



Revue 2010

Printemps 2010 - Tome 69

La convention d'arbitrage : les arbitres ou la cour ?
Jean Denis Gagnon

Une lecture critique des règles relatives à l'adoption
en droit international privé québécois
Gerald Goldstein

Les Troubles psychotiques induits par une substance
en droit pénal canadien : analyse médicale
et juridique d'un concept en pleine évolution
Hugues Parent

Chronique
Droit civil. Robert P. Godin
Droit du travail. Fernand Morin



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

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

M^e Michel Deschamps, président

M^e Élise Charpentier

M^e Pierre Giroux

M^e Claude Laferrière

M^e François Montfils

M^e Alain-Robert Nadeau

M^e Hubert Reid

M^e Pierre Séguin

M^e Marc Sauvé, secrétaire

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

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

L'abonnement annuel est gratuit pour les membres du Barreau du Québec qui en font la demande. Le montant de l'abonnement est prélevé à même le Fonds d'études juridiques, composé des intérêts des comptes en fidéicomis des avocats. Le prix d'abonnement annuel pour les non-membres (public en général) est de 67\$ (plus taxes), et de 56\$ (plus taxes) pour les étudiants.

Envoi de Poste-publications
Enregistrement n° 40013642

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

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

ISSN-383669-X

Dépôt légal

Bibliothèque et Archives nationales du Québec, 2010

Bibliothèque et Archives Canada, 2010



Revue 2010
Printemps 2010 - Tome 69

La convention d'arbitrage : les arbitres ou la cour ?

Jean Denis Gagnon 1

Une lecture critique des règles relatives à l'adoption
en droit international privé québécois

Gerald Goldstein 57

Les *Troubles psychotiques induits par une substance* en
droit pénal canadien : analyse médicale et juridique
d'un concept en pleine évolution

Hugues Parent. 103

CHRONIQUES

Droit civil. L'intérêt général – Commentaire sur
l'article 982 du *Code civil du Québec* ou « JE PUISE,
MAIS N'ÉPUISE »

Robert P. Godin 137

Droit du travail. Un commentaire de l'arrêt *G. Plourde*
c. Cie Wal-Mart du Canada Inc., [2009] 3 R.C.S. 465

Fernand Morin 151

La convention d'arbitrage : les arbitres ou la cour ?

Jean Denis GAGNON

Résumé

Depuis quelques années l'arbitrage conventionnel, mode particulier de règlement des litiges suscite un intérêt accru, ce qui a sans doute incité le Barreau du Québec à publiciser une liste des juges retraités et des avocats désireux d'agir à titre d'arbitres. Le présent article porte sur ce recours particulier que les parties à un différend peuvent choisir quant à certains litiges, plutôt que de soumettre leur cause au tribunal qui aurait normalement compétence pour en décider.

Un ensemble de questions sont abordées en premier lieu dans le texte qui suit. L'on y traite des conditions de validité de la convention d'arbitrage, de la désignation des arbitres et de leur compétence. Sont par la suite exposées les règles qui sont de rigueur lors de l'arbitrage. L'on y traite en particulier de l'observation des règles de justice naturelle, de même que de celles qui ont trait à la procédure et à la preuve qui doivent être observées par les arbitres.

Enfin, une dernière partie est consacrée à la sentence arbitrale, à son homologation et aux motifs qui pourraient éventuellement justifier sa contestation devant les tribunaux.

Les dispositions du *Code de procédure civile* portant sur l'arbitrage (Articles 940 et suivants), de même que celles qui apparaissent dans le même *Code* sous le titre *De l'arbitrage par les avocats* (Articles 382 à 394) sont analysées dans ce texte, tout comme les articles 2638 à 2643 du *Code civil du Québec* qui portent sur la *Convention d'arbitrage*.

Outre les textes législatifs que l'on vient de mentionner, de nombreux jugements des tribunaux supérieurs traitant de l'arbitrage ou de sujets s'y rattachant sont analysés dans ce texte.

La convention d'arbitrage : les arbitres ou la cour ?

Jean Denis GAGNON*

INTRODUCTION	7
I- LA CONVENTION D'ARBITRAGE	10
A. La convention d'arbitrage. Conditions d'existence et de validité	11
1. Conditions formelles	12
2. Expression de la volonté des parties de recourir à l'arbitrage	15
B. Le contenu de la convention d'arbitrage et portée de ce recours	17
1. La compétence des arbitres. Généralités	17
2. Les arbitres agissant comme amiables compositeurs	21
3. La désignation des arbitres	24
4. Qualifications et impartialité des arbitres . . .	25
II- LES RÈGLES APPLICABLES LORS DU DÉROULEMENT DE L'ARBITRAGE	28
A. Nature juridique du rôle des arbitres	28
B. L'arbitrage et les règles de justice naturelle	30

* Professeur honoraire. Faculté de droit, Université de Montréal. Avocat. Arbitre.

1.	Le droit à l'avocat	31
2.	La règle <i>audi alteram partem</i>	31
a)	La portée de la règle de l'audition des parties.	32
b)	La règle de l'audition des parties. Les droits qui en découlent.	32
c)	Limites ou tempéraments à l'application de la règle de l'audition des parties	34
d)	Élargissement de la règle de l'audition des parties.	35
e)	Conséquences de l'inobservation de la règle de l'audition des parties	36
C.	Les règles de procédure et de preuve lors de l'arbitrage	36
1.	La procédure	36
2.	Les règles de preuve applicables lors de l'arbitrage.	38
a)	Les règles concernant la présentation de la preuve	38
b)	La preuve et les exigences de la justice naturelle.	38
III- LA SENTENCE ARBITRALE. HOMOLOGATION ET CONTESTATION ÉVENTUELLE.		39
A.	La sentence arbitrale	39
B.	Contestation de la sentence arbitrale	41
1.	Absence d'appel et caractère inapproprié du recours en évocation et révision	41
a)	La sentence arbitrale est sans appel	41

b) Caractère inapproprié du recours en évocation et révision	42
2. Recours contre la décision des arbitres et causes y donnant ouverture	45
a) Modes de contestation	45
b) Causes donnant ouverture à la contestation de la sentence	48
(1) Erreur portant sur la compétence des arbitres	49
(2) Les manquements aux règles de justice naturelle. Incidence sur la sentence arbitrale	51
(3) Les erreurs entachant la sentence arbitrale portant sur le mérite de la cause.	52
CONCLUSION	54

INTRODUCTION

[1] Depuis plusieurs années déjà, les modes dits « alternatifs » de règlement des litiges connaissent un développement remarquable. Médiation dans divers domaines, et tout particulièrement en matières familiales, mais aussi dans d'autres secteurs de l'administration de la justice, et le recours à l'arbitrage plutôt qu'aux tribunaux, pour régler les conflits connaissent un essor grandissant, ce qui a incité le Barreau du Québec à établir une liste mentionnant les juges à la retraite et les avocats, intéressés à agir à titre d'arbitres.

- Ce texte est une version modifiée et mise à jour de l'un des chapitres du volume 2 de l'ouvrage *Droit spécialisé des contrats* réalisé sous la direction de M^e Denys-Claude Lamontagne. Les Éditions Yvon Blais inc. 1999.

[2] Médiation et arbitrage ne doivent cependant pas être confondus. Le premier de ces deux modes de règlement des conflits est prévu aux articles 814.3 et suivants du *Code de procédure civile*. L'intervention du médiateur se termine, lorsqu'il présente aux parties une recommandation que ces dernières sont libres d'accepter. Elle ne met fin au litige que dans la mesure où elles endossent librement la solution qu'il leur propose.

[3] L'arbitrage est à cet égard bien différent. Les parties qui soumettent leur litige à un ou des arbitres, plutôt qu'au tribunal, acceptent à l'avance de se conformer à la décision qui sera rendue, laquelle par l'effet de son homologation deviendra exécutoire, tout comme un jugement de cour. Les raisons qui peuvent inciter les justiciables à choisir la voie arbitrale, plutôt que l'action en justice sont nombreuses. Elles varient, suivant les domaines dont il s'agit. Dans certains secteurs d'activités, tel celui de la construction, pour lequel il importe au plus haut point, que les litiges soient réglés rapidement, afin que les travaux se poursuivent avec célérité, les plaideurs voient bien souvent en l'arbitrage un mode de règlement, qui présente à cet égard des garanties que les recours judiciaires ne peuvent pas toujours assurer.

[4] Les justiciables peuvent aussi opter pour l'arbitrage, afin d'éviter le formalisme judiciaire, qui les effraie. Il en est ainsi principalement, quand ils décident de défendre eux-mêmes leur cause, sans retenir les services d'un avocat.

[5] Enfin, dans le domaine des transactions internationales, l'arbitrage permet, généralement, de dissiper à l'avance, toute incertitude qui pourrait exister, quant à la détermination des règles, à la lumière desquelles un litige qui naîtrait entre les parties devrait être résolu. Ces dernières ont à cet égard la possibilité d'opter pour le droit national, auquel l'on devra se reporter pour en décider. La liberté qui leur est ainsi reconnue leur permet de déterminer les règles, à la lumière desquelles leur convention d'arbitrage sera interprétée, et mise en œuvre, ce qui confère à ce mode de règlement des conflits, un attrait considérable.

[6] L'arbitrage en tant que mode alternatif de règlement des litiges a toujours existé en droit québécois. Des dispositions lui étaient consacrées, dans les deux premiers codes de procédure civile qui reçurent application dans la province, soit ceux de 1867 et de 1897. Quant au *Code* actuel, il contient près de soixante articles, apparaissant au titre *Des Arbitrages* portant sur ce recours¹.

[7] En outre, d'autres dispositions du même *Code* apparaissant à ses articles 382 à 394 sous le titre *De l'arbitrage par avocats*², portent sur une convention d'arbitrage particulière. Même si suivant ces dispositions, c'est la cour qui porte le litige à l'arbitrage, plutôt que de l'entendre elle-même et d'en disposer, il importe de rappeler qu'elle agit alors à la demande des parties, qui signent d'ailleurs une entente à cette fin, et choisissent l'arbitre (ou les arbitres) qui entendra leur cause³.

[8] Mentionnons enfin, en ce qui a trait à l'histoire législative de l'arbitrage au Québec, que dans sa forme originelle, le *Code civil du Bas-Canada* ne contenait aucune disposition traitant du

1. Ces dispositions apparaissent aux articles 940 et suivants du *Code*.

2. Ces règles sont apparues dans nos lois lors de modifications qui furent apportées au *Code de procédure civile* de 1897 par la *Loi amendant le Code de procédure civile relativement à la Cour de magistrat de district, aux arbitrages et à la cession de biens*, 9 Ed. VII, S.Q. 1909, Chap. 74. Elles furent retenues dans leurs aspects essentiels lors de l'adoption du *Code de procédure civile* actuel en 1965.

3. Article 382 C.p.c.

compromis, ou de la convention d'arbitrage. Ce n'est qu'en 1986⁴, à la suite des modifications qui lui furent apportées, que des règles traitant de ce sujet apparurent au titre treizième A de ce *Code* (Articles 1926.1 à 1926.6). Ces règles se retrouvent maintenant aux articles 2638 à 2643 du *Code civil du Québec*. Elles ont cependant fait l'objet de quelques modifications, plutôt formelles, qui n'en changent pas véritablement le sens, ni la nature.

[9] Le texte du présent article comprend trois parties principales. La première a trait à la convention d'arbitrage, et à diverses questions qui s'y rattachent, telles celles qui ont trait à la compétence des arbitres, à leur désignation, de même qu'à leur assujettissement à la règle de l'impartialité. Dans la deuxième partie de ce texte, l'on traite de la tenue des séances arbitrales, et des règles qui doivent alors recevoir application, et tout particulièrement de celles qui se rapportent à l'audition des parties, à la procédure de rigueur, et à la preuve présentée aux arbitres. Enfin, la dernière partie de ce texte est consacrée à la sentence arbitrale, et à diverses questions qui s'y rapportent, telles celles qui ont trait à son homologation, et à sa contestation éventuelle.

[10] Mentionnons que l'on s'est principalement intéressé ici à l'arbitrage des conflits domestiques. En ce qui concerne l'utilisation de ce recours, en vue de solutionner des litiges internationaux, ce dont traitent les articles 940.6 et 948 et suivants du *Code de procédure civile*, on se reportera avec intérêt à divers articles parus dans des revues juridiques, au cours des dernières années⁵.

4. Les règles portant sur l'arbitrage apparurent au *Code civil du Bas-Canada* lors de l'adoption de la *Loi modifiant le Code civil et le Code de procédure civile en matière d'arbitrage*, L.Q., 1986, chap. 73.

5. Voir en particulier William C. GRAHAM, « Dispute Resolution in the Canada-United States Free Trade Agreement : One Element of Complex Relationship », (1992) 37 *McGill Law Journal* 544 ; Louis MARQUIS : « La notion d'arbitrage commercial international en droit québécois », (1992) 37 *McGill Law Journal* 448 ; William W. PARK et Jean PAULSSON : « Arbitrage commercial et contrats internationaux », (1985) 45 *R. du B.* 215 ; Sabine THUILLEAUX et Dean M. PROCTOR, « L'application des conventions d'arbitrage au Canada : une difficile coexistence entre les compétences judiciaire et arbitrale », (1992) 37 *McGill Law Journal* 470 ; Amissi MANIRABONA, « Extension de la convention d'arbitrage aux non-signataires en arbitrage impliquant les sociétés en groupement », (2008) 38 *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke* 541 ; Nabil ANTAKI, *L'arbitrage commercial : concept et définitions*, Chambre des notaires, Cours de perfectionnement, 1987, *Le règlement à l'amiable des litiges*, Éditions Yvon Blais, 1998 et *L'arbitrage collectif : pourquoi pas ? La justice en marche : du recours collectif à l'arbitrage collectif, en passant par la médiation*, Les journées Maximilien-Caron 2006 Éditions Thémis 2007 ; John E.C. BRIERLEY, *La convention d'arbitrage en droit québécois interne*, Chambre des notaires, Cours de perfectionnement, 1987 N° 2 et *Le règlement*

I- LA CONVENTION D'ARBITRAGE

[11] Tel que mentionné auparavant, la convention d'arbitrage est un contrat bien particulier. S'il est de l'essence des contrats de déterminer, tant les droits que les obligations des parties, entre lesquelles ils interviennent, la convention d'arbitrage ne saurait certes être considérée comme un contrat type. Le seul droit reconnu aux signataires d'une convention d'arbitrage, et leur unique obligation, ont trait à la voie qu'ils s'engagent à suivre, lorsqu'un litige possible, ou déjà engagé, les oppose, en ce qui concerne les droits et obligations auxquels ils peuvent prétendre, ou qui leur incombent aux termes d'un contrat, ou selon la loi. Le droit et l'obligation résultant de cette convention se confondent donc en une même réalité pour les deux parties signataires. Elles sont tenues de soumettre à l'arbitrage le litige qui les oppose. En cela, la convention d'arbitrage diffère des autres contrats synallagmatiques ou bilatéraux, définis à l'article 1380 du *Code civil*, lesquels comportent pour chacune des parties, des obligations corrélatives, mais distinctes.

[12] L'arbitrage ne peut avoir lieu que lorsqu'il est prévu dans une entente. Il ne peut en effet être retenu comme mode de règlement des conflits, que dans la mesure où ceux qui s'opposent à l'occasion d'un litige particulier, ont opté à l'avance pour ce forum, renonçant à cette occasion à leur droit de s'adresser aux tribunaux de droit commun.

[13] La nécessité que les parties expriment leur volonté de porter à l'arbitrage le différend qui les oppose, plutôt que de le soumettre aux tribunaux de droit commun, est bien mise en relief dans la cause *Succession de J.M. Sansfaçon c. Sansfaçon*⁶. Il s'a-

à l'amiable des litiges, Éditions Yvon Blais, 1998 ; François RAINVILLE, *L'arbitrage : la vente, le bail, la copropriété et le testament*, Chambre des notaires, Cours de perfectionnement du notariat, 1990, N° 1 ; Hélène Bisson, *L'arbitrage : une voie d'avenir pour le notaire d'aujourd'hui*, Chambre des notaires, Cours de perfectionnement du notariat, [1990], N° 1 et Gilles VÉZINA, *La convention d'arbitrage vs la convention entre actionnaires et la promesse d'achat-vente*, Chambre des notaires, Cours de perfectionnement du notariat, 1990, N° 1. L'on devrait aussi consulter la publication intitulée *Développements récents en arbitrage civil et commercial*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 1997.

6. [2003] R.J.Q. 1484 (Cour supérieure). Le juge s'exprime en ces termes : *La clause d'arbitrage prévue au testament est donc contraire à la loi et est réputée non écrite non seulement parce qu'elle prévoit une exhérédation du légataire qui la conteste, mais essentiellement parce qu'elle est contraire à la nature même de la notion d'arbitrage qui exige le consensualisme des parties qui acceptent ainsi de renoncer à soumettre leur litige au tribunal du droit commun*. Au paragraphe 28 du jugement.

gissait dans cette affaire d'une disposition apparaissant dans un testament prévoyant que tout litige opposant le liquidateur de la succession aux légataires ou à l'un d'eux, devait être soumis à l'arbitrage. L'auteur du jugement rendu dans cette cause considère que cette clause testamentaire ne pouvait être invoquée, pour priver les légataires de leur droit de soumettre au tribunal compétent le différend qui les opposait au liquidateur de la succession.

[14] Dans un article paru peu après l'apparition des dispositions portant sur la convention d'arbitrage dans le *Code civil du Bas-Canada*, le professeur John E.C. Brierley⁷ soulignait que l'adoption de ces règles conférait une légitimité nouvelle, et une importance accrue à l'arbitrage, qui apparaissait jusqu'alors, comme une institution marginale que le *Code de procédure civile* ne réglementait que sommairement, et dont les tribunaux en bien des cas avaient semblé se méfier. Les tribunaux virent eux aussi dans ces dispositions nouvelles une expression de la volonté du législateur de conférer à l'arbitrage une vitalité accrue⁸.

A. La convention d'arbitrage. Conditions d'existence et de validité

[15] Tout comme les divers contrats nommés, la convention d'arbitrage est assujettie aux règles générales apparaissant au titre des *Obligations* du *Code civil du Québec*⁹, de même qu'à d'autres dispositions plus spécifiques, que l'on retrouve aux articles 2638 et suivants du même *Code*, ou au *Code de procédure civile* au titre *Des arbitrages*.

[16] Tel que rappelé ci-dessus, avant même l'avènement des dispositions portant sur l'arbitrage dans le *Code civil du Bas-*

7. Cet article est intitulé « Une loi nouvelle pour le Québec en matière d'arbitrage », (1987) 47 *R. du B.* 259. La même année la Revue du Barreau publia un autre article intitulé : « L'arbitrage commercial Développements législatifs », (1987) *R. du B.* 273 dans lequel l'auteur André Dorais compare les lois portant sur l'arbitrage qui avaient été adoptées par les législatures des provinces de Québec, de l'Ontario et de la Colombie britannique.

8. *Condominiums Mont Saint-Sauveur Inc. c. Les Constructions Serge Sauvé Ltée*, [1990] R.J.Q. 2783 (Cour d'appel), *Montgrain c. Saint-Germain*, [1992] R.J.Q. 1864 (Cour supérieure), *CJMF-FM Ltée c. Paré*, D.T.E. 92T-6 (Cour supérieure) et *Brigepoint International (Canada) Inc. c. Ericsson Canada Inc.*, J.E. 2001-1233 (Cour supérieure). Voir cependant les arrêts suivants de la Cour d'appel dans lesquels un point de vue différent est affirmé : *Great-West Life Insurance Company c. Cohen*, [1993] R.D.J. 555 et *C.C.I.C. Consultech International c. Silverman*, [1991] R.D.J. 500.

9. Voir l'article 1377 de ce code.

Canada, le *Code de procédure civile* traitait de la convention d'arbitrage, et prévoyait diverses conditions devant être observées, pour qu'elle produise ses effets. Ces exigences ont été précisées par la suite dans des dispositions du *Code civil du Bas-Canada* portant sur l'arbitrage, lesquelles se retrouvent maintenant au *Code civil du Québec* (Articles 2638 à 2643), de même que dans la version actuelle du *Code de procédure civile*. Ces dispositions prévoient certaines conditions de forme et autres, auxquelles est assujetti ce contrat particulier, et apportent des précisions concernant la portée du recours exceptionnel qui en résulte.

1. Conditions formelles

[17] Le *Code civil du Québec* prévoit que la convention d'arbitrage doit normalement être consignée dans un écrit¹⁰. Cette exigence se justifie entièrement. Comme le souligne l'auteur Alain Prujiner dans un texte intitulé *Validité et efficacité des conventions d'arbitrage*¹¹, puisque les parties à la convention d'arbitrage renoncent normalement à leur droit de s'adresser aux tribunaux, il importe que l'expression de leur volonté, à cet égard, soit assujettie à un certain formalisme¹², sans cependant, et les tribunaux l'ont rappelé, que l'on puisse exiger qu'elles utilisent des termes prédéfinis à cette fin¹³. L'exigence d'un écrit n'est cependant pas absolue. Le *Code civil*¹⁴ prévoit en effet que la volonté des parties de porter un litige à l'arbitrage, peut être établie, lorsque l'une d'elles en fait mention *dans un échange de communications [...] ou dans un échange d'actes de procédure*, sans que l'autre n'exprime son opposition.

[18] En ce qui concerne ces cas particuliers où la volonté des parties de porter leur litige à l'arbitrage n'est pas constatée dans une convention écrite, mais induite du contenu de leurs communications, ou d'un échange de procédures, on peut croire que les tribunaux seraient peu enclins à considérer qu'ils sont alors en présence de clauses compromissaires parfaites. Comme

10. Article 2640. Il en va de même en ce qui concerne l'arbitrage par avocats. L'article 382 C.p.c. mentionne expressément concernant ce type d'arbitrage que la demande que les parties adressent au tribunal doit être signée par elles, ce qui donne clairement à entendre que cette demande doit être formulée par écrit.

11. Ce texte est paru dans Cours de perfectionnement du notariat, [1995] 1 *C.P. du N.*, aux pages 248 à 279.

12. *Ibid.*, p. 257.

13. *Sports Maska c. Zittreer*, [1985] C.A. 386, p. 393.

14. Article 2640.

l'écrit Alain Prujiner dans l'article déjà mentionné¹⁵. *En l'absence d'écrit, le recours à l'arbitrage dépend donc entièrement de la bonne volonté des deux parties*¹⁶.

[19] Dans son étude de la convention d'arbitrage, cet auteur mentionne diverses clauses prévoyant ce recours, apparaissant dans des contrats commerciaux, et principalement dans des contrats d'adhésion, ou au verso de factures. De telles stipulations ne réaliseraient pas, semble-t-il, les conditions posées par la Cour suprême dans l'affaire *Zodiak International Productions Inc. c. The Polish People's Republic*¹⁷, pour qu'on puisse considérer que les parties se seraient entendues sur une véritable clause compromissoire parfaite, les engageant à l'avance, à soumettre leurs différends éventuels à des arbitres plutôt qu'aux tribunaux de droit commun. Dans un autre arrêt *Sport Maska Inc. c. Zittreer*¹⁸, la même Cour précise les divers facteurs dont il doit être tenu compte pour déterminer leur intention véritable à cet égard.

[20] Par ailleurs, des dispositions contenues au *Code civil du Québec*, et au *Code de procédure civile*, reconnaissent que le recours à l'arbitrage peut être compromis, en raison même de l'attitude adoptée par les parties lorsqu'un litige survient entre elles. Ainsi, l'article 940.1 C.p.c. prévoit implicitement que lorsqu'une partie signataire d'une clause compromissoire soumet un différend au tribunal judiciaire compétent, sans que son cocontractant ne se prévale de son droit d'en saisir les arbitres, avant que la

15. Voir note 11 ci-dessus.

16. *Ibid.*, p. 258.

17. [1983] 1 R.C.S. 529. Dans cet arrêt la Cour définit la clause compromissoire parfaite en ces termes :

La clause compromissoire parfaite, qualifiée tour à tour de réelle, formelle, complète, véritable est celle par laquelle les parties s'obligent à l'avance à soumettre à l'arbitrage les litiges qui pourraient naître relativement à leur contrat et qui comporte que la sentence rendue sera finale et liera les parties.

Elle se distingue notamment d'une clause qui serait purement facultative. Elle se distingue aussi d'une clause dite préjudicielle ou d'arbitrage préalable qui oblige les parties à soumettre leur dispute à l'arbitrage, mais qui n'exclut pas le recours aux tribunaux de droit commun une fois que l'arbitrage a eu lieu.

À la page 533 de l'arrêt. Voir aussi les causes suivantes à ce sujet :

Les Importations Cimel Ltée c. Pier Augé Produits de beauté, [1987] R.J.Q. 2345 ; *Industrial Development and Renovation Organization of Iran c. Bertrand*, [1984] R.D.J. 15 ; *Le Club de Hockey Les Nordiques, [1979] Inc. c. Lukac*, [1987] R.D.J. 360 et *Québec Combustion Inc. c. Fidelity Insurance Company of Canada*, [1980] C.S. 803.

18. [1988] 1 R.C.S. 564, p. 588 et s. Voir aussi concernant la notion de clause compromissoire parfaite la cause *Industrial Development and Renovation Organization of Iran c. Paul Bertrand*, [1984] R.D.J. 15 (Cour d'appel).

cause ne soit inscrite au rôle de la cour, cette dernière peut entendre l'affaire et en disposer¹⁹.

[21] De même, l'article 3148 C.c.Q. reconnaît en ce qui a trait aux *actions personnelles à caractère patrimonial*, que même dans les cas où les parties ont choisi de soumettre leur litige à un tribunal étranger ou à un arbitre, les tribunaux de la province peuvent en être saisis valablement, lorsque celui qui est poursuivi reconnaît leur compétence soit expressément, soit par son attitude. Traitant de cette disposition dans l'affaire *International Image Service Inc. c. Ellipse Fiction/Ellipse Programme*²⁰, l'une des juges de la Cour supérieure rappelle que celui qui entend contester la compétence des tribunaux québécois doit agir avec diligence, et devient impuissant à changer le cours des choses, s'il comparaît devant le tribunal, donnant ainsi à entendre qu'il se soumet à sa compétence.

[22] La décision de la Cour d'appel dans la cause *Dominion Bridge Corporation c. Steinar Knai*²¹, apporte quelques lumières sur le sens et l'effet d'une autre disposition du *Code civil du Québec*, apparaissant à son article 3149. Monsieur le juge Beauregard considère que cette disposition n'empêche pas un résident québécois, partie à un contrat individuel de travail, de s'engager à soumettre à un arbitre québécois, plutôt qu'aux tribunaux de la province, les litiges qui pourraient naître de l'interprétation ou de l'application de son contrat de travail. Par contre, rappelle le même juge, l'article 3149 C.c.Q. s'oppose à ce que toute personne résidant au Québec, partie à l'un des contrats dont traite ce *Code*, s'oblige à déférer à un arbitre, ou à un tribunal étranger, un litige qui pourrait l'opposer à son cocontractant. Si elle agissait ainsi, elle renoncerait alors à s'adresser aux autorités québécoises, ce qui serait contraire à cette disposition²². Les collègues du

19. Voir les jugements suivants à ce sujet : *Cantin-Roy c. Rivard*, C.S. Québec, J.E. 97-1719 et *Dominion Bridge Corporation c. Knai*, [1998] R.J.Q. 321 (Cour d'appel). Dans cette cause, Monsieur le juge Rothman de la Cour d'appel fait siens les propos suivants du juge qui avait rendu le jugement de première instance : Quelque libérale que soit l'interprétation que l'on puisse donner à l'article 940.1 C.p.c., je ne crois pas qu'elle permette aujourd'hui en droit international privé à un demandeur qui a choisi de soumettre son droit d'action à une autorité québécoise, plutôt que d'aller à l'arbitrage, de retirer cette option, si le défendeur l'a suivi sur ce terrain, comme c'est le cas ici. À la page 325 de l'arrêt.

20. [1997] R.J.Q. 2808 (Cour supérieure).

21. Voir note 19 ci-dessus.

22. Monsieur le juge Beauregard écrit à ce sujet : De cet article, je comprends que le travailleur qui a son domicile ou sa résidence au Québec ne peut valablement renoncer à ce qu'un litige entre lui et son employeur,

juge Beauregard dans cette cause partagent ses vues en ce qui concerne le sens de l'article 3149 C.c.Q., bien qu'ils l'appliquent de façon différente, aux faits de l'affaire qui était soumise à la Cour.

2. Expression de la volonté des parties de recourir à l'arbitrage

[23] L'article 2642 C.c.Q. prévoit que la convention d'arbitrage peut être constatée dans un contrat ou contenue dans un autre écrit ; cependant, même lorsqu'elle est stipulée dans un contrat dont elle ne constitue pas l'unique objet, le même article prévoit qu'elle doit être *considérée comme une convention distincte*. Cette mention a pour effet de lui conférer une réelle autonomie juridique, puisque, est-il précisé au même article 2642 C.c.Q., la nullité du contrat principal, prononcée par les arbitres, n'affecte en rien la validité de la convention d'arbitrage.

[24] De la même manière, vu son autonomie, par rapport au contrat principal dans lequel la convention d'arbitrage est prévue, la validité du contrat principal doit être appréciée indépendamment de celle de la convention d'arbitrage qui y est comprise. Ainsi donc, même si la nullité de la convention d'arbitrage était prononcée, à la lumière des règles générales applicables aux contrats, ou si le tribunal refusait d'homologuer la décision arbitrale ou en prononçait l'annulation, le contrat principal continuerait néanmoins de produire ses effets, et ce, en vertu des règles prévues aux articles 946.4 et 947 à 947.4 C.p.c.

[25] Même lorsque les parties ont inscrit une clause compromissoire dans leur contrat, ou autrement exprimé leur volonté de porter à l'arbitrage, tout différend qui pourrait à l'avenir les oppo-

qui est fondé sur le contrat d'emploi, puisse être réglé par une autorité québécoise. Or, si un tel travailleur ne peut valablement faire une telle renonciation, il ne peut être lié par un contrat prévoyant un arbitrage à l'étranger, puisqu'un tel contrat présuppose que les parties ont renoncé à faire régler leur litige par les tribunaux judiciaires. Il résulte que l'article 3149 trouve application, que la renonciation du travailleur soit en faveur d'un tribunal judiciaire étranger, ou en faveur d'un tribunal d'arbitrage étranger.

Et le même juge ajoute plus loin :

Je ne vois par ailleurs aucune incongruité entre le fait que l'article 3149 permet à un employé québécois de s'obliger à procéder à un arbitrage au Québec et le fait qu'il ne lui permet pas de s'obliger à procéder à un arbitrage à l'étranger. Il me paraît manifeste que le législateur a voulu éviter qu'un employé soit obligé d'aller à l'étranger pour faire valoir ses droits aux termes d'un contrat d'emploi.

Ibid., p. 324 et 325.

ser, l'exercice de ce recours peut néanmoins être compromis dans certains cas. Tel que mentionné ci-dessus, les tribunaux peuvent ne pas donner effet à une telle clause, et accepter d'être eux-mêmes saisis d'un litige, lorsque la clause compromissaire leur semble facultative, et non pas *parfaite*²³. Cependant, il importe de mentionner à ce sujet que les tribunaux sont dorénavant moins enclins à interpréter les clauses compromissaires, ou les conventions d'arbitrage, en la manière restrictive qui avait cours auparavant. Le jugement de la Cour supérieure dans la cause *Bridgepoint International (Canada) Inc. c. Ericsson Canada Inc.*²⁴, est particulièrement éloquent à cet égard. L'auteur de cette décision mentionne que les conventions d'arbitrage doivent être interprétées libéralement, et non plus de façon restrictive. La Cour suprême endosse ce point de vue dans la cause *Desputeaux c. Éditions Chouette*²⁵. Elle juge que les conventions d'arbitrage doivent recevoir une interprétation libérale.

[26] La volonté des parties de porter leur litige à l'arbitrage est également la règle, en ce qui a trait à l'arbitrage par avocats. L'article 382 C.p.c., qui traite de ce recours, précise que les parties, qui ont d'abord porté leur litige devant le tribunal compétent, doivent signer un document, confirmant leur accord pour qu'il soit plutôt soumis à l'arbitrage, et préciser les noms des arbitres dont elles entendent retenir les services.

[27] Rappelons enfin – ce qui présente un intérêt particulier en ce qui a trait à l'arbitrage international, ou autre que domestique – que suivant l'article 3121 C.c.Q., la convention d'arbitrage reliée à un contrat principal, est normalement régie par la loi applicable à cet accord, sauf si les parties ont opté pour un autre régime juridique. Par ailleurs, la même disposition prévoit que si la loi applicable au contrat principal a pour effet d'invalidier la convention d'arbitrage, cette convention est alors régie par la loi applicable au lieu où les audiences, concernant les litiges pouvant éventuellement opposer les parties, devraient avoir lieu.

23. Voir note 16 ci-dessus.

24. J.E. 2001-1233 (Cour supérieure).

25. [2003] 1 R.C.S. 178. S'exprimant au nom de la Cour, le juge LeBel écrivait :
Pour comprendre la portée du mandat de l'arbitre, il ne suffit pas de se livrer à une analyse purement textuelle des communications entre les parties. Il ne faut pas interpréter le mandat de l'arbitre de façon restrictive en le limitant à ce qui est expressément énoncé à la convention d'arbitrage. Le mandat s'étend aussi à tout ce qui entretient des rapports étroits avec cette dernière, ou, en d'autres mots, aux questions qui entretiennent « un lien de connexité de la question tranchée par les arbitres avec le litige qui leur est soumis ». À la page 204 du jugement.

B. Le contenu de la convention d'arbitrage et portée de ce recours

[28] La convention d'arbitrage comporte normalement des clauses traitant de nombreux sujets. L'identification des arbitres, le temps qui leur est alloué pour rendre leur sentence, leur rémunération, et surtout les questions dont ils peuvent être saisis, y sont précisées. En ce qui concerne les sujets dont les arbitres peuvent traiter dans le cadre de leurs fonctions, la Cour d'appel rappelait dans l'affaire *Viandes du Breton inc. c. Ville de Notre-Dame-du-Lac*²⁶, que

La convention d'arbitrage doit être interprétée de façon large et libérale, et on doit rechercher ses objectifs, ainsi que l'intention des parties. En plus de ce qui y est énoncé, le mandat de l'arbitre s'étend à tout ce qui a un lien de connexité, avec le litige.²⁷

1. La compétence des arbitres. Généralités

[29] Suivant les dispositions du *Code civil du Québec* portant sur la convention d'arbitrage, seules certaines matières, précisées à son article 2639 échappent à la compétence des arbitres. Le professeur John E.C. Brierley²⁸ qui traitait des sujets qui pouvaient être portés à l'arbitrage après l'ajout au *Code civil du Bas-Canada* des dispositions consacrées à ce recours, écrivait :

Comme nous l'avons déjà soutenu, le droit de s'engager dans une convention d'arbitrage, valable et obligatoire, existe maintenant par rapport à toute matière qui pourrait former l'objet d'un contrat d'après la théorie générale du contrat, sauf là où la loi elle-même l'interdit.²⁹

[30] Aux diverses matières auxquelles le professeur Brierley fait référence, on peut certes ajouter les litiges mettant en jeu les règles de la responsabilité extra-contractuelle, lesquels peuvent indéniablement être déferés à des arbitres, plutôt qu'aux tribunaux.

26. Décision du 3 mai 2007. [2007] Qc C.A. 651 (CanLII 11).

27. *Ibid.*, par. 3.

28. Voir note 7 ci-dessus.

29. *Ibid.*, p. 267.

[31] Les matières relevant des tribunaux, à l'exclusion des arbitres, sont précisées à l'article 2639 du *Code civil du Québec*. Il s'agit des questions :

portant sur l'état, et la capacité des personnes, sur les matières familiales, ou sur les autres questions qui intéressent l'ordre public.³⁰

[32] D'autres dispositions législatives peuvent également limiter le domaine de compétence des arbitres. Il en est ainsi, suivant l'article 11.1 de la *Loi de protection du consommateur*, L.R.Q. c. P-40.1 qui prévoit ce qui suit :

11.1. Est interdite la stipulation ayant pour effet soit d'imposer au consommateur l'obligation de soumettre un litige éventuel à l'arbitrage, soit de restreindre son droit d'ester en justice, notamment en lui interdisant d'exercer un recours collectif, soit de le priver du droit d'être membre d'un groupe visé par un tel recours.

Le consommateur peut, s'il survient un litige après la conclusion du contrat, convenir alors de soumettre ce litige à l'arbitrage.³¹

[33] Cette disposition s'oppose à ce qu'un consommateur soit à l'avance privé de son droit de soumettre au tribunal, un litige qui pourrait éventuellement l'opposer à son cocontractant, et qu'il doive nécessairement le soumettre à l'arbitrage. Elle reconnaît par ailleurs qu'il peut opter pour ce recours, concernant tout litige qui pourrait éventuellement l'opposer à la partie adverse par la suite.

[34] Qu'en est-il en ce qui a trait aux dispositions d'ordre public ? Les arbitres peuvent-ils les interpréter, et assurer leur

30. D'autres litiges mentionnés à l'article 394 C.p.c., au titre *De l'arbitrage par avocats*, échappent également à la compétence des arbitres. Cet article se lit comme suit :

Les dispositions du présent titre ne s'appliquent pas, lorsque les parties n'ont pas le pouvoir de transiger, ni lorsque l'intérêt public est en jeu ; elles ne s'appliquent pas non plus aux demandes relatives à la filiation, à l'autorité parentale, aux demandes en séparation de corps ou de biens, en nullité de mariage ou en divorce, ni à celle en dissolution de corporation, ou en annulation de lettres patentes.

31. La Cour suprême fait mention de cette disposition dans l'arrêt *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs et Olivier Dumoulin*, [2007] 2 R.C.S. 801. Elle considère cependant qu'elle ne pouvait recevoir application dans l'affaire qui lui était soumise, puisque la contestation dont il s'agissait avait pris naissance, avant son entrée en vigueur, le 14 décembre 2006. Voir les paragraphes 111 et suivants de cet arrêt.

application, en vue de décider du litige qui leur est soumis³² ? La limite de leur compétence à cet égard est précisée à l'article 2639 du *Code civil du Québec*. Pour en déterminer la portée, il faut voir dans chaque cas, la véritable nature du litige qui leur est référé. Dans la mesure où il s'agit essentiellement de statuer sur l'une des questions mentionnées à l'article 2639 du *Code civil*, les arbitres ne pourraient être saisis de la demande qu'on leur soumettrait³³. Il est par ailleurs précisé au deuxième alinéa du même article, qu'en ce qui concerne les règles portant sur un sujet qui intéresse l'ordre public de façon incidente, rien ne s'oppose à ce que les arbitres s'y reportent et les interprètent, dans la mesure où cela s'avère nécessaire, pour statuer sur le différend qui leur est soumis. À la lecture de l'article 394 du *Code de procédure civile*, au titre *De l'arbitrage par avocats*, on peut croire que ces derniers ne peuvent eux non plus être saisis de litiges qui ne pourraient être référés à l'arbitrage, suivant les règles auxquelles il a été fait référence auparavant.

[35] Les tribunaux ont eu de nombreuses occasions de se prononcer sur la compétence des arbitres et sur ses limites. Ainsi dans l'affaire *Ouellette c. La Société de récupération, d'exploitation et de développement forestiers du Québec*³⁴, la Cour d'appel a jugé que le fait que les indemnités de départ réclamées par les appelants dont l'emploi prenait fin étaient payables à même les fonds publics, ne pouvait être invoqué pour soutenir que leurs demandes, portant de façon incidente sur une question d'ordre public, ne pouvaient être soumises à des arbitres.

[36] La Cour suprême a eu l'occasion d'exposer ses vues, concernant le sens des limites de la compétence des arbitres établies à l'article 2639 C.c.Q. Dans l'affaire *Desputeaux c. Éditions*

32. Le deuxième alinéa de l'article 2639 C.c.Q. prévoit à ce sujet : Toutefois, il ne peut être fait obstacle à la convention d'arbitrage au motif que les règles applicables pour trancher le différend présentent un caractère d'ordre public.

33. Le jugement rendu dans l'affaire *Association des radiologistes du Québec c. Jean Rochon*, [1997] R.J.Q. 1642 (Cour supérieure) offre un exemple de clause compromissoire incompatible avec la règle affirmée à l'article 2639 C.c.Q. Dans cette cause, la Cour supérieure juge que des parties habilitées à conclure des ententes, en vertu de la *Loi sur l'assurance-maladie*, L.R.Q., chap. A-29, loi d'ordre public, et le cas échéant, à les modifier, ne peuvent confier ce rôle à des arbitres qui modifieraient à leur place une convention auparavant intervenue entre elles.

34. C.A. Québec, J.E. 97-1658. Voir aussi à ce sujet l'arrêt de la Cour d'appel dans l'affaire *Condominiums Mont Saint-Sauveur Inc. c. Les Constructions Serge Sauvé Ltée*, note 8 ci-dessus.

Chouette, à laquelle on s'est reporté auparavant³⁵, le juge LeBel, qui rédige l'opinion de la Cour, souligne le caractère variable, et évolutif de la notion d'ordre public. Il exprime l'avis qu'on ne saurait lui donner une portée exagérément étendue, qui limiterait la possibilité pour les parties à un contrat de choisir l'arbitrage, comme mode de règlement des litiges qui pourraient éventuellement les opposer³⁶. Ce point de vue a été réaffirmé par la Cour d'appel dans l'affaire *Dens Tech-Dens, K. G. c. Netdent Technologies inc.*³⁷.

[37] En ce qui concerne les règles dites d'ordre public, mentionnons en outre que, loin de pouvoir les ignorer, les arbitres doivent en assurer l'application, à défaut de quoi leur décision pourrait être annulée. C'est ce que la Cour d'appel rappelait dans l'affaire *Condominiums Mont Saint-Sauveur Inc. c. Les Constructions Serge Sauvé Ltée*³⁸.

35. Voir note 25 ci-dessus.

36. Le juge LeBel écrit :

Pour cette raison, afin de préserver l'autonomie décisionnelle de l'institution arbitrale, il importe d'éviter un emploi extensif de ce concept par les tribunaux judiciaires. Un tel recours étendu à l'ordre public dans le domaine de l'arbitrage mettrait en danger cette autonomie, contrairement à des orientations législatives claires et à la politique juridique qui s'en dégage.

Et il poursuit :

L'interprétation extensive du concept d'ordre public de l'article 2639, al. 1 C.c.Q. a été expressément écartée par le législateur. Celui-ci a ainsi précisé que le fait que les règles appliquées par l'arbitre présentent un caractère d'ordre public n'empêche pas la convention d'arbitrage. À la page 212.

Et le juge LeBel ajoute :

L'arbitre n'est pas condamné à interrompre ses travaux dès qu'une question susceptible d'être qualifiée de règle ou de principe d'ordre public se pose dans le cours de l'arbitrage.

L'ordre public intervient principalement lorsqu'il s'agit d'apprécier la validité de la sentence arbitrale. Les limites de son rôle doivent cependant être correctement définies. D'abord, comme nous l'avons vu, les arbitres sont fréquemment tenus d'examiner des questions et des dispositions législatives d'ordre public pour régler le différend dont ils sont saisis. Ce seul examen ne rend pas la décision annulable. L'article 946.5 C.p.c. exige plutôt d'examiner la sentence dans son ensemble, afin d'apprécier son résultat. Le tribunal doit rechercher si la décision elle-même, dans son dispositif, contrevient à des dispositions législatives ou à des principes qui relèvent de l'ordre public. À la page 213.

37. Jugement du 26 juin 2008. 2008 QCC 1245 (Can LII). La Cour rappelle dans son jugement que

La question de la validité de l'avis d'arbitrage touche à la procédure pour soumettre un différend à l'arbitrage. Même si l'arbitre, en la tranchant, peut avoir à traiter des dispositions de la Loi concernant l'exercice de la profession d'avocat, lesquelles sont d'ordre public, il ne perd pas compétence pour autant. Le juge LeBel, dans l'arrêt *Desputeaux*[8], explique la portée de l'article 2639 C.c.Q. L'arbitre n'est pas condamné à interrompre ses travaux dès que se pose une question qui touche l'ordre public [...] (Paragraphe 31 du jugement).

38. Voir note 8 ci-dessus.

[38] Ce qui précède permet certes de conclure que les arbitres doivent se conformer aux règles d'ordre public. Cependant, sauf dans les cas où le législateur qualifie ainsi certaines dispositions législatives en termes clairs, il est bien souvent difficile d'identifier celles qui possèdent ce caractère particulier. C'est ce que souligne D. Bécharde dans son texte intitulé *Homologation et annulation de la sentence arbitrale*³⁹.

[39] Dans un article mentionné auparavant⁴⁰, l'auteur Alain Prujiner insiste avec raison, sur l'importance de bien préciser dans la convention la marge d'autorité que les parties entendent accorder aux arbitres, de même que les sujets qu'elles leur demandent de trancher. Il s'agit d'éviter qu'au cours de l'arbitrage, d'autres questions ne viennent s'ajouter à celles qui étaient à l'origine de leur désaccord. Si de telles difficultés surgissent lors de l'arbitrage, il incombe alors aux arbitres, de *statuer sur leur propre compétence*⁴¹. La décision qu'ils rendront alors pourra faire l'objet d'un recours devant le tribunal compétent⁴². Il en va de même lorsque, suivant les prétentions de l'une des parties, les arbitres refusent ou négligent d'exercer pleinement leur compétence⁴³. En de tels cas, les parties, ou l'une d'elles, peuvent s'opposer à ce que la sentence arbitrale, rendue, soit homologuée, ou en demander l'annulation⁴⁴.

2. Les arbitres agissant comme amiables compositeurs

[40] La convention d'arbitrage peut investir les arbitres d'une compétence particulière, en leur reconnaissant le pouvoir d'agir comme *amiables compositeurs*. En quoi consistera alors leur rôle ? Et quelle liberté ou marge de manœuvre, ce statut leur confère-t-il ? Dans un jugement récent de la Cour d'appel – l'arrêt

39. Paru dans *Développements récents en arbitrage civil et commercial*. Note 5 ci-dessus. Voir également Jean Denis GAGNON, « Le contrat individuel de travail et la convention collective. Séparation ou divorce ? », (2007) 41 *Revue juridique Thémis* 593 (p. 624 et s.).

40. Voir note 11 ci-dessus, p. 277 et 278.

41. Article 943 C.p.c.

42. Articles 943.1 et 943.2.

43. Dans un jugement de la Cour supérieure, l'un des juges de cette cour rappelait que, malgré le texte de l'article 943.1 C.p.c. qui peut donner à entendre que le recours qui y est prévu ne peut être exercé que lorsque les arbitres outrepassent leur compétence, les parties peuvent également s'en prévaloir quand ils négligent ou refusent de statuer sur l'ensemble des éléments de leur litige. Voir *Télébec ltée c. Société Hydro-Québec*, C.S. Montréal, J.E. 97-1061.

44. Articles 946.4(4) et 950(4) C.p.c.

*Coderre c. Coderre*⁴⁵ – Madame la juge Bich reconnaît qu’il peut être difficile de préciser avec exactitude les différences existant entre le rôle des amiables compositeurs, et celui des arbitres qui ne possèdent pas ce statut

[41] Rappelons en premier lieu, en ce qui concerne le statut particulier d'*amiable compositeur*, qu’il n’est reconnu aux arbitres, que dans la mesure où une clause de la convention d’arbitrage, le prévoit expressément⁴⁶. Mentionnons en outre, que l’article 944.10 C.p.c. qui traite de ce sujet, ne détermine pas précisément, en quoi le rôle de l’arbitre diffère, suivant qu’il intervient à titre d'*amiable compositeur*, ou exerce ses fonctions habituelles. Les jugements peu nombreux d’ailleurs traitant de cette question, ne clarifient pas toujours, de façon satisfaisante, l’étendue des pouvoirs de ceux qui interviennent dans une affaire, suivant qu’ils agissent à titre d’*amiable compositeur* ou d’arbitre.

[42] Dans le jugement qu’elle rendait dans l’affaire *Sport Maska Inc. c. Zittler*⁴⁷, la Cour suprême du Canada a eu l’occasion d’exposer ses vues en ce qui concerne le rôle des *amiables compositeurs*, et de préciser en quelle manière la nature de leur intervention différerait dans ces cas. S’exprimant au nom de la Cour, Madame la juge L’Heureux-Dubé souligne le caractère exceptionnel du statut d'*amiable compositeur*. L’intention des parties de permettre aux arbitres de jouer ce rôle doit apparaître clairement, mentionne-t-elle⁴⁸, ajoutant qu’ils peuvent néanmoins être autorisés à agir à ce titre, même si les mots *amiables compositeurs* ne se retrouvent pas dans la convention qui est à la source de leurs pouvoirs.

45. [2008] R.J.Q. 1245 (Cour d’appel). Elle écrit :
[...] Je ne crois pas prudent de tenter de fixer ici de façon exhaustive ce que peuvent être les pouvoirs de l’amiable compositeur, institution qui demeure entourée d’un certain flou, et qui, malgré la différence théorique, n’est pas toujours facile à distinguer, *in concreto*, de celle de l’arbitre « ordinaire » (Au paragraphe 93 de l’arrêt).

46. Article 944.10.

47. Voir note 18 ci-dessus.

48. La Cour souligne en ces termes le caractère exceptionnel du rôle des amiables compositeurs :

L’amiable composition constitue une dérogation au droit relatif à l’arbitrage. Comme toute exception, elle doit, sinon être stipulée expressément, à tout le moins résulter d’une intention claire et sans équivoque.

Ibid., p. 614.

[43] Par la suite, dans ce même arrêt, Madame la juge L'Heureux-Dubé mentionne ce qui différencie la fonction des *amiables compositeurs* du rôle habituel des arbitres. Suivant le point de vue qu'elle expose, ceux qui agissent à ce titre demeurent néanmoins arbitres. Cependant, dans l'exercice de leurs fonctions, ils seraient dégagés de l'obligation d'observer certaines règles de droit, aussi bien substantives que procédurales. Dans le jugement qu'elle rendait dans l'affaire *Beaudry c. 151444 Inc.*⁴⁹, la Cour supérieure souligne, quant à elle, que le statut d'*amiables compositeurs* reconnu aux arbitres a une incidence sur le contrôle auquel leur décision pourrait éventuellement être assujettie lors de la présentation de la requête en homologation ou à l'occasion d'une demande d'annulation. Dans l'arrêt *Coderre c. Coderre*⁵⁰, la Cour d'appel reconnaît que les conventions d'arbitrage, et davantage encore celles qui confèrent aux arbitres le statut d'*amiables compositeurs*, doivent être interprétées de façon libérale. Elle précise par ailleurs que, même ceux qui sont investis de ce statut particulier, n'ont pas la liberté d'ignorer les dispositions du contrat qu'ils ont comme mission d'interpréter et dont ils doivent assurer l'application, ou de radier et réécrire certaines de ses clauses⁵¹.

[44] Par ailleurs, celui qui agit à titre d'*amiable compositeur* n'est évidemment pas affranchi de toute règle. Parmi celles qu'il est tenu d'observer, Madame la juge L'Heureux-Dubé mentionne dans la cause *Sport Maska Inc. c. Zittner*⁵² les dispositions d'ordre public, et en outre les règles de l'impartialité et de l'audition des parties, y compris leur obligation de motiver leur décision, que les arbitres ne peuvent ignorer⁵³. Outre ces règles, on peut certes affirmer que, même agissant à titre d'*amiables compositeurs*, les arbitres doivent observer les dispositions de la convention d'arbitrage portant sur leur compétence. S'ils agissaient autrement, et statuaient sur des questions qui ne leur avaient pas été soumises,

49. C.S. Montréal, J.E. 90-1257.

50. Voir note 45 ci-dessus.

51. Madame la juge Bich écrit à ce sujet :

Je doute tout de même que cette licence interprétative aille jusqu'au point d'autoriser un arbitre-amiable compositeur à pratiquer, au nom de la primauté de l'intention des parties, et donc de l'esprit de leur contrat, un remodelage qui, en l'absence d'une habilitation conventionnelle claire, consiste à radier purement et simplement certaines dispositions essentielles du contrat.

À mon avis, la souplesse et la latitude inhérentes au rôle de l'amiable compositeur ne saurait, en l'absence d'une habilitation des parties, l'amener à réécrire le contrat dans sa substance. *Ibid.*, par. 98 et 99.

52. Voir note 18 ci-dessus.

53. *Ibid.*

leur décision pourrait être contestée, soit à l'occasion de la requête en homologation, ou par voie de requête en annulation. Enfin, on peut croire que même lorsqu'ils traitent des questions que les parties leur ont soumises, leur décision n'échapperait pas à la censure judiciaire si elle était entachée d'erreurs manifestement déraisonnables.

3. *La désignation des arbitres*

[45] Contrairement aux règles du *Code de procédure civile* portant sur l'*arbitrage par les avocats*, suivant lesquelles seuls ces derniers peuvent agir comme arbitres, celles qui sont contenues au *Code civil du Québec* au titre de la *Convention d'arbitrage*, de même que celles qui traitent généralement de l'arbitrage au *Code de procédure civile*, ne prévoient aucune condition quant à l'éligibilité à cette fonction. Les parties ont donc une entière liberté de désigner toutes personnes qui leur semblent aptes à statuer sur le litige qui les oppose.

[46] En ce qui concerne ceux qui décideront éventuellement du litige opposant les parties, mentionnons que, bien que le *Code de procédure civile* prévoit qu'ils sont au nombre de trois⁵⁴, rien ne s'oppose à ce que les parties choisissent de le soumettre à une seule personne. D'ailleurs, l'article 2638 C.c.Q. prévoit expressément que le différend peut être déféré à un seul arbitre. Le choix des parties de retenir les services d'un seul arbitre peut présenter des avantages, en ce qui a trait aux coûts de l'arbitrage, ce qui peut s'avérer un facteur important, principalement dans le cas d'un litige opposant des particuliers dont l'enjeu financier est peu élevé. En outre un tel choix peut permettre un règlement plus rapide du différend. Dans le domaine du droit du travail, ces facteurs expliquent sans doute les changements qui se sont produits à cet égard. Rappelons en effet que l'usage qui consistait auparavant à confier la solution des griefs à trois personnes est maintenant presque disparu, les parties préférant dorénavant faire appel à un seul arbitre.

[47] Bien que les arbitres soient normalement désignés par les parties qui ont conclu une convention d'arbitrage, il importe de rappeler que dans certains cas, essentiellement lorsque l'une d'elles ignore les engagements qui découlent de cette entente, l'article

54. Article 941.

941.1 C.p.c. prévoit que la Cour peut désigner l'arbitre, ou les arbitres, qui décideront du litige l'opposant à l'autre partie. C'est ce qui se dégage du jugement rendu par la Cour supérieure dans l'affaire *Robitaille c. Centre Rail-Control Inc.*⁵⁵.

4. *Qualifications et impartialité des arbitres*

[48] Le *Code de procédure civile* prévoit⁵⁶ qu'un arbitre peut être récusé, s'il ne possède pas les qualités dont les parties à la convention d'arbitrage avaient convenu, ou si on peut invoquer contre lui l'un des facteurs de récusation prévus aux articles 234 et 235 du même *Code*. Les facteurs de récusation mentionnés à ces articles, qui peuvent paraître appropriés en ce qui concerne les juges qui exercent en permanence les fonctions qui sont les leurs, et sont assujettis à des règles d'éthique dont ils sont bien informés, pourraient par ailleurs s'avérer insuffisants quant aux arbitres, qui n'assument des fonctions judiciaires que de façon occasionnelle, et peuvent parfois être identifiés à des intérêts qui seraient incompatibles avec le rôle que leur confieraient les parties à une convention d'arbitrage.

[49] En ce qui concerne l'impartialité des arbitres, il semble préférable de se reporter aux divers critères qui sont pris en compte, lorsqu'il s'agit des membres des tribunaux administratifs. En effet, les règles apparaissant aux articles 234 et 235 C.p.c. ignorent certains facteurs particuliers qui rendent généralement une personne inapte à exercer une fonction judiciaire ou quasi-judiciaire. Ainsi en est-il quant à l'arbitre qui aurait déjà exprimé des opinions concernant les questions essentielles qui font l'objet de la convention d'arbitrage. On ne saurait minimiser les craintes que pourrait éprouver une partie à lui soumettre un différend, après avoir été informée de ses convictions concernant certaines des questions litigieuses.

[50] Dans le jugement qu'elle rendait dans l'affaire *Sport Maska Inc. c. Zittner*⁵⁷, la Cour suprême rappelait que l'arbitre (ou les arbitres) est assujetti à la règle de l'impartialité. Elle mentionnait certains facteurs – *le fait qu'il* (l'arbitre) *détienne des liens particuliers avec l'une d'elles* (les parties) *ou encore qu'il soit rému-*

55. J.E. 2001-1153 (Cour supérieure).

56. Voir l'article 942.

57. Voir note 18 ci-dessus.

néré par l'une d'elles seulement⁵⁸ – qui bien que non mentionnés en termes exprès aux articles 234 et 235 C.p.c., s'opposeraient à ce qu'il entende un différend, et en décide.

[51] Dans d'autres jugements, les tribunaux ont également appliqué la règle de l'impartialité, sans limiter sa portée aux seuls facteurs apparaissant aux articles déjà mentionnés. Ainsi, dans l'affaire *Desbois c. Industries A.C. Davie Inc.*⁵⁹, la Cour d'appel juge nulle une clause d'un contrat prévoyant l'arbitrage et habilitant une partie ou ses représentants ou mandataires à agir comme arbitres⁶⁰. De même dans la cause *Kendrick c. Merling*⁶¹, la Cour supérieure considère que l'arbitre dont la sentence était contestée avait manqué à la règle de l'impartialité, tout comme à la règle *audi alteram partem*, en acceptant d'entendre une partie qui lui avait soumis son point de vue, avant même la tenue de l'audience, et en l'absence de son adversaire.

[52] En ce qui concerne par ailleurs, non plus les divers facteurs qui permettent de considérer qu'il y a vraisemblance de partialité, mais la partialité véritable ou effective de la part des arbitres ou de l'un d'eux, l'une des juges de la Cour supérieure considérerait dans l'affaire *Québec c. Du Mesnil*⁶² que, bien que regrettables, les sautes d'humeur de l'un des arbitres, et certains de ses propos visant l'une des parties, ne permettaient pas de juger qu'il manquait à son devoir d'impartialité. De même dans l'affaire *Lu-Den Casuals Ltd. c. Springdale Canada Inc.*⁶³, la Cour d'appel a jugé que l'arbitre dont la décision était contestée n'avait pas contrevenu à la règle de l'impartialité, et ce, même s'il avait eu des relations d'affaires avec l'une des parties dans le passé, et avait généralement rendu des décisions qui lui étaient favorables, à l'occasion de précédents litiges.

58. *Ibid.*, p. 604.

59. C.A. Québec, J.E. 90-994. Voir aussi le jugement de la Cour supérieure dans l'affaire *Jean Charbonneau c. Les Industries A.C. Davie Inc.*, [1989] R.J.Q. 1255.

60. La Cour se reportait alors à la règle que l'on retrouvait à l'article 1926.4 C.c.B.-C. qui a été reproduite à l'article 2641 C.c.Q. Voir aussi au même effet le jugement de la Cour supérieure dans la cause *Charbonneau c. Les Industries A.C. Davie Inc.* Note 59 ci-dessus. La Cour s'interroge dans cette affaire :

La question à poser est : peut-on légalement procéder à un arbitrage entre les parties lorsque le seul arbitre convenu entre elles est l'une d'elles et qu'elle a dans le litige des intérêts opposés aux autres ? La réponse est évidemment négative. Donc la clause d'arbitrage n'est pas opérante ; elle est caduque et sans effet. Elle est même illégale. *Ibid.*, p. 1259.

61. C.S. Montréal, J.E. 92-1142.

62. C.S. Montréal, J.E. 97-2081.

63. Québec-Cour d'appel. Jugements publiés et inédits. Arrêt du 17 avril 1986.

[53] Si une incertitude pouvait exister dans le passé, concernant les facteurs ou motifs permettant aux parties de demander la récusation d'un arbitre, l'état du droit a été clarifié quelque peu en 1986, avec l'entrée en vigueur des dispositions du *Code civil du Bas-Canada* portant sur la convention d'arbitrage, lesquelles ont été reprises dans le *Code civil du Québec*. Il est désormais bien établi que les motifs donnant lieu à l'allégation de vraisemblance de partialité, dont traite le *Code de procédure civile*, ne sont pas exhaustifs. Le *Code civil* contient une disposition d'une application très générale⁶⁴ à ce sujet, laquelle frappe de nullité : *La stipulation qui confère à une partie une situation privilégiée quant à la désignation des arbitres*.

[54] Cette règle a reçu application dans l'affaire *Pétrole impériale c. Lessard*⁶⁵. Dans cette cause, la Cour supérieure juge qu'une partie peut se prévaloir de la règle apparaissant à l'article 2641 C.c.Q., même si elle n'a pas auparavant invoqué la règle de l'impartialité à l'encontre de l'intervention d'un arbitre.

[55] Mentionnons enfin qu'une partie peut renoncer à se prévaloir de la règle de l'impartialité lors d'un arbitrage civil et commercial. Pour qu'il en soit ainsi, il faut qu'elle ait été informée à l'avance, de l'existence des facteurs qui pouvaient permettre de douter de l'impartialité de l'arbitre, et qu'elle n'ait pas alors refusé qu'on lui soumette tout litige pouvant éventuellement l'opposer à son adversaire⁶⁶.

[56] Pour clore ces remarques portant sur l'impartialité des arbitres, rappelons qu'en plus des textes législatifs auxquels on a fait référence jusqu'ici, une autre source, la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., chap. C-12, et tout particulièrement son article 23 analysé plus loin dans ce texte, qui reconnaît aux justiciables le droit d'être jugés *par un tribunal indépendant et qui ne soit pas préjugé*, impose le respect de cette règle lors de l'arbitrage.

64. Cette règle se trouve à l'article 2641.

65. C.S. Trois-Rivières, J.E. 96-439 (Cour supérieure). Voir aussi les jugements rendus dans les causes *Desbois c. Industries A.C. Davie Inc.* et *Charbonneau c. Industries A.C. Davie Inc.* (Voir note 59 ci-dessus).

66. *Parent et associés comptables agréés c. Gagnebin*, J.E. 89-448 (Cour supérieure).

II- LES RÈGLES APPLICABLES LORS DU DÉROULEMENT DE L'ARBITRAGE

[57] Suivant l'article 2643 C.c.Q., la procédure suivie lors de l'arbitrage est déterminée par les parties signataires de la convention, et, à défaut de stipulations portant sur ce sujet, par les dispositions du *Code de procédure civile*. Par ailleurs, l'article 944 de ce *Code* confère aux arbitres le pouvoir de déterminer la procédure qu'ils entendent suivre au cours des séances arbitrales. La seule lecture des dispositions que l'on vient de mentionner peut donner à penser que les arbitres jouissent d'une grande discrétion concernant la manière suivant laquelle l'arbitrage doit se dérouler. Cependant la liberté que le *Code* leur reconnaît à cet égard n'est en réalité qu'apparente, puisqu'en raison de la nature même des pouvoirs qu'ils exercent, il est de nombreuses règles auxquelles ils doivent se conformer, comme toute autre personne investie de fonctions judiciaires ou quasi-judiciaires.

A. Nature juridique du rôle des arbitres

[58] La fonction qui est confiée aux arbitres est incontestablement de nature judiciaire, puisqu'elle en présente les diverses caractéristiques. En effet, tout comme le juge, les arbitres sont saisis d'un litige opposant deux ou plusieurs parties, lequel leur est déféré pour qu'ils en disposent d'une manière finale, et rendent une décision à laquelle les parties devront se conformer. La similitude existant entre le rôle des arbitres et celui des tribunaux est reconnue par la Cour suprême dans l'affaire *Sport Maska c. Zittre*⁶⁷.

[59] Parmi les effets juridiques découlant du caractère judiciaire du rôle qui est confié aux arbitres, il importe de souligner de façon toute particulière l'immunité dont ils jouissent, laquelle les

67. Voir note 18 ci-dessus. Madame la juge L'Heureux-Dubé écrit en ce qui a trait au rôle des arbitres :

En effet, le législateur laissait ces divers modes de règlement au libre arbitre des justiciables lorsque le recours aux tribunaux demeurerait toujours possible. Si cette intervention judiciaire devait être écartée, toutefois, le législateur devait s'assurer que le processus garantirait aux justiciables la même mesure de justice que celle distribuée par les tribunaux, d'où l'élaboration des règles de procédure destinées à assurer l'impartialité de l'arbitre et le respect des règles de justice fondamentale telle la règle « *audi alteram partem* ». L'arbitre rendra une sentence qui deviendra exécutoire par voie d'homologation. C'est là qu'on voit que le véritable rôle de l'arbitre est assimilable à celui d'un juge chargé de trancher un différend. À la page 581.

met à l'abri de toute action en dommages qui serait entreprise contre eux, en raison des erreurs qu'ils auraient commises dans l'accomplissement de leurs fonctions.

[60] Tout comme les juges, les arbitres sont en principe à l'abri des actions en dommages que des plaideurs pourraient être tentés d'instituer contre eux, en raison des erreurs dont leurs décisions seraient entachées. Cependant, contrairement aux juges des tribunaux de droit commun – certains se réfèrent plutôt aux cours d'archive – l'immunité applicable aux arbitres et aux membres des tribunaux administratifs n'est pas absolue, mais relative. Cela signifie qu'ils peuvent être poursuivis en dommages-intérêts, s'ils agissent de mauvaise foi. C'est ce que rappelle l'un des juges de la Cour supérieure dans l'affaire *Maçonnerie Demers inc. c. Lanthier*⁶⁸. Dans ce jugement, la Cour condamne l'arbitre à assumer des dépenses diverses, incluant une partie des frais du procès. La mauvaise foi de l'arbitre dans cette affaire était apparente, suivant le jugement de la Cour.

[61] Dans ce même jugement, la Cour précise la portée de l'immunité protégeant les arbitres. Leur décision peut être erronée en droit, ils peuvent avoir agi sans compétence, avoir mal apprécié la preuve qui leur a été soumise ou manqué aux obligations que la justice naturelle leur imposait ; cependant, même dans ces divers cas, l'immunité reconnue aux titulaires de fonctions judiciaires rend irrecevable toute action en dommages qui serait intentée contre eux, pourvu qu'ils aient agi de bonne foi.

[62] Enfin, en ce qui concerne l'immunité protégeant les arbitres dans l'exercice de leurs fonctions, il importe de mentionner qu'elle relève du droit public, et non du droit privé. Traitant de cette question dans l'affaire *Zittler c. Sport Maska Inc.*⁶⁹, l'un des juges de la Cour d'appel souligne que même quand les arbitres exercent leurs fonctions en vertu d'une clause compromissaire contenue dans un contrat privé, c'est au droit public qu'il convient

68. [2002] R.J.Q. 1998 (Cour supérieure).

69. Voir note 13 ci-dessus. Ce jugement a été infirmé par la Cour suprême dans l'affaire *Sport Maska Inc. c. Zittler*, voir note 18 ci-dessus. En dépit de ce fait, certains passages de l'arrêt de la Cour d'appel portant sur l'immunité reconnue aux arbitres, sujet dont la Cour suprême n'avait pas à traiter, vu qu'elle considérait que les personnes en cause dans cette affaire n'avaient pas agi à titre d'arbitres, conservent tout leur intérêt.

de se reporter en ce qui concerne l'immunité qui les protège, et sa portée⁷⁰.

B. L'arbitrage et les règles de justice naturelle

[63] Vu la nature de leurs fonctions, les arbitres sont tenus d'observer divers principes ou règles qui sont de rigueur lors de l'accomplissement d'un acte judiciaire, dont certains sont rappelés en termes généraux, tant dans la *Charte canadienne des droits et libertés* que dans la *Charte des droits et libertés de la personne*. En ce qui a trait à la *Charte canadienne*, il est peu probable qu'elle s'applique de façon immédiate aux arbitres. Vu l'origine conventionnelle des fonctions dont ils sont investis, les tribunaux seraient sans doute peu enclins à considérer qu'à l'instar des tribunaux administratifs qui tiennent leurs pouvoirs de la loi, ils seraient compris sous le vocable *Gouvernement* que l'on retrouve à l'article 32 de ce texte constitutionnel, et assujettis à ses dispositions.

[64] Il en va autrement quant à la *Charte des droits et libertés de la personne*. Les règles contenues dans ce texte souvent qualifié de quasi-constitutionnel, qui visent aussi bien les relations existant entre particuliers que les rapports de ces derniers avec l'État, doivent de toute évidence être observées par les arbitres. Or, suivant l'article 56 de la *Charte*, tout organisme ou personne, exerçant des fonctions judiciaires ou quasi-judiciaires, doit observer certains principes affirmés dans d'autres dispositions de cette loi, lesquelles visent à protéger les droits des justiciables⁷¹.

70. Le juge L. LeBel écrit à ce sujet :

À ce titre, chargé de prévenir un litige, l'arbitre doit bénéficier de certaines immunités. Celles-ci relèvent des règles du droit public et non du droit privé, en raison du rattachement de l'arbitrage à la fonction judiciaire même lorsque la conclusion du compromis d'arbitrage relève du droit privé, sans que la loi n'impose le recours à ce mode de règlement des litiges. En l'absence de fraude ou de mauvaise foi, l'arbitre bénéficie d'une immunité à l'égard de la responsabilité civile que voudraient lui imputer les plaideurs. Voir note 12 ci-dessus, à la page 393.

71. À cette disposition, on réfère à l'article 9 qui garantit le droit au respect du secret professionnel, aux articles 30, 31 et 38 qui protègent la personne arrêtée contre certains abus ou accordent au témoin la protection de la loi afin que ses déclarations ne puissent servir à l'incriminer. Mais on y mentionne aussi d'autres dispositions de portée plus générale, telles celle de l'article 34 qui consacre le droit à l'assistance d'un avocat et cette autre contenue à l'article 23 qui consacre le droit à une audition publique et impartiale [...] par un tribunal indépendant et qui ne soit pas préjugé.

1. Le droit à l'avocat

[65] Parmi les dispositions de la *Charte* auxquelles on songe ici, celles qui sont contenues à l'article 34, qui garantit le droit à l'assistance d'un avocat, et à l'article 23, qui reconnaît le droit à *une audition publique et impartiale [...] par un tribunal indépendant et qui ne soit pas préjugé*, présentent un intérêt particulier en ce qui a trait à l'arbitrage.

[66] En ce qui concerne le droit à l'assistance d'un avocat, il n'est pas sans intérêt de mentionner que, suivant la *Loi sur le Barreau*, L.R.Q., chap. B-1, il semble que seul un avocat peut représenter une partie lors de l'audition d'une cause par les arbitres. En effet, aux termes du paragraphe 1(l) de cette loi, le mot *tribunal* comprend tout organisme qui exerce une fonction judiciaire ou quasi-judiciaire ; et, suivant son article 128, l'activité consistant à *plaider ou agir devant tout tribunal*, pour le compte d'autrui est du ressort exclusif de l'avocat. Le même texte prévoit des exceptions à ce droit exclusif, dont certaines ont trait à la présentation de causes devant des tribunaux d'arbitrage. Cependant, il s'agit là de l'arbitrage prévu au *Code du travail*, L.R.Q., chap. C-27 ou à la *Loi sur les relations du travail, la formation professionnelle et la gestion de la main-d'œuvre dans l'industrie de la construction*, L.R.Q., chap. R-20, et non de l'arbitrage conventionnel prévu au *Code civil du Québec*, de même qu'au *Code de procédure civile*, qui retient ici l'attention. En raison de ce qui précède, on peut donc affirmer que celui qui veut être assisté ou conseillé lors du déroulement d'un arbitrage conventionnel doit faire appel à un avocat, et non à une personne d'une autre formation.

2. La règle *audi alteram partem*

[67] L'article 23 de la *Charte des droits et libertés de la personne* vise à protéger deux des composantes de la justice naturelle qui sont liées de façon indissociable à l'accomplissement de la fonction judiciaire. La première règle rappelée à cet article est celle de l'impartialité dont il a été question auparavant dans ce texte ; et la seconde est celle de l'audition des parties. L'article 23 de la *Charte* garantit généralement à tout justiciable le droit d'être entendu, et suivant les articles 946.4 et 950 du *Code de procédure civile*, qui réfèrent spécifiquement à l'arbitrage, tout manquement à cet égard peut compromettre l'homologation éventuelle de la décision des arbitres, ou donner ouverture à son annulation.

a) *La portée de la règle de l'audition des parties*

[68] Bien que les divers éléments qu'elle comporte ne sauraient faire l'objet d'une détermination uniforme et constante, qui vaudrait dans tous les cas dont un tribunal peut être saisi, la règle de l'audition des parties vise à permettre aux plaideurs de faire valoir les divers moyens de droit et de faits qui tendent à favoriser le point de vue défendu par chacun. De nombreux jugements illustrent le sens et la portée de cette règle, de même que les conséquences découlant de sa non-observation. Bien que les jugements auxquels on songe ici portent sur des cas où la règle avait été ignorée par d'autres tribunaux inférieurs, et non pas par des arbitres, on peut croire qu'ils n'auraient pas été différents si les erreurs qui y donnèrent lieu avaient été commises par ces derniers.

b) *La règle de l'audition des parties. Les droits qui en découlent*

[69] La règle de l'audition des parties comprend sans conteste le droit pour chacune d'elles d'être informée à l'avance du jour, de l'heure et du lieu où leur cause sera entendue⁷² ; d'ailleurs en ce qui concerne l'arbitrage, l'article 944.4 C.p.c. impose aux arbitres l'obligation d'adresser aux plaideurs un avis à cette fin. Lors du procès, la règle *audi alteram partem* comporte la possibilité pour chaque partie de témoigner dans sa cause, pourvu évidemment que ses déclarations soient pertinentes et admissibles, suivant les règles recevant généralement application en matière de preuve. Les parties peuvent en outre, et aux mêmes conditions, faire entendre d'autres personnes qui auraient été témoins des faits pertinents à la cause dont les arbitres, sont saisis. Mentionnons que le fait d'empêcher erronément un plaideur de faire entendre un témoin, ou de produire toute preuve, concernant un fait lié au litige, constitue un manquement à la règle de l'audition des parties⁷³, tout comme cette autre attitude qui consisterait à ignorer totalement une preuve portant sur un fait litigieux clairement démontré lors de l'audition⁷⁴. La même règle permet aussi à chaque partie, ou à son avocat, de contre-interro-

72. *Les supermarchés Jean Labrecque c. Le Tribunal du travail*, [1987] 2 R.C.S. 219.

73. *Le Syndicat des employés professionnels de l'Université du Québec à Trois-Rivières c. l'Université du Québec à Trois-Rivières*, [1993] 1 R.C.S. 471.

74. *Commission scolaire Crie (The Cree School Board) c. Fortier*, [1997] R.J.Q. 1625 (Cour supérieure).

ger les personnes qui ont témoigné à la demande de son adversaire⁷⁵.

[70] La règle de l'audition impose aux arbitres, comme à toute personne investie de fonctions judiciaires, des normes de conduite qu'ils ne sauraient ignorer. De nombreux jugements mentionnent que le juge – et la même règle est sans doute applicable aux arbitres – ne doit pas recevoir une preuve, ou communiquer avec un témoin ou l'un des plaideurs, en l'absence d'une partie⁷⁶. Dans l'affaire *Axor Construction inc. c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeois*⁷⁷, l'un des juges de la Cour supérieure considère que l'arbitre dont la décision était contestée avait commis un manquement aux règles de justice naturelle, en consultant un expert, en l'absence des parties après la fin de l'audience, et sans leur permettre de l'interroger. Dans une autre cause⁷⁸, la même Cour accueillait une requête en annulation d'une sentence arbitrale ; et parmi les motifs retenus, elle mentionnait tout particulièrement les communications entre l'arbitre et l'une des parties qui avait pu faire valoir son point de vue, en l'absence de son adversaire, et à son insu.

[71] Dans un autre jugement⁷⁹, portant tout comme le précédent sur l'arbitrage conventionnel, la Cour supérieure nuançait la rigueur de l'interdiction qui se dégageait du jugement précédent, et reconnaissait à l'arbitre la possibilité de communiquer avec les parties séparément pour des fins non litigieuses, soit afin de connaître les jours où elles pourraient présenter leur cause, ou pour leur demander de lui soumettre des écrits exposant leurs prétentions.

[72] Le *Code de procédure civile*⁸⁰ reconnaît au juge la possibilité de procéder à la visite des lieux, et de rendre les ordonnances appropriées à cette fin, lorsqu'une telle démarche est de nature à lui faire mieux saisir certains des éléments ou aspects du litige dont il est saisi. Bien qu'aucune règle apparaissant au titre *Des Arbitrages* ne traite de ce sujet, on peut certes affirmer que les arbitres jouissent du même pouvoir, pourvu cependant que la

75. Voir à ce sujet l'arrêt *Innisfil c. Vespra*, [1981] 2 R.C.S. 145.

76. *Kane c. L'Université de la Colombie britannique*, [1980] 1 R.C.S. 1105.

77. C.S. Montréal, 2000-03-02.

78. *Kendrick c. Merling*. Voir note 61 ci-dessus.

79. *Néron c. Lemieux*, C.S. Roberval, J.E. 96-1332.

80. Articles 290 et 977.

visite des lieux se poursuive d'une manière qui respecte les exigences de la justice naturelle. De toute évidence, si une telle initiative a pour but de permettre aux arbitres de recueillir de nouvelles informations s'ajoutant à la preuve produite de part et d'autre au cours de l'audience, ils doivent être accompagnés des parties et de leurs avocats, lors d'une telle visite. L'un des juges de la Cour supérieure rappelle ces principes dans un jugement portant sur une requête en annulation⁸¹. Dans cette cause, les requérants demandaient l'annulation de la décision des arbitres, alléguant qu'ils avaient procédé à la visite des lieux en leur absence, et en compagnie de leurs adversaires et de leur avocat. La Cour rejette cependant cette demande. Le juge mentionne, à l'appui de sa décision, que la visite avait pour seul but, de permettre aux arbitres de visualiser les lieux, et qu'elle n'avait pas été l'occasion de porter à leur connaissance des éléments ou informations, qui n'avaient pas été auparavant démontrés par la preuve produite lors des séances arbitrales.

c) *Limites ou tempéraments à l'application de la règle de l'audition des parties*

[73] Malgré l'importance qu'elle revêt dans notre droit, la règle de l'audition des parties peut cependant recevoir une application limitée lors de l'audition d'une cause. Il en est ainsi lorsque les parties, ou l'une d'elles, renoncent à s'en prévaloir. L'un des juges de la Cour supérieure qui traitait de ce sujet dans le cadre d'un arbitrage conventionnel⁸² rappelait que les parties signataires d'une convention d'arbitrage peuvent exprimer leur volonté de ne pas se prévaloir de façon intégrale de la règle de l'audition des parties.

[74] Mentionnons enfin que la règle *audi alteram partem* ne garantit pas dans tous les cas aux parties, le droit à une présentation orale de leur cause. En effet, quand le litige soumis aux arbitres porte essentiellement sur des questions de droit, il peut suffire qu'elles aient la possibilité d'exposer leurs divers moyens dans des mémoires ou notes et autorités, qu'elles adressent aux arbitres. C'est ce que rappelait la Cour supérieure dans l'affaire *Silverberg c. Hooper*⁸³, dans laquelle elle rejetait une demande

81. *Bunyar c. Larouche*, [2001] R.J.Q. 1942 (Cour supérieure).

82. Il s'agit du jugement rendu dans l'affaire *Moscow Institute of Biotechnology c. Associés de recherche médicale canadienne*, C.S. Montréal, J.E. 94-1591.

83. C.S. Montréal, J.E. 90-437.

d'annulation d'une convention d'arbitrage dont elle était saisie, laquelle ne prévoyait que des procédures écrites, et excluait la tenue d'une séance arbitrale. La Cour juge sans fondement les prétentions du demandeur qui soutenait que la convention était contraire à l'ordre public, parce qu'elle limitait la portée de la règle de l'audition des parties. Ce jugement s'inscrit dans la ligne de pensée tracée par la Cour suprême et la Cour d'appel, qui ont affirmé⁸⁴ que, dans certains cas, et principalement quand le litige opposant les parties porte uniquement sur des questions de droit, il peut suffire de permettre aux plaideurs d'exposer leurs points de vue dans des plaidoiries écrites adressées au tribunal.

d) Élargissement de la règle de l'audition des parties

[75] Au cours des dernières années, les tribunaux ont eu tendance à élargir la portée de la règle de l'audition des parties, de même que les exigences qui s'y rattachent. Ainsi, ils ont parfois affirmé que son observation pouvait obliger le tribunal à reporter l'audition de la cause dont il est saisi, de manière à permettre à une partie de mieux préparer sa demande ou sa défense, ou de faire entendre un témoin qui n'était pas disponible au jour où le procès devait d'abord avoir lieu. Une telle mesure peut s'avérer nécessaire, pour pallier les insuffisances de l'avis adressé à une partie, qui ne lui a pas permis de connaître l'ensemble des questions devant être abordées lors de l'audition, ou ne lui accordait pas un temps suffisant, pour s'y préparer.

[76] Parmi les jugements dont l'effet est d'élargir la portée de la règle de l'audition des parties, il importe de faire état de ceux dans lesquels l'on a affirmé qu'il est de l'essence de ce principe, d'imposer aux titulaires de fonctions judiciaires ou quasi-judiciaires, le devoir de motiver leurs décisions, tout au moins suffisamment, pour que leur caractère raisonnable, et non arbitraire, puisse être apparent, et de manière à ce que la partie défavorisée dans un cas particulier puisse déterminer s'il y a lieu de contester la décision rendue⁸⁵. En ce qui concerne les arbitres, l'obligation à laquelle ils sont tenus de motiver leur sentence ne saurait de toute

84. L'on songe principalement ici aux arrêts *C.R.T. c. Civic Parking Center*, [1965] B.R. 657 ; *Doric Textile Mills c. la C.R.O.*, [1965] B.R. 167 et *Komo Construction c. La C.R.T.*, [1968] R.C.S. 172.

85. Voir les jugements suivants à ce sujet : *Blanchard c. Control Data ltée*, [1984] 2 R.C.S. 476 et *Société des services Ozanam*, [1994] R.J.Q. 364 (Cour supérieure).

façon faire de doute, puisqu'elle est prévue en termes clairs à l'article 945.2 du *Code de procédure civile*⁸⁶.

e) *Conséquences de l'inobservation de la règle audi alteram partem*

[77] En ce qui a trait à la règle de l'audition des parties, rappelons que son non-respect peut entraîner l'annulation de la décision, sans que celui qui la conteste soit tenu de démontrer qu'il a subi un préjudice, ou que la décision aurait été différente si on s'y était conformé⁸⁷. Enfin mentionnons aussi que les tribunaux, et la Cour suprême en tête, ont déjà affirmé qu'on ne saurait invoquer des difficultés d'ordre administratif, pour limiter la portée de l'obligation d'entendre les parties⁸⁸.

C. Règles de procédure et de preuve lors de l'arbitrage

[78] Le respect de certaines règles de procédure et du droit de la preuve revêt une grande importance lors de l'arbitrage, tout comme lors de l'accomplissement de tout acte judiciaire ou quasi-judiciaire. Bien souvent, lorsque ces règles sont ignorées, ce sont les principes de justice naturelle mêmes qui sont bafoués.

1. La procédure

[79] Tel que prévu à l'article 2643 du *Code civil du Québec*, en l'absence de précision contenue dans la convention d'arbitrage à cet égard, la procédure qui doit être suivie est celle qui est prévue au *Code de procédure civile*. Par ailleurs, l'article 944.1 de ce *Code*, auquel il faut alors se reporter, semble reconnaître aux arbitres une liberté considérable, quant à la manière suivant laquelle l'audition du litige doit se dérouler. En réalité, cependant, les arbitres s'inspirent très généralement des règles qui reçoivent application devant les tribunaux civils à cet égard, ou les appliquent même intégralement.

86. L'article 386 C.p.c. impose une obligation semblable aux avocats agissant comme arbitres.

87. Voir à ce sujet : *Kane c. L'Université de la Colombie britannique*, voir note 76 ci-dessus et *Le Syndicat des employés professionnels de l'Université du Québec à Trois-Rivières c. l'Université du Québec à Trois-Rivières*, voir note 73 ci-dessus.

88. *Singh et al. c. Ministre de l'emploi et de l'immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177.

[80] L'audition arbitrale se déroule habituellement à la manière d'un procès, devant un tribunal civil, et suivant le même ordre. Tel que le prévoit l'article 289 du *Code de procédure civile*, la partie demanderesse, à qui incombe normalement le fardeau de la preuve, fera valoir ses moyens la première, sauf si le défendeur conteste la compétence des arbitres, quant au litige dont on veut les saisir, ou soutient que la demande est irrecevable, pour des motifs s'apparentant à ceux qui sont mentionnés à l'article 165 du *Code de procédure civile*, qui expose les divers *moyens de non-recevabilité* qui peuvent être opposés à l'action du demandeur. Dans de tels cas, c'est le défendeur qui procédera le premier à la présentation de ses prétentions, concluant à l'irrecevabilité de la demande ; et il lui incombera de convaincre les arbitres du bien-fondé de ses arguments.

[81] Les arbitres se reporteront aussi aux règles recevant application lors d'un procès civil, en ce qui concerne la modification des documents ou procédures qui servent à déterminer la nature et la portée du litige opposant les parties. À cet égard, les règles apparaissant sous le titre *De l'amendement*, aux articles 199 et suivants du *Code de procédure civile*, leur serviront de guides. Les arbitres s'assureront en particulier que la modification proposée par une partie ne change pas la nature du litige l'opposant à son adversaire, au point d'engendrer une demande entièrement nouvelle, et qu'elle ne présente pas non plus l'un des inconvénients mentionnés à l'article 203 du *Code*.

[82] Tout comme leurs homologues exerçant leurs fonctions en droit du travail (Voir *Code du travail*, L.R.Q., article 100.16), après avoir pris une affaire en délibéré, les arbitres saisis d'un litige civil ou commercial peuvent s'autoriser de l'article 463 C.p.c. pour ordonner la réouverture des débats, soit à la demande d'une partie, soit de leur propre initiative, afin de permettre la présentation d'un élément de preuve qu'ils jugent essentiel.

[83] Enfin, en ce qui a trait aux diverses questions d'ordre procédural qui peuvent se soulever, lors de l'audition d'une cause – on songe ici principalement à la production de pièces ou de documents, incluant les rapports d'experts – les arbitres auront naturellement tendance à adopter les solutions apparaissant au *Code de procédure civile*, ou tout au moins à s'en inspirer.

2. Les règles de preuve applicables lors de l'arbitrage

[84] Les auteurs s'entendent généralement pour répartir en deux catégories distinctes les règles portant sur la preuve. Les unes, de caractère formel, ont trait à la manière suivant laquelle la preuve doit être présentée au tribunal. D'autres régissent son admissibilité, ou déterminent sa valeur relative. L'auteur Léo Ducharme⁸⁹ reconnaît cette distinction et réfère à une première catégorie de règles, comprenant celles qui ont trait à *l'administration de la preuve, intimement liées au déroulement de l'instance même*⁹⁰, que l'on retrouve principalement au *Code de procédure civile*, puis à une autre, qui regroupe celles dites *de fond*, qui sont exposées au *Code civil du Québec* principalement. Ces dernières ont trait au fardeau de la preuve, à la recevabilité d'un document ou d'un témoignage, et à la force probante de la preuve reçue. En ce qui concerne les arbitres, cette distinction entre les diverses règles ayant trait à la preuve revêt une grande importance, puisque, s'ils peuvent limiter la rigueur des premières, voire ne pas toujours s'y conformer, il en va différemment en ce qui concerne celles qui appartiennent à la seconde catégorie.

a) Les règles concernant la présentation de la preuve

[85] Tout comme pour les tribunaux administratifs, on peut affirmer que les arbitres peuvent assouplir les règles de caractère formel, ayant trait à la preuve. Ainsi, malgré celle qui apparaît à l'article 2807 du *Code civil du Québec*, on peut croire qu'ils pourraient donner effet à un texte législatif de cette province, même s'il n'a pas été publié dans la *Gazette officielle du Québec*. De la même manière, assouplissant la norme affirmée à l'article 2809 du même *Code*, et pourvu qu'ils soient convaincus de son authenticité, ils pourraient vraisemblablement prendre connaissance du droit d'une autre province canadienne ou d'un état étranger, même s'il n'a pas été invoqué par les parties, et sans qu'un expert juriste de la province ou du pays en cause, n'ait au préalable été entendu à titre d'expert.

b) La preuve et les exigences de la justice naturelle

[86] Par ailleurs, vu les exigences découlant de la justice naturelle, les arbitres ne devraient pas recevoir un document

89. *L'administration de la preuve*, 2^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur Ltée, 1995.

90. *Ibid.*, p. 1.

qu'une partie voudrait produire, sans que son auteur soit entendu, puisqu'ils limiteraient alors la portée de la règle de l'audition des parties, en niant à la partie adverse le droit de contre-interroger l'auteur du document.

[87] De la même manière, et pour les mêmes motifs, les arbitres ne sauraient admettre une preuve par oui-dire, sauf dans les cas où une telle preuve est permise suivant les articles 2869 et suivants du *Code civil du Québec*, et en observant les conditions de recevabilité, qui y sont prévues. Enfin, mentionnons aussi qu'ils sont tenus d'observer la règle édictée à l'article 2858 du *Code*⁹¹ et doivent rejeter toute preuve qui serait inadmissible, aux termes de cette disposition.

[88] Malgré l'autorité qui leur est reconnue, on le voit, les arbitres n'ont pas la liberté d'ignorer le droit de la preuve dans ses dispositions fondamentales. Le respect de ces règles est essentiel, pour que les justiciables qui portent un différend à l'arbitrage puissent avoir le sentiment que justice leur a été rendue.

III- LA SENTENCE ARBITRALE. HOMOLOGATION ET CONTESTATION ÉVENTUELLE

[89] Quelle forme prend la sentence arbitrale ? Quand devient-elle exécutoire ? Et quels recours peuvent être utilisés en vue d'en obtenir l'annulation ? Ce sont là les sujets dont il est question dans la troisième partie de ce texte.

A. La sentence arbitrale

[90] Le *Code de procédure civile* consacre de nombreux articles à la sentence arbitrale. La décision rendue doit être motivée⁹². Doit-elle par ailleurs être rendue par écrit ? Une contradiction

91. Cette disposition se lit comme suit :

Le tribunal doit, même d'office, rejeter tout élément de preuve obtenu dans des conditions qui portent atteinte aux droits et libertés fondamentaux et dont l'utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

Il n'est pas tenu compte de ce dernier critère lorsqu'il s'agit d'une violation du droit au secret professionnel.

92. En raison de son libellé, le deuxième paragraphe de l'article 944.11 C.p.c., qui précise : *En cas de décision écrite, elle doit être signée par tous les arbitres*, donne à entendre que la décision des arbitres pourrait être rendue oralement. Par ailleurs, l'article 386 C.p.c. contenu au titre *De l'arbitrage par les avocats*, impose clairement à ces derniers, agissant à titre d'arbitres, l'obligation de rendre leur sentence par écrit et exige en outre que cette sentence soit motivée.

existe à cet égard entre les dispositions des articles 944.11 et 945.2 C.p.c. En effet, tandis que la première semble admettre qu'une décision puisse être prononcée oralement, l'autre mentionne expressément que *la sentence arbitrale est rendue par écrit*.

[91] Cette contradiction n'est cependant qu'apparente. L'article 945.2, qui est contenu au chapitre intitulé *Sentence arbitrale*, ne vise en réalité que la décision finale, par laquelle les arbitres disposent du litige qui leur avait été soumis, et n'impose la forme écrite qu'en ce qui a trait à cette décision. En ce qui concerne par ailleurs la disposition que l'on trouve à l'article 944.11 qui donne à entendre que l'écrit n'est pas toujours exigé, elle vise non pas la sentence arbitrale, mais plutôt les décisions, souvent nombreuses relatives à l'instruction de la cause, que les arbitres doivent rendre en cours d'audience. Ces décisions portent généralement sur la pertinence d'une question, l'admissibilité d'un témoignage ou d'un document à titre d'*exhibit*, ou divers autres sujets, concernant lesquels les parties s'opposent, lors de l'audience. Ces décisions interlocutoires peuvent être rendues oralement.

[92] En ce qui concerne les effets de la sentence arbitrale, qu'il suffise de rappeler qu'elle lie les parties, dès son prononcé⁹³, mais qu'elle ne peut cependant donner lieu à une exécution forcée, que si elle est par la suite homologuée par le tribunal⁹⁴.

[93] Quant aux règles, à la lumière desquelles les arbitres disposent des différends qui leur sont déférés, il importe de souligner que la liberté que le *Code de procédure civile* semble leur reconnaître est plutôt trompeuse. La disposition contenue à l'article 944.10 qui prévoit que les arbitres *tranchent le différend conformément aux règles de droit qu'ils estiment appropriées*, ne saurait en effet être interprétée littéralement. En réalité, la liberté des arbitres à cet égard est limitée et, sauf peut-être quand ils agissent à titre d'amiables compositeurs, ils ne sauraient ignorer les principes juridiques qui seraient normalement applicables, compte tenu de la nature du différend dont ils sont saisis.

[94] Le *Code de procédure civile* confère aux arbitres le pouvoir, reconnu aux titulaires de fonctions judiciaires, de corriger leur sentence qui serait entachée d'une erreur matérielle, d'écri-

93. Article 945.4 C.p.c.

94. Article 946 C.p.c.

ture ou de calcul⁹⁵. Ils sont en outre habilités – ce qui est plus exceptionnel – à *interpréter une partie précise de la sentence*, pourvu que les parties les aient autorisés à ce faire. Enfin, il leur est aussi permis de compléter leur décision, s'ils ont omis de statuer sur une partie de la demande qui leur avait été présentée⁹⁶. Ces pouvoirs reconnus aux arbitres doivent généralement être exercés dans des délais que le *Code*⁹⁷ précise.

B. Contestation de la sentence arbitrale

[95] Deux voies distinctes, l'opposition à la demande d'homologation et la requête en annulation, peuvent être empruntées pour contester la sentence des arbitres. Par ailleurs, certains moyens permettant bien souvent de demander l'annulation des décisions rendues par les tribunaux inférieurs ne peuvent être utilisés à l'encontre de cette décision.

1. Absence d'appel et caractère inapproprié du recours en évocation et révision

a) La sentence arbitrale est sans appel

[96] Le recours d'appel, rappelons-le, n'existe que lorsqu'il est prévu dans un texte de loi. Or, contrairement à certaines décisions des arbitres portant sur leur compétence⁹⁸, ou à celles qui font suite à une demande de récusation visant l'un d'eux⁹⁹, qui peuvent, suivant le *Code de procédure civile*, être contestées devant le tribunal au moyen d'un recours s'apparentant à l'appel, leurs sentences arbitrales, portant sur le fond des litiges qui leur sont soumis, ne peuvent faire l'objet d'un appel ou d'un quelconque recours, puisque le même *Code* ne prévoit pas de recours en de tels cas. L'un de ses articles (946.2) prévoit au contraire que

Le tribunal saisi d'une requête en homologation ne peut examiner le fond du différend.

[97] Reconnaissons cependant que certains des motifs mentionnés à l'article 946.4 du *Code de procédure civile*, permettant

95. Article 945.6 C.p.c.

96. *Ibid.*

97. Voir les articles 945.5, 945.6 et 945.7 C.p.c.

98. Articles 943.1 et 943.2 C.p.c.

99. Articles 942.3 et 942.4 C.p.c.

au tribunal de refuser l'homologation, peuvent l'emmener à se prononcer sur des questions qui ne sont pas étrangères au fond du litige qui opposait les parties.

[98] À l'opposé des dispositions générales du *Code de procédure civile* consacrées à l'arbitrage, l'un de ses articles apparaissant au titre *De l'arbitrage par les avocats*¹⁰⁰ prévoit qu'une fois homologuée, la sentence arbitrale peut être contestée en appel. Pourquoi cette différence quant au sort éventuel des sentences arbitrales, suivant qu'elles ont été rendues en vertu des dispositions générales apparaissant au titre *Des arbitrages*, ou de celles que l'on retrouve au chapitre portant sur *L'arbitrage par les avocats* ? Le traitement différent réservé aux unes et aux autres peut étonner.

b) Caractère inapproprié du recours en évocation et révision

[99] Dans de nombreuses causes, des plaideurs ont tenté d'utiliser le recours en évocation et révision¹⁰¹, pour obtenir l'annulation de sentences arbitrales. L'utilisation de ce recours, plutôt que des voies expressément prévues au *Code de procédure civile*, pour rendre inopérante la sentence arbitrale, ou en obtenir l'annulation, peut certes étonner. En effet, on comprend difficilement les raisons qui peuvent inciter des plaideurs à choisir une procédure, dont les tribunaux ont répété bien souvent qu'elle ne peut être utilisée pour contester une décision arbitrale, plutôt que d'opter pour l'un des moyens prévus au *Code de procédure civile* à cette fin, lesquels offrent des possibilités comparables de contestation.

[100] En de nombreuses occasions, les tribunaux du Québec ont exposé les motifs qui s'opposent, selon eux, à ce que le recours en évocation et révision soit utilisé, pour contester la décision des arbitres. À cet égard, les arrêts de la Cour d'appel du Québec dans les causes *Les tuyaux Atlas c. Savard*¹⁰² et *Laurentienne-Vie, cie d'assurances c. Empire, cie d'assurance*¹⁰³, font autorité.

100. Il s'agit de l'article 393 qui est rédigé en ces termes :

La sentence arbitrale homologuée est sujette à appel, comme tout jugement de la Cour supérieure.

101. Article 846 C.p.c.

102. [1985] R.D.J. 556 (Cour d'appel).

103. [2000] R.J.Q. 1708. La Cour d'appel rappelle dans cette dernière décision que Selon la jurisprudence, un tribunal d'arbitrage, établi du seul consentement des parties, ne constitue pas un tel tribunal[1]. Le fait que l'arbitrage consensuel fasse l'objet d'une attention du législateur au Code de procédure civile ne

[101] Dans ces causes, la Cour a jugé que la requête en évocation à l'encontre de décisions arbitrales est irrecevable, parce que l'arbitre ne constitue pas un tribunal statutaire¹⁰⁴ ; et à l'appui de cette conclusion, elle se reportait principalement l'arrêt de la Cour suprême dans l'affaire *Roberval Express Ltée c. Union des chauffeurs et hommes d'entrepôts et autres ouvriers, Local 106*¹⁰⁵. Dans cette cause, la Cour rappelait le principe suivant lequel l'évocation, qui est de même nature que le recours en prohibition et le *certiorari*, ne peut être utilisée qu'à l'encontre d'une décision d'un tribunal statutaire, et non pas pour contester celle qui est rendue par un tribunal domestique ou conventionnel.

[102] Parmi les facteurs dont il faut tenir compte pour déterminer si un tribunal appartient à l'une ou l'autre catégorie – tribunal statutaire ou tribunal conventionnel –, la Cour mentionnait dans l'arrêt *Roberval Express* l'importance de l'encadrement législatif à l'intérieur duquel, il exerce ses fonctions ; et elle considérait que l'arbitre de griefs, dont la décision était alors contestée, constituait un tribunal statutaire, parce que la loi – il s'agissait du *Code canadien du travail* – consacre de nombreuses dispositions à la détermination de sa compétence et de ses pouvoirs¹⁰⁶.

[103] Si l'on appliquait à la convention d'arbitrage les principes qui se dégagent de cet arrêt, on pourrait être enclin à considé-

transforme pas ce tribunal privé en tribunal statutaire puisque l'arbitre ne tire pas ses pouvoirs de la loi, mais de la volonté des parties. (Au paragraphe 16 du jugement).

104. C'est pour ce même motif que les tribunaux ont rejeté les requêtes en évocation qui leur étaient soumises dans les causes suivantes :

Entreprises Electrica inc. c. Nova Construction inc., C.S. Québec, J.E. 95-1273 ; *Cloutier c. Marquis*, C.S. Montréal, J.E. 88-601 ; *Lemelin c. Lanteigne*, C.S. Montréal, J.E. 89-177 ; *International Civil Aviation Organization c. Tripal Systems Pty Ltd.*, [1994] R.J.Q. 2560, p. 256 et *Syndicat canadien des communications c. The Gazette*, [2000] R.J.D.T. 14 (Cour d'appel).

105. [1982] 2 R.C.S. 888.

106. L'auteur du jugement écrit à ce sujet :

Il faut reconnaître la différence entre d'une part un tribunal que la loi investit de pouvoirs importants et dont la sentence lie les parties et définit leurs droits et d'autre part, un tribunal purement consensuel qui ne doit son existence qu'à la seule volonté des parties, dont la seule compétence et les seuls pouvoirs sont ceux que lui ont conférés les parties, et dont la sentence sera ou non obligatoire selon ce qu'en ont disposé les parties.

Le seul fait qu'on laisse le choix aux parties d'adopter un autre mode de règlement de leurs différends ne saurait être le seul facteur déterminant lorsqu'elles ont de fait choisi l'arbitrage et que cet arbitrage qu'elles ont choisi est régi par la loi. Aussi commode que puisse être le critère qui veut que la loi oblige les parties à s'adresser à un tribunal pour déterminer sa nature statutaire lorsque tel est le cas, il ne doit pas écarter la considération du caractère intrinsèque du tribunal lui-même une fois qu'on l'a choisi. *Ibid.*, p. 12.

rer que l'arbitre constitue un tribunal statutaire. Le *Code de procédure civile* contient plus de soixante articles portant sur l'arbitrage, lesquels s'ajoutent à ceux du *Code civil du Québec*, traitant du même sujet. Des questions de nature diverse, portant sur les pouvoirs des arbitres, leur compétence, leur décision et ses effets juridiques, de même que sur les moyens de la contester, y sont abordées. L'encadrement législatif de l'arbitrage, dont traitent les deux codes, est très élaboré, bien davantage que celui qui se rapporte à l'arbitre agissant en vertu du *Code canadien du travail* dont il était question dans l'affaire *Roberval Express Ltée c. Union des chauffeurs et hommes d'entrepôts et autres ouvriers*, *Local 106*¹⁰⁷.

[104] Dans le jugement rendu dans l'affaire *Les tuyaux Atlas c. Savard*¹⁰⁸, la Cour d'appel mentionne un autre motif, tout à fait convaincant celui-là, qui s'oppose à ce que l'évocation puisse être utilisée, pour contester la décision des arbitres. Elle souligne l'existence des moyens prévus à cette fin, au *Code de procédure civile*¹⁰⁹, lesquels auraient été appropriés dans cette affaire. Comme les tribunaux l'ont souvent rappelé, les recours de la nature de l'évocation et révision et du *mandamus* sont des recours discrétionnaires, qu'ils refusent normalement d'accorder, lorsque la loi prévoit d'autres moyens que les plaideurs peuvent utiliser, pour contester une décision rendue par un tribunal inférieur¹¹⁰.

[105] Enfin, on ne saurait ignorer les arrêts suivants de la Cour d'appel du Québec – *Compagnie nationale Air France c. Mbaye* et *Compagnie Standard Life c. J. Lavigne*¹¹¹, qui portent précisément sur la question qui retient ici l'attention. Dans ces jugements, la Cour réaffirme que les arbitres ne constituent pas des tribunaux statutaires, dont les décisions peuvent être contestées, au moyen de la requête en évocation et révision. Il en est ainsi, parce que le choix des parties à un litige, de le porter à l'arbi-

107. *Ibid.*

108. [1985] R.D.J. 556 (Cour d'appel).

109. Parmi les motifs exposés à l'appui de sa décision, la Cour mentionne le suivant : L'appelante devait utiliser les recours propres à l'arbitrage privé, comme la contestation de la requête en homologation en vertu de l'article 950 C.P. ou, dans les cas qui le permettent, les recours usuels prévus par le droit civil pour faire reconnaître l'insuffisance ou l'invalidité du compromis d'arbitrage ou la nullité des décisions de l'arbitre. P. 557 et 558.

110. Voir à ce sujet l'arrêt de la Cour suprême dans l'affaire *Hareldkin c. L'Université de Regina*, [1979] 2 R.C.S. 561.

111. [2003] R.J.Q. 1040 (Cour d'appel) et [2008] QCCA 516.

trage, plutôt que de le soumettre au tribunal compétent, relève de leur seule volonté, et ne lui est aucunement imposé par la loi. Cela étant, les arbitres ne forment pas un tribunal statutaire, mais plutôt un tribunal conventionnel, dont les décisions ne peuvent être contestées, en utilisant les recours prévus à l'encontre de celles qui émanent des tribunaux inférieurs statutaires. Rappelant ces principes, la Cour d'appel confirme dans ces arrêts que le recours en évocation et révision ne peut être exercé qu'à l'encontre d'une décision finale, émanant d'un tribunal statutaire, condition qui ne se retrouvait pas dans ces causes.

2. *Recours contre la décision des arbitres, et causes y donnant ouverture*

[106] Le *Code de procédure civile* prévoit deux moyens spécifiques permettant de se pourvoir à l'encontre d'une sentence arbitrale, ce qui, tel que mentionné précédemment, a pour effet d'écarter d'autres modes de recours normalement utilisés, pour contester les décisions des tribunaux inférieurs. Le même *Code* précise en outre les erreurs ou irrégularités, qui peuvent entraîner l'annulation de la sentence des arbitres.

a) Modes de contestation

[107] Le *Code de procédure civile* (Article 947.1) prévoit deux modes de contestation des décisions des arbitres. Cette disposition, apparue au *Code* en 1986, se lit comme suit :

L'annulation s'obtient par requête au tribunal, ou en défense à une requête en homologation.

Cette disposition dissipe le doute que pouvait faire naître à cet égard le texte de l'article 947 du *Code*, qui mentionne que :

La demande d'annulation de la sentence arbitrale est le seul recours possible contre celle-ci.

[108] Le premier moyen, mis à la disposition de celui qui s'oppose à la décision arbitrale, s'exerce lorsqu'une demande d'homologation est présentée à la Cour, donc avant même qu'elle ne soit devenue exécutoire. À l'opposé des dispositions du *Code de procédure civile* portant sur la requête en annulation, qui prévoient qu'elle doit être présentée à la Cour *dans un délai de trois mois de*

la réception de la sentence arbitrale¹¹², celles qui apparaissent au titre de l'*homologation* ne prévoient pas de délai fixe, que devrait observer celui qui veut se prévaloir de cette procédure. Cette omission signifie-t-elle que la requête en homologation de la sentence arbitrale peut être soumise à la cour à tout moment, et même après qu'un temps considérable s'est écoulé, depuis le prononcé de la décision ? Tel n'est pas notre avis. S'il en était ainsi, la partie qui entendrait s'opposer à la sentence des arbitres, en serait réduite à attendre que son adversaire en demande l'*homologation*, ce qu'il pourrait faire en tout temps, sans qu'elle puisse faire valoir ses motifs, pour en demander l'annulation.

[109] Comme la Cour suprême le rappelle dans l'affaire *Les Immeubles Port-Louis Ltée c. La Corporation municipale du Village de Lafontaine*¹¹³, l'absence d'un délai expressément prévu par la loi, pour l'exercice d'un recours n'a pas nécessairement pour effet de dégager les plaideurs, de leur devoir général de diligence. Il est vrai cependant que dans cette cause, la Cour traitait d'un recours, l'action directe en nullité, qu'elle qualifiait de discrétionnaire, à l'instar de l'évocation et révision, ou du *mandamus*¹¹⁴.

[110] Devrait-on adopter une opinion différente, en ce qui a trait à la demande d'*homologation*, qui, du point de vue du requérant tout au moins, apparaît non pas comme un véritable recours, mais plutôt comme une procédure, visant à faire valoir ses droits reconnus par les arbitres dans leur sentence ? La réponse à cette question ne peut être que négative. On peut douter qu'il existe des recours, que l'on pourrait exercer en un temps illimité, après que les faits qui y donnèrent ouverture se sont produits, ou des procédures qu'on aurait le loisir d'engager en tout temps, et même en raison de sa propre négligence, longtemps après que les faits qui permettraient d'en saisir la cour se sont produits¹¹⁵.

112. Article 947.4 C.p.c.

113. [1991] 1 R.C.S. 326.

114. Monsieur le juge Gonthier écrit à ce sujet :

L'action directe en nullité, tout comme le *certiorari*, dérive d'un pouvoir essentiellement discrétionnaire.
À la page 361.

115. Suivant le jugement rendu dans l'affaire *Chantier maritime de Paspébiac [1985] inc. c. Pêcheries Richard Desbois inc.*, [1988] R.J.Q. 2474 (Cour supérieure), celui qui s'oppose à l'*homologation* de la sentence arbitrale pourrait faire valoir ses moyens à cette fin même quand la requête en homologation de son adversaire est soumise à la cour plus de trois mois après le prononcé de la sentence arbitrale. Suivant ce jugement le délai de trois mois prévu pour la requête en annulation ne serait donc pas applicable en ce qui a trait à la requête en homologation.

[111] L'homologation d'une sentence arbitrale, très tard après son prononcé, pourrait causer un préjudice sérieux à la partie contre laquelle elle aurait été rendue. Constatant le retard de son adversaire à agir, cette dernière pourrait en effet prendre des initiatives incompatibles avec la décision des arbitres, ce dont elle se serait abstenue, si son adversaire avait manifesté clairement, et sans retard, sa volonté de se prévaloir des droits que la sentence lui reconnaissait, en présentant à la cour une demande d'homologation.

[112] Suivant l'article 940.2 C.p.c. les deux procédures ou recours dont il s'agit ici, relèvent de la compétence de la Cour du Québec ou de la Cour supérieure, soit de celle qui aurait normalement été saisie du litige qui opposait les parties, n'eût été de la convention d'arbitrage intervenue entre elles¹¹⁶.

[113] En ce qui concerne les conséquences qui en découlent, mentionnons que lorsqu'elles sont accueillies, l'opposition à l'homologation de la décision, et la demande d'annulation, engendrent des effets identiques. Ainsi donc, lorsqu'à la suite des représentations qui lui ont été faites, le tribunal compétent refuse d'homologuer la décision des arbitres, il devient futile d'en demander l'annulation. On peut croire en effet que toute demande d'annulation de la sentence présentée à la cour par une partie, qui se serait préalablement opposée sans succès à son homologation, serait irrecevable, parce qu'incompatible avec le principe de la chose jugée. On peut croire que le refus de la cour d'homologuer la sentence, en raison des erreurs dont elle est entachée, ou à cause des irrégularités qui s'étaient produites au cours de l'arbitrage, aurait force de chose jugée, eu égard à toute requête en annulation dont la cour pourrait être saisie par la suite. D'ores et déjà, n'ayant pas été homologuée, la sentence arbitrale ne peut plus faire l'objet d'une exécution forcée, et la partie qui a eu gain de cause devant les arbitres en est réduite à invoquer des arguments d'ordre moral, pour convaincre son adversaire de s'y conformer, en lui rappelant la règle contenue à l'article 945.4 qui prévoit que dès

116. *Lachance c. Brochu*, C.A. Québec, 1990-09-12, J.E. 90-1367. La Cour mentionne dans cette cause que c'est le montant faisant à l'origine l'objet du différend entre les parties qui détermine le tribunal, la Cour supérieure ou la Cour du Québec, auquel il faudra soumettre la requête en homologation ou la demande d'annulation, et non pas celui que les arbitres ont déterminé et dont ils ont ordonné le paiement dans leur sentence.

qu'elle fut rendue la sentence arbitrale liait les parties¹¹⁷. À n'en pas douter, des représentations de cette nature ne produiront généralement pas l'effet escompté, de sorte que le refus du tribunal compétent d'homologuer la décision arbitrale équivaudra en réalité à son annulation.

b) Causes donnant ouverture à la contestation de la sentence

[114] Les causes permettant aux parties de contester la décision des arbitres, soit, lorsque l'une d'elles en demande l'homologation, ou lors de la présentation d'une requête en annulation, sont les mêmes¹¹⁸. Dans de nombreux jugements les tribunaux ont affirmé¹¹⁹, que les motifs d'opposition à l'homologation d'une sentence arbitrale précisés à l'article 946.4 du *Code de procédure civile*, sont exhaustifs¹²⁰, et qu'ils peuvent tout aussi bien être invoqués, lors d'une demande d'annulation de la décision des arbitres. Il est en outre bien établi que, puisqu'elle ne siège pas comme tribunal d'appel, la cour saisie d'une demande d'homologation ou d'annulation, ne peut statuer sur le fond du litige qui avait été soumis aux arbitres¹²¹.

[115] Les raisons qui peuvent être invoquées pour s'opposer à la décision des arbitres sont de trois ordres. Les premières se retrouvent, lorsqu'ils agissent sans compétence, excèdent leur mandat, ignorent la procédure prévue à la convention d'arbitrage dont ils tirent leurs pouvoirs, ou négligent de solutionner entièrement le litige qui leur avait été soumis. Outre ces premiers motifs, tout manquement aux règles de justice naturelle de la part des arbitres, dans l'accomplissement de leurs fonctions peut aussi permettre à la partie perdante de s'opposer à la décision. Enfin,

117. *Eastern Furniture Ltd. c. Le Syndicat national du meuble de Victoriaville et d'Arthabaska inc.*, [1950] B.R. 799.

118. L'article 947.2 C.p.c. apparaissant sous le titre *Annulation de la sentence arbitrale* renvoie à ce sujet à l'article 946.4 et à d'autres dispositions contenues sous le titre *Homologation de la sentence arbitrale*. Cette similitude est rappelée par la Cour dans l'affaire *Chantier maritime de Paspébiac, [1985] Inc. c. Pêcheries Richard Desbois Inc.* Voir note 115 ci-dessus.

119. *Trudel c. Placements immobiliers R. & A. Scott inc., Di Stefano c. Lenscrafters*, [1994] R.J.Q. 1618 (Cour supérieure) ; *Beaudry c. 151444 Canada Inc.*, C.S. Montréal, 1990-07-04, J.E. 90-1257 et *Trudel c. Placements immobiliers R. & A.*, C.S. Montréal, J.E. 95-1667.

120. Voir note précédente.

121. *Exploration minière A-Pri-Or Inc. c. Ressources Étang d'or Ltée*, [1988] R.D.J. 102 (Cour supérieure) et *Régie de l'assurance-maladie c. Fédération des médecins spécialistes du Québec*, [1987] R.D.J. 555 (Cour d'appel).

même si ses pouvoirs ne sauraient être confondus avec ceux qui sont normalement reconnus à une cour d'appel, la cour saisie d'une requête en homologation ou en annulation de la décision des arbitres, peut refuser de lui accorder la sanction judiciaire, et même l'infirmier, dans les cas où elle est entachée d'une erreur manifestement déraisonnable.

(1) Erreur portant sur la compétence des arbitres

[116] Les causes permettant au tribunal de refuser l'homologation de la décision des arbitres, ou d'en prononcer l'annulation pour des motifs qui se rapportent à leur compétence, sont mentionnées à divers alinéas de l'article 946.4 C.p.c.

[117] La convention d'arbitrage, qui est un contrat, est évidemment assujettie aux règles contenues au titre *Des Obligations* du *Code civil du Québec*. L'article 1377 de ce *Code* précise d'ailleurs que ses dispositions *s'appliquent à tout contrat, quelle qu'en soit la nature*. Parmi les règles ayant trait à la validité de la convention d'arbitrage, le *Code de procédure civile* réfère tout particulièrement au premier alinéa de son article 946.4, qui traite des situations où *une partie n'avait pas la capacité de conclure la convention d'arbitrage*¹²². En de tels cas, les arbitres n'auraient pas compétence, concernant le litige dont on voudrait les saisir, puisque la convention d'arbitrage, source de leurs pouvoirs, serait inexistante. Par ailleurs, on peut certes affirmer, et le *Code de procédure civile* le reconnaît tout au moins implicitement au deuxième alinéa de son article 946.4, que toute autre cause compromettant la validité d'un contrat, telles l'erreur, la crainte ou la lésion¹²³, qui affecterait la convention d'arbitrage, aurait le même effet, puisqu'elle anéantirait les fondements juridiques de l'intervention des arbitres.

[118] De la même manière, les arbitres agissent sans compétence, lorsqu'ils traitent et disposent d'une question, qui n'est pas comprise dans la convention d'arbitrage¹²⁴. Dans ces cas, les tribunaux considèrent cependant que, seule la partie de leur sentence qui se situe à l'extérieur du cadre de leur compétence, ne sera pas

122. On se reportera aussi à ce sujet aux articles 1398 et 1409 du *Code civil du Québec*, de même qu'au Titre quatrième du livre Premier de ce *Code* auquel il est fait référence à cette dernière disposition.

123. Articles 1399 et suivants du *Code civil du Québec*.

124. Article 946.4, al. 4.

homologuée, ou sera infirmée, dans la mesure où il est possible de la dissocier du reste de leur décision¹²⁵.

[119] Les règles contenues au *Code de procédure civile* au titre de l'*Arbitrage* n'imposent pas de délai aux arbitres pour rendre leur sentence. C'est ce que rappelle l'un des juges de la Cour supérieure dans l'affaire *Pananis c. D.T. Acquisition inc.*¹²⁶, qui rejette la requête en annulation d'une sentence arbitrale qui lui était soumise. Le juge considère que le délai de dix mois qui s'était écoulé entre la fin des audiences, et le prononcé de la sentence, ne constituait pas une cause d'annulation de la décision. Est-ce à dire que la lenteur des arbitres à décider du litige dont ils sont saisis, quelle qu'en soit l'importance, ne peut en aucun cas entraîner l'annulation de leur sentence ? Abordant cette question, le juge donne clairement à entendre qu'une décision pourrait être annulée, si le délai écoulé entre la fin des audiences et son prononcé, était déraisonnable, et causait un préjudice grave à l'une des parties.

[120] Concernant la compétence des arbitres, rappelons, ce qui a déjà été mentionné succinctement dans ce texte, que s'ils ne peuvent outrepasser les limites du mandat qui leur a été confié, ils n'ont pas davantage la liberté d'en limiter la portée, en négligeant de disposer de l'ensemble des questions qui leur ont été soumises¹²⁷. Tout refus de leur part d'assumer pleinement leur rôle justifierait la cour de ne pas homologuer leur décision, et même d'en prononcer l'annulation.

[121] En ce qui a trait aux divers facteurs qui priveraient les arbitres de toute compétence concernant le litige dont ils ont été saisis, il importe de rappeler celui qui est prévu au cinquième alinéa de l'article 946.4 C.p.c. Les arbitres, tout comme les membres de certains tribunaux ou autres organismes administratifs, ne sont compétents pour décider d'un différend opposant les parties, que si les règles ayant trait à leur nomination, prévues à la convention d'arbitrage, ou apparaissant à la clause compromissoire, ont été observées.

125. Voir à ce sujet les jugements suivants : *Saint-Bernard c. Trottoirs et chaînes Pilote inc.*, [1983] R.D.J. 583 (Cour d'appel) et *Leisure Products Ltd. c. Funwear Fashions Inc.*, C.S. Montréal, J.E. 88-1394.

126. C.S. Montréal 500-05-058760-008.

127. Voir à ce sujet le jugement rendu dans l'affaire *Télébec ltée c. Société Hydro-Québec*, note 43 ci-dessus.

[122] Enfin rappelons que les arbitres sont habilités à se prononcer sur leur propre compétence. Dans l'arrêt *Rogers Sans-fil inc. c. Muroff*¹²⁸, la Cour suprême considère que tout différend portant sur ce sujet doit généralement leur être soumis au préalable, avant que l'on puisse s'adresser aux tribunaux judiciaires. Les tribunaux ne pourraient être saisis de telles questions en tout premier lieu que dans les seuls cas où l'opposition existant entre les parties à cet égard ne porte que sur des questions de droit.

(2) Les manquements aux règles de justice naturelle.
Incidence sur la sentence arbitrale

[123] L'obligation à laquelle les arbitres sont tenus de se conformer aux principes de justice naturelle, la règle *audi alteram partem* et la règle de l'impartialité, a été exposée auparavant dans ce texte, de sorte qu'il serait futile d'en traiter ici à nouveau. Rappelons cependant que les irrégularités se rapportant à la première de ces règles ne sont mentionnées qu'en termes très généraux au troisième alinéa de l'article 946.4 C.p.c. Cette disposition n'interdit cependant pas aux plaideurs de les invoquer, pour s'opposer à l'homologation de la sentence arbitrale, ou pour en demander l'annulation, puisqu'il s'agit là de manquements, reconnus en jurisprudence, comme motifs justifiant qu'une décision soit annulée.

[124] En ce qui concerne la règle de l'impartialité dont traitent les articles 942 et suivants du *Code de procédure civile*, rappelons que son application aux arbitres ne se limite pas aux seuls facteurs mentionnés aux articles 234 et 235 de ce *Code*, auxquels renvoie l'article 942. Tel que rappelé auparavant dans ce texte, la règle inscrite à l'article 2641 du *Code civil du Québec* permet

128. [2007] 2 R.C.S. 921. La juge en chef de la Cour écrit à ce sujet : Dans l'arrêt *Dell*, notre Cour conclut à l'unanimité qu'en vertu de l'article 940.1 C.p.c., les arbitres ont compétence pour se prononcer sur leur propre compétence (le « principe compétence-compétence »). Les juges majoritaires ont conclu qu'en présence d'une clause d'arbitrage, toute contestation de la compétence de l'arbitre doit d'abord être renvoyée à l'arbitre. Les tribunaux judiciaires ne devraient déroger à cette règle générale et se prononcer en premier sur cette question que dans le cas où la contestation de la compétence de l'arbitre ne comporte qu'une question de droit seulement. Lorsqu'une question soulevant la compétence de l'arbitre nécessite l'admission et l'examen des faits, les tribunaux sont normalement tenus de renvoyer ces questions à l'arbitrage. Quant aux questions mixtes de droit et de fait, les tribunaux doivent également privilégier le renvoi à l'arbitrage ; n'y font exception que les situations où les questions de fait ne nécessitent qu'un examen superficiel de la preuve documentaire versée au dossier et où le tribunal est convaincu que la contestation ne se veut pas une tactique dilatoire ou qu'elle ne met pas en péril le recours à l'arbitrage.

d'invoquer de nombreux autres motifs, s'opposant à ce qu'un arbitre intervienne à ce titre, à l'occasion d'un litige.

- (3) Les erreurs entachant la sentence arbitrale portant sur le mérite de la cause

[125] Les tribunaux ont bien souvent rappelé que leur intervention faisant suite au prononcé d'une sentence arbitrale ne saurait être confondue avec un recours d'appel. L'appel, rappelons-le, n'existe, que lorsque la loi le prévoit. Or, aucun texte du *Code civil du Québec*, ou du *Code de procédure civile*, ne traite de ce recours, à l'encontre de la décision des arbitres. Conscients des limites que la loi leur impose, les tribunaux refusent généralement de substituer leurs opinions à celles des arbitres, concernant les questions que ces derniers avaient mission de trancher¹²⁹. Par ailleurs, même si ce motif d'intervention de leur part, n'apparaît pas à l'article 946.4 du *Code de procédure civile*, où sont précisées les causes les justifiant de refuser l'homologation d'une sentence arbitrale, ou d'en prononcer l'annulation, les cours ont rappelé à plusieurs reprises, qu'elles ne sauraient homologuer une sentence arbitrale purement arbitraire, ou entachée d'une erreur déraisonnable¹³⁰.

[126] En ce qui concerne la gravité de l'erreur entachant une sentence arbitrale, pouvant justifier le tribunal de refuser de l'homologuer, ou d'en prononcer l'annulation, pour en déterminer l'importance, on doit se reporter aux nombreuses décisions des tribunaux, et de la Cour suprême tout particulièrement, qui, dans des affaires reliées au droit administratif principalement, ont précisé ce que la raison ou la justice ne peuvent tolérer.

[127] Comment évoluera la jurisprudence en ce qui a trait aux erreurs de droit ou de faits entachant les décisions arbitrales,

129. Voir les jugements suivants :

Régie de l'assurance-maladie du Québec c. Fédération des médecins spécialistes du Québec, [1987] R.D.J. 555 (Cour d'appel) ; *Exploration minière A-Pri-Or Inc. c. Ressources Étang d'Or Ltée*, [1988] R.D.J. 102 (Cour supérieure) ; *Fortin c. Centre communautaire juridique du Nord-Ouest*, [1984] R.D.J. 579 (Cour d'appel) ; *Bégin c. Société mutuelle d'assurance contre l'incendie de Compton-Sherbrooke*, [1987] R.D.J. 473 (Cour supérieure) et *Letty Di Stefano (Daoud) c. Lenscrafters Inc.* Voir note 119 ci-dessus.

130. Voir les jugements suivants à ce sujet :

Fortin c. Centre communautaire juridique du nord-ouest, [1984] R.D.J. 579 (Cour d'appel) ; *Letty Di Stefano (Daoud) c. Lenscrafters inc.* Voir note 119 ci-dessus, *Exploration minière A-Pri-Or inc. c. Ressources Étang d'Or Ltée*, [1988] R.D.J. 102 (Cour supérieure) et *Bégin c. Société mutuelle d'assurance contre l'incendie de Compton-Sherbrooke*, [1987] R.D.J. 473 (Cour supérieure).

justifiant les tribunaux à exercer leurs pouvoirs de censure ? Dans l'exercice de leurs pouvoirs de statuer sur la validité des sentences des arbitres, les cours de justice s'inspireront-elles des principes qui reçoivent application, quand les décisions des divers tribunaux administratifs ou inférieurs, sont contestées devant elles ; ou dégageront-elles d'autres critères, qui pourraient les guider, à cet égard ?

[128] Au cours des dernières années, les cours de justice ont eu tendance à accroître la portée de leurs interventions, en ce qui a trait aux décisions des tribunaux administratifs ou inférieurs. Rappelons par ailleurs que l'une des normes, justifiant de tels recours, qui avait été adoptée dans l'affaire *Canada c. Southam Inc.*¹³¹ – celle de la décision déraisonnable *simpliciter* – n'a plus cours depuis l'arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*¹³².

[129] Si les règles élaborées par les cours dans l'exercice de leur pouvoir de surveillance, en ce qui a trait aux décisions des tribunaux administratifs, et autres tribunaux inférieurs, devaient être appliquées, lorsqu'elles doivent se prononcer sur la validité des sentences arbitrales, deux critères distincts devraient dorénavant les guider. Les décisions des arbitres, portant sur leur compétence, ou sur des questions de droit, seraient analysées et jugées, suivant la norme de la décision correcte. Mais il en irait différemment suivant toute vraisemblance, concernant les erreurs invoquées à l'encontre d'une décision arbitrale, portant sur le fond du litige qui était soumis aux arbitres. Les cours n'interviendraient en de tels cas, que lorsque l'on pourrait les convaincre, que la décision des arbitres, est entachée d'une erreur déraisonnable¹³³.

[130] Dans l'exercice de leurs fonctions, les arbitres, agissant en matières civiles et commerciales, doivent fréquemment appli-

131. [1997] 1 R.C.S. 748.

132. [2008] 1 R.C.S. 190. Dans cet arrêt, la Cour suprême abandonne la distinction faite auparavant, entre les erreurs manifestement déraisonnables et les erreurs déraisonnables *simpliciter*, comme causes d'annulation des décisions des tribunaux administratifs ou inférieurs. Seules existent dorénavant la notion d'erreur déraisonnable, et celle de la décision correcte.

133. Voir les arrêts suivants à titre d'illustrations de ces principes : *Fraternité des charpentiers et menuisiers d'Amérique, section locale 579 c. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 R.C.S. 316 ; *Canada c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554 ; *Pezim c. Colombie-Britannique*, [1994] 2 R.C.S. 557 ; *Le Conseil de l'éducation de Toronto c. F.E.E.S.O.*, [1997] 1 R.C.S. 487 et *Canada c. Southam*, [1997] 1 R.C.S. 748.

quer les règles contenues au *Code civil du Québec* et au *Code de procédure civile*, et celles qui sont affirmées en d'autres lois. Ils doivent aussi se conformer à de nombreux principes, ou règles qui se dégagent de la jurisprudence. On peut certes douter que les tribunaux soient enclins à considérer que l'application de ces règles, ou principes juridiques, relève de leur expertise, et qu'ils fassent montre de déférence, lorsqu'ils ont à juger du bien-fondé de décisions rendues par des arbitres.

CONCLUSION

[131] Quel sera l'avenir de l'arbitrage, en tant que mode de règlement des conflits, en matières civiles et commerciales ? On a souligné au début de ce texte, que ce type de recours revêt une popularité grandissante. Cependant, la tendance à recourir plus volontiers à ce mode de règlement des conflits se remarque davantage, semble-t-il, dans des secteurs particuliers où les plaideurs sont, en réalité, des corporations, sociétés ou regroupements qui peuvent plus facilement assumer les coûts, qui y sont généralement rattachés.

[132] Ces personnes morales optent bien souvent pour ce mode alternatif de règlement de leurs différends, afin d'éviter les délais qui ont cours au sein de l'appareil judiciaire, et parce que, œuvrant dans des domaines où des connaissances d'expert leur semblent importantes, elles voient en l'arbitrage un moyen de soumettre leurs différends à des personnes qui connaissent leurs sphères d'activités, et peuvent avoir une bonne compréhension des faits qui leur seront soumis.

[133] Cependant, en ce qui concerne l'un des objectifs que l'on vient de mentionner : la solution rapide des litiges, il peut davantage qu'auparavant être réalisé, en s'adressant aux cours de justice. Depuis quelques années, moins de causes sont portées devant les tribunaux, semble-t-il, et parmi les affaires qui leur sont soumises, un moins grand nombre qu'auparavant se rendent à procès. Leur fardeau étant ainsi allégé, les tribunaux civils peuvent maintenant décider, plus rapidement, qu'il y a quelques années, des litiges dont ils sont saisis.

[134] Par ailleurs, pour retenir la préférence des particuliers, le recours à l'arbitrage ne devrait pas s'avérer plus coûteux, que les actions en justice. À cette fin, il serait opportun de mettre fin à

la pratique qui consiste à prévoir la formation de tribunaux composés de trois arbitres, et de favoriser plutôt l'arbitrage par une personne agréée, par les deux (ou toutes les) parties au litige.

[135] Enfin, pour que les parties, et principalement les particuliers qui ne disposent pas de sources d'information privilégiées à cet égard, puissent s'entendre sur le choix d'un arbitre, en qui elles auraient confiance, il serait approprié que soit établi un mode d'accréditation sérieux, et à l'abri de toute complaisance, des personnes compétentes aspirant à exercer cette fonction. Toutes louables qu'elles aient été, les initiatives prises à cette fin jusqu'à ce jour peuvent sembler déficientes, ou n'ont pas été suffisamment publicisées. À défaut d'un service de référence fiable, qui puisse proposer aux parties les services d'arbitres compétents, expérimentés, et reconnus pour leur objectivité et impartialité, l'on peut croire que les parties à un litige hésiteront à le soumettre, à des arbitres plutôt qu'au tribunal, dont la compétence, et autres qualités, sont généralement bien établies.

Une lecture critique des règles relatives à l'adoption en droit international privé québécois

Gerald GOLDSTEIN

Résumé

Les conflits de lois en matière d'adoption et l'effet au Québec des décisions étrangères d'adoption ont toujours soulevé des difficultés. À la suite de nombreuses modifications plus ou moins cohérentes au Code civil, la jurisprudence québécoise s'est efforcée de son côté de trouver des solutions respectant les divers objectifs propres à l'adoption internationale : favoriser l'intérêt de l'enfant, mais aussi sa protection, tout en respectant la volonté des parents naturels et les désirs des parents adoptants.

Il découle implicitement de certains articles du Code civil que les *conditions* de l'adoption relatives *aux adoptants* sont celles de leur domicile. De plus, alors que les *effets* de l'adoption dépendent expressément de la même loi du domicile de l'adoptant, selon l'article 3092 al. 2 C.c.Q., en vertu du premier alinéa de ce même article, la loi du domicile de l'adopté régit le *consentement* des parents naturels, mais aussi les *conditions* dans lesquelles le refus peut faire obstacle à l'adoption. Toutefois, l'article 568 C.c.Q. ajoute trois conditions : il faut déterminer *si le consentement requis a été donné*, *s'il l'a été valablement* et *s'il l'a été en vue d'une adoption plénière*, comme celle du Québec, qui rompt les liens préexistant de filiation entre l'enfant et sa famille d'origine. Mais la portée de l'article 568 C.c.Q. en contexte international est loin d'être évidente. Si la validité du consentement doit dépendre de la loi du domicile de l'adopté, selon l'article 3092 C.c.Q., jusqu'où la loi, en principe étrangère, gouvernant la validité, donc *l'objet*, du consentement, va-t-elle étendre son domaine ? Comprend-il les conditions que les *adoptants* québécois devraient remplir, selon sa conception, comme l'exigence d'un mariage hétérosexuel, malgré

la règle implicite du Code à l'effet contraire ? Inclut-il, malgré la lettre de l'article 3092 al. 2 C.c.Q. les effets de l'adoption, si la loi du domicile de l'adopté n'admet que l'adoption simple ? La jurisprudence québécoise est partagée au sujet de la portée exacte qu'il y a lieu de donner à cette obligation de respecter ce consentement des parents naturels.

Une tendance jurisprudentielle importante a interprété les dispositions québécoises dans un sens favorable à l'adoption internationale. Elle a adopté une *interprétation large du sens de l'expression « loi du domicile »* de l'adopté, en y voyant le système juridique de ce lieu, incluant les coutumes et les décisions, ce qui a permis de considérer que cette loi était plus permissive en matière d'adoption qu'il ne le semblait *a priori*. Elle a aussi limité *l'objet du consentement*, dont la validité doit respecter cette loi du domicile de l'adopté, *en excluant les conditions de l'adoption relative aux adoptants et ses effets*. Mais la réforme de 2006, inspirée par la Convention de La Haye de 1993, modifie en partie certaines de ces solutions et favorise moins l'adoption internationale, ce qui reflète la tendance en ce sens imposée par la Convention.

On retrouve cette inspiration restrictive en cas de changement de domicile de l'enfant. Lorsque des adoptants obtiennent à l'étranger, au lieu du domicile de l'adopté, un jugement de tutelle, puis changent le domicile de ce dernier en l'amenant au Québec, comme la tutelle le leur permet, ils prétendent devant les tribunaux québécois qu'il ne s'agit pas d'une adoption internationale, pour éviter l'application des règles québécoises sur le sujet, étant donné que l'adopté est domicilié au Québec au moment de l'adoption. La Cour d'appel refuse de suivre ce raisonnement en décidant, pour les fins de l'adoption, de ne pas tenir compte du domicile actuel mais de retenir celui de l'adopté avant la décision de tutelle. Cette exigence a toutefois été récemment interprétée comme le domicile au moment où les procédures d'adoption sont valablement enclenchées à l'étranger, ce qui permet une certaine souplesse dans son application.

Le même problème de conciliation entre l'article 3092 et les règles inspirées de la Convention de 1993 se retrouve en ce qui concerne les conditions de reconnaissance des adoptions étrangères, puisque l'article 574 C.c.Q. exige que le tribunal québécois, appelé à reconnaître une décision d'adoption rendue hors du Québec, s'assure que les règles concernant le consentement à l'adop-

tion ont été respectées et que les consentements ont été donnés en vue d'une adoption plénière.

Dans ce contexte déjà défavorable à l'adoption internationale, la jurisprudence a ajouté une condition de vérification de la compétence directe du tribunal québécois, ce qui se traduit par une exigence que le demandeur soit domicilié au Québec lors de la requête en reconnaissance. Mais elle a demandé en plus que les requérants *soient domiciliés au Québec lors de la décision d'adoption étrangère*.

Ces exigences nouvelles résultant à notre avis d'une confusion sont contraires à l'ouverture internationale que le codificateur a adoptée en matière d'effet de décisions étrangères. Leur portée est *de refuser à des personnes domiciliées à l'étranger la reconnaissance au Québec d'une adoption parfaitement valide* et à la limiter à des Québécois. Il faut souhaiter que la Cour d'appel intervienne pour mettre fin à cette tendance jurisprudentielle que nous croyons non fondée.

Mais ce régime québécois de reconnaissance d'adoptions étrangères devrait souvent laisser la place à celui de la Convention de La Haye de 1993. En effet ces règles du Code civil doivent maintenant être conciliées avec celles de la *Convention sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale*, adoptée le 29 mai 1993 à La Haye, mise en vigueur au Québec en 2006. Le régime conventionnel prévoit une collaboration entre autorités administratives des États membres, en énonçant certaines règles de compétence juridictionnelle et des règles matérielles à but international. Mais elle ne règle pas tous les problèmes du fait que l'on n'y trouve pas de règles de conflit précisant le découpage entre les diverses lois potentiellement en cause. Ces règles conventionnelles consacrant un refus de l'utilisation dogmatique de règles de conflit reflètent en tout cas une approche pragmatique dans un contexte où la perfection n'existe pas.

Une lecture critique des règles relatives à l'adoption en droit international privé québécois

Gerald GOLDSTEIN*

INTRODUCTION.	63
Section I- Conflits de lois en matière d'adoption internationale.	65
Par. 1- Loi applicable aux conditions de l'adoption	67
A. Les objectifs en matière de conflit de lois relatifs aux conditions de l'adoption	68
B. Domaine et portée de l'article 3092 al. 1 C.c.Q. à la lueur de l'article 568 C.c.Q.	69
1. Loi applicable à l'admission de l'institution de l'adoption.	71
2. Loi applicable aux conditions relatives aux adoptants	73
Par. 2- Loi applicable aux effets de l'adoption	76
A. La portée de la soumission du consentement des parents naturels à la loi de leur domicile en matière d'effets de l'adoption	76
B. La condition de l'art. 568 C.c.Q. relative au consentement à une adoption plénière	78
Par. 3- Conflit mobile en matière d'adoption.	81

* Professeur titulaire, faculté de droit, Université de Montréal, Docteur en droit (McGill).

Section 2- Reconnaissance des décisions étrangères d'adoption	84
Par. 1- Conditions énoncées dans les articles 563, 564 et 574 C.c.Q.	85
Par. 2- Conditions jurisprudentielles : compétence du tribunal québécois fondée sur le domicile au Québec des adoptants lors de l'adoption à l'étranger	89
Section 3- Le régime de la Convention de La Haye du 29 mai 1993	96
Par. 1- Domaine de la convention.	96
Par. 2- Procédure conventionnelle d'adoption et répartition des compétences	97
Par. 3- Effets de l'adoption selon la convention	99
Par. 4- La portée de l'article 3092 C.c.Q. dans le cadre de la Convention de La Haye	100
CONCLUSION	102

INTRODUCTION

L'intérêt de l'enfant doit bien sûr être au centre des préoccupations en matière d'adoption internationale¹. Mais le contenu des règles qui permettent d'atteindre ce but prête à discussion. *Favoriser l'intérêt de l'enfant* peut consister à *favoriser l'adoption*, par exemple dans le cas d'un enfant orphelin ou abandonné. Toutefois, cette optique implique aussi la *protection de l'enfant* placé en situation extrêmement vulnérable, face à des intermédiaires qui agissent parfois dans un but exclusivement lucratif. Il en découle la nécessité de prévoir des conditions assez strictes, destinées à contrôler leurs activités, qui limitent en conséquence l'accès à l'adoption internationale. Il faut aussi *respecter la volonté des parents biologiques* quand ils sont encore présents et qu'ils cherchent à assurer un meilleur avenir à leurs enfants. Enfin, on ne peut ignorer les conceptions fondamentales de la famille des milieux d'origine et de destination de l'adopté, qui peuvent se heurter violemment et qui chercheront à s'imposer sans tenir compte de la situation d'espèce, qui pourrait pourtant demander quelque souplesse.

-
1. Sur le sujet, voir entre autres : S. PILON, « L'adoption internationale », (1984) 44 *R. du B.* 925 ; J. FOYER et C. LABRUSSE-RIOU (dir.), *L'adoption d'enfants étrangers*, Paris, Economica, 1986 ; H.P. GLENN, « Le droit international privé du divorce et de la filiation adoptive : un renversement de la méthodologie conflictuelle », (1988) 19 *R.G.D.* 359 ; D. PARÉ, « L'adoption internationale », (1991) 2 *C.P. du N.* 91 ; H. BRIBOSIA, « Transparence et secrets autour des adoptions internes et internationales », (1993) 45 *R.I.D.C.* 795 ; V. PRIMEAU et M. RIENDEAU, *Adoption québécoise et internationale – Guide pratique*, Wilson & Lafleur, 1997 ; H. MUIR WATT, « La loi nationale de l'enfant comme métaphore : le nouveau régime législatif de l'adoption internationale », (2001) 127 *J.D.I.* 995 ; C. EMANUELLI, *Droit international privé québécois*, Wilson & Lafleur, 2001, n° 464 ; G. GOLDSTEIN et É. GROFFIER, *Droit international privé*, t. 2, Éditions Yvon Blais, 2003, nos 281 à 288, bibliographie p. 152 à 155 ; M. PROVOST, « Adopter ailleurs, sans intermédiaire et en toute légalité ? », Collection du juriste, Les Publications CCH, vol. 7, n° 11, novembre 2005 ; I. LAMMERANT, « L'évolution et les enjeux de l'adoption nationale et internationale », (2005) 35 *R.D.U.S.* 329 ; C. COLLARD, « Les adoptions internationales d'un enfant apparenté au Québec », dans F.-R. OUELLETTE, R. JOYAL et R. HURTUBISE (dir.), *Familles en mouvance : quels enjeux éthiques ?*, Ste-Foy, PUL, 2005, p. 121 ; A. ROY, *Le droit de l'adoption au Québec. Adoption interne et internationale*, Wilson & Lafleur, 2006, nos 99 à 156, bibliographie p. 239 à 243 ; M. PROVOST, « L'adoption » dans *Droit de la famille québécois*, vol. 1 (section « L'enfant »), Brossard, CCH Ltée (mise à jour bi-annuelle), notamment ¶[50-396] et suivants.

En conséquence, en cas de conflit de lois, la formulation équilibrée de règles de droit international privé s'avère extrêmement difficile, comme l'illustrent les tergiversations du droit québécois. Le droit d'un État peut être influencé soit par une politique très favorable à l'adoption, en prévoyant notamment des conditions découlant de l'application alternative de plusieurs lois, soit par une attitude stricte, qui peut se traduire au contraire par un cumul de conditions (par exemple, celles de la loi du domicile de l'adopté et celles de la loi du domicile de l'adoptant).

Deux pôles de rattachement législatif se présentent. Celui de la *loi personnelle* (celle de la nationalité, du domicile ou de la résidence habituelle) *de l'adopté* (qui sera aussi celle des parents biologiques), dont le domaine minimum devrait naturellement couvrir les conditions que doivent remplir l'adopté et les parents biologiques (consentement, etc.). Celui de la *loi personnelle de l'adoptant*, qui paraît tout aussi naturellement devoir régir les conditions que celui-ci doit remplir pour adopter (conditions psychologiques, financières, etc.). Mais d'autres questions sont plus difficiles à rattacher, comme celle de la différence d'âge entre adopté et adoptant ou celle des effets de l'adoption dans la mesure où toutes les personnes impliquées peuvent en subir des conséquences (il en est ainsi, par exemple, de la question de la rupture du lien de filiation entre les parents biologiques et l'adopté).

Les États traitent les *conflits de lois* en matière d'adoption (section 1) selon la méthode classique, soit par des lois nationales, soit par des conventions bilatérales de collaboration. Au Québec, à la suite de nombreuses modifications au code civil, plus ou moins cohérentes, dont les dernières datent du 22 avril 2004², la jurisprudence s'est efforcée de trouver des solutions respectant les divers objectifs propres à l'adoption internationale. Les mêmes solutions s'expriment en cas de *reconnaissance de décisions étrangères d'adoption* (section 2).

Les règles du code civil doivent être conciliées avec celles de la *Convention sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale*, adoptée le 29 mai 1993 à

2. *Loi assurant la mise en œuvre de la Convention sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale*, L.Q. 2004, chap. 3, L.R.Q. c. M-35.1.3 (en vigueur depuis le 1^{er} février 2006).

La Haye³, qui a été mise en vigueur au Québec depuis le 1^{er} février 2006⁴. La plupart des États avec lesquels les Québécois procèdent à une adoption internationale sont parties à cette Convention. Donc ce régime conventionnel devrait progressivement devenir le régime de droit commun⁵. Il prévoit une collaboration entre autorités administratives des États membres, en énonçant certaines règles de compétence juridictionnelle et aussi des règles matérielles à but international. Mais on n'y trouve pas de règles de conflit précisant le découpage entre les lois en cause.

Examinons d'abord le régime non conventionnel (sections 1 et 2), avant ce régime découlant de la Convention de 1993 (section 3)⁶.

Section I- Conflits de lois en matière d'adoption internationale

L'art. 3092 C.c.Q. a pour objet d'énoncer certaines règles de conflit de lois en matière d'adoption. Selon son premier alinéa, la loi du domicile de l'adopté régit les questions relatives au consen-

3. Sur cette convention, voir notamment : B. STURLES, « La Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale », *J.C.P.* 1993, n° 42, p. 427 ; N. MEYER-FABRE, « La Convention de La Haye du 19 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale », (1994) 83 *Revue crit. d.i.p.* 259 ; P. BOUREL, « Adoption. Conflit de lois. », dans *Juris-Classeur de droit international*, fasc. 548-3, Paris, Juris-Classeur, 1995 ; H. MUIR WATT, « La Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale », dans *Travaux du comité français de droit international privé, 1993-1994*, Paris, C.N.R.S., 1996, 49 ; C. LAVALLÉE, « La convention sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale et sa mise en œuvre en droit québécois », (2005) 35 *R.D.U.S.* 355 ; A. ROY, *op. cit.*, note 1, n°s 124 à 145 ; M. PROVOST, *loc. cit.* (CCH), note 1, ¶50-400.
4. Voir la *Loi assurant la mise en œuvre de la Convention sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale*, précité, note 2.
5. Ainsi, il existait aussi un régime spécial pour les adoptions d'enfants domiciliés en Chine (voir la *Loi sur les adoptions d'enfants domiciliés en République populaire de Chine*, L.R.Q., chapitre A-7.01 ; voir G. GOLDSTEIN et É. GROFFIER, *op. cit.*, note 1, n° 287) qui a cessé d'avoir effet le 1^{er} février 2006, date de mise en vigueur de la Convention de 1993 au Québec, sauf à l'égard des projets d'adoption ayant été approuvés par la Cour du Québec avant cette date.
6. Mais on peut tout de suite préciser que, quant à leur domaine d'application matériel, les dispositions conventionnelles touchent les adoptions visant à établir un lien de filiation (art. 2 al. 2 de la Convention), lorsqu'une personne résidant habituellement dans un État contractant désire adopter un enfant dont la résidence habituelle est située dans un autre État contractant (art. 14), quand cet enfant a été, est ou doit être déplacé vers un autre État contractant (« l'État d'accueil »), soit après son adoption dans l'État d'origine par des époux ou une personne résidant habituellement dans l'État d'accueil, soit en vue d'une telle adoption dans l'État d'accueil ou dans l'État d'origine (art. 2 al. 1).

tement des parents naturels et celles relatives à l'admissibilité à l'adoption, notamment lorsque les parents ne sont pas là pour donner leur consentement et que des autorités administratives doivent en décider. Selon son second alinéa, les effets de l'adoption (sur le nom, sur l'autorité parentale, etc.) dépendent de la loi du domicile de l'adoptant.

Le premier alinéa de l'article 3092 s'inspire du second alinéa de l'article 596 C.c.Q., dans sa version de 1982⁷, tandis que le second reprend une solution jurisprudentielle qui appliquait le droit québécois à titre de loi du for⁸.

Certaines règles matérielles en matière d'adoption internationale complètent ces règles de conflit et se trouvent énoncées aux articles 563 à 565, 568, 573.1, 574, 575 et 581 C.c.Q. De même, les art. 71.4 à 72.4, 73, 131 et 135.1 à 135.1.2 de la *Loi sur la protection de la jeunesse*⁹, notamment¹⁰, concernent l'adoption internationale des enfants domiciliés hors du Québec.

Ainsi, l'art. 563 C.c.Q. prévoit qu'en principe¹¹ la personne domiciliée au Québec voulant adopter un enfant domicilié hors du Québec doit faire l'objet d'une évaluation psychosociale dans les conditions prévues à la *Loi sur la protection de la jeunesse*. Au plan procédural, l'art. 565 C.c.Q. énonce que les adoptions internationales sont soit prononcées judiciairement au Québec, soit à l'étranger, puis reconnues judiciairement au Québec (sauf le cas des adoptions soumises à la Convention de La Haye de 1993).

L'art. 568 al. 1 C.c.Q. prévoit aussi qu'avant d'ordonner le placement d'un enfant au Québec, le tribunal s'assure que « les conditions de l'adoption ont été remplies et, notamment, que les consentements requis ont été valablement donnés en vue d'une adoption qui a pour effet de rompre le lien préexistant de filiation entre l'enfant et sa famille d'origine ». En situation internationale, cette disposition implique de faire respecter la loi du domicile

7. Il disposait : « Dans le cas de l'adoption d'un enfant domicilié hors du Québec, les règles relatives au consentement à l'adoption et à l'adoptabilité de l'enfant sont celles que prévoit la loi de son domicile ».

8. Voir G. GOLDSTEIN et É. GROFFIER, *op. cit.*, note 1, n° 281.

9. L.R.Q. c. P-34.1.

10. Voir aussi le *Règlement sur l'adoption internationale*, R.Q. c. P-34.1, r. 0.01 et l'*Arrêté concernant l'adoption, sans organisme agréé, d'un enfant domicilié hors du Québec par une personne domiciliée au Québec*, R.Q. c. P-34.1, r. 0.02.

11. Sauf l'exception de l'art. 568 al. 2 C.c.Q.

étranger des parents naturels ou des autorités compétentes, en vertu de l'art. 3092 al. 1 C.c.Q.

En ce qui concerne les effets de l'adoption, malgré le second alinéa de l'art. 3092, le régime de la garde dépend de la loi du domicile de l'enfant, en vertu de l'art. 3093 C.c.Q. (qui sera normalement aussi celle du domicile de l'adoptant). De même, l'obligation alimentaire envers l'enfant adopté est régie par la loi de son domicile, en tant que créancier, en application de l'art. 3094 C.c.Q., sous réserve de l'intervention de la loi du domicile du (pseudo) débiteur si la première ne donne aucune pension. Enfin, la vocation successorale de l'enfant adopté dépend de la loi désignée par les règles de conflit successorales prévues à l'art. 3098 C.c.Q. (loi choisie par le testateur dans un testament, ou, à défaut, loi du domicile du défunt lors du décès pour la succession mobilière et loi du lieu de situation de chaque immeuble pour la succession immobilière).

Les articles 574, 575 et 581 C.c.Q. concernent non pas les ordonnances de placement au Québec, mais la reconnaissance des décisions étrangères d'adoption (que nous envisagerons dans la section suivante). Toutefois, l'article 574 C.c.Q. comprend une exigence analogue à celle de l'art. 568 C.c.Q., imposant de vérifier que les règles relatives au consentement et à l'admissibilité à l'adoption ont été respectées. Par dérogation à l'article 3157 C.c.Q.¹², il faut donc vérifier le même respect de la loi du domicile de l'adopté, en vertu de l'article 3092 C.c.Q., en ce qui concerne l'effet des décisions étrangères. Par souci de cohérence, nous envisagerons donc cette question spécifique sous le paragraphe suivant (par. 1), sans distinguer formellement la jurisprudence relative aux adoptions internationales prononcées au Québec de celle touchant les adoptions prononcées à l'étranger, sujettes à la procédure de la reconnaissance.

Par. 1- Loi applicable aux conditions de l'adoption

Les conflits de lois touchant les conditions de l'adoption internationale découlent de divergences quant aux *conceptions fondamentales* relatives à cette institution. En effet, dans certains

12. Celui-ci interdit que la reconnaissance de la décision étrangère ne soit refusée parce que l'autorité étrangère aurait appliqué une autre loi que celle compétente selon la règle de conflit québécoise.

pays, l'adoption est simplement inconnue. Dans d'autres, comme les pays de droit musulman traditionnel, elle est totalement prohibée. Dans d'autres encore, l'adoption existe en droit interne alors que l'adoption internationale est prohibée, ou encore seuls des enfants handicapés, orphelins, abandonnés ou ayant des liens de parenté avec l'adoptant peuvent faire l'objet d'une adoption. Souvent, seuls les couples hétérosexuels mariés peuvent adopter un enfant.

Un aperçu des objectifs spécifiques aux conflits de lois en matière de condition de l'adoption (A) permettra de mieux saisir les enjeux de la portée de la règle de l'article 3092 al. 1 C.c.Q (B).

A. Les objectifs en matière de conflit de lois relatifs aux conditions de l'adoption

Si l'on peut penser que souvent l'adoption représente *l'intérêt supérieur de l'enfant*, notamment dans le cas des enfants orphelins ou abandonnés, néanmoins, sa protection veut que l'on ne l'accepte pas à n'importe quel prix où à n'importe quelle condition. Respecter la volonté des parents naturels nécessite aussi une certaine considération.

Aussi, plutôt que favoriser l'établissement à tout prix d'un lien de filiation adoptive¹³, l'alinéa premier de l'art. 3092 vise à s'assurer que le consentement et la volonté des parents naturels ou des autorités étrangères requises sont respectés. À la différence de l'art. 3091 C.c.Q., ce premier alinéa ne prévoit donc pas d'application alternative de plusieurs lois, mais donne compétence exclusive à la loi du domicile de ces parents naturels, en principe celle du domicile de l'adopté, sur les questions de consentement et d'admissibilité à l'adoption. L'idée sous-jacente est d'éviter les adoptions « boiteuses », valides au Québec mais invalides dans le pays d'origine de l'adopté, afin de stabiliser son statut personnel. S'il revient un jour à ses sources, il ne s'agit pas qu'il change de famille ni que ses parents naturels viennent alors contester les droits des adoptants : respecter cette loi lui permettra donc de revenir à ses origines sans traumatisme¹⁴.

13. Comme c'est le cas pour la filiation par le sang dans le premier alinéa de l'art. 3091 C.c.Q.

14. Voir H. MUIR WATT, *loc. cit.*, note 1, p. 1016.

B. Domaine et portée de l'art. 3092 al. 1 C.c.Q. à la lueur de l'art. 568 C.c.Q.

En vertu de cet article 3092 al. 1 C.c.Q., la loi du domicile de l'adopté régira donc le *consentement* des parents naturels, mais aussi, plus généralement, les *conditions* dans lesquelles leur refus peut faire obstacle à l'adoption. Selon la lettre même de cette disposition, elle gouvernera encore l'*admissibilité* à l'adoption, c'est-à-dire notamment les *catégories* d'enfants susceptibles d'être adoptés.

Par contre, cet article 3092 ne précise pas la loi applicable aux conditions que doivent remplir *les adoptants* (en général, québécois). Toutefois, il découle *implicitement* de certains articles du Code civil, qui prévoient des règles matérielles applicables en situation internationale complétant les règles de conflit de l'art. 3092 C.c.Q., qu'il s'agit de la *loi du domicile de l'adoptant*. Ainsi, l'art. 563 C.c.Q. prévoit que l'adoptant domicilié au Québec voulant adopter un enfant domicilié ailleurs doit faire l'objet d'une évaluation psychosociale dans les conditions prévues à la *Loi sur la protection de la jeunesse*. La jurisprudence a admis cette interprétation¹⁵.

Par ailleurs, l'alinéa premier de l'article 568 C.c.Q. (tel que modifié par la loi du 22 avril 2004¹⁶), applicable autant en situation interne qu'en cas d'adoption internationale, se lit ainsi :

Avant de prononcer l'ordonnance de placement, le tribunal s'assure que les conditions de l'adoption ont été remplies et, notamment, que les consentements requis ont été valablement donnés en vue d'une adoption qui a pour effet de rompre le lien préexistant de filiation entre l'enfant et sa famille d'origine.

L'article 568 C.c.Q. énonce donc trois conditions : il faut savoir non seulement 1^o *si le consentement requis a été donné*, mais, en plus, 2^o, *s'il l'a été valablement* et, 3^o, *s'il l'a été en vue d'une adoption plénière*, comme celle du Québec, rompant les liens préexistant de filiation entre l'enfant et sa famille d'origine.

15. Voir *Droit de la famille* – 2906, [1998] R.D.F. 370 (C.Q.), p. 372 (l'honorable O. D'Amours) : « Quant aux exigences relatives aux requérants [adoptants], elle sont prévues dans la loi de leur domicile, en l'occurrence le Québec [citation des articles 563 à 565 C.c.Q.] ».

16. *Loi assurant la mise en œuvre de la convention sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale*, précitée, note 2.

En cas d'adoption internationale, la portée de l'article 568 C.c.Q. n'est pas évidente. En effet, il découle de la seconde exigence qu'il faut savoir *selon quelle loi* apprécier la validité du consentement¹⁷. En situation internationale, la loi gouvernant les questions de consentement ne peut être que celle du *domicile de l'adopté*, selon l'article 3092 al. 1 C.c.Q.¹⁸.

Ainsi, dans une affaire jugée en 2001¹⁹, la Cour du Québec applique la loi new-yorkaise du domicile de l'adopté pour passer outre au consentement du père qui s'opposait à l'adoption, loi selon laquelle ce consentement n'était pas nécessaire si le père n'avait pas exercé son droit de garde et n'avait pas communiqué avec l'enfant depuis six mois.

Mais si l'on admet que le consentement doit être valablement donné en respectant la loi du milieu d'origine de l'adopté, pour faire respecter son autorité et éviter les conflits futurs, jusqu'où la loi (normalement étrangère) gouvernant la validité, donc indirectement *l'objet*, du consentement, va-t-elle étendre son domaine ? Comprend-il les conditions que les *adoptants* devraient remplir, selon sa conception, comme l'exigence d'un mariage hétérosexuel ou de différence d'âge ? Inclut-il les effets de l'adoption, si la loi du domicile de l'adopté n'admet que l'adoption simple ?

Ces règles posent en fait le problème de la portée de la soumission par l'art. 3092 al. 1 C.c.Q. du consentement à la loi du domicile de l'adopté dans trois hypothèses : premièrement, lorsque la loi du domicile de l'adopté ne connaît pas l'adoption ou l'interdit, deuxièmement, lorsqu'elle l'admet en prévoyant des conditions relatives à l'adoptant plus exigeantes que celles de la loi du domicile de l'adoptant et, troisièmement, lorsqu'elle crée des effets différents de ceux de la loi du domicile de l'adoptant.

La jurisprudence québécoise est actuellement partagée sur la portée exacte qu'il y a lieu de donner à cette obligation de respecter le consentement des parents naturels. On comprend le souci des juges d'assurer ce respect au moins en ce qui concerne

17. De même, il faut savoir de quelle loi tirer les « règles » concernant le consentement à l'adoption dont traite l'article 574 C.c.Q.

18. Voir *C. B. et Directeur de la protection de la jeunesse du Centre jeunesse de Montréal*, C.Q., Montréal, 525-43-004332-058, le 4 juillet 2005, AZ-50327796, J.E. 2005-1589, l'honorable Ann-Marie Jones, par. 15.

19. *P..., M..., [2001] R.D.F. 940 (C.Q.)*, l'honorable Ginette Durand-Brault.

leurs propres droits. Mais lors de la modification des règles en 2006, une tendance jurisprudentielle s'était dessinée qui interprétait les dispositions québécoises dans un sens favorable à l'adoption internationale. Elle était passée d'abord par une *interprétation large du sens de l'expression* « loi du domicile » de l'adopté, en y voyant le système juridique de ce lieu, incluant les coutumes et les décisions, ce qui permettait de considérer que cette loi était plus permissive en matière d'adoption qu'il ne le semblait (1). Elle s'était exprimée alternativement par une *limitation de l'objet du consentement*, dont la validité doit respecter cette loi du domicile de l'adopté, *en en excluant les conditions de* l'adoption relative aux adoptants (2) *et ses effets* (par. 2). La réforme de 2006, inspirée par la Convention de La Haye de 1993, modifie en partie certaines de ces solutions et favorise moins l'adoption internationale, ce qui reflète la tendance en ce sens imposée par la Convention de 1993²⁰.

1. *Loi applicable à l'admission de l'institution de l'adoption*

Comment le consentement à l'adoption des parents naturels, donné en pays musulman par exemple, en violation de la loi de leur domicile (celle de l'enfant), qui, par hypothèse, ne connaîtrait pas l'adoption, serait-il « valide » ?

Ainsi, M. le Juge Allary dans *Droit de la famille – 1904*²¹, ne s'est pas seulement demandé si les consentements donnés à l'étranger étaient conformes à la loi de l'enfant, mais s'il s'agissait bien de consentements à une adoption « tel qu'on l'entend en droit québécois ». L'analyse de la preuve de la loi marocaine montrait en l'espèce que l'« adoption » en cause était en fait une *kafala*, sorte de remise de garde, alors que l'adoption au sens où nous l'entendons est interdite en droit musulman traditionnel. Le juge en conclut, à bon droit, que ce qui avait été accordé au Maroc n'était pas une adoption au sens du droit civil québécois et que, par conséquent, les autorités marocaines, qui devaient donner le consentement dans le cas d'un enfant abandonné, ne pouvaient consentir réellement à l'adoption telle que nous l'entendons.

20. Voir la section 3.

21. [1994] R.D.F. 167 (C.A.), p. 172.

De même, dans l'affaire *A.B.M.*²², il s'agissait d'une décision de tutelle rendue au Pakistan, pays où la loi musulmane traditionnelle n'admet pas l'adoption, au sujet d'un enfant domicilié en ce lieu lors de la décision, mais qui avait ensuite été emmené au Québec par ses tuteurs, au lieu de leur domicile. Le Directeur de la Protection de la jeunesse et le Procureur général du Québec s'opposaient à une requête en ordonnance de placement de l'enfant au Québec au motif que les consentements à l'adoption et l'adoptabilité de l'enfant ne pouvaient être conformes à la loi de son domicile puisque le Pakistan ne connaît pas l'adoption.

Dans cette affaire, cependant, la Cour a accepté d'ordonner le placement en tenant compte du fait que, si la loi pakistanaise n'admettait pas l'adoption, néanmoins il existait une *coutume* pakistanaise de rendre une ordonnance de tutelle permettant au tuteur d'amener l'enfant en dehors du Pakistan afin d'y obtenir une adoption étrangère, décision qui serait ensuite reconnue au Pakistan. Ainsi, selon la Cour, le droit pakistanaise admettait l'adoption.

Dans le même sens, dans *Droit de la famille – 2906*²³, en l'absence d'une loi formelle sur l'adoption et sur l'adoptabilité des enfants cambodgiens, la Cour du Québec a admis la preuve établissant qu'il existait un processus sous l'autorité du gouvernement du Cambodge tenant lieu de loi régissant la forme ou les conditions ou modalités du consentement ou d'admissibilité à l'adoption.

Cette interprétation large de la « loi » du domicile aux fins des articles 568 et 3092 C.c.Q. est l'un des éléments d'une solution favorable à l'adoption internationale, notamment lorsque le pays de l'adopté, a priori, ne semble pas connaître l'adoption. En l'absence d'une telle coutume ou d'un tel processus, le consentement à l'adoption ne serait pas valide puisqu'il violerait la loi du domicile de l'adopté. On ne pourrait donc pas prononcer d'ordonnance de placement au Québec parce qu'on violerait l'article 568 C.c.Q.

Le même problème se retrouve au plan des conditions que doit remplir l'adoptant québécois.

22. [2002] R.J.Q. 1161 (C. Q.).

23. [1998] R.D.F. 370 (C. Q.), l'honorable O. d'Amours.

2. Loi applicable aux conditions relatives aux adoptants

En principe, c'est la loi québécoise du domicile de l'adoptant qui doit seule indiquer les conditions que doit remplir l'adoptant québécois. Toutefois, l'adoption ne sera valide au Québec que si le *consentement* des parents biologiques ou des autorités aura été *valablement* donné, selon la loi de leur domicile. Or, dans bien des droits, seule une personne célibataire ou un couple marié peut adopter à l'exclusion, par exemple, d'un couple de même sexe. Le pays d'origine peut donc fixer des critères que doivent respecter les adoptants nationaux ou étrangers s'ils veulent adopter un enfant de ce pays. Si la loi étrangère les qualifie de conditions d'« adoptabilité »²⁴, ce qui les soumettrait à la loi (étrangère) du domicile de l'adopté, un juge québécois n'aurait aucune hésitation à les placer dans celles que les *adoptants* devraient remplir, ce qui les soumettrait, en principe, devant un juge québécois, à la loi du domicile de l'adoptant (à la loi québécoise qui permet l'adoption par un couple de même sexe).

Toutefois, on pourrait opposer, lors de l'ordonnance de placement de l'enfant au Québec, en vertu de l'article 568 C.c.Q. (ou lors de la reconnaissance d'une décision d'adoption étrangère, selon l'article 574 C.c.Q.), que le *consentement* des parents biologiques, ou de l'autorité compétente pour donner ce consentement, n'a pas été respecté puisque celui-ci dépend de la loi de leur domicile (art. 3092 al. 1 C.c.Q.) et qu'il est difficile d'admettre qu'il aurait été *valablement* donné au profit de conjoints de même sexe en violation de la loi des parents biologiques. Même si, *matériellement*, ce consentement a été donné, en toute connaissance de cause, encore faut-il qu'il soit *valable* (art 568 C.c.Q.). Donc, à moins de découvrir dans cette loi une règle spécifique précisant qu'ils peuvent valablement consentir à une adoption internationale dans des circonstances différentes de l'adoption interne, un tel consentement ne sera pas valide selon la loi (étrangère) de leur domicile.

Ainsi, dans l'affaire *Droit de la famille – 3696*²⁵, le problème se posait de la violation par l'adoptant d'une condition de la loi du domicile de l'adoptée. Selon la loi guinéenne, l'adoptant devait

24. Voir ainsi en droit vietnamien l'article 36 du *Décret n° 68 du 10 juillet 2002* qui qualifie comme condition d'*adoptabilité* d'un enfant les conditions suivantes : « L'enfant peut être adopté par une personne seule ou par un couple marié. Le couple marié doit se composer de deux personnes de sexe opposé ».

25. [2000] R.D.F. 777 (C. Q.).

avoir quinze ans de plus que l'adoptée, ce qui n'était pas le cas. Le conflit se présentait entre l'exigence de respect des règles relatives au consentement des parents naturels et une règle de conflit implicite en droit québécois, soumettant les conditions de l'adoptant à la loi (québécoise) de son domicile. Le juge a affirmé que les conditions de l'adoptant ne faisaient pas partie de celles se rattachant au consentement ou à l'admissibilité à l'adoption dont l'article 574 C.c.Q. est censé vérifier le respect. Il a donc limité l'*objet* du consentement aux conditions touchant les parents naturels.

Cette interprétation restrictive se défend. Mais on peut lui opposer l'argument que le consentement doit être *valide* (article 568 C.c.Q.), ou, selon l'article 574 C.c.Q., qu'il faut que les *règles* relatives à ce consentement soient respectées. Or, le droit guinéen ne permettait pas que le requérant à l'adoption puisse le faire, donc ne semblait pas pouvoir permettre que l'on consente à quelque chose d'illégal selon la loi guinéenne.

Pourtant, il s'agissait en l'espèce, non pas d'un conflit de lois mais d'une requête en reconnaissance d'un jugement guinéen qui faisait expressément référence à cette violation et qui avait quand même admis l'adoption ! La décision québécoise n'énonce pas le motif sur lequel le tribunal étranger se fonde pour admettre quand même l'adoption en violation de son droit interne. Peut-être a-t-il alors créé dans le droit guinéen une règle matérielle spécifique pour l'adoption internationale. En tout cas, le tribunal québécois était justifié d'admettre que, en conformité avec l'art. 574 C.c.Q. (présentant des exigences analogues sur ce point avec l'article 568 C.c.Q.), *les règles* (d'origine judiciaire) *de la loi du domicile des parents naturels* relatives à leur consentement *avaient été respectées*. On ne pouvait ici être plus exigeant que le tribunal étranger.

En pratique, toutefois, cette position limitant le domaine du consentement va se heurter à la réglementation adoptée depuis 2006. En effet, les adoptions internationales (hors Convention de La Haye) doivent maintenant passer en principe par le biais des organismes agréés par le ministre, en vertu de la *Loi sur la protection de la jeunesse*²⁶, qui, selon un arrêté²⁷, prévoit dans son article 16 :

26. L.R.Q., c. P-34.1.

27. Arrêté sur l'agrément d'organismes en adoption internationale, R.Q. c. P-34.1, r. 0.03.

L'organisme doit transmettre au ministre une copie des documents établissant les termes de sa collaboration avec les institutions publiques ou privées de l'État d'origine visé. Les termes de cette collaboration doivent respecter la législation applicable au Québec et dans l'État d'origine.

On peut en déduire que ces organismes devront faire respecter les exigences de sélection des candidats adoptants des pays d'origine (couple marié, etc.).

Cependant, exceptionnellement, une personne peut procéder à une adoption sans passer par un organisme, en vertu de l'*Arrêté concernant l'adoption, sans organisme agréé, d'un enfant domicilié hors du Québec par une personne domiciliée au Québec*²⁸. Mais celui-ci prévoit très clairement que les candidats adoptants doivent respecter les règles du Québec (art. 568 C.c.Q. etc.) et les règles du pays du domicile de l'adopté. Son art. 3 énonce en effet (nous soulignons) :

Le candidat à l'adoption doit faire la preuve au ministre de la Santé et des Services sociaux qu'il rencontre les critères et conditions déterminés par le présent arrêté ainsi que par les dispositions applicables au Québec et dans l'État d'origine de l'enfant.

Les articles 6 et 10 du même arrêté sont au même effet. Ainsi l'art. 10 énonce (nous soulignons) :

Le ministre reçoit la demande du candidat à l'adoption qui désire adopter sans passer par un organisme agréé et vérifie si elle est recevable en application du présent arrêté et des dispositions applicables au Québec et dans l'État d'origine de l'enfant.

C'est donc l'application cumulative des lois en cause et la compétence de la loi du domicile de l'adopté *sur les conditions et critères relatifs aux adoptants* que ces dispositions consacrent. On peut en déduire que la politique se reflétant dans les règles actuelles du code civil québécois n'est pas fondamentalement favorable à l'adoption internationale. Cette attitude de grande précaution vis-à-vis de la loi d'origine de l'adopté quant aux questions de consentement et d'admissibilité à l'adoption s'explique par le domaine important donné en droit québécois à la loi de l'adoptant sur les effets de l'adoption.

28. R.Q. c. P-34.1, r. 0.02.

Par. 2- Loi applicable aux effets de l'adoption

En ce qui concerne les *effets* de l'adoption, on trouve aussi des conflits de conceptions. Certains pays admettent une adoption simple, qui ne rompt pas le lien de filiation avec les parents biologiques de manière à permettre à l'enfant adopté de leur succéder. D'autres pays admettent l'adoption plénière, entraînant une rupture de ces liens biologiques, comme au Québec. La France admet les deux types d'adoption. De plus, certains États admettent que les parents biologiques, l'adopté ou les parents adoptifs peuvent demander la cessation ou la révocation de l'adoption, ce qui semble impensable dans d'autres.

Alors que les effets de la filiation par le sang seront régis par la loi du domicile de l'enfant, ceux de l'adoption dépendent de celle du domicile de l'adoptant en application de l'art. 3092 al. 2 C.c.Q.

Dans le contexte actuel où l'enfant adopté est normalement domicilié à l'étranger, avant son adoption par un adoptant québécois, le réalisme voulait ici que la loi du « futur » domicile de l'enfant, celle du domicile de l'adoptant, gouverne les effets de l'adoption : effet plénier, etc. Il s'agit sur ce point de faire prévaloir les intérêts de celui-ci plutôt que ceux des parents naturels, dont les intérêts sont en principe sauvegardés par la compétence de la loi de leur domicile sur le consentement à l'adoption, en vertu du premier alinéa de l'art. 3092 C.c.Q.

Mais la frontière n'est pas si aisée à tracer entre le domaine des deux règles.

A. La portée de la soumission du consentement des parents naturels à la loi de leur domicile en matière d'effets de l'adoption

La question du respect ou de la validité du consentement des parents naturels, qui pose celle de l'objet exact de ce consentement, touche aussi la loi applicable aux *effets* de l'adoption au Québec, ainsi que ceux découlant de la reconnaissance au Québec d'une décision d'adoption étrangère.

En vertu de l'article 3092 al. 2 C.c.Q., si l'adoptant domicilié au Québec veut adopter un enfant domicilié à l'étranger, les effets de l'adoption prononcée au Québec sont régis par la loi québécoise.

En application de celle-ci, l'adoption met fin à tout lien avec la famille biologique (adoption plénière, consacrée à l'article 577 C.c.Q.)²⁹. Mais lorsque des parents biologiques domiciliés à l'étranger consentent à l'adoption, se rendent-ils compte de l'effet définitif de l'adoption au Québec ? Il n'est pas sûr que leur consentement soit éclairé : consentir à la création d'un lien de filiation (adoption simple) avec les adoptants n'est pas automatiquement consentir à la rupture du lien entre l'enfant et les parents naturels (adoption plénière). S'ils consentent à l'adoption sans comprendre que son effet en vertu de la loi québécoise, applicable au Québec, sera différent de celui qui résulterait de la loi de leur domicile, on ne respecte pas vraiment leur consentement.

C'est la raison pour laquelle, dans un arrêt (*Protection de la jeunesse* – 898³⁰), où il s'agissait non pas d'un conflit de lois mais d'une requête en reconnaissance d'une décision étrangère, le tribunal a refusé de reconnaître un jugement d'adoption simple du Bénin (pays dont la loi connaît aussi l'adoption plénière), au motif :

Conférer à toute adoption simple prononcée à l'étranger les effets de l'adoption au Québec serait faire fi du consentement à l'adoption dont le tribunal doit vérifier le respect (art. 574 et 3092 C.c.Q.)

De plus, même s'ils consentent à cette adoption plénière, alors que le droit de leur domicile n'admet que l'adoption simple, ce consentement, bien que *donné*, ne le serait *pas valablement* d'après la loi de leur domicile.

Toutefois, on peut soutenir une position stricte selon laquelle *l'objet du consentement exclut tous les effets de l'adoption*. C'est en substance le raisonnement tenu par la Cour du Québec dans le jugement *Droit de la famille* – 2954³¹, rendu en 1998 (avant les modifications de 2006). Le juge y a reconnu un jugement d'adoption du Cameroun, alors que les parents furent informés des effets de l'adoption en droit québécois, au motif :

29. Cette règle est complétée par l'article 581 C.c.Q., énonçant, au sujet des décisions étrangères d'adoption : « La reconnaissance d'un jugement d'adoption produit les mêmes effets qu'un jugement d'adoption rendu au Québec à compter du prononcé du jugement d'adoption rendu hors du Québec ».

30. [1997] R.J.Q. 1806 (C.Q.).

31. [1998] R.J.Q. 1317 (C.Q.).

[...] si la Cour est saisie d'une demande en reconnaissance d'un jugement d'adoption, elle n'a pas à s'assurer de la similitude des effets entre les deux lois [...] car, en cette matière, le législateur n'a pas opté pour le cumul des deux lois applicables [...], mais plutôt privilégié l'application de la loi du domicile des adoptants.

Dans le cas d'un jugement étranger d'adoption simple, lui donner les effets au Québec d'un jugement d'adoption plénière concerne bien sûr au premier plan les adoptants, en créant un lien de filiation adoptive. Mais la question touche aussi les parents naturels puisqu'elle implique une rupture du lien de filiation naturelle.

Pour cette raison, et conformément notamment à l'art. 27 al. 1 de la Convention de La Haye de 1993 sur l'adoption³², l'article 568 al. 1 C.c.Q. a été modifié par une loi de 2004, en vigueur depuis février 2006.

B. La condition de l'art. 568 C.c.Q. relative au consentement à une adoption plénière

Avant 1987, le Code civil exigeait, pour reconnaître une adoption effectuée à l'étranger, qu'elle ait pour effet la création d'un lien de filiation qui réponde aux normes québécoises. Pour-

32. L'art. 27 énonce : « 1) Lorsqu'une adoption faite dans l'État d'origine n'a pas pour effet de rompre le lien préexistant de filiation, elle peut, dans l'État d'accueil qui reconnaît l'adoption conformément à la Convention, être convertie en une adoption produisant cet effet, a) si le droit de l'État d'accueil le permet ; et b) si les consentements visés à l'article 4, lettres c et d, ont été ou sont donnés en vue d'une telle adoption ». L'art. 4, lettres c et d, de la Convention, dispose : « Les adoptions visées par la Convention ne peuvent avoir lieu que si les autorités compétentes de l'État d'origine : [...] c) se sont assurées 1) que les personnes, institutions et autorités dont le consentement est requis pour l'adoption ont été entourées des conseils nécessaires et dûment informées sur les conséquences de leur consentement, en particulier sur le maintien ou la rupture, en raison d'une adoption, des liens de droit entre l'enfant et sa famille d'origine, 2) que celles-ci ont donné librement leur consentement dans les formes légales requises, et que ce consentement a été donné ou constaté par écrit, 3) que les consentements n'ont pas été obtenus moyennant paiement ou contrepartie d'aucune sorte et qu'ils n'ont pas été retirés, et 4) que le consentement de la mère, s'il est requis, n'a été donné qu'après la naissance de l'enfant ; et d) se sont assurées, eu égard à l'âge et à la maturité de l'enfant, 1) que celui-ci a été entouré de conseils et dûment informé sur les conséquences de l'adoption et de son consentement à l'adoption, si celui-ci est requis, 2) que les souhaits et avis de l'enfant ont été pris en considération, 3) que le consentement de l'enfant à l'adoption, lorsqu'il est requis, a été donné librement, dans les formes légales requises, et que son consentement a été donné ou constaté par écrit, et 4) que ce consentement n'a pas été obtenu moyennant paiement ou contrepartie d'aucune sorte ».

tant le Secrétariat à l'adoption allait plus loin que le texte du Code. Il ne se contentait pas de l'établissement d'un lien de filiation, qui pouvait bien être créé par une adoption simple, mais il s'opposait catégoriquement à toute adoption dans un pays où elle ne mettait pas fin à tout lien avec la famille d'origine. De cette façon, on ne pouvait pas se reprocher d'entraîner des parents étrangers dans une situation qu'ils n'avaient pas envisagée. Mais en 1987, le Code a été modifié³³ pour supprimer cette exigence.

S'appuyant sur les solutions de la Convention de La Haye de 1993, assez peu favorables à l'adoption, la position tenue par le Secrétariat à l'adoption a finalement triomphé puisque l'article 568 al. 1 C.c.Q. a été modifié à nouveau par une loi datant de 2004, et rappelons qu'il se lit désormais de la manière suivante (nous soulignons) :

Avant de prononcer l'ordonnance de placement, le tribunal s'assure que les conditions de l'adoption ont été remplies et, notamment, que les consentements requis ont été valablement donnés ***en vue d'une adoption qui a pour effet de rompre le lien préexistant de filiation entre l'enfant et sa famille d'origine.***

Il s'agit donc depuis 2006 d'*ajouter* une condition touchant le consentement des parents naturels qui devraient maintenant accepter *matériellement* une *adoption plénière* comme celle du Québec. Ainsi, en vertu de l'art. 568 C.c.Q., *l'objet du consentement couvre cet effet* de l'adoption, alors qu'il devrait être régi par la loi du domicile de l'adoptant en application de 3092 al. 2. Comme ce consentement dépend de la loi du domicile de l'adopté (art. 3092 al. 1), il faut vérifier que *cette loi* accepte que l'adoption ait pour effet une adoption plénière. Si ce n'est pas le cas, le consentement, *même donné*, n'est *pas valable* : il doit respecter la loi du domicile de l'adopté et si cette loi n'accepte pas cet effet, alors l'adoption ne serait pas possible au Québec. En ce qui concerne la reconnaissance des décisions étrangères, l'article 574 C.c.Q. énonce la même exigence et peut aussi entraîner un refus pour le même motif.

C'est le résultat auquel la Cour du Québec est parvenue dans la récente affaire *Adoption – 106*³⁴. La cour a refusé de reconnaître

33. *Loi concernant l'adoption et modifiant la Loi sur la protection de la jeunesse, le Code civil et le Code de procédure civile*, L.Q. 1987, c. 44.

34. C.Q., 705-43-000902-084, 16 mars 2010, 2010 QCCQ 2040, AZ-50617344, J.E. 2010-647, l'honorable Normand Bonin.

une décision d'adoption haïtienne en qualifiant la rupture du lien de filiation découlant de l'effet plénier de l'adoption comme une question relevant à la fois des effets de l'adoption et du consentement des parents naturels, qui devait donc respecter la loi de leur domicile³⁵. Comme le juge a considéré que la loi haïtienne n'admettait pas l'adoption plénière, il en a déduit que le consentement effectivement donné, s'il était valide, ne pouvait avoir été donné en vue d'une adoption impliquant une rupture du lien de filiation. Ceci justifiait un refus de reconnaissance fondé sur l'article 574 C.c.Q.

Quant à sa portée, cette modification législative, traduisant une acceptation de la position jurisprudentielle de l'arrêt *Protection de la jeunesse* – 898, supprime un moyen utilisé jusqu'à présent par la jurisprudence québécoise pour favoriser l'adoption internationale : *restreindre* le domaine de la loi du domicile *en limitant l'objet du consentement* des parents naturels, en excluant ainsi les *effets de l'adoption*.

Cependant, cette modification n'écarte pas la position jurisprudentielle qui considère que les *conditions* de l'adoption *relatives aux adoptants* sont exclues de l'objet du consentement – dont la validité devrait être soumise à la loi (étrangère) du domicile de l'adopté, en vertu de l'art. 3092 al. 1 C.c.Q. – et doivent donc être exclusivement régies par la loi (québécoise, en général) du domicile de l'adoptant (art. 3092 al. 2 C.c.Q.). La cohérence n'y trouve pas vraiment son compte, ce qui n'est pas étonnant si l'on considère les multiples modifications contradictoires subies par les dispositions en cause. Toutefois, en pratique, cette dernière tendance jurisprudentielle se heurte à la réglementation influencée par les dispositions applicables en cas d'adoption soumise au régime de la Convention de 1993, respectant mieux la cohérence, mais qui produisent une réglementation assez défavorable à l'adoption internationale.

On retrouve cette même inspiration en cas de changement de domicile de l'enfant, situation nommée « conflit mobile » par la doctrine.

35. *Ibid.*, par. 54.

Par. 3- Conflit mobile en matière d'adoption

Comme toute règle de conflit de lois, l'art. 3092 C.c.Q., ainsi que les règles matérielles en matière d'adoption internationale (art. 563 et s. C.c.Q.), ne peuvent s'appliquer qu'en cas de conflit de lois en situation internationale, notamment si l'adopté est domicilié à l'étranger³⁶.

Au plan théorique, puisque l'art. 3092 C.c.Q. donne compétence à la loi du domicile de l'adopté (al. 1) pour les questions de consentement et d'admissibilité à l'adoption, et à celle du domicile de l'adoptant (al. 2), pour celles relatives aux effets de l'adoption, ces règles doivent être interprétées si le domicile des personnes en cause a changé au cours du temps et désignent successivement des systèmes juridiques dont les dispositions sont incompatibles (problème dit du « conflit mobile »).

En pratique, la question touche la situation où des adoptants québécois (ou étrangers) obtiennent à l'étranger, au lieu du domicile de l'adopté, un jugement de tutelle, puis changent le domicile de ce dernier, comme la tutelle le leur permet, afin de venir prétendre au Québec qu'il ne s'agit pas d'une adoption internationale, pour éviter l'application des règles québécoises sur ce sujet, étant donné que l'adopté est domicilié au Québec au moment de l'adoption.

Ainsi, dans l'affaire *Droit de la famille – 3403*³⁷, la Cour d'appel a accepté de procéder à l'adoption internationale au Québec d'enfants sujets à des décisions marocaines de *kafala* (sorte de tutelle). Les adoptants prétendaient que, puisqu'ils avaient eu l'accord des autorités marocaines pour amener les enfants en dehors du Maroc, donc pour changer leur domicile, celui-ci était devenu celui de leurs tuteurs, situé au Québec et, en conséquence, il fallait écarter l'application des dispositions québécoises sur l'adoption internationale, puisqu'il s'agissait d'enfants désormais domiciliés au Québec. La Cour d'appel a refusé de suivre ce raisonnement³⁸. Elle a repris la décision de la Cour supérieure, affir-

36. *Adoption (En matière d')*, [2006] R.J.Q. 2286, [2006] R.D.F. 897 (C.Q.). Voir le par. 30.

37. [2000] R.J.Q. 2252, [2000] R.D.F. 624 (C.A.).

38. En l'espèce, elle a considéré que la loi marocaine connaissait l'adoption, avec des « effets » différents de ceux du droit québécois (pas de rupture de lien de filiation avec les parents naturels, à la différence de l'adoption plénière du Québec), et que les consentements donnés établissaient l'adoptabilité des enfants conformément

mant d'abord que, si le domicile actuel était bien devenu le Québec, puisque la tutelle attribuée par les jugements marocains permettait de changer ce domicile, néanmoins, ce changement ne devait « pas avoir d'effet en matière d'adoption » et précisant que « [l]e domicile des enfants au sens de la loi québécoise en matière d'adoption est celui de son pays d'origine »³⁹. La Cour d'appel suit ce raisonnement en décidant de ne pas tenir compte du domicile actuel pour les fins de l'adoption⁴⁰. Elle a ainsi implicitement affirmé que le conflit mobile créé par les adoptants pour frauder les règles québécoises sur l'adoption internationale devait être réglé en concrétisant le facteur de rattachement de l'article 3092 al. 1 C.c.Q. *avant le changement de domicile découlant de la décision de tutelle*.

La Cour du Québec a suivi cette règle dans l'affaire *A.B.M.*⁴¹ (une décision de tutelle pakistanaise d'un enfant domicilié au Pakistan dont nous avons déjà traité au sujet de la loi applicable à l'admission de l'institution de l'adoption)⁴². Comme l'enfant avait été emmené par ses tuteurs au Québec, lieu de leur domicile, les adoptants soutenaient que le domicile de l'enfant était maintenant aussi le Québec depuis deux ans et qu'il ne fallait pas appliquer l'article 3092 C.c.Q. puisqu'il s'agissait d'une adoption interne. La Cour du Québec a bien admis que la décision pakistanaise avait permis de changer le domicile de l'adopté, mais elle a considéré que celui dont il fallait tenir compte pour les fins de l'adoption était le domicile antérieur à la décision de tutelle.

Au contraire, dans une affaire d'adoption plus récente, en 2006⁴³, M^{me} la juge Nicole Bernier considère qu'une adoption, demandée par des parents adoptifs domiciliés en Algérie lors d'un jugement de *kafala* (tutelle légale), mais au Québec lors des procédures en adoption, pour une enfant dont le domicile avait aussi changé avec celui des adoptants, ne devait pas être soumise aux

à la loi marocaine de leur domicile. Selon la cour, on pouvait donc procéder aux ordonnances de placement et à l'adoption au Québec. La cour ignore toutefois le fait que la *kafala* ne crée pas de lien de filiation avec les parents « adoptifs », ce qui disqualifie définitivement cette institution de la catégorie « filiation adoptive ».

39. *Droit de la famille* – 3403, C.Q., Salaberry-de-Valleyfield, 760-43-000115-98, 6 août 1998, AZ-50066934, l'honorable Jean Gravel.

40. *Ibid.* au n° 51 « Je ne suis donc pas d'avis qu'on puisse invoquer le domicile actuel des enfants pour prétendre que l'adoption doive se faire en ignorant les règles relatives à l'adoption internationale ».

41. *A.B.M. (Dans la situation d')*, [2002] R.J.Q. 1161, [2002] R.D.F. 475 (C.Q.).

42. Dans cette même section, par. 1 (A) 1.

43. *Adoption (En matière d')*, précité, note 36.

dispositions québécoises sur l'adoption internationale puisqu'il s'agissait d'une adoption devenue interne.

Elle précise d'abord ainsi le sens de la règle jurisprudentielle énoncée différemment mais plus généralement (« domicile d'origine ») dans l'affaire *Droit de la famille – 3403* (nous soulignons) :

En matière d'adoption, le domicile d'un enfant étranger est son domicile *au moment où les procédures d'adoption sont valablement enclenchées*⁴⁴.

Ensuite, elle entreprend de qualifier la décision étrangère de *kafala* et la considère, à juste titre, non comme une adoption, puisque la *kafala* ne crée pas de lien de filiation, mais comme une décision de tutelle. En l'espèce, la tutelle ayant été donnée en Algérie alors que les parents et l'enfant y étaient domiciliés, la cour considère qu'il fallait « lui donner effet sans qu'il soit nécessaire de le faire reconnaître judiciairement »⁴⁵. Elle en déduit le droit des parents adoptifs de changer le lieu du domicile de l'enfant, qui était devenu le Québec lors du début des procédures en adoption. Par conséquent, il s'agissait d'une adoption interne.

Pour justifier sa solution contraire à celle obtenue par la Cour d'appel dans l'affaire *Droit de la famille – 3403*⁴⁶, tout en respectant la règle que cette cour avait énoncée, la Cour supérieure devait distinguer la situation de l'espèce de celle traitée par la Cour d'appel. Elle explique alors que dans les affaires antérieurement jugées, les parents adoptants étaient domiciliés au Québec lors des jugements de *kafala* (ou de tutelle), au contraire de la situation en cause. En conséquence, il n'y avait en l'espèce aucune manœuvre de leur part tendant à frauder les dispositions québécoises sur l'adoption internationale, à la différence des affaires antérieures.

L'un des motifs sous-jacents à ce raisonnement est que la qualification de la *kafala* donnée dans cette affaire diffère de celle donnée par la Cour d'appel. Dans la mesure où la *kafala*, comme il

44. *Ibid.*, par. 31.

45. *Ibid.*, par. 41. Cette affirmation est discutable. Si la pratique correspond à cette proposition, qui est aussi la solution (juridique, cette fois) de la Convention de La Haye de 1993, néanmoins, en dehors du régime conventionnel, la reconnaissance « de plein droit » est exclue en cas de contestation.

46. Précité, note 37. Dans cette espèce la solution avait été la compétence de la loi du domicile d'origine qui interdisait l'adoption.

se doit, n'est pas considérée comme une adoption, *le processus d'adoption proprement dit ne débute qu'au Québec, par hypothèse*, et non dans le pays étranger où l'adoption est interdite. Si l'on fixe à cette date le moment où l'on doit concrétiser le facteur de rattachement du domicile des parents adoptifs ou de l'adopté, comme l'a fait M^{me} la juge Nicole Bernier, il sera normalement toujours au Québec et l'on pourra systématiquement faire fi de la loi étrangère. En conséquence, la règle énoncée par la Cour d'appel et reprise par la cour dans cette affaire ne peut véritablement jouer que si l'on y joint une condition d'absence de fraude à la loi québécoise, comme l'a estimé M^{me} la juge Nicole Bernier en 2006.

On peut trouver indirectement le fondement de cette justification – la condition d'absence de fraude à la loi – dans l'article 3082 C.c.Q., la clause échappatoire⁴⁷.

Section 2- Reconnaissance des décisions étrangères d'adoption

En matière d'adoption internationale, des conditions supplémentaires à celles de l'art. 3155 C.c.Q. existent pour reconnaître une décision étrangère d'adoption⁴⁸.

Certaines découlent des textes du Code. D'autres proviennent d'interprétations jurisprudentielles récentes et très discutables. Mais tout ceci concourt à faire ressembler l'adoption internationale à un authentique « parcours du combattant », ce qui ne fait rien évidemment pour la favoriser.

47. De fait, M^{me} la juge invoque aussi cette disposition, mais dans un autre contexte, pour écarter la loi algérienne et désigner la loi québécoise (*ibid.*, par. 58 et 66).

48. Dans *Droit de la famille – 2954*, [1998] R.J.Q. 1325, M. le Juge O. D'Amours les énonçait ainsi en 1998 : « La cour s'assure qu'il s'agit d'une décision en matière d'adoption, que la décision a été rendue judiciairement, que les règles relatives au consentement ou à l'admissibilité à l'adoption de l'enfant ont été respectées selon la loi de son domicile, que la demande en reconnaissance de jugement est dans l'intérêt de l'enfant, et enfin, que les conditions et étapes d'adoption de l'adoptant ont été respectées ». Toutefois, l'art. 574 a été modifié en 2006 et ajoute la condition que « les consentements ont été donnés en vue d'une adoption qui a pour effet de rompre le lien préexistant de filiation entre l'enfant et sa famille d'origine ». Aussi, l'énoncé de l'honorable juge n'est plus complet.

**Par. 1- Conditions énoncées dans les articles 563,
564 et 574 C.c.Q.**

D'abord, préalablement à l'adoption, les adoptants domiciliés au Québec doivent avoir subi une évaluation psychosociale (art. 563 C.c.Q.) et avoir effectué en principe leurs démarches par l'intermédiaire d'un organisme agréé par le ministre de la Santé et des Services sociaux (art. 564 C.c.Q.).

De plus, l'art. 574 C.c.Q., dans sa version actuelle, ajoute trois autres conditions au régime général de l'art. 3155 C.c.Q., lorsqu'il prévoit :

Le tribunal appelé à reconnaître une décision d'adoption rendue hors du Québec s'assure que les règles concernant le consentement à l'adoption et l'admissibilité à l'adoption de l'enfant ont été respectées et que les consentements ont été donnés en vue d'une adoption qui a pour effet de rompre le lien préexistant de filiation entre l'enfant et sa famille d'origine. [...] La reconnaissance peut, pour des motifs sérieux et si l'intérêt de l'enfant le commande, être accordée bien que l'adoptant ne se soit pas conformé aux dispositions des articles 563 et 564. Cependant, la requête doit être accompagnée d'une évaluation psychosociale.

Pour entrer dans le domaine de l'art. 574 C.c.Q., il faut donc d'abord prouver que la décision étrangère est bien une adoption, c'est-à-dire une décision *qui crée un lien de filiation*. Ceci exclut catégoriquement des institutions comme la *kafala* des droits musulmans, qui n'en créent aucun. Ainsi, dans *Re Z... Z... E....*⁴⁹, la Cour du Québec refuse à juste titre pour ce motif de reconnaître une décision algérienne de *kafala*, malgré une qualification en sens contraire effectuée par la Cour d'appel dans l'affaire *Droit de la famille – 3403* (il ne s'agissait pas de reconnaissance d'une décision étrangère, mais d'une ordonnance de placement au Québec)⁵⁰. De même, dans l'affaire *Adoption – 08581*⁵¹, la cour refuse de considérer qu'une décision marocaine de *kafala* équivalait à une adoption⁵².

49. [2006] R.D.F. 193 (C.Q.), l'honorable Ginette Durand-Brault.

50. *Droit de la famille – 3403*, précité note 37. La preuve était contradictoire dans cette affaire, notamment en raison des traductions des documents marocains.

51. *Adoption – 08581*, C.Q., 505-43-001961-075, 13 mai 2008, 2008 QCCQ 14414, AZ-50566000, l'honorable Robert Proulx.

52. Voir aussi : *A c. Québec (Procureur général)*, [2007] R.D.F. 528 (CS) (reconnaissance d'une ordonnance de *kafala* du Maroc).

Peuvent cependant bénéficier des règles sujettes à la reconnaissance des adoptions étrangères non seulement les décisions judiciaires, mais aussi les décisions *administratives* étrangères, à condition « qu'il s'agisse véritablement d'une décision d'adoption conforme aux lois du pays en question et non d'une simple attestation que l'une des conditions de l'adoption ait été rencontrée »⁵³.

Il faut ensuite « que les règles concernant le consentement à l'adoption et l'admissibilité à l'adoption de l'enfant ont été respectées ». Cette condition implique de faire respecter la loi (étrangère, en principe) du domicile de l'adopté⁵⁴, puisqu'en situation internationale, c'est cette loi qui gouverne ces questions en vertu de l'art. 3092 C.c.Q. Il s'agit d'une exception à l'art. 3157 C.c.Q., qui interdit de tenir compte de la loi appliquée au fond dans la décision étrangère pour la reconnaître. Nous avons déjà envisagé les problèmes que cette exigence implique dans la première section de cette étude : ils sont identiques en ce qui concerne la reconnaissance des adoptions étrangères⁵⁵.

Depuis 2006, il faut enfin prouver que « les consentements ont été donnés en vue d'une adoption qui a pour effet de rompre le lien préexistant de filiation entre l'enfant et sa famille d'origine ». Il s'agit de s'assurer que l'adoption plénière du droit québécois, qui découlera de l'application de l'art. 581 C.c.Q., a bien été matériellement autorisée par les parents naturels.

Dans le cas particulier où les adoptants n'ont pas respecté les conditions des art. 563 ou 564 C.c.Q., le dernier alinéa de l'art. 574 prévoit qu'à condition qu'une évaluation psychosociale accompagne la requête (même si elle n'a pas été faite avant l'adoption), le tribunal dispose d'un pouvoir discrétionnaire de reconnaître quand même la décision étrangère qu'il doit exercer selon deux critères : s'il existe un motif sérieux pour le faire et « si l'intérêt de l'enfant le commande ».

Ainsi, dans l'affaire *Adoption – 08581*⁵⁶, la Cour du Québec refuse de reconnaître un jugement marocain de *kafala* parce que

53. *Adoption (En matière d')*, C.Q., 200-43-000053-062, 2 novembre 2006, 2006 QCCQ 11567, AZ-50398659, J.E. 2007-16, l'honorable Alain Turgon, par. 31 ; voir C. LAVALLÉE, *loc. cit.*, note 3, par. 23-24 ; A. ROY, *op. cit.*, note 1, n° 117, p. 103-104.

54. Voir ainsi : *C. B. et Le Directeur de la Protection de la Jeunesse du Centre jeunesse de Montréal*, précité, note 18 (par. n° 15).

55. Nous renvoyons aux développements dans la section 1 (Par. 1, B) sur ce point.

56. Précité, note 49. Voir aussi *Adoption – 106*, précité, note 34.

les requérants, domiciliés au Québec, n'avaient pas prouvé que les conditions de l'art. 574 avaient été respectées. En effet, il n'avait pas été démontré que les consentements avaient été donnés en vue d'une adoption qui a pour effet « de rompre le lien préexistant entre l'enfant et sa famille d'origine », puisque la loi du domicile marocaine interdit l'adoption et que la *kafala* ne rompt pas le lien de filiation avec les parents naturels. De plus, la requête n'était pas accompagnée d'une évaluation psychosociale et la preuve présentée par le requérant ne permettait pas de définir quel était le meilleur intérêt de l'enfant. La Cour ne pouvait donc pas appliquer le troisième alinéa l'article 574 pour utiliser l'exemption qui y est prévue.

La cour affirme aussi que l'intérêt de l'enfant, consacré à l'art. 33 C.c.Q., est central à l'analyse de l'art. 574, mais ne saurait systématiquement permettre de violer la loi⁵⁷. Elle précise que « l'obtention de la citoyenneté canadienne par ces enfants n'est pas ici un critère applicable à la détermination du meilleur intérêt des enfants »⁵⁸.

Dans la même perspective, dans *Droit de la famille – 2275*⁵⁹, la Cour du Québec refuse de reconnaître un jugement d'adoption haïtien pourtant conforme aux conditions de l'art. 574 C.c.Q. L'adoptant invoquait qu'il était dans l'intérêt de l'enfant, qui se trouvait déjà au Canada, de le faire pour stabiliser son statut. En l'espèce, l'adoptant avait changé d'avis après le jugement et voulait se voir reconnaître le statut de père *uniquement afin de l'abandonner et de consentir à l'adoption de l'enfant par une autre famille*, qui l'avait déjà accepté. La cour refuse de rendre une décision de « complaisance » et « d'ignorer la lettre et l'esprit des dispositions législatives gouvernant l'adoption ». Elle considère...

[...] qu'il n'est pas dans l'intérêt de cet enfant, [...] de le déclarer fils d'un homme qui ne veut pas l'adopter, qui ne l'a jamais rencontré et ne veut pas le rencontrer. [...] L'intérêt de cet enfant commande certes la stabilité, mais pas au mépris des conditions prévues par la loi québécoise ni à celui des faits qui démontrent ce qui est véritablement recherché par le requérant. La régularisation du statut de cet

57. *Adoption – 08581*, *ibid.* ; voir aussi *C... B... et Le Directeur de la Protection de la Jeunesse du Centre jeunesse de Montréal*, précité, note 18 ; *Adoption – 09186*, C.Q., 550-43-000046-072, 2 juin 2009, J.E. 2009-1920, 2009 QCCQ 909, l'honorable Michel Seguin.

58. *Ibid.*, par. 40.

59. [1995] R.D.F. 821 (C.Q.), l'honorable Michel DuBois.

enfant ne passe pas par l'étape de l'obtention d'une « adoption simulée ».

Au contraire, dans une affaire datant de 2002⁶⁰, M. le juge Oscar d'Amours refuse de recevoir une demande de désistement de deux requêtes en reconnaissance d'adoptions jamaïcaines, au motif qu'il était dans l'intérêt des adoptés, au Québec depuis deux ans, de reconnaître ces décisions étrangères. L'adoptante aurait voulu faire reconnaître une décision d'adoption pour un enfant mais pas pour ses deux frères, qu'elle avait pourtant auparavant adoptés en Jamaïque.

À propos du critère du motif sérieux de l'art. 574 C.c.Q., dans une affaire datant de 2002⁶¹, M^{me} la juge Nicole Bernier a refusé d'y inclure l'ignorance de la loi et a donc refusé de reconnaître un jugement d'adoption haïtien alors que les conditions des art. 563 et 564 n'avaient pas été respectées. Elle y affirme qu'il s'agit évidemment d'une question de fait, dépendant des circonstances de l'espèce, mais elle précise⁶² :

[30] [...] afin de déterminer l'existence de motifs sérieux en vertu de l'article 574 C.c.Q., il faudra non seulement prendre en considération les raisons du non respect des articles 563 et 564 C.c.Q., mais également les conséquences de la décision sur l'enfant concerné. [...]

[36] [...] le paragraphe 574(3) C.c.Q. constitue une exception au respect des conditions prévues à la loi, et doit, par conséquent, être interprété de façon stricte [...] Une interprétation trop libérale pourrait créer une brèche dans le mécanisme de protection des enfants impliqués dans des processus d'adoption et même avoir pour effet de sanctionner des abus.

Dans l'arrêt *Droit de la famille – 3696*⁶³, M. le juge Oscar d'Amours accepte de reconnaître une adoption de Guinée alors que les conditions des articles 563 et 564 C.c.Q. n'avaient pas été respectées, au motif, qu'il considère sérieux, que l'adoptant, frère aîné de l'adoptée, avait endossé des obligations de chef de famille dans la conception guinéenne de la loi du domicile de l'adoptée.

60. *M. Godman et le Directeur de la protection de la jeunesse Batshaw*, C.Q., Montréal, 525-43-002484-000, 13 juin 2002, J.E. 2003-142, l'honorable Oscar d'Amours.

61. *Y.E. (Dans la situation d')*, [2002] R.D.F. 1050, l'honorable Nicole Bernier ; voir aussi *Adoption – 09186*, précité, note 57.

62. *Ibid.*, par. 30 et 36.

63. [2000] R.D.F. 777.

Par. 2- Conditions jurisprudentielles : compétence du tribunal québécois fondée sur le domicile au Québec des adoptants lors de l'adoption à l'étranger

La jurisprudence semble avoir ajouté une autre condition : selon certains arrêts, il faudrait vérifier la compétence directe du tribunal québécois (selon l'art. 3147 C.c.Q., probablement) ce qui se traduit par une exigence que l'enfant ou le demandeur soit domicilié au Québec (lors de la requête en reconnaissance). Dans le cas d'adoption d'un enfant domicilié à l'étranger, il faudra donc que le demandeur soit domicilié au Québec. Toutefois, l'art. 3141 C.c.Q. pourrait élargir cette compétence au domicile de toute personne concernée. De plus, exceptionnellement, l'art. 3140 C.c.Q. pourrait aussi donner cette compétence en cas d'urgence ou d'inconvénient sérieux si l'adopté se trouve au Québec et s'il s'agit de le protéger. On peut encore envisager que la compétence découle des articles 3139 C.c.Q. ou même 3136 C.c.Q.

Cette même jurisprudence est cependant allée plus loin. Elle a exigé que les requérants *soient domiciliés au Québec lors de la décision d'adoption étrangère*.

Dans *C.C. et Directeur de la protection de la jeunesse*⁶⁴, la Cour du Québec était saisie d'une requête en reconnaissance d'un jugement d'adoption rendu en 2003 en Roumanie à propos d'un enfant domicilié dans ce pays. Les adoptants venaient de Roumanie et étaient domiciliés au Québec au moins depuis l'an 2000. Ils avaient fait leurs démarches eux-mêmes, mais n'avaient pas respecté l'art. 563 C.c.Q. parce que l'évaluation psychosociale avait eu lieu *après le prononcé de l'adoption*. Le directeur de la protection de la jeunesse, mis-en-cause, soulève ce problème. M. le juge François Godbout se demande quel droit est applicable à la requête en reconnaissance du jugement d'adoption. Il énonce alors⁶⁵ :

Toute personne qui veut faire reconnaître judiciairement au Québec un jugement d'adoption prononcé à l'étranger doit être domiciliée au Québec (articles 563 et 565 C.c.Q.)

64. *C. C. et V. C. et le Directeur de la protection de la jeunesse*, C.Q., Montréal, 525-43-004041-045, 18 octobre 2004, AZ-50278674, l'honorable François Godbout.

65. *Ibid.*, par. 14.

Considérant, à juste titre, que les requérants étaient domiciliés au Québec en 2003, lors du prononcé du jugement roumain d'adoption, il applique les conditions de l'art. 3155 et de l'art. 574 C.c.Q. Le consentement à l'adoption et le respect des conditions d'admissibilité étaient prouvés. Le juge utilise la discrétion que lui donne le troisième alinéa de l'art. 574 C.c.Q., disposant que *pour des motifs sérieux et si l'intérêt de l'enfant le commande*, la reconnaissance peut être accordée même si l'art. 563 n'a pas été respecté, et reconnaît l'adoption roumaine.

La solution donnée ne se prête pas à la critique. Néanmoins, la cour énonce ici une condition nouvelle à la reconnaissance d'une adoption internationale que rien ne justifie et qui est contraire à l'ouverture internationale que le codificateur a adoptée en matière d'effet de décisions étrangères. Le raisonnement consiste apparemment à considérer que *toutes* les règles relatives à l'adoption internationale, celles des articles 563, 565, 574 C.c.Q., mais aussi de l'art. 3155 C.c.Q., sont un *bloc* monolithique dont l'application est déclenchée par le domicile au Québec de *l'adoptant*. Si l'art. 563 C.c.Q. suppose effectivement que les adoptants sont domiciliés au Québec, l'art. 565 C.c.Q. *ne prévoit pas cette condition*. Il permet et impose de faire reconnaître une décision étrangère d'adoption *sans la limiter au cas où l'adoptant est domicilié au Québec*. D'ailleurs, le titre du paragraphe 5 du chapitre II du Code relatif à l'adoption ne prévoit comme condition que le domicile de *l'adopté* à l'étranger. Il y a là, à notre avis, une confusion qu'il faut absolument dénoncer. Sa portée serait *de refuser à des personnes domiciliées à l'étranger la reconnaissance au Québec d'une adoption parfaitement valide* et à la limiter à des Québécois.

C'est précisément à ce résultat injustement discriminatoire que mènent deux autres décisions.

Dans *C.T. et J.G. et le Directeur de la protection de la jeunesse*⁶⁶, la Cour du Québec, le 8 octobre 2004, dans une décision rendue oralement, puis motivée par écrit, refuse de reconnaître un jugement français d'adoption d'un enfant roumain, au bénéfice de deux Québécois apparemment domiciliés en France lors du

66. *C.T. et J.G. et le Directeur de la protection de la jeunesse*, C.Q., Montréal, 525-43-004023-046, 8 octobre 2004, AZ-50297421, B.E. 2005BE-279, l'honorable Michèle Lefebvre.

jugement. Elle énonce le texte des articles 563 à 565 C.c.Q. et affirme⁶⁷ :

[8] Il apparaît clairement à la lecture de l'article 563, qu'afin que ces dispositions trouvent application, les requérants doivent être domiciliés au Québec au moment d'entreprendre des démarches d'adoption d'un enfant qui lui, se trouve domicilié hors du Québec. [...]

[10] Dans le cas qui nous occupe, nous l'avons dit, l'adoption de l'enfant a été complétée alors que les adoptants et l'enfant étaient tous domiciliés en France, et cette adoption a produit les effets prévus à la loi française.

[11] Les dispositions du Code Civil du Québec ne trouvent donc pas application et le Tribunal n'a aucune juridiction pour se prononcer sur cette demande.

On retrouve dans ces motifs l'erreur que nous avons signalée. L'article 565 C.c.Q. n'est pas soumis à la limite de l'art. 563 C.c.Q. Cette liaison entre les deux dispositions s'explique peut-être en raison d'un manque de distinction, dans l'esprit de la cour, entre la question de la compétence législative québécoise (563 C.c.Q.) et celle de la compétence juridictionnelle du tribunal québécois, qui est implicitement touchée par l'art. 565 C.c.Q. À cet égard, la dernière affirmation du tribunal, selon laquelle il n'aurait « aucune juridiction pour se prononcer sur cette demande », nous semble significative : puisqu'en l'espèce, les adoptants étant « retournés » au Québec lors de la requête en reconnaissance qui avait pour but de donner le statut de résident permanent à leur enfant, il est clair que l'art. 3147 al. 2 C.c.Q. donnait compétence juridictionnelle au tribunal québécois puisqu'ils étaient domiciliés au Québec. Donc la cour ne s'est pas vraiment penchée sur la question de la compétence juridictionnelle⁶⁸.

Par ailleurs, si la cour voulait consciemment créer en ce domaine une liaison entre les deux sortes de compétences, ce que nous ne croyons pas, elle nous ramènerait à une théorie territorialiste courante... au Moyen-Âge. De nos jours, seuls quelques domaines impératifs permettent de justifier une compétence juridictionnelle exclusive en raison de la matière⁶⁹.

67. *Ibid.*, par. 8, 9 et 10.

68. En droit interne, la Cour supérieure n'a pas compétence en matière d'adoption : cette compétence revient à la Cour du Québec ; voir sur ce sujet : *A c. Québec (Procureur général)*, précité, note 52 (notamment au par. 61).

69. Voir les articles 3165, 3151 et 3129 C.c.Q.

Dans le même sens, la Cour du Québec en 2005⁷⁰ a refusé de reconnaître un jugement d'adoption prononcé en Côte d'Ivoire pour plusieurs motifs. Elle a considéré que le jugement étranger n'aurait pas dû être rendu en ce sens étant donné que les deux adoptants étaient divorcés, alors que la loi locale demandait qu'ils soient mariés. Ceci frôle de près la révision au fond, pourtant interdite par l'art. 3158 C.c.Q. Mais les autres motifs sont plus sérieux. La Cour affirme que l'art. 574 C.c.Q. n'était pas respecté car le consentement de l'adopté, qui avait 17 ans, ne semblait pas avoir été donné lors de l'adoption, même si ceux des parents avaient été donnés et si l'adopté avait donné le sien postérieurement au jugement. Surtout, la cour, se fondant sur les deux décisions précédentes⁷¹, affirme⁷² :

[...] les articles 563 à 565 C.c.Q. ne s'appliquent que dans les cas où les personnes désirant adopter sont domiciliées au Québec et veulent adopter un enfant domicilié hors du Québec. Si les adoptants étaient domiciliés en Côte-d'Ivoire, les articles 563 à 565 C.c.Q. ne s'appliquent pas à leur situation et le tribunal n'a pas juridiction pour reconnaître le jugement rendu le 5 octobre 1999 en Côte-d'Ivoire. [...] Ces dispositions s'appliquent à l'égard de personnes domiciliées au Québec et non aux étrangers ayant adopté un enfant dans leurs pays d'origine. [...] Dans le cas qui nous occupe, force est de conclure que le tribunal ne peut reconnaître le jugement rendu en Côte-d'Ivoire étant donné que les adoptants, ou du moins l'un d'entre eux, n'étaient pas domiciliés au Québec en octobre 1999.

La cour reprend donc la même position erronée et inopportune. Elle insiste sur la question de la compétence juridictionnelle, ce qui est étonnant car, en principe, cette question ne se pose pas au stade de la reconnaissance d'une décision étrangère. On peut vraiment se demander s'il n'y aurait pas confusion dans ce raisonnement entre la question de la compétence juridictionnelle et celle de la loi applicable au fond.

Il ne nous semble pas pertinent de poser la question de la compétence spécifique du tribunal québécois pour reconnaître un

70. *C. B. et Le Directeur de la Protection de la Jeunesse du Centre jeunesse de Montréal*, précité, note 18.

71. *C.T. et J.G. et le Directeur de la protection de la jeunesse*, précité, note 66 ; *C. C. et V. C. et le Directeur de la protection de la jeunesse*, précité, note 64. Voir aussi, citant la décision du 8 octobre 2004 : *Adoption – 09186*, précité, note 57, par. 12.

72. *Ibid.*, par. 22, 23 et 26.

jugement étranger d'adoption⁷³. L'art. 3155 C.c.Q. est la disposition du Code civil qui impose en principe à l'autorité du Québec de donner effet à une décision étrangère et l'art. 785 C.p.c. prévoit que la demande est faite par requête introductive d'instance. Comme pour n'importe quel autre type de requête, cette compétence découle en conséquence des règles *internes* normales. En effet, la nature ou le but même de l'action implique cette compétence, qui est même exclusive : il s'agit de donner effet *au Québec*, et nulle part ailleurs, à une décision étrangère ! Le lien est si gros qu'on ne le voit pas. Si un tribunal québécois n'était pas compétent, on ne voit pas quel tribunal étranger le serait...

Même si, dans un excès de zèle mal placé, on invoque l'art. 3147 al. 2 C.c.Q. pour vérifier que l'adoptant (ou l'adopté) est domicilié au Québec lors de la requête pour donner compétence au tribunal québécois sur la requête en reconnaissance, on ne voit pas ce qui autorise un tribunal à exiger, en plus, que le domicile des adoptants soit au Québec *lors de la requête en adoption présentée à l'étranger* ! Une telle fermeture à l'international est absolument contraire à la nouvelle politique d'ouverture, en faveur des décisions étrangères, adoptée lors de la réforme du Code civil. D'ailleurs, en se contredisant, la cour se fonde ensuite sur l'art. 574 C.c.Q., *qui appartient au même ensemble de dispositions relatives à l'adoption internationale*, sans cette fois rappeler qu'elles devraient supposer, selon cette même logique, le domicile au Québec des adoptants lors de l'adoption à l'étranger. Rien n'empêche un tribunal québécois de reconnaître en vertu de l'art. 3155 C.c.Q., complété par l'art. 574 C.c.Q., une décision étrangère d'adoption rendue alors que les adoptants étaient domiciliés à l'étranger.

La seule explication que l'on puisse probablement avancer pour justifier cette exigence consiste à relever les particularités des règles relatives à l'adoption internationale. D'abord, si les adoptants ne se sont pas conformés à la législation québécoise, notamment les art. 563 et 564 C.c.Q., en principe (sous réserve du pouvoir discrétionnaire découlant de l'art. 574 al. 3 C.c.Q.) on ne reconnaîtra pas la décision étrangère. Il s'agit d'une exception à l'art. 3157 C.c.Q. *A contrario*, on semble donc exiger le respect de ces articles sans exception. Ceci voudrait implicitement dire que l'article 574 C.c.Q. ne joue qu'en considération de l'art. 563 C.c.Q.,

73. Sur ce débat sous l'ancien code, voir : G. GOLDSTEIN et J. TALPIS, *L'effet au Québec des jugements étrangers en matière de droits patrimoniaux*, Thémis, 1991, p. 91 à 93.

qui énonce expressément qu'il ne concerne que les adoptants domiciliés au Québec.

De plus, la reconnaissance entraînera obligatoirement les effets pléniers de l'adoption selon l'art. 581 C.c.Q., ce qui est contraire à l'art. 3158 C.c.Q. On peut en tirer un argument que pour imposer ces règles dérogatoires particulièrement interventionnistes et restrictives dans le processus de reconnaissance, il faut s'assurer qu'un lien étroit le lie au tribunal : il en sera ainsi si les adoptants sont domiciliés au Québec au début du processus, c'est à dire lors du prononcé de la décision d'adoption à l'étranger. Mais alors, on choisit aussi de ne pas reconnaître un autre type d'adoption, celles qui se sont entièrement déroulées à l'étranger sans la participation d'un adoptant québécois.

Même dans cette perspective, à notre avis, rien n'empêche de traiter ces dernières demandes tout en faisant respecter les articles 563, 564 et 574 C.c.Q., et en donnant à la décision étrangère l'effet prévu par l'art. 581 C.c.Q. Il n'est pas nécessaire d'argumenter que le tribunal québécois est alors sans aucune compétence pour le traiter, ce qui aboutit à un déni de justice.

Il est d'ailleurs possible que certains adoptants tentent d'utiliser cette condition comme une brèche introduite par la jurisprudence dans la législation québécoise. Dans une affaire datant de 2009⁷⁴, la Cour du Québec était saisie d'une requête introductive d'instance en jugement déclaratoire par laquelle des requérants désiraient faire reconnaître deux jugements d'adoption rendus en Pologne. Apparemment décidés à quitter le Québec en septembre 2005, lieu où ils étaient domiciliés, deux candidats adoptants « s'installent » à l'étranger (en conservant leur maison et leurs emplois au Québec...) et reviennent au Québec « pour des raisons économiques » en mai 2006 (7 mois plus tard). Entretemps, ils avaient obtenus deux jugements d'adoption en Pologne, dont ils demandent la reconnaissance au Québec *en invoquant qu'ils étaient domiciliés ailleurs qu'au Québec lors des adoptions, afin de faire déclarer qu'il s'agissait d'adoptions locales polonaises et non internationales*, pour échapper à l'application des art. 563 à 574 C.c.Q. La Cour du Québec semble admettre cette possibilité puisqu'elle affirme en citant la jurisprudence dont nous venons de traiter [nous soulignons] :

74. *Adoption* – 09186, précité, note 57.

S'il s'agit d'une adoption locale polonaise il est établi que la Cour n'a pas juridiction pour reconnaître ce jugement [...] qui aura d'ailleurs plein effet sur le statut des enfants [citation de la Loi sur la citoyenneté (L.R. 1985 ch. C-29) art. 5.1]⁷⁵ puisque les requérants ne seraient pas assujettis à la législation québécoise.

Dans cette affirmation catégorique, on retrouve une certaine liaison peu claire entre la loi applicable et le tribunal compétent. Toutefois, la cour ne tombe pas dans le panneau. Elle considère très justement que les requérants avaient conservé leur domicile au Québec lors des adoptions. Donc il s'agissait d'adoption « internationales » au sens restreint utilisé par cette tendance. Les dispositions québécoises n'ayant pas été respectées, la Cour refuse à juste titre de reconnaître ces adoptions polonaises.

À notre avis, du point de vue du tribunal québécois, même si les adoptants avaient été domiciliés en Pologne ou n'importe où ailleurs qu'au Québec lors de ces adoptions « locales polonaises », *il aurait toujours été question d'adoptions internationales* et, sous réserve de vérification éventuelle de la compétence du tribunal québécois, donnée par une disposition spécifique (3147 C.c.Q.) ou générale (3140, 3141 C.c.Q., etc.), il aurait aussi fallu vérifier le respect des articles 3155 et 574 C.c.Q. Mais on ne peut avancer de manière aussi catégorique qu'une adoption locale étrangère rend *automatiquement* incompétent un tribunal québécois pour la reconnaître, ni qu'il est indispensable que les requérants soient domiciliés au Québec lors de cette adoption étrangère pour pouvoir ensuite y demander sa reconnaissance. La reconnaissance au Québec des adoptions internationales n'est absolument pas réservée aux Québécois, pas plus que celle de n'importe quel autre type de décision.

Il faut souhaiter que la Cour d'appel intervienne pour mettre fin à cette tendance jurisprudentielle non fondée et contradictoire. Mais il est vrai que, de plus en plus souvent, ce régime québécois

75. Celui-ci dispose : « **5.1** (1) Sous réserve du paragraphe (3) [Adoptants du Québec], le ministre attribue, sur demande, la citoyenneté à la personne adoptée par un citoyen le 1^{er} janvier 1947 ou subséquemment lorsqu'elle était un enfant mineur. L'adoption doit par ailleurs satisfaire aux conditions suivantes : a) elle a été faite dans l'intérêt supérieur de l'enfant ; b) elle a créé un véritable lien affectif parent-enfant entre l'adoptant et l'adopté ; c) elle a été faite conformément au droit du lieu de l'adoption et du pays de résidence de l'adoptant ; d) elle ne visait pas principalement l'acquisition d'un statut ou d'un privilège relatifs à l'immigration ou à la citoyenneté ».

de reconnaissance d'adoptions étrangères devrait laisser la place à celui de la Convention de La Haye de 1993.

Section 3- Le régime de la Convention de La Haye du 29 mai 1993

La Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale a été signée par une soixantaine d'États mais n'est pas encore en vigueur dans tous ces États⁷⁶.

La convention est essentiellement un instrument de *coopération* pour laquelle elle crée un cadre institutionnel sous la forme d'autorités centrales. D'un côté, elle assure la protection aussi complète que possible des parties contre tout trafic ou toute pratique abusive et elle s'efforce d'assurer que l'adoption se déroule d'une façon telle qu'elle puisse être reconnue dans l'État d'accueil. D'un autre côté, l'intervention administrative est prépondérante et le système risque de subir les lenteurs bureaucratiques dont peuvent souffrir les administrations en présence.

Par. 1- *Domaine de la convention*

Quant au domaine de la convention, il est limité aux adoptions « établissant un lien de filiation » (art. 2.2). Des institutions telles que la *kafala* (jugement de tutelle qui ne crée pas de lien de filiation) en sont donc exclues. Ceci est logique : cette institution n'a pas pour but de créer une filiation adoptive. En revanche, la convention est applicable tant à l'adoption simple qu'à l'adoption plénière. Ce sont ces effets différents qui sont à l'origine d'un grand nombre de conflits de lois. Elle ne s'intéresse qu'aux adoptions *internationales* impliquant le déplacement de l'enfant de son pays d'origine vers celui où vit la famille d'adoption (art. 2.1). Le rattachement choisi est celui de la résidence habituelle de l'enfant et des futurs parents (art. 2.1). Malgré les dangers de conflit mobile et les difficultés de détermination qu'il peut poser, ce rattachement est opportun puisqu'il désigne la loi du pays où l'enfant vit habituellement.

76. En droit québécois, voir : A. ROY, *op. cit.*, note 1, n° 124 à 145 ; M. PROVOST, *loc. cit.* (CCH), note 1, ¶50-400.

Par. 2- Procédure conventionnelle d'adoption et répartition des compétences

L'article 14 de la convention impose aux personnes qui désirent adopter un enfant de s'adresser à l'Autorité centrale compétente de leur résidence habituelle ou aux organismes ou aux personnes agréées par cette Autorité (art. 22) : les parents québécois (sauf quelques cas exceptionnels prévus par un arrêté⁷⁷ : adoptions intrafamiliales, adoptions en provenance d'un État pour lequel il n'existe au Québec aucun organisme agréé ou créé ou autres circonstances exceptionnelles, comme le cas d'un enfant dont la santé est en danger) ne pourront plus effectuer seuls leurs démarches en respectant les conditions de la *Loi sur la protection de la jeunesse*, ce qui était autorisé jusqu'en février 2006 par l'article 564 C.c.Q.

Ainsi, du point de vue de l'adoptant, si un Québécois veut adopter, il s'inscrit auprès de l'organisme agréé par l'Autorité centrale dans cet État (le Secrétariat à l'Adoption Internationale pour le Québec) pour le pays concerné (par exemple à l'organisme agréé au Québec pour s'occuper des adoptions en Haïti) et passe avec lui un contrat de services. Cet organisme agréé lui indiquera la procédure à suivre et les conditions à respecter. Il devra respecter les exigences du droit québécois et notamment passer un examen psychosocial. Les autorités compétentes de l'État d'accueil doivent ensuite constater que les futurs parents adoptifs sont qualifiés et aptes à adopter (selon le droit québécois, art. 563 C.c.Q., évaluation psychosociale, etc.), qu'ils ont été entourés des conseils nécessaires et elles doivent assurer que l'enfant sera autorisé à entrer et à séjourner de façon permanente dans cet État (art. 5). Ces constatations seront consignées dans un rapport qui sera transmis aux autorités étrangères.

Du point de vue de l'adopté, la convention confie aux autorités compétentes de l'État d'origine la tâche d'établir que l'enfant est adoptable (selon la loi locale en principe, ou peut-être celle désignée par une règle de conflit, car la convention ne précise pas). Comme elle est fondée sur l'idée que les adoptions internationales doivent avoir lieu « dans l'intérêt supérieur de l'enfant et dans le respect des droits fondamentaux qui lui sont reconnus en droit

77. Arrêté concernant l'adoption, sans organisme agréé, d'un enfant domicilié hors du Québec par une personne domiciliée au Québec, précité, note 10.

international » (art. 1), parmi lesquels figure son intérêt *a priori* de ne pas être coupé de son milieu d'origine, l'autorité de ce lieu doit aussi constater qu'une adoption internationale répond à son intérêt « après avoir dûment examiné les possibilités de placement de l'enfant dans son État d'origine » (art. 4). Elles doivent aussi s'assurer que les personnes, institutions et autorités dont le consentement est requis l'ont dûment donné, librement, et dans les formes légales (obligatoirement par écrit), sans paiement de contrepartie d'aucune sorte. Elles doivent également voir à ce que l'enfant ait été consulté si son âge et sa maturité le permettent. L'État d'origine produit donc un *rapport* relatant tous ces faits et le transmet à l'État d'accueil ainsi qu'une proposition d'enfant qui sera transmise à l'adoptant par l'organisme agréé de son pays.

La convention s'attaque à un problème difficile lorsqu'elle précise que les personnes dont le consentement est requis doivent être « dûment informées sur les conséquences de leur consentement, en particulier sur le maintien ou la rupture, en raison d'une adoption, des liens de droit entre l'enfant et la famille d'origine »⁷⁸. Il faut rapprocher cette disposition de l'article 27 qui prévoit que la conversion d'une adoption simple en adoption plénière dans l'État d'accueil ne peut être faite que si les consentements ont été spécifiquement donnés en vue d'une telle adoption.

Les tâches des autorités compétentes de l'État d'origine et de l'État d'accueil sont ainsi respectivement régies par leur propre ordre juridique. On a donc l'impression que la convention consacre un système d'application distributive des lois en présence. Mais il s'agit de normes minimales⁷⁹. Les États d'origine et d'accueil sont libres d'imposer le respect de conditions supplémentaires. Rien n'empêche l'État d'accueil d'imposer des conditions relatives à l'enfant (santé, etc.), ni l'État d'origine d'exiger des conditions relatives aux parents adoptants (couple marié hétérosexuel, etc.).

À la suite de *l'échange de rapports*, selon l'art. 17c de la Convention, la procédure en vue de l'adoption se poursuivra *si les deux autorités centrales l'acceptent*. Dans de telles conditions, l'adoption envisagée devra pratiquement satisfaire à toutes les exigences imposées dans chacun des deux États, ce qui ne correspond pas à une application distributive des lois mais à une application

78. Article 4 c (1).

79. N. MEYER-FABRE, *loc. cit.*, note 1, p. 273.

cumulative, solution qui avait été écartée par le droit québécois parce que trop défavorable à l'adoption internationale.

Selon le cas et selon le pays concerné, ensuite, il y aura : a) soit *déplacement* de l'enfant à adopter au Québec, à la suite par exemple d'un jugement de tutelle ou d'une autre décision d'autorisation d'emmener l'enfant à l'étranger dans le pays d'origine, puis *ordonnance de placement* suivie d'une *décision d'adoption québécoise* selon l'art. 568 C.c.Q., soit b) *décision d'adoption* dans le pays étranger, suivi du *déplacement* de l'enfant au Québec puis *reconnaissance de plein droit* (extrajudiciaire) de cette décision étrangère au Québec.

Dans le premier cas, le juge québécois devra vérifier que les conditions de la Convention ont été respectées. Par hypothèse, cette condition sera remplie puisque sinon les administrations n'auront pas donné leur approbation à ce que la procédure se poursuive selon l'art. 17c.

Dans le second cas, pour autant que l'adoption ait été « certifiée conforme à la convention par l'autorité compétente de l'État contractant où elle a eu lieu » (art. 23), la Convention impose une reconnaissance de plein droit (art. 23), sans nécessité de reconnaissance judiciaire (à la différence du droit commun). La décision étrangère ne pourra être conforme à la Convention que si l'autorité centrale de l'État d'origine s'est assurée de l'accord des parents naturels (art. 17). Pour l'Autorité du pays d'accueil (Secrétariat à l'adoption internationale ou Cour du Québec, si le Secrétariat saisit la Cour en cas de doute sur la validité du certificat, etc.) la seule raison de refuser une adoption serait qu'elle soit manifestement contraire à l'ordre public de l'État où la reconnaissance est demandée « compte tenu de l'intérêt supérieur de l'enfant » (art. 24).

Par. 3- Effets de l'adoption selon la convention

Quant aux effets de l'adoption, l'article 26 énumère le minimum : l'adoption doit établir un lien de filiation entre l'enfant et ses parents adoptifs, la responsabilité parentale des parents adoptifs et la rupture du lien préexistant de filiation entre l'enfant et sa mère et son père si l'adoption produit cet effet dans l'État contractant où elle a eu lieu. Si tel est le cas, l'enfant doit jouir dans l'État d'accueil et dans tout autre État contractant des droits équiva-

lents à ceux résultant d'une adoption produisant cet effet dans chacun de ces États et le même article 26 précise que ces dispositions ne portent pas atteinte à l'application de toute disposition plus favorable à l'enfant en vigueur dans l'État contractant qui reconnaît l'adoption.

L'article 26 ne précise pas ce qu'il arrive lorsque l'adoption rompt les liens entre l'enfant et sa famille d'origine dans l'État d'origine, mais que l'État d'accueil, à la différence du Québec, ne connaît pas l'adoption plénière ou connaît une adoption plénière qui, tout en mettant fin au lien par le sang, comporte certaines possibilités de révocation. Il faut croire qu'étant donné la coopération entre les autorités centrales, de telles adoptions n'auront pas lieu.

Mais dans tous les cas concernant le Québec, il en résultera une décision d'adoption *plénière* au Québec. En effet, la décision québécoise d'adoption aura directement cet effet selon la loi québécoise (applicable en vertu de l'article 3092 al. 2 C.c.Q.). S'il s'agit d'une décision d'adoption étrangère, celle-ci soit aura ce même effet selon la loi qui lui aura été appliquée à l'étranger, soit elle ne l'aura pas. Mais il y aura alors *conversion* de cette décision étrangère d'adoption simple en adoption plénière selon l'art. 27 de la Convention. Cette révision au fond ne pose pas de problème moral puisque, par hypothèse (sinon il y aura eu blocage administratif auparavant), le consentement des parents naturels aura été donné en toute connaissance de cause à la rupture du lien de filiation naturelle. C'est la raison pour laquelle le droit québécois a modifié ses règles en 2006 pour ne permettre que des adoptions internationales dans lesquelles les consentements à ce type d'adoption ont été donnés.

Par. 4- La portée de l'art. 3092 C.c.Q. dans le cadre de la Convention de La Haye

Cette convention n'uniformise pas les règles de conflit des États concernés et les situations dans lesquelles ces règles continuent à jouer ne sont pas clairement déterminées.

Chaque Autorité va vérifier le respect des normes qui lui sont attribuées par la convention selon la loi qu'elle considère applicable selon son droit international privé, ou, simplement, par le droit local, qui sera le droit de la résidence de l'enfant pour l'État d'origine et celui de la résidence des adoptants pour l'État d'ac-

cueil. Ainsi, les articles 568 et 3092 C.c.Q. pourraient conserver une place dans ce cadre conventionnel dans le cas d'une ordonnance de placement au Québec qui y serait suivie d'une adoption. Diverses situations sont donc envisageables.

1. Si le jugement d'adoption a lieu dans le pays d'origine, le juge saisi devrait appliquer ses règles de conflit touchant les divers aspects de l'adoption, c'est-à-dire les conditions relatives à l'enfant, aux parents naturels et aux adoptants, ainsi que les effets de l'adoption. Or, il est possible que ce tribunal doive appliquer à ces questions, selon ses règles de conflit, des lois qui ne sont pas celles que chaque administration a jusqu'à présent suivies selon la répartition de la convention. Par exemple, le tribunal brésilien, saisi d'une adoption d'un enfant brésilien par des Français résidents et domiciliés au Québec, devrait faire régir les conditions touchant l'enfant brésilien et ses parents naturels par la loi brésilienne, si sa règle de conflit prévoit la compétence de la loi nationale à ce sujet, et par la loi française pour les adoptants s'il s'agit d'adoptants français qui résident au Québec, si sa règle de conflit prévoit aussi la compétence de la loi nationale des parents adoptants quant aux conditions qu'ils doivent remplir. Mais, sur ce même sujet, l'administration québécoise n'aura vérifié que le respect des conditions du droit *québécois* du domicile et de la résidence des adoptants. Donc, selon les circonstances et les preuves qui auront été apportées du respect en fait des conditions de la loi nationale en cause, il n'est pas certain que le jugement d'adoption au Brésil soit favorable. Mais il est probable qu'avant d'en arriver à ce stade, l'une des Autorités en cause invoque l'article 17 c) de la convention pour bloquer la procédure, comme elle en a le droit et il n'y aura aucune décision d'adoption à reconnaître.

2. Si l'autorité étrangère a certifié que l'adoption était conforme à la convention et qu'elle a eu lieu dans le pays d'origine, il est probable que les conditions de ce pays relatives aux adoptants ont été satisfaites. En tout cas, le Québec devra reconnaître l'adoption étrangère selon l'art. 23 de la convention qui l'impose (sauf si elle est manifestement contraire à l'ordre public de l'État où la reconnaissance est demandée « compte tenu de l'intérêt supérieur de l'enfant » (art. 24)).

3. Si l'administration étrangère donne son accord à l'adoption, en considérant que l'adoption est conforme à la convention mais que celle-ci a lieu au Québec, alors le tribunal québécois devra considérer que l'art. 568 C.c.Q. a été respecté puisqu'un

consentement aura été donné par hypothèse en considération d'une adoption plénière et que la « loi », au sens large, du domicile aura été respectée, en conformité avec l'article 3092 al. 1 C.c.Q., puisque cette décision administrative matérialise la position de ce droit sur ce sujet, et qu'il a donc validé ce consentement.

CONCLUSION

Les problèmes soulevés par ces adoptions internationales sont difficiles à résoudre puisqu'il faut s'efforcer, en même temps, d'assurer le mieux-être des enfants, d'écarter le « commerce » de certains intermédiaires sans scrupules, de permettre aux adoptants de réaliser leurs souhaits auprès d'un enfant et de respecter les volontés des parents naturels et des enfants adoptés.

Il semble ainsi bien difficile de contenter tout le monde et surtout d'affirmer sans hésitation quelle position défend mieux l'intérêt supérieur de l'enfant. On peut se demander si celui-ci ne passe pas par une évaluation casuelle de la situation, puisque, dans ce domaine, chaque règle générale risque d'entraîner son lot de drames particuliers. Pourtant, en droit québécois, la clause échappatoire de l'article 3082 C.c.Q. ne pourrait y trouver un domaine utile puisque son intervention ne dépend pas du contenu du droit applicable mais du lien étroit qui lie ou non le droit désigné à la situation en cause. De plus, l'absence de prévisibilité qui en résulterait, en plus des risques d'arbitraire, ne favoriserait pas l'adoption.

La sagesse consiste probablement à ne pas se bloquer par de grandes règles de conflit générales, peu adaptées aux drames concrets qu'elles peuvent entraîner. Il vaut mieux formuler un faisceau de règles plus précises en adoptant des catégories de rattachement à contenu limité, fortement orienté vers la solution concrète recherchée. Si elles présentent un certain risque de lenteur ou même d'arbitraire et bien qu'elles ne soient pas favorables à l'adoption internationale, on peut considérer que les règles conventionnelles de 1993 consacrent un refus de l'utilisation dogmatique de règles de conflit et reflètent au fond cette approche pragmatique⁸⁰, par le rôle qu'elles donnent aux administrations et par la coopération qu'elles envisagent.

80. Cf. H.P. GLENN, « Le droit international privé du divorce et de la filiation adoptive : un renversement de la méthodologie conflictuelle », (1988) 19 *R.G.D.* 359.

Les Troubles psychotiques induits par une substance en droit pénal canadien : analyse médicale et juridique d'un concept en pleine évolution

Hugues PARENT

Résumé

Dans cet article, l'auteur examine les Troubles psychotiques induits par une substance (psychose toxique) au point de vue médical et juridique. Au point de vue médical, tout d'abord, puisque malgré sa reconnaissance clinique, la psychose toxique demeure une maladie difficile à distinguer de l'Intoxication par une substance. Un examen des signes et des symptômes de la maladie s'avère donc essentielle à sa compréhension et à son diagnostic. Quant à son impact au point de vue juridique, l'auteur propose une étude des conséquences de cette maladie sur la responsabilité pénale (défense de troubles mentaux) et la détermination de la peine (circonstance aggravante, atténuante ou neutre).

Les Troubles psychotiques induits par une substance en droit pénal canadien : analyse médicale et juridique d'un concept en pleine évolution

Hugues PARENT*

PREMIÈRE SECTION :

Les Troubles psychotiques induits par une substance (psychose toxique) en médecine	107
--	-----

DEUXIÈME SECTION :

Les Troubles psychotiques induits par une substance en droit criminel	116
---	-----

Première sous-section : Les Troubles psychotiques induits par une substance en matière de responsabilité pénale	117
---	-----

Deuxième sous-section : les Troubles psychotiques induits par une substance en matière de détermination de la peine.	129
--	-----

* Professeur, Faculté de droit, Université de Montréal.

Lundi, 3 février 2009. Coup de théâtre. Le verdict vient de tomber. David Pelletier, ce jeune homme qui a provoqué une collision mortelle après avoir brûlé plusieurs feux rouges au volant de sa voiture à Longueuil en mars dernier, a été reconnu non criminellement responsable pour cause de troubles mentaux. Aussitôt la décision rendue, celle-ci provoqua surprise et indignation. Une personne, s'exclame un chroniqueur judiciaire bien connu, peut être acquittée d'une infraction criminelle pour avoir fumé trop de « pot ». L'explication est peut-être un peu courte, mais pas tout à fait inexacte. David Pelletier était effectivement sous l'effet du cannabis au moment des événements en question, mais aussi et surtout sous l'emprise d'idées délirantes qui l'empêchaient d'orienter intelligemment ses actions. C'est la psychose toxique ou *Trouble psychotique induit par une substance*. Cette maladie, qui se situe à la couture de l'intoxication et de la folie, et dont l'apparition dans les registres judiciaires remonte à plus d'une vingtaine d'années. Non reconnue à l'origine comme une maladie incapacitante, la psychose toxique figure désormais parmi les causes de non-responsabilité pénale. De là son importance. Malgré sa reconnaissance judiciaire – ou en raison d'elle –, la psychose toxique dérange. Son diagnostic, qui est consubstantiel de l'intoxication qui a donné lieu à son apparition, n'est ni simple ni facile. En effet, comment distinguer l'effet (psychose) de la cause (intoxication) ? Comment s'assurer que la conduite de l'individu est, pour reprendre les mots de Michel Foucault, « né[e] dans le déterminisme de sa seule folie »¹. « L'innocence du fou étant garantie par l'intensité et la force de son délire »², il importe de bien isoler la maladie des causes qui l'ont mise au monde. En plus des difficultés propres au diagnostic, la psychose toxique confronte directement le droit criminel dans ses assises philosophiques. Comme l'intoxication extrême, ce moyen de défense reconnaît l'irresponsabilité de celui qui s'est délibérément intoxiqué. C'est pourquoi les questions qui en découlent sont nombreuses. Quel est le statut de la personne souffrant de psychose toxique au Canada ? Quels sont les critères qui surplombent sa qualification ou sa disqualification juridique ? Quel est l'effet de ce diagnostic sur la peine envisagée ? Ce sont ces questions, et quelques-unes de leurs principales difficultés, que

1. Michel FOUCAULT, *Histoire de la folie à l'âge classique*, Paris, Gallimard, 1972, p. 539.

2. *Ibid.*

nous allons aborder dans le cadre de cette étude portant sur la psychose toxique en droit pénal canadien.

Pour ce faire, nous allons diviser notre analyse en deux parties distinctes. La première sera consacrée à la définition et aux critères diagnostiques de la psychose toxique en médecine, alors que la seconde portera, quant à elle, sur le traitement accordé à cette maladie en droit pénal canadien.

PREMIÈRE SECTION

Les Troubles psychotiques induits par une substance (psychose toxique) en médecine

Comme la définition d'une maladie se trahit à travers la constellation des signes qui l'expriment, c'est de ce côté qu'il faut commencer notre étude des *Troubles psychotiques induits par une substance* en médecine. Tout d'abord, qu'est-ce qu'une psychose toxique ? Comment distinguer, dans cette inextricable proximité de symptômes et de causes, ce trouble de l'intoxication qui a mené à son apparition ? Questions difficiles qui troublent encore aujourd'hui l'esprit de ceux qui s'y intéressent. D'après le *Manuel diagnostique et statistique des troubles mentaux*, le terme psychotique désigne la présence d'idées délirantes et/ou d'hallucinations prononcées³. Il s'agit, conformément à sa définition médicale, d'un trouble qui entraîne une rupture avec la réalité. De sorte que l'individu qui est sous l'emprise d'idées délirantes ou d'hallucinations n'est plus en mesure d'orienter intelligemment ses actions. C'est dans cet espace symbolique, dans cette ouverture sur l'irréel et la non-vérité, que se dessine l'unité morbide de la maladie. En effet, d'après l'Association américaine de psychiatrie, les caractéristiques du *Trouble psychotique induit par une substance* sont des « hallucinations ou des idées délirantes qui sont jugées être dues aux effets physiologiques directs d'une substance »⁴. La frontière entre la psychose toxique et l'*Intoxication par substance* étant mince, ce diagnostic s'imposera uniquement lorsque « les symptômes psychotiques excèdent ceux qui sont généralement associés au syndrome d'intoxication ou de sevrage »⁵. Cet excès symptoma-

3. ASSOCIATION AMÉRICAINE DE PSYCHIATRIE, *Manuel diagnostique et statistique des troubles mentaux*, 4^e éd., rév., Paris, Masson, 2003, p. 343.

4. *Ibid.*, p. 392.

5. *Ibid.*

tique s'exprime généralement à travers l'*ampleur du délire* et l'*espace temporel* qui le contient.

L'*ampleur du délire*, tout d'abord, car la présence d'idées délirantes, d'hallucinations ou d'illusions auditives, visuelles, olfactives ou tactiles pouvant également être observées lors d'une *Intoxication par substance* (p. ex. : intoxication à la cocaïne), seules les hallucinations qui se produisent en dehors d'une appréciation intacte de la réalité entraîneront un diagnostic de *Troubles psychotiques induits par une substance*⁶. « Une appréciation intacte de la réalité signifie que la personne sait que les hallucinations sont induites par la substance et ne représentent pas la réalité extérieure »⁷. Ce critère, qui est au cœur du partage entre la psychose toxique et l'*Intoxication par substance*, pose d'énormes difficultés aux tribunaux. La personne intoxiquée ayant tout avantage à nier sa connaissance que les hallucinations sont induites par la substance et ne représentent pas la réalité extérieure, les tribunaux s'attarderont davantage à la *durée du délire* et à sa *persistance* malgré le retrait de la substance en cause.

D'après l'Association américaine de psychiatrie, dans sa dernière édition du DSM-IV-TR, les *Troubles psychotiques induits par une substance* peuvent persister pendant des jours, des semaines ou davantage après le retrait de la substance en cause⁸. Sans exclure totalement la possibilité d'un *Trouble psychotique induit par une substance*, il est évident que la suppression des symptômes psychotiques à la suite de la disparition de la substance intoxicante militera en faveur d'un diagnostic d'*Intoxication par substance avec perturbations des perceptions*. En sens contraire, des idées délirantes ou des hallucinations qui persistent malgré le retrait de la substance en cause laisseront présager la présence d'un facteur interne, d'un trouble d'ordre psychologique. Sur ce point, « on a rapporté que des agents tels que les amphétamines, la phencyclidine et la cocaïne pourraient déclencher des états psychotiques temporaires qui peuvent parfois persister pendant des semaines ou davantage malgré le retrait de l'agent en cause et un traitement neurologique. Ces états peuvent être initialement difficiles à distinguer de *Troubles psychotiques non induits par des*

6. *Ibid.*, p. 395.

7. *Ibid.*, p. 274.

8. *Ibid.*, p. 394.

substances »⁹. En effet, d'après le Dr Louis Morissette dans l'arrêt *R. c. D.P. (Pelletier)* :

Au moment des événements du 4 mars 2008 vers 19 heures, monsieur était en perte de contact avec la réalité : son état mental était gravement perturbé par la présence d'une pathologie grave qui limitait de façon importante sa capacité à juger et apprécier les gestes qu'il posait (conduite automobile et délit de fuite).

Son jugement était gravement perturbé par cette pathologie mentale (psychose toxique) : il analysait mal la situation autour de lui, il ressentait des perceptions anormales.

Il est très possible que cette pathologie mentale ait été induite par l'utilisation régulière et en quantité importante de haschich. Il est possible aussi que cette pathologie soit en lien avec l'apparition chez lui d'une maladie schizophrénique qui débute (et pour laquelle il ne prenait plus régulièrement la médication).

Peu importe l'origine de cette pathologie, au moment des événements de mars 2008, son jugement était gravement perturbé par la présence chez lui d'une maladie mentale grave en phase active, en phase aiguë (psychose toxique).¹⁰

Malgré la persistance des *Troubles psychotiques induits par une substance*, l'observation des idées délirantes au-delà d'une période de plus d'un mois laisse présager habituellement la présence d'un *Trouble psychotique primaire*¹¹.

En ce qui concerne, par ailleurs, l'étiologie ou les causes de la maladie, celle-ci découle généralement d'une intoxication aux substances suivantes : alcool, cannabis, cocaïne, amphétamines,

9. *Ibid.*

10. *R. c. D.P.*, [2009] J.Q. (Quicklaw) n° 1252 (C.Q.), paragr. 25. Voir également les commentaires du psychiatre John Wolwertz au paragr. 21 de la décision : Dans son expertise du 21 avril 2008, le psychiatre John Wolwertz écrivait à la page 3 :

« Au cours des entrevues que j'ai eues avec lui, il a tenu un discours farfelu, incongru, montrant un contact avec la réalité précaire. Il s'est montré projectif, paranoïde, disant entendre des voix, sa propre voix. Il a fait allusion à de fausses reconnaissances. Confronté avec la grave accusation portée contre lui et le résultat dramatique, il a prétendu que la victime avait subi un coma éthylique dont elle était sortie, c'est pourquoi il avait l'intention, avec la victime, d'utiliser un constat à l'amiable... Ainsi, il n'a aucune autocritique concernant un comportement totalement erratique. Il n'a aucun remords et montre un jugement particulièrement perturbé. »

11. ASSOCIATION AMÉRICAINE DE PSYCHIATRIE, *op. cit.*, note 3, p. 392.

phencyclidine, hallucinogènes, solvants volatils, opiacés¹². En raison de leur prévalence, les troubles psychotiques induits par une intoxication à la cocaïne, aux amphétamines et au cannabis figurent parmi les causes les plus souvent citées en droit criminel. À la cocaïne, tout d'abord, puisqu'il n'est pas rare d'observer chez les consommateurs de cette drogue l'apparition d'idées délirantes de persécution. Discutant de l'état d'esprit d'un individu accusé de menaces de mort, de séquestration et de voies de fait armées contre son ancienne petite amie, le juge Hood, dans l'arrêt *R. c. Snelgrove*, reprend certains passages du témoignage de l'accusé :

After smoking crack for about three weeks or so, he began to think that people were following him to and from his drug dealer. He thinks he told his dealer and some of his neighbours about this. They tried to tell him that it was because of the drugs. He did not accept this. He "wanted to think it was possible". Nevertheless he was convinced that people were following him. I observe that Dr. Brink described this delusion as his core delusion.

When asked whether his beliefs changed the accused said that in time they became more elaborate. He began to believe that everyone was following him, the Hell's Angels, church people, and so on. He thought they were making some kind of film about him and that they were following him to see that he was safe. This started in December of 2002, before he went for treatment at the Miracle Valley Treatment Centre in Mission on January 6, 2003, where he remained until mid or late March ; and when he says he was "drug free" for at least sixty days.

With reference to his stay in Miracle Valley he was asked whether his beliefs that his delusions were real persisted when he was off drugs. He said that they did persist "for a while." He then expanded on this saying that for the first week or two he still believed that people were following him and that cameras were in his room. He then said that this lasted for about two months. He also said that during the intensive part of his treatment he started to believe that his delusions were caused by his use of cocaine. Then he left the institution, started using drugs again, and his delusions returned.¹³

La présence d'idées délirantes de persécution pouvant également être observée dans le cadre d'une intoxication à la cocaïne, il peut s'avérer extrêmement difficile de distinguer l'*Intoxication*

12. *Ibid.*, p. 394.

13. *R. c. Snelgrove*, [2004] B.C.J. (Quicklaw) n° 120 (S.C. C.-B.), paragr. 15-17.

par substance des Troubles psychotiques induits par une substance. Un diagnostic de *Troubles psychotiques induits par une substance* doit être envisagé lorsque les symptômes psychotiques excèdent ceux qui sont généralement associés au syndrome d'intoxication (p. ex. : altération de la perception de la réalité). De fausses croyances qui persistent au-delà des effets normaux de l'intoxication doivent également être recherchées par le clinicien. En sens contraire, des symptômes de persécution transitoires accompagnés d'anxiété, de tension ou de colère militeront généralement en faveur d'une intoxication à la cocaïne. Sur ce point, il est intéressant de reproduire les extraits du témoignage de l'expert cité par la défense dans l'arrêt *R. c. Snelgrove* :

In cross-examination, Dr. Eaves agreed that cocaine intoxication can also be accompanied by paranoia, the salient effect of cocaine psychosis. He also agreed that both delusions and hallucinations can be features of cocaine intoxication. His evidence was :

Q [...] Without saying prominent, would you agree that cocaine – delusions are a feature in cocaine intoxication ?

A Yes, delusions can be a feature in cocaine intoxication and those delusions are usually transitory and disappear when a person stops using it.

Q And really when we are talking about cocaine intoxication and cocaine psychosis, are we not talking about the continuum of delusions whereby the delusions in a cocaine intoxication state are a feature, but in cocaine psychosis they are the predominant continual feature of the person's –

A Yes.

Dr. Eaves made it clear again that a feature of the psychosis is that it is persistent outside the time that the person was not actually using cocaine, i.e., that it exists in between the cocaine usage.

Dr. Eaves agreed that the fact that cocaine intoxication has delusions with it does not necessarily imply a diagnosis of cocaine psychosis. Rather, it is a transient, psychotic state. As I understand the evidence the situation may be the same with regard to a cocaine psychosis. There may be a fluctuating level of delusional thought and the delusions may not be severe enough to cause the psychotic to lose touch with reality.

He agreed also that the real difference between cocaine intoxication and cocaine psychosis is the ongoing nature of the delusions ; “It is the main thing.” He also agreed that the features of cocaine psychosis would be evident after the person stopped using drugs. It may be a matter of days, weeks or months. I observe that in this case there were little vestiges of the psychosis shortly after the accused had stopped smoking the crack, and, in particular, after the acts were committed.¹⁴

En ce qui concerne, par ailleurs, les troubles psychotiques induits par une intoxication aux amphétamines, ceux-ci partagent des caractéristiques cliniques similaires à celles observées dans les cas de psychose toxique résultant de la consommation de cocaïne. Les idées délirantes étant fréquentes, celles-ci entraîneront des comportements impulsifs, imprévisibles et parfois violents. Examinant la responsabilité d’un individu accusé d’une série d’infractions perpétrées à la suite d’une surconsommation d’ecstasy (substance hybride entre les amphétamines et les hallucinogènes)¹⁵, le juge Bauman dresse un portrait plutôt sombre de la condition mentale de l’accusé *avant, pendant et après* la perpétration du crime :

The difficult aspect of this case is the fact that Mr. Lauv was abusing the drug ecstasy at the time of the offences. The interplay between this substance abuse and Mr. Lauv’s mental disorder calls

14. *Ibid.*, paragr. 184-186.

15. *R. c. Lauv*, [2004] B.C.J. (Quicklaw) n° 1672, paragr. 7-12 :

As I have indicated, Mr. Lauv ingested, voluntarily, I find, a significant amount of what he thought to be ecstasy that evening. It produced, in concert with his underlying mental disorder, I find, a reaction unique for him and unpredictable.

Mr. Lauv began his spree by dancing somewhat uncontrollably, throwing himself against the walls of the dance hall and assaulting two women whom he knew well and with whom he was on good terms, Ms. Tighe and Ms. Flegel.

The most telling aspect of Mr. Lauv’s behaviour that night was his repeated suggestion to various complainants that he was God and that they must bow down before him. This conduct continued with the intentional crashing of his car into a building, the ambulance garage in Cumberland, and his break and enter of the Griffiths/Ball residence. There Mr. Lauv smashed the window in the door of the home with his fists and he knelt in the broken glass. Mr. Lauv did not know these people, and his actions inside the home included the demand that Ms. Griffiths bow down before him because, in his words, “I am God.”

The evening ended with various assaults, including the kicking of the infant A.C. at the home of Ms. Tighe.

When arrested without incident later, Mr. Lauv was dressed only in a T-shirt, and he was covered in his own blood.

While Mr. Lauv has an extensive criminal record, he was on good terms with the complainants whom he knew, and there is no apparent motive for any of the conduct, as I indicated earlier. That is, there is no explanation for it besides that proffered, that he suffered from a mental disorder at the time of his assaultive behaviour.

for careful scrutiny. In her report, Dr. Ceresney summarizes her opinion so :

Mr. Cheng Lauv is a 30-year-old man with a history of regular substance abuse which escalated in the month prior to the index offences being committed. He also gives a history of ingestion of a very large quantity of Ecstasy on the day of the index offences. From the descriptions of his behaviour before and during the commission of the offences, as well as the assessment since his incarceration, it appears that he is suffering from a mental illness. This illness is characterized by rapid, disorganized and pressured speech, elevated and irritable mood and grandiose delusions. It appears to be temporally related to a substance abuse such that it is either entirely substance related or that substances may have precipitated the expression of an underlying mental illness. Given that his symptoms have persisted in the absence of any illicit drugs for over a month, there is an increased likelihood of an underlying, primary mental illness.

In chief at trial, Dr. Ceresney confirmed her diagnosis. My note of her evidence is that :

Mr. Lauv at this time was suffering from a psychosis. It may be entirely caused by drugs or it may be that his underlying mental disorder was precipitated by drugs.¹⁶

La persistance des symptômes psychotiques malgré le retrait de la substance en cause est donc un indicateur précieux de la présence d'une pathologie propre à l'individu, d'un déséquilibre mental qui, tout en étant « étiologiquement » lié à une intoxication, n'est pas uniquement rattaché à elle. L'intoxication est donc au centre de l'expérience psychotique tout en étant en périphérie de son essence. « C'est elle qui explique qu'on rencontre les mêmes formes d'expérience de part et d'autre (psychose et intoxication par substance), mais qu'on ne les rencontre jamais que de part et d'autre »¹⁷. Transitoire et accessoire dans *l'Intoxication par substance*, le délire est manifeste et avéré dans les cas de *Troubles psychotiques*. La psychose commence donc là où s'efface l'intoxication. « C'est à partir de ce rapport en même temps que de la destruction de ce rapport, qu'elle prend son sens général et ses formes particulières »¹⁸.

16. *Ibid.*, paragr. 14-15.

17. M. FOUCAULT, *op. cit.*, note 1, p. 191.

18. *Ibid.*, p. 258.

Quant à la psychose induite par une intoxication au cannabis, celle-ci « peut se développer peu de temps après l'utilisation à fortes doses du cannabis et comporte généralement des idées délirantes de persécution »¹⁹. L'exemple de Martin Veilleux, un polytoxicomane de 33 ans qui après avoir consommé du cannabis a poignardé à mort la personne qui l'hébergeait, illustre bien cette situation. D'après la preuve, « il parlait au diable, croyait qu'il était « l'élus », craignait de se retrouver dans des endroits publics, et était persuadé qu'on voulait le tuer. C'est dans cet état d'esprit que Veilleux a saisi un couteau de cuisine et tué la victime. Malgré la présence d'idées délirantes, Martin Veilleux n'est pas schizophrène. Sa perte de contact avec la réalité est plutôt due à sa consommation massive de cannabis »²⁰. En effet :

Veilleux, qui a suivi huit cures de désintoxication dans le passé, a une personnalité antisociale, mais ne présente aucune maladie mentale, ont estimé tous les psychiatres qui l'ont évalué. Pourtant, le soir du 5 mars 2003, alors qu'il se trouve dans l'appartement du bon samaritain qui l'héberge, Raymond Gallant, 48 ans, il entend la radio et voit des images à la télévision, alors qu'aucun des appareils ne fonctionne. Il entend aussi miauler un chat à qui il ouvre la porte pour tenter de capter le message de l'animal qu'il croit être le diable. Il se sent de plus en plus inquiet. À un certain moment, il croise Gallant dans l'appartement et trouve que ses yeux sont

19. ASSOCIATION AMÉRICAINE DE PSYCHIATRIE, *op. cit.*, note 3, p. 394.

20. Journal *La Presse*, « Le pot d'aujourd'hui peut rendre dément », 24 septembre 2004, A9 et s. Voir également R. c. *Veilleux*, [2004] J.Q. (Quicklaw) n° 10443, paragr. 16 (C.S.) :

Le Dr Louis Morissette exprime l'opinion suivante :

« À notre avis, monsieur a présenté un comportement inapproprié le 5 mars 2003 non pas à cause de la présence d'une maladie mentale de type maladie schizophrénique ou maniaco-dépressive ou schizo-affective mais bien plutôt suite à la consommation qui a fait en sorte qu'il a présenté un état paranoïde, de l'impulsivité, une augmentation de son agressivité, une irritabilité. Ce genre de phénomènes peut s'observer avec la consommation de « pot », de drogues chimiques comme le LSD ou le PCP et aussi la cocaïne.

Il est possible que le « pot » consommé le 4 et le 5 mars ait contenu une haute teneur en THC (substance active ou cannabis) et très souvent, dans les dernières années, le « pot » qui est vendu sur la rue contient des traces de PCP (pour augmenter l'effet psychodysléptique).

Dans un tel état, l'individu est limité dans ses capacités de jugement social, il est irritable, apprécie mal la totalité d'une situation et réagit de façon impulsive, catastrophique suite à des situations « banales ». Une telle intoxication limite la capacité de former, de façon rationnelle, une intention et limite la capacité de réflexion habituelle de l'individu.

Nous ne croyons pas que monsieur ait présenté en mars 2003 une pathologie psychiatrique de type schizophrénique, schizo-affective ou maniaco-dépressive. Les symptômes psychiatriques qu'il décrit nous semblent plutôt reliés à l'utilisation de substances psychotropes de type stimulant et hallucinogènes et l'intoxication était volontaire. »

« méchants ». Une voix dans sa tête lui dit : « Tue-le, sinon il va te tuer. » Veilleux s'empare d'un couteau et en assène huit coups à Gallant, qui meurt. Après avoir essayé de le ressusciter, Veilleux s'en va dehors. Il croit que la voiture de Gallant s'est mise en marche toute seule, s'en empare, puis, pris de panique, l'abandonne sur le côté de la route. Il erre, se déshabille au complet, écrase ses lunettes. Se sentant suivi, il veut voler comme *Superman* et tente de passer à travers une vitre. Il sera arrêté peu après, alors qu'il frappe violemment à la porte d'une pure inconnue. Nu comme un ver, il est couvert de sang et manifestement pas dans un son état normal.²¹

21. Journal *La Presse*, *ibid.* Voir également les commentaires du docteur Talbot dans l'arrêt *R. c. Fontaine*, [2002] J.Q. (Quicklaw) n° 395 (C.A. Qué.), paragr. 26-33 : Le docteur Jacques Talbot a été entendu en défense et a déposé deux rapports d'expertise. Dans un premier rapport, daté du 5 novembre 1999, il mentionne qu'à partir d'un déclencheur qu'il lui est difficile de situer ou bien dans la réalité ou bien dans une interprétation pathologique, l'appelant a développé la conviction qu'il était immédiatement menacé de mort.

Il souligne que l'appelant n'a pas d'antécédent de maladie psychiatrique caractérisée et qu'il lui manque des documents au dossier pour lui permettre de rendre le diagnostic le plus précis possible. Il émet néanmoins l'opinion qu'au moment des événements du 15 février 1999, l'appelant présentait un trouble psychologique induit par une substance (incluant le cannabis) et caractérisé par la présence d'hallucinations ou d'idées délirantes.

Dans son rapport complémentaire du 26 janvier 2000, le docteur Talbot écrit, après avoir pris connaissance des éléments du dossier de l'appelant au Centre pénitencier, des documents fournis par les policiers et enquêteurs et des rapports d'expertise des docteurs Laliberté et Laplante, que de façon cohérente et consistante l'appelant se trouvait lors du délit dans un épisode psychotique qui a précédé de quelques jours et qui a suivi le délit sur plusieurs autres jours.

Il se prononce comme suit sur la question de la responsabilité criminelle :

Les évaluations auxquelles j'ai procédé et les renseignements obtenus de plusieurs sources m'amènent à cette opinion formelle que monsieur présentait au moment du délit présumé un trouble mental majeur de l'ordre de la psychose qui faussait grossièrement la prise qu'il avait sur la réalité, qui perturbait de façon massive son jugement qui l'empêchait de se poser la question du bien ou du mal, du légal ou de l'illégal.

Lorsqu'il témoigne, le docteur Talbot reprend essentiellement les constatations de ses rapports. Il souligne qu'il ne connaît pas l'élément déclencheur de la psychose de l'appelant, mais que c'est à compter du moment qu'il apprend qu'un contrat a été mis sur sa tête qu'il commence à être convaincu, à se convaincre et à faire des liens que quelque chose se tramait et qu'il allait être immédiatement menacé de mort.

Le docteur Talbot cite plusieurs éléments factuels qui lui permettent de conclure à cet état de psychose. L'appelant se sent suivi, il a peur que son véhicule explose. Il quitte le salon de quilles parce qu'il est nerveux et craintif. Il a besoin de se protéger et, vu le milieu dans lequel il vit, ne voit d'autres moyens que de s'acheter une arme à feu. Il essaie d'identifier ses persécuteurs et voit des confirmations dans les « autos qui flashent ». Pendant la nuit alors qu'il a fumé du cannabis à plusieurs reprises, il a la conviction que quelqu'un essaie d'entrer et il tire dans les portes, les vitres et les garde-robes. Il est convaincu que des gens sont tués. À partir

Bien que le cannabis puisse entraîner des idées délirantes de persécution et des hallucinations sans altération de la perception de la réalité, l'ampleur des symptômes psychotiques observés chez l'accusé au moment du crime excède, à notre avis, celle généralement associée à une *Intoxication par substance*. Reste alors à vérifier la persistance des symptômes psychotiques et la connaissance ou non de l'accusé que les hallucinations et les idées délirantes sont induites par la substance...

En ce qui concerne finalement la classification du délire, celui-ci fait l'objet d'une taxinomie fondée sur la prédominance des symptômes observés chez le sujet (idées délirantes ou hallucinations) et le moment de leur apparition (avec début pendant une intoxication ou pendant un sevrage). Résultat : une psychose induite par une intoxication à la cocaïne comportant des idées délirantes et se manifestant peu de temps après l'intoxication pourra être classée de la manière suivante : **Trouble psychotique induit par une intoxication à la cocaïne, avec idées délirantes et début pendant une intoxication**. En sens contraire, une psychose causée par une consommation de cocaïne et se caractérisant par la présence d'idées délirantes se manifestant pendant ou peu de temps après un syndrome de sevrage comportera la spécification suivante : **Trouble psychotique induit par une intoxication à la cocaïne, avec idées délirantes et début pendant le sevrage**.

DEUXIÈME SECTION

Les Troubles psychotiques induits par une substance en droit criminel

Ayant dans un premier temps défini les caractéristiques cliniques de la psychose toxique, vu en quoi elle se distinguait de

d'éléments réels, l'appelant ajoute une couche psychotique qui l'amène à tirer des conclusions menaçantes.

Le docteur Talbot cite encore les propos désinhibés tenus par l'appelant en présence des policiers pour illustrer le comportement anormal de celui-ci.

En contre-interrogatoire, le docteur Talbot admet n'avoir assisté à aucun des témoignages sauf une partie du contre-interrogatoire de l'appelant. Il ne connaissait pas tous les antécédents judiciaires de l'appelant et ne savait pas «qu'il fraudait l'aide sociale» et qu'il volait son patron Lavigneur. Il ne se souvenait pas non plus avoir mentionné que Diane Boulé avait vu deux individus suivre l'appelant. Ces informations supplémentaires ne lui permettent cependant pas de changer d'opinion. Il est convaincu que l'appelant était sous l'effet d'une psychose induite par la marijuana et qui a probablement duré plusieurs jours.

l'*Intoxication par substance*, il convient maintenant de s'interroger sur ses conséquences juridiques. À l'analyse des *Troubles psychotiques induits par une substance* en matière de responsabilité pénale (première sous-section), succédera un examen de ses effets en matière de détermination de la peine (deuxième sous-section).

Première sous-section

Les troubles psychotiques induits par une substance en matière de responsabilité pénale

À l'image de tous les troubles psychotiques répertoriés en médecine, la psychose toxique est un trouble mental dont le régime est soumis aux conditions prévues à l'article 16 du *Code criminel*. Aux termes de cette disposition :

16. (1) [Troubles mentaux] La responsabilité criminelle d'une personne n'est pas engagée à l'égard d'un acte ou d'une omission de sa part survenu alors qu'elle était atteinte de troubles mentaux qui la rendaient incapable de juger de la nature et de la qualité de l'acte ou de l'omission, ou de savoir que l'acte ou l'omission était mauvais.

Pour être exonératoire, l'aliénation mentale suppose donc la réunion des deux conditions impératives que sont : (1) la présence d'un trouble mental chez l'accusé au moment du crime ; trouble auquel s'ajoute (2) une incapacité de juger de la nature et de la qualité de l'acte ou de l'omission, ou de savoir que l'acte ou l'omission était mauvais²². Si la première condition s'intéresse à l'*origine* et à la *nature* du déséquilibre psychique observé chez le malade au moment du crime, la seconde porte, quant à elle, sur l'*incapacité* nécessaire afin de bénéficier de l'exemption de responsabilité criminelle prévue aux termes de l'article 16 C.cr.

1. La présence d'un trouble mental chez l'accusé

Cette première condition comprend deux considérations, celle de la classification du trouble en question (Est-ce que le déséquilibre mental invoqué par l'accusé constitue un trouble mental

22. *R. c. Lauv*, précité, note 15, paragr. 16 :

In considering s. 16 of the *Criminal Code*, I am engaged in a three-step analysis. I must first determine whether the condition from which the accused is said to suffer is capable of being classified as a mental disorder or a disease of the mind. In the second step, the accused must satisfy me, on a balance of probabilities, that he in fact suffered from a disease of the mind at the time of the offences. Finally, I must determine whether the mental disorder rendered the accused incapable of appreciating the nature and quality of his acts, or that they were wrong.

au sens de l'article 16 du *Code criminel* ?) et, celle de la présence de ce trouble psychique chez l'accusé au moment du crime (Est-ce que l'accusé a démontré, selon la prépondérance de preuve, qu'il souffrait d'un trouble mental lors des événements reprochés ?). Regardons brièvement en quoi consistent ces deux éléments.

Première étape : Est-ce que le déséquilibre mental invoqué par l'accusé constitue un trouble mental au sens de l'article 16 du Code criminel ?

Pour répondre à cette question, il faut, tout d'abord, définir la notion de « trouble mental ». Sur ce point, les tribunaux sont catégoriques : « le terme « maladie mentale » [ou trouble mental] est une expression juridique, non une expression du vocabulaire médical ; bien que ce soit une notion juridique, elle renferme un élément médical important ainsi qu'un élément juridique ou d'ordre public »²³. Cet élément médical, précise le juge Martin, dans l'arrêt *Rabey c. La Reine*²⁴, n'est pas sans importance ni signification ; il s'agit généralement d'une opinion sur l'étiologie, les signes et les symptômes de la maladie ainsi que sur la manière de qualifier l'état psychique en médecine. Malgré la valeur incontestable de l'expertise psychiatrique, la qualification juridique des troubles mentaux est une question qui relève exclusivement des tribunaux²⁵. En effet, s'il appartient au psychiatre de décrire l'état mental de l'accusé et d'exposer ce qu'il implique du point de vue

23. *Rabey c. La Reine*, (1978) 17 O.R. (2d) 1, (1977) 37 C.C.C. (2d) 461, 472 et 473 (C.A. Ont.), tel que cité dans *R. c. Parks*, [1992] 2 R.C.S. 871, 898. Voir également *Coo-per c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 1149, 1158 :

« Maladie mentale » est une expression juridique. Il appartient au juge de déterminer quelles affections mentales relèvent de cette expression et si la preuve indique que l'accusé souffre d'un état mental anormal compris dans cette expression. Et, ce qui est encore plus important, il [le juge Martin dans l'arrêt *Rabey c. La Reine*] a jugé que si une preuve indiquait que l'accusé souffrait réellement d'une telle affection en termes juridiques, la question de fait doit être laissée à l'appréciation du jury.

24. *Ibid.*

25. *R. c. Stone*, [1999] 2 R.C.S. 290, paragr. 197 :

Prise isolément, la question de savoir quels états mentaux sont englobés par l'expression « maladie mentale » est une question de droit. Toutefois, le juge du procès doit également déterminer si l'état dans lequel l'accusé prétend s'être trouvé satisfait au critère juridique de la maladie mentale. Il lui faut alors évaluer la preuve présentée dans l'affaire dont il est saisi, au lieu d'un principe général de droit, de sorte qu'il s'agit d'une question mixte de droit et de fait. Voir *Southam*, précité, aux paragr. 35 et 36. La question de savoir si l'accusé souffrait véritablement d'une maladie mentale est une question de fait qui doit être tranchée par le juge des faits. Voir *Rabey* (C.S.C.), précité, à la p. 519, le juge Ritchie ; *Parks*, précité, p. 897, le juge La Forest ; *Bratty*, précité, p. 412, lord Denning.

médical, il appartient au juge de décider si l'état décrit est compris dans l'expression « maladie mentale »²⁶.

Bien qu'il n'existe pas, à l'heure actuelle, de définition précise et exhaustive de la notion de « trouble mental » en droit criminel, on s'accorde généralement pour dire « qu'un trouble mental comprend toute maladie, tout trouble ou tout état anormal qui affecte la raison humaine et son fonctionnement à l'exclusion, toutefois, des états volontairement provoqués par l'alcool ou les stupéfiants, et des états mentaux transitoires comme l'hystérie ou la commotion »²⁷. Si les états volontairement provoqués par l'alcool ou les stupéfiants ne figurent pas parmi les troubles mentaux répertoriés en droit criminel, on ne peut en dire autant du *Delirium dû à l'intoxication ou au sevrage d'une substance*. En effet, « Drunkenness is no excuse, but *delirium tremens* caused by drinking, and differing from drunkenness, if it produces such a degree of madness, even for a time, as to render a person incapable of distinguishing right from wrong, relieves him from criminal responsibility »²⁸. Ce principe, qui fut développé à la fin du XIX^e siècle, ne fait plus aucun doute : « *Delirium tremens* brought on by intoxication is a complete defense, and if a person suffering with *delirium tremens* is so far insane as not to know the nature of his acts, he is no more punishable than he would be if he had contracted a habitual and fixed insanity from the use of intoxicating liquors. Although *delirium tremens* is the product of intemperance, and, therefore, in some sense is voluntarily brought on, yet it is distinguishable, and by law is distinguished, from that madness which sometimes accompanies drunkenness »²⁹. Comme l'indique ce passage d'une clarté et d'une précision remarquables, l'intoxication ou le sevrage qui entraîne une maladie mentale doit être associé à un trouble mental en droit criminel. La psychose toxique, qu'elle soit accompagnée ou non d'un état prémorbide, constitue donc un « trouble mental » au sens de l'article 16 C.cr. En effet, « drug or toxic psychosis has been recognized by courts as a mental disorder »³⁰.

26. *Regina c. Simpson*, (1977) 35 C.C.C. (2d) 337, 349 et 350 (C.A. Ont.).

27. *Ibid.*, 1159.

28. *R. v. Davis*, (1881), 14 Cox C.C. 563.

29. 22 C.J.S. Criminal Law Sect. 70, tel que cité dans *R. c. Moroz*, [2003] A.J. (Quicklaw) n° 43 (Alta. Prov. Ct.), paragr. 33.

30. *R. c. Lauv*, précité, note 15, paragr. 18. Voir également *R. c. Fortin*, [2005] J.Q. (Quicklaw) n° 1637 (C.Q.), paragr. 57 :

La psychose figure parmi les maladies mentales reconnues. La personne atteinte vit en dehors de la réalité, l'intoxication pouvant conduire à un tel état. Cela est reconnu par la jurisprudence et la doctrine.

Deuxième étape : Est-ce que l'accusé a démontré, selon la prépondérance de preuve, qu'il souffrait d'un trouble mental au moment du crime ?

Si la psychose induite par une intoxication à une substance ou à un sevrage peut être associée à un « trouble mental », encore faut-il que la preuve démontre, par prépondérance des probabilités, que l'accusé souffrait de cette maladie au moment du crime et non d'une simple *Intoxication par substance*. Pour déterminer si la présence d'un trouble mental chez l'accusé a été établie selon la norme de preuve exigée, les tribunaux doivent recourir aux caractéristiques cliniques de la maladie (1) ainsi qu'aux circonstances de l'affaire (2).

1. *Aux caractéristiques cliniques de la maladie*, tout d'abord, puisqu'il est évident (du moins en théorie) que les symptômes psychotiques qui excèdent ceux qui sont généralement associés au syndrome d'intoxication ou de sevrage militeront en faveur de la présence d'une psychose toxique chez l'individu au moment du crime. Comme nous le savons, ce débordement symptomatique se traduit généralement par l'absence d'une appréciation intacte de la réalité (a) et par la persistance des symptômes psychotiques malgré le retrait de la substance en cause (b).

a) *L'absence d'une appréciation intacte de la réalité*. Comme la psychose se définit à travers l'apparition d'idées délirantes ou d'hallucinations et que certaines substances intoxicantes peuvent entraîner la survenue de ces symptômes, il est parfois extrêmement difficile de distinguer la psychose toxique de l'*Intoxication par substance*. Pour résoudre ce problème, le Tribunal doit, conformément aux critères diagnostiques élaborés par l'Association américaine de psychiatrie dans son DSM-IV-TR, sonder l'esprit de l'accusé au moment du crime, voir si ce dernier savait que les hallucinations étaient induites par la substance et ne représentaient pas la réalité extérieure. Si la réponse est positive, il s'agira d'une *Intoxication par substance*. Au contraire, on fera un diagnostic de *Trouble psychotique induit par une substance* si l'appréciation de la réalité est perturbée en ce qui concerne ces expériences. La réalité d'une personne fortement intoxiquée étant généralement celle qui découle de son intoxication, ce critère nous semble difficile d'application. S'il est vrai qu'un individu ayant consommé des stupéfiants peut être conscient du fait qu'il a des hallucinations à cause de la drogue, peut-on en dire autant des

idées délirantes de persécution, de ses croyances erronées fondées sur une déduction incorrecte concernant justement la réalité extérieure ? Cela est moins certain. La question étant au cœur de la distinction entre la psychose toxique et l'*Intoxication par substance*, le danger de simulation de la part de l'accusé est omniprésent. Discutant de la responsabilité d'un individu accusé de plusieurs infractions commises dans un état d'intoxication, le juge Hood, dans l'arrêt *R. c. Snelgrove*, souligne cette préoccupation : « He [l'accusé] was very knowledgeable about his present situation and the importance of his evidence in particular areas ; for example as to his belief at all times that his delusions were real, as opposed to drug induced »³¹. Sans écarter la pertinence de ce critère, il est évident que le Tribunal devra chercher ailleurs, profondément enfoui dans l'épaisseur des idées délirantes, des indices, des signes et des symptômes pouvant appuyer les dires de l'accusé et confirmer la présence, chez lui, d'une psychose toxique. Ces indices, comme nous l'avons déjà indiqué, se trouvent généralement dans la persistance des symptômes psychotiques malgré le retrait de la substance en cause.

b) La persistance des symptômes psychotiques malgré le retrait de la substance en cause. Il s'agit, à notre avis, du critère le plus déterminant en raison de sa nature même et de sa fiabilité. De sa nature, tout d'abord, puisqu'il est évident qu'une personne qui éprouve des symptômes psychotiques pendant des heures, des jours ou des semaines même après le retrait de la substance en cause souffre d'un trouble mental. La cause externe s'étant épuisée, le déséquilibre mental dont souffre l'accusé ne peut plus s'expliquer autrement que par la contribution d'une cause interne, d'une pathologie propre à l'individu. La persistance des symptômes psychotiques malgré le retrait de la substance en cause est donc un indicateur précieux de la condition mentale de l'agent au moment du crime. Pour s'en convaincre, citons un passage du rapport d'expertise du Dr John Wolwertz dans lequel ce dernier s'interroge sur la responsabilité d'un individu accusé de conduite dangereuse ayant causé la mort. D'après le psychiatre :

Pour répondre à ce point particulier, j'ai pris connaissance du rapport de police. M. P... a été longuement et attentivement observé par l'équipe traitante. J'ai eu l'occasion de le rencontrer au cours de plusieurs entrevues. Il a été soumis à une évaluation psychologique permettant de mieux saisir sa dynamique, l'organisation de sa per-

31. *R. c. Snelgrove*, précité, note 13, paragr. 21.

sonnalité et son état mental, comme notée et détaillée à partir de son admission à l'Institut Philippe-Pinel de Montréal, le 3 avril 2008. Ceci nous permet de conclure que lors de la commission des délits qui lui sont reprochés, il était totalement coupé de la réalité. Il était psychotique, comme il l'est demeuré durant plusieurs semaines après son admission à l'Institut Philippe-Pinel de Montréal. Précisons que lors de la commission des délits qui lui sont reprochés, il présentait une désorganisation mentale à tel point grave qu'elle perturbait son état de conscience et sa capacité de jugement.³²

Bien que la rétrocession des symptômes psychotiques à la suite du retrait de la substance intoxicante ne soit pas fatale à l'accusé, il s'agit, à notre avis, d'un facteur qui peut empêcher – et qui empêchera souvent même – la défense de prouver, selon la prépondérance des probabilités, que l'individu souffrait d'un trouble mental au moment du crime. Sur ce point, citons l'arrêt *R. c. Moroz* dans lequel l'inculpé, un grand consommateur de cocaïne, fut accusé de voies de fait graves après avoir frappé une jeune fille à la tête avec un marteau. Résumant les grandes lignes du rapport d'expertise produit par le Dr Woods, le juge Bridges de la Cour provinciale d'Alberta déclara :

Dr. Woods had checked the records of the Grey Nuns Hospital where the accused had received medical treatment after his arrest. This check was carried out after preparing his report marked as Exhibit 3. The hospital records, made five to seven hours after the incident, showed no concern of psychosis or cocaine intoxication. He noted that cocaine has a short half-life of 1 1/2 to 2 1/2 hours so that much would have been metabolized by the time the accused was admitted to hospital.

If the accused had suffered from severe psychosis from the cocaine he expected that this psychosis would still have manifested itself that night or even into the next day. He concluded that the symptoms observed in the accused after the incident were consistent with mild to moderate psychosis and that they were closer to a mild form. He did expect a person who was mildly psychotic to be aware of what he was doing.³³

Bien que la psychose toxique constitue un trouble mental au point de vue juridique, l'accusé n'a pas prouvé, selon la prépon-

32. *R. c. D.P.*, précité, note 10, paragr. 22.

33. *R. c. Moroz*, précité, note 29, paragr. 18 et 19.

dérance des probabilités, qu'il souffrait de cette condition au moment du crime. En effet, d'après le juge Bridges :

Against the evidence of a disease of the mind there is the evidence of rational behaviour right up to the moment of the attack and to some extent in the period after it, the very short duration of cocaine induced psychosis and its characterization as light to moderate but tending toward light. These last mentioned factors are sufficient to convince me that the accused has not established a mental disorder on a balance of probabilities.³⁴

Le principe est donc simple et bien arrêté : des troubles psychotiques qui persistent malgré le retrait de la substance en cause doivent généralement être considérés comme des troubles mentaux en droit criminel. En sens contraire, des idées délirantes qui rétrocedent au même rythme que la drogue laissent habituellement présager la présence d'une *Intoxication par substance*.

2. *Les circonstances extérieures entourant les événements en question.* Bien qu'il soit impossible et peu souhaitable d'opérer ici une synthèse complète de toutes les circonstances pouvant appuyer ou non la présence d'une psychose toxique chez l'individu au moment du crime, il est évident que (a) l'existence de preuves visant à corroborer les prétentions de l'accusé ainsi que (b) le témoignage d'un observateur extérieur sur la conduite et l'état général de ce dernier lors du crime constituent des facteurs dont il faut tenir compte au moment de déterminer si l'accusé a probablement perpétré l'acte reproché sous l'emprise d'un trouble mental.

a) *L'existence de preuves visant à corroborer les prétentions de l'accusé.* L'existence de preuves visant à corroborer les prétentions de l'accusé est un élément pertinent afin de décider si l'accusé souffrait d'un trouble mental au moment du crime. À cet égard, il ne fait aucun doute que la présence d'antécédents médicaux documentés s'apparentant à l'état allégué accentuera considérablement la probabilité de l'existence d'une telle condition chez l'accusé au moment du crime. Discutant de la responsabilité de David Pelletier, cet individu qui a percuté mortellement Stéphane Cardin après avoir brûlé plusieurs feux rouges au volant de sa voiture, le psychiatre Louis Morissette écrit :

Monsieur a été hospitalisé à l'hôpital du Haut-Richelieu du 5 au 8 décembre 2005 et le diagnostic était de psychose secondaire à

34. *Ibid.*, paragr. 49.

l'utilisation de substances (cannabis). Au départ de cette hospitalisation, il devait prendre du Zyprexa 20 mg au coucher (antipsychotique). Il a été suivi quelque temps en clinique externe, mais a recommencé à utiliser des substances et a cessé la médication. Il s'est présenté à nouveau amené par l'ambulance à l'urgence de l'hôpital du Haut-Richelieu le 20 novembre 2006, car il se prenait pour Jésus, il pouvait faire jouir les femmes à distance... Il décrivait cette dernière activité comme son occupation principale... Il fut hospitalisé du 20 novembre 2006 au 7 décembre 2006 et le diagnostic final fut celui de psychose toxique (abus de cannabis). Il a quitté l'hôpital avec Zyprexa 20 mg au coucher.³⁵

Comme l'indique ce relevé des antécédents psychiatriques de l'accusé, celui-ci avait déjà souffert de symptômes psychotiques. Bien que la présence d'antécédents médicaux documentés s'apparentant à l'état allégué puisse accentuer considérablement la probabilité d'une psychose toxique chez l'accusé au moment du crime, l'absence d'antécédent psychiatrique ne diminue en rien la possibilité d'une telle condition chez ce dernier.

b) Le témoignage d'un observateur extérieur sur la conduite et l'état général de l'accusé au moment du crime. Les observations provenant de personnes à proximité de l'individu au moment du crime constituent un second facteur dont il faut tenir compte au moment de déterminer si l'accusé a probablement perpétré l'acte criminel qu'on lui reproche sous l'emprise d'un trouble psychotique. L'arrêt *R. c. Snelgrove* illustre bien cette situation. Dans cette affaire, l'accusé, qui était un consommateur régulier de cocaïne, fut arrêté pour avoir commis de multiples délits à l'égard de son ancienne petite amie. D'après cette dernière, l'individu était anxieux, tendu et colérique au moment des événements reprochés. Son discours était incohérent et désorganisé. Ces modifications comportementales, que l'on rencontre dans le cadre d'une intoxication à la cocaïne et d'une psychose toxique, amènent le tribunal à s'interroger sur l'étiologie impliquée en l'espèce. S'agit-il d'une *Intoxication par substance* ou d'un *Trouble psychotique induit par une substance* ? Après avoir rappelé les symptômes observés chez l'individu au moment du crime ainsi que la disparition progressive des modifications comportementales liées à une *Intoxication à la cocaïne*, le juge arrive à la conclusion que l'intoxication a joué un rôle prédominant dans la perpétration du

35. *R. c. D.P.*, précité, note 10, paragr. 24.

crime, supplantant ainsi les effets possibles d'une psychose toxique. En effet :

When his intoxication began to diminish he was no longer agitated and angry with Tracy, or at least he was not as agitated or as angry. Rather he became concerned about Tracy's clothing, about the safety of the child in her vehicle, about her taking the diaper bag with her, and even that she might be hungry or thirsty on the trip through Mission. Such conduct in my opinion is evidence of rational thinking and knowledge on his part, which alone, or together with that which occurred during the incident, clearly demonstrates that the accused was acting as a result of his intoxication rather than psychotic impulses. As I understand the medical evidence, if the accused been acting on uncontrolled psychotic impulses, then it is unlikely that the symptoms evidencing the psychosis would have diminished as they apparently did immediately the cocaine intoxication began to diminish.³⁶

Comme l'indique cet extrait emprunté à l'arrêt *R. c. Snelgrove*, le témoignage d'un observateur extérieur à proximité de l'individu au moment du crime peut s'avérer un indicateur précieux de la condition mentale de l'accusé lors des événements en question. Sans écarter complètement la possibilité d'une psychose toxique, il est évident que la présence de modifications comportementales liées aux effets normaux ou possibles d'une substance intoxicante jumelée à la rétrocession des idées délirantes à la suite du retrait de la substance en cause militeront en faveur d'une *Intoxication par substance*.

2. La présence d'une incapacité mentale chez l'accusé

Après avoir déterminé que le trouble invoqué par l'accusé constituait bel et bien un trouble mental au sens de l'article 16 C.cr. et que l'accusé souffrait de ce trouble au moment du crime, le tribunal doit s'interroger sur l'incapacité découlant de ce trouble mental. Est-ce que l'individu était capable de juger de la nature et de la qualité de l'acte ou de l'omission, ou de savoir que l'acte ou l'omission était mauvais ? Voilà la troisième et dernière question à laquelle doit répondre le juge des faits. À l'analyse de la capacité de juger de la nature et de la qualité de l'acte ou de l'omission (a), succédera un examen de sa capacité de savoir que l'acte ou l'omission était mauvais (b).

36. *R. c. Snelgrove*, précité, note 13, paragr. 52.

a) *La capacité de juger de la nature et de la qualité de l'acte ou de l'omission*. D'après le juge McIntyre, dans l'arrêt *Kjeldsen c. La Reine* :

[...] Pour être capable de « juger » la nature et la qualité de ses actes, un accusé doit être capable de savoir ce qu'il fait ; en l'espèce, par exemple, de savoir qu'il frappait la femme à la tête avec une pierre, avec beaucoup de force, et il doit être capable en plus d'évaluer et de comprendre les conséquences matérielles qui découlent de son acte, en l'espèce, qu'il infligeait une blessure physique pouvant causer le décès.³⁷

Bien que la psychose toxique soit associée à la présence d'idées délirantes et/ou à des hallucinations de nature auditive, visuelle, gustative, tactile ou olfactive, il arrive très rarement que le sujet ne soit plus en mesure de savoir ce qu'il fait ou de comprendre les conséquences matérielles découlant de ses actes. Les fausses croyances étant généralement à l'origine du passage à l'acte, l'appréciation des conséquences matérielles demeure intacte³⁸, mais la capacité de raisonnement pourra être affectée.

37. *Kjeldsen c. La Reine*, [1981] 2 R.C.S. 617, 623.

38. *R. c. Moroz*, précité, note 29, paragr. 19 :

If the accused had suffered from severe psychosis from the cocaine he expected that this psychosis would still have manifested itself that night or even into the next day. He concluded that the symptoms observed in the accused after the incident were consistent with mild to moderate psychosis and that they were closer to a mild form. He did expect a person who was mildly psychotic to be aware of what he was doing.

Voir également *R. c. Manning*, [1994] B.C.J. 3086 (C.A. C.-B.), paragr. 6 :

All of these offences, that is all of the offences for which he was convicted, were said to have resulted from the appellant's uncontrollable need for cocaine and were said to have been committed while he was in a psychotic state brought on by extremely heavy and prolonged cocaine use. A defence of cocaine psychosis was rejected by the trial judge who found, on the evidence before him, that notwithstanding what was obviously heavy use of cocaine, the appellant's actions on the night in question were deliberate, thoughtful, and directed towards accomplishing what were the consequences of each of the crimes with which he was in fact charged.

Voir également *R. c. Mailloux*, [1986] O.J. n° 14 (C.A. Ont.) :

The appellant was a member of a motorcycle club and a drug pusher and he was deeply suspicious of strangers who might belong to rival clubs. Two eminent forensic psychiatrists expressed the opinion that the appellant suffered from a paranoid personality disorder dating back to a period well before the shooting. There is detailed evidence that, during the week of the shooting, the appellant frequently snorted cocaine, lacked sleep and suffered an increasing paranoid concern that he was being followed, which caused him to check intersections with binoculars as if his life was in danger. The appellant was extremely nervous and jumpy and carried a gun for his protection. The appellant did not testify at trial.

The defence psychiatrists agreed that the appellant's paranoid personality became aggravated by the use of cocaine which resulted in a toxic psychosis, admittedly a very rare condition. One psychiatrist described this as a major mental

tée³⁹. Cette position, une fois comprise, n'exclut pas la possibilité d'hallucinations visuelles, de perceptions sensorielles ne correspondant pas à la réalité et pouvant miner la capacité de l'individu de savoir ce qu'il fait ou de comprendre les conséquences matérielles découlant de ses actes. Dans ce cas, un verdict de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux devra être envisagé.

b) L'incapacité de savoir que l'acte ou l'omission était mauvais. Contrairement au premier critère d'évaluation psychologique, le second critère d'incapacité prévu à l'article 16 C.cr. n'a pas recours à un test « cognitif », mais à un examen purement « rationnel » du processus décisionnel de l'accusé. En effet, la responsabilité criminelle repose sur la notion de libre arbitre. Or le libre arbitre est synonyme de choix rationnel. Donc, l'individu qui n'est pas capable, en raison d'un *Trouble psychotique induit par une substance*, « de juger de façon rationnelle et donc de faire un choix rationnel quant au caractère bon ou mauvais de l'acte devra être exonéré de toute responsabilité criminelle »⁴⁰. Quant à l'individu qui demeure en mesure, malgré ses idées délirantes ou ses hallucinations, de faire un choix rationnel quant au caractère bon ou mauvais de l'acte, celui-ci devra répondre pénalement de son crime.

Bien qu'étonnante à première vue, cette dernière hypothèse se présente lorsque la psychose n'est pas assez sévère pour obscur-

illness which caused the appellant to break with reality and believe irrationally that he was acting in self-defence when he shot the persons in the car. The other equally eminent psychiatrist was also of the opinion that the toxic psychosis produced specific psychotic delusions which caused the appellant to believe that he was being set up by the victims and that he had to kill the people in the car in order to save himself.

Both psychiatrists testified that the appellant at the material time, by reason of psychotic delusions, was incapable of appreciating the nature and quality of his acts and of knowing that his acts were wrong. They also agreed that the appellant was incapable of forming the specific intent necessary to commit murder. However, the opinions expressed in their evidence-in-chief were substantially qualified and diluted by the evidence which they gave during cross-examination, which was obviously accepted by the jury, to the effect that the appellant knew that pulling the trigger would cause the gun to fire and that he was able to appreciate the nature and quality of the act and to understand the immediate physical consequence which would flow from it, i.e., that someone would be killed. In particular, Dr. Orchard admitted in cross-examination that first the appellant was capable of knowing that the act was wrong and was also capable of forming the specific intent to kill.

39. *R. c. Oommen*, [1994] 2 R.C.S. 507, 520.

40. *Ibid.* Voir, à ce sujet, les décisions suivantes : *R. c. Mitchell*, [1998] O.J. (Quicklaw) n° 713 (Ct. of J.) ; *R. c. Colyn*, [1999] N.B.J. (Quicklaw) n° 187 (Q.B.).

cir complètement le jugement de l'accusé (degré de sévérité de la psychose) ou lorsque les symptômes de la maladie n'ont pas de véritables liens avec l'action entreprise (lien de causalité entre la maladie et l'acte perpétré). Tout d'abord, le degré de sévérité de la psychose. Bien qu'une personne souffrant d'idées délirantes ne soit généralement pas capable de juger de façon rationnelle et donc de faire un choix rationnel quant au caractère bon ou mauvais de l'acte, il arrive parfois – voire très rarement – que la maladie ne soit pas assez grave pour entraîner ce type d'incapacité. En effet : « one can be in a psychotic state or suffering from cocaine induced psychosis and still appreciate the nature and quality of his acts and know that they are wrong »⁴¹. Dans ce cas, la responsabilité pénale demeure entière, mais la peine devra fluctuer en fonction de ce dernier facteur. C'est du moins ce qu'indique le juge Hood, dans l'arrêt *R. c. Snelgrove*, au moment de condamner l'accusé pour les infractions reprochées : « In my view, his conduct and his words are strong evidence that support Dr. Brink's evidence or opinions and, in particular, that at the time the accused was primarily driven or motivated by his cocaine intoxication ; that the psychosis was of insufficient severity to deprive the accused of the capacity to appreciate the nature and quality of his actions, or of knowing that they were wrong »⁴². Comme l'indique ce passage emprunté à l'arrêt *Snelgrove*, il est parfois extrêmement difficile de distinguer la part du comportement de l'individu qui découle des idées délirantes de celle qui, au contraire, résulte de l'*Intoxication par substance* (lien de causalité). Cette difficulté, qui n'est pas insurmontable, commande une analyse détaillée des symptômes observés chez l'individu au moment du crime ainsi que des circonstances entourant les événements en question. D'après le Dr. Brink dans l'arrêt *Snelgrove* :

[...] on that night, Mr. Snelgrove told me that he consumed three grams of cocaine. Now, this is a significant amount of cocaine, and he told me that he was high – “high” – intoxicated, and it can safely be assumed that he was indeed acutely intoxicated. And he exhibited the classic signs of cocaine intoxication with extreme – well, with anger, heightened suspiciousness and hyper vigilance, agitation, impaired judgment, as well as the physiological signs such as dilated pupils. So, for me, my Lord, what is difficult – the difficult challenge was to try and assist the court with an opinion as to what extent his behaviour on that night was driven by delusions, psy-

41. *R. c. Snelgrove*, précité, note 13, paragr. 240.

42. *Ibid.*, paragr. 50.

chotic impulses, and to what extent it was driven by the anger impulsivity, the impaired judgment.⁴³

Après avoir rappelé les symptômes observés chez l'individu au moment du crime ainsi que les circonstances entourant sa réalisation, le juge Hood arrive à la conclusion que les infractions reprochées à l'accusé découlaient prioritairement de son intoxication à la cocaïne. Sans nier la présence d'une pathologie sous-jacente, la psychose ne serait pas assez sévère pour empêcher l'individu de juger de la nature et de la qualité de l'acte ou de l'omission, ou de savoir que l'acte ou l'omission était mauvais. L'individu est donc criminellement responsable de ses actes et sujet à l'imposition d'une sanction pénale.

Deuxième sous-section : les *Troubles psychotiques induits par une substance* en matière de détermination de la peine

Cette rubrique regroupe tous les *Troubles psychotiques induits par une substance* dont l'action n'exclut pas la responsabilité pénale de l'agent au moment du crime. On parle ici de psychose toxique dont le degré de sévérité n'est pas assez élevé pour empêcher l'individu de juger de la nature et de la qualité de l'acte ou de l'omission, ou de savoir que l'acte ou l'omission était mauvais et d'idées délirantes ou d'hallucinations n'ayant peu ou pas de rapport avec l'infraction reprochée. Dans ce cas, l'imputabilité demeure, mais la peine devra refléter la présence de ce dernier facteur parmi les circonstances liées à la perpétration du crime et à la responsabilité du délinquant. Loin d'être un facteur périphérique, la psychose toxique est donc au cœur même du processus de détermination de la peine. Bien qu'il s'agisse généralement d'un facteur aggravant (**a**), la psychose toxique peut parfois constituer une circonstance atténuante (**b**) ou, tout simplement, un facteur neutre dans le processus de détermination de la peine (**c**).

a) La psychose toxique en tant que facteur aggravant. C'est l'hypothèse de principe. S'agissant dans la plupart des cas d'actes impulsifs, imprévisibles et violents perpétrés par des personnes aux prises avec des problèmes de consommation de drogues, les tribunaux mettent généralement l'accent sur les objectifs de *dénonciation*, de *dissuasion générale* et *spécifique*, de *protection publique* et dans une certaine mesure de *réhabilitation*.

43. *Ibid.*, paragr. 200

De *dénonciation*, tout d'abord, puisque la société doit, par l'entremise des tribunaux, communiquer sa réprobation à l'égard de la consommation abusive de stupéfiants. Discutant de la peine infligée à un individu condamné pour vol et agression sexuelle, le juge Wood, dans l'arrêt *R. c. Manning*, déclare ce qui suit : « It is also patently clear from his reasons that the trial judge recognizes that the circumstances of the offences when taken as a whole [...] were so severe that they warranted not only a sentence which in its totality would act as a positive deterrent influence, but one which would also adequately denounce the form of conduct in question »⁴⁴. Considérant l'augmentation de la consommation de stupéfiants et les dangers qui en découlent, les tribunaux doivent, toujours selon le juge Wood, sensibiliser la population et exprimer clairement l'idée que ce type de comportement sera puni sévèrement.

De *dissuasion* ensuite, car la peine doit veiller à ce que l'individu ne puisse avoir l'envie de recommencer et à ce que les citoyens ne soient pas tentés de l'imiter. S'interrogeant sur les prétentions du procureur de la défense voulant qu'une peine sévère ne puisse dissuader les consommateurs de stupéfiants d'imiter le délinquant, le juge Thackray, dans l'arrêt *R. c. Green*, apporte les précisions suivantes : « Mr. Conroy submitted, as noted earlier in these reasons, that sentences at the higher end of the range are unlikely to deter others from such offences. He may well be correct if he is directing his contention only to the events at the time of the killing. However, I cannot accept that sentences at the high end of the range might not have some impact upon those who are giving thought to intoxicating themselves on illegal drugs. The sentence must buttress society's efforts to make known the potential dire results of illicit drug use and to dissuade persons from entertaining the potentially fatal results thereof »⁴⁵. Quant à la dissuasion spécifique, celle-ci figure également parmi les objectifs de la peine. En effet : « There must be some specific deterrent message to Mr. Ali that after his long history of antisocial behaviour, that if he continues in this vein, taking drugs, leading an aimless life and exposing himself to possibly hurting other people, that the sentences will get longer and longer »⁴⁶. Comme l'indiquent ces deux extraits empruntés à la jurisprudence contemporaine, la proximité entre la psychose toxique et l'intoxica-

44. *R. c. Manning*, précité, note 38, paragr. 9.

45. *R. c. Green*, [2001] B.C.J. (Quicklaw) n° 661 (S.C. C.-B.), paragr. 64.

46. *R. c. Ali*, [2006] B.C.J. (Quicklaw) n° 2680 (C.-B. Prov. Ct.), paragr. 35.

tion par substance (particulièrement des habitudes de consommation immodérée) est omniprésente. Elle colore les analyses sur la question et souligne la responsabilité morale de l'agent non seulement dans la perpétration du crime, mais aussi, et surtout, dans le processus d'intoxication ayant mené à l'apparition des symptômes psychotiques. De là son effet aggravant.

En ce qui concerne, par ailleurs, la *protection publique*, celle-ci se situe généralement au cœur des mesures coercitives prises par les tribunaux. Le comportement d'un consommateur de stupéfiant étant généralement impulsif, imprévisible et violent, la Cour doit veiller à ce que la peine protège suffisamment la société⁴⁷. En effet : « What I have to deal with here, I am afraid, in Mr. Ali's case is this lengthy history of antisocial behaviour. It seems to me that his drug problem and his prior record indicate a very strong likelihood that he would reoffend if released into the community. This particular offence was, it seems, really precipitated by him taking drugs, and then acting in a dangerous and terrifying manner »⁴⁸. Le lien entre l'intoxication, la psychose et la perpétration du crime est noué d'une manière si serrée qu'il rejailit directement sur la nature et la durée de la peine envisagée. Bien que les symptômes observés chez l'individu au moment du crime excèdent ceux qui sont généralement associés à une intoxication par substance, le danger découlant de la conduite de l'individu et plus précisément de son état psychique doit être enrayé par les tribunaux. La problématique de consommation n'étant pas sous contrôle, le risque de récidive doit être neutralisé en ayant recours à l'isolement du délinquant. C'est ce que mentionne, du moins, le juge Gulbransen, dans l'arrêt *R. c. Ali*, au moment de condamner un individu qui a reconnu sa culpabilité à une accu-

47. *R. c. S.P.B.*, [2004] B.C.J. (Quicklaw) n° 2726, paragr. 7 :

He has now committed some serious offences. He says, as I understand his submission, "I was heavily under the influence of cocaine, perhaps under a cocaine psychosis, and I really wasn't in my right mind when I did these things." As I said when I addressed him after he addressed the court, we cannot leave our common sense outside the courtroom and sit in this sterile environment. Law abiding citizens have the right to go about their lawful business without being accosted by persons like Mr. S.P.B. acting like Mr. S.P.B. did, and if he was under the influence of cocaine, I say to him, if you are going to take that awful drug and act like you are out of your head, which he obviously did, that is at your peril. It is your responsibility. If you get like that and act unlawfully, you have got to pay the price for it, and I cannot forget how absolutely frightening these events must have been to F., W., J. and P., when they were accosted by him.

48. *Ibid.*, paragr. 29.

sation de voies de fait graves à l'endroit d'une prostituée. D'après le juge Gulbransen :

Then I must look at the gravity of the damage that could ensue in the event of his reoffence. Well, the gravity of the damage could be quite serious. He could hurt somebody, another woman in this situation or someone else, by engaging in a drug-induced or drug-precipitated assault.

So my opinion or my view is that it would endanger the community to release him into the community.

In addition, I do not think it would satisfy the principles of sentencing in this particular case to release this man on a conditional sentence.

So this kind of offence has to be denounced, I agree with that, but in addition to that I think which makes it more important that a prison sentence be imposed, that in this case this particular man must – society must be protected from him. That is, people who could be harmed by him, until he has had a chance to rehabilitate himself.⁴⁹

Une chance de se réhabiliter. L'idée est intéressante. L'individu qui n'est pas capable de mettre fin à sa consommation de stupéfiants, qui rechute à la moindre occasion, doit, selon les tribunaux, faire l'objet d'une mesure coercitive qui combine les objectifs de « protection publique » et de « réhabilitation spéciale ou particulière ». La consommation régulière et abusive de stupéfiants étant généralement à la source du problème, les tribunaux doivent tenter, dans la mesure du possible, d'enrayer les causes de la criminalité en ayant recours à des mesures de nature coercitive et thérapeutique. L'emprisonnement dans une prison ou un pénitencier comportant un programme de traitement offert par des personnes spécialisées constitue habituellement l'option privilégiée par les tribunaux lorsque l'individu a démontré son incapacité à contrôler sa consommation. La réhabilitation est donc un objectif légitime de la peine dont la pertinence semble toutefois subordonnée aux autres objectifs traditionnels. En effet :

All of those come into play, here. I do not overlook the need for Mr. S.P.B.'s rehabilitation and the need for him to kick his drug habit, if he is ever going to be a law abiding and contributing member of society, in future. He needs to be separated from society for a time,

49. *Ibid.*, paragr. 30-35.

till he can get himself under control. He needs to be deterred, as do other persons who have a like mind to go out and rob or attempt to rob people when under the influence of drugs, for whatever reason, whether the need to get money for more drugs, whether the need to get money for something else. The conduct that he exhibited on the 18th and 23rd days of August 2004 is deserving of the court's denunciation. Denunciation, deterrence and the need to separate him from society are the principles, in my mind, which come to the fore here, while not overlooking the need for his rehabilitation, which may take some time.⁵⁰

Dénunciation, dissuasion, isolement et réhabilitation. Voilà donc les principaux objectifs qui surplombent la détermination de la peine en matière de psychose toxique. Ces objectifs, une fois considérés, militent généralement en faveur d'une peine qui se situe dans la portion supérieure des peines infligées pour le type d'infraction concernée⁵¹. À moins bien sûr de circonstances particulières, de facteurs personnels déterminants venant compenser le grand besoin de dénonciation et de dissuasion.

b) La psychose toxique en tant que facteur atténuant. Cette catégorie regroupe généralement des individus sans antécédents judiciaires et dont la problématique de consommation de drogue est désormais sous contrôle. On parle ici de gestes isolés, sans préméditation et sans commune mesure avec le caractère du délinquant. Loin d'être un facteur aggravant, la condition mentale de l'accusé diminue considérablement son degré de responsabilité morale. De là son caractère atténuant. Discutant de la responsabilité d'un jeune homme qui a agressé son colocataire après avoir consommé du L.S.D., le juge Le Blond souligne la désorganisation mentale de l'individu au moment du crime ainsi que son absence de responsabilité morale quant aux événements en question. En effet : « In this case apart the recklessness of the accused in taking LSD, this Court does not see any moral culpability »⁵². L'individu ayant agressé la victime alors qu'il était dans un état « [...] at least near psychosis and cut from the reality »⁵³, la Cour opta pour une peine favorisant la réinsertion sociale du délinquant tout en respectant les objectifs de dénonciation et de dissuasion. Cette hypothèse s'applique d'autant plus lorsqu'un individu souffre d'un trouble psychotique dont la survenue est attribuée exclusivement

50. R. c. S.P.B., précité, note 47, paragr. 9.

51. R. c. McCabe, [1994] B.C.J. (Quicklaw) n° 3073 (C.A.C.-B.), paragr. 15.

52. R. c. Partridge Grether, 2007 QCCQ 589, paragr. 29.

53. Ibid., paragr. 36.

à un sevrage. La perte de contact avec la réalité étant due à l'arrêt de consommation, il est évident que le tribunal tiendra compte du faible degré de responsabilité morale du délinquant *au moment et avant* la perpétration du crime.

c) La psychose toxique en tant que facteur neutre. C'est l'hypothèse la plus rare. L'absence de responsabilité morale de l'individu au moment du crime étant compensée par l'insouciance démontrée par ce dernier lors de son intoxication, le degré de responsabilité du délinquant demeure relativement élevé. On parle ici d'un facteur neutre dans la mesure où la Cour n'accorde pas ou peu d'attention à l'état d'esprit de l'accusé *au moment du crime*. S'interrogeant sur la prétention du procureur de la défense à l'effet que l'état mental de l'accusé au moment du crime constituait un facteur atténuant, le juge Hood, dans l'arrêt *R. c. Snelgrove* déclara :

I am not satisfied that there is any merit in the suggestion that the Offender's drug use is a mitigating factor.

At trial I found, and I repeat at this point, that during the time that the Offender was in the Miracle Valley Rehab Institution (for a period of 60 days when he says he was «drug free») three weeks prior to the conduct complained of, and probably before, he knew from his previous experience and advice he had received from counsellors and other experienced persons, the effects his use of cocaine had on his mental and physical abilities. Yet, according to his testimony, he began using cocaine heavily for the three week period up to the time of the events complained of. In that sense, the Offender's conduct on the night in question was foreseeable, and if not premeditated, was reckless, which is about the same. In any event, his usage of cocaine before the conduct complained of occurred is not, in my view, a mitigating factor. His moral culpability is high.⁵⁴

L'absence de faute commise par l'accusé au moment du crime est donc compensée par l'insouciance démontrée par ce dernier lors de son intoxication. Il s'agit d'un facteur neutre qui, une fois jumelé à la perpétration d'un acte violent et inexpliqué, à la présence d'une problématique non résolue de consommation de stupéfiants et à un risque élevé de récidive, acquiert une coloration plutôt aggravante.

54. *R. c. Snelgrove*, précité, note 13, paragr. 22-23.

CONCLUSION

De cette analyse sur la responsabilité pénale des personnes souffrant de *Troubles psychotiques induits par une substance*, nous pouvons conclure que cette maladie, conformément à son appellation médicale, se situe à la couture de la folie et de l'intoxication. De la folie, tout d'abord, puisque le délire, une fois noté, s'approprie l'esprit de l'agent et le coupe de la réalité extérieure. C'est le délire psychotique avec ses idées délirantes et ses hallucinations. De l'intoxication ensuite, car sans la présence d'une substance toxique, sans la consommation volontaire d'alcool ou de drogue, l'esprit de l'agent serait demeuré intact. L'intoxication est donc « le support de la folie [...] la transcendance silencieuse qui la constitue dans sa vérité »⁵⁵. Malgré ce lien de dépendance, la folie n'est pas consubstantielle de l'intoxication qui l'a mise au monde. Au contraire, peu à peu, sous l'élan de l'intoxication qui s'épuise, la folie se détache de celle-ci et acquiert une substance qui lui est propre. Il y a donc un phénomène de cause à effet, suivi d'une rupture de l'effet avec sa cause. Pour déterminer la responsabilité de l'agent, le tribunal devra donc chercher les signes, les causes et les symptômes de la maladie. Il devra tracer le seuil qui sépare la folie de l'intoxication qui se cache derrière son apparition. Car si la folie est évidente, sa distance avec l'intoxication l'est beaucoup moins. De là l'importance de bien connaître la maladie et ses symptômes et de raffiner les critères diagnostiques afin de tenir compte des impératifs de preuve et des dangers de simulation.

55. M. FOUCAULT, *op. cit.*, note 1, p. 175.

CHRONIQUES

DROIT CIVIL

Robert P. GODIN*

L'intérêt général – Commentaire sur l'article 982 du *Code civil du Québec*

ou

« JE PUISE, MAIS N'ÉPUISE »**

À la Bibliothèque de l'Assemblée nationale, à Québec, il existe un très beau vitrail dont le titre fait référence au fait que les connaissances et les informations qui se trouvent réunies dans la bibliothèque sont facilement accessibles et que leur utilisation n'a pas pour effet d'en réduire la substance : « *Je puise, mais n'épuise* ».

Le principe qui est ainsi énoncé pourrait s'appliquer fort bien à tous les aspects du discours actuel portant sur les ressources en eau. Bien que cette ressource ne soit pas inépuisable de la même façon que le savoir, son utilisation avec prudence et précaution peut permettre de « puiser » sans « épuiser ».

INTRODUCTION

L'article 982 C.c.Q. est sans contredit une des dispositions les plus intéressantes du Livre des Biens adoptées par le législateur de 1991 :

À moins que cela ne soit contraire à l'intérêt général, celui qui a droit à l'usage d'une source, d'un lac, d'une nappe d'eau ou d'une rivière souterraine, ou d'une eau courante, peut, de façon à éviter la pollution ou l'épuisement de l'eau, exiger la destruction ou la modification de tout ouvrage qui pollue ou épuise l'eau.

Cet article est de droit nouveau. Le *Code civil du Bas-Canada* ne contenait aucune disposition correspondante. On peut d'ailleurs

* Professeur auxiliaire à la Faculté de droit de l'Université McGill, Senior Wainwright Fellow et avocat-conseil chez Fasken Martineau, Montréal.

** Ce commentaire a été rédigé à partir du texte d'une conférence donnée dans le cadre d'un atelier sur l'eau qui s'est tenu au Vermont Law School le 24 octobre 2009. Le texte de cette conférence a été publié dans le numéro 4 du volume 34 de la *Vermont Law Review*. L'auteur tient à remercier Alice Monet, LL.B., B.C.L., (McGill) pour sa relecture du texte et de ses commentaires judicieux.

y voir une préoccupation toute particulière du législateur des années 80. Mais depuis son adoption, cet article n'a pas fait l'objet d'une étude jurisprudentielle très abondante.

Les *Commentaires du ministre de la Justice* concernant l'article 982 C.c.Q. sont intéressants en ce qu'ils nous proposent deux points de vue qui semblent presque contradictoires :

Cet article est nouveau. Il poursuit la philosophie de l'article 981 voulant ainsi mettre un frein à l'absolutisme du droit sur les eaux, notamment en prévoyant que le droit d'exiger la destruction ou la modification d'un ouvrage ne peut être exercé que si cela n'est pas contraire à l'intérêt général.

L'eau doit être considérée comme une chose d'usage commun et certaines règles doivent être édictées pour préserver la qualité de cette eau, ainsi que le droit d'usage des autres propriétaires.

La *Loi sur la qualité de l'environnement* (L.Q.R., chapitre Q-2) et la *Loi sur les mines* (L.R.Q., chapitre M-13.1), ainsi que les règlements pris sous leur empire contiennent certaines dispositions qui limitent déjà les droits du propriétaire à cet égard.¹

Ce *Commentaire* est pour le moins ambigu et à sa lecture il

semblerait que les priorités du législateur sont divisées.

Dans un premier temps, le ministre de la Justice affirme que « celui qui a droit à l'usage » de l'eau ne peut exercer les recours prévus à cet article qu'en autant que cette action n'est pas contraire à l'intérêt général. Si le pollueur ou celui qui « épuise » l'eau agit par ailleurs dans l'intérêt général, celui qui a le droit à l'usage de l'eau n'aura pas de recours.

Mais dans le deuxième paragraphe, le ministre nous rappelle que l'eau « doit être considérée comme une chose d'usage commun », donc digne de protection et de préservation. Cet énoncé du législateur peut ne pas être en accord avec une interprétation étroite de ce que constitue l'intérêt général, basée exclusivement sur des dispositions législatives, sans tenir compte des valeurs en constante évolution de la société en général.

Enfin, la référence dans ce *Commentaire* à certaines lois de droit public attire notre attention au fait qu'il y a effectivement des dispositions législatives qui réglementent l'usage de l'eau et sa protection². Mais le *Commentaire* ne traite pas des conflits possibles entre ces dispositions de droit public et l'article 982 C.c.Q., quoi-

1. MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Commentaires du ministre de la Justice : Le Code civil du Québec – Un mouvement de société*, t. 1, Québec, Publications du Québec, 1993, p. 576.
2. En plus des lois mentionnées, il y a également la *Loi sur le régime des eaux*, L.R.Q., c. R-13, la *Loi sur les forêts*, L.R.Q., c. F-4.1, la *Loi sur l'aménagement et l'urbanisme*, L.R.Q., c. A-19.1. Mais il y a également la *Loi affirmant le caractère collectif des ressources en eau et visant à renforcer leur protection*, L.Q. 2009, c. 21, qui, à son article 3, nous donne une définition très précise de ce qui constitue l'« intérêt général ». Voir *infra*, p. 142.

que l'utilisation du terme « déjà » dans cet énoncé puisse laisser croire que cet article doit conserver son rôle de droit supplétif face au droit statutaire.

Lorsqu'il s'agit de déceler quelle pouvait être l'intention du législateur lors de l'adoption d'une disposition du *Code civil du Québec*, les *Commentaires du ministre* sont une source privilégiée d'information³. Dans le cas de l'interprétation de l'article 982 C.c.Q. qui est de droit nouveau, il y a lieu de croire que les tribunaux porteront une attention toute particulière à ces *Commentaires*.

1. L'ARTICLE 982 C.c.Q.

Cet article comprend plusieurs éléments qui ne sont pas définis d'une façon précise dans l'article ou dans le Code lui-même.

Aux fins du présent commentaire, nous avons choisi de limiter notre analyse au sens à donner à la notion d'*intérêt général* qui fait

partie intégrante de cette disposition.

À une autre occasion, il sera intéressant de considérer (i) le sens à donner à l'expression « *celui qui a droit à l'usage...* », (ii) la relation entre l'usager et les différents types de points d'eau, (iii) le degré de « *pollution* » ou « *d'épuisement* » requis et (iv) la nature des « *ouvrages* » qui sont susceptibles d'être modifiés ou détruits.⁴

2. CONTEXTE GÉNÉRAL

L'article 982 C.c.Q. se trouve dans le Livre 4 – Des Biens, Titre 2 – De la propriété, Chapitre III – Des règles particulières à la propriété immobilière, Section III – Des eaux.

Le Chapitre III est chapeauté par une disposition générale, l'article 976 C.c.Q.⁵, dont le rôle est à la fois d'encadrer les relations de voisinage, mais également d'influencer l'application et l'interprétation

3. Voir *Doré c. Verdun*, [1997] 2 R.C.S. 862, par. 14, monsieur le juge Gonthier : « ...Évidemment, l'interprétation du Code civil doit avant tout se fonder sur le texte même des dispositions. Cela dit et comme le soulignait le juge Baudouin dans le jugement dont appel, il n'y a cependant aucune raison d'écarter systématiquement les Commentaires du ministre, puisqu'ils peuvent parfois constituer un élément utile pour cerner l'intention du législateur, particulièrement lorsque le texte de l'article prête à différentes interprétations (à la p. 1327). Toutefois, ces commentaires ne constituent pas une autorité absolue. Ils ne lient pas les tribunaux et leur poids pourra varier, notamment, au regard des autres éléments pouvant aider l'interprétation des dispositions du Code civil. »

4. Deux études portant sur certains aspects de l'article 982 C.c.Q. ont été publiées lors de l'adoption du *Code civil du Québec* : Charlotte LEMIEUX, « La protection de l'eau en vertu de l'article 982 C.c.Q. : problèmes d'interprétation », (1992) 23 R.D.U.S. 191 et Anne-Marie SHEAHAN, « Le nouveau *Code civil du Québec* et l'environnement », *Développements récents en droit de l'environnement* (1994), Service de la formation permanente du Barreau du Québec, 1994, 3. Nous y faisons référence plus bas.

5. Article 976 C.c.Q. : « Les voisins doivent accepter les inconvénients normaux du voisinage qui n'excèdent pas les limites de la tolérance qu'ils se doivent, suivant la nature ou la situation de leurs fonds, ou suivant les usages locaux. »

des autres dispositions de ce chapitre⁶.

La notion de *tolérance* énoncée comme principe général à l'article 976 C.c.Q. devra donc jouer un rôle important lors de la mise en œuvre des recours prévus à l'article 982 C.c.Q. Tout au moins, les juges appelés à décider de l'opportunité de donner suite à une demande de démolition ou de modification, devront dans leur analyse des circonstances, chercher le point d'équilibre dicté par la flexibilité inhérente à la notion de tolérance.

Enfin, comme il est maintenant acquis que le principe de la *faute* n'est pas un ingrédient nécessaire en matière de recours contre les troubles de voisinage⁷, à plus forte raison dans une situation donnant lieu à un recours aux termes de l'article 982 C.c.Q., qui ne l'évoque absolument pas, ne devrait-elle faire partie de nos considérations.

3. L'« INTÉRÊT GÉNÉRAL »

3.1 Importance

De par sa rédaction même, l'article 982 C.c.Q. nous oblige à porter une attention toute particulière au sens qui doit être donné à l'expression « intérêt général ». Effectivement, c'est ce premier critère qui déterminera si la mise en œuvre de cette disposition sera possible ou non, indépendamment des autres critères qui pourraient, par ailleurs, s'appliquer.

À moins que cela ne soit contraire à l'intérêt général...

Bien que souvent utilisée, cette expression n'est pas définie dans le *Code civil*⁸ et nous n'avons pas retracé de définitions dans des dispositions statutaires.

Dans un article publié en 1992 (après l'adoption du *Code civil du Québec*, mais avant sa mise en vigueur)⁹, Charlotte Lemieux, professeure à la faculté de droit de

6. MINISTÈRE DE LA JUSTICE, Commentaires du ministre de la Justice : Le Code civil du Québec – Un mouvement de société, t. 1, Québec, Publications du Québec, 1993, p. 573 : « Cet article [976 C.c.Q.] est nouveau. Il pose le principe de la tolérance que l'on se doit dans les rapports de voisinage et le codifie dans une disposition générale qui coiffe l'ensemble du chapitre et le sous-tend... ».

7. Voir *Ciment du Saint-Laurent c. Barrette*, 2008 CSC 64, [2008] 3 R.C.S. 392 ; Pierre-Claude LAFOND, « L'heureuse alliance des troubles de voisinage et du recours collectif : portée et effets de l'arrêt *Ciment du Saint-Laurent* », (2009) 68 R. du B. 385, 392 ; Robert P. GODIN, « Limitations à l'exercice du droit de propriété – Abus de droit et troubles de voisinage », fascicule 8, *Biens et publicité des droits*, JurisClasseur Québec, LexisNexis Canada Inc., 2009, nos 38 et s. ; Élise CHARPENTIER et Benoît MOORE, « Responsable ou obligé ? Commentaire de l'arrêt *Ciment du St-Laurent c. Barrette* », (2009) R.J.T. 467.

8. L'expression est utilisée dans les articles 63, 67, 913, 1270, 1417 et 1472 C.c.Q., en plus de l'utilisation qui en est faite dans l'article 982 C.c.Q. qui fait l'objet de ce commentaire.

9. Précité, note 4, p. 194.

l'Université de Sherbrooke, nous propose une analyse critique de l'article 982 C.c.Q. et, concernant la notion d'*intérêt général*, elle fait le commentaire suivant :

Cet intérêt général permettant d'échapper à la restriction de l'article 982 C.c.Q. reste à définir, mais comme il s'agit d'une notion floue, élastique, variable, mobile, et soumise au contexte social, économique et culturel, sa définition fera problème.

Certainement et comme le fait remarquer la professeure Lemieux, l'article 982 C.c.Q. constitue une expression non équivoque d'une limitation à la nature absolue du droit de propriété en ce qui concerne l'eau¹⁰. Le ministre de la Justice, dans son *Commentaire*, fait état du fait que l'article 982 C.c.Q. est une autre expression du principe déjà énoncé à l'article 981 C.c.Q. où il est établi que le propriétaire riverain ne bénéficie que de

droits d'usage limités sur l'eau qui borde ou traverse son fonds¹¹.

La règle énoncée à l'article 981 C.c.Q. nous semble éminemment juste et équitable¹².

Dans un article publié à la même époque, Anne-Marie Sheahan faisait le commentaire suivant concernant la portée que devrait avoir l'article 982 C.c.Q. :

Dans les faits, l'application du nouveau recours en destruction ou en modification d'ouvrage établi par l'article 982 du *Code civil du Québec* pourrait être limité (*sic*) aux ouvrages contrevenant aux lois, règlements et autres normes existantes en raison de l'interprétation du terme « pollution » et de l'expression « intérêt général » ainsi qu'être réservée aux ouvrages de moindre envergure.¹³

Mais l'article 982 C.c.Q. semble énoncer deux principes en apparence contradictoires :

10. De plus en plus aujourd'hui l'eau, sous toutes ses formes, est considérée comme une *Res communis*. L'article 1 de la *Loi affirmant le caractère collectif des ressources en eau et visant à renforcer leur protection* (précitée, note 2) semble confirmer cette catégorisation : « 1. Étant d'intérêt vital, l'eau de surface et l'eau souterraine, dans leur état naturel, sont des ressources qui font partie du patrimoine commun de la nation québécoise. Ainsi que l'énonce l'article 913 du Code civil, leur usage est commun à tous et elles ne peuvent faire l'objet d'appropriation, sauf dans les conditions définies par cet article. » Voir aussi Madeleine CANTIN CUMYN, « Le régime juridique de l'eau, chose commune » dans *Vers une gouvernance de l'eau au Québec*, sous la direction de Catherine Choquette et Alain Létourneau, Québec, Éditions MultiMondes 2008, p. 67-78.
11. Article 981 C.c.Q. deuxième alinéa : « ...À la sortie du fonds, il doit rendre ces eaux à leur cours ordinaire, sans modification importante de la qualité et de la quantité de l'eau. Il ne peut, par son usage, empêcher l'exercice des mêmes droits par les autres personnes qui utilisent ces eaux. »
12. Ce n'est pas la règle en droit international ni dans un grand nombre d'états américains où l'utilisateur en amont n'est pas obligé de tenir compte des utilisateurs en aval. Voir Frédéric LASSERRE, *L'eau, enjeu mondial – géopolitique du partage de l'eau*, Paris, Le serpent à plumes, 2003, p. 118 et s. et Karen BAKKER, édi., *Eau Canada – The Future of Canada's Water*, Vancouver, UBC Press, 2007, p. 119 et s.
13. Précité, note 4, p. 16.

- en premier lieu, en ce qui a trait à celui qui « a l'usage de » l'eau, le droit qui lui est conféré par l'article 982 C.c.Q. ne sera jamais absolu puisqu'il sera nécessairement limité par toute contrainte imposée par l'intérêt général (qui pourra comprendre, le cas échéant, une référence à la notion de « tolérance » mentionnée précédemment) qui pourra se traduire également en pratique par le fait que l'on ne peut réclamer une eau propre et abondante à l'extrême ;
- en ce qui concerne « tout ouvrage qui pollue ou épuise l'eau », sa démolition ou sa modification ne seront permises qu'en autant que d'agir ainsi n'ira pas à l'encontre de l'intérêt général.

Alors, en quoi consiste l'intérêt général dont il est question ici ?

Cette notion est d'une importance fondamentale pour la compréhension de l'article 982 C.c.Q. De par sa rédaction, il semblerait que cet article pourrait avoir un effet qui s'étend au-delà des notions habituellement basées sur la proximité et la réciprocité. L'intérêt général dont il est question ici devra inclure des considérations qui dépassent les intérêts immédiats de voisins contigus. Il pourra s'agir de considérations communautaires, économiques, sociales, fiscales, mais également environnementales, soit la protection de

cette ressource si essentielle à la vie, sous toutes ses formes. À l'occasion de chaque affaire particulière, la détermination de ce qui constitue l'intérêt général reviendra au tribunal.

3.2 Définitions

Comment définir ce qu'est l'intérêt général ?

Malgré son usage courant, il n'est pas facile de trouver une définition de cette expression.

Dans le *Dictionnaire de droit privé*¹⁴, nous trouvons la définition suivante :

INTÉRÊT GÉNÉRAL : « Ce qui est à l'avantage de tous. »

Et Gérard Cornu, dans son *Vocabulaire juridique*¹⁵, nous propose la définition suivante :

Ce qui est pour le bien public ; à l'avantage de tous.

Il n'est pas certain qu'un juge appelé à décider une question complexe impliquant l'application de l'article 982 C.c.Q. trouverait ces définitions particulièrement utiles.

Une recherche de la jurisprudence nous indique que cette expression est utilisée couramment en matière de procédure (obtention d'une permission d'interjeter

14. *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues – Les obligations*, Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003 : « **Rem.** Bien que l'expression *intérêt général* soit fréquemment utilisée dans le Code civil (par ex. art. 67, 1270, 1472 C.c.Q.), la notion d' *intérêt général* prend une coloration particulière en droit des obligations. En effet, la nullité d'un acte juridique est absolue s'il est contraire à l'intérêt général (art. 1417 C.c.Q.), tandis qu'elle est relative s'il est contraire à un intérêt particulier (art. 1419 C.c.Q.). »

15. Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, 7^e éd., Presses Universitaires de France, Paris, 2005.

appel¹⁶ ou d'intervenir dans une procédure), ou encore lors de l'allocation des frais, en matière de nullité ou de diffamation, ou encore lorsqu'il est nécessaire de distinguer un intérêt général d'un intérêt privé, etc. Mais l'expression elle-même n'est pas spécifiquement définie.

Dans certaines décisions, on trouve des ébauches de définition qui portent sur des sujets variés où cette notion doit être prise en considération, souvent dans des contextes très différents. Par exemple, dans une affaire où le requérant sollicite de la Cour du Québec la permission d'interjeter appel d'une décision du Tribunal administratif du Québec, le juge Pierre Labbé fait le commentaire suivant :

Le requérant n'a pas démontré qu'il s'agissait d'une question d'intérêt général. Comme l'a souligné le juge Lareau dans le dossier [*Windsor (Ville de) c. Domtar inc.*, 2009 QCCQ 5334], une question peut être d'intérêt général lorsqu'elle concerne la violation d'une règle de justice naturelle, lorsqu'elle vise les intérêts supérieurs de la justice, lorsqu'elle est à caractère normatif pouvant dépasser les enjeux des parties ou lorsqu'elle concerne une violation patente d'une règle de droit.¹⁷

Cette analyse ne semblerait pas convenir tout à fait à la situation envisagée à l'article 982 C.c.Q., quoique la notion de « caractère

normatif » pouvant dépasser les enjeux des parties pourrait s'appliquer.

3.3 Deux approches possibles pour la détermination de ce qu'est l'« intérêt général »

En consultant la doctrine et la jurisprudence, nous constatons que cette expression est utilisée couramment comme si son sens ne laissait aucun doute et était généralement accepté, sans qu'il soit nécessaire de pousser plus loin l'analyse afin d'en déterminer l'étendue et sans faire les distinctions qui devraient s'imposer compte tenu des différents contextes où elle est utilisée. Par ailleurs, il n'est pas rare de lire que cette expression est synonyme à celle de **bien commun**.

Dans un article récent écrit par François Rangeon et publié sous le titre « *L'intérêt général et les notions voisines* »¹⁸, l'auteur nous propose deux façons d'aborder la détermination d'une définition de l'« intérêt général ». La première, plus traditionnelle, nous renvoie à une définition qui trouverait sa source dans la législation existante. Ainsi, comme le législateur représente l'expression démocratiquement manifestée des attentes et des valeurs de la population, c'est dans la législation que nous devons chercher en quoi peut

16. « Question sérieuse, nouvelle et d'intérêt général... ».

17. *Chrétien c. Québec (Commission de protection du territoire agricole)* (C.Q.), EYB 2009-165082, par. 35.

18. François RANGEON, *L'intérêt général et les notions voisines*, dans *La santé et le bien commun*, publié sous la direction de Bartha Maria Knoppers et Yann Joly, Montréal, Les Éditions Thémis, 2008, p. 19.

consister l'« intérêt général » dans un cas particulier. La deuxième, peut-être influencée par les valeurs sociales actuelles du monde dans lequel nous vivons, se réfère à un processus dynamique et fragmenté où les membres actifs d'une société donnée, après consultations et interactions, arrivent à une forme de consensus qui devient l'expression de ce que peut constituer l'« intérêt général » à ce moment particulier.

L'intérêt général et le bien commun ont une histoire sémantique qui leur est propre. Le bien commun a une origine théologique – la notion fut conceptualisée au XIII^e siècle par Saint Thomas d'Aquin – et elle contient une dimension morale forte, étant associée aux idées de justice et de vertu. L'intérêt général est apparu au XVIII^e siècle et son histoire est étroitement reliée à celle de la construction de l'État moderne. L'intérêt général résulte d'un processus de laïcisation, de rationalisation et d'étatisation du bien commun, et il présente une dimension juridico-politique dominante. (Page 20)

L'intérêt général s'est d'abord considérablement complexifié, tant au niveau de son contenu qu'à celui de ses modes d'élaboration. L'intérêt général intègre aujourd'hui des objectifs contradictoires (la liberté individuelle et la solidarité, la reconnaissance des droits-créances et leur nécessaire régulation sociale...). Il n'est plus accepté comme une donnée a priori imposée à la société par les décideurs publics, mais résulte d'un long processus de consultation et

d'arbitrage des intérêts particuliers, auxquels il n'est plus opposé. Il résulte d'une co-production de la puissance publique, du marché et de la société civile. La construction socio-historique associant l'intérêt général, l'État et le service public a en quelque sorte « implosé ». Le monopole étatique de l'intérêt général a été mis en cause sous l'effet de plusieurs facteurs de natures très diverses : mondialisation, crise de confiance à l'égard de l'État et de la classe politique, montée des aspirations démocratiques, recompositions territoriales au sein des États... Au total, le principe même selon lequel l'État aurait vocation à définir l'intérêt général paraît sinon abandonné du moins largement contesté. (Page 26)

Dans une thèse publiée en 2004, le professeur Mustapha Mekki nous propose une étude approfondie de la notion d'intérêt général. Ainsi, dans l'introduction de cet ouvrage et après une analyse détaillée de ses composantes, il nous suggère la définition suivante :

L'intérêt général est le fondement commun de la sphère privée et de la sphère publique. Il conditionne toute vie en société et légitime le droit de l'État. Il est le fruit d'une collaboration entre l'État et la société civile... L'intérêt général est le résultat d'une hiérarchie entre les intérêts publics et/ou privés, légitimée à la fois de manière substantielle et dogmatique, et de manière procédurale et pragmatique.¹⁹

Il apparaît donc que l'intérêt général doit être vu comme une

19. Mustapha MEKKI, *L'intérêt général et le contrat : contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, Paris, 2004, L.G.D., n° 78.

notion à la fois imprécise et déterminante de l'équilibre social et juridique :

L'intérêt général est une notion à mi-chemin entre le droit et la politique. Le Droit se présente comme une médiation entre l'éthique et la politique. L'intérêt général est le point d'ancrage de cette dialectique de l'éthique et de la politique à travers le Droit.²⁰

Par ailleurs, cette notion a connu une évolution certaine au cours des dernières années due en grande partie à l'érosion qu'a subie l'acceptation traditionnelle de la prépondérance de l'État. Cette érosion a donné lieu à la mobilisation des intérêts particuliers et privés dont la reconnaissance est parfois frustrée par les comportements inadéquats de la classe politique. Il n'y a qu'à voir la croissance importante qu'a prise l'utilisation des recours collectifs dans le domaine environnemental (entre autres) pour se convaincre de ce phénomène²¹.

En crise, l'intérêt général, en quête de légitimité, a dû se démocratiser pour se rapprocher des citoyens.²²

Dans cette perspective, la détermination de l'intérêt général dans une situation impliquant l'application des recours prévus à l'article 982 C.c.Q. devra prendre en compte non seulement les règles inspirées du droit public, mais également les considérations

de justice sociale et privée qui trouvent normalement leur expression par l'entremise du droit privé. Il sera par ailleurs possible de faire appel au principe de **tolérance** qui doit inspirer ce chapitre du *Code civil* de façon à éviter les conséquences arbitraires d'une application stricte de ces dispositions. Ainsi, un ouvrage respectant la législation en place ne sera pas nécessairement dans l'intérêt général et ne devra pas nécessairement être toléré par les voisins.

Toute cette question demeure bien sûr ouverte et devra donner lieu à de nombreuses analyses dans le cadre du processus judiciaire.

3.4 Quelques jugements où l'intérêt général mentionné à l'article 982 C.c.Q. a été considéré

Le premier que nous avons pu retracer est *Assoc. des résidents du Lac Mercier inc. v. Québec (ministre de l'Environnement)*²³.

Par une requête pour jugement déclaratoire visant à faire déclarer l'illégalité de l'aménagement d'un parc, les membres d'une association de résidents habitant près du Lac Mercier ont invoqué l'article 982 C.c.Q. afin d'obtenir la démolition de certains aménagements récréotouristiques sur des anciennes emprises ferroviaires, dont l'utilisation, par les motonei-

20. *Ibid.*, n° 8. Références omises.

21. Voir LAFOND, *op. cit.*, note 7, p. 435 et s.

22. MEKKI, n° 9. Références omises.

23. [1996] J.Q. n° 2691, [1996] R.J.Q. 2370, J.E. 96-1756, [1996] R.D.I. 597, REJB 1996-29270, n° 500-05-014323-933, C.S. (Crête, J.).

ges en particulier, aurait été la cause d'une pollution inacceptable du lac Mercier.

Monsieur le juge Crête, après avoir mentionné les articles de doctrine publiés par Charlotte Lemieux²⁴ et Anne-Marie Sheahan²⁵, et sur la base d'une déclaration enthousiaste du sous-ministre aux Affaires municipales, arrive à la conclusion suivante :

Sans devoir pour autant endosser l'enthousiasme particulier du sous-ministre, le tribunal ne retient pas moins les bénéfices touristiques, récréatifs et économiques certains que peut apporter l'utilisation, à des fins récréatives, d'une ancienne voie ferrée abandonnée. L'intérêt général est indéniable. Dans ce contexte, il n'y a pas d'hésitation à conclure que l'intérêt général que représente le parc linéaire l'emporte ici de façon prépondérante sur les dommages trop incertains que le maintien de l'emprise pourrait causer à l'environnement du lac Mercier.²⁶

Le seul autre jugement que nous avons pu retracer qui traitait spécifiquement de l'impact de la notion d'intérêt général sur le recours prévu à l'article 982 C.c.Q. est celui de *Roy c. Tring-Jonction*²⁷. Les Roy, père et fils, exploitaient une ferme laitière dans

la municipalité de Tring-Jonction, dans le district judiciaire de Beauce et à la suite de la construction et de la mise en marche d'une usine d'épuration par la municipalité sous la surveillance de la Société québécoise d'Assainissement des Eaux et du Ministère de l'Environnement, il appert que le trop-plein pollué provenant de cette usine est rejeté dans une rivière qui bornait la ferme de la famille Roy où leurs animaux allaient s'abreuver. La preuve démontre que suite à cette contamination, la qualité du lait produit s'est détériorée sérieusement, les vaches du troupeau sont malades et une d'entre elles en est même morte.

Parmi les divers recours intentés par Roy père et fils, il y a une demande à l'effet d'ordonner la destruction ou la modification des ouvrages d'assainissements sur la base du recours prévu à l'article 982 C.c.Q. Le juge Pelletier s'exprime en ces termes :

Dans un premier temps, le Tribunal est d'avis qu'il n'y a pas lieu dans la présente cause d'ordonner la destruction ou la modification des ouvrages d'assainissement. L'article 982 C.c.Q. subordonne à l'intérêt général le droit du propriétaire d'empêcher la pollution,

24. Précité, note 4.

25. Précité, note 4, en particulier, le paragraphe suivant : « L'article 982 attribue à certaines personnes un droit individuel de protéger la qualité et la quantité de l'eau par le biais de la destruction ou de la modification d'un ouvrage. Il nous semble toutefois que le Législateur n'entend pas faire primer cet intérêt individuel au détriment de l'intérêt collectif de la société. La probabilité d'obtenir la destruction ou la modification d'un ouvrage devrait donc diminuer lorsque l'ouvrage est d'ampleur considérable, lorsqu'il génère de l'emploi pour un nombre important d'individus dans une région et lorsqu'il joue un rôle important dans la santé économique d'une région. »

26. Au paragraphe 92.

27. AZ-01021419, J.E. 2001-769, [2001] R.R.A. 806 (rés.) (François Pelletier, J.).

ce qui nous ramène à l'application de la *Loi sur la qualité de l'environnement*, sujet traité précédemment. On peut cependant ajouter les commentaires qui suivent.

Toute activité humaine est susceptible d'engendrer de la pollution et la *Loi sur la qualité de l'environnement* a précisément pour objet d'encadrer et de limiter la pollution à ce qui est strictement requis dans l'intérêt général.

[...]

Le certificat de conformité émis par le ministère de l'Environnement consacre le droit de la municipalité de polluer, dans une certaine mesure et dans l'intérêt général, les cours d'eau qui sont les réceptacles des trop-pleins de son système d'égout. En pareille conjoncture, l'autorisation conférée par le certificat prime le droit d'exiger la destruction que l'article 982 C.c.Q. accorde au propriétaire. [Nous soulignons]

Dans l'affaire du *Lac Mercier*, mais plus encore dans celle de *Tring-Jonction*, les tribunaux ont pris une définition basée sur une limitation de l'intérêt général dictée par le législateur et le gouvernement en n'accordant à peu près pas de place à la protection de l'environnement. Les faits de ces espèces semblaient favorables à une telle interprétation : une preuve non concluante pour le tribunal des dommages environnementaux dans l'affaire du *Lac Mercier* et le fait que l'usine d'épuration avait été construite avec des

deniers publics et appartenait à la collectivité dans *Tring-Jonction*.

Mais ce qui est à noter c'est que la notion de ce que constitue l'intérêt général ne fait pas l'objet d'une analyse très poussée. Dans *Lac Mercier*, le fait que le parc linéaire avait été créé par le gouvernement du Québec avec le concours de la MRC locale a certainement joué un rôle déterminant dans l'interprétation de ce que pouvait constituer l'intérêt général. Dans *Tring-Jonction*, le juge Pelletier pousse le raisonnement plus loin en affirmant que le recours prévu à l'article 982 C.c.Q. est complètement évacué ou neutralisé par les dispositions de droit public applicables, en l'occurrence la *Loi sur la qualité de l'environnement*²⁸. Ainsi, il est difficile d'imaginer les circonstances où il serait possible d'invoquer l'article 982 C.c.Q., compte tenu de l'impact très large de cette Loi (en particulier) sur tous les aspects de la contamination ou de l'épuisement de l'eau.

4. Interprétation large de la notion d'intérêt général

Nous aimerions suggérer que depuis la décision récente de la Cour suprême du Canada dans *Ciment du Saint-Laurent c. Barrette*²⁹, une interprétation beaucoup plus large de la notion d'intérêt général s'impose. Dans cette affaire, madame la juge Dutilleul, en Cour supérieure³⁰, conclut que bien que la cimenterie s'était généralement conformée

28. L.Q.R., chapitre Q-2.

29. Précitée, note 7.

30. [2003] R.J.Q. 1883, [2003] R.R.A. 1012 (rés.).

aux lois environnementales applicables, ce fait en soi ne lui conférerait pas une immunité face au recours collectif intenté par les voisins qui avaient subi des dommages, tant à leurs biens qu'à leur qualité de vie, suite aux opérations de la cimenterie pendant plusieurs années. Cette conclusion a par la suite été confirmée par la décision unanime de la Cour suprême du Canada³¹.

Bien que l'expression « intérêt général » ne soit pas utilisée comme tel dans cette affaire, cette façon de faire l'arbitrage entre le droit public et le droit privé, reconnaissant le caractère supplétif de la norme énoncé à l'article 976 C.c.Q., constitue une approche plus conforme aux réalités d'aujourd'hui. En effet, dans cette affaire la décision a été prise sur la base du droit commun applicable au voisinage, reconnaissant que les voisins de la cimenterie avaient un droit non équivoque à être indemnisés pour les dommages subis à titre de voisins, sans qu'il soit nécessaire d'invoquer la notion de faute pour ce faire. La Cour supérieure et la Cour suprême ont reconnu sans réserve qu'il s'agissait d'inconvénients qui excédaient les limites de la tolérance³² et qu'à ce titre, les voisins affectés avaient le droit d'être indemnisés.

Dans ces conditions, l'intérêt général devient une notion plus large et certainement plus complexe. En même temps, cette définition permet de prendre en compte des intérêts qui touchent directement et personnellement

un nombre important de membres de la société. Elle permet également au juge d'être sensible à l'évolution rapide de notre société face aux contraintes chaque jour plus grandes en matière environnementale.

Avec le professeur Mekki, nous pouvons constater qu'il y a lieu de trouver un nouvel équilibre dans l'application de la notion d'intérêt général :

Dans ce contexte, l'intérêt général peut-il encore être perçu comme un concept exclusif au droit public ? L'État aurait-il encore aujourd'hui l'exclusivité de la représentation, de la mise en œuvre et du contrôle de l'intérêt général ? Le droit privé serait-il réduit à n'être qu'un droit de petits intérêts, ceux de la société civile, « berceau des intérêts particuliers » ? Au vrai, il n'en est rien. Il faut en finir avec cette conception paternaliste de l'intérêt général. Concept clé du Droit public, l'intérêt général est également le pilier du Droit privé.³³

Sans vouloir diminuer la portée de cet énoncé auquel nous souscrivons entièrement, il est significatif de constater que le législateur a récemment donné une expression à l'évolution que notre société a connue concernant la gestion de l'eau au Québec. Ainsi, il devient essentiel de faire un lien direct entre l'« intérêt général » de l'article 982 C.c.Q. et l'énoncé du premier alinéa de l'article 3 de *Loi affirmant le caractère collectif des ressources en eau*

31. Précitée, note 7.

32. Article 976 C.C.Q.

33. *Op. cit.*, n° 24.

et visant à renforcer leur protection³⁴ qui se lit comme suit :

3. La protection, la restauration, la mise en valeur et la gestion des ressources en eau sont d'intérêt général et concourent à l'objectif de développement durable.

(Le soulignement est de nous.)

Cet énoncé du législateur nous semble très clair : la protection, la restauration, la mise en valeur et la gestion des ressources en eau sont déclarées par le législateur d'être d'intérêt général.

CONCLUSION

Il semblerait donc qu'à l'occasion de l'interprétation de la phrase introductive de l'article 982 C.c.Q., il faudra prendre en ligne de compte le fait que l'intérêt général dont il y est question doit comprendre non seulement des objectifs de droit public, mais également ceux de droit privé. L'énoncé du premier alinéa de l'article 3 de la *Loi affirmant le caractère collectif des ressources en eau et visant à renforcer leur protection*³⁵, soit la « protection, la restauration, la mise en valeur et la gestion des ressources en eau... », devrait rendre le fardeau résultant de la réserve introductive de l'article 982 C.c.Q. moins lourd à surmonter pour celui qui invoque les recours prévus à cette disposition du *Code civil du Québec*.

D'autre part, en s'inspirant de l'évolution à la fois doctrinale et

jurisprudentielle qu'a connue la notion de *troubles de voisinage* au cours des dernières décennies, il est permis d'accorder à la notion d'intérêt général une dimension qui incorpore plus précisément des considérations qui touchent directement à la relation entre l'individu et l'environnement dans lequel celui-ci vit.

Francois Terré et Philippe Simler nous invitent à cette réflexion :

On voit [...] se développer l'idée – peut-être déjà en germe dans la notion d'*immissio* – suivant laquelle, tout comme il existe un droit à la sécurité, il y a un droit essentiel de la personne humaine dont la sauvegarde serait, tant bien que mal, assurée par la jurisprudence, en attendant la croissance d'un corps de règles plus ordonnées et destinées à assurer ce que l'on croit devoir appeler la qualité de la vie. Il s'agirait d'un droit à la tranquillité de son cadre de vie. Pourquoi pas ?³⁶

Et Adrian Popovici de compléter cette pensée :

[La règle énoncée à l' 976 C.c.Q. est] l'incarnation d'un grand principe de vie en société [qui] devrait gouverner toutes les situations réelles de voisinage, pour déborder éventuellement dans le droit de l'environnement, destinée à améliorer la qualité de vie individuelle et collective de l'humanité.³⁷

34. L.Q. 2009, chapitre 21.

35. Précitée, note 34.

36. François TERRÉ et Philippe SIMLER, *Droit civil. Les biens*, 7^e éd. Paris, Dalloz, 2006, n° 328.

37. Adrian POPOVICI, « La poule et l'homme : sur l'article 976 C.c.Q. », (1996-1997) 99 R. du N. 214, 253.

DROIT DU TRAVAIL

Fernand MORIN

Un commentaire de l'arrêt *G. Plourde c. Cie Wal-Mart du Canada Inc.*, [2009] 3 R.C.S. 465

Il est probable que l'ensemble des analyses critiques de l'arrêt *Wal-Mart* soient colorées en fonction des teintes et des humeurs que les différents auteurs peuvent y apporter du seul fait de leur jugement personnel préalablement formé. Le contraire de cette situation serait surprenant sauf entre les dévots d'une même « religion laïque ». En raison des intérêts sous-jacents à ces problématiques, les études touchant les relations de et du travail empruntent facilement une approche manichéenne : blanc/noir, bon/mauvais, pour/ contre, fond/forme, capitaliste/socialiste, conservateur/ libéral, etc.

Semblable à Proust qui se souhaitait des lecteurs généreux, nous devons aussi espérer que, suite à ce bref exposé, les lecteurs accoleront respectivement des teintes différentes à nos propos. S'il devait en être autrement, il nous faudrait en déduire être résolument dans l'erreur absolue !

Traiter d'un arrêt qui vise l'entreprise *Wal-Mart* (W-M) peut être un exercice délicat en raison de la réputation qui coiffe cette entre-

prise suite à divers faits judiciaires qui la concernent en matière de relations collectives du travail¹. Pour cette raison et aussi pour éviter de faire double emploi (une analyse critique joutée d'un prêche), nous nous concentrons sur les moyens retenus par la Cour suprême du Canada pour justifier sa conclusion finale. Ce point d'angle peut aussi avoir l'avantage de traiter de la question de manière à tirer quelques enseignements d'ordre juridique certes mais, aussi pratique : *Where there is a will, there is a way*².

Au plan socio-politique et notamment par le biais du droit du travail, cet arrêt de la Cour suprême du Canada demeure d'un grand intérêt et, sous certains aspects, assez énigmatique. Le ton et les arguments retenus notamment par les juges dissidents sont révélateurs de la vivacité du débat délibératif qui aurait été tenu en cette enceinte « suprême » et qui ne peut que se prolonger hors de ces « murs ».

Disposant des deux versions, nous discutons de la valeur de cer-

1. Les récents parcours judiciaires de « W-M » concernant l'application du *Code du travail* ressemblent à bien des dossiers que l'on connut au cours des années 1950-80 et maintenant, pratiquement révolue !
2. Il est vrai que ce dicton signifie également qu'à défaut d'une volonté ferme, ce peut être l'embâcle !

tains arguments avancés par les uns et les autres : les juges constituant la majorité et ceux formant la minorité. Par ce débat interne et devenu public, les juges de la Cour suprême du Canada indiquent bien qu'une analyse critique d'un jugement constitue une dialectique stimulante, voire nécessaire en une société démocratique. Ne pas concourir à l'opinion de son vis-à-vis et l'exprimer clairement peut aussi constituer à la fois une réelle manifestation de la liberté d'expression et du respect de l'autre.

Ainsi, convient-il de souligner, en premier lieu, ces deux arguments avancés par les membres de la Haute Cour.

I. RAPPEL SUCCINCT DE L'ARRÊT

Bien que cet arrêt *Plourde c. Cie Wal-Mart du Canada* soit déjà connu de l'ensemble de nos collègues qui traitent, à divers titres, des relations du travail, nous rappelons néanmoins les principaux éléments de la problématique. Puis, à l'aide d'extraits de l'arrêt, nous tentons de faire état des principaux motifs mis de l'avant pour étayer les conclusions respectivement retenues par les groupes majoritaires et dissidents de la Haute Cour³.

I.1 Les faits

En août 2004, le syndicat est accrédité pour représenter les salariés de l'établissement de

Wal-Mart (« W-M ») à Jonquière. Après quelques tentatives de négociation directe entre les parties, le ministre du Travail désigne, le 9 février 2005, un arbitre en vue de faciliter le travail des parties à ce processus : négociation d'une première convention collective selon les articles 93.1 et s. C.t. et pouvant aboutir à une sentence arbitrale de différend. Il s'agit de l'ultime « béquille » servant in extremis, dans le contexte de la tenue de rapports collectifs du travail, d'équivalent à une convention collective et mettant ainsi un terme à l'usage exclusif du contrat d'adhésion, le contrat de travail. Aussitôt ce fait connu, et avant la venue de ce « tiers », « W-M » informe les salariés de sa décision de fermer l'établissement de Jonquière. Ainsi, 190 salariés perdent leur emploi à compter du 29 avril 2005.

S'autorisant des articles 15 à 19 C.t., M. Plourde, un des salariés mis à pied par « W-M », porte plainte en raison de son congédiement pour activités syndicales et demande sa réintégration. La C.R.T. reconnaît que M. Plourde bénéficie de la présomption établie à l'article 17 C.t. mais considère que l'employeur dispose d'une « cause juste et suffisante » que constituerait la fermeture de l'établissement. À l'appui de cette décision, la C.R.T. allègue le jugement du Tribunal du travail dans l'affaire *City Buick* et ses suites judiciaires⁴. La Cour supérieure rejette la demande de contrôle de

3. En raison des risques inhérents à cette opération, un tel résumé ne peut valoir que pour les fins immédiates d'un semblable exposé.

4. *City Buick Pontiac inc. c. Roy*, [1981] T.T. 22.

cette décision puis, la Cour d'appel refuse la demande d'appel. La Cour suprême du Canada reçoit l'appel et confirme la décision initiale de la C.R.T. (par. 63).

I.2 Le jugement majoritaire

À la majorité (6/9)⁵, la Cour suprême du Canada considère que cette plainte, formulée en vertu des articles 15 à 19 C.t., soulevait la question de la réintégration possible des salariés alors qu'une question plus large et préalable, soit celle des motifs de la fermeture de l'établissement s'imposait et devait être traitée. Cette dernière question, selon la Cour suprême, suppose qu'elle soit soulevée à l'aide d'une plainte fondée sur les articles 12 à 14 C.t. et non pas 15 à 19 C.t. :

Une conclusion de pratique déloyale de travail interdite par les articles 12 à 14 donne des mesures d'une portée plus large fondée sur les dispositions réparatrices générales du Code dont tous les salariés peuvent bénéficier, y compris ceux qui n'ont pas participé à des activités syndicales ou qui se sont même opposés à la syndicalisation, mais qui ont néanmoins subi les contre-coups de la fermeture illicite du magasin (par. 12).

Finalement, la Cour suprême du Canada, à la majorité, conclut en ces termes : « ...le recours prévu aux articles 15 et 17 n'offre pas à l'appelant une voie de droit appropriée pour l'examen de sa plainte et le pourvoi doit être rejeté. » (par. 65)

Dès l'amorce du jugement, on circonscrit le débat à une question de procédure :

La question qui est soumise à la Cour est, selon moi, assez limitée, quoique importante. Il s'agit d'une question de procédure qui n'a rien à voir avec un examen général des pratiques de Wal-Mart en matière de relations du travail ! (par. 4)

La Cour suprême du Canada (le groupe formant la majorité) fait valoir ces faits à l'appui de sa conclusion :

La décision *City Buick* citée et confirmée par notre Cour dans *Place des arts* parle de « motifs condamnables socialement ». Elle ne permet pas à l'employeur de bénéficier d'une immunité contre les comportements illégaux dans le cadre de l'application du Code. » (par. 9).

Les syndicats et les salariés peuvent présenter une preuve de comportement antisyndical en vue d'établir le recours à une « pratique déloyale de travail » interdite par les articles 12 à 14 du Code. Du point de vue des salariés, un recours fondé sur ces dispositions a le désavantage de ne pas donner ouverture à la présomption de l'article 17. Dans le contexte de l'article 12, il incombe au syndicat et aux salariés, selon le cas, de prouver que l'employeur s'est livré à une pratique déloyale, et non à l'employeur de réfuter une telle allégation » (par. 10).

Ainsi, la question consiste à savoir « Si les employés d'un établissement ayant fermé ses portes peuvent présenter un recours fondé

5. Les juges Binnie, McLachlin, Deschamps, Fish, Charron et Rothstein forment cette majorité et les juges Abella, Cromwell et LeBel sont dissidents. Les soulignés sont nôtres.

sur les articles 15 à 17 en vue de bénéficier d'un important avantage que constitue la présomption légale selon laquelle le renvoi a eu lieu à cause de l'exercice de leur droit de négocier collectivement. » (par. 11).

[...] les extraits pertinents de la décision *City Buick* ont été incorporés dans l'arrêt *Place des arts* » (par. 28). Le juge Gonthier ajouta, au nom de la Cour : « Je fais miens les propos du juge Lesage ». Il serait regrettable, en l'absence de circonstances impérieuses, qu'une décision unanime de la Cour perde sa valeur de précédent avec le départ de l'un ou de plusieurs des juges qui y ont participé. » (par. 13 *in fine*)⁶

Ce recours a été ajouté au Code pour remédier aux lacunes que comportaient, du point de vue des salariés, les dispositions pénales interdisant aux employeurs tout comportement anti-syndical. Avoir gain de cause sous le régime de l'ancienne loi procurait un piètre réconfort au salarié qui avait perdu son emploi. Le fait que l'article 15 parle de réintégrer ce salarié dans son emploi indique d'une façon non ambiguë que le législateur considérait l'existence du lieu de travail toujours en activité comme une condition préalable au succès d'une plainte fondée sur l'article 15. (par. 35)

[...] La fermeture, quelle qu'en soit la cause, demeure une fermeture qui rend la réintégration impossible. La décision du juge Lesage a

été suivie de façon constante au Québec dans le cas de la fermeture d'un lieu de travail... (par. 47)

L'appelant souligne, à juste titre, que l'employeur est généralement mieux en mesure que le salarié d'établir « la raison réelle » de la fermeture, mais l'intimé fait valoir, tout aussi judicieusement, que le législateur pouvait raisonnablement adopté la politique générale selon laquelle la simple existence d'activité syndicale pendant la période précédant la fermeture ne devrait pas, à elle seule, justifier que l'employeur soit tenu d'ouvrir ses livres pour convaincre la C.R.T. que la décision des dirigeants n'a rien à voir avec ces activités. (par. 50)⁷

[...] l'arrêt *Place des arts a pour effet d'exclure* l'application de l'article 17 lorsque l'employeur ferme son entreprise. Il en est ainsi parce que notre Cour a retenu la thèse selon laquelle l'ordonnance accordant réparation présuppose l'existence d'une entreprise active. Dans les circonstances, la fermeture de l'entreprise constitue une défense complète. Toutefois, l'arrêt *Place des arts* ne pose pas le principe plus large selon lequel la cessation des activités remet le compteur à zéro et immunise l'employeur quant aux conséquences financières de ces pratiques déloyales. Il n'empêche non plus de conclure que la fermeture elle-même constitue une pratique déloyale de travail visant à entraver les activités du syndicat ou empêcher les salariés d'exercer

-
6. Telle fut pourtant la situation dans l'arrêt *Health S.S.*, [2007] 2 R.C.S. 391, où tous les juges participant à l'arrêt *Alberta*, [1987] 1 R.C.S. 317, ne siégeaient plus et M. le juge Binnie y souscrivait.
 7. L'article 17 C.t. impose à l'employeur de démontrer la qualité de sa décision et on n'y précise pas par quels moyens l'employeur peut s'acquitter de cette charge puisque la voie pertinente diffère selon les circonstances de temps et de lieu. Néanmoins, on y vit un argument « tout aussi judicieux » de ne pas être « tenu d'ouvrir ses livres » !

les droits que leur confère le Code. Les recours appropriés, dont disposent les salariés et le syndicat, sont simple­ment prévus ailleurs dans le Code, et plus particulière­ment aux articles 12 à 14 qui concernent les pratiques déloyales de travail. » (par. 54)

[...] Bien que notre Cour s'estime libre de s'écarter de ses arrêts antérieurs lorsque des motifs impérieux l'exigent, on n'a pas établi en l'espèce l'existence de tels motifs impérieux sur le plan de la politique générale ou du droit dont la Cour, quoique différemment constituée, n'aurait pas eu connaissance lorsqu'elle a prononcé l'arrêt *Place des arts* il y a cinq ans. Une certaine constance judiciaire est nécessaire pour que les personnes œuvrant dans le domaine des relations du travail au Québec puissent connaître les règles qui régissent leurs activités. (par. 61).

Pour les motifs déjà exprimés, j'estime que le refus de la C.R.T. d'appliquer la mesure de réintégration prévue à l'article 15 lorsque le lieu de travail a cessé ses activités repose sur une interprétation raisonnable de sa loi constitutive, et je suis d'avis de ne pas modifier cette décision. (par. 63).

Un syndicat ou les salariés peuvent exercer un recours fondé sur l'article 12 pour se plaindre de manœuvres antisyndicales de la part de l'employeur. Cette procédure porterait directement sur la raison de la fermeture du magasin et non sur la raison du congédiement des salariés d'un magasin qui n'existe plus... (par. 64).

1.3 La dissidence

Les juges dissidents (Abella, LeBel et Cromwell) sont d'un tout

autre avis et s'attaquent directement au point « d'ancrage » retenu par leurs collègues formant la « majorité » :

« [...] si l'interprétation du *Code du travail* adoptée dans *City Buick* est raisonnable » (par. 66) et peu après, ils la reformulent en ces termes :

La question de droit à trancher en l'espèce est de savoir si un congédiement résultant de la fermeture d'une entreprise peut donner lieu à un examen visant à déterminer s'il est motivé par l'antisyn­dicalisme. [...] (par. 76).

Cette double question indique clairement que l'on entendait s'attaquer à l'embûche jurispruden­tielle sous-jacente mais, sans y trébucher.

La réponse donnée par les juges dissidents ne peut être plus claire :

La thèse retenue par la majorité, selon laquelle il n'est pas possible de bénéficier pleinement de l'avantage de fond et de forme offerts par les articles 15 à 19 dans le cas d'une fermeture motivée par l'antisyn­dicalisme, représente un écart marqué et arbitraire par rapport aux fondements philoso­phiques, aux objectifs et à la portée générale du Code du travail... (par. 69).

C'est la première fois que l'auto­rité de *City Buick* dans le contexte de la fermeture d'une entreprise au Québec est attaquée directe­ment devant notre Cour et le fon­dement de cette attaque est que cette décision a dérogé, il y a près de 30 ans, aux précédents, principes et objectifs du droit du travail. (par. 77)

Cette dernière assertion reconnaît implicitement que l'arrêt *Place des arts* ne constituait pas, même indirectement, un précédent liant la Cour !

On explique que ces dispositions 12, 13 et 14 C.t. ont des visées d'ordre pénal et ne confèrent pas aux salariés, victimes de semblables manœuvres, une réelle réparation alors qu'il en serait tout autrement par la voie du recours fondé sur les articles 15 à 19 C.t. :

Ces dispositions pénales n'étaient pas d'un grand secours pour les salariés. Non seulement l'amende imposée à l'employeur ne les dédommageait aucunement, mais ce régime leur imposait un fardeau dont il était difficile de s'acquitter et un défi presque insurmontable sur le plan de la procédure et de la preuve. (par. 86)

Quant à la présomption légale de l'article 17 C.t., les juges dissidents la justifient ainsi :

Le législateur a établi cette présomption pour équilibrer les forces des salariés et des employeurs sur le plan de l'information, compte tenu de la difficulté manifeste pour les salariés de prouver que la conduite d'un employeur était motivée par l'antisyndicalisme... (par. 91).

En conséquence, on considère que M. Plourde disposait bien de deux voies complémentaires l'une, l'autre :

Par conséquent, en 1959, il est devenu possible pour les salariés d'emprunter deux voies de droit complémentaires – le régime pénal établi par les articles 12 à 14 et le régime civil assorti d'une présomption en leur faveur établi par

les articles 15 à 19. » (par. 92).

Il serait contraire à ce passé législatif et judiciaire de conclure que le comportement le plus radical possible de l'employeur entraînant la cessation d'emploi – la fermeture de l'entreprise – est une forme de congédiement qui a ceci d'unique qu'il échappe à tout examen visant à déterminer s'il est entaché d'antisyndicalisme. Et pourtant, c'est précisément l'effet de la décision *City Buick* rendue seulement un an après l'arrêt *Lafrance* de notre Cour. » (par.101)

[...] l'approche actuelle concernant les fermetures d'entreprises au Québec n'émane pas d'une mesure législative mais plutôt d'un concept jurisprudentiel qui a été élaboré dans *City Buick* et appliqué par la suite malgré son incompatibilité avec l'interprétation retenue par la Cour suprême dans *Lafrance* un an plus tôt... » (par. 113). « [...] la décision *City Buick* a dérogé inopinément à la jurisprudence québécoise antérieure et s'est nettement écartée de l'approche réparatrice et des objectifs législatifs établis dans le *Code du travail*. Pour ces raisons, elle est à mon avis inacceptable. » (par. 114).

Ces deux derniers paragraphes 101 et 114 renferment la critique la plus sévère à l'égard de leurs collègues formant la majorité. Si ces derniers relevaient d'un tribunal hiérarchiquement inférieur, leurs collègues « minoritaires » auraient pu qualifier leur jugement de « déraisonnable » compte tenu de l'appréciation qu'ils en font !

Au soutien de la pertinence du recours s'autorisant des articles 15 à 19 C.t., on réfute l'argument

fondé sur l'impossible réintégration :

[...] Bien que la réintégration à titre de réparation soit impossible lorsque l'entreprise est fermée, elle n'est pas la seule réparation visée à l'article 15, mais simplement la réparation la plus large qui permet d'en réaliser les objectifs. (par. 125).

Priver les salariés congédiés de la vaste gamme de recours prévue par les dispositions découlant de la réforme de 2001 dans le cadre de l'application de l'article 15 lors de la fermeture d'une entreprise est aussi anormal que de les empêcher de faire examiner les raisons de cette fermeture, comme l'a fait City Buick. (par. 140)

II. COMMENTAIRE

Nous faisons suivre ce bref rappel des deux argumentaires d'une analyse portant sur ces trois chefs :

II-1 Les recours disponibles

- celui visant les pratiques formellement interdites (art. 12 à 14 C.t.) ;
- celui relatif à la protection du salarié ayant exercé sa liberté d'association (art. 15 à 19 C.t.).

II-2 Le congédiement de M. Plourde

II-3 De l'usage du précédent

II-1 Les recours disponibles

En fonction des réponses retenues par les juges, nous formulons,

en ces termes, la question principale sous-jacente⁸ : Le syndicat ne disposait-il que d'une voie judiciaire pour contrer la décision de l'employeur ? Et s'il n'y avait qu'une voie exclusive, était-ce bien celle concernant les pratiques formellement interdites édictées aux articles 12 à 14 ? Nous savons, par ailleurs, que le salarié qui adhère à un syndicat en vue de l'aménagement de rapports collectifs du travail et qui perd subrepticement son emploi, peut aussi exercer un recours fondé sur les articles 15 à 19 C.t. En cette affaire « W-M », M. Plourde, l'appelant, avait retenu cette deuxième voie et ce choix lui fut fatal ! Puisque les juges formant la majorité à la Cour suprême du Canada considèrent que seul le recours fondé sur les articles 12 à 14 C.t. lui était applicable, il convient, à titre de préalable à l'étude de la question, de souligner la finalité respective de ces deux voies judiciaires.

1^{re} voie : Les pratiques formellement interdites (articles 12 à 14)

Historiquement et pratiquement, la première condition à respecter en vue de l'aménagement de véritables rapports collectifs du travail consiste à s'assurer de **l'authenticité du représentant collectif** des salariés. Il en est ainsi parce que le régime retenu confère au seul représentant syndical disposant du soutien de la majorité des salariés du groupe visé, la fonction exclusive d'agir

8. Il ne s'agit pas directement de la question initialement soulevée par M. Plourde mais plutôt, celle qui fit l'objet de ce dernier débat judiciaire.

pour et au nom des salariés actuels et futurs formant ce groupe (l'unité d'accréditation). À cette fin, il est primordial de s'assurer que ce syndicat soit bien le choix libre et volontaire de la majorité de salariés et ce, en raison :

- De l'opposition ou des fortes réticences de certains employeurs et lesquelles peuvent se manifester par un refus catégorique à négocier avec un « tiers » les conditions de travail de leurs salariés : on prétendra parfois que tel n'est pas la volonté des salariés et que ce syndicat leur fut pareillement imposé.
- De possibles tentatives de l'employeur d'occuper la place de ce « tiers » à l'aide d'une association qui lui serait plus « sympathique ».
- La présence d'un autre syndicat qui tente aussi d'obtenir ce titre et qui peut retenir différents moyens pour priver l'autre syndicat d'être accrédité.

Ayant choisi la formule d'un représentant syndical exclusif pour un groupe déterminé de salariés, encore fallait-il s'assurer que ce syndicat soit bien le choix des salariés, du moins à la majorité de ces derniers, et non celui préféré de l'employeur. Ainsi, et dès 1935, le *Wagner Act* (US) imposa formellement et clairement ces règles concernant l'authenticité du syndicat et lesquelles furent reprises

quasi-textuellement à la *Loi des relations ouvrières* de 1944 puis, reprises au Code du travail (art. 12 à 14 C.t.)⁹.

Au soutien de ces mesures assurant l'authenticité du syndicat et les obligations afférentes pour l'employeur, on retrouve ces sanctions pénales :

- i) L'article 141 C.t. : applicable dans les cas de défaut de reconnaître et de négocier de bonne foi avec le syndicat accrédité¹⁰ ;
- ii) L'article 143 C.t. : s'il y a violation des articles 12, 13 et 14 C.t. ;
- iii) L'inadmissibilité à l'accréditation de l'association soutenue, de quelque manière, par l'employeur (art. 21, 29, 31 et 145 C.t.) et même, une possible dissolution (art. 118, par. 8 C.t.).

Il était et il demeure essentiel de s'assurer de l'authenticité du syndicat disposant de l'exclusivité de la représentation collective des salariés par respect du véritable sens de la liberté syndicale. En effet, il ne saurait y avoir de réelle négociation collective sans que l'agent syndical soit bien celui voulu par les salariés. S'il devait en être autrement, si cette association disposait de quelques réelles accointances avec l'employeur, il ne s'agirait plus que d'une parade de la part d'un ventriloque et qui,

9. Il s'agissait des articles 20, 21 et 22 de la *Loi des relations ouvrières*, S.R.Q., [1941], chap. 162 A : si les numéros des articles furent modifiés, leur libellé respectif demeure identique depuis 56 ans : MILLIS-BROWN, « *From the Wagner Act to Taft-Hartley* », University of Chicago Press, [1980], p. 42 et s.

10. Cette sanction pénale s'ajoute à la violation de la *Charte des droits et libertés de la personne* depuis l'arrêt *Health S.S.*, [2007] 2 R.C.S. 391.

en fait, soliloque ! De plus, sa présence à titre de syndicat accrédité priverait les salariés de la possible venue de « leur » syndicat, du moins pour un temps.

Ce contrôle préalable, exercé par l'organisme public chargé du constat de la qualité du syndicat admissible à la fonction devrait, de ce même fait, conforter l'employeur du caractère représentatif de son seul vis-à-vis collectif. Ainsi, l'employeur ne saurait croire ni laisser entendre que le syndicat se serait imposé à ses salariés et à lui-même. Suite à cette accréditation, il se doit d'assumer l'obligation qui lui incombe, soit celle de le « reconnaître » et de négocier de bonne foi avec ce seul syndicat accrédité (art. 52, 53, 53.1 et 141 C.t.).

2^e voie : Les mesures de protection du salarié ayant exercé sa liberté d'association (art. 15 à 19 C.t.)

Si un syndicat peut être accrédité en fonction du seul choix de la majorité des salariés, encore faut-il que ces mêmes salariés puissent librement adhérer à un syndicat et que ce fait ne leur coûte pas le prix de leur emploi ! Ainsi, toutes les mesures de représailles retenues par l'employeur à l'endroit d'un salarié qui exerce « ... un droit qui lui résulte du Code » peuvent être

annulées par la C.R.T. Si telle est la situation, l'employeur est tenu de le réintégrer à son emploi et de lui verser l'équivalent du salaire perdu suite à son fait. Cette disposition porte sur toute décision de l'employeur destinée à ces mêmes fins ou pouvant avoir ce même effet : l'expression finale retenue « ...tout autre sanction... » (art 15 C.t.) ne devrait pas permettre d'échappatoire. Cette mesure est adaptée à la situation puisque par l'effet d'une présomption (art. 17 C.t.), on allège le fardeau de la preuve que le salarié devrait autrement assumer et qui serait très souvent insurmontable¹¹. Puisque l'employeur sait pourquoi il posa son geste, il lui incombe de démontrer que sa décision n'était pas initialement destinée à exercer une pression induite mais qu'elle était initialement mue en fonction d'une cause « juste et suffisante »¹². Il va de soi que ces deux qualités « juste et suffisante » importent car la seule présence d'une cause quelconque ne saurait suffire. D'ailleurs, qui pourrait ainsi agir « sans motif » ?

Rapports et distinctions entre ces deux voies de correction

Le deuxième recours (art. 15 et 19 C.t.) vise directement la personne du salarié et qui se croit

11. La Cour suprême du Canada reconnut ce fardeau : « Dans le contexte de l'article 12 C.t., il incombe au syndicat ou aux salariés, selon le cas, de prouver que l'employeur s'est livré à une pratique déloyale, et non à l'employeur de réfuter une telle allégation » (par. 10). *A contrario*, dans le cas du recours entrepris selon les articles 15 et s. C.t.
12. Au sujet de la formulation retenue à l'article 17 C.t. « ...pour une autre cause juste et suffisante », nous croyons que c'est à tort, en logique et en français, que l'on ajouta l'adjectif « autre » : une seule cause juste et suffisante est requise et si elle y était déjà, « l'autre » serait superfétatoire et le débat deviendrait sans objet (art. 2094 C.c.Q.).

alors « victime » d'une décision de l'employeur alors que le premier recours (art. 12 à 14 C.t.) porte sur la qualité intrinsèque de l'association admissible à l'accréditation en vue de l'aménagement d'authentiques rapports collectifs du travail. Par ailleurs, ces deux mesures (art. 12 à 14 et 15 à 19 C.t.) répondent de la même *causa causans* : assurer le libre exercice de la liberté d'association et cet objectif vise à la fois le sujet et l'objet de cette liberté : le salarié et le syndicat ! En somme, ces deux mesures s'autorisent également de ce double postulat :

- la présence d'un authentique syndicat suppose le libre exercice de la liberté syndicale par les salariés ;
- les salariés ne sauraient vraiment exercer leur liberté d'association si la possible conséquence pouvait être la perte de leur emploi.

À ces fins, il nous paraît important de ne pas séparer d'une façon catégorique ce double mécanisme de protection et qui vise à assurer la qualité intrinsèque du syndicat et celle de la libre adhésion des salariés. Ces deux mesures s'autorisent du fait que :

- Il ne peut y avoir un syndicat vraiment représentatif d'un

groupe sans salariés y ayant adhéré librement et en nombre démocratiquement suffisant ;

- Il n'y a pas de réels rapports collectifs du travail si le syndicat agit sous l'égide de l'employeur¹³.

Tel serait le double postulat qui justifie à la fois ces deux mesures et lesquelles demeurent, en raison de leur commune finalité et intimement interdépendantes. Il en est ainsi au point qu'il serait possible de bloquer ou de vicier la tenue de rapports collectifs du travail à l'aide d'une seule de ces deux voies si elles n'étaient pas toutes deux prohibées et sanctionnées. Par ailleurs, l'une (art. 12 à 14 C.t.) vise directement l'association alors que l'autre (art. 15 à 19 C.t.) cherche à protéger la personne du salarié victime de « représailles ».

Ces deux mesures ne résultent pas d'une vision prophétique de la part du législateur. Elles furent toutes deux aménagées à la suite l'une de l'autre (art. 11 à 20 C.t.) et s'inscrivent sous une même problématique pouvant provenir des mêmes acteurs. C'est pourquoi elles s'imposaient toutes deux en vue de permettre l'identification d'un syndicat habilité à vraiment représenter les intérêts des salariés puis, à réaliser cette mission qui est à la base même de l'insti-

13. Au cours des années 1970, le *Code du travail* permettait que le syndicat directement « reconnu » à ce titre par l'employeur dispose, et de ce seul fait, du statut de représentant collectif « reconnu ». De nombreux syndicats « maison » firent aussitôt leur apparition et c'est ce qui explique l'abolition de cette formule dite « volontaire ». Ce vécu illustre bien que c'est à ces deux niveaux à la fois qu'il fallait et qu'il faut encore intervenir en raison de ce double foyer de vulnérabilité.

tution de ce régime des rapports collectifs du travail (art. 21 et s. C.t.)¹⁴.

Si le pronostic diffère entre les juges formant la majorité et les juges dissidents suite à cette décision stratégique de « W-M », leur diagnostic initial fut semblable comme le signalèrent tous les juges de la Cour suprême du Canada, soit la concomitance des faits : la venue d'autorité d'un arbitre (art. 93.1 C.t.) suivie peu après de l'annonce de la fermeture imposée par « W-M » (par. 1 et 71) puis, l'effet produit pour tous les salariés fut le même. Ces pertes d'emplois sont la conséquence directe d'une seule et même décision, celle de l'employeur et prise à point nommé¹⁵.

Dans un tel contexte et vu la commune finalité de ces deux recours considérés à l'égard de l'intérêt juridique des salariés, c'est-à-dire des personnes visées, il est difficile de saisir le fondement rationnel en droit de la Cour suprême du Canada pour trancher cette affaire comme s'il ne devait

s'agir que « [...] d'une question de procédure... » (par. 4)¹⁶. On y répond en déclarant que l'on ne posa pas la « bonne question » au tribunal. Cette façon de faire ressemble à celle que le juge en chef Laskin qualifiait jadis du « syndrome de la mauvaise question »¹⁷.

Avec respect, nous faut-il rappeler que les tribunaux, y compris la Cour suprême du Canada, étaient saisis de la plainte d'un salarié congédié suite à la mise en place d'un syndicat accrédité à titre de représentant collectif et auquel il adhérerait. À ce titre et sous ce chef, M. Plourde contestait le fondement juridique de son propre congédiement et demandait réparation, soit la seule voie de réparation qu'il pouvait alors normalement entrevoir : sa réintégration réelle ou par équivalence¹⁸. Monsieur Plourde ne pouvait personnellement se porter à la défense du syndicat bien que ce dernier disposait certes de ce premier recours (art. 143 et 144 C.t.). Même s'il avait fait une plainte fondée sur les articles 12 à 14 C.t., le préjudice qu'il subissait demeura-

14. Les principes démocratiques qui président à l'élaboration du régime des rapports collectifs du travail exigeaient que le syndicat soit « l'élu » des salariés, du moins à la majorité : par adhésion ou suite à la tenue d'un scrutin.

15. D'ailleurs, la Cour suprême du Canada précise, dans un deuxième arrêt rendu simultanément, que « W-M » avait néanmoins conclu un contrat de location de l'immeuble d'une durée de 20 ans pour l'établissement de Jonquière : arrêt *J. Desbiens et al. et Cie Wal-Mart*, [2009] C.S.C. 55 (par. 4).

16. Il est rare (un euphémisme) que la Cour suprême du Canada accepte de se saisir d'une affaire ne soulevant qu'une question de procédure !

17. Nous réduisons l'analyse à cette dimension parce que c'est bien M. Plourde qui est le plaignant judiciairement visé et son intérêt juridique et pratique, à titre de salarié, ne découle-t-il pas du préjudice causé par cette fermeture subreptice ?

18. Croyant et pouvant croire que la manœuvre était factice, il porta plainte. Il pouvait alors soupçonner qu'il s'agissait d'une tactique provisoire et que son poste ne disparaîtrait pas vraiment, d'où sa demande de réintégration alors que l'on sait, en droit, que la réparation par équivalence demeure toujours possible (art. 2092 C.c.Q.) et qu'elle est de pratique courante et notamment lorsque l'employeur veut ainsi éviter une réintégration !

rait tel tout au moins au strict plan juridique et sans supputation à l'aide de simples « probabilités ».

II.2 Le congédiement de M. Plourde !

Quel était le statut juridique du plaignant, M. Gaétan Plourde, suite à la fermeture de l'établissement de Jonquière ? La décision de « W-M » constitue-t-elle un congédiement si on considère ce fait de la part du sujet qui en fut frappé ? S'agissait-il d'un licenciement collectif ou d'autant de congédiements ? Serait-ce une simple question de sémantique ou la question couvre-t-elle une dimension certaine en droit ? Ces questions demeurent d'un intérêt certain et pour établir les droits de chacun des salariés devenus chômeurs et aussi, pour poursuivre le débat au sujet du recours applicable ou disponible.

À notre avis, lorsque deux recours sont accessibles à un salarié, le choix du recours ne saurait être *a posteriori* directement du ressort des tribunaux. Si le salarié, en l'occurrence M. Plourde, fut congédié c'est-à-dire individuellement et directement privé de son emploi par décision unilatérale de « W-M », ne pourrait-on pas y voir un moyen réprouvé à l'article 15 C.t. puisqu'il pourrait s'agir de « représailles » ?

Le congédiement proprement dit demeure l'acte unilatéral d'un employeur mettant abruptement

fin à une relation de travail. Cette brusque rupture, du fait de l'employeur, a l'effet de priver le salarié de son emploi et de la contre-prestation (la rémunération) afférente. En raison de sa situation d'autorité comme le précise l'article 2085 C.c.Q., (le salarié travaille sous sa direction ou son contrôle), l'employeur peut parfois abuser de sa situation notamment en utilisant cette discrétion à d'autres fins.

Fort de l'expérience des décennies antérieures, le législateur dut intervenir, et de multiples façons, afin de permettre, au besoin, l'exercice d'un contrôle de telles décisions unilatérales de l'employeur. Auparavant, certains tribunaux considéraient même qu'il s'agissait d'un pouvoir relevant strictement de l'employeur au point d'affirmer qu'un arbitre de grief ne pouvait intervenir et modifier de son seul chef la décision de l'employeur. Les huit paragraphes de l'article 100.12 C.t. constituent autant de réponses législatives en vue d'assurer le réel statut judiciaire de l'arbitre de grief en ces matières et aussi, de rassurer les tribunaux de contrôle quelque peu frileux. Plus récemment, la Cour suprême du Canada reconnu clairement le pouvoir de l'arbitre de grief d'imposer le versement d'une indemnité au salarié « congédié » abusivement lorsque sa réintégration à l'emploi n'était pas opportune¹⁹.

Notons que le débat judiciaire en cette affaire « W-M » ne remettait pas en cause le principe de

19. *Conseil des gouverneurs du Lethbridge Community College c. Alberta Union of Provincial Employees et Sylvia Babin*, [2004] 1 R.C.S. 727.

la libre entreprise dont jouit « W-M »²⁰. La véritable question portait et porte encore sur la réelle finalité de cette fermeture et ce, en raison de ses effets inéluctables mais toujours réparables envers les salariés directement frappés. Car, si tout employeur peut ouvrir ou fermer un établissement, il lui incombe d'assumer les contre-coups de ses propres décisions et ce, comme tout autre citoyen²¹.

Il est vrai que la décision de « W-M » ne vise pas directement les salariés mais elle produisit néanmoins l'effet principal qui en résultait nécessairement, soit la fin abrupte de l'emploi des 190 salariés dont celui de M. Plourde. La plainte de ce dernier fondée sur l'article 15 C.t. pouvait ainsi être valablement formulée. C'est pourquoi, il demeure pertinent de considérer la situation que connaissait M. Plourde afin de répondre à la question principale et sans se limiter à ce simple « biais » d'un « pré-jugement » à sauvegarder : « Buick » et « Place des arts » !

Comment pourrions-nous refuser d'y voir de « possibles » représailles à l'endroit de chacun de ces 190 employés de la part de leur employeur au sens de l'article 17 C.t. ? Cette brusque rupture de la part de l'employeur ne ressemble-

t-elle pas davantage à un congédiement massif à titre de triste manœuvre prise en vue d'éviter une réelle négociation collective de bonne foi comme le comprend maintenant la Cour suprême du Canada depuis l'arrêt *Health S.S.*²² ?

Ce que fit « W-M » n'est nullement une action subversive quelconque à l'endroit du syndicat au sens des articles 12, 13 et 14 C.t. La décision de fermeture vise directement les salariés en rendant sans objet leur statut de syndiqués et en les privant de leur emploi. Cette manœuvre, la fermeture subreptice de l'établissement en vue d'éviter la tenue de rapports collectifs du travail, ne serait-elle pas l'acte dont la cause principale est ou peut être celle visée par l'expression retenue à l'article 15 C.t. « ...l'exercice par ce salarié d'un droit qui lui résulte du présente Code... » et cette mesure ne constituerait-elle pas alors une « ... toute autre cause » comme il est dit à ce même article 15, al. 1, C.t. ?

Certes, la preuve de ces derniers éléments ne put être établie mais, les indices et d'ailleurs celui de la concomitance de faits que tous les juges de la Cour suprême du Canada soulignèrent n'étaient-ils pas suffisants pour laisser libre cours au processus des articles 15 à

20. Cette liberté de l'entreprise est rattachée au droit de propriété et le titulaire de ce droit doit être responsable de ses actes c'est-à-dire répondre de leurs effets. Le principe de la « responsabilité » demeure directement rattaché à la doctrine du libéralisme économique !

21. N'est-ce pas ce que « W-M » fit en vue de trouver un autre locataire pour l'immeuble qu'il vidait et ce, pour éviter les contre-coups matériels découlant de son départ impromptu : *J. Desbiens et al. et Compagnie Wal-Mart*, 2009 CSC 55, par. 7. « W-M » saurait-il être prudent et diligent pour les questions relatives à la gestion de ses propres biens et fort moins à l'égard du bien-être des salariés ainsi ligués ?

22. Précité, note 6.

19 C.t. ? On préféra se limiter à un enseignement de « procédure » soi-disant pour un bon motif (par. 12 et 65) puis, à entériner la décision de la C.R.T. et, au demeurant, assez équivoque !

Pourquoi ne pas avoir donné une réelle occasion à cet employeur de démontrer l'immanence de cette fermeture pour des raisons économiques et financières ? Et si les deux recours étaient accessibles et que l'un d'eux (12/14) était formellement préférable selon l'entendement de la « majorité », était-ce là un motif pour rendre caduc le recours en fonction des articles 15 à 19 C.t. ? Depuis quand, en droit et ailleurs, le « meilleur » chasserait-il le bon ? Certes, peut-on l'invoquer (par. 12) mais, sans pour cela priver ces salariés de leurs droits fondamentaux et ce, parce qu'une autre voie judiciaire aurait été préférable.

II.3 Le précédent : un « libre-service » !

Les motifs invoqués par les juges de la Cour permettent de comprendre que les affaires « Buick » et « Place des arts » furent un enjeu quasi décisif. Le groupe majoritaire admit qu'il lui était loisible de modifier le cours de la jurisprudence mais qu'aucun motif « impérieux »

(par. 61), en l'occurrence, ne justifiait un tel virage. Dès lors, ces juges confirmèrent la décision de la C.R.T. laquelle s'autorisait du doublet « Buick/Place des arts ». Or, les motifs du groupe minoritaire laissent bien entendre à la fois que l'arrêt *Place des arts* ne constituerait pas un réel obstacle jurisprudentiel (par. 108 et 115) et que la décision *Buick* conduisait à un « porte-à-faux » (par. 107).

Ce débat tenu par la Cour suprême du Canada concernant la portée des arrêts antérieurs nous permet de soulever une question plus générale quant à l'usage de la règle du précédent qu'en fait la Haute Cour²³.

En combinant les préceptes sous-jacents de la common law et le situs hiérarchique de la Cour suprême du Canada, on comprend que ses arrêts font autorité auprès des autres tribunaux et lient également leurs auteurs, soit les juges de la Cour suprême du Canada sous réserve des modulations, nuances ou distinctions qui peuvent s'imposer, par la suite, en raison de situations nouvelles ou quelque peu différentes dont ils sont saisis²⁴. Il en est ainsi depuis que le recours ultime au Conseil privé de Londres n'a plus cours et ce, depuis plus de soixante ans.

23. S'il est parfois difficile pour les juges de la Cour suprême du Canada de fixer la réelle portée des *ratio decidendi* de leurs arrêts, il est normal que cette même difficulté soit aussi ressentie par bien des juristes qui ne sont que des lecteurs « obli-gés » !

24. Au sujet de la méthode du « distinguishing » : Lord DENNING, « The Discipline of Law, Butterworths [1979] et aussi, Alan PATERSON, « The Law Lords », Université de Toronto, [1982]. Les recueils des arrêts de la Cour suprême du Canada comprennent, à la présentation de chaque arrêt, les jugements antérieurs retenus, les distinctions apportées par rapport à d'autres arrêts cités. Ces données indiquent bien que chaque arrêt se situe dans un terreau jurisprudentiel déterminé.

L'organisation judiciaire ainsi structurée devrait permettre une application uniforme et cohérente du droit et qui est également un souci partagé par les membres du Haut Tribunal comme le signalait d'ailleurs M. le juge Binnie : « Notre Cour s'estime libre de s'écarter de ses arrêts antérieurs lorsque des motifs impérieux l'exigent mais j'estime que l'existence de motifs impérieux de rejeter les principes fondamentaux de cet arrêt (*Place des arts*) n'a pas été établie en espèce » (arrêt *Wal-Mart*, par. 61). Pourtant, le « largage » subreptice de 190 salariés en un tel contexte demeure un fait assez sérieux, du moins pour ceux qui y sont visés !

En cette affaire « W-M », la Cour suprême du Canada aurait cherché à respecter l'entendement retenu dans l'arrêt *Place des arts*, [2004] 1 R.C.S. 43, dans le cadre duquel elle avait incidemment invoqué le jugement du Tribunal du travail, « *City Buick* » où on considéra que la fermeture réelle d'une entreprise constituait, et de ce seul fait, une cause juste et suffisante pour les fins de l'article 17 C.t. Retenant un entendement judiciaire on ne peut plus « technique » à titre de majeure et constatant que l'établissement « W.M. » était bien fermé, ainsi devait-il en être de la « fermeture » des emplois. C'est à ce syllogisme pléonastique que se refusent les juges dissidents (par. 107). Autrement

dit, si l'automutilation d'un salarié ne peut être une voie acquisitive d'un droit (L.A.T.M.P., art 27), pourquoi la fermeture subreptice de l'établissement pourrait-elle libérer l'employeur de ses obligations envers le syndicat accrédité et les salariés ?

Il est étonnant que les juges constituant la majorité de la formation aient préféré cette voie oblique à celle que la logique simple pouvait proposer. Nous éprouvons cette malheureuse impression que l'usage des précédents, ceux de certains arrêts antérieurs retenus à titre d'étalement formel, ne sont que ceux que l'on veut bien momentanément retenir selon l'orientation d'abord choisie. Pour mieux expliciter ce point de vue, nous rappelons ces exemples :

— En 2007, la Cour suprême du Canada s'est départie d'une approche fort restrictive au sujet du sens et de la portée pratique de la liberté d'association [*Alberta*, [1987] 1 R.C.S. 313]. Cependant, il lui fallut vingt-cinq ans pour reconnaître que cette même liberté d'association garantie à la Charte devait s'étendre, en pratique, au droit à la tenue des rapports collectifs du travail. Il est vrai que ce changement radical de position fut facilité du fait que tous les juges siégeant en 1987 n'étaient plus en fonction²⁵. Bien que le

25. Cette situation de fait n'était-elle qu'une coïncidence alors que dans l'arrêt *Wal-Mart*, ce n'est pas la visée d'un arrêt antérieur qui est directement en conflit mais davantage la voie retenue par le plaignant : le choix du recours. Monsieur le juge Binnie fit néanmoins cette observation : « Il serait regrettable, en l'absence de circonstances impérieuses, qu'une décision unanime de la Cour perde sa valeur de précédent avec le départ de l'un ou de plusieurs juges qui y ont participé » (par. 13 *in fine*)

délestage de cet arrêt s'imposait, la Cour suprême du Canada n'expliqua nullement dans l'arrêt *Health S.S.*, [2007] 2 R.C.S. 391, cette volte-face si ce n'est que l'on fit valoir que le droit international du travail l'imposait. Il est vrai que le juge McIntyre avait bien souligné, en 1987, le caractère provisoire de cette prise de position : « Au stade de l'évolution de notre Charte, un tel droit (grève) ne devrait pas recevoir un statut constitutionnel qui porterait atteinte à l'essor futur que lui réserve le législateur »²⁶.

- Dans l'arrêt *Parry Sound*, [2003] 2 R.C.S. 157, on reconnut que la règle d'ordre public édictée par la loi devait prévaloir sur les dispositions de la convention collective qui privaient autrement la salariée d'un droit à l'arbitrage. À cette fin, et pour établir le rapport entre la loi et la convention collective, on dut citer à plus de vingt reprises l'arrêt *McLeod c. Egan*, [1975] R.C.S. 517. Par ailleurs, dans l'arrêt *Garon/Fillion* où on traita du même rapport loi/ convention collective, on évita d'invoquer l'arrêt *Parry Sound* et encore moins l'arrêt *McLeod c. Egan* et ce, en arguant simplement que les

articles 2091 et 2092 du Code civil étaient incompatibles avec la conception de la Haute Cour au sujet des rapports collectifs du travail. Ainsi, faisait-on d'une « mineure », la « majeure » du raisonnement.

Si la Cour suprême du Canada reconnut la justesse d'une décision d'un arbitre de grief de ne pas imposer la réintégration d'un salarié et qu'il était préférable que l'employeur lui verse une indemnité, on peut alors comprendre que M. Plourde aurait pu aussi recevoir pareille indemnité²⁷. Si l'arbitre dispose de cette voie de substitution et si la Cour suprême du Canada sut, en cette affaire « W-M », se substituer à la C.R.T. et ce, pour des considérations « pratiques », elle aurait pu aussi entrevoir cette voie palliative et non retenir la conclusion radicale qui fut la sienne²⁸. Une telle initiative de la part de la Cour suprême du Canada n'aurait guère surpris les praticiens en droit du travail. D'ailleurs, ils « monnaient » très souvent de telles ordonnances en réintégration dont bénéficient des salariés suite à une plainte fondée sur les articles 15 à 19 C.t.²⁹ !

Ces dernières expériences nous laissent croire que l'argumentaire au sujet d'un arrêt se fait

26. Renvoi à la *Public Service Employees Relations Act* (Alberta), [1987] 1 R.C.S. 313, p. 415. En 2007, dans l'arrêt *Health*, on n'a pas invoqué le caractère provisoire de l'arrêt de 1987.

27. Conseil des gouverneurs du *Lethbridge Community College c. Alberta Union of Provincial Employees* et *Sylvia Babin*, [2004] 1 R.C.S. 727.

28. *Johanne Desbiens et al. et Cie Wal-Mart du Canada*, 2009 CSC 55, par. 10.

29. C'est que « l'argent n'a pas d'odeur » et parfois, il en émane beaucoup en certains milieux de travail au moment du retour imposé d'un salarié qui n'est plus désiré par l'employeur et ses « aides » !

parfois à l'aide des seuls jugements qui soutiennent la thèse déjà retenue comme si ces arrêts antérieurs demeuraient disponibles à l'instar d'un « libre-service » sans autre obligation relevant des effets de certains arrêts qui portent pourtant sur les mêmes points de droit et qui doivent ensemble former l'état du droit : principe d'unicité et de cohérence et qualifié « d'autorité du précédent ». Pourtant, le Haut Tribunal souscrit, du moins formellement, à la finalité sous-jacente de cette cohérence en ce même arrêt « W-M » : « Une certaine constance judiciaire est nécessaire pour que les personnes œuvrant dans le domaine des relations du travail au Québec puissent connaître les règles qui régissent leurs activités » (par. 61, M. le juge Binnie).

Au terme de cette analyse-critique de l'arrêt « W-M », nous ne pouvons que réitérer ce souci d'une nécessaire « constance » de la jurisprudence mais, cette qualité ne demeure qu'une facette d'un tout. La jurisprudence doit aussi et d'abord être cohérente et respectueuse de la réelle finalité des règles de droit applicables et appliquées en tenant réellement compte de la problématique dont le tribunal est saisi.

Nous aurions souhaité qu'à la suite d'une toute autre conclusion de leur part, la majorité des juges auraient pu alors réitérer l'observation de M. le juge Judson formulée il y a 45 ans !

[...] in the matter of labour relations and arbitration thereon to take a narrow, technical and pedantic view of the procedure is to defeat the purpose for which the statute was enacted.³⁰

30. *Galloway Lumber Co. c. L.R.B.(B.C.)*, [1965] R.C.S. 222, p. 230.

Barreau
du Québec



445, boulevard St-Laurent
Montréal (Québec) H2Y 3T8
514-954-3400 1 800 361-8495
www.barreau.qc.ca