



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

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

Revue du Barreau du Québec

Revue du Barreau: volume 62 numéro 1

La location à long terme de matériels d'équipement et de véhicules routiers

Louis Payette

Le sort des honoraires extrajudiciaires

Adrian Popovici

L'obligation d'accommodement confère-t-elle aux personnes handicapées un droit à l'emploi?

Anne-Marie Laflamme

The Impact of International Humanitarian Law on Armed Stand-offs Opposing Aboriginal Peoples to Canadian Authorities

Christian D.R. Beaulieu et and Andres C. Garin

Le droit à un recours effectif lors de la violation des droits fondamentaux des mineurs privés de liberté

Lucie Lemonde et Julie Desrosiers

Chroniques

Droit des personnes. Main-d'œuvre vieillissante: une stratégie

d'accommodement est-elle nécessaire? 81K

Carole Brosseau

Droit des sûretés. La portée des modifications apportées aux articles

2667 et 2762 du Code civil du Québec: quels sont les frais qui ne peuvent

plus être garantis par hypothèque? 79K

Philippe Bélanger

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

Mise à jour : NaN undefined NaN

La location à long terme de matériels d'équipement et de véhicules routiers

Louis PAYETTE

Résumé

Depuis le 17 septembre 1999, l'article 1852 C.c. soumet à l'inscription au registre des droits personnels et réels mobiliers les baux d'une durée de plus d'un an portant sur des biens meubles loués pour l'exploitation d'une entreprise ou portant sur des véhicules routiers. Le défaut d'inscription rend inopposables aux tiers les «droits résultant du bail». Différentes interprétations avaient été données à cette dernière expression, habituellement utilisée pour décrire les droits du locataire. La Cour d'appel a tranché en faveur de celle qui y englobe le droit de propriété du locateur, qualifiant la location à long terme de formule d'accueil pour la création d'une sûreté mobilière. L'absence d'inscription empêche le locateur de revendiquer son bien des mains du syndic dans la faillite du locataire.

Le texte qui suit analyse cette décision en regard des autres législations canadiennes sur le sujet et dans le contexte du droit des sûretés.

La location à long terme de matériels d'équipement et de véhicules routiers

Louis PAYETTE

A. L'AFFAIRE <i>MASSOURIS</i>	7
a) Les faits.	8
b) Questions	9
B. CONTEXTE	10
a) Provinces canadiennes de common law	10
i) Ontario: «leases intended as security»	10
ii) Les lois sur les sûretés mobilières des provinces d'Alberta, de Colombie-Britannique, de l'Île-du-Prince-Édouard, du Nouveau-Brunswick, de la Nouvelle-Écosse, de Saskatchewan et de Terre-Neuve	11
iii) L'affaire <i>Giffen</i>	13
b) L'approche de l'Office de révision du code civil	16
c) Le rejet de cette approche	17
d) Le Code civil du Québec de 1994	18
i) Le cas particulier du crédit-bail	19
ii) Le bail	19
e) Le Code civil du Québec en 1999	20
i) La vente à tempérament	20

ii) Le crédit-bail	21
iii) Le bail	21
f) L'article 1852 C.c.	22
C. ANALYSE DU JUGEMENT DE LA COUR D'APPEL	26
a) La location, un financement pour l'«achat» d'un bien loué	26
b) Le bail, «une réserve de propriété»	27
c) L'arrêt <i>Giffen</i>	28
d) <i>Obiter</i> sur le délai de quinze jours pour inscrire	30
e) Décision applicable à toute forme de location à long terme?	31
D. CONSÉQUENCES DU JUGEMENT DE LA COUR D'APPEL	32
a) La location à long terme, une sûreté? – Conflits de lois – Règles d'exercice des recours hypothécaires	33
i) Transfert du droit de propriété du bien loué par voie accessoire?	34
ii) Conflits de lois	35
iii) Recours hypothécaires	36
b) Droit des créanciers ordinaires du locataire	37
i) Parallèle avec le crédit-bail.	39
ii) Paralysie des droits du locateur face à une saisie par les créanciers du locataire.	42
iii) Comparaison avec le droit des autres provinces canadiennes	43

c) Créanciers hypothécaires du locataire	44
d) Absence d'inscription et droit des créanciers ordinaires du locateur	45
e) Créanciers hypothécaires du locateur	46
f) Financement du locateur à long terme par voie de vente à tempérament	47
g) La sous-location à long terme	47
h) Tiers-acquéreurs	48
i) Défaut de publier une cession des droits résultant du bail	49
j) Opérations de titrisation	50
k) Avis d'adresse	51
E. CONCLUSION	52

A. L'AFFAIRE MASSOURIS

1. Dans l'arrêt *Massouris*¹, la Cour d'appel a eu l'occasion de se prononcer sur les effets des modifications apportées à l'article 1852 C.c., en vigueur depuis le 17 septembre 1999.

Dans cette affaire, un concessionnaire de véhicules automobiles avait consenti en faveur de deux locataires un contrat de location à long terme² et, le jour même, avait cédé la propriété du véhicule et ses droits dans le bail à une institution financière. Les locataires firent faillite douze jours après le début de la location, soit trois jours avant l'expiration du délai de quinze jours donné par l'article 1852 C.c. aux fins de publier un tel bail par inscription³ au registre des droits personnels et réels mobiliers. La publication du bail (et de la cession de droit qu'y faisait le locateur) se fit huit jours après la date de la faillite. La Cour d'appel, confirmant la Cour supérieure, a nié à l'institution financière le droit de revendiquer le véhicule entre les mains du syndic à la faillite des locataires.

La Cour d'appel assimile le droit de propriété du locateur à un «droit résultant du bail» et, vu la date tardive de l'inscription, faite après la date de la faillite et après la période de quinze jours mentionnée à l'article 1852 C.c.Q., le déclare inopposable au syndic. La Cour supérieure, adoptant le raisonnement du tribunal dans l'affaire *Labrosse*⁴, avait également rejeté la requête en revendication.

2. En conséquence du jugement, le locateur – ou plutôt son cessionnaire – perdit la propriété du véhicule et le syndic, présumément, en disposa subséquentement au profit de la masse des créanciers.

1. *Massouris (Faillite de)*, [2002] R.J.Q. 901 (C.A.).

2. Même si l'article 1852 C.c. n'utilise pas l'expression «location à long terme» pour désigner la location pour une période d'un an ou plus, c'est en ce sens que nous l'utiliserons ici. La *Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q., c. P-40.1, utilise cette expression pour désigner la location de biens de consommation de quatre mois ou plus (art. 150.2).

3. Nous employons ici indifféremment les mots «publication» ou «inscription» pour faire référence à cette inscription.

4. *Labrosse (Faillite de)*, C.S. Terrebonne, 30 mai 2001, n° 700-11-004472-009, J.E. 2001-1293 (C.S.); voir *infra*, par. 54.

Le tribunal de première instance avait noté que la créance à laquelle l'institution financière prétendait avoir droit s'élevait à 23 133,95 \$; la Cour d'appel n'en traite pas⁵.

a) Les faits

3. La Cour d'appel résume comme suit les faits de la cause.

Le 6 avril 2001, l'appelant Honda Canada Finance inc. (Honda), achète de Acura Plus Bienville Ltée (Acura Plus) une automobile de marque Acura Integra pour un prix de 25 305,45 \$.

Ce même jour, Honda obtient une cession de tous les droits de Acura Plus dans un contrat de location de quarante-huit mois portant sur ce véhicule et consenti par Acura Plus à deux clients.

Le 18 avril, les deux locataires font cession de leurs biens.

Le 25 avril, Honda fait parvenir au syndic intimé une preuve de réclamation relative à l'automobile⁶ et le lendemain même, soit le 26 avril, publie le contrat de location au registre des droits personnels et réels mobiliers.

Le 28 mai, le syndic conteste la réclamation de Honda au motif que le contrat de location, publié plus de quinze jours après sa conclusion, et, en tout état de cause postérieurement à la faillite, ne saurait lui être opposable.

4. À ces faits il convient d'ajouter un résumé de quelques caractéristiques et clauses du contrat de location⁷.

5. Il s'agissait d'un contrat de location que les parties précisaient n'être «strictement» qu'un bail⁸. Les locataires s'engageaient à maintenir une assurance dommages collision et une

5. On a déjà jugé que la créance pour loyers constitue un «droit résultant du bail» (voir *infra*, note 67); dans cette perspective, l'article 1852 C.c. empêcherait même un locateur de présenter sa réclamation pour loyers échus puisqu'il s'agirait d'une créance inopposable en l'absence d'inscription.

6. Pièce R-2: «Preuve de réclamation de biens (paragraphe 81(1) de la Loi et article 96 des Règles)».

7. Produit au dossier de la cour sous la cote R-5.

8. Le deuxième paragraphe du bail se lisait comme suit: «Le présent bail vise la location du véhicule décrit ci-après avec ses pièces d'équipement et accessoires. Il s'agit strictement d'un bail. Le présent contrat ne constitue pas un contrat d'achat. Vous n'êtes pas propriétaire du véhicule. En signant le présent bail, vous convenez de louer le véhicule décrit ci-après suivant les modalités et selon les conditions inscrites au recto ainsi qu'au verso de ce bail.»

assurance feu et vol et à y faire désigner le cessionnaire des droits du locateur à titre d'assuré additionnel et de bénéficiaire, auquel ils cédaient toute indemnité. Les locataires se rendaient responsables des dommages découlant d'une usure et d'une détérioration autres que normales; ils bénéficiaient d'une option d'achat pouvant s'exercer à la fin du bail ou auparavant, à leur choix, pour un prix qui n'avait rien de nominal⁹.

Le contrat prévoyait qu'advenant défaut, le locateur pourrait exercer un ou plusieurs recours, dont les suivants: résilier le bail, prendre possession du véhicule, «réclamer tous les versements mensuels échus et à échoir en plus du prix de l'option d'achat», réclamer le montant exigible en cas de résiliation (soit la différence entre, d'une part, la somme des versements non échus et du prix de l'option d'achat – moins les frais de location non échus – et, d'autre part, le montant net reçu par Honda par suite d'une revente au gros du véhicule effectuée suivant les usages de commerce)¹⁰.

6. Bien que les jugements gardent le silence sur ce point, on peut supposer que les locataires n'avaient pas exercé l'option d'achat qui leur permettait d'acquérir le véhicule, vu leur faillite douze jours après la location.

b) Questions

7. Comment la Cour d'appel en vient-elle à classer le droit de propriété du locateur parmi les «droits résultant du bail», alors que le droit civil du Québec n'a traditionnellement fait découler du contrat de louage que des droits personnels, par opposition à des droits réels? Comment l'absence d'inscription en temps utile d'un bail peut-elle avoir pour effet, à toutes fins, de dépouiller le locateur de son droit de propriété et permettre au syndic de se comporter à l'égard du bien loué comme si ce bien appartenait au failli?

Doit-on conclure de ce jugement qu'un contrat qui n'a pas pour objectif de transférer la propriété peut atteindre ce résultat en raison du défaut de l'inscrire?

9. Le montant requis pour l'exercice de l'option à la fin du bail paraît avoir été 9 828,00 \$ (clause 6, pièce R-5) – la copie au dossier de la Cour est toutefois difficilement lisible; en cas d'exercice anticipé, il fallait ajouter à ce montant la somme des versements mensuels non échus moins les frais de location non échus (clause 16a), pièce R-5).

10. Clause 30e), pièce R-5.

B. CONTEXTE

8. Il est difficile – et injuste – de tenter d’apporter une réponse à ces questions sans se replacer dans le contexte de certaines pratiques commerciales courantes au Canada et sans se rappeler les débats, sur le plan juridique, dont ces pratiques furent l’occasion lors de l’élaboration du Code civil du Québec.

a) Provinces canadiennes de common law

i) *Ontario: «leases intended as security»*

9. Lors du mouvement de refonte législative, inspiré par les réformes du droit américain¹¹, ayant pour objet d’éliminer la multiplicité des lois régissant les différents types de sûretés mobilières, d’uniformiser les règles de publicité à leur sujet et de créer un registre central à cet effet, les provinces canadiennes de common law ont eu à se pencher sur la problématique des financements de véhicules routiers, ou d’équipement destiné à l’entreprise, prenant la forme d’un bail. Le financement par voie de vente à tempérament («conditional sale») ne suscita aucun questionnement: la réserve de propriété au profit du vendeur impayé jouait un rôle analogue au «chattel mortgage» et devait tomber sous le coup des nouvelles lois sur les sûretés. Or la distance séparant une vente à tempérament («conditional sale») d’un bail structuré de telle sorte que le locataire ait la faculté de devenir propriétaire sur paiement du dernier versement de loyer, ou moyennant paiement d’une somme purement nominale, est minime¹². Aussi, afin d’empêcher qu’on ne fasse trop facilement brèche à l’universalité du régime de publicité en matière de sûretés sur biens meubles, l’Ontario choi-

11. Qui ont pris corps dans l’article 9 des Codes de commerce uniformes des états américains.

12. Au Québec, un juge de la Cour d’appel a déjà écrit ce qui suit à propos d’un tel contrat: «Je ne vois pas du tout en vertu de quel raisonnement le consommateur locataire aurait des droits de beaucoup inférieurs à ceux du consommateur acheteur alors que le contrat de location, tel celui en cause, est presque le clone d’un contrat de vente à tempérament, *mutatis mutandis*, tout en portant un nom différent.»: *Paquette c. Crédit Ford du Canada Ltée*, [1989] R.J.Q. 2153, p. 2158 (C.A.).

Au Royaume-Uni, en raison de certaines dispositions du *Factors Act* de 1889 (52 & 53 Vict., c. 45, art. 9) et du *Sales of Goods Act* de 1893 (56 & 57 Vict., c. 71, art. 25(2)), les ventes à tempérament («conditional sales») se transformèrent en contrat de location avec option pour le locataire d’acheter le bien: R.M. GOODE et L.C.B. GOWER, *Is Article 9 of the Uniform Commercial Code exportable? An English Reaction, Aspects of Comparative Commercial Law: Sales, Consumer Credit and Secured Transactions*, Montréal, McGill University, 1969, 298, p. 303 et s.

sit-il d'assujettir à sa loi sur les sûretés mobilières les baux portant sur des biens meubles lorsque consentis pour des fins de sûreté¹³. Selon la loi ontarienne, un locateur en vertu d'un tel bail devient un «secured creditor» et ses droits demeurent «unperfected» s'il n'y a pas eu publicité.

ii) Les lois sur les sûretés mobilières des provinces d'Alberta, de Colombie-Britannique, de l'Île-du-Prince-Édouard, du Nouveau-Brunswick, de la Nouvelle-Écosse, de Saskatchewan et de Terre-Neuve

10. La distinction entre un bail mobilier consenti pour les fins de garantir l'exécution d'une obligation (parfois appelé «financial lease» ou «security lease») et le bail mobilier consenti pour d'autres fins (parfois appelé «true lease») ne fut pas toujours facile à établir pour les tribunaux ontariens. Malgré que la jurisprudence ait dégagé certains critères utiles à l'établissement de cette distinction¹⁴, nombre d'interprétations conflictuelles ont été et sont encore présentées aux tribunaux ontariens¹⁵ qui soupèsent les faits¹⁶ de chaque cas d'espèce pour décider si le bail régissant les parties en cause tombe ou ne tombe pas sous le coup de la loi ontarienne sur les sûretés mobilières.

11. Devant ces difficultés, plusieurs provinces¹⁷ ont pris une position différente dans leur loi sur les sûretés mobilières; elles ont adopté la règle ontarienne en y ajoutant une disposition qui assimile, purement et simplement, un bail mobilier de plus d'un an à un bail consenti pour fins de sûreté. De la sorte on tranchait la

13. *Personal Property Security Act*, R.S.O. 1990, c. P-10, art. 2a)(ii).

14. Voir: McLAREN's *Secured Transaction in personal property in Canada*, 2nd Ed., Carswell, I-36 et s.; R.C. CUMMING, «True Leases and Security Leases under Canadian Personal Property Security Acts», (1982-83) 7 *Can. Bus. L.J.* 251.

15. Voir: McLAREN's *Secured Transaction in personal property in Canada*, 2nd Ed., Carswell, I-40 et s.

16. Tels: l'existence d'une option ou d'une obligation du locataire d'acheter; l'existence d'une option d'achat pour un prix nominal; le montant du prix d'exercice de l'option d'achat et la valeur résiduaire du bien; la durée de vie utile du bien et le terme du bail; la substance de l'opération commerciale intervenue par opposition à la forme choisie par les parties; le cours ordinaire des affaires du locateur; l'existence d'une documentation parallèle contradictoire; la démonstration d'un prêt déguisé.

17. Voir: McLAREN's *Secured Transaction in personal property in Canada*, 2nd Ed., Carswell, I-40 et s.; M.G. BRIDGE, R.A. MACDONALD, R. SIMMONDS et C. WALSH, «Formalism, Functionalism and Understanding the Law of Secured Transactions», (1999) 44 *McGill L.J.* 567, p. 599-600.

question et on évitait les incertitudes de qualification pour tous les baux d'une durée de plus d'un an en assujettissant ceux-ci à la loi sur les sûretés mobilières. Ces provinces soustraient toutefois les baux de plus d'un an (sauf si on les a mis en place pour les fins de créer une sûreté¹⁸) aux dispositions de la loi sur les sûretés mobilières qui traitent des droits et recours du créancier.

12. La location à long terme devint ainsi, fictivement, une sûreté («security interest») et, de fait, ces lois précisent au chapitre des définitions, qu'une «sûreté» signifie, entre autres choses, une location de plus d'un an. En l'absence de publicité, c'est-à-dire en l'absence d'inscription du bail, ces lois (nous prenons ici en exemple la loi de la Colombie-Britannique) subordonnent («subordinate») les droits du locateur, notamment, aux droits d'un créancier qui saisit le bien loué¹⁹ et les privent d'effet à l'encontre du syndic à la faillite du locataire nommé en vertu de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*²⁰.

13. Cette équation entre sûreté et location à long terme a aussi pour conséquence d'assujettir celle-ci aux règles de conflits de loi contenues dans ces lois sur les sûretés mobilières. La validité et la «perfection» (l'opposabilité, pourrait-on dire) de la location dépend de la loi de la situation du bien loué au moment où la location a pris effet²¹; cette opposabilité se maintient lors du déplacement du bien, situé à l'extérieur au moment de la location, vers l'intérieur de la province d'accueil, pourvu qu'il y ait inscription dans cette province d'accueil avant l'expiration d'un certain délai après l'arrivée du bien²². S'il s'agit d'un bien susceptible d'utilisation dans plusieurs provinces ou états, dont le locataire se sert à titre d'équipement ou qu'il destine à la sous-location, une

18. Certaines lois, dont celles de Colombie-Britannique, soustraient de plus de leur application la location consentie par une personne qui ne fait pas le commerce de la location, la location d'appareils ménagers et celle de certains biens prévus par règlement: *Personal Property Security Act* («P.P.S.A.») [R.S.B.C. 1996], c. 359, art. 1.1, sous «lease for a term of more than one year».

19. P.P.S.A. [R.S.B.C. 1996], c. 359, art. 20a(i): «A security interest (a) in collateral is subordinate to the interest of (i) a person who causes the collateral to be seized under legal process to enforce a judgment including execution, garnishment or attachment, or who has obtained a charging order or equitable execution affecting or relating to the collateral, ... if that security interest is unperfected at the time (v) the interest of a person referred in subparagraph (i), (ii) or (iv) arises».

20. P.P.S.A. [R.S.B.C. 1996], c. 359, art. 20b) («a security interest ... (b) in collateral is not effective against (i) a trustee in bankruptcy if the security interest is unperfected at the date of bankruptcy, ...»).

21. P.P.S.A. [R.S.B.C. 1996], c. 359, art. 5(1).

22. P.P.S.A. [R.S.B.C. 1996], c. 359, art. 5(3).

règle différente entre en jeu: la loi du lieu du principal établissement du locataire régit alors la validité et la publicité²³.

iii) L'affaire Giffen

14. Les dispositions de la loi sur les sûretés mobilières de Colombie-Britannique traitant de ces questions ont fait l'objet d'une analyse poussée par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Giffen*²⁴.

15. En l'espèce, le contrat de location à long terme d'une automobile ne fut pas inscrit, alors que la loi en requérait l'inscription. L'automobile au sujet de laquelle le locateur et le syndic à la faillite du locataire se disputaient fut vendue et le produit de la vente déposé de consentement. La Cour suprême du Canada attribua le produit non pas au locateur mais au syndic.

16. La Cour d'appel, infirmée, avait plutôt jugé que le véhicule automobile appartenait au locateur et ne faisait pas partie des biens du failli, celui-ci n'y ayant qu'un droit d'usage et un droit éventuel de l'acheter (le bail comportait une option d'achat): le syndic ne pouvait avoir plus de droits que le failli.

17. Le plus haut tribunal du pays appuie son raisonnement principalement sur les articles 1, 2, 3, 12 et 20 du *Personal Property Security Act* de Colombie-Britannique.

18. L'article 1 de cette loi précise que l'expression «sûreté» («security interest») signifie, entre autres, les droits d'un locateur en vertu d'un bail de plus d'un an²⁵, auquel cas l'expression «debtor» utilisée dans la loi désigne le locataire en vertu de tel bail.

Suivant son article 2(1)a), cette loi s'applique à «toute opération qui constitue, quant au fond, une sûreté, quels que soient la forme et le propriétaire du bien grevé»²⁶.

L'article 3 réitère l'application de la loi à certains contrats même s'ils ne garantissent pas le paiement ou l'exécution d'une obligation, notamment aux baux d'une durée de plus d'une année.

23. P.P.S.A. [R.S.B.C. 1996], c. 359, art. 7(2).

24. *Re Giffen*, [1998] 1 R.C.S. 91.

25. «debtor» means ... (c) a lessee under a lease for a term of more than one year»; «security interest» means ... b) the interest of ... (iii) a lessor under a lease for a term of more than one year, whether or not the interest secures the payment of an obligation;»

26. Traduction donnée par la Cour suprême, par. 29 du jugement.

La loi dispose à l'article 12(1)b) qu'une sûreté grève le bien depuis le moment où le débiteur y acquiert des droits et, puisque le locataire à long terme de bien meuble reçoit la qualification de «debtor» et le bail de «security interest», que le débiteur acquiert des droits «sur les objets qu'il prend à bail [...] lorsqu'il en obtient la possession conformément au bail» (article 12(2))²⁷.

Tel qu'indiqué ci-dessus, l'article 20b)(i) de cette loi rend une sûreté grevant un bien sans effet à l'égard du «syndic de faillite» si, «à la date de la faillite, elle est non parfaite»²⁸.

19. Après analyse de ces textes, la Cour suprême du Canada décide que la loi sur les sûretés mobilières de Colombie-Britannique modifie le droit commun applicable dans cette province, transforme les concepts traditionnels de titre de propriété et de propriété²⁹ et fait de l'intérêt du locateur dans le bien une «sûreté» prenant la forme de «réserve du titre de propriété» de ce bien³⁰.

20. Devait-on pour autant conclure que le droit de propriété ou la «réserve du titre de propriété» du locateur devenait inopposable au syndic? Si oui, devait-on attribuer ce droit de propriété au syndic dans la faillite et lui donner la saisine de ce bien comme s'il s'était agi d'un bien du failli?

21. La Cour suprême du Canada formule ces questions de la manière suivante. L'article 20b)(i) de la loi de la Colombie-Britannique éteint-il le droit de propriété du locateur au profit du syndic? Le cas échéant, la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* fait-elle échec à cet article³¹? La Cour répond oui à la première question et non à la seconde.

27. Traduction donnée par la Cour suprême, par. 32 du jugement.

28. Traduction donnée par la Cour suprême, par. 8 du jugement.

29. «J'estime, en toute déférence, que la Cour d'appel a commis une erreur fondamentale en se concentrant sur la détention du titre de propriété et en concluant que le droit de propriété reconnu en common law à la bailleuse prévalait, malgré le sens clair du sous-al. 20b)(i).

La Cour d'appel n'a pas reconnu que le législateur provincial, en adoptant la *PPSA*, a, dans une certaine mesure, écarté les concepts traditionnels du titre de propriété et de la propriété.» (par. 25 et 26 du jugement).

30. Par. 31 du jugement.

31. «There is one principal issue in the present appeal: can s. 20b)(i) of the *PPSA* extinguish the Lessor's right to the car in favour of the trustee's interest, or is the operation of s. 20b)(i) limited by certain provisions of the *BIA*?» (par. 23 du jugement).

22. Nous ne nous intéressons dans le présent commentaire qu'à la première question.

23. C'est dans un langage de common law et dans un raisonnement de common law que la cour formule sa réponse:

Le sous-alinéa 20b)(i) ne confère pas de titre de propriété ni d'autre intérêt propriétaire au syndic, mais il empêche la bailleresse d'exercer des droits contre lui. Il faut reconnaître qu'en l'espèce, le sous-al. 20b)(i) a pour effet d'accorder au syndic la plénitude des droits à l'égard de la voiture, alors que la faillie n'avait que le droit d'usage et de possession³².

Ainsi, pour la Cour, c'est en quelque sorte la négation des droits du locateur – ou de son pouvoir de les exercer – qui donne naissance aux droits du syndic sur les biens loués.

En règle générale la common law ne permet pas au locataire de faire échec au titre de propriété du bailleur sur les biens donnés à bail, rappelle la Cour suprême; celle-ci juge cependant que le *Personal Property Security Act* sous étude a profondément modifié la common law; pour régler les conflits entre les différentes personnes prétendant à un droit dans le bien, cette loi établit un ordre de priorité sans tenir compte de la nature du droit dont ces personnes se réclament. Cette loi remplace le principe de common law selon lequel on ne peut transférer un titre plus valable que celui que l'on possède. Le législateur a fait un choix de politique générale: la position d'un créancier non garanti représenté par le syndic a préséance sur celle du créancier garanti titulaire d'une sûreté non parfaite³³.

La cour souligne les effets dérogatoires de la loi sur les sûretés mobilières sur la common law en référant au texte de doctrine suivant:

The priority and realization provisions of the Acts revolve around the central statutory concept of «security interest». The rights of parties to a transaction that creates a security interest are explicitly not dependent upon either the form of the transaction or upon the traditional questions of title. Rather, they are defined by the Act itself.³⁴

32. Par. 44 du jugement.

33. Par. 51 et s. du jugement.

34. T.M. BUCKWALD et R.C. CUMMING, «The Personal Property Security Act and the Bankruptcy and Insolvency Act: Two Solitudes or Complementary Systems?», (1997) 12 *Banking & Finance Law Review* 467, 469-470, cités avec approbation au paragraphe 26 du jugement.

24. En somme, pour la Cour suprême du Canada, le *Personal Property Security Act* de Colombie-Britannique modifie la common law et l'inopposabilité des droits du locateur au syndic à la faillite du locataire, résultant de l'absence d'inscription, a pour effet, en vertu de cette loi (et non, faut-il observer, en vertu de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*), de conférer au syndic plus de droits que le failli n'en avait, c'est-à-dire la «plénitude des droits» sur le véhicule.

b) L'approche de l'Office de révision du code civil

25. En 1977, le Rapport de l'Office de révision du code civil recommandait pour le *Code civil du Québec* une approche entraînant des effets similaires. L'article 282 (livre «Des biens») qu'il proposait attribuait au bail consenti à des fins d'assurer le paiement d'une obligation un effet translatif de propriété au profit du «locataire», les droits du «locateur» consistant en une hypothèque, d'autres articles du projet privant celle-ci d'efficacité en l'absence d'inscription.

26. En effet, pendant que se rédigeaient les lois sur les sûretés mobilières dans le reste du Canada, le comité des sûretés de l'Office de révision du code civil élaborait de son côté un projet de régime nouveau pour le droit des sûretés. Prenant en compte les finalités économiques sous-jacentes à une vente à tempérament, à un crédit-bail et parfois aussi à un bail, dans la visée que le droit du Québec reflète les pratiques commerciales, l'Office proposa une solution qu'il crut compatible avec les concepts du droit civil relatifs aux contrats, à la propriété et aux biens. Suivant cette proposition, on devait en cette matière s'attacher à la substance et non à la forme et un contrat (ou un ensemble de contrats) mis en place pour assurer l'exécution d'une obligation en faveur d'un créancier devenait constitutif d'hypothèque. L'Office suggéra donc de requalifier en hypothèque les ventes à tempérament, le crédit-bail, les baux et les contrats attribuant ou réservant au créancier la propriété d'un bien pour fins de garantie³⁵.

35. *Rapport sur le Code civil du Québec*, Office de révision du Code civil, Éditeur officiel, 1978, vol. II, t. 1, p. 431; le rapport proposait l'adoption des articles suivants, au livre «Des biens»:

«281. Nul ne peut prétendre à un droit sur un bien pour assurer le paiement d'une obligation, si ce n'est par hypothèque.

Toute stipulation à l'effet de conserver ou de conférer un droit sur un bien pour assurer le paiement d'une obligation est une stipulation d'hypothèque.

Elle ne peut conserver ou conférer qu'une hypothèque en faveur du créancier, sous réserve des formalités requises pour la constitution et la publication de l'hypothèque.

27. Aussi, pour l'Office, la location consentie pour des fins de sûretés (ce qui correspondait aux «financial leases» ou aux «security leases») devait-elle emporter «transfert de propriété avec réserve d'hypothèque en faveur du créancier»³⁶. Cette approche, inspirée de la loi ontarienne³⁷, ne prévoyait pas de dispositions particulières pour les locations d'un an ou plus, comme en contiennent les lois sur les sûretés mobilières des autres provinces de common law, adoptées subséquemment.

c) Le rejet de cette approche

28. Cette conception du droit des sûretés commandait qu'en certaines circonstances des contrats soient requalifiés en hypothèque. Elle reçut le nom de «présomption d'hypothèque» et suscita à l'époque de nombreux débats. Les rédacteurs du *Code civil du Québec* la rejetèrent. Sans doute cette conception entraînait-elle des conséquences draconiennes, en particulier en droit immobilier³⁸; mais peut-être maintenait-elle une certaine cohérence et une certaine logique dans le droit exprimé: si un locateur perdait son droit de propriété, c'est qu'un texte de loi imposait d'ignorer l'appellation donnée par les parties à leur contrat et, à la fois, d'y voir un transfert de propriété en faveur de celui qu'elles y appelaient le «locataire» avec réserve d'hypothèque en faveur de celui qu'elles y appelaient le «locateur»; les parties se voyaient dès lors régies par l'ensemble des règles applicables aux hypothèques, qu'il s'agisse de celles relatives à la publicité, à l'exercice des recours ou aux conflits de lois.

282. L'article précédent s'applique sans égard au nombre, au nom ou à la nature des actes intervenus et nonobstant les termes employés. Ainsi, l'aliénation ou la location d'un bien ou une autre convention qui tombe sous le coup de l'article précédent emporte, quelles qu'en soient les modalités, transfert de propriété avec réserve d'hypothèque en faveur du créancier, ou, selon le cas, ne lui confère qu'une hypothèque, et la faculté ou l'obligation d'achat dont elle peut être assortie est alors sans effet». (nos italiques)

À titre de comparaison, l'article 2(1) du PPSA de Colombie-Britannique (R.S.B.C. 1996, c. 359) énonce: «2(1) Subject to section 4, this act applies (a) to every transaction that in substance creates a security interest, without regard to its form and without regard to the person who has title to the collateral ...».

36. Article 282 (Livre des biens) reproduit à la note 35.

37. La loi d'Ontario, la première des lois canadiennes sur les sûretés mobilières, entra en vigueur en 1976, un an avant la remise du Rapport de l'Office de révision du code civil.

38. Le droit des sûretés du Québec devint à l'occasion de la réforme un droit unitaire visant les biens meubles et immeubles, se distinguant ainsi du droit des autres provinces.

29. Avec la plus grande clarté, le ministre de la Justice de l'époque, aussi bien dans des commentaires formulés avant l'adoption du *Code civil du Québec*³⁹ qu'après⁴⁰, confirme le rejet de cette approche qui «risquait d'aller à l'encontre de la conception civiliste du droit des obligations et des sûretés».

d) Le Code civil du Québec de 1994

30. Le *Code civil du Québec* ne comporta donc pas de concept de «présomption» d'hypothèque ni aucun autre concept cadre qui, à l'instar des autres lois canadiennes sur les sûretés mobilières, aurait modifié le droit commun applicable aux contrats ou à la propriété lorsque celle-ci fait l'objet de droits d'un créancier dans le contexte d'un financement⁴¹ et les aurait intégrés dans le régime des sûretés.

31. Le *Code civil du Québec* de 1994 créa toutefois, comme on le sait, des règles particulières applicables à certains contrats visant à procurer à une personne un bien pour le service ou l'exploitation de son entreprise. Il soumit à l'inscription au bureau de la publicité l'opposabilité aux tiers de la «réserve de propriété» contenue dans une vente à tempérament (art. 1745 C.c.)⁴², la faculté de rachat réservée au vendeur sous une vente à réméré (art. 1750 C.c.)⁴³ et les «droits de propriété» du crédit-bailleur (art. 1847 C.c.).

39. Voir: G. RÉMILLARD, «Présentation du projet de Code civil du Québec», (1991) 22 *R.G.D.* 5, 55: «Après avoir considéré les avantages et inconvénients de la proposition faite par l'O.R.C.C., je proposerais de maintenir l'approche de l'avant-projet et de ne pas adopter la présomption d'hypothèque comme règle applicable à l'ensemble des contrats offrant une garantie: je proposerais plutôt de soumettre à la publicité les droits qui, à certains égards, peuvent modifier les rapports entre les créanciers d'un débiteur, tels les droits à obtenir la résolution de la vente, en certaines circonstances, les réserves de propriété, le crédit-bail...».

40. On peut lire, à la p. 1654 des *Commentaires du ministre de la Justice, Le Code civil du Québec*, Les publications du Québec, 1993, tome II: «Ainsi, le code n'a pas retenu la présomption d'hypothèque dont l'effet aurait été d'assimiler à une hypothèque toute convention qui procurait au créancier un avantage dans la réalisation de sa créance. L'introduction d'une telle présomption risquait d'aller à l'encontre de la conception civiliste du droit des obligations et des sûretés. Elle aurait entraîné également une incertitude juridique considérable en raison des litiges que ne manquerait pas de soulever la difficulté de qualifier certaines conventions, sans parler de l'impossibilité de mesurer toutes les conséquences de l'adoption d'un principe étranger à notre droit, qui, de plus, est traité de diverses manières dans les provinces anglaises.»

41. Pour fins de garantie.

42. L'article 1749 C.c., tel qu'il se lisait en 1994, assujettissait de plus l'exercice du recours du vendeur aux règles d'exercice du recours de prise en paiement.

43. L'absence de publicité pénalise ici l'emprunteur qu'un autre article, l'article 1756 C.c., protège par ailleurs: le vendeur (débiteur) ne perd pas sa faculté de rachat si l'acquéreur ne lui a pas donné un préavis et n'a pas suivi les autres règles d'exercice prévues pour les droits hypothécaires.

Ces inscriptions ne sont toutefois devenues possibles et mandatoires qu'en 1999⁴⁴.

i) Le cas particulier du crédit-bail

32. La formule retenue pour le crédit-bail attire l'attention: l'article 1847 C.c. rend «les droits de propriété»⁴⁵ du crédit-bailleur inopposables aux tiers en l'absence d'inscription. Le Code civil n'explicite pas davantage les conséquences précises de l'inopposabilité des droits du crédit-bailleur. Qui les tiers doivent-ils tenir propriétaire, en l'absence de publicité du crédit-bail? Certes pas le propriétaire antérieur puisque celui-ci a vendu le bien au crédit-bailleur et, présumément (c'est là que réside en grande partie l'intérêt du crédit-bail), a été payé. Traditionnellement le défaut de publication a pour effet de rendre inopposable la transmission du droit de propriété que les parties effectuent dans leur contrat⁴⁶, de sorte que pour les tiers, la propriété continue de reposer sur la tête du propriétaire initial.

Nous reviendrons plus loin sur cette question.

ii) Le bail

33. Le *Code civil du Québec* de 1994 permet aussi, à l'article 1852 C.c., de publier «les droits résultant d'un bail». Il est intéressant de noter les explications du ministre de la Justice sur cette disposition⁴⁷: elle est rendue nécessaire pour permettre la publication d'un bail car, écrit-il, «les droits résultant du bail sont des droits personnels et, à ce titre, ils ne peuvent être publiés à moins que la loi ne le prescrive ou ne l'autorise». En effet, l'article 2938 C.c. permet la publication de droits personnels dans la seule mesure où la loi le prescrit ou l'autorise expressément.

Ces commentaires sur le caractère personnel des droits résultant d'un bail reflètent la conception bien établie suivant

44. Par l'effet de la *Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives relativement à la publicité des droits personnels et réels mobiliers et à la constitution d'hypothèques mobilières sans dépossession*, L.Q. 1998, c. 5, entrée en vigueur dans sa totalité le 17 septembre 1999.

45. L'article correspondant du *Projet de loi 125 (1991)* – l'article 1836 – parlait plutôt des «droits résultant du crédit-bail».

46. En ce sens, l'article 2938 C.c. énonce: «Sont soumises à la publicité, l'acquisition, la constitution, la reconnaissance, la modification, la transmission et l'extinction d'un droit réel immobilier.»

47. *Commentaires du ministre de la Justice, Le Code civil du Québec*, Les publications du Québec, Québec, 1993, sous l'article 1852 C.c.

laquelle le contrat de louage n'a pas pour effet de transférer ou de créer un droit réel au profit du locataire⁴⁸.

34. On peut raisonnablement penser que les rédacteurs de l'article 1852 C.c. (version 1994) avaient en vue la situation du locataire d'un bien immeuble qui cherche, par l'inscription de ses droits, à empêcher celui qui acquerrait un jour la propriété de l'immeuble de résilier son bail (art. 1887 C.c.)⁴⁹.

e) Le Code civil du Québec en 1999

35. Une loi adoptée en 1998 modifie un certain nombre d'articles du Code civil, parmi lesquels se trouvent des articles sur la fiducie-sûreté, le crédit-bail, la vente à tempérament, l'hypothèque et le bail⁵⁰.

36. Ces modifications, entrées en vigueur en 1999, visent entre autres les véhicules routiers⁵¹. Le législateur permet désormais aux personnes physiques de les hypothéquer sans s'en déposséder (art. 2683 C.c.) même si elles n'exercent pas d'entreprise et, lorsqu'ils font l'objet d'une vente à tempérament, soumet à l'inscription l'opposabilité de la réserve de propriété stipulée au profit du vendeur.

i) La vente à tempérament

37. La loi de 1998 apporte un certain nombre de modifications sur l'inscription de la «réserve de propriété» au profit du vendeur à tempérament et sur les effets de l'absence d'inscription ou d'une inscription tardive. Faite dans les quinze jours de la vente, l'inscription rétroagit à la date de la vente. Faite subséquentement, elle empêche le vendeur de revendiquer son bien du tiers qui l'a acquis avant la date de l'inscription ou, s'il le revendique de

48. P.G. JOBIN, *Le louage*, 2^e éd., coll. Traité de droit civil, Cowansville, 1996, Éditions Yvon Blais Inc., p. 27 et s.

49. Voir: P.G. JOBIN, *Le louage*, 2^e éd., 1996, Éditions Yvon Blais, p. 503, n^o 202; R.P. GODIN., *Le bail commercial*, La Réforme du Code civil, textes réunis du Barreau du Québec et de la Chambre des notaires du Québec, Les Presses de l'Université Laval, Sainte-Foy, 1993, vol. 2, p. 707, par. 10.

50. *Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives relativement à la publicité des droits personnels et réels mobiliers et à la constitution d'hypothèques mobilières sans dépossession*, L.Q. 1998, c. 5, entrée en vigueur dans sa totalité le 17 septembre 1999.

51. Ceux-ci paraissent avoir été l'objet d'une préoccupation particulière du législateur: *Journal des débats*, Les travaux parlementaires, Commission permanente des institutions, séance du 11 février 1998, p. 4, p. 8 et s.

l'acquéreur immédiat, de le reprendre libre des charges dont celui-ci aura pu le grever⁵².

Le législateur y soumet également à l'inscription l'opposabilité d'une cession par le vendeur à tempérament de son droit de propriété dans le bien vendu, que l'article 1745 C.c., modifié, appelle la «cession» de la «réserve de propriété». L'expression «réserve de propriété» décrit le droit de propriété du vendeur à tempérament tel qu'assujéti aux obligations que le contrat de vente à tempérament met à sa charge. En somme, le législateur soumet à l'inscription l'opposabilité d'un transfert consenti par le vendeur à tempérament⁵³ de son droit de propriété dans le bien qui fait l'objet de la vente à tempérament.

ii) Le crédit-bail

38. Le législateur modifie doublement l'article 1847 C.c.; il permet (comme pour la réserve de propriété) d'effectuer l'inscription dans les quinze jours du contrat de crédit-bail avec effet à compter de la date de ce dernier; en second lieu, il soumet à l'inscription la «cession des droits de propriété du crédit-bailleur».

Le législateur n'apporte toutefois pas de précisions sur les effets d'une inscription tardive.

iii) Le bail

39. Pour la location à long terme (c'est-à-dire pour le bail d'une durée d'un an ou plus⁵⁴), la législation de 1998 introduisit au Code civil des éléments qui ne s'y trouvaient pas, des éléments complètement nouveaux: l'obligation d'inscrire «les droits résultant» du bail et l'obligation d'inscrire la cession de ces droits faite au profit d'un tiers. Les ajouts à l'article 1852 C.c. créent cette obligation pour les baux de plus d'un an⁵⁵ relatifs au bien meuble requis pour le service ou l'exploitation d'une entreprise⁵⁶ ou à un véhicule routier. Le texte nouveau précise que l'opposabilité des

52. La loi de 1998 apporte également des changements sur le mode d'exercice du droit de reprise du vendeur à tempérament.

53. Voir L. PAYETTE, *Les sûretés réelles dans le Code civil du Québec*, 2^e éd., 2001, Éditions Yvon Blais, p. 885 et s., n^o 2032 et s.

54. Cette durée correspond à la durée des locations que plusieurs lois canadiennes sur les sûretés mobilières qualifient de sûreté: voir *supra*, par. 11.

55. Ou d'une durée moindre lorsque des clauses de reconduction permettent de prolonger le bail au delà d'un an.

56. Ou à des biens déterminés par le *Règlement sur le registre des droits personnels et réels mobiliers*, (1993) 125 G.O. II, 805 (art. 15.01: bateaux, moto-marines, aéronefs, une maison mobile, une caravane ou semi-caravane).

droits découlant du bail a effet à compter du bail lorsque la publication a lieu dans les quinze jours de sa date; ceci démontre clairement que le législateur a requis l'inscription pour des fins d'opposabilité et non pour créer une situation exceptionnelle (art. 2841 2^e al. C.c.) où l'inscription s'impose même entre les parties afin que le droit prenne effet.

Le législateur n'apporte pas de précisions sur ce qu'il entend par «les droits résultant du bail», non plus que sur les effets d'une inscription faite après les quinze jours⁵⁷.

40. La rédaction de l'article 1852 C.c. a créé beaucoup de confusion – la Cour d'appel, dans son jugement, le souligne⁵⁸.

f) L'article 1852 C.c.

41. Cette confusion résulte de plusieurs ambiguïtés.

42. La première vient de ce que le législateur recourt, dans les deux alinéas ajoutés à l'article 1852 C.c., à un vocabulaire (soit l'expression «droits résultant du bail») traditionnellement utilisé pour décrire les droits du locataire, alors que le contexte des amendements donnait à penser qu'il visait plutôt – ou surtout – les droits du locateur. En effet, les autres articles de cette loi d'amendement traitent de l'inopposabilité des droits dans le bien de ceux qui procurent ce bien (vendeur à tempérament) ou le crédit pour se le procurer (créancier hypothécaire, crédit-bailleur, bénéficiaires d'une fiducie sûreté) ou traitent de l'exercice de ces droits⁵⁹. De plus, un des objectifs de la loi paraît avoir été d'assurer une plus grande fiabilité au commerce des véhicules automobiles⁶⁰ et de protéger le tiers acquérant un véhicule d'un vendeur sans titre: permettre au locateur de réclamer son bien d'un tiers-acquéreur qui n'a pu, en consultant les registres, constater qu'il achetait d'un locataire ne s'accordait pas avec cet objectif.

57. Le Barreau du Québec avait recommandé au législateur d'apporter cette précision et aussi d'indiquer que l'article 1852 visait le droit de propriété – si telle était l'intention – et alors de limiter son application aux véhicules routiers; il suggérait de plus que cet article contienne, comme les autres articles, des dispositions sur la publication tardive: «*Mémoire sur le projet de loi 181*», <http://www.barreau.qc.ca/opinion/memoires/1998/pl181.pdf>.

58. A «fait couler beaucoup d'encre» (par. 12 du jugement).

59. Voir *supra*, par. 39 et s.

60. Voir *supra*, note 51.

D'autre part, tel que souligné plus haut⁶¹, le premier alinéa actuel de l'article 1852 C.c., qui renferme l'expression «droits résultant du bail», fut introduit au code civil pour rendre possible l'inscription d'un bail portant sur un immeuble et ainsi permettre au locataire d'empêcher la résiliation du bail à durée déterminée par le nouveau propriétaire, en cas de transmission de la propriété de l'immeuble⁶². Cet article visait alors les droits du locataire et autorisait leur inscription. En 1999 d'ailleurs, le législateur reprend encore l'expression «droits résultant du bail» pour décrire les droits du locataire: il introduit au Code civil l'article 2999.1 C.c.⁶³, décrivant la procédure d'inscription d'un bail immobilier; manifestement cet article 2999.1 C.c. vise l'inscription des droits du locataire⁶⁴ et ne constitue aucunement un mode d'inscription du droit de propriété du locateur.

Cette expression «droits résultant du...» n'avait pas reçu les faveurs du législateur en 1992 pour le crédit-bail. Avant l'adoption du Code civil du Québec, on avait proposé une expression semblable, soit «les droits résultant du crédit-bail», pour l'ancêtre de l'article 1847 C.c. (soit l'article 1836 du Projet de loi 125 sur le Code civil du Québec); les légistes l'ont changée parce qu'elle manquait de clarté et elle devint au code «les droits de propriété du crédit-bailleur», afin d'établir clairement l'objectif poursuivi, «à savoir que les droits du crédit-bailleur ne sont opposables que s'ils sont publiés»⁶⁵.

Il ne vient pas naturellement à l'esprit que le droit de propriété puisse résulter d'un bail. S'il est vrai que le droit de propriété peut s'acquérir par contrat (art. 916 C.c.), de toute évidence le contrat de location ne constitue pas un contrat en vertu duquel le locateur acquiert la propriété du bien qu'il donne à bail. Le droit de propriété ne figure pas aux articles 1854 à 1876 C.c. de la section du chapitre «Du louage» intitulée «Des droits et obligations résultant du bail».

61. Voir *supra*, par. 36.

62. Voir art. 1887 C.c.

63. *Loi modifiant le Code civil relativement à la publication de certains droits au moyen d'avis*, L.Q. 1999, c. 49, art. 2, modifiée par la *Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives relativement à la publicité foncière*, L.Q. 2000, c. 42, art. 41.

64. On pourra consulter à ce sujet: *Journal des débats*, Commission parlementaire, Sous-commission des institutions, cahier n° 16, 26 mai 1999.

65. *Journal des débats*, Commission parlementaire, Sous-commission des institutions, séance du 22 octobre 1991, p. SC1-622, M. le ministre de la Justice.

Par ailleurs, au niveau du crédit-bail, assez curieusement, la loi de 1998 retouche à l'article 1847 C.c. mais y conserve l'expression «droits de propriété du crédit-bailleur», tandis qu'au nouvel article 2961.1 C.c. qu'elle introduit au code elle emploie l'expression: «droits de propriété résultant de crédits-bails». Voulaient-on, à cet endroit, par une fiction législative, faire «résulter» du crédit-bail le droit de propriété du crédit-bailleur, et, si oui, ne pouvait-il pas en aller de même pour le bail?

43. La deuxième ambiguïté vient de ce que le législateur n'a pas explicité en matière de bail les conséquences de l'inopposabilité entraînée par l'absence d'inscription. Il l'a fait à l'article 1745 C.c. pour le contrat de vente à tempérament et les conséquences qu'il attribue à l'absence d'inscription s'harmonisent avec la logique contractuelle de cette espèce de vente: l'absence d'inscription de la réserve de propriété rend celle-ci inopposable aux tiers de telle sorte que pour eux la réserve devient inefficace et n'empêche plus le transfert de propriété prévu au contrat de vente de se réaliser; vis à vis des tiers, la vente a pour effet de réaliser son objectif: pour eux, la propriété passe dans le patrimoine de l'acquéreur.

Le contrat de louage n'a pas pour objectif de transférer la propriété, contrairement à la vente à tempérament. Conclure à l'inopposabilité du droit de propriété du locateur n'entraîne pas pour autant l'extinction de son droit de propriété; il peut encore faire valoir ce droit contre la partie contractante mais ne le peut plus à l'égard des tiers: mais alors, pour ceux-ci, cette inopposabilité équivaut-elle à un transfert du bien dans le patrimoine de l'autre partie contractante? En vertu de quelle règle de droit?

44. La troisième ambiguïté résulte précisément de la rédaction de textes différents pour le crédit-bail, la vente à tempérament et le bail (et même de textes différents pour le crédit-bail). Les règles d'interprétation invitent à donner un sens différent à des textes rédigés différemment, à plus forte raison si les rédactions sont contemporaines.

Comment sous-entendre, en lisant l'article 1852 C.c., la volonté du législateur de sanctionner l'absence d'inscription par l'inopposabilité du droit de propriété du locateur, conséquence exorbitante qu'il avait senti le besoin d'exprimer formellement dans le cas du crédit-bail?

45. La quatrième ambiguïté provient de la démarche même du législateur. Après avoir rejeté le concept d'assujettissement au droit des sûretés de certains contrats formellement distincts et rejeté le concept de «présomption d'hypothèque» proposé pour accomplir cet assujettissement, se pouvait-il que le législateur utilise un texte aussi peu explicite – et aussi timide – pour revenir sur ses pas, en ce qui concerne la location à long terme?

46. Aussi les décisions de la Cour supérieure s'étaient-elles partagées⁶⁶ sur cette question, les unes restreignant les droits du locateur résultant du bail essentiellement à celui de percevoir les loyers⁶⁷, les autres l'étendant à son droit de propriété⁶⁸.

Les premières donnaient au vocabulaire son sens usuel; elles refusaient de faire basculer le droit de propriété du locateur à long terme dans le domaine des sûretés, innovation importante que si peu de mots ne pouvaient pas faire supposer et dont la paternité devait revenir au législateur – et non aux tribunaux⁶⁹. Les secondes, se réclamant peut-être de la «méthode contextuelle moderne»⁷⁰ pour interpréter les mots «droits résultant du bail», y ont décelé, dans le contexte du train des changements contenus à la loi qui modifia l'article 1852 C.c. et des développements législatifs canadiens, une expression incluant le droit de propriété⁷¹.

66. Le jugement de la Cour d'appel rapporte une liste de ces décisions, sans entrer dans leur analyse: par. 14 du jugement.

67. *Develo (Faillite de)*, J.E. 2001-1554 (C.S.); *9080-9708 Québec Inc. (Faillite de)*, J.E. 2001-2084 (C.S.); voir aussi: *National Bank of Canada c. J. Léveillé Transport inc.*, [2001] A.Q. (Quicklaw) n° 1590 (C.S.).

68. *Lefebvre (Faillite de)*, [2001] R.J.Q. 2679 (C.S.); *Tremblay (Syndic de)*, J.E. 2001-1292 (C.S.); *Ferland (Faillite de)*, [2001] R.J.Q. 2632 (C.S.); *Labrosse (Faillite de)*, J.E. 2001-1293 (C.S.).

69. «Les moyens disponibles pour rédiger et promulguer les lois sont tels qu'une cour doit être réticente à présumer l'oubli ou des intentions inarticulées lorsque les droits des administrés sont en cause. La législature a la maîtrise complète du processus législatif et si elle ne s'est pas exprimée clairement pour un motif quelconque, elle possède tous les moyens de corriger cette déficience d'expression. Cela est encore plus vrai aujourd'hui qu'à toute autre époque de l'histoire de notre régime parlementaire»: *Morguard Properties Ltd., City of Winnipeg*, [1983] 2 R.C.S. 493, p. 509.

70. *Verdun c. Banque Toronto-Dominion*, [1996] 3 R.C.S. 550, par. 2 du jugement.

71. *Verdun c. Banque Toronto-Dominion*, [1996] 3 R.C.S. 550; selon la «méthode contextuelle moderne» d'interprétation, une expression est «susceptible d'être définie de plusieurs manières selon le contexte dans lequel elle est employée», par. 3 du jugement.

C. ANALYSE DU JUGEMENT DE LA COUR D'APPEL

47. Les textes de loi que la Cour d'appel avait à interpréter n'étaient donc pas des plus limpides. Il fallait suppléer aux carences de ces textes, pour ne pas dire prendre la place du législateur, pour leur donner un sens. C'est ce que la Cour d'appel fit.

Le jugement pragmatique et très court de la Cour d'appel prend position en faveur de l'intention présumée du législateur de traiter la location à long terme sur un plan économique et de placer le locateur à long terme sur le même pied que le vendeur à tempérament ou le crédit-bailleur, en cas de défaut de publicité.

a) La location, un financement pour l'«achat» d'un bien loué

48. D'entrée de jeu la Cour voit dans la location à long terme un mécanisme contractuel pour le financement de l'achat du bien loué⁷².

Cette vision ne s'imposait pas d'elle-même. Elle équivalait presque à requalifier en contrat d'achat le contrat de location intervenu entre les parties. Or, ce contrat de location précisait d'une manière très explicite, dans les premières lignes de son texte, qu'il s'agissait «strictement d'un bail» et ne constituait pas un «contrat d'achat». Sans doute comportait-il une option d'achat mais le prix d'exercice de cette option n'avait rien de nominal⁷³. Les tribunaux ont déjà requalifié un bail en vente à tempérament en certaines circonstances, entre autres lorsque l'option d'achat accordée au locataire peut s'exercer, à la fin du bail, pour un montant purement nominal⁷⁴, ce qui toutefois ne semblait pas le cas ici.

72. Par. 19 du jugement de la Cour d'appel: «D'abord, il [le dossier] ne concerne qu'un contrat de location (art. 1852 C.c.Q.) et non une vente à tempérament (art. 1745 C.c.Q.) ou un contrat de crédit-bail (art. 1847 C.c.Q.). Ces trois textes visent cependant des situations semblables où, *pour le financement de l'achat* d'une automobile, divers mécanismes contractuels sont utilisés. Ces trois textes, s'ils sont analogues, ne sont toutefois pas nécessairement rigoureusement identique.» (nos italiques)

Par. 36 du jugement de la Cour d'appel: «Dans les deux hypothèses, en effet, l'attribution du droit de propriété jusqu'au paiement final tant au vendeur à tempérament, qu'au locateur n'est qu'une sorte de fiction permettant d'assurer l'efficacité d'un mécanisme de crédit pour l'achat d'un bien.» (nos italiques)

73. Voir *supra*, note 9.

74. *Seb Cargo (1989) Inc. c. Service de chariot élévateur Blainville Inc.*, J.E. 99-956 (C.Q.) (appel rejeté); *GMAC Location Ltée c. Seray Auto Inc.*, J.E. 2000-988 (C.A.).

L'article 1852 C.c. n'imposait pas non plus cette vision. L'article 1852 C.c. ne fait référence ni à l'achat de biens ni à des baux avec option d'achat et traite d'une manière équivalente et neutre la location à long terme de véhicules routiers aussi bien que celle d'équipement destiné à l'entreprise. Or dans un grand nombre de cas, la location ne mène pas à l'achat. Souvent les locataires ne requièrent pas d'option d'achat ou encore expriment à l'avance le souhait de ne pas devenir propriétaires, le statut de locataire leur suffisant pour l'usage qu'ils font du bien. Les locateurs, de leur côté, peuvent avoir intérêt à conserver la propriété du bien loué à la fin du bail et à ne pas consentir d'option d'achat. Cette situation se rencontre particulièrement en matière d'outillage sophistiqué issu de développements technologiques: le locateur cherche à protéger la valeur de la propriété intellectuelle qui a permis la réalisation de cet outillage en conservant la propriété de celui-ci.

b) Le bail, «une réserve de propriété»

49. Cette première approche de la Cour en a entraîné une autre, celle d'analyser le bail comme un contrat où le locateur «se réserve la propriété du bien loué». Ainsi la question que doit se poser la cour, selon le jugement, est «de savoir si la formalité de publicité est nécessaire à la sauvegarde de la réserve de propriété»⁷⁵ que comporte le bail⁷⁶.

Certes, le contrat de louage ne dépouille pas le locateur de la propriété du bien loué, mais le Code civil ne fait pas de cet élément une caractéristique du bail: il ne définit pas le bail comme un contrat où le locateur se réserve la propriété d'un bien; il le définit plutôt comme un contrat où le locateur s'engage à procurer à un autre la jouissance de son bien (art. 1851 C.c.). Contrairement à la vente à tempérament où le vendeur doit se réserver la propriété pour faire échec à l'effet translatif du contrat de vente, le contrat de louage n'a pas pour objet de transférer la propriété, que le locateur se réserverait pour un temps.

75. Par. 27 du jugement.

76. Par. 30 du jugement de la Cour d'appel: «C'est donc sur cette différence de texte que se base l'appelante pour soutenir que *la réserve du droit de propriété* est opposable de toute façon aux tiers, donc au syndic.» (nos italiques)

Par. 35 du jugement de la Cour d'appel: «En réalité, la location à long terme *avec réserve de propriété*, la vente à tempérament et le crédit-bail sont trois formules d'accueil pour une même réalité: la création d'une sûreté mobilière. Seule donc la structure juridique apparente est différente. Si la mesure de publicité imposée dans un cas produit comme effet l'opposabilité aux tiers, pourquoi ce serait-il différent dans les autres?» (nos italiques)

Cette analyse du contrat de location en contrat comportant une «réserve de propriété» ne s'explique guère que par la pensée sous-jacente que le locateur s'y était engagé à transférer la propriété pour un prix nominal à l'arrivée du terme⁷⁷. Cette démarche fait aussi penser à une requalification.

50. Pour démonstration que la «réserve de propriété» était, dans le dossier sous étude, un élément principal du bail, le tribunal s'en reporte à trois clauses du contrat de location: la clause relatant que la propriété du véhicule et le bail seront cédés par le locateur à Honda; la clause 26b) (mention obligatoire suivant la *Loi sur la protection du consommateur* du droit du commerçant de reprendre possession du bien en cas de défaut) et enfin, la clause 30 sur les recours, dont le paragraphe c) relate qu'en cas de défaut le locateur «peut prendre possession du véhicule conformément à la loi».

51. La Cour conclut de la présence de ces trois clauses que la cession du droit de propriété et tous les attributs de son exercice font partie du contrat de location parce qu'indissociablement liés à celui-ci et constituent des droits «résultant du bail»⁷⁸.

52. On peut ici se poser les questions suivantes: si le bail n'avait pas contenu ces clauses, la Cour d'appel aurait-elle rendu une décision semblable? Par ailleurs, le locateur n'aurait-il pas eu, même en l'absence de ces clauses, le droit de céder la propriété du véhicule et celui de céder ses droits dans le bail? N'aurait-il pas pu revendiquer le bien loué, après résiliation du bail à la suite d'un défaut? Le droit d'un locateur de revendiquer son bien résulte-t-il du bail ou, plutôt, ne découle-t-il pas de son droit de propriété, que rien n'empêche plus d'exercer, une fois résilié le bail l'obligeant à laisser le bien entre les mains du locataire?

c) L'arrêt *Giffen*

53. Le jugement de la Cour d'appel passe sous silence la décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Giffen*. Cela

77. Ce qui pourtant ne semblait pas le cas ici: voir *supra*, note 9; on peut aussi y voir l'influence de l'arrêt *Giffen*: voir *supra*, par. 19.

78. Par. 33 du jugement de la Cour d'appel: «Il me paraît donc que la cession du droit de propriété, de même que tous les attributs de son exercice, font partie du contrat de location parce qu'indissociablement liés à celui-ci, sont des droits «résultant d'un bail» et donc que la publication régulière de celui-ci aurait permis de sauvegarder la réserve du droit de propriété.»

peut s'expliquer du fait que dans cette autre affaire, le tribunal se penchait sur des textes fort différents de l'article 1852 du *Code civil du Québec*. Ils en diffèrent de plusieurs manières, principalement parce qu'avec détails ces textes intègrent la location à long terme d'une manière organisée dans le régime des sûretés mis en place par la loi sur les sûretés mobilières de Colombie-Britannique. Cette loi, rappelons-le, qualifie explicitement la location à long terme de «sûreté» régie par cette loi⁷⁹ et donne au locataire le statut d'un «débiteur» au sens de cette loi⁸⁰. Cette «sûreté» du locateur grève le bien loué dès le moment où le locataire prend possession du bien loué⁸¹ et n'a aucune efficacité à l'encontre du syndic dans la faillite du locataire en l'absence de publication avant la date de la faillite⁸². Cette loi formule de plus le principe suivant lequel la titularité du droit de propriété ne constitue pas un facteur déterminant dans la résolution des conflits entre les différentes personnes qui prétendent à un droit sur le bien loué⁸³; elle résout plutôt ces conflits sur la base d'un concept d'antériorité de publication ou de publication présumée; ainsi la loi subordonne les droits du locateur, en l'absence de publication ou en cas de publication postérieure, aux droits d'un créancier saisissant⁸⁴ ou à ceux d'un créancier en faveur de qui le locataire a grevé le bien d'une sûreté dûment publiée.

54. Le tribunal de première instance avait de son côté indirectement fait référence à l'arrêt *Giffen* en prenant à son compte les motifs du jugement rendu dans l'affaire *Labrosse*⁸⁵. Ce dernier jugement, après avoir abondamment cité des passages de l'arrêt *Giffen* et la jurisprudence à laquelle cet arrêt se réfère, décide que l'article 1852 C.c. équivaut, pour le Québec, aux dispositions concernant la location contenues dans les lois sur les sûretés mobilières des autres provinces.

Quoique l'article 1852 C.c. supporte mal une comparaison avec ces autres législations, dont la Cour d'appel ne parle pas, c'est effectivement en ce sens qu'il faut maintenant interpréter l'article 1852 C.c., à la suite du jugement commenté.

79. Voir *supra*, note 25.

80. Voir *supra*, par. 18.

81. Voir *supra*, note 27.

82. Voir *supra*, note 20.

83. Voir *supra*, par. 23 et 24.

84. Voir *supra*, note 19.

85. Voir *supra*, note 4 (par. 29 du jugement).

d) Obiter sur le délai de quinze jours pour inscrire

55. On se souviendra que le délai de quinze jours prévu par le législateur pour l'inscription expira dans l'affaire *Massouris* trois jours après la date de la faillite et que l'inscription se fit sept jours après cette date. Le syndic acquit donc, dès le quatrième jour de la date de la faillite, des droits dont une inscription subséquente ne put le dépouiller. Pour cette raison, la Cour d'appel n'eut pas à décider si le délai de l'article 1852 C.c. constitue un délai de déchéance et si, en situation hors faillite, l'inscription peut se faire après les quinze jours. Elle n'eut pas à se pencher non plus sur la question de savoir si une inscription faite à l'intérieur du délai mais postérieurement à la faillite pouvait préserver les droits du locateur.

56. Néanmoins, la Cour d'appel, en rejetant l'argument de l'appelante selon lequel la faillite survenue à l'intérieur du délai de quinze jours suspendait le cours du délai pour inscrire, exprime l'idée que l'article 1852 C.c. établit un délai de déchéance, voulu par le législateur dans un contexte d'échanges commerciaux rapides⁸⁶.

Ce délai de quinze jours rappelle certains délais accordés ailleurs au Code pour la publication d'une sûreté (art. 2699 et 2708 C.c.: hypothèque sur créance ou titre négociable; art. 2954 C.c.: hypothèque mobilière en faveur d'un vendeur), en particulier le délai de quinze jours accordé par l'article 1745 C.c. au vendeur d'un bien meuble en faveur de qui l'acte de vente crée une réserve de propriété pour garantir le paiement du prix. On avait critiqué la version antérieure de l'article 1745 C.c., laquelle n'accordait pas ce délai, en faisant valoir avec raison que l'absence de délai pour inscrire pouvait paralyser l'utilisation des ventes à tempérament: les entreprises qui financent par ce mode l'obtention de leur équipement ou de leurs autres biens ont souvent déjà en place un financement bancaire garanti par une hypothèque sur biens présents et à venir en sorte que, si, au moment même de la conclusion de la vente à tempérament, la réserve de propriété n'était pas

86. «Le délai fixé par le législateur me semble être un délai de déchéance et non un délai de grâce. Il a pour but et pour philosophie, dans un contexte d'échanges commerciaux rapides et de garanties sur le bien, de donner une réponse claire et de limiter ainsi les litiges susceptibles de naître d'une application à l'espèce des règles bien connues de la suspension et de l'interruption de prescription.» par. 26 du jugement.

opposable aux tiers faute d'inscription, l'hypothèque générale existante prendrait effet instantanément sur les biens à propriété réservée (art. 2670 C.c.)⁸⁷.

Faut-il déduire de l'*obiter* de la Cour d'appel que l'expiration du délai déchoit le locateur du droit d'effectuer une inscription avec effet rétroactif ou, tout simplement, du droit d'inscrire? Nous croyons qu'il faut plutôt prendre cet *obiter* dans son contexte, celui de la faillite du locataire survenue pendant le délai de quinze jours; l'expiration de ce délai avant que l'inscription n'ait lieu constitue une déchéance: le syndic acquiert dès ce moment le droit d'alléguer l'inopposabilité.

57. Cet *obiter* soulève la question suivante: dans un contexte hors faillite, l'inscription faite après le délai de quinze jours perd-elle toute utilité? Selon une interprétation, compatible avec l'expression «délai de déchéance» utilisée par la Cour d'appel, l'inopposabilité des «droits résultant du bail» deviendrait définitive et l'inscription ne sert à rien. Suivant une autre, la loi permettrait l'inscription effectuée hors délai; celle-ci conférerait des effets à compter de sa date, sans rétroactivité: le locateur ne pourrait s'y appuyer pour faire prévaloir ses droits à l'encontre de ceux qui, dans l'intervalle, auraient acquis des droits sur le bien⁸⁸. Cette dernière interprétation semble plus en accord avec les règles générales du code sur la publicité (art. 2941 C.c.) et, vu la décision de la Cour d'appel d'englober le droit de propriété du locateur parmi les droits découlant du bail, donne à l'absence d'inscription à l'intérieur du délai un effet moins radical⁸⁹.

e) Décision applicable à toute forme de location à long terme?

58. Un tribunal ontarien aurait probablement qualifié de «financial lease» le contrat de location analysé par la Cour, compte tenu, en particulier, que le défaut du locataire permettait au locateur d'exiger paiement de la différence entre, d'une part, le total

87. A. GRENON, «Le crédit-bail et la vente à tempérament dans le Code civil du Québec», (1994) 25 *R.G.D.* 217.

88. Voir, à ce sujet: S. DIETZE, «Recent Developments in Secured Financing by Way of Instalment Sale, Leasing and Lease», (1999) 59 *R. du B.* 3, p. 34.

89. Le soussigné, lors d'une présentation de premières réactions sur ces amendements législatifs, a exprimé l'idée qu'il s'agissait d'un délai de déchéance: F. DUQUETTE et L. PAYETTE, *Influence de la loi 181 dans la pratique des juristes*, Conférence Régiscom, 27 mai 1998. Les arguments donnés au soutien de l'autre interprétation lui semblent devoir l'emporter.

des loyers non échus et du prix d'exercice de l'option d'achat et d'autre part, le prix obtenu par le locateur par suite de la revente du véhicule⁹⁰.

59. La Cour d'appel ne relève pas cette caractéristique du bail – pas plus qu'elle ne souligne l'existence de l'option d'achat qu'il contenait – et nulle part dans son jugement trouve-t-on écho de la distinction entre un «véritable bail» («true lease») et un bail-sûreté («financial lease» ou «security lease»).

Néanmoins, à plusieurs reprises, la Cour assimile la location à long terme à un moyen de financer un achat.

60. Aussi est-il prévisible qu'on tentera de limiter l'interprétation de l'article 1852 C.c. faite par la Cour d'appel – et de rattacher le sort du droit de propriété du locateur à l'inscription du bail – aux seules locations servant à financer un achat. On arguera que la Cour a rendu son jugement en fonction d'un bail menant à l'achat et qu'on ne peut l'appliquer à une situation de «pure» location.

Cette argumentation est fragile, car elle suppose une distinction entre le bail et le bail-sûreté; or l'article 1852 C.c. n'exprime pas cette distinction et les législations dont il semble s'inspirer l'ignorent sciemment⁹¹.

61. Un contrat de location qui n'évoquerait pas une cession éventuelle, par le locateur, de ses droits dans le bail et dans le bien loué échapperait-il à la décision de la Cour d'appel? On peut en douter; quoique la Cour d'appel s'appuie sur l'annonce faite dans le bail sous étude que le locateur cédera son droit de propriété pour conclure que ce droit faisait «partie du contrat de location», reste que l'article 1852 C.c. prescrit distinctement l'inscription du bail et l'inscription de sa cession; cet article ne s'adresse pas seulement aux baux qui sont cédés. Il serait difficilement explicable que l'absence d'inscription du bail n'ait de conséquence que si le locateur cède ses droits.

D. CONSÉQUENCES DU JUGEMENT DE LA COUR D'APPEL

62. L'inclusion par la Cour d'appel du droit de propriété du locateur parmi les «droits résultant du bail» est lourde de consé-

90. Voir *supra*, note 10.

91. Voir *supra*, par. 11 – contrairement à l'Ontario: voir *supra*, par. 9.

quences et justifie de passer en revue un certain nombre de dispositions du Code civil ou du Code de procédure civile pour en mesurer la portée par suite de ce jugement.

a) La location à long terme, une sûreté? – Conflits de lois – Règles d'exercice des recours hypothécaires

63. La Cour d'appel écrit que la «location à long terme avec réserve de propriété, la vente à tempérament et le crédit-bail sont trois formules d'accueil pour une même réalité: la création d'une sûreté mobilière»⁹².

Le Code civil emploie peu le mot «sûreté». Il l'utilise, entre autres, mais sans le définir, au titre des conflits de lois.

Il ne fait guère de doute qu'une priorité, une hypothèque, une fiducie-sûreté constituent des «sûretés». On a aussi qualifié de cette épithète la vente à tempérament⁹³, épithète d'autant plus méritée, a souligné tout récemment la Cour d'appel dans un autre jugement⁹⁴, depuis que le vendeur à tempérament doit, pour l'exercice de son droit de reprise, suivre les règles d'exercice des droits hypothécaires⁹⁵. Le crédit-bail et la location à long terme n'imposent pas cette dernière obligation au crédit-bailleur ou au locateur. Ces contrats se distinguent aussi d'une autre manière de la vente à tempérament: tandis que le vendeur perd la propriété du bien après paiement du prix par l'acheteur, le crédit-bailleur ou le locateur la conserve, une fois les engagements du crédit-preneur ou du locateur exécutés. Enfin, contrairement à l'hypothèque où la prise en paiement éteint l'obligation, la reprise du bien par le crédit-bailleur ou le locateur (sous réserve, dans ce dernier cas, des dispositions de la *Loi sur la protection du consumma-*

92. Par. 35 du jugement.

93. «La meilleure garantie possible» a-t-on écrit: *St-Pierre (Faillite de)*, J.E. 2000-1196 (C.S.); voir aussi: *Syndic de Ouellet*, C.S. Migan, J.E. 2002-675 (C.S.) ; *Banque Nationale du Canada c. Nadeau*, J.E. 98-994 (C.Q.) (en appel); P.G. JOBIN, *La vente dans le Code civil du Québec*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993, p. 173, n° 215; D.C. LAMONTAGNE, *Droit de la vente*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1995, n° 138, p. 62. *Autobus Thomas Inc. c. R.*, [1999] 2 C.T.C. 2001 (par. 46 du jugement), confirmé par *Autobus Thomas Inc. c. La Reine*, C.F.A., n° A-606-98, 19 janvier 2000 (par. 6 du jugement), confirmé par *Autobus Thomas Inc. c. La Reine*, C.S.C., n° 27804, 11 octobre 2001; *Jalbert (Faillite de)*, J.E. 2002-407.

94. *Mervis (Faillite de)*, C.A. Montréal, n° 500-09-011207-016, 22 août 2002 (par. 43 du jugement).

95. L'obligation de suivre les règles d'exercice des recours hypothécaires se retrouve également dans la fiducie-sûreté.

teur, lorsqu'elles s'appliquent) ne l'empêche pas de réclamer les montants contractuellement dus⁹⁶. Autant d'éléments qui distinguent ces contrats d'une sûreté au sens strict du terme⁹⁷.

Assimiler à une sûreté la location visée par l'article 1852 C.c. soulève certaines difficultés théoriques. Dans le bail-sûreté, le droit de propriété devient l'accessoire du principal qu'il garantit, soit le paiement du loyer. C'est l'envers de l'entendement habituel. Le droit civil considère le revenu (les loyers) comme l'accessoire du capital (le bien loué). Le code qualifie les loyers de «revenus» (art. 910 C.c.) et dispose (art. 949 C.c.) qu'ils appartiennent par accession au propriétaire du bien qui les génère⁹⁸.

Le prononcé de la Cour d'appel constitue-t-il une portion intégrante du jugement, sur lequel on peut se fonder pour conclure qu'une location à long terme visée par l'article 1852 C.c. est une «sûreté» à laquelle il faut appliquer certaines règles du Code civil, notamment celle étendant la cession d'une créance à ses accessoires, celles sur les conflits de lois ou même celles régissant l'exercice des recours hypothécaires?

i) *Transfert du droit de propriété du bien loué par voie accessoire?*

64. Le transport d'une créance emporte, en faveur du cessionnaire, le transport des accessoires (art. 1638 C.c.), tels le cautionnement ou la sûreté réelle qui garantit le paiement de cette créance. Si le bien loué devient, à titre de sûreté, l'accessoire du loyer, le transport de celui-ci entraînera-t-il le transport de celui-là? Une réponse affirmative à cette question faciliterait les opérations de titrisation, fréquentes dans l'industrie automobile⁹⁹; lorsqu'elles portent sur des contrats de location, ces opérations visent à la cession de la créance pour loyer et à la cession du droit de propriété dans le bien loué sous-jacent.

96. Voir L. PAYETTE, *Les sûretés réelles dans le Code civil du Québec*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001, n° 2150 et s.

97. On a noté que le seul élément de rattachement apparent du crédit-bail au droit des sûretés est la publicité: P.G. JOBIN, *Le louage*, 2 éd., Éditions Yvon Blais, Cowansville, 1996, p. 54.

Le droit français refuse au crédit-bail la qualification de «sûreté»: M. CABRILLAC et C. MOULY, *Droit des sûretés*, Litec, Paris 1993, p. 408, n° 535; G. DURANTON, *Crédit-bail mobilier*, Répertoire commercial Dalloz, juin 2000, n° 55, p. 10.

98. L'analyse est différente pour la vente à tempérament où la créance pour le prix représente du capital (art. 910 C.c.) et non un revenu ou fruit accessoire du bien.

99. Voir *infra*, par. 95 et s.

ii) Conflits de lois

Suivant la règle générale proposée par le Code civil, l'inscription d'une sûreté se fait dans l'État où se situe le bien meuble (art. 3102 C.c.), sauf s'il s'agit d'un bien incorporel ou d'un meuble corporel ordinairement utilisé dans plus d'un État (tel un véhicule routier), auxquels cas l'inscription s'effectue dans l'État où le constituant – ici, le locataire – a son domicile (art. 3105 C.c.). S'il y a déplacement, il faut, pour maintenir la publicité, renouveler l'inscription soit dans l'État vers lequel on déplace le bien dans la première hypothèse, soit dans l'État où le constituant déplace son domicile, dans la seconde¹⁰⁰.

Ces règles de conflits diffèrent de celles applicables aux droits réels (loi de la situation du bien: art. 3097 C.c.). Elles diffèrent aussi de celles applicables au fonds des actes juridiques: l'article 3111 C.c. permet aux parties de choisir la loi destinée à gouverner leur contrat; au contraire, les parties ne peuvent faire ce choix pour une sûreté, lorsqu'il s'agit de sa validité et de sa publicité. Suivant ces autres règles toujours, à défaut de désignation, la loi de l'État où le locateur a sa résidence gouvernerait¹⁰¹.

La loi de la situation du bien ou, selon le cas, la loi de l'État du domicile du locataire régit plutôt la publicité de la location à long terme si on la caractérise de sûreté.

65. Observons ici que presque toutes les lois des autres provinces canadiennes¹⁰² considèrent la location à long terme comme une sûreté aux fins des conflits de lois¹⁰³. Elles comportent à cet égard quelques différences, dont la suivante: tandis que l'article 3105 C.c. rejette la règle du *situs* et applique la loi du domicile du constituant (i.e. le locataire dans l'hypothèse d'un bail-sûreté) pour ce qui concerne la validité et la publicité de toute sûreté portant sur des biens susceptibles d'utilisation dans plusieurs juridictions (véhicules routiers, aéronefs etc.), ces lois n'écartent la règle du *situs* pour les fins d'inscription que si ces biens, en plus, constituent soit de l'équipement pour le locataire, soit des biens en

100. Art. 3105 C.c., deuxième alinéa; art. 3104 et 3106 C.c.

101. L'article 3113 C.c. rend applicable la loi de l'État où réside la partie qui doit fournir la prestation caractéristique de l'acte.

102. À l'exclusion de l'Ontario, lorsque la location n'est pas consentie pour fins de sûreté.

103. Voir *supra*, par. 9.

stock sous-loués par lui à des tiers ou destinés à la sous-location. Ainsi l'article 3105 C.c. vise tous les véhicules routiers; la disposition équivalente des lois des autres provinces les vise dans la mesure seulement où ils servent d'équipement au locataire ou si celui-ci les destine à la location. Les conséquences pratiques de cette différence se manifestent principalement dans le cas de véhicules routiers détenus par des personnes physiques qui n'exploitent pas d'entreprise.

66. Le refus de mettre en jeu les articles 3102 C.c. et suivants aux locations à long terme visées par l'article 1852 C.c. conclues à l'extérieur du Québec placerait les locateurs dans une situation inique. Aucune disposition du Code civil ne traite du déplacement vers le Québec d'un bien loué à l'extérieur du Québec ou, s'il s'agit d'un bien ordinairement utilisé dans plus d'un État, du déplacement du domicile du locataire vers le Québec. Écarter les règles de conflits de lois relatives aux sûretés au profit des règles internes du Code civil pourrait mener à une perte ou une dilution des droits du locateur si l'inscription au Québec de ces droits se faisait plus de quinze jours après la date du contrat de location conclu à l'extérieur du Québec.

67. À bien des égards le bail-sûreté de l'article 1852 C.c. gagnerait à être soumis à certaines dispositions du Code civil sur les sûretés. À défaut de textes de loi sur ces questions, l'incertitude risque malheureusement de régner.

iii) Recours hypothécaires

68. Reconnaître le statut de «sûreté» à une location à long terme visée par l'article 1852 C.c. ne la transforme pas en hypothèque. Les règles prévues pour l'exercice des droits hypothécaires ne pourraient régir le locateur à long terme que si le législateur l'y soumettait explicitement, comme il l'a fait pour la fiducie-sûreté (art. 1263 C.c.), la vente à tempérament (art. 1744 C.c.) ou la vente à réméré (art. 1756 C.c.).

Rappelons que les provinces canadiennes qui ont choisi d'assujettir la location à long terme à leurs lois sur les sûretés mobilières ne l'y soumettent pas aux dispositions sur l'exercice des recours, sauf démonstration que la location a été consentie pour fins de sûreté¹⁰⁴.

104. Voir *supra*, par. 11.

b) Droit des créanciers ordinaires du locataire

69. La Cour supérieure avait déjà maintenu, dans un jugement rendu en 2001, l'opposition faite par un locateur à la saisie du bien loué par un créancier judiciaire du locataire; celui-ci avait, en vain, allégué l'inopposabilité du droit de propriété du locateur, vu l'absence d'inscription du bail auquel s'appliquait l'article 1852 C.c.¹⁰⁵; le tribunal avait jugé que le droit de propriété ne «résultait» pas du bail. La décision de la Cour d'appel jette un éclairage nouveau sur les droits des créanciers ordinaires du locataire et rend ce jugement caduc.

70. La Cour d'appel, en rendant sa décision, n'invoque aucun article de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* pour justifier les droits du syndic sur le véhicule loué. Elle se repose entièrement sur le Code civil pour juger le droit de propriété inopposable aux tiers représentés par le syndic. Puisque cette inopposabilité résulte exclusivement du Code civil et non de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, il ne fait aucun doute que les tiers peuvent s'en prévaloir dans un contexte hors faillite.

71. Les droits de saisie d'un créancier ordinaire s'expliquent par le principe du gage commun formulé par l'article 2644 C.c.: les biens appartenant au débiteur répondent de ses dettes.

Les biens appartenant à des tiers, tel un bien dont le débiteur a l'usage à titre de locataire, n'entrent pas dans ce gage commun.

72. En ce qui concerne la vente à tempérament, l'absence d'inscription de la «réserve de propriété» empêche celle-ci de profiter au vendeur et permet aux tiers de considérer que, vis à vis eux, le contrat de vente a eu son effet translatif de propriété; ceci justifie le droit des créanciers ordinaires de l'acquéreur de saisir le bien acquis à tempérament même si le prix en demeure encore impayé.

Il n'en va pas ainsi pour le contrat de louage, car celui-ci n'a pas la vocation de transférer la propriété au locataire.

Sans doute la Cour d'appel caractérise-t-elle la location à long terme de formule d'accueil pour le financement d'un *achat* et décrit, à plusieurs reprises, les droits du locateur comme une

105. *National Bank of Canada c. J. Léveillé Transport inc.*, C.S. Terrebonne, n° 700-05-009032-008, 19 mars 2001, 2001 A.Q. (Quicklaw) n° 1590 (C.S.).

«réserve de propriété»¹⁰⁶ mais elle ne va pas jusqu'à requalifier le contrat de location en vente à tempérament et elle n'exprime pas l'idée que le contrat de louage devient, vis à vis des tiers, translatif de propriété en faveur du locataire.

Comment alors, en l'absence du transfert de la propriété du bien loué dans le patrimoine du locataire, ce bien peut-il devenir partie du gage commun des créanciers du locataire? Car il faut en arriver à cette conclusion pour expliquer les droits que la Cour d'appel a reconnus – implicitement – au syndic.

73. Il faut sans doute se rabattre sur le concept d'inopposabilité, exprimé à l'article 1852 C.c., pour tenter d'expliquer comment les créanciers du locataire peuvent en arriver à la vente forcée du bien loué et à la distribution du produit en leur faveur.

74. On donne au mot «inopposabilité» un sens large, soit l'impossibilité de faire valoir un droit ou un moyen de défense¹⁰⁷.

L'«inopposabilité» se présente habituellement comme le fait d'un contrat efficace entre les parties mais inefficace au regard des tiers¹⁰⁸. Elle affecte alors l'efficacité du contrat. À l'article 1847 C.c., sur le crédit-bail – auquel le jugement de la Cour d'appel fait équivaloir à l'article 1852 C.c. –, l'inopposabilité vise non pas le contrat mais le droit de propriété d'un des contractants. Si l'inefficacité visait plutôt le contrat de crédit-bail, elle devrait en principe avoir pour seul effet de mettre fin, vis-à-vis les tiers, au droit du crédit-bailleur de percevoir la contrepartie due par le crédit-preneur et au droit de ce dernier d'utiliser le bien. En visant le droit de propriété, l'article 1847 C.c. va plus loin et la Cour d'appel fait suivre à l'article 1852 C.c. le même chemin.

75. En effet, depuis le jugement de la Cour d'appel, cette question relative à l'inopposabilité se pose dans les mêmes termes à propos du bail visé par l'article 1852 C.c. et à propos du crédit-bail¹⁰⁹. Paradoxalement, ni pour le crédit-bail ni pour le bail, le

106. Voir *supra*, par. 48.

107. Définition donnée par le Petit Robert.

108. J.L. BAUDOUIN et P.J. JOBIN, *Les obligations*, 5 éd., Éditions Yvon Blais, 1998, n° 385, p. 322; ces auteurs la distinguent de concepts voisins: la nullité, la résolution et la résiliation, où les effets du contrat cessent non seulement à l'égard des tiers mais aussi entre les parties; voir aussi: G. BRIÈRE, «Le juriste à la recherche de sanction appropriée», (1969) 1 *R.J.T.* 1 p. 7.

109. Il ne semble pas y avoir de décisions publiées au Québec sur les effets d'une absence d'inscription en matière du crédit-bail. Dans *Ernst & Young inc. c. Galerie des monts inc.*, J.E. 2001-270 (C.S.), le tribunal accueille l'action,

droit de propriété ne fait l'objet du contrat dont la non-publication rend ce droit de propriété inopposable.

i) Parallèle avec le crédit-bail

76. La formule de l'article 1847 C.c. s'inspire de la législation française¹¹⁰. L'article 8 du décret 72-665¹¹¹, adopté en France le 4 juillet 1972, rattache au défaut de publier les opérations de crédit-bail les effets suivants:

8. [...] si les formalités de publicité n'ont pas été accomplies, l'entreprise de crédit-bail ne peut opposer aux créanciers ou ayants cause à titre onéreux de son client, ses droits sur les biens dont elle a conservé la propriété, sauf si elle établit que les intéressés avaient eu connaissance de l'existence de ces droits.

La doctrine française a souligné les hésitations du législateur en tardant à prendre ce décret et en le formulant différemment de la loi qui avait plutôt prévu l'inopposabilité du *contrat de crédit-bail*¹¹² et non celle du droit de propriété du crédit-bailleur; cette loi laissait la propriété du bien sur la tête de ce dernier, mais ce faisant elle apportait à l'absence de publicité une sanction moins lourde pour lui. On a aussi souligné le caractère insolite de la sanction proposée par le décret, soit l'inopposabilité du droit de propriété, «inopposabilité d'un droit de propriété dont le transfert n'a rien à voir avec le contrat soumis à la publicité»¹¹³.

Les tribunaux français ont rendu des arrêts contradictoires sur l'effet de cette inopposabilité et la doctrine s'est partagée sur ce sujet. On semble maintenant s'accorder sur ce qui suit: en l'absence de publicité, le crédit-bailleur ne peut s'opposer à la saisie du biens par les créanciers du crédit-preneur, ni à sa vente

intentée par un crédit-bailleur, en annulation d'une vente en justice consécutive à une saisie des biens donnés à crédit-bail qui avait été effectuée entre les mains du crédit-preneur par ses créanciers; ceux-ci alléguaient l'absence d'inscription; au moment où se déroulaient les faits qui avaient donné lieu au litige, l'inscription ne pouvait pas s'effectuer faute pour les dispositifs administratifs d'avoir été mis en place.

110. *Commentaires du ministre de la Justice, le Code civil du Québec*, Les publications du Québec, Québec, 1993, t. II, p. 1156 et 1160.

111. Pris en application de la loi n° 66-455 du 2 juillet 1966 relative aux entreprises pratiquant le crédit-bail, modifiée par l'ordonnance 67-837 du 28 septembre 1967.

112. C. LUCAS DE LEYSSAC, *L'obligation de publier les contrats de crédit-bail mobilier et son application dans le temps*, Recueil Dalloz Sirey, 1975, Chronique IV, p. 23, n° 5 et s.

113. *Ibid.*

ni à la distribution du produit¹¹⁴, même en cas de procédure collective¹¹⁵. L'explication juridique de cette solution demeure encore imprécise ou, en tout cas, inarticulée¹¹⁶ car, a-t-on observé, la perte du droit de revendication n'emporte pas la perte du droit de propriété¹¹⁷; l'inopposabilité du droit de propriété du crédit-bailleur n'entraîne pas la transmission de cette propriété au crédit-preneur ou à la masse de ses créanciers. Néanmoins l'inopposabilité permet au syndic représentant les créanciers d'appréhender les fonds provenant de la vente, «comme s'il s'agissait de biens appartenant au débiteur»¹¹⁸, a-t-on jugé.

77. À deux reprises¹¹⁹ au moins la Cour de cassation a en effet décidé que l'inopposabilité découlant de l'absence d'inscription d'un crédit-bail ne résulte pas dans un transfert de la propriété du bien à la masse des créanciers du locataire représentée par un syndic mais donne plutôt à ce dernier le pouvoir d'agir sur ce bien «comme si» ce bien avait été la propriété du locataire. Les crédits-bailleurs en cause demandaient à la Cour de casser les jugements

114. G. DURANTON, *Crédit-bail mobilier*, Répertoire commercial Dalloz, juin 2000, n° 149; Cass. com. 14 octobre 1997, Bull. civ. IV, n° 257.
115. Cass. com., 17 mai 1988; JCP éd. E. 1988, II, 15287, obs. E.-M. Bey.
116. M. GIOVANELLI, *Le crédit-bail (Leasing) en Europe*, Paris, 1980, Librairies techniques, p. 144, note 129; J.L. COURTIER, *Crédit-bail mobilier et action en revendication de l'article 115 loi du 25 janvier 1985*, Petites affiches, n° 6, 14 janvier 1994: «Toutefois, dans la pratique, [...] le liquidateur considère généralement que tous matériels ou objets mobiliers non revendiqués dans les délais, et cela même s'ils ont fait l'objet d'un contrat de crédit-bail mobilier, entrent dans le patrimoine de l'entreprise...»
117. *Tribunal de commerce de Lille*, 22 décembre 1988, sous J.L. Courtier, *Crédit-bail mobilier et action en revendication de l'article 115 loi du 25 janvier 1985*, Petites affiches, n° 6, 14 janvier 1994: «Attendu, selon le droit commun, qu'un détenteur sans titre d'un bien meuble dont le propriétaire a été déclaré forclos de son action en revendication n'acquiert pas pour autant les attributs attachés à la propriété du bien, même si le propriétaire a perdu son droit de revendication; qu'il ne peut en disposer ni par conséquent le vendre.
Qu'appliqué à un détenteur sans titre en état de liquidation judiciaire, ce principe conduit à nier au liquidateur, agissant comme tel au nom des créanciers, le droit de prétendre à un transfert de propriété au profit du locataire dont le droit de détention a été anéanti ensuite de la résiliation du contrat; que faute de ce transfert, le bien demeurant la propriété du bailleur, ce bien ne peut figurer dans l'actif du locataire; que ne pouvant figurer dans cet actif, il ne peut être réaffecté par le liquidateur; que ne pouvant être réalisé, il ne peut qu'être restitué à son propriétaire.»
118. Cass. com., 12 avril 1988, Bull. civ. IV, n° 127, p. 90; R.T.D. Com. 1989 n° 13, p. 114; voir aussi: Recueil Dalloz Sirey 1993, Sommaires commentés, p. 291.
119. Cass. com., 12 avril 1988, Bull. civ. IV, n° 127, p. 90 *Société Gefiroute c. M. Malassiné*; Cass. com., 17 mai 1988, *S.A. Locafrance c. Rossignol, ès qualités*, JCP éd. E. 1988, II, n° 15287, observations E.-M. Bey.

entrepris, qui avaient permis la saisie et la vente par le syndic; ils plaidaient que ces jugements avaient pour effet de reconnaître au crédit-preneur ou à ses créanciers un droit de propriété qu'ils n'avaient pas. Voici comment la Cour de cassation se prononce:

Mais attendu qu'ayant énoncé que l'inopposabilité des contrats de crédit-bail, consécutive à leur défaut de publicité, avait pour effet de permettre aux créanciers qui n'avaient pas eu personnellement connaissance de ces contrats d'appréhender les matériels litigieux *comme si* ceux-ci avaient été la propriété de leur débiteur, la société Stouff, qui en était locataire, *ce n'est pas en retenant que la masse de ces créanciers était devenue titulaire du droit de propriété appartenant à la société Locafrance* que la Cour d'appel a autorisé le syndic de la procédure collective à appréhender les fonds provenant de la vente des matériels en cause; que le moyen est donc dénué de tout fondement.¹²⁰ (nos italiques)

La similitude de la démarche suivie par la Cour de cassation dans l'arrêt *Locafrance* et celle de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Giffen* frappe. La Cour suprême du Canada avait reconnu au syndic le droit de disposer du bien même si la loi de Colombie-Britannique ne lui donnait aucun «titre de propriété ni d'autre intérêt propriété»¹²¹.

On avait déjà présenté en France une autre explication: celle de la propriété du crédit-preneur en raison de la présomption de propriété rattachée à la possession par l'article 2279 du Code civil français («En fait de meubles, la possession vaut titre»)¹²², présomption contre laquelle le crédit-bailleur ne pourrait – vis-à-vis des tiers – présenter une preuve contraire, vu l'absence de publicité rendant ses droits inopposables¹²³. La Cour de cassation ne va pas aussi loin et n'attribue pas la propriété au crédit-preneur en raison de la force probante de cet article 2279 ou pour quelque autre raison.

120. Cass. com., 17 mai 1988, *S.A. Locafrance c. Rossignol, ès qualités*, JCP éd. E. 1988, II, n° 15287, observations E.-M. Bey.

121. Voir *supra*, note 32.

122. Cass. com., 17 mai 1988, *S.A. Locafrance c. Rossignol, ès qualités*, JCP éd. E. 1988, II, n° 15287, citation de F. Derrida sous note n° 5 des observations E.-M. Bey.

123. Ce raisonnement fondé sur la présomption de propriété créée par la possession nous semble avoir une certaine faiblesse. Le crédit-preneur ne possède pas à titre de propriétaire. L'absence de publicité n'empêche pas le contrat de crédit-bail d'avoir tous ses effets entre lui et l'autre partie contractante. Si, pour cette raison, le crédit-preneur ne peut opposer au crédit-bailleur une présomption de propriété résultant de sa possession, comment justifier que ses créanciers se prévalent à leur avantage d'un tel droit, qu'il n'a pas?

C'est «faute de revendiquant» que les créanciers peuvent agir.

78. Le droit français sanctionne donc la solution suivant laquelle l'absence d'inscription du crédit-bail a pour effet pratique de permettre aux créanciers ordinaires du crédit-preneur de se partager le produit de réalisation du bien; il n'y aurait pas de fondement juridique à ceci autre que l'impossibilité pour le crédit-bailleur de les en empêcher, vu l'inopposabilité de son droit de propriété.

ii) *Paralysie des droits du locateur face à une saisie par les créanciers du locataire*

79. Les origines françaises de l'article 1847 C.c. – auquel la Cour d'appel fait équivaloir l'article 1852 C.c., pour le locateur – mènent à penser que l'impossibilité d'agir du locateur à long terme peut aussi expliquer au Québec l'avantage que les créanciers ordinaires du locataire tirent de l'inopposabilité.

Le raisonnement serait le suivant.

80. La saisie pratiquée par un créancier du locataire sur le bien loué n'est pas une saisie pratiquée sur un «bien en la possession» du locataire au sens de l'article 569 C.p.c.: la possession suppose l'exercice pour soi-même d'un droit réel dont on se veut titulaire (art. 921 C.c.), ce à quoi le locataire ne prétend pas: il détient mais ne possède pas¹²⁴ – il en va d'ailleurs de même pour le crédit-preneur.

Une telle saisie pourrait donc, en principe, faire l'objet d'une opposition par le locateur en tant que tiers ayant le droit de revendiquer (art. 597 C.p.c.)¹²⁵; toutefois l'absence d'inscription du bail rend son droit de propriété inopposable aux tiers, suivant le jugement de la Cour d'appel; le locateur ne peut donc pas – vis-à-vis du tiers saisissant – revendiquer et, n'ayant pas le droit de revendiquer, il n'a pas celui de s'opposer à la saisie.

124. C. BELLEAU, *Des saisies avant jugement* dans B. Emery et D. Ferland (dir.), *Précis de procédure civile du Québec*, 3^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997, Vol. 2, p. 151.

125. En des circonstances habituelles le véritable propriétaire peut démontrer que le saisi ne possédait pas à titre de propriétaire et faire valoir ses droits: *Compagnie Montréal Trust du Canada c. Schwartz*, C.S. Montréal, n° 500-05-00 3060-959, 11 avril 1996, J.E. 96-1064 (C.S.).

81. Cette saisie mènerait-elle, dans des circonstances données, à une vente en justice que celle-ci pourrait, en principe, être judiciairement annulée, puisque effectuée à la suite d'une saisie *super non domino et non possidente*; les tribunaux ont déjà prononcé telle nullité, par suite d'un recours en revendication par le véritable propriétaire contre l'adjudicataire¹²⁶; mais précisément, la loi dépouille ici le propriétaire (i.e. le locateur) de son recours en revendication: il ne peut rien contre l'adjudicataire.

Le locataire pourrait-il, de son propre chef, faire opposition à la saisie? On a déjà jugé que le droit de jouissance du bien dont le contrat de louage l'investit lui permet de revendiquer et par conséquent de faire opposition à saisie¹²⁷; mais ici, vu l'absence d'inscription, l'inopposabilité affecte les droits du locataire – autant que ceux du locateur – et ne lui permet pas de les faire valoir contre les tiers. Devrait-on quand même lui accorder l'opposition, afin qu'il puisse protéger l'obligation contractuelle qu'il a toujours de rendre le bien au locateur¹²⁸? L'admettre serait lui permettre d'opposer aux tiers le droit de propriété du locateur; or ce droit ne leur est pas opposable.

iii) Comparaison avec le droit des autres provinces canadiennes

82. Ce traitement des créanciers ordinaires saisissant le bien loué ressemble à celui que leur accordent les lois sur les sûretés

126. Voir: *Héroux c. Banque Royale du Canada*, [1942] R.C.S. 1. (jugé que l'article 2268 5^e al. C.c.B.C. – maintenant – 2919 2^e al. C.c. – reçoit application seulement si la saisie ayant mené à la vente en justice est valide; en l'occurrence elle ne l'était pas puisque faite sur des biens dont le débiteur n'avait ni la propriété, ni la possession ni même la détention – p. 9 du jugement); *Ernst & Young inc. c. Galerie des monts inc.*, J.E. 2001-270 (C.S.) (action par un crédit-bailleur en annulation d'une vente en justice des biens sujets à crédit-bail par suite d'une saisie par des créanciers du crédit-preneur – action accueillie – inscription du crédit-bail impossible avant le 17 septembre 1999); *contra: Perlman c. J.J. Joubert Limitée*, [1954] B.R. 496; voir aussi: *Soultheris c. Therrien*, C.Q. Laval, n° 500-22-000078-971, 16 octobre 1998, REJB 1998-09488; *Erapa A.G. c. Caristrap Corporation*, [1986] R.J.Q. 1937, p. 1946 (C.P.).
127. *Québec (Sous-ministre du Revenu) c. Buffet Lazio (1985) inc.*, J.E. 98-1403 (C.S.) (par. 19 du jugement); *Lorion c. Rivard*, J.E. 99-991 (C.S.) (par. 6 du jugement).
128. Voir, dans un autre contexte: *Commission des normes du travail c. 2956-2360 Québec Inc.*, [1998] R.J.Q. 937 (C.Q.); voir aussi: *Compagnie de location d'équipement clé Ltée c. Meubles de St-Barthélémy Ltée*, [1995] R.J.Q. 2753 (C.Q.) (le locataire d'un bien meuble a l'intérêt requis pour s'opposer à la saisie du bien loué); voir cependant: *Sauvé c. Curadeau*, REJB 1998-09499 (C.Q.) (rejet d'une opposition à saisie présentée par un consignataire, pour la raison que le consignataire ne peut plaider au nom du propriétaire).

mobilières des autres provinces, en l'absence d'inscription d'un contrat de location soumis à l'inscription¹²⁹.

c) Créanciers hypothécaires du locataire

83. Une première lecture porte à déclarer valide une hypothèque consentie par le locataire sur le bien qui fait l'objet d'une location à long terme non inscrite, puisque le locateur ne peut prétendre qu'il s'agit d'une hypothèque créée sur le bien d'autrui – le sien –, ne pouvant alléguer ou opposer son droit de propriété.

Il faut probablement penser différemment, en raison d'un article propre aux hypothèques, c'est-à-dire l'article 2670 C.c.

L'article 2670 C.c. dispose que l'hypothèque créée par un constituant (ici, le locataire) sur le bien d'autrui (ici, le locateur) ne grève le bien qu'à compter du moment où il (le locataire) devient titulaire du droit hypothéqué. Puisque, dans l'analyse proposée, l'absence d'inscription du bail n'entraîne pas une transmission de la propriété du bien en faveur du locataire, l'article 2670 C.c. prive d'effet l'hypothèque qu'il aurait consentie sur ce bien. Le locateur ne peut probablement pas plaider cette inefficacité puisqu'il lui faudrait, pour le faire, opposer son droit de propriété au tiers qui a acquis l'hypothèque; les créanciers ordinaires du locataire, au contraire, le pourraient.

Cette situation conflictuelle se présentera le plus souvent, en toute bonne foi, lorsqu'une entreprise locataire d'équipement, antérieurement ou postérieurement à la location, consent une hypothèque universelle sur ses biens présents et futurs.

L'inopposabilité du droit de propriété du locateur mènerait, suivant cette interprétation, à une forme de nullité relative de l'hypothèque consentie par le locataire, nullité dont pourraient se prévaloir les tiers intéressés, par exemple les créanciers ordinaires du locataire.

Cette solution diffère de celle réservée par le code à l'hypothèque consentie par l'acquéreur à tempérament: si la réserve de propriété n'a pas été inscrite en temps utile, l'article 1745 C.c. déclare cette hypothèque valide, ce qui se concilie avec l'article 2670 C.c. en ce que l'acquéreur, vis-à-vis des tiers (y compris le créancier en faveur de qui il a consenti une hypothèque), est alors considéré propriétaire.

129. Voir *supra*, par. 12, note 19.

Elle diffère aussi de la solution des provinces canadiennes de common law¹³⁰, où le titulaire d'une sûreté consentie par le locataire sur le bien loué peut l'opposer au locateur et obtenir préférence sur ce dernier, en l'absence d'inscription de la location à long terme¹³¹.

d) Absence d'inscription et droit des créanciers ordinaires du locateur

84. Les créanciers judiciaires du locateur, de leur côté, peuvent aussi avoir intérêt à saisir les biens appartenant à leur débiteur mais loués à d'autres personnes ou, plus encore, à saisir les loyers générés par les baux ainsi consentis. Puisque ni le droit de propriété dans le bien loué ni la créance pour loyer, bien qu'inopposables aux tiers, n'ont quitté le patrimoine de leur débiteur – le locateur, les créanciers de ce dernier auraient le droit de les saisir ou les saisir-arrêter. Il serait étonnant qu'on admette le locateur lui-même à s'opposer à la saisie sous prétexte que l'inopposabilité de son droit de propriété a pour effet de soustraire son bien de leur gage commun; l'inopposabilité est la sanction de son omission d'inscrire et non une prérogative dont il peut se prévaloir; le législateur n'a pas déclaré ses droits insaisissables: il a plutôt rendu le locateur incapable de les faire valoir à son profit à l'encontre des tiers. Le locataire ne peut non plus se plaindre de la saisie puisqu'il ne peut davantage opposer aux tiers les droits lui résultant du bail non inscrit.

Admettra-t-on les créanciers du locataire à s'opposer à une saisie effectuée par les créanciers du locateur? La réponse à cette question n'est pas évidente. D'une part, dans l'analyse proposée, le bien loué ne passe pas dans le patrimoine du locataire, leur débiteur; par ailleurs, ces créanciers n'entrent pas dans la catégorie des personnes autorisées par l'article 597 C.p.c. à s'opposer à la saisie, puisqu'ils n'ont pas de droit de revendication.

130. À titre d'exemple: P.P.S.A. [R.S.B.C. 1996], ch. 359, art. 35(1)b): «(b) a perfected security interest has priority over an unperfected security interest.».

131. Voir: *Sprung Instant Structures Ltd. v. Caswan Environmental Services Inc.*, 12 P.P.S.A.C. (2d) 148 (Alta. Q.B., 14 janvier 1997); *First City Capital Ltd. v. Arthur Andersen Inc.*, 4 P.P.S.A.C. 74 (Ont. S.C., 14 mai 1984); *Zuccarini Importing & Distributing Co. Ltd. v. Royal Bank of Canada*, 6 P.P.S.A.C. 46 (Ont. S.C., 24 février 1986): «Reservation of title in the lessor is no protection against title in the lessee sufficient to allow a security interest to attach. Title is irrelevant to certain rights in the collateral», p. 51.

e) Créanciers hypothécaires du locateur

85. Le locateur a fort bien pu grever ses biens d'une hypothèque pour financer ses activités. L'octroi subséquent d'un bail à long terme sur ces biens n'affecte pas la survie de cette hypothèque, puisque ne se pose pas ici la question de savoir s'il y a eu «aliénation» dans le cours des activités – auquel cas l'hypothèque s'éteindrait (art. 2700 C.c.) – ou hors du cours des activités – auquel cas elle survivrait, sujet à l'inscription d'un avis de conservation dans les délais prévus. Bien que la Cour d'appel ait comparé la location à long terme à une formule de financement pour l'achat d'un bien (donc, implicitement, du point de vue du locateur, à une disposition de ce bien), il reste des plus douteux qu'on puisse se fonder sur sa décision pour assimiler une location à long terme visée par l'article 1852 C.c. à une forme d'aliénation visée par l'article 2700 C.c. L'absence d'inscription de la location à long terme n'ayant pas d'effets translatifs, ni l'article 2674 C.c. ni l'article 2700 C.c. n'entrerait en jeu.

D'autre part, en l'absence d'inscription du bail, le locataire ne peut faire valoir ses droits à l'encontre de ces créanciers hypothécaires – ou de tiers devenus propriétaires à la suite de la réalisation de leurs recours hypothécaires¹³².

86. Si l'hypothèque consentie par le locateur sur le bien loué a pris naissance après la conclusion de la location à long terme non inscrite, la question suivante se pose: doit-on permettre aux créanciers du locataire d'ignorer cette hypothèque grevant un droit de propriété que son titulaire ne peut leur opposer? Il est possible que l'article 2682 C.c. apporte une réponse affirmative à cette question. L'article 2682 C.c. applique aux hypothèques une règle familière: on ne peut consentir plus de droits qu'on n'en a; le locateur ayant sur le bien loué un droit de propriété susceptible, au moment où il le greève d'une hypothèque, d'être amputé de son droit de suite (l'absence d'inscription du bail empêche en effet le locateur de revendiquer) ne peut consentir une hypothèque échappant à cette restriction.

132. Le pourrait-il si le bail avait été inscrit? Sans doute, mais sous réserve du droit de résiliation donné à l'acquéreur du bien meuble loué (art. 1887 C.c.); il n'est pas certain que l'acquéreur d'un bien par suite de l'exercice d'un recours hypothécaire puisse exercer ce droit de résiliation à l'égard d'un bail inscrit avant l'hypothèque – voir: L. PAYETTE, *Les sûretés réelles dans le Code civil du Québec*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001, n° 1269.

f) Financement du locateur à long terme par voie de vente à tempérament

87. L'acquéreur à tempérament qui consent une location à long terme sur le bien dont il n'a pas encore acquitté le prix, ne devrait pas de ce seul fait perdre le bénéfice du terme. L'article 1747 C.c. fait perdre le bénéfice du terme à l'acheteur à tempérament s'il «cède» à un tiers son droit sur le bien; toutefois l'absence d'inscription de la location à long terme ne transforme pas vraiment la location en «cession» et ne met pas cet article 1747 C.c. en jeu.

88. L'absence d'inscription du bail consenti par l'acquéreur à tempérament ne saurait avoir d'incidence sur le droit de propriété du vendeur à tempérament: il est en effet absolument impossible de prétendre que ce droit de propriété «résulte» du bail consenti par l'acquéreur. D'ailleurs, il serait injustifiable de dépouiller le vendeur de ses droits en raison de l'omission d'une autre personne, hors de son contrôle.

Le fait que le vendeur à tempérament ait publié la réserve de propriété en sa faveur par le moyen de l'inscription unique et globale pour ventes à tempérament présentes et à venir dont traite l'article 2961.1 C.c. ne devrait pas changer cette conclusion. L'article 2961.1 C.c. rend la réserve de propriété inopposable au tiers qui «acquiert» le bien dans le cours des activités de son «vendeur»: le locataire à long terme, même sous un bail non inscrit, «n'acquiert» pas.

g) La sous-location à long terme

89. Certaines entreprises de location louent des biens qu'elles sous-louent à leur clientèle. Ainsi, souvent les transporteurs aériens sont sous-locataires des aéronefs qu'ils exploitent.

L'absence d'inscription d'une sous-location à long terme tombant sous le coup de l'article 1852 C.c. (en principe les règles du Code civil sur le bail régissent la sous-location) entraîne-t-elle l'inopposabilité aux tiers du droit de propriété du locateur principal?

Cela semble impossible. Pour en arriver à cette conclusion, il faudrait affirmer que le droit de propriété du locateur principal constitue un droit découlant du sous-bail.

Seuls les droits du sous-locateur deviendraient en ce cas inopposables aux tiers en l'absence d'inscription du sous-bail et cette conséquence n'empêcherait pas le locateur principal d'exercer ses propres droits¹³³, s'il a lui-même inscrit.

h) Tiers-acquéreurs

90. Si le locataire vend le bien loué, il vend sans droit et engage ainsi sa responsabilité civile ou pénale. Il vend le bien d'autrui, même en l'absence d'inscription de la location à long terme.

Cette vente peut être frappée de nullité (art. 1713 C.c.), à la demande du véritable propriétaire ou de l'acheteur lui-même à la condition, dans l'un et l'autre cas, que le véritable propriétaire soit admis à «revendiquer le bien»¹³⁴.

91. L'absence d'inscription de la location à long terme fait perdre au locateur, suivant le jugement de la Cour d'appel, son droit de revendication. Le locateur serait donc dans l'impossibilité de réclamer la nullité d'une vente faite par le locataire.

À première vue, la mauvaise foi du tiers paraît ici sans incidence. Ni l'article 1852 C.c. (location à long terme) ni l'article 1847 C.c. (crédit-bail) ne comporte de réserve subordonnant le titre acquis par le tiers à la bonne foi, contrairement à la loi française¹³⁵. De plus, l'article 2963 C.c. dispose que la connaissance d'un droit non publié ne supplée «jamais» le défaut de publicité; vu cette disposition, la connaissance du bail qu'a eue le tiers-acquéreur ne l'empêcherait pas d'invoquer l'absence de publicité

133. Notamment le droit, après extinction des droits du sous-locateur par suite de la résiliation du bail principal, de résilier le sous-bail: art. 1863 et 1875 C.c.

134. Art. 1714, 1715 C.c.

135. Voir *supra*, par. 76. En droit français, un tiers de bonne foi peut acquérir du crédit-preneur la propriété du bien et opposer son titre au crédit-bailleur, en l'absence d'inscription. On fonde la validité du titre du tiers-acquéreur sur l'article 2279 du code civil français suivant lequel «En fait de meubles, la possession vaut titre». La possession du tiers-acquéreur devient un titre de propriété que la loi n'admet pas le crédit-bailleur à contredire: elle lui défend d'opposer son propre titre et de démontrer que le bien n'appartenait pas au crédit-preneur qui a vendu le bien au tiers-acquéreur.

Quant au sous-acquéreur, l'article 2279 C.c. français le protège même si le crédit-bail a été publié (la publicité est assise sur l'identification personnelle du crédit-preneur dont le sous-acquéreur a pu ne pas connaître le nom: G. DURANTON, *Crédit-bail immobilier*, Répertoire commercial Dalloz, juin 2000, n° 149, Cass. com., 14 octobre 1997, Bull. civ. IV, n° 257).

pour repousser la revendication du locateur. Cependant, on se refuse à penser que l'article 2963 C.c. puisse légitimer le dol¹³⁶ et le locateur capable de prouver une collusion pourrait faire annuler une vente «en fraude de ses droits» (art. 1631 C.c.) faite par le locataire.

Peut-être l'article 1397 C.c. justifierait-il une condamnation du tiers-acquéreur à des dommages si le texte du bail avait fait état, à la connaissance de ce tiers, d'un engagement par le locataire à ne pas disposer du bien: le tiers se serait alors rendu complice de la violation d'un engagement.

92. Si au contraire la location à long terme a fait l'objet d'une inscription, le sort du titre du tiers-acquéreur dépend de la manière choisie pour inscrire le bail.

Dans l'hypothèse d'une inscription «globale», prévue par l'article 2961.1 C.c. pour un ensemble de locations à long terme, la loi déclare les «droits résultant» du bail inopposables au tiers-acquéreur si celui-ci a acquis le bien loué dans le cours des activités de l'entreprise de son vendeur (art. 2961.1, deuxième alinéa). Puisque le droit de propriété du locateur «résulte» du bail, suivant le jugement de la Cour d'appel, le locateur ne peut alors réclamer son bien du tiers-acquéreur; clairement, ici, l'échec de son droit de revendiquer n'est pas subordonné à l'existence de la bonne foi du tiers. Le jugement de la Cour d'appel a donc pour effet de donner à l'article 2961.1 C.c. une portée que le législateur n'avait probablement pas prévue.

Dans l'hypothèse d'une inscription effectuée d'une manière spécifique, l'article 2961.1 C.c. n'entre pas en jeu; le droit de propriété du locateur demeure opposable aux tiers et son droit de revendiquer sujet aux règles de droit commun; le tiers-acquéreur perdra ses droits.

i) Défaut de publier une cession des droits résultant du bail

93. L'hypothèse est ici la suivante: le locateur à long terme publie le bail en temps utile mais on omet d'inscrire la cession qu'il a faite de ses droits.

136. D.C. LAMONTAGNE, *La publicité des droits*, 3^e éd., Éditions Yvon Blais, 2001, p. 45, n^o 47.

94. Le défaut de publication de la cession ne devrait pas avoir pour effet d'entraîner l'inopposabilité du droit de propriété du locateur. Le dernier alinéa de l'article 1852 C.c. exige cette inscription pour la cession des droits résultant d'un bail lui-même soumis à l'inscription mais ne formule pas de sanction. Il faut conclure, suivant les règles normales d'interprétation, que seule la transmission du droit de propriété deviendra alors inopposable aux tiers pour qui le locateur originaire, par conséquent, continuera d'être propriétaire et créancier du loyer.

En pratique cette difficulté ne devrait guère survenir puisque le plus souvent, comme le permet le formulaire réglementaire de réquisition d'inscription, l'inscription du bail et celle de sa cession se font simultanément.

La difficulté se présentera plutôt à l'occasion de cessions subséquentes, par exemple, de celles survenant à l'occasion d'opérations de titrisation, au moyen desquelles se refinancent les institutions qui ont elles-mêmes financé les fournisseurs d'équipement ou de véhicules routiers. Ces opérations comportent, typiquement, une cession d'ensembles de créances (résultant de contrats de vente à tempérament, de crédits-bails ou de location) acquises de fournisseurs, cession intervenant en faveur d'une fiducie qui émet des valeurs mobilières; le porteur de ces valeurs devient ainsi, indirectement, garanti par les avoirs cédés à la fiducie. En l'absence de publication de la seconde cession, les tiers (c'est-à-dire les personnes autres que le second cédant et le second cessionnaire) tiendront le premier cessionnaire (i.e. le second cédant) pour propriétaire.

j) Opérations de titrisation

95. La décision de la Cour d'appel ajoute aux aléas de celles de ces opérations de titrisation qui portent sur des ensembles de créances pour loyers dus en vertu de baux visés par l'article 1852 C.c.

96. Les articles requérant la publicité en matière de crédit-bail ou de vente à tempérament comportent une sanction d'inopposabilité qui vise le droit de propriété du crédit-bailleur ou du vendeur. La sanction de l'absence d'inscription à l'article 1852 C.c. vise davantage: elle affecte tous «les droits résultant du bail». Depuis la décision de la Cour d'appel, ceux-ci comprennent le droit de propriété du locateur; mais ils comprennent aussi le droit de créance pour loyers.

Les opérations de titrisation englobant des baux visés par l'article 1852 C.c. font désormais face à la double problématique suivante.

97. Tandis que la cession d'une créance devient opposable aux tiers par l'acceptation du débiteur cédé ou sa notification (art. 1641 C.c.) ou par l'inscription de la cession s'il s'agit d'une universalité, la cession d'un droit résultant d'un bail visé par l'article 1852 C.c. – y compris la créance pour loyer – ne devient opposable que par inscription. La notification au débiteur cédé (le locataire), ou son acceptation ne suffisent pas.

L'inscription d'une multitude de cessions de droits résultant de baux consentis à des personnes différentes n'est pas chose simple. Aucune disposition particulière ne prévoit telle inscription. L'accomplir par l'inscription de la cession d'une universalité de créances (art. 1642 C.c.) suppose en premier lieu l'existence d'une universalité – ce à quoi il est souvent difficile de conclure dans une opération de titrisation. L'accomplir ainsi suppose en second lieu la reconnaissance du concept suivant lequel le droit de propriété du locateur constitue un accessoire du loyer cédé¹³⁷, de telle sorte que l'inscription de la cession de l'universalité des créances pour loyers puisse entraîner du même coup inscription de la cession des droits de propriété dans les biens loués sous-jacents.

k) Avis d'adresse

98. L'article 3022 C.c. autorise le «titulaire d'un droit réel» – donc le locateur à long terme puisqu'au sens de l'article 1852 C.c. son droit réel de propriété constitue désormais un droit résultant du bail – à requérir l'inscription de son adresse au bureau de publicité. L'inscription de son adresse lui permettra d'être avisé en cas de saisie (art. 592.3 C.c.) ou d'inscription d'un préavis d'exercice de recours hypothécaire (art. 3017 C.c.).

Le jugement de la Cour d'appel impose, nul doute, à un officier saisissant entre les mains d'un locataire un bien loué à long terme, l'obligation de considérer la location à long terme comme un «droit consenti par le débiteur sur le bien saisi» au sens de l'article 592.3 C.p.c. et celle de considérer le locateur comme le «titulaire d'un droit publié» au sens de ce même article¹³⁸: l'article

137. Voir *supra*, par. 64.

138. Un officier saisissant commet une faute et répond des dommages lorsque, en exécution d'un jugement rendu contre le locataire, il saisit un véhicule qu'il sait loué: *Park Avenue Chevrolet Inc. c. LeBlanc*, [1990] R.R.A. 108 (C.S.).

592.3 C.p.c. est la cheville ouvrière qui permettra au locateur d'être avisé d'une saisie ou de l'exercice d'un droit hypothécaire afin de lui donner l'opportunité de faire prévaloir son droit de propriété inscrit.

E. CONCLUSION

99. Le législateur, après avoir refusé d'adopter un système inspiré du modèle canadien intégrant dans le droit des sûretés différents contrats de financement, a, par les modifications apportées en 1999 au Code civil, plus ou moins ramené dans le giron des sûretés certains de ces contrats. Il l'a fait d'une manière timide et, pourrait-on dire, partielle. La Cour d'appel vient de pousser le droit un peu plus loin dans cette direction¹³⁹. Cette évolution à la pièce produit certaines incohérences¹⁴⁰.

L'analyse des conséquences de cet arrêt met en évidence que l'intégration du bail-sûreté – et des autres quasi-sûretés – dans l'appareil du Code civil demeure inachevée; cet état de choses se compare désavantageusement avec le droit dans d'autres juridictions et est porteur d'incertitudes.

139. Pure coïncidence, la décision de la Cour d'appel survient cinq mois après la signature de la *Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement* (signée au Cap le 16 novembre 2001), laquelle traite à bien des égards le bail (quelle qu'en soit la durée) portant sur cellules d'aéronefs, moteurs d'avion, hélicoptères, matériel roulant ferroviaire et biens spatiaux, comme une sûreté. Voir: art. 1q) et 2 de la Convention, disponible sur le site Internet d'Unidroit: «www.unidroit.org».

140. Ce que souligne la Cour d'appel: «À cet égard, il me paraît étrange que le législateur, lorsqu'il a modifié le Code civil le 17 septembre 1999, n'ait pas entendu, dans l'intérêt de tous, prévoir une solution pratique identique dans les trois hypothèses où la réserve de propriété est uniquement conçue pour assurer le paiement d'une créance», par. 34 du jugement.

Le sort des honoraires extrajudiciaires

Adrian POPOVICI

Résumé

Depuis une douzaine d'années, les tribunaux de première instance accordent de plus en plus souvent des honoraires extrajudiciaires comme dommages-intérêts. Il convient de bien distinguer les honoraires extrajudiciaires des honoraires judiciaires qui font partie des dépens et sont tarifés, taxables et modestes. Les honoraires extrajudiciaires sont normalement du ressort de la responsabilité du client à l'égard de son avocat.

Cette tendance fait fi de certains principes fondamentaux de notre système. Octroyer des honoraires extrajudiciaires comme dommages-intérêts en dehors des cas d'abus caractérisé d'ordre procédural (par exemple contre une partie de mauvaise foi ou en cas d'atteinte à un droit fondamental) n'a pas de fondement juridique et, curieusement n'est pas avalisé par la Cour d'appel, qui a tenté à plusieurs reprises de mettre les pendules à l'heure, mais de façon plutôt ambiguë – de telle sorte que la jurisprudence des tribunaux inférieurs croit suivre les préceptes de la Cour d'appel.

L'affaire *Viel* (8 mai 2002) devrait rétablir l'orthodoxie. Mais il n'en reste pas moins que la pratique des tribunaux de première instance, basée sur l'équité, dénonce une carence de notre système d'administration de la justice, à laquelle il conviendrait de remédier.

L'examen du droit comparé nous enseigne que le sort des honoraires extrajudiciaires n'est pas une question mineure de procédure, mais reflète une conception plus globale de l'administration de la justice.

En conclusion, l'auteur est convaincu que le législateur devrait intervenir.

Le sort des honoraires extrajudiciaires

Adrian POPOVICI*

Introduction: une question d'actualité	57
I. Les frais de justice et les dépens	59
• Précisions de vocabulaire.	60
• La règle de la succombance.	60
• Les dérogations à la règle	64
• Le fondement de la condamnation aux dépens . .	66
• Le pouvoir discrétionnaire motivé du juge. . . .	68
II. L'état chaotique du droit québécois: un passé révolu? .	71
• L'abus de procédure.	96
• La bonne foi, la mauvaise foi, l'abus de droit, la faute	98
• Distinguer l'abus de procédure et l'abus de droit sur le fond	103
III. Les choix possibles (le droit comparé)	107

* Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Montréal. L'auteur tient à remercier chaleureusement M^e Alexandre AJAMI, M^e Manon MONTPETIT et surtout Mariève LACROIX (sans laquelle l'auteur n'aurait pas pu mener son projet à terme) qui lui ont prêté assistance dans ses recherches alors qu'ils étaient étudiants.

1) La tradition anglaise	108
2) La tradition américaine	113
3) Le droit français	117
CONCLUSION: LÉGIFÉRER.	123

«Je perds ma cause avec dépens»
RACINE, *Les plaideurs*, I. 7

«N'a de convictions que celui qui n'a rien approfondi.»
CIORAN

On se souvient de l'affaire *Aubry c. Éditions Vice-Versa inc.* dans laquelle une jeune femme (dont la photographie, alors qu'elle se trouvait dans un endroit public, avait été publiée dans une revue culturelle, sans son consentement) a obtenu 2 000 \$ de dommages-intérêts pour atteinte illicite à sa vie privée, tant en Cour du Québec qu'en Cour d'appel et en Cour suprême¹.

Dans cette affaire, il appert que la «victime»² était admissible à l'aide juridique; cependant la question est posée: ne l'eût-elle point été, combien cela lui aurait-il coûté de frais d'avocat, non inclus dans les dépens, pour faire valoir son droit et obtenir une somme modique? Même si les *dépens* sont payés par la partie condamnée, il est vraisemblable que la partie sur le point de s'engager dans un procès pour faire reconnaître et sanctionner une atteinte à un de ses droits, fondamentaux ou non, se demande légitimement «qu'advient-il de ma famille, même si je gagne ma cause?», pour reprendre les mots qu'écrivait Gonzalve Doutre en 1869³. On sait que même la partie gagnante d'un procès condamnant le défendeur aux dépens doit honorer la facture des *honoraires extrajudiciaires* de son avocat, en général. La note peut être salée. Il est même des situations où la partie victorieuse peut se retrouver ruinée⁴. Faut-il voir là une injustice criante ou un frein certain au désir et même au droit de s'adresser aux tribunaux pour faire reconnaître ses droits?

Un autre bon exemple, même si modeste, qui illustre la question qui nous occupera dans cette étude, est *Hébert c. Banque*

1. *Aubry c. Éditions Vice-Versa inc.*, [1991] R.R.A. 421 (C.Q.); [1996] R.J.Q. 2137 (C.A.); [1998] 1 R.C.S. 591.
2. Nous sommes loin d'être persuadé de la justesse de l'argumentation (et du dispositif) de la Cour suprême, aussi peu de celle de la majorité que de celle de la minorité...
3. Gonzalve DOUTRE, *Les lois de la procédure civile dans la province de Québec*, vol. 2, Montréal, Sénécals, 1869, n° 522, p. 160.
4. Ou «appauvrie»: voir les remarques du juge Monet dans *Montreal Gazette Ltd. (The) c. Snyder*, [1983] C.A. 604, 613.

*Royale du Canada*⁵; le montant de dommages moraux est évalué par le juge à 1 000 \$, alors que les frais d'avocat sont chiffrés à 6 282 \$, dont 500 \$ sont inclus par le juge dans le montant des dommages-intérêts de la victime.

Notre jurisprudence a-t-elle trouvé un remède à ce qui peut sembler une anomalie de prime abord? Si l'on examine le jugement de la Cour supérieure dans *Gilles E. Néron Communication Marketing inc. c. Chambre des notaires du Québec*⁶, on pourrait le croire: les victimes⁷ d'une atteinte à la réputation et à la vie privée⁸ obtiennent, en sus des dépens, une somme de 196 311,54 \$ (somme réduite d'un tiers⁹). La motivation principale du juge tient dans cette phrase¹⁰:

La jurisprudence reconnaît maintenant le droit d'une personne lésée dans ses droits fondamentaux de réclamer les honoraires extrajudiciaires de son avocat lorsque ceux-ci ont été causés par la mauvaise foi de la partie défenderesse: on considère alors que ces honoraires sont des dommages causés directement par le fait de la partie adverse.

Une telle décision (même si infirmée tout récemment en appel) est loin d'être isolée. En fait, il existe depuis une dizaine d'années une *tendance* jurisprudentielle favorable à l'octroi de montants de dommages-intérêts destinés à compenser les débours d'une partie gagnante à titre d'honoraires extrajudiciaires de son avocat. Dans quels cas? Cet octroi est-il justifié *en droit*?

C'est l'objet de notre étude¹¹.

Cette nouvelle tendance jurisprudentielle peut-elle supplanter la solution traditionnelle en vertu de laquelle seuls les honoraires judiciaires *taxés* pouvaient être récupérés par la partie

5. [1996] R.R.A. 846 (C.Q.) (atteinte à la réputation et à la vie privée dans le cadre d'une vérification de crédit).
6. [2000] R.J.Q. 1787 (C.S.). La Cour d'appel, le 16 octobre 2002 (500-09-009773-003), a rejeté la demande d'octroi d'honoraires extrajudiciaires, avec la dissidence du juge Otis.
7. Il s'agit d'une personne physique et de la personne morale sous le nom de laquelle elle faisait affaire.
8. Sans entrer dans le fond de l'affaire, qu'il y ait eu atteinte à la vie privée, nous en doutons beaucoup.
9. Le juge a accordé, en sus, 50 000 \$ pour «le temps consacré [par la victime] à la préparation du dossier des plaintes», montants amputés d'un tiers imputable à la compagnie d'assurances appelée en garantie. *Ibid.*, 1830. Infirmé en appel.
10. *Ibid.*, 1828. Cf. *Lacroix c. Gazette inc. (La)*, J.E. 2001-832 (C.S.).
11. C'est une «question d'actualité»: *Lecours c. Desjardins*, J.E. 2002-1148 (C.A.), paragraphe 48.

victorieuse à titre de *dépens*? Pour éclairer l'examen du droit jurisprudentiel québécois sur la question, il convient, dans une perspective historique, de bien distinguer les frais judiciaires des frais extrajudiciaires et, en général, de préciser certains concepts et notions impliqués; il faudra rappeler les règles qui gouvernent le sort des dépens. Certains textes législatifs pourront nous guider. Ce sera l'objet d'une Première partie: *Les frais de justice et les dépens*.

Une photographie des solutions jurisprudentielles sur l'octroi des honoraires extrajudiciaires montrera une confusion qui frise le chaos. La jurisprudence évolue, de façon non linéaire bien sûr mais aussi de façon non rationnelle, nous semble-t-il. Notre Deuxième partie sera consacrée à *L'état chaotique du droit québécois*. S'il en est ainsi, il conviendrait de contribuer à remédier à cet état. Notre Cour d'appel, le 8 mai 2002, dans *Viel c. Entreprises immobilières du terroir ltée*¹², devrait avoir mis fin à ce que nous analyserons comme une hérésie juridique, à savoir l'octroi non justifié d'honoraires extrajudiciaires comme dommages-intérêts. Les solides motifs exposés par le juge Rochon auront raison, nous l'espérons, de l'état chaotique du droit québécois. Le sujet mérite néanmoins une étude de fond plus poussée.

Il faut se rendre compte que le sort des honoraires extrajudiciaires dépend – à défaut d'intervention législative – de choix idéologiques, politiques au sens large: un éclairage de droit comparé nous permettra de faire un choix entre diverses solutions. Par exemple, si le vainqueur d'un procès en Angleterre peut récupérer presque tous ses débours de son avocat, aux États-Unis il n'a même pas droit à des honoraires judiciaires. Pourquoi? Quelle solution préférer? La Troisième partie s'intitule: *Les choix possibles (à la lumière du droit comparé)*.

I. LES FRAIS DE JUSTICE ET LES DÉPENS

L'idéal – et c'était l'idéal révolutionnaire – serait la gratuité absolue de la justice. Dans l'état actuel des choses, c'est une pure utopie. Plus précisément, on pourrait même parler d'une justice dispendieuse¹³.

12. J.E. 2002-937 (C.A.); [2002] R.J.Q. 1262 (C.A.). Malgré quelques hésitations ou doutes, il semble bien que la Cour d'appel ait l'intention de suivre la jurisprudence *Viel: Quantz c. A.D.T. Canada Inc.*, 30.05.2002, J.E. 2002-1688 (C.A.); *Uni-Sélect Inc. Aktion Corp.*, [2002] A.Q. (Quicklaw) n° 3858 (C.A.Q.), 09.09.2002. *Société Radio-Canada c. Guitouni*, 16 octobre 2002 (500-09-010252-005).

13. Le *cost of justice* est une préoccupation qui a fait couler déjà beaucoup d'encre.

Précisions de vocabulaire

Les *frais de justice* sont définis par le *Vocabulaire juridique* de Gérard Cornu comme l'«ensemble des frais de procédure exposés à l'occasion d'une instance judiciaire englobant, outre les dépens, tous les frais irrépétibles»¹⁴. Les *dépens* y sont définis comme la «partie des frais engendrés par le procès [...] que le gagnant peut se faire payer par le perdant [...]»¹⁵. Quant aux *frais irrépétibles* – expression non employée au Québec – il s'agit des «frais non compris dans les dépens (et qui ne peuvent donc être recouvrés comme tels par le plaideur qui les a exposés, ex. honoraires d'avocat) [...]»¹⁶. Il faut mentionner tout de suite que le *Nouveau code de procédure civile* français, à l'article 700, accorde à la partie qui a gain de cause la possibilité d'obtenir une *indemnité* qui permet de répéter partie de ces frais «irrépétibles»! Nous y reviendrons¹⁷.

Ces définitions empruntées au droit français sont utiles surtout dans la mesure où c'est principalement le droit français qui a inspiré notre droit procédural législatif en la matière.

La règle de la succombance

La *règle de la succombance*, qui se retrouve à l'article 477 C.p.c.¹⁸, est la règle générale: «la partie qui succombe supporte les dépens», sujette à une certaine discrétion motivée du tribunal. Comme l'écrivait le juge Antonio Langlais en 1958, il s'agirait là d'un «principe général, suivi en Europe depuis des siècles et certainement au Canada depuis la fin du seizième [siècle]»¹⁹. C'est en tout cas la règle qui prévaut dans la tradition²⁰ depuis l'Ordonnance de 1667²¹ consacrant le principe du paiement des dépens par la partie qui succombe.

14. Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, 8^e éd. revue et augmentée, coll. «Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française», Paris, P.U.F., 2000, p. 398, v^o *frais*.

15. *Ibid.*, p. 276, v^o *dépens*.

16. *Ibid.*, p. 482, v^o *irrépétible*.

17. *Infra*, p. 119.

18. Cf. art. 549 C.p.c. de 1897 et art. 478 C.p.c. de 1867.

19. Antonio LANGLAIS, «Tout pacte de payer les frais non taxables oblige-t-il le défendeur?», (1958) 18 *R. du B.* 245, 258.

20. Voir, en France, les textes de l'article 130 de l'ancien *C. pr. civ.* et l'article 696 du *Nouveau code de procédure civile*.

21. Il s'agit de «la célèbre Ordonnance de 1667, rendue par Louis XIV pour les Matières Civiles à St-Germain-en-Laye»: Yvette HERMANN, *Le fondement de la condamnation aux dépens en matière civile*, thèse pour le doctorat en droit, Aix-Marseille, Faculté de droit d'Aix, Université d'Aix-Marseille, 1942. C'est le titre 31 qui traite «Des dépens» et son article 1 est à la source de la règle de la succombance.

Sous le régime anglais, c'était le juge qui allouait les dépens à la partie victorieuse et les tarifs étaient fixés par la magistrature²². Le premier *Code de procédure civile* de 1867 réserve aux juges de la Cour supérieure le pouvoir de fixer le tarif des honoraires judiciaires des avocats. Depuis 1887 c'est au Barreau – à son conseil général²³ – après approbation du lieutenant-gouverneur en conseil²⁴ – que revient la tâche de fixer les tarifs des *honoraires judiciaires*²⁵.

En 1954, la *Loi du Barreau* d'alors²⁶ distinguait entre les honoraires judiciaires et les honoraires extrajudiciaires (c'est l'article 125 de la loi actuelle)²⁷. Ces derniers y sont décrits aujourd'hui de la façon suivante²⁸:

Les services justifiant des honoraires extrajudiciaires comprennent, entre autres, les vacations, les voyages, les avis, les consultations écrites et verbales, l'examen, la préparation, la rédaction, l'envoi, la remise de tout document, procédure ou dossier et généralement tous autres services requis d'un avocat.

Bien sûr, il faut ajouter les *frais* extrajudiciaires, comme certaines photocopies, par exemple, ou des appels interurbains²⁹, mais notre étude se limitera aux honoraires des avocats, en notant que les frais extrajudiciaires apparaissent la plupart du temps dans la facture d'honoraires professionnels. On peut affirmer que les dépens – *costs*, en anglais – sont les frais judiciaires et couvrent les débours et honoraires d'avocat *prévus au tarif*³⁰.

22. Il faut souligner que, dans la tradition anglaise, les tribunaux supérieurs avaient (et ont encore, dans une grande mesure) un pouvoir de type disciplinaire sur les professions juridiques, en particulier sur les *solicitors* (même en présence de tribunaux disciplinaires). Cf. Arthur CORDERY, *Cordery's Law Relating to Solicitors*, 8^e éd. par Frederic T. Horne, Londres, Butterworths, 1988, p. 311.

23. *An Act respecting the Bar of the Province of Quebec*, (1886) 49-50 Vict., c. 34, art. 96. C'est de l'article d'Antonio Langlais que nous tirons ces renseignements: A. LANGLAIS, *loc. cit.*, note 19, 257-259.

24. Sous le contrôle des juges en chef, dans le temps.

25. Aujourd'hui, on peut consulter Jean BERNIER, *Tarif des honoraires judiciaires des avocats*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1984 et Marc LÉGER et Marie-Claude DUBÉ, *Mémoire de frais: législation annotée*, Scarborough, Carswell, 1998; Marc LÉGER, *Mémoire de frais – Législation annotée*, 2^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002.

26. *Loi concernant le Barreau de la province de Québec*, (1953-54) 2-3 Eliz. II, c. 59, art. 9.

27. *Loi sur le Barreau*, L.R.Q., c. B-1.

28. *Ibid.*, art. 126.

29. Voir, par exemple, *St-Adolphe d'Howard (Corp. mun. de) c. Labrèche*, J.E. 86-1094 (C.P.).

30. *Electro Aid Inc. c. Glenn's Bargain Stores Ltd.*, J.E. 81-972 (C.S.).

Il fut un temps, révolu depuis longtemps, où le montant des honoraires judiciaires et celui des honoraires extrajudiciaires coïncidaient, étaient comparables: il n'y a pas de commune mesure entre les deux catégories d'honoraires aujourd'hui. Il est intéressant de noter que nos tribunaux n'ont pas été toujours insensibles au sort de la partie qui obtient en droit gain de cause tout en s'obérant à l'égard de son avocat. La technique mise en lumière il y a une quarantaine d'années par M^e Marcel-G. Robitaille dans son article intitulé «Chiniquy, la diffamation et les dépens»³¹, particulièrement dans les affaires de diffamation, consistait à accorder les dépens d'une action de classe supérieure à celle qui correspondait au montant des dommages-intérêts de la condamnation. Une façon intéressante et astucieuse pour que la victime n'ait pas à déboursier à son avocat une somme dépassant de beaucoup celle qu'elle a obtenue en dommages-intérêts.

Même si la règle générale de l'article 477 C.p.c. est tempérée par la discrétion judiciaire motivée prévue dans la deuxième partie de l'article, il faut néanmoins souligner que certains textes vont au-delà de ladite règle générale qui limite les honoraires recouvrables aux honoraires judiciaires inclus dans les dépens³²;

31. Marcel-G. ROBITAILLE, «Chiniquy, la diffamation et les dépens», (1960) 20 *R. du B.* 130. Il faut dire que depuis, si les montants accordés aux victimes de diffamation ont augmenté, ceux des honoraires extrajudiciaires ont suivi la même tendance...
32. En tout premier lieu, il convient de citer l'article 47 de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. (1985), c. S-26: «La Cour a le pouvoir discrétionnaire d'ordonner le paiement des dépens des juridictions inférieures, y compris du tribunal de première instance, ainsi que des frais d'appel, en tout ou en partie, quelle que soit sa décision finale sur le fond.» Il s'agit là d'un pouvoir discrétionnaire, non contrôlé ni contrôlable, la Cour suprême étant suprême, qui fait fi de l'article 477 C.p.c. En ce qui concerne la Cour fédérale [*Règles de la Cour fédérale* (1998), DORS/98-106], le pouvoir discrétionnaire visé par la Règle 400(1) énumère certains facteurs à prendre en compte [400(3)] et donne le pouvoir d'adjudger le dépens sur «une base avocat-client» [400(6) (c)]. On peut aussi mentionner le pouvoir discrétionnaire dans la *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. (1985), c. C-42, article 34(3), qui permettrait non seulement les frais et honoraires judiciaires mais les frais et honoraires extrajudiciaires: *Ateliers Tango argentin inc. c. Festival d'Espagne et d'Amérique latine inc.*, [1997] R.J.Q. 3030, 3047 (C.S.); *Cartes-en-ciel inc. c. Boutique Elfe inc.*, [1991] R.J.Q. 1775 (C.Q.); *Bioteau c. Communications Quebecor inc.*, B.E. 2000BE-1098 (C.Q.); *Céjibé Communication inc. c. Construction Cleary (1992) inc.*, J.E. 98-2071 (C.S.), appel rejeté, C.A. 2002-02-13, 500-09-007223-985; *Collection 45^e Parallel inc. c. Lemieux*, J.E. 99-2227 (C.Q.); *Lapierre Desmarais c. Amylitho inc.*, REJB 1999-10616 (C.Q.). À noter qu'en matière d'expropriation, une jurisprudence assez abondante considère que les honoraires extrajudiciaires peuvent faire partie des dommages réparables [*Loi sur l'expropriation*, L.R.Q., c. E-24]: *Shawinigan (Ville de) c. Duquette*, J.E. 98-1058 (C.A.); *Beauport (Ville de) c. Robitaille*, [2000] T.A.Q. 1174 (T.A.Q.); *Breton c. Société québécoise d'assainissement des eaux*, [2000] T.A.Q. 1209 (T.A.Q.); requête pour permission d'appeler accueillie:

indépendamment de la question de savoir si le mot «frais» employé par un article du Code civil³³ ou dans un contrat comprend les honoraires extrajudiciaires³⁴ – questions que nous laissons volontairement de côté³⁵. De côté aussi sera laissée la question de savoir ce que comprennent «les frais et dépens qui résultent des actions contre l'assuré» (art. 2503 C.c.Q.)³⁶.

-
- B.E. 2001BE-595 (C.A.); requête en révision judiciaire accueillie, 2001-01-26 (C.S. Beauce 350-05-000145-001); requête en rejet d'appel accueillie, 2001-04-30 (C.A.Q. 200-09-003490-015); *Société québécoise d'assainissement des eaux c. Corriveau*, [2001] T.A.Q. 397 (T.A.Q.); *Ma Baie inc. c. Rigaud (Municipalité de)*, T.A.Q.E. 2000AD-109.
33. On pense aux «frais de justice» de l'article 2651, al. 1 C.c.Q. (comme créance prioritaire) ou surtout aux «frais engagés» des articles 2667, 2761 et 2762 C.c.Q. (en matière d'hypothèque); ces derniers, déjà considérés comme suffisamment larges pour couvrir les honoraires extrajudiciaires – *164618 Canada inc. c. Compagnie Montréal Trust*, [1996] R.J.Q. 470 (C.S.); conf. [1998] R.J.Q. 2696 (C.A.); Pierre CIOTOLA, *Droit des sûretés*, 3^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 1999, n° 4.31, p. 427; dans l'article 2762 C.c.Q., l'expression «frais engagés» comprend les frais extrajudiciaires: *Banque Hongkong du Canada c. Conner*, [1996] R.D.I. 245 (C.S.); 2001-05-31, AZ-01019580 (C.A.); dans *164618 Canada inc. c. Compagnie Montréal Trust*, précité, note 33, 2702, la Cour d'appel reconnaît qu'il y a une jurisprudence qui interprète restrictivement, conformément au droit ancien, mais préfère l'interprétation libérale (avec une dissidence), voir aussi *Paquette-Lebel c. Daigneault*, [1999] R.J.Q. 1439 (C.S.); *Société d'hypothèques C.I.B.C. c. Ducharme*, [1998] R.D.I. 663 (C.S.); *2950-8173 Québec inc. c. Investissements Ambassador inc.*, [1999] R.J.Q. 1399 (C.S.) – ont fait réagir le législateur qui a exclu les honoraires extrajudiciaires autant dans l'article 2667 C.c.Q. que dans l'article 2762 C.c.Q. Voir *Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives*, Projet de loi 50, 2^e session, 36^e législature (Québec), article 12, ajoutant le texte suivant à l'article 2762 C.c.Q.: «[N]onobstant toute stipulation contraire, les frais engagés excluent les honoraires extrajudiciaires dus par le créancier pour des services professionnels qu'il a requis pour recouvrer le capital et les intérêts garantis par l'hypothèque ou pour conserver le bien grevé». En vigueur le 13 juin 2002.
34. La question demeure controversée de savoir si une clause permettant au créancier de réclamer les honoraires extrajudiciaires en cas d'inexécution est valide: voir Jean PINEAU, Danielle BURMAN et Serge GAUDET, *Théorie des obligations*, 4^e éd. par J. Pineau et S. Gaudet, Montréal, Éditions Thémis, 2001, n° 130, p. 275 et n° 468, p. 795 et les références y citées; Jean-Louis BAUDOUIN et Pierre-Gabriel JOBIN, *Les obligations*, 5^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, n° 852, p. 682. Voir *Grzywacz c. Robin Palin Public Relation Inc.*, J.E. 2001-732 (C.Q.).
35. Dans le *Code de procédure civile*, il ne faut pas confondre les «frais judiciaires» (art. 112 C.p.c.) avec les «frais de justice» (art. 615, 616, 714 C.p.c.). Voir aussi les articles 993 et 994 C.p.c. (petites créances) et l'article 1035(2) C.p.c.
36. Cf. Didier LLUELLES, *Précis des assurances terrestres*, 3^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 1999, p. 350 et 351 et les références; *Tamper Corp. c. Kansa General Insurance Co.*, [1998] R.J.Q. 405 (C.A.) (cf. *infra* p. 93). *Beaulieu (Succession de) c. Union canadienne (L'), compagnie d'assurances*, B.E. 2000BE-1375 (C.S.), voir [1998] R.R.A. 685 (C.A.); *Maheu c. Lafond (Succession de)*, J.E. 98-1579 (C.S.); requête en rectification accueillie: B.E. 98BE-836 (C.S.); appel rejeté, 2001-05-09, AZ-01019604; *Groupe Commerce (Le), compagnie d'assurances c. Gagné*, [1998] R.R.A. 701 (C.A.).

Les dérogations à la règle

Il paraît opportun, à ce stade-ci de notre étude, d'examiner succinctement les *dérogations* prévues à l'article 477 C.p.c. à la règle générale du début de l'article³⁷:

a) *Le tribunal peut mitiger les dépens.* «Mitiger» veut dire *réduire*: techniquement une mitigation par le juge signifie que la partie qui succombe pourra être condamnée à payer des dépens d'un montant inférieur à celui prévu au *Tarif*³⁸.

b) *Le tribunal peut compenser les dépens.* C'est surtout le cas si «les parties succombent respectivement sur quelques chefs»³⁹. Il s'agit là d'une situation plus précise et d'application limitée⁴⁰...

c) *Le tribunal en ordonne autrement.* C'est la discrétion judiciaire. Il est loin d'être certain toutefois que cette discrétion permette au juge d'*aggraver* la condamnation à la dette des dépens. Notre tradition juridique permet d'envisager trois situations: 1. La partie victorieuse ne bénéficie pas des dépens; 2. La partie victorieuse est condamnée aux dépens; 3. C'est un tiers qui est condamné aux dépens.

1. Pas de dépens pour le gagnant. Le juge formule sa décision en terminant son jugement soit par les mots «sans frais»⁴¹ soit par les mots «chaque partie payant ses frais»⁴². On remarquera tout

37. Voir, en général, George S. CHALLIES, «Costs», dans Philippe FERLAND, *Traité sommaire et formulaire de procédure civile*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1962, p. 571 et s. Il n'est point indispensable pour la partie victorieuse de demander les dépens pour les obtenir. Les dérogations à la règle générale de la succombance de l'article 477 C.p.c. doivent être *motivées*, comme l'ordonne ledit article [cf. *Droit de la famille* – 750, [1990] R.D.F. 45 (C.A.)].

38. Cf. *Droit de la famille* – 2743, [1997] R.J.Q. 2134 (C.A.).

39. G. CORNU, *op. cit.*, note 14, p. 176, *vo compensation*. Il s'agit d'une répartition des dépens entre divers plaideurs.

40. Parfois, il n'y a pas de partie gagnante. Pour un bel exemple récent où le juge accueille la demande et la demande reconventionnelle pour des montants identiques, opérant compensation, «chaque partie payant ses frais», voir *Dubois c. Bacon*, REJB 1998-05251 (C.S.).

41. Ne pas accorder les frais, *i.e.* «sans frais» est surtout la façon pour le tribunal de sanctionner la conduite procédurale répréhensible d'une partie, même victorieuse. La plupart du temps il s'agit de *punir* le coupable, mais la motivation peut aussi être basée sur des raisons d'équité. Voir G.S. CHALLIES, *loc. cit.*, note 37, 572-575. Voir, en général, Pierre LORTIE, «Le tout avec dépens!», dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, vol. 143, *Développements récents en droit civil* (2000), Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 1 et s.

42. Lorsqu'une affaire est d'un intérêt général qui dépasse de beaucoup l'intérêt particulier des parties, le tribunal peut trouver équitable que chaque partie paie ses frais: par exemple, *Campisi c. P.G. du Québec*, [1978] C.A. 520. Parfois, il n'y a pas de partie «victorieuse»: il en est ainsi depuis l'introduction du divorce-remède, par exemple.

de suite qu'on n'utilise pas le mot «dépens» mais le mot «frais»: en cas d'accueil, il s'agit de «dépens»; en cas de refus de «frais»⁴³!

2. Les dépens doivent être payés par la partie victorieuse. Il s'agit de cas exceptionnels⁴⁴. On sanctionnera ainsi une agressivité procédurale non justifiée ou la *négligence* grossière du demandeur ou du défendeur⁴⁵.

3. Les dépens sont payés par un tiers. C'est le cas où le tribunal condamne un des procureurs à payer les dépens. Cette situation a fait l'objet de plusieurs études⁴⁶. Il s'agit manifestement de l'exercice du pouvoir inhérent⁴⁷. S'agit-il d'un pouvoir *disci-*

43. Voir, par exemple, *Droit de la famille* – 2469, [1996] R.J.Q. 1935, 1939 *in fine* (C.S.).

44. *Ellis c. Grimm*, [1959] B.R. 415.

45. *Banque Toronto-Dominion c. Côté*, J.E. 98-741 (C.S.).

46. Yves-Marie MORISSETTE, «L'initiative judiciaire vouée à l'échec et la responsabilité de l'avocat ou de son mandant», (1984) 44 *R. du B.* 397; André BIRON, «Chroniques. Les principes d'attribution des dépens en matière familiale et la condamnation personnelle de l'avocat aux frais», (1987) 47 *R. du B.* 147; Pierre BÉLANGER et Ruth VEILLEUX, «La responsabilité de l'avocat en matière de procédures civiles», dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Congrès annuel du Barreau* (1994), Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 831; Odette JOBIN-LABERGE, «Le plaideur téméraire: gradation des sanctions?», dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, vol. 104, *Développements récents en déontologie et responsabilité professionnelle* (1998), Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 117; au Canada anglais: *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3; Neil GOLD, «The Court's Authority to Award Costs against Lawyers», dans Eric GERTNER, *Studies in Civil Procedure*, Toronto, Butterworths, 1979, p. 57. Ajouter, tout récemment: Pierre BERNARD, «La responsabilité des avocats en matière de procédures abusives: une question complexe», (2002) 32 *R.D.U.S.* n° 2, 271 et Yves-Marie MORISSETTE, «Pathologie et thérapie du plaideur trop belliqueux», (2002) 32 *R.D.U.S.* n° 2, 251 et Yves-Marie MORISSETTE, «Abus de droit, quérulence et parties non représentées», à paraître dans la *Revue générale de droit* (2002).

47. Il serait vain ou inopportun de remettre en question le pouvoir inhérent d'une cour supérieure de condamner un procureur aux dépens: *Pacific Mobile Corp. c. Hunter Douglas Canada Ltd.*, [1979] 1 R.C.S. 842; *Pearl c. Gentra Canada Investments Inc.*, [1998] R.L. 581 (C.A.); *Droit de la famille* – 1777, [1994] R.J.Q. 1493 (C.A.), inf. [1993] R.J.Q. 1176 (C.S.). On peut même se demander si le *Code de procédure civile* ou une autre loi pourrait abroger ce pouvoir existant en 1867: *Three Rivers Boatman Ltd. c. Conseil canadien des relations ouvrières*, [1969] R.C.S. 607; cf. *Équipements Rocbec inc. c. Ministre du Revenu national*, [1980] C.S. 1089; appels rejetés: [1981] C.A. 461; pourvoi à la C.S.C. rejeté, [1982] 1 R.C.S. 605. Il n'est pas inutile, cependant, de rappeler que le *Code de procédure civile* dispose du sort des dépens et que le *Code des professions* et la *Loi sur le Barreau* édictent des recours et des sanctions de type disciplinaire. Les cours supérieures conservent-elles chez nous le pouvoir disciplinaire parallèle des Cours supérieures anglaises? (cf. note 22, *supra*). Nous suivons le raisonnement du professeur Morissette dans sa pénétrante étude: voir Y.-M. MORISSETTE, «L'initiative judiciaire vouée à l'échec et la responsabilité de l'avocat ou de son mandant», *loc. cit.*, note 46, lorsqu'il doute qu'une interprétation, même libé-

plinaire visant à sanctionner une conduite répréhensible d'un avocat? D'une punition? Ou bien, d'une mesure de nature compensatoire, indemnistrice en raison de la faute personnelle caractérisée de l'avocat⁴⁸? ou bien d'une mesure hybride⁴⁹?

Le fondement de la condamnation aux dépens

Au fond, la grande question est celle de savoir quel est le FONDEMENT DE LA CONDAMNATION AUX DÉPENS, plus spécifiquement en DROIT QUÉBÉCOIS – tout en ayant à l'esprit que le droit procédural québécois est «mixte»⁵⁰ (le pouvoir inhérent mentionné ci-dessus étant précisément une des manifestations de l'influence du common law).

Techniquement, il suffirait d'affirmer que la base juridique de la condamnation aux dépens est simplement l'article 477

rale, de l'article 477 C.p.c. donne ce pouvoir en matière de dépens (même opinion de M^e Jobin-Laberge, O. JOBIN-LABERGE, *loc. cit.*, note 46, 126) même si la majorité de la Cour suprême dans *Aubry c. Éditions Vice-Versa inc.*, précité, note 1, 624, en *obiter*, estime que «le tribunal peut, néanmoins, aux termes de l'art. 477 ordonner que les dépens soient payés par le procureur personnellement, lorsqu'il s'est rendu coupable d'une conduite très répréhensible». Il est quand même symptomatique que les juridictions de common law ont pour le plupart senti la nécessité de *légiférer* sur le pouvoir inhérent de condamner l'avocat aux dépens. Il est paradoxal que dans notre droit *codifié* on donne pleine liberté aux tribunaux... Des décisions comme celles dans *L. c. G.*, [1982] C.S. 578 et *Droit de la famill* – 2229, J.E. 95-1400 (C.S.), infirmée en Cour d'appel le 17 mars 1997, où un juge ordonne à l'avocat de renoncer à tout honoraire nous semblent dépasser le cadre exceptionnel du pouvoir inhérent: cf. Jean-Louis BAUDOUIN et Patrice DESLAURIERS, *La responsabilité civile*, 5^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, n^o 1519, p. 918. Il s'agit là d'une question contractuelle à être réglée entre l'avocat et son client et éventuellement par le comité d'arbitrage des comptes ou par le juge d'un procès, le cas échéant, entre client et avocat.

48. Nous nous référons encore au même article du professeur Morissette qui conclut judicieusement ainsi: «[L']adjudication des dépens contre l'avocat se justifie sans doute lorsqu'elle vise un comportement répréhensible en soi et qui tient de l'outrage au tribunal. Elle se justifie fort mal lorsqu'elle vise l'objet même du litige et qu'elle se greffe sans autre forme de procès au jugement qui dispose du fond d'une affaire. Si l'usage s'en répand, il est à souhaiter qu'il s'entourera des garanties processuelles auxquelles ont droit tous les justiciables, y compris les avocats.» Y.M. MORISSETTE, «L'initiative judiciaire vouée à l'échec et la responsabilité de l'avocat et de son mandant», *loc. cit.*, note 46, 462. Au fond, mieux vaut légiférer dans un pays de droit écrit, comme dans d'autres provinces, pourtant de common law.
49. Le droit français qualifie de *frustratoires* (G. CORNU, *op. cit.*, note 14, p. 403, v^o *frustratoire*) les frais inutiles ou injustifiés, qui ont été engagés sans raison. Le *Nouveau code de procédure civile* français (art. 697) prévoit expressément que l'avocat qui a agi *en dehors de son mandat* est responsable des dépens afférents (voir aussi l'article 698 qui suit).
50. Voir *Lac d'amiante du Québec ltée c. 2858-0702 Québec inc.*, [2001] 2 R.C.S. 743 et les autorités citées.

C.p.c., qui énonce la règle générale et justifie le pouvoir discrétionnaire d'y déroger. Cornu et Foyer, en 1958, écrivaient⁵¹: «[O]n ose à peine avancer que l'article 130 [C.p.c. fr.] est le seul fondement juridique de cette condamnation et qu'il se suffit à lui-même – toute condition de faute et même de préjudice lui est étrangère». La charge des dépens serait simplement une «obligation légale imposée au perdant pour des raisons d'équité»⁵². C'est simple. Peut-être trop simple.

En 1942 une thèse de la Faculté de droit d'Aix⁵³, étudiant tour à tour les diverses explications du *Fondement de la condamnation aux dépens en matière civile*, contenait les chapitres suivants:

- La condamnation fondée sur le contrat et le quasi-contrat [judiciaires]
- La condamnation fondée sur l'idée des dépens accessoires à la dette principale
- La condamnation fondée sur l'idée de risque
- La condamnation fondée sur l'obligation légale et l'équité
- La condamnation fondée sur la peine
- La condamnation fondée sur la faute délictuelle

L'auteur, quant à elle, se prononce «pour la théorie quasi-délictuelle»⁵⁴. La partie qui succombe aurait commis une négligence ou une imprudence en intentant le procès perdu ou en contestant la demande fondée⁵⁵.

Il nous est difficile d'admettre que ce soit une faute *en soi* que de s'adresser à la justice pour faire reconnaître un droit que le tribunal niera ou que de se défendre contre une demande que le tribunal accueillera. Bien sûr, des cas d'actions (ou de défenses)

51. Gérard CORNU et Jean FOYER, *Procédure civile*, Paris, P.U.F., 1958, p. 387.

52. René MOREL, *Traité élémentaire de procédure civile*, 2^e éd., Paris, Sirey, 1949, n° 693, p. 531.

53. Y. HERMANN, *op. cit.*, note 21.

54. *Ibid.*, p. 154.

55. Il convient de rappeler qu'en droit québécois et en droit français, différemment du droit anglais et anglo-canadien (*cf. infra*, p. 108), les dépens ne couvrent pas toutes les dépenses engagées par la partie victorieuse et précisément excluent les honoraires extrajudiciaires.

téméraires, manifestement frivoles ou grossièrement mal fondées se présentent de temps en temps: on fera alors appel à l'*abus de droit* en matière de procédure, qui est un type de faute caractérisée. Mais justement, s'il n'y a pas abus, il y a un droit et l'exercice non abusif d'un droit (celui d'ester en justice) ne peut pas être considéré comme une faute. Notre Cour suprême, en 1962, l'a d'ailleurs clairement reconnu et exprimé: «[A]gir en justice, que ce soit en demande ou en défense, ne constitue pas une faute. C'est un droit»⁵⁶.

A fortiori, s'il n'y a même pas de délit ou de quasi-délit, on voit mal comment on pourrait baser la condamnation aux dépens sur l'idée de *peine*, de punition. L'idée de *risque*, défendue en particulier par Japiot⁵⁷, est probablement plus satisfaisante pour l'esprit juridique. Il n'en reste pas moins que, pour la partie victorieuse, l'octroi des dépens a un caractère indemnitaire! Indemniser, ne serait-ce que *partiellement*, une perte subie en raison du procès⁵⁸. Si l'on se place du côté de la partie qui succombe on peut y voir une «charge accessoire et contre-partie d'une initiative prise par un individu dans son propre intérêt»⁵⁹, plutôt qu'une peine ou une punition – un cas de responsabilité sans faute prévue par la loi, si l'on veut.

Le pouvoir discrétionnaire motivé du juge

Jusqu'ici ce n'est que le fondement de la règle *générale* qui a été recherché. L'énoncé du pouvoir discrétionnaire prévu à l'article 477 C.p.c. démontre que, au fond, ce n'est pas la victoire (ou la succombance) en soi qui est la source *unique* de la condam-

56. *Ville Saint-Laurent c. Marien*, [1962] R.C.S. 580, 586.

57. René JAPIOT, «Le fondement de la dette des dépens. Contribution à l'étude des tendances actuelles de la science de la procédure», *Rev. trim. dr. civ.* 1914. 523.

58. Il faut insister sur le caractère *indemnitaire* et non punitif de la dette des dépens: E. GARSONNET et Ch. CÉZAR-BRU, *Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale, en justice de paix et devant les Conseils de Prud'hommes*, 3^e éd., vol. 3, Paris, Sirey, 1913, n° 761, p. 520. Le traité des Mazeaud est catégorique: «[L]a condamnation aux dépens a un caractère indemnitaire. Il serait très imprudent, pourtant, d'y voir une simple application de l'article 1382. La partie qui succombe peut fort bien n'avoir pas commis de faute, de même d'ailleurs qu'un juge dont la décision est infirmée en appel. D'autre part, les dépens sont loin de compenser tout le préjudice que cause une action en justice. Si elle présente un caractère indemnitaire évident, la condamnation aux dépens ne peut donc être regardée que comme une conséquence légale de la succombance», Henri, Léon et Jean MAZEAUD et François CHABAS, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, 6^e éd., t. 3, vol. 1, Paris, Montchrestien, 1965, n° 2430, p. 830.

59. R. JAPIOT, *loc. cit.*, note 57, 527.

nation aux dépens. Le tribunal utilise aussi les dépens pour PUNIR, pour sanctionner une conduite répréhensible. Une façon de punir est de refuser les dépens à la partie victorieuse⁶⁰. Plus sévère est la punition qui consiste à condamner la partie techniquement victorieuse aux dépens⁶¹. La vieille affaire *Nadeau c. St-Jacques* où la Cour d'appel sévit à l'encontre de la partie qui a émis des remarques désobligeantes à l'égard du juge de première instance en est un bon exemple⁶².

Le pouvoir discrétionnaire du juge, en outre, peut être exercé pour d'autres fins que de punir. Le sens de l'*équité* – cette vertu (?) – conduit à changer les règles du jeu pour des raisons humanitaires ou lorsque une action en justice a présenté un intérêt certain pour la collectivité.

Bref, la condamnation aux dépens a un caractère indemnitaire⁶³, exceptionnellement punitif. Elle se fonde sur l'article 477 C.p.c. Un caractère indemnitaire non nécessairement relié à une faute, mais qui peut être relié à une faute. S'il y a faute cependant, la règle de la réparation intégrale (*restitutio in integrum*) devrait logiquement s'appliquer et *c'est là que la question des honoraires extrajudiciaires entrera éventuellement en ligne de compte*⁶⁴.

Il faut souligner que le *Code de procédure civile* sous-entend que les dépens peuvent être adjugés pour tenir lieu de dommages-intérêts⁶⁵. Il semble alors que leur caractère *indemnitaire* soit reconnu, mais dans ce cas en relation avec une *faute* (de nature vraisemblablement procédurale): il s'agirait d'une des sanctions

60. Voir *supra*, p. 64.

61. L'article 696 du *Nouveau code de procédure civile* français prévoit aussi que la partie victorieuse peut être condamnée aux dépens par décision motivée, comme le faisait l'ancien article 130 depuis 1958. Cf. E. GARSONNET et Ch. CÉZAR-BRU, *op. cit.*, note 58, n° 770, p. 534.

62. *Nadeau c. St-Jacques*, (1884) M.L.R. 1 C.S. 302 (C. Rev.).

63. Même en common law les dépens ont un caractère avant tout indemnitaire. Voir Neil GOLD, «Controlling Procedural Abuses: the Role of Costs and Inherent Judicial Authority», (1977) 9 *Ott. L.R.* 44 (*an indemnity for the expense of litigating and also a species of punishment*).

64. Cf. *infra*, p. 77.

65. C'est l'argument que l'on peut tirer du libellé de l'article 548 C.p.c. en vertu duquel «L'exécution provisoire ne peut être ordonnée pour les dépens, quand même ils seraient adjugés pour tenir lieu de dommages-intérêts». Voir *Juneau c. Taillefer*, [1996] R.J.Q. 2219, 2227 (C.A.), approuvant la décision du juge de première instance: «[C]es dommages-intérêts dont parle l'article 548 C.p. sont les dépens que le Tribunal, tout en reconnaissant le droit de la partie gagnante, adjuge contre elle. Et, bien que les dépens accordés contre la partie gagnante puissent être considérés, sous l'article 548 C.p., comme des dommages-intérêts, ils demeurent néanmoins des dépens dont le montant est fixé en vertu du tarif.»

d'un abus de procédure⁶⁶. Ou bien, le cas visé pourrait être celui où un droit a été établi sans qu'aucun préjudice n'ait été prouvé...

Les dépens sont les dépens tarifés et taxables ou taxés et leur sort est prévu par le *Code de procédure civile*. Il y a longtemps que les dépens octroyés ne correspondaient plus aux dépenses effectuées par la partie victorieuse, en particulier en raison de l'inflation des honoraires extrajudiciaires⁶⁷. Cet inconvénient n'a pas laissé les tribunaux complètement insensibles. Il est vrai que l'utilisation de l'article 15 du *Tarif* – c'est-à-dire des *honoraires additionnels* – reste exceptionnelle et fort encadrée⁶⁸.

Historiquement, on peut mentionner la tendance jurisprudentielle minoritaire existant en droit québécois jusqu'en 1955⁶⁹ qui accordait des dommages-intérêts exemplaires. Il s'agissait là, au fond, d'un moyen indirect d'augmenter le montant des dommages-intérêts destinés à réparer un dommage moral. Les montants étaient, il est vrai, relativement modestes. En outre, certains juges n'hésitaient pas à tenir compte – implicitement et même parfois expressément – du compte des honoraires de la partie gagnante dans leur calcul des dommages *moraux*. C'est d'ailleurs ce que fait, en Cour d'appel, le juge Monet dans l'affaire *Montreal Gazette Ltd. (The) c. Snyder*⁷⁰ (infirmée en Cour suprême). Cet expédient nous semble avoir peu de base juridique, d'autant plus que les honoraires extrajudiciaires seraient, ou plutôt sont, des dommages *matériels*...

Par ailleurs, on peut se demander dans quelle mesure les juges ne tiennent pas compte – de façon *approximative et intuitive*

66. L'article 548 C.p.c. est la reproduction de l'article 137 de l'ancien *Code de procédure civile* français.

67. Cf. Jules DESCHÊNES, «De la timidité des tribunaux en matière d'honoraires d'avocats», (1962) 22 *R. du B.* 305.

68. Cf. *Banque canadienne impériale de commerce c. Aztec Iron Corp.*, [1978] C.S. 266, [1978] R.P. 385 (C.S.) (le juge Archambault énonce des principes encore suivis: M. LÉGER et M.-C. DUBÉ, *op. cit.*, note 25, p. 175 et s.).

69. *Chaput c. Romain*, [1955] R.C.S. 834.

70. Précité, note 4, 617; cf. *Augustin c. Nation de l'Islam du Canada*, [2000] R.R.A. 930 (C.S.). Voir aussi *Falcon c. Cournoyer*, [2000] R.R.A. 130 (C.S.). Dans *Moi-sescu c. Garmaise*, [1993] R.R.A. 587, 590 (C.S.) (appels rejetés sur requête quant à l'intimé seulement, 1993-11-04, C.A.M. 500-09-001576-933 et 500-09-001577-931); requête pour autorisation de pourvoi à la C.S.C., rejetée, 1994-05-05 (23949), le juge, sans utiliser les mots «abus de droit», mais «plaideur téméraire» et «plaideur malicieux [ayant causé] des sévices judiciaires» accorde, sous le chef de dommages *moraux* des honoraires extrajudiciaires fixés arbitrairement. Voir aussi *Corrigan c. Montreal Urban Community*, [1980] C.S. 853, 860.

– des honoraires que la partie gagnante aura payés à son avocat quand ils accordent des dommages-intérêts pour «ennuis et inconvénients» ou «perte de temps»...

II. L'ÉTAT CHAOTIQUE DU DROIT QUÉBÉCOIS: UN PASSÉ RÉVOLU?

Il nous a paru adéquat d'exposer l'état du droit jurisprudentiel québécois, avec ses contradictions et ses tendances orthodoxes et hétérodoxes, en une série numérotée de propositions.

1) Il convient de bien distinguer entre *honoraires judiciaires*, compris dans les *dépens*, et les honoraires extrajudiciaires.

Si le juge est titulaire d'un pouvoir discrétionnaire, sujet à ce qu'il soit motivé, en matière d'octroi des DÉPENS, en vertu de l'article 477 C.p.c., ce n'est pas le cas en matière de *dommages-intérêts*, en particulier s'il s'agit de dommages matériels, qui sont carrément des débours: le juge est encadré par la loi et doit se soumettre au principe de la réparation intégrale. Il en est ainsi, du moins, en théorie.

2) Pour bien comprendre la différence entre les dépens et les dommages-intérêts il n'est pas inutile de faire une brève digression sur le sort des *frais d'expert*⁷¹.

Une tendance jurisprudentielle refusait d'accorder les frais d'experts à la demande, alors qu'une autre tendance les accordait, parfois partiellement. C'est l'affaire *Hôpital Notre-Dame de l'Espérance c. Laurent*⁷² qui faisait le point sur la question. Le juge Mayrand, approuvé par ses deux collègues, écrivait⁷³:

Il serait peut-être équitable de faire supporter par celui qui doit réparation les frais d'une expertise indispensable à l'évaluation du préjudice qu'il a causé. Ces frais sont souvent accordés en matière d'expropriation: *Isabelle c. Procureur général de la P.Q.* [[1953] B.R. 747], *La Ville des Trois-Rivières c. Desaulniers* [[1972] R.L. 330], voir cependant George S. CHALLIES [*The Law of Expropriation*, 2^e éd. 1963, p. 235 et s.].

71. Cf. Alicia SOLDEVILA, «La double nature des frais d'experts», dans Service de formation permanente, Barreau du Québec, vol. 127, *Développements récents en droit civil* (1999), Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 69.

72. [1974] C.A. 543.

73. *Ibid.*, 550.

Cependant, il faut reconnaître que la loi n'assure pas à toute victime une indemnisation entière et parfaite; celle-ci est en effet obligée de subir sans recours le préjudice qui n'est pas une suite directe et immédiate de la faute reprochée au défendeur. Les frais d'expertises médicales réclamés en cette cause sont-ils une suite directe et immédiate de la faute des défendeurs appelants? À première vue, on peut le penser (voir A. et R. NADEAU [*Traité pratique de la responsabilité civile délictuelle*, Montréal, 1971, n. 578 bis, p. 542] et J.-L. BAUDOUIN [*La responsabilité civile délictuelle*, Montréal, 1973, n. 135, p. 102] sur ce sujet). Je crois cependant qu'on ne peut accorder les frais d'expertises médicales faites pour renforcer la preuve au procès, parce que ces frais ne se rattachent pas à la cause des blessures d'une manière assez immédiate et directe: *Williams c. C.T.M. et Concreters Ready Mix Ltd.* [[1958] R.L. 247, 249]. Les dépenses occasionnées par ces expertises sont plutôt une conséquence du refus des défendeurs appelants d'exécuter volontairement leur obligation de réparer le préjudice causé. Pour punir un défendeur d'avoir obligé un demandeur à s'adresser aux tribunaux, la loi ne prévoit qu'une sanction: la condamnation aux dépens, c'est-à-dire aux frais d'avocats, déboursés de cour et taxes des témoins selon le tarif établi. Les frais extrajudiciaires, le temps perdu chez l'avocat ou à l'audience, les honoraires d'expertise et les dépenses accessoires, tel que le coût de déplacement auquel aucun plaideur ne peut se soustraire, le demandeur doit les supporter, sans recours contre le défendeur. La loi tient à ce point à assurer la liberté des justiciables de se défendre contre ceux qui les traduisent en justice qu'elle limite au montant des dépens taxables la réparation du préjudice découlant d'une contestation mal fondée.

La Cour suprême, sous la plume du juge Pigeon, a modifié le cours de la jurisprudence dans les termes suivants, infirmant la Cour d'appel⁷⁴:

Malgré la jurisprudence constante de la Cour d'appel depuis *Proulx c. Cité de Hull* [[1947] B.R. 135], je ne puis admettre que la victime d'un quasi-délit n'ait pas le droit de recouvrer comme dommages en résultant, les débours qu'elle a dû faire pour établir l'étendue du préjudice qu'elle a souffert. Le premier juge me paraît avoir exercé judicieusement sa discrétion en appréciant la preuve à ce sujet d'une façon qui n'est pas de nature à favoriser les abus redoutés par la Cour d'appel.

Ce que dit, *au fond*, le juge Pigeon c'est que les frais d'experts sont des dommages *recouvrables*, parce que «immédiats et directs».

Ce qui a surtout attiré l'attention des tribunaux a été depuis un quart de siècle la question de savoir si les frais d'experts pouvaient être taxés comme *dépens* ou faire partir les dommages-

74. *Hôpital Notre-Dame et Théoret c. Laurent*, [1978] 1 R.C.S. 605, 620.

intérêts. Depuis l'affaire *Massinon c. Ghys*⁷⁵, la Cour d'appel a établi que l'ensemble des frais d'experts (préparation, rapport, témoignage) pouvait être récupéré en tant que *dépens* et *non seulement en tant que dommages*⁷⁶, pourvu toujours qu'ils aient été *raisonnables et utiles à la solution du litige*⁷⁷.

Le grand avantage de qualifier les frais d'experts de *dépens* est de permettre au défendeur victorieux (et pas seulement au demandeur principal ou reconventionnel) de récupérer ses frais d'expertise. Il y a cependant d'autres différences qui doivent être soulignées, car elles ont leur importance:

- s'il s'agit de dépens, pas d'*exécution provisoire* possible: article 548 C.p.c.;
- s'il s'agit de dépens, les *intérêts* ne peuvent être calculés qu'à partir du jugement qui les octroie (article 481 C.p.c.) et l'indemnité additionnelle de l'article 1619 C.c.Q. ne s'applique pas⁷⁸;
- s'il s'agit de dépens, le juge a le pouvoir discrétionnaire que lui confère l'article 477 C.p.c.

Précisément, les frais d'experts accordés en tant que dommages-intérêts doivent réparer *intégralement* le préjudice immédiat et direct subi par le demandeur. Le juge alors n'est pas titulaire d'un *pouvoir discrétionnaire* aussi souple. Il possède néanmoins, dans les faits, le pouvoir de décréter que certains débours ne sont pas immédiats et directs, et donc non recouvrables.

Si, par exemple, la victime d'un dommage corporel utilise les services d'un nombre d'experts estimé trop élevé (sans nécessité, ni même utilité) ou produit des rapports d'expert non pertinents, on admet sans peine que le juge n'inclura pas ces montants d'expertise dans les dommages-intérêts. Il se justifiera vraisemblablement en exprimant que ces frais étaient «inutiles» ou «déraisonnables». Mais ce ne peut être en raison de la règle de minimisation des dommages de l'article 1479 C.c.Q. Ce n'est pas un cas où la victime aurait aggravé son préjudice par sa faute,

75. [1998] J.E. 98-1195 (C.A.).

76. Cf. A. SOLDEVILA, *loc. cit.*, note 71, 69.

77. Cf. J.-L. BAUDOUIN et P. DESLAURIERS, *op. cit.*, note 47, n° 231 et s., p. 164 et s.

78. *Ranalli c. Motel du Vallon Canada Ltée*, [1984] C.S. 296, 303; *Boulianne c. Commission des écoles catholiques de Québec*, [1997] R.J.Q. 2792, 2799-2801 (C.S.).

pour la raison très simple que les montants superflus ne feront pas partie du préjudice réparable, parce que non immédiats ni directs.

Nous reviendrons plus directement sur cette question du caractère immédiat et direct des honoraires extrajudiciaires réclamés comme chefs de dommages, suite au préjudice subi⁷⁹.

3) La tendance traditionnelle était catégorique et elle a été réitérée en 1998 par la Cour suprême: les honoraires extrajudiciaires ne peuvent être accordés à titre de dépens.

Cette approche était bien ancrée dans le passé jurisprudentiel⁸⁰. Certains jugements sont très explicites⁸¹.

79. Voir *infra*, p. 121.

80. La motivation fréquente est que les honoraires extrajudiciaires sont des *dommages* et des *dommages indirects*: *Mitchell c. Québec (Procureur général)*, [1995] R.J.Q. 1835 (C.S.) se référant à *Payette c. Beaulieu*, [1994] R.R.A. 267, 275 et 276 (C.S.); 2752-9577 *Québec inc. c. Syndicat des travailleuses et travailleurs de Épicieris unis Métro-Richelieu*, J.E. 93-1591 (C.Q.); *Rouillier c. Chesnay*, [1993] R.R.A. 528, 544 (C.S.); *Coalition des citoyens et citoyennes du val St-François c. Québec (Procureur général)*, [1999] R.J.Q. 511 (C.S.). C'est un dommage indirect, inhérent à toute poursuite judiciaire: *Collège d'enseignement général et professionnel François-Xavier-Garneau c. Logiciels Davos ltée*, [1996] R.R.A. 370, 375 (C.S.); *Hade c. Dumont*, J.E. 95-1493 (C.S.) (pourtant sur une affaire de diffamation); *Rouillier c. Chesnay*, précité, note 80, 543. Voir aussi *Syndicat de la copropriété Le Bourdages c. Fortin*, J.E. 2000-1253 (C.S.); *Arbour c. Presse ltée (La)*, B.E. 99BE-529 (C.S.); *Fortin c. Société en commandite commerciale Lévis*, J.E. 98-663 (C.S.); *Elbaz c. Harbilus*, B.E. 2000BE-324 (C.Q.).

81. Il convient ici de fournir un large extrait d'une décision du Tribunal de l'expropriation, dans laquelle le juge Savard refuse le remboursement des honoraires extrajudiciaires en se justifiant de la façon suivante: *St-Laurent (Ville de) c. Industrial Glass Co.*, [1974] 2 R.J.T.E. 65, 70-72 (voir aussi *P.G. du Québec c. Dutil*, [1983] T.E. 189, 200): «En conclusion, on peut avancer que les frais judiciaires font partie des dépens et qu'ils comprennent la somme des honoraires que l'avocat peut exiger de la partie perdante pour chacun des gestes qu'il a posés devant le tribunal et qui sont enregistrés dans le dossier de la cause. Maintenant, qu'en est-il des frais extrajudiciaires? Ces frais sont, dans une certaine mesure, laissés à la discrétion de l'avocat. L'article 126 de la loi du Barreau nous en donne la définition:

Les services justifiant des honoraires extrajudiciaires comprennent, entre autres, les vacations, les voyages, les avis, les consultations écrites et verbales, l'examen, la préparation, la rédaction, l'envoi, la remise de tout document, procédure ou dossier et généralement tous autres services requis d'un avocat.

Aussi l'article 1 m) de cette même loi définit:

Frais extrajudiciaires: les honoraires ou frais, prévus au tarif ou non, qu'un avocat peut exiger pour des services professionnels ou en sus des frais judiciaires, et qui découlent de l'exercice de la profession d'avocat;

À la différence des frais judiciaires, les frais extrajudiciaires ne nécessitent pas un geste devant le tribunal. Ils ne sont pas fixes et varient selon l'expérience, le

Les seuls honoraires d'avocat que la partie perdante peut être condamnée à payer sont ceux prévus par le *Tarif* (y compris, dans les cas qui le justifient, les honoraires «additionnels») et ce

temps consacré à l'affaire, la difficulté du problème soumis, l'importance de l'affaire et la responsabilité assumée (Règlement du Barreau, art. 79).

Les frais extrajudiciaires font-ils partie des dépens? À cause surtout de cette discrétion que possède l'avocat de fixer le montant de ses frais, les tribunaux ne les ont jamais inclus dans les dépens. C'est l'intérêt public qui est ici en jeu: la partie perdante à qui incombe le fardeau des dépens ne doit pas faire l'objet d'exploitation de la part de l'avocat de l'autre partie. Nous croyons que c'est dans cet esprit que le législateur a exigé que le tarif des frais judiciaires, exigibles de la partie perdante, soit soumis à son approbation.

Le juge Gagnon de la Cour d'appel a bien rendu l'esprit de cette situation:

C'est au départ, le tarif détaillé approuvé par le lieutenant-gouverneur en conseil qui fixe le montant des honoraires que la partie condamnée aux dépens doit payer à l'autre et, de façon générale, il est juste que la partie qui s'engage dans un procès sache à quels frais judiciaires elle s'expose. (*Lévesque c. Faguy* [[1973] R.P. pp. 150-152 (C.A.)]).

Dans une étude élaborée et exhaustive des dépens [(1958) 18 *R. du B.* 245, pp. 245 à 264] le juge Antonio Langlais démontre qu'il est d'intérêt public que la partie perdante ne soit tenue de payer que les frais judiciaires:

À chaque pas de cette législation longue de presque deux siècles, on ne peut s'empêcher de remarquer le soin, le souci constant du législateur de garder dans de justes mesures et sous l'autorité des juges puis du gouvernement les frais payables par la partie perdante et particulièrement quand il s'agit de la perception des créances.

Pendant longtemps le législateur conserva le pouvoir d'en fixer le quantum, il le concéda aux juges pendant une période. Plus tard, il le reprit des mains des juges pour le confier à l'exécutif. Plus tard encore, il le confia, quant aux honoraires des avocats entrant en taxation contre la partie perdante, au Barreau lui-même, mais exigeant toujours son approbation des tarifs avant qu'ils entrent en vigueur. Plus tard encore, il distingua entre les frais judiciaires et extrajudiciaires, confia ceux-ci entièrement à l'autorité du Barreau, mais quant à ceux qui doivent être à la charge du défendeur, il dit au Barreau: préparez les tarifs, mais je garde le droit de les approuver pour qu'ils deviennent en force.

Le juge Antonio Langlais en vient donc à la conclusion que ce sont des considérations d'ordre public qui ont poussé le législateur à ne pas inclure les frais extrajudiciaires dans les dépens qui sont à la charge de la partie perdante:

1. La politique législative, depuis le début de la colonie, a toujours manifesté le souci de rendre le moins lourd possible le fardeau du défendeur qui succombe;
2. Notre législation permanente précise que les frais exigibles du défendeur ne peuvent être autres que les frais taxables déterminés d'après un tarif approuvé par l'exécutif;
3. On peut affirmer que cette législation est ainsi faite à l'avantage de la communauté.

Dans la cause *La Caisse populaire de l'Université Laval c. Marois* [[1970] R.P. 408-412], le juge Raymond Beaudet avance que si la partie perdante était tenue à payer les frais extrajudiciaires de la partie adverse, elle pourrait être appelée à payer des frais extrajudiciaires élevés, selon la générosité du client envers son avocat. Il en arrive donc à la conclusion suivante:

aucune fissure ne permet de contrecarrer la volonté du législateur limitant à ceux fixés par le tarif, les frais qui peuvent être recouvrés de la partie adverse.

sont les honoraires judiciaires. La raison principale est un argument de texte: le *Code de procédure civile* couvre la matière et il ne serait pas justifié d'aller au-delà du Code⁸². C'est l'essence de l'arrêt rendu par la Cour d'appel en 1988 dans **Kowarsky c. P.G. du Québec**⁸³: il n'est pas question d'accorder à une partie des frais «avocat-client»⁸⁴ au lieu ou en sus des dépens traditionnels. Le juge Gendreau écrit⁸⁵:

La difficulté, c'est qu'au Québec, le droit est codifié. Le *Code de procédure civile* prévoit la condamnation aux dépens (art. 477, 519 et 522 C.P.) qui sont établis suivant le Tarif (art. 480 C.P.). Or, comme tel, le Tarif ne donne ouverture à aucune forme de réclamation de frais extrajudiciaires qui sont seuls acquis aux avocats (art. 125 de la *Loi sur le Barreau*).

Cette approche reçoit l'approbation de la majorité de la Cour suprême dans la fameuse affaire *Aubry c. Éditions Vice-Versa inc.*⁸⁶:

L'intimée demande que les appelants soient condamnés non seulement aux dépens, mais également aux honoraires, ou dépens entre procureur et client. Au Québec, l'attribution des dépens est régie de façon exhaustive par le *Code de procédure civile*, L.R.Q., ch. C-25, et les divers tarifs. Voir *Kowarsky c. Procureur général du Québec*, [1988] R.D.J. 339 (C.A.). Ceux-ci reconnaissent au juge un pouvoir discrétionnaire en matière de dépens additionnels.

[...]

Même s'il était reconnu qu'il s'agit ici d'une cause-type, nous ne croyons pas qu'il serait approprié d'accorder des dépens additionnels. Nous tenons cependant à préciser que nous rejetons aussi la

Le jugement de l'arrêt *Posluns c. Berke et un Autre*, [1968] C.S. 255, conclut aussi que le demandeur n'a pas le droit de réclamer des frais d'avocat extrajudiciaires, même dans le cas où une convention à ce sujet aurait été signée par les deux parties en cause.»

Le Tribunal est d'avis que, selon la législation, la doctrine et la jurisprudence, les dépens, qui sont à la charge de la partie perdante, comprennent les frais de cour et les frais judiciaires, mais excluent les frais extrajudiciaires.

82. On peut comparer ce raisonnement avec celui, similaire, de la Cour d'appel en matière de *forum non conveniens*, avant les changements législatifs, dans *Aberman c. Solomon*, [1986] R.D.J. 385, 391 et 392 (C.A.); voir la critique de Paul NORMANDIN, «Les pouvoirs inhérents de la Cour supérieure et la doctrine «forum non conveniens»», (1987) 47 *R. du B.* 469. Voir aussi le raisonnement du juge LeBel, au nom de la Cour suprême, dans *Lac d'amiante du Québec ltée c. 2858-0702 Québec inc.*, précité, note 50.

83. [1988] R.D.J. 339 (C.A.). À noter que la Cour d'appel, dans *Juneau c. Taillefer*, précité, note 65, approuve l'opinion du juge Gendreau dans *Kowarsky*, à la page 2227 (juge en chef Michaud).

84. Sur cette notion de common law, voir *infra*, p. 109.

85. *Kowarsky c. P.G. du Québec*, précité, note 83, 342 et 343.

86. Précité, note 1, 623-625.

position de l'appelante concernant la nécessité d'inclure les dépens additionnels dans la réclamation de dommages et intérêts. Cette approche serait tout à fait contraire aux dispositions de l'art. 477 C.p.c. Il faut aussi noter que, dans le cas présent, les dépens ne peuvent pas être considérés comme découlant directement de la violation de la *Charte* québécoise.

Il semble clair que dépens et dommages-intérêts doivent être distingués et que les honoraires extrajudiciaires ne font pas partie des dépens. Si c'était le cas, pouvons-nous ajouter, il n'y aurait plus beaucoup de motifs de distinguer, lors d'un litige, les honoraires judiciaires des honoraires extrajudiciaires. Non seulement une partie ne peut faire inclure les honoraires extrajudiciaires dans les dépens, mais le tribunal, lui-même, ne peut les inclure dans les dépens auquel il condamne. Les dépens sont tarifés.

4) Traditionnellement, les honoraires extrajudiciaires ne pouvaient non plus être accordés à titre de *dommages-intérêts*. Le demandeur ne pouvait pas normalement les obtenir dans l'instance pour laquelle ou dans laquelle ils ont été déboursés ou étaient dus.

Maintenant qu'il a été établi que les honoraires extrajudiciaires ne peuvent être accordés à titre de dépens – *sauf si un texte législatif le permet*⁸⁷ et *sauf s'il y a convention entre les parties à cet effet*⁸⁸ – en vertu du droit judiciaire commun, il faut s'interroger sur la question de savoir s'ils peuvent être accordés à titre de DOMMAGES-INTÉRÊTS et, pour être plus précis, sous le chef de dommages matériels.

Déjà en 1886 le demandeur, dans une affaire de rupture de contrat, s'était fait refuser, comme partie du dommage subi, les honoraires payés à son avocat. Les remarques suivantes du juge Cross, au nom de la cour du Banc de la Reine méritent d'être reproduites⁸⁹:

87. Voir note 32, *supra*. L'interprétation jurisprudentielle de l'article 242(4) de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, L.R.C. (1985), c. C-44, accorde les honoraires extrajudiciaires comme «honoraires légaux», parfois même sur la base avocat-client: *167806 Canada Inc. c. Ain & Zakuta (Canada) Inc.*, J.E. 96-1758 (C.S.); *Grace c. Martineau, Provencher & Associates Ltd.*, J.E. 98-896; appel principal accueilli avec dissidence et appel incident rejeté avec dissidence, [2001] R.J.Q. 2414 (C.A.); *Chorémis c. Recine*, J.E. 2000-1282 (C.S.); *Deveaux c. Cognata*, J.E. 2000-903 (C.S.); *Leblanc c. Fertek inc.*, [2000] R.J.Q. 2921 (C.S.).

88. Voir note 34, *supra*. *P.G. Productions inc. c. Intégral Vidéos inc.*, [1996] R.J.Q. 675, 681-684 (C.S.).

89. *Cox c. Turner*, (1886) M.L.R. 2 B.R. 278, 283.

A demand of quite a novel character is, however, set up in this case, viz., the allowance of a counsel fee for giving advice to the appellant. We are not disposed to allow this charge. The courts are continually pressed to allow extraneous charges, and if such demands were not resisted, the costs of litigation would rapidly become even more ruinous than they already have the reputation of being. Every subject is supposed to be bound to know the law for himself, and if he thinks it prudent to be advised on what is legally an obligation of his own, he indulges in a luxury he is legally and, I presume, fairly bound to put to his own charge.

Un siècle plus tard, en 1985, le juge Orville Frenette, dans *Blanchet c. Corneau*⁹⁰, écrit:

Les dommages matériels

Dans ce dossier les seuls dommages de ce genre pourraient être de la somme de 5 000 \$ que les demandeurs ont avancée à leurs procureurs afin de payer le coût des honoraires et déboursés nécessaires pour entreprendre ce litige.

Ils soutiennent que ce montant constitue un dommage matériel qu'ils ont le droit de recouvrer des défendeurs. Je ne puis accepter cette proposition car la seule sanction que je connaisse résultant de l'obligation d'intenter des procédures judiciaires pour faire respecter ses droits, c'est la condamnation aux dépens et aux intérêts sur la somme accordée plus l'indemnité additionnelle qui peut être accordée en vertu des articles 1056c et 1078.1 du Code civil [*Montréal Gazette Ltd. c. Snyder*, [1983] C.A. 604, 616].

La seule exception que je connaisse est celle résultant de dénunciations ou d'arrestations téméraires ou malicieuses, où les frais d'avocats encourus pour se défendre contre ces accusations et se faire acquitter, peuvent être recouverts du dénonciateur [André Nadeau et Richard Nadeau, *op. cit.*, *supra*, note 7, p. 247].

Il résulte que dans le présent litige les honoraires avancés aux procureurs des demandeurs ne peuvent être réclamés à titre de dommages-intérêts.

On notera que le juge Frenette ne motive pas vraiment sa position. Il aurait pu, par exemple, faire ressortir qu'il s'agit là de dommages qui ne sont pas immédiats et directs... Il n'en reste pas moins qu'il exprime en gros l'état du droit tel qu'il ressort de la tradition juridique québécoise.

Par ailleurs, l'«exception» qu'il mentionne doit être élargie: les honoraires extrajudiciaires engagés pour se défendre contre un *abus de procédure* (au sens large) sont clairement et indubita-

90. [1985] C.S. 299, 306 et 307.

blement une conséquence directe et immédiate de cet abus. Il ne s'agit pas vraiment d'une «exception» en raison du caractère immédiat et direct du préjudice subi... L'«exception» étant précisée, la règle générale traditionnelle se maintient: on ne peut recouvrer en principe dans une instance les frais d'avocat engagés *dans cette instance*, comme dommages-intérêts.

5) Les honoraires déboursés (ou dus) en raison d'un abus de procédure dans une action A (antérieure) peuvent être recouvrés comme dommages-intérêts dans une action B (postérieure) en responsabilité civile fondée sur cet abus, par le demandeur ou le défendeur dans ces deux actions.

C'est d'ailleurs ce que la Cour d'appel rappelle dans l'affaire *Kowarski c. P.G. du Québec*⁹¹:

Il va de soi qu'une partie, si elle croit avoir été victime d'un dommage par l'abus de procédures judiciaires, peut rechercher son adversaire en responsabilité et obtenir compensation.

Ce recours s'exercera comme tout autre par action logée devant le tribunal de première instance compétent; plus tard, peut-être un pourvoi sera soumis à l'attention de notre Cour.

Parmi les premières décisions, certaines portaient sur des demandes de remboursement des honoraires de l'avocat qui représentait la victime ou plutôt les proches de la victime lors d'une enquête du *coroner*. Il s'agissait de savoir si ces dépenses pourraient faire partie des dommages-intérêts recouvrables par le demandeur. L'attitude initiale des tribunaux a été de rejeter une telle demande, car il ne s'agissait pas «de dépenses ou de dommages qui soient une suite immédiate et directe de la mort du fils du demandeur»⁹²; il ne s'agit pas d'honoraires ou de débours «taxables»⁹³.

Il semble cependant que des honoraires de l'avocat assistant à une enquête du coroner ont été octroyés comme dépenses dans l'affaire *Chartier* en Cour suprême⁹⁴. Le demandeur a été arrêté, détenu et inculpé pour homicide involontaire à la suite du verdict

91. Précité, note 83, 343; voir, par exemple, *Théberge c. Équipe d'inventaire C.V. inc.*, [1994] R.R.A. 955 (C.S.) ou *Victor Parent inc. c. Compagnie Fondation du Canada ltée*, [1996] R.R.A. 738 (C.S.).

92. *Montreal Tramways Company c. Crépeau*, (1923) 35 B.R. 102; cf. *Jasmin c. Dubé*, [1973] C.A. 1091.

93. *McAthey c. Redpath*, [1931] C.S. 26; voir aussi *Jeffrey c. Canadian National Rlys Co.*, [1954] R.P. 409 (C.S.).

94. *Chartier c. P.G. du Québec*, [1979] 2 R.C.S. 474. Voir, par analogie, *Spector c. Brott*, [1992] R.R.A. 921 (C.S.), *contra*: *Jasmin c. Dubé*, précité, note 92.

d'un coroner qui l'a tenu erronément criminellement responsable de la mort d'une personne. Justement celui qui doit se défendre – et payer des honoraires à cette fin – contre une accusation téméraire et injustifiée peut récupérer les honoraires payés à son avocat pour faire éclater la vérité. La même règle prévaut en cas d'arrestation⁹⁵, de perquisition ou de saisies illégales⁹⁶ ou abusives.

On peut généraliser cette situation de la façon suivante: *La victime d'une utilisation abusive ou illicite du processus judiciaire (au sens large), qui, pour cette raison, a dû débours des honoraires, peut réclamer ces honoraires en tant que dommages dans une action (subséquente) en responsabilité civile.*

On peut classer, à la rigueur, les cas suivants dans la catégorie ci-dessus, qui servent d'illustrations:

– Dans l'affaire *Tevan c. Hôtel Bord du Lac Inc.*⁹⁷, le demandeur, victime de voies de fait, a dû recourir aux services d'un avocat pour faire condamner le défendeur au criminel, en raison de l'inaction de la police et du procureur de la cour municipale. Se basant sur des précédents⁹⁸, le juge Tannenbaum a accepté d'inclure un compte d'honoraires de 3 395 \$ dans les dommages dans une action pour blessures corporelles et *autres dommages* résultant de ces voies de fait⁹⁹.

95. Voir récemment sur la responsabilité de la Couronne pour poursuite «abusive» au criminel: *Proulx c. Québec (P.G.)*, J.E. 2001-1975 (C.S. can.), inf. [1999] R.J.Q. 398 (C.A.), inf. [1997] R.J.Q. 2509 (C.S.); *Boulangier c. Montréal (Ville de)*, [1973] C.S. 156; *Corrigan c. Montreal Urban Community*, précité, note 70; *Maisonneuve c. P.G. du Québec*, J.E. 84-173 (C.S.); *Roussel c. Doyon*, [1986] R.J.Q. 401 (C.P.); [1989] R.R.A. 528 (C.A.); *D. (R.) c. L. (D.)*, [1992] R.J.Q. 2287 (C.S.); appel principal rejeté et appel incident accueilli, 1996-05-09 (C.A.M. 500-09-001677-921); *Laroche c. Trois-Rivières (Ville de)*, [1994] R.R.A. 635 (C.Q.); *Allard c. Biron*, [1997] R.J.Q. 1420 (C.S.); [1999] R.J.Q. 2245 (C.A.); *André c. P.G. du Québec*, [1999] R.R.A. 886 (C.S.) (en appel); *Bellefleur c. Montréal (Communauté urbaine de)*, [1999] R.R.A. 546 (C.S.); *Bouchard c. Québec (Procureur général)*, [1987] R.J.Q. 1304, 1318 (C.S.); appel rejeté, 1992-08-27 (C.A.Q. 200-09-000312-873); *Chapadeau c. Lajeunesse*, [1976] C.P. 217; *Emery c. Richer*, J.E. 99-1337 (C.S.) (en appel) (arrestation sans mandat ni motif raisonnable et probable); *Nabhan c. Hénault*, REJB 2000-21578 (C.S.) (poursuites criminelles abusives).

96. *Ouellet c. Société des alcools du Québec*, [1997] R.R.A. 417 (C.S.); appel rejeté, [1999] R.R.A. 41 (C.A.); *Mathers c. Centre de pneus Michel inc.*, J.E. 94-671 (C.S.) (saisie abusive); *Breen Brokerage Ltd. c. Peter Fraenkel Consultants Ltd.*, [1994] R.R.A. 97 (C.S.) (saisie abusive); appel rejeté, 1997-10-15 (C.A.M. 500-09-002133-932); *Multi-Fruit Inc. c. Yvon Désormeaux Inc.*, [1987] R.R.A. 367 (C.S.); conf. J.E. 90-673 (C.A.); *Matlin c. Daye*, [1993] R.R.A. 345 (C.S.); infirmé sur les faits par [1995] R.R.A. 270 (C.A.).

97. [1988] R.J.Q. 2155 (C.S.).

98. *Desmarais c. Barbeau*, (1940) 69 B.R. 21; *Goluwaty c. Yurkevitch*, [1943] C.S. 414.

99. *Tevan c. Hôtel Bord du Lac Inc.*, précité, note 97, 2159.

– Dans l'affaire *Rioux c. Sept-Îles (Corp. municipale de la cité de)*¹⁰⁰, il s'agissait d'une action en dommages-intérêts contre une municipalité par suite de l'annulation d'un règlement de zonage municipal dans une instance antérieure: les «frais légaux engagés lors de l'action en annulation»¹⁰¹ ont été considérés comme des dommages recouvrables.

Ces situations ont deux éléments en commun: 1^o les honoraires extrajudiciaires sont réclamés dans une action *distincte* de celle dans le cadre de laquelle ils ont été engagés et 2^o un lien de causalité immédiat et direct peut facilement être détecté. Il faut souligner aussi le pouvoir discrétionnaire des tribunaux de diminuer le montant des honoraires extrajudiciaires réclamés – question sur laquelle nous reviendrons¹⁰².

6) Toutefois, les honoraires extrajudiciaires peuvent aussi être accordés dans une même instance au demandeur, ou au défendeur se portant demandeur reconventionnel, lorsqu'ils sont le résultat d'un abus de procédure¹⁰³.

Il est d'abord très clair que ce n'est pas parce qu'un demandeur ou un défendeur sort victorieux d'un procès qu'il se verra accorder les honoraires extrajudiciaires qu'il aura dû verser¹⁰⁴. Le défendeur peut se porter demandeur reconventionnel et, en ce cas, il devient *demandeur*¹⁰⁵...

Si l'on conçoit bien qu'un *défendeur* soit redevable d'un abus de procédure, *a fortiori* un demandeur. L'abus de procédure est une instance en soi, un type caractérisé de faute, classé dans l'abus de droit, qui répond à des règles spécifiques¹⁰⁶. *On pourrait parler plus génériquement de faute caractérisée dans l'exercice de*

100. [1995] R.J.Q. 2198 (C.S.).

101. *Ibid.*, 2206.

102. *Cf. infra*, p. 122.

103. *Juneau c. Taillefer, Taillefer, Pigeon, Bernier, Sheitoyan*, [1992] R.J.Q. 2550. 2570 et 2571 (C.S.), conf. par *Juneau c. Taillefer*, précité, note 65, 2225.

104. «[...] cela serait inacceptable en droit québécois»: 2856-8053 *Québec inc. c. Gignac*, J.E. 2000-710 (C.S.); cf. *Rancourt c. 90602 Canada ltée*, J.E. 98-2245 (C.S.).

105. Notre Cour d'appel considère qu'à la suite d'une action le défendeur peut se porter demandeur reconventionnel pour réclamer des dommages-intérêts pour diffamation contenue dans la déclaration: *F.G.N. Gibraltar Inc. c. Aziz*, [1990] R.D.J. 81 (C.A.); *Ammendolea c. Acqua Mare Seafood Inc.*, [1993] R.D.J. 347 (C.A.); *R. (H.) c. B. (G.)*, [1998] R.J.Q. 3065 (C.S.); *Lecours c. Desjardins*, [1999] R.R.A. 865 (C.S.); appel accueilli en partie, précité, note 11.

106. Cf. J.-L. BAUDOUIN et P. DESLAURIERS, *op. cit.*, note 47, n^o 198 et s., p. 137 et s.; Pierre LAROUCHE, «La procédure abusive», (1991) 70 *R. du B. can.* 650.

recours judiciaires. L'économie des moyens pour une bonne administration de la justice permet, en cas de demande ou de procédure abusive, d'obtenir les honoraires extrajudiciaires qui en découlent en vertu de la *demande reconventionnelle*¹⁰⁷. Il faut bien comprendre que, techniquement, le défendeur victorieux aurait pu intenter une action séparée, distincte, autonome, pour procédure abusive et que les honoraires extrajudiciaires sont alors incontestablement des dommages immédiats et directs puisque le tort principal causé est précisément d'avoir obligé la victime à se défendre (et à engager des frais d'avocat) contre une procédure abusive. Est parfaitement justifiée la jurisprudence qui refuse d'accorder les honoraires extrajudiciaires parce qu'il n'y a pas eu d'abus de procédure¹⁰⁸.

Le *Code de procédure civile* a lui-même prévu, dans certaines dispositions, la sanction de certains actes de procédure répréhensibles. Ainsi, l'article 75.1 C.p.c. vise les actions ou les [actes de] procédure «*frivoles ou manifestement mal fondés*»¹⁰⁹. Il nous semble ressortir du libellé de l'article 75.2 C.p.c.¹¹⁰ qu'une procédure «*frivole ou manifestement mal fondée*» n'est pas nécessairement «*abusive ou dilatoire*». Elle peut le devenir si, dans une étape *supplémentaire*, le tribunal, sur demande, la déclare «*abusive ou dilatoire*», ce qui risque d'entraîner une condamnation «*de la partie déboutée à payer des dommages-intérêts en réparation*»; ceci, d'ailleurs, conformément au libellé de l'article 501(5) C.p.c. (relatif à la requête pour rejet d'appel) et à celui de l'article 524, qui permet à la Cour d'appel, même d'office, de «*déclarer dilatoire ou abusif un appel qu'elle rejette ou déclare déserté*»¹¹¹ entraînant

107. Par exemple, *Entreprises Pierre Agouri ltée c. Manuvie, la compagnie d'assurance-vie Manufacturers*, [1996] R.R.A. 377, 393 et 394 (C.S.); mais est erronée la motivation de la jurisprudence qui refuse d'accorder les honoraires extrajudiciaires *parce qu'il n'y avait pas mauvaise foi ou grossière négligence* dans la question de fond: voir, par exemple, *Nolet c. Garthby (Corp. municipale du canton de)*, J.E. 95-1999 (C.S.).

108. Par exemple, *Michaud c. Lesné*, J.E. 98-2038 (C.S.); *Obadia c. Reisler*, B.E. 98BE-507 (C.S.).

109. L'article 75.1 C.p.c. a été ajouté en 1984 (c. 26, art. 4). Cf. Denis FERLAND et Benoît EMERY, *Précis de procédure civile du Québec*, 3^e éd., vol. 1, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997, p. 130; *Legault c. Gagné*, [1988] R.D.J. 196 (C.A.); *Burnett c. Banque Royale du Canada*, [1992] R.D.J. 261 (C.A.).

110. Ajouté en 1993 (c. 72, art. 2). Voir, en général, Gilbert A. HOURANI, «*L'appel abusif et dilatoire: le rejet de l'appel, le cautionnement et les dommages-intérêts*», dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, vol. 161, *Développements récents en droit civil (2001)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 145.

111. *Compagnie 99885 Canada inc. c. Monast*, [1994] R.R.A. 217, 222 (C.A.); *Entreprises Marcel Rioux inc. c. Comco inc.*, [1995] R.R.A. 547 (C.Q.); *Banque Royale du Canada c. Group Packaging Inc.*, B.E. 99BE-256 (C.S.).

pour l'appelant une éventuelle condamnation à des dommages-intérêts. La Cour d'appel a assimilé un appel dilatoire à un appel abusif¹¹². Un acte de procédure ou un appel, qualifiés d'*abusifs*, donnent droit à la réparation du préjudice qui en résulte. Au fond, c'est la notion d'abus de procédure qui émerge. L'abus n'est pas celui dans l'exercice d'un droit substantif, mais bien dans l'exercice d'un droit procédural.

Pour revenir aux situations non spécifiquement prévues par le législateur, pourquoi n'en serait-il pas de même si l'exercice du droit de se défendre à une action est abusif? Certes pourquoi pas? On peut concevoir que le droit du demandeur était limpide et liquide et que le défendeur ait fait une défense... indéfendable – en un mot *abusive*, conformément au précepte de l'article 7 C.c.Q. Ou que le défendeur ait multiplié les moyens de procédures inutiles, frivoles, ne serait-ce que pour gagner du temps. Bien sûr, le défendeur abusif devrait être condamné à payer les dépens. Mais n'est-il pas logique, dans une telle situation, qu'il soit condamné à payer les *honoraires extrajudiciaires* du demandeur?

Rappelons qu'il n'y a pas faute à exercer son droit de se défendre devant les tribunaux si l'on est poursuivi. Il faudrait une faute caractérisée, un abus dans le moyen de défense. En ce cas, *l'économie des moyens pour une bonne administration de la justice* permettrait au juge de condamner ce défendeur à payer les honoraires extrajudiciaires dans la même action s'il a tous les éléments de preuve devant lui¹¹³. Encore faut-il bien cerner l'abus: par exemple, si le montant des dommages réclamés dans l'action principale doit être *liquidé* par le juge, il est difficile de voir un abus dans une défense soutenant que la demande est excessive.

En définitive, il faut utiliser le critère suivant: le demandeur aurait-il ou pourrait-il obtenir une condamnation à payer les honoraires extrajudiciaires comme dommages-intérêts dans une *action séparée*, postérieure, basée sur l'abus de procédure? Si la réponse est positive et que le juge a suffisamment de preuve pour le faire, la condamnation aux honoraires extrajudiciaires serait de mise.

112. *Giannoulis c. Kovacs*, [1993] R.D.J. 590 (C.A.).

113. Précisément si la preuve du préjudice subi est incomplète, il faudra une autre instance. Voir les textes des articles 75.2, al. 2 et 524, al. 2 C.p.c., par analogie.

7) Plus génériquement, les honoraires extrajudiciaires seront accordés pour réparer les conséquences d'un abus dans l'exercice de recours judiciaires ou de voies de droit. Comme l'écrit fort à propos le juge dans *Pasquale c. Desco-teaux*¹¹⁴: «Ce qui est compensable, c'est l'abus, voire l'abus de procédures au point où il devient un abus de droit.»

Il est opportun de souligner que ce n'est pas parce qu'il y a un abus de droit comme base d'une action en responsabilité civile que les honoraires extrajudiciaires pourront être considérés comme des dommages-intérêts faisant partie du préjudice réparable, mais bien parce qu'il s'agit d'un abus d'un droit *procédural*. Il est donc erroné d'affirmer que les honoraires extrajudiciaires ne seront pas accordés comme dommages-intérêts parce que la conduite au fond (non procédurale) de l'autre partie n'a pas été empreinte de malice ou de mauvaise foi, comme le font plusieurs jugements¹¹⁵.

Dans un tel encadrement, la caractéristique de préjudice «immédiat et direct» des honoraires extrajudiciaires saute aux yeux.

8) Différemment des dépens, il est contraire au droit d'accorder à titre de dommages-intérêts des honoraires extrajudiciaires pour *punir* une partie qui aurait eu une conduite répréhensible.

Le pouvoir discrétionnaire du juge prévu à l'article 477 C.p.c., renforcé par notre tradition jurisprudentielle, justifie de punir une conduite répréhensible par un changement de la règle générale de l'octroi des dépens¹¹⁶. Lorsqu'il s'agit de dommages-intérêts cependant, ceux-ci n'existent que pour réparer un préjudice illicitement subi. Qu'une faute soit *levissima* ou criminellement intentionnelle ne change rien au principe de la *restitutio in integrum*.

114. [1990] R.R.A. 574, 577 (C.S.).

115. Par exemple, *Rancourt c. 90602 Canada ltée*, précité, note 104; *Côté c. Université du Québec à Hull*, [1998] R.J.Q. 545 (C.S.); *St-Onge c. Baie-St-Paul (Corp. municipale de paroisse)*, J.E. 99-2068 (C.S.).

116. Cf. *supra*, p. 68.

9) Toutefois une certaine jurisprudence utilise l'octroi d'honoraires extrajudiciaires pour punir une partie¹¹⁷, alors que ce sont seuls les dommages-intérêts exemplaires ou punitifs qui devraient avoir ce rôle.

Il est opportun de se poser la question suivante: lorsque la loi prévoit que le tribunal peut octroyer des dommages-intérêts punitifs [notamment au deuxième alinéa de l'article 49 de la Charte québécoise], peut-on tenir compte du montant des honoraires extrajudiciaires payés ou dus par la partie victorieuse pour calculer le montant des dommages punitifs? Il n'y a rien dans l'article 1621 C.c.Q. qui le prohibe. Il peut s'agir d'une «circonstance appropriée», différente de l'«étendue de la réparation à laquelle [le débiteur] est déjà tenu envers le créancier». Par exemple, dans une situation où l'atteinte intentionnelle à un droit fondamental a causé peu de dommages réels. Mais dans un cas semblable il serait inopportun de condamner à des dommages-intérêts punitifs et, *en sus*, au paiement d'honoraires extrajudiciaires¹¹⁸!

10) Une nouvelle tendance jurisprudentielle, que l'on peut dater de 1988 (qui a été de plus en plus suivie) et qui est basée sur deux arrêts de la Cour d'appel, considère qu'il peut *exceptionnellement* être justifié d'accorder les honoraires extrajudiciaires au demandeur victorieux.

Il conviendra d'analyser ces deux arrêts. On peut énoncer que ces deux arrêts-clés sont basés *soit* sur un raisonnement juridique qui laisse à désirer, *soit* sur des précédents qui n'en sont pas¹¹⁹.

Alors que l'affaire *Kowarski*, qui limite les honoraires judiciaires aux honoraires tarifés, date de 1988, on peut retracer la nouvelle tendance de la jurisprudence à deux arrêts de la Cour d'appel: l'affaire *Nantel*¹²⁰ la même année et l'affaire *Alvetta-Comeau*¹²¹ deux ans plus tard.

117. Nous avons vu que des modifications à la règle de l'attribution des dépens peuvent servir cette fin, *supra*, p. 69. Et c'est là qu'il ne faut pas confondre les dépens (comprenant les honoraires judiciaires tarifés) et les honoraires extrajudiciaires. Voir notre note 209, *infra*.

118. Voir, par exemple, *Lancaster c. Desgroseilliers*, [1991] R.R.A. 290, 291 (C.S.).

119. Il n'est pas dans notre style habituel de faire de longues citations d'extraits de jugements. Mais il est parfois opportun de le faire.

120. *West Island Teachers' Association c. Nantel*, [1988] R.J.Q. 1569 (C.A.).

121. *Association des professeurs de Lignery (A.P.L.), syndicat affilié à la C.E.Q. c. Alvetta-Comeau*, [1990] R.J.Q. 130 (C.A.).

Dans la première affaire, la Cour d'appel, sous la plume du juge Chevalier (*ad hoc*), se contente d'une déclaration basée sur les articles 1073 et 1075 C.c.B.C. [art. 1611 et 1613 C.c.Q.]¹²²:

Enfin, au même chapitre, les appelants soutiennent que le remboursement des frais extrajudiciaires encourus n'aurait pas dû être accordé. Leurs motifs sont qu'ils n'ont pas été demandés spécifiquement et que la seule sanction recevable en l'occurrence est le paiement des frais judiciaires.

À mon avis, la réclamation apparaissant dans la déclaration sous le titre «*Dommages matériels*» ou même sous celui de «*Autres dommages directs*» était suffisante, à la condition que la preuve du quantum ait été établie, ce qui a été fait.

En ce qui a trait au droit de réclamer les frais extrajudiciaires, je considère que la situation créée par les agissements et attitudes du syndicat et des membres de son conseil d'administration a forcé les intimés à requérir l'aide professionnelle d'avocats pour les informer de leurs droits, les diriger dans leur comportement à l'égard de leurs adversaires du moment et leur indiquer la marche à suivre dans la revendication de leurs privilèges. La relation entre les gestes des appelants et le préjudice résultant des déboursés encourus en ces occasions est établie au sens de l'article 1073 C.c. et, vu l'existence d'un délit, directe au sens de l'article 1075 C.c.

Ce qui transparaît de cette déclaration, c'est que les honoraires extrajudiciaires sont des dommages matériels [débours] causés par la faute [en l'occurrence «dolosive»] des défendeurs et une suite immédiate et directe du délit. Il *semble* bien que cette déclaration se limite aux cas de «délits» distingués des quasi-délits. Il nous est impossible de justifier juridiquement dans ce contexte la différence qu'il y aurait à tracer entre les délits et les quasi-délits. De plus, à ce compte-là il n'y aurait pas de situation où le versement des honoraires extrajudiciaires ne serait pas recouvrable en tant que débours directs et immédiats. C'est une perte, un dommage, et elle est due à l'agissement fautif du défendeur, ce qui entraîne son obligation de réparation de tous les dommages causés. Répétons-le, rien ne justifie un régime particulier pour les *délits* en ce domaine. En d'autres termes, la déclaration du juge Chevalier ne semble avoir aucun fondement!

122. *West Island Teacher's Association c. Nantel*, précité, note 120, 1573. Pour un exemple où le Tribunal des droits de la personne invoque les deux arrêts ci-haut cités pour accorder des honoraires extrajudiciaires, versés dans des instances antérieures cependant, voir *Commission des droits de la personne c. Brzozowski*, [1994] R.J.Q. 1447 (T.D.P.Q.).

On notera que le juge Chevalier ne parle pas de «cas exceptionnels ou limités». Et son texte ne permet pas de savoir si c'est seulement le caractère immédiat et direct du dommage réparable (en l'occurrence le versement d'honoraires extrajudiciaires) qui est la condition, le critère, de leur octroi ou si ce critère ne s'applique qu'en cas de délits, par opposition aux quasi-délits. Nous soutenons pour notre part que, dans les deux cas, ce n'est pas une solution juridiquement fondée. C'est peut-être la raison qui a poussé une autre formation de la Cour d'appel de tenter de préciser cette déclaration dans *Nantel*, dans l'affaire *Alvetta-Comeau*¹²³:

La réclamation de 500 \$ à titre de dommage matériel est basée sur l'ensemble des dépenses encourues par les intimés pour faire valoir leurs droits. La Cour supérieure a estimé qu'il s'agissait là d'un dommage direct, causalement relié à la faute des appelants. À mon avis, la Cour supérieure a bien jugé, eu égard à la jurisprudence contemporaine qui estime que les frais d'avocats ou de justice peuvent, dans certains cas limités, lorsque la preuve du lien de causalité est effectivement rapportée, constituer un dommage direct: *The Montreal Gazette Ltd. c. Snyder* [[1983] C.A. 604, 616-618; [1988] 1 R.C.S. 494]; *Fabien c. Dimanche-Matin Ltée* [[1979] C.S. 928; C.A. Montréal, n° 500-09-001218-791, le 13 septembre 1983 (J.E. 83-971)]; *Nantel c. West Island Teachers Association* [C.S. Montréal, n° 500-05-004575-831, le 2 février 1984 et [1988] R.J.Q. 1569 (C.A.)]. En l'espèce, les intimés ont été forcés de recourir à la justice pour obliger les appelants à tout simplement respecter leurs droits les plus élémentaires, droits que ces derniers avaient combattus et brimés avec hostilité et acharnement.

Les précédents invoqués, outre l'affaire *Nantel*, méritent que l'on s'y attarde.

On remarquera ici que les honoraires extrajudiciaires peuvent être accordés «dans certains cas limités». Lesquels? Le critère du lien du causalité entre la faute et le dommage réparable est réitéré et semble au cœur de la question. Le juge Baudouin cite trois autres arrêts de la Cour d'appel, dont le caractère d'autorité, même persuasive, nous semble bien tenu.

Déjà une déclaration du juge Owen, dissident dans *Langlois c. Drapeau*¹²⁴, avait été retenue par le juge Monet dans *Montreal Gazette Ltd. (The) c. Snyder*¹²⁵, à laquelle le juge Baudouin fait

123. *Association des professeurs de Lignery (A.P.L.), syndicat affilié à la C.E.Q. c. Alvetta-Comeau*, précité, note 121, 135 et 136 (J. Baudouin).

124. [1962] B.R. 277.

125. Précité, note 4, 616 et 617 (infirmée en Cour suprême sur d'autres chefs, [1988] 1 R.C.S. 494). Voici le texte en question:

référence. Ce qu'écrivait le juge Monet est un texte que nous ne tenterons pas de résumer. [Si l'on peut y voir une vague source d'inspiration de la déclaration du juge Baudouin dans *Alvetta-Comeau*, il ne la justifie pas directement]: Tout au plus peut-on

«c) Frais

Pour les fins de la présente opinion, je n'assimile pas les frais aux dépens prévus aux articles 477 et *sqq.* C.P.

La condamnation aux dépens est une obligation légale, indépendante de toute faute, qui découle de cette idée que la partie qui gagne doit être indemnisée des frais du procès par la partie qui succombe. En pratique, cette idée ne colle guère à la réalité concrète. Les dépens dans notre droit judiciaire privé sont *inter partes*.

Les frais, tels que je les envisage dans notre système, sont les justes honoraires nommés extrajudiciaires qu'un avocat a droit d'exiger de son client; ailleurs ils sont souvent nommés «*solicitor to client fees*». En établissant ses frais, l'avocat tient compte, le cas échéant, des dépens payés par la partie adverse. Mais c'est toute autre chose que les dépens.

Précédemment, j'ai exposé ma préoccupation relativement aux frais qu'entraîne forcément le procès en première instance. La même difficulté, bien qu'envisagée sous un angle différent, existe si le jugement en faveur du demandeur est modifié par notre Cour, par exemple en changeant un partage de responsabilité ou en réduisant un quantum de réparation. Avec égards, je crois qu'on aurait tort de s'illusionner et de dissimuler cet aspect pratique; sous prétexte qu'ils doivent demeurer au-dessus des choses terre-à-terre, les juges auraient tort, à mon avis, de mésestimer ces contingences. Ne vaut-il pas mieux se mettre carrément devant les réalités concrètes?

Pour ma part, avec tous les égards possibles, je ne crois pas qu'on doive méconnaître le mérite des propos de monsieur le juge Owen dans l'affaire *M^e Drapeau* [[1962] B.R. 277, p. 292]:

I deem it important that a person whose reputation has been defamed should be able to come before the courts and vindicate his good name without being put to undue expense. It is not the general practice of our courts to award an amount as costs which will cover solicitor and client fees as well as taxable fees and disbursements. An award of nominal damages of one dollar and costs normally results in heavy expense to the successful plaintiff. The same result occurs if on appeal the defendant loses on the important ground of responsibility but succeeds in obtaining a reduction in the damages and the appeal is maintained with costs.

Rappelons que six défendeurs avaient été condamnés solidairement en Cour supérieure [[1960] R.L. 209] à payer au demandeur 7 000 \$ et que la majorité des juges qui composaient la Cour en cette affaire (monsieur le juge en chef Tremblay, messieurs les juges Casey, Choquette et Badeaux) a décidé de réduire à 2 000 \$ le montant du préjudice moral causé par diffamation à l'endroit de M^e Drapeau. En ce faisant, notre Cour a accueilli *six pourvois, avec dépens*. Il n'est pas besoin d'être grand clerc pour savoir que le total des frais taxables des six appelants atteignait ou dépassait 2 000 \$. Aujourd'hui, soit plus de vingt ans après l'affaire *M^e Drapeau*, les frais sont assurément plus considérables. Aussi, je crois humblement qu'il est impérieux de reconsidérer la position de notre Cour sur la question. La présente affaire est peut-être une occasion appropriée de le faire, d'autant plus qu'il n'est pas évident que l'article 49 de la *Charte des droits et libertés de la personne* [L.R.Q., c. C-12], apporte une réponse totalement satisfaisante à la question qui nous concerne.

déceler dans les notes du juge Monet une sensibilisation au coût réel d'une action en diffamation compte tenu des honoraires de l'avocat de la victime et la volonté d'en tenir compte éventuellement dans le calcul des dommages-intérêts octroyés. Mais il serait inorthodoxe de classer un *débours dans les dommages moraux* accordés!¹²⁶.

Quant à l'affaire *Dimanche-Matin Ltée c. Fabien*¹²⁷, la Cour d'appel y énonce simplement qu'il faut aussi tenir compte, dans le calcul des dommages-intérêts, de l'inflation dans les frais d'avocat¹²⁸. C'est tout. Dans cette même affaire, en Cour supérieure¹²⁹, le juge Chevalier (celui qui siégea *ad hoc* dans *Nantel* en Cour d'appel) *n'avait pas* tenu compte des honoraires extrajudiciaires...

Les précédents cités par le juge Baudouin dans *Alvetta-Comeau* ne justifient pas vraiment sa déclaration. La condamnation du défendeur à payer comme dommages-intérêts matériels les honoraires extrajudiciaires du demandeur se justifierait «dans certains cas limités»: or, quels sont ces cas limités? S'agit-il de cas similaires à l'instance jugée ou est-ce dans tous les cas où la

Dans le cas présentement à l'étude, à une indemnité de 13 500 \$ doivent s'ajouter des intérêts au taux de 10 % l'an depuis le 27 mai 1975, compte tenu de l'accord conclu entre les parties. (Il est fort douteux que l'indemnité prévue à l'article 1056c C.C., assujettie à un pouvoir discrétionnaire, aurait été ajoutée à une condamnation à des dommages extrapatrimoniaux). Actuellement, la somme totale dépasserait 20 000 \$.

Or, je suis informé que les dépens taxables distraits en faveur des avocats de l'appelante sont dans l'ordre de 4 000 \$, dont 2 000 \$ représentent les débours pour l'impression du dossier conjoint. En outre, il ne faut pas perdre de vue les frais taxables de l'avocat de l'intimé.

Il est vrai que rien ne s'opposait à ce que l'intimé renonce en partie aux droits qui lui résultaient du jugement en sa faveur, en produisant un désistement approprié (art. 476 C.P.), de préférence avant la préparation du dossier conjoint. Il reste que, compte tenu des frais taxables de part et d'autre, la somme de 20 000 \$ mentionnée ci-haut doit être ramenée à peu de chose près à la somme de 13 500 \$. En outre, il faut tenir compte des frais de l'avocat de l'intimé (*solicitor to client*) sur lesquels les Tribunaux, dans notre province, n'exercent pas directement de contrôle.»

126. Comme, par exemple, dans *Théorêt c. K.M. Construction inc.*, [1999] R.R.A. 846 (C.S.) (action en diffamation dans une procédure judiciaire), où le juge se référant à *Payette c. Beaulieu*, précité, note 80, p. 853, tient compte des honoraires extrajudiciaires dans les «dommages généraux et moraux» qu'il accorde.

127. J.E. 83-971 (C.A.).

128. *Ibid.*, 12. «D'autre part, une fois établi que l'intimé a eu raison de venir défendre son honneur devant les tribunaux, il ne faudrait pas qu'il lui en ait coûté plus cher pour le faire que le montant de l'indemnité qui lui est accordé. À mon avis, il serait injuste de ne pas tenir compte de l'inflation dans les frais que les études d'avocats sont forcées (*sic*) de charger à leurs clients dans le domaine litigieux.»

129. *Fabien c. Dimanche-Matin Ltée*, [1979] C.S. 928.

preuve du lien de causalité direct a été apportée? Suffit-il que l'on prouve un lien de causalité entre la faute et le débours des honoraires extrajudiciaires pour que ceux-ci soient accordés¹³⁰?

En toute déférence, l'affirmation du juge Baudouin repose donc sur une base bien mince, ce qui n'empêche pas de nombreux jugements postérieurs de l'invoquer comme autorité¹³¹. De plus, la signification de la déclaration du juge Baudouin n'est vraiment pas claire.

Dans *Payette c. Beaulieu*¹³², le juge Gratton refuse d'accorder les honoraires d'avocat dans une affaire de diffamation. Une des raisons données est «qu'il ne s'agit pas des dommages directs prévus à l'article 1075 C.c.»¹³³. Le juge cite le texte ci-dessus du juge Baudouin dans *Alvetta-Comeau* et se pose la question suivante¹³⁴:

Je note la restriction de M. le juge Baudouin «à certains cas limités». Où s'arrête la limite? Nul ne peut le dire actuellement. Mais le juge, selon le cas d'espèce, pourrait en tenir compte dans le montant alloué.

En effet, la phrase «dans certains cas limités» est-elle de portée générale? Auquel cas il conviendrait de savoir quels sont ces cas limités; *ou bien* introduit-elle simplement le cas où la preuve du lien de causalité peut qualifier les honoraires d'avocat comme dommages directs? Est-on plus avancé en constatant que le juge Baudouin a écarté dans une affaire de responsabilité bancaire les frais d'avocat parce qu'«ils ne constituent un dommage

130. Nous avons proposé ailleurs (Adrian POPOVICI, «De l'impact de la *Charte des droits et libertés de la personne* sur le droit de la responsabilité civile: un mariage raté?», (1998-99) *Meredith Mem. Lect.* 49, 83-87) de distinguer entre le lien de causalité et le caractère immédiat et direct du préjudice réparable. Le fait pour une victime d'avoir à débours des honoraires extrajudiciaires à son avocat est bien causé par la faute du défendeur. Cependant, normalement, il ne s'agit pas d'un préjudice réparable, car il n'est pas immédiat et direct.

131. *Des Rosiers c. Nelson*, [1997] R.R.A. 477, 483 (C.S.) (diffamation). Par exemple, dans *Ostiguy c. P.G. du Québec*, B.E. 9985-389 (C.S.) (cas de détention fautive), le juge Lévesque interprète la déclaration du juge Baudouin dans *Alvetta-Comeau* comme voulant dire que les frais extrajudiciaires indemnissables sont «ceux engagés en raison d'une procédure fautive de la partie défenderesse ou afin de faire respecter une liberté fondamentale».

132. Précité, note 80 (diffamation).

133. Actuel article 1607 C.c.Q.

134. *Payette c. Beaulieu*, précité, note 80, 276. L'article 1075 C.c.B.C. correspond aussi à l'art. 1613 C.c.Q. Cela n'empêche pas le juge, qui accorde 25 000 \$ de dommages moraux, de mentionner qu'on pourra tenir compte des honoraires extrajudiciaires dans le montant alloué!!!

direct que dans certaines circonstances précises que l'on ne rencontre pas ici»? *Fenêtres St-Jean Inc. c. Banque Nationale du Canada*¹³⁵.

Il nous semble que, dans tous les cas, il y a un *lien de causalité* entre le versement d'honoraires d'avocats et la faute du défendeur qui a donné naissance à la poursuite civile. Dans quels cas les honoraires qui sont des dommages causés par la faute du défendeur sont-ils réparables en droit¹³⁶? C'est la question du caractère immédiat et direct du préjudice, *différente* du simple lien de causalité.

Dans l'affaire *Sigma Construction inc. c. Ievers*¹³⁷, le juge Baudouin, au nom de la Cour d'appel, précise sa pensée, et voit l'octroi des honoraires extrajudiciaires comme une réparation par suite d'un *véritable abus de procédure*, ce qui nous semble beaucoup plus précis et juridiquement fondé:

La sanction habituelle de la perte d'un procès est la condamnation aux dépens, aux termes de l'article 477 C.p.c. Exceptionnellement cependant, une partie peut être tenue de payer les honoraires d'avocats encourus par son adversaire. La jurisprudence (*West Island Teachers' Association c. Nantel*, [1988] R.J.Q. 1569 (C.A.); *Association des professeurs de Lignery c. Alvetta-Comeau*, [1990] R.J.Q. 130 (C.A.)), du moins lorsqu'il s'agit de procédures civiles, est à l'effet qu'il faut, pour justifier cet octroi, *rapporter la preuve d'un véritable abus de procédure pouvant consister par exemple, en la défense d'un droit non existant, en la multiplication de procédures dilatoires ou futiles, ou encore en une prolifération de recours visant à faire encourir des frais inutiles à l'adversaire*.¹³⁸ (nos italiques)

Dans *Côté c. Université du Québec à Hull*¹³⁹, on semble simplement lier le remboursement de frais d'avocat à la *conduite malicieuse ou de mauvaise foi* des défendeurs:

Les honoraires et déboursés sont ceux encourus par la demanderesse envers ses procureurs en rapport avec l'exercice du présent

135. [1990] R.J.Q. 632, 635 (C.A.) (il s'agissait d'une affaire concernant la responsabilité bancaire quant à un renseignement erroné).

136. Voir, par exemple, *Lapointe c. Office de la construction du Québec*, [1991] R.J.Q. 847, 855 et 856 (C.S.).

137. J.E. 95-1846 (C.A.), section 2c) du jugement. Cf. *Théorêt c. Ducharme*, J.E. 2000-654 (C.S.) (en appel); 2856-8053 *Québec inc. c. Gignac*, précité, note 104; *Coopérants (Les), société mutuelle d'assurance/vie / Coopérants, Mutual Life Insurance Society (Liquidation de)*, J.E. 99-205 (C.S.).

138. Voir, par exemple, *Investissements D.D. inc. c. Mascouche (Ville de)*, J.E. 98-2301 (C.S.).

139. Précité, note 115, 552 et 553.

recours en justice. Il n'est pas généralement reconnu qu'il est justifié d'accorder, en guise de dommages-intérêts à la victime d'un délit, les frais extrajudiciaires que lui réclament ses procureurs et qui sont reliés aux procédures intentées aux fins de rectifier le préjudice subi. Pour la plupart, les tribunaux refusent de faire exception à la règle que seuls les frais judiciaires taxables conformément à l'article 477 et *sqq.* C.P. peuvent être exigés de la partie condamnée. Mais la demanderesse appuie sa demande à ce poste sur l'arrêt *West Island Teachers' Association c. Nantel*, [[1998] R.J.Q. 1569 (C.A.)]. Ce jugement est plutôt avare de détails quant aux principes auxquels il se réfère et il faut en plus reconnaître que cette poursuite impliquait plusieurs demandeurs réclamant le redressement des effets de la conduite de la défenderesse intentionnellement et de mauvaise foi conçue dans le seul but de causer aux demandeurs de sérieux inconvénients et dommages.

Un remboursement de frais extrajudiciaires a aussi été ordonné dans l'arrêt *Association des professeurs de Lignery (A.P.L.), Syndicat affilié à la C.E.Q. c. Alvetta-Comeau* [[1990] R.J.Q. 130 (C.A.), 135-136]. M. le juge Baudouin en discute comme suit:

À mon avis, la Cour supérieure a bien jugé, eu égard à la jurisprudence contemporaine qui estime que les frais d'avocats ou de justice peuvent, dans certains cas limités, lorsque la preuve du lien de causalité est effectivement rapportée, constituer un dommage direct: [...] En l'espèce, les intimés ont été forcés de recourir à la justice pour obliger les appelants à tout simplement respecter leurs droits les plus élémentaires, droits que ces derniers avaient combattus et brimés avec hostilité et acharnement.

Telle n'est pas ici la situation. Même si le comité a erré, il n'a pas été démontré qu'il aurait agi malicieusement ou de mauvaise foi et il serait injustifié de lui imposer une sanction exceptionnellement sévère.

Or, on connaît la règle d'indemnisation du droit civil: la réparation intégrale, quel que soit le degré de la faute. Dans le cas d'atteintes *intentionnelles* (à un droit de la Charte) le législateur a prévu les *dommages exemplaires* de l'art. 49 al. 2 de la Charte québécoise...

11) On comprend difficilement en quoi le caractère direct du dommage causé par le versement d'honoraires de la partie gagnante serait plus prononcé lorsque la faute est intentionnelle ou la conduite de mauvaise foi. S'il s'agit uniquement d'indemniser le dommage subi et non de punir, la décision d'accorder alors les honoraires d'avocat dans les dommages-intérêts ne se justifie pas. S'il s'agit de punir, c'est une autre histoire.

La Cour d'appel, dans l'affaire *Tamper Corp. c. Kansa General Insurance Co.*, paraît faire le point¹⁴⁰:

La seule question pertinente en l'espèce a trait à la possibilité d'octroyer les honoraires judiciaires lorsqu'il existe un lien de causalité direct entre la faute et les frais. Cette exception a été élaborée par une jurisprudence constante [*Association des professeurs de Lignery (A.P.L.)*, *syndicat affilié à la C.E.Q. c. Alvetta-Comeau*, [1990] R.J.Q. 130 (C.A.); *Commission scolaire La Sapinière c. Blais*, [1992] R.R.A. 284 (C.S.); *Collège d'enseignement général et professionnel François-Xavier-Garneau c. Logiciels Davos Ltée*, [1996] R.R.A. 370 (C.S.)]. Cas d'absence de lien de causalité entre la faute et les frais d'avocats: *Fenêtres St-Jean Inc. c. Banque Nationale du Canada*, [1990] R.J.Q. 632 (C.A.); *Cartes-en-ciel inc. c. Boutique Elfe inc.*, [1991] R.J.Q. 1775 (C.Q.)]. Le principe, tel que décrit par notre Cour dans l'affaire *Alvetta-Comeau*, se veut le suivant [*Id.*, 135]:

À mon avis, la Cour supérieure a bien jugé, eu égard à la jurisprudence contemporaine qui estime que les frais d'avocats ou de justice peuvent, dans certains cas limités, lorsque la preuve du lien de causalité est effectivement rapportée, constituer un dommage direct.

Ce n'est que dans des circonstances exceptionnelles que les tribunaux ont accepté de condamner le défendeur aux frais extrajudiciaires, car ils jugeaient qu'il s'agissait d'un dommage direct. Notamment, lorsque le comportement de mauvaise foi des défendeurs avait forcé le demandeur à prendre des recours judiciaires additionnels et inutiles [*Commission scolaire c. La Sapinière*, *supra*, note 9, 285] ou que les défendeurs avaient eu une attitude téméraire et hostile à l'encontre de droits élémentaires du demandeur [*Alvetta-Comeau*, *supra*, note 9].

En l'espèce, l'appelante n'a pas réussi à établir ce lien de causalité. La preuve soumise n'indique pas que les frais d'avocats sont un dommage direct et que l'appelante n'avait d'autre choix que de recourir à la justice pour obliger l'intimée à respecter ses droits.

Si l'on prend comme critère du caractère direct du dommage le fait que la victime n'avait pas d'autre choix que de recourir à la justice pour faire respecter son droit, il y aurait fort peu de cas où les honoraires extrajudiciaires ne seraient pas considérés comme des dommages directs!

La jurisprudence des dix dernières années est fort peu cohérente. Si l'on se fie à la Cour d'appel dans l'affaire *Tamper* ci-dessus, il pourrait s'agir d'un dommage direct et immédiat quand:

140. Précité, note 36, 411.

- a) le comportement de mauvaise foi des défendeurs aura forcé le demandeur à prendre des recours judiciaires additionnels et inutiles;
- b) le défendeur a eu une attitude téméraire et hostile à l'encontre des droits élémentaires du demandeur.

Rationalisons. Si les honoraires extrajudiciaires sont accordés comme dommages-intérêts directs et immédiats, ils ont un caractère de *réparation* et non de *punition*. Il y a alors un dommage matériel causé non pas par la «faute principale» du défendeur, basée sur le manquement à un devoir ou l'inexécution d'une obligation, mais un dommage causé par une faute *séparée et généralement postérieure* du type d'un *abus de procédure*. L'octroi des honoraires extrajudiciaires est alors la sanction réparatrice de cet abus de procédure, et le caractère immédiat et direct s'explique. **Le critère que nous proposons est simple: le demandeur aurait-il pu obtenir le remboursement de ses honoraires extrajudiciaires dans une *action distincte, séparée*, basée sur un abus de procédure – du défendeur en l'occurrence?**

Tout récemment, la Cour d'appel¹⁴¹, dans l'affaire **Choueke**, a rendu un arrêt accordant des honoraires extrajudiciaires dans une demande reconventionnelle opposée à une demande de paiement d'arrérages de loyer et de résiliation de bail, parce que la locatrice aurait démontré «un comportement contraire aux exigences minimales de bonne foi» et «malice, témérité et mauvaise foi», en se basant sur l'arrêt *Nantel*. Le juge Chamberland accorde, de plus, au nom de la majorité, les 5 000 \$ réclamés pour les «inconvenients et les pertes de temps et de revenu reliés aux démarches judiciaires entreprises, somme toute inutilement» (nos soulignés), ainsi que des dommages punitifs en vertu de l'article 1902 C.c.Q. (harcèlement du locataire).

Dans cette affaire, le juge Otis voit un abus de droit et justifie la condamnation aux honoraires extrajudiciaires du demandeur défendeur-reconventionnel dans les termes suivants¹⁴²:

Aujourd'hui plus que jamais, la complexité du système judiciaire et des règles de droit qui le gouvernent empêche le justiciable d'assurer seul sa représentation dans des litiges complexes. Dans ce contexte, les honoraires extrajudiciaires constituent une composante essentielle de l'accessibilité à la justice. Ce concept –

141. *Choueke c. Coopérative d'habitation Jeanne-Mance*, [2001] R.J.Q. 1441 (C.A.).

142. *Ibid.*, 1455.

l'accessibilité à la justice – marque le point de convergence entre le droit comme prérogative et la justice comme pouvoir d'assurer la mise en œuvre du droit. Dans les circonstances que nous connaissons, obliger l'appelant à supporter des honoraires extrajudiciaires de 45 698,47 \$ afin d'éviter une condamnation de 60 000 \$ et la résiliation de son bail a pour effet de lui interdire l'accessibilité à la justice.

Plutôt que de prendre l'initiative d'un affrontement judiciaire en Cour supérieure, l'intimée aurait pu tenter, préalablement, d'apaiser le conflit au lieu d'engendrer l'état de guerre. D'autres voies de règlement des différends, qui concordent mieux avec la mission d'une association coopérative, auraient eu le mérite, au moins, de démontrer que la malice, la témérité et la mauvaise foi ne présidaient pas aux décisions prises par l'intimée.

Le juge Pelletier est dissident (en partie): il aurait accueilli l'appel, mais non pas sur la demande reconventionnelle. Il diffère dans la *qualification des faits*. Pour lui, la conduite de l'intimée était «pugnace voire égoïste», mais sa position n'était pas «insoutenable au point de rendre fautif le fait de la défendre devant les tribunaux», elle était «défendable juridiquement». Il s'explique¹⁴³:

[114] En théorie, trois situations peuvent légitimer le maintien total ou partiel de conclusions de la nature de celles recherchées par l'appelant: premièrement, l'intention malicieuse d'une partie qui, sachant qu'elle a clairement tort, fait valoir des prétentions fausses ou frivoles dans le but de nuire à son adversaire; deuxièmement, la témérité fautive de la partie qui, sans nécessairement le vouloir, atteint le même résultat en persistant dans la poursuite d'une initiative judiciaire manifestement vouée à l'échec¹⁴⁴; troisièmement l'exercice clairement excessif ou abusif par une partie de droits qu'elle possède réellement par ailleurs (art. 7 C.c.Q.). Seules les deux premières situations sont pertinentes au cas qui nous occupe puisque notre arrêt ne reconnaît pas les droits qu'a prétendus l'intimée.¹⁴⁵

Le juge dissident semble mettre la barre plus haut que ses collègues et refuse de voir un abus de procédure de la part du demandeur. Est-ce parce que, pour lui, «la condamnation recherchée par la demande reconventionnelle [revêt] un aspect punitif et dissuasif»?

143. *Ibid.*, 1456.

144. Cf. Y.-M. MORISSETTE, «L'initiative judiciaire vouée à l'échec et la responsabilité de l'avocat ou de son mandant», *loc. cit.*, note 46, 433 et 434.

145. Il ne s'agit pas ici de l'abus d'un droit substantif mais de l'abus d'un droit procédural, celui de s'adresser aux tribunaux. Malheureusement, les jugements qui confondent l'abus de droit (certes répréhensible) et l'abus de procédure ne manquent pas. Ce n'est pas l'abus de droit substantif, base d'une action en responsabilité civile, qui donne ouverture à un octroi de dommages-intérêts sous le chef d'honoraires extrajudiciaires, mais bien l'abus de procédure. Voir *infra*, p. 103.

La question était de savoir 1^o si la demande en arrérages de loyer et en résiliation du bail était justifiée; 2^o en cas de réponse négative, si cette demande pouvait être qualifiée d'*abusive*... de fautive. L'action a-t-elle été intentée *principalement* (sinon essentiellement) dans le but de nuire au locataire? Était-elle téméraire au point d'être sans aucun mérite¹⁴⁶?

L'abus de procédure

Il n'est point dans notre propos, dans le cadre de cette étude, de définir exhaustivement ce qu'est l'abus de procédure. Une série de questions fondamentales se pose: y a-t-il une différence entre l'absence de bonne foi et la mauvaise foi? La mauvaise foi et la faute intentionnelle sont-elles la même chose? La mauvaise foi est-elle autre chose qu'une faute? Quels sont les rapports entre la mauvaise foi et l'abus de droit? Tout au plus pouvons-nous lancer les affirmations suivantes: l'*animus nocendi* comprend certainement la mauvaise foi [subjective], mais l'inverse est erroné. En outre, il peut y avoir un exercice excessif et déraisonnable d'un droit sans mauvaise foi [subjective]...

Que peut recouvrir l'abus de droit dans ce contexte? C'est *soit* dans le *but* poursuivi par l'acte procédural, celui de nuire à l'adversaire (en lui faisant dépenser des frais de justice pour l'épuiser, par exemple), *soit* dans la *manière* d'exercer un droit procédural (multiplier les procédures en les sachant pertinemment mal fondées, pour gagner du temps, par exemple) que l'abus se manifestera.

Une précision s'impose ici. Nous avons écrit que l'abus de procédure – qui est un type d'abus de droit particulier – entre en jeu lorsqu'une procédure est intentée avec l'intention *principale* de nuire à l'adversaire. La jurisprudence utilise souvent les mots «de mauvaise foi», dans le sens d'*intention malveillante*. J'ai du mal à croire que si je poursuis une personne qui m'a causé un tort, c'est avec une intention bienveillante, ou même neutre: je crois que mon attitude à son égard ne peut être que malveillante. Bien sûr, on me rétorquera que si j'intente une poursuite contre quel-

146. Le juge Pelletier dans *Choueke c. Coopérative d'habitation Jeanne-Mance*, précité, note 141, cite le traité de Jean-Louis BAUDOUIN, *La responsabilité civile*, 4^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1994, n^o 176, p. 117: «La mauvaise foi (c'est-à-dire l'intention de nuire) ou la témérité (c'est-à-dire l'absence de cause raisonnable ou probable) restent donc les bases de l'abus de droit dans ce domaine.»

qu'un, je ne lui veux pas nécessairement du mal; je veux *surtout* mon bien, faire reconnaître mon droit, obtenir justice. Ça c'est de l'angélisme. L'abus de droit, par conséquent, ne peut exister que si j'exerce mon droit d'ester en justice uniquement, *principalement, surtout*, avec l'intention de nuire à l'autre partie. L'intention de nuire est alors plus qu'un état d'âme, c'est un objectif et même l'*objectif principal* ou déterminant de mon agissement. Autrement il ne pourrait y avoir d'abus de procédure sous ce chef¹⁴⁷.

En ce qui concerne les actes de procédure intentés avec *témérité* [«c'est-à-dire l'absence de cause raisonnable et probable»], ce qui correspondrait à la deuxième exigence de l'article 7 C.c.Q. [«d'une manière excessive et déraisonnable, allant ainsi à l'encontre des exigences de la bonne foi»], il s'agit d'un type de faute qui s'apparente à la *faute lourde* [«celle qui dénote une insouciance, une imprudence ou une négligence grossières», art. 1474 C.c.Q.], laquelle est évaluée selon un critère objectif, *in abstracto*, et n'exige pas l'examen de l'état d'âme de l'agent¹⁴⁸.

S'il n'y avait que l'article 7 dans le *Code civil du Québec*, les choses seraient relativement claires: il couvre l'abus de droit, dont l'abus de procédure est une facette. En outre, si une personne a agi illicitement, sans droit, on ne peut parler d'abus de droit, car il n'y avait pas de *droit* à exercer abusivement¹⁴⁹. L'article 6, dont les versions française et anglaise diffèrent dans le libellé, vient singulièrement compliquer la tâche de l'interprète. Cet article, comme l'article 7, est un héritage du *Projet* original de l'O.R.C.C. [articles 8 et 9 du *Projet*, respectivement]. Or dans ce *Projet*, comme le mentionnent les *Commentaires* publiés en 1978 par l'Éditeur officiel du Québec¹⁵⁰, ce qui correspond à l'article 6 avait pour but d'énoncer la règle, qui se trouve actuellement à l'article 1375 C.c.Q. Les *Commentaires du ministre de la Justice* qui reprennent d'abord les explications de l'O.R.C.C. sous l'actuel article 6, nous

147. *Contra*: Philippe STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat: essai d'une théorie*, t. 337, coll. «Bibliothèque de droit privé», Paris, L.G.D.J., 2000, n° 197, p. 181. Le même auteur écrit cependant n° 40, p. 49: «tout créancier a la certitude et même la volonté de «nuire» à son débiteur».

148. Noël DEJEAN DE LA BATIE, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit civil français*, t. 57, coll. «Bibliothèque de droit privé», Paris, L.G.D.J., 1965, n° 130 et s., p. 113 et s.; Jacques FLOUR et Jean-Luc AUBERT, *Les obligations: quasi-contrats, responsabilité délictuelle 2, Le fait juridique*, 9^e éd. par J.-L. Aubert et Éric Savaux, Paris, Armand Colin, 2001, n° 117, p. 110.

149. *Cf.* Adrian POPOVICI, *La couleur du mandat*, Montréal, Éditions Thémis, 1995, p. 420 et 421, note 970.

150. Tome 1, vol. 2, p. 26.

semblent trompeurs, car ils n'ont pas beaucoup de rapport avec le libellé dudit texte. D'après les *Commentaires du ministre de la Justice*, il s'agirait d'une reconnaissance législative de la théorie de Josserand¹⁵¹, ce que ni le texte même de l'article 6 ni ce que l'on appelle «la doctrine classique» n'avalisent. La théorie de Josserand, notons-le, est pour son auteur le fondement de l'abus de droit et s'écarte de la faute classique. L'article 6¹⁵² est certes une règle impérative qui est autonome par rapport à l'article 7 et qui a une autre fonction que celle simplement d'introduire l'article 7, à moins d'admettre que le législateur ait «parlé pour ne rien dire». À notre connaissance, les tribunaux n'ont quasiment jamais fait appel à l'article 6, seul, sans mentionner l'article 7 (ou l'article 1375 C.c.Q.)¹⁵³.

La bonne foi, la mauvaise foi, l'abus de droit, la faute

– Une mise au point s'impose ici pour une meilleure compréhension de la matière.

On peut tenir pour acquis que l'expression «bonne foi» a deux sens: 1^o un sens *subjectif* et 2^o un sens *objectif*¹⁵⁴. Dans son sens *subjectif*, la bonne foi affecte soit l'*intelligence* (croyance erronée) soit la *volonté* du sujet (absence d'intention malveillante).

Dans son sens *objectif*, la bonne foi vise un standard de conduite objectif auquel le sujet a le devoir de se conformer. C'est cette bonne foi objective que l'on retrouve dans l'expression «selon les exigences de la bonne foi». Baudouin et Jobin écrivent: «[la bonne foi] suppose un comportement loyal et honnête. On parle alors d'agir selon les exigences de la bonne foi»¹⁵⁵. Est alors de bonne foi celui qui a agi non seulement «en toute légalité, mais conformément au standard social que la collectivité reconnaît»¹⁵⁶.

151. Cf. J.-L. BAUDOUIN et P. DESLAURIERS, *op. cit.*, note 47, n^o 176, p. 124: le droit détourné de sa finalité sociale.

152. Qui nous a rendu perplexe ailleurs: Adrian POPOVICI, «La poule et l'homme: sur l'article 976 C.c.Q.», (1996-97) 99 *R. du N.* 214, 232 et 233, note 51.

153. Voir *Michaud c. Lesné*, précité, note 108: l'article 6 est cité sans l'article 7 (mais avec l'article 987 C.c.Q.): les honoraires extrajudiciaires sont accordés parce qu'il s'agit de dommages résultant directement de procédures abusives, d'après le juge.

154. Cf. Robert VOUIN, *La bonne foi: notion et rôle actuels en droit privé français*, Paris, L.G.D.J., 1939; Louise ROLLAND, «La bonne foi dans le Code civil du Québec: du général au particulier», (1995-96) 26 *R.D.U.S.* 377.

155. J.-L. BAUDOUIN et P.-G. JOBIN, *op. cit.*, note 34, n^o 89, p. 111.

156. *Vachon c. Lachance*, [1994] R.J.Q. 2576, 2579 (C.S.); cf. *Boless inc. c. Résidence Denis-Marcotte*, J.E. 95-1890 (C.S.).

Qu'en est-il maintenant de la *mauvaise foi*? *A priori* il s'agit de l'*antonyme* de la bonne foi. Le contraire de la bonne foi *subjective* est soit la «connaissance effective de la réalité»¹⁵⁷ si elle affecte l'intelligence du sujet, soit l'*intention malveillante* si elle affecte la volonté du sujet. Lorsque la bonne foi subjective est spécifiquement exigée par un texte, la mauvaise foi subjective conduit aux conséquences (en général négatives pour le sujet de mauvaise foi, il va sans dire) prévues par la loi. Le juge doit examiner l'*état d'esprit* du sujet au moment indiqué, à la lumière des circonstances (appréciation *in concreto*). Toutefois si une faute intentionnelle est certes un geste fait de mauvaise foi, il nous semble qu'un geste fait de mauvaise foi n'est pas toujours et nécessairement une faute intentionnelle. La faute intentionnelle, nous semble-t-il, se trouve à un cran supérieur à la mauvaise foi. Cette remarque mériterait d'être développée en raison de l'abus de l'octroi de dommages punitifs dans les situations où un défendeur est jugé «de mauvaise foi» alors que le système exige l'atteinte *intentionnelle* à un droit fondamental¹⁵⁸... Finalement, il paraît logique d'affirmer que lorsque la loi exige la bonne foi subjective, une mauvaise foi subjective est une *faute*... du moins en ce qui concerne la bonne foi qui affecte la volonté de l'agent.

Qu'en est-il maintenant du contraire de la bonne foi *objective*¹⁵⁹? Qu'en est-il lorsqu'un individu ne s'est pas conformé «aux exigences de la bonne foi», cette «norme de comportement acceptable»¹⁶⁰? Quelle différence peut-on déceler entre cette mauvaise foi objective et la faute? Le professeur Brigitte Lefebvre écrit¹⁶¹: «[L]a faute réside dans le comportement d'un individu, alors que la bonne foi est la norme en vertu de laquelle on juge ce comportement». On peut être de mauvaise foi «objective» tout en étant subjectivement de bonne foi. C'est ce que Baudouin et Jobin expriment dans les termes suivants¹⁶²:

[...] Une personne peut être de bonne foi, c'est-à-dire ne pas agir de façon malicieuse ou agir dans l'ignorance de certains faits, et agir tout de même à l'encontre des exigences de la bonne foi, soit en vio-

157. *Masella c. Nettoyeur Eden inc.*, [1993] R.J.Q. 1703, 1706 (C.A.) (J. Baudouin).

158. *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12, art. 49. 2^e al.

159. Ce que Philippe LE TOURNEAU appelle «la bonne foi loyauté», *Rép. civ.*, Dalloz, v^o *Bonne foi*.

160. J.-L. BAUDOUIN et P.-G. JOBIN, *op. cit.*, note 34, n^o 89, p. 111.

161. Brigitte LEFEBVRE, *La bonne foi dans la formation du contrat*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 90; cf. Brigitte LEFEBVRE, «La bonne foi: notion protéiforme», (1995-96) 26 *R.D.U.S.* 321, 338.

162. J.-L. BAUDOUIN et P.-G. JOBIN, *op. cit.*, note 34, n^o 89, p. 111 et 112.

lant des normes de comportement objectives et généralement admises dans la société.¹⁶³

Mais il ne faut pas se leurrer: ne pas se conformer aux exigences de la bonne foi (objective) – agir de façon malhonnête, déloyale, contraire aux normes de comportement acceptées dans notre société – n'est pas autre chose qu'une *faute*. Celui qui agit ainsi ne s'est pas conformé au «devoir de respecter les règles de conduite qui, suivant les circonstances, les usages, ou la loi, s'imposent à elle» (art. 1457 C.c.Q.). Il faut peut-être insister ici sur les «règles de conduite qui s'imposent suivant... les *usages*». Il faut comprendre le mot «usages» dans sa signification habituelle, courante. Les usages comprennent plus que les usages commerciaux et se réfèrent à la «pratique que l'ancienneté ou la fréquence rend normale, courante, dans une société donnée» (*Dictionnaire Le Petit Robert*) ou aux «habitudes, [aux] comportements considérés comme les meilleurs ou les seuls normaux dans une société» (*id.*).

Il n'y a pas de doute: celui qui ne se conforme pas «aux exigences de la bonne foi» commet une faute et celui qui exerce ses droits civils contrairement aux exigences de la bonne foi (voir le texte de l'article 6) *exerce un droit* fautivement. Et il s'agit là d'un geste qui comprend les situations visées par l'article 7, mais vise aussi des situations qui ne sont pas aussi caractérisées que celles visées par cet article 7. Bien sûr, l'ambivalence de l'expression «bonne foi» se traduit dans celle de l'expression «mauvaise foi». Il faudrait *idéalement* réserver les mots «mauvaise foi» pour désigner le contraire de la bonne foi subjective, la mauvaise foi qui oblige le juge à vérifier l'état d'esprit du sujet¹⁶⁴.

Pour les fins de notre étude, une conduite simplement fautive, selon l'article 6, ne devrait pas être prise en considération. Ou le devrait-elle? Auquel cas on pourrait dire que le simple exercice *fautif* d'un droit procédural entraîne les mêmes conséquences que l'abus de procédure proprement dit. Ou, si l'on veut, une procédure intentée avec imprudence, négligence ou inhabileté – une faute simple, ordinaire, légère – peut-elle entraîner la responsabilité de la partie de qui émane cette procédure? Il s'agirait d'une nouveauté périlleuse dans notre droit; quand est-ce qu'un acte de procédure (une action ou une défense ou un acte de procédure incident) serait-il simplement *fautif* sans être *abusif*? Cet acte *fautif*

163. Cf. B. LEFEBVRE, *op. cit.*, note 161, p. 258.

164. *Ibid.*, p. 81.

devrait-il être sanctionné de la même manière qu'un abus de procédure? On comprend le danger, tel qu'exposé par Guy Courtieu dans le *Juris-Classeur*¹⁶⁵:

Il y a, en effet, quelque danger à reprendre, à propos de l'action en justice, les solutions acquises en matière d'abus des droits subjectifs substantiels (V. *Hébraud: RTD civ.* 1968, p. 183). Cette transposition risque en effet d'occulter l'idée selon laquelle l'abus de droit doit être un correctif exceptionnel du droit d'agir en justice et, par tant, de porter atteinte à un principe fondamental à toute société organisée et à une liberté individuelle, celle qui permet à chacun, par une «voie de droit», de saisir le juge qui sera tenu de dire si la prétention est ou non fondée. Il importe donc que le contrôle du juge sur l'utilisation des moyens de droit par les plaideurs ne soit pas dissuasif, cependant qu'il doit être suffisamment attentif pour condamner les comportements inadmissibles.¹⁶⁶ (nos italiques)

L'affaire récente de *Choueke c. Coopérative d'habitation Jeanne-Mance*¹⁶⁷ illustre bien la difficulté à laquelle les tribunaux doivent faire face¹⁶⁸.

En droit français, tel que décrit par Guy Courtieu, on est passé de la sanction d'un «acte de malice ou une erreur grossière équipollente au dol» à la «légèreté blâmable» et même à la «faute simple»! L'auteur examine la typologie des fautes sanctionnées: intention nocive, malveillance, mauvaise foi, erreur grossière équipollente au dol, légèreté blâmable, actions téméraires¹⁶⁹... manœuvres dilatoires, acharnement judiciaire¹⁷⁰.

165. «Droit à réparation – Abus du droit d'agir en justice», *J.-Cl. Resp. civ.*, fasc. 131.3, n° 3. On peut aussi consulter Jacques MESTRE, «Réflexions sur l'abus du droit de recouvrer sa créance», dans Pierre RAYNAUD, *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Paris, Dalloz, 1985, p. 439; Yvon DESDEVICES, «L'abus du droit d'agir en justice avec succès», *D.* 79, chr. 21; Loïc CADIET, *V° Abus de droit, Répertoire de droit civil*, Dalloz, Paris, n° 87 et s.

166. Il faut noter que le *Nouveau code de procédure civile* français contient la disposition suivante: «celui qui agit en justice de manière dilatoire ou abusive peut être condamné à une amende civile de 100F à 100 000F, sans préjudice des dommages-intérêts qui seraient réclamés» (art. 32-1).

167. Précité, note 141.

168. L'article 13 de l'*Avant-projet du Nouveau code de procédure civile*, présenté à l'Assemblée nationale le 13 juin 2002, précise que les parties «ne doivent pas agir en vue de nuire à autrui ou d'une manière excessive ou déraisonnable, allant ainsi à l'encontre des exigences de la bonne foi» (cf. article 4.1 C.p.c.). On reconnaît le libellé de l'article 7 C.c.Q., ce qui nous conforte dans l'idée que la procédure *simplement fautive* (art. 6 C.c.Q.) est exclue.

169. «Droit à réparation – Abus du droit d'agir en justice», *loc. cit.*, note 165, n° 10 et n° 12 et s.

170. *Ibid.*, n° 32.

En ce qui nous concerne, il nous semble préférable de s'en tenir à l'abus de droit tel que décrit à l'article 7 en qualifiant le geste du responsable d'abus de procédure¹⁷¹, tout au plus, et ce serait faire là une concession à la théorie de Josserand, de qualifier d'abus de procédure l'utilisation d'une voie de droit pour une fin autre que celle pour laquelle elle a été conçue^{171a}. Bien sûr, personne ne peut nier que celui qui a commis un abus de droit a agi contre les exigences de la bonne foi; personne ne niera que la sanction d'un abus de droit peut être considérée comme celle d'un manquement au devoir de se comporter de bonne foi (c'est d'ailleurs par le biais de la bonne foi objective que notre Cour suprême, dans *Houle c. Banque Canadienne Nationale*¹⁷², a consacré la théorie de l'abus de droit en matière contractuelle). Mais de là confondre mauvaise foi (le contraire de la bonne foi objective) et abus de droit serait une grave erreur¹⁷³.

Dans un procès, on peut facilement concevoir que certains actes de procédure (pas tous) soient foncièrement inutiles ou abusifs¹⁷⁴. En conséquence, seuls les dommages découlant de ces actes

171. Qualifier une action de «frivole» suffit-il pour justifier l'octroi des honoraires extrajudiciaires comme dommages-intérêts? Voir 2736-9230 *Québec inc. c. British Aviation Insurance Group Canada Ltd.*, [1999] R.R.A. 613 (C.S.).
- 171a. Comparer l'article 4.1 du Projet de loi n° 54 (*Loi portant sur la réforme du Code de procédure civile*) avec ce qu'écrit Philippe LE TOURNEAU (Rép. civ. Dalloz, v° *abus de droit*, mai 2002, n° 118: «[...] l'abus nécessite l'absence d'adéquation entre le moyen (même licite) et la fin (même licite) qu'il se propose d'atteindre».
172. [1990] 3 R.C.S. 122.
173. B. LEFEBVRE, *op. cit.*, note 161, p. 102 et s. Le comparatiste curieux pourrait se tourner vers le Code civil suisse; l'article 2 se lit ainsi: «Chacun est tenu d'exercer ses droits et d'exécuter ses obligations selon les règles de la bonne foi. L'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi.» Cf. *Abus de droit et bonne foi*, sous la direction de Pierre WIDMER et Bertil COTTIER, Éditions universitaires, Fribourg, Suisse, 1994.
174. Pierre Larouche, dans son excellent article toujours d'actualité (P. LAROCHE, *loc. cit.*, note 106, 665 (voir, par exemple, *Rocha-Souza c. Novack*, J.E. 2000-61 (C.S.)), définit ainsi la procédure abusive: «[Est] abusive la procédure faite avec intention de nuire, esprit de chicane, témérité et légèreté blâmable, ou celle entachée d'une erreur grossière équipollente au dol.» Comparer avec les notes du juge Fraiberg dans 9078-0669 *Québec inc. c. Gravel*, [2001] R.J.Q. 2908, 2942 (C.S.): «While as a general rule, a winning defendant is entitled to taxable costs only, the jurisprudence recognizes the awarding of extra-judicial costs as damages if the losing plaintiff has acted maliciously or with temerity. Malice exists when the plaintiff, knowing the suit is manifestly unfounded, brings it with the intention of inflicting loss or difficulty upon the defendant. Temerity may be said to exist when the plaintiff brings a claim, wilfully failing to recognize that it is manifestly unfounded when in the circumstances it would have been reasonably possible to do so, and the litigation causes loss or difficulty to the defendant»; voir, du même juge: *Barrou c. Micro-boutique éducative inc.*, [1999] R.J.Q. 2659 (C.S.).

devraient être compensés par des dommages-intérêts, éventuellement. La sanction *normale* de tels actes de procédure est de faire supporter les dépens par la partie qui en est responsable.

Distinguer l'abus de procédure et l'abus de droit sur le fond

On aura compris que ce n'est pas la qualification de la faute «principale» comme étant teintée de mauvaise foi ou de malveillance qui justifie le caractère de dommage immédiat et direct des honoraires extrajudiciaires¹⁷⁵ et qui permettrait de réclamer ces derniers par action séparée. En d'autres termes, quel que soit le type de faute principale originale (à moins que celle-ci ne soit du type d'un abus de procédure), ce n'est pas cette faute qui peut justifier du caractère immédiat et direct des honoraires extrajudiciaires comme dommages causés. Il n'y a pas, de plus, faute à se défendre contre une action intentée contre soi. Mais il peut y avoir faute dans les modalités de cette défense en la qualifiant d'abus. La faute consiste alors dans l'*abus*. Elle est *séparée* et la plupart du temps *postérieure*.

Je vous blesse dans votre intégrité physique ou sociale (dommage corporel ou diffamation) par exemple; une telle conduite vous oblige à vous adresser aux tribunaux pour obtenir réparation et à débours des honoraires extrajudiciaires. Il n'y a pas de doute qu'il y a un lien de causalité entre ma faute et tous les débours qui ont été subis pour obtenir réparation [analogie avec les experts]. Or, OU BIEN on considère que *dans tous les cas* (même dans une action pour remboursement d'un prêt, par exemple), les honoraires extrajudiciaires sont des dommages – causés par la faute du défendeur certes – immédiats et directs, quel que soit le type ou le degré de faute; OU BIEN, comme notre *tradition* nous l'enseigne, les honoraires extrajudiciaires ne sont jamais des dommages immédiats et directs, donc non recouvrables, quel que soit le type ou le degré de faute, sauf en cas d'abus procédural.

Le juge Rochon, dans ses notes dans l'affaire ***Viel c. Entreprises immobilières du terroir ltée***, a parfaitement bien saisi le problème et il suffit d'y renvoyer pour être convaincu qu'un abus

175. *Contra: Dufresne c. Jean Fortin & Associés syndics inc.*, J.E. 97-1960 (C.S.); J.E. 2001-999 (C.A.); *Bélanger c. Turcotte*, J.E. 99-1612 (C.S.); appel accueilli en partie, 2000-05-02 (C.A.M. 500-09-008507-998) (vices cachés); 9041-5589 *Québec inc. c. Entreprises Marnet inc.*, J.E. 99-98 (C.S.); J.E. 2002-366 (C.A.).

de droit sur le *fond*¹⁷⁶ du litige (ou une conduite de mauvaise foi) ne peut donner ouverture au paiement d'honoraires extrajudiciaires comme dommages: seul l'abus de *procédure* (qui rend le paiement d'honoraires extrajudiciaires inutile) crée un véritable *lien de causalité*.

Ceci établi, voyons comment, en droit quotidien, nos tribunaux ont justifié l'octroi des honoraires extrajudiciaires: 1. sanction réparatrice d'un abus dans la défense à l'action originale ou dans la demande; 2. sanction punitive de la mauvaise foi ou d'un abus dans la faute originale¹⁷⁷; 3. nouvelle tendance: dans les procès en diffamation¹⁷⁸ ou dans le cas d'atteinte à un droit fondamental (ou à un droit protégé par la Charte québécoise)¹⁷⁹; 4. les

176. Exemples d'octroi d'honoraires extrajudiciaires alors que l'abus de droit n'était pas un abus de procédure: *Gervais c. Bouffard*, [2001] R.J.Q. 1065 (C.Q.); requête pour permission d'appeler accueillie, 2001-04-12 (C.A.M. 500-09-010807-014); *Industries Dettson inc. c. Courchesne*, [2001] R.J.Q. 124 (C.S.) (en appel); *Poulin c. Promutuel Charlevoix-Montmorency, société mutuelle d'assurances générales*, J.E. 2001-891 (C.S.).
177. En matière de contrat individuel de travail, les actions accueillies pour congédiement injustifié entraînent l'octroi de dommages-intérêts. Par exemple, dans *Baril c. Industries Flexart ltée*, [2001] R.J.Q. 488, 505 (C.S.) (en appel), le juge Lacroix, étant «en présence de l'éléphant et de la souris», condamne l'éléphant, qui a eu une conduite malicieuse et abusive, à payer 110 093,26 \$ d'honoraires extrajudiciaires; elle conclut «avec dépens, incluant les honoraires extrajudiciaires»! Dans ce domaine, il y a eu certainement des abus... de la part de la magistrature. Voir, en général, Georges AUDET, Robert BONHOMME et Clément GASCON, *Le congédiement en droit québécois en matière de contrat individuel de travail*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1991, 6.1.101. et 20.4.7: depuis le 20 mars 1997 sous l'empire de la *Loi sur les normes du travail*, L.R.Q., c. N-1.1. (art. 126.1), les honoraires extrajudiciaires ne font pas partie du dédommagement; avant, la jurisprudence était partagée et accordait, en cas de congédiement téméraire, capricieux ou abusif des montants plutôt arbitraires.
178. Dans le numéro 25 de *Le Recherchiste* publié par *Illico inc.*, on peut lire que dans 70 décisions (mai 2002) publiées émanant pour la plupart de la Cour supérieure «[T]rois fois sur quatre, les honoraires extrajudiciaires sont accordés comme dommages à la victime de diffamation»; voir, par exemple, *Espaces logiques, promotion immobilière inc. c. Duff*, B.E. 98BE-393 (C.Q.); *Tom c. Wong*, REJB 1999-12552 (C.S.); *Lebeuf c. Association des propriétaires du lac Doré*, J.E. 97-1616 (C.S.); *Guitouni c. Société Radio-Canada*, [2000] R.J.Q. 2889 (C.S.), J.E. 2001-305 (C.A.) (qui insiste sur le lien causal, en matière de diffamation), infirmé sur la question des honoraires extrajudiciaires par la Cour d'appel le 16 octobre 2002; *Campbell c. Hrtschan*, [2001] R.R.A. 427 (C.S.) (en appel); *Bélisle-Heurtel c. Tardif*, [2000] R.J.Q. 2391 (C.S.); *Lacroix c. Gazette inc. (La)*, précité, note 10.
179. Voir, par exemple, *J.L. c. S.B.*, [2000] R.R.A. 665 (C.S.) (vie privée); *Latreille c. Choptain*, J.E. 97-1475 (C.S.); le rapport final sur la révision de la procédure civile, intitulé *Une nouvelle culture judiciaire*, Québec, 2001, s'exprime ainsi: «Les dépens ne comprennent pas les honoraires extrajudiciaires de l'avocat, c'est-à-dire la rémunération de ce dernier, ni les débours extrajudiciaires, à savoir ceux engagés dans l'exécution du mandat de l'avocat et non prévus au

honoraires extrajudiciaires accordés (ou refusés) *sans motivation* ou avec une motivation sommaire¹⁸⁰. Reprenons brièvement ces quatre points:

1. La première situation a une base juridique saine. Restent à régler les trois questions suivantes: a) la *preuve* des honoraires extrajudiciaires déboursés¹⁸¹; b) la *base* du pouvoir judiciaire de diminuer les honoraires extrajudiciaires¹⁸²; c) le sort des *dépens* en ce cas, dont les honoraires judiciaires¹⁸³.

2. La seconde situation est injustifiable en droit. Le grand principe de la réparation intégrale, quel que soit le degré de la faute, ne justifie pas d'autre punition que celles prévues par la *loi*, dont les dommages punitifs ou exemplaires, dans les cas où la loi les prévoit.

3. On comprend, humainement parlant, cette nouvelle tendance, mais si justifiable qu'elle soit en équité ou *de lege ferenda*, elle est injustifiable en droit, dans notre tradition juridique civiliste et québécoise¹⁸⁴. Et la Cour d'appel, dans l'affaire *Viel c. Entreprises immobilières du terroir ltée*, a sainement réagi.

tarif. Cependant, la jurisprudence reconnaît le pouvoir du tribunal de les attribuer à titre de dommages compensatoires ou exemplaires, notamment dans les cas d'abus manifeste de procédure ou d'atteintes illicites et intentionnelles à des droits fondamentaux» (5.2 *in fine*). Aucune recommandation n'en ressort.

180. *Droit professionnel – I*, [1992] R.R.A. 11, 16 (C.S.) («il est raisonnable [...]»); *Corrigan c. Montreal Urban Community*, précité, note 70. On peut aussi consulter *Conseil de la magistrature du Québec c. Commission d'accès à l'information*, [2000] R.J.Q. 638, 658 (C.A.); *Allard c. Biron*, précité, note 96.

181. Voir 2632-8419 *Québec inc. c. Max Aviation inc.*, J.E. 2000-1250 (C.S.).

182. Voir *infra*, p. 122.

183. Les dépens comprennent les honoraires judiciaires. Condamner une partie aux honoraires extrajudiciaires et aux honoraires judiciaires n'est-il pas faire double emploi? Voir *Distribution Toiture mauricienne inc. c. 94226 Canada ltée*, J.E. 2000-1397 (C.Q.); *J.L. c. S.B.*, précité, note 179. Voir aussi *M. (M.) c. S. (V.)*, J.E. 99-375 (C.S.), où (en plus d'accorder des dommages punitifs pour atteinte intentionnelle à un droit fondamental) le juge «condamne le défendeur à payer la somme de 4 000,00 \$ les honoraires d'avocat, mais ceci étant, l'intimé ne sera pas condamné aux dépens. Il ne lui sera pas ordonné de payer deux fois pour la même chose» (dernier paragraphe du jugement). Les honoraires judiciaires sont distraits en faveur de l'avocat (article 479 C.p.c.). Ce dernier ne devrait-il pas faire bénéficier son client de cette distraction en les déduisant de sa facture? Voir *Code de déontologie des avocats*, R.R.Q., c. B-1, r. 1, art. 3.08.02(h) et 3.08.08. Bien sûr, il n'existe aucune statistique sur cette question. On peut consulter *O'Brien c. Allied Van Lines Ltd.*, [1998] R.J.Q. 1608 (C.S.); *Gestion S.A.G.G. c. Hudon*, [1999] R.D.I. 99, *in fine* (C.S.).

184. Heureusement, il y a encore des juges qui refusent d'octroyer les honoraires extrajudiciaires qui sont demandés. Il est très symptomatique que les avocats, depuis quelque temps, tentent presque systématiquement de les obtenir en les

4. La motivation est l'essence d'un bon jugement.

Bref, la condamnation aux honoraires extrajudiciaires comme dommages-intérêts n'est justifiable que s'il s'agit de réparer le préjudice causé par un abus de procédure. Le principe de l'économie des moyens procéduraux permet au juge de la prononcer dans le cadre d'une action autre que la demande de dommages-intérêts pour abus de procédure. Mais l'abus de procédure est la condition d'une telle condamnation et le critère reste celui-ci: la victime aurait-elle pu obtenir ces dommages-intérêts dans une action distincte pour abus de procédure?

Malgré les efforts de la Cour d'appel pour encadrer, baliser les condamnations aux honoraires extrajudiciaires, les juridictions de première instance avaient pris un autre tournant.

12) Malgré les limites exprimées par la Cour d'appel avant l'affaire *Viel c. Entreprises immobilières du terroir ltée*, une jurisprudence de plus en plus nombreuse¹⁸⁵ a libéralement octroyé des honoraires extrajudiciaires comme dommages-intérêts au demandeur victorieux dans des affaires de diffamation ou de violation d'un droit fondamental, notamment.

Il s'est opéré une sorte de glissement, de dérapage.

Dans ces situations, la condamnation au paiement des honoraires extrajudiciaires est là pour réparer un préjudice. Différemment des dépens, elle ne peut avoir lieu pour PUNIR une conduite répréhensible.

Cette constatation nous ramène au début de notre étude: les honoraires extrajudiciaires ne peuvent être accordés que sous la rubrique de dommages (matériels). En ce cas, ils ne sont pas destinés à punir, mais à réparer. En ce cas, la conduite malicieuse de mauvaise foi, si répréhensible soit-elle, ne peut justifier une

incluant comme chefs de dommages. Quelques exemples de jurisprudence récente niant ce chef de réclamation: 2959-0775 *Québec inc. c. Rodrigue Métal ltée*, [2000] R.L. 75 (C.Q.); *Beaupré c. Simoneau*, REJB 1998-05436 (C.Q.); *Côté c. Université du Québec à Hull*, précité, note 115; *Demers c. Boily*, REJB 1999-15355 (C.S.); *Drouin c. Laurin*, B.E. 99BE-1031 (C.S.); *Laurentienne générale, compagnie d'assurance inc. c. Nortrem ltée*, REJB 1998-08054 (C.S.); *Ostiguy c. P.G. du Québec*, précité, note 131.

185. Il faut dire que malgré leur base juridique chancelante les affaires *Nantel et Alvetta-Comeau* continuent d'inspirer: voir, par exemple, *Gagné c. Angers*, REJB 2001-23501 (C.Q.) ou *Des Rosiers c. Nelson*, précité, note 131.

condamnation aux honoraires extrajudiciaires. Le lien direct et immédiat n'est pas plus présent parce que la conduite du responsable est consciemment délibérée que s'il s'agissait d'un quasi-délit de négligence ou d'imprudence. La seule exception est celle de la réparation d'un abus de procédure au sens large. Le test pour savoir si un juge peut condamner à des honoraires extrajudiciaires, répétons-le, devrait être le suivant: le bénéficiaire de la condamnation les aurait-il obtenus dans une action en responsabilité civile séparée, distincte?

Il faut bien différencier les dépens des frais extrajudiciaires. Les premiers sont surtout la conséquence de la succombance et excluent par définition les honoraires extrajudiciaires. Ces derniers, s'ils ne peuvent être juridiquement un moyen de punir, peuvent, dans le cas de l'exercice illicite d'une voie procédurale, être octroyés comme dommages matériels, immédiats et directs.

Peut-on justifier la nouvelle tendance de la jurisprudence québécoise (à laquelle l'affaire *Viel* devrait mettre fin), manquant de base juridique autrement que par l'équité? C'est toute une conception de l'administration de la justice qui sous-tend les choix possibles quant au sort des honoraires extrajudiciaires. Un examen des diverses solutions dans des pays étrangers proches du nôtre va nous éclairer.

III – LES CHOIX POSSIBLES (LE DROIT COMPARÉ)

Le système du *Nouveau code de procédure civile* français a trouvé une sorte de *via media* avec l'article 700 qui permet au tribunal de condamner, en sus des dépens, à une somme d'argent – de type indemnitaire – la partie perdante: c'est la condamnation aux frais irrépétibles (ou le paradoxe français) – une *via media* entre le système anglais, d'une part, où la distinction entre frais judiciaires et frais extrajudiciaires n'existe pas (le perdant devant rembourser la presque totalité des honoraires d'avocat) et le système américain pour lequel les honoraires d'avocat sont à la charge entière de chaque partie au procès. Pourquoi une telle disparité du traitement? Il y a des raisons historiques et – sous-jacente – une certaine philosophie de l'administration de la justice, qui varie d'un pays à l'autre.

Nous savons que notre droit judiciaire privé est un droit mixte. Le pouvoir inhérent d'une cour est un concept ignoré du droit français, par exemple. Ce n'est donc pas seulement à titre de

curiosité qu'il convient d'examiner le sort des honoraires d'avocat dans la tradition anglaise, perpétuée au Canada anglais. C'est donc par la tradition anglaise que nous entreprendrons notre étude de droit comparé.

1) *La tradition anglaise*

Les dépens – *costs* – représentent un élément d'une extrême importance¹⁸⁶ dans le système d'administration de la justice; il faut toujours en tenir compte avant et après un procès. Comme l'écrivait Goodhart¹⁸⁷, il s'agit d'un casse-tête (*jigsaw puzzle*) dont nous essayerons de démêler les grandes lignes, sans entrer dans les détails¹⁸⁸. Le principe fondamental – tel que retenu en particulier par les juristes américains – est le suivant: la partie qui perd doit payer tous les débours engagés par son adversaire victorieux, *y compris les honoraires et déboursés de l'avocat*, les *fees du solicitor*¹⁸⁹.

Historiquement, ce n'étaient que des *Chancery Courts*, jugeant en *equity*, qui avaient le pouvoir inhérent de condamner aux *costs*. Les cours de common law proprement dite ne pouvaient le faire que si un *statute* les y autorisait: le long des siècles de nombreux textes législatifs y ont remédié¹⁹⁰. Aujourd'hui les Règles de pratique traitent de la question de façon quasi exhaustive¹⁹¹; le pouvoir discrétionnaire des tribunaux demeure, mais encadré, balisé.

186. S.H. BAILEY et M.J. GUNN, SMITH & BAILEY on *The Modern English Legal System*, 2^e éd., Londres, Sweet & Maxwell, 1991, p. 472: «The costs involved in civil litigation are of the utmost importance to the parties they may prevent an action ever being brought, they may render a victory in court Pyrrhic when damages are swallowed up in costs, they may prevent a meritorious appeal and they will always be a factor in the risk of litigation.»

187. A.L. GOODHART, «Costs», (1929) 38 *Yale L.J.* 849, 860. Il s'agit là d'un article souvent cité.

188. Voir, par exemple, *The Royal Commission on Legal Services: Final Report*, vol. 1, Londres, H.M. Stationery Off., 1979, p. 543 et s. (chapitre 37 «Lawyers' Charges»).

189. Il existe deux types d'avocats en Angleterre: les *solicitors* qui sont des *officers of the Court* et les *barristers* qui ont le quasi-monopole de s'adresser aux tribunaux supérieurs. Le client engage un *solicitor* qui contacte le *barrister*. Les honoraires du *barrister* sont négociés par le *clerk* du bureau de ce dernier et le *solicitor*. Seuls les *solicitors* peuvent réclamer des honoraires au client (qui paie les honoraires du *barrister* en versant l'argent au *solicitor*).

190. Cf. *Foulis et al. v. Robinson*, (1978) 21 O.R. (2d) 769 (Ont. C.A.).

191. En Angleterre, l'*Order 62* a été modifié en 1986 (1986 N° 632 L. 2): *Rule 7 des Rules of the Supreme Court (Rule 2)* [cf. Lewis F. STURGE, *Basic Rules of the Supreme Court*, 3^e éd., Londres, Butterworths, 1966, p. 167 et suiv.]. En Ontario, *Rule 57.01*: Garry D. WATSON et Michael McGOWAN, *Ontario Civil Practice*, 1997, 8^e éd. par G.D. Watson, M. McGowan, John T. Porter et Justin W. de Vries, Scarborough, Carswell, 1996, p. 852.

Nous allons essentiellement tenter [c'est effectivement un vrai puzzle] de répondre aux trois questions suivantes: a) que comprennent les *costs*? b) qui paie les *costs*? c) quelle est la nature juridique des *costs*?

a) *Que comprennent les costs?*

Nous nous bornerons à des généralités. Il est impossible de rendre compte des avatars et des subtilités qui affectent la condamnation aux *costs* dans le contexte de l'évolution du droit anglais et anglo-canadien. En gros, il y aurait trois types de *costs* suivant une gradation basée sur le caractère partiellement ou presque totalement indemnitaire de la condamnation.

Une définition des *costs* peut être empruntée à une Règle de pratique albertaine: «“costs” includes all the reasonable and proper expenses which any party has paid or becomes liable to pay for the purpose of carrying on or appearing as party to any proceeding, including without restricting the generality of the foregoing, (i) the charges of barristers and solicitors [...]»¹⁹². D'une façon simplifiée, un juge d'Alberta (aussi) nous décrit ainsi la catégorie de «costs» auxquels peut être condamnée une partie¹⁹³:

As a general rule, costs may be said to fall into three categories:

1. Party and party costs to provide partial indemnity for costs the successful party must pay his own solicitor.
2. Solicitor and client this basis is intended, so far as is consistent with fairness, to provide complete indemnity to the party to whom they are awarded as to costs essential to and arising within the four corners of the litigation.
3. Solicitor and his [own] client the costs a solicitor can tax against a resisting client [...] the taxation between a solicitor and his client resolves itself into an assessment on the *quantum meruit* basis, into which all factors essential to fair play and justice enter.¹⁹⁴

192. Rule 600(1) [Alta. Reg. 313/81]. Cf. W.A. STEVENSON et J.E. CÔTÉ, *Civil Procedure Guide*, 1989, Edmonton, Juriliber, 1989, p. 1178.

193. *McCarthy v. Board of Trustees of Calgary Roman Catholic Separate School District No. 1*, [1980] 5 W.W.R. 524, 525 (Alta Q.B.); cf. *Re Solicitors*, [1967] 2 O.R. 137, 139 (Ont. H.C.); cf. Mark M. ORKIN, *The Law of Costs*, Toronto, Canada Law Book, 1968, p. 1 et s.

194. Alors qu'en common law anglaise et anglo-canadienne un avocat fait taxer ses honoraires contre son propre client (cf. N. GOLD, *loc. cit.*, note 63), en droit québécois ce n'est qu'exceptionnellement et dans le cadre de l'article 252 C.p.c. (révocation de mandat; substitution de procureur) que l'avocat peut faire taxer ses honoraires judiciaires: *Kraut c. Karasik*, [1983] R.D.J. 310 (C.A.); voir *Terreault c. Monette*, [2000] R.J.Q. 1486 (C.S.); appel rejeté, J.E. 2000-1528 (C.A.).

Il y a une gradation entre ces trois catégories de *costs*. La règle habituelle est d'accorder la première catégorie qui ne fait que compenser partiellement les débours de la partie gagnante. La deuxième catégorie le fait plus généreusement. Et la troisième catégorie permet à la partie victorieuse de récupérer quasiment tout ce qu'elle a payé ou doit payer à son avocat; en ce cas les tarifs prévus par des règlements sont bien moins pertinents¹⁹⁵.

Cette distinction tripartite est devenue en pratique aujourd'hui une distinction bipartite autant en Angleterre¹⁹⁶ que dans les provinces canadiennes¹⁹⁷. La question des *costs* a fait presque partout l'objet d'une réglementation plutôt détaillée qui laisse cependant une grande latitude au juge du procès.

Il faut être conscient que la partie victorieuse ne récupérera jamais tous ses frais (même en common law il y a des frais irrépétibles – *irrecoverable costs*¹⁹⁸); elle pourra obtenir normalement, selon la règle *costs follow the event*, les *party and party costs*. Exceptionnellement, elle pourra obtenir les *costs on a solicitor and client basis*¹⁹⁹. Quels sont ces cas exceptionnels? On peut les

195. Cf. HALSBURY'S *Laws of England*, 4^e éd. par Lord HAILSHAM of St. MARYLEBONE, vol. 37, Londres, Butterworths, 1982, n° 712, p. 547, v° *Practice and Procedure*.
196. R.S.C. Order 62 r. 3(4). ODGERS, on *High Court Pleading and Practice*, 23^e éd. par David Bernard Casson, Londres, Sweet & Maxwell, 1991, p. 442: 12(1) «On a taxation of costs on the standard basis there shall be allowed a reasonable amount in respect of all costs reasonably incurred and any doubts which the taxing officer may have as to whether the costs were reasonably incurred or were reasonable in amount shall be resolved *in favour of the paying party*; and in these rules the term «the standard basis» in relation to the taxation of costs shall be construed accordingly. 12(2) «On a taxation on the indemnity basis, all costs shall be allowed except insofar as they are of an unreasonable amount or have been unreasonably incurred and any doubts which the taxing officer may have as to whether the costs were reasonably incurred or were reasonable in amount shall be resolved *in favour of the receiving party*; and in these rules the term «the indemnity basis» in relation to the taxation of costs shall be construed accordingly. 12(3) «Where the court makes an order for costs but either does not specify a basis of taxation or specifies a basis other than the standard or indemnity bases then the costs shall be taxed on the standard basis.»
197. *Canadian Encyclopedic Digest (Ontario), a complete statement of the law of Ontario as derived from the cases and statutes*, 3^e éd., vol. 6, Toronto, Carswell, 1973-97, titre 37, p. 57, v° *Costs*. Voir par exemple *Fletcher c. Société d'assurance publique du Manitoba*, [1990] 3 R.C.S. 191, qui, en application de la règle de procédure ontarienne R.R. 49(10), approuve le juge qui a condamné la défenderesse à des «costs on a solicitor and client basis» pour avoir refusé une offre de règlement valable.
198. WALKER & WALKER, *The English Legal System*, 6^e éd. par R.J. Walker, Londres, Butterworths, 1985, p. 385.
199. En français, on parle de «dépens comme entre avocat et client»: *Roberge c. Bolduc*, [1991] 1 R.C.S. 374, 448 ou de «dépens entre procureur et client»: *Aubry c. Éditions Vice-Versa inc.*, précité, note 1, 623 ou de dépens «comme entre procu-

regrouper sous deux rubriques: d'abord le tribunal peut condamner une partie à payer des dépens sur la base procureur-client pour sanctionner une conduite répréhensible de cette partie, pour PUNIR²⁰⁰; c'est le cas le plus courant. Mais aussi parfois pour des considérations d'équité ou même d'intérêt public²⁰¹. Ce sont, au fond, les mêmes motivations qui justifieront une entorse à l'octroi des dépens à la partie victorieuse, soit en les refusant ou en les accordant à l'autre partie²⁰². L'idée de *sanction punitive* est souvent présente.

b) Qui paie les costs?

On aura compris que cette question est très souvent réglementée par des textes dans les juridictions de common law. Mais le principe est *costs follow the event*, sans pour autant enlever au tribunal son traditionnel *pouvoir discrétionnaire* (parfois encadré de directives plus précises, comme, par exemple, les cas où le procureur peut être personnellement condamné)²⁰³. Il est intéressant de faire ressortir les raisons données du caractère exceptionnel de

reur et client»: *Friends of the Oldman River c. Canada*, [1992] 1 R.C.S. 3, 80. La Règle 400(6)(b) des Règles de la Cour fédérale, précité, note 32, parle d'«adjuger tout ou partie des dépens sur une base avocat-client». Voir aussi *Technologie Labtronix inc. c. Technologie Micro contrôle inc.*, J.E. 96-1824 (C.S.), J.E. 97-170 (C.A.); J.E. 97-228 (C.S.), J.E. 98-1919 (C.A.); J.E. 97-366 (C.S.), J.E. 98-1918 (C.A.).

200. Voir, par exemple, *Barrett et al. v. Northern Lights School Division*, No. 133, (1986) 47 Sask. R. 251, 264 (Sask. Q.B.); *Isaacs c. MHG International Ltd.*, (1984) 7 D.L.R. (4th) 570, 572 (Ont. C.A.). En général, les dépens comme entre procureur et client ne sont accordés que s'il y a conduite répréhensible, scandaleuse ou outrageante: *Young c. Young*, précité, note 46, 135 et 136.

201. Voir par exemple, *Friends of the Oldman River c. Canada*, précité, note 199, 80; *Roberge c. Bolduc*, précité, note 199, 448. Cf., récemment, *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*, J.E. 2002-351 (C. sup. can.), paragraphes 86 et 87.

202. Voir en général les ouvrages suivants qui donnent de nombreuses références: HALSBURY'S *Laws of England*, *op. cit.*, note 195, n° 712 et s., p. 547 et s., v° *Practice and Procedure* et le *Supplement* correspondant; W.A. STEVENSON et J.E. CÔTÉ, *op. cit.*, note 192, p. 1178 et s.; G.D. WATSON et M. McGOWAN, *op. cit.*, note 191, p. 822 et s. pour la Colombie-Britannique: *Szpradowski (Guardian ad litem of) v. Szpradowski Estate*, (1992) 4 C.P.C. (3d) 21 (B.C.S.C.) commenté par Frederick M. IRVINE, «The British Columbia Supreme Court's Inherent Jurisdiction to Award Costs on a Solicitor and own Client Basis», (1992) 6 C.P.C. (3d) 395. La *Supreme Court Rule 57* distingue les «ordinary costs» qui correspondent aux «party-and-party costs» des «special costs» qui correspondent aux «solicitor-and-client costs»

203. Les *costs* doivent être taxés. La «taxation» (G.D. WATSON et M. McGOWAN, *Ontario Civil Practice*, précité, note 191, maintenant *assessment*, p. 822) «is no more than a quantification machinery by means of which the recoverable amount of costs, disbursements, expenses, etc. is ascertained»: *Gomba Holdings (UK) Ltd. v. Minorities Finance Ltd. (N° 2)*, [1992] 4 All E.R. 588, 602 et 603, [1993] Ch. 171, 189, cité dans *BRDC v. Hextall Erskine*, [1996] 3 All E.R. 667, 687 (Ch. D.).

la dérogation à la règle générale de condamnation aux dépens. L'extrait suivant de l'opinion du juge Freedman, dans *Evaskow c. Int'l Boilermakers*, mérite d'être reproduit²⁰⁴:

The learned trial Judge based his very unusual order on the theory that the award of damages to the plaintiff should reach him intact. No doubt every plaintiff would like to receive his damages intact, without at all assuming any portion of the costs of the litigation which he instituted. Perhaps in an ideal system (for plaintiffs), such a hope might be realized. But in the process it would result in the imposition of intolerable burdens upon defendants. Our system accordingly seeks for a just compromise or balance by requiring, or at least expecting, that the costs of litigation will be shared or distributed between the parties. Since costs normally follow the event, the heavier burden will be upon the loser. But the victor will not usually emerge without some contribution to the solicitor-and-client bill.

Si la règle générale n'était généralement pas suivie, cela conduirait à une conséquence désastreuse:

If this principle were departed from other than in exceptional cases, it is not difficult to visualize the indirect harm that could well be done by inhibiting prospective litigants from bringing to the attention of the Courts matters which they had every right to put into litigation.²⁰⁵

c) *Quelle est la nature juridique des costs?*

On voit que la condamnation aux *costs* peut être utilisée comme sanction punitive, voire disciplinaire. Cependant, historiquement, il s'agit plutôt d'une *indemnisation* basée sur l'idée de «faute» de la partie qui succombe²⁰⁶. Les *costs* «are by their nature compensatory rather than punitive»²⁰⁷. Cependant, les *costs* ne sont pas des *damages*. On peut lire dans Halsbury's²⁰⁸:

204. (1969) 9 D.L.R. (3d) 715, 720 (Man. C.A.).

205. *Vanderclay Development Co. Ltd. v. Inducon Engineering Ltd.*, (1969) 1 D.L.R. (3d) 337, 344 (Ont. H.C.). Voir aussi *McCarthy v. Board of Trustees of Calgary, Roman Catholic Separate School District No. 1*, précité, note 193; *Mobil Oil Canada, Ltd. v. Canadian Superior Oil Ltd. et al.*, (1979) 105 D.L.R. (3d) 355 (Alta Q.B.).

206. Garry D. WATSON, W.A. BOGART, Allen C. HUTCHINSON, Janet E. MOSHER, Kent ROACH, *Civil Litigation, Cases and Materials*, 4^e éd., Toronto, Edmond Montgomery Publications, 1991, p. 419.

207. *Cf. Ryan v. McGregor*, (1926) 1 D.L.R. 476 (Ont. Divn Ct); *A.-G. Q. c. Bérubé and A.-G. Canada*, [1945] B.R. 77, conf. [1945] R.C.S. 600.

208. Vol. 13, n° 807, p. 266, v° *Damages in fine*. Voir aussi les causes citées dans *Canadian Encyclopedic Digest, Western: a complete statement of the law of the provinces of Western Canada as derived from the cases and statutes*, 3^e éd., vol. 9, Toronto, Carswell, 1979-97, titre 38, n° 105, v° *Costs*.

Costs are distinct from damages. The award of costs beyond the costs of the suit, by way of penalty or additional damages, or the award of costs on a more liberal scale by way of damages is not permissible.

De cette brève et oh! combien incomplète étude des *costs*²⁰⁹ en common law anglaise et anglo-canadienne, on peut tirer les constatations suivantes:

– Les montants des *fees* (honoraires d’avocat) faisant partie des *costs* sont plus proches de la réalité²¹⁰ que chez nous; cela peut coûter très cher au perdant. Même lorsqu’il est prévu des tarifs fixes, le pouvoir d’appréciation du tribunal est très ample²¹¹ et permet une certaine discrétion qui rend moins onéreuse la victoire de la partie gagnante, mais risque parfois de faire hésiter une partie à recourir aux tribunaux et favoriserait les règlements hors cour.

– Les *costs* ont un caractère indemnitaire, ce qui n’empêche pas les tribunaux de se servir de la condamnation comme punition d’un acte répréhensible. Malgré leur caractère en principe indemnitaire, les *costs* doivent être distingués des *damages*, des dommages-intérêts.

Le système anglais est à l’opposé du système américain où les honoraires d’avocat sont entièrement supportés par chacune des parties, gagnante ou perdante.

2) La tradition américaine

On parle, en général, de l’*American Rule*, en vertu de laquelle les honoraires d’avocat ne font pas partie des dépens²¹² ni des

209. Au fond le mot *costs* utilisé dans un *statute* fédéral ou de common law n’a pas le même contenu que le mot *dépens*. Les frais de justice au Québec ne sont pas les mêmes que ceux des autres provinces. Cette remarque a son importance dans la mesure où, en particulier, la condamnation aux *costs* peut revêtir un aspect *punitif*: la punition n’est alors pas identique selon que l’on est condamné aux *costs* ou aux *dépens*. Deux systèmes juridiques: les mots ont un sens semblable, mais pas nécessairement le même contenu. À noter par ailleurs le pouvoir discrétionnaire du registraire en faillite de fixer une somme à payer à titre d’honoraires extrajudiciaires: 3087-6346 *Québec inc. (Faillite de)*, REJB 2001-23975 (C.S.) (*Loi sur la faillite et l’insolvabilité*, L.R.C. (1985), c. B-3, art. 197(2) et Règles 86 et 87).

210. C’est clair en Angleterre: *Lonrho plc v. Fayed (No. 5)*, [1994] 1 All E.R. 188, 212 (C.A.).

211. À titre d’illustrations, on peut consulter le texte de la Règle 400 de la Cour fédérale, précité, note 32 et les exemples donnés dans David SGAYIAS, *Federal Court Practice*, 2000, Scarborough, Carswell, 1999, p. 735 et s.

212. 20 C.J.S. *Costs* § 125, p. 105 (1997): «[I]n the absence of a valid and applicable statute or agreement authorizing the allowance of attorney fees as costs, they are generally not allowable as costs.»

dommages-intérêts²¹³ pouvant être recouvrés, sauf disposition statutaire ou stipulation contractuelle à l'effet contraire. Nous reproduisons ici le paragraphe 914 du *Restatement of the Law*²¹⁴ et le Commentaire qui suit:

§914. Expense of Litigation

- (1) The damages in a tort action do not ordinarily include compensation for attorney fees or other expenses of the litigation.

[...]

Comment on Subsection (1):

- a) The rule in this country, in contrast to that in England, is that neither party to a tort action can recover in that action his counsel fees or other legal expenses of maintaining the action itself, except to the limited extent to which he may be authorized to do so by statutes providing that he may recover his «costs» and disbursements. Historically the rule goes back to a time when the small amounts awarded for «costs» were in fact adequate, or nearly so, to reimburse him for the expenses for litigation. This rule does not apply, of course, when a statute or a contract provides expressly or impliedly for the recovery of counsel fees or other expenses. Exception to the rule is also occasionally made in other cases involving the assertion of a claim or defense known to be spurious, or amounting to harassment or oppressive action, especially in suits in equity where the court traditionally has more discretion. The cases are not sufficient to establish individual exceptions or adequately related to permit the crystallization of a composite rule.

In awarding punitive damages when they are otherwise allowable, the trier of fact may consider the actual or probable expense incurred by the plaintiff in bringing the action. (See §908, Comment (e). This has been especially true when gross fraud is involved.)

Chaque partie supporte et finance le coût de ses prétentions juridiques en cour – en demande ou en défense. En d'autres termes, chaque partie paie son propre avocat²¹⁵. Néanmoins, les exceptions statutaires deviennent de plus en plus courantes, tant

213. 25 C.J.S. *Damages* § 50, p. 777 (1997): «[G]enerally, there can be no recovery as damages of the expenses of litigation and attorney fees unless authorized by statutes or contract.»

214. *Restatement (Second) of Torts: Expense of Litigation* §914 (1979).

215. Il ne faut pas oublier la pratique très répandue des *contingent fees* en vertu de laquelle c'est l'avocat qui supporte personnellement le risque qu'une action soit rejetée.

en matière fédérale que dans les droits étatiques. Elles prévoient, en particulier, un montant raisonnable de «attorney's fees» pour le demandeur dans une action d'*intérêt public* ou pour faire reconnaître un droit fondamental (*civil rights*).

Les origines historiques de l'*American Rule* ne sont pas faciles à déceler²¹⁶. Pendant la période coloniale les avocats étaient plutôt mal vus dans la société américaine. On ne considérait pas les services d'un avocat comme nécessaires. Il faut se rappeler qu'en vertu de la common law traditionnelle il fallait un *statute* pour justifier une condamnation aux *costs* (dont les honoraires d'avocat éventuellement, *fees*). Ces *statutes*, quand ils existaient dans les États américains au XIX^e siècle, étaient considérés comme punitifs. Si, au début, les *fees* qui y étaient prévus correspondaient à une certaine réalité, les honoraires ont augmenté pour atteindre des sommes sans commune mesure. La concurrence du libre marché ne pouvait que favoriser cette tendance. Les législatures des États (où les membres du Barreau se trouvaient en grand nombre) n'ont pas réagi. Au fond, il s'agit d'une victoire des avocats: se libérant de toute réglementation au sujet de leurs honoraires, ils pouvaient négocier librement avec leurs clients, tant en demande (à pourcentage = *contingent fees*) qu'en défense. Dans la seconde moitié du XIX^e siècle, c'est le triomphe de la liberté contractuelle. On invoquait l'idée d'égalité dans l'accès à la justice; l'*American Rule* serait plus démocratique: pas besoin d'être riche pour ester en justice²¹⁷!

Ce sont moins les bases historiques du système américain qui nous intéressent que les bases juridiques ou rationnelles pour le maintenir. Il s'agit là d'une question qui a fait couler beaucoup d'encre dans la littérature juridique chez nos voisins du sud [*fee-shifting*]²¹⁸ sans qu'aucun consensus ne ressorte. La situation telle qu'elle prévaut actuellement fait l'affaire des avocats alors

216. Voir en particulier, à part l'article de A.L. GOODHART, *loc. cit.*, note 187; J. LEUBSDORF, «Toward a History of the American Rule on Attorney Fee Recovery», (1984) *Law & Cont. Probl.* 9.

217. D'une façon générale, en droit américain, on peut consulter les autorités suivantes: C.T. McCORMICK, «Counsel Fees and Other Expenses of Litigation as an Element of Damages», (1931) 15 *Minn. L. Rev.* 619; C.A. KUENZEL, «The Attorney's Fee: Why not a Cost of Litigation?», (1963) 49 *Iowa L. Rev.* 75; W.B. STOEBUCK, «Counsel Fees Included in Costs: A Logical Development», (1966) 38 *U. Colo. L. Rev.* 202; J. LEUBSDORF, «Recovering Attorney Fees as Damages», (1986) 38 *Rutgers L. Rev.* 439; R.E. LOVELL, *Court-Awarded Attorneys' Fees: Examining issues of delay, payment, and risk*, 1999.

218. Un numéro spécial, soit le volume 47 de *Law and Contemporary Problems* (1984), est consacré à l'*Attorney Fee Shifting*.

que la doctrine semblerait pencher pour l'inclusion de certains honoraires dans les *costs*²¹⁹. Les avocats n'aiment pas que l'on scrute à la loupe ou même discute leur facture d'honoraires.

La littérature juridique tourne surtout autour des mérites respectifs du système anglais comparé au système américain. Pour certains, il serait injuste (*unfair*) de pénaliser le perdant. Pour d'autres, si le système anglais décourage les litiges, favorise les règlements, filtre les procédures frivoles, il ne donne pas un accès à la justice en toute égalité. Il ne faut pas décourager les litiges, il conviendrait même de les encourager pour faire évoluer le droit... Ne s'agit-il pas, au fond, d'une différence *culturelle* autant que *juridique*?

En réalité, si l'on compare les versions extrêmes des deux systèmes, dans les juridictions d'Angleterre, le perdant est redevable de presque tous les honoraires dus par le gagnant à son avocat alors qu'aux États-Unis il ne doit les payer qu'à son propre avocat, avec la donnée que le gagnant devra remettre un pourcentage (parfois très élevé – 30 %, 40 %) de la somme obtenue comme honoraires à son avocat.

Il est peu probable qu'au Québec nous adoptions l'*American Rule*. Mais ne faut-il pas tirer une leçon des divers *statutes*, fédéraux ou étatiques, qui permettent à la partie victorieuse d'un litige d'intérêt public ou pour faire reconnaître un droit fondamental de récupérer les honoraires extrajudiciaires en tout ou en partie? Presque tous les *statutes* qui prévoient la condamnation à payer des honoraires d'avocats en font une partie des *costs* et exigent que le montant en soit *raisonnable*.

Un bon exemple américain est la loi fédérale de 1976, *The Civil Rights Attorney's Fees Award Act*, 42 U.S.C. §1988, en vertu de laquelle le juge a le pouvoir discrétionnaire d'attribuer à la partie victorieuse d'un litige mettant en jeu les *civil rights* fédéraux des «attorney's fees as part of the costs». La base de calcul des honoraires est établie par la loi du marché²²⁰. La motivation juridique de ces *Fee Shifting Statutes* est la suivante, d'après le professeur Peter Margulies²²¹:

219. Les conclusions que l'on peut tirer des statistiques sont trop ambiguës pour être valables.

220. R. COOPER DREYFUS, «Promoting the Vindication of Civil Rights Through the Attorney's Fees Awards Act», (1980) 80 *Columbia L. Rev.* 346.

221. P. MARGULIES, «After *Marek*, the Deluge: Harmonizing the Interaction Under Rule 68 of Statutes that Do and Do Not Classify Attorney's Fees as «Costs», (1988) 73 *Iowa L. Rev.* 413, 421.

Attorney's fee awards are designed, at least in the United States, to encourage and facilitate the vindication of statutory and constitutional rights. Congress' rationale in enacting fee-shifting statutes was that many meritorious claims were not taken up by the legal profession because market arrangements did not offer adequate incentives. Under the so-called American rule, parties must bear their own legal costs. Poor people, however, do not have sufficient resources to put lawyers on retainer and pay them by the hour. If a claim does not have the potential for a substantial damages award or settlement that a lawyer could share on a contingency basis, an attorney can take the case only as a virtual *pro bono* matter. Yet, many civil rights plaintiffs, environmental plaintiffs, and other plaintiffs may seek only minor damages or injunctive relief. To a private lawyer trying to pay the rent, or to a government lawyer trying to stay within a budget, such cases may seem like unproductive uses of time. Fee awards against losing defendants help fund this time, albeit after the fact.

La question du coût des litiges d'intérêt public n'a pas laissé la littérature juridique canadienne indifférente²²². Dans les provinces de common law, l'intérêt public est parfois pris en considération pour établir qui sera tenu aux *costs* et quelle catégorie de *costs* sera octroyée. Certaines provinces sont à l'origine d'un règlementation permettant au tribunal de tenir compte de l'importance du litige dans la société, lors de l'octroi des *costs*²²³.

En ce qui concerne le recours pour la reconnaissance d'un droit fondamental, on a vu aussi que c'est souvent dans ces cas que, de façon non juridiquement justifiée, les tribunaux québécois ont accordé des honoraires extrajudiciaires comme dommages-intérêts. Mais ce qui gêne (comme l'a vu la littérature américaine), c'est que *seul le demandeur* peut les obtenir comme dommages-intérêts, et *non le défendeur victorieux*.

3) *Le droit français*

Un examen du droit français fait ressortir trois caractéristiques qui méritent d'être soulignées: 1^o la tentative de mettre en

222. Cf. Lara FRIEDLANDER, «Costs and the Public Interest Litigant», (1995) 40 *R.D. McGill* 55.

223. On a vu qu'au Québec, l'article 477 C.p.c. permet au tribunal de changer la règle générale prévoyant le paiement des dépens par la partie qui succombe. Une des motivations est l'intérêt général du litige. Mais on a vu aussi qu'en vertu du droit québécois, les honoraires extrajudiciaires ne peuvent être accordés en tant que dépens, avec le cas exceptionnel des honoraires spéciaux de l'art. 15 du *Tarif*. Sur les actions collectives, voir Pierre-Claude LAFOND, *Le recours collectif comme voie d'accès à la justice pour les consommateurs*, Montréal, Éditions Thémis, 1996, p. 641; *Comartin c. Bordet*, [1984] C.S. 584, 600.

œuvre le principe, prôné déjà pendant la Révolution, de la gratuité de la justice; 2^o la non-inclusion dans les dépens d'honoraires d'avocat: pas d'honoraires judiciaires tarifés comme chez nous; et 3^o le pouvoir récent pour les tribunaux de condamner à des «frais irrépétibles» qui tiennent compte – plutôt arbitrairement – des honoraires extrajudiciaires de l'avocat.

L'article 130 du *Code de procédure civile* se lisait ainsi: «[T]oute partie qui succombera sera condamnée aux dépens.» C'est la règle prévue par l'*Ordonnance de 1667*. En vertu de l'article 131, ce *Code de procédure civile* accordait au juge le pouvoir discrétionnaire de compenser les dépens en tout ou en partie. En 1958, il a été créé un pouvoir discrétionnaire encadré à la règle avec la phrase suivante ajoutée à l'article 130: «sauf au tribunal à laisser la totalité ou une fraction des dépens à la charge d'une autre partie par décision spéciale et motivée». Enfin, en vertu du *Nouveau code de procédure civile* entré en vigueur le 1^{er} janvier 1976, la matière des dépens est traitée plus en détail. Il précise ce que comprennent les dépens (art. 695):

Art. 695. Les dépens afférents aux instances, actes et procédures d'exécution comprennent:

1. Les droits, taxes, redevances ou émoluments perçus par les secrétariats des juridictions ou l'administration des impôts à l'exception des droits, taxes et pénalités éventuellement dus sur les actes et titres produits à l'appui des prétentions des parties;
2. Abrogé par Décr. N° 78-62 du 20 janv. 1978;
3. Les indemnités des témoins;
4. La rémunération des techniciens;
5. Les débours tarifés;
6. Les émoluments des officiers publics ou ministériels;
7. La rémunération des avocats dans la mesure où elle est réglementée (Décr. N° 78-62 du 20 janv. 1978) «y compris les droits de plaidoirie».

Cette liste est exhaustive²²⁴. Certains débours faits par les avocats (les débours tarifés) font partie des dépens. Il existe des émoluments tarifés (pour la procédure de postulation); quant aux

224. Loïc CADIET, *Droit judiciaire privé*, Paris, Litec, 1992, n° 118, p. 71.

«droits de plaidoirie», ils étaient perçus pour être versés dans la Caisse nationale des barreaux français pour alimenter le régime d'assurance vieillesse des avocats, et minimes²²⁵. Les honoraires des avocats proprement dits sont «librement déterminés», négociés avec le client et les tribunaux n'ont pas leur mot à dire sur le montant²²⁶.

L'article 696 N.C.P.C. répète en substance la règle qui se trouve à l'article 130 de l'ancien Code tel que modifié. L'innovation du nouveau Code qui nous intéresse au plus haut point est celle qui se trouve à l'article 700 visant les frais dits *irrépétibles*²²⁷, cette «paradoxe désignation de l'institution par la pratique»²²⁸. Les textes pertinents sont les suivants:

Art. 700. [Décr. N° 91-1266 du 19 déc. 1991]. Comme il est dit au 1 de l'article 75 de la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991, dans toutes les instances, le juge condamne la partie tenue aux dépens ou, à défaut, la partie perdante à payer à l'autre partie, la somme qu'il détermine, au titre des frais exposés et non compris dans les dépens. Le juge tient compte de l'équité ou de la situation économique de la partie condamnée. Il peut, même d'office, pour des raisons tirées des mêmes considérations, dire qu'il n'y a pas lieu à cette condamnation. – Art. modifié entré en vigueur le 1^{er} janvier 1992.

Ancien art. 700 [Décr. N° 76-714 du 29 juill. 1976] Lorsqu'il paraît inéquitable de laisser à la charge d'une partie les sommes exposées par elle et non comprises dans les dépens, le juge peut condamner l'autre partie à lui payer le montant qu'il détermine.

Avant d'expliquer l'article 700 N.C.P.C., il convient de souligner que la condamnation aux *dépens*, qui a déjà été considérée comme une peine, est vue par la grande majorité de la doctrine française comme une réparation, une indemnité²²⁹ qui ne serait cependant pas basée sur l'idée de faute²³⁰. De plus, comme l'écrivent Solus et Perrot, «les dépens ne constituent pas des dommages-intérêts»²³¹.

225. Cf. Jean VINCENT et Serge GUINCHARD, *Procédure civile*, 21^e éd., Paris, Dalloz, 1987, n° 1314-bis, p. 1043.

226. Frédéric-Jérôme PANSIER, *Rép. pr. civ.* Dalloz, v° *Frais et dépens*, n° 79.

227. Il y a eu deux versions de l'article 700 que nous reproduisons dans notre texte. Dans l'affaire *Montreal Gazette Ltd. (The) c. Snyder*, précitée, note 4, 613, le juge Monet se réfère à la première version et suggère que notre législateur serait bien avisé de s'en inspirer.

228. Michel DEFOSSEZ, *J.-Cl. Pr. civ.*, fasc. 524, n° 4.

229. H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS, *op. cit.*, note 58, n° 2434-2, p. 836.

230. Henry SOLUS et Roger PERROT, *Droit judiciaire privé*, t. 1, Paris, Sirey, 1961, n° 114, p. 112.

231. *Ibid.*

Les dépens ne comprennent donc pas les honoraires des avocats. Selon le professeur Michel Defossez²³²: «Il y a là une sorte de fiction, aux termes de laquelle le recours à l'avocat est facultatif et donc le coût de son intervention ne peut être répercuté sur la partie perdante, car d'une certaine façon elle n'existe pas»; et il ajoute²³³:

Il y a une autre raison pour ne pas inclure dans les dépens les honoraires d'avocat, c'est que ceux-ci sont libres. Or l'inclusion dans les dépens aurait signifié une taxation, dont les avocats ne voulaient pas, ayant en mémoire sans nul doute le sort des émoluments des avoués de première instance revalorisés seulement une fois depuis 1960, mais aussi étant attachés aux principes libéraux de leur profession.

Le législateur français s'est ému en 1975 et a adopté une série de textes aboutissant à l'actuel article 700 N.C.P.C. Pour des raisons d'*équité*, sans remettre en cause la liberté des honoraires et sans procéder à une taxation des honoraires de l'avocat, on a pensé que la partie victorieuse pourrait récupérer une partie de ces honoraires. C'est le paradoxe de l'article 700 qui permet de récupérer (en partie) les frais dits «irrépétibles».

La condamnation aux frais irrépétibles est une institution *sui generis*, de nature indemnitaire: c'est une indemnité forfaitaire dont le fondement n'est pas la faute; elle suit le régime juridique des dépens, même si le fondement juridique et l'objet en sont différents. Elle doit être demandée (et il faut demander une somme précise) au tribunal qui les accordera ou ne les accordera pas, se basant sur l'*équité*²³⁴. Le juge doit être convaincu l'existence de ces frais, même s'il n'a pas à en connaître le détail²³⁵. Les juges du fond ont un pouvoir souverain d'appréciation. Souvent ils vont les refuser à des banques ou à des sociétés d'assurance²³⁶. Ils peuvent aussi être sensibles à des procédures, qui, *sans être un abus de procédure caractérisé*, lui semblent répréhensibles.

Les honoraires d'avocat étant confidentiels, on comprend que les sommes allouées à ce titre sont plutôt arbitraires et ne correspondent que rarement aux honoraires payés ou dus à l'avocat. On

232. M. DEFOSSEZ, *loc. cit.*, note 228, n° 1.

233. *Ibid.*

234. Cf. Yves CHARTIER, *La réparation du préjudice dans la responsabilité civile*, Paris, Dalloz, 1983, n° 245, p. 304; Jacques HÉRON, *Droit judiciaire privé*, Paris, Montchrestien, 1991, n° 457, p. 328. Cf. Philippe BRUN et Laurence CLERC-RENAUD, *Rép. pr. civ.* Dalloz, v° Frais et dépens, *passim*.

235. *Ibid.*, n° 31 *in fine*.

236. M. DEFOSSEZ, *loc. cit.*, note 228, n° 44.

dénonce souvent la modicité des sommes allouées²³⁷, même si les juges se réfèrent en fait souvent au barème indicatif du barreau²³⁸.

Grâce à l'article 700, le système français aboutit à une répartition plus équitable du fardeau des frais de justice. Dans la mesure où le pouvoir discrétionnaire des juges du fond est exercé avec modération – euphémisme pour dire que les sommes accordées au titre des frais irrépétibles sont relativement modestes – on peut se demander si il n'y a pas une analogie avec le système québécois qui prévoit des honoraires judiciaires taxés et *modestes*.

Il y a certes une analogie à faire avec le système américain en vertu duquel il fait un *texte* spécifique pour indemniser une partie du coût de ses honoraires. En France, il s'agit d'un texte qui est paradoxal non seulement parce qu'il permet de répéter des frais irrépétibles, mais aussi parce que ce texte, nécessaire pour donner un pouvoir discrétionnaire aux tribunaux, leur donne précisément un pouvoir discrétionnaire.

On peut aussi constater que ce qu'a fait en définitive la tendance jurisprudentielle québécoise jusqu'à l'affaire *Viel c. Entreprises immobilières du terroir ltée*, c'est, SANS TEXTE²³⁹ et à l'encontre des principes bien établis et fondamentaux du droit, aboutir à un *résultat* assez semblable.

*
* *

Si l'on conçoit que la répartition des *dépens*, dans notre tradition (et aussi en droit français), puisse servir à *punir* une conduite répréhensible, il semble hérétique de condamner une partie à payer des honoraires extrajudiciaires pour la *punir* quand le système prévoit des dommages punitifs. *Comment peut-on «punir» sans texte?*

Reste à savoir si la condamnation aux honoraires extrajudiciaires (en tout ou en partie) est juridiquement justifiable comme chef de dommages-intérêts, à titre d'*indemnité*. Si la partie condamnée a commis une *faute* caractérisée ou un abus de droit

237. L. CADIET, *op. cit.*, note 224, n° 123, p. 73.

238. P. BRUN et L. CLERC-RENAUD, *loc. cit.*, note 234, n° 38.

239. Il n'est pas inutile de rappeler ce qu'écrivait le juge LeBel, au nom de la Cour suprême dans *Lac d'amiante du Québec ltée c. 2858-0702 Québec inc.*, précité, note 50, 764 et 765: «[U]n tribunal québécois ne peut décréter une règle positive de procédure civile uniquement parce qu'il l'estime opportune. [...] Suivant la tradition civiliste, les tribunaux québécois doivent donc trouver leur marge d'interprétation et de développement du droit à l'intérieur du cadre juridique que constituent le Code et les principes généraux de procédure qui le sous-tendent.»

dans l'exercice de *recours judiciaires* – et notre critère est celui de savoir si une action distincte en responsabilité civile basée sur cette faute caractérisée ou abus de droit serait accueillie – on comprend qu'il s'agit d'un préjudice immédiat et direct.

Là se pose la question suivante: à quel titre, s'il s'agit d'un préjudice subi et réparable, le tribunal peut-il *diminuer* le montant des honoraires extrajudiciaires réclamés? Prenons l'exemple suivant. En raison d'une action parfaitement frivole et abusive, j'ai dû payer à mon avocat – un des ténors du barreau – la somme de 10 000 \$. Le juge, estimant que ce montant est élevé, la réduira, par hypothèse, à 5 000 \$. Au nom de quel texte ou principe juridique? Le grand principe de la responsabilité civile est la réparation intégrale du préjudice subi. Ici le préjudice est matériel et facilement prouvable, calculable et réellement subi: cela m'a réellement coûté 10 000 \$. Le principe de la *restitutio in integrum* voudrait que je reçoive 10 000 \$ en dommages-intérêts. On ne peut certes rattacher le pouvoir d'appréciation du montant des dommages à un *pouvoir inhérent* des tribunaux sur les honoraires d'un avocat. Ce n'est pas du droit civil ni la tradition québécoise. Il ne s'agit pas non plus d'une action sur compte d'honoraires non plus²⁴⁰.

On ne peut pas non plus invoquer la règle, maintenant codifiée à l'article 1479 C.c.Q., de la minimisation des dommages²⁴¹. En engageant un avocat dont les services sont chers, je n'ai pas agi comme une personne imprudente, je n'ai pas commis de faute, je n'ai pas «aggravé un préjudice que je pouvais éviter». Je n'avais pas le devoir d'engager les services d'un avocat au rabais²⁴².

240. Le juge a le pouvoir de réduire les honoraires dans un certain nombre de contrats (de services): A. POPOVICI, *op. cit.*, note 149, p. 354, note 554.

241. Cf. J.-L. BAUDOUIN et P. DESLAURIERS, *op. cit.*, note 47, n° 1256, p. 730-732.

242. Voir, dans ce contexte: *Lévesque c. Richmond*, [1992] R.R.A. 789 (C.S.); appel accueilli, [1997] R.R.A. 11 (C.A.). Dans l'affaire *9078-0669 Québec inc. c. Gravel*, précitée, note 174, 2947, le juge Fraiberg n'est pas impressionné par le fait que les honoraires extrajudiciaires qu'il accorde dépassent le montant des autres dommages accordés. Il écrit:

[A]ll in all therefore, the Court sees no compelling reason to intercede on a principle of mitigation.

Faced with the fight of his life, it was not unreasonable of Gravel to expect his professionals to spare no effort in the struggle to vindicate his honour and protect his patrimony. That it cost so much reflects his courage and tenacity, not his profligacy.

It is also perhaps a sad reflection on our society's method of dispute resolution. Gravel did not have a practical choice. Either he had to submit to the wrongs he had suffered, or risk significant resources in seeking redress. To now make his victory Pyrrhic by depriving him totally of its fruits as a result of the high cost of litigation he did not seek to start with, and which had no rational foundation, would be unjust.

On pourrait invoquer le critère de «raisonnabilité». Mais ce critère peut-il mettre en échec la règle de la réparation intégrale? Il faut dire que les jugements qui réduisent les honoraires extrajudiciaires sont en général très peu motivés²⁴³.

On comprend néanmoins qu'il s'agit aussi d'éviter les abus ou les abus possibles²⁴⁴... Il est facile et tentant, lorsque la récupération des honoraires extrajudiciaires est possible ou probable, de les gonfler, d'exagérer la valeur des services rendus. Quelle que soit la base juridique du pouvoir du juge de les diminuer lorsqu'ils font partie des dommages-intérêts, on comprend cette pratique. On peut aussi justifier ce pouvoir des juges en soutenant qu'ils ne font qu'appliquer les dispositions de la *Loi sur le Barreau* et de ses règlements (Code de déontologie) sur le calcul des honoraires. Mais ce qu'il faut éviter c'est l'arbitraire: le juge devrait exiger de la preuve sur la question avant de rendre sa décision²⁴⁵.

Conclusion: légiférer

En ce qui concerne maintenant la nouvelle jurisprudence des tribunaux inférieurs surtout – même si bien intentionnée (basée sur *Nantel* et *Alvetta-Comeau*) (que nous pouvons qualifier d'hérétique) qui accorde parfois, en dehors des cas de faute ou d'abus de procédure, les honoraires extrajudiciaires en tant que dommages-intérêts – elle n'a pas de base juridique. Il faudrait un *texte* dans notre système juridique qui la justifie. Soit un texte semblable à l'article 700 N.C.P.C. ou un texte qui permette au tribunal de condamner aux honoraires extrajudiciaires dans les causes où est mis en jeu, par exemple, un droit «fondamental». Mais là, il faut le mentionner, ne favoriserait-on pas les demandeurs victorieux par rapport aux défendeurs victorieux?

243. Il suffit que le juge déclare que les honoraires extrajudiciaires demandés sont «disproportionnés» ou «déraisonnables» pour les réduire, somme toute assez arbitrairement: voir, par exemple, *Bélisle-Heurtel c. Tardif*, précité, note 179.

244. Il ne faudrait pas «mettre la partie perdante à la merci du procureur adverse» en accordant les honoraires extrajudiciaires: *Laval (Ville de) c. O'Connor*, [1983] T.E. 129, 130 (T.E.). À noter, de plus, que si les honoraires extrajudiciaires ont été fixés à pourcentage, on voit mal pourquoi le juge devrait s'y conformer: *Baena c. Syndicat des soutiens de Dawson*, J.E. 99-1955 (C.S.); appel accueilli, J.E. 2002-631 (C.A.).

245. Lorsque les honoraires extrajudiciaires sont accordés, une certaine jurisprudence suit les critères déterminés par le juge Gilles Hébert dans *Trust Général du Canada c. 3087-2881 Québec inc.*, J.E. 96-1900 (C.S.), pour les évaluer: 1° la nature et la complexité de la procédure engagée; 2° le montant en litige; 3° le lien de cause à effet entre la procédure et les dommages causés; 4° le temps consacré par les avocats pour obtenir justice: *Bernier c. Toussaint*, B.E. 99BE-224 (C.Q.); *141517 Canada inc. c. L. Bucci Estimation inc.*, J.E. 2001-133 (C.Q.).

En fait, il faudra choisir entre les solutions suivantes, qui demandent toutes une modification *législative*: 1^o augmenter les tarifs des honoraires judiciaires²⁴⁶; 2^o accorder des honoraires extrajudiciaires comme dommages-intérêts dans les affaires où un droit fondamental a été violé (dans ce contexte, on ne peut qu'approuver les décisions qui tiennent compte du montant des honoraires extrajudiciaires payés par le demandeur victorieux dans le calcul des montants de dommages-intérêts punitifs)²⁴⁷; 3^o octroyer au juge un pouvoir discrétionnaire du genre de celui de l'article 700 du *Nouveau code de procédure civile* français, en qualifiant le montant octroyé d'*indemnité* (cf. art. 1619 C.c.Q.); le défendeur victorieux devrait, dans certains cas, y avoir lui aussi accès.

En équité, il est difficile de justifier que le défendeur victorieux dans son procès où on lui réclame 60 000 \$ ait à payer 40 000 \$ d'honoraires extrajudiciaires. Il est aussi choquant que la victime de la violation, même non intentionnelle, d'un droit fondamental doive déboursier à son avocat des montants éventuellement supérieurs à ceux que lui octroient les tribunaux.

Une réforme s'impose²⁴⁸.

246. Dans le document intitulé *Une nouvelle culture judiciaire*, op. cit., note 179, p. 13, on signale que si les montants d'honoraires judiciaires n'ont pas été augmentés depuis 1976, un projet en ce sens aurait été publié à la *Gazette officielle* du Québec, mais ne serait pas encore en vigueur.

247. Voir, par exemple, *Dufour c. Syndicat des employées et employés du centre d'accueil Pierre-Joseph Triest (C.S.N.)*, [1999] R.J.Q. 2674 (C.S.).

248. Le juge Jeannine Rousseau avait bien vu le problème: «Si simple que soit le principe «le perdant paie», son application a donné lieu à de multiples distinctions et tendances, qui ne sont peut-être, somme toute, que l'expression de la mésadaptation des instruments disponibles aux réalités actuelles du droit judiciaire québécois.

En d'autres termes, l'institution des dépens de l'article 477 C.P. et des divers tarifs, dont le *Tarif des honoraires judiciaires des avocats*, ne suffirait plus à la tâche, entre autres parce que, l'honoraire spécial de l'article 15 du tarif ayant une portée limitée, il a peine à combler l'écart grandissant entre ce que coûte le recours aux tribunaux et ce que le perdant paie au gagnant.

Deux conséquences sont évidentes: d'une part, de nombreux justiciables renoncent à exercer leurs droits devant les tribunaux faute de moyens financiers; d'autre part, les plaideurs tentent de trouver d'autres instruments pour pallier aux lacunes des règles québécoises d'attribution des dépens.» *Coalition des citoyens et citoyennes du val St-François c. Québec (Procureur général)*, précité, note 80, 569 où un honoraire spécial est accordé. Comparer avec *176100 Canada inc. c. Réseau des Appalaches F.M. ltée*, [2001] R.J.Q. 1011 (C.S.).

L'obligation d'accommodement confère-t-elle aux personnes handicapées un droit à l'emploi?

Anne-Marie LAFLAMME

Résumé

Quelle est l'étendue de l'obligation d'accommodement de l'employeur à l'égard de l'employé qui devient incapable d'exercer son emploi en raison d'un handicap? Les employés handicapés bénéficient-ils d'un véritable droit au maintien du lien d'emploi tant qu'il demeure dans l'entreprise des tâches qu'ils sont susceptibles de pouvoir exercer? Telles sont les questions essentielles abordées par l'auteure dans cet article. En effet, le droit à l'égalité pour les personnes handicapées a connu une évolution telle au cours des dernières années que certains auteurs et tribunaux leur ont reconnu un accès privilégié au travail et au maintien du lien d'emploi qui n'a jamais été reconnu à l'égard d'autres catégories d'employés. En procédant à une analyse des théories et de la jurisprudence qui s'opposent sur cette question, l'auteure soutient que cette interprétation n'est pas nécessairement conforme aux enseignements de la Cour suprême et risque de nuire à une véritable et durable intégration des personnes handicapées sur le marché du travail.

L'obligation d'accommodement confère-t-elle aux personnes handicapées un droit à l'emploi?

Anne-Marie LAFLAMME

Introduction	129
1. La notion d'accommodement	131
1.1 Les fondements de l'obligation d'accommodement .	131
1.1.1 Le cadre législatif dans lequel se situe l'obligation d'accommodement	131
1.1.2 Les concepts de discrimination et d'EPJ . . .	133
A) La discrimination	133
B) La défense d'EPJ.	135
1.1.3 La reconnaissance jurisprudentielle de l'obligation d'accommodement.	136
1.2 Les limites de l'obligation d'accommodement: la contrainte excessive	139
2. L'obligation d'accommodement de l'employeur envers des employés handicapés	140
2.1 La notion de «handicap»	140
2.2 Le maintien du lien d'emploi: des théories en opposition	142

2.2.1 Les arguments qui favorisent la liberté contractuelle et les droits de direction	143
2.2.2 Les arguments qui favorisent les droits des personnes handicapées	145
2.2.3 La jurisprudence	146
3. Le droit à l'emploi des personnes handicapées: un choix de société	152
Conclusion	156

INTRODUCTION

Le droit à l'égalité pour les personnes handicapées est un concept qui a évolué considérablement au cours de la dernière décennie. Cette évolution a des répercussions importantes, notamment en matière d'emploi, et en particulier sur les obligations de l'employeur à l'endroit des employés handicapés. D'une part, les concepts juridiques de discrimination et d'«exigence professionnelle justifiée» ont connu une évolution jurisprudentielle de telle sorte que la Cour suprême du Canada a reconnu en 1999¹ que l'employeur a une obligation d'accommodement à l'égard des personnes handicapées dont il doit tenir compte dans l'élaboration même de ses normes d'emploi. L'étendue de cette obligation demeure toutefois difficile à circonscrire, n'étant définie que par sa seule limite reconnue par la jurisprudence, la «contrainte excessive». D'autre part, la Cour suprême confirmait en 2000² que la notion de «handicap» doit recevoir une interprétation large et libérale, de façon à favoriser l'élargissement de la protection contre la discrimination.

Devant ces changements importants, il n'est pas surprenant que les employeurs demeurent perplexes quant à l'étendue de leurs obligations à l'égard des employés handicapés, en particulier dans le cas où ceux-ci deviennent incapables d'exercer leurs fonctions en raison de restrictions médicales. En cette matière, les théories sont en opposition. Certains affirment que l'obligation d'accommodement s'applique uniquement à l'égard de l'emploi pour lequel l'employé a été embauché. Ils rappellent l'importance de tenir compte du droit de l'employeur de choisir ses employés et de diriger son entreprise dans un objectif de productivité et d'efficacité. D'autres sont d'avis que l'obligation d'accommodement confère aux personnes handicapées un accès privilégié au travail et au maintien du lien d'emploi. Ils invoquent la préséance des lois protégeant les droits de la personne et l'importance de

1. *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. B.C.G.S.E.U.*, [1999] 3 R.C.S. 3 (ci-après: *Meiorin*). Voir également: *Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles) c. Colombie-Britannique (Council of Human Rights)*, [1999] 3 R.C.S. 868 (ci-après: *Grismer*).
2. *Montréal (Ville de) c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, [2000] 1 R.C.S. 665 (ci-après: *Ville de Montréal*); *Granovsky c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [2000] 1 R.C.S. 703 (ci-après: *Granovsky*).

reconnaître des garanties juridiques aux personnes handicapées qui sont particulièrement désavantagées sur les plans social et économique. Ces théories témoignent de conceptions différentes du droit à l'égalité pour les personnes handicapées.

La présente étude a pour objet d'analyser l'étendue de l'obligation d'accommodement de l'employeur à l'égard de l'employé qui devient incapable d'exercer son emploi en raison d'un handicap. En premier lieu, nous examinerons brièvement le cadre juridique à l'intérieur duquel se situe l'obligation d'accommodement de même que les fondements juridiques de cette obligation qui résulte d'une évolution jurisprudentielle. Nous verrons également les principaux critères retenus aux fins de l'évaluation de la «contrainte excessive», seule limite reconnue à l'obligation d'accommodement. Appliquant ensuite ces principes au contexte de la relation d'emploi, nous exposerons les principaux arguments qui s'opposent quant aux droits que cette obligation confère aux employés qui deviennent incapables d'exercer leurs fonctions en raison de restrictions médicales. Nous verrons ensuite sommairement l'application qui en a été faite par les tribunaux³ chargés d'examiner cette question. Selon notre analyse, au-delà de l'aspect juridique, la réponse à la question soulevée dépend du sens véritable que notre société souhaite donner au droit à l'égalité pour les personnes handicapées.

Il est important de souligner qu'en raison de l'ampleur du sujet, nous avons dû circonscrire la recherche et l'analyse. Aussi, nous nous limiterons à l'examen de l'obligation d'accommodement de l'employeur sans aborder spécifiquement les obligations qui incombent au syndicat de même qu'à l'employé. Nous n'examinerons pas non plus les conséquences d'une mesure d'accommodement sur les droits des autres employés, comme par exemple en matière de droits d'ancienneté, bien que l'analyse de ces éléments soit importante afin d'avoir une perspective globale de la question étudiée.

3. Il s'agit essentiellement des arbitres de griefs et des tribunaux spécialisés dans le domaine des droits de la personne. Pour les fins de la présente étude, nous traiterons indistinctement de ces instances sous la rubrique «jurisprudence» (section 2.2.3) et ce, malgré les différences importantes entre la juridiction et les pouvoirs de ces forums. Par ailleurs, il est important de souligner que la Cour d'appel a récemment décidé que l'arbitre de griefs avait compétence exclusive lorsque la discrimination découle de la convention collective de travail: *Québec (Procureur général) c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, (28 février 2002) Montréal, n° 500-09-010164-002 (C.A.).

1. LA NOTION D'ACCOMMODEMENT

1.1 Les fondements de l'obligation d'accommodement

1.1.1 *Le cadre législatif dans lequel se situe l'obligation d'accommodement*

La *Charte canadienne des droits et libertés*⁴, véritable charte constitutionnelle, s'applique aux actes du Parlement et du gouvernement fédéral pour tous les domaines relevant de sa compétence, ainsi qu'à la législature et au gouvernement de chacune des provinces et territoires, également dans leur champ de compétence⁵. La Charte canadienne ne s'applique pas aux litiges de nature purement privée. Toutefois, en matière d'emploi, la Charte canadienne s'applique aux employés de la fonction publique et pourrait s'appliquer à un certain nombre d'autres travailleurs plus ou moins associés à l'activité gouvernementale selon les critères établis par la jurisprudence⁶. L'article 15(1) de la Charte canadienne, qui traite du droit à l'égalité, interdit toute discrimination fondée, entre autres, sur les déficiences mentales ou physiques et ce, dans le domaine de l'emploi comme dans tout autre domaine⁷. La Charte canadienne ne prévoit pas spécifiquement d'obligation d'accommodement à l'égard d'individus ou de groupes défavorisés⁸.

La *Loi canadienne sur les droits de la personne*⁹ trouve application dans le champ de compétence du Parlement fédéral. Dans l'emploi, elle gouverne les relations de travail de la fonction publique fédérale ainsi que les relations de travail des entreprises

4. Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* [Annexe B de la loi de 1982 sur le Canada (1982, R.-U., c. 11)] reproduite dans L.R.C. (1985), App. II, n° 44 (ci-après: Charte canadienne).

5. Art. 32, Charte canadienne.

6. Sur le degré d'intervention gouvernementale requis pour que la Charte canadienne soit applicable, voir: *Lavigne c. O.P.S.E.U.*, [1991] 2 R.C.S. 211; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 1 R.C.S. 241 (ci-après: *Eldridge*). Soulignons que dans *Godbout c. Longueuil (Ville de)*, [1997] 3 R.C.S. 844, trois juges ont affirmé que la Charte canadienne s'applique aux municipalités qui constituent des entités gouvernementales.

7. Notons toutefois que le droit à l'égalité énoncé à l'article 15(1) de la Charte canadienne n'est pas absolu. La partie qui cherche à restreindre ce droit a la possibilité de justifier cette restriction en démontrant, conformément à l'article premier de la Charte, que cette restriction est raisonnable et justifiable dans une société libre et démocratique.

8. La Cour suprême du Canada, dans l'arrêt *Eldridge*, *supra*, note 6, a cependant considéré que le droit à l'égalité de la Charte canadienne garantissait implicitement le droit à l'accommodement, lequel serait limité par l'examen de la défense de contrainte excessive dans le cadre de l'article premier de la Charte.

9. L.R.C. (1985), c. H-6 (ci-après: Loi canadienne).

du secteur privé qui relèvent de la compétence fédérale en droit du travail. La Loi canadienne interdit, par l'intermédiaire des articles 3 et 7, la discrimination fondée sur la déficience dans le cadre de la relation d'emploi. Elle prévoit par ailleurs à l'article 15 une défense d'«exigence professionnelle justifiée» (EPJ)¹⁰, de même qu'une obligation d'accommodement applicable dans le cadre de ce moyen de défense¹¹:

15. (1) Ne constituent pas des actes discriminatoires:

a) les refus, exclusions, expulsions, suspensions, restrictions, conditions ou préférences de l'employeur qui démontre qu'ils découlent d'exigences professionnelles justifiées;

[...]

(2) Les faits prévus à l'alinéa 1a) sont des exigences professionnelles justifiées ou un motif justifiable, au sens de l'alinéa 1g), s'il est démontré que les mesures destinées à répondre aux besoins d'une personne ou d'une catégorie de personnes visées constituent, pour la personne qui doit les prendre, une contrainte excessive en matière de coûts, de santé et de sécurité.

La *Charte des droits et libertés de la personne*¹² s'applique indistinctement aux relations du citoyen avec l'État québécois, de même qu'à ses relations de nature privée. Elle s'applique notamment aux contrats et aux relations de travail du secteur privé qui relèvent de la compétence québécoise. L'article 10 de la Charte québécoise traite du droit à l'égalité et interdit la discrimination, notamment celle fondée sur le handicap. L'article 16 précise par ailleurs que l'interdiction de la discrimination s'applique au domaine de l'emploi. La Charte québécoise ne prévoit pas spécifiquement d'obligation d'accommodement. L'employeur bénéficie cependant d'une défense d'EPJ en vertu de l'article 20:

10. Cette défense qui, en anglais, est formulée «*bona fide occupational qualification*» ou «*bona fide occupational requirement*», a été désignée en français tantôt par «exigence professionnelle réelle», puis par «exigence professionnelle normale» et finalement par «exigence professionnelle justifiée», ce dernier changement ayant été provoqué par la modification de la version française de la Loi canadienne lors de la révision des lois fédérales entrée en vigueur en 1988. Ces expressions ont été considérées comme devant toutes recevoir la même interprétation dans l'arrêt *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 R.C.S. 489, à la p. 502 (ci-après: *Central Alberta Dairy Pool*). Pour les fins du présent texte, nous utiliserons indistinctement le terme «exigence professionnelle justifiée» (ci-après: EPJ).
11. Cette obligation d'accommodement a été introduite à la Loi canadienne en 1998 (L.C. 1998, c. 9, art. 10).
12. L.R.Q., c. C-12 (ci-après: Charte québécoise).

20. Une distinction, exclusion ou préférence fondée sur les aptitudes ou qualités requises par un emploi, ou justifiée par le caractère charitable, philanthropique, religieux, politique ou éducatif d'une institution sans but lucratif ou qui est vouée exclusivement au bien-être d'un groupe ethnique est réputée non discriminatoire.

Toutes les provinces canadiennes, ainsi que le Yukon et les Territoires du Nord-Ouest, ont une législation visant la protection des droits et libertés qu'elles appellent tantôt un code, tantôt une charte, tantôt une loi. Toutes contiennent une protection contre la discrimination fondée soit sur le handicap, l'incapacité, les déficiences ou l'invalidité. Nous verrons plus loin que ces distinctions de terminologie ont peu d'importance, compte tenu que la Cour suprême du Canada a indiqué qu'il fallait accorder à ces termes une même signification¹³. Par ailleurs, certaines de ces lois contiennent une disposition prévoyant spécifiquement une obligation d'accommodement¹⁴ et toutes comportent une défense d'EPJ. Nous verrons plus loin¹⁵ que la jurisprudence a récemment reconnu que l'obligation d'accommodement est une composante du droit à l'égalité et qu'elle s'applique à tous les cas de discrimination, devant même être prise en considération par l'employeur dans le cadre de la défense d'EPJ. Cette reconnaissance est l'aboutissement d'une longue évolution de la jurisprudence de la Cour suprême du Canada concernant le droit à l'égalité et plus particulièrement l'interprétation des concepts de discrimination et d'EPJ.

1.1.2 Les concepts de discrimination et d'EPJ

A) La discrimination

La jurisprudence a d'abord condamné la discrimination dans ce qu'elle a de plus choquant au plan moral, c'est-à-dire lorsqu'elle révèle l'intention discriminatoire du discriminant¹⁶. Cependant, cette conception se révéla vite problématique puisqu'elle empê-

13. *Infra*, section 2.1.

14. Voir par exemple les paragraphes 17(2) et 24(2) du *Code des droits de la personne* de l'Ontario (L.R.O. 1990, c. H.19), de même que l'art. 12 du *Code des droits de la personne* du Manitoba (L.M. 1987-1988, c. 45) et, de façon plus limitée, l'art. 7 de la *Loi sur les droits de la personne* du Yukon (L.Y. 1987, c. 3).

15. *Infra*, section 1.1.3.

16. De nombreux tribunaux d'enquête, à compter des années 60 et jusqu'au milieu des années 70, ont semblé considérer cet élément moral comme l'essence même de la discrimination. Voir les décisions inédites citées dans W. BLACK, «From Intent to Effect: New Standards in Human Rights», (1980) 1 *C.H.R.R.* C/1,2. On peut voir là un vestige de la première «génération» des lois anti-discriminatoires, dont le caractère pénal forçait à se préoccuper de l'état d'esprit des discriminants.

chait de sanctionner les pratiques neutres et «innocentes» qui aboutissent à défavoriser les personnes appartenant à certains groupes. C'est ainsi que les tribunaux se sont ouverts peu à peu à la notion de discrimination indirecte. L'illicéité de la discrimination indirecte, aussi appelée discrimination par effet préjudiciable, fut consacrée par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *O'Malley*¹⁷ en 1985.

Quelques années plus tard, dans l'arrêt *Andrews*¹⁸, la Cour suprême du Canada donnait une définition générale de la notion de discrimination qui est encore d'actualité¹⁹. Elle affirmait que la discrimination consiste en une «distinction intentionnelle ou non, fondée sur des motifs relatifs à des caractéristiques personnelles de l'individu ou d'un groupe d'individus qui a pour effet d'imposer à cet individu ou à ce groupe des fardeaux, des obligations ou des désavantages non imposés à d'autres ou d'empêcher ou de restreindre l'accès aux possibilités, aux bénéfices ou aux avantages offerts à d'autres membres de la société»²⁰. Dans ce même arrêt, le juge McIntyre déclarait que l'objet du droit à l'égalité est de favoriser l'existence d'une société où tous ont la certitude que la loi les reconnaît comme des êtres humains qui méritent le même respect, la même déférence et la même considération²¹. Plus récemment, dans l'arrêt *Law*²², le juge Iacobucci rappelait, à l'instar du juge McIntyre, que l'égalité ne résulte pas toujours d'un traitement identique et qu'il y a des circonstances où la véritable égalité exige que des personnes ou des groupes soient traités différemment afin de respecter les différences entre les individus et de répondre à leurs besoins spécifiques²³. On trouve là le fondement de l'obligation d'accommodement en tant que moyen de prendre en considération les différences entre les personnes pour assurer un véritable traitement égal.

On verra cependant qu'il fallut plusieurs années à la Cour suprême du Canada pour reconnaître que cette obligation d'accommodement s'appliquait à toutes les formes de discrimination,

17. *O'Malley c. Simpson Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536 (ci-après: *O'Malley*).

18. *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143 (ci-après: *Andrews*).

19. Cette définition a en effet été reprise par la Cour suprême du Canada dans *Battlefords c. Gibbs*, [1996] 3 R.C.S. 566, à la p. 579 (j. Sopinka, para. 20) et récemment dans *Ville de Montréal*, *supra*, note 2, aux p. 685-686 (j. L'Heureux-Dubé).

20. *Andrews*, *supra*, note 18, aux p. 174-175.

21. *Ibid.*, p. 171.

22. *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497 (ci-après: *Law*).

23. *Ibid.*, à la p. 517.

directe ou indirecte. Cette difficulté résulte, entre autres, de l'application faite par la Cour suprême du Canada de la défense d'EPJ qui permet à un employeur de faire valoir que sa règle d'emploi, discriminatoire à première vue, est une exigence réelle du poste en question. En effet, la Cour suprême du Canada a d'abord considéré que ce moyen de défense, une fois démontré, libérerait l'employeur de toute obligation d'accommodement.

B) La défense d'EPJ

Comme on l'a vu précédemment²⁴, cette défense est prévue expressément à l'article 15(1) de la Loi canadienne ainsi qu'à l'article 20 de la Charte québécoise. L'article 20 de la Charte québécoise édicte notamment qu'une distinction, exclusion ou préférence fondée sur les aptitudes ou qualités requises par un emploi est réputée non discriminatoire. Le juge Sopinka, dans l'arrêt *Zurich*²⁵, mentionnait en ces termes que la défense d'EPJ visait à établir un certain équilibre entre le droit de toute personne d'être traitée sans discrimination et le droit de l'employeur d'exploiter son entreprise de façon efficace:

Au fond, ce type d'exemption vise à établir un équilibre entre le droit d'une personne d'être traitée selon ses propres mérites et la nécessité pour l'employeur d'exploiter son entreprise d'une façon sûre, efficace et économique.²⁶

La notion d'EJP fut définie par le juge McIntyre dans l'arrêt *Etobicoke*²⁷:

Pour constituer une exigence professionnelle réelle, une restriction [...] doit être imposée honnêtement, de bonne foi et avec la conviction sincère que cette restriction est imposée en vue d'assurer la bonne exécution du travail en question d'une manière raisonnablement diligente, sûre et économique, et non pour des motifs inavoués ou étrangers qui visent des objectifs susceptibles d'aller à l'encontre de ceux du Code. Elle doit en outre se rapporter objectivement à l'exercice de l'emploi en question, en étant raisonnablement nécessaire pour assurer l'exécution efficace et économique du travail sans mettre en danger l'employé, ses compagnons de travail et le public en général.²⁸

24. *Supra*, section 1.1.

25. *Zurich Insurance Co. c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, [1992] 2 R.C.S. 321 (ci-après: *Zurich*).

26. *Ibid.*, à la p. 340.

27. *Ontario Human Rights Commission c. Etobicoke*, [1982] 1 R.C.S. 202 (ci-après: *Etobicoke*).

28. *Ibid.*, à la p. 208.

On constate donc que la défense d'EPJ comporte un élément subjectif de bonne foi et un élément objectif de nécessité raisonnable. Ce critère objectif a été défini par la jurisprudence comme comportant deux volets: la rationalité et la proportionnalité de la règle discriminatoire²⁹. Ainsi, la Cour introduisait à la défense d'EPJ un élément essentiel, soit l'obligation de démontrer l'absence «d'autres solutions raisonnables» à la règle professionnelle qui exclut une catégorie de personnes sans tenir compte de leur situation particulière³⁰.

1.1.3 La reconnaissance jurisprudentielle de l'obligation d'accommodement

La Cour suprême du Canada a rendu en 1985 deux arrêts difficilement conciliables concernant l'obligation d'accommodement. Dans l'arrêt *O'Malley*, elle concluait que cette obligation était une conséquence naturelle du droit à la non-discrimination, et la définissait comme suit:

L'obligation dans le cas de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable, fondée sur la religion ou la croyance, consiste à prendre des mesures raisonnables pour s'entendre avec le plaignant, à moins que cela ne cause une contrainte excessive: en d'autres mots, il s'agit de prendre les mesures qui peuvent être raisonnables pour s'entendre sans que cela n'entrave indûment l'exploitation de l'entreprise de l'employeur et ne lui impose des frais excessifs.³¹

D'autre part, dans l'arrêt *Bhinder*³² rendu le même jour, la Cour suprême du Canada affirmait que la défense réussie d'EPJ libérait l'employeur de toute obligation d'accommodement. Par la suite, la Cour suprême du Canada a voulu apporter une réponse différenciée à la question de l'accommodement selon le type de discrimination en cause. En ce qui concerne la discrimination indirecte, la Cour suprême décidait en 1990 que l'employeur était tenu de faire tous les efforts raisonnables pour tenter d'accommoder l'employé pénalisé par sa règle professionnelle neutre, dans la

29. Ces deux volets sont bien définis par le juge Beetz dans l'arrêt *Brossard (Ville de) c. Commission des droits de la personne du Québec*, [1988] 2 R.C.S. 279 (ci-après: *Ville de Brossard*), aux p. 311-312.

30. Voir par exemple l'arrêt *Saskatchewan Human Rights Commission c. Saskatoon (Ville de)*, [1989] 2 R.C.S. 1297 (ci-après: *Ville de Saskatoon*) où la Cour suprême du Canada exigeait de l'employeur qu'il explique pourquoi il ne lui avait pas été possible d'administrer des tests d'aptitudes individuels à chaque employé avant d'invoquer la défense d'EPJ.

31. *O'Malley*, *supra*, note 17, à la p. 555 (j. McIntyre).

32. *Bhinder c. Canadian National Railway*, [1985] 2 R.C.S. 561 (ci-après: *Bhinder*).

mesure où cela ne constituait pas une contrainte excessive³³. Par contre, en ce qui a trait à la discrimination directe, la jurisprudence a d'abord affirmé que l'employeur n'avait pas d'obligation d'accommodement, une fois démontrée l'EPJ³⁴.

Il faut comprendre qu'au départ, la Cour suprême du Canada ne voyait sans doute pas la pertinence d'imposer à l'employeur une obligation d'accommodement dans la mesure où il pouvait justifier sa règle présumément discriminatoire. Cependant, comme on l'a vu précédemment, l'un des éléments essentiels de la défense d'EPJ consiste à démontrer l'absence «d'autres solutions raisonnables» à la règle professionnelle qui exclut une catégorie de personnes sans tenir compte de leur situation particulière. La majorité de la Cour suprême refusait alors d'assimiler les concepts d'obligation d'accommodement et de solution de rechange, cette dernière notion étant limitée à la possibilité de procéder à une évaluation individuelle plutôt qu'à une exclusion globale. Ce concept, contrairement à celui de l'accommodement raisonnable, ne permettait donc pas de modifier les conditions de travail pour tenir compte des besoins particuliers des employés en fonction de leur âge, de leur sexe, de leur religion ou de leur handicap. Cette dichotomie entre la discrimination directe et indirecte au niveau des moyens de défense et des sanctions (nullité de la règle dans le cas de discrimination directe, maintien de la règle avec accommodement dans le cas de la discrimination indirecte) a été vivement critiquée par plusieurs auteurs³⁵.

Finalement, en 1999, la Cour suprême finit par reconnaître dans l'arrêt *Meiorin* que cette méthode conventionnelle n'avait plus sa raison d'être et qu'elle devait être remplacée par une méthode unifiée qui exige de l'employeur qu'il compose, autant qu'il est raisonnablement possible de le faire, avec les caractéristiques de chacun de ses employés, lorsqu'il établit la norme applicable au milieu de travail³⁶.

33. *Central Alberta Dairy Pool*, *supra*, note 10, aux p. 514-516.

34. *Bhinder*, *supra*, note 32; *Ville de Saskatoon*, *supra*, note 30; *Central Alberta Dairy Pool*, *ibid.*; *Large c. Stratford (Ville de)*, [1995] 3 R.C.S. 733.

35. Voir, entre autres: M.D. LEPOFSKY, «The Duty to Accommodate: a Purposive Approach», (1992) 1 *C.L.E.L.J.* 16; A.M. MOLLOY, «Disability and the Duty to Accommodate», (1992) 1 *C.L.E.L.J.* 23; D. PROULX, *La discrimination dans l'emploi: les moyens de défense selon la Charte québécoise et la Loi canadienne sur les droits de la personne*, Cowansville, Yvon Blais, 1993; S. DAY et G. BRODSKY, «The Duty to Accommodate: Who Will Benefit?», (1996) 75 *R. du B. can.* 433 et M. DRAPEAU, «La considération de l'obligation d'accommodement même en cas de discrimination directe», (1998) 39 *C. de D.* 823.

36. *Meiorin*, *supra*, note 1, aux p. 30-31.

Ainsi, la Cour suprême adopte une méthode en trois étapes pour déterminer si une norme discriminatoire à première vue est une EPJ et ce, indépendamment du fait qu'il s'agisse d'un cas de discrimination directe ou indirecte. L'employeur peut justifier la norme contestée en établissant, selon la prépondérance des probabilités:

- i) qu'il a adopté la norme dans un but rationnellement lié à l'exécution du travail en cause;
- ii) qu'il a adopté la norme particulière en croyant sincèrement qu'elle était nécessaire pour réaliser ce but légitime lié au travail;
- iii) que la norme est raisonnablement nécessaire pour réaliser ce but légitime lié au travail. Pour prouver que la norme est raisonnablement nécessaire, il faut démontrer qu'il est impossible de composer avec les employés qui ont les mêmes caractéristiques que le demandeur sans que l'employeur subisse une contrainte excessive.³⁷

L'objectif de la méthode unifiée vise à faire en sorte que la norme elle-même tienne compte de tous les employés dans la mesure où cela peut être fait sans que l'employeur subisse une contrainte excessive. En effet, selon la Cour suprême, il est souhaitable que les normes tiennent compte de façon intrinsèque de la diversité. Cette façon de faire permet de considérer le droit à l'égalité comme étant l'acceptation de la différence plutôt que l'octroi de concessions à l'endroit de ceux qui sont différents³⁸. La Cour suprême précise, quant à l'évaluation de la capacité d'une personne handicapée d'exécuter un travail:

Outre les évaluations individuelles visant à déterminer si la personne a les aptitudes ou les compétences requises pour exécuter le travail, il y a lieu de prendre en considération, lorsque cela est indiqué, la possibilité d'exécuter le travail de différentes manières tout en réalisant l'objet légitime lié à l'emploi que vise l'employeur.³⁹

Compte tenu de cette position adoptée par la Cour suprême, l'obligation d'accommodement doit dorénavant être prise en considération dans toutes les situations discriminatoires de même que dans le cadre du moyen de défense qu'est l'EPJ. Cette défense ne sera pas établie à moins que l'employeur ne démontre qu'il a fait des efforts pour prendre des mesures raisonnables d'accommo-

37. *Ibid.*, aux p. 32-33.

38. *Ibid.*, à la p. 26.

39. *Ibid.*, à la p. 36.

dement⁴⁰. Mais quelles sont les limites de cette obligation d'accommodement? Selon la Cour suprême, cette obligation prend fin lorsque l'employeur démontre qu'il y a une contrainte excessive.

1.2 Les limites de l'obligation d'accommodement: la contrainte excessive

L'employeur a l'obligation d'accommoder l'employé lésé, dans la mesure où cela ne lui cause pas de contrainte excessive. En conséquence, il lui appartient de faire la preuve de cette seule limite qu'il peut invoquer à son obligation. Mais en quoi consiste exactement une contrainte excessive pour l'employeur? On trouve d'abord un indice des critères constituant la contrainte excessive dans l'arrêt *O'Malley* où le juge McIntyre identifie comme éléments l'entrave induite à l'exploitation de l'entreprise et les coûts excessifs⁴¹.

Par la suite, dans l'affaire *Central Alberta Dairy Pool*⁴², la juge Wilson énuméra de façon non exhaustive certains facteurs permettant d'apprécier la notion de contrainte excessive. Elle mentionne, entre autres, le coût financier, l'atteinte à la convention collective, le moral du personnel et l'interchangeabilité des effectifs et des installations⁴³. La Cour suprême du Canada se pencha de nouveau sur la notion de contrainte excessive en matière d'obligation d'accommodement dans l'arrêt *Renaud*⁴⁴. Le juge Sopinka, reprenant les critères énoncés par la juge Wilson, précisait qu'il fallait plus qu'une atteinte ou un inconvénient minime pour répondre à l'exigence de contrainte excessive. Écartant le critère de «l'atteinte minimale» établi dans la jurisprudence américaine, il écrivait, concernant l'argument de l'employeur selon lequel l'accommodement portait atteinte aux droits d'autres employés:

40. Sur les conséquences de l'arrêt *Meiorin*, en particulier quant à la défense d'EPJ, voir: J.-P. VILLAGGI et J.-Y. BRIÈRE, «L'obligation d'accommodement de l'employeur: un nouveau paradigme», dans Barreau du Québec, Service de la formation permanente, *Développements récents en droit du travail* (2000), Cowansville, Yvon Blais, 2000, 219; M. DRAPEAU, «L'évolution de l'obligation d'accommodement à la lumière de l'arrêt *Meiorin*», (2001) 61 *R. du B.* 299; et C. SHEPPARD, «Of Forest Fires and Systemic Discrimination: A Review of British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. B.C.G.S.E.U.», (2001) 46 *R.D. McGill* 533.

41. *O'Malley*, *supra*, note 17, à la p. 555.

42. *Central Dairy Pool*, *supra*, note 10.

43. *Ibid.*, aux p. 520-521.

44. *Central Okanagan School District no. 23 c. Renaud*, [1992] 2 R.C.S. 970 (ci-après: *Renaud*).

L'employeur doit démontrer que l'adoption de mesures d'accommodement entraînera une atteinte réelle, non pas anodine mais importante, aux droits d'autres employés. L'atteinte ou l'inconvénient minime sera le prix à payer pour la liberté de religion dans une société multiculturelle.⁴⁵

En somme, il appartient à l'employeur de démontrer l'existence d'une contrainte excessive qui doit représenter davantage que de simples difficultés ou désagréments. Pour remplir son obligation d'accommodement, l'employeur doit faire beaucoup plus que de simples efforts négligeables et prouver qu'il a pris en considération et tenté toutes les solutions possibles pour accommoder son ou ses employés défavorisés par une règle d'emploi discriminatoire⁴⁶. Dans l'arrêt *Meiorin*, la Cour suprême utilise à plusieurs reprises le qualificatif «possible» en parlant des mesures d'accommodement qu'un employeur a le devoir d'incorporer à ses normes d'emploi. Le terme est évocateur et semble signifier que si un accommodement est possible, il doit être adopté⁴⁷. La Cour suprême retient principalement trois critères représentant une contrainte excessive: l'impossibilité, le risque grave et le coût exorbitant⁴⁸. Le fardeau de preuve de l'employeur apparaît donc très lourd.

2. L'OBLIGATION D'ACCOMMODEMENT DE L'EMPLOYEUR EVERS DES EMPLOYÉS HANDICAPÉS

2.1 La notion de «handicap»

On a vu précédemment que les lois sur les droits de la personne au Canada comportent toutes une protection contre la discrimination fondée soit sur le handicap, la déficience, l'incapacité ou l'invalidité⁴⁹. L'utilisation de ces termes a entraîné de nombreux débats jurisprudentiels particulièrement au Québec où le concept de «handicap» faisait l'objet d'interprétations divergentes

45. *Ibid.*, aux p. 984-985. La liste des facteurs énumérés par la juge Wilson dans *Central Alberta Dairy Pool* a également été reprise par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin*, [1994] 2 R.C.S. 525, aux p. 545-546.

46. C. TARDIF et M. DAVIS, «Le handicap et l'obligation d'accommodement: revue des concepts et de la jurisprudence récente», dans Barreau du Québec, Service de la formation permanente, *Développements récents en droit de l'éducation* (1998), Cowansville, Yvon Blais, 1998, 155.

47. M. DRAPEAU, *supra*, note 40, à la p. 307.

48. *Meiorin*, *supra*, note 1, aux p. 42-43.

49. *Supra*, section 1.1.1.

par les juges du Tribunal des droits de la personne. Ces divergences de vues concernaient essentiellement la nature des anomalies physiques ou mentales visées par la protection de même que la nécessité qu'elles entraînent des limitations fonctionnelles permanentes⁵⁰.

Dans deux arrêts rendus respectivement les 3 et 18 mai 2000⁵¹, la Cour suprême du Canada a mis fin à la controverse en adoptant une interprétation large et libérale de cette notion. La Cour suprême rappelait par ailleurs l'obligation de conformité des normes constitutionnelles et précisait que les différentes expressions retrouvées dans les lois provinciales et fédérales (déficience, incapacité, invalidité et handicap) devaient recevoir les mêmes interprétations et applications compte tenu de leur objet commun⁵².

La Cour suprême conclut que ces termes doivent être interprétés selon une approche multidimensionnelle en mettant l'accent sur la dignité humaine plutôt que sur la condition biomédicale⁵³. Elle considère que ces termes n'exigent ni la preuve d'une limitation fonctionnelle, ni la présence d'une affection quelconque, la perception subjective relative à l'un ou l'autre de ces éléments étant suffisante⁵⁴. Pour les fins de la présente étude, retenons que ces arrêts confirment l'interprétation de la jurisprudence selon laquelle la notion de «handicap» s'étend à toute altération de l'état de santé, peu importe qu'elle entraîne des limitations temporaires ou permanentes. À titre d'exemple, soulignons que des pathologies tels la dépendance face aux drogues et à l'alcool⁵⁵, les troubles de comportement et l'anxiété⁵⁶ de même que

50. Pour un résumé de la jurisprudence contradictoire du Tribunal des droits de la personne qui existait sur ces questions, on peut lire: D. PROULX, «La discrimination fondée sur le handicap: étude comparée de la charte québécoise», (1996) 56 *R. du B.* 317, aux p. 369-408; J.A. NADEAU, «Récents développements en matière de discrimination dans l'emploi», dans Barreau du Québec, Service de la formation permanente, *Développements récents en droit du travail* (1998), Cowansville, Yvon Blais, 1998, 187 et L. GRANOSIK, «L'arrêt de la Ville de Montréal: avons-nous tous un handicap?», dans Barreau du Québec, Service de la formation permanente, *Développements récents en droit du travail* (2001), Cowansville, Yvon Blais, 2001, 115.

51. *Ville de Montréal*, *supra*, note 2; *Granovsky*, *supra*, note 2.

52. *Ville de Montréal*, *ibid.*, aux p. 689-690.

53. *Ibid.*, à la p. 699.

54. *Ibid.*, à la p. 700.

55. *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Doucet*, [1999] R.J.Q. 2151 (T.D.P.).

56. *Québec (Gouvernement du) c. Syndicat des professionnelles et professionnels du Gouvernement du Québec*, D.T.E. 98T-890 (T.A.); *Centre hospitalier de l'Université de Montréal (Pavillon Hôtel-Dieu) c. Syndicat des infirmières et infirmiers de l'Hôtel-Dieu (FIIQ)*, [1999] R.J.D.T. 1494 (T.A.).

le bégaiement⁵⁷ ont été reconnues comme étant visées par la protection de la Charte québécoise.

Par ailleurs, dans l'affaire *Granovsky*, la Cour suprême reconnaît que les problèmes auxquels les personnes qui ont une déficience font face dans la vie quotidienne découlent non pas de leur état, mais de l'environnement socio-économique dans lequel elles se trouvent⁵⁸. Elle écrit, au sujet du droit à l'égalité pour les personnes handicapées:

La reconnaissance de l'humanité que les personnes ayant une déficience ont en commun avec toutes les autres personnes et la croyance que les qualités et les aspirations que nous partageons importent davantage que nos différences, sont deux forces qui animent les droits à l'égalité garantis par le paragraphe 15(1)⁵⁹.

2.2 Le maintien du lien d'emploi: des théories en opposition

Étant maintenant établi que l'obligation d'accommodement s'applique à l'employeur, même dans le cadre de la défense d'EPJ, il convient d'examiner les conséquences de cette obligation dans le cas de l'employé qui devient incapable d'exercer ses fonctions en raison d'un handicap. Cette obligation impose-t-elle à l'employeur de remanier les fonctions d'un poste, de replacer l'employé dans un autre poste ou même de créer un poste adapté à sa condition médicale? Ces questions font l'objet de nombreux débats chez les auteurs, de même qu'au sein des tribunaux chargés d'examiner l'étendue de l'obligation d'accommodement à l'égard des employés handicapés.

Dans le cas où l'employé handicapé est inapte à accomplir certaines tâches secondaires de son emploi tout en demeurant capable d'effectuer les tâches essentielles, il est généralement

57. *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Commission scolaire des Draveurs*, J.E. 99-1061 (T.D.P.).

58. *Granovsky*, *supra*, note 2, par. 34. Cette façon de différencier les facettes de la déficience qui se trouvent chez la personne elle-même (affection et limitation fonctionnelle) de celles qui résultent d'une construction sociale (le handicap) est approfondie par le professeur J.E. BICKENBACH, *Physical Disability and Social Policy*, Toronto, University of Toronto Press, 1993. Elle se retrouve également dans la classification internationale des handicaps de l'Organisation mondiale de la santé: O.M.S., «Classification internationale du fonctionnement, du handicap et de la santé», en ligne: OMS<<http://www3.who.int/icftemplate.cfm.htm>>.

59. *Granovsky*, *ibid.*, à la p. 722.

admis que l'obligation d'accommodement impose à l'employeur le remaniement des fonctions de façon à soustraire les tâches accessoires en les confiant, par exemple, à un autre employé⁶⁰. De même, si l'incapacité de l'employé d'accomplir les tâches essentielles de son emploi est d'une durée limitée dans le temps, l'employeur pourra généralement trouver une mesure d'accommodement temporaire sans que cela constitue une contrainte excessive⁶¹. Cependant, qu'en est-il lorsque l'employé devient inapte de façon permanente à exercer les fonctions essentielles du poste pour lequel il a été embauché? La réponse à cette question demeure controversée.

2.2.1 Les arguments qui favorisent la liberté contractuelle et les droits de direction

Dans une société de libre marché, l'employeur est libre de conclure un contrat de travail avec l'employé de son choix, dans la mesure bien entendu où il ne contrevient pas à la législation qui protège les droits de la personne⁶². Par ailleurs, l'employeur acceptera de conclure un contrat avec un employé uniquement s'il peut obtenir de lui une prestation de travail déterminée en fonction des besoins qu'il a identifiés dans l'exercice de ses pouvoirs de direction⁶³. En conséquence, la capacité d'un employé d'exercer les fonctions essentielles de l'emploi pour lequel il a été embauché est à la base même du contrat de travail et, conséquemment, du lien d'emploi. D'ailleurs, la défense d'EPJ qui permet à l'employeur de justifier une règle discriminatoire en invoquant les exigences de l'emploi témoigne de cette réalité puisqu'elle est en lien direct avec le poste convoité ou occupé par l'employé⁶⁴. En conséquence, plu-

60. C. BRUNELLE, *Discrimination et obligation d'accommodement en milieu de travail syndiqué*, Cowansville, Yvon Blais, 2001, à la p. 290; D. PROULX, «L'accommodement raisonnable, cet inconnu: commentaire de l'arrêt *Large c. Stratford*», (1995-96) 41 *R.D. McGill* 669, à la p. 705. Voir également l'exemple jurisprudentiel suivant: *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Emballage Polystar inc.*, D.T.E. 96T-873 (T.D.P.Q.).

61. C. BRUNELLE, *ibid.*, à la p. 289; D. PROULX, *ibid.*

62. F. MORIN et J.Y. BRIÈRE, *Le droit de l'emploi au Québec*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1998, à la p. 129 et s. Voir également D.L. DEMERS, «Le handicap et l'emploi entre le droit à l'égalité et les «exigences requises par l'emploi», dans Barreau du Québec, Service de la formation permanente, *Développements récents en droit de la santé et sécurité au travail* (1999), Cowansville, Yvon Blais, 1999, 1, à la p. 14.

63. Voir les art. 2085, 2087 et 2088 du *Code civil du Québec* et C. BRUNELLE, *supra*, note 60, à la p. 299.

64. Voir: *Etobicoke*, *supra*, note 27, à la p. 209-210; *Ville de Brossard*, *supra*, note 29, à la p. 319; *Central Alberta Dairy Pool*, *supra*, note 10, à la p. 511. Voir également D.L. DEMERS, *supra*, note 62, à la p. 20.

sieurs auteurs soutiennent que le fait d'obliger l'employeur à examiner la possibilité de replacer l'employé dans un autre poste est totalement incompatible avec l'existence même de la défense d'EPJ⁶⁵. D'autre part, la doctrine et la jurisprudence traditionnelles ont toujours reconnu le droit de l'employeur, sous réserve des dispositions de la convention collective, de décider de l'organisation du travail, incluant celui de créer ou d'abolir des postes dans un objectif d'efficacité et de productivité⁶⁶. Il faut donc tenir compte de ces éléments dans l'analyse des obligations de l'employeur et en particulier des critères tels que l'«entrave induite à l'organisation de l'entreprise» de même que l'«interchangeabilité relative des salariés et des installations» qui permet de démontrer l'existence d'une contrainte excessive⁶⁷.

Finalement, certains auteurs rappellent que l'obligation d'accommodement est requise pour contrer la discrimination. Elle s'impose lorsque, en appliquant aveuglément les exigences professionnelles en vigueur, l'employeur provoque l'exclusion et la marginalisation de gens compétents, à cause d'une caractéristique non pertinente pour l'exécution sûre et efficace d'un emploi donné⁶⁸. Prétendre que l'obligation d'accommodement impose à l'employeur de remanier les fonctions essentielles d'un poste ou de replacer l'employé dans un autre poste parce qu'il n'est plus en mesure d'exécuter ses fonctions, c'est modifier complètement, voire corrompre, le sens de l'accommodement raisonnable. Cela place les personnes handicapées non pas sur un pied d'égalité avec les autres employés, mais sur un piédestal, en leur accordant un traitement de faveur auquel n'ont pas droit les autres employés.

65. D. PROULX, *supra*, note 60, à la p. 709; J.A. NADEAU, *supra*, note 50, à la p. 203; K. SWINTON, «Disability and the Duty to Accommodate: An Academic Perspective», (1998) *Lab. Arb. Y.B.* 93, à la p. 100. Cette dernière souligne que cette interprétation est difficilement conciliable avec les termes utilisés dans les différents codes sur les droits de la personne au Canada.

66. E.E. PALMER et B.M. PALMER, *Collective Agreement Arbitration in Canada*, 3rd ed., Toronto, Butterworths, 1991, aux p. 162 à 164; R.P. GAGNON, *Le droit du travail au Québec: Pratiques et théories*, 4^e éd., Cowansville, Yvon Blais, 1999, à la p. 59; D.J.M. BROWN et D.M. BEATTY, *Canadian Labour Arbitration*, 3^e éd., Aurora, Canada Law Book, 1991, feuilles mobiles, c. 5 (dernière mise à jour: décembre 2001).

67. Voir: J.Y. BRIÈRE et J.P. VILLAGGI, *supra*, note 40, aux p. 243-244.

68. D. PROULX, *supra*, note 60, à la p. 702. Cette théorie se base également sur la définition de la «discrimination» contenue au Rapport Abella: R. SILBERMAN-ABELLA, *Rapport de la Commission sur l'égalité en matière d'emploi*, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1984. Cette définition a été citée dans de nombreux jugements de la Cour suprême du Canada, dont l'arrêt *Andrews*.

C'est confondre le droit à la non-discrimination et les mesures d'accès à l'égalité qui sont des dispositions spéciales autorisant un traitement préférentiel⁶⁹.

2.2.2 Les arguments qui favorisent les droits des personnes handicapées

À l'opposé, d'autres auteurs considèrent que l'obligation d'accommodement a une portée beaucoup plus grande et impose à l'employeur de considérer toute alternative, incluant le remaniement des fonctions essentielles, le remplacement de l'employé dans un autre poste et même la création d'un poste adapté à sa condition⁷⁰. Cette théorie repose sur le fait que l'accommodement est au cœur même des besoins des personnes handicapées⁷¹. En effet, contrairement aux autres motifs de discrimination, le handicap est, en soi, une inégalité qui comporte un caractère individuel intimement lié à chaque personne⁷². Si la Cour suprême a affirmé, dans l'arrêt *O'Malley*, qu'à défaut d'accepter un compromis, l'employé avait le choix de sacrifier soit ses principes religieux, soit son emploi⁷³, force est de constater qu'en matière de handicap, l'employé n'a pas un tel choix. Il faut donc être d'autant plus prudent dans l'imposition de limites à l'obligation d'accommodement⁷⁴.

69. *Ibid.*, aux p. 702-704. Ce point de vue du professeur Proulx est également partagé par certains auteurs du côté du Canada anglais. Voir par exemple: K.W. KORT, «The Duty to Accommodate at Arbitration: a Management Viewpoint», (1996-1997) *Lab. Arb. Y.B.* 257, aux p. 274-275 où on peut lire l'extrait suivant: «In our view, the employee must be able to perform or to continue to perform the essential duties and responsibilities of his or her job with the required accommodation. The duty to accommodate should not extend so as to require an employer to create a special position for the employee, provide training for the employee, assign the employee to position outside the bargaining unit or afford the employee any privileges which other employees do not enjoy.» et plus loin: «If no amount of accommodation will allow the employee to perform the essential duties and requirements of the position, then undue hardship results and the duty to accommodate no longer applies.»

70. I.B. McKENNA, «Legal Rights for Persons with Disabilities in Canada: Can the Impasse be Resolved?», (1997-1998) 29 *Ott. L. Rev.* 153. Voir également: R. MURDOCK, «Disability and the Duty to Accommodate: A Union Viewpoint», (1998) *Lab. Arb. Y.B.* 155.

71. De nombreux auteurs ont souligné l'importance particulière de l'obligation d'accommodement en matière de handicap. Voir à titre d'exemple: A.M. MOLLOY, *supra*, note 35, aux p. 25 à 27; S. DAY et G. BRODSKY, *supra*, note 35, de même que les ouvrages suivants: J.E. BICKENBACH, *supra*, note 58; L. LEGAULT, *L'intégration au travail des personnes ayant des incapacités*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1996.

72. J.E. BICKENBACH, *ibid.*, à la p. 231.

73. *O' Malley*, *supra*, note 17, à la p. 555.

74. S. DAY et G. BRODSKY, *supra*, note 35, à la p. 471.

Certains auteurs, invoquant le statut quasi constitutionnel de la législation en matière de droits de la personne, soutiennent que la réticence des employeurs à remettre en question leurs droits de direction est un obstacle majeur à la pleine reconnaissance des droits des personnes handicapées⁷⁵. Selon eux, l'EPJ doit être interprétée comme se rapportant à l'emploi de façon générale et non pas uniquement au poste occupé ou convoité⁷⁶. Ils sont d'avis que la notion de contrainte excessive doit être évaluée en soupesant le coût de la mesure pour l'employeur et le bénéfice qui en résulte pour la personne handicapée de même que pour la société en général⁷⁷. Il en résulte un fardeau de preuve très lourd à assumer pour l'employeur. Malgré certaines divergences de vues sur la question de savoir si cette obligation peut aller jusqu'à contraindre un employeur à créer un nouveau poste, plusieurs auteurs n'hésitent pas à affirmer qu'il faut favoriser, dans toute la mesure du possible, le maintien du lien d'emploi⁷⁸.

2.2.3 La jurisprudence

Les tribunaux, en conformité avec les enseignements de la Cour suprême, interprètent l'obligation d'accommodement en

75. I.B. McKENNA, *supra*, note 70, à la p. 179. Voir également: G. HOPKINSON, «Disability and the Duty to Accommodate: a Union Viewpoint», (1998) *Lab. Arb. Y.B.* 143, à la p. 149: «Human rights legislation cannot be considered as subordinate to the manner in which the employer has determined that work must be performed.»
76. G. HOPKINSON, *ibid.*, aux p. 150-151. Cette interprétation, basée sur le texte du Code ontarien, est plus difficile à soutenir à la lecture de l'article 20 de la Charte québécoise. Toutefois, il faut se rappeler que la Cour suprême a privilégié une interprétation large et libérale des termes utilisés dans les lois sur les droits de la personne, favorisant l'élargissement de la protection contre la discrimination: *Ville de Montréal*, *supra*, note 2, à la p. 699.
77. I.B. McKENNA, *supra*, note 70, p. 169, et R. MURDOCK, *supra*, note 71, aux p. 163-164.
78. R. MURDOCK, *ibid.*, p. 168: «Given the systemic barriers to employment experienced by this group, every effort should be made to give a broad, purposive interpretation to human rights legislation. This should result in more arbitrary decisions that continue rather than sever the employment connection. Obviously, some balancing of interests must occur between employer and employee, but in the absence of real evidence of hardship, the employment relationship should be preserved.»; M. LEFRANÇOIS, «The Scope of the Duty to Accommodate in the Large Employment Setting», (1996) 5 *C.L.E.L.J.* 1, aux p. 28-29: «Reintegration of the disabled employee is in keeping with the broad societal goal of eradicating discrimination in the workplace. One's employment is a fundamental part of one's identity and sense of self-worth. It may even be more fundamental to handicapped employees than to those who are not handicapped. Thus, employees, employers and society as a whole stand to gain if the duty to accommodate is not limited to the current position.» Notons que Lefrançois est toutefois plus nuancé en ce qui concerne l'obligation pour l'employeur de créer un nouveau poste.

fonction de sa limite, la contrainte excessive. En matière d'emploi, c'est donc généralement sous l'angle de cette notion que les tribunaux analyseront les arguments qui s'opposent quant au maintien du lien d'emploi. Aussi, les décisions varieront considérablement selon les faits propres à chaque cas, comme par exemple la taille et la santé financière de l'entreprise, l'expérience de travail et les qualifications de l'employé handicapé, de même que l'effet de la mesure d'accommodement sur l'organisation du travail et les droits des autres employés.

On constate cependant que de plus en plus, les tribunaux se sont ouverts à la possibilité d'examiner non seulement le remaniement des tâches exercées par l'employé handicapé, mais également le remplacement dans un autre poste. Il faut comprendre que dans certains cas, le remplacement de l'employé a déjà été envisagé sur l'initiative de l'employeur, soit en raison de dispositions particulières prévues à la convention collective, ou encore parce que cette solution s'avérerait moins compliquée que le remaniement des tâches initiales⁷⁹.

Selon notre analyse, les tribunaux québécois n'excluent nullement la possibilité pour un employeur de replacer l'employé dans un poste différent de celui pour lequel il a été embauché⁸⁰. Cependant, les arbitres de griefs se sont généralement montrés prudents dans l'analyse de ces solutions, par comparaison avec leurs homologues des autres provinces, en particulier de l'Ontario. Plusieurs soulignent que l'adaptation d'un poste doit permettre à l'employé handicapé d'atteindre un niveau de production acceptable, à défaut de quoi l'employeur sera justifié de refu-

79. M. LEFRANÇOIS, *ibid.*, à la p. 28.

80. Par exemple, dans l'affaire *Syndicat des cols bleus de la Ville de Salaberry-de-Valleyfield c. Salaberry-de-Valleyfield (Ville de)*, [1997] T.A. 1109, D.T.E. 97T-1411, M^e Carol Jobin écrit, en page 71: «Dans le cas de discrimination découlant d'un handicap, l'accommodement pourra prendre, par exemple, mais non limitativement, la forme d'une mutation à un autre poste, d'une restructuration des tâches ou d'une distribution adaptée du travail.» Plus récemment, dans l'affaire *Bernard Lussier inc. c. Syndicat des travailleuses et travailleurs en pharmacie (CSN)*, D.T.E. 2000T-644 (T.A.), l'arbitre Guy Fortier, après avoir affirmé que l'employeur n'avait pas l'obligation de créer un poste, n'hésitait aucunement à conclure qu'il avait néanmoins l'obligation de vérifier la possibilité d'adapter un poste autre que celui occupé initialement par l'employé. Il écrit, en page 27: «Or, l'employeur n'a pas démontré, à la satisfaction du tribunal, qu'il subirait une contrainte excessive si on avait tenté d'adapter un autre poste que celui de commis de plancher aux fins d'accommoder la plaignante Tardif. Il n'a pas été prouvé que les coûts en seraient exorbitants, tout au plus nous a-t-on dit que le commerce serait moins compétitif.»

ser cette solution⁸¹. De plus, le fait d'être obligé d'embaucher un autre employé pour assister celui atteint d'un handicap a également été considéré comme une contrainte excessive⁸². On constate une préoccupation importante de la part de certains arbitres à ne pas imposer des solutions qui risquent de porter atteinte à la productivité de l'entreprise ou encore aux droits des autres employés⁸³.

Par ailleurs, les arbitres québécois ont généralement considéré que l'adaptation d'un poste ne devait pas avoir pour effet de le dénaturer complètement puisque l'obligation d'accommodement n'impose pas à l'employeur la création d'un nouveau poste⁸⁴. Récemment, la Cour supérieure du Québec cassait une décision arbitrale qui avait ordonné à l'employeur de créer un emploi de bureau afin d'accommoder une employée handicapée qui n'était plus en mesure d'exercer ses fonctions d'aide en alimentation⁸⁵. Cet emploi de bureau bénéficiait d'une subvention de l'Office des personnes handicapées du Québec. La Cour supérieure confirme que l'obligation d'accommodement de l'employeur ne se limitait pas à l'emploi qu'occupait la plaignante au moment de sa maladie. Cette conclusion repose toutefois sur le fait que la plaignante avait occupé des emplois de bureau chez le même employeur pen-

81. Voir par exemple: *Astraltech inc. c. Syndicat des travailleuses et travailleurs d'Astraltech*, [1999] R.J.D.T. 1813 (T.A.).
82. *Syndicat des technologues en radiologie du Québec c. Centre hospitalier des Vallées de l'Outaouais (pavillon de Hull)*, D.T.E. 99T-1044 (T.A.) et *Mascouche (Ville de) c. Fraternité des employés de Mascouche inc.*, [1999] R.J.D.T. 1305 (T.A.), requête en révision judiciaire rejetée, C.S. Joliette, n° 705-05-004106-996; *Syndicat canadien de l'énergie et du papier, section locale 160-Q c. Duchesne & Fils ltée*, D.T.E. 2001T-1055 (T.A.).
83. À titre d'exemple, dans *Syndicat canadien de l'énergie et du papier, section locale 160-Q*, *ibid.*, l'arbitre Germain Jutras écrit, en page 26: «La sympathie éprouvée à l'égard d'un salarié souffrant de limitations fonctionnelles n'autorise pas l'arbitre à imposer des solutions telles que si elles étaient répétées et multipliées, l'entreprise ne pourrait plus opérer à des coûts compétitifs. L'arbitre doit se méfier de la souplesse facile, de l'imagination fertile et de la générosité auprès des autres qu'il pourrait manifester dans la recherche de solutions qui pourraient être innovatrices, mais néfastes à court, moyen ou long terme pour un plus grand nombre de salariés.»
84. Voir par exemple: *Industries Caron (meubles) inc. c. Fraternité nationale des charpentiers-menuisiers, forestiers et travailleurs d'usine, section locale 292*, D.T.E. 96T-1117 (T.A.); *Bernard Lussier inc.*, *supra*, note 80; *Hydro-Québec c. Syndicat des employés et employés de métiers d'Hydro-Québec, section locale 1500 (SCFP-FTQ)*, [1998] R.J.D.T. 1013 (T.A.); *Transport V.A. inc. c. Syndicat des travailleurs de Transport V.A. inc. (CSN)*, D.T.E. 2000T-1093 (T.A.); *Guindon c. Banque Nationale du Canada*, D.T.E. 2002T-86 (T.A.); *Syndicat canadien de l'énergie et du papier, section locale 160-Q*, *ibid.*
85. *Regroupement des centres d'hébergement et de soins de longue durée des Trois-Rives c. Laberge*, [2001] R.J.D.T. 684 (C.S.).

dant plusieurs années de même que sur l'existence d'une disposition de la convention collective qui prévoyait expressément la possibilité de remplacement en cas d'incapacité médicale. Elle ajoute qu'en l'espèce, l'employeur a fait un effort véritable et authentique pour trouver un poste à la mesure des capacités de l'employée et que l'obligation d'accommodement ne le contraignait pas, dans le contexte décrit par la preuve, à créer un nouveau poste. La Cour supérieure a pris en considération les contraintes budgétaires de l'employeur de même que l'impact de la création d'un tel poste sur le moral des autres employés⁸⁶, compte tenu de l'abolition récente de quatre postes de secrétaires. Elle conclut que la protection contre la discrimination ne confère pas à la plaignante le droit à un traitement préférentiel par rapport aux autres employés qui ont fait l'objet de coupures⁸⁷.

Dans une autre affaire, la Cour supérieure a confirmé que le fait de demander à titre d'accommodement le maintien du lien d'emploi afin de permettre à un employé de continuer à bénéficier des avantages de la convention collective, dans la mesure où cet employé se révélait incapable de fournir une prestation de travail dans un avenir prévisible, constituait pour l'employeur une contrainte excessive⁸⁸. La Cour a considéré que l'employeur pouvait établir une norme en vertu de laquelle chaque salarié doit être en mesure de conserver les aptitudes et qualités pour pouvoir exécuter, du moins en partie ou jusqu'à un certain point, sa prestation de travail. Analysant ensuite la notion de contrainte excessive, elle conclut que l'obligation de maintenir le lien d'emploi de tout

86. La Cour supérieure fait ici référence à la réaction des personnes congédiées ou déplacées lorsque quatre postes de secrétaires furent abolis. Il faut souligner en effet que le critère du «moral des employés» mentionné par la juge Wilson dans l'arrêt *Central Alberta Dairy Pool*, *supra*, note 43, a été reformulé par la Cour suprême dans l'arrêt *Renaud*, *supra*, note 44, à la p. 988, comme visant plutôt l'atteinte aux droits d'autres employés.

87. *Ibid.*, aux p. 691-692. La Cour supérieure précise, à la p. 691: «[...] la Charte ne garantit pas «un droit au travail». Elle n'assure «au mieux, qu'un droit égal d'accès au marché du travail et à des conditions d'emploi exemptes de discrimination». Et plus loin, à la p. 692: «Il ne faut pas oublier que la question en litige n'est pas de déterminer si socialement il serait souhaitable que des personnes courageuses et travaillantes comme M^{me} Roy puissent trouver un autre emploi lorsque la maladie frappe. La question que le Tribunal doit résoudre ici est de savoir si le fait de perdre un emploi, lorsqu'on n'est plus capable de l'accomplir, constitue une discrimination envers les personnes handicapées. C'est dans le contexte de la discrimination qu'il faut examiner le problème.»

88. *Syndicat national des employés municipaux de Pointe-Claire (CSN) c. Boisvert*, [2000] R.J.D.T. 512 (C.S.), requête pour permission d'appeler rejetée, C.A.M. 500-09-009507-005. Requête pour autorisation de pourvoi à la Cour suprême rejetée le 22-03-01.

salarié qui ne peut plus exercer aucune prestation de travail constituerait une telle contrainte, tant sur le plan de la gestion du personnel que sur l'application des obligations résultant de la convention collective⁸⁹.

La tendance voulant que l'employeur doive considérer à titre d'accommodement l'adaptation d'un poste autre que celui pour lequel l'employé a été embauché ressort très clairement de nombreuses décisions provenant des autres provinces canadiennes⁹⁰. Certaines décisions n'écartent pas non plus la possibilité que l'employeur doive considérer non seulement l'adaptation d'un poste à l'intérieur de l'unité de négociation, mais également d'un poste non syndiqué ou encore relevant d'une autre accréditation syndicale⁹¹. Ces solutions entraînent bien entendu de nombreuses difficultés d'application, en particulier lorsque les droits de l'employé handicapé entrent en conflit avec les droits d'ancienneté d'autres employés⁹². Certains arbitres ontariens sont allés jusqu'à considérer que l'obligation d'accommodement pouvait contraindre un employeur à créer un nouveau poste, constitué d'un certain nombre de tâches existantes et ce, de façon à répondre aux restrictions médicales de l'employé handicapé⁹³. Au soutien de cette conclusion, ils invoquent qu'il y a plusieurs façons de répartir le

89. *Ibid.*, à la p. 519.

90. À titre d'exemple, dans *Calgary Hospital Group v. United Nurses of Alberta, local 121-R*, (1994) 41 L.A.C. (4th) 319, l'arbitre écrit en page 327: «The duty to accommodate goes beyond investigating whether an employee can perform an existing job – it involves investigating whether something can be done to existing jobs to enable the employee to perform a job.» De la même façon, dans *AirBC Ltd. v. C.A.L.D.A.*, (1996) 50 L.A.C. (4th) 93, l'arbitre précise à la p. 117: «An employer must consider carefully all others jobs in the bargaining unit and even whether jobs could be modified. The law is also clear that a company may even have to alter its normal method of carrying on its operations...».

91. *Metropolitan Toronto (Municipality) v. C.U.P.E., local 79*, (1993) 35 L.A.C. (4th) 35; *Mount Sinai Hospital v. Ontario Nurses' Association (Natividad)*, (1998) 66 L.A.C. (4th) 221.

92. Sur cette question, voir: C. BRUNELLE, *supra*, note 60, aux p. 317 à 346.

93. Voir par exemple: *Maple Leaf Foods Inc. v. United Foods and Commercial Workers, local 175/633*, (1997) 60 L.A.C. (4th) 146; *Mount Sinai Hospital v. Ontario Nurses' Association*, (1996) 54 L.A.C. (4th) 261; *Greater Niagara Hospital v. Ontario Nurses' Association*, (1995) 50 L.A.C. (4th) 34; *York County Hospital v. Ontario Nurses' Association*, (1992) 26 L.A.C. (4th) 384. Une revue des principales décisions arbitrales canadiennes sur la question a été effectuée dans les articles suivants: N.A. EBER, «Disability and the Duty to Accommodate: a Management Viewpoint», (1998) *Lab. Arb. Y.B.* 105, aux p. 109 à 133; G. HOPKINSON, *supra*, note 75; M. LYNK, «Accommodating Disabilities in the Canadian Workplace», (1999) 7 *C.L.E.L.J.* 183, aux p. 966 à 970; K. SWINTON, *supra*, note 65, aux p. 98 à 100; L. MARVY, «Disability and the Duty to Accommodate: a Management Viewpoint», (1998) *Lab. Arb. Y.B.* 125, aux p. 129 à 134.

travail entre les employés afin d'obtenir d'eux une productivité équivalente et que l'employeur ne peut se retrancher derrière les descriptions de tâches existantes pour se soustraire à son obligation d'accommodement⁹⁴. Cette position demeure cependant controversée et d'autres arbitres ont émis l'opinion que c'était pousser trop loin l'obligation d'accommodement. Sans écarter l'obligation d'envisager l'adaptation de postes existants, ils soulignent l'importance de tenir compte de l'organisation du travail, telle que déterminée par l'employeur et, le cas échéant, le syndicat⁹⁵.

Récemment, le Tribunal canadien des droits de la personne, invoquant l'application des principes développés par la Cour suprême dans l'arrêt *Meiorin*, déclarait qu'un employeur avait l'obligation d'envisager le remplacement dans un autre emploi et ce, même dans le cas d'une candidate à l'essai⁹⁶. La candidate en question, qui souffrait de problèmes de voix, se révélait médicalement incapable de remplir les exigences du poste de conseillère au service à la clientèle, lequel nécessitait de passer 95 % de ses heures de travail au téléphone. Après avoir considéré que la norme établie par l'employeur était une EPJ, le tribunal conclut que ce dernier ne s'est pas acquitté de son obligation d'accommodement en n'examinant pas la possibilité de conférer un autre poste à la candidate.

En conclusion, on constate une tendance de plus en plus marquée des tribunaux à considérer que l'obligation d'accommodement de l'employeur s'étend au-delà du poste pour lequel l'employé a été embauché⁹⁷. Les tribunaux n'élaborent pas lon-

94. *Maple Leaf Foods Inc.*, *ibid.*, à la p. 162.

95. Voir par exemple: *Canada Post Corp. v. Canadian Union of Postal Workers (Godbout)*, (1993) 32 L.A.C. (4th) 289; *Better Beef Ltd. v. United Foods and Commercial Workers International Union, region 18*, (1995) 42 L.A.C. (4th) 244; *Ontario English Catholic Teachers Association v. O.P.E.I.U. (Beharry)*, (1997) 61 L.A.C. (4th) 109. Voir également: K.W. KORT, *supra*, note 69, à la p. 174; M. LEFRANÇOIS, *supra*, note 78. D'autres tribunaux ne semblent pas non plus partager cette approche aussi large: *Edgell v. Board of School Trustees, district no. 11*, (1997) 97 C.L.L.C. 145,079 (B.C.C.H.R.); *Holmes v. Canada (Attorney General)*, (1997) 97 C.L.L.C. 145,193 (C.F., première instance), confirmée pour d'autres motifs: *Holmes v. Canada (Attorney General)*, (1999) 36 C.H.R.R. D/444 (C.A.F.).

96. *Conte c. Rogers Cablesystems Ltd.*, D.T.E. 2000T-439 (T.D.P.). Cette décision a été critiquée, à juste titre selon nous: P.L. JANZEN, «Workplace Human Rights: Recent Developments of Importance», LEXD/2000-57 (Quicklaw), aux p. 6-7.

97. Soulignons que le 22 mars 2001, la Commission des droits de la personne de l'Ontario adoptait de nouvelles lignes directrices afin de tenir compte de la jurisprudence récente en matière de discrimination fondée sur le handicap. Il est précisé que l'obligation d'accommodement peut imposer à l'employeur le repla-

guement sur la défense d'EPJ de l'employeur; c'est plutôt sous l'angle de la contrainte excessive qu'ils examineront si le remplacement dans un autre poste ou encore le remaniement des tâches est requis, selon les faits propres à chaque cas. Les décisions varieront considérablement selon l'interprétation des critères liés à la contrainte excessive, notamment l'entrave à l'organisation de l'entreprise de même que l'atteinte aux droits d'autres employés. C'est par le biais de cette interprétation que les tribunaux sont appelés à soupeser les droits de l'employeur et ceux des employés handicapés et qu'ils se trouvent ainsi à définir le droit à l'égalité pour ces derniers. Ces divergences de vues des tribunaux illustrent, encore une fois, des conceptions différentes du droit à l'égalité pour les personnes handicapées.

3. LE DROIT À L'EMPLOI DES PERSONNES HANDICAPÉES: UN CHOIX DE SOCIÉTÉ

Les employés qui deviennent incapables d'exercer leur emploi en raison d'un handicap bénéficient d'une protection qui va bien au-delà de celle qui est accordée aux autres employés de l'entreprise. Cependant, les positions sont divergentes lorsqu'il s'agit de cerner l'étendue de ces droits «additionnels» qui doivent leur être conférés, au nom du droit à l'égalité. Les prises de position trouvent toutes, en quelque sorte, une assise juridique dans la jurisprudence de la Cour suprême du Canada. En effet, d'une part, la Cour suprême a donné une définition de la discrimination qui vise à accorder aux personnes handicapées une égalité de chances, sans égard à un motif non pertinent aux droits ou aux bénéfices qu'ils revendiquent⁹⁸. En se basant sur cette définition, il est difficile de soutenir que l'on devrait, sous prétexte de contrer la discrimination, accorder aux employés handicapés un véritable droit au

cement de l'employé handicapé dans un nouveau poste, à condition qu'il soit capable d'accomplir des tâches utiles et productives. Quant à la notion de contrainte excessive, l'interprétation donnée est très restrictive. Par exemple, le coût de la mesure d'accommodement doit être important au point d'altérer la nature même de l'entreprise ou d'affecter sa viabilité. Voir: Ontario Human Rights Commission, *Policy and Guidelines on Disability and the Duty to Accommodate*, 2001, de même que les commentaires de E. HARNDEN, «Ontario Human Rights Commission Issues Guidelines on Accommodating Disability», (2001) 6:1 *Focus*. Il est à noter que l'interprétation retenue par la Commission ontarienne quant à la notion de coûts excessifs n'apparaît pas conforme à la jurisprudence de la Cour suprême qui a jugé trop sévère le critère des «coûts qui ébranlent la fondation même ou la viabilité de l'entreprise» dans l'arrêt *Zurich*, *supra*, note 25, à la p. 44. Voir également les commentaires de D. PROULX, *supra*, note 35, aux p. 44 et 95.

98. *Andrews*, *supra*, note 18. Voir également: *supra*, section 1.1.2. A).

maintien du lien d'emploi. Par contre, la Cour suprême du Canada a également précisé, dans d'autres décisions, que la protection contre la discrimination nécessitait parfois l'amélioration de la situation de certains groupes⁹⁹. Dans le cas particulier du handicap, la Cour suprême, à l'instar de plusieurs auteurs, a souligné l'importance particulière qu'il fallait donner à l'accommodement afin de répondre aux besoins des personnes handicapées de façon à leur reconnaître un véritable droit à l'égalité. Dans l'affaire *Eaton*, la Cour suprême écrivait:

Certains des motifs illicites visent principalement à éliminer la discrimination par l'attribution de caractéristiques fausses fondées sur des attitudes stéréotypées se rapportant à des conditions immuables comme la race ou le sexe. Dans le cas d'une déficience, c'est l'un des objectifs. L'autre objectif, tout aussi important, vise à tenir compte des véritables caractéristiques de ce groupe qui l'empêchent de jouir des avantages de la société, et à les accommoder en conséquence.

[...]

La personne aveugle ne peut pas voir et la personne en fauteuil roulant a besoin d'une rampe d'accès. C'est plutôt l'omission de fournir des moyens raisonnables et d'apporter à la société les modifications qui feront en sorte que ces structures et les actions prises n'entraînent pas la relégation et la non-participation des personnes handicapées qui engendre une discrimination à leur égard.¹⁰⁰

Dans l'arrêt *Meiorin*, la Cour suprême a adopté une approche novatrice en insistant sur la nécessité d'établir des normes qui composent avec l'apport potentiel de tous les employés dans la mesure où cela peut être fait sans que l'employeur subisse une contrainte excessive¹⁰¹. Elle précise qu'il y a lieu de tenir compte de la possibilité d'exécuter le travail de différentes manières tout en réalisant l'objet légitime lié à l'emploi que vise l'employeur¹⁰². Elle souligne également que l'accommodement individuel ne constitue pas la meilleure solution au problème de l'égalité puisqu'il consiste à faire des concessions à ceux qui sont «différents» plutôt que d'abandonner l'idée de la «normalité» et d'œuvrer à la véritable inclusion¹⁰³.

99. Voir: *Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant*, [1997] 1 R.C.S. 241 (ci-après: *Eaton*); *Eldridge*, *supra*, note 6.

100. *Eaton*, *ibid.*, aux p. 272-273.

101. *Meiorin*, *supra*, note 1, à la p. 33.

102. *Ibid.*, à la p. 36.

103. *Ibid.*, à la p. 26. La juge McLachlin se dit en accord avec les propos de S. DAY et G. BRODSKY, *supra*, note 35, à la p. 462. Voir également le commentaire de cet arrêt: C. SHEPPARD, *supra*, note 40. Il est important de souligner que dans l'arrêt *Meiorin*, il s'agissait de discrimination fondée sur le sexe et non sur le handicap.

L'analyse de cette jurisprudence suscite plusieurs constatations. D'une part, même si l'octroi d'avantages particuliers s'avère nécessaire pour reconnaître aux employés handicapés un véritable droit à l'égalité, il ne faut pas perdre de vue certaines particularités propres au contexte du travail. On ne peut ignorer l'existence de la défense d'EPJ, qui reconnaît à l'employeur le droit d'avoir certaines exigences quant aux aptitudes de ses employés à exercer leurs fonctions. L'arrêt *Meiorin* n'a rien changé à cet égard. Il n'a jamais été question dans cette affaire d'obliger l'employeur à vérifier si l'employé était en mesure d'exercer un autre emploi, pour lequel il n'a pas posé sa candidature et qu'il n'a jamais exercé auparavant, mais qu'il pourrait être capable d'accomplir¹⁰⁴. Même si la défense d'EPJ doit recevoir une interprétation restrictive¹⁰⁵, il nous apparaît difficile de prétendre qu'elle se limite au cas où l'employé est totalement incapable d'exercer toute prestation de travail. Si telle avait été l'intention du législateur, il l'aurait exprimé clairement.

D'autre part, les commentaires de la juge McLachlin dans l'arrêt *Meiorin* soulèvent des interrogations importantes quant à l'efficacité des mesures d'accommodement individuelles pour contrer le phénomène de la discrimination. De fait, plusieurs auteurs ont reconnu que le problème d'intégration en emploi des personnes handicapées résulte essentiellement de la norme de travail, établie en fonction du «travailleur idéal», c'est-à-dire l'homme de race blanche, non handicapé. Ils suggèrent une modification de l'organisation et des conditions de travail de façon à tenir compte des personnes qui ont des limitations¹⁰⁶. Or, loin de favoriser la modification de la norme générale, l'accommodement individuel creuse le fossé qui sépare l'employé handicapé des autres employés de l'entreprise en leur appliquant des normes complètement différentes.

Cette situation est d'autant plus préoccupante que la notion de handicap s'étend dorénavant à des pathologies aussi complexes et variées que les troubles psychologiques et l'alcoolisme. Est-il souhaitable de favoriser un accommodement «privilegié» à la personne qui présente des restrictions liées au stress si cela se fait au détriment d'une meilleure répartition des tâches entre les

104. P.L. JANZEN, *supra*, note 96, à la p. 7.

105. *Ville de Brossard*, *supra*, note 29, à la p. 307. Voir également D.L. DEMERS, *supra*, note 62, à la p. 22.

106. L. LEGAULT, *supra*, note 71, aux p. 183 à 187. Voir également: S. DAY et G. BRODSKY, *supra*, note 35, aux p. 461 à 463.

autres employés? L'altération de l'état de santé est-elle devenue le préalable nécessaire pour obtenir un emploi correspondant davantage à ses limites? Ces questions méritent au moins d'être analysées en tenant compte des impératifs de prévention qui s'imposent à l'endroit de l'ensemble des employés, notamment dans le cas des lésions d'ordre psychologique.

Enfin, soulignons que l'imposition d'obligations trop importantes à l'employeur risque de l'inciter à recruter les employés les moins susceptibles de nécessiter un accommodement, restreignant ainsi encore davantage l'accès à l'emploi pour les personnes handicapées et, possiblement, d'autres minorités, telles les personnes âgées et les femmes en âge de procréer¹⁰⁷. Or, on ne peut satisfaire les droits des personnes handicapées sans tenir compte d'une même considération à l'endroit des autres groupes désavantagés¹⁰⁸.

En somme, nous croyons qu'il faut se garder de reconnaître trop rapidement aux employés handicapés un droit à l'accommodement qui leur confère le privilège de conserver un lien d'emploi tant qu'il demeure dans l'entreprise des tâches qu'ils sont susceptibles de pouvoir exercer. Ce véritable «droit à l'emploi» n'a jamais été reconnu à l'égard d'aucune catégorie d'employés, si méritants soient-ils. Nous sommes d'avis que l'obligation d'accommodement devrait retrouver sa vocation première, soit celle de permettre à un employé handicapé de conserver son emploi, dans la mesure où il demeure capable d'en exercer les tâches essentielles. Toute mesure additionnelle de protection du lien d'emploi, tels le remplacement dans un autre poste, le remaniement des tâches essentielles ou encore la création d'un nouveau poste, devrait faire l'objet d'une entente particulière, comme par exemple dans une convention collective de travail. La négociation de telles conditions, au bénéfice de l'ensemble des employés (tous susceptibles de devenir «handicapés»), favoriserait une meilleure compréhension des besoins des personnes handicapées et, conséquemment, une meilleure intégration.

107. C. BRUNELLE, *supra*, note 60, à la p. 309. Cette situation est d'autant plus préoccupante que certaines études ont démontré que les handicapés à la recherche d'un emploi (par comparaison avec ceux qui détiennent un emploi), de même que ceux qui présentent une incapacité sévère sont désavantagés sur le plan des recours en matière de discrimination. Voir: J. MOSOFFT, «Is the Human Rights Paradigm «Able» to Include Disability: Who's In? Who Wins? What? Why?», (2000) 26 *Queen's L.J.* 225 et G. VALLÉE, M. COUTU et M.C. HÉBERT, «Implementing Equality Rights in the Workplace: An Empirical Study», (2002) 9 *C.L.E.L.J.* 71, aux p. 105 et s.

108. J.E. BICKENBACH, *supra*, note 58, à la p. 259.

Par ailleurs, et en conformité avec les principes établis dans l'arrêt *Meiorin*, l'employeur doit dorénavant tenir compte de la situation des personnes handicapées dans l'élaboration de ses normes d'emploi. La modification des normes d'emploi devrait non seulement favoriser l'embauche des personnes handicapées, mais également faciliter leur remplacement dans d'autres emplois si ce droit leur est reconnu en vertu d'une convention collective ou par des lois particulières¹⁰⁹. Elle devrait aussi permettre d'améliorer l'organisation du travail, favorisant ainsi la prévention de nouveaux handicaps. En somme, nous croyons que la reconnaissance d'un véritable droit à l'égalité pour les employés handicapés doit se faire en mettant l'accent sur leurs intérêts communs avec les autres employés, plutôt que sur leurs différences.

CONCLUSION

L'histoire démontre qu'en matière de droit à l'égalité, plus que dans tout autre domaine, la jurisprudence évolue, tergiverse et s'adapte, parfois avec un peu de retard, aux nouvelles réalités. Dans le cas particulier des personnes handicapées, les concepts juridiques ont connu une évolution telle qu'il est actuellement difficile de circonscrire l'étendue de l'obligation d'accommodement de l'employeur dans le cas d'employés devenus incapables d'exercer leur emploi en raison d'un handicap.

Certains auteurs et tribunaux considèrent que cette obligation confère aux employés handicapés un véritable droit au maintien du lien d'emploi. Cette interprétation n'est pas partagée par l'ensemble de la communauté juridique, tel qu'en fait foi l'analyse de l'abondante doctrine et jurisprudence sur la question. Elle est en contradiction flagrante avec l'existence même de la défense d'EPJ. Elle n'est pas non plus nécessairement soutenue par les enseignements de la Cour suprême, bien que celle-ci n'ait pas encore été appelée à se prononcer spécifiquement sur cette question. Au surplus, elle risque de nuire à une véritable et durable intégration des personnes handicapées sur le marché du travail.

109. Par exemple, la *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*, L.R.Q., c. A-3.001, confère à l'employé qui devient incapable d'exercer son emploi en raison d'une lésion professionnelle un droit prioritaire d'obtenir un emploi convenable disponible dans l'entreprise et ce, dans un délai d'un ou de deux ans, selon le cas, à compter du début de son absence (art. 239 et 235).

Comme plusieurs auteurs l'ont souligné, le handicap constitue en soi une inégalité qui mérite une mesure de redressement positive. Il faut donc se demander ce que la société doit accorder aux personnes handicapées, afin qu'elles puissent bénéficier d'un véritable droit à l'égalité¹¹⁰. Cette question mérite une réflexion approfondie qui tient compte d'une perspective globale de la situation des personnes handicapées en mettant l'accent non pas sur les différences, mais sur les intérêts communs qu'elles ont avec le reste de la société.

110. J.E. BICKENBACH, *supra*, note 58, à la p. 232.

The Impact of International Humanitarian Law on Armed Stand-offs Opposing Aboriginal Peoples to Canadian Authorities: An Overview of the Oka-Kanesatake Crisis

Christian D.R. BEAULIEU
and Andres C. GARIN

Abstract

Aboriginal people have shown less reluctance in recent years to assert their land and rights claims before the Canadian justice system. However, despite apparent greater openness on the part of Canadian officials and judicial institutions, many claims still remain unresolved. Growing frustrations have thus led some Aboriginal groups to resort to civil disobedience and the use of armed force to assert their claims. In this context, it is important to consider the potential impact of international humanitarian law on such armed stand-offs and, more particularly, the 1990 Oka Crisis. One of the basic tenets of international humanitarian law provides that combatants taking part in an armed conflict are to be excluded from the ambit of domestic criminal laws as long as they abide by the rules of warfare. After due consideration of the conditions governing the application of international humanitarian law to armed conflicts, the authors conclude that armed stand-offs of the scale of the 1990 Oka Crisis would most likely not entitle insurgents taking part therein to the protection offered to prisoners of war against the application of domestic criminal law.

Résumé

Les peuples autochtones n'hésitent guère depuis quelques années à recourir au système judiciaire canadien afin de faire valoir leurs revendications. Toutefois, malgré une plus grande ouverture de la part des institutions judiciaires et gouvernementales canadiennes, plusieurs de ces revendications demeurent toujours sans réponse. En proie à un ressentiment grandissant face à ce qu'ils perçoivent comme une voie sans issue, certains groupes autochtones recourent alors non seulement à la désobéissance civile mais également à la lutte armée au soutien de leurs revendications, comme ce fut le cas à Oka en 1990. C'est dans ce contexte qu'il peut être utile de considérer l'impact, s'il en est un, du droit international humanitaire sur de tels conflits puisque selon ce dernier, un combattant fait prisonnier doit être traité et protégé comme prisonnier de guerre et échapper, à ce titre, à l'emprise du droit criminel local. Au terme de leur analyse, les auteurs sont toutefois d'avis qu'un conflit de la nature et de l'importance de celui de Oka ne permettrait probablement pas aux individus y prenant part de bénéficier de la protection que le droit humanitaire international confère aux prisonniers de guerre, et d'ainsi échapper à l'emprise du droit criminel canadien.

The Impact of International Humanitarian Law on Armed Stand-offs Opposing Aboriginal Peoples to Canadian Authorities: An Overview of the Oka-Kanesatake Crisis

Christian D.R. BEAULIEU*
and Andres C. GARIN**

INTRODUCTION	165
PART I HUMANITARIAN LAW AND ITS IMPACT ON INTERNATIONAL AND NON-INTERNATIONAL ARMED CONFLICTS: AN OVERVIEW.	168
I. International Humanitarian Law: An Introduction . . .	168
1. Limited scope of international humanitarian law . .	169
2. Definition of “international armed conflict” in the context of humanitarian law	171
3. Basic principles of international humanitarian law .	172
A. The basic principles of humanitarian law as applied to international armed conflicts	173
B. The basic principles of humanitarian law as applied to non-international armed conflicts . . .	175
II. Humanitarian law and internal conflicts: dual regime .	176

* LL.B. (Mtl), LL.B. (Ott.), LL.M. (Mtl), LL.M. (McGill), LL.M. (LSE), membre du Barreau du Québec et chargé de cours à la Faculté de droit (droit civil) de l'Université d'Ottawa.

** LL.B. (Mtl), LL.B. (Ott.), LL.M. (Cantab.), membre du Barreau du Québec.

1. The full application of humanitarian law	177
A. Wars of national liberation	177
i. Armed character of the conflict	178
ii. War of national liberation – concept of self-determination.	178
iii. Conflict against either colonial domination, alien occupation or racist regimes.	180
iv. Peoples represented by an organised and influential authority and disposing of organised forces	180
B. Recognitions of belligerency.	182
2. Limited application of humanitarian law	182
PART II THE STATUS IN INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW OF ABORIGINAL ARMED STAND-OFFS OF THE SCALE OF THE 1990 OKA-KANESATAKE CRISIS	
I. Summary of the events	184
1. Historical overview of the land claim.	185
2. Evolution of the crisis	187
II. Appraisal of the impact of humanitarian law on the Oka-Kanesatake armed uprising	189
1. Arguments in favour of the application of the humanitarian law regime applicable to international armed conflicts	189
A. The uprising as a war opposing two states. . . .	189
B. The uprising as a war of national liberation . . .	190
i. Was Oka-Kanesatake an armed conflict?. . . .	190
ii. In the exercise of a right of self-determination?. .	192

iii. Against either colonial domination, alien occupation or racist regime?	194
iv. Waged by a people represented by an organised and influential authority disposing of organised armed forces?	196
2. Arguments in favour of the application of the humanitarian law regime applicable to non-international armed conflicts	200
A. The uprising as a war covered by Protocol II	200
B. The uprising as an armed conflict covered by Common Article 3	201
CONCLUSION.	202

INTRODUCTION

It has been suggested that “Aboriginal groups have recently obtained a more receptive hearing of their needs and aspirations within Canada”.¹ Irrespective of whether this statement is true or not,² it would seem clear that since the *Calder* decision in 1973,³ Aboriginal peoples have shown less reluctance in relying on the Canadian justice system to assert their land and rights claims. Gradually they have come to find more grounds, whether legal (through the *sui generis* nature of their aboriginal title⁴ and rights⁵) or constitutional (under s. 35 *Constitutional Act, 1982*) to support such claims.⁷ Thus, from a wait-and-see policy consisting predominantly in a refusal to completely surrender and forget their distinctiveness to a more aggressive approach of defending their interests in the courts, Native Canadians have found peaceful ways to preserve their identity notwithstanding the dominant European influence in North America.

Nevertheless, even in the face of apparent greater openness on the part of state officials and judicial institutions, many Native claims still remain unresolved. Growing frustrations,⁸ mixed in recent years with a greater level of confidence in their means, have thus led some North American Aboriginal groups to resort to both civil disobedience and the use of armed force not only to assert their demands, but also to express their unwillingness to

1. S. WRIGHT, “The Individual in International Human Rights: Québec, Canada and the Nation-State”, (1995) 59 *Sask. L. Rev.* 437 at 451.
2. The Spicer Commission noted that a majority of Canadians supports Aboriginals’ aspirations: Citizens’ Forum on Canada’s Future, *Report to the People and Government of Canada* (Ottawa: Supply and Services, 1991) at 120 and 127.
3. In *Calder v. British Columbia*, [1973] S.C.R. 313, the Supreme Court of Canada formally recognised for the first time that Aboriginal peoples hold native rights, although the Court was divided on how these rights could be extinguished.
4. *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010 (*sui generis* nature of the Aboriginal title).
5. *St. Mary’s Indian Band v. Cranbrook (City)*, [1997] 2 S.C.R. 657 (*sui generis* nature of native land rights); *Simon v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 387 (*sui generis* nature of treaty rights); *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335 (*sui generis* nature of the Crown’s fiduciary duty toward Aboriginal peoples).
6. *Constitutional Act, 1982*, being Schedule B of the *Canada Act 1982* (UK), 1982, c. 11. [Hereinafter *Constitution Act, 1982*].
7. For a study of Aboriginal land claims and the increased role of the judiciary in adjudicating such claims, see: W.B. HENDERSON and D.T. GROUND, “Survey of Aboriginal Land Claims”, (1994) 26 *Ottawa L. Rev.* 187.
8. See: Citizens’ Forum on Canada’s Future, *supra*, note 2 at 120, 127.

passively surrender to what they perceive as an on-going racist and condescending attitude from white society. The world learnt this lesson notably as a result of the Oglala Sioux uprising at Wounded Knee, South Dakota, in 1973.

In 1990 another crisis, this time in Canada, broke out as a result of the comprehensive land claim the predominantly Mohawk community of Oka-Kanesatake in Quebec has asserted for over two centuries over some parts of this area. The resulting armed stand-offs at Oka and Kahnawake near Montreal like the one at Wounded Knee 17 years earlier, were widely covered by the media and contributed to drawing the world's attention to the problems faced by the North American Aboriginal peoples.⁹ In giving rise to such intense media coverage, the 1990 crisis came to sensitise Canadians about a reality many of them had tended – or wished – to ignore up to that point. This reality reflects to the seriousness of Aboriginal peoples' desire to survive as distinct peoples within the predominantly white society of Canada.

The Oka crisis has not been the sole flashpoint. Place names such as Gustafsen Lake, Ipperwash and Burnt Church readily come to mind as examples of other recent conflicts pitting Aboriginal Canadians against the Federal or Provincial authorities. It is as a result of the new means that some Aboriginal groups have begun resorting to in order to assert their demands, and the scale of the reactions they trigger from the established state officials that we thought it would be of interest to examine the incidence of international norms governing the conduct of hostilities upon such armed stand-offs. Indeed, one of the main consequences of the application of international humanitarian law to an armed conflict is to exclude combatants taking part in it from the ambit of domestic criminal law insofar as they abide by the norms of international humanitarian law.

The purpose of this paper is to evaluate the status of armed stand-offs that oppose Aboriginal nations to official law enforcement authorities in Canada, so as to determine whether such confrontations fall within the ambit of Canadian criminal law, or whether there is a duty upon Canada to afford insurgents a certain degree of protection in conformity with international humanitarian law. In other words, the issue we wish to raise revolves around the question of whether Aboriginals involved in

9. R. CARTER on J. Woodward's *Native Law*, Book review, (1991) 23 *Ottawa L. Rev.* 269 at 269.

an uprising such as the Oka crisis could benefit from international humanitarian law so as to be considered lawful combatants and, as a result, be granted a degree of protection not afforded by municipal law should they fall within the power of the opposing forces.

The study that follows is in part a theoretical one since Canada only ratified Protocol I (Additional to the 1949 Geneva Conventions)¹⁰ – the international convention which is of particular interest for our purposes – on November 20, 1990, several months after the conclusion of the Oka crisis. However, in light of Canada's ratification of this treaty, an appraisal of the application of international humanitarian law to conflicts opposing aboriginals to Canadian governmental authorities will be of particular interest for the future. It is evident, however, that, within the context of the present paper, such a study cannot be exhaustive. Indeed, it involves considerations of many controversial and uncertain aspects of international law as well as aboriginal law that only a comprehensive analysis might, if not solve, at least help elucidate. Furthermore, insofar as our study involves the examination of a socio-political crisis that still remains substantially controversial in many respects, an objective appraisal of the circumstances surrounding the evolution of the uprising was not without difficulty. Consequently, the Coroner's Report on the inquiry surrounding the death of corporal Lemay¹¹ (the "Gilbert Report") constituted our main source of reference with respect to the facts of the Oka-Kanesatake crisis. However, since the Gilbert Report is not free of shortcomings, the reader should not hesitate to take these weaknesses into consideration in the appraisal of our final conclusions.

The analysis that follows proceeds in two steps. Part I focuses on the current state of international humanitarian law. The purpose of this first part is to assess the present scope of application of international humanitarian law to various types of armed conflicts. In Part II we seek to apply the criteria set out in international law for the application of humanitarian rules to the specific type of conflict at issue in the Oka Crisis in order to determine whether the combatants, in this case the Mohawk insurgents, could benefit from the application of such rules and find themselves beyond the reach of Canadian criminal law.

10. *Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I)*, 8 June 1977, 1125 U.N.T.S. 3 [hereinafter Protocol I].

11. *Rapport d'enquête du Coroner Guy Gilbert sur les causes et circonstances du décès de monsieur Marcel Lemay*, Québec, Bureau du Coroner, July 21, 1995.

PART I HUMANITARIAN LAW AND ITS IMPACT ON INTERNATIONAL AND NON-INTERNATIONAL ARMED CONFLICTS: AN OVERVIEW

Many issues are raised by the question of whether international humanitarian law applies to conflicts such as the 1990 Oka-Kanesatake crisis between Aboriginal groups and the established authorities. In order to properly understand these various issues, it is necessary to briefly review the general principles of international law governing armed conflicts. Consequently, in this part we will discuss in very broad terms the foundational principles of the laws of war as they apply both to international and non-international armed conflicts.

I. International Humanitarian Law: An Introduction

Since times immemorial, the conduct of armed conflicts has been regulated by rules established by the Laws of Nations and known as the laws of war or, in present-day parlance, international humanitarian law.¹² As a result, the means of warfare to which belligerents may resort in order to defeat their enemies were – and still are – not unlimited.¹³ As stated by Professor Green, “[t]he purpose of what is known as the laws of war – *jus in bello* – is to reduce the horrors inherent [in war] to the greatest extent possible in view of the political purpose for which war is fought, namely to achieve one’s policies by victory over one’s enemy”.¹⁴ In exchange for abiding by the norms of international law, combatants have traditionally enjoyed some benefits, one of them being the right when captured to be treated as prisoners of war and to be protected as such.

Humanitarian law is a branch of international law that is concerned with the conduct of both states and individuals.¹⁵ Inter-

12. L.C. GREEN, *The Contemporary Law of Armed Conflict* (Manchester: Manchester University Press, 1993) at 14 and 18-23. Although some may distinguish the terms “laws of war” and “humanitarian law” on the basis that the former governs the means and methods of warfare while the latter relates to human rights in time of war, in this paper we will use “humanitarian law” as a reference to both. Indeed, while international instruments at first may have distinguished the two notions, present-day conventions tend to deal with both without distinction.

13. This rule of customary international law is also reaffirmed in art. 35(1) of the Protocol I.

14. GREEN, *supra*, note 12 at 14.

national humanitarian law must also be distinguished from the “jus ad bellum” – the body of international law governing the right of states to resort to the use of force as a means to settle their international disputes.¹⁶ Indeed, while humanitarian law seeks to regulate the conduct and means of warfare adopted by belligerents once a conflict has broken out and to protect combatants and civilian populations involved in such conflicts (regardless of the conflict’s legality under international law¹⁷) the *jus ad bellum* regulates – and under current international law, restricts¹⁸ – the right of States to use force in their relations with one another.¹⁹

1. *Limited scope of international humanitarian law*

Historically, international humanitarian law has mainly been concerned with interstate or international armed conflicts of such an intensity as to amount to wars.²⁰ International conflicts short of war²¹ and armed conflicts of a local or domestic character were traditionally excluded from the ambit of humanitarian

15. It should be recalled that international law is traditionally concerned only with state conduct. As a consequence, historically, individuals violating the laws of war could only be prosecuted in conformity with the laws of the belligerent state of which they were nationals. However, since the Nuremberg Trials, there is now no doubt that individuals are directly liable for any breach of the laws of war for which they are responsible: *The Trial of Major War Criminals: Proceedings of the International Military Tribunal Sitting at Nuremberg Germany*, Part 22, 1950 at 445-447 and 467.
16. A. ROBERTS and R. GUELFF (ed.), *Documents on the Laws of War*, 2d ed. (Oxford: Oxford University Press, 1989) at 1.
17. GREEN, *supra*, note 12 at 327.
18. Art. 2(4) of the *Charter of the United Nations*, (1946-1947) 1 U.N.T.S. XVI, as well as customary international law prohibits the use of force as a means for the settlement of conflicts between states except in cases of self-defence or collective action conducted under the aegis of the United Nations Security Council: see Y. DINSTEIN, *War, Aggression and Self-Defence*, 2d ed. (Cambridge: Cambridge University Press, 1994) at 61-67.
19. For the differences between *jus in bello* and *jus ad bellum*, see: C. GREENWOOD, “The Relationship Between *Jus ad Bellum* and the *Jus in Bello*”, (1983) 9 *Review of International Studies* 221.
20. GREEN, *supra*, note 12 at 52.
21. Traditional international law made a distinction between conflicts amounting to war and conflicts short of war. Humanitarian law only applied to the former: C. GREENWOOD, “The Concept of War in Modern International Law”, (1986) 36 *I.C.L.Q.* 283 at 283-287. However, drawing the line between those two types of conflicts has not proven to be an easy task especially for the judiciary: *KKKK of Kobe v. Bantham Steamship*, [1939] 2 K.B. 544. Nevertheless, present-day international law no longer distinguishes between these two types of armed conflicts when it comes to determining the scope of application of humanitarian law. Presently, humanitarian law applies to any armed conflict opposing two or more states regardless of its intensity: GREENWOOD, *ibid.*

law.²² However, parties to non-international conflicts of such an intensity as to otherwise amount to wars could, in certain circumstances, behave *inter se* as if they were bound by the laws of war.²³ Third states could also treat the conflict in this manner.²⁴ Such behaviour resulted in the application of humanitarian law to those internal conflicts. However, with the exception of those cases, humanitarian law, even in present-day international law, does not, as a rule, fully apply to civil wars and armed conflicts of a domestic character. It was – and to a certain extent still is – thought that armed conflicts occurring exclusively within the territorial boundaries of a single state come under the sole jurisdiction of the local government leaving no room for the application of international law.²⁵ When one considers that non-international armed conflicts have become increasingly common since the end of World War II, such a limited view has the effect of thwarting the original purpose of humanitarian law, namely the reduction of the horrors inherent in war to the greatest extent possible.²⁶

As a result, modern international law distinguishes between international and non-international armed conflicts. This does not signify, however, that humanitarian law is irrelevant when it comes to internal conflicts. Simply, the protection currently offered by international law to belligerents and civilians involved in internal armed conflicts does not match that afforded to them in the context of interstate conflicts. Consequently, although humanitarian law has evolved in the last decades to take greater account of the growth of civil conflicts throughout the world,²⁷ it applies differently to interstate conflicts as compared to non-international armed conflicts.

22. See: *The Prosecutor v. Tadic*, [1995] IT-94-1-AR72 (International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of Former Yugoslavia since 1991) at 53.

23. Such a behaviour is known as a recognition of belligerency, and will be discussed more fully below.

24. For example, by adopting a policy of neutrality towards the belligerents.

25. It should be noted, however, that a trend has been developing since the end of World War II whereby the world community considers that it is concerned by the internal affairs of states whenever the conduct of the local government threatens international peace and security: see art. 2(7) and Chapter VII of the *Charter of the United Nations*.

26. GREEN, *supra*, note 12 at 14.

27. See: *The Prosecutor v. Tadic*, *supra*, note 22 at 46-48, 53.

2. *Definition of “international armed conflict” in the context of humanitarian law*

As a rule, humanitarian law applies to international armed conflicts as defined in Common Article 2 of the four Geneva Conventions,²⁸ namely:

[...] all cases of declared war or of any other armed conflict which may arise between two or more of the High Contracting Parties, even if the state of war is not recognised by one of them.

The Convention shall also apply to all cases of partial or total occupation of the territory of a High Contracting Party, even if the said occupation meets with no armed resistance.

Although one of the Powers in conflict may not be a party to the present Convention, the Powers who are parties thereto shall remain bound by it in their mutual relations. They shall furthermore be bound by the Convention in relation to the said Power, if the latter accepts and applies the provisions thereof.

Consequently, the laws of war as expressed by the Geneva Conventions²⁹ apply to any transborder conflict as soon as one Party resorts to the use of armed force against another, regardless of the intensity of the fighting. They also apply to the occupation of the territory of one Party by the forces of another.

Apart from the fact that it removes the difficulty of having to define what constitutes war as opposed to armed conflicts short of war, Common Article 2 merely codifies the traditional conception of what constitutes an international armed conflict, namely a

28. *1949 Geneva Convention I for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field*, (1950) 75 U.N.T.S. 31 [hereinafter Geneva Convention I]; *1949 Geneva Convention II for the Amelioration of the Condition of Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea*, (1950) 75 U.N.T.S. 85 [hereinafter Geneva Convention II]; *1949 Geneva Convention III Relative to the Treatment of Prisoners of War*, (1950) 75 U.N.T.S. 135 [hereinafter Geneva Convention III]; and *1949 Geneva Convention IV Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War*, (1950) 75 U.N.T.S. 287 [hereinafter Geneva Convention IV]. The sources of humanitarian law are to be found primarily in conventions (especially the Hague Conventions of 1907, the Geneva Conventions of 1949 and the 1977 Additional Protocols) and customary international law. For the purpose of the present paper, the rules that are of interest to us are to be found chiefly in the regimes established by the Geneva Conventions and the 1977 Additional Protocols.

29. The Geneva Conventions are, to a large extent, declaratory of customary international law. Therefore, most of the norms they enshrine, including those that are relevant for the purpose of this paper, are binding on all states whether or not they are parties to the Geneva Conventions: see ROBERTS and GUELFF, *supra*, note 16 at 170.

transborder act of state violence, or a civil war having been the object of a recognition of belligerency.

This was the generally accepted view of the range of conflicts governed by international humanitarian law until the advent in 1977 of Protocol I which sought to expand the scope of application of international humanitarian law. This expansion was achieved by the elevation of wars of national liberation to the level of “international armed conflict”. Protocol I defines wars of national liberation as “armed conflicts in which peoples are fighting against colonial domination and alien occupation and against racist regimes in the exercise of their right of self-determination, as enshrined in the Charter of the United Nations and the Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations”.³⁰

In short, modern international humanitarian law applies in its entirety to any of the following three types of armed conflicts: two or more states resorting to the use of armed force against each other, civil wars where the insurgents have been recognised as belligerents, and wars of national liberation waged by peoples exercising their right of self-determination as recognised by the United Nations.

3. *Basic principles of international humanitarian law*

Humanitarian law is of interest for the purpose of the present study insofar as it would, if applied to uprisings opposing Aboriginal peoples to Canadian authorities, grant combatants belonging to either side, rights that are not provided for in the Canadian legal order in exchange for their compliance with the basic rules governing the conduct of warfare. In the following analysis we will briefly discuss the basic substantive principles of the laws of war in order to illustrate the important consequences that would flow from the application of international humanitarian law to an Aboriginal armed stand-off such as the one at Oka-Kanesatake in 1990.³¹

30. Protocol I, art. 1(4).

31. This discussion is by no means intended to constitute an examination of the full substance of international humanitarian law. Indeed, the global set of conventions, resolutions, customary norms and practices governing the conduct of hostilities is impressive. For an overview of the applicable documents, see ROBERTS and GUELFF, *supra*, note 16. For a comprehensive study of the laws of war, see GREEN, *supra*, note 12.

A. *The basic principles of humanitarian law as applied to international armed conflicts*

The overriding purpose of humanitarian law is to restrict the means and methods of warfare on one hand, and to protect lawful combatants and civilian populations on the other. Professor Green summarises and explains its basic elements as follows:

The main purpose of both the Hague and the Geneva Law is to minimise the horrors of the conflict to the extent consistent with the economics and efficient use of armed force, while not inhibiting the military activities of the parties in their endeavour to achieve victory with minimum cost to themselves. To this end, military necessity and *raison de guerre* or *Kriegsraison* must be balanced against overriding principles of a humanitarian character. This means that in no case may the force used exceed at any time the necessities of the situation or be directed towards any other object than the desired coercion of the enemy. *In other words, no more force or greater violence should be used to carry out an operation than is absolutely necessary in the particular circumstances, if the application of such force would cause injury to non-combatants or civilians.*³² [Emphasis added.]

In short, the dictates of humanitarian law are all about limiting military actions to that which is strictly necessary to disable and overpower the enemy.³³ Put simply, humanitarian law prohibits means and methods of warfare that not only are inhumane in the sense of responsible for unnecessary and superfluous injuries, but disproportionate to the concrete and direct military advantage anticipated.³⁴ Therefore, humanitarian law imposes upon combatants a strict obligation to limit their attacks solely to military targets. In that sense, attacks upon civilian populations or the resort to terrorism against them are strictly forbidden.

32. GREEN, *ibid.* at 328.

33. This basic principle has a long history. Indeed, several centuries before the Christian era, Sun-Tzu wrote in his book *The Art of War*: "In general, the method for employing the military is this: Preserving the [enemy's] state capital is best, destroying their state capital second-best. Preserving their army is best, destroying their army second-best. Preserving their battalions is best, destroying their battalions second-best. Preserving their companies is best, destroying their companies second-best. Preserving their squads is best, destroying their squads second-best. For this reason attaining one hundred victories in one hundred battles is not the pinnacle of excellence. Subjugating the enemy's army without fighting is the true pinnacle of excellence." SUN-TZU, *The Art of War*, translation by R.D. SAWYER (1994, Barnes & Noble) at 177.

34. These basic norms are essentially to be found in the Hague regime, and more specifically in the 1907 *Hague Convention IV Respecting the Laws and Customs of War on Land*, (1910) U.K.T.S. 9, Cd. 5030 (now part of customary international law). Protocol I clarifies these rules.

In order for the latter rule to be realistically enforceable, humanitarian law requires that combatants distinguish themselves from civilians and non-belligerents as “[i]t is one purpose of the law of armed conflict to ensure that a member of one class entitled to special status or treatment does not, save in exceptional circumstances, enjoy the rights of the other”.³⁵ As a result, in order for combatants to be entitled to all the privileges conferred upon them by the laws of war, they must wear a uniform at all times and carry their weapons openly.³⁶ An exception to this requirement exists, however, for irregular forces waging wars of national liberation in accordance with Article 1(4) of Additional Protocol I. Article 44(3) of Protocol I exempts combatants belonging to a national liberation group from the obligations imposed upon regular combatants to distinguish themselves from civilians insofar as certain minimal requirements of distinction during actual engagement are met.³⁷

In exchange for complying with the rules of international humanitarian law, combatants are entitled to protection when captured by enemy personnel or incapacitated by wound or disease. In such an eventuality, they become prisoners of war and have the right to be spared and cared for. The right of lawful combatants to be protected when in enemy hands, or in other words, their entitlement to be treated as prisoners of war, is of particular relevance for the purpose of this paper. Indeed, humanitarian law grants prisoners of war a general immunity for acts that are executed by combatants in that capacity and that are within the limits set by the laws of war. Therefore, a belligerent who qualifies as a lawful combatant under humanitarian law cannot be held accountable for any acts committed while engaged in combat against legitimate targets if, in so doing, he has abided by the

35. GREEN, *supra*, note 12 at 102.

36. See: *Mohamed Ali et al. v. Public Prosecutor* (1968), 42 I.L.R. 458.

37. Combatants fighting a war of national liberation may conceal themselves within civilian populations while not engaged in actual combat without losing the right to be treated as lawful combatants if caught by the enemy. Article 44(5) of Protocol I provides that “[a]ny combatant who falls into the power of an adverse Party while not engaged in an attack or in a military operation preparatory to an attack shall not forfeit his rights to be a combatant and a prisoner of war by virtue of his prior activities”. As a result of articles 1(4) and 44(3), Protocol I was said by the Reagan Administration to protect terrorists. This argument – rejected by many scholars – has led many other states, especially the military and political powers, not to ratify it. See: C. GREENWOOD, “Terrorism and Humanitarian Law – The Debate Over Additional Protocol I”, (1989) 18 *Israel Yearbook on Human Rights* 187; L.C. GREEN, “Terrorism and Armed Conflict: the Plea and the Verdict”, (1989) 19 *Israel Yearbook on Human Rights* 131.

rules prescribed by the laws of war. Combatants are thus immune from the application of domestic criminal law as long as they act within the strict limits of international humanitarian law.³⁸ Upon capture, they are subject only to detention for the duration of the conflict. Humanitarian law prescribes their release and repatriation without delay after the cessation of active hostilities.³⁹ As such, belligerents are entitled to benefit from conditions of detention different from those reserved for common criminals in penitentiaries or prisons.⁴⁰

B. The basic principles of humanitarian law as applied to non-international armed conflicts

Traditionally, humanitarian law had no application with respect to non-international conflicts. However, since the end of World War II, both customary and conventional international law have gradually extended certain minimal guarantees to civilians and combatants who have laid down their arms in the context of internal armed conflicts.⁴¹ The basic principles of the law governing such conflicts are to be found in article 3 common to the Geneva Conventions. However, these provisions, which are now reflected in customary law,⁴² only grant minimal protection to civilians as well as combatants incapacitated by wounds or in enemy hands. Professor Green summarises the effect of Common Article 3 as follows:

By this article, protection is stipulated on a basis of complete non-discrimination for all persons *hors de combat*, civilians and non-combatants in any non-international conflict occurring in the territory of a party to the Conventions. The purpose is to ensure that such persons are treated humanely, and the Article introduces what may be considered as the basics of humane treatment as generally understood at present. It expressly forbids such acts as cruelty, murder, torture, unfair trial, and the like.⁴³

38. On the general protection of prisoners of war, see more specifically Geneva Convention III, art. 12 ff., which provides for a comprehensive regime of protection not generally afforded to common prisoners.

39. For more on the treatment of prisoners of war, see: GREEN, *supra*, note 12 at 188-206.

40. Art. 12 of Geneva Convention III states that "Except in particular cases which are justified by the interest of the prisoners themselves, [prisoners of war] shall not be interned in penitentiaries".

41. See: *The Prosecutor v. Tadic*, *supra*, note 22 at 53-68.

42. *Ibid.* at 57.

43. GREEN, *supra*, note 12 at 57.

One of the main limitations of Common Article 3 and humanitarian law as it applies to internal conflicts, is the minimal protection offered to combatants captured by the enemy. There being no prisoner of war status conferred upon them once within enemy hands, no immunity may thus be invoked against the application of local criminal laws.⁴⁴ Consequently, they may be tried for treason and sentenced accordingly, subject only to the judicial guarantees and the protection against inhumane treatment provided for by Common Article 3. As for civilians, the guarantees they are entitled to under humanitarian law in the context of non-international armed conflicts are equivalent to those generally recognised by the international regimes for the protection of human rights.⁴⁵

Additional Protocol II to the Geneva Conventions, adopted under the auspices of the International Committee of the Red Cross with a view to expressly regulating non-international armed conflicts, does not do much to expand the scope of application of humanitarian law to internal armed struggles as far as the rights of combatants are concerned.⁴⁶ Thus even under its aegis, captured military personnel are not entitled to prisoner of war status and, as such, are not immunized from the application of domestic criminal laws.

II. Humanitarian law and internal conflicts: dual regime

In view of what has been previously discussed, the extent of the application of humanitarian law to civil armed conflicts will depend on whether they qualify as international armed conflicts within the respective meanings of Common Article 2 of the Geneva Conventions and article 1(4) of Protocol I.

44. As a rule under international humanitarian law, persons owing allegiance to the captor state cannot benefit from the Geneva Convention III's regime regarding prisoners of war treatment. See: *Public Prosecutor v. Koi* (1967), 42 I.L.R. 441.

45. For similar guarantees, see for example the *International Covenant on Civil and Political Rights*, (1976) 999 U.N.T.S. 187, art. 6 to 15.

46. *Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts (Protocol II)*, 8 June 1977, 1125 U.N.T.S. 609 [hereinafter Protocol II]. On the scope of this convention, see: A. CASSESE, "The Status of Rebels Under the 1977 Geneva Protocol on Non-International Armed Conflicts", (1981) 30 *I.C.L.Q.* 416. Some of its provisions may be regarded as declaratory of international customary law; see *The Prosecutor v. Tadic*, *supra*, note 22 at 63.

1. *The full application of humanitarian law*

A. *Wars of national liberation*

While traditionally considered to be non-international conflicts, wars of national liberation came to be seen as true international conflicts as a result of the decolonization process. It was considered that as “the territory of a colony or other non-self-governing territory has a status separate and distinct from the territory of the State administering it ... [t]he territory of a colony can no longer be considered a part of the territory of the mother country”.⁴⁷ Therefore, a war of self-determination was nothing more than a war led by a nation against an occupying power. Such conflicts were – and still are – clearly covered by international humanitarian law as applicable to interstate conflicts.⁴⁸ It should be noted, on the other hand, that this rationale does not apply to wars of secession as they do not inherently involve a conflict opposing two distinct states, but rather two separate entities of a single state.⁴⁹

Even prior to the advent of Protocol I, peoples engaging in military struggles to exercise their right of self-determination could benefit from the bulk of international humanitarian guarantees if they were recognised as belligerents by their opponents. Furthermore, some are of the opinion that the term “Power” in Common Article 2(3) might even cover national liberation groups.⁵⁰ If so, armed conflicts fought in pursuance of a right of self-determination could entitle the insurgents to the full benefit of the Geneva Conventions if a significant number of third states were to recognise their right to self-determination.⁵¹ That position remains, however, controversial.⁵²

With the advent of article 1(4) of Protocol I, the ambit of the Geneva Conventions has been extended to:

47. D. SCHINDLER, “The Different Types of Armed Conflicts According to the Geneva Conventions and Protocols”, (1979) II *Rec. des Cours* 117 at 133-134.

48. Geneva Conventions, article 2.

49. “Secession” and “Self-Determination” are clearly notions that are distinguished under international law. See notably: *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217.

50. “Although one of the Powers in conflict may not be a party to the present Convention, the Powers who are parties thereto shall remain bound by it in their mutual relations. They shall furthermore be bound by the Convention in relation to the said Power, if the latter accepts and applies the provisions thereof.” See: SCHINDLER, *supra*, note 47 at 135-136.

51. SCHINDLER, *ibid.*

52. *Ibid.*

... armed conflicts in which peoples are fighting against colonial domination and alien occupation and against racist regimes in the exercise of their right of self-determination, as enshrined in the Charter of the United Nations and the Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations.

Consequently, humanitarian law as enshrined in the Geneva Conventions and Protocol I may apply to a non-international armed conflict where the conditions prescribed by article 1(4) are met.

i. Armed character of the conflict

It is worth noting that article 1(4) speaks of “armed conflict”. While a single military incident qualifies as such under Common Article 2 of the Geneva Conventions, not all internal disturbances trigger the application of Common Article 3 nor Protocol II’s provisions. A minimal level of intensity is required for hostilities to bring into action the laws of war governing internal conflicts. Therefore, one might wonder whether article 1(4) should receive the interpretation given to “armed conflict” in Common Article 2 so as to apply as soon as a people resorts minimally to the use of armed force in the exercise of its right of self-determination, or whether it should be understood as excluding, as article 1(2) of Protocol II does, “situations of internal disturbances and tensions, such as riots, isolated and sporadic acts of violence and other acts of a similar nature”. The United Kingdom and Australian delegations at the 1974-1977 Geneva Conference expressed the view that article 1(4) applies only to armed conflicts of a high level of intensity. However, Professor Schindler is of the opinion that no such requirement is expressed by that provision.⁵³

ii. War of national liberation – concept of self-determination

Article 1(4) expressly refers to peoples exercising their “right of self-determination” as recognised by the United Nations. According to scholars, such a right must be narrowly construed. Professor Greenwood remarks that:

53. *Ibid.* at 140. See also Y. SANDOZ, C. SWINARSKI and B. ZIMMERMAN (ed.), *Commentary on the Additional Protocols of June 8 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949* (Geneva: Martinus Nijhoff, 1987) at p. 55. *Contra*: GREENWOOD, *supra*, note 37 at 193.

Both the text and the *travaux préparatoires* of the Article make clear that its application is confined to cases of self-determination as that concept has been understood in the practice of States and of the United Nations for over twenty years. According to that practice, the right of self-determination is to be understood primarily as a right possessed by the people of a colony or other non-self-governing territory. The international community has rejected the suggestion that the right of self-determination might confer a right of secession upon minority groups within an existing State.⁵⁴

However, that does not exclude the possibility that the concept of self-determination may evolve as a result of a change in state practice. As a result, article 1(4) might come to be given a wider interpretation.⁵⁵ According to Greenwood, however, this development has yet to occur.⁵⁶ Nevertheless, one cannot ignore the recent developments in international law regarding the right of self-determination of peoples. International statements issued as a result of the events occurring in the territories of former Yugoslavia and Soviet Union in the early 1990's,⁵⁷ as well as the decision of the Supreme Court of Canada in the *Reference re Secession of Quebec*⁵⁸ not to define what "people" means in the context of the right to self-determination⁵⁹ suggest that the exact scope of such a right still remains to be ascertained.⁶⁰ Furthermore, some commentators are of the opinion that the traditional scope given to the term "right of self-determination" needs to be updated so as to take into account the aspirations of groups that have been historically ignored or neglected by the world community.⁶¹ Therefore, a construction of article 1(4) that would entitle peoples other than the ones historically subjected to colonisation to benefit from the full application of humanitarian law cannot be totally dismissed.

54. GREENWOOD, *ibid.* See also: SCHINDLER, *supra*, note 47; and SANDOZ, SWINARSKI and ZIMMERMAN, *supra*, note 53 at 54-55.

55. G. ABI-SAAB, "Wars of National Liberation in the Geneva Conventions and Protocols", (1979) IV *Rec. des Cours* 353 at 397-398.

56. GREENWOOD, *supra*, note 37 at 194-195.

57. Leading to the adoption of the *European Community Declaration on the Guidelines on the Recognition of New States in Eastern Europe and in the Soviet Union*, (1992) 31 I.L.M. 1485.

58. *Reference re Secession of Quebec*, *supra*, note 49.

59. The Supreme Court preferred to examine whether Quebecers, even if they formed a "people", could rely on international law to unilaterally secede from Canada. It then concluded that the form of self-governance they exercise within the present constitutional framework fully meets what is encompassed by the right of self-determination.

60. SANDOZ, SWINARSKI and ZIMMERMAN, *supra*, note 53 at pp. 52-53.

61. This is especially true insofar as indigenous groups are concerned. See for example M.J. BRYANT, "Aboriginal Self-Determination: the Status of Canadian Aboriginal Peoples at International Law", (1992) 56 *Sask. L. Rev.* 267 at 295.

iii. Conflict against either colonial domination,
alien occupation or racist regimes

Article 1(4) further specifies that the armed conflict must be against “colonial domination”, “alien occupation” or “racist regimes”. That provision has been said to exclude all other types of armed conflicts such as those against oppressive regimes as well as wars of secession.⁶² Furthermore, scholars strictly define the concepts enumerated in article 1(4) and rely in so doing on the historical context that led to their inclusion in Protocol I. Therefore, and according to Professor Greenwood, the term “colonial domination” when adopted essentially intended to refer to the European type of colonisation as it then still existed in some parts of Africa.⁶³ As for “alien occupation” and “racist regimes”, while the former expression adds little to the current ambit of international humanitarian law as defined by Common Article 2 of the Geneva Conventions, the latter encompasses solely those regimes that rely, for their sustenance, on an institutionalisation of racism.⁶⁴ Whether those terms, as that of “self-determination”, may be actualised to take into account present-day reality remains debatable.

iv. Peoples represented by an organised and influential
authority and disposing of organised forces

Protocol I requires that peoples waging a war of national liberation in accordance with the terms of article 1(4) be represented by an organised and influential authority. Such is the conclusion to be drawn from the terms of articles 43(1) and 96(3) of the Protocol which read as follows:

43. (1) The armed forces of a Party to a conflict consist of all organised armed forces, groups and units which are under a command responsible to that Party for the conduct of its subordinates, even if that Party is represented by a government or an authority not recognised by an adverse Party. *Such armed forces shall be subject to an internal disciplinary system which, inter alia, shall enforce compliance with the rules of international law applicable in armed conflict.* [Emphasis added.]

62. SCHINDLER, *supra*, note 47 at 137; GREENWOOD, *supra*, note 37 at 194; and SANDOZ, SWINARSKI and ZIMMERMAN, *supra*, note 53 at 54-55.

63. GREENWOOD, *ibid.*

64. The historical context surrounding the drafting of article 1(4) strongly suggests that “racist regimes” was an indirect reference to South Africa’s Apartheid regime: *ibid.*

96. (3) The authority representing a people engaged against a High Contracting Party in an armed conflict of the type referred to in Article 1, paragraph 4, may undertake to apply the Conventions and this Protocol in relation to that conflict by means of a unilateral declaration addressed to the depository. Such declaration shall, upon its receipt by the depository, have in relation to that conflict the following effects:

(a) the Conventions and this Protocol are brought into force for the said authority as a Party to the conflict with immediate effect;

(b) the said authority assumes the same rights and obligations as those which have been assumed by a High contracting Party to the Conventions and this Protocol; and

(c) the Conventions and this Protocol are equally binding upon all Parties to the conflict.

Despite what the wording of article 96(3) might suggest at first glance, Protocol I and the Geneva Conventions apply to wars of national liberation only if the authority representing the people waging it makes the prescribed declaration to the depository (the Government of Switzerland).⁶⁵ To the extent that only a truly representative authority may exert enough influence upon an armed force so as to comply with the terms of article 43(1), one comes to the conclusion that peoples seeking self-determination through the use of force must be duly represented by an organised and influential authority able to comply with the conditions set out in both Protocol I and the Geneva Conventions.⁶⁶

However some problems have arisen in the past regarding the right of the depository to refuse declarations made by authorities that either are not formally recognised by any important group of states, or whose legitimacy is challenged by contesting liberation groups.⁶⁷ Therefore one has to keep in mind that the benefits conferred to national liberation armies by Protocol I might be more limited than is suggested by its wording.

65. SCHINDLER, *supra*, note 47 at 140. See also: Y. DINSTEIN, "The New Geneva Protocols: A Step Forward or Backward?", (1979) 33 *Yearbook of World Affairs* 265 at 268. *Contra*: GREENWOOD, *supra*, note 37, at 195. He nevertheless seems to recognise the need for the people to be duly represented.

66. SCHINDLER, *ibid.* at 140-144.

67. *Ibid.*

B. *Recognitions of belligerency*

Under traditional international law, the laws of war could apply in their entirety to internal armed conflicts if the insurgents were recognised as belligerents, either by their opponents or third states. Recognition of belligerency was, however, possible only if, as Professor Schindler notes:

(1) the insurgents had occupied a certain part of the State territory; (2) established a government which exercised the rights inherent in sovereignty on that part of territory; and (3) if they conducted the hostilities by organised troops kept under military discipline and complying with the laws and customs of war. Thus, insurgents could only be recognised if the hostilities had assumed the attributes of war.⁶⁸

Since it is of little practical interest in the context of conflicts such as Oka opposing Aborigines to official authorities, there is no need to discuss further the law regarding recognition of belligerency as a method for fully applying international humanitarian law to internal conflicts.⁶⁹

2. *Limited application of humanitarian law*

Apart from wars of national liberation and civil wars where rebels have been granted the status of belligerents, internal armed conflicts, as a rule, are not covered by the entire corpus of humanitarian law.⁷⁰ As mentioned above, the level of protection granted by international law to insurgents and civilians in such conflicts is minimal and amounts to mere judicial guarantees and protection against inhumane treatment. Therefore, rebels caught by opposing governmental forces have no entitlement to be treated as prisoners of war and may, as a result, be held liable for their violations of local criminal laws. At this stage, international humanitarian law only requires that state authorities not proceed

68. *Ibid.* at 145. He mentions as examples the Spanish and the Nigeria-Biafra civil wars where the insurgents were granted belligerent status as a result of such recognition.

69. It is clear, however, that if an armed conflict between Amerindians and the Canadian authorities were to reach the size of a full scale war, such a recognition could then be made and result in a full application of humanitarian law. However it is not our purpose to discuss such an hypothesis at this stage.

70. Except if parties to the armed conflict voluntarily accept to apply *inter se* the norms of humanitarian law as they apply to international armed conflict. That is provided for by Common Article 3(3) of the Geneva Conventions which, in May 1992, served as a basis for an agreement between the different factions involved in the Civil war in Bosnia-Herzegovina.

with summary trials, and not submit both accused persons and individuals found guilty of offences to cruel and unusual punishment.⁷¹ In that respect, humanitarian law to a large extent merely parallels international human rights law, especially the *International Covenant on Civil and Political Rights*.

Although such rules thus present no apparent practical interest for Aboriginals who might be involved in an armed uprising against police and military forces insofar as they grant them no immunity against the application of Canadian criminal law, “to acknowledge that rebels are entitled to invoke international rules implies that they are outside both the physical and legal control of the national authorities”.⁷² Therefore, to claim that the laws of war governing internal conflicts apply – albeit insignificantly for all practical purposes – to situations similar to the Oka-Kanesatake crisis is not without relevance inasmuch as it could have a certain symbolic significance. Due to these considerations, we will now address the conditions that must be met in order for these norms to apply to an internal armed conflict.

With respect to Protocol II, a high threshold of intensity is prescribed for its provisions to find application in a conflict of a local nature. Article 1 states that the insurgents must be “organised armed groups [which] under responsible command, exercise such control over a part of the territory of the State as to enable them to carry out sustained and concerted military operations and to implement the Protocol”. This provision then goes on to exclude “situations of internal disturbances and tensions such as riots, isolated and sporadic acts of violence and other acts of a similar nature”. According to Professor Cassesse, article 1 has the effect of restricting the scope of application of Protocol II to internal armed conflicts presenting a level of intensity tantamount to that encountered in the Spanish and Nigerian civil wars.⁷³

As for Common Article 3 of the Geneva Conventions, it covers armed conflicts short of those encompassed by Protocol II. Mere acts of spontaneous and isolated violence are nevertheless excluded.⁷⁴

*
* *

71. Protocol II, articles 4 and 6.

72. CASSESSE, *supra*, note 46 at 417.

73. *Ibid.* at 418.

74. ROBERTS and GUELFF, *supra*, note 16 at 13.

Humanitarian law and, in particular, the immunity granted to belligerents by prisoner of war status, applies, as a rule, solely to interstate conflicts. However, certain types of internal wars will call for its full implementation, namely wars of national liberation covered by article 1(4) of Protocol I and civil wars where insurgents have been recognised as belligerents.

Non-international armed conflicts not covered by those exceptions are nevertheless governed by some rules of humanitarian law. The application of such rules does not extend to granting prisoner of war status, whereby captured insurgents would fall beyond the scope of domestic criminal law. Consequently, if captured by the governmental forces, insurgents are liable to prosecution, conviction and sentencing in conformity with the national laws applicable to common criminals.

Having examined the general rules governing the application of international humanitarian law, we will attempt to apply them to the concrete facts of the Oka Crisis in order to assess whether they might be of any relevance to Aboriginal insurgents, particularly in protecting them from the application of Canadian criminal law.

PART II THE STATUS IN INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW OF ABORIGINAL ARMED STAND-OFFS OF THE SCALE OF THE 1990 OKA-KANESATAKE CRISIS

I. Summary of the events

The 1990 Oka-Kanesatake crisis⁷⁵ erupted in the context of a land claim that has been asserted for many centuries by the predominantly-Mohawk community⁷⁶ over an area of land that was formally comprised within the Seigneurie of the Lake of Two Mountains. Prior to considering the circumstances immediately leading to the uprising, it is worth reviewing, albeit only briefly, the historical origins of the land dispute which has opposed the Aboriginals to the non-Aboriginal community since the early 19th century.

75. An initial armed uprising occurred in Oka in 1877. See: *Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples*, Vol. 1 (*Looking Forward, Looking Back*) (Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1996) at 214.

76. The Oka-Kanesatake Aboriginal community also comprises Algonkins and Nipissings: A. ÉMOND, "Existe-t-il un titre indien originaire dans les territoires cédés par la France en 1763?", (1995) 41 *McGill L.J.* 59 at footnote 84. Despite this non-Mohawk presence, the Oka-Kanesatake Aboriginal community as a whole will hereinafter be referred to as the "Mohawks" unless otherwise indicated.

1. *Historical overview of the land claim*⁷⁷

Under the New France regime, the land now the object of the native claim in the Oka-Kanesatake area (about 400 square kilometres) formed part of the seigneurie of the Lake of Two Mountains. In the early 18th century the land in question was granted by the King of France to the ecclesiastics of the Seminary of St. Sulpice of Paris [hereinafter the "Sulpicians"] "in full property under the title of fief and seigniory" in consideration of the "advantage [to] the Indian Mission ... but also to the colony, as by this means it would be protected from the incursions of the Iroquois, in time of war".⁷⁸

The exact nature and scope of the grants has, ever since, been the object of dispute between the Mohawks living in the area and the non-Aboriginal community. While the former community has always asserted that the lands so granted to the Sulpicians were to be held in trust for their sole benefit, the latter has persistently maintained the contrary. Therefore, when the Sulpicians began selling some parcels of land to non-Aboriginals, the Mohawks opposed such transactions and to that end resorted to legal proceedings. However, the Judicial Committee of the Privy Council, when seized of the issue, denied any proprietary interest to the Mohawks on the ground that the Sulpicians were granted the lands "with a full proprietary title, [albeit] on the condition that they should alter the situation of a certain mission they had founded among the Indians in the neighbourhood, and build a church and a fort for the security of the latter".⁷⁹

Despite that ruling, an *obiter dictum* encouraged the Mohawk community to pursue its claim although on a different level.⁸⁰ They henceforth appealed to the federal government who

77. For a more comprehensive historical overview, see: *Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples*, *supra*, note 75 at 213-214. See also *R. v. Cross*, [1992] R.J.Q. 1001 (Que. S.C.).

78. R.H. BARTLETT, "Indian Reserves in Quebec" in *Studies in Aboriginal Rights No. 8* (Saskatoon: University of Saskatchewan Native Law Centre, 1984) at 6. The Seminary of St. Sulpice of Paris subsequently granted these lands to the Seminary of St. Sulpice of Montreal in 1784.

79. See: *Corinthe v. Ecclesiastics of the Seminary of St-Sulpice of Montreal*, [1912] A.C. 872 at 877. The Lords of the Judicial Committee of the Privy Council concluded that an Act adopted in 1841 by the Legislature of Lower Canada resulted in the extinguishment of any Aboriginal rights to the land, if any, and conferred absolute title on the Sulpicians (at 878).

80. Despite their denial of any title interest in the lands to the Mohawks' benefit, the Lords nevertheless stated in obiter that "[t]hey desire, however, to guard themselves against being supposed to express an opinion that there are no

began, in 1945, purchasing parcels of land directly from the Sulpicians for the benefit of the Indians who were then granted licenses to use and occupy such lands. Some parcels of lands were nevertheless sold to the municipality of Oka for the purpose of creating a park reserved for the Aboriginal collectivity. However, in spite of the previous arrangements between the federal government and the municipality of Oka, the latter authorised the construction in 1958 – albeit not without opposition on the part of the Mohawks – of a 9-hole golf course on a portion of the park.

It must be emphasised at this stage that, although it is organised as a band in accordance with the *Indian Act*,⁸¹ the Aboriginal community in Oka-Kanesatake does not formally live on a reserve.⁸²

Created by the federal government in 1974, as a result of the recognition in the *Calder* decision of the existence of Aboriginal title in Canada,⁸³ the Office of Native Claims (now the Indian Claims Commission)⁸⁴ was seized in 1975 and 1977 with the Mohawks' claim to title over the land in the Oka-Kanesatake region.⁸⁵ However, the claim was dismissed in 1986 on the ground that it did not meet the criteria enunciated by the federal government.

means of securing for the Indians in the seigniori benefits which s. 2 of the Act [of 1841] shews they were intended to have. If this were a case which the practice of the English Courts governed, their Lordships might not improbably think that there was a charitable trust which the Attorney-General, as representing the public, could enforce, if not in terms, at all events by means of a scheme, or, if necessary, by invoking the assistance of the Legislature. Whether an analogous procedure exists in Quebec, and whether in that sense the matter is one for the Government of the Dominion or of that of the Province, are questions which have not been, and could not have been, discussed in proceedings such as the present. All their Lordships intend to decide is that, in the action in which the present appeal arises, the plaintiffs' claim was based on a supposed individual title which their Lordships hold not to exist": *Corinthe, ibid.* at 878-879.

81. *Indian Act*, R.S.C. (1985), c. I-5.

82. Although some documents submitted as evidence in the course of the coroner's inquiry on the death of corporal Marcel Lemay seem to be unclear on this matter (Annexes to the Report). This clearly shows the level of confusion surrounding the title to the land in the Oka-Kanesatake area.

83. *Calder v. A.G. British Columbia*, *supra*, note 3 at 328.

84. For more on the Indian Claims Commission, see: HENDERSON and GROUND, *supra*, note 7 at 214.

85. The Algonkins submitted a title claim to the land in the Oka-Kanesatake area in August 1990.

2. *Evolution of the crisis*⁸⁶

On May 16, 1988, the Oka municipal Council authorised the enlargement of the existing golf course and proceeded for that purpose with the acquisition of parcels of land surrounding what remained of the municipal park. In so doing it ignored the Mohawks' formal objection as well as the support the Kaneshatake Band had previously received from the Assembly of First Nations.⁸⁷ As a result, sporadic acts of civil disturbance and disobedience followed and led to an agreement by which the city officials would suspend their project while negotiations with the Mohawks, the federal government and the municipality would take place.⁸⁸ That moratorium was, nevertheless, unilaterally ended by the Oka City Council in March 1990, at which time a group of Kaneshatake Mohawks decided to occupy the municipal park [hereinafter the "pinewood"] in order to resist any attempt by city officials to go forward with the golf course project.⁸⁹ That event marked the beginning of the crisis.

Initially peaceful, to the extent that the rule within the pinewood was that "no drugs, no alcohol, no violence, no firearms" were to be tolerated,⁹⁰ the demonstration gradually grew into a quasi-military uprising. Indeed, in spite of the Mohawks' original intentions, weapons came to be surreptitiously introduced within the pinewood as well as on the barricade blocking the access road to the park. The situation became even more tense with the arrival among the Kaneshatake demonstrators of outsiders as well as members of the Kahnawake and Akwesasne Warrior Societies around April 1990.⁹¹ Concurrently with their taking up of arms, the mentality of the demonstrators evolved and while excluded at first, the possibility of the use of armed force to resist any attempt

86. In view of the complexity and the controversy surrounding the events that took place from the inception of the Native occupation of the Oka municipal park until the dismantlement of the stand-off site on September 3rd, 1990, we prefer to only recount the main lines of the factual overview of the crisis, and rely in so doing on the Gilbert Report, *supra*, note 11.

87. *Ibid.* at 82 ff.

88. *Ibid.* at 83.

89. The Mohawks demonstrators essentially demanded that the municipality of Oka agree to an indeterminate moratorium regarding its golf course project: *ibid.* at 109.

90. *Ibid.* at 89.

91. *Ibid.* at 124 ff. The report states that many outsiders figured among the Kaneshatake demonstrators: at 169-170.

by the police forces to dislodge them became largely, although not unanimously, accepted in the pinewood.⁹²

On June 29, 1990, Justice Bergeron of the Quebec Superior Court issued an injunction ordering the removal of the barricade. Although the injunction was not obeyed, negotiations between the parties did ensue. However, in view of the growing tensions opposing the Aboriginal demonstrators not only to the Municipality but also to a local “vigilante” group (the “Regroupement des citoyens d’Oka”⁹³) a confrontation became inevitable. Hence, the Mayor of Oka came to request the assistance of the provincial police forces (the “Sûreté du Québec”) to dismantle the barricade and the occupation site. Upon the third such request the Quebec police forces finally attempted to dislodge the occupiers on July 11, 1990, the date on which the order was given to the Sûreté du Québec to enter into the pinewood and expel the demonstrators. That assault would ultimately result in the death of a police officer, corporal Marcel Lemay.

The following 55 days would oppose the “insurgents” first to the Sûreté du Québec, and later, following the request made to that effect by the Quebec government, to the Canadian armed forces.

Concurrently with the stand-off in Oka, another crisis erupted, this time directly south of the Island of Montreal in Kahnawake. Out of solidarity with their Kanesatake brethren, the Kahnawake members of the Warrior Society erected, on July 11, a barricade on the Mercier bridge which effectively cut off one of the South shore’s main access routes to the Island of Montreal. As in Oka-Kanesatake, both the Sûreté du Québec and the Canadian Armed Forces were called into action. To the extent that the second blockade directly affected the daily lives of many citizens who were prevented from reaching Montreal, the Kahnawake stand-off revealed a greater degree of seriousness, as illustrated by the riots and acts of civil disturbance that ensued in the neighbouring municipality of Chateauguay. Eventually, after 11 weeks of armed tension, both stand-offs were brought to peaceful conclusions.

As the events at Oka-Kanesatake served as the main catalyst for the Kahnawake stand-off, the present study will focus solely on the events surrounding the first crisis although, when required, we will take into consideration some of the elements that characterised the subsequent stand-off.

92. *Ibid.* at 128.

93. *Ibid.* at 115 ff.

II. Appraisal of the impact of humanitarian law on the Oka-Kanesatake armed uprising

1. *Arguments in favour of the application of the humanitarian law regime applicable to international armed conflicts*

A. *The uprising as a war opposing two states*

As we have seen, humanitarian law applies wholly to armed conflicts opposing two or more states. If the Oka-Kanesatake uprising can be seen as an armed conflict opposing two states, the full set of rules governing international conflicts would automatically apply to the conflict. Since the Canadian armed forces were involved in the hostilities, clearly at least one of the parties to the conflict – Canada – constitutes a state under international law. Application of the full corpus of international humanitarian law under this perspective would depend on whether the Aboriginal insurgents can be considered to have been acting on behalf of a state under international law.

However, the suggestion that conflicts between established authorities and indigenous groups constitute inter-state conflicts does not find support in international law. Aboriginal groups, whatever their present status under international law, quite clearly do not constitute states.⁹⁴ Indeed, it would appear that such groups are not subjects of international law.⁹⁵ Although the failure to recognize indigenous peoples as states or even subjects of international law is clearly the unfortunate consequence of colonialist if not racist attitudes, it nevertheless reflects current international law on this point. It is evident, therefore, that the Oka-Kanesatake conflict may not be regarded as one opposing two states. If the full set of rules of international humanitarian law

94. *Cayuga Indians (Great Britain) v. United States* (1926), 6 R. Int'l Arb. Awards 173 at 176 and 179; "Island of Palmas Case": *Netherlands v. United States* (1928), 2 R. Int'l Arb. Awards 829 at 858; see also A. LAWREY, "Contemporary Efforts to Guarantee Indigenous Right Under International Law", (1990) 23 *Vand. J. of Transnat'l L.* 703 at 714.

95. LAWREY, *ibid.*, at 714 and 728-729; see also M.J. BRYANT, "Aboriginal Self-Determination: The Status of Canadian Aboriginal Peoples at International Law", (1992) 56 *Sask. L. Rev.* 267 at 287-288. However, there are some signs that, as international law progresses, indigenous groups may come to be recognized as subjects of international law, see: R.L. BARSH, "Indigenous Peoples in the 1990s: From Object to Subject of International Law", (1994) 7 *Harvard Human Rights Journal* 33.

are to be applied to this conflict, another mechanism providing for their application would have to be identified.

B. The uprising as a war of national liberation

Although not traditionally covered by the full set of humanitarian law norms, non-international conflicts where the insurgents resort to the use of armed force in the exercise of a right of self-determination recognised by the United Nations principles may, nevertheless, call for an integral application of the guarantees usually afforded only to belligerents involved in interstate conflicts. However, Protocol I sets out certain conditions that must be met if its provisions, as well as those of the Geneva Conventions, are to apply to such conflicts. Therefore, our task resides in evaluating whether the facts and circumstances of the Oka-Kanesatake crisis warrant the full application of humanitarian law so as to bring the insurgents under its protection and, more specifically, under the auspices of the Geneva Convention III.

We have previously seen that insofar as internal conflicts are concerned, Protocol I only applies to (i) armed conflicts (ii) of self-determination (iii) against either colonial domination, alien occupation, or racist regimes, (iv) that are waged by a people represented by an organised and influential authority disposing of organised armed forces. Let us now see whether the Oka-Kanesatake stand-off met these requirements.

i. Was Oka-Kanesatake an armed conflict?

As mentioned above, the commentators having expressed their views on the requirement that there be a conflict of a certain level of intensity are not unanimous. While some argue that no such condition is prescribed by article 1(4) of Protocol I, others disagree.

Assuming that such a condition does actually exist, one must then determine whether the events that took place during the summer of 1990 met the threshold formulated by the United Kingdom delegation when signing Protocol I namely that:

... in relation to Article 1, the term "armed conflict" of itself and in its context implies a certain level of intensity of military operations which must be present before the Conventions or the Protocol are to

apply to any given situation, and that this level of intensity cannot be less than required for the application of Protocol II, by virtue of Article 1 of that Protocol, to internal armed conflicts.⁹⁶

If one were to accept this test for appraising the level of intensity of a conflict, it would then become difficult to see how the Oka-Kanesatake crisis, even when considered in conjunction with the one in Kahnawake, might qualify as an armed conflict under article 1(4) of Protocol I. To pretend that the Mohawks within the pinewood were exercising “such control over a part of [their] territory as to enable them to carry out sustained and concerted military operations” is far-fetched. This could be done only by arguing that the pinewood by itself constituted a territory. Such a liberal interpretation of the term “territory” hardly qualifies as reasonable. Indeed, if it were to be accepted, any groups claiming an hypothetical right to self-determination could easily trigger the application of Protocol I simply by occupying, for example, a corn field, or a building block in an urban environment.

What would occur, however, if the test required by Protocol I is less stringent than the one proposed by the United Kingdom? Under such circumstances, it becomes more difficult to exclude the possibility that Oka-Kanesatake might have constituted an armed conflict under the meaning of article 1(4) of Protocol I. Indeed, even though some have seemed reluctant to even qualify the event as an “armed insurrection”,⁹⁷ there are commentators who have referred to it as an “armed resistance to civil authority, [as opposed to] an existing or apprehended classic “riot””⁹⁸ while others have gone as far as to wonder whether it amounted to a civil war.⁹⁹ As for Coroner Gilbert, he merely remarks in his report that in view of the Mohawks’ military armament and organisation, the

96. Extract taken from SCHINDLER, *supra*, note 47 at 139-140. As for Article 1 of Protocol II, it states that: “This Protocol ... shall apply to all armed conflicts which are not covered by Article 1 of [Protocol I] which take place in the territory of a High Contracting Party between its armed forces and dissident armed forces or other organised armed groups which, under responsible command, exercise such control over a part of its territory as to enable them to carry out sustained and concerted military operations and to implement this Protocol. This Protocol shall not apply to situations of internal disturbances and tensions, such as riots, isolated and sporadic acts of violence and other acts of a similar nature, as not being armed conflicts.”

97. HENDERSON and GROUND, *supra*, note 7 at 218; see also *Club de golf Oka Inc. v. Continentale Cie d'assurance du Canada*, [1996] R.J.Q. 993 (Que. S.C.).

98. J. De P. WRIGHT, “Armed Assistance to the Civil Power”, (1990) 24 *Law Society of Upper Canada Gazette* 302 at 305.

99. P. FOUCHER, “Book Review of *Official Languages of Canada*, by J.E. MAGNET”, (1995) *Ottawa L. Rev.* 407 at 409.

Sûreté du Québec was not in a position to succeed in its assault on July 11, 1990¹⁰⁰ without the assistance of other major police corps. Such a statement may thus be taken to imply that the Oka-Kanesatake was indeed more than an isolated act of violence.

In our view, it is difficult to exclude the application of Protocol I on the basis that the Oka-Kanesatake crisis did not constitute an “armed conflict” for the purposes of Article 1(4). The language used to establish the intensity threshold set out in Article 1 of Protocol II is simply not present in Protocol I. Insofar as a conflict meets the other requirements of Article 1(4) and those contained in Articles 43(1) and 96(3) of Protocol I, we would not impose a violence threshold any greater than that required for international armed conflicts under Common Article 2 of the Geneva Conventions. Consequently, any act of violence committed by the organized armed forces of a representative authority against the established power and in pursuance of a people’s right to self-determination should be sufficient for the purposes of qualifying a conflict as an “armed conflict” under Article 1(4). The additional requirements of Articles 1(4), 43(1) and 96(3) are, in our view, sufficient for ensuring that Protocol I is not applied to trifling and isolated acts of violence that do not warrant the attention of international law. In our opinion, such an approach is consistent with the text of Protocol 1 and does not unduly limit the types of conflicts covered by Protocol 1.

ii. In the exercise of a right of self-determination?

In his report, Coroner Gilbert notes a statement formally made during the uprising and attributed to the Six-Nations Iroquois Confederacy. The statement is as follow:

Because of the Canadian governments refusal to respect our culture, our government and our basic fundamental right to our territorial homelands, the Mohawks of the Six Nations Iroquois Confederacy have been forced to erect barricades to protect us from your illegal encroachments upon our land here in Kanehsatake. The *right to self-determination* and *self-defence* are fundamental under international law and yours. It is no less so for the Sovereign Iroquois Confederacy. We have and will continue to resist any attempt by all foreign police/paramilitary and civilian forces from invading our territory and interfering with our rights of ownership to our ancestral homelands.¹⁰¹

100. Gilbert Report, *supra*, note 11 at 388, 442-442.

101. *Ibid.* at 181. [Emphasis added].

The argument having been raised, we must determine whether it finds support under international law.

We have previously seen that most commentators seem to restrict the scope of article 1(4) so as to encompass solely those cases where peoples fight in pursuance of a right of self-determination as the latter has traditionally been understood at international law, namely “a right possessed by the people of a colony or other non-self-governing territory”. If so, it is highly doubtful that Aboriginals are entitled to rely on this provision when offering armed opposition to any North American governments.

However, some academics note that to the extent the international community may come, by its practice, to recognise a broader scope to the concept of “self-determination”, a more liberal interpretation of the ambit of article 1(4) may eventually be accepted.¹⁰² As Professor Greenwood remarks, however, such has not been the case yet.¹⁰³ Even if the concept of “self-determination” as it presently stands in international law does not encompass the claims of Aboriginal peoples,¹⁰⁴ there are arguments that may soon warrant its expansion in that direction:

Evidence exists today supporting the expansion of self-determination to truly encompass “peoples” and permitting the concept to embrace indigenous groups where they meet specified elements of established self-determination units. Thus, in addition to colonial, alien and racist regimes, self-determination status would also be granted to peoples subjected to fundamental mismanagement and discrimination.¹⁰⁵

If this position were eventually to become reflected in international law, not only peoples traditionally subjected to colonial domination, alien occupation or racist oppression would be entitled to qualify as “peoples” under article 1(4), but presumably also North American indigenous populations.¹⁰⁶

102. ABI-SAAB, *supra*, note 55 at 397-398.

103. GREENWOOD, *supra*, note 37 at 194-195.

104. BRYANT, *supra*, note 61 at 267. Bryant furthermore denounces the current trend which, as far as Aboriginal peoples are concerned, tends to confuse self-determination with concepts such as self-governance, sovereignty and recognition of Aboriginal rights which are grounded on social and equity policy: at 270-271.

105. *Ibid.* at 278. See also the author's conclusion at 295-296.

106. While they are not holders of a right to self-determination under article 1(4), in our view, Canada's various Aboriginal groups almost certainly constitute “peoples” as this term is otherwise used in international law. See B. BERG, “Introduction to Aboriginal Self-Government in International Law: An Overview”, (1992) 56 *Sask. L. Rev.* 375 at 380-81; and SANDOZ, SWINARSKI and ZIMMERMAN, *supra*, note 53, at 52-53.

Nonetheless, indigenous groups are not covered by the notion of “self-determination” as it presently stands in international law. However, the eventual expansion of this concept to include Aboriginal groups cannot be precluded. If this development takes place, the possibility of article 1(4)’s application to conflicts between Aboriginals and the established authorities would greatly increase.

- iii. Against either colonial domination, alien occupation or racist regime?

The enumeration found in article 1(4) has been said to be exhaustive by the vast majority of commentators. One must determine, therefore, whether Canada constitutes a colonial, occupying or racist power from the viewpoint of international law. Although this determination is admittedly a rather subjective exercise, on the basis of the interpretation given to these terms by the doctrinal authorities,¹⁰⁷ one must conclude that Canada is neither a colonial power, an alien occupier nor a racist state.

To begin with, it is doubtful that Canada is in the position of a colonial power towards the Aboriginals (although some may, from a moral viewpoint, argue to the contrary).¹⁰⁸ One has indeed to remember that the term “colonial domination” when enshrined in article 1(4) was intended to refer to the type of colonisation encountered in Africa whereby European powers merely exploited the resources of countries that were usually militarily conquered. Colonised peoples thus found themselves in the position of non-self governing populations under the sole control of a foreign metropolitan power. In contrast with this situation, Canadian Aboriginals, although in the position of a people that has been for a long time subjected to systemic racism, discrimination, and spoliation of its lands and resources, can hardly be said nowadays to be under the sole control of the various Canadian governments. They may now run for elections and be represented in the House of Commons as well as in each of the provincial legislative assemblies.¹⁰⁹ As such, they may exercise a certain power over the des-

107. See *supra*, notes 62-64 and accompanying text.

108. See: WRIGHT, *supra*, note 1 at 458-459.

109. In his appraisal of the argument that the United Kingdom is in the position of a colonial power towards the Northern Irish people, Greenwood relies mainly on their right to run for election in order to dismiss this line of reasoning: GREENWOOD, *supra*, note 37 at 198.

tiny of the country.¹¹⁰ Furthermore, the recent federal initiatives purporting to grant greater autonomy to Native peoples insofar as the management of their lands¹¹¹ and their self-governance¹¹² are concerned undermine the notion of Canada being still – if it ever was – a colonial power under international law.

The argument that Canada constitutes an alien occupier must also be dismissed. Indeed, assuming that Professor Greenwood is right when asserting that the concept of alien occupation as contemplated by the drafters in article 1(4) is the same as the one envisioned by Common Article 2 of the Geneva Conventions, then saying that the Canadian state constitutes an alien occupier would amount to saying that it is the result of an invasion prohibited under present-day international law. Such a conclusion is unsupportable. Wars of aggression and conquest only became prohibited under international law in the 20th century with the 1928 Kellogg-Briant Pact and, subsequently, the Charter of the United Nations.¹¹³ States can no longer resort to the use of force against each other except in the exercise of their right of “inherent self-defence” as enshrined in article 51 of the United Nations Charter.¹¹⁴ However, prior to such prohibition, every state was at liberty to go to war as it was then deemed inherent in sovereignty itself.¹¹⁵ To characterize Canada as an alien occupier would amount to giving retroactive application to the prohibition on the use of force in current international law. Such an interpretation would undoubtedly jeopardise the contemporary international legal and political order and be contrary to the main purpose of modern international law, the promotion of peace.

Although racism is certainly present in Canadian society, Canada’s socio-political regime can hardly be said to be racist in the sense of what the drafters of article 1(4) contemplated. As pre-

-
- 110. For instance, an Aboriginal member of the Manitoba legislative assembly largely contributed to the failure of the Meech Lake Agreement in 1990 on the basis that this proposed constitutional modification did not sufficiently take into account Aboriginal aspirations and claims.
 - 111. See, for example: *First Nations Land Management Act*, S.C. 1999, c. 24.
 - 112. See: *The Government of Canada’s Approach to Implementation of the Inherent Right and the Negotiation of Aboriginal Self-Government*, Federal policy guide.
 - 113. Not only is war of aggression and conquest forbidden at international law but it is also an international crime. For more on the criminality of war of aggression, see: DINSTEIN, *supra*, note 18 at 117-147.
 - 114. States may also resort to armed forces against third states if duly authorised by the United Nations Security Council: see Chapter VII of the *Charter of the United Nations*.
 - 115. DINSTEIN, *supra*, note 18 at 180.

viously noted, academics define the scope of that concept by reference to the former South African Apartheid regime. Both the constitutional protection of aboriginal and treaty rights enshrined by s. 35 of the *Constitution Act, 1982* and protection of the equality rights of Aboriginal Canadians guaranteed by s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*¹¹⁶ exclude the conclusion that Canada constitutes a racist power as South Africa was during the Apartheid era.

- iv. Waged by a people represented by an organised and influential authority disposing of organised armed forces?

Were the insurgents representative of a people entitled to self-determination?

Irrespective of the difficulties arising from the application of the previously discussed requirements to the Oka-Kanesatake conflict, the present condition alone suffices to permit us to dismiss any claim that the Aboriginal insurgents might have been entitled to the benefit of prisoner of war status under international humanitarian law. Indeed, a review of the relevant facts clearly shows, if not an insufficient degree of organisation, at least an insufficient level of representativeness on the part of the insurgents. Although they claimed to be acting on behalf of their people when they were resisting the police and military authorities, the insurgents within the pinewood could have hardly qualified as actual representatives of the Mohawk people.

As Coroner Gilbert observed on the basis of the evidence presented to him, the individuals within the pinewood and subsequently on the barricade initially belonged to two main groups, namely the Kanesatake Band Council and the Kanesatake Longhouse. Disagreement between these groups soon became inevitable as the federal government only acknowledged the authority of the Band Council at the negotiation table.¹¹⁷ Meanwhile the Longhouse traditionalists recognized no other authority than that of the Iroquois Confederacy of the Six Nations. Therefore, in reaction to the Kanesatake Band Council's attitude towards the governmental authorities which they judged too moderate, the traditionalists soon called upon the Kahnawake Warrior Society

116. *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Part I of the *Constitution Act, 1982*, being Schedule B of the *Canada Act 1982* (UK), 1982, c. 11.

117. Gilbert Report, *supra*, note 11 at 158-159.

to assist them. Curiously, in so doing they were running afoul of their allegiance to the Iroquois Confederacy¹¹⁸ which did not recognise nor support the Warriors' extremist position toward the promotion of the Mohawk cause.

When an injunction was later issued against the Band Council and its Chief George Martin on June 29, 1990, Chief Martin called upon all of those who supported him to withdraw from the site of the occupation, and to not oppose to the dismantlement of the barricade by the police forces.¹¹⁹ The moderate traditionalists as well as the Longhouse Chief Samson Gabriel soon joined him and left the contested area in early July. Their departure, especially that of their chief, meant that from then on the Longhouse distanced itself from those who decided to stay, stand and fight.¹²⁰ Subsequently, those remaining in the pinewood and defending the barricade were mainly Warriors from Kahnawake, although some did also come from Akwesasne and Kanesatake.

By distancing themselves from the Band Council, the Longhouse as well as the Iroquois Confederacy, the insurgents were acting in contravention of the Great Law of Peace which dictates that consensus is the norm insofar as the decision-making process is concerned within the Iroquois nations.¹²¹

Although international law, and more specifically article 96(3) of Protocol I, does not prescribe any precise criteria allowing to appraise whether a group actually represents a people entitled to self-determination,¹²² it is difficult, on the sole basis of the

118. *Ibid.* at 124 ff.

119. *Ibid.* at 165-169.

120. *Ibid.* at 174.

121. As Coroner Gilbert states in his report: "*Ces occupants qui se disent traditionalistes, ne manquent pas ainsi de déroger à la Grande Loi de la Paix. On sait que l'un des principes que la Grande Loi vet que [sic] les décisions ne soient prises autrement que par la voie du consensus (be of one mind). En éloignant les traditionalistes qui s'opposaient au recours aux armes, on pouvait peut-être créer une situation qui allait permettre des décisions facilement unanimes. Ainsi s'explique qu'au cours de l'été 1990, ces occupants, se réclamant publiquement d'être des traditionalistes, ont dû se donner une nouvelle identification: "The Longhouse of the People of the Pines". Cette appellation se comprend en outre du fait que le Chef de la Grande Maison ainsi que d'autres traditionalistes ne reconnaissent pas la légitimité d'une "Société des Guerriers" distincte de la Confédération des Six Nations Iroquoises*": *ibid.* at 175. For more on the Great Law of Peace, see: A.C. PARKER, *The Constitution of the Five Nations or the Iroquois Book of the Great Law* (Oshweken, Irografi, 1984).

122. See: SCHINDLER, *supra*, note 47 at 140-144.

above facts, to see how the insurgents could have been representative of any of the following peoples potentially vested with a right to self-determination under international law, namely the whole of the North American or Canadian Aboriginals, the Iroquois Confederacy of the Six Nations, the Mohawk Nation, or simply the Kanesatake Aboriginal population. The Coroner's inquiry revealed that the insurgents within the pinewood as well as on the barricade refused to abide even by the decision-making rules of those they claimed to be representing. Furthermore, their actions ran afoul of the express will of the Band Council as well as the Longhouse which together represent a great majority of the Aboriginals living in Oka-Kanesatake, and whose sole interests were at the origin of the crisis.

In attempting to identify factors permitting to assess whether a group can be said to be duly representative of a people entitled to article 1(4) protection, Professor Greenwood observed:

What form might the evidence of a group's representative capacity take, other than the achievement of international recognition? Electoral success would, of course, be highly persuasive, but is also unlikely ever to be achieved in a case where Article 1(4) is genuinely applicable. Abi-Saab suggests that "the fact that a liberation movement can hold on and continue the struggle, even at a low level of intensity, in spite of the difficult conditions in which, and the uneven position from which, it has to operate" creates "a presumption of representativeness", since the movement could not maintain the struggle unless it enjoyed wide popular support. This suggestion goes too far. An underground movement may be able to carry on the conflict because it has terrorised the population, or because it has the support of a minority group within the population. Effectiveness may be one factor in assessing whether the group is genuinely representative but it creates no presumption.¹²³

In light of the scarcity of objective criteria permitting to distinguish genuine freedom fighters from mere criminals or terrorists, Professor Greenwood tends to believe that it is unlikely that any group might unanimously succeed in proving that it qualifies as the true representative of a people entitled to self-determination at international law.¹²⁴

Therefore, and even assuming that electoral success or international recognition might constitute elements determinative of the representative status of a group, the facts revealed by the

123. GREENWOOD, *supra*, note 37 at 196-197.

124. *Ibid.*

Coroner's inquiry about the Oka-Kanesatake crisis lead to the conclusion that the Mohawk insurgents were not representative of any people entitled at international law to exercise a right of self-determination as that right currently stands.

Were the insurgents organised in their conduct of hostilities?

It must also be recalled that article 43(3) of Protocol I requires that the relevant armed forces be under responsible command and "subject to an internal disciplinary system which, *inter alia*, shall enforce compliance with the rules of international law applicable in armed conflict". Did the Aboriginal insurgents meet this requirement? The Mohawk warriors testified before Coroner Gilbert that, as they traditionally know of no leader and no chain of command as far as war is involved – decisions being usually taken by consensus,¹²⁵ they were under no superior command during the uprising. Is that sufficient to ensure a full implementation of Protocol I in accordance with article 43? Such a question requires venturing into the *travaux préparatoires* that led to the drafting of that provision, a task that the limited scope of our paper prevents us from undertaking. Nevertheless, it is difficult to imagine how an armed group relying on consensus to engage in a military action in the exercise of the right of self-determination of a people might have enough control over its members to implement the various obligations resting upon combatants by humanitarian law and the laws of war. As the Coroner's Report shows, the consensual approach to decision-making rapidly proved politically unworkable within the pinewood at the very inception of the uprising. The question whether it would prove militarily workable therefore remains open.

Finally, did the insurgents abide by the norms governing the means and methods of warfare? Except for sporadic acts of violence directed at the civilian population, nothing leads us towards a conclusion that they did not.¹²⁶ Insurgents were generally distinguishable from governmental forces¹²⁷ and did not resort to

125. Gilbert Report, *supra*, note 11 at 342.

126. Note for example the events described in *R. v. Cross*, *supra*, note 77.

127. Besides the fact that they were wearing uniforms or distinctive marks, the insurgents, by the sole fact that they were all located within a clearly delimited area were to a large extent already easily identifiable. Nonetheless, many non-combatants namely journalists, lawyers, as well as other individuals not carrying weapons were present within the pinewood.

terrorism nor attack against non-military targets.¹²⁸ Thus, in view of the general insurgents' behaviour one could with difficulty argue that the basic rules of humanitarian law were infringed.

2. *Arguments in favour of the application of the humanitarian law regime applicable to non-international armed conflicts*

In view of the conclusion that Protocol I as well as the Geneva Conventions do not, in all likelihood, govern a conflict such as the 1990 Oka-Kanesatake crisis, one may now wonder whether the latter qualifies for an application of the international regimes of protection governing the conduct of internal armed conflicts not otherwise covered by humanitarian law. Although these regimes do not grant captured insurgents any status similar to that of prisoner of war, a conclusion in favour of their application – especially that of Protocol II – would undeniably carry with it a symbolic significance at the international level.

A. *The uprising as a war covered by Protocol II*

As previously mentioned, the regime of protection established in Protocol II only governs conflicts of a high level of intensity. The threshold set out in its article 1 prescribes that the insurgents, under responsible command, must exercise control over such part of the Party's territory so as to allow them to conduct concerted military action while complying with the terms of Protocol II. It furthermore expressly excludes from the latter's ambit "situations of internal disturbances and tensions, such as riots, isolated and sporadic acts of violence and other acts of a similar nature".

For the reasons that we have previously discussed when assessing whether the Protocol I requirement of the existence of an armed conflict was present in the Oka-Kanesatake crisis, it would seem unlikely that the crisis met the criterion set out in article 1(1) of Protocol II so as to trigger its application. To conclude that the Mohawk insurgents were controlling sufficient

128. Ironically, if humanitarian law (even as it applies solely to internal conflicts) was actually applicable to the Oka-Kanesatake crisis, governmental police forces, to the extent they used expanding bullets against the insurgents (see Coroner's Report, *supra*, note 11 at 61), violated international customary law as it applies to international, and possibly non-international armed conflicts (see, *The Prosecutor v. Tadic*, *supra*, note 22 at 67-68).

territory to launch concerted military offensives would be unreasonable if not ludicrous to the extent they were besieged within a confined area. But, on the other hand, the Oka-Kanesatake incident can with difficulty be considered a situation of internal disturbance such as a riot or a series of sporadic acts of violence. Nevertheless it still remains that according to most scholars, Protocol II can only apply to internal armed conflicts of such a scale as to amount to wars of an intensity similar to that encountered in the most important civil wars of the 20th century.¹²⁹

Moreover, the requirement that the belligerents be under responsible command under article 1(1) of Protocol II provides another ground for dismissing the argument that the Oka-Kanesatake might have been covered by Protocol II. As previously noted in this study, the Mohawk insurgents openly admitted that they knew of no commander nor chain of command within the pinewood at the time of the stand-off and that consensus was used in order to decide which actions were to be taken. Although it is possible to argue that this method of conducting warfare conforms with the requirements set out in both article 43(1) of Protocol I and article 1(1) of Protocol II, such an assertion cannot currently be taken for an unequivocal statement of what the latter convention actually requires. Given the relatively low level of intensity of the conflict and the lack of a responsible command, in our view, it is most unlikely that Protocol II applied to the Oka-Kanesatake conflict.

B. The uprising as an armed conflict covered by Common Article 3

As the Oka-Kanesatake conflict was more than a mere riot or isolated acts of violence in the sense contemplated by article 1(2) of Protocol II, Common Article 3 of the Geneva Conventions should clearly apply. However, such a conclusion, in light of the previous statement as to the limited scope of protection this provision grants to insurgents, leads to another question, namely that of its usefulness in the circumstances. In effect, Common Article 3 does not afford insurgents any more protection than that currently granted to common criminals by the Canadian criminal justice system. The symbolic impact the application of this provision may have is much more limited than that of Protocol II which has been interpreted as only applying to civil wars of a high level of intensity. Therefore, to conclude that Common Article 3 applied

129. See *supra*, note 73 and accompanying text.

to the Oka-Kanesatake conflict does not carry much weight in the context of the armed struggles that may occasionally oppose Aboriginal peoples to the Canadian law enforcement authorities.¹³⁰

CONCLUSION

There appears to be little doubt that Aboriginal peoples' claims will come to find more and more support in international law. For long largely ignored by the world community, North American indigenous peoples have been required to defend their rights solely on the domestic level. However, in the face of their greater visibility before various international *fora*, Aboriginal groups have gradually come to attract the world's attention to their causes. Therefore, from a mere local political struggle opposing Aboriginals to domestic governments, indigenous claims have nowadays acquired an undoubted degree of international recognition.¹³¹

It is with this background in mind that one must now consider how international law as well as the world community might impact on cases such as the Oka-Kanesatake crisis where law enforcement authorities are called upon to put to an end an Aboriginal armed uprising taking place in the context of a land claim. To the extent that Aboriginal peoples' claims to self-determination will probably come to be granted international recognition, one cannot simply exclude the possibility that the rules of international law governing the conduct of armed conflicts will come into play. This is what we have attempted to illustrate in this paper even though in so doing, we might have only revealed the tip of a legal iceberg.

If Aboriginals' claim to self-determination become formally acknowledged by international law, as was the case for the colonised peoples of Africa in the 1960s and 1970s, one cannot exclude the eventual application of the rules of humanitarian law gov-

130. It is worth mentioning that although, to our knowledge, Common Article 3 has not been invoked before the courts during the trials of those involved in the uprising, the fact that the conflict in which they were involved was to a certain extent political served as a mitigating factor at the sentencing stage. See *R. v. Cross*, *supra*, note 77 at 1008.

131. The United Nations as well as various other international regional organisations have recently adopted or have prepared draft resolutions and declarations recognising the rights of the Aboriginal peoples. See: G. OTIS and B. MELKEVIK, *Peuples autochtones et normes internationales* (Cowansville, Que.: Yvon Blais, 1996) at 123 ff.

erning the conduct of international armed conflicts. In such a case, and subject to compliance with the other conditions that Protocol I sets out for the internationalisation of civil wars of national liberation, Aboriginal armed conflicts could then potentially fall within the scope of humanitarian law as it applies to interstate conflicts. Hence indigenous rebels would fall beyond the scope of domestic criminal law and be entitled to the treatment reserved to the prisoners of war if captured by the governmental law enforcement authorities.

However, such a conclusion rests on postulates that were absent in the case of the Oka-Kanesatake crisis. Thus, even if Canada had ratified Protocol I prior to November 20, 1990, it would not have been bound to treat the Mohawk insurgents differently from other common criminals except to the extent Common Article 3 so requires. Our brief analysis has nevertheless shown that Canadian criminal law, especially in light of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, fully complies with – if not surpasses – the basics requirements set out in that provision. As for Protocol II, it is most unlikely that the facts of the Oka-Kanesatake crisis warrant its application. However, even if one were to arrive at another conclusion, the judicial guarantees recognised in the Canadian legal order also fully meet those enshrined in that international convention.

On July 7, 2000, Canada ratified the Rome Statute of the International Criminal Court.¹³² The Statute provides that the International Criminal Court has jurisdiction over war crimes.¹³³ The definition of war crimes contained in articles 8(2)(a) and (b) of the Statute includes grave breaches of the Geneva Conventions as well as other serious violations of the laws and customs applicable in international conflicts. In light of our previous analysis, it is unlikely that these provisions will apply to conflicts between Aboriginal groups and Canadian authorities once the Statute comes into force.¹³⁴ Nonetheless, with respect to non-international armed conflicts, articles 8(2)(c) and (e) of the Statute extend the definition of war crimes to cover breaches of Common Article 3 and certain serious violations of the laws and customs of war applicable in non-international armed conflicts. The intensity

132. *Rome Statute of the International Criminal Court*, U.N. Doc. A/CONF. 183/9 (1999) [hereinafter Rome Statute].

133. Rome Statute, art. 1 and 8.

134. Pursuant to article 126, the Rome Statute came into force on July 1, 2002.

thresholds provided by articles 8(2)(d) and (f) are not so high as to exclude the operation of these provisions to future conflicts between Aboriginal groups and the Canadian authorities.

In the face of this conclusion, one cannot categorically exclude the possibility that the Canadian law enforcement authorities might eventually be required to pay greater attention to the norms of international humanitarian law when called upon to deal with any future armed uprising reminiscent of the one Canadians experienced during the summer of 1990.

Le droit à un recours effectif lors de la violation des droits fondamentaux des mineurs privés de liberté

Lucie LEMONDE et Julie DESROSIERS

Résumé

Les enfants hébergés dans les centres de réadaptation du Québec doivent jouir, au même titre que les adultes maintenus en institution, de recours utiles en cas d'atteinte à leurs droits. Cette étude démontre que les recours prévus dans les législations spécifiques, soit la requête en lésion de droits devant le Tribunal de la jeunesse, la demande d'enquête à la Commission des droits, de même que le mécanisme de plaintes du réseau des services de santé et des services sociaux, ne sont pas toujours adéquats pour obtenir la cessation immédiate de l'atteinte ou une réparation juste. La requête en lésion de droits, par exemple, soulève de telles controverses jurisprudentielles quant au titulaire du recours et quant à l'étendue du pouvoir correctif du Tribunal de la jeunesse, que l'exercice même du recours est compromis. Dans cette optique, les auteures étudient la réponse du droit carcéral pour faire sanctionner le respect des principes de justice fondamentale, principalement l'ouverture au bref d'*habeas corpus*. Dans le monde carcéral adulte, la liberté résiduelle du détenu fait l'objet d'une protection législative détaillée et le droit de faire contrôler judiciairement toute privation additionnelle de liberté est bien établi. Certes, les principes de justice fondamentale s'articulent différemment selon les contextes, mais ils existent toujours, que ce soit dans le domaine carcéral, dans le domaine psychiatrique ou dans le domaine de la réadaptation juvénile.

Le droit à un recours effectif lors de la violation des droits fondamentaux des mineurs privés de liberté

Lucie LEMONDE* et Julie DESROSIERS**

Introduction

1. Le droit au recours.	209
1.1 En vertu du droit international	210
1.2 En vertu des chartes canadienne et québécoise. . .	211
1.3 En vertu des législations spécifiques à la jeunesse .	211
1.3.1 La <i>Loi sur les jeunes contrevenants</i>	212
1.3.2 La <i>Loi de la protection de la jeunesse</i>	213
1.3.3 La <i>Loi sur les services de santé et les services sociaux</i>	213
2. L'information sur les voies de recours	214
3. L'analyse des recours prévus dans la <i>Loi de la protection de la jeunesse</i>	215

* Lucie Lemonde, LL.D., professeure, Département des sciences juridiques, UQAM.

** Julie Desrosiers, LL.M., professeure, Faculté de droit, Université Laval.
Les auteures ont bénéficié d'une subvention du Fonds d'aide pour la formation et l'aide à la recherche (FCAR) pour ce projet sur les droits des jeunes en centre de réadaptation.

3.1	L'enquête de la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse	215
3.2	La requête en lésion de droits	218
3.2.1	Les droits lésés	219
3.2.2	Qui peut saisir le Tribunal	220
3.2.3	L'étendue du pouvoir correctif	223
3.2.3.1	Le Tribunal n'a pas le pouvoir de désigner le lieu d'hébergement	224
3.2.3.2	Le Tribunal a le pouvoir de désigner le lieu d'hébergement	225
3.2.3.3	Le Tribunal a le pouvoir de spécifier le type d'encadrement approprié	225
4.	La légalité des unités sécuritaires	228
5.	La révision judiciaire en droit carcéral	232
	Conclusion	237

Les enquêtes de la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse sur les conditions de vie des adolescents dans certains centres de réadaptation du Québec dévoilent des violations graves des droits fondamentaux de ceux-ci. Les enfants hébergés dans les centres doivent jouir, au même titre que les adultes, de recours utiles en cas d'atteinte à leurs droits. Or, les recours spécifiques prévus dans la *Loi sur la protection de la jeunesse*¹, soit la requête en lésion de droits et la demande d'enquête à la Commission des droits, ne sont pas toujours adéquats pour obtenir la cessation immédiate de l'atteinte et une réparation juste. Il existe de plus une jurisprudence controversée sur les titulaires du recours en lésion de droits et sur l'étendue du pouvoir correctif du Tribunal de la jeunesse. En attendant certaines clarifications législatives souhaitables, il est intéressant d'étudier la possibilité de se tourner vers le pouvoir de contrôle de la Cour supérieure pour faire sanctionner le respect des principes de justice fondamentale et des droits des mineurs privés de liberté.

Cette étude sur les recours s'inscrit dans le cadre d'une recherche plus large portant sur les droits des jeunes en centre de réadaptation et, plus particulièrement, sur les mesures additionnelles de privation de liberté dont ils font l'objet. La problématique globale de la recherche est élaborée autour des questions suivantes: les droits fondamentaux reconnus aux personnes privées de liberté et l'obligation de respecter les principes de justice fondamentale sont-ils reconnus et appliqués dans les centres de réadaptation pour jeunes? Jusqu'où peut-on priver un enfant de sa liberté au nom de son intérêt? Quel que soit le motif de leur placement, les jeunes hébergés à l'interne dans les centres de réadaptation sont privés de leur liberté et, à ce titre, devraient jouir des mêmes droits que les adultes maintenus en institution.

1. Le droit au recours

Le droit au recours est aussi important que les droits garantis dans les textes fondamentaux. Car un droit édicté n'a de valeur que si on peut le mettre en œuvre, l'exercer pleinement et en faire sanctionner la violation. En matière de droits de la personne, il doit toujours exister un recours lors de la violation des droits fondamentaux, soit pour obtenir la cessation de l'atteinte, soit pour

1. *Loi sur la protection de la jeunesse*, L.R.Q., c. P-34.1 (ci-après citée «LPJ»).

obtenir réparation. D'autres recours doivent aussi être accessibles pour toutes les personnes privées de liberté afin de faire vérifier la légalité de leur détention et obtenir leur libération le cas échéant.

1.1 *En vertu du droit international*

Tous les instruments internationaux des droits de la personne prévoient que le citoyen doit avoir droit à un recours effectif devant une instance nationale en cas de violation d'un droit garanti dans chacun de ces instruments. Ce droit n'a pas d'existence autonome, mais il impose une obligation positive aux États d'offrir à leurs ressortissants un recours effectif devant un organe indépendant.

Ainsi l'article 8 de la *Déclaration universelle des droits de l'Homme*² prévoit que: «Toute personne a droit à un recours effectif devant les juridictions nationales compétentes contre les actes violant les droits fondamentaux qui lui sont reconnus par la constitution ou par la loi». L'article 2, al. 3 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*³, ratifié par le Canada en 1976, énonce pour sa part que: «Les États parties au présent Pacte s'engagent à garantir que toute personne dont les droits et libertés reconnus dans le présent Pacte auront été violés disposera d'un recours utile alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles».

Des recours spécifiques doivent aussi exister pour les personnes privées de liberté. L'article 9.4 du *Pacte* édicte que: «Quiconque se trouve privé de sa liberté [...] a le droit d'introduire un recours devant un tribunal afin que celui-ci statue sans délai sur la légalité de sa détention et ordonne sa libération si sa détention est illégale».

Concernant plus spécifiquement les mineurs, la *Convention relative aux droits de l'enfant*⁴, ratifiée par le Canada en 1991, prévoit à l'article 25 que «l'enfant qui a été placé par les autorités compétentes pour recevoir des soins, une protection ou un traitement physique ou mental, a droit à un examen périodique dudit traitement et de toute autre circonstance relative à son place-

2. *Déclaration universelle des droits de l'Homme*, 1948, A.G., Res. 217 A III, Doc. N.U. A/810.

3. *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, (1976) 999 R.T.N.U. 171, [1976] R.T. Can. n° 47.

4. *Convention relative aux droits de l'enfant*, A.G. N.U. Doc. A/RE/44/25 (1989).

ment». Les enfants privés de liberté ont aussi le droit en vertu de cette convention «d'être traités avec humanité et avec le respect dû à la dignité de la personne humaine», de n'être détenus qu'en dernier ressort et pour une durée aussi brève que possible et le «droit de contester la légalité de leur privation de liberté devant un tribunal ou une autre autorité compétente, indépendante et impartiale, et à ce qu'une décision rapide soit prise en la matière»⁵.

Finalement, l'article 7 des *Règles des Nations unies pour la protection des mineurs privés de liberté*⁶ spécifie que les États doivent prévoir des recours efficaces en cas de violation des droits énoncés, y compris des indemnités lorsque des mauvais traitements sont infligés aux mineurs.

1.2 En vertu des chartes canadienne et québécoise

Ce grand principe du droit à un recours effectif a évidemment été incorporé dans la Charte canadienne⁷ à l'article 24(1) qui prévoit que: «Toute personne, victime de violation ou de négation des droits et libertés qui lui sont reconnus dans la présente charte, peut s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances.» Ce droit est aussi consacré dans la Charte québécoise⁸ dont l'article 49 prévoit que: «Une atteinte illicite à un droit ou à une liberté reconnu par la présente Charte confère à la victime le droit d'obtenir la cessation de cette atteinte et la réparation du préjudice moral ou matériel qui en résulte. En cas d'atteinte illicite et intentionnelle, le tribunal peut en outre condamner son auteur à des dommages exemplaires.»

De plus, le droit de faire vérifier la légalité de toute détention au moyen d'un bref d'*habeas corpus* est prévu aux articles 10c) de la Charte canadienne et 32 de la Charte québécoise.

1.3 En vertu des législations spécifiques à la jeunesse

Un enfant hébergé à l'interne dans un centre de réadaptation, que ce soit en vertu de la *Loi sur la protection de la jeunesse*,

5. *Ibid.*, art. 37.

6. *Règles des Nations unies pour la protection des mineurs privés de liberté*, A.G. rés. 45/133 (1990).

7. *Loi constitutionnelle de 1982*, Annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, (1982, R.-U., c. 11).

8. *Charte des droits et libertés de la personne*, L.Q. 1975, c. 6; L.R.Q., c. C-12.

de la *Loi sur les jeunes contrevenants*⁹ ou de la *Loi sur les services de santé et les services sociaux*¹⁰, est privé de sa liberté. Selon les Nations unies, «par privation de liberté, on entend toute forme de détention, d'emprisonnement ou le placement d'une personne dans un établissement public ou privé dont elle n'est pas autorisée à sortir à son gré, ordonnés par une autorité judiciaire, administrative ou autre»¹¹. Pour la Cour suprême du Canada, même la garde en milieu ouvert, si elle n'équivaut pas à une garde en prison, constitue une forme de privation de liberté¹². Puisqu'il est privé de liberté, le mineur a donc droit, au même titre que les adultes maintenus en institution, que ce soit la prison, l'hôpital psychiatrique, le centre de soins de longue durée, le centre de prévention de l'immigration ou autre, au respect de ses droits dont celui à un recours effectif soit pour faire vérifier la légalité de sa détention, soit pour obtenir cessation ou réparation de l'atteinte à ses droits fondamentaux.

Comment les législateurs canadien et québécois répondent-ils à ces exigences concernant le droit fondamental à un recours?

1.3.1 *La Loi sur les jeunes contrevenants*

En ce qui concerne les jeunes contrevenants, l'article 3e) de la LJC édicte que: «Les adolescents jouissent, à titre propre, de droits et libertés, au nombre desquels figurent ceux qui sont énoncés dans la Charte canadienne des droits et libertés, et notamment le droit de se faire entendre au cours du processus conduisant à des décisions qui les touchent et de prendre part à ce processus, ces droits et libertés étant assortis de garanties spéciales». Il est donc clair que les jeunes contrevenants jouissent du droit au recours devant un tribunal compétent en vertu de l'article 24(1) et du droit à l'*habeas corpus* devant la Cour supérieure en vertu de l'article 10c) de la Charte canadienne.

Ils peuvent aussi demander au Tribunal de la jeunesse un examen de la décision administrative de les transférer en garde fermée. En effet, lorsque le tribunal a ordonné un hébergement en garde ouverte et que le directeur décide de transférer l'adolescent en garde fermée tel que prévu à l'article 24.1(11) de la LJC, celui-ci

9. *Loi sur les jeunes contrevenants*, L.R.C. (1985), c. Y-1 (ci-après citée «LJC»).

10. *Loi sur les services de santé et les services sociaux*, L.R.Q., c. S-42 (ci-après citée «LSSSS»).

11. *Règles des Nations unies pour la protection des mineurs privés de liberté*, A.G. rés. 45/133 (1990), art. 11b).

12. *R. c. M. (J.J.)*, [1993] 2 R.C.S. 421, 430-431.

peut s'adresser au Tribunal de la jeunesse pour un examen de cette mesure en vertu de l'article 28.1 de cette même loi¹³.

1.3.2 *La Loi de la protection de la jeunesse*

Pour les jeunes en besoin de protection, il existe dans la LPJ deux forums spécifiques auxquels ils peuvent s'adresser. En effet, la loi prévoit que les jeunes en centre de réadaptation peuvent présenter une demande d'enquête à la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (ci-après la Commission) ou, sous certaines conditions que nous verrons plus loin, soumettre au Tribunal de la jeunesse une requête en lésion de droits.

1.3.3 *La Loi sur les services de santé et les services sociaux*

La LSSS met sur pied un mécanisme de plaintes des usagers à trois paliers. Il est prévu d'une part que tout établissement doit établir une procédure d'examen des plaintes (art. 29) et informer les usagers de cette procédure (art. 30). Les usagers des centres de réadaptation peuvent donc formuler des plaintes en vertu de cette Loi. La décision motivée doit être communiquée à l'utilisateur dans les 45 jours de la réception de la plainte (art. 35). Si l'utilisateur n'est pas d'accord avec les conclusions de l'établissement, il peut acheminer sa plainte à la Régie régionale (art. 42), laquelle doit communiquer sa décision motivée dans les 45 jours (art. 48). Enfin, toujours en cas de désaccord, l'utilisateur peut porter l'affaire devant le Commissaire aux plaintes en vertu de l'article 56.

Il ne s'agit pas là d'un recours judiciaire mais d'un mécanisme visant l'amélioration des services qui culmine par des recommandations au ministre et par des formulations d'avis au gouvernement. Selon la Commissaire aux plaintes, ce système est peu utilisé et présente plusieurs faiblesses. Elle écrit que: «Les plaintes sont examinées dans le plus grand secret et avec des garanties mitigées aux usagers de règles de justice naturelle comme celles de faire valoir leurs observations, d'être informés du cheminement de leur plainte et de recevoir des conclusions motivées»¹⁴.

13. Dans la nouvelle *Loi concernant le système de justice pénale pour les adolescents*, C-7, 2002, qui entrera en vigueur en avril 2003, le choix du lieu de garde ne relèvera plus du pouvoir judiciaire mais il sera confié au directeur provincial, soit au Québec, le directeur de la protection de la jeunesse. C'est également le directeur qui décidera des transferts d'un niveau de garde à l'autre.

14. Rosette CÔTÉ, «Le régime légal d'examen des plaintes», dans *Actes du colloque Isolement et contention. Pour s'en sortir et s'en défaire*, Montréal, Association des groupes d'intervention en défense des droits en santé mentale du Québec, 2000, 185-192, à la p. 192.

Avant d'analyser plus à fond certains de ces recours judiciaires ou administratifs, nous allons regarder comment les jeunes sont informés de l'existence de ces voies de recours ou de plaintes.

2. L'information sur les voies de recours

Dans un rapport de recherche sur les mesures disciplinaires en centre d'accueil et de réadaptation¹⁵, datant de 1992, deux conseillères de la Commission de protection des droits de la jeunesse ont vérifié dans quelle mesure les centres de réadaptation informaient les jeunes de leurs possibilités de recours. Il appert qu'à ce moment, uniquement trois centres sur trente le faisaient et ce, de façon inégale.

Un d'eux indiquait que le jeune pouvait être entendu par l'éducateur avant l'application de la mesure et qu'après il pouvait s'adresser au comité des bénéficiaires. Le deuxième faisait mention de la possibilité de s'adresser à la Commission si l'adolescent estimait qu'une mesure violait ses droits. Finalement, un troisième présentait une liste exhaustive des recours possibles: à l'interne, à la Régie régionale, à la Commission et au Tribunal. Cependant, pour chaque recours, les auteurs notent que les jeunes sont avisés des dangers qui y sont reliés, soit:

Le refus de regarder l'acte commis et de réfléchir, l'importance de la personne dérangée, les délais de plus en plus importants en fonction de la personne dérangée, les coûts sociaux reliés à l'utilisation des recours, l'inefficacité reconnue de certains recours et le risque d'instaurer un rapport de force entre le jeune et le personnel est susceptible de compromettre la relation.¹⁶

Donc, à cette époque, les jeunes n'étaient pour ainsi dire pas avisés de la possibilité de porter plainte ou, s'ils l'étaient, l'information était accompagnée de messages de dissuasion. Aujourd'hui, les choses se sont améliorées. Cependant, l'information donnée varie énormément d'un centre à l'autre et est parfois incomplète.

Selon les documents provenant des Centres jeunesse de quinze régions du Québec¹⁷, tous les centres transmettent aux

15. Commission de protection des droits de la jeunesse, *Rapport de recherche portant sur les mesures disciplinaires en centre d'accueil et de réadaptation ainsi que les mesures qui y sont souvent associées, notamment l'isolement, la contention et les conséquences reliées aux fugues*, mai 1992.

16. *Ibid.*, à la p. 52.

17. Il existe 18 régions dites sociosanitaires. Nous n'avons pas d'informations sur ce sujet de la région 05, soit les Centres jeunesse de l'Estrie, ni sur les régions 10 (Nord du Québec), 17 (Kuujuaq) et 18 (Terres-Cries-de-la-Baie James).

jeunes des informations concernant les plaintes et les voies de recours. Douze sur quinze font référence au système de plaintes en vertu de la LSSSS, c'est-à-dire au conseiller aux plaintes (neuf d'entre eux spécifient l'adresse et/ou le téléphone). Sept centres mentionnent également l'appel possible à la Régie régionale. Quatorze centres spécifient qu'il y a possibilité de se plaindre à la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (dont sept mentionnent l'adresse et/ou le téléphone). Finalement, uniquement cinq centres sur quinze font référence au recours à la Cour du Québec, chambre de la jeunesse.

Dans leur documentation écrite, tous les centres spécifient que si le jeune n'est pas d'accord avec une mesure prise, il doit tout d'abord en parler avec la personne concernée, l'éducateur, puis le chef d'unité, le directeur, le comité d'usager, etc. Quatre d'entre eux emploient la même phrase susceptible d'avoir une connotation dissuasive: «Comme tu vois, il existe plusieurs moyens de te faire entendre. Il est tout à fait normal de ta part de les utiliser si tu te sens justifié de le faire; cependant, nous croyons que plus tu seras habile à régler tes conflits par toi-même de façon responsable et avec la personne concernée, plus il te sera facile d'atteindre tes buts dans la vie»¹⁸.

Enfin, huit centres donnent une information assez complète concernant les droits qui doivent être respectés et éventuellement peuvent donner ouverture à un recours, soit le droit à l'information, le droit à des services adéquats, le choix du professionnel, le droit de participer aux décisions, le droit d'être entendu, le droit d'accès au dossier, le droit d'être assisté d'un avocat, le droit aux communications confidentielles, le droit de porter plainte¹⁹.

3. L'analyse des recours prévus dans la *Loi de la protection de la jeunesse*

3.1 *L'enquête de la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*

C'est à cette commission que le législateur québécois a confié le mandat général d'assurer la promotion et le respect des droits de l'enfant reconnus dans la Charte québécoise, la *Loi sur la pro-*

18. Bas-Saint-Laurent (01), Québec (03), Laurentides (15) et Montérégie (16).

19. Bas-Saint-Laurent (01), Montréal (06), Côte Nord (09), Gaspésie (11), Chaudière-Appalaches (12), Lanaudière (14), Laurentides (15) et Montérégie (16).

*tection de la jeunesse et la Loi sur les jeunes contrevenants*²⁰. En vertu de l'article 23b) de la LPJ, la Commission «enquête, sur demande ou de sa propre initiative, sur toute situation où elle a raison de croire que les droits d'un enfant ont été lésés par des personnes, des établissements ou des organismes, à moins que le tribunal n'en soit déjà saisi». Selon l'alinéa c), elle prend les moyens légaux nécessaires pour que soit corrigée la situation où les droits d'un enfant sont lésés. Un de ces moyens légaux consiste à saisir le Tribunal de la jeunesse, conformément à l'article 74.1 de la LPJ, de toute situation où elle a raison de croire que les droits d'un enfant ont été lésés par des personnes, des établissements ou des organismes.

Un jeune hébergé en centre de réadaptation en vertu de la LPJ ou en vertu de la LJC peut donc demander à la Commission de faire enquête sur sa situation. Cette demande d'enquête de nature administrative n'équivaut cependant pas à un recours devant un tribunal indépendant.

Premièrement, la Commission n'est pas un tribunal. Elle n'a aucun pouvoir décisionnel mais uniquement un pouvoir de recommandation. Si ses recommandations ne sont pas suivies dans le délai imparti, elle «peut» s'adresser à un tribunal judiciaire qui seul a compétence pour contraindre à l'exécution de mesures correctrices²¹. Comme le souligne un auteur: «La première constatation que l'on peut faire est la nature discrétionnaire du pouvoir de la Commission de saisir le tribunal si ses recommandations ne sont pas suivies»²².

Deuxièmement, le processus d'enquête prend du temps et n'offre pas de solution rapide. Si les enquêtes à la Commission ont permis, depuis quelques années, de dévoiler l'existence de situations inacceptables dans certains centres ou unités de vie et de violations importantes des droits des jeunes, si elles ont permis d'alerter l'opinion publique et celle des décideurs sur cette question, si elles ont permis de contribuer à trouver des solutions, il n'en demeure pas moins qu'il s'agit d'un processus assez long et souvent complexe.

20. *Charte des droits et libertés de la personne*, précitée, note 8, art. 57. Voir aussi LPJ, art. 23.

21. *Protection de la jeunesse* – 874, [1997] R.J.Q. 3124, 3137 (C.S.).

22. Claude BOIES, «La lésion de droits: recours et remèdes», *Développements récents en droit de la jeunesse*, Cowansville, 1998, Éditions Yvon Blais, 35-57, à la p. 47.

Dans le cadre d'une recherche en cours et dont les résultats seront diffusés éventuellement, nous avons analysé les dossiers d'enquête à la Commission, sur une période de 10 ans, soit 1990-1999, mettant en cause des mesures affectant le droit à la liberté et à la sécurité de la personne, soit l'isolement et le retrait, l'arrêt d'agir et la programmation spéciale, la contention et l'usage de la force, l'hébergement inapproprié, le transfert et la fouille. La Commission a conclu à l'existence d'une ou plusieurs lésions de droits dans 74 % des cas, à l'absence de lésion dans 15 % des dossiers alors qu'elle ne s'est pas prononcée dans 11 % des cas, soit parce que le jeune avait atteint l'âge de 18 ans, avait quitté le centre ou autre. Elle n'a saisi le Tribunal, conformément à l'article 74.1 de la Loi, dans aucun des 104 dossiers que nous avons étudiés.

En moyenne, il s'est écoulé 431 jours, soit 14,4 mois, entre le moment du dépôt de la plainte et celui de la fermeture du dossier. Si plus du tiers des dossiers se sont réglés en moins de 6 mois, 12 % ont pris entre 18 et 24 mois, et 17 % plus de deux ans. Ce ne sont pas les enquêtes ou le processus de décision qui prennent du temps. Ainsi, dans 66 % des dossiers, l'enquête a été effectuée et la décision a été prise dans un délai de 6 mois à compter du dépôt de la plainte. Il n'y a que 12 % des dossiers qui prennent plus d'un an avant qu'une décision ne soit rendue. Dans la plupart de ces cas, c'est l'attente d'un avis juridique demandé au contentieux qui prolonge le délai avant la prise de décision.

Ce sont plutôt les suivis des recommandations faites par la Commission qui retardent la fermeture du dossier. En effet, les dossiers qui ont duré plus d'un an avant leur fermeture ont fait l'objet d'un suivi serré. Dans une bonne partie des dossiers qui durent plus d'un an, le Centre ou une unité donnée a fait l'objet d'une enquête générale.

Ces délais ne concernent évidemment que les activités de la Commission ayant mené à l'ouverture d'un dossier d'enquête. Plusieurs plaintes portées à la connaissance de la Commission se règlent immédiatement et ne donnent pas lieu à l'ouverture formelle d'un dossier d'enquête. Il semble en effet que, très souvent, dans un contexte de conciliation et de médiation, la Commission réussit par une simple communication téléphonique à faire cesser rapidement un isolement abusif, par exemple. Mais, dans les cas où une enquête formelle a été ouverte, les délais existants nous permettent d'affirmer qu'une plainte à la Commission n'entraîne pas nécessairement la cessation immédiate de la violation des droits.

De plus, comme la Commission ne détient pas de pouvoir décisionnel mais un simple pouvoir de recommandation, elle peut exercer une influence et dénoncer publiquement des situations d'abus mais elle ne peut forcer les centres jeunesse à suivre ses recommandations et à corriger rapidement une situation de lésion de droits.

Pour ces motifs, soit le caractère non décisionnel de l'organisme, la nature discrétionnaire de son pouvoir de saisir le Tribunal et les délais, il apparaît clairement que la demande d'enquête à la Commission, même si elle joue un rôle essentiel, ne peut être assimilée à un «recours» pour violation des droits fondamentaux ou pour obtenir sa libération immédiate d'une forme illégale de privation de liberté. Cette conclusion est importante et déterminante. En effet, elle aura un impact direct sur l'ouverture aux recours extraordinaires devant les tribunaux de droit commun. Ceux-ci ne pourront invoquer cette possibilité d'enquête prévue dans la loi pour refuser d'émettre un bref d'*habeas corpus*, par exemple au motif qu'il n'y a pas eu épuisement des recours internes.

3.2 La requête en lésion de droits

L'article 91 LPJ prévoit que le Tribunal, s'il est venu à la conclusion que le développement d'un enfant est compromis, peut ordonner l'exécution de diverses mesures, dont celle de le confier «à un établissement qui exploite un centre de réadaptation ou à une famille d'accueil, choisi par l'établissement qui exploite un centre de protection de l'enfance et de la jeunesse» (paragraphe j)).

Le dernier alinéa de ce même article ajoute que: «Si le tribunal en vient à la conclusion que les droits d'un enfant en difficulté ont été lésés par des personnes, des établissements ou des organismes, il peut ordonner que soit corrigée la situation.»

Il s'agit cette fois d'un recours judiciaire pour faire reconnaître *a posteriori* que les droits d'un enfant «ont été lésés». Le pouvoir général de correction que confère ce dernier alinéa a parfois été comparé au pouvoir de surveillance des tribunaux supérieurs²³. Ainsi dans *Protection de la jeunesse – 401*, le Tribunal affirme que ce pouvoir s'apparente à un droit de surveillance et de contrôle dans l'intérêt de l'enfant. Chaque fois que le Tribunal

23. *Protection de la jeunesse – 214*, [1986] R.J.Q. 1799, 1803 (T.J.).

constate que les droits de l'enfant ont été lésés, il aurait le droit en vertu de cet article d'intervenir, même si personne ne soulève ce moyen²⁴.

Cependant, ce recours connaît plusieurs embûches et fait l'objet d'importantes controverses jurisprudentielles qui concernent tour à tour le pouvoir de saisine du Tribunal par des personnes ou organismes autres que la Commission, l'accès à ce recours pour les jeunes contrevenants, l'étendue du pouvoir correctif du Tribunal et la possibilité de désigner le centre adéquat. Comme l'écrit Jean-François Boulais dans *Loi de protection de la jeunesse, texte annoté*, après avoir étudié cette jurisprudence:

En définitive, le contrôle que le tribunal des mineurs est appelé à exercer sur l'intervention sociale sous l'angle du respect des droits de l'enfant en matière de protection de la jeunesse reste encore largement à clarifier.²⁵

Avant d'aborder chacune des controverses existantes, nous consacrerons un court développement à la signification des termes «lésion de droits».

3.2.1 Les droits lésés

Selon l'article 91, al. 3, le Tribunal peut intervenir chaque fois que les droits d'un enfant sont lésés. Il s'agit bien sûr des droits que lui confèrent les lois spécifiques comme la LPJ, la LJC ou la LSSSS dont plusieurs dispositions s'appliquent directement aux jeunes en centre de réadaptation: le droit à des services adéquats de santé, d'éducation et des services sociaux (art. 8 LPJ), le droit aux communications confidentielles (art. 9 LPJ), les garanties entourant les mesures disciplinaires (art. 10 LPJ), le droit à un hébergement approprié à ses besoins et au respect de ses droits (art. 11.1 LPJ), le droit de ne pas être placé en isolement sauf aux conditions très strictes de l'article 118.1 de la LSSSS. La violation de ces droits peut aussi entraîner la violation des droits constitutionnels ou quasi constitutionnels des jeunes, c'est-à-dire les droits garantis dans la Charte canadienne et la Charte québécoise²⁶. Ces textes consacrent entre autres le droit à la dignité, le

24. *Protection de la jeunesse* – 401, J.E. 89-869.

25. Jean-François BOULAIS, *Loi de protection de la jeunesse, texte annoté*, 4^e éd., Montréal, SOQUIJ, 1999, p. 91.

26. C'est aussi l'opinion de Claude BOIES, «La lésion de droits: recours et remèdes», précité, note 22; voir *Protection de la jeunesse* – 273, [1987] R.J.Q. 1923.

droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne, le droit d'être entendu, le droit de ne pas être soumis à des peines ou traitements cruels et inusités ainsi que le droit à des recours efficaces.

Une affaire récente illustre comment des violations de droits statutaires peuvent ainsi être intimement liées à la violation de droits fondamentaux. Dans *Protection de la jeunesse – 1195*²⁷, une jeune adolescente avait été placée treize jours en isolement après une période de désorganisation et une tentative de suicide. Elle avait déjà subi 27 périodes de retrait ainsi que d'autres mesures d'isolement et de contention. Selon le Tribunal, l'objectif recherché n'était pas uniquement éducatif mais bien disciplinaire et visait à réduire ses comportements agressifs et contrer ses fugues. Lors de la tentative de suicide, aucun médecin ne l'a vue et, même après qu'elle se soit calmée, on l'a maintenue en isolement «jusqu'à ce qu'elle s'attribue la responsabilité de la mesure à cause de ses comportements et qu'elle commence à exprimer ses sentiments». Il s'agit, dira la juge, d'une importante mesure privative de liberté.

La juge déplore l'incohérence des interventions et le fait qu'au lieu d'appliquer les directives en cas de tentative de suicide, on impose à la jeune fille de sérieuses mesures disciplinaires privatives de liberté et on les prolonge «jusqu'à épuisement et découragement de l'adolescente». Elle déclare que plusieurs droits de la *Loi sur la protection de la jeunesse* ont été lésés ainsi que les articles 7 et 9 de la Charte canadienne et 24 de la Charte québécoise, ce dernier prévoyant que: «Nul ne peut être privé de sa liberté ou de ses droits, sauf pour les motifs prévus par la loi et suivant la procédure prescrite.»

3.2.2 *Qui peut saisir le Tribunal*

Il est clair, en vertu des articles 25.3 et 74.1 de la LPJ que la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse peut saisir le Tribunal si elle est d'avis que les droits d'un enfant ont été lésés par une personne, un organisme ou un établissement. D'autre part, selon l'article 91, le Tribunal peut, lors d'une ordonnance en compromission, conclure à une lésion de droits et ordonner une mesure correctrice. En dehors de ces deux circonstances précises, un enfant, ses parents ou son procureur peuvent-ils directement saisir le Tribunal d'une requête en lésion de droits?

27. *Protection de la jeunesse – 1195*, C.Q. Abitibi, n° 615-000235-985, 2000-07-20, juge Denyse Leduc.

Selon M^e Claude Boies, alors de la Direction du contentieux de la Commission, la jurisprudence constante indique que «l'enfant et les parents ne peuvent saisir directement le Tribunal d'une situation où le seul objectif est de faire déclarer qu'il y a une lésion de droits»²⁸.

Jean-François Boulais écrit pour sa part que,

Malgré l'existence de précédents qui paraîtraient contraires, nous croyons avec respect que seule la Commission peut saisir directement le tribunal d'une demande visant à corriger une situation qui lèse un des droits reconnus à l'enfant par le chapitre II de la Loi.²⁹

Ce chapitre II est celui intitulé «Principes généraux et droits des enfants» et qui consacre les droits des jeunes en centre de réadaptation. M^e Boulais ajoute:

Il peut sembler surprenant que la Loi ne permette pas à un enfant de saisir lui-même et par un recours autonome la Cour du Québec pour obtenir le redressement d'une situation qui lèse les droits qui lui sont reconnus par le chapitre II de la Loi alors qu'il peut le faire dans le cas d'autres droits et devant d'autres instances. En limitant ainsi l'accès au tribunal, le législateur craignait peut-être une judiciarisation importante et a jugé nécessaire d'instaurer l'intervention préalable de la Commission.³⁰

Ce but de déjudiciarisation a été qualifié de louable dans quelques causes. Dans *Protection de la jeunesse – 531*, le juge affirme que cela est dans l'intérêt de l'enfant «car il se trouvera ainsi dans un contexte plus serein que celui austère et parfois intimidant des tribunaux»³¹.

Il existe toutefois de nombreux jugements à l'effet contraire. Dans *Protection de la jeunesse – 1153*³², c'est la Direction de la protection de la jeunesse qui s'opposait à la requête d'un enfant en disant que le cas aurait dû être référé à la Commission pour enquête. Le juge rejette cette prétention en disant que souvent, dans la jurisprudence, un juge s'est prononcé sur la question de

28. Claude BOIES, «La lésion de droits», précité, note 22; il cite à l'appui de cette affirmation des actions intentées par de jeunes contrevenants: *Protection de la jeunesse – 544*, J.E. 92-775 (C.Q.); *Protection de la jeunesse – 531*, J.E. 92-414 (C.Q.); *Protection de la jeunesse – 874*, [1997] R.J.Q. 3124.

29. Jean-François BOULAIS, *Loi de protection de la jeunesse, texte annoté*, précité, note 25, à la p. 406.

30. *Ibid.*, à la p. 408.

31. *Protection de la jeunesse – 531*, J.E. 92-414 (C.Q.).

32. [2000] R.J.Q. 2135 (C.Q.).

lésion sans que ce soit la Commission qui l'ait saisi. Il cite *Protection de la jeunesse* – 401³³, où le juge a affirmé que le Tribunal devait intervenir chaque fois qu'il constatait que les droits étaient lésés même si personne ne soulevait ce moyen et que rien n'empêchait une partie intéressée de se présenter devant le Tribunal et de réclamer que la situation soit corrigée. Il cite aussi une affaire où la requête avait été présentée par la mère de l'enfant. Le Tribunal l'avait permise en disant qu'après quelques hésitations jurisprudentielles il était maintenant clair que la cour pouvait, et devait, corriger toute situation préjudiciable à l'enfant³⁴.

Après la revue de cette jurisprudence, le juge conclut en disant:

À tous égards, les fins de la justice ne seraient pas servies ni les objectifs poursuivis par la *Loi sur la protection de la jeunesse* atteints, s'il fallait faire preuve de «procédurite» et exiger que la Commission fasse enquête sur une situation de lésion de droits et saisisse éventuellement le Tribunal avant que ne puissent être ordonnées des mesures de redressement [...]. Interpréter autrement les dispositions de la *Loi sur la protection de la jeunesse* équivaldrait à permettre que soient lésés encore davantage les droits de l'enfant.³⁵

Nous ne pouvons qu'être d'accord avec ces propos surtout lorsque nous nous rappelons les longs délais d'enquête à la Commission et le fait que celle-ci utilise très rarement son pouvoir de saisir le Tribunal. Un argument de texte peut être rajouté. L'article 23 de la LPJ dit que la Commission peut faire enquête dans un cas de lésion de droits, «à moins que le tribunal n'en soit déjà saisi». C'est donc dire que le Tribunal peut être saisi par d'autres acteurs que la Commission.

Pour les tenants de l'école voulant que seule la Commission puisse directement saisir le Tribunal d'une requête en lésion de droits, tels Claude Boies et Jean-François Boulais, cette contradiction apparente se résout de la façon suivante. Une partie pourrait soulever subsidiairement une question de lésion de droits lors d'une autre procédure, telle la demande en révision ou en prolongation d'ordonnance de compromission en vertu des articles 91 et 95 LPJ. De plus, il faut noter que l'article 74.2b) pourrait ouvrir grande la porte à une telle demande. Cet article prévoit en effet qu'un enfant ou ses parents peuvent saisir le Tribunal lorsqu'ils ne sont pas d'accord avec «la décision du directeur quant à l'orientation de l'enfant».

33. J.E.- 89-869.

34. *Protection de la jeunesse* – 825, [1996] R.J.Q. 2055, 2059 (C.Q.).

35. [2000] R.J.Q. 2135, 2140.

Quoi qu'il en soit, la controverse demeure. Cette controverse s'accroît quand il s'agit des jeunes contrevenants. Si l'on admet que les jeunes ne peuvent saisir directement le Tribunal en vertu de l'article 74.2, ce pouvoir n'appartenant qu'à la Commission, et, puisque les jeunes contrevenants ne sont jamais susceptibles de présenter une demande de révision d'ordonnance de compromission en vertu de l'article 91, ils n'auraient d'autres choix que de faire une demande d'enquête à la Commission qui seule pourra saisir le Tribunal. C'est l'avis de M^e Lise Gagnon³⁶ qui affirme que les jeunes contrevenants ne peuvent *que* porter plainte à la Commission, laquelle fera enquête et saisira éventuellement le Tribunal.

M^e Boies, pour sa part, conteste la prétention que les jeunes contrevenants n'auraient pas droit de saisine du Tribunal en vertu de 91, al. 3 puisqu'on y emploie le terme «enfant en difficulté» plutôt que «dont la sécurité ou le développement est compromis» de la phrase introductive de l'article 91³⁷. Pour Jean-François Boulais, l'emploi de l'expression «les droits de l'enfant en difficulté» signifie plutôt que cet alinéa s'applique aussi bien aux enfants qui font déjà l'objet des mesures prévues par la Loi qu'à ceux qui pourraient en faire l'objet mais dont la situation n'a pas été prise en charge³⁸.

En conclusion, il appert que toute cette question du pouvoir de saisine du Tribunal d'une requête en lésion de droits est fort controversée et incertaine. Une intervention du législateur, confirmant le droit au recours des jeunes dont les droits sont lésés, serait bienvenue pour mettre un terme à ce débat et répondre aux exigences constitutionnelles et internationales.

3.2.3 *L'étendue du pouvoir correctif*

La lésion de droits la plus souvent invoquée par les jeunes en centre de réadaptation concerne le lieu ou les conditions d'hébergement et la privation additionnelle de liberté qu'entraîne le placement dans des unités ou chambres plus sécuritaires, soit les mesures d'isolement, de retrait, d'arrêt d'agir, d'encadrement intensif, ou autre. Cela met en cause le droit à la liberté résiduelle

36. Lise GAGNON, *Les droits des jeunes à l'intérieur des centres de réadaptation*, Actes du colloque du Barreau du Québec sur les Développements récents en droit de la jeunesse, Montréal, 1999.

37. Claude BOIES, *La lésion de droits*, précité, note 22, à la p. 42.

38. Jean-François BOULAIS, *Loi de protection de la jeunesse, texte annoté*, précité, note 25, à la p. 405.

garantie dans nos chartes ainsi que le droit à un hébergement approprié à ses besoins et au respect de ses droits prévu à l'article 11.1 de la LPJ.

Or, il n'est pas clair du tout, ni dans la Loi, ni dans la jurisprudence ou la doctrine³⁹, que le Tribunal ait compétence pour désigner le lieu d'hébergement et le cadre de vie dans lequel doit être maintenu un adolescent. L'article 62 de la LPJ énonce en effet que, lorsque le Tribunal ordonne l'hébergement obligatoire d'un enfant, il charge le directeur de désigner l'établissement.

Sur cette question aussi les juges sont divisés. Certains se considèrent en droit de désigner l'unité qui devra accueillir le jeune en s'appuyant sur l'article 91, al. 2d) qui énonce que le juge peut «faire toute autre recommandation dans l'intérêt de l'enfant». D'autres, à l'inverse, refusent de le faire en arguant que le pouvoir de désignation d'un centre ou d'une unité est exclusivement réservé au Directeur de la protection de la jeunesse, lequel connaît mieux les ressources existantes. Désigner serait une fonction administrative plutôt que judiciaire. D'autres enfin adoptent une position mitoyenne. Si le Tribunal ne peut désigner nommément un centre, il peut toutefois préciser le degré sécuritaire requis ou exclure certaines unités jugées inappropriées aux besoins du jeune et au respect de ses droits. Nous expliquerons rapidement chacune de ces positions.

3.2.3.1 Le Tribunal n'a pas le pouvoir de désigner le lieu d'hébergement

Dans *Protection de la jeunesse – 42*⁴⁰, la Cour d'appel soutient que la loi est impérative et que, lorsque le Tribunal ordonne l'hébergement obligatoire d'un enfant, il charge le directeur de désigner un centre ou une famille d'accueil; les articles 91 et 62 de la loi, lus ensemble, empêchent le Tribunal de désigner lui-même le lieu précis d'hébergement. Dans *Protection de la jeunesse – 134*⁴¹, on a réaffirmé que le choix du centre ne relevait pas de la compétence et de la juridiction du Tribunal, mais bien du DPJ responsable, et que, si le Tribunal n'a aucune juridiction pour désigner le centre d'accueil, *a fortiori* n'en a-t-il pas pour désigner l'unité de traitement à l'intérieur d'un centre d'accueil. Cela a été

39. Il faut noter que la doctrine sur ce sujet est très mince et qu'il n'existe, à notre connaissance, que trois praticiens qui se soient penchés sur la question, soit M^e Jean-François Boulais, M^e Claude Boies et M^e Lise Gagnon.

40. [1981] C.A. 636, 637.

41. [1984] T.J. 2063, 2064-65.

confirmé quelques années plus tard dans l'affaire *Lamothe c. Ruffo*⁴². S'il ne peut ordonner l'hébergement dans un lieu précis, le Tribunal peut toutefois faire des recommandations.

3.2.3.2 Le Tribunal a le pouvoir de désigner le lieu d'hébergement

Dans *Protection de la jeunesse – 214*⁴³, madame la juge Rivest rappelle que, selon l'article 11.1, l'enfant a le droit d'être hébergé dans un lieu approprié à ses besoins et au respect de ses droits. En vertu de 91, le Tribunal peut constater que les droits de l'enfant ont été lésés et ordonner des mesures correctives. Selon la juge, cela autorise le Tribunal à spécifier le type d'encadrement qui répond aux besoins de l'enfant pour s'assurer que ses droits ne soient pas lésés. Dans *Protection de la jeunesse – 376*⁴⁴, le juge a ordonné un transfert vers un milieu moins sécuritaire étant donné que l'hébergement en milieu fermé causait préjudice à l'adolescent. Cette décision fut maintenue en appel⁴⁵. Le juge de la Cour supérieure est d'accord avec le fait que le Tribunal ne peut faire que des recommandations sur le lieu approprié. Mais il ajoute que, lors d'une requête en lésion de droits alléguant que le placement choisi par le DPJ ne convient pas aux besoins de l'enfant, le deuxième alinéa de l'article 91 autorise le Tribunal à désigner expressément le lieu où l'enfant doit être hébergé car c'est la seule façon de remédier à la situation.

3.2.3.3 Le Tribunal a le pouvoir de spécifier le type d'encadrement approprié

Dans une cause plus récente⁴⁶, le juge analyse cette jurisprudence et dit qu'il est compréhensible que le pouvoir de désignation revienne au DPJ qui connaît le mieux les ressources, les familles, les centres etc. Cependant, ce pouvoir de désignation du DPJ est limité car il doit respecter le droit fondamental à la liberté résiduelle tel que consacré dans les chartes et affirmé par la Cour suprême dans la trilogie de 1985 sur la réalité moderne de l'incarcération⁴⁷. En ce sens, le Tribunal n'est pas limité dans son

42. [1998] R.J.Q. 1815 (C.S.).

43. [1986] R.J.Q. 1799 (T.J.).

44. [1989] R.J.Q. 769.

45. [1992] R.J.Q. 1268.

46. *Protection de la jeunesse – 1156*, [2000] R.J.Q. 2452 (C.Q.).

47. *R. c. Miller*, [1985] 2 R.C.S. 613; *Cardinal c. Directeur de l'établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643; *Morin c. Comité national chargé des cas d'Unité spéciale de détention*, [1985] 2 R.C.S. 662.

ordonnance à dire que l'hébergement se fera dans le lieu désigné par le DPJ mais il peut spécifier le type d'encadrement nécessaire. Il conclut en disant que, sans désigner nommément le centre, le Tribunal «a juridiction pour spécifier le type de ressource nécessaire à l'enfant conformément à son intérêt, à ses besoins et au respect de ses droits»⁴⁸.

Pour le Tribunal, le DPJ ne peut, dans son pouvoir de désignation, modifier l'ordonnance du Tribunal en y substituant une peine plus sévère et ce, même en l'absence de règlement classant les unités. Il ne peut non plus déplacer un enfant à sa guise peut-être de façon arbitraire, ou à titre punitif, ou pour des raisons d'ordre administratif comme le roulement des places ou le manque de ressources⁴⁹. La liberté de l'enfant serait encore plus restreinte et ce, sans respect des principes de justice naturelle imposés par l'article 24 de la Charte québécoise, qui veut que nul ne soit privé de sa liberté sans avoir été entendu. Pour déplacer ainsi un jeune, il faut retourner devant le Tribunal pour que les parties aient l'opportunité de se faire entendre⁵⁰.

Le juge ne peut souscrire au courant jurisprudentiel voulant que l'application de l'article 11.1 ne serve qu'à contrôler la discrétion du DPJ dans sa désignation du milieu d'hébergement et qu'aucune demande ne puisse être présentée avant de constater que l'enfant n'est pas hébergé dans un lieu approprié à ses besoins et au respect de ses droits. On en ferait alors un contrôle *a posteriori* et on attendrait que l'enfant ait vécu une période plus ou moins longue dans un lieu inapproprié. S'il ne s'agissait que d'une recommandation du Tribunal, le DPJ aurait carte blanche puisqu'il n'est aucunement tenu légalement de suivre cette recommandation.

Dans une autre affaire⁵¹, on demandait au juge d'ordonner que le jeune demeure chez lui, mais soit soumis à des périodes d'arrêt d'agir dans un centre lorsque son comportement ne répondra pas aux attentes établies préalablement.

Parlant de l'arrêt d'agir, le juge dit:

La liberté de mouvement est un droit inviolable dans une société démocratique et toute mesure qui vise à la restreindre doit recevoir une interprétation restrictive. On ne peut parler de liberté lors-

48. *Protection de la jeunesse* – 1156, [2000] R.J.Q. 2452, 2458.

49. *Ibid.*, p. 2461.

50. *Ibid.*, p. 2462.

51. *Protection de la jeunesse* – 1157, J.E. 2000-1672.

qu'une épée de Damoclès nous pend au-dessus de la tête. Lorsque cette liberté dépend du pouvoir discrétionnaire d'un intervenant social. D'autant plus que l'appréciation d'une situation varie d'un intervenant à l'autre. Une mesure privative de liberté obéit et doit obéir à des règles strictes dans un cadre spécifique. Autrement, on nage dans l'arbitraire. [...] La période «arrêt d'agir» est une réponse des parents ou du directeur au comportement de l'adolescent jugé inacceptable. On le prive alors de sa liberté de mouvement pour une période déterminée. On se retrouve alors dans un cadre punitif, un cadre de discipline. Le Tribunal ne croit pas que le DPJ puisse demander le maintien d'un adolescent dans son milieu familial et en même temps, s'autoriser du consentement des parents et de l'adolescent pour discipliner ce dernier en utilisant les ressources de l'État. Si l'enfant est maintenu dans son milieu familial, le pouvoir de discipliner, de surveiller et d'assurer la garde revient exclusivement aux parents.

Le juge refuse de rendre cette ordonnance en disant que, selon la prétention mise de l'avant, le DPJ aurait entière discrétion pour gérer les mesures privatives de liberté et on «avance avec tambours et clairons le consentement des parties pour la légitimer». Que vaut, demande le juge, le consentement d'un adolescent à des mesures privatives de liberté futures, imprécises, imprévisibles et possiblement répétitives? Selon le juge, le consentement à des «périodes d'arrêt d'agir» donné par un adolescent dans le cadre d'une instance judiciaire ne peut être considéré comme un consentement libre et volontaire.

Une décision récente de la Cour d'appel mettra peut-être fin à cette controverse. Selon la Cour, la loi est claire: c'est le Tribunal qui décide de l'hébergement obligatoire d'un enfant et c'est la Direction de la protection de la jeunesse qui désigne le centre de réadaptation ou la famille d'accueil qui prendra charge de l'enfant⁵².

Nous évoquions plus tôt que la question la plus souvent soulevée par les adolescents concerne leur lieu d'hébergement et leur transfert dans des unités sécuritaires. Comme nous venons de le voir, il existe une controverse jurisprudentielle importante quant au recours en lésion du droit d'être maintenu dans le milieu le moins restrictif possible et sur le pouvoir du Tribunal de la jeunesse à cet égard. Nous nous attarderons donc à la légalité de ces unités sécuritaires et étudierons les réponses du droit carcéral en matière de décisions de transfèrement vers des établissements à sécurité plus élevée.

52. *M.V. c. Diane Gagnon*, D.P.J., C.A., n° 500-08-000138-000, 7 janvier 2002.

4. La légalité des unités sécuritaires

Tout comme c'est le cas pour les adultes, la réalité de l'enfermement des jeunes est multiple. L'ordonnance judiciaire d'hébergement obligatoire en centre de réadaptation constitue une première privation de liberté, prise en conformité du droit d'être entendu et des principes de justice fondamentale. Au cours de son séjour, l'enfant peut faire l'objet, à l'issue de décisions administratives, de formes additionnelles de privation de liberté lors de l'application de diverses mesures, comme l'arrêt d'agir, le retrait, la programmation spéciale, l'encadrement intensif, l'isolement. Les conditions de vie, l'encadrement, la surveillance, les règles, la liberté de mouvement et d'action et les privilèges diffèrent complètement d'une unité ou d'un régime à l'autre⁵³.

Si l'on procède à une comparaison avec la situation dans les pénitenciers, l'on pourrait dire que l'hébergement en unité régulière ou «globalisante» correspond à une incarcération dans un établissement à sécurité minimale, l'hébergement en encadrement intensif à une incarcération dans un établissement à sécurité moyenne et l'hébergement en unité d'arrêt d'agir à une incarcération dans un établissement à sécurité maximale. Si pour certains, cette comparaison est totalement inappropriée, l'on pourrait affirmer sans crainte de se tromper que l'hébergement dans une unité d'encadrement intensif et en arrêt d'agir, à cause des restrictions de mouvement, de l'environnement sécuritaire et du contrôle permanent sur la vie de l'enfant, est de la garde fermée même si l'unité en question est désignée comme une unité «ouverte». C'est aussi l'opinion de la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse dans son avis sur «La légalité de l'encadrement intensif en vertu de la *Loi de protection de la jeunesse*»⁵⁴. Dans les unités d'encadrement intensif, la porte de l'unité est toujours fermée à clef, la porte de la chambre du jeune se verrouille automatiquement sitôt fermée, la cour attenante à l'unité est entourée de hautes clôtures, les fenêtres peuvent être grillagées, les déplacements des jeunes sont strictement contrôlés.

Il n'existe aucun classement législatif ou réglementaire des unités des divers centres en fonction de leur degré de sécurité. En

53. Voir à ce sujet: Lucie LEMONDE et Julie DESROSIERS, «Les mesures privatives de liberté dans les centres de réadaptation pour jeunes: un urgent besoin d'examen des pratiques et des politiques en fonction du respect des droits», (2000) 41 *Cahiers de droit* 147-169.

54. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, COM-433-5.2.1, 9 octobre 1998.

1975, le Comité Batshaw avait recommandé qu'un enfant faisant l'objet d'une mesure de protection en vertu de la LPJ ne puisse jamais être admis dans un centre ou une unité sécuritaire⁵⁵. Cette recommandation n'a jamais été suivie. Il faut rappeler que, bon an, mal an, 75 % des jeunes admis dans les centres de réadaptation le sont pour leur protection et non pour avoir été déclarés coupables d'un délit. Ce pourcentage grimpe à 90 % chez les filles. Bon nombre d'entre eux se retrouvent dans des unités sécuritaires, soit des unités d'arrêt d'agir, d'encadrement intensif ou de retrait.

Avant 1984, la LPJ contenait une définition d'unité sécuritaire. L'ancien article 1h) énonçait en effet qu'une unité sécuritaire est:

[...] un endroit, caractérisé par un aménagement architectural plus limitatif, situé dans un centre d'accueil, où sont dispensés des services de réadaptation visant la réintégration sociale de l'enfant et où sont appliquées des règles internes particulières visant à contrôler les déplacements de l'enfant en vue de lui venir en aide, tout en protégeant la société.

Le pouvoir d'envoyer une jeune personne dans un milieu sécuritaire appartenait alors au Tribunal de la jeunesse en vertu de l'article 91 qui prévoyait que celui-ci pouvait ordonner «l'hébergement obligatoire d'un enfant âgé de 14 ans ou plus dans une unité sécuritaire, pour une période maximum de trois mois, s'il est d'avis que l'enfant tentera de se soustraire à l'application de la loi ou qu'il représente un danger pour lui-même ou pour autrui».

Selon la Cour d'appel, l'hébergement dans une unité sécuritaire était une mesure distincte qui ne pouvait pas être ordonnée par le DPJ lequel ne pouvait non plus modifier une ordonnance du Tribunal⁵⁶. L'article 46 permettait toutefois au directeur de faire héberger provisoirement un enfant en milieu sécuritaire, en cas d'urgence, mais il ne pouvait pas le faire pour plus de 24 heures sans autorisation du Tribunal. Les mêmes motifs de danger ou de risque de fugue étaient ici également requis.

L'abrogation de toute référence aux unités sécuritaires en 1984 n'a pas fait disparaître, dans les faits, l'existence de telles

55. Québec, Ministère des Affaires sociales, *Rapport du comité d'étude sur la réadaptation des enfants et adolescents placés en centre d'accueil*, 1975, Recommandation R-84, p. 98.

56. *Protection de la jeunesse*, C.A. Québec, n° 200-09-000012-846, 26 janvier 1984, citée dans *Protection de la jeunesse – 193*, [1986] R.J.Q. 736 (C.S.).

unités. Comme la Cour supérieure l'a affirmé dans *Protection de la jeunesse – 193*⁵⁷:

L'abrogation de cette définition légale n'a rien changé à l'aménagement architectural plus limitatif de l'endroit où est maintenant confinée la requérante et aux règles internes particulières et aux mesures visant à contrôler les déplacements de l'enfant qui prévalent à l'unité Baillie.

[...]

Cette Cour est d'avis qu'il ne suffit pas de couvrir d'un voile légal la situation de fait pour que les unités sécuritaires *de facto* cessent d'être des institutions où la liberté de celui qui y séjourne est sévèrement restreinte. L'internement en milieu sécuritaire *de facto* constitue une atteinte à la liberté de celui qui y est soumis.

Il n'existe pas non plus, dans la loi actuelle, de mécanisme judiciaire de contrôle préalable de l'utilisation des unités sécuritaires ni de référence aux seuls motifs pouvant justifier d'envoyer un enfant.

Devant le silence de la loi, doit-on conclure que les autorités administratives ne peuvent plus transférer des jeunes admis en vertu de la LPJ dans des lieux d'hébergement sécuritaire qui constituent une privation additionnelle de liberté? C'est l'opinion de la Commission, du moins en ce qui concerne les unités d'encadrement intensif. Selon elle, le transfèrement dans une telle unité n'a pas de fondement légal et viole l'article 24 de la Charte québécoise qui prévoit que: «Nul ne peut être privé de sa liberté ou de ses droits, *sauf pour les motifs prévus par la loi et suivant la procédure prescrite.*» Dans son document sur la légalité de l'encadrement intensif, elle affirme que:

Dans la mesure où les motifs qui permettraient de recourir à l'encadrement intensif ne sont pas prévus à la loi, ni, *a fortiori*, une procédure qui poserait les modalités à suivre pour que l'utilisation de cet encadrement demeure dans les limites de la légalité, le recours à l'encadrement intensif contrevient aux dispositions de l'article 24 de la Charte [...].⁵⁸

La Commission s'appuie sur l'affaire *Protection de la jeunesse – 193*⁵⁹, où la Cour supérieure a affirmé que les motifs du placement en unité sécuritaire, si sérieux puissent-ils être, ne sont pas des motifs «prévus par la loi».

57. [1986] R.J.Q. 736, 737 et 742 (C.S.).

58. Précité, note 54, à la p. 5.

59. Précitée, note 56.

Depuis cette opinion rendue en 1998 dans laquelle la Commission conclut clairement à l'illégalité de l'encadrement intensif et à la violation du droit à la liberté des jeunes qui y sont soumis, celle-ci, à notre connaissance, n'a saisi les tribunaux par jugement déclaratoire que dans le cas particulier de l'unité Le Phare, du Centre de réadaptation Bois-Joli des Centres jeunesse de la Montérégie⁶⁰. Il lui aurait été possible de considérer le maintien des adolescents dans des unités d'encadrement intensif statique, comme une situation de violation systémique du droit à la liberté partout où ce régime est en place.

Certains soutiennent à l'inverse que, puisque la loi est silencieuse à cet égard, rien ne s'oppose au maintien de lieux sécuritaires et que les décisions d'y envoyer des jeunes sont maintenant des décisions purement administratives et cliniques. Il faut y voir, selon eux, une intention du législateur de laisser au centre le soin de décider ce qui est dans l'intérêt de l'enfant. Selon les tenants de cette position, l'encadrement intensif, quoique comportant de sérieuses restrictions à la liberté, est un outil clinique essentiel pour une certaine catégorie d'enfants. C'est entre autres l'opinion du groupe de travail sur l'évaluation de la *Loi de protection de la jeunesse*, présidé par monsieur le juge Michel Jasmin⁶¹. Le groupe de travail recommandait cependant que les seuls motifs pouvant justifier cette mesure, soit le danger pour lui-même ou autrui ou le risque de fugue, soient prévus dans la Loi de même que l'obligation de motiver par écrit la décision⁶². Il recommandait également que soit prévue dans la loi la possibilité d'imposer une mesure d'arrêt d'agir pour un maximum de quinze jours dans les situations d'urgence, c'est-à-dire quand un jeune représente un danger pour lui-même ou autrui ou un risque de fugue⁶³. Ces recommandations ne furent jamais suivies dans le sens où, si ces mesures existent dans les faits, elles ne sont pas prévues par la loi non plus que les motifs pour lesquels elles peuvent être imposées.

Les motifs pour justifier un internement sécuritaire devraient être uniquement ceux énumérés dans l'ancienne loi, soit quand l'enfant représente un danger pour lui-même ou pour

60. CDPD/J c. Centres jeunesse de la Montérégie, *Requête de la requérante «Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse» en jugement déclaratoire*, 12 septembre 2000.

61. Québec, Ministère de la Santé et des Services sociaux et ministère de la Justice, *Rapport du groupe de travail sur l'évaluation de la Loi sur la protection de la jeunesse, La protection de la jeunesse, Plus qu'une loi*, 1992, p. 133-135.

62. *Ibid.*, R-107, p. 135.

63. *Ibid.*, R-108, p. 136.

autrui ou un risque de fugue. Même si les autorités invoquent souvent des motifs d'ordre «thérapeutique» ou «d'orientation clinique», il faut analyser la mesure sous l'angle du respect des droits fondamentaux. Les mérites cliniques d'une méthode de réadaptation, dont la démonstration reste à faire, ne peuvent justifier une atteinte aux droits fondamentaux et une privation de liberté aussi importante. La seule restriction justifiable du droit à la liberté est le droit à la vie et à la sécurité de l'enfant.

Quoi qu'il en soit, comme ces types d'hébergement impliquent une privation importante de liberté, les décisions s'y rapportant doivent respecter les principes de justice fondamentale des articles 7 de la Charte canadienne et 24 de la Charte québécoise de même que les exigences imposées par la Cour suprême en droit carcéral.

En attendant une clarification législative, la décision des autorités de transférer un enfant en milieu plus sécuritaire, en encadrement intensif, en retrait dans un lieu spécialement aménagé, en arrêt d'agir, en «stabilisation» ou autre terminologie, qui entraîne une privation de liberté par rapport aux unités régulières, peut faire l'objet d'une révision judiciaire, comme c'est le cas en droit carcéral, si cette décision est arbitraire, déraisonnable, ou prise sans respect des règles de justice fondamentale.

5. La révision judiciaire en droit carcéral

En droit carcéral, les tribunaux ont longtemps refusé de réviser les décisions de l'administration en invoquant diverses raisons dont le fait que les poursuites judiciaires créeraient de l'instabilité, saperaient l'autorité carcérale et augmenteraient la confrontation entre détenus et gardiens; ils ont aussi invoqué leur inexpérience des problèmes pénitentiaires et ont manifesté une grande déférence à l'égard de l'expertise institutionnelle. Mais le principal argument ayant freiné l'intervention judiciaire «repose sur la conception que les détenus perdent tous leurs droits après la condamnation et ne jouissent que de certains privilèges discrétionnaires. Les tribunaux n'ont donc pas à réviser des décisions qui ne concernent que des privilèges»⁶⁴.

64. J'ai analysé cette question dans Lucie LEMONDE, *L'habeas corpus en droit carcéral*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1990, p. 6.

Les décisions concernant les transfèrements de détenus d'un pénitencier à un autre ont longtemps été inattaquables devant les tribunaux. On a en effet jugé à plusieurs reprises que les prisonniers n'avaient aucun droit de regard sur le lieu de leur incarcération. «There is no "right" in a prisoner to be in a particular institution. It is then a matter of policy and an administrative concern», affirmait en 1977 la Cour d'appel de l'Ontario⁶⁵. Pendant longtemps, les cours ont statué qu'à cause des exigences de la sécurité, il n'existait aucune obligation pour les autorités carcérales de divulguer au détenu les motifs du transfèrement et de lui donner l'occasion d'être entendu⁶⁶.

À la fin des années 70 et au début des années 80, les tribunaux ont commencé à abandonner leur attitude traditionnelle de laissez-faire (*hands-off*) et de non-intervention. Ils ont reconnu que les détenus conservaient leurs droits pendant l'incarcération⁶⁷ et que les autorités carcérales étaient soumises comme les autres organismes administratifs au devoir d'agir équitablement et au contrôle judiciaire. La décision de la Cour suprême dans l'affaire *Martineau c. Comité de discipline de l'Institution de Matsqui (n° 2)*⁶⁸, selon laquelle «le principe de légalité doit régner à l'intérieur des murs d'un pénitencier» et qu'il est possible de recourir au contrôle judiciaire pour faire sanctionner le respect par l'administration du devoir d'agir équitablement envers les détenus, a marqué le début de l'activisme judiciaire en droit carcéral.

Quelques années plus tard, soit en 1985, un nouveau pas était franchi par les tribunaux. Dans la trilogie *Miller, Cardinal et Morin*⁶⁹, la Cour suprême du Canada a reconnu que la réalité moderne de l'incarcération impliquait des variations substantielles de degré de liberté résiduelle; ainsi, l'incarcération en unité spéciale de détention ou en ségrégation comporte une privation significative de liberté par rapport aux conditions de détention dans la population générale de la prison. Il s'agit en fait, dit la Cour, d'une nouvelle détention qui doit avoir son propre fondement juridique. Puisqu'il y a privation de liberté lorsque le

65. *Re Anaskan and the Queen*, (1977) 34 C.C.C. (2d) 361, 369.

66. *Re Bruce et Yeomans*, (1979) 49 C.C.C. (2d) 346, 351 (C.F.); *Bovair c. Comité régional de transfert*, C.F., T-119-86, 3 mars 1986 (j. Addy); *Pilon c. Yeomans*, [1984] 2 C.F. 932.

67. Dans l'affaire *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 823, la Cour suprême a déclaré qu'«une personne emprisonnée conserve tous ses droits civils autres que ceux dont elle a été expressément ou implicitement privée par la loi».

68. [1980] 1 R.C.S. 602, 622.

69. Précités, note 47.

«détenu est soumis à des mesures coercitives additionnelles au cours de sa détention légale», il est possible de contester la légalité de la décision ordonnant cette nouvelle détention. Les détenus peuvent donc recourir au bref d'*habeas corpus* pour obtenir la libération de toute forme illégale de détention, pour sortir de la «prison dans la prison» et réintégrer la population générale du pénitencier.

Toutes et chacune des décisions prises quotidiennement par les autorités carcérales ne peuvent faire l'objet de contrôle judiciaire. Dans l'affaire *Martineau* (n° 2), la Cour suprême a spécifié que les redressements ne seront accordés par les tribunaux que «dans les cas d'injustice grave»⁷⁰. Dans l'affaire *Dumas*, le juge Lamer a résumé ainsi les cas d'ouverture à la révision judiciaire des décisions privatives de liberté:

Dans le contexte du droit correctionnel, il existe trois sortes de privation de liberté: la privation initiale de liberté, une modification importante des conditions d'incarcération qui équivaut à une nouvelle privation de liberté et la continuation de la privation de liberté.⁷¹

Concrètement, les tribunaux ont reconnu qu'il y avait préjudice sérieux ou privation de liberté lors des transfèrements de prisonniers vers des institutions à sécurité plus élevée⁷², des placements en ségrégation ou en unité spéciale de détention⁷³, et des condamnations par un tribunal disciplinaire à l'isolement punitif⁷⁴. Toutes ces décisions doivent donc respecter les règles de jus-

70. *Martineau* (n° 2), précité, note 68, 637. À la page 631, le juge Dickson s'est exprimé ainsi: «Il faut souligner que les cours n'interviendront pas dans tous les cas de violation des règles de procédure carcérale. La nature même d'un établissement carcéral requiert que des décisions soient prises sur-le-champ par les fonctionnaires et le contrôle judiciaire doit être exercé avec retenue. Une intervention ne sera pas justifiée dans le cas d'incidents triviaux ou purement théoriques.»

71. *Dumas c. Directeur du Leclerc*, [1986] 2 R.C.S. 459.

72. *Collin c. Lussier*, [1983] 1 C.F. 218 et [1985] 1 C.F. 124; *Mitchell c. Crozier*, [1986] 1 C.F. 255; *Hay c. National Parole Board*, (1985) 21 C.C.C. (3d) 408 (C.F.); *De Maria c. Comité régional de transfert*, [1987] 1 C.F. 74 (C.A.F.); *De Maria c. Regional Transfer Board* (n° 2), (1988) 62 C.R. (3d) 248 (C.F.); *Balian c. Regional Transfer Board*, (1988) 62 C.R. (3d) 258 (C.S. Ont.).

73. *R. c. Miller*, précité, note 47; *Cardinal*, précité, note 47; *Morin*, précité, note 47; *Re Chester*, (1984) 40 C.R. (3d) 146 (C.S. Ont.).

74. *Martineau* (n° 2), précité, note 68; *Howard c. Président du tribunal disciplinaire des détenus de l'établissement Stony Mountain*, [1984] 2 C.F. 642 (C.A.); appel rejeté car jugé théorique, le détenu ayant été libéré: [1987] 2 R.C.S. 687; *Lasalle c. Disciplinary Tribunal of Leclerc Institution*, (1983) 51 C.R. (3d) 145 (C.F.).

tice fondamentale⁷⁵ et sont soumises au contrôle judiciaire de même que celles qui affectent d'autres droits constitutionnels comme la protection contre la détention arbitraire ou contre les peines cruelles et inusitées⁷⁶.

Les garanties en cas de transfert en milieu plus sécuritaire

Tout comme c'est le cas pour les unités d'hébergement des mineurs, il n'existe pas non plus de classification réglementaire ou législative des divers pénitenciers au Canada, sinon que dans des directives internes. Les détenus, après évaluation de leur degré de dangerosité et de leur potentiel d'évasion, sont envoyés dans des établissements à sécurité minimale, moyenne ou maximale. Tout transfèrement ultérieur qui constitue une privation additionnelle de liberté doit avoir son propre fondement juridique et respecter les principes de justice fondamentale.

Les exigences jurisprudentielles concernant le respect de la justice fondamentale ont été par la suite intégrées dans la loi, le règlement et les directives. Selon les articles 28 et 29 de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*⁷⁷, le principe est que le détenu doit être incarcéré dans le milieu le moins restrictif compte tenu du degré de surveillance requis, de la facilité d'accès à sa collectivité ou sa famille et des programmes existants. Si un détenu est transféré vers un établissement à sécurité plus élevée, il a le droit d'être informé par écrit des motifs de la décision et le droit de faire des observations avant le transfèrement (articles 11 à 17). Le directeur doit le rencontrer et lui donner la possibilité de répondre par écrit ou en personne. Le détenu a aussi le droit d'être représenté par avocat. Pour les transfèvements d'urgence, ces garanties doivent recevoir application après le fait. Les mêmes garanties procédurales dont l'obligation de tenir une audition s'appliquent pour l'isolement (article 33 de la Loi et 19 à 24 du Règlement).

En droit de la jeunesse, ces principes de justice fondamentale ne sont pas véritablement appliqués lors de déplacements au motif que ces décisions n'ont pas un but punitif mais clinique ou

75. Selon la Cour suprême, ces principes ne se résument pas à la simple équité procédurale mais comportent également un élément d'équité substantive: *Renvoi sur la Motor Vehicle Act de la Colombie-Britannique*, [1985] 2 R.C.S. 486, 501 (J. Lamer) et 531 (J. Wilson).

76. *R. c. Gamble*, [1988] 2 R.C.S. 595; *Steele c. Directeur de l'institution Mountain*, [1990] 2 R.C.S. 1385.

77. L.C. 1992, c. 20.

thérapeutique et qu'elles sont prises dans l'intérêt de l'enfant. Mais, comme l'écrivent deux auteurs belges: «l'intérêt de l'enfant doit être considéré aussi bien lors de la prise de décision qui mène à la privation de liberté que lors de la détermination des modalités de placement. Le respect ou non de l'intérêt de l'enfant se mesure avant tout sur le respect ou non de ses droits»⁷⁸. Selon nous, l'exigence du respect des principes de justice fondamentale n'a rien à voir avec la qualification de la mesure comme disciplinaire ou thérapeutique. Elle est uniquement liée au fait que la mesure, quel que soit le but visé, constitue une privation de liberté. De la même façon, la désignation d'un lieu n'a pas pour effet de changer la réalité répressive et la privation de liberté que les jeunes y subissent, de la même façon le but visé par la mesure ne change rien à sa nature privative de liberté.

Il est certain que l'application des principes de justice fondamentale doit être nuancée selon le contexte spécifique des centres de réadaptation et selon le jeune âge des personnes qui s'y trouvent. Le droit d'être entendu doit cependant toujours être respecté comme le reconnaît l'article 12 de la *Convention relative aux droits de l'enfant*⁷⁹ qui prévoit que l'enfant doit avoir la possibilité d'être entendu dans toute procédure l'intéressant, soit directement, soit par l'intermédiaire d'un représentant ou d'une organisation appropriée, de façon compatible avec les règles de procédure de la législation nationale. Déjà, en 1975, le Comité Batshaw déplorait le fait que, lors de la prise de décisions privatives de liberté, l'enfant n'avait pas le droit d'être entendu, de contester, de faire valoir son point de vue et recommandait que l'enfant puisse être entendu⁸⁰. Il recommandait également qu'un enfant ne puisse être placé en milieu sécuritaire que par ordonnance écrite d'un juge, après une audition complète, à laquelle il est représenté par un avocat⁸¹. Actuellement, si le droit d'être entendu est respecté devant le Tribunal lors de l'ordonnance de placement, il ne l'est pas lors de la prise de décision entraînant une privation additionnelle de liberté comme l'isolement, le retrait disciplinaire ou autre⁸².

78. G. CAPPELAERE et A. GRANDJEAN, *Enfants privés de liberté: droits et réalités*, Éd. Jeunesse et droit, Liège, septembre 2000, à la p. 210.

79. Précitée, note 3.

80. Rapport BATSHAW, précité, note 55, p. 28.

81. *Ibid.*, à la p. 52.

82. L'article 7 de la LPJ mentionne qu'un enfant a le droit d'être consulté avant d'être transféré d'un établissement à un autre. Selon Jean-François Boulais, cet article 7 ne s'applique pas aux transferts intra-établissement. De plus, la jurisprudence veut que consulter quelqu'un ne signifie pas débattre de la

Pour répondre aux exigences constitutionnelles, le droit d'être entendu doit aller beaucoup plus loin que cela.

Conclusion

Le droit des mineurs privés de liberté à un recours effectif est reconnu par les chartes canadienne et québécoise, de même que par les instruments internationaux de protection des droits de la personne, mais, dans l'état actuel des choses, il se traduit difficilement au plan pratique.

Un recours effectif permet d'être entendu afin d'obtenir la cessation rapide de l'atteinte au droit en jeu, ou d'obtenir réparation. Le mécanisme de plaintes du réseau des services de santé et des services sociaux ne se qualifie pas à ce titre; il n'offre pas de garanties procédurales et poursuit des fins plus administratives que judiciaires. La requête en lésion de droits, pour sa part, soulève de telles controverses jurisprudentielles que l'exercice même du recours est compromis. Non seulement la détermination du titulaire du droit de saisine du Tribunal est-elle hasardeuse, mais l'étendue de la compétence de ce dernier est particulièrement contestée et incertaine. L'adolescent qui désire présenter une requête en lésion de droits ne sait pas s'il sera autorisé à le faire, et, si tel est le cas, il ne sait pas si le tribunal se prononcera sur le type d'encadrement approprié ou mettra fin à un hébergement sécuritaire abusif. La dernière possibilité offerte est le dépôt d'une plainte à la Commission. Or, malgré les indéniables retombées positives des enquêtes menées par la Commission, l'absence de pouvoirs réels de celle-ci de même que la longueur des délais inhérents au processus ne qualifient pas ce mécanisme à titre de recours efficace.

Dans le monde carcéral adulte, la liberté résiduelle du détenu fait l'objet d'une protection législative détaillée et le droit de faire contrôler judiciairement toute privation additionnelle de liberté est bien établi. Dans l'univers de la réadaptation des mineurs, les privations additionnelles de liberté sont justifiées au nom d'impératifs cliniques et échappent pour la plupart au regard des tribunaux. Le droit des mineurs privés de liberté est marqué par la faiblesse de ses normes et par l'insuffisance des recours offerts en cas de violation des droits fondamentaux, principale-

question avec lui et n'implique pas qu'on doive attendre une adhésion ou un consentement avant d'y procéder. Voir Jean-François BOULAIS, *Loi de protection de la jeunesse, texte annoté, op. cit.*, note 25, à la p. 63.

ment du droit de n'être privé de liberté qu'en dernier recours, uniquement pour des motifs prévus par la loi et selon la procédure prescrite, et du droit d'être hébergé dans le milieu le moins restrictif possible. Aucune garantie procédurale n'entoure les mesures disciplinaires, éducatives ou cliniques qui entraînent une privation de liberté. La seule référence légale est que les décisions disciplinaires doivent être prises dans l'intérêt de l'enfant.

La transposition du modèle carcéral adulte à celui de la réadaptation des mineurs soulève, avec raison, de nombreux grincements de dents. La prison est marquée par une rigidité qu'il convient d'éviter dans une institution pour mineurs. Dans cette recherche de nouveaux modèles toutefois, il ne faut pas perdre de vue le fait que les principes de justice fondamentale s'appliquent chaque fois qu'il y a privation de liberté. Certes, ces principes s'articulent différemment selon les contextes, mais ils existent toujours, que ce soit dans le domaine carcéral, dans le domaine psychiatrique ou dans le domaine de la réadaptation juvénile.

Dans cette optique, les avancées du droit carcéral, notamment en matière d'*habeas corpus*, ne peuvent qu'inspirer les praticiens du droit de la jeunesse.

CHRONIQUES

DROIT DES PERSONNES

Carole BROSSEAU*

Main-d'œuvre vieillissante: une stratégie d'accommodement est-elle nécessaire?

INTRODUCTION

Ce texte tente d'explorer les avenues d'une main-d'œuvre vieillissante dans un début de siècle qui offre des perspectives de travail diversifiées, tant par la conjoncture économique de plus en plus dépendante des marchés mondiaux que par le facteur socio-démographique.

En effet, la diversification croissante de la main-d'œuvre, d'abord provoquée par l'arrivée massive des femmes et de diverses minorités¹, a certes bousculé inexorablement la composition de la main-d'œuvre. Outre les difficultés liées à la compétitivité des entreprises non seulement avec les marchés nationaux mais également avec les marchés internationaux, les travailleurs présentant des parti-

cularités distinctes, tels une race, une couleur, un âge, une orientation sexuelle, une langue, une religion, un handicap, sont plus présents que jamais dans les institutions gouvernementales comme dans les entreprises privées. Comme nous le verrons, le défi de la diversification ne pourra que s'amplifier notamment par la baisse de la natalité observée au Canada mais plus particulièrement au Québec².

Bien entendu, lorsqu'on dit différence, on ne peut faire abstraction des heurts et des tensions qui en découleront. Par ailleurs, il existe des moyens pour amortir ces difficultés et contrôler ces tensions sans croire qu'on pourra vraisemblablement les éviter complètement. Cela dit, le respect des différences s'inscrit inévitablement

* Avocate. Communication présentée à la Conférence portant sur les obligations d'accommodement organisée par Infonex, le 13 juin 2002 à Montréal. Ce texte n'engage que l'auteure.

1. Warren E. KALBACH, «The Demographic Transformation of Canada's Work Force», dans Audrey WHIPPER (dir.), *The Sociology of Work in Canada*, Carleton University Press, 1994, 493 et 500-501; H.W. ARTHURS, «Labour Law Without State», (1996) 46 *U.T.L.J.* 1, 26 et 27; et plus particulièrement pour le Québec, voir Gouvernement du Québec, Consultation 2001-2003, *L'immigration au Québec: un choix de développement*, mai 2000, 23 pages.
2. Marc TERMOTE, *Les défis démographiques au Québec, Possibles*, vol. 22, nos 3 et 4, été-automne 1998, p. 35.

dans des mesures visant à accommoder l'ensemble des travailleurs. Si on peut y lire la reconnaissance des droits fondamentaux inscrits dans les Chartes, notamment la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec³, il faut surtout miser sur la capacité des entreprises à innover dans la gestion de leurs ressources humaines. Si les Chartes ont été déterminantes à cet égard⁴, les entreprises devront continuer d'ajuster leurs politiques afin de s'adapter aux réalités économiques, culturelles, socio-politiques et démographiques et ce, pour assurer leur survie.

Cela dit, les prévisions démographiques sont éloquentes sur les changements à venir de notre société, tant pour les habitudes de consommation que pour le profil de la main-d'œuvre. Pour les fins de la présente étude, je ne m'attarderai qu'aux conséquences sur la main-d'œuvre.

I- Prévisions démographiques du Québec

Comme dans la plupart des pays industrialisés, le Québec connaît le phénomène de vieillissement de sa population et il se

caractérise par la rapidité avec laquelle s'effectue ce changement.

En comparaison avec les autres provinces canadiennes⁵, les États-Unis et les pays européens, on constate que la population québécoise est relativement jeune. Cependant, les tendances démographiques, soit la fécondité, la mort et la migration, portent à croire que dans une quarantaine d'années, elle se classerait parmi les plus vieilles⁶.

Conséquence directe du passage d'une surfécondité à une sous-fécondité, d'un accroissement de l'espérance de vie⁷, le vieillissement n'est pas sans avoir des incidences socio-économiques certaines. Alors qu'en 1989, il y avait 7 personnes de 15 à 64 ans pour chaque personne âgée de 65 ans et plus, il n'y en aura que 2,2 en 2031⁸.

D'ailleurs, le profil démographique canadien est au même effet. Les aînés, c'est-à-dire les personnes de plus de 65 ans, constituent le groupe de la population qui croît le plus rapidement au Canada. On prévoit que la croissance de la population âgée représentera près de la moitié de la

3. *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., chap. C-12.

4. Ghislain DUFOUR, «L'effet des chartes québécoise et canadienne sur la gestion des ressources humaines et les rapports collectifs de travail», tiré des *Actes du colloque Relation d'emploi et droits de la personne: évolution et tensions!*, Éditions Yvon Blais inc., p. 227-237.

5. Gouvernement du Canada, *Vieillir au Canada*, Santé Canada, division du vieillissement et des aînés, 2002,

6. Gouvernement du Québec, *La société québécoise, Portrait démographique, Portrait du gouvernement du Québec*, 2001, 6 pages.

7. *Vieillir au Canada*, op. cit., note 5, on attribue le vieillissement de la population canadienne aux mêmes facteurs.

8. *Ibid.*, p. 3, et voir également Statistiques Canada, *Un coup d'œil sur le Canada*, Gouvernement du Canada, 2002, www.statcanada.ca.

croissance de la population totale du Canada, dans les quatre prochaines décennies⁹.

Comme nous l'indiquions précédemment, cette situation sera encore plus criante au Québec compte tenu notamment de la réduction du poids démographique des jeunes. Avec un taux de fécondité qui se maintient à 1,5¹⁰ enfant par femme, le nombre de jeunes de 0-14 ans sera en constante diminution entre 1996 et 2051, passant de 1,4 à 0,9 million, ce qui représente une baisse de 32 % alors que la proportion des personnes de 65 ans et plus pourrait augmenter durant cette même période de 17,4 %¹¹.

Ces facteurs auront également des effets sur la population active. En 1996¹², 91 % de la population active provenait du groupe des 20-59 ans. L'évolution de ce groupe d'âge est donc déterminante sur les prévisions à venir du potentiel de la population active au Québec. Or, comme nous l'avons vu, la faiblesse de l'accroissement naturel de la population du Québec ainsi que le vieillissement de la population auront des conséquences sur le marché du travail qui ne pourront être compensées par des

mouvements migratoires favorables. D'ailleurs, l'âge médian de la population atteignait en 1996 36,1 ans, alors qu'on prévoit qu'il sera de 49,0 ans en 2051.

La croissance démographique de plus en plus lente, un vieillissement marqué de la structure par âge, un déficit des naissances sur les décès à plus ou moins longue échéance sont donc les transformations prévisibles de la démographie du Québec¹³.

Aussi, des questions telles que le choc de la retraite, le processus de transition vers cette étape de la vie, la santé financière des retraités sont donc d'actualité. Mais aussi, plus profondément, c'est toute la question des politiques publiques (travail, éducation, santé particulièrement), largement inspirées de la dimension temporelle, qu'il faudra réviser. Si l'urgence ne se fera pas sentir avant au moins 5 à 8 ans, les institutions publiques ainsi les entreprises privées doivent à tout le moins être sensibles à ces phénomènes qui les rattraperont tôt ou tard. La planification des ressources, tant humaines que financières, est forcément un atout pour

9. *Vieillir au Canada, op. cit.* note 5. Ce rapport nous indique que la proportion des aînés dans la population totale est passée de un sur vingt en 1921 à un sur huit en 2001. Avec le vieillissement des «baby-boomers» (nés entre 1946 et 1965), la population âgée atteindra le chiffre de 6,7 millions en 2021 et de 9,2 millions en 2041.

10. Le taux de fécondité ne fait que diminuer. Ainsi de 1991 à 2000, le taux de fécondité est passé respectivement de 1,654 à 1,440. Voir à cet effet, Institut de la statistique du Québec, *Le Québec, chiffres en main*, Édition 2002, Gouvernement du Québec, 46 pages, p. 10.

11. Bureau de la statistique du Québec, *Perspectives de la population du Québec au XXI^e siècle: changement dans le paysage de la croissance*, Données démographiques en bref, Volume 3 – numéro 2, février 1999, 8 pages, à la p. 5.

12. *Ibid.*

13. Bureau de la statistique du Québec, *Perspectives démographiques: Québec et régions 1991-2041 et MRC 1991-2016*, Gouvernement du Québec, 1996, 446 pages.

concurrencer des marchés en perpétuelle transformation, particulièrement dans des secteurs nécessitant de la haute technologie.

II- Conséquences d'une main-d'œuvre vieillissante

Le vieillissement accéléré de la main-d'œuvre demeure un fait incontournable en raison notamment du vieillissement de la population. Or, la notion même de vieillissement reste floue puisqu'elle peut correspondre soit au vieillissement biologique ou encore au vieillissement social. Alors que l'on fixe à 45 ans l'âge d'un «travailleur vieillissant»¹⁴, c'est principalement la retraite qui marque le début du vieillissement social¹⁵. D'ailleurs, la retraite est essentiellement une institution bâtie par la société.

Même si les politiques à l'intention de la population vieillissante au Canada continuent de postuler que la vie professionnelle se termine généralement à 65 ans, la situation du marché du travail a également eu des effets considérables sur la perception du vieillissement social.

En effet, des chercheuses attribuent ce phénomène¹⁶ aux politiques de gestion de la fin de la vie professionnelle et des politiques de retraite des gouvernements, des entreprises et des syndicats qui ont favorisé les mesures d'éviction de la main-d'œuvre vieillissante plutôt que d'envisager des mesures de rétention¹⁷. Les statistiques à cet égard sont assez éloquentes et traduisent la tendance de la retraite anticipée. Ainsi, on y apprend qu'entre 1976 et 1996, l'âge moyen de la retraite a baissé de trois ans et demi pour les hommes (de 64,5 à 61 ans) et de cinq ans pour les femmes (de 65 à 60 ans). Les raisons invoquées sont le désir des retraités (23 %), l'état de santé (24 %), des politiques de retraite obligatoire (14 %), le chômage (10 %) et enfin, les avantages consentis en échange d'une retraite précoce (7 %)¹⁸.

Comme on peut le constater, près de 75 % de cette main-d'œuvre aurait pu ou voulu participer plus longuement à la vie professionnelle. Néanmoins, cette situation est examinée par des chercheurs¹⁹ qui croient que dans le cadre d'une

14. Conseil du patronat du Québec, *Barrières à l'emploi du travailleur vieillissant: perceptions des employeurs et réalités*, Bulletin sur les relations du travail, vol. 24, n° 258, décembre 1993, à la p. 11. On y dit que l'expression «travailleur âgé» fait référence le plus souvent aux personnes de 60 ans et plus.

15. Diane BELLEMARE, Lise POULIN-SIMON et Diane-Gabrielle TREMBLAY, «Vieillesse, emploi, pré-retraite: Les facteurs socio-économiques influant sur la gestion de la main-d'œuvre vieillissante», (1995) 50(3) *Relations industrielles*, p. 483-504.

16. *Ibid.*

17. Anne-Marie GUILLEMARD, *Les transformations de la sortie définitive d'activité au niveau international: vers un examen du rôle de la retraite*, Droit social, n° 12, p. 851-860.

18. *Vieillir au Canada*, op. cit., note 5. Ces chiffres témoignent de la situation en 1994.

19. Victor W. MARSHALL et Margaret M. MULLER, *Rethinking social policy for an aging workforce and society: insights from the life course perspective*, CPRN Discussion Paper No. W/18, May 2002, 50 pages.

crise inévitable du vieillissement de la population, on devra reconnaître l'aptitude et l'intérêt des travailleurs vieillissants à maintenir un rôle économique au-delà de 65 ans. On avance même que les secteurs privé et public auront la responsabilité de promouvoir une attitude différente à l'égard du vieillissement, laquelle tiendrait compte de son potentiel économique ainsi qu'une interface mieux adaptée entre travail et vie familiale. Monsieur Marshall et madame Mueller prétendent qu'il faut plutôt soutenir une approche démographique en matière de politique publique qui laisserait de côté la dimension temporelle des gens qui vivent leur vie dans des conditions sociales et démographiques en évolution. Ils expliquent leur approche de la façon suivante²⁰:

Depuis l'ère de l'industrialisation jusqu'à l'époque de l'État providence, les politiques publiques se sont appuyées sur des notions précises d'enfance, d'âge adulte et de vieillesse. Les politiques relatives à l'éducation, au mariage, au rôle parental et à l'emploi, fondées sur ces notions, ont eu pour effet d'institutionnaliser un tracé de vie normalisé.

Ce tracé de vie institutionnalisé au Canada répartit aujourd'hui la vie en trois volets: l'éducation pendant l'enfance, le travail pendant la vie et une période de loisir

pendant la vieillesse. Cette vision néglige de tenir compte des complexités modernes des transitions préalables à la carrière et à la retraite, sans mentionner la notion d'acquisition continue du savoir. À cela s'ajoute l'évolution d'importantes transitions familiales et d'autres niveaux de complexité découlant de l'incidence des relations humaines.

Le changement d'attitude sera donc complexe et ne se limitera pas uniquement à réviser les méthodes de gestion des entreprises, tant publiques que privées. La justification du choix de pratiques de réduction de la main-d'œuvre vieillissante ces dernières années résulte de plusieurs facteurs autres que la stratégie de développement de l'entreprise²¹. Outre l'environnement économique, la situation du marché du travail et les caractéristiques de la main-d'œuvre, mesdames Bellemare, Simon et Tremblay²² ajoutent quatre autres facteurs qui influencent, selon elles, de façon déterminante les stratégies et les orientations des entreprises en matière de gestion des travailleuses et travailleurs vieillissants, soit les contextes et les politiques macroéconomiques des dernières décennies, les surplus chroniques de la main-d'œuvre, les changements dans les systèmes d'emploi, l'organisation du travail dans les entreprises et, enfin, les anticipa-

20. *Ibid.*, p. 26 et s.

21. Gilles GUÉRIN et Thierry WILS, «L'harmonisation des pratiques de gestion des ressources humaines au contexte stratégique: une synthèse», tiré de *Vingt-cinq ans de pratique en relations industrielles au Québec*, R. Blouin, dir., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1990, p. 669-775.

22. «Vieillesse, emploi, pré-retraite: Les facteurs socio-économiques influant sur la gestion de la main-d'œuvre vieillissante», *loc. cit.*, note 15, p. 496.

tions des employés eux-mêmes à l'égard de la retraite et les traditions syndicales dans ce domaine²³.

Or, si l'adaptation des entreprises à la concurrence a justifié des mesures privilégiant la réduction des coûts de la main-d'œuvre dont la préretraite, la conjoncture à venir ne pourra pas s'appuyer sur les surplus des caisses de retraite qui ont favorisé en partie, particulièrement ces dix dernières années, la mise à la retraite prématurée des travailleuses et travailleurs vieillissants. De plus, une redéfinition des rapports entre les générations s'avérera nécessaire²⁴ de même que la contribution et la responsabilisation de tous les intervenants, à savoir les gouvernements, les employeurs, les employés et les syndicats. On ne peut plus parler maintenant de choix puisque le vieillissement est dorénavant un constat avec lequel on devra composer.

III- La notion d'accommodement raisonnable et les limites jurisprudentielles relatives à l'âge

Le législateur québécois a introduit l'âge en tant que motif interdit de discrimination dans la *Charte des droits et libertés de la personne* et ce, depuis 1982²⁵. C'est

d'ailleurs l'article 10 de la *Charte* qui définit le principe de non-discrimination et le droit à l'égalité.

10. Toute personne a droit à la reconnaissance et à l'exercice en pleine égalité, des droits et libertés de la personne, sans distinction, exclusion, ou préférence fondée sur la race, la couleur, le sexe, la grossesse, l'orientation sexuelle, l'état civil, l'âge, sauf dans la mesure prévue par la loi, la religion, les convictions politiques, la langue, l'origine ethnique ou nationale, la condition sociale, le handicap ou l'utilisation d'un moyen pour pallier ce handicap.

Il y a discrimination lorsqu'une telle distinction, exclusion ou préférence a pour effet de détruire ou de compromettre ce droit.

Plus spécifiquement, en matière d'emploi, les articles 16 à 19 inclusivement illustrent les situations où des distinctions ou exclusions fondées sur l'âge sont de nature à détruire ou compromettre le droit à l'égalité.

L'article 16 interdit la discrimination dans les conditions de travail en général, et plus particulièrement dans l'embauche, l'apprentissage, la durée de la période de probation, la formation professionnelle, la promotion, la mutation, le déplacement, la mise à pied, la suspension, le renvoi ou les

23. Diane BELLEMARE, Lise POULIN-SIMON et Diane-Gabrielle TREMBLAY, *L'environnement économique, les attitudes sociales et la gestion de la main-d'œuvre vieillissante dans les entreprises canadiennes*, Rapport de recherche remis au Bureau de la main-d'œuvre féminine, 1993, Ottawa, Travail Canada.

24. Jacques GRAND-MAISON et Solange LEFEBVRE, *La part des aînés*, Cahiers d'études pastorales, 13, Éditions Fides, 1994.

25. Il est à remarquer que les amendements entrèrent en vigueur en 1983, *Loi modifiant la Charte des droits et libertés de la personne*, L.Q. 1982, c. 61.

conditions de travail d'une personne ainsi que dans l'établissement de catégories ou de classifications d'emploi.

L'article 17 a notamment pour effet d'interdire toute discrimination dans l'admission et la jouissance d'avantages au sein d'une association d'employeurs ou de salariés, ou d'un ordre professionnel.

L'article 18 vise la discrimination susceptible d'être exercée par un bureau de placement.

L'article 18.1 interdit la discrimination dans les formulaires de demande d'emploi et les entrevues relatives à un emploi.

L'article 19 fait obligation à l'employeur d'accorder, sans discrimination, un traitement ou un salaire égal aux membres de son personnel qui accomplissent un travail équivalent au même endroit.

Enfin, l'article 20 offre à l'employeur la possibilité de faire une distinction, une exclusion ou préférence lorsque celle-ci est fondée sur les aptitudes ou qualités requises par l'emploi.

La discrimination est «l'antithèse de l'égalité»²⁶. L'interdiction de la discrimination a pour but «d'empêcher toute atteinte à la dignité et à la liberté humaine essentielles par l'imposition de désavantages, de stéréotypes et de

préjugés politiques ou sociaux, et de favoriser l'existence d'une société où tous sont reconnus par la loi comme des êtres humains égaux ou comme des membres égaux de la société canadienne, tous aussi capables, et méritant le même intérêt, le même respect et la même considération»²⁷. La Cour suprême du Canada opte donc pour une analyse souple et nuancée de la notion de discrimination afin de tenir compte des significations nouvelles et différentes que ce terme pourrait acquérir. On sent donc, dans cette interprétation, la volonté d'affirmer la liberté individuelle qui fait appel à la tolérance et à la valorisation de chacune et chacun.

Comme l'affirme Christian Brunelle²⁸, «la protection de la discrimination dans l'emploi a d'abord et avant tout pour fin d'enrayer l'injustice en assurant à chacun le droit d'être traité en égal, soit en considération de son mérite, de ses capacités ou de ses besoins propres». Si on y ajoute la dignité humaine²⁹, la portée de la protection de la discrimination est donc ouverte à la différence.

Cela dit, il est clair que les notions de discrimination et d'égalité ont évolué au même titre que le concept d'accommodement qui en découle. De simple interdiction de distinctions arbitraires, on est arrivé aux distinctions involontairement préjudiciables qui ont donné naissance à l'obligation

26. *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493, par. 69.

27. *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497, p. 529, par. 51.

28. Christian BRUNELLE, *Discrimination et obligation d'accommodement en milieu de travail syndiqué*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001, p. 83.

29. *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, précité, note 27, par. 53.

d'accommodement pour arriver à une égalité non seulement formelle mais également réelle.

Il importe de comprendre le parcours de l'obligation d'accommodement pour déterminer son impact dans le futur.

A. Discrimination directe et indirecte: champ d'application de l'obligation d'accommodement

L'obligation d'accommodement a traditionnellement été perçue comme relevant de la responsabilité de l'employeur. La discrimination peut prendre deux formes, soit la discrimination directe qui a un lien manifeste avec le motif de discrimination et la discrimination indirecte qui résulte de règles neutres mais qui ont un effet discriminatoire³⁰. C'est précisément pour contrer les effets de la discrimination que la Cour suprême a reconnu le concept d'obligation d'accommodement qui impose à l'employeur de prendre des mesures d'adaptation pour éliminer l'effet discriminatoire de la règle.

Un premier exemple de discrimination par suite d'un effet préjudiciable se retrouve dans l'arrêt *Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Limited*³¹. Il s'agissait d'un cas de discrimina-

tion indirecte fondée sur la religion mettant en cause l'horaire de travail. La Cour, tout en invalidant l'effet de la mesure sur la plaignante, a reconnu la discrimination indirecte et a consacré l'existence d'une obligation générale de prendre des mesures pour protéger le droit à l'égalité en la qualifiant également d'obligation d'accommodement.

C'est dans l'arrêt *Commission ontarienne des droits de la personne c. Etobicoke*³² que la Cour suprême a énoncé les deux critères permettant de valider une exigence professionnelle directement discriminatoire. Il s'agissait d'une cause de discrimination directe portant sur la retraite obligatoire. Le premier critère, qualifié de subjectif, est celui de la bonne foi, qui ne peut s'appliquer au Québec compte tenu du libellé de l'article 20 de la *Charte* et des changements législatifs de 1982 qui ont écarté la notion de bonne foi³³. Le critère objectif met l'accent sur la nécessité de la règle tout en faisant intervenir trois considérations, soit la rationalité des objectifs de l'employeur, la proportionnalité de l'exigence de l'employeur et enfin l'appréciation du risque que cherche à contrer l'employeur.

Plus tard en 1994, la Cour suprême, dans l'arrêt *Syndicat de*

30. Maurice DRAPEAU, «La considération de l'obligation d'accommodement même en cas de discrimination directe», (1998) 39 *Les Cahiers de droit* 823-848.

31. *Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Limited*, [1985] 2 R.C.S. 536.

32. *Commission ontarienne des droits de la personne c. Etobicoke*, [1982] 1 R.C.S. 202.

33. Voir *Loi modifiant la Charte des droits et libertés de la personne*, *supra*, note 25; Jean-Yves BRIÈRE et Jean-Pierre VILLAGI, *L'obligation d'accommodement de l'employeur: un nouveau paradigme*, *Développements récents en droit du travail*, Éditions Yvon Blais, 2000, vol. 134, p. 222-249.

*l'enseignement de Champlain c. Commission scolaire régionale de Chambly*³⁴, qui était une autre cause de discrimination indirecte attribuable à l'horaire de travail, a rattaché l'obligation d'accommodement au droit à l'égalité de l'article 10.

En fait, jusqu'à tout récemment, la Cour suprême n'avait pas inclus l'obligation d'accommodement raisonnable dans la notion d'exigence professionnelle justifiée³⁵. L'obligation d'accommodement s'appliquait uniquement dans des situations de discrimination indirecte. Suivant les circonstances de chaque affaire, le devoir d'accommodement de l'employeur exigeait que ce dernier trouve une solution raisonnable avec l'employé pour contrer l'effet discriminatoire de la règle et sans qu'il en résulte une contrainte excessive pour l'employeur³⁶.

Cependant, depuis l'arrêt *Central Okanagan School District No. 23 c. Renaud*³⁷, on préconise dorénavant une approche multipartite, où l'employeur, mais aussi le syndicat et l'employé, doivent collaborer afin de trouver un accommodement raisonnable.

D'autres personnes pourraient également être mises à contribution³⁸, forçant ainsi tous les auteurs de la mesure qui a un effet discriminatoire indirect à participer à l'effort d'accommodement.

B. L'unicité du concept

M^e Drapeau³⁹ affirme que l'obligation de respecter le droit à l'égalité tel que prescrit par l'article 10 de la *Charte* favorise l'application de l'obligation d'accommodement dans tous les cas de discrimination, tant directe qu'indirecte. Soutenant que l'obligation d'accommodement est incontestablement un moyen indispensable au droit à l'égalité dans l'exercice des droits et libertés de la personne, il conclut que⁴⁰:

Compte tenu du rôle important qui lui est assigné dans l'établissement de l'égalité, l'«accommodement» traverse le régime de responsabilité pour discrimination illicite; il en constitue carrément l'un des éléments intrinsèques puisqu'il y participe à la fois à titre d'obligation, de moyen de défense, et de mesure de redressement. De l'obligation à la sanction, l'accommodement raisonnable

34. *Syndicat de l'enseignement de Champlain c. Commission scolaire régionale de Chambly*, [1994] 2 R.C.S. 525.

35. *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 R.C.S. 489.

36. *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission)*, *ibid.*, *Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Limited*, précitée, note 32; Pierre E. MOREAU et Natalie BUISSIÈRES, «L'obligation d'accommodement: les limites jurisprudentielles», dans *Développements récents en droit du travail* (1995), Éditions Yvon Blais inc., p. 143-167, aux p. 149 à 152.

37. [1992] 2 R.C.S. 970.

38. «L'obligation d'accommodement: les limites jurisprudentielles», *supra*, note 36, p. 157-161.

39. «La considération de l'obligation d'accommodement même en cas de discrimination directe», *supra*, note 30.

40. *Ibid.*, p. 845.

doit donc nécessairement être considéré comme un redressement approprié à toute discrimination précisément dans le cas où la défense n'a pas justifié l'inexécution de l'obligation de prendre des mesures d'égalité.

Subséquentement et comme l'avait prédit Me Drapeau, la Cour suprême déclare obsolètes les concepts de discrimination directe et indirecte qui permettaient de connaître les moyens de défense qui s'offraient à l'employeur⁴¹. En effet, dans l'arrêt *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*⁴², la Cour statue:

La complexité et la facticité inutile de certains aspects de l'analyse conventionnelle témoignent du fait que le moment est venu de simplifier les lignes directrices qui régissent l'interprétation des lois sur les droits de la personne au Canada.

En fait, plusieurs raisons ont été évoquées pour justifier ce changement d'orientation dont la facticité de la distinction, l'existence de

réparations différentes, la fragilité du concept de groupe minoritaire, la dichotomie des moyens de défense de l'employeur, la légitimation de la discrimination systématique, la dissonance entre l'analyse conventionnelle et l'objet de la loi et enfin la dissonance fondée sur les législations provinciales et celle fondée sur la *Charte canadienne des droits et libertés*⁴³.

Dorénavant, la «méthode unifiée» force l'employeur à franchir trois étapes qui consistent à démontrer que la règle a été adoptée dans un but rationnellement lié à l'exécution du travail en l'analysant eu égard à la validité de son objet; la deuxième étape correspond à la norme subjective (bonne foi de l'employeur)⁴⁴; et la troisième étape, la contrainte excessive pour l'employeur. Dans ce dernier cas, on favorise davantage l'approche individuelle. D'ailleurs, la Cour indique:

[68] Les employeurs qui conçoivent des normes pour le milieu du travail doivent être conscients des différences entre les

41. *Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles) c. Colombie-Britannique (Council of Human Rights)*, [1999] 3 R.C.S. 868. Madame la juge McLachlin y décrit l'état du droit avant l'arrêt *Meiorin* (*infra*); voir également Chantal MASSE, «Le critère unifié de l'affaire *Meiorin* dans le contexte de la défense prévue à l'article 20 de la Charte québécoise: la non-application du volet subjectif relatif à la bonne foi de l'employeur», tiré de *Les 25 ans de la Charte québécoise*, Éditions Yvon Blais inc., 2000, p. 67-89.

42. *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3, par. 24.

43. Pour une étude détaillée de ces motifs, voir *L'obligation d'accommodement de l'employeur: un nouveau paradigme*, *supra*, note 33, p. 230-234.

44. «Le critère unifié de l'affaire *Meiorin* dans le contexte de la défense prévue à l'article 20 de la Charte québécoise: la non-application du volet subjectif relatif à la bonne foi de l'employeur», *supra*, note 41. Me Masse soutient que ce critère subjectif qui force l'employeur à démontrer «qu'il a adopté la norme discriminatoire en croyant sincèrement qu'elle était nécessaire à la réalisation de son objet et sans qu'il ait eu l'intention de faire preuve de discrimination» ne s'appliquera pas au Québec compte tenu du libellé de l'article 20. Voir également *L'obligation d'accommodement de l'employeur: un nouveau paradigme*, *supra*, note 33.

personnes et les différences qui caractérisent des groupes de personnes. Ils doivent intégrer des notions d'égalité dans les normes du milieu de travail. En adoptant des lois sur les droits de la personne et en prévoyant leur application au milieu de travail, les législatures ont décidé que les normes régissant l'exécution du travail devraient tenir compte de tous les membres de la société, dans la mesure où il est raisonnablement possible de le faire. Les cours de justice et les tribunaux administratifs doivent avoir cela à l'esprit lorsqu'ils sont saisis d'une demande dans laquelle l'existence de discrimination liée à l'emploi est alléguée. La norme qui fait inutilement abstraction des différences entre les personnes va à l'encontre des interdictions contenues dans les diverses lois sur les droits de la personne et doit être remplacée. La norme elle-même doit permettre de tenir compte de la situation de chacun, lorsqu'il est raisonnablement possible de le faire. Il se peut que la norme qui permet un tel accommodement ne soit que légèrement différente de la norme existante, mais il reste qu'elle constitue une norme différente.

Peu de temps après avoir rendu cette décision, la Cour suprême⁴⁵ précisait la portée de la notion de mesure d'accommodement en forçant l'employeur à justifier qu'il lui était impossible

d'incorporer dans la norme des aspects d'accommodement individuel sans qu'il en résulte une contrainte excessive.

C. Situations visées par la notion de discrimination fondée sur l'âge

L'article 10 de la *Charte* interdit toute distinction, exclusion ou préférence fondée sur l'âge, *sauf dans la mesure prévue dans la loi*. Contrairement aux autres motifs de discrimination, la définition de l'âge ne pose pas de difficultés particulières. L'âge réfère soit au temps écoulé dans la vie d'une personne, soit à la période de vie allant approximativement d'un âge à un autre⁴⁶. On peut donc dire que la discrimination fondée sur l'âge recevra plein effet du moment que la norme discriminatoire affectera un âge précis.

La réserve, cependant, n'atténuera le droit à l'égalité que dans la mesure où la législation crée des distinctions. Or, dans le domaine du travail, on dénombre plusieurs lois qui autorisent ces distinctions, exclusions et préférences⁴⁷. Dans le cas d'un règlement, l'exclusion ne saurait être autorisée que dans la mesure où une loi habilitante le permet⁴⁸.

En ce qui concerne les personnes vieillissantes, les situa-

45. *Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles) c. British Columbia (Council of Human Rights)*, [1999] 3 R.C.S. 868.

46. Michel COUTU, «La discrimination fondée sur l'âge dans l'emploi et la Charte des droits et libertés de la personne», 46 *R. du B.* 507-547.

47. *La discrimination fondée sur l'âge dans l'emploi et la Charte des droits et libertés de la personne*, *ibid.*, note 46, p. 519-520.

48. *Ville de Montréal c. Arcade Amusements inc.*, [1985] 1 R.C.S. 368.

tions les affectant le plus souvent sont la cessation d'emploi⁴⁹, la mise à la retraite, les conditions de travail et l'accès à l'emploi. Or, à l'instar des autres motifs de discrimination, l'employeur devra dorénavant intégrer, dans le libellé de ses normes, les accommodements raisonnables possibles lorsque ces normes sont susceptibles d'être discriminatoires, sous réserve d'un principe législatif prévoyant l'exclusion, la préférence ou la distinction⁵⁰.

Les tribunaux, et particulièrement la Cour suprême, ont mis l'accent sur l'objectif général d'élimination de la discrimination qui se dégage des lois relatives aux droits de la personne. Bien que les Chartes aient permis de renforcer le droit à l'égalité, c'est par l'application au quotidien que ces lois trouvent leur utilité. Il faudra donc miser sur les politiques de gestion de personnel de l'entreprise qui sont déterminantes pour le respect de tous devant la loi⁵¹.

Au surplus, ces politiques devront préserver la «dignité humaine» par l'élimination de tout traitement discriminatoire tel que défini par la Cour suprême⁵²:

La dignité humaine signifie qu'une personne ou un groupe ressent du respect et de l'estime de soi. Elle relève de l'intégrité physique et psychologique et de la prise en main personnelle. La dignité humaine est bafouée par le traitement injuste fondé sur des caractéristiques ou la situation personnelles qui n'ont rien à voir avec les besoins, les capacités et les mérites de la personne. Elle est rehaussée par des lois qui sont sensibles aux besoins, aux capacités et aux mérites de différentes personnes et qui tiennent compte du contexte sous-jacent à leur différence.

IV- Les mesures d'accommodement envisageables

Dans la foulée des travaux des réseaux canadiens de recherche en politiques publiques (ci-après désigné RCRPP), l'analyse préparée par monsieur Michalski⁵³ révèle que les répondants du sondage désignent de façon majoritaire la responsabilité de l'employeur d'ajouter plus de souplesse dans les plans de retraite des employés qui préféreraient rester sur le marché du travail plus longtemps. De plus, la formation soutenue par l'employeur est également iden-

49. En matière de cessation d'emploi, les chartes ont conduit les employeurs à modifier leurs politiques en matière de licenciement afin d'éviter toute discrimination. Dans le cas de la mise à la retraite, l'employé n'est pas tenu de quitter automatiquement son emploi à moins qu'il ne soit incapable de fournir une prestation suffisante.

50. *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, précité, note 42.

51. *L'effet des chartes québécoise et canadienne sur la gestion des ressources humaines et les rapports collectifs de travail*, op. cit., note 4.

52. *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, précité, note 27, p. 530 (par. 53).

53. Joseph H. MICHALSKI, *What Matters to Canadian NGOs on Aging: An Analysis of Five Public Dialogue Discussions*, Canadian Policy Research Networks, February 2002, 20 pages, p. 12.

tifiée comme facteur de rétention de la main-d'œuvre vieillissante. On y révèle que des programmes gouvernementaux pourraient également faciliter le maintien en emploi, en permettant aux travailleuses et travailleurs âgés de s'adapter aux nouvelles technologies et pratiques de travail.

En matière de valeurs, cette même étude indique que les personnes vieillissantes favorisent leur indépendance et leur autonomie, la possibilité de choisir ainsi que la flexibilité et l'accès à des mesures adaptées à leurs besoins et capacités. Si on pense que les mesures de rajeunissement du personnel⁵⁴ soutenues par les gouvernements et les employeurs, particulièrement au cours de la dernière décennie, ont permis à plusieurs de prendre leur retraite plus rapidement⁵⁵, les études et statistiques nous laissent perplexes sur la réelle volonté des bénéficiaires d'y adhérer.

Les préjugés entretenus par les entreprises à l'égard des travailleuses et travailleurs de plus de 45 ans ajoutent aux pressions qu'ils peuvent subir dans leur choix de quitter ou rester dans l'entreprise. Le Conseil du patronat révélait les principales barrières qui font obstacle à l'engagement des travailleurs de plus de 45 ans⁵⁶. Les changements technologiques sont en tête du palmarès, soit parce qu'ils dépassent les em-

ployés par leur réticence ou parce qu'ils n'ont pas su s'adapter. Les exigences salariales plus élevées de même que le faible rendement pressenti par les employeurs sur leurs investissements en matière de formation, l'absentéisme et la culture d'entreprise sont aussi du nombre.

Cependant, ces préjugés devront céder le pas à la réalité et aux défis dus à la pénurie de main-d'œuvre à venir. En effet, les mesures de maintien en emploi pourraient être axées sur la gestion des carrières (planification et développement de carrière, mouvements de la main-d'œuvre) et celle relative à l'adaptation des conditions de travail (aménagement du temps de travail, adaptation du poste de travail, rémunération et avantages sociaux).

Au chapitre du développement de carrière, on peut envisager des mesures facilitant la réorientation de carrière ainsi que la polyvalence des employés. Ces mesures devraient nécessairement être soutenues par des programmes de formation continue. La résistance des employés aux changements technologiques s'en trouverait donc réduite. Au surplus, l'espérance de vie de la technologie nouvellement implantée est telle que nombre d'employés vieillissants pourraient rentabiliser l'investissement des entreprises. La création d'équipes de tra-

54. *Vieillesse, emploi, préretraite: Les facteurs socio-économiques influant sur la gestion de la main-d'œuvre vieillissante*, supra, note 15.

55. *Ibid.* Dans cette recherche, les entreprises évaluées affichaient comme âge moyen de retraite 55,3 ans.

56. *Barrières à l'emploi du travailleur vieillissant: perceptions des employeurs et réalités*, supra, note 14.

vail moins homogènes permettrait d'apprivoiser celles et ceux, plus jeunes, qui sont plus inquiets par la présence de travailleurs plus âgés. Par cette méthode, la culture d'entreprise pourrait s'enrichir de nouvelles valeurs dues à la présence de travailleuses et travailleurs d'âges divers.

Quant à l'adaptation des conditions de travail, le travail à temps partiel pourrait être un moyen à envisager. Tout en réduisant possiblement le taux d'absentéisme, cette avenue pourrait s'intégrer facilement dans un processus de retraite progressive qui pourrait se terminer par une date butoir de mise à la retraite. Il est clair que dans cette perspective, la polyvalence des employés sera contributive à la réussite d'un tel programme. Les congés sans solde pour fins personnelles ou encore pour acquérir de nouvelles habiletés seraient envisageables. Les horaires de travail pourraient être adaptés également pour offrir plus de flexibilité ou des conditions particulières.

Certaines entreprises ont tenté quelques expériences de cette nature mais les résultats démontrent une certaine méfiance, voire une opposition, des syndicats qui y voient la perte de certains avantages⁵⁷. Le mouvement syndical devra également réfléchir sur cette question afin de répondre adéquatement à une clientèle plus diver-

sifiée. C'est une question de survie du mouvement syndical et de réponse à son devoir de représentativité dont les normes sont de plus en plus balisées par des éléments extérieurs.

CONCLUSION

Le vieillissement de la population est un phénomène sans précédent dont on ne connaît pas l'équivalent dans l'histoire de l'humanité⁵⁸. Ce constat fait donc réfléchir nos sociétés industrialisées car il s'applique à la population mondiale⁵⁹. Afin de développer des stratégies et politiques à ce sujet, le gouvernement du Québec a créé, il y a quatre ans, un Secrétariat des aînés.

Or, dans le domaine du travail, nous avons vu qu'à l'ère des droits de la personne, la diversification croissante de la main-d'œuvre contraint les intervenants à composer avec les différences individuelles autant qu'il est raisonnablement possible de le faire. La question de l'accommodement n'est plus un choix mais une réalité avec laquelle il faudra composer. Les sociétés modernes devront s'ajuster à l'évolution en affirmant concrètement la reconnaissance de la primauté des droits et faire en sorte que l'obligation d'accommodement raisonnable créée par la jurisprudence occupe une place privilégiée:

57. *Ibid.*, p. 492-495; *Discrimination et obligation d'accommodement en milieu de travail syndiqué*, *supra*, note 28.

58. C'est le constat noté par la Division de la population de l'ONU, tiré du journal *Métro*, mardi 11 juin 2002, p. 8.

59. Les Nations Unies, lors de la Deuxième assemblée mondiale sur le vieillissement, a révélé que vraisemblablement, d'ici cinquante ans, le nombre de personnes de plus de 60 ans aura presque quadruplé, passant d'environ 600 millions à près de deux milliards.

[...] La nation moderne est engagée dans une difficile transition entre le vieux paradigme de l'homogénéité, ordinairement synonyme d'assimilation forcée, de discrimination et d'exclusion, et le paradigme de la différence ou de la diversité, marqué par le respect des particularismes culturels et l'universalité des droits civiques. C'est là le grand bouleversement qui commande tous les autres, à savoir: la révision des mentalités et des idéologies sociopolitiques, le réaménagement du droit et des rapports État-citoyen, la refonte des politiques sociales, la redéfinition du cadre symbolique de la nation, la reconstruction de la mémoire, la recherche de nouveaux fondements de la cohésion collective.⁶⁰

Les barrières au réemploi des travailleuses et travailleurs vieillissants tiennent tant aux réalités du marché du travail qu'à des perceptions faussées ou attitudes négatives⁶¹. Le fait de négliger d'évaluer au mérite le potentiel de chaque employé est non seulement contraire à la *Charte des droits et libertés de la personne* mais prive les employeurs d'une ressource de grande valeur. Si légalement on ne peut plus faire abstraction de la diversité, c'est peut-être dans l'analyse du respect de la dignité humaine qu'on y puisera nos motivations.

60. *Discrimination et obligation d'accommodement en milieu de travail syndiqué*, *supra*, note 28, p. 383.

61. *Barrières à l'emploi du travailleur vieillissant: perceptions des employeurs et réalités*, *supra*, note 14, p. 12. «Les recherches démontrent que le pourcentage d'individus qui maintiennent le même niveau de fonctionnement tout au long de leur vie est assez élevé. Schaie (1990) démontre que selon le groupe d'âge, 60 à 85 % des travailleurs âgés auraient maintenu et même amélioré leurs compétences professionnelles. En fait, les sujets à l'étude ne démontraient aucune perte sérieuse d'habiletés avant l'âge de 60 ans, et, entre les âges de 60 et 74 ans, moins du tiers avaient subi certaines pertes.»

DROIT DES SÛRETÉS

Philippe BÉLANGER

La portée des modifications apportées aux articles 2667 et 2762 du *Code civil du Québec*: Quels sont les frais qui ne peuvent plus être garantis par hypothèque?

Introduction

«S'il doit exercer ses recours, un prêteur hypothécaire ne peut jamais être payé intégralement au Québec». Telle est la triste conclusion que tirent certains juristes¹ depuis l'adoption, le 13 juin 2002, du Projet de loi 50 visant notamment à modifier, de nouveau, le *Code civil du Québec* («C.c.Q.»).

Malgré certaines représentations pour le moins vigoureuses qui lui furent faites par le Barreau et par certains autres organismes², le législateur québécois a en effet choisi d'amender les articles 2667 et 2762 C.c.Q. afin de faire en sorte que les honoraires extrajudiciai-

res engagés par le titulaire de l'hypothèque ne constituent plus, à toutes fins utiles, une créance pouvant être garantie hypothécairement.

Comme on le verra, ces modifications visent à renverser un courant jurisprudentiel dominant suivant lequel le créancier hypothécaire est en droit d'inclure à sa créance hypothécaire les «frais engagés» dont les honoraires extrajudiciaires d'avocat qui ont été engagés, c'est-à-dire les honoraires convenus avec le client plutôt que ceux prévus par le tarif.

Malheureusement, comme on le verra également, les modifications apportées aux articles 2667 et

1. Je dois cette citation à notre confrère, M^e Max Mendelsohn, et j'espère ne pas avoir trahi sa pensée. J'en profite pour le remercier de m'avoir fait part de ses observations quant à la portée des modifications apportées. Je remercie également mes collègues, Michel Deschamps, Antoine Leduc, Philippe Levasseur et Marie-Christine Demers, pour leur aide indispensable.
2. L'Association des banquiers canadiens, «Commentaires sur le projet de loi n^o 50: Loi modifiant le Code civil» (mars et avril 2002) [non publié], l'Association de la construction du Québec, «Commentaires de l'Association de la construction du Québec concernant le projet de loi 50, Loi modifiant le Code civil» (mars et avril 2002) [non publié], Regroupement des gestionnaires de copropriété du Québec, «Projet de loi n^o 50, Loi modifiant le Code civil, commentaires du Regroupement des gestionnaires de copropriété du Québec» (mars et avril 2002) [non publié]. Étrangement, la Chambre des notaires ne s'est pas opposée aux modifications suggérées; voir: Chambre des notaires du Québec, «Projet de loi n^o 50: Loi modifiant le Code civil» (mars et avril 2002) [non publié],

2762 C.c.Q. sont rédigés de bien piètre façon et soulèveront beaucoup plus de problèmes qu'ils n'en règlent.

Il est en effet difficile de déterminer si le législateur québécois a voulu que tous les frais de professionnels retenus par le créancier ne puissent être inclus à la créance hypothécaire ou s'il a plutôt voulu faire en sorte que seuls les honoraires et débours taxables des avocats du créancier hypothécaire soient garantis hypothécairement.

Dans les lignes qui suivent, je tenterai de cerner les diverses interrogations découlant de ces modifications et de suggérer certaines solutions aux problèmes pratiques de taille qui seront sûrement soumis aux tribunaux québécois.

Afin de bien comprendre la portée des changements apportés par les modifications aux articles 2667 et 2762 C.c.Q., il importe tout d'abord de faire un survol de l'état du droit sur cette question sous l'empire du *Code civil du Bas Canada* («C.c.B.C.») (partie 1) et sous l'empire du *Code civil du Québec* avant les modifications apportées (partie 2). J'aborderai ensuite la portée des modifications aux articles 2667 et 2762 C.c.Q. (partie 3) à la lumière de l'intention exprimée par le législateur dans le cadre des travaux préparatoires et débats parlementaires ayant mené aux modifications (partie 4). Enfin, avant de conclure, il y aura lieu de s'interroger quant aux principes de

droit transitoire relatif aux modifications apportées (partie 5).

1. Les frais engagés sous l'empire du *Code civil du Bas Canada*

Lors de l'adoption du Projet de loi 50, le ministre de la Justice, M. Paul Bégin, a affirmé³ à de nombreuses reprises que les modifications apportées aux articles 2667 et 2762 C.c.Q. visent à faire en sorte que l'on revienne à la règle générale en vigueur sous le C.c.B.C. suivant laquelle le créancier hypothécaire ne pouvait réclamer, à titre de créance garantie hypothécairement, les honoraires extrajudiciaires déboursés dans l'exercice de ses droits hypothécaires.

Au C.c.B.C., la question des frais était traitée au troisième alinéa de l'article 2017 qui se lisait comme suit:

Elle [l'hypothèque] assure outre le principal les intérêts qu'il produit, sous les restrictions portées au titre de l'Enregistrement des droits réels, *et tous les frais encourus*. [Notre italique]

Or, la doctrine et la jurisprudence ont interprété cette disposition comme permettant au créancier hypothécaire de réclamer tous les frais engagés pour le recouvrement de sa créance, incluant, par exemple, les frais d'action et les frais de saisie du créancier hypothécaire⁴. Ces frais étaient garantis par l'hypothèque selon le libellé même du troisième alinéa de l'article 2017 C.c.B.C.

3. Voir plus loin à la Partie 4

4. Voir P. CIOTOLA, *Droit des sûretés*, 2^e éd., Montréal, Thémis, 1987, à la p. 284; *Forget dit Dépatie c. Savard*, (1922) 60 C.S. 220; *Lévis Autos (1971) Ltée c. Bolduc et La Laurentienne, Cie mutuelle d'assurance*, [1977] C.S. 562.

De plus, le créancier hypothécaire bénéficiait des privilèges mobiliers ou immobiliers concernant les frais de justice, prévus aux articles 1994 et 2009 C.c.B.C., qui lui permettaient d'obtenir paiement par préférence des frais engagés pour obtenir jugement sur son action hypothécaire ou personnelle hypothécaire. Enfin, il semblerait que les frais engagés pour la conservation du bien n'étaient garantis que dans le cas du gage, aux termes de l'article 1973 C.c.B.C.⁵.

Louis Payette résume l'état du droit sous le C.c.B.C. en ces termes:

Sous le Code civil du Bas Canada, le privilège pour frais de justice, mobilier (art. 1994 C.c.B.C.) ou immobilier (art. 2009 C.c.B.C.), dont bénéficiait le créancier hypothécaire, lui donnait droit au paiement par préférence des frais encourus pour obtenir jugement sur son action hypothécaire ou personnelle-hypothécaire. L'article 2017 C.c.B.C. énonçait par ailleurs que l'hypothèque garantissait les «frais encourus», ce qui visait les autres frais encourus pour parvenir au paiement de la créance. Dans tous les cas, *en l'absence de convention*, il ne s'agissait que des frais judiciaires taxables: on ne reconnaissait pas au créancier hypothécaire des droits plus étendus que ceux de toute partie victorieuse à un litige qui, suivant les articles 477 et 480 C.p.c. ne peut obtenir condamnation de l'autre qu'à l'égard des frais taxables. Cependant, le créancier hypothécaire qui percevait les loyers en

vertu d'une clause de transport de loyer (à cette époque, il ne s'agissait pas là d'hypothèque) avait le droit, lors de la reddition de compte, de déduire les dépenses encourues durant sa gestion.⁶ [notre italique]

Tel qu'on peut le constater, sous l'ancien Code, le créancier hypothécaire ne pouvait probablement pas réclamer, à titre de créance hypothécaire, les honoraires et frais judiciaires autres que ceux qui avaient été dûment taxés; ceci étant, le créancier hypothécaire pouvait valablement ajouter à sa créance hypothécaire certains frais qualifiés d'extrajudiciaires, à titre d'exemple, les dépenses occasionnées dans la gestion d'un immeuble lors de l'exercice par le créancier d'une clause de transport de loyers⁷. En toute déférence, il est donc erroné de prétendre, comme l'a fait le ministre de la Justice lors de l'étude du Projet de loi 50, que le droit antérieur ne permettait pas au créancier hypothécaire de réclamer, par le truchement de son hypothèque, l'ensemble des honoraires ou frais extrajudiciaires engagés par le créancier hypothécaire.

2. Les frais engagés sous l'empire du *Code civil du Québec* suivant la jurisprudence développée depuis 1994

Avant l'entrée en vigueur du Projet de loi 50, le 13 juin 2002, un courant jurisprudentiel majori-

5. Voir L. PAYETTE, *Les sûretés réelles dans le Code civil du Québec*, 2^e éd., Cowansville (Qc.), Yvon Blais, 1991, aux p. 286-287, 289, nos 709 et 712.

6. Voir L. PAYETTE, *Les sûretés réelles dans le Code civil du Québec*, 2^e éd., Cowansville (Qc.), Yvon Blais, 1991, aux p. 286-287, n° 709 (note 889).

7. Voir: *Biron c. Cicchino*, [1998] R.D.I. 573 (C.S.).

taire, confirmé par un arrêt de la Cour d'appel du Québec⁸, voulait que les notions de «frais légitimes engagés» et de «frais engagés», édictées aux articles 2667, 2761 et 2762 du Code civil, comprennent les frais engagés pour le recouvrement de la créance, les honoraires judiciaires et les honoraires extrajudiciaires engagés par le créancier pour la sauvegarde de ses droits et la réalisation de sa sûreté, ainsi que les frais engagés pour conserver le bien grevé⁹. Un courant jurisprudentiel minoritaire limitait ces frais, en dehors de ceux engagés pour conserver le bien grevé, aux seuls honoraires judiciaires prévus, en outre, au *Tarif des honoraires judiciaires des avocats*, R.R.Q., 1981, c. B-1, r. 13 (le «Tarif»)¹⁰.

Les frais doivent donc être engagés dans le cadre du recouvrement de la créance; les frais de préparation d'actes d'hypothèques ne sont pas, selon une jurisprudence ancienne, couverts par l'hypothèque¹¹. En effet, les frais engagés à l'occasion de l'hypothèque, mais non pour parvenir au paiement de la créance hypothécaire, ne sont pas couverts par l'hypothèque. Ce raisonnement, fondé sur le libellé de l'article 2017 C.c.B.C., s'applique toujours au libellé de l'article 2667 C.c.Q. qui, au demeurant, est plus précis, édictant que l'hypothèque ne sert à garantir que les «frais légitimement engagés pour recouvrer le capital et l'intérêt».

Après l'entrée en vigueur du C.c.Q., les tribunaux ont précisé

8. 164618 *Canada inc. c. Compagnie Montréal Trust*, [1998] R.J.Q. 2696 (C.A.) (ci-après «Montréal Trust»). Voir aussi, notamment: *Robitaille c. Mackay*, [1995] R.D.I. 522 (C.S.); 2866-0884 *Québec inc. c. Doyon*, [1996] R.D.I. 215 (C.S.); *Banque de Montréal c. Plourde*, [1996] R.D.I. 250 (C.S.); *Banque Hongkong du Canada c. Conner*, [1996] R.D.I. 245 (C.S.); *Syndicat des copropriétaires de L.O. Grothe c. 2641-4672 Québec inc.*, [1996] R.J.Q. 497 (C.Q.); *Barakaris c. Caisse populaire St-Norbert de Chomedey*, [1997] R.J.Q. 1031 (C.S.); *P.G. Productions inc. c. Intégral Vidéo inc.*, [1996] R.J.Q. 675 (C.S.); *Distribution Toiture mauricienne inc. c. Développement Élégantes Rive-Nord inc.*, J.E. 98-423 (C.Q.); *Société d'hypothèque C.I.B.C. c. Ducharme*, [1998] R.D.I. 663 (C.S.); *Sœurs du Bon-Pasteur de Québec c. Banque Commerciale Italienne du Canada*, J.E. 99-2120 (C.A.), [1998] R.J.Q. 115 (C.S.); *Caisse populaire Gatineau c. Talbot*, [1999] R.D.I. 287 (C.S.); *Plomberie Pierre Lacoste inc. c. 2756-8708 Québec inc.*, J.E. 99-753 (C.S.).
9. Voir P. CIOTOLA, *Droit des sûretés*, 3^e éd., Montréal, Thémis, 1999, à la p. 427, n° 4.31; L. PAYETTE, *Les sûretés réelles dans le Code civil du Québec*, 2^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001, aux p. 284-293, n°s 705-720; D. PRATTE, «Priorités et hypothèques», dans *Contrats, prescription, sûretés et publicité des droits: Collection de droit 2001-2002*, vol. 6, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001, aux p. 139-140.
10. *Roberge c. Caisse populaire Desjardins Sainte-Rose de Laval*, [1995] R.D.I. 497 (C.S.); *Sico inc. c. Entreprises Solis Viera inc.*, [1998] R.D.I. 332 (C.Q.); 2950-8173 *Québec inc. c. Investissements Ambassador inc.*, [1999] R.J.Q. 1399 (C.S.); *Paquet-Lebel c. Daigneault*, [1999] R.J.Q. 1439 (C.S.); *BT-PR Realty Holdings inc. c. Place Fortier, société en commandite*, J.E. 98-1042 (C.S.); *Résidences Beaconsfield c. Gazdar*, J.E. 97-563 (C.Q.).
11. *Forget dit Dépatie c. Savard*, (1922) 60 C.S. 220. À notre connaissance, cette décision n'a pas été contredite par la suite. Ces frais soulèvent moins de problèmes pratiques puisqu'ils sont généralement acquittés par le débiteur hypothécaire lors de l'octroi des crédits alors qu'il n'est pas envisagé de recouvrer la créance.

les paramètres des frais qu'un créancier hypothécaire peut réclamer au chapitre des «frais engagés». Ainsi, les tribunaux jouissent d'une certaine discrétion dans l'appréciation qu'ils ont des frais qui peuvent être réclamés, suivant les circonstances propres à chaque cas. Par exemple, M. le juge Louis Crête, dans l'affaire *Société d'hypothèques C.I.B.C. c. Ducharme*¹², s'exprime comme suit:

[...] Il ne fait pas de doute dans l'esprit du Tribunal qu'un créancier hypothécaire ne pourrait pas, au motif que son débiteur est en défaut, lui monter un compte injustifiable et le lui réclamer au simple motif qu'il s'agit de frais qu'il a engagés. Le droit du créancier de récupérer les frais engagés n'est pas une licence à charger au débiteur tout ce qu'on peut vouloir prétendre. Le Tribunal jouit ici à cet égard d'une certaine discrétion dans l'évaluation de ce qui peut avoir été légitime en termes de frais engagés.

Dans le dossier qui nous occupe, le témoignage de l'avocat responsable au dossier, M^e Stéphane Teasdale, nous apprend qu'environ 700 \$ apparaissent au compte en rapport avec le premier préavis d'exercice d'un droit hypothécaire, préavis auquel la CIBC n'a pas donné suite, vu l'entente intervenue quant au paiement des taxes apparemment en souffrance. Il ne saurait donc pas être question ici de tenter de récupérer cette somme, qui n'est pas directement reliée à la requête en prise en paiement dont le Tribunal est saisi présentement, et ce, même si la CIBC a sûrement dû payer ses avocats pour les frais engagés à ce chapitre là.

Il faudra aussi déduire tout le temps passé, et chargé au client, pour ce qui est des représentations faites par Pouliot Mercure sur l'exception déclinatoire de M. Ducharme. De toute évidence, même si cela convenait bien à la CIBC et à Pouliot Mercure d'intenter le recours dans le district de Montréal, c'est tout de même le district d'Iberville qui avait compétence exclusive sur la matière, vu l'emplacement du bien hypothéqué et le lieu du contrat. Des procédures intentées n'auraient jamais dû l'être à Montréal et M. Ducharme n'a pas à subir les coûts reliés à l'erreur de la demanderesse à ce chapitre.

On note que les frais engagés qu'un créancier peut réclamer doivent non seulement être liés à l'exercice d'un recours hypothécaire qui fait l'objet d'une instance précise, mais qu'en plus, les «erreurs» dont serait responsable le créancier à ce chapitre ne peuvent être imputées au débiteur hypothécaire.

Cette décision du tribunal vaut pour tous types de frais engagés par le créancier et qui sont l'objet d'une réclamation à l'endroit du débiteur, incluant les frais liés à la conservation du bien (voir à ce sujet la décision de la Cour d'appel rendue dans l'affaire *Montréal Trust*, à la p. 2702).

De surcroît, la Cour d'appel a déjà estimé qu'en certaines circonstances, les honoraires judiciaires engagés par un créancier dans l'exercice de ses recours, bien qu'étant naturellement couverts par l'expression «frais engagés», ne pouvaient être réclamés du débi-

12. [1998] R.D.I. 663, 666 (C.S.).

teur, en raison de l'importance des honoraires extrajudiciaires réclamés¹³.

Enfin, on s'est demandé s'il était nécessaire qu'une clause prévoie, au contrat ou à l'acte d'hypothèque, que les frais engagés, incluant les honoraires extrajudiciaires et professionnels, soient à la charge du débiteur, pour que de tels frais soient garan-

tis hypothécairement. À ce sujet, jurisprudence et doctrine se sont montrées partagées¹⁴.

3. Les modifications apportées aux articles 2667 et 2762 C.c.Q.

Afin de bien identifier les modifications apportées aux articles 2667 et 2762 C.c.Q., il convient de reproduire ces dispositions en parallèle à leurs versions antérieures:

Art. 2667 L'hypothèque garantit, outre le capital, les intérêts qu'il produit et les frais légitimement engagés pour les recouvrer ou pour conserver le bien grevé.	Art. 2667 tel que modifié: L'hypothèque garantit, outre le capital, les intérêts qu'il produit et les frais, <i>autres que les honoraires extrajudiciaires</i>, légitimement engagés pour les recouvrer ou pour conserver le bien grevé.	Art. 2762 Le créancier qui a donné un préavis d'exercice d'un droit hypothécaire n'a le droit d'exiger du débiteur aucune indemnité autre que les intérêts échus et les frais engagés.	Art. 2762, tel que modifié: Le créancier qui a donné un préavis d'exercice d'un droit hypothécaire n'a le droit d'exiger du débiteur aucune indemnité autre que les intérêts échus et les frais engagés. <i>Nonobstant toute stipulation contraire, les frais engagés excluent les honoraires extrajudiciaires dus par le créancier pour des services professionnels qu'il a requis pour recouvrer le capital et les intérêts garantis par l'hypothèque ou pour conserver le bien grevé.</i>
--	---	---	--

13. Voir *Sœurs du Bon Pasteur de Québec c. Banque Commerciale du Canada*, J.E. 99-2120 (C.A.); voir aussi la décision rendue dans l'affaire *Plomberie Pierre Lacoste inc. c. 2756-8708 Québec inc.*, J.E. 99-753 (C.S.).

14. Autorités en faveur de la nécessité d'une stipulation à l'acte d'hypothèque: 2950-8173 *Québec inc. c. Investissements Ambassador inc.*, [1999] R.J.Q. 1399 (C.S.); *Paquet-Lebel c. Daigneault*, [1999] R.J.Q. 1439 (C.S.); autorités n'exigeant pas une stipulation à l'acte d'hypothèque: *Banque de Montréal c. Plourde*, [1996] R.D.I. 250 (C.S.); 2866-0884 *Québec inc. c. Doyon*, [1996] R.D.I. 215 (C.S.); P. CIOTOLA, *Droit des sûretés*, 3^e éd., Montréal, Thémis, 1999, à la p. 427, n^o 4.31.

L'on constate que le législateur québécois a voulu traiter de la question des honoraires extrajudiciaires sous deux angles différents: ces frais ne peuvent être garantis hypothécairement et ne peuvent, au surplus, être réclamés par le créancier ayant signifié un préavis d'exercice d'un recours hypothécaire¹⁵.

À la seule lecture de l'article 2667 C.c.Q., l'on comprend que l'hypothèque ne peut désormais garantir, à titre de frais, les «honoraires extrajudiciaires» qui ont été engagés par le créancier hypothécaire pour recouvrer sa créance ou encore pour conserver le bien grevé.

D'entrée, il faut souligner que cette disposition fait en sorte que les honoraires extrajudiciaires ne peuvent être ajoutés à la créance hypothécaire; elle n'empêche aucunement que le débiteur hypothécaire soit par ailleurs personnellement tenu, par convention, au remboursement des honoraires en question.

Ceci étant, quels sont donc les «honoraires extrajudiciaires» ne pouvant plus, selon le législateur québécois, être inclus à la créance hypothécaire?

En limitant notre seule lecture à l'article 2667 C.c.Q. et en interprétant les termes «honoraires extrajudiciaires» à la lumière de la législation québécoise *in pari*

*materia*¹⁶, l'on conclura sans peine qu'il ne s'agit que des honoraires dus à l'avocat du créancier hypothécaire chargé d'agir en vue du recouvrement de la créance hypothécaire ou en vue de la conservation du bien grevé par hypothèque.

En effet, les termes «honoraires extrajudiciaires» ou «frais extrajudiciaires» sont des termes utilisés par le législateur québécois pour référer à des honoraires d'avocat, tant à la *Loi sur le Barreau*¹⁷ qu'au Code de déontologie des avocats¹⁸. À titre d'exemple, la notion de «frais extrajudiciaires» est définie comme suit à la *Loi sur le Barreau*:

[...] frais extrajudiciaire: les honoraires ou frais, qu'un avocat peut exiger pour des services professionnels ou en sus des frais judiciaires et qui découlent de l'exercice de la profession d'avocat

Les services justifiant ce que notre législateur qualifie d'«honoraires extrajudiciaires» sont énumérés à l'article 126.1 de la *Loi sur le Barreau* qui se lit comme suit:

Les services justifiant des honoraires extrajudiciaires comprennent, entre autres, les vacations, les voyages, les avis, les consultations écrites et verbales, l'examen, la préparation, la rédaction, l'envoi, la remise de tout document, procédure ou dossier et généralement tous autres services requis d'un avocat.

15. L'on peut penser qu'à plusieurs égards, la modification apportée à l'article 2762 C.c.Q. n'était pas nécessaire; si l'on conclut en effet que les honoraires extrajudiciaires ne peuvent être garantis par hypothèque, comment pourraient-ils être réclamés par celui qui exerce ses droits en vertu de cette même hypothèque?

16. Voir P.-A. CÔTÉ, *Interprétation des lois*, 3^e éd., Montréal, Thémis, 1999, aux p. 434 à 440.

17. L.R.Q., c. B-1, art. 126.

18. R.R.Q., 1981, c. B-1, r. 1, art. 4.02.01(x).

Une lecture conjointe des articles 2667 et 2762 C.c.Q. soulève cependant des interrogations. En effet, en tenant pour acquise la cohérence du législateur dans son utilisation des termes «honoraires extrajudiciaires» aux articles 2667 et 2762 C.c.Q., il faut vraisemblablement que ces termes aient une portée identique aux deux dispositions.

D'ailleurs, avant l'entrée en vigueur du Projet de loi 50, les tribunaux québécois¹⁹ ont déjà conclu que les «frais engagés» auxquels il est fait référence à l'article 2667 C.c.Q. sont les mêmes que ceux énoncés aux articles 2761 et 2762 C.c.Q.

Or, à l'article 2762 C.c.Q., le législateur québécois précise que le créancier hypothécaire ne peut exiger que lui soient versés «les honoraires extrajudiciaires dus par le créancier pour des services professionnels qu'il a requis [...] et ce, nonobstant toute stipulation contraire».

L'utilisation des termes «nonobstant toute stipulation contraire» nous mène à conclure que la règle exprimée à l'article 2762 C.c.Q. est d'ordre public et ne peut donc être écartée contractuellement²⁰. Même si les termes «nonobstant toute stipulation contraire» ne sont pas utilisés à l'article 2667 C.c.Q., il est probable que les tribunaux concluent que la règle exprimée à l'article 2667

C.c.Q. est également d'ordre public: les clauses contractuelles visant à garantir hypothécairement le paiement des honoraires extrajudiciaires sont donc vraisemblablement inopposables au débiteur hypothécaire et, le cas échéant, aux autres créanciers, hypothécaires ou non, de ce débiteur hypothécaire.

L'on note par ailleurs que la notion d'«honoraires extrajudiciaires» semble beaucoup plus large à l'article 2762 C.c.Q. puisqu'elle y est liée à la notion de «services professionnels», laissant entendre que les frais engagés par le créancier auprès de professionnels autres que des avocats ne pourraient être inclus à la créance hypothécaire.

La portée des termes «services professionnels» utilisés à l'article 2762 C.c.Q. revêt une importance capitale lorsque l'on garde à l'esprit, comme le souligne avec justesse Louis Payette, qu'en vue du recouvrement de sa créance hypothécaire, le créancier engage fréquemment des frais autres que des honoraires d'avocats:

Sous le *Code civil du Québec*, plusieurs droits ou recours s'exercent extrajudiciairement, lorsqu'il n'y a pas contestation de la part du débiteur. Le créancier peut percevoir les loyers hypothéqués ou, plus généralement, les créances hypothéquées; il peut, sur délaissement volontaire, exercer le droit de prendre possession pour fins d'administration ou encore celui de

19. Voir L. PAYETTE, *Les sûretés réelles dans le Code civil du Québec*, 2^e éd., Cowansville, Yvon Blais, 2001, p. 287 à 288, n° 709, et p. 744 à 745, n° 1705.

20. La jurisprudence et la doctrine reconnaissent clairement qu'une disposition s'appliquant «nonobstant toute disposition contraire» contient une règle d'ordre public; voir à cet effet: *Interprétation des lois*, P.A. Côté (3^e édition), p. 288 à 292.

prendre en paiement ou de vendre lui-même le bien, avec le statut, jusqu'à ce que la vente ait lieu, de «simple administrateur du bien d'autrui». Dans tous ces cas il ne saisit le tribunal d'aucune requête; dans tous ces cas il n'y a pas de «frais judiciaires» mais il a des «frais engagés», que le Code déclare garantis par l'hypothèque;²¹

Le législateur québécois a-t-il voulu faire en sorte que le créancier hypothécaire ne puisse réclamer hypothécairement les honoraires payés à une firme d'architectes en vue de la réfection d'un immeuble hypothéqué souffrant de vices de construction? À une firme de comptables chargée de conseiller le créancier dans l'exercice de ses droits? À un mandataire chargé de percevoir les loyers pour et au nom du créancier hypothécaire?

Pour répondre à ces questions, il faut examiner de plus près et scruter l'intention exprimée par le législateur québécois lorsqu'il a adopté le Projet de loi 50. L'on étudiera donc ci-après certains extraits des débats parlementaires ainsi que certains propos tenus lors des consultations relatives au Projet de loi 50 afin de tenter de cerner la volonté de notre législateur.

4. L'INTENTION EXPRIMÉE DU LÉGISLATEUR

On reconnaît en droit civil québécois que l'on puisse avoir recours aux discours tenus à

l'Assemblée nationale et aux propos tenus en commission parlementaire ou dans le cadre de travaux préparatoires afin d'identifier l'intention du législateur²².

Or, en mars 2002, dans le cadre d'une commission parlementaire portant sur le Projet de loi 50, le ministre Paul Bégin a expliqué les motifs des modifications suggérées aux articles 2667 et 2762 C.c.Q.:

Je voudrais cependant vous rappeler que, sous l'empire du Code civil du Bas-Canada, les créanciers hypothécaires étaient autorisés à réclamer «tous les frais encourus» sans pourtant que ces frais aient été considérés comme couvrant les honoraires extrajudiciaires déboursés pour des services professionnels. Mais la jurisprudence considère aujourd'hui que le créancier hypothécaire a droit à ces honoraires parce que le nouveau Code civil, plutôt que de maintenir l'anglicisme «frais encourus» de l'ancien Code, parle maintenant de «frais engagés» ou de «frais légitimement engagés». Or, cette simple reformulation des textes du Code, dictée uniquement par la justesse de la langue, ne peut, à mon avis, justifier le changement de fond qu'y a vu la jurisprudence, surtout que l'interprétation donnée entraîne, M. le Président, une disparité de traitement qui m'apparaît non souhaitable entre les créanciers ordinaires

21. L. PAYETTE, *Les sûretés réelles dans le Code civil du Québec*, 2^e éd., Éditions Yvon Blais, p. 287-288

22. Voir P.-A. CÔTÉ, *Interprétation des lois*, 3^e éd., Montréal, Thémis, 1999, p. 552; *Construction Gilles Paquette ltée c. Entreprise Végo ltée*, [1997] 2 R.C.S. 299, 311; *Doré c. Verdun (Ville de)*, [1997] 2 R.C.S. 883-885; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1989] 1 R.C.S. 27, 45 et 46; *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688.

et les créanciers hypothécaires, puisque seuls ces derniers se voient présentement conférer le droit de réclamer ces honoraires professionnels.²³

Lors de l'adoption du Projet de loi 50, le ministre Paul Bégin a mentionné que les modifications proposées visent en fait à mettre un terme à une situation inéquitable résultant des interprétations jurisprudentielles données à la notion de «frais engagés»; l'inéquité résulterait du fait que le débiteur hypothécaire qui réussit à faire rejeter le recours hypothécaire qu'il a dû défendre n'a pas le droit, contrairement au créancier hypothécaire, de réclamer du créancier les honoraires qu'il a dû engager pour sa défense sur une base «avocat-client».

Le ministre s'est exprimé en ces termes à ce sujet:

En matière d'hypothèque, le projet de loi propose des précisions qui témoignent d'un même souci de mettre un terme à une situation inéquitable découlant de l'interprétation jurisprudentielle afin qu'il soit clair que le créancier hypothécaire ne puisse réclamer de son débiteur en défaut les honoraires professionnels qu'il a dû déboursier à cette fin, alors que le débiteur poursuivi ne bénéficie pas du même avantage advenant qu'il ait gain de cause. *Cette mesure correspond à la règle de l'ancien Code civil* qui autorisait le créancier hypothécaire à réclamer tous les frais encourus sans pourtant que ces frais aient été

considérés comme couvrant les honoraires extrajudiciaires déboursés pour des services professionnels. *Elle correspond également à la règle générale qui veut que chaque partie supporte les honoraires de son avocat à moins de décision contraire du juge.*²⁴

Les propos du ministre Bégin furent appuyés par l'opposition officielle, madame Michèle Lamquin-Éthier, porte-parole de l'opposition officielle en matière de justice, s'étant exprimée ainsi:

Est-ce que les honoraires extrajudiciaires sont ou non compris dans «frais légitimement engagés»? Alors, il y a eu un arrêt de la Cour d'appel qui est venu, semble-t-il dire que oui, et cet arrêt-là a été repris dans d'autres jugements par la Cour supérieure. Ça créait véritablement un problème. L'interprétation semblait contraire à l'intention véritable du législateur lorsqu'il a promulgué les articles 10 et 11. Donc, la modification vient donc remédier, contrer une tendance jurisprudentielle qui est observable, parce que plusieurs jugements de la Cour supérieure l'ont repris, l'interprétation étant contraire à l'intention véritable du législateur.²⁵

Outre les commentaires du ministre et de l'opposition officielle reproduits ci-hauts, une lecture attentive de l'ensemble des débats tenus en commission parlementaire et à l'Assemblée nationale quant aux modifications aux articles 2667 et 2762 C.c.Q. révèle en

23. Québec, Assemblée nationale, *Journal des débats*, n° 54, (27 mars 2002) p. 1 à 49.

24. Québec, Assemblée nationale, *Journal des débats*, n° 93, (30 avril 2002) p. 5707-5721.

25. Québec, Assemblée nationale, *Journal des débats*, n° 93, (30 avril 2002) p. 5707-5721.

fait que les seuls honoraires extrajudiciaires qui préoccupent le législateur québécois sont ceux engagés auprès d'avocats par le créancier hypothécaire; l'on ne fait jamais référence à quelque autre type d'honoraires extrajudiciaires engagés par le créancier, tels ceux des comptables consultants, de l'agent du créancier hypothécaire chargé de percevoir les loyers, de l'évaluateur chargé de fournir une évaluation des biens hypothéqués.

Ainsi, il faut, selon moi, préférer une interprétation restrictive des termes «honoraires extrajudiciaires» utilisés aux articles 2667 et 2762 C.c.Q. et conclure que ces termes ne visent en fait qu'à exclure les honoraires extrajudiciaires engagés par l'avocat du créancier hypothécaire en vue de recouvrer la créance hypothécaire ou en vue de conserver le bien grevé. Cette interprétation restrictive des termes «honoraires extrajudiciaires» semble plus appropriée qu'une interprétation élargie suivant laquelle tous les services professionnels seraient exclus de la créance hypothécaire et ce, pour les motifs suivants:

- d'une part, vu les ambiguïtés résultant d'une lecture conjointe des articles 2667 et 2762 C.c.Q., il semble clair qu'une telle interprétation soit conforme à l'objectif visé par le législateur, soit, selon le ministre de la Justice, revenir «à la règle générale qui veut que chaque partie supporte les honoraires de son

avocat à moins de décision contraire du juge»;

- d'autre part, il faut garder à l'esprit que l'article 2667 C.c.Q. et son corollaire l'article 2762 C.c.Q. constituent des dispositions d'exception à la règle générale suivant laquelle toute obligation licite peut faire l'objet d'une garantie hypothécaire. Or, une disposition d'exception doit, en principe, recevoir une interprétation stricte²⁶;
- enfin, si l'on tient pour acquis que le législateur a voulu renverser le courant jurisprudentiel qu'il considère contraire à son intention en ce qui a trait à la portée des termes «frais engagés», force nous est de constater que ce courant jurisprudentiel confirmé par la Cour d'appel dans *Montréal Trust*²⁷ ne traite que des honoraires extrajudiciaires des avocats et non ceux des autres professionnels qui ont été engagés en vue de recouvrer la créance ou de conserver le bien grevé.

Si cette interprétation devait être retenue par nos tribunaux, l'état du droit indiquerait que seuls les honoraires extrajudiciaires engagés par les avocats du créancier hypothécaire ne peuvent être inclus à la créance hypothécaire et, du même fait, exigés du débiteur à la suite de l'envoi d'un préavis d'exercice. Les autres frais engagés par le créancier hypothécaire, dans la mesure où

26. Voir P.-A. CÔTÉ, *Interprétation des lois*, 3^e éd., Montréal, Thémis, 1999, aux p. 643 à 645.

27. 164618 *Canada inc. c. Compagnie Montréal Trust*, [1998] R.J.Q. 2696 (C.A.).

l'on peut démontrer qu'ils ont été légitimement engagés et qu'ils sont raisonnables suivant les critères développés par la jurisprudence, continueraient d'être inclus à la créance hypothécaire.

Ceci étant, doit-on pour autant conclure qu'il n'existe désormais aucun contexte dans lequel l'on pourra réclamer les honoraires extrajudiciaires d'avocats à titre de créance garantie hypothécairement? En réponse à cette question, qu'il nous soit permis de proposer les éléments de solution suivants:

- Il sera toujours loisible au créancier hypothécaire de demander à la Cour de condamner le débiteur hypothécaire à assumer intégralement les honoraires extrajudiciaires qui ont été versés dans l'exercice des recours hypothécaires ou en vue de conserver le bien hypothéqué, notamment lorsque la défense proposée par le débiteur hypothécaire ou son refus de délaisser sont frivoles ou dilatoires. Étrangement, le législateur québécois n'a pas prévu d'exception à l'article 2667 lorsque la Cour ordonne par ailleurs que les honoraires extrajudiciaires du créancier hypothécaire soient acquittés intégralement par le débiteur; il est à souhaiter que les tribunaux exercent leur discrétion afin de déclarer que de tels honoraires extrajudiciaires soient, dans un tel contexte, garantis hypothécairement.
- Le législateur québécois interdit que les honoraires extrajudiciaires soient inclus à la créance

hypothécaire; en énonçant cette règle au chapitre des hypothèques, il a choisi de ne pas invalider, comme étant contraires à l'ordre public, les clauses contractuelles faisant en sorte que le débiteur hypothécaire soit personnellement tenu au paiement des frais engagés. Il serait donc du même fait loisible au créancier hypothécaire de prévoir, par convention avec le débiteur hypothécaire, non seulement que ce dernier sera personnellement tenu au paiement des frais engagés mais également que le créancier hypothécaire sera autorisé à débiter le compte du débiteur hypothécaire du montant des frais engagés. Dans la mesure où les débits ainsi portés au compte ne sont pas contestés par le débiteur hypothécaire dans les délais prévus aux conventions de tenue de compte généralement utilisées par les institutions financières, les frais engagés constitueraient dès lors du capital prêté plutôt que des frais extrajudiciaires.

- Enfin, il faut garder à l'esprit que des honoraires extrajudiciaires peuvent, dans certaines circonstances, constituer des frais engagés dans l'intérêt commun bénéficiant d'une priorité au sens des articles 2650 et suivants C.c.Q. On pourra donc invoquer que, dans certaines circonstances, les honoraires extrajudiciaires engagés dans l'intérêt commun des créanciers doivent être colloqués de façon prioritaire aux hypothèques. Malheureusement, en cas de faillite du débiteur hypothé-

caire, cette priorité accordée aux honoraires extrajudiciaires engagés dans l'intérêt commun ne serait plus reconnue puisqu'il est désormais établi que les priorités autres que celles qui bénéficient de droit de suite et droit réel ne suffisent pas à conférer le statut de créancier garanti à leur titulaire²⁸.

5. LE DROIT TRANSITOIRE

Malheureusement, notre législateur n'a adopté aucune disposition transitoire particulière en ce qui a trait aux articles 2667 et 2762 C.c.Q. Il faut donc analyser cette question en ayant recours aux principes généraux de droit transitoire applicables en droit québécois.

Rappelons que les règles de droit transitoire contenues à la *Loi sur l'application de la réforme du Code civil*²⁹ (la «Loi d'application») ne trouvent probablement pas application en l'espèce puisque la Loi d'application, à son article 1, prévoit expressément que sa portée est limitée à l'entrée en vigueur des modifications apportées au *Code civil du Québec* en 1994:

Les dispositions du présent titre ont pour objet de régler les conflits de lois résultant de l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec* et des modifications corrélatives apportées par la présente loi.

Excluant donc les dispositions de la Loi d'application, il faut avoir recours aux principes généraux de droit transitoire développés par les tribunaux de droit commun:

- En règle générale, les lois ne doivent pas être interprétées comme ayant une portée rétroactive à moins que le texte de la loi ne le décrète expressément ou n'exige implicitement une telle interprétation³⁰.
- Il ne faut pas interpréter une disposition législative de façon à porter atteinte aux droits acquis à moins que sa formulation ne requière une telle interprétation³¹.

Suivant les arrêts rendus par la Cour suprême du Canada à ce sujet et suivant la doctrine, l'on conclura qu'une disposition législative a un effet rétroactif lorsqu'elle modifie les conséquences juridiques de faits entièrement survenus avant son entrée en vigueur.

Les modifications aux articles 2667 et 2762 C.c.Q. étant entrées en vigueur le 13 juin 2002, l'on doit se demander quels sont les faits envisagés à cette disposition qui entraînent l'application de la règle y contenue.

Une première interprétation mènerait à conclure que les hypothèques consenties avant le 13 juin 2002 ne sauraient être affectées par

28. *Château d'Amos ltée (Syndic de)*, [1999] R.J.Q. 2612 (C.A.).

29. L.Q. 1992, c. 57.

30. Voir notamment *Gustavson Drilling (1964) Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1977] 1 R.C.S. 271.

31. À cet effet, voir notamment: *Spooner Oils Ltd. c. Turner Valley Gas Conservation Board*, [1933] R.C.S. 629; voir également: art. 12 de la *Loi d'interprétation québécoise*, L.R.Q., c. I-16.

les modifications contenues au Projet de loi 50 puisqu'il s'agirait là d'un effet rétroactif de cette disposition. Suivant cette interprétation, l'on invoquerait que lorsque l'hypothèque fut consentie, les parties étaient en droit de tenir pour acquis que les honoraires extrajudiciaires qui seraient engagés par le créancier hypothécaire seraient garantis hypothécairement. Ainsi, pour les hypothèques contenant des clauses expresses suivant lesquelles les honoraires extrajudiciaires doivent être inclus à la créance hypothécaire, l'on invoquerait que la modification à l'article 2667 C.c.Q. ne peut, sans effet rétroactif, modifier les conséquences juridiques d'un contrat valablement passé avant le 13 juin 2002.

Cette interprétation ferait en sorte que les modifications d'ordre public apportées par le législateur québécois n'auraient d'effet que pour les hypothèques conclues après le 13 juin 2002 et retarderaient d'autant l'application des modifications aux hypothèques passées antérieurement.

Une autre interprétation, préférable selon moi, mènerait à conclure que le créancier hypothécaire ne pourra inclure à sa créance hypothécaire que les frais qui ont été effectivement engagés avant le 13 juin 2002.

Suivant cette interprétation, le fait qui déclenche l'application de la règle contenue à l'article 2667 C.c.Q. n'est pas la signature de l'acte d'hypothèque mais plutôt le fait d'engager des honoraires extrajudiciaires. Autrement dit, l'article 2667 ne saurait, sans effet rétroactif, interdire que soient in-

clus à la créance hypothécaire les frais légitimement engagés avant le 13 juin 2002.

Enfin, il est, selon moi, peu probable que les tribunaux reconnaissent au créancier hypothécaire bénéficiant d'hypothèques passées avant le 13 juin 2002 quelque droit acquis à inclure les honoraires extrajudiciaires engagés à leur créance hypothécaire. Il serait en effet surprenant que les tribunaux concluent que le législateur québécois n'a pas voulu affecter les droits acquis qu'invoqueraient les créanciers hypothécaires titulaires d'hypothèques passées avant le 13 juin 2002. De tels créanciers ne bénéficient probablement pas d'une situation juridique suffisamment constituée et individualisée tel que l'exigent les tribunaux afin de faire preuve d'un droit acquis.

Ceci étant, le créancier hypothécaire ayant signifié un préavis d'exercice avant le 13 juin 2002 pourrait sans doute avoir plus de succès à invoquer que les modifications apportées aux articles 2667 et 2762 C.c.Q. ne sauraient affecter son droit acquis, entre janvier 1994 et le 13 juin 2002, d'inclure les honoraires extrajudiciaires à sa créance hypothécaire.

Conclusion

En toute déférence pour notre législateur, je suis convaincu du fait que les modifications apportées au *Code civil du Québec* eu égard aux frais engagés constituent une erreur à deux égards: d'une part, d'un point de vue politique («policy»), il est difficile de comprendre pourquoi l'on conclut qu'il est contre l'ordre public qu'un

créancier hypothécaire incluse à sa réclamation hypothécaire les honoraires extrajudiciaires qu'il a dû engager. Tel qu'il a été souligné lors des commissions parlementaires, le Québec est la seule juridiction en Amérique du Nord à prévoir une telle règle, le «Uniform Commercial Code» américain et les lois des autres provinces canadiennes n'interdisant pas que les «costs» engagés par un créancier soient inclus à sa réclamation.

D'autre part, tel qu'il a également été souligné lors des commissions parlementaires, il eût été préférable, à tout événement, d'inclure la règle prévue à l'article 2667 C.c.Q. à la *Loi sur la protection du consommateur* plutôt qu'au *Code civil du Québec*. En effet, comme il l'a fait dans d'autres contextes³², le législateur québécois semble proté-

ger le consommateur par le biais de dispositions du Code civil; en agissant de la sorte, il crée au nom de la protection des individus des incertitudes dans le domaine des affaires rendant le Québec moins attrayant en vue de transiger en matières commerciales.

Enfin, même en acceptant les motivations du législateur québécois, force nous est de conclure que la rédaction des modifications aux articles 2667 et 2762 C.c.Q. laisse planer beaucoup trop de doutes quant à leur portée exacte. En toute déférence, l'on ne devrait pas être tenu de lire les débats parlementaires pour savoir si le législateur veut exclure d'une créance hypothécaire les frais de tous professionnels ou seulement les frais des avocats...

32. L'on peut penser, à titre d'exemple, à l'article 2683 C.c.Q. par lequel le législateur empêche, en principe, une personne physique de consentir une hypothèque sans dépossession.