe de ces supériorités personnelles. Le deuxième modèle auquel adhèrent certains auteurs dont Noël Dejean de la Batie ainsi que la jurisprudence majoritaire de la Cour d'appel du Québec, propose plutôt l'existence d'un modèle de référence unique, la personne raisonnable, auquel on aura attribué certaines caractéristiques particulières dans le but de tenir compte de l'individualité de chacun.

À la lumière de notre examen de la jurisprudence et de la doctrine sélectionnées, nous suggérons de formuler la fonction du concept de personne raisonnable en un test. Cette notion de test a par ailleurs déjà été utilisée par quelques auteurs²⁵⁵. Nous reconnaissons sans hésiter la nécessité de laisser à la notion de faute son pouvoir d'adaptabilité de même qu'aux tribunaux la faculté d'appliquer ce pouvoir aux circonstances de chaque espèce. C'est

255. Voir notamment Nicholas KASIRER, «The infans as *bon père de famille*: «Objectively Wrongful Conduct» in the Civil Law Tradition», 40 *Am. J. Comp. L.* 343, 369, 373.

pourquoi nous croyons qu'une méthode rigide de distinction exhaustive du comportement humain entre la conduite fautive et celle qui ne l'est pas, ne constituerait pas une solution appropriée. Cependant, l'objectif fondamental que constitue la recherche d'un meilleur et plus juste idéal de sécurité, de prévisibilité, bref de justice, dans nos rapports entre membres de la société nous convainc de la nécessité d'essayer de rationaliser ce processus d'évaluation de la conduite de chaque individu en vue de déterminer sa responsabilité civile; d'où à notre avis le caractère approprié d'une formulation par un test²⁵⁶, le test de la personne raisonnable.

Nous proposons donc un test divisé en trois étapes:

- 1) la première étape consiste à identifier les caractéristiques à attribuer à la personne raisonnable:
 - *ces caractéristiques sont composées des infériorités physiques de même que des supériorités physiques et psychologiques que possédait le défendeur au moment de l'incident qui lui est reproché;*
- 2) la deuxième étape consiste à identifier les éléments contextuels dans lesquels la personne raisonnable sera placée:
 - *ces éléments comprennent toutes les circonstances qui ne sont pas internes au défendeur, ce qui inclut principalement les circonstances factuelles et le contexte juridique;*
- 3) la troisième étape vise à comparer la conduite du sujet de droit à celle qu'aurait tenue la personne raisonnable possédant les caractéristiques identifiées à l'étape 1) et placée dans le contexte général reconstruit à partir des éléments identifiés à l'étape 2):
 - *Le justiciable ne se dégagera de sa responsabilité que dans l'éventualité où au terme de ces trois étapes, l'on en vient à la conclusion que sa conduite aurait été la même que celle d'une personne raisonnable. Dans tous les autres cas, il sera alors nécessaire d'étendre l'analyse aux autres éléments de la responsabilité.*

256. «Test: A standard by which one judges» (Daphne A. DUKELOW et Betsy NUSE, *The Dictionary of Canadian Law*, 2^e éd., Scarborough, Carswell, 1995, p. 1252).

Nous complétons la présente étude par une réflexion sur l'application générale que devrait recevoir en droit le modèle de la personne raisonnable. Depuis les tout premiers débuts de sa naissance dans le strict domaine du droit romain des contrats, ce modèle n'a cessé de prendre de l'expansion et d'être reçu dans d'autres domaines du droit. Outre son adoption en responsabilité civile extracontractuelle qui a mené à l'état du droit tel que nous le connaissons aujourd'hui, nous espérons avoir sensibilisé le lecteur aux similitudes conceptuelles frappantes entre notre droit et celui des *Torts*. En nous éloignant peu à peu du droit civil pour nous diriger vers le droit public, nous constatons par ailleurs que d'autres secteurs ont développé des concepts reposant directement sur l'application d'une variante du modèle de personne raisonnable. Ainsi, en droit du travail, la notion de congédiement déguisé repose sur la perception qu'aurait eue la personne raisonnable de la conduite de son employeur²⁵⁷. La jurisprudence en droit administratif fonde sa conclusion de partialité de l'adjudicateur en vertu du test de ce qu'une personne raisonnable bien renseignée et ayant étudié la question en l'espèce aurait conclu²⁵⁸. Enfin, en droit pénal, la détermination de culpabilité sur des infractions exigeant l'établissement d'une faute objective, se fait essentiellement par le test de la personne raisonnable placée dans les mêmes circonstances où se trouvait l'accusé²⁵⁹.

Bien que d'un domaine à l'autre certaines caractéristiques du modèle de référence tendent à changer quelque peu, il demeure que la structure reste la même: la conduite de la personne raisonnable placée dans les mêmes circonstances. Nous en sommes alors à nous demander si une telle reproduction quasi systématique n'est pas le produit de l'effort du législateur pour trouver la juste référence à laquelle renverra toute norme.

257. *Farber c. Trust Royal*, [1997] 1 R.C.S. 847.

258. *Committee for Justice and Liberty c. Office national de l'énergie*, [1978] 1 R.C.S. 369.

259. *R. c. Creighton*, [1993] 3 R.C.S. 3: comparer à cet effet l'étonnante similitude entre l'élaboration des caractéristiques de la personne raisonnable en droit civil avec celle effectuée par la Cour suprême du Canada en droit pénal.

CHRONIQUES

DROIT ADMINISTRATIF

Suzanne COMTOIS*

Ocean Port c. B.C. (Liquor Control): le rôle des juges dans la protection de l'indépendance quasi judiciaire**

Introduction

Le jugement récent de la Cour suprême du Canada rendu dans l'affaire *Ocean Port c. B.C. (Liquor Control)*¹ soulève à nouveau la problématique de l'indépendance quasi judiciaire mais en y ajoutant une nouvelle question: existe-t-il une norme constitutionnelle implicite ou non écrite d'indépendance quasi judiciaire?

Dans l'arrêt *Québec (P.G.) c. 2747-3174 Québec inc. (Régie des permis d'alcool)*² [ci-après *Régie*], on s'en rappellera, la Cour suprême a jugé que les conditions essentielles de l'indépendance judiciaire énoncées dans l'arrêt *Valente*³ – à savoir, l'inamovibilité,

la sécurité financière et l'indépendance institutionnelle – «doivent trouver application en vertu de l'article 23 de la Charte québécoise»⁴. Vu le sens donné au mot «tribunal» à l'article 56 de la Charte, ces garanties s'appliquent en principe à toute personne, organisme ou tribunal administratif exerçant des fonctions quasi judiciaires. Toutefois, leur contenu doit être modulé selon le rôle et les caractéristiques propres à chaque tribunal. Le test pour déterminer si les garanties consenties répondent aux exigences de l'article 23 de la Charte québécoise⁵ consiste à déterminer si le tribunal peut raisonnablement être perçu, par une personne bien informée, comme

* Avocate, professeure, Faculté de droit, Université de Sherbrooke.

** Ce texte est une version retravaillée d'une partie d'une communication prononcée le 8 avril 2002 lors du Colloque des Cours d'appel, à Vancouver. L'auteure tient à remercier Pierre Blache, professeur associé à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke pour ses commentaires ainsi que Mikaël Forest, étudiant de 3^e année, pour son aide dans le repérage de sources et la révision des notes infrapaginales.

1. [2001] 2 R.C.S. 781 [ci-après *Ocean Port*].

2. [1996] 3 R.C.S. 919 [ci-après *Régie*].

3. *Valente c. R.*, [1985] 2 R.C.S. 673.

4. *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12 [ci-après Charte québécoise].

5. *Ibid.*

jouissant des éléments objectifs essentiels de l'indépendance⁶.

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique est allée beaucoup plus loin dans l'affaire *Ocean Port*⁷. À la différence de l'arrêt *Régie*⁸, sur lequel elle s'appuie abondamment, elle ne se fonde ici sur aucun texte à caractère constitutionnel pour appliquer les principes de l'indépendance judiciaire au *Liquor Appeal Board* [ci-après la Commission], et écarter une disposition législative expresse jugée contraire à ces principes.

Dans un jugement unanime, rendu séance tenante, dont les motifs ont été déposés près de six mois plus tard, la Cour suprême a infirmé la décision de la Cour d'appel. Selon la juge en chef McLachlin, qui rédige les motifs au nom des neuf juges, «[L]e degré d'indépendance exigé d'un tribunal administratif donné est fonction de l'intention du législateur et, en l'absence de contraintes constitutionnelles, il convient de respecter ce choix»⁹.

En dépit de l'apparente unanimité qui s'en dégage, ce jugement laisse en suspens d'importantes questions sur la portée des

garanties constitutionnelles d'indépendance et le rôle des juges dans la protection de l'indépendance quasi judiciaire.

Pour contribuer à alimenter le débat sur ces questions, je tenterai, dans une première partie, d'expliquer les principes qui se dégagent de l'arrêt *Ocean Port* quant aux sources de l'indépendance quasi judiciaire. Dans la deuxième partie, consacrée à l'analyse critique du jugement de la Cour suprême, je discuterai du bien-fondé de la distinction entre les cours de justice et les tribunaux administratifs sur laquelle s'appuie la Cour suprême pour refuser d'étendre – aux tribunaux administratifs en général et à la Commission en particulier – la garantie constitutionnelle d'indépendance découlant du préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Je critiquerai à cet égard la conception particulière de la notion de tribunal administratif retenue dans cet arrêt; puis, j'examinerai la portée et les effets de l'arrêt *Ocean Port*.

En conclusion, je m'interrogerai sur l'à-propos de laisser au législateur seul la discrétion de décider du degré d'indépendance requis des décideurs quasi judiciai-

6. Sur cette question, voir notamment S. COMTOIS, «Le Tribunal administratif du Québec: un tribunal suffisamment indépendant?» Commentaire de *Barreau de Montréal c. Québec (Procureur général)*, (2001) 14:1 C.J.A.L.P. 127, p. 135 et s.

7. *Ocean Port Hotel Ltd. c. British Columbia (General Manager Liquor Control)*, (1999) 68 B.C.L.R. (3d) 82. Pour un commentaire de cet arrêt voir notamment, J.L.H. SPRAGUE, «Case comment: *Ocean Port Hotel Ltd. v. British Columbia (General Manager, Liquor Control)*», (1999) 12 C.J.A.L.P. 349; T.M. RANKIN, «Case Comment: *Ocean Port Hotel Limited v. B.C. (General Manager, Liquor Control)*», (1999) 57 *The Advocate* 709, et BROWN et EVANS, http://www.brownandevans.com/comment_04.html.

8. *Régie*, supra, note 2.

9. *Ibid.*, par. 24.

res, et sur l'élargissement possible, à certains tribunaux administratifs, de la garantie constitutionnelle d'indépendance issue du préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*¹⁰.

1. L'affaire *Ocean Port*

Les faits de la cause sont relativement simples et peuvent être ainsi résumés:

À la suite d'infractions au *Liquor Control and Licensing Act*¹¹ [ci-après *Liquor Act*], *Ocean Port* s'est vu imposer une suspension de deux jours de son permis d'alcool par l'Inspecteur principal. *Ocean Port* a appelé de la décision, par voie d'un appel *de novo*, devant la Commission, qui a confirmé la décision de l'Inspecteur principal. *Ocean Port* a par la suite interjeté appel de cette décision devant la Cour d'appel de la Colombie-Britannique invoquant, entre autres, le manque d'indépendance de la Commission. La contestation à cet égard porte exclusivement sur l'absence d'inamovibilité résultant du paragraphe 30(2) du *Liquor Act* qui prévoit que tous les membres du Board «serve at pleasure»¹², c'est-à-dire qu'ils agissent en vertu d'un mandat révocable à tout moment au gré du gouvernement.

S'appuyant sur l'arrêt *Régie*¹³, la Cour d'appel a jugé que

les membres de la Commission n'avaient pas les garanties d'indépendance requises et elle a annulé la décision. De l'avis du juge Huddart, qui rédige pour la Cour, bien que les principes dégagés par le juge Gonthier dans l'arrêt *Régie*¹⁴ l'aient été en relation avec l'article 23 de la Charte québécoise¹⁵, ce dernier s'est inspiré des règles de justice naturelle et d'équité en common law pour interpréter les garanties d'indépendance et d'impartialité établies dans cette disposition. Or, observe-t-il, selon ces principes les décideurs gouvernementaux prononçant des peines doivent respecter des garanties minimales d'indépendance. Et, une nomination «at pleasure» ne satisfait pas à cette exigence.

Le jugement de la Cour suprême

La Cour suprême, à l'unanimité, a infirmé la décision de la Cour d'appel. Selon la juge en chef McLachlin, qui rédige les motifs au nom des neuf juges, la position de la Cour d'appel va à l'encontre d'un principe de droit fondamental à savoir qu'en l'absence de contraintes constitutionnelles, le régime prévu par la loi prime sur les principes de justice naturelle de la common law¹⁶. Conséquemment, «comme pour tous les principes de justice naturelle, le degré d'indépendance requis des membres du

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

11. R.S.B.C. 1996, c. 267 [ci-après *Liquor Act*].

12. *Ocean Port*, *supra*, note 1, par. 8.

13. *Régie*, *supra*, note 2.

14. *Ibid.*

15. Charte québécoise, *supra*, note 4.

16. *Ocean Port*, *supra*, note 1, par. 19 et 20.

tribunal administratif peut être écarté par les termes exprès de la loi»¹⁷.

Or, poursuit la juge en chef, la Loi, en l'espèce, prévoit expressément que les commissaires sont nommés à titre amovible par le lieutenant-gouverneur en conseil¹⁸. Et, lorsque le texte est clair, la cour ne peut pas s'appuyer sur les principes de common law pour imposer un degré d'indépendance plus élevé¹⁹. «Le degré d'indépendance exigé d'un tribunal administratif donné est fonction de l'intention du législateur et, en l'absence de contraintes constitutionnelles, il convient de respecter ce choix»²⁰.

Pour ce qui est des arguments constitutionnels, la juge en chef McLachlin note qu'Ocean Port n'invoque en l'espèce aucune disposition de Charte. Puis, elle rejette leur prétention selon laquelle le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*²¹ exigerait un degré minimum d'indépendance pour au moins certains tribunaux administratifs, dont la Commission. À son avis, cette prétention est sans fondement. D'abord, parce que le *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*²² ne saurait être considéré comme accordant une garantie constitutionnelle d'indépendance à des tribunaux autres que judiciaires. Ensuite, parce qu'elle ne voit pas

de raison d'en étendre la portée aux tribunaux administratifs en général ni à la Commission, en particulier.

Elle observe, à cet égard:

Les termes et le raisonnement de cette décision ne concernent que les cours supérieures et provinciales. Le juge en chef Lamer y étudie la question de l'indépendance de la magistrature, c'est-à-dire des cours de justice formant le pouvoir judiciaire. Ses motifs ne traitent aucunement des tribunaux autres que judiciaires.²³

De plus, le principe de la séparation des pouvoirs sur lequel le juge Lamer s'appuie pour reconnaître une garantie constitutionnelle d'indépendance aux cours de justice ne mène pas, selon la juge McLachlin, à la même conclusion pour les tribunaux administratifs, car ils ne sont pas constitutionnellement séparés de l'exécutif. Elle affirme, à ce propos, et je cite la version anglaise, pour plus de clarté:

[...] such tribunals span the constitutional divide between the judiciary and the executive. While they may possess adjudicative functions, they ultimately operate as part of the executive branch of government, under the mandate of the legislature. They are not courts, and do not occupy

17. *Ibid.*, par. 22.

18. *Ibid.*, par. 19.

19. *Ibid.*, par. 27.

20. *Ibid.*, par. 24.

21. *LC 1867, supra*, note 10.

22. *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 5 [ci-après *Renvoi*].

23. *Ocean Port, supra*, note 1, par. 30.

the same constitutional role as courts.²⁴

De cette différence de statut, elle conclut que la garantie constitutionnelle d'indépendance découlant du préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*²⁵ ne s'applique pas, en principe, aux tribunaux administratifs²⁶. Puis, elle ajoute qu'il n'y a, en l'espèce, aucune raison d'en étendre l'application à la Commission puisque cette dernière n'est pas une cour de justice. À ce propos, elle souligne:

Sa fonction première est l'octroi de permis. La suspension qui a fait l'objet de la plainte se rattache à l'exercice de cette fonction. Les permis sont accordés sous réserve du respect de la Loi et peuvent être suspendus en cas d'inobservation. L'exercice du pouvoir en cause procède carrément du pouvoir exécutif du gouvernement provincial.²⁷

Comme le laisse voir sa conclusion voulant que la garantie constitutionnelle du préambule «ne s'applique pas, *en principe*, aux tribunaux administratifs»²⁸ et les précisions qu'elle ajoute sur les caractéristiques de la Commission à laquelle elle refuse d'appliquer la garantie constitutionnelle d'indépendance, la juge ne ferme pas complètement la porte à la possibilité que cette garantie puisse

s'appliquer à certains tribunaux administratifs. Elle ne donne toutefois pas d'indices sur les circonstances ou les types de tribunaux auxquels ces garanties pourraient éventuellement s'appliquer²⁹.

2. Commentaires

Dans ces commentaires, je discuterai d'abord de l'à-propos de la distinction entre les cours de justice et les tribunaux administratifs sur laquelle s'appuie la Cour suprême pour refuser d'étendre – aux tribunaux administratifs en général, et à la Commission en particulier – la garantie constitutionnelle d'indépendance découlant du préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* (2.1). Je critiquerai à cet égard la conception particulière de la notion de tribunal administratif retenue dans cet arrêt (2.2). Puis, j'examinerai la portée et les effets de l'arrêt *Ocean Port* (2.3).

2.1 La portée de la garantie constitutionnelle d'indépendance reconnue dans le Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale

L'arrêt *Ocean Port* donne des précisions sur la portée du *Renvoi*³⁰. Selon la juge McLachlin, qui

24. *Ibid.*, par. 32. La version française se lit ainsi: «[...] ces tribunaux chevauchent la ligne de démarcation entre le judiciaire et l'exécutif. Quoiqu'ils exercent une fonction décisionnelle, ils fonctionnent en fin de compte dans le cadre du pouvoir exécutif de l'État, conformément au mandat confié par la législature. Ce ne sont pas des tribunaux judiciaires et ils ne remplissent pas la même fonction constitutionnelle que ceux-ci.»

25. *LC 1867*, *supra*, note 10.

26. *Ocean Port*, *supra*, note 1, par. 30-33.

27. *Ibid.*, par. 33.

28. *Ibid.*, par. 31. Les italiques sont de nous.

29. *Ibid.*

30. *Ibid.*

rédige les motifs au nom de la Cour, l'exigence constitutionnelle d'indépendance découlant du préambule s'applique aux cours supérieures et aux cours provinciales. Leur statut et leur rôle en tant que cours possédant une juridiction inhérente font qu'on leur demande constitutionnellement de posséder des garanties objectives d'indépendance. Par contre, la garantie constitutionnelle issue du préambule ne s'applique pas, en principe, aux tribunaux administratifs. Le Parlement est libre de décider du degré d'indépendance requis des décideurs quasi judiciaires sous réserve de ceux qui peuvent parfois être assujettis aux exigences de la Charte canadienne ou de textes quasi constitutionnels relatives à l'indépendance. Mais, comme le note la juge, «ce n'est généralement pas le cas»³¹.

Le juge La Forest, dans l'importante dissidence qu'il rédigeait dans le *Renvoi*³², mettait en garde ses collègues contre la difficulté, une fois reconnue l'existence d'un principe général d'indépendance des tribunaux dans la Cons-

titution, de ne pas l'appliquer aux tribunaux administratifs «dont certains sont beaucoup plus importants que les cours civiles ordinaires»³³.

Comme le laisse voir le jugement unanime de la Cour suprême dans l'arrêt *Ocean Port*³⁴, la conséquence annoncée par le juge La Forest était évitable. Il y a moyen de faire des distinctions entre les tribunaux administratifs et les cours de justice.

Toutefois, la distinction que fait la Cour en s'appuyant sur le seul statut du tribunal, sans égard à ses fonctions est critiquable. En effet, la distinction entre les tribunaux administratifs et les cours de justice s'est atténuée au cours des dernières années, d'abord sous l'influence du législateur, qui a adopté des lois leur conférant d'importantes fonctions juridictionnelles; ensuite, sous celle de la jurisprudence qui, par une interprétation large et libérale de ces textes, leur a reconnu des pouvoirs accrus³⁵ et a restreint le pouvoir de surveillance exercé sur leurs décisions³⁶. Plusieurs d'entre eux ont

31. *Ocean Port*, *supra*, note 1, par. 24.

32. *Renvoi*, *supra*, note 22.

33. *Ibid.*, par. 323.

34. *Ocean Port*, *supra*, note 1.

35. Notamment, le pouvoir d'interpréter les Chartes reconnu à certains tribunaux administratifs. À ce sujet, voir notamment *Tétrault-Gadoury c. Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada*, [1991] 2 R.C.S. 22 [ci-après *Tétrault-Gadoury*]; *Weber c. Ontario Hydro*, [1995] 2 R.C.S. 929 [ci-après *Weber*]; *Mooring c. Canada*, [1996] 1 R.C.S. 75 [ci-après *Mooring*]; *Cooper c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1996] 3 R.C.S. 854 [ci-après *Cooper*]; *Douglas Kwantlen Faculty Association c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570 [ci-après *Douglas*]; *Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario*, [1991] 1 R.C.S. 5 [ci-après *Cuddy Chicks*].

36. Sur la politique de déférence, voir notamment *U.E.S., Local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048 [ci-après *Bibeault*]; *Canada (P.G.) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554 [ci-après *Mossop*]; *Renaud c. Québec (Commission des affaires sociales)*, [1999] 3 R.C.S. 855 et [1998] A.Q. n° 941 (C.A.), en ligne: QL (A.Q.); *Pezim c. C.-B. (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557 [ci-après *Pezim*]; *Canada*

des fonctions assimilables à celles des cours de justice. Leur rôle consiste non pas à mettre en œuvre des politiques mais plutôt à trancher des litiges (souvent en dernière instance) en application de règles de droit. Certains peuvent même appliquer les chartes et, le cas échéant, refuser de donner effet à des textes législatifs ou accorder une réparation sous l'article 24 de la Charte canadienne³⁷. Dans ce contexte, il n'est pas facile, comme le soulignait le professeur Pépin, de justifier, sur le plan des principes, que le justiciable ait un droit constitutionnel d'être jugé par un décideur indépendant lorsque sa cause procède devant une cour inférieure mais non lorsqu'elle relève d'un tribunal administratif³⁸.

De plus, il est surprenant, compte tenu de l'ambiguïté de la notion de «tribunal administratif» et de la diversité d'organismes susceptibles d'être inclus sous ce vocable, que la Cour veuille, aux fins des principes d'indépendance,

inclure tous les tribunaux administratifs dans une catégorie unique, sous réserve d'exceptions. La jurisprudence antérieure, notamment l'arrêt *Newfoundland Telephone*³⁹, reconnaît en effet de façon explicite la très grande diversité qui existe au niveau de la composition et des fonctions conférées à ces organismes. Et, sur cette base, la Cour suprême les a très souvent distingués en ce qui concerne notamment: les exigences d'impartialité⁴⁰, le choix de la norme de contrôle judiciaire⁴¹, l'application de l'article 23 de la Charte québécoise⁴² ou la reconnaissance d'une compétence constitutionnelle pour appliquer les articles 52 ou 24 de la Charte canadienne⁴³. Ces distinctions étant, il aurait sans doute été préférable, en l'espèce, que la Cour se restreigne à disposer du cas de la Commission sans chercher à établir, à ce stade-ci, une règle générale, dont la justification n'est pas si facilement transposable à d'autres types de tribunaux administratifs.

(*Directeur des enquêtes et recherches*) c. *Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748 [ci-après *Southam*]; *Pasiechnyk* c. *Sask. (W.C.B.)*, [1997] 2 R.C.S. 890 [ci-après *Pasiechnyk*]; *Pushpanathan* c. *Canada (M.C.I.)*, [1998] 1 R.C.S. 982 [ci-après *Pushpanathan*]; *Nanaimo (Ville)* c. *Rascal Trucking Ltd.*, [2000] 1 R.C.S. 342.

37. *Charte des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11 [ci-après *Charte canadienne*].
38. G. PÉPIN, «La loi québécoise sur la justice administrative», (1997) *R. du B.* 633, 657-658. Sur ce point voir aussi L. SOSSIN, «Developments in Administrative Law: The 2000-2001 Term», (2001) 15 *S.C.L.R.* (2d) 31, p. 92-93.
39. *Canada (Directeur des enquêtes et recherches en vertu de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions)* c. *Newfoundland Telephone Co.*, [1987] 2 R.C.S. 466 [ci-après *Newfoundland Telephone*].
40. *Ibid.*
41. Voir notamment *Mossop*, *supra*, note 36; *Fraternité unie des charpentiers et menuisiers d'Amérique, section locale 579* c. *Bradco Construction Ltd.*, [1993] 1 R.C.S. 471; *Dayco (Canada) Ltd.* c. *T.C.A.-Canada*, [1993] 2 R.C.S. 230; *Southam*, *supra*, note 36; *Canada (Sous-ministre du Revenu national)* c. *Mattel Canada Inc.*, [2001] 2 R.C.S. 100.
42. *Charte québécoise*, *supra*, note 4; voir *Régie*, *supra*, note 2.
43. Voir notamment *Tétrault-Gadoury*, *supra*, note 35; *Mooring*, *supra*, note 35; *Weber*, *supra*, note 35; *Cooper*, *supra*, note 35.

2.2 La conception particulière de la notion de tribunal administratif retenue dans l'arrêt Ocean Port

Un autre reproche que l'on pourrait adresser à la Cour tient à la qualification qu'elle fait des tribunaux administratifs dans l'arrêt *Ocean Port*⁴⁴.

Premièrement, il apparaît inexact d'assimiler les tribunaux administratifs à une branche de l'exécutif ou de les considérer comme des prolongements de l'exécutif comme le fait la juge McLachlin lorsqu'elle affirme:

While they may possess adjudicative functions, they ultimately operate as part of the executive branch of government, under the mandate of the legislature.⁴⁵

Les fonctions qu'exercent les tribunaux administratifs auraient pu, il est vrai, être confiées à des autorités administratives centralisées. Cependant, le choix de les confier à des organismes distincts et indépendants des autorités politiques est un choix du législateur, choix qui souvent d'ailleurs

s'inspire d'un souci de dépolitiser ces fonctions – en les confiant à un organisme sur lequel ces derniers n'exercent pas de contrôle – ou, encre, de favoriser la confiance du public dans l'impartialité du décideur⁴⁶. Perdre de vue la distance qui existe entre le gouvernement et les tribunaux administratifs mine la raison d'être même de ces tribunaux.

De plus, bien que certains d'entre eux participent à l'élaboration ou à la mise en œuvre de politiques gouvernementales, lorsqu'ils exercent des fonctions quasi judiciaires, les tribunaux administratifs jouissent, à l'égard des autorités politiques, d'une indépendance fonctionnelle qui est sanctionnée judiciairement. Comme le souligne le professeur Ouellette dans son ouvrage sur les tribunaux administratifs:

Bien avant les chartes, les cours d'appel ont invoqué la théorie de l'*ultra vires* pour exiger de ces organismes qu'ils exercent leurs pouvoirs décisionnels libres de toute directive ou pression ministérielle et le pouvoir politique ne dispose à leur égard que du pouvoir d'instruction ou de

44. *Ocean Port*, *supra*, note 1.

45. *Ibid.*, par. 32, cité dans la version anglaise pour plus de clarté. La version française se lit ainsi: «Quoiqu'ils exercent une fonction décisionnelle, ils fonctionnent en fin de compte dans le cadre du pouvoir exécutif de l'État, conformément au mandat confié par la législature.»

46. Voir notamment G. PÉPIN, «Les tribunaux administratifs» dans R.-P. BARBE, dir., *Droit administratif canadien et québécois*, Ottawa, Travaux de la Faculté de droit de l'Université d'Ottawa, 1969, 551, p. 587; Y. OUELLETTE, *Les Tribunaux administratifs au Canada*, Montréal, Thémis, 1997 [ci-après OUELLETTE]; COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *Les organismes administratifs autonomes, Rapport 26*, Ottawa, 1985; G. CARTIER et S. COMTOIS, «La reconnaissance d'une forme mitigée de dualité de juridictions en droit administratif canadien», dans H. P. GLENN, dir., *Droit québécois et droit français: communauté, autonomie, concordance*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993, 487.

révision que la loi lui accorde quelquefois expressément.⁴⁷

Cette restriction, reconnue expressément dans les arrêts *Roncarelli c. Duplessis*⁴⁸ et *Innisfil (Mun. du canton d') c. Vespra (Mun. du canton de)*⁴⁹, est passée sous silence dans l'arrêt *Ocean Port*. Elle nous semble cependant s'appliquer en l'espèce, vu l'absence de disposition expresse au contraire et la nature quasi judiciaire des fonctions exercées par la Commission⁵⁰. Dans ce contexte, les propos de la juge McLachlin selon lesquels «The exercise of power here at issue falls squarely within the executive power of the provincial government»⁵¹ paraissent pour le moins discutables et nécessiteraient certes d'être nuancés.

Une deuxième difficulté liée à la conception des tribunaux administratifs que révèle l'arrêt *Ocean Port* tient aux raisons particulières que donne la juge en chef McLachlin pour ne pas étendre l'application du préambule de la

Loi de 1867 à la Commission. Elle affirme à ce propos:

La commission n'est pas un tribunal judiciaire, et elle est loin de posséder les attributs constitutionnels des tribunaux judiciaires. Sa fonction première est l'octroi de permis. La suspension qui a fait l'objet de la plainte se rattache à l'exercice de cette fonction. Les permis sont accordés sous réserve du respect de la Loi et peuvent être suspendus en cas d'inobservation. L'exercice du pouvoir en cause procède carrément du pouvoir exécutif du gouvernement provincial.⁵²

Cette façon d'envisager le permis et le rôle de la Commission n'est pas sans rappeler la dichotomie entre «droit» et «privilège». L'attribution du permis semble ici considérée comme un simple privilège, c'est-à-dire une chose à laquelle le requérant n'a pas de droit préétabli et qui lui est décerné, par l'autorité, sur la base d'une appréciation discrétionnaire⁵³. Le titulaire le reçoit aux conditions prévues dans la loi et, si

47. Voir notamment *Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121 [ci-après *Duplessis*]; *Innisfil (Mun. du canton d') c. Vespra (Mun. du canton de)*, [1981] 2 R.C.S. 145 [ci-après *Innisfil*]; *Re Alkali Lake Indian Band and Westcoast Transmission Co.*, (1984) 8 D.L.R. (4th) 610 (B.C.C.A.); OUELLETTE, *supra*, note 46, p. 12-13.

48. *Duplessis*, *supra*, note 47.

49. *Innisfil*, *supra*, note 47.

50. On notera à ce propos que la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a reconnu que les fonctions exercées par la Commission dans *Ocean Port* étaient des fonctions quasi judiciaires et cette affirmation n'a pas été réfutée par la Cour suprême. De même, dans l'arrêt *Régie*, la Cour suprême a conclu que la décision de révoquer un tel permis est une décision quasi judiciaire, ce qui, en l'occurrence, était un préalable à l'application de l'art. 23 de la Charte québécoise (conformément à la définition donnée à la notion de «tribunal» à l'art. 56 de la Charte québécoise).

51. *Ocean Port*, *supra*, note 1, par. 33. La version française se lit ainsi: «L'exercice du pouvoir en cause procède carrément du pouvoir exécutif du gouvernement provincial.»

52. *Ibid.*

53. Sur le régime du permis, voir notamment P. ISSALYS et D. LEMIEUX, *L'action gouvernementale: Précis de droit des institutions administratives*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997, p. 625 et s. [ci-après ISSALYS et LEMIEUX].

une de ces conditions est qu'il peut être suspendu ou révoqué pour non-conformité, par une autorité ne présentant aucune garantie d'inamovibilité, cette condition doit être observée et la Cour n'a rien à dire.

Cette approche, encore là, semble difficilement compatible avec la jurisprudence qui, d'une part, interprète le mot droit dans un sens large⁵⁴ et, d'autre part, écarte la distinction entre droit et privilège aux fins de reconnaître, aux titulaires de permis affectés par une décision préjudiciable, des garanties procédurales découlant des principes de justice naturelle ou, le cas échéant, le droit à un tribunal indépendant au sens de l'article 23 de la Charte québécoise.

Ainsi, dans l'arrêt *Régie*⁵⁵, le juge Gonthier affirmait, à ce propos:

[...] je suis d'avis que la décision de révoquer un permis pour cause d'atteinte à la tranquillité publique constitue l'aboutissement d'un processus quasi judiciaire. D'abord, *il est clair que les droits du détenteur de permis sont mis en cause par la révocation*. L'impact du retrait du permis risque d'être important pour son détenteur, qui perdra évidemment de ce fait le droit d'exploiter son entreprise, et qui ne pourra présenter une nouvelle demande de permis avant qu'une année ne soit écoulée (art. 93 de la Loi). *Si l'octroi d'un permis peut, sous certains*

aspects, être considéré comme un privilège, il n'en reste pas moins que la révocation d'un permis d'alcool affectera substantiellement le gagne-pain de son détenteur. Celui-ci peut s'attendre à la validité continue de l'autorisation (art. 51), sauf si l'existence d'un des motifs de révocation est démontrée.

Il est significatif également que la décision de la Régie ne puisse être rendue qu'après la tenue d'une audition, au cours de laquelle des témoins pourront être entendus, des pièces déposées et des représentations faites. *Les caractéristiques de l'audition apparentent le processus à celui qui a cours devant les tribunaux judiciaires*. Bien qu'il n'existe pas, à proprement parler, de *lis inter partes* devant la Régie, des personnes aux intérêts opposés peuvent néanmoins présenter des versions contradictoires des faits à l'occasion de l'audition.

Enfin, la décision de révoquer le permis au motif d'atteinte à la tranquillité publique découlera de *l'application d'une norme préétablie* à des faits particuliers auparavant mis en preuve, et *constituera un jugement final protégé par une clause privative*. Il est vrai qu'en rendant une telle décision la Régie peut implanter, dans une certaine mesure, une *politique générale dont elle assure l'élaboration*. Elle le fait cependant *par le biais d'une norme imposée et précisée par la Loi*. L'application de cette politique à des circonstances particulières, avec l'appréciation des

54. Voir notamment: *Régie, supra*, note 2. *Martineau c. Comité de discipline de l'Institut de Matsqui*, [1980] 1 R.C.S. 602, p. 618-619 [ci-après *Matsqui*]; *M.N.R. c. Coopers and Lybrand*, [1979] 1 R.C.S. 495.

55. *Régie, supra*, note 2.

faits que cela suppose, *constitue un acte quasi judiciaire*.⁵⁶

Certes, l'étendue de la discrétion qu'a l'autorité d'octroyer le permis ou de sanctionner le défaut de conformité du titulaire de permis, dépend du texte législatif et peut varier grandement d'un texte à l'autre. De plus, une suspension de deux jours, comme c'était le cas dans l'arrêt *Ocean Port*⁵⁷, n'est pas une révocation. Mais il demeure, comme le notent les auteurs Issalys et Lemieux, que:

Les cas où la suspension ou la révocation dépendent d'une appréciation discrétionnaire de l'intérêt public sont relativement rares. [...] [Ces sanctions] ne peuvent en général être imposées que pour des motifs à caractère objectif: infraction à la loi ou aux règlements, fraude ou fausse représentation lors de l'obtention du permis, violation des conditions du permis, infraction à la discipline professionnelle.⁵⁸

Dans l'arrêt *Ocean Port*⁵⁹, tout comme d'ailleurs dans l'arrêt *Régie*⁶⁰, les motifs donnant lieu à suspension ou à révocation étaient des motifs objectifs prévus dans le *Liquor Act*⁶¹. Et, dans les deux cas, les fonctions exercées ont été qualifiées de quasi judiciaires⁶². Il s'ensuit donc que le titulaire pou-

vait, en principe, «s'attendre à la validité continue de l'autorisation [...] sauf si l'existence d'un des motifs de révocation est démontrée». Si cette lecture de l'arrêt *Régie*⁶³ est correcte, les propos de la juge McLachlin selon lesquels l'exercice du pouvoir en cause «falls squarely within the executive power of the government» paraissent difficilement réconciliables avec ce jugement.

Quel sens faut-il donner à cette qualification des tribunaux administratifs et de la Commission?

On pourrait croire, de prime abord, que la notion étroite de «tribunal administratif» qui se dégage de l'arrêt *Ocean Port*⁶⁴ – selon laquelle ils sont assimilables à une branche de l'exécutif dont la «fonction première est d'appliquer des politiques», c'est-à-dire de faire des choix largement discrétionnaires – s'appuie sur une conception dépassée des tribunaux administratifs, qui ne tient pas suffisamment compte de l'évolution de ces tribunaux, ni de la jurisprudence récente⁶⁵.

Mais, peut-être révèle-t-elle plutôt un phénomène de dualité dans la conception des tribunaux administratifs au Canada. En l'effet, l'absence de consensus sur

56. *Ibid.*, par. 34-36. Les italiques sont de nous.

57. *Ocean Port*, *supra*, note 1.

58. ISSALYS et LEMIEUX, *supra*, note 53, p. 654.

59. *Ocean Port*, *supra*, note 1.

60. *Régie*, *supra*, note 2.

61. *Liquor Act*, *supra*, note 11, art. 20(1). Cité dans *Ocean Port*, *supra*, note 1, par. 15.

62. Voir *supra*, note 50.

63. *Régie*, *supra*, note 2.

64. *Ocean Port*, *supra*, note 1.

65. Sur la notion de tribunal administratif, voir notamment OUELLETTE, *supra*, note 46, p. 2-8.

le sens de l'expression «tribunal administratif» peut certes s'expliquer par la multitude d'organismes différents qu'elle désigne. Mais au delà de cette diversité, on peut se demander s'il n'y a pas aussi une réelle différence entre les conceptions qu'ont le Québec et les provinces du Canada anglais, du rôle et du statut des tribunaux administratifs. Un élément crucial de cette dualité serait justement les écarts importants entre les lois québécoises et les lois des autres provinces, en ce qui concerne le degré d'indépendance consenti aux membres des tribunaux administratifs.

Selon cette hypothèse, *Ocean Port*⁶⁶ refléterait une conception «canadienne anglaise» des tribunaux administratifs alors qu'au Québec, les tribunaux administratifs seraient davantage perçus comme «des autorités autonomes et décisionnelles au statut intermédiaire entre les cours de justice et les ministères rendant une forme de justice dans un cadre procédural différent de celui des cours de justice»⁶⁷.

Il ne s'agit bien sûr que d'une hypothèse qu'il pourrait être intéressant de vérifier mais, comme on peut le constater, les textes législatifs pointent dans cette direction.

En effet, comme le constatait la Cour d'appel du Québec, après avoir examiné les tableaux comparatifs soumis en preuve dans l'affaire *Barreau de Montréal*⁶⁸, «le législateur québécois a effectivement conféré aux membres du Tribunal administratif du Québec (ci-après T.A.Q.) des garanties d'indépendance supérieures à celles dont bénéficient généralement les membres des tribunaux administratifs du Canada»⁶⁹. Ces garanties supérieures d'indépendance s'appliquent aussi aux commissaires de la Commission des lésions professionnelles ainsi qu'aux membres de la Régie du logement, par l'effet de la *Loi d'application de la Loi sur la justice administrative*⁷⁰. De plus, même lorsqu'ils cumulent des fonctions de *policy making* et d'adjudication les tribunaux administratifs québécois ne sont pas dépourvus de garanties minimales d'indépendance. Par exemple, à la différence des membres du *Liquor Appeal Board* de la Colombie-Britannique – dont le statut était contesté dans *Ocean Port*⁷¹ et dont le mandat pouvait être révoqué en tout temps par le gouvernement – les membres de la Régie québécoise de contrôle des permis d'alcool, mise en cause dans l'arrêt

66. *Ocean Port*, *supra*, note 1.

67. C'est la qualification que fait le professeur Ouellette des tribunaux administratifs dans la conclusion générale de son ouvrage, sur *Les tribunaux administratifs au Canada*, à la p. 541 (voir OUELLETTE, *supra*, note 46). L'auteur vise toutefois, par cette qualification, l'ensemble des tribunaux administratifs canadiens. La question que je pose ici est en fait de savoir si cette qualification ne correspondrait pas davantage à la «conception québécoise» des tribunaux administratifs.

68. *Québec (Procureure générale) c. Barreau de Montréal*, [2001] R.J.Q. 2058 (C.A.) [ci-après *Barreau*].

69. *Ibid.*, par. 160. L'italique est de nous.

70. L.Q. 1997, c. 43.

71. *Ocean Port*, *supra*, note 1.

*Régie*⁷², jouissaient d'une inamovibilité en cours de mandat qui a été jugée suffisante au regard de l'article 23 de la Charte québécoise⁷³. Ces quelques exemples sont bien sûr insuffisants pour conclure à l'existence d'un phénomène de dualité mais la question mérite, semble-t-il, d'être posée.

2.3 La portée et les effets de l'arrêt *Ocean Port*

L'arrêt *Ocean Port*⁷⁴ fait bien voir l'importance du cadre quasi constitutionnel. Ainsi, l'incidence de ce jugement sera moins grande au Québec puisque l'article 23 de la Charte québécoise⁷⁵ exige des organismes ou tribunaux administratifs exerçant des fonctions quasi judiciaires qu'ils présentent des garanties minimales d'indépendance. Son effet sera aussi vraisemblablement plus restreint en droit fédéral, en raison de l'alinéa 2e) de la *Déclaration canadienne des droits*⁷⁶. Toutefois, la position de la Cour suprême pourrait avoir un impact majeur dans les autres juridictions provinciales étant donné l'absence de dispositions analogues et la portée fort restreinte de l'article 7 et de l'alinéa 11d) de la Charte canadienne⁷⁷.

En effet, selon l'arrêt *Ocean Port*⁷⁸, la norme non écrite d'indépendance découlant du préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*⁷⁹ ne s'applique pas, en principe, aux tribunaux administratifs. Conséquemment, s'il le fait par un texte clair et, sous réserve de l'application de l'article 7 et de l'alinéa 11d) de la Charte canadienne⁸⁰, le législateur d'une province autre que le Québec est libre de donner le degré d'indépendance qu'il veut aux membres des tribunaux administratifs. Il peut même aller jusqu'à ne leur conférer aucune forme d'inamovibilité. C'est le principe de la souveraineté du Parlement. En l'absence de contraintes constitutionnelles, le régime prévu par la loi prime sur la common law et le principe de modulation reconnu dans les arrêts *Matsqui*⁸¹ et *Régie*⁸² cesse de s'appliquer.

De plus, la conclusion de la juge McLachlin selon laquelle le texte clair et sans équivoque du paragraphe 30(2) du *Liquor Act*⁸³ ne laisse, en l'espèce, aucune possibilité d'intervention⁸⁴, fait bien voir la volonté de la Cour de ne pas s'immiscer dans ces questions. Sinon, elle aurait pu contourner

72. *Régie*, *supra*, note 2.

73. Charte québécoise, *supra*, note 4.

74. *Ocean Port*, *supra*, note 1.

75. Charte québécoise, *supra*, note 4.

76. L.C. 1960, c. 44 reproduite dans L.R.C. (1985), app. III.

77. Charte canadienne, *supra*, note 37. Sur cette question, voir notamment S. COMTOIS, «L'évolution des principes d'indépendance et d'impartialité quasi judiciaire: récents développements», (1993) 6 *C.J.A.L.P.* 187, 198.

78. *Ocean Port*, *supra*, note 1.

79. *LC 1867*, *supra*, note 10.

80. Charte canadienne, *supra*, note 37.

81. *Matsqui*, *supra*, note 54.

82. *Régie*, *supra*, note 2.

83. *Liquor Act*, *supra*, note 11.

84. *Ocean Port*, *supra*, note 1, par. 27.

cette disposition en exigeant un texte plus clair⁸⁵, comme elle l'a fait dans d'autres contextes⁸⁶.

Conclusion

Sans partager la conception qu'a la Cour du *Liquor Appeal Board*, on peut être d'accord avec sa conclusion selon laquelle il revient au législateur de décider du statut des membres de ce type d'organismes.

On peut aussi comprendre les hésitations de la Cour suprême à étendre le principe du *Renvoi*⁸⁷ à d'autres tribunaux administratifs. D'abord, sa position dans ce jugement a été très sévèrement critiquée, à l'interne, par le juge La Forest qui a écrit une forte dissidence et, à l'externe, par d'éminents juristes qui ont mis en doute la légitimité même de cette intervention⁸⁸. De plus, au plan institutionnel, le législateur est sans aucun doute mieux placé pour articuler les composantes d'indépendance de ces décideurs que ne le sont les cours de justice pour le faire sur une base de cas par cas.

Cependant, compte tenu de la place importante qu'occupent certains tribunaux administratifs et de la portée fort restreinte des

garanties d'indépendance découlant de l'article 7 et de l'alinéa 11d) de la Charte canadienne⁸⁹, on peut se demander s'il est opportun de laisser au législateur seul la discrétion de décider du degré d'indépendance requis de ces décideurs.

Cette interrogation vise au premier plan les tribunaux exerçant des fonctions purement juridictionnelles, plus particulièrement ceux qui ont une compétence constitutionnelle. À leur égard, faire régner le principe de la souveraineté du Parlement comme le fait la Cour dans *Ocean Port*⁹⁰ serait critiquable pour des raisons qui peuvent se résumer ainsi.

Premièrement, l'indépendance est une question fondamentale qui inclut mais déborde la question du statut. L'idée que les tribunaux de ce genre doivent être indépendants du gouvernement dont ils révisent les décisions se justifie essentiellement par le fait que les fonctions qu'ils exercent sont largement similaires à celles qu'exercent les cours de justice. En ce sens, à moins que la Cour ne soit prête à leur reconnaître le statut de cour de justice⁹¹, on peut se demander si son choix de faire reposer la garantie constitution-

85. *Société Radio-Canada c. Québec (Commission de police)*, [1979] 2 R.C.S. 618 [ci-après *Commission de police*].

86. Voir notamment *Commission de police, ibid.*, relativement à l'interprétation de l'art. 38 C.p.c.; *Re Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] R.C.S. 311, sur l'interprétation de l'art. 27 du règlement adopté en vertu de *The Police Act*, R.S.O. 1970, c. 351.

87. *Renvoi, supra*, note 22.

88. Voir notamment J. LECLAIR et Y.-M. MORISSETTE, «L'indépendance judiciaire et la Cour suprême: Reconstruction historique douteuse et théorie constitutionnelle de complaisance», (1998) 36 *Osgoode Hall Law Journal* 485.

89. Charte canadienne, *supra*, note 37.

90. *Ocean Port, supra*, note 1.

91. Comme le demande l'Association des juges administratifs du Tribunal administratif du Québec dans la requête pour permission d'appeler soumise à la Cour suprême dans l'affaire *Québec (Procureure générale) c. Barreau de Montréal*.

nelle d'indépendance issue du préambule sur le seul statut du tribunal, sans égard à ses fonctions, pourra tenir.

Deuxièmement, comme le laisse entendre le juge La Forest dans l'arrêt *Eldridge*⁹², il ne revient pas au gouvernement ni d'ailleurs au Parlement de décider quand les garanties constitutionnelles s'appliquent. Il affirmait, à ce propos, au regard de l'article 32 de la Charte canadienne⁹³, que les gouvernements ne peuvent échapper à leurs obligations constitutionnelles en concluant des contrats commerciaux, des accords privés ou en déléguant la mise en œuvre de leurs politiques et programmes à des entités privées. Si tel est le cas, il paraît tout aussi justifié de soutenir que le législateur ne devrait pas non plus pouvoir échapper à ses obligations constitutionnelles en changeant les structures chargées d'exercer les fonctions judiciaires⁹⁴.

Troisièmement, la réponse au manque d'indépendance des décideurs pourrait être que les décisions de ces organismes sont

assujetties au pouvoir de surveillance des cours supérieures qui possèdent, elles, des garanties suffisantes d'indépendance⁹⁵. Toutefois, dans l'état actuel du droit, comme on le sait, ce contrôle est fort restreint. Il l'est plus encore à l'égard des organismes spécialisés dont les décisions font l'objet de déférence et qui, de ce fait, se prononcent souvent en dernière instance⁹⁶.

Un des moyens⁹⁷ dont disposent les juges pour suppléer à l'insuffisance des garanties statutaires d'indépendance conférées aux décideurs quasi judiciaires est bien sûr d'étendre, à certains d'entre eux, la norme non écrite d'indépendance issue du préambule. Bien qu'elle puisse poser des problèmes d'identification, cette avenue se justifie, nous semble-t-il, sur la base de l'analogie des fonctions exercées. Elle aurait en outre l'avantage de contribuer à la solution du problème, sans ajouter d'obstacles additionnels comme pourrait le faire un raccrochement aux dispositions de la Charte canadienne.

92. *Eldridge c. Colombie-Britannique (P.G.)*, [1997] 3 R.C.S. 624, 660.

93. Charte canadienne, *supra*, note 37.

94. Au même effet, voir aussi les questions posées par le professeur Gilles Pépin dans «La jurisprudence relative à l'indépendance judiciaire au Canada, depuis l'arrêt *Valente*», (1995) *R. du B.* 313, 388 et G. PÉPIN, «La loi québécoise sur la justice administrative», (1997) *R. du B.* 633, p. 657-658. Il nous paraît utile de mentionner que l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle* ne réglerait pas en soi le problème puisque les attributions judiciaires transférées aux tribunaux administratifs (à tout le moins au Québec) sont essentiellement des juridictions qui relevaient antérieurement des cours inférieures de justice et non des juges de 96.

95. Sur ce point, voir aussi le juge La Forest dans *Renvoi*, *supra*, note 22, par. 324.

96. Voir *supra*, note 36.

97. Pour des moyens alternatifs voir notamment dans *Renvoi*, *supra*, note 22, par. 325 (juge La Forest). De plus, dans *Ocean Port*, la juge McLachlin précise que les art. 7 et 11d) de la Charte canadienne n'ont pas été invoqués. Peut-être laisse-t-elle ainsi une porte ouverte sur les espaces à donner à ces articles comme fondement constitutionnel des exigences d'indépendance...

Au plan du contenu, la reconnaissance d'une norme constitutionnelle implicite d'indépendance quasi judiciaire ne signifierait pas pour autant que les tribunaux administratifs visés doivent nécessairement bénéficier des mêmes garanties que les cours de justice. Au contraire, on peut s'attendre à ce que le principe de modulation déjà reconnu en jurisprudence continue de s'appliquer.

En bref, le défi que pose au droit la problématique de l'indépendance quasi judiciaire est celui de trouver un juste équilibre entre les règles d'impartialité et d'équité, d'une part, et, d'autre part, la flexibilité qu'exige la mise en œuvre d'un système d'adjudication des litiges administratifs qui soit adapté aux besoins. Il s'agit d'un équilibre dynamique qui est sujet à révision selon l'évolution du rôle et des pouvoirs des organismes visés. En ce sens, la reconnaissance d'une norme constitutionnelle implicite d'indépendance quasi judiciaire dont le contenu serait modulé en fonction des caractéristiques propres de l'organisme, semblerait un moyen particulièrement bien adapté à la tâche.

Dans *Ocean Port*⁹⁸, la juge McLachlin, au nom de la Cour, a

estimé que la norme constitutionnelle issue du préambule ne s'appliquait pas, en principe, aux instances autres que judiciaires, mais elle n'a pas fermé complètement la porte à la possibilité qu'elle puisse s'appliquer à certains tribunaux administratifs. Il sera intéressant de voir, le cas échéant, sur quelle base s'articuleront les exceptions. Il sera en outre intéressant de voir quelle portée la Cour donnera à son arrêt *Ocean Port*⁹⁹ et si l'unanimité pourra être maintenue. Les précisions à cet égard pourraient d'ailleurs ne pas tarder puisque la Cour suprême est actuellement saisie de trois recours mettant en cause la suffisance des garanties d'indépendance de décideurs quasi judiciaires. Il s'agit des affaires *Commission canadienne des droits de la personne c. Association canadienne des employés de téléphone et autres*¹⁰⁰; *C.U.P.E. c. Ontario (Minister of Labour)*¹⁰¹, et *Québec (Procureure générale) c. Barreau de Montréal*¹⁰². Les requêtes pour permission d'appeler ont été accueillies dans les deux premiers cas. Dans le troisième cas, la Cour n'a pas encore statué sur la requête soumise par l'Association des juges administratifs du Tribunal administratif du Québec.

98. *Ocean Port*, *supra*, note 1.

99. *Ibid.*

100. *Bell Canada c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [2001] C.F. 481 (C.F.A.).

101. [2000] O.J. n° 4361 (C.A. Ont.), en ligne: QL (O.J.).

102. *Barreau*, *supra*, note 68, demande d'autorisation d'appel à la Cour suprême produite le 5 novembre 2001 (C.S.C. Bulletin, 2001, p. 2116) et soumise à la Cour le 15 juillet 2002 (C.S.C. Bulletin, 2002, p. 1070).

DROIT ADMINISTRATIF

Claudine ROY

L'expectative légitime après l'arrêt *Mont-Sinaï*

Depuis quelques années déjà, la doctrine et la jurisprudence divergent quant à la protection qui doit être accordée aux expectatives légitimes créées chez le citoyen par l'Administration publique: protection procédurale ou protection substantielle?

En réalité, la problématique est plus complexe: l'Administration publique peut soit promettre à un citoyen qu'il sera entendu, soit lui promettre un résultat précis (la délivrance d'un permis par exemple). Dans un cas comme dans l'autre, la violation de la promesse peut donner lieu à une protection procédurale, c'est-à-dire le droit d'être entendu, ou à une protection substantielle, c'est-à-dire le droit d'obtenir le résultat précis escompté.

La valse en cours entre la théorie de l'expectative légitime, la préclusion promissoire¹, l'abus de pouvoir, la décision déraisonnable ou l'épuisement de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire illustre bien le malaise certain du droit public qui n'a pas encore réussi à résoudre de façon satisfaisante le conflit opposant, d'une part, le citoyen à qui une promesse a été

faite ou qui s'attend à une conduite spécifique de l'Administration en raison de son comportement passé et, d'autre part, la nécessaire flexibilité de l'exercice du pouvoir discrétionnaire de l'Administration publique.

Le contexte factuel de l'affaire *Ministre de la Santé et des Services sociaux c. Centre hospitalier Mont-Sinaï*² ouvrait la porte toute grande à l'élargissement de la protection offerte par la théorie de l'expectative légitime. La Cour suprême du Canada a refusé de suivre ce chemin. Elle a toutefois ouvert une autre porte, bien que très étroite, celle de l'épuisement de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire.

1. L'affaire *Mont-Sinaï*

1.1 *Les faits*

Brièvement, le Centre hospitalier *Mont-Sinaï* (le «Centre»), installé à Ste-Agathe, était à l'origine un établissement de soins de longue durée destiné principalement aux patients atteints de tuberculose. Avec la diminution de l'incidence de cette maladie, le Centre s'est peu à peu mis à offrir

1. «Promissory estoppel».

2. 2001 CSC 41, 29 juin 2001 (ci-après *Mont-Sinaï*).

certaines soins de courte durée. Le gouvernement était au fait de ce changement d'orientation depuis 1974 et avait continué de financer l'ensemble des activités du Centre sans que le permis visant 107 lits de soins de longue durée soit jamais modifié.

En 1984, des négociations sont amorcées pour discuter d'un déménagement éventuel du Centre à Montréal. À cette époque, sur les 107 lits exploités par le Centre, 50 l'étaient pour des soins de durée intermédiaire ou de courte durée. Sur la foi de la promesse du Ministère de modifier le permis après le déménagement, le Centre déménage à Montréal en janvier 1991 et dépose une demande de modification de permis le 31 janvier 1991. Cette demande est refusée le 1^{er} octobre 1991; la lettre justifie le refus sur le fondement de considérations financières bien que le Centre n'ait jamais demandé d'argent supplémentaire pour fournir ses services de courte durée.

Certaines conclusions de fait sont retenues pour la solution du litige par les trois instances:

- le Centre exploitait depuis longtemps à Ste-Agathe un centre mixte de soins de courte et de longue durée;
- le ministre savait que le Centre exploitait non seulement un établissement de soins de longue durée, mais

qu'il fournissait également des services de courte durée; le gouvernement finançait ces services et manifestait son assentiment malgré la non-concordance des activités et du permis;

- les discussions des parties relativement au déménagement du Centre avaient toujours porté sur des lits de courte et de longue durée;
- le Centre avait reçu des autorités gouvernementales des promesses selon lesquelles son permis serait modifié au moment de son déménagement à Montréal;
- c'était à la suggestion des ministres que le Centre avait accepté d'attendre son transfert à Montréal pour demander officiellement la modification de son permis.

1.2 *Le jugement de première instance*

En première instance³, la juge de la Cour supérieure a accueilli en partie la requête en mandamus. Elle considère que la demande de modification de permis du Centre doit être décidée en vertu de l'article 139.1 de la *Loi sur les services de santé et les services sociaux*⁴ («la Loi»):

Un permis permanent est renouvelé pour deux ans si son détenteur remplit les conditions prescrites par règlement.

3. *Centre hospitalier Mont-Sinaï c. Québec (Ministre de la Santé et des Services sociaux)*, J.E. 92-1815 (C.S.), p. 37.

4. L.R.Q., c. S-5.

Cependant, le ministre peut, après consultation du conseil régional concerné, modifier la catégorie, la classe, le type ou la capacité indiqué au permis s'il estime que l'intérêt public le justifie.

Avant de modifier la catégorie, la classe ou le type indiqué au permis, le ministre doit donner à l'établissement concerné l'occasion de lui faire des représentations.

[...] (nos italiques)

La Cour estime que le ministre avait, par ses promesses et son comportement, créé une expectative légitime que le Centre obtiendrait le permis. Toutefois, estimant que la théorie de l'expectative légitime ne permet pas de forcer le respect de la promesse, elle a ordonné au ministre d'entendre le Centre sur la question avant de décider s'il était dans l'intérêt public de modifier le permis:

Dans le cas sous étude, le ministre et ses prédécesseurs avaient créé une attente chez les requérants et comme le précise la jurisprudence tant britannique que canadienne, cette attente permet à un administré d'être entendu.

C'est pourquoi le ministre, dans le cas sous étude, devra entendre les requérants avant de prendre une décision. [...]

1.3 Le jugement de la Cour d'appel

La Cour d'appel⁵, sous la plume du juge Robert, a accueilli

l'appel, et ordonné au ministre de délivrer le permis promis. La Cour note que la protection accordée à l'expectative légitime en droit canadien semble limitée à une réparation procédurale, mais estime que la préclusion promissoire en droit public permettait ici d'accorder une réparation substantielle, soit la délivrance du permis promis. La Cour applique aux faits de l'espèce les conditions de la préclusion promissoire: l'existence d'une conduite antérieure ou de promesses non équivoques, l'intention des autorités de modifier les rapports juridiques entre les parties ou l'intention des autorités d'inciter l'accomplissement de certains actes, le fait pour l'administré de s'être fié aux représentations et d'avoir pris une mesure quelconque ou changé sa position.

1.4 Le jugement de la Cour suprême du Canada

1.4.1 Les motifs des juges majoritaires

Les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major et Bastarache, sous la plume du juge Bastarache, sont d'avis que le ministre doit être tenu de délivrer le permis. La majorité n'applique pas la théorie de l'expectative légitime, ni la préclusion promissoire. Elle estime que le ministre avait déjà exercé son pouvoir discrétionnaire et qu'il était, de ce fait, tenu de délivrer le permis pour l'exploitation d'un établissement de soins de courte et de longue durée, une

5. *Centre hospitalier Mont-Sinaï c. Québec (Ministre de la Santé et des Services sociaux)*, [1998] R.J.Q. 2707 (C.A.).

fois le Centre déménagé à Montréal.

Contrairement à la juge de première instance, la Cour suprême estime que l'article 139.1 de la Loi n'a aucune application en l'espèce parce qu'il ne s'agit pas d'un renouvellement de permis mais plutôt d'une demande de modification de permis. Cette modification serait plutôt régie par l'article 138 de la Loi:

Toute personne qui sollicite un permis doit transmettre sa demande au ministre conformément aux règlements.

Le ministre délivre un permis permanent ou un permis temporaire s'il estime que l'intérêt public le justifie.
(nos italiques)

1.4.1.1 L'expectative légitime et la préclusion promissoire

Le juge Bastarache, au nom de la majorité, écarte l'application de la théorie de l'expectative légitime et la préclusion promissoire dans une phrase laconique⁶:

[...] Il ne s'agissait toutefois pas d'une demande de renouvellement et, selon moi, l'art. 139.1 ne s'applique tout simplement pas. Il est donc inutile de se demander si l'expectative légitime résultant des rapports entre les parties peut donner lieu à une réparation substantielle – la délivrance du permis – en plus de la protection procédurale offerte par le droit d'être entendu, que ce soit en vertu d'une théorie élargie de l'expectative légitime ou en vertu de la préclusion promis-

soire en droit public.
(nos italiques)

1.4.1.2 L'exercice du pouvoir discrétionnaire

Les juges majoritaires notent la distinction qui doit être faite entre la détention d'un permis et l'autorisation d'exercer certaines activités⁷:

Je reconnais qu'il y a souvent une différence importante entre un acte juridique et le document qui le constate; par exemple, en l'absence d'exigence d'écrit, un document témoigne de l'existence d'un contrat qui existe tout à fait indépendamment de ce document et, bien que ce dernier soit utile en matière de preuve, il n'est pas essentiel à l'existence même du contrat. J'hésiterais toutefois à qualifier un permis de la même manière. Je pense qu'une activité peut être autorisée en l'absence de tout permis implicite ou acquis. En d'autres termes, il peut y avoir permission dans le sens de *ce qui est autorisé*, mais pas dans le sens d'un *permis* qui la constate. De toute manière, je préfère affirmer ici que les activités étaient autorisées (c'est-à-dire permis), mais que le permis lui-même n'existait pas.

Même si le comportement du ministre n'équivalait pas à la délivrance d'un permis, les juges majoritaires estiment que le ministre a exercé son pouvoir discrétionnaire et que, par son comportement, il a décidé qu'il était dans l'intérêt public d'accorder au Centre un permis permanent pour un établisse-

6. *Mont-Sinaï*, précité, note 2, par. 95.

7. *Ibid.*, par. 99.

ment de soins de longue et de courte durée⁸:

[...] En précisant que «[l]e ministre délivre un permis permanent ou un permis temporaire s'il estime que l'intérêt public le justifie», l'art. 138 attribue au ministre le pouvoir discrétionnaire de décider s'il est dans l'intérêt public de délivrer un permis temporaire ou permanent particulier. Le ministre a toutefois exercé ce pouvoir discrétionnaire en promettant au Centre de lui délivrer le permis modifié, en encourageant le déménagement à Montréal, en s'associant à la campagne de financement axée sur le rôle du Centre en tant qu'hôpital offrant à la fois des soins de longue et de courte durée et en continuant de financer les services de courte durée malgré leur non-concordance avec le permis du Centre. Lorsque le ministre a pris ces décisions et adopté ce comportement avec le Centre, il a décidé, pour les fins de l'art. 138, qu'il était dans l'intérêt public d'accorder au Centre un permis permanent pour un établissement de soins de longue et de courte durée. La délivrance même du permis a simplement été retardée jusqu'à ce que le déménagement à Montréal ait été effectué.

Les juges majoritaires estiment que le ministre a épuisé sa discrétion. Toutefois, un bémol est immédiatement ajouté⁹:

[...] Le comportement particulier que le ministre a adopté en l'espèce indique qu'il a épuisé son pouvoir discrétionnaire.

Cela ne signifie pas que, dans des circonstances différentes, il ne pourrait pas se fonder sur des considérations de politique générale prépondérantes pour revenir exceptionnellement sur une décision discrétionnaire antérieure.
(nos italiques)

Les juges majoritaires font ensuite une révision minutieuse de la preuve pour déterminer à quel moment le pouvoir discrétionnaire a été exercé et pour vérifier que l'exercice initial du pouvoir discrétionnaire n'a pas été valablement infirmé. Ils rejettent le pourvoi et ordonnent au ministre de délivrer le permis sollicité.

1.4.2 *Les motifs des juges minoritaires*

Les juges Binnie et McLachlin, sous la plume du juge Binnie, sont également d'avis de rejeter le pourvoi mais pour des motifs différents. Ils élaborent un peu plus sur la théorie de l'expectative légitime.

Ils sont d'accord sur la distinction faite par le juge Bastarache entre *avoir* un permis et *avoir droit* à un permis. Le juge Binnie souligne toutefois que la distinction entre prendre une décision et en établir l'existence pose de graves problèmes pratiques. Il sera difficile de déterminer à quel moment l'autorité publique aura passé de la délibération à la décision. Comment le citoyen en sera-t-il averti? Comment le ministre saura-t-il qu'il a épuisé son pouvoir discrétionnaire? Le

8. *Ibid.*, par. 100.

9. *Ibid.*

juge fonde sa décision sur l'analyse des rapports entre le Centre et le ministre¹⁰:

Je préfère l'approche de la Cour d'appel du Québec qui a fondé sa décision sur une analyse *des rapports* entre les intimés et le ministre. Les communications du ministre ne font pas que témoigner de l'état d'esprit de ce dernier, elles sont aussi à l'origine du droit des intimés. En d'autres termes, j'estime que les intimés n'obtiendraient probablement pas l'ordonnance qu'ils sollicitent si les ministres qui se sont succédé s'étaient livrés, sans exprimer leur pensée, aux cogitations et aux délibérations auxquelles ils se sont livrés entre 1984 et 1991.

Le juge ajoute que le fait que les intimés se soient fiés aux déclarations et communications des ministres est un fait décisif¹¹. Il n'élabore pas sur ce point.

1.4.2.1 L'équité procédurale

Les juges minoritaires estiment que le ministre n'a pas respecté les principes d'équité procédurale. L'intérêt direct des intimés était suffisant pour déclencher une obligation d'équité procédurale. Malgré ce fait, les intimés n'ont jamais été avisés ni du fait que le ministre était sur le point de revenir sur sa position, ni des motifs de ce revirement et ils n'ont pas eu

l'occasion d'expliquer leur point de vue. Cependant, les intimés demandaient plus que le respect des règles d'équité procédurale, ils voulaient forcer la délivrance du permis.

1.4.2.2 L'expectative légitime

Les juges minoritaires réitérent que cette théorie pourrait permettre le prolongement des règles de l'équité procédurale dans des circonstances où cette possibilité n'aurait pas autrement existé, mais qu'elle ne permet pas d'accorder de protection sur la substance de la décision¹². Traditionnellement, la possibilité d'invoquer l'équité procédurale dépend de la nature de l'intérêt du citoyen et de la nature du pouvoir exercé par l'Administration publique. La théorie de l'expectative légitime s'attache plutôt à la conduite de l'autorité publique dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire.

Les juges minoritaires maintiennent donc la position déjà énoncée dans *Résidents du Vieux St-Boniface c. Winnipeg*¹³, dans *Renvoi: Régime d'assistance publique du Canada*¹⁴ et dans *Baker c. Canada*¹⁵:

Le principe élaboré dans cette jurisprudence n'est que le prolongement des règles de justice naturelle et de l'équité procédurale. Il accorde à une personne

10. *Ibid.*, par. 4. Les autres juges sont d'accord avec cet énoncé, voir par. 105.

11. *Ibid.*, par. 5.

12. *Ibid.*, par. 29, 32 et 38.

13. [1990] 3 R.C.S. 1170.

14. [1991] 3 R.C.S. 525.

15. [1999] 2 R.C.S. 817. Pour un jugement plus récent réaffirmant le même principe, voir *Moreau-Bérubé c. Nouveau-Brunswick (Conseil de la magistrature)*, 2002 CSC 11.

touchée par la décision d'un fonctionnaire public la possibilité de présenter des observations dans des circonstances où, autrement, elle n'aurait pas cette possibilité. La cour supplée à l'omission dans un cas où, par sa conduite, un fonctionnaire public a fait croire à quelqu'un qu'on ne toucherait pas à ses droits sans le consulter¹⁶.

Or, ni la jurisprudence canadienne ni celle d'Angleterre n'appuient la position suivant laquelle la théorie de l'expectative légitime peut créer des droits fondamentaux. Cette théorie fait partie des règles de l'équité procédurale auxquelles peuvent être soumis les organismes administratifs. Dans les cas où elle s'applique, elle peut faire naître le droit de présenter des observations ou d'être consulté. Elle ne vient pas limiter la portée de la décision rendue à la suite de ces observations ou de cette consultation¹⁷.

[...] Notre Cour a dit que, au Canada, l'attente légitime fait partie de la doctrine de l'équité ou de la justice naturelle, et qu'elle ne crée pas de droits matériels [...] Au Canada, la reconnaissance qu'une attente légitime existe aura une incidence sur la nature de l'obligation d'équité envers les personnes visées par la décision. Si le demandeur s'attend légitimement à ce qu'une certaine procédure soit suivie, l'obligation d'équité exigera cette procédure [...] De même, si un demandeur s'attend légitimement à un certain résultat, l'équité peut exiger des droits

procéduraux plus étendus que ceux qui seraient autrement accordés [...] Néanmoins, la doctrine de l'attente légitime ne peut pas donner naissance à des droits matériels en dehors du domaine de la procédure¹⁸.

Les juges minoritaires notent cependant que les droits anglais, australien et irlandais semblent permettre aux tribunaux d'accorder une protection substantielle à l'expectative légitime créée chez le citoyen. D'après eux, une partie du problème causé par les positions opposées découlerait du fait qu'en droit anglais et dans le droit des autres ressorts qui ont suivi le droit anglais, la théorie de l'expectative légitime remplit un certain nombre de fonctions qui sont différenciées au Canada¹⁹:

Il appert donc que la théorie anglaise de l'expectative légitime est devenue un code exhaustif englobant toute la gamme des recours en matière de droit administratif, qui va de l'équité procédurale, en passant par l'équité procédurale «améliorée» fondée sur le comportement, pour atteindre le niveau le plus haut où l'ingérence des tribunaux dans l'administration publique est la plus grande – celui où se situe la préclusion (*estoppel*) (même si ce recours ne doit pas être qualifié ainsi) qui justifie la réparation substantielle. [...]

La jurisprudence canadienne tend à différencier, aux fins d'analyse, les notions connexes de l'équité procédurale et la théorie de l'expectative légitime.

16. *Résidents du Vieux St-Boniface c. Winnipeg*, précité, note 13, p. 1204.

17. *Renvoi: Régime d'assistance publique du Canada*, précité, note 14, p. 557-558.

18. *Baker c. Canada*, précité, note 15, p. 839-840.

19. *Mont-Sinaï*, précité, note 2, par. 26 et 28.

1.4.2.3 La préclusion promissoire

Les juges minoritaires reconnaissent que, dans certains cas particuliers, la préclusion peut être invoquée contre une autorité publique, y compris contre un ministre²⁰.

La minorité rejette, tout comme la majorité, l'application de la préclusion promissoire dans les circonstances de cette cause. Elle convient que si l'affaire relevait du droit privé, les éléments de la préclusion seraient présents. Toutefois, l'affaire relevant du droit public, il faut déterminer l'intention du législateur en conférant le pouvoir dont on cherche à empêcher l'exercice. En l'espèce, le ministre est mandaté en termes larges pour agir dans l'intérêt public, et s'il juge qu'il est contraire à l'intérêt public de délivrer le permis modifié, le tribunal ne doit pas l'empêcher de faire ce qu'il considère être son devoir²¹.

1.4.2.4 L'abus de pouvoir discrétionnaire et la déraisonnabilité

Finalement, les juges minoritaires estiment que la décision du ministre équivalait à un abus de pouvoir discrétionnaire et qu'elle était manifestement déraisonnable.

Dans l'arrêt *Baker*, la Cour suprême soulignait que le droit administratif avait traditionnellement abordé le contrôle des décisions discrétionnaires séparément

du contrôle des décisions sur l'interprétation de règles de droit. Les tribunaux ne révisaient les décisions discrétionnaires que dans certains cas précis: mauvaise foi des décideurs, exercice du pouvoir discrétionnaire dans un but incorrect, utilisation de considérations non pertinentes ou caractère déraisonnable. La Cour suprême a choisi de soumettre les décisions discrétionnaires à la même analyse pragmatique et fonctionnelle que celle utilisée pour les décisions sur l'interprétation des règles de droit, c'est-à-dire leur caractère correct, simplement déraisonnable ou manifestement déraisonnable²².

Les juges minoritaires dans l'arrêt *Mont-Sinai* font de même. En l'occurrence, ils estiment que la décision du ministre était manifestement déraisonnable. La minorité estime que la décision du ministre était manifestement déraisonnable en raison de la façon dont le ministre a défini l'intérêt public pendant les sept années au cours desquelles ils ont consulté, encouragé les intimés et leur ont donné des assurances et en raison de l'omission totale du ministre de prendre en considération les conséquences que le manquement à ses promesses entraînerait pour les intimés.

2. Commentaire

En somme, tous les juges saisis de l'étude de ce dossier ont été d'avis qu'il fallait intervenir et annuler la décision du ministre:

20. *Ibid.*, par. 40.

21. *Ibid.*, par. 48.

22. *Baker c. Canada*, précité, note 15, p. 853-855.

- pour la juge de première instance, il fallait retourner le dossier au ministre pour que l'administré ait l'occasion de faire valoir son point de vue en raison de la frustration de son expectative légitime;
- pour les juges de la Cour d'appel, le permis aurait dû être accordé en application de la préclusion promissoire;
- pour la majorité de la Cour suprême, le ministre avait épuisé son pouvoir discrétionnaire;
- pour la minorité, le ministre avait abusé de son pouvoir discrétionnaire de façon manifestement déraisonnable.

Tel qu'il est mentionné plus haut, les faits de l'affaire *Mont-Sinaï* offraient une réelle occasion à la Cour suprême du Canada, l'eût-elle voulu, d'étendre la portée de la théorie de l'expectative légitime en droit administratif canadien. La Cour a préféré choisir une autre voie. Pourquoi?

2.1 Le renouvellement ou la modification du permis

Pour la majorité, la question de la réparation substantielle n'a pas à être étudiée ici. Elle solutionne le litige sur la base de son interprétation de l'article 138 de la Loi et estime qu'il n'est pas pertinent de discuter ici de la possibilité d'étendre la protection de l'expectative légitime à une protection substantielle.

La situation factuelle et le jugement fouillé de la Cour d'appel permettaient d'espérer un prononcé élaboré sur l'étendue de l'application de la théorie de l'expectative légitime en droit administratif canadien et de la préclusion promissoire en droit public.

La position des juges majoritaires indique que la Cour suprême n'est pas encore décidée à reconnaître la possibilité d'obtenir une réparation substantielle à la suite de la violation d'une expectative légitime. Il aurait été facile, si elle l'avait voulu, d'accorder une protection substantielle à une expectative légitime avec les faits en litige. Toutefois, elle se garde également de fermer la porte définitivement: elle aurait pu simplement réitérer les énoncés faits dans ses arrêts précédents limitant la protection à une protection procédurale. Elle préfère simplement résoudre le litige autrement.

2.2 La distinction du droit anglais

La minorité refuse d'accorder une protection substantielle à l'expectative légitime au motif que la jurisprudence canadienne séparerait, à des fins d'analyse, des motifs de révision judiciaire qui seraient regroupés en droit anglais.

Outre le fait de constater la différence, la Cour n'explique pas pourquoi notre droit se devrait d'être différent. De façon générale, notre droit administratif est assez semblable au droit anglais. Nous nous inspirons toujours beaucoup

de la jurisprudence anglaise. Pourquoi faudrait-il s'en écarter ici?

Il est nécessaire de voir l'évolution du droit anglais pour bien comprendre les propos de la Cour suprême²³.

L'expression «expectative légitime» a été utilisée pour la première fois dans le droit administratif des pays de common law par Lord Denning en 1969 dans *Schmidt c. Secretary of State of Home Affairs*²⁴. Des étudiants étrangers avaient décidé d'entreprendre des études de scientologie en Angleterre. À l'expiration de leur permis annuel, ils en demandent le renouvellement pour une autre année. Le permis est refusé à la suite d'un débat à la Chambre des communes où il a été considéré que la scientologie était socialement indésirable, bien que légale, et que le ministre prendrait des mesures pour en diminuer la pratique. Le tribunal anglais refuse de sanctionner le geste de l'Administration publique mais souligne qu'il aurait pu en être autrement si le permis avait été révoqué avant son expiration:

He has no right to enter this country except by leave; and, if he is given leave to come for a limited period, he has no right to stay for a day longer than the time permitted. If his permit is revoked before the time limit

expires, he ought, I think, to be given an opportunity of making representations: for he would have a legitimate expectation of being allowed to stay for the permitted time. Except in such a case, a foreign alien has no right and, I would add, no legitimate expectation, of being allowed to stay.

2.2.1 *La promesse d'être entendu*

Sans que la question d'expectative légitime soit discutée, la Cour d'appel avait déjà reconnu dans *R. c. Liverpool Corporation, ex parte Liverpool Taxi Fleet Operator's Association*²⁵ qu'une promesse d'être entendu devait généralement être respectée sur la base du devoir d'agir équitablement. Dans cette affaire, la défenderesse s'était engagée à ne pas augmenter le nombre maximal de licences de fiacres sans que l'association des opérateurs de taxis soit entendue. Lord Denning souligne que la défenderesse est tenue au respect de l'obligation d'agir équitablement et qu'elle doit respecter sa promesse²⁶:

The other thing I would say is that the corporation were not at liberty to disregard their undertaking. They were bound by it so long as it was not in conflict with their statutory duty.

[...]

23. Pour une étude plus détaillée, voir C. ROY, *La théorie de l'expectative légitime en droit administratif*, Cowansville, Yvon Blais, 1993.

24. [1969] 1 All E.R. 904 (A.C.), p. 909. La notion existait cependant déjà dans le droit de la Communauté européenne: J.M. WOEHRLLING, «Le principe de confiance légitime dans la jurisprudence des tribunaux», Rapport général au XV^e congrès international de droit comparé.

25. [1972] 2 Q.B. 299 (C.A.).

26. *Ibid.*, p. 308.

But that principle does not mean that a corporation can give an undertaking and break it as they please. So long as the performance of the undertaking is compatible with their public duty, they must honour it. And it should have thought that this undertaking was so compatible. At any rate they ought not to depart from it except after the most serious consideration and hearing what the other party has to say: and then only if they are satisfied that the overriding public interest requires it. The public interest may be better served by honouring their undertaking than by breaking it. This is just such a case.

En 1984, dans *Council of Civil Service Unions c. Minister for the Civil Service*²⁷, la Chambre des Lords reconnaît le même principe, cette fois en se référant expressément à l'expectative légitime. Encore une fois, cette expectative est vue dans le contexte du devoir d'agir équitablement. Depuis 1947 existait une pratique constante de consultation entre l'employeur et les syndicats pour toute modification substantielle des conditions de travail d'un certain groupe d'employés. Cette pratique fut interrompue soudainement en 1984 dans certaines circonstances particulières.

Lord Fraser of Tullybelton voit une obligation de consulter le syndicat avant de prendre la décision à cause de l'expectative légitime créée par la conduite passée²⁸:

It is clear the employees did not have a legal right to prior consul-

tation [...] But even where a person claiming some benefit or privilege has no legal right to it, as a matter of private law, he may have a legitimate expectation of receiving the benefit or privilege, and if so, the courts will protect this expectation by judicial review as a matter of public law.

Dans le cas particulier de l'espèce, la Cour considère toutefois que la décision du ministre était justifiée pour des motifs de sécurité nationale.

Lord Diplock se réfère également à la naissance d'une expectative légitime comme ouverture possible à la révision judiciaire:

To qualify as a subject for judicial review the decision must have consequences which affect some person (or body of persons) other than the decision-maker, although it may affect him too. It must affect such other person either by altering rights or obligations of that person which are enforceable by or against him in private law; or by depriving him of some benefit or advantage which either he had in the past been permitted by the decision-maker to enjoy and *which he can legitimately expect* to be permitted to continue to do until there has been communicated to him some rational grounds for withdrawing it on which he has been given an opportunity to comment; or he has received assurance from the decision-maker he will not be withdrawn without giving him first an opportunity of advancing rea-

27. [1984] 3 W.L.R. 1174 (H.L.).

28. *Ibid.*, p. 1187.

sons for contending that they should not be withdrawn²⁹.

The particular manifestations of the *duty to act fairly* which is presently involved is that part of the recent evolution of our administrative law which may enable an aggrieved party to evoke judicial review if he can show that he has 'a reasonable expectation' of some occurrence or action preceding the decision complained of and that 'reasonable expectation' was not in the event fulfilled³⁰.
(nos italiques)

En 1983, le Conseil privé avait déjà reconnu qu'une promesse d'être entendu devait être respectée, en se référant expressément à l'expectative légitime. Dans *Attorney-General of Hong Kong c. Ng Yuen Shiu*³¹, un ordre de déportation contre M. Ng Yuen Shiu est annulé par le Conseil privé qui ordonne à l'autorité compétente de permettre à l'immigrant illégal d'être entendu avant qu'une décision ne soit prise concernant sa déportation. Un officier supérieur de l'immigration avait promis aux immigrants illégaux de Macao qu'ils ne seraient pas déportés sans audition. Lord Fraser of Tullybelton affirme que l'autorité publique est liée par sa promesse et qu'elle devra respecter cette promesse procédurale tant et aussi longtemps qu'elle n'ira pas à l'encontre de ses obligations légales³²:

[...] when a public authority has promised to follow a certain pro-

cedure, it is in the interest of *good administration* that it should *act fairly* and should implement its promise, so long as implementation does not interfere with its statutory duty.
(nos italiques)

Ici, cela signifie qu'avant de décider de la déportation d'un immigrant de Macao, on doit lui donner l'occasion de présenter ses arguments. Le respect d'une promesse d'être entendu est donc un principe de bonne administration publique.

2.2.2 *Le non-respect de la pratique antérieure donne le droit d'être entendu*

En 1984, la Cour d'appel anglaise, dans *R. c. Secretary of State for the Home Department, ex parte Khan*³³, ne permet pas à l'Administration de s'écarter de sa politique sans entendre le citoyen visé par la décision. Il ne s'agissait pas ici d'une expectative d'être entendu, mais bien d'une expectative de respect des conditions d'obtention d'une autorisation d'entrée au pays.

M. Khan et sa femme sont des résidents permanents d'Angleterre. Ils veulent adopter une de leurs nièces du Pakistan. Ils s'informent sur la procédure à suivre et une circulaire du *Home Office* leur est remise les informant que le Home Secretary pourra exercer son pouvoir discrétion-

29. *Ibid.*, p. 1194.

30. *Ibid.*, p. 1200.

31. [1983] 2 A.C. 629 (P.C.).

32. *Ibid.*, p. 638.

33. [1984] 1 W.L.R. 1337 (A.C.).

naire pour autoriser l'entrée d'un étranger au pays s'il est d'avis:

- que l'intention d'adopter est réelle et non une excuse pour obtenir l'entrée au pays,
- que le bien-être de l'enfant est assuré en Angleterre,
- que la Cour autorisera probablement l'adoption, et
- que les parents adoptifs ont leur domicile en Angleterre.

Malgré le respect de ces conditions, la demande d'entrée au pays est refusée. La directive du Home Office, contrairement à la lettre circulaire communiquée aux Khan, prévoyait un élément supplémentaire: il fallait tenir compte de la capacité ou non des parents naturels de subvenir aux besoins de l'enfant.

[...] There can, however, be no doubt that the Secretary of State has a duty to exercise his common law discretion *fairly*. [...] *in principle, the Secretary of State, if he undertakes to allow in persons if certain conditions are satisfied, should not in my view be entitled to resile from that undertaking without affording interested persons a hearing and then only if the overriding public interest demands it.*³⁴

I have no doubt that the Home Office letter afforded the applicant a *reasonable expectation* that the procedures it set out, [...], would be followed; that if the result of the implementation of those procedures satisfied the

Secretary of State of the four matters mentioned, a temporary entry clearance would be granted and that the ultimate fate of the child would then be decided by the adoption court of this country. [...] The Secretary of State is, of course, at liberty to change the policy but in my view, vis-à-vis the recipient of such a letter, a new policy can only be implemented after such recipient has been given a full and serious consideration whether there is some overriding public interest which justifies a departure from the procedures stated in the letter.³⁵
(nos italiques)

La Cour annule la décision. Le *Home Secretary* pourra soit permettre l'accès de l'enfant au pays sur le fondement de la lettre circulaire, soit donner aux Khan l'occasion de faire valoir leur point de vue sur le fondement de la nouvelle exigence. Le juge Dunn aurait également accordé le remède demandé mais sans se référer à l'expectative légitime et plutôt sur le fondement de la décision déraisonnable³⁶.

2.2.3 *L'obligation de l'Administration de respecter ses promesses ou pratiques antérieures*

En 1987, les tribunaux anglais commencent à ouvrir la porte à une protection plus large. Il arrive dans certaines circonstances que le citoyen veuille plus qu'une protection procédurale, il veut obtenir le respect de la pro-

34. *Ibid.*, p. 1344.

35. *Ibid.*, p. 1347.

36. «*Wednesbury unreasonableness*».

messe ou de la pratique antérieure.

Par exemple, dans *R. c. Secretary of State for the Home Department, ex parte Ruddock*³⁷, M. Ruddock se plaint d'avoir fait l'objet d'écoute électronique alors qu'il ne se trouvait dans aucune des circonstances énoncées par le secrétaire d'État pour donner ouverture à l'interception des communications. Encore une fois, l'expectative est reliée au devoir d'agir équitablement³⁸:

On those authorities I conclude that *the doctrine of legitimate expectation in essence imposes a duty to act fairly. Whilst most of the cases are concerned, as Lord Roskill said, with a right to be heard, I do not think the doctrine is so confined. Indeed, in a case where ex hypothesi there is no right to be heard, it may be thought the more important to fair dealing that a promise or undertaking given by a minister as to how he will proceed should be kept.* Of course such promise or undertaking must not conflict with his statutory duty or his duty, as here, in the exercise of a prerogative power. I accept the submission of counsel for the Secretary of State that the respondent cannot fetter his discretion. By declaring a policy he does not preclude any possible need to change it. But then if the practice has been to publish the current policy, it would be incumbent on him in dealing fairly to publish the new policy,

unless again that would conflict with his duties.
(nos italiques)

Il est intéressant de noter ici que la Cour a également décidé qu'il n'y avait pas de déraisonnabilité au sens de l'arrêt *Wednesbury*. La réclamation est toutefois rejetée en l'espèce.

Dans *R. c. Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte Hamble (Offshore) Fisheries Ltd.*³⁹, Hamble Fisheries avait acquis deux bateaux de pêche pour lesquels il espérait obtenir un transfert de permis de pêche sur la foi d'une politique ministérielle régissant de tels transferts. Par suite de l'adoption d'une nouvelle politique, le transfert des permis a été refusé. Le tribunal se penche précisément sur la protection procédurale et la protection substantielle puisque M. Hamble ne veut pas être entendu, il veut obtenir son permis⁴⁰.

Le tribunal se dit d'avis que cette distinction crée de la confusion inutilement et estime qu'il s'agit plutôt d'une question d'équité. Pour lui l'équité comprend aussi bien la décision que le processus pour y arriver⁴¹:

[...] As Laws J. points out in the passage I have cited, the real question is one of fairness in public administration. *It is difficult to see why it is any less unfair to frustrate a legitimate expectation that something will*

37. [1987] 2 All E.R. 518 (Q.B.).

38. *Ibid.*, p. 531.

39. [1995] 2 All E.R. 714 (Q.B.).

40. *Ibid.*, p. 723.

41. *Ibid.*, p. 724.

or will not be done by the decision-maker than it is to frustrate a legitimate expectation that the applicant will be listened to before the decision-maker decides whether to take a particular step.
(nos italiques)

Ceci ne signifie pas que l'autorité publique sera empêchée de modifier une politique ou une pratique mais simplement que la Cour pourra être amenée à soulever les considérations publiques ayant provoqué le changement de politique et les expectatives créées chez le citoyen⁴²:

Thus it is the obligation to exercise powers fairly which permits expectations to be counterposed to policy change, not necessarily in order to thwart it but – as in the present cases – in order to seek a proper exception to the policy within the *British Oxygen* principle.

These considerations, I think, bring one closer to some conceptual understanding of what makes an expectation legitimate. Legitimacy in this sense is not an absolute. It is a function of expectations induced by government and of policy considerations which militate against their fulfilment. The balance must in the first instance be for the policy-maker to strike; but if the outcome is challenged by way of judicial review, I do not consider that the court's criterion is the bare rationality of the policy-maker's conclusion. While policy is for the policy-maker alone, the fairness of his

or her decision not to accommodate reasonable expectations which the policy will thwart remains the court's concern (as of course does the lawfulness of the policy). To postulate this is not to place the judge in the seat of the minister. As the foregoing citations explain, it is the court's task to recognise the constitutional importance of ministerial freedom to formulate and reformulate policy; but it is equally the court's duty to protect the interests of those individuals whose expectation of different treatment has a legitimacy which in fairness outtops the policy choice which threatens to frustrate it.

Avec les énoncés de la Cour d'appel dans l'arrêt *R. c. North and East Devon, ex parte Coughlan*⁴³, il n'y a plus aucun doute: l'expectative légitime comme motif de révision judiciaire ne vise pas seulement la façon dont l'autorité est arrivée à une décision (protection procédurale), mais vise également à obtenir révision de la décision elle-même (protection substantielle).

M^{me} Coughlan est une personne atteinte de déficiences physiques graves. Elle a accepté de quitter le centre hospitalier où elle était soignée pour aller habiter dans une résidence avec la promesse que cette maison serait sa résidence pour la vie. L'autorité publique a décidé quelques années plus tard de fermer cette résidence.

42. *Ibid.*, p. 731.

43. [2000] 3 All E.R. 850 (A.C.).

La Cour note que, devant la création d'une expectative légitime, le tribunal a trois options⁴⁴:

There are at least three possible outcomes. (a) The court may decide that the public authority is only required to bear in mind its previous policy or other representation, giving it the weight it thinks right, but no more, before deciding whether to change course. Here the court is confined to reviewing the decision on *Wednesbury* grounds. [...] (b) On the other hand the court may decide that the promise or practice induces a legitimate expectation of, for example, being consulted before a particular decision is taken. Here it is uncontentious that the court itself will require *the opportunity for consultation* to be given unless there is an overriding reason to resile from it in which case the court will itself judge the adequacy of the reason advanced for the change of policy, taking into account what fairness requires. (c) *Where the court considers that a lawful promise or practice has induced a legitimate expectation of a benefit which is substantive, not simply procedural, authority now establishes that here too the court will in a proper case decide whether to frustrate the expectation is so unfair that to take a new and different course will amount to an abuse of power. Here, once the legitimacy of the expectation is established, the court will have the task of weighing the requirements of fairness against any overriding interest relied upon for the change of policy.* (nos italiques)

44. *Ibid.*, p. 871-872.

45. *Ibid.*, p. 883.

46. C. ROY, *op. cit.*, note 23, p. 75-77; D.J. MULLAN, *Administrative Law*, Irwin Law, 2001, p. 174-175.

Après avoir examiné les faits de l'espèce, la Cour conclut ici que la violation d'une expectative légitime constituait en l'espèce une violation du devoir d'agir équitablement équivalant à abus de pouvoir⁴⁵:

We have no hesitation in concluding that the decision to move Miss Coughlan against her will and in breach of the health authority's own promise was in the circumstances unfair. *It was unfair because it frustrated her legitimate expectation of having a home for life in Mardon House.* There was no overriding public interest which justified it. [...] ... here *there was unfairness amounting to an abuse of power by the health authority.* (nos italiques)

Il est vrai que le droit anglais voit la théorie de l'expectative légitime comme un développement du devoir d'équité. Le concept de *fairness* n'y est pas limité à la procédure comme au Canada. Ici, malgré quelques tentatives, le développement du «devoir d'agir équitablement» a plutôt été restreint à un «devoir d'équité procédurale»⁴⁶. Le choix même des termes est significatif.

Mais c'est par le biais de la théorie de l'expectative légitime que l'évolution s'est faite en Angleterre. Les intimés, dans l'affaire *Mont-Sinaï*, demandaient précisément à la Cour suprême du Canada de suivre la même évolution.

D'ailleurs, notons que c'est également via l'équité que la Cour d'appel du Québec avait, dès 1985, accordé une protection substantielle en matière d'expectative légitime⁴⁷. Dans cette affaire, Transport Lessard s'était assurée auprès du ministère du Revenu qu'elle n'avait pas à payer la taxe de vente lors de l'achat en bloc de tout l'actif d'une entreprise. Un an plus tard, le ministère a décidé de mettre de côté la directive d'interprétation sur laquelle s'était appuyé le fonctionnaire pour renseigner Transport Lessard et a envoyé un avis de cotisation. Cet avis est annulé par la Cour d'appel. Le juge Nichols rend sa décision sur le fondement du respect des principes de justice naturelle⁴⁸:

Lorsqu'une directive existe depuis longtemps et qu'elle est appliquée de façon continue en raison d'une interprétation raisonnable de la loi, il me semble que les règles de justice naturelle commandent qu'un changement d'interprétation ne puisse jouer contre ceux qui, de bonne foi, se sont assurés d'avance de l'application qui serait faite dans leur cas.

[...]

Ces principes de justice naturelle signifient selon moi que le citoyen qui traite avec l'administration a légitimement le droit de s'attendre au respect des normes et de la procédure établies par documentation ministérielle.

[...] Un contribuable qui se fonde sur cette directive pour régler sa conduite peut nourrir l'espoir légitime qu'un changement postérieur ne viendra pas perturber les décisions prises en fonction d'une telle directive.

D'une part, les juges minoritaires refusent de suivre l'évolution du droit anglais quant à l'expectative légitime au motif que cette théorie englobe plusieurs motifs de révision judiciaire qui seraient distincts au Canada; d'autre part, ils suivent le chemin tracé dans l'arrêt *Baker* et appliquent la norme de contrôle du «manifestement déraisonnable» à ce qu'ils considèrent un abus de pouvoir discrétionnaire, fusionnant ainsi deux motifs auparavant distincts de révision judiciaire⁴⁹.

Pour décider que la décision était déraisonnable, les juges minoritaires se réfèrent à l'arrêt anglais *Associated Provincial Picture Houses, Ltd. c. Wednesbury Corp.*⁵⁰, arrêt de 1948 qui n'avait reçu qu'une application très mitigée au Canada jusqu'à l'arrêt *Baker* en 1999. La déraisonnabilité *Wednesbury* est un test beaucoup plus exigeant (irrationalité) que celui suggéré par la théorie de l'expectative légitime.

2.3 L'utilité de la protection procédurale

À notre avis, l'utilité de la protection procédurale que peut apporter la théorie de l'expectative

47. *Sous-ministre du Revenu du Québec c. Transport Lessard (1976) Ltée*, [1985] R.D.J. 502 (C.A.).

48. *Ibid.*, p. 506-508.

49. D.J. MULLAN, *op. cit.*, note 46, p. 121-122.

50. [1948] 1 K.B. 223.

légitime est réduite. Il est vrai de dire que le devoir d'équité procédurale existe normalement en raison des intérêts en litige, de la nature de la décision rendue et des effets qu'elle a sur le citoyen, et que l'expectative légitime élargit cette application en tenant compte des promesses ou pratiques antérieures de l'Administration. Toutefois, étant donné que les tribunaux canadiens ont depuis plusieurs années accordé une large place à l'application des règles de justice naturelle, à l'équité procédurale et à l'étendue de leur contenu, il sera, croyons-nous, assez rare de trouver des situations factuelles où seule l'expectative légitime déclenchera l'application des règles de justice naturelle. Dans l'affaire *Mont-Sinaï* par exemple, l'intérêt en litige et l'effet sur l'administré auraient été suffisants pour attirer l'application des règles de justice naturelle. Lorsque le citoyen se retrouve dans une situation où, de toute manière, le devoir d'agir équitablement aurait été applicable en raison de la nature de la décision ou des intérêts en litige et qu'il ne demande que le droit d'être entendu, il est inutile de recourir à la théorie de l'expectative légitime⁵¹.

Le véritable attrait de la théorie de l'expectative légitime réside dans la protection qu'elle aurait pu apporter à la substance de la décision, c'est-à-dire à forcer l'autorité publique à respecter une promesse ou à suivre une pratique antérieure. Pour l'instant, il fau-

dra suivre une autre voie, celle de l'épuisement de l'exercice du pouvoir discrétionnaire.

2.4 L'épuisement de l'exercice du pouvoir discrétionnaire et l'abus de pouvoir discrétionnaire

Bien que les juges de la Cour suprême du Canada aient refusé d'accorder une protection substantielle en vertu de la théorie de l'expectative légitime, il est important de souligner que le résultat a été le même. Ils ont effectivement ordonné la délivrance du permis.

Les juges majoritaires ont choisi de solutionner le problème qui leur était soumis en se référant à l'épuisement de l'exercice du pouvoir discrétionnaire. Il est possible, voire probable, que la détermination du moment où le pouvoir discrétionnaire est exercé s'avérera une analyse des plus difficiles sur le plan factuel. Il est assez rare que l'Administration encourage pendant sept années une situation, le confirme par lettre, promet par ses gestes et déclarations la délivrance d'un permis et révisé ensuite sa position. Nous suggérons que l'application de ces principes fera en sorte que très peu de décisions discrétionnaires seront effectivement révisées pour cause d'épuisement dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire. C'est d'ailleurs sans doute le message que la Cour suprême entendait envoyer.

51. Voir par exemple *Qi c. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1995] F.C.J. No. 1615 (1^{re} inst.); *Mercier-Néron c. Canada (Minister of National Health and Welfare)*, [1995] F.C.J. No. 1024; *Société financière Speedo (1993) Ltée c. Commission des transports du Québec*, [1999] T.A.Q. 1400.

Les juges minoritaires ont estimé que l'Administration avait abusé de son pouvoir discrétionnaire. C'est probablement par le biais de l'abus de pouvoir que le droit canadien solutionnera dans les années à venir les situations réglées par le biais de la théorie de l'expectative légitime en droit anglais.

Conclusion

Le jugement de la Cour suprême du Canada mettra un frein certain aux demandes des citoyens de faire respecter les promesses ou pratiques antérieures de l'Administration publique par le biais de la théorie de l'expectative légitime. Cette théorie n'aura pas, pour l'instant, l'essor qu'elle a eu en Angleterre. Son utilité en matière procédurale est réduite.

Du point de vue conceptuel, il est difficile de comprendre pourquoi la théorie de l'expectative permettrait de forcer l'Administration à respecter une promesse d'être entendu mais pas une autre promesse. Le respect des promesses et pratiques antérieures ne relève-t-il pas tout simplement d'une saine gestion administrative? Il n'est nullement question ici d'empêcher l'Administration de modifier sa conduite lorsque l'intérêt public l'exige.

Le droit administratif jongle depuis longtemps avec ces décisions qui ne sont ni *ultra vires*, ni

irrationnelles, ni manifestement déraisonnables, mais qui heurtent le principe de «bon gouvernement». Le citoyen doit pouvoir se fier aux déclarations de l'Administration publique⁵²:

The protection of the trust placed by individuals in the statements of officials is, it is submitted, of great importance. Good government depends in large measure on officials being believed by the governed. Little could be more corrosive of the public's fragile trust in government if it were clear that public authorities could freely renege on their past undertakings or long-established practices. [...] Thus, save where there is an overriding public interest, it is submitted that it will generally be unreasonable to leave substantive legitimate expectations unprotected.

Même si le droit canadien ne choisit pas la voie de l'expectative légitime, il nous faut trouver une manière de préserver la confiance du citoyen dans l'Administration tout en accordant une nécessaire liberté d'action à l'Administration⁵³:

[...] the challenge is to find ways in which decision makers' freedom of action can be preserved while protecting the trust that individuals reasonably and legitimately place in the promises or actions of officials.

L'application qui pourra être faite de l'épuisement de l'exercice du pouvoir discrétionnaire risque,

52. C. FORSYTH, «Wednesbury Protection of Substantive Legitimate Expectations», (1997) *P.L.* 375.

53. *Ibid.*, p. 375.

croyons-nous, d'être limitée à des cas particuliers. Cependant, la décision manifestement déraisonnable et l'abus de pouvoir comme motif de révision judiciaire pour- ront potentiellement remédier à l'absence de protection substantielle de l'expectative légitime en droit administratif canadien.

RESPONSABILITÉ MÉDICALE

Gérard MÉMETEAU*

Une lecture française d'un arrêt québécois

«Alors que le malade, dans les établissements de soins hospitaliers tenus par l'Administration, dépend d'un service public, le sort de celui qui entre dans une clinique privée est fait, juridiquement, de contrats de droit civil».

R. Savatier: «La condition juridique du malade hospitalisé dans les cliniques privées», *Rev. trim. Dr. san. soc.* 1974, p. 151.

La Cour d'appel du Québec – juridiction de droit civil – a rendu le 2 avril 2001 un arrêt tranchant de façon alexandrine la très controversée question de la responsabilité de l'hôpital du fait fautif de ses médecins¹. Un médecin urgentiste travaillant en hôpital commet des fautes causant un dommage à un patient admis dans son service. En première instance, la Cour supérieure² retient la double responsabilité du médecin et de l'hôpital³. En appel – nommé «pourvoi» – la

Cour infirme (il est écrit «casse») le jugement, et rejette l'action dirigée contre l'hôpital. Celui-ci pouvait-il répondre, et à quel titre, de la faute de son praticien? Devait-on consacrer à sa charge une responsabilité du fait d'autrui?

Au Canada, la question avait été, depuis longtemps, posée. Dans son opinion M. le juge Rochon en livre les données bibliographiques, imposantes⁴. En France, elle l'a également été, et récemment

- * Professeur à la faculté de droit de Poitiers, directeur du Centre de droit médical.
1. *Hôpital de l'Enfant-Jésus c. Camden-Bourgault et Doct. Brochu*, C.A. Québec, n° 200-09-000914-967, 2 avril 2001, [2001] R.J.Q. 832. Nous remercions M^e Pierre Deschamps, du Barreau de Montréal, chercheur à l'Université McGill, d'avoir bien voulu nous adresser copie de cet arrêt.
 2. Jugement du 19 avril 1996. Les faits remontent à mars 1987. Lorsque la CEDH sanctionne la France pour durée excessive des procédures d'indemnisation, elle manque de recul en droit comparé. En la cause jugée le 2 avril 2001, les faits paraissaient simples.
 3. Une instance parallèle a été engagée. En appel est intervenu, également le 2 avril 2001 un second arrêt *Brochu c. Camden-Bourgault*, n° 200-09-000915-964, statuant sur la faute personnelle du médecin, [2001] R.R.A. 295.
 4. Ne citons ici que: P.-A. CRÉPEAU, «La responsabilité civile de l'établissement hospitalier en droit civil canadien», (1981) 26 *R. Droit McGill* 673; F. LAJOIE, Rapport général dans *Le droit dans la vie économique-sociale*, livre du centenaire du Code civil, II, P.U.M., Montréal, 1970, p. 215; A. LAJOIE, P. MOLINARI, J.-L. BAUDOIN, «Le droit aux services de santé: légal ou contractuel?», (1983) 43 *R. du B.* 625; A. BERNARDOT et R. KOURI, *La responsabilité civile médicale*, Sher-

encore⁵, ce à quoi, un peu curieusement, l'arrêt montréalais ne fait pas la moindre allusion, peut-être par légitime souci d'affirmer implicitement la pleine maturité du droit civil québécois⁶, alors cependant que la Cour de cassation finissait par adopter une solution de fond proche de celle des juges québécois. Il est vrai que cette autonomie mériterait que nous fusions nous-mêmes parfois sensibles aux expressions d'un droit médical ayant su affirmer la seule responsabilité médicale pour faute⁷ ou rejeter, après une analyse exhaustive de la jurisprudence et de la doctrine continentales, la perte de chances⁸. Mais, est-il réellement possible d'enrichir nos assignations et conclusions de données comparatistes?

En l'espèce, un problème classique de droit des obligations appliqué au droit médical est posé, à propos de cette responsabilité du fait du médecin. On n'en sera point surpris: le droit médical est du droit civil et, entre les deux disciplines, les enrichissements réciproques sont constants: en témoignent la récente (et discutable) consécration de la «cession» de la clientèle libérale, les débats sur le statut de la personne humaine (principalement de l'embryon)... Mais, ce problème est présenté dans un contexte d'évolution des structures hospitalières dont il n'est pas évident qu'il imposait la réponse donnée par la Cour d'appel. En contemplant son arrêt d'un regard de civiliste français forcément peu compétent en droit

brooke, 1980, n° 485 et s.; P. LESAGE-JARJOURA, J. LESSARD, S. PHILLIPS-NOOTENS, *Éléments de responsabilité médicale*, Éditions Yvon Blais, 1995, p. 25 et s., 2^e éd., 2001, par P. Lesage-Jarjoura et S. Phillips-Nootens, n° 43.

5. Cass. civ. I, 4 juin 1991, 21730 note J. Savatier; Dalloz 1998, somm. 24, obs. J. Penneau; *Gaz. Pal.* 1992, II, 503, note F. Chabas; RTD. civ. 1992, 123, obs. P. Jourdain; Cass. civ. I, 26 mai 1999, JDP. 1999, 10112, rapport P. Sargos; Dalloz 1999, 719, note E. Savatier; RTD. civ. 1999, 634, obs. P. Jourdain; cf. C. Clément, *La responsabilité du fait de la mission de soins des établissements publics et privés de santé*, th. Paris VIII, 5 février 1997 (Et. hospitalières éd. 2001, préface A. Demichel).
6. M. le juge Monet, cité par M. le juge Vallerand dans *Doods c. Schierz*, [1988] R.J.Q. 2623, 2627; v. en général, sous la dir. H.-P. GLENN, *Droit québécois et droit français: communauté, autonomie, concordance*, Éditions Yvon Blais, 1993; «Histoire québécoise du droit», (1987) 32 *Rev. Dr. McGill* 465 et s.; Ch. ATIAS, *Savoir des juges et savoir des juristes: mes premiers regards sur la culture juridique québécoise*, Univ. McGill, Centre de recherches en droit privé et comparé du Québec, 1990; *adde* notre étude, «Questions sur l'influence du droit français sur le droit québécois de la responsabilité médicale», (1995) 29 *R. jur. Thémis* 31.
7. *Lapierre*, [1985] 1 R.C.S. 241. La Cour de cassation a rejoint ce terrain, Cass. civ. I, 8 nov. 2000 (JCP. 2000, 10493, rapport Sargos, note F. Chabas; comm. S. Prieur, *Les Petites Aff.*, 4 déc. 2000, 14; RTD. civ. 2001/1/130 obs. Mestre et Fagès; rapport Sargos et note C. Caillé, *Rev. gén. Dr. méd.* 6/2001). Au jour où nous signions cette étude (juin 2001), cf. projet de la loi voté en première lecture par l'Assemblée nationale le 4 octobre 2001, art. L. 1142-1 C. sté publique («petite loi» n° 705, 4 oct. 2001, relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé). Le projet est devenu la loi du 4 mars 2002, art. L.1142.1-I C. sté publique (v. entre autres, dans Dalloz 2002, lég. p. 1022, ou J.O. 5 mars, p. 4118). Commentaire: Y. LAMBERT-FAIVRE, Dalloz 2002, doct. p. 1217 et s., 1291 et s. Sur la philosophie de la préparation de la loi, voir C. EVIN, *Les droits de la personne malade*, Rapport Conseil économique et social, n° 16, 18 juin 1996.
8. *Laferrière c. Lawson*, [1991] 1 R.C.S. 541.

québécois, essayons d'en dégager quelques enseignements.

I- Le contrat hospitalier existe-t-il?

La réponse livrée à cette interrogation par la Cour d'appel du Québec est ferme: non, il n'y a pas de régime contractuel de responsabilité, donc pas de contrat, entre l'hôpital et le patient. M. le juge Rochon, après avoir justement affirmé – dans le système civil québécois – qu'il ne saurait y avoir de responsabilité sans faute de l'hôpital, écrit:

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 d'y consentir. Il porterait sur une matière réservée exclusivement, sous peine de nullité, à la profession médicale.

Une offre de soins imposée écarterait donc une technique civile simple, celle du contrat.

A) Une offre de soins imposée

1) Pour la Cour d'appel, la relation entre le malade et l'hôpital s'intègre dans un régime légal se substituant à une ancienne et obsolète relation contractuelle. Le patient est le bénéficiaire d'un droit aux services de santé, dans la limite des ressources de l'hôpital

auquel il s'adresse, ce au terme d'un processus législatif développé entre 1960 et 1972 ayant abouti à une publicisation des rapports entre les parties. Une obligation légale de fournir des soins met, selon la Cour, obstacle à l'établissement d'un contrat de droit privé. L'argument avait été présenté par MM. Lajoie, Molinari et Baudouin⁹: l'hôpital n'est pas libre de consentir à l'admission du malade; il doit y procéder en vertu de la loi et des règlements. Si donc l'une des deux parties n'est pas libre, soit de ne pas adhérer, soit de ne pas fournir un service, «le domaine contractuel est exclu».

L'hôpital, bien que ne présentant pas les structures de droit public qu'il possède en France et s'apparentant plus à la clinique privée participant à l'exécution du service public hospitalier, toutes choses égales, a, en effet, par nature l'obligation d'offrir ses services. Les articles L. 6111-2 et, relatif au service public, L. 6112-1 C. santé publique (ex. art. L. 711-2 et 711-3)¹⁰, définissent la mission de l'hôpital: dispenser des soins avec ou sans hébergement. Les établissements participant au service public garantissent l'égal accès de tous à ces soins et sont ouverts «à toutes les personnes dont l'état requiert leurs services». Il est vrai que le malade demandant son hospitalisation se trou-

9. *Op. cit. et loc. cit.*, note 4, p. 708 et s.; v. aussi P.-A. MOLINARI, «Le droit aux services de santé: droits individuels et intérêts collectifs», in *Jus Medicum*, Actes C. mondial droit médical, Gand, août 1991, t. 2, p. 593.

10. Pour les lecteurs canadiens, rappelons que le Code de la santé publique a été refondu à droit constant par l'Ordonnance 2000-548 du 15 juin 2000 (J.O. 29 juillet, 11741, et 37503 et s.). L'édition à utiliser en pratique est celle des Codes Dalloz (éd. 2002, par J.-M. de Forges, D. Truchet, J. Penneau et G. Viala).

vera dans une situation extra-contractuelle d'usager du service public¹¹, mais uniquement en hôpital public, personne de droit public ne contractant nul contrat d'hospitalisation et de soins avec les patients, et employant, pour remplir ses obligations légales, des agents publics non personnellement responsables de leurs fautes (sauf de la faute personnelle détachable du service, et sauf la faute pénale). Dans un système de santé publique, tel le National Health Service, la relation de droit civil est écartée, mais à cause de la nature juridique de l'établissement soignant ajoutée à celle de la mission qu'il accomplit. M^{me} Nootens avait perçu ce préalable: les hôpitaux, au Québec, ne sont pas «mandataires de la Couronne»¹².

Quant au droit aux soins invocable par les patients, il n'implique pas l'exclusion du contrat, qui constitue un des mécanismes juridiques en permettant la réalisation. Si l'on prend l'exemple du droit au logement décent, déclaré «fondamental» par la loi du 6 juillet 1989, et objectif de valeur constitutionnelle par le Conseil constitutionnel (19 janvier 1995), on constate que sa mise en œuvre peut, certes, s'accomplir par un acte administratif de réquisition de logement vacant, mais aussi et le plus souvent par un contrat de droit civil (bail, constitution de

droit d'usage ou d'usufruit, acquisition de la propriété d'un bâtiment). Le droit aux soins lui-même impliqué par la garantie de la protection de la santé¹³, se met en œuvre par contrats autant que par relation hospitalière publique, et qu'il fasse reconnaître l'existence d'un service public de santé laisse place à des régimes juridiques variés¹⁴. Le médecin libéral est lui-même obligé d'offrir ses services aux malades, à peine d'encourir des sanctions pénales et disciplinaires, et participe, à sa place et à son niveau, à ce service de santé diffus; a-t-on vu que ceci empêchait la conclusion du contrat médical? Nul ne pousse la logique du thème de l'obligation d'accueillir les patients en état de besoin jusqu'à cette limite extrême.

2) Le contrat imposé, que l'hôpital ne pourrait refuser de conclure, ne serait pas un contrat faute de cette liberté d'un partenaire. La doctrine avait précédé l'arrêt, en exaltant assez clairement la liberté contractuelle, mais la notion de «contrats imposés», ou, selon l'expression de Paul Durant, «la contrainte légale dans la formation du rapport contractuel» ne sont pas ignorées du droit civil, conséquence normale, écrit J. Ghestin, de l'interventionnisme étatique¹⁵, et, dans ces hypothèses, dans lesquelles la Cour d'appel coule le rapport hôpital-malade,

11. M. DUPONT, C. ESPER, Ch. PAIRE, *Droit hospitalier*, Dalloz, 3^e éd., 2001, n^o 368.

12. *Op. cit. et loc. cit.*, note 4, p. 632.

13. Cf. J.-M. AUBY, *Le droit de la santé*, P.U.F. éd., 1981, p. 19; B. MATHIEU, *La mutation du droit: la santé par le juge constitutionnel*, Les C. du Conseil constitutionnel, n^o 61, 1999, n^o 59.

14. A. DEMICHEL, *Droit médical*, Berger-Levrault éd., 1983, p. 174.

15. J. GHESTIN, *Les obligations: le contrat*, L.G.D.J. éd., 1^{re} éd., 1980, n^o 141.

les parties se placent sous l'empire d'un statut légal impératif¹⁶, mais, ainsi que l'avait compris M^{me} Nootens¹⁷, l'on demeure, en dépit de l'obligation de contracter, ou de l'interdiction de ne pas contracter, dans le domaine du contrat. Le contrat d'assurance automobile ou de chasse aujourd'hui, le contrat d'assurance professionnelle du médecin désormais¹⁸, en témoignent. Le droit de la consommation montre bien la conciliation de l'obligation et du contrat. En effet, l'article L. 122-1 du *Code de la consommation* continue à déclarer illécite le refus de vente ou de prestation de services à un consommateur (ce qui, en matière de santé, peut poser incidemment la difficulté de la clause de conscience), sauf motif légitime: le refus constitue une contravention et devient un délit lorsqu'il s'accompagne de discrimination (art. 225-1 C. pénal). Le professionnel n'est pas en situation de refuser de contracter; la relation avec le client n'est pas moins contractuelle. Assurément peut-on envisager la situation un peu marginale de la prestation imposée par l'urgence et la menace de sanction pénale en cas de refus, concernant le médecin ou la clinique privée placés en présence d'un malade en péril. Si l'on

ne peut accepter sans réserve le (prétendu) contrat d'assistance, et si l'on est tenté d'invoquer la gestion d'affaires, n'est-il pas plus simple de constater la rencontre, née de l'urgence, d'une offre et d'une demande, donc la conclusion d'un contrat? Tout simplement, le péril interdit de refuser le consentement, mais ne l'exclut pas et, pensons-nous, il serait excessif de raisonner comme si le secours donné dans cette situation n'était jamais volontaire¹⁹. En un mot, soit l'urgence soit l'obligation légale de contracter, soit (second volet du même diptyque) l'interdiction de ne pas contracter, perturbent, il est exact, la liberté contractuelle, mais n'empêchent toutefois pas qu'il y ait contrat entre les intéressés²⁰.

Ainsi, que la *Loi sur les services de santé et les services sociaux* au Québec reconnaisse le droit de toute personne à recevoir des services de santé et oblige par la suite les hôpitaux à fournir ces soins est une chose. C'est le rappel du droit de tout être humain d'obtenir, autant que possible, les meilleurs traitements compatibles avec son état, en tenant compte de la situation locale des ressources et des structures sanitaires, mais, en vérité, cela crée-t-il un si nouveau

16. Sic. F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Les obligations*, Précis Dalloz, 6^e éd., 1996, n^o 35.

17. *Op. cit.* et *loc. cit.*, note 4, p. 629.

18. Il y a déjà l'assurance obligatoire du promoteur de la recherche biomédicale (art. L. 1121-7 C. santé pub.). L'avant-projet de loi français de juin 2001 sur la modernisation du système de santé, voté en première lecture le 4 octobre 2001 («petite loi», n^o 705, précitée), prévoit obligation d'assurance. C'est l'article L.1142-2 C. sté publique issu de la loi du 4 mars 2002.

19. G. MÉMETEAU, «Le contrat médical; la responsabilité civile du médecin», dans *Traité de droit médical* sous la dir. L. Mélenec, Maloine éd., 1982, p. 27, Cours de droit médical, Et. Hospitalières éd., 2001, p. 211.

20. Voir M^{me} NOOTENS, «La responsabilité civile du médecin anesthésiste», (1988) 19 *R.D.V.S.* 55 et s., 79 et s.

devoir de l'hôpital de ne pas rejeter le malade se présentant? Le devoir de donner, ou faire donner, des soins appropriés est, et, on peut le penser, était, de la nature même du ministère médical et hospitalier. Dans l'affaire *Martel c. Hôtel-Dieu Saint-Vallier et Vigneault*, la Cour suprême du Canada, avant l'intervention de la *Loi sur les services de santé*, admettait le contrat hospitalier, et n'écartait le contrat médical que parce que le médecin intervenant était salarié de l'établissement²¹; ce n'était qu'anticiper la jurisprudence française de 1991 et 1999. En 1989, la Cour d'appel du Québec acceptait le contrat hospitalier, sous la plume du juge LeBel²², et ce alors qu'était invoquée devant elle cette évolution sur laquelle s'appuie l'arrêt du 2 avril 2001²³, et que le praticien n'était pas, cette fois, un préposé de l'établissement. La Cour examinait dans le détail la controverse, et concluait en faveur de la compatibilité entre le contrat et l'obligation légale de l'hôpital, comprenant parfaitement qu'un contrat peut être imposé. En revanche, les juges LeBel et Jacques diver-

geaient d'opinion quant au contenu du contrat, ce qui n'était plus affaire de principe. Dira-t-on que les importantes considérations ayant arrêté la Cour en avril 2001 n'avaient pas été prises en compte? L'arrêt sous étude n'est pas le fruit d'une évolution; c'est un revirement de jurisprudence, que permettait l'absence de prise de position de la Cour suprême en 1992²⁴.

B) Une simple technique civile

1) Une clinique privée est un tissu de contrats, une superposition de conventions: sociétés commerciales même coopératives, et civiles (en particulier immobilière); contrats entre clinique et patients, médecins et patients, voire entre clinique du même groupe, ou de la même chaîne ou encore contrats de collaboration avec le service public hospitalier. Le contrat est le support de l'existence et de la vie de l'établissement, avec le particularisme de la nécessité d'harmoniser les relations entre clinique, médecin et malade²⁵. La jurisprudence est en

21. *Martel c. Hôtel-Dieu Saint-Vallier et Vigneault*, [1969] R.C.S. 745, motifs du juge Pigeon.
22. *Lapointe c. Hôpital Le Gardeur*, [1989] R.J.Q. 2619. Le traitement litigieux avait été administré en mars 1975. Mais, voir Y.-M. MORISSETTE, «Les lenteurs de la justice considérées sous un angle qui les avantage», (1987) 33 *Rev. Dr. McGill* 137.
23. Référence note 22, p. 2639. Voir également *Goupil c. Centre hospitalier universitaire du Québec*, [2001] R.R.A. 826 (C.S.).
24. *Hôpital Le Gardeur c. Lapointe*, [1992] 1 R.C.S. 382. P. Lesage-Jarjoura, J. Lesard et S. Philips-Nootens opinent en faveur du contrat hospitalier, *op. cit.*, note 4, p. 26 et s. et 2^e éd., n^o 43.
25. B. MICHEL-XISTE, *Les relations juridiques entre les praticiens de santé, les cliniques privées et les patients*, thèse Poitiers, 4 avril 2000, Ét. Hospitalières éd. 2001, préface G. Mémeteau. À l'intention de nos lecteurs québécois, ajoutons, pour compliquer les choses, que les cliniques privées sont regroupées en plusieurs syndicats, eux-mêmes réunis au sein du Comité de liaison de l'hospitalisation privée (CLAHP), qui a publié des recommandations communes ayant pour objet le contrat d'exercice cliniques-médecins.

(trop grande) abondance nourrie des litiges nés de l'interprétation ou de la rupture de ces conventions; c'est un chapitre important de notre droit médical²⁶, soulevant des difficultés aiguës, telle la cession, ou la prétendue cession du contrat libéral d'exercice médical ...

Le civiliste français, qui ignore le mécanisme du «privileège» du praticien québécois mais connaît celui de ces relations complexes, éprouve peu d'hésitations à entrer dans le jeu du contrat lorsqu'il s'essaye à envisager la situation juridique du malade en clinique privée, par opposition à celle du patient en hôpital public (situation légale et réglementaire), et sans doute est-ce cette dualité de statuts provoquée par celle des structures de soins et d'hébergement, qui impose de mieux «décanner», si l'on permet le mot, ladite situation: elle se pose en s'opposant à l'autre état d'un autre malade peut-être frappé du même mal et recevant exactement les mêmes traitements dans une autre institution, le droit public.

Le plus souvent – si l'on excepte la clinique à but non lucratif –, la clinique privée est un fonds de commerce appartenant à une

société anonyme ou à responsabilité limitée et, par suite, a une clientèle, fût-elle attirée par les médecins opérant dans l'établissement²⁷. Or, s'il y a clientèle, il y a contrats liant les individus la composant et la clinique. Dès lors, et sans écarter le contrat médical, la jurisprudence peut, fréquemment maintenant, viser le contrat d'hospitalisation et de soins dont le principe n'est pas discuté. Par exemple, l'arrêt du 26 mai 1999 déjà cité et sur lequel nous reviendrons, peut énoncer en termes de principe «qu'en vertu du contrat d'hospitalisation et de soins le liant aux patient, un établissement de santé privé est responsable des fautes commises tant par lui-même, que par ses substitués ou ses préposés qui ont causé un préjudice à ce patient». L'arrêt est rendu au visa de l'article 1147 du *Code Napoléon*; il reconnaît le contrat et ses conséquences, la responsabilité contractuelle²⁸. Un autre arrêt invoque «l'obligation que met à sa charge (la clinique) le contrat d'hospitalisation et de soins la liant à sa patiente, de lui donner des soins attentifs et consciencieux», ce qui est proche de la déclaration du juge Pigeon dans l'arrêt *Martel c. Hôtel-Dieu Saint-Vallier*: «l'établissement s'est engagé à fournir des soins au

26. Cf. I. LUCAS-BALOUP, *Médecins / Cliniques: 100 questions sur le contrat d'exercice*, SCROF éd., 1992 et I. LUCAS-BALOUP et B. VORMS, *Médecins / Cliniques: le contrat d'exercice*, SCROF éd., 2001; G. MÉMETEAU, fasc. 140 et s. dans *Traité de droit médical et hospitalier*, sous la dir. J.-M. AUBY et C. ESPER, Litec éd. Un manuel sur ces sujets est en préparation aux Éditions Les Études hospitalières (M^{lle} C. Daver).

27. Cass. civ. 3, 25 avril 1972 (Dalloz 1972, somm. 193).

28. H. GROUDEL, «La responsabilité des cliniques», *Resp. civ. Assur.*, juillet 1999, p. 27; P. SARGOS, «La doctrine jurisprudentielle de la Cour de cassation en matière d'obligations des établissements de santé privés et des personnes y exerçant leur activité», *Resp. civ. Assur.*, p. 35.

demandeur»²⁹. On pourrait livrer d'autres références, en montrant qu'en même temps diverses techniques de responsabilité civile ou pénale permettent de sanctionner les refus d'admission des malades ayant un besoin immédiat de soins³⁰. Ainsi, pour la Cour de cassation, le contrat entre l'hôpital privé (nous soulignons) et le malade est-il de droit positif, sans rien retrancher à la mission naturelle de tout hôpital. On réserve le cas d'une urgence telle que ni le malade ni aucun représentant peuvent émettre un consentement au moment de l'hospitalisation; c'est ici que la clinique devient gérant d'affaires, provisoirement³¹, le contrat pouvant se conclure ultérieurement en même temps que la gestion sera ratifiée, et prenant le relais de celle-ci.

2) Seulement, si les malades concluent ainsi licitement le contrat consacré par les tribunaux civils, si conscients soient-ils des devoirs médicaux des hôpitaux pri-

vés – et qui sont universels –, ils peuvent aussi conclure avec le ou les médecins devant apporter leurs soins personnels, lorsque ceux-ci ne sont pas salariés de l'établissement, ce qui mettrait obstacle à la conclusion d'un contrat interpersonnel ainsi que chacun sait!

Lorsque le malade choisit son médecin lui-même au lieu d'accepter passivement le choix effectué par la clinique, lorsqu'il ne vient vers celle-ci que parce que guidé par l'élection préalable d'un professionnel, *intuitu personæ*, au contrat hospitalier s'ajoute le contrat médical classique, dont il faut rappeler qu'il venait d'être reconnu par la jurisprudence québécoise avant que notre Cour de cassation ne le consacrat³². Chaque contrat a son objet, les soins médicaux constituant l'objet des obligations conventionnelles de la clinique, en ce cas limitées à l'hébergement, la fourniture de matériel, de produits, de services et de personnel du fait duquel elle

29. Cass. civ. I, 18 juillet 2000, Juris-Data 002993; *Rev. Dr. san. soc.* 2001/1/88; Bull. I, n° 220, p. 143; voir également Cass. civ. I, 15 décembre 1999 (JCP 2000, 10384, nos obs.). Au Canada voir la jurisprudence citée par P.-A. CRÉPEAU, *op. cit. et loc. cit.*, note 4, outre l'arrêt *Martel c. Hôtel-Dieu Saint-Vallier* (de 1969), depuis *Beausoleil c. Communauté des Sœurs de la Charité de la Providence*, [1965] B.R. 37 (voir p. 678 et s., p. 699 et p. 697, note 70); *Hôpital général de la région de l'Amiante c. Perron*, [1979] C.A. 567, 574.

30. Nos obs. *Rev. Dr. san. soc.* 2001/1/86-87. Le droit à l'admission à l'hôpital est renforcé au sein des hôpitaux assurant le service public hospitalier (DUPONT, ESPER et PAIRE, *op. cit.*, n° 369).

31. Arg. Cass. civ. 17 mai 1939 (JCP 1939, 1214, obs. R.D., 2^e affaire); P.-A. CRÉPEAU, *op. cit. et loc. cit.*, *supra*, note 4, p. 728.

32. *Bordier c. S.*, (1934) 72 C.S. 316; voir aussi *Rajotte c. X.*, (1936) 74 C.S. 569, ne citant, curieusement, pas l'arrêt *Mercier*. Mais, était-il connu au Québec en décembre 1936? Nous n'avons pu le savoir. En France, l'arrêt du 7 novembre 2000 rejetant la notion d'aléa médical, et faisant arrêt de principe, n'était pas connu dans toutes les provinces en mars 2001, avant sa publication à la Semaine juridique (fascicule n° 12, du 21 mars 2001, rapport Sargos, note Chabas), et des plaideurs concluaient comme s'il n'avait pas existé! Cela dit, l'on est dans la situation de cumul de deux contrats de droit privé (C. CLÉMENT, th. précitée, note 5, p. 329).

répond³³ à moins qu'il ne soit occasionnellement placé sous l'autorité du médecin pendant le temps de l'intervention³⁴. À cette obligation d'apporter au malade et au médecin les meilleurs moyens de prestation des soins s'ajoute une obligation de sécurité qui, dans le cas des infections nosocomiales, va jusqu'à l'obligation de résultat³⁵. Selon les circonstances³⁶ et, surtout, les choix réalisés par le malade, on est en présence, théoriquement du moins, de l'alternative entre le contrat hospitalier global et le cumul de contrat hospitalier limité et du contrat médical personnel.

Dans les deux cas, la conciliation entre l'offre des soins par l'établissement et ses médecins, d'une part, l'acceptation (ou la demande) de ces prestations par le malade, d'autre part, est facilitée par le recours au principe fondamental du libre choix, à la fois du médecin et de l'hôpital (art. L. 162-2 C. Sec. social; art. L. 1111-1 § 1 C. sté publique; art. 6 C. déontologie médicale; art. 6 C. déontologie des

sages-femmes). Sans entrer ici dans un débat sur la place précise du principe dans la hiérarchie normative, en droit français, relevons qu'il est au moins d'ordre public autant que l'indépendance du médecin. Du côté du patient, il permet l'orientation vers tel hôpital et tel médecin qu'il désire, et l'on ne voit pas que la technique contractuelle y mette obstacle, au contraire. Mais, pouvoir choisir son partenaire, principalement dans une relation de fort *intuitus personæ*³⁷, est bien la marque du contrat, et nous comprenons la réaction de la doctrine puis de la jurisprudence québécoises devant le caractère légalement impératif de l'acceptation par l'hôpital du contrat que le malade lui demande de conclure: la liberté est offensée. Seulement, l'obligation de conclure n'est point incompatible avec l'existence du contrat, donc d'une responsabilité contractuelle entre les parties et dans les limites de l'inexécution des obligations contractuelles seules³⁸. C'est pour-

33. Exemple récent: Cass. civ. I, 18 juillet 2000 (Juris-Data 002993; *Rev. dr. san. Doc.* 2001/3/p. 527).
34. Exemple récent: Cass. civ. I, 13 mars 2001 (Juris-Data 008617; JCP 2001, fasc. 13, Actualités, p. 637; *Dictionnaire permanent de bioéthique* Éd. Législative, mise à jour n° 100, 4 avril 2001, v^{is} responsabilité médicale, par C. CAILLÉ, *Rev. Dr. san. soc.* 2001/3/p. 528).
35. Cf. l'étude de F. CHABAS, «La responsabilité des cliniques pour défaut d'organisation; étude de droit privé français», *Gaz. Pal.* 22/24 avril 2001, doct. p. 22; Y. LACHAUD, «L'évolution de la jurisprudence de la Cour de cassation en matière d'infection nosocomiale», *Gaz. Pal.*, 29/30 octobre 1999, doct. p. 3. En l'état, la fourniture de sang n'impose à la clinique privée qu'une obligation de moyens.
36. Tel est le sens de l'arrêt *Hôpital de l'Espérance c. Laurent*, [1978] 1 R.C.S. 605. Le contrat avait été conclu avec le médecin, en l'espèce et réserve faite de situations différentes.
37. Cf. G. KOSTIC, *L'intuitus personæ dans les contrats de droit privé*, thèse, Paris V, 14 octobre 1997.
38. Nous laissons ici en marge la querelle sur la pertinence de la reconnaissance de la responsabilité contractuelle. Cf. Ph. RÉMY, «La responsabilité contractuelle: histoire d'un faux-concept», *R.T.D. civ.* 1997, p. 323; L. LETURMY, «La responsabilité délictuelle des contractants», *R.T.D. civ.*, 1998, p. 839; E. SAVAUX, «La fin de la responsabilité contractuelle», *R.T.D. civ.*, 1999, p. 1.

quoi des auteurs canadiens ont pu affirmer l'existence de ce contrat hospitalier³⁹.

II- Quel est le contenu du contrat hospitalier?

L'arrêt du 2 avril 2001, rendu par la Cour d'appel du Québec, vise la conception «étroite» du contrat, défendue par le juge Jacques dans l'affaire *Lapointe c. Hôpital Le Gardeur* en 1989, limitant l'obligation (contractuelle) de l'hôpital à la structure donnée à son service d'urgence⁴⁰, et retenue par un arrêt de common law (Cour d'appel de l'Ontario) s'arrêtant à l'aménagement des services d'urgence et aux choix des médecins compétents⁴¹. Dans une pensée civiliste, MM. Bernardot et Kouri lisent dans le contrat hospitalier l'obligation de fournir des soins consciencieux, diligents, prudents, compte tenu des données modernes de la science⁴². Un autre auteur, raisonnant sur un droit des obligations influencé par la pensée

germanique, distingue, et admet, deux contrats d'hospitalisation, le contrat homogène et le contrat démembré⁴³, chacun étant aussi envisageable que l'autre en droit privé. Ici encore, une alternative à deux branches est offerte.

A) *Le contenu limité du contrat*

1) Si l'on entend limiter le contenu des obligations contractuelles de l'établissement, et donc renvoyer vers la responsabilité délictuelle les défaillances survenues au-delà de ces limites conventionnelles, on parlera, ainsi que le faisait M. le juge Jacques, de l'organisation non pas même de tous les services, mais de celui de l'urgence, sinon, en se référant à l'arrêt précité de la Cour d'appel de l'Ontario, au choix de médecins compétents, ce qui passe alors par les procédures de négociation des contrats d'exercice, les périodes de «stage», les avis des commissions médicales d'établissement, d'une

39. A. BERNARDOT et P. KOURI, *op. cit.*, note 4, n° 491 et s.; P. LESAGE-JARJOURA, J. LESSARD, S. PHILIPS-NOOTENS, *op. cit.*, note 4, p. 27, relevant justement que l'hôpital fournit les soins médicaux «dans la mesure où ceux-ci ne relèvent pas d'un contrat particulier avec un médecin». C'est l'alternative posée au texte et dès notre chronique de 1988, précitée, note 5, à la *Revue de droit sanitaire et social*.

40. Voir spécialement dans [1989] R.J.Q. 2632.

41. L'arrêt cité, *Ypreman c. Scarborough General Hospital*, (1980) 110 D.L.R. 513 (C.A. Ont.).

42. *Op. cit.*, note 4, n° 492.

43. J. CRETTEZ, *De l'inexécution des obligations contractuelles du médecin: quelques aspects*, thèse Univ. Lausanne, Chablot éd., Lausanne, 1990, p. 96 et s. Une doctrine belge, paraissant interpréter rapidement la pensée de P.-M. Crépeau, mais se référant à une jurisprudence des États-Unis sur la théorie de l'*ostensible agency* (*Mduba/Benedictine Hospital*, 384 N.Y.S. 2d 527, Sup. C. App. division, 1976)), préfère partir de la théorie de l'apparence qui contient, il est vrai, une part de vérité (Th. VANSWEEVELT, *La responsabilité civile du médecin et de l'hôpital*, Maklu/Bruylant éd., 1996, n° 845 et s.). En tout cas, on admet aussi plus simplement l'alternative du contrat de soins médicaux patient/clinique ou patient/médecin (H. NYS, *La médecine et le droit*, Kluwer éd., 1995, n° 332 et s., spéc. 335).

part, les modalités de résiliation du contrat en cas de commission de fautes médicales⁴⁴, les contrôles des mesures d'évaluation et d'accréditation, connues aussi au Canada pour les services de santé, et susceptibles de conduire à des contrôles de l'établissement sur l'activité médicale⁴⁵, d'autre part... À cet égard, il sera autorisé de s'étonner d'une affirmation selon laquelle «il n'entre pas dans les obligations d'une clinique d'exercice libéral de vérifier les compétences effectives des praticiens qui exercent en son sein, et qu'elle ne saurait répondre des fautes commises par les médecins dans l'exercice de leur activité à titre libéral»⁴⁶, en contradiction avec l'obligation de ne placer au chevet des malades que des professionnels compétents et qualifiés⁴⁷, connue du droit québécois⁴⁸ et constituant la règle de principe. La surveillance de l'hospitalisé compte tenu de son état et de ses risques prévisibles, l'hébergement au soin «hospitalier» (bien que le contrat d'hospitalisation ne soit pas assimilé au contrat hôtelier *stricto sensu*), la sécurité sanitaire, la fourniture des médicaments et

produits, relèvent de ces prestations promises par l'établissement⁴⁹. Mais, il est accoutumé d'y ajouter la fourniture de soins autres que médicaux (infirmiers, de sage-femme, de kinésithérapie...), les soins post-opératoires, les soins d'entretien. Ces divers services entrent dans le champ contractuel, à la charge de la clinique personnellement.

Quant aux soins médicaux, c'est-à-dire ceux relevant du monopole médical légal, ils ne sont que délégués aux médecins, lorsque ceux-ci exercent sur le fondement d'un contrat libéral (parfois dit inexactement contrat d'exclusivité) et nouent avec le sujet le contrat médical, la question subsistant de savoir quel est le type de relation clinique-patient lorsque, faute d'expression des consentements, aucune convention ne peut se conclure avec le médecin. Qui, alors, est chargé de donner les soins, et sur quelle base juridique? À défaut du médecin, il faut bien que ce soit la clinique... Le contrat d'exercice libéral stipule les conditions de mise à disposition du professionnel des locaux (ce n'est cependant pas un bail), le matériel,

44. Cette résiliation rapide sera facilitée par les possibilités récemment offertes au créancier par la Cour de cassation, envisageant la rupture du contrat sans recours préalable au juge, mais aux risques de son auteur. Cass. civ. I, 13 octobre 1998 (Daloz 1999, 197, note Jamin; JCP 1999, 10133, note Rzepecki).
45. Y. LACHAUD, «L'ordonnance 96-346 du 24 avril 1996 et l'évolution de la responsabilité des cliniques du fait de l'activité des praticiens libéraux», *Gaz. Pal.* 24/25 octobre 1997, doct. 30.
46. C.A. Versailles, 28 octobre 1999 (Daloz 2000, IR.13; *Rev. Dr. san. soc.* 2000/2/377).
47. Voir réf. dans *Rev. Dr. san. soc.*, précitée, note 44, dont Cass. civ. I, 1^{er} juin 1976 (JCP 1976, 18483, obs. R. Savatier; Daloz 1976, somm. 63); Cass. civ. I, 15 décembre 1999 (JCP 2000, 10384, nos obs.). C. CLÉMENT, th., précitée, note 5, p. 337 et réf.
48. Voir P.-A. CRÉPEAU, *op. cit. et loc. cit.*, supra, note 4, p. 703, note 96.
49. P. SÉGUIN, *Les intermédiaires matériels entre le médecin et le malade*, thèse, Paris VIII, 30 juin 1999, p. 217.

les auxiliaires, moyennant le paiement d'une contrepartie financière appelée la «redevance» servie à la clinique et donnant lieu à d'abondants contentieux. Cette contraction du contrat hospitalier, alors improprement qualifié «d'hospitalisation et de soins», s'explique par le respect du monopole professionnel et de l'indépendance du praticien, ce qui, dans l'arrêt du 2 avril 2001, va beaucoup plus loin et exclut le contrat hospitalier. Il est exact que, légalement, seul le médecin est habilité à pratiquer les actes de sa spécialité (mais, les autres professionnels de santé également); que son indépendance dans la pratique de son art doit demeurer absolue (ce que menacent des «codifications» de l'acte médical, telles que, en droit de l'assurance-maladie, les «références médicales opposables»). La Cour d'appel du Québec en déduit, d'une part, l'impossibilité d'établir une relation de préposition entre l'hôpital et le médecin, d'autre part, l'inexistence du contrat qui «porterait sur une matière réservée exclusivement, sous peine de nullité». Le lien de préposition impliquerait la direction par l'hôpital des actes thérapeutiques; ceux-ci ne peuvent être posés que par le professionnel dûment diplômé et établi, et il est vrai que

ce thème de non-ingérence dans les actes réservés peut impressionner: ne le connaît-on pas en droit de cette redevance ci-dessus nommée (interdiction de partage d'honoraire médical avec un non-médecin), ou de la transmission du cabinet médical par les héritiers: ils ne peuvent faire acte de présentation du successeur à la clientèle, car c'est un acte purement professionnel⁵⁰. Que s'ensuit-il?

2) Si la clinique ne souscrit pas contractuellement l'obligation de donner ni faire donner les actes médicaux mais ne se réserve que les autres prestations soignantes et hôtelières, elle répond certes de la défaillance de celles-ci soit du chef d'une obligation de moyens soit de celui d'une obligation de résultat (ex.: infections nosocomiales, fourniture des produits et médicaments). Particulièrement est-elle responsable de fautes de ses personnels envers les patients, et contractuellement, sans qu'il soit pertinent de s'attacher ici à la notion de préposition de l'article 1384 du Code civil, texte de responsabilité délictuelle. P.-A. Crépeau l'avait excellemment écrit en 1981⁵¹. Que le collaborateur soit ou non préposé, sa faute engage la responsabilité contractuelle du fait d'autrui de l'établissement⁵², qui, classi-

50. Sic G. CORNU, *R.T.D. civ.* 1962, p. 132. Nous laissons de côté la récente reconnaissance de la cession de clientèle par la Cour de cassation, Cass. civ. I, 7 novembre 2000, JCP 2001, 10452, note Vialla; *Rev. gén. Dr. méd.*, 2001/6/149, note I. MOINE-DUPUIS, «La clientèle médicale dans le commerce». Au demeurant, on peut estimer que cette «cession» accessoire de clientèle restera un acte purement professionnel.

51. *Op. cit. et loc. cit.*, supra, note 4, p. 719.

52. G. VINEY, P. JOURDAIN, *Les conditions de la responsabilité*, L.G.D.J., 2^e éd., 1998, n° 824 et s. Cette responsabilité joue en faveur du médecin victime du geste de l'auxiliaire, Cass. civ. I, 13 mars 2001, Juris-Data 008617; *Dict. permanent de bioéthique*, mise à jour n° 100, 4 avril 2001, v^{is} responsabilité médicale, par C. CAILLÉ, *R.T.D. civ.* 2001, 3, 599, obs. P. Jourdain.

quement, laissait s'ajouter une responsabilité délictuelle de l'intervenant vis-à-vis de la victime⁵³, solution remise récemment en cause à l'égard des préposés⁵⁴. Puis s'agissant des actes médicaux, *a priori* encadrés par le contrat médecin-patient, ils relèvent de la responsabilité professionnelle du médecin en application du droit commun, la clinique n'en répondant pas, et n'étant responsable que des fautes personnelles dans l'organisation de l'environnement de ces actes, ce qui peut imposer à la victime d'assigner à la fois le praticien et l'hôpital lorsque deux défaillances se sont cumulées ou lorsqu'il y a lieu à hésiter sur la cause du dommage.

Telle est la voie, suivie en 1999 par la Cour de cassation en son arrêt du 26 mai⁵⁵ se référant lui aussi à l'inaliénable indépendance du médecin: la clinique est contractuellement responsable envers le patient pour ses propres fautes et celles de ses substitués ou préposés, mais l'indépendance du professionnel libéral ne permet pas de retenir cette responsabilité

du chef de l'accomplissement de l'acte médical⁵⁶. Tel est le soutien de cette jurisprudence, de laquelle des considérations assurantielles n'ont peut-être pas été absentes, suggérée par M. le Conseiller Sargos en son rapport, bien que celui-ci fût nuancé et offrit à la Cour une alternative. Il est ainsi permis de constater la rencontre des deux jurisprudences, canadienne et française, excluant du domaine contractuel, si le contrat existe pour l'une ou non pour l'autre, l'obligation de la clinique de donner des soins médicaux. Sera-t-on convaincu?

B) Le contenu global du contrat hospitalier

1) Il revient à P.-A. Crépeau d'avoir mis en évidence, sans que cette démonstration ait été contredite par l'évolution législative locale, le caractère de pleine entreprise de soins de l'hôpital, dans son article cité à la Revue de droit de McGill de 1981 se référant, entre autres, à l'opinion du juge Lajoie dans l'arrêt *Hôpital de la région de l'Amiante c. Perron*⁵⁷. Paradoxalement,

53. Ex. C.A. Paris, 7^e ch. A. 27 juin 2000 (Juris-Data 128113); P. SARGOS, «Indépendance professionnelle et responsabilité multidisciplinaire», *Médecine et Droit*, n° 18, Mai/juin 1996, p. 1.

54. Comp. Cass. com. 12 octobre 1993 (Dalloz 1994, 124, note Viney), et Cass. Ass. plén. 25 février 2000 (JCP 2000, 10295, conclusions Kessous, note Billiau; Dalloz 2000, 673, note Brun): «N'engage pas sa responsabilité à l'égard du tiers le préposé qui agit sans excéder les limites de la mission qui a été impartie par son commettant». Donc, il en va ainsi en faveur du médecin salarié, ce qui confirme que la clinique peut conclure le contrat global d'hospitalisation et de soins: sa nature, son statut, ne s'y opposent pas.

55. Précité, *supra*, note 5.

56. O. LANTRÈS, thèse, précitée, note 5, p. 307; B. XISTE, thèse précitée, note 5, p. 248 et s.; C. CLÉMENT, thèse précitée, note 5 p. 338 et s. Après l'arrêt du 26 mai 1999, cf. C.A. Paris, 17^e ch. C. 14 juin 2000 (Juris-Data 121114: indépendance de principe de la sage-femme); Trib. conflits 14 février 2000; Cass. civ. I, 18 juillet 2000 (*Rev. Dr. san. soc.* 2000:1:85).

57. [1979] C.A. 567.

ment, c'est cette évolution de l'hôpital qui, vue à la lumière des textes législatifs, conduit une autre doctrine, approuvée par l'arrêt du 2 avril 2001, à récuser la notion de contrat hospitalier. En 1981, M. Crépeau n'ignorait pas ces lois pourtant, même s'il ne pouvait deviner combien la responsabilité pénale des cliniques-personnes morales pour certains comportements pouvant affecter les soins enrichissait sa vision de cette entreprise soignante⁵⁸. Le lecteur français est frappé, lui, par l'unité de nature des hôpitaux publics et privés institués et gérés à la même fin de dispenser des soins y compris – c'est évident – médicaux (art. L. 1112-2, 1112-4, 6111-1, 6111-2 C. sté publique), qui justifie leur existence, qu'ils relèvent du droit administratif ou du droit privé. Ils ont tous pour objet, dispose l'article L. 6111-2 précité, de dispenser des soins, et le texte les place en situation de sujet du verbe «ont» pour objet de dispenser; ce sont eux qui «dispensent» personnellement et on le voit bien lorsque l'hôpital public est jugé responsable de la faute commise par son médecin. Que fait de plus ou de moins que l'hôpital public la clinique privée? Elle propose au public les mêmes services mis en œuvre par les mêmes professionnels et, sans vouloir aucunement soutenir la thèse de la suppression de notre dualisme institu-

tionnel, nous voyons bien que les deux hôpitaux sont dans une situation d'entreprise sanitaire équivalente.

Assurément, fera-t-on valoir l'impératif du monopole médical. Il n'est point question que la personne morale-hôpital pratique les actes médicaux. A-t-on vu une personne morale réaliser un acte professionnel? Celui-ci ne peut être accompli que par le médecin qualifié, et ce que ne peut commettre l'établissement est se rendre complice d'un exercice illicite par un non-médecin⁵⁹ alors que – nous sommes en plein paradoxe – la clinique conclut ce contrat global que l'autonomie du médecin doit proscrire, alors que la relation juridique clinique-médecin paraît menacer le plus cette indépendance. À suivre la logique du raisonnement, l'hôpital public (en droit français) ne pourrait pas même être déclaré responsable de la faute médicale, car ce serait participer à la commission des actes réservés. Et l'on pousserait plus avant encore: chaque fois que l'acte professionnel est «réservé» à un individu diplômé voire inscrit à un ordre ou une corporation, aucune institution ou société professionnelle ne pourrait en promettre à ses clients l'accomplissement: l'armateur ne pourrait offrir les services du capitaine, nul autre que cet officier breveté ne pouvant commander le bâtiment⁶⁰. Pour

58. C. CAILLÉ et M. DANTI-JUAN, «La responsabilité pénale des établissements de santé», dans *Mélanges en l'honneur de Jean-Henri Soutoul*, Ét. Hospitalières éd., 2000, p. 41.

59. E. SAVATIER, *Les données de la responsabilité médicale à la fin du XX^e siècle*, thèse Lyon III, 18 décembre 1998, p. 423.

60. M. REMOND-GUILLOUD, *Droit maritime*, Pédone éd., 2^e éd., 1993, n° 200 et s.: le capitaine est à la fois préposé et indépendant (en outre, représentant de l'État).

retourner à l'hôpital (privé), nous nous étions permis de constater en 1988, et Jean Savatier en 1991⁶¹, que d'autres professionnels – les sages-femmes – bénéficiaient d'un monopole légal, et que cependant l'hôpital concluait licitement en offrant leurs services.

L'indépendance technique ne justifie pas davantage d'abord l'exclusion d'un contrat de travail entre la clinique et le médecin qui en devient le préposé alors que – nous sommes en plein paradoxe – la clinique conclut ce contrat global que l'autonomie du médecin doit proscrire, alors que la relation juridique clinique-médecin paraît menacer le plus cette indépendance. Il suffit de relever, avec la jurisprudence, que le lien de préposition ne doit pas affecter la prestation technique de l'acte médical, s'étendre à une subordination scientifique, ainsi que l'interdit le Code de déontologie médicale qui réglemente, mais reconnaît expressément, l'exercice salarié de la médecine (art. 95 et s.). Une

importante série jurisprudentielle énonce à la fois la licéité et cette limite du contrat de travail du médecin en établissement⁶². En déduit-on des menaces à l'encontre d'une liberté en effet fondamentale? La subordination est limitée à la participation à un service organisé, et permet une liberté technique, l'indépendance dans l'exercice de l'art médical⁶³. Le médecin de l'hôpital public est un agent public intégré dans les cadres du service, avec ses impératifs organisationnels; il est techniquement indépendant. Le juge ou le professeur d'université, dont l'indépendance a valeur constitutionnelle, sont des fonctionnaires publics tenus de respecter cependant l'organisation générale du service. L'arrêt du 4 juin 1991 n'a fait que consacrer cette reconnaissance, déjà acquise, du contrat salarié du médecin hospitalier (privé); celui du 26 mai 1999 y a ajouté son autorité et la référence à l'indépendance. Du reste, d'une part, les menaces à l'encontre des libertés médicales en cliniques vien-

61. J. SAVATIER, note sous Cass. civ. I, 4 juin 1991, (JCP 1991, 21730: *Gaz. Pal.* 5/6 août 1992, doct. 2, note F. Chabas; *R.T.D. civ.* 1992, 124, obs. P. Jourdain, *Daloz* 1993, somm. 24, obs. J. Penneau; nos obs. précitées, *supra*, note 5, *Rev. Dr. san. soc.* 1988/3/517).

62. Ex. Cass. soc. 30 janvier 1980 (JCP 1980, 19433, obs. G. Lyon-Caen); Cass. civ. I, 31 mai 1960 (*Daloz* 1960, somm. 127, 1^e esp.); 22 janvier 1974 (*Daloz* 1974, IR. 85); Cass. soc. 5 février 1981 (*Gaz. Pal.* 7 août 1981, pittoresque)...; déjà Demogue, obs. *R.T.D. civ.*, 1933, p. 507.

63. Cass. soc. 27 octobre 1978 (JCP 1979, IV, 5); 7 mars 1979 (JCP 1979, IV, 169). Voir nettement R. et J. SAVATIER, J.M. AUBY, H. PÉQUIGNOT, *Traité de droit médical*, (Litec 1956) n° 412. Pour C.A. Aix en Provence (12 janvier 1993; *Bull. Aix* 1993/1994, p. 147): «si le médecin exerce, vis-à-vis de son employeur, son métier en toute indépendance sur le plan médical, il ne peut agir de même sur le plan administratif». Affirmant la prééminence de cette indépendance: C.A. Montpellier, 30 septembre 1998 (*Rev. Dr. san. soc.* 1999/3/569). La clinique commettant répond du fait médical nonobstant l'indépendance professionnelle du médecin salarié (Cass. crim. 5 mars 1992, *Daloz* 21993, somm. 24, obs. J. Penneau; *R.T.D. civ.* 1993, 137, obs. P. Jourdain, le visa de l'article 1384 §5 s'explique par l'application des règles de la responsabilité délictuelle par le juge pénal).

nent-elles du contrat de travail, de ce lien de préposition honni par l'arrêt du 2 avril 2001? Nous aurions plutôt tendance à les entrevoir du côté des obligations financières parfois excessives liant le professionnel à l'établissement ou à ses confrères, et la curiosité veut que ce soit alors dans le cadre du contrat d'exercice libéral. D'autre part, qu'attend le malade dont les jeux contractuels internes de l'hôpital sont ignorés, auquel presque toujours ils importent peu? Son espérance porte sur la prestation de soins dans un milieu technique et hôtelier digne de crédit. Il s'adresse à l'établissement pour les recevoir en sachant que cette institution placera à son chevet les médecins compétents. Il y a, dans le quotidien, deux hypothèses: le malade choisit d'abord la clinique et s'en remet à elle pour la pratique de soins y compris médicaux; le malade choisit d'abord un médecin pour le soigner, et vient en clinique parce que ce praticien pour ainsi dire l'y conduit. Dans le premier cas, salariat ou non, indépendance médicale préservée quoi qu'il en soit, il y a contrat global. Dans le second cas, il y a (sauf si le médecin est salarié) deux contrats joints⁶⁴. Qu'écrit M. Jourdain⁶⁵? «la seule chose qui importe est de

savoir avec qui le patient a-t-il traité».

2) Les conséquences se déduisent des analyses contractuelles. Si l'on admet l'existence – qui est une possibilité et non un impératif – du contrat hospitalier global, on doit affirmer la responsabilité contractuelle de l'hôpital privé envers le malade, pour les fautes médicales, sauf son recours en garantie contre le professionnel⁶⁶. La clinique promet de faire donner des soins consciencieux et conformes aux données acquises de la science; le malade hospitalisé accepte cette offre dont l'objet se loge dans le contrat dit, et cette fois-ci à bon droit – d'hospitalisation et de soins. La carence du médecin est la carence de la clinique, car il y a manquement à ce que celle-ci a personnellement promis. L'arrêt du 26 mai 1999 a écarté cette solution: la clinique ne répond que du fait de son médecin salarié, et non de celui de son médecin libéral, ce qui a été une façon de rejeter ce contrat global. Mais, si l'on veut bien peser à son juste poids l'argument de l'indépendance dont la logique condamnerait le contrat de travail, et si, par suite, on hésite à accepter cette jurisprudence, on se pose une question: la responsa-

64. Ex. note E. SAVATIER, sous Cass. civ. I, 26 mai 1999 (Dalloz 1999, spéc. 722). Y. Lachaud y redoute trop de subjectivité et d'incertitude («Responsabilité des établissements de santé privés du fait de l'activité des médecins libéraux», *Médecine et Droit*, n° 17, mars/avril 1996, p. 14 et «La responsabilité des cliniques du fait de l'activité des médecins libéraux: vers une évolution réglementaire et jurisprudentielle?», *Gaz Pal.* 12/13 juillet 1995, doct. 15.

65. Obs. *R.T.D. civ.* 1999, 635; J. AMBIALET, *Responsabilité du fait d'autrui en droit médical* (L.G.D.J. 1965, préface M. de Juglart, p. 69 et s., spéc. 72/73). Nos obs. *Rev. Dr. san. soc.* 1988, précitées.

66. Sur les difficultés de ce recours, cf. H. GROUDEL, *op. cit. et loc. cit.*, note 28.

bilité hospitalière du fait du médecin est-elle une responsabilité du fait d'autrui, ou une responsabilité personnelle?

A priori, l'acte technique étant posé par un tiers substitué par la clinique dans l'exécution de son obligation, il y a tout lieu d'affirmer une responsabilité du fait d'autrui semblable à celle pesant sur le médecin faisant intervenir un confrère, et cette position paraît très classique. Nous nous y étions rallié naguère encore⁶⁷, mais nous interrogeons prudemment. La responsabilité du fait d'autrui suppose une substitution: celui qui promet n'exécute pas; il fait exécuter son obligation, et le tiers intervenant commet la faute ou le fait responsable. Ici, la clinique souscrit une obligation personnelle de faire convenablement réaliser l'acte médical, et la défaillance du médecin n'est rien

d'autre que le manquement à cette obligation de l'hôpital⁶⁸, comme elle constitue la violation des engagements du service public hospitalier ou, en médecine urbaine libérale, de la société professionnelle d'exercice. Il va sans dire que ces analyses ne s'offrent à l'esprit que lorsque le dommage est causé dans les limites de l'obligation convenue, et dans le temps de son exécution; c'est un retour au droit commun de la responsabilité contractuelle.

L'arrêt du 2 avril 2001 présente les mérites de la simplicité et d'une logique inspirée par la doctrine (ce qui, en soi, est séduisant). N'accorde-t-il pas, comme l'arrêt français du 26 mai 1999, une importance excessive au constat, à la défense du monopole et de l'indépendance du médecin, qui n'en demandait pas tant?

67. *La responsabilité civile médicale en droit comparé français et québécois* (Univ. McGill, Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec éd., 1990, n° 160 et s.); *Traité de la responsabilité médicale* (Les Ét. Hospitalières éd., 1996, n° 160 et s.).

68. Nous sommes bien dans le cas du contrat global, bien entendu. Comp. G. VINEY, obs. JCP 2000, 1241, n° 6, et note Billiau, *in fine*, précitée, note 51, *supra*.

**LISTE DES MÉMOIRES DE MAÎTRISE ET
THÈSES DE DOCTORAT ACCEPTÉES EN 2001**

UNIVERSITÉ D'OTTAWA

Thèses et mémoires approuvés en 2001-2002

Thèses de Doctorat

SHAN, Mingwei, L'article VI de l'Accord général sur le commerce de services et le marché financier chinois (360 pages)

Thèses de Maîtrise

DAVIS, Tracy, The Role of First Nations in Oil & Gas Development under Federal Regulatory Regimes: Options for Change & Lessons from New Zealand (115 pages)

Mémoires de Maîtrise

ABBOTT, William, Beyond E-Caveat Emptor: Consumer Confidence and Consumer Protection in Electronic Commerce

AMBROISE, Bertrand, Les enjeux juridiques des liens hypertextes au regard du droit de la propriété intellectuelle

BLAIS, Jean-Jacques, The Use of Force and the Rule of Law: A Governance Continuum

BLANCHARD, Mireille, Étude comparative du système de règlement des différends du GATT de 1947 et de l'OMC

BULMER, Debra, What Can We Learn from Conducting Usability Testing on Legislative Text?

BUTCHER, Leroy, What if Racism Were Taken Seriously? Racism, the Supreme Court of Canada and Postcolonial Theory

CARON, Nathalie, L'incorporation par renvoi de directives au Code de Discipline militaire en application de l'article 129 de la Loi sur la défense nationale

CRUZ-LOPEZ, Irma Fabiola, U.S. «English-Only» Legislation: An Outstanding Opportunity to Devalue, Disenfranchise, and Discriminate Against Latinos in the United States

- FATHALLY, Jabeur, La libre disposition de son propre corps: le droit et la génétique, étude comparative
- FUDALI, Cezary, Critical Analysis of the WTO Dispute Settlement Mechanism: its History, Contemporary Functionality and Prospects
- GEORGE, Ronald, The Indigenous Law of Aboriginal People: Restoring the Foundation of Justice
- ISMAIL, Kahin, The Recognition and Application of African Customary Law: The Experiences of South Africa and Somalia
- LEBEAU, André, Rédaction des traités et mise en œuvre législative au Canada
- LEHOUX, Véronique, *A.P. c. L.D.*, l'essor de la preuve scientifique en droit de la filiation: le système juridique est-il prêt?
- MARCOUX, Laurent, A Critical Assessment of the Student Financial Assistance Legislation of the Government of Canada
- MASADEH, Sewar Khalaf, A Question of Fairness: The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia and the Use of Witness Anonymity
- McNICOLL, Caroline, When the Exercise of Intellectual Property Rights Leads to Abuse of Dominance Under the European Union Rules on Competition
- O'CONNOR, Stéphanie, L'octroi d'un redressement en vertu de l'article 52 de la Loi constitutionnelle de 1982: un juste équilibre entre les pouvoirs judiciaire et législatif?
- ORIUWA, Chukwuma, International Labour Law and the Public Sector Right to Strike in Canada
- PARFETT, Julianne, Canada's DNA Databank: Public Safety and Private Costs
- PATTERSON KROES, Marianne, The Seventy Percent Solution: An Analysis of the Yahoo! France Case
- PELLETIER, Anick, Certains aspects de la faillite dans un contexte international: Une perspective canadienne
- PLAMONDON, Chantal, When a Corporation's Criminogenic Culture Encourages the Commission of Crimes: Introducing the Crime of Corporate Negligence

- PRESCOTT, Douglas Mark, *The Role of Unwritten Constitutional Principles: Seeking a Theory of Constitutional Interpretation and the Montfort Hospital Case*
- SCHWARZ, Madeleine, *Acts of Terrorism: War Crimes, Acts of Agression or Crimes Against Humanity*
- SHEA, Goldie, *Radio.com: Internet Radio and Canadian Copyright Law*
- SHERWIN, David, *Didactic Jurisprudence in Women's Romantic Fiction, 1789-1835*
- VRANJIC, Rosena, *The Potential and Limits of Self-Regulation of the Internet: Case Studies in Content and Privacy*
- WRIGHT, Douglas, «Privatizing» Fisheries to Protect the Environment: A Solution in Search of a Problem?

UNIVERSITÉ LAVAL

Programmes de maîtrise et de doctorat

- CHAKROUN, Majdi, LL.M., *L'arbitrage dans le secteur des valeurs mobilières au Québec.*
- DE CHAMPLAIN, Éric, LL.M., *L'utilisation des techniques de génétique en regard de la Charte canadienne des droits et libertés.*
- DROUIN, Renée-Claude, LL.M., *La mobilité occupationnelle du salarié dans l'entreprise.*
- DUBÉ, Julie, LL.M., *La pratique de l'arbitre de grief en matière de traitement des réclamations de responsabilité civile.*
- DUCHAÏNE, Marie, LL.M., *Propositions pour un régime juridique applicable à l'exploitation commerciale des ressources forestières non ligneuses sur les terres du domaine de l'État.*
- GELY, Marie-Laure, LL.D., *Le rôle de la Cour suprême dans la répartition des compétences au Canada.*
- LACROIX, Jean-Vincent, LL.M., *La divulgation de la preuve: un véritable principe de justice fondamentale?*
- MOUMOUNI, Charles, LL.D., *Droit et pratiques du paiement électronique des ventes internationales.*
- PAYRAUDEAU, Garance, LL.M., *L'adaptation des règles de droit français à la formation du cybercontrat de consommation: mythe ou réalité?*

ROY, Alain, LL.D., La régulation contractuelle du mariage: approche socio-juridique pour une réforme.

ROY, Simon, LL.M., L'erreur de fait attribuable à l'intoxication comme moyen de «défense» en droit criminel canadien.

VERREAULT, Marie-Josée, LL.M., Les régimes juridiques d'évaluation environnementale applicables au Nunavik.

UNIVERSITÉ DE MONTRÉAL

Grades de deuxième et troisième cycles en droit octroyés pour l'année 2001

Doctorat (LL.D.)

BRAS MIRANDA, Jénerosa, La tontine successorale au Québec: controverses et perspectives

DEVINAT, Mathieu, La règle prétorienne en droit français et canadien: étude de droit comparé

DRAPEAU, Maurice, Grossesse: emploi et discrimination

ESLAMISOMEA, Reza, Human Right in Sshari'a and Iran's Constitutional and Legal System: The Case of Freedom of Expression

LAVALLÉE, Sophie, La réhabilitation des terrains contaminés et le droit québécois: un droit négocié

NAKSEU NGUEFANG, Georges, Principe de précaution et régime juridique de responsabilité dans la réglementation internationale des biotechnologies: l'exemple du mouvement transfrontières des organismes génétiquement modifiés

Maîtrise (LL.M.)

ARÈS, Rudi, La fixation de l'œuvre en droit d'auteur

BERNIER, Louise, Les règles ethico-juridiques régissant la pharmacogénomique: vers une réforme?

CARDINAL, Geneviève, L'encadrement de la thérapie génique: étude comparative de différents modèles normatifs

COLINA, Adriana, Les instruments économiques dans la politique environnementale internationale et canadienne

- DESBIENS, Patrice, Une analyse du privilège de ne pas s'incriminer au regard du paragraphe 24 (2) de la Charte canadienne des droits et libertés
- DESCHÊNES, Mylène, Cadre réglementaire de la mise en marché des tests génétiques au Canada: l'art de concilier les intérêts commerciaux et la protection du consommateur
- GRÉGOIRE, Marie Annik, L'impact de l'obligation de bonne foi: étude sur ses rôles et sanctions lors de la formation et l'élaboration du contrat
- LANCTÔT, Sébastien, Le statut juridique des représentants en assurance et leurs obligations envers les assurés
- LECLERC, Normand, Mémoire accordé par équivalence pour études accomplies au niveau du doctorat
- LE DU, Chantal, Les clauses de hardship et le droit uniforme de la vente internationale de marchandises
- LEDUC, Antoine, L'harmonisation du droit des sûretés mobilières à l'échelle des Amériques: une analyse de droit comparé sous l'angle du droit civil québécois et du bijuridisme canadien
- MALEK, Sammy, Le sort de l'usage raisonnable avec l'avènement des systèmes de gestion de droits d'auteur
- MASSE, Christophe, Les limites qu'impose le droit de la concurrence aux contrats de licence de droits de propriété intellectuelle: étude comparative du droit canadien, américain et européen
- NORMANDIN, Mario, Les représentations de la délibération gouvernementale dans le discours judiciaire relatif à l'article premier de la charte
- OUELLET, Caroline, Nouveau paradigme dans les droits connexes au droit d'auteur: de l'investissement à l'originalité
- PEDEFLOUS, Patricia, La poursuite des criminels de guerre nazis par le Canada et la France
- PETIT, Élodie, Les cellules souches embryonnaires aux frontières de la vie: étude de la convergence des règles juridiques de la recherche sur l'embryon.
- PIGEON, Sébastien, La protection des droits d'auteur dans les environnements numériques
- QUENNEVILLE, Mathieu, L'impact de la loi 181 sur la rente à tempérament sous le Code civil du Québec

- RÉGNIER, Marie-Hélène, L'avenir des embryons surnuméraires: un sort «privé»
- ROBERT, Marie-Pierre, La défense culturelle: un moyen de défense non souhaitable en droit pénal canadien
- ROUSSEAU, Maryse, Le principe de subsidiarité en droit européen et en droit canadien
- ROUSSOS, Alexia, The laws of Britannia: an application of Lessig's framework to a virtual community
- SALVAS, Bertrand, La protection de la vie privée sur le web avec P3P: l'arrimage incertain du technique et du juridique
- SAUVAGEAU, François, La responsabilité du fabricant en D.I.P. Québécois
- TOUTINJI, Hala, La livraison des marchandises selon la convention de Vienne en rapport avec le code civil syrien
- TUTINO, Virginia, Le contrat d'échange international

UNIVERSITÉ MCGILL

Institut de droit comparé

- ABOAGYE, Enoch, LL.M., Debt financing: an emerging influence on corporate governance?
- AKOL, Doris, LL.M., Assessing the utility of environmental impact assessments as a strategy for global sustainable development.
- BARCLAY, Claire, LL.M., Recognizing difference and addressing disadvantage: the development of substantive equality in South Africa and Canadian jurisprudence.
- BENIHOUD, Yasmina, LL.M., La France face aux modèles américain et canadien de lutte contre le harcèlement sexuel au travail.
- BOUTIN, Karina, LL.M., L'utilité pratique du droit international dans la lutte contre le travail des enfants.
- CORTES, Martha, LL.M., Analysis of the pursuit of Mexico's Foreign Direct Investment objectives through the signature of bilateral and multilateral agreements.
- DE ICAZA ANEIROS, Carlos, LL.M., The effects of the North American Free Trade Agreement on Mexican environmental laws and policies and on their enforcement: evaluating six years of cooperation (1994-2000).

- DEUMIÉ, Florence, LL.M., The Cartagena protocol on biosafety and international trade of genetically modified organisms: a new element of the conflict between trade and the environment.
- DHOUKAR, Malek, LL.M., Treaty shopping: la fin d'un problème fiscal international?
- DUQUENNE, Céline, LL.M., L'autonomie de la clause compromissoire en droit du commerce international.
- ELLIS, Jaye, D.C.L., Soft Law as Topos: The role of principles of soft law in the development of international environmental law.
- FRIAS, Jose, LL.M., Understanding indigenous rights (the case of indigenous peoples in Venezuela).
- GAUTHIER, Isabelle, LL.M., Analyse de la norme sociale comme contrainte au consentement – l'exemple de la recherche biomédicale en situation d'urgence.
- GRENIER, Guylaine, LL.M., Le droit des peuples autochtones à l'autonomie gouvernementale dans le contexte de l'accession du Québec à la souveraineté.
- HICKEY, Jonathan, LL.M., La distribution des œuvres du point de vue de l'épuisement du droit, du droit de destination et des importations parallèles.
- HOOD, Andrew, LL.M., The doctrine of command responsibility and the international criminal court: development, regression or compromise?
- INAL, Burcu, LL.M., Corporate governance in the United States, Canada and France.
- JEPPSSON, Jonas, LL.M., The OECU cryptography policy guidelines and their implementation.
- JOVANOVICH, Juan, LL.M., Customs valuation and transfer pricing: is it possible to harmonize customs and tax rules?
- KRAMER, Adam, LL.M., Remoteness of damage in contract law: an agreement-centered approach with particular reference to English law.
- LAROCHE, Vincent, LL.M., Complémentarité de l'action charitable et étatique: l'exemple des fondations hospitalières.
- LEES, Charlotte Elizabeth, LL.M., The age of criminal responsibility – which direction? A comparative study of the United Kingdom and Canada.

- LINDENFIELD, Susannah, LL.M., Insider trading in the United States, Canada and the United Kingdom.
- LINK, Astrid, Descriptive and normative aspects of the theory of legal pluralism – illustrated by problems of media regulation.
- MA, Jinping, LL.M., Liberalization of China’s financial market under GATS.
- MEHLER, Ulrich, LL.M., The influence of transnationalized markets on U.S.
- MELLET, Jean-François, LL.M., Le régime contemporain de l’attribution et du changement de nom au Québec: le grand bond en avant d’une institution de droit civil?
- MICHEL, Guillaume, LL.M., Les industries culturelles et le commerce international: de l’exception à la diversité culturelle.
- NOUVEL, Laurent, LL.M., Le renouveau du traitement des entreprises communes en droit européen de la concurrence.
- OSSEIRAN, Marwan, LL.M., Rethinking antidumping laws.
- PETROVA, Elena V., LL.M., Regulation of take-over bids in Ontario.
- SALAZAR FURIATI, Maria, LL.M., Legal implications of telecom convergence in the U.S.
- STOYTICHEVA, Bistra, LL.M., The role of the state in the privatization of telecommunications. A comparative study between British Telecom and Nippon Telegraph and Telephone.
- TAKAMI, Chieko, LL.M., Defining women as a particular social group in the Canadian refugee determination process.
- TRILSCH, Mirja, LL.M., Gender-based persecution and the “particular social group” category – an analysis.
- URIBE LUNA, Maria, LL.M., Effects that Neoliberalism and Globalization have brought to Mexico’s sustainable development.
- VANDENABEELE, Fabienne, LL.M., Patentability of living organisms: legal and ethical aspects of the question.
- WANG, Gang, LL.M., Foreign direct investment laws of China and Canada.

Institut de droit aérien et spatial

- BOCHINGER, Steve, LL.M., The implications of the privatization of space telecommunications on international organizations.
- BOTEVA, Meglena, LL.M., A new century and a new attitude towards safety oversight in air transportation.
- CLOPPENBURG, Jurgen, LL.M., The regulation of global mobile personal communications by satellite: a comparative analysis of regulations, policy and perspectives in the European Union – in particular in Germany – and the United States.
- GEOFFROY, Marion, LL.M., La sécurité du transport aérien européen: approche institutionnelle et juridique.
- GOUESSE, Emmanuel, LL.M., Responsibility in international law for commercial space activities.
- GUELFY, Audrey, LL.M., Implications of code-sharing agreements on air carriers' liability.
- KELLER, Klaus, LL.M., Regulatory aspects of airline alliance – a case study of Star Alliance.
- KOULIKOVA, Ioulia, LL.M., Commercialization of the international space station.
- LAMY, Christophe, LL.M., Technical board of aircraft accidents investigation in the United States and France.
- MANIATIS, Dimitrios, LL.M., The seizure and detention of aircraft by Canadian airports and the convention on international interests in mobile equipment.
- MEYER, Frédéric, LL.M., Le règlement des différends dans les activités spatiales commerciales.
- NAJI, Alaa, LL.M., Islamic fight and the contract of international carriage of passengers by air.
- PETRAS, Christopher, LL.M., The convergence of U.S. military and commercial space activities: self-defense and cyber attack, “peaceful use” and the space station, and the need for legal reform.
- SARROCCO, Claudia, LL.M., Legal aspects of mobile satellite telecommunications services.
- VERGOTE, Brecht Geert, LL.M., Migrating to the web: the legal dimension of the e-travel revolution.

WARRINER, Vanessa, LL.M., La responsabilité des contrôleurs aériens dans les systèmes américain et français.

WEI, Chia-Lee, LL.M., Cross-border strategic alliance in the transition of regulated telecommunications.

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Programme de maîtrise en droit de la santé

ALCINDOR, Marie-Ange, La problématique des lésions professionnelles chez les techniciens de laboratoire.

ALLARD, Élisabeth, Les devoirs du médecin à l'égard du patient en matière de recherche clinique: aspects éthiques et juridiques.

AURAY, Christiane, Le consentement libre et éclairé dans la recherche en génétique humaine: réalité ou utopie?

BEAUDOIN, Cécile, L'acte de substitution dans le droit pharmaceutique québécois et la responsabilité du pharmacien.

BEAUPRÉ, Michel, Le lien juridique, Médecin – Centre hospitalier.

BELISLE, Josette, Les infirmières auxiliaires: l'évolution d'une profession.

BERNARDI, Marie-Josée, L'impact de l'article 24(2)d) de la Convention relative aux droits de l'enfant sur le droit au meilleur état de santé possible pour l'enfant à naître au Canada ou Une approche unitaire des besoins sanitaires de la femme enceinte et du fœtus.

BERTRAND, Anne-Marie, La maternité sans danger dans le réseau des services de santé et des services sociaux: évolution de la notion de danger.

BLOND, Joyce, The legal and ethical implications of xenotransplantation.

BOILEAU, Christine, Aspects juridiques de la liste d'attente en chirurgie cardiaque.

BOILEAU, Jacques, Le consentement éclairé du patient aux soins dentaires.

BOIVIN, Marie, Le consentement aux soins requis par l'état de santé chez les personnes majeures en droit québécois et ontarien: étude législative comparée.

- BOUCHER, Roch, Les aspects juridiques de l'allocation des ressources aux établissements et les divers contrôles exercés sur leur utilisation.
- BOULET, Denise, La protection juridique du mineur suicidaire.
- BOURASSA, Sylvie, La responsabilité des individus porteurs dans la transmission du virus de l'immuno déficience humaine (VIH).
- BRONSARD, Liliane, Le refus de traitement en situation d'urgence hospitalière.
- BROSSEAU, Éric, Le droit au respect de la vie privée et la *Loi sur les services de santé et les services sociaux*.
- CABANAC, Julien, L'influence concurrente de la science et de la technique en droit de la santé.
- CANTIN, Jules, Les distinctions entre l'erreur de jugement et la faute en responsabilité civile médicale et hospitalière au Québec, au Canada et ailleurs.
- CHARPENTIER, Michèle, L'intervention du droit dans le domaine de la prévention en santé: le cas des habitudes de vie.
- CHARTRAND, Mariane, Aspects juridiques de l'implantation d'un système intégré de services préhospitaliers d'urgence dans les régions du Québec: la planification ministérielle en regard de la législation actuelle et du document de travail sur le projet de loi sur les services préhospitaliers d'urgence.
- CLARK, Nathalie, La relation de confiance entre le médecin et son patient en droit civil québécois: impact de la réforme des services de santé et des services sociaux.
- CLICHE, Jocelyne, L'éthique des affaires et l'éthique de la recherche en santé: les aspects réconciliables et leur impact sur la qualité de la gouverne des entreprises de santé.
- CORBEIL, Céline, Le consentement aux soins psychiatriques.
- CORNELLIER, Hélène, Créer une nouvelle profession... vieille comme le monde, la sage-femme professionnelle de la santé au Québec, en comparaison avec la situation de la sage-femme au Canada et à l'étranger.
- CORRIVEAU, Chantal, La responsabilité du fabricant de produits pharmaceutiques en droit québécois.
- CÔTÉ, Alexandrine, Les aspects juridiques de la pratique infirmière en pharmacie.

- DELANEY, Julie, Le clonage humain reproductif: les écarts entre le droit, l'éthique et la science.
- DELISLE, Lucie, Les corporations professionnelles de la santé au Québec: un principe directeur.
- DEMERS, Dominique, La médecine défensive: fondement, principes, responsabilité médicale et solutions.
- DENIS, Michel R., Le devoir de dénoncer des professionnels de la santé: du droit des patients à la vie privée au droit des tiers à la vie.
- DESMARAIS, Geneviève, Génétique et assurances: perspectives éthiques et juridiques.
- DESROSIERS, Nicole, La xénotransplantation: entre la crainte et la confiance. Considérations cliniques, éthiques, religieuses et juridiques.
- DIONNE, Michèle, Le droit de refuser d'exécuter un travail en raison de danger pour la santé et la sécurité.
- DUBÉ, Caroline, De l'évolution du motif de discrimination illicite «handicap» compris à l'article 10 de la *Charte québécoise* aux différentes tendances et perspectives de la conception dualiste de cette expression.
- DUBÉ-BARIL, Cyndie, L'obtention du consentement substitué aux soins en matière du contrôle de comportement en dentisterie pédiatrique.
- DUBOIS, Michel, La protection du candidat à l'embauche contre les abus de l'examen médical: l'impuissance du droit.
- DUBUC, Isabelle, VIH et SIDA: notification aux partenaires sexuels – comparaison entre le Québec, le Canada anglophone et les États-Unis.
- DUCHAINE, Pierre, Réflexion sur le «living will» de common law dans le contexte du droit civil québécois.
- DUCLOS, Isabelle, Le fait collectif fautif prévu à l'article 1480 C.c.Q. et son impact sur l'exercice collectif de la médecine.
- DOUCET, Marc, Les pouvoirs des municipalités en matière de santé publique.
- FISSET, Lana, Légaliser l'aide au suicide: ouvrir la porte à l'euthanasie?

- FOISY, André, Les nouvelles régies régionales de la santé et des services sociaux: du rôle de concertation aux pouvoirs de contrôle.
- FORTIN, Michel, Les ententes d'application de la *Loi sur l'assurance-maladie*: nature et portée juridiques.
- FOURNIER, Francine, La radiation provisoire immédiate en droit disciplinaire des professions, au Québec.
- FURLONG, Gary, Le consentement aux soins dans le contexte des services à domicile: le problème particulier du refus d'hébergement.
- GAGNON, Marie, Les comités d'éthique, une entité à parfaire.
- GILBERT, Suzanne, L'utilisation thérapeutique des tissus fœtaux: les enjeux éthiques et juridiques.
- GINGRAS, Pierre, Le régime de négociation dans le secteur de la santé et des services sociaux: bilan et perspectives.
- GIRARD, Nathalie, Le consentement du mineur doué de discernement en matière de soins et traitements médicaux selon le droit civil québécois.
- GORMAN, Kathleen, A Discussion Paper on First Nations Control of Health Services.
- GRÉGOIRE, Nathalie, L'embryon ex utero: entre l'être et le néant.
- GRIMARD, Marielle, Le droit au retour au travail.
- GUAY, Hélène, Dépistage de l'information relative à la santé d'une personne en milieu de travail.
- HARDY, Louise, Monitoring foetal et responsabilité de l'infirmière.
- HOULE, Marie-Josée, Le contrôle de l'activité médicale en centre hospitalier.
- JONCAS, Dany, La renaissance du paradigme athénien: le cas de la légalisation de l'aide au suicide»
- JONCAS, Lucie, «La personne atteinte de troubles mentaux et le droit criminel: à la croisée des chemins.
- KADIMA-KABEYA, Stanislas, L'expertise médicale devant le tribunal: étude législative comparée du droit québécois et du droit français.

- KAZADI, Ka Cisungu André, La détention consécutive à un verdict de non-responsabilité criminelle pour troubles mentaux: sa conformité à la charte canadienne.
- KEAN, Dana, Sexual misconduct amongst health care professionals.
- KLOTZ, Alain, La grossesse contractuelle: aspects juridiques et sociaux.
- LA BRIE, Émilie, La sexualisation des postes dans le secteur de la santé et des services sociaux: principes dégagés de la jurisprudence.
- LAFONTAINE, Jean-Frédéric, La recherche médicale chez les personnes en situation d'urgence: vers une désindividualisation du droit à l'autonomie. Analyse comparative des systèmes de gouvernance américain et canadien».
- LAMOINE, Marc, En raison de l'obligation de secours de l'article 2 de la *Charte des droits et libertés de la personne du Québec*, le médecin doit-il révéler l'état de son patient séropositif ou atteint du SIDA aux partenaires sexuels de celui-ci sans son consentement?
- LALIBERTÉ, Bianca, Le droit à la protection de la vie privée et au respect de la confidentialité des dossiers de thérapie des plaignantes dans le cadre des procès pour infractions d'ordre sexuel: une utopie»
- LANGLOIS, Ghislaine, La réforme des services de santé et le nouveau cadre structurel des CHSLD.
- LAUZON, Judith, L'application judiciaire de la Loi sur la protection des personnes dont l'état mental présente un danger pour elles-mêmes ou pour autrui: pour un plus grand respect des droits fondamentaux.
- LAVARDIÈRE, Marco, Le cadre juridique canadien et québécois relatif au développement parallèle de services privés de santé et l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.
- LAVOIE, Jean-Philippe, L'information génétique recueillie en période prénatale: quelques enjeux éthiques et juridiques concernant sa nature, son utilité et sa finalité.
- LAVOIE, Madeleine, La mort sur demande: de la revendication du droit aux fondements éthiques et juridiques.
- LEGAULT, Marie, Les aspects juridiques de l'électroconvulsivothérapie.

- LÉGER, Sophie, Reconfiguration du système de santé au Québec: les modèles proposés par l'O.M.S., les réformes québécoises, les HMD/OSIS et le paiement par capitation.
- LEPAGE, Jean-François, La position des juges de la Cour suprême du Canada au regard de divers principes propres à la tradition libérale: L'affaire Sheena B. rendue en matière de consentement substitué aux soins de santé.
- LEROUX, Éline, Le principe de l'inviolabilité de la personne humaine et son corollaire: le droit de refus de traitement.
- LESAGE-JARJOURA, Pauline, Le médecin face à la cessation de traitement.
- LORD, Roland, Les postes temporairement dépourvus de leur titulaire dans le Réseau de la santé et des services sociaux: Étude jurisprudentielle.
- LYONNAIS, Diane, Les compétences du Conseil régional dans l'exercice de ses fonctions en matière de plaintes.
- MALÉZA, Dominique, Les implications juridiques de l'expérimentation scientifique en matière de reproduction humaine: en exemple, le clonage.
- MARTIN, Yveline, La détermination du lien causal dans les cas de maladies dont l'étiologie est inconnue: inférences, probabilités et épidémiologie.
- MATTE, François, Le critère de la dangerosité en droit de la santé; quelques notions de responsabilité, de criminalité et de maladie mentale.
- MAZIADÉ, Jacques, L'imposition du ticket modérateur dans le système de santé des provinces: qui décide? Le gouvernement fédéral ou le gouvernement provincial?
- MÉNARD, Claudette, Le corps humain, centre d'un conflit de valeurs: les dons d'organes et de tissus.
- MORNEAULT, Brigitte, La responsabilité civile du médecin et la stérilisation à des fins contraceptives.
- NORRIS, Jacqueline, The civil responsibility of an intervenant of a crisis intervention centre of Québec.
- PANISSET, Isabelle, L'innovation médicale et la pratique: aspects juridiques et applications.
- PAQUETTE, Fabienne, Le consentement libre et éclairé lors d'essais cliniques en milieu hospitalier.

- PARADIS, Suzanne, Les personnes déficientes intellectuelles et la confidentialité des renseignements médicaux et psychosociaux les concernant.
- PARENT, Danielle, La détermination des services essentiels en temps de grève dans les hôpitaux.
- PARISEAU, Marc, La discrimination fondée sur le handicap en matière d'emploi et l'accommodement: un droit à l'égalité ou un privilège.
- PERREAULT, Janick, Les affres de la spécialité: le médecin doit-il consulter?
- PERRON, François, Les critères d'exclusion de la preuve et la vie privée en vertu du Code civil du Québec et leur application aux cas des employés des établissements de santé et sociaux au Québec.
- PHANEUF, André, La responsabilité du dentiste en matière de soins non thérapeutiques.
- POIRIER, Sylvain, Le contrôle de l'exercice de la médecine en milieu hospitalier.
- POMERLEAU, Johanne, Le retour aux normes autoréglementaires pour déterminer la compétence des professionnels en soins infirmiers.
- PRESSEAU, Sylvie, La responsabilité du médecin en génétique.
- RAMSAY, Jacques, La responsabilité médicale au Québec: un constat et une analyse des avenues de réforme».
- RICHARD, Louise-Hélène, La responsabilité professionnelle du dentiste exerçant en cabinet privé.
- RICHARD, Jocelyne, La responsabilité civile de l'infirmière à la salle d'urgence.
- RIVARD, France, Le défi du VIH en assurance-vie.
- ROCHETTE, Judith, Le phénomène des médecines alternatives au Québec: problèmes et esquisses de solutions.
- RODRIGUE, Luce, Politiques publiques et droits des personnes présentant une déficience intellectuelle.
- ROUILLARD, Kathleen, La détermination du statut juridique des régions régionales.

- ROY, Denys, L'imputabilité des régies régionales envers la population, le ministère et le gouvernement.
- ROY, Joanne, Le programme de santé spécifique à un établissement, 20 ans après sa mise en application.
- ROY, Maurice, L'impact de l'intervention législative des dernières décennies sur l'autonomie du médecin œuvrant en milieu hospitalier.
- RUEST, Nathalie, La responsabilité civile de l'infirmière à domicile.
- SAMSON, Linda, La libéralisation du commerce des services professionnels de la santé dans un contexte de libre-échange.
- SAVARD, Anne-Marie, Le prélèvement de gamètes sur un cadavre aux fins d'insémination artificielle sans le consentement préalable de l'homme: considérations juridiques et éthiques.
- SILVER, Richard, The right to English health and social services in Quebec: A legal and political analysis.
- SIMARD, Caroline, La responsabilité civile pour la faute de la sage-femme: des projets-pilotes à la légalisation.
- SIMARD, Danielle, La loi 65: protection des renseignements personnels dans le domaine de la santé.
- SIMARD, Raymond-Mathieu, La relativité du concept de l'autonomie des corporations d'établissements du réseau de la santé et des services sociaux au Québec.
- SYNNOTT, Michel-P., La pharmacie: son statut juridique au Québec et en France.
- TANNENBAUM, Joani, The buck stops where? The role and Responsibilities of the Quebec Government for the Delivery of Health care Services.
- TASSÉ, Anne-Marie, Analyse comparative du devoir de renseignement et d'étiquetage du fabricant de produits pharmaceutiques en droit québécois et suisse.
- TÉTREAUULT, Martin, Le droit au respect du secret médical et sa transmissibilité.
- THOMAS, Françoise, Les enjeux des thérapies génétiques pour les personnes incapables.

- TREMBLAY, Valérie, La pratique exclusive pour les audiologistes: un juste retour des choses.
- TROUSDELL, Marie, The psychiatric evaluation of dangerousness: individual vs collective rights.
- VEILLETTE, Marie-Josée, La manipulation des gamètes.
- VINCENT, Carolyn, From ORAS to regional boards: the evolution of the regional role in the administration of health and social services.
- VOYER, Gilles, Le consentement subrogé aux soins thérapeutiques du majeur.
- VOYER, Lucie, La responsabilité professionnelle de l'infirmière.

UNIVERSITÉ DU QUÉBEC À MONTRÉAL

Maîtrise en droit social et du travail

- ALMEIDA, Iris, Non-governmental organisations in quest for accountability: contributions to a standing international criminal court.
- AUSLENDER, Jérôme, Les conséquences humanitaires des sanctions adoptées à l'encontre de l'Iraq et du Burundi.
- BACHAND, Rémi, Débats et enjeux Nord-Sud de l'évolution récente du droit international de l'investissement en Amérique.
- DAUPHIN, Alexandra, Le trafic transfrontière de déchets dangereux et le droit international: normes et pratiques.
- DOMOND, Monfortain, L'ingérence au nom du respect des droits de l'homme et de la légitimité démocratique: le cas d'Haïti.
- GELOSO, Daniela, La pauvreté comme violation des droits de la personne ou comment le «meilleur pays au monde» ne respecte pas ses engagements internationaux.
- IYAKAREMYE, Jean-Bosco, La faillite de l'ONU devant le génocide contre les Tutsi du Rwanda: les causes de l'échec et les leçons à en tirer.
- MURRAY, Margaret, Le pacte international relatif aux droits civils et politiques, un atout méconnu et mal utilisé en vue de la promotion des droits des femmes et de leur droit à l'égalité.
- PAQUEROT, Sylvie, La nécessaire reconsidération du statut des ressources vitales en droit international.

PAQUIN, Annie, Le flou conceptuel de la notion d'ombudsman en milieu hospitalier québécois.

SCALIOTTI, Massimo, Defences before the international criminal court: substantive grounds for excluding criminal responsibility.

TREMBLAY, Philippe, La protection internationale des personnes déplacées à l'intérieur de leur pays: une volonté authentique d'enrayer la pratique du déplacement forcé ou une simple stratégie d'endiguement des flux de réfugiés.

NOS DISPARUS EN 2001

Nom	Prénom	Admission	Section
Arteau	Anne-Sylvie	1986	Québec
Audet	Georges	1968	Montréal
Bahary	Alfred	1971	Montréal
Beauchamp	Clément N.	1949	Hull
Beauchemin	Ernest	1943	Montréal
Beaumont	Gilbert	1985	Québec
Blais	Rolland	1958	Montréal
Bourbonnais	Lucia	1985	Montréal
Brierley	John E.C.	1960	Montréal
Brochu	Arnold	1973	Côte-Nord
Chevalier	Ginette	1995	Québec
Corriveau	Lawrence	1946	Québec
Denault	Jacques	1988	Montréal
Desaulniers	Bertrand	1993	Montréal
Doheny	Daniel	1947	Montréal
Dubé	Pauline	1978	Québec
Gagnon	Yvan	1967	Québec
Gendron	Pierre	1975	Saguenay - Lac St-Jean
Genest	Guy P.	1946	Laurentides - Lanaudière
Gilbert	Bruno	1966	Saint-François
Godin	Léo	1974	Saguenay - Lac St-Jean
Gourd	Jean-Joffre	1941	Montréal
Grammond	Luc	1965	Montréal
Guérin	Claude	1954	Montréal
Gurianova	Hélène	1954	Montréal
Hébert	Nicole	1993	Montréal
Hodge	Robert	1943	Montréal
Katz	Allan	1991	Montréal
Lafrance	Germain	1977	Laval

Nom	Prénom	Admission	Section
Laliberté	Esther	1986	Bedford
Lalonde	Jean-Paul	1974	Montréal
Lamarche	Jacques	1964	Montréal
Lamontagne	Pierre	1959	Montréal
Lampron	Stéphane E.	1998	Laval
Langlais	André	1956	Saint-François
Lebel	C. Edouard	1978	Bas St-Laurent et Gaspésie
Leblanc	Léo R.	1932	Longueuil
Leithman	Ezra	1932	Montréal
Lemay	Louis-Georges	1936	Saint-François
Lespérance	Robert	1974	Québec
Lussier	Louise	1969	Arthabaska
Magil	Murray	1976	Montréal
Malo	Jean	1953	Montréal
Marquis	Michel	1973	Québec
Michelin	Steven	1991	Montréal
Monette	Jean	1942	Longueuil
Morley	David B.	1990	Montréal
Néel	Lison	1994	Montréal
Papineau	Louise-D.	1986	Montréal
Pouliot	Gaston	1944	Montréal
Robichaud	Anne	1995	Hull
Spector	Seymour	1954	Montréal
Stein	Albert-Louis	1934	Montréal
Sylvestre	Georges	1936	Laurentides - Lanaudière
Tanguay	Danielle	1994	Montréal
Trépanier	Anne-Lise	1988	Mauricie
Tremblay	Yves	1978	Montréal
Trudel	Gilles	1968	Montréal
Viberg	H. Robert	1967	Montréal
Waissman	Jack	1971	Montréal

INDEX DES AUTEURS

Note: Sous chaque entrée de l'index des auteurs vous trouverez les informations nécessaires pour repérer les articles ou les chroniques de la Revue du Barreau, soit le titre suivi, en caractère gras, des pages.

COMTOIS, Suzanne / Ocean Port c. B.C. (Liquor Control): le rôle des juges dans la protection de l'indépendance quasi judiciaire, **521-536**.

DRAPEAU, Maurice / L'évolution de l'obligation d'accommodement à la lumière de l'arrêt Meiorin, **299-319**

HÉBERT, Jean-C. / L'avocat: un conscrit de l'État?, **395-449**

JOYAL, Renée / La parole de l'enfant et les litiges de garde: points de vue de juges sur divers aspects de la question, **281-297**

LOUNGNARATH, Vilaysoun / L'intégration juridique dans la zone ALÉNA: un chantier axé sur les processus, **3-50**

MARTEL, Paul / Les devoirs de loyauté des administrateurs de sociétés par actions fédérales – Impact du Code civil du Québec, **323-394**

MÉMÉTEAU, Gérard / Une lecture française d'un arrêt québécois, **557-573**

PROULX, Daniel / Les droits à l'égalité revus et corrigés par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt Law: un pas en avant ou un pas en arrière?, **187-279**

ROY, Claudine / L'expectative légitime après l'arrêt Mont-Sinai, **537-556**

ROY, Nicole / L'autorité parentale et l'obligation alimentaire des parents envers leur enfant: deux institutions proposant une conception de l'intérêt de l'enfant et de la famille, **53-183**

ZHOU, Han-Ru / Le test de la personne raisonnable en responsabilité civile, **451-519**

INDEX ANALYTIQUE

Note: Sous chaque entrée de l'index analytique vous trouverez les informations nécessaires pour repérer les articles ou les chroniques de la Revue du Barreau, soit le titre suivi, en caractères gras, des pages.

- A -

ACCORD DU LIBRE-ÉCHANGE NORD-AMÉRICAIN

«L'intégration juridique dans la zone ALÉNA: un chantier axé sur les processus», **3-50**

ADMINISTRATEUR – OBLIGATION DE LOYAUTÉ

«Les devoirs de loyauté des administrateurs de sociétés par actions fédérales – Impact du Code civil du Québec», **323-394**

AUTORITÉ PARENTALE

«L'autorité parentale et l'obligation alimentaire des parents envers leur enfant: deux institutions proposant une conception de l'intérêt de l'enfant et de la famille», **53-183**

AVOCAT – INDÉPENDAN- CE DE LA PROFESSION

«L'avocat: un conscrit de l'État?», **395-449**

- B -

BLANCHIMENT D'ARGENT

«L'avocat: un conscrit de l'État?», **395-449**

- C -

CENTRE D'ANALYSE DES OPÉRATIONS ET DÉCLA- RATIONS FINANCIÈRES DU CANADA

«L'avocat: un conscrit de l'État?», **395-449**

COMMERCE INTERNATIONAL

«L'intégration juridique dans la zone ALÉNA: un chantier axé sur les processus», **3-50**

COMPAGNIE ET SOCIÉTÉ

«Les devoirs de loyauté des administrateurs de sociétés par actions fédérales – Impact du Code civil du Québec», **323-394**

CONFLITS D'INTÉRÊTS – ADMINISTRATEUR

«Les devoirs de loyauté des administrateurs de sociétés

par actions fédérales – Impact du Code civil du Québec», **323-394**

CONTRAT DE SOINS HOSPITALIERS

«Une lecture française d'un arrêt québécois», **557-573**

COUR SUPRÊME DU CANADA

«Les droits à l'égalité revus et corrigés par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt Law: un pas en avant ou un pas en arrière?», **187-279**

- D -

DEVOIR DE FIDUCIAIRE

«Les devoirs de loyauté des administrateurs de sociétés par actions fédérales – Impact du Code civil du Québec», **323-394**

DISCRIMINATION

«Les droits à l'égalité revus et corrigés par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt Law: un pas en avant ou un pas en arrière?», **187-279**

«L'évolution de l'obligation d'accommodement à la lumière de l'arrêt Meiorin», **299-319**

DROIT À L'ÉGALITÉ

«Les droits à l'égalité revus et corrigés par la Cour suprême

du Canada dans l'arrêt Law: un pas en avant ou un pas en arrière?», **187-279**

DROITS ET LIBERTÉS – DIGNITÉ HUMAINE

«Les droits à l'égalité revus et corrigés par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt Law: un pas en avant ou un pas en arrière?», **187-279**

«L'évolution de l'obligation d'accommodement à la lumière de l'arrêt Meiorin», **299-319**

DROIT MÉDICAL

«Une lecture française d'un arrêt québécois», **557-573**

- E -

ENFANT

«La parole de l'enfant et les litiges de garde: points de vue de juges sur divers aspects de la question», **281-297**

«L'autorité parentale et l'obligation alimentaire des parents envers leur enfant: deux institutions proposant une conception de l'intérêt de l'enfant et de la famille», **53-183**

ÉVALUATION PSYCHOLOGIQUE ET PSYCHOSOCIALE

«La parole de l'enfant et les litiges de garde: points de vue

de juges sur divers aspects de la question», **281-297**

- F -

FAMILLE

«La parole de l'enfant et les litiges de garde: points de vue de juges sur divers aspects de la question», **281-297**

«L'autorité parentale et l'obligation alimentaire des parents envers leur enfant: deux institutions proposant une conception de l'intérêt de l'enfant et de la famille», **53-183**

FAUTE

«Le test de la personne raisonnable en responsabilité civile», **451-519**

FAUTE PROFESSIONNELLE – MÉDECIN

«Une lecture française d'un arrêt québécois», **557-573**

- G -

GARDE DE L'ENFANT

«La parole de l'enfant et les litiges de garde: points de vue de juges sur divers aspects de la question», **281-297**

«L'autorité parentale et l'obligation alimentaire des parents envers leur enfant: deux institutions proposant une conception de l'intérêt de

l'enfant et de la famille», **53-183**

GRANDS-PARENTS

«L'autorité parentale et l'obligation alimentaire des parents envers leur enfant: deux institutions proposant une conception de l'intérêt de l'enfant et de la famille», **53-183**

- I -

INDÉPENDANCE JUDICIAIRE

«Ocean Port c. B.C. (Liquor Control): le rôle des juges dans la protection de l'indépendance quasi judiciaire», **521-536**

INTÉRÊT DE L'ENFANT

«La parole de l'enfant et les litiges de garde: points de vue de juges sur divers aspects de la question», **281-297**

«L'autorité parentale et l'obligation alimentaire des parents envers leur enfant: deux institutions proposant une conception de l'intérêt de l'enfant et de la famille», **53-183**

INTERPRÉTATION DES LOIS – CHARTE CANADIENNE DES DROITS ET LIBERTÉS, ART. 15

«Les droits à l'égalité revus et corrigés par la Cour suprême

du Canada dans l'arrêt *Law*: un pas en avant ou un pas en arrière?», **187-279**

- J -

JUGE - RÔLE

«*Ocean Port c. B.C. (Liquor Control)*: le rôle des juges dans la protection de l'indépendance quasi judiciaire», **521-536**

- O -

OBLIGATION ALIMENTAIRE

«L'autorité parentale et l'obligation alimentaire des parents envers leur enfant: deux institutions proposant une conception de l'intérêt de l'enfant et de la famille», **53-183**

OBLIGATION D'ACCOMMODEMENT

«L'évolution de l'obligation d'accommodement à la lumière de l'arrêt *Meiorin*», **299-319**

OBLIGATION DE DILIGENCE

«Le test de la personne raisonnable en responsabilité civile», **451-519**

- P -

PARENT

«L'autorité parentale et l'obligation alimentaire des

parents envers leur enfant: deux institutions proposant une conception de l'intérêt de l'enfant et de la famille», **53-183**

PENSION ALIMENTAIRE - RÈGLE DE FIXATION

«L'autorité parentale et l'obligation alimentaire des parents envers leur enfant: deux institutions proposant une conception de l'intérêt de l'enfant et de la famille», **53-183**

PERSONNE RAISONNABLE

«Le test de la personne raisonnable en responsabilité civile», **451-519**

POUVOIR DISCRÉTIONNAIRE

«L'expectative légitime après l'arrêt *Mont-Sinaï*», **537-556**

PRÉCLUSION PROMISSOIRE

«L'expectative légitime après l'arrêt *Mont-Sinaï*», **537-556**

PRODUIT DE LA CRIMINALITÉ

«L'avocat: un conscrit de l'État?», **395-449**

- R -

RELATIONS AVOCAT-CLIENT

«L'avocat: un conscrit de l'État?», **395-449**

**REPRÉSENTATION PAR
AVOCAT – ENFANT**

«La parole de l'enfant et les litiges de garde: points de vue de juges sur divers aspects de la question», **281-297**

RESPONSABILITÉ CIVILE

«Le test de la personne raisonnable en responsabilité civile», **451-519**

**RESPONSABILITÉ –
HÔPITAL**

«Une lecture française d'un arrêt québécois», **557-573**

**RESPONSABILITÉ
PROFESSIONNELLE –
MÉDECIN**

«Une lecture française d'un arrêt québécois», **557-573**

- S -

**SECRET PROFESSIONNEL
– AVOCAT**

«L'avocat: un conscrit de l'État?», **395-449**

**SERVICE JURIDIQUE
INTERNATIONAL**

«L'intégration juridique dans la zone ALÉNA: un

chantier axé sur les processus», **3-50**

- T -

TÉMOIGNAGE – ENFANT

«La parole de l'enfant et les litiges de garde: points de vue de juges sur divers aspects de la question», **281-297**

**THÉORIE DE
L'EXPECTATIVE
LÉGITIME**

«L'expectative légitime après l'arrêt Mont-Sinaï», **537-556**

TIERS GARDIEN

«L'autorité parentale et l'obligation alimentaire des parents envers leur enfant: deux institutions proposant une conception de l'intérêt de l'enfant et de la famille», **53-183**

**TRIBUNAL
ADMINISTRATIF –
INDÉPENDANCE**

«Ocean Port c. B.C. (Liquor Control): le rôle des juges dans la protection de l'indépendance quasi judiciaire», **521-536**

JURISPRUDENCE COMMENTÉE

Note: Sous chaque entrée de la table de jurisprudence commentée, vous trouverez, en caractères gras, les pages pour repérer les articles ou les chroniques de la Revue du Barreau.

- 2747-3174 Québec Inc. c. Québec (Régie des permis d'alcool), [1996] 3 R.C.S. 919, **521-536**
- Centre hospitalier Mont-Sinaï c. Québec (Ministre de la Santé et des Services sociaux), [2001] 2 R.C.S. 281, **537-556**
- Colombie-Britannique (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch, Ocean Port Hotel Ltd. c., [2001] 2 R.C.S. 781, **521-536**
- Ocean Port Hotel Ltd. c. Colombie-Britannique (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch, [2001] 2 R.C.S. 781, **521-536**
- Québec (Ministre de la Santé et des Services sociaux), Centre hospitalier Mont-Sinaï c., [2001] 2 R.C.S. 281, **537-556**
- Québec (Régie des permis d'alcool), 2747-3174 Québec Inc. c., [1996] 3 R.C.S. 919, **521-536**

TABLE DE LA LÉGISLATION COMMENTÉE

Note: Sous chaque entrée de la table de la législation commentée, vous trouverez, en caractères gras, les pages pour repérer les articles ou les chroniques de la Revue du Barreau.

CONSTITUTION CANADIENNE

Charte canadienne des droits et libertés dans Loi de 1982 sur le Canada, (L.R.C. (1985), c. 11, annexe B, partie I), art. 15, **187-279**

CODE CIVIL

Code civil du Québec, (L.Q. 1991, c. 64), art. 322, 324, 325 et 326, **323-394**

LÉGISLATION FÉDÉRALE

Recyclage des produits de la criminalité (Loi sur le), (L.C. 2000, c. 17), **395-449**

Sociétés par actions (Loi canadienne sur les), (L.R.C. (1985), c. C-44), art. 120 et 122.2, **323-394**